

جامعة البليدة
كلية الحقوق

الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة
للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون

فرع: القانون العقاري والزراعي

تحت إشراف الدكتور الأستاذ:

إبن ملححة الغوثي

من إعداد الطالب:

قاشي علال

لجنة المناقشة:

الدكتور: أوصديق فوزي - أستاذ محاضر - جامعة البليدة رئيسا
الدكتور: إبن ملححة الغوثي - أستاذ - جامعة الجزائر مشرفا ومقررا
الدكتور: زروتي الطيب - أستاذ محاضر - جامعة الجزائر عضوا
الدكتور: العشاوي عبد العزيز - أستاذ مكلف بالدروس - جامعة البليدة عضوا

السنة الجامعية: 1999م/2000م.

الإهداء

- أهدي ثمرة عملي المتواضع هذا إلى روح والدي العزيزين .

- وإلى إخوتي وأخواتي الأعزاء .

- وإلى كل من يؤمن بأن العلم تاجه الأخلاق .

- وإلى كل أعمامي وأخوالي وخالاتي .

- وإلى أعز من صاحبتي:

مولاي محمد، سعداوي مراد، قرعوني محمد، دنداني بوعلام، بن
رويسي الهاشمي، زيان أحمد، بن عمروش جمعة، رزاق علي،
غزالي سمير.

- وإلى كل طلبة الماجستير فرع القانون العقاري والزراعي .

- وإلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة البليدة .

النشكرات

بصدق الوفاء والإخلاص أتقدم إلى مشرفي - ابن ملححة الغوثي - الذي أسبغ علي من وافر علمه، وإخلاصه، وسديد توجيهه، وقفايه المتواصل بجزيل الشكر والتقدير، عرفانا له بما قدمه لي من نصائح وتوجيهات وتقييمات.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكافة أساتذة كلية الحقوق بجامعة البلدة وأخص بالذكر عميد الكلية الدكتور الأستاذ: أو صديق فوزي، والدكتور: حداد العيد مدير الدراسات، والدكتور: العشايي عبد العزيز، والدكتور: محمودي مراد، والدكتور: كجور عبد المالك، والأساتذة: زبوشي عبد القادر، العاقب عيسى، بلقاسم أحمد، بن شويخ رشيد، ميهوبي عبد الحكيم، بوكرواح عبد المجيد، ناشف فريد، لطيف عبد المجيد، خريف عبد الوهاب، نجمراوي بلقاسم، خليل عمرو، بوسهوة نور الدين، خليفاتي عبد الرحمن، زروق العربي، قزو محمد آكلي، بوكمر مصطفى، زبدة مسعود.

كما أشكر السيدة محافظة مكتبة كلية الحقوق بجامعة الجزائر، والآسة: سهام والسيد: محمد. وأتقدم بالشكر الجزيل إلى: بزوعياش الذي ساهم مساهمة فعالة في كتابة هذه الرسالة بالآلة. كما أشكر كل أساتذة كلية الحقوق، بجامعة الجزائر الذين استشرتهم فأقادوني ببيان وعرفان. كما أشكر كل أصدقائي الذين ساهموا معي في إعداد هذه الرسالة وهم: مصطفى، عياش، محمد، عبد القادر.

كما أشكر كل موظفي مكتبة كلية الحقوق بجامعة البلدة.
وأشكر كل من أمدني يد العون سواء من قريب أو من بعيد.

مقدمة:

إن موضوع الملكية العقارية الخاصة له أهمية تزداد بين يوم وآخر لدى كل شعوب العالم وذلك لما أضحت للعقار من أهمية بالغة في حياة الناس شملت كافة نشاطاتهم الاقتصادية، والمالية، والاجتماعية، والقانونية، والفضائية.

ولما كان الإنسان بطبعه أنانياً يجب أن يستأثر وحده بما يملك ولكنه من جهة أخرى إجتماعي لا يستطيع العيش معزولاً عن الجماعة، فلا بد من خلق توازن بين الرغبة الذاتية للفرد في التملك وحب الإستثمار وحاجة المجتمع، إلا أن الإستثمار بالملكية يجعلها لا تؤدي وظيفتها المنوطة بها. وتعتبر الملكية العقارية الخاصة مبدأً أساسياً يقوم عليه النظام القانوني في الجزائر إذ يعترفه بالملكية الخاصة فهو ينحى بها إلى أن تكون حقاً فردياً له وظيفة إجتماعية، وهذا بخلاف بعض الدول التي تعتبر حق الملكية بوجه عام حقاً مطلقاً وتقوم هذه الدول على النزعة الفردية التي تقلس الفرد، وعلى النقيض من ذلك نجد الدول التي يقوم نظامها على أساس التخطيط لا تعترف بنطاق حق الملكية ولكنها لم تلغ الملكية الخاصة.

وبعد حصول الدولة الجزائرية على إستقلالها غداة 05 جويلية 1962 شرعت في سن قوانين لتنظيم جميع نواحي الحياة بعدما كانت مرتبطة بأنظمة ذات نزعة فردية، إلا أن مشرعنا قد تخلص من تأثير النزعة الفردية وإنتهج النهج الإشتراكي الجديد ويظهر ذلك من خلال صدور مجموعة من القوانين الخاصة بالأمر المتعلق بالثورة الزراعية، والأمر المتعلق بالإحتياجات العقارية، والقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

وبانتهاجها هذا النهج آنذاك فإن الملكية الخاصة لم تلغ من قوانيننا، ولكن الأمر لم يبق على هذا النهج فإبتداءً من 1989 نكون قد وضعنا خطورة نحو تبني نظام إقتصاد السوق الذي يقوم على أساس الحرية الفردية. ولكن مشرعنا لا زال يعترف بأن الملكية حقاً فردياً له وظيفة إجتماعية و يتجلى ذلك في القواعد التي تمنع التعسف في إستعمال الحق، ومضار الجوار غير المألوفة، وإلتزامات الجوار بصفة عامة.

ولذلك يمكن أن نقول بأن للملكية العقارية الخاصة نظامها القانوني ضمن القانون الجزائري فقد تنازلنا بإسهاب وقرر لها الحماية القانونية ولكن المشرع وهو يعترف بمبدأ الملكية الخاصة فقد وضع في الحسابان مصلحة الجيران عندما يستعمل المالك ملكه ويلحق ضرراً بهم فرسم له حدود ممارسة حقه وأنقل كاهله بإلتزامات عينية يجب عليه إحترامها وتمثل هذه الأعباء والتكاليف الوضع العادي المسألوف لحق الملكية تفرض على كل مالك إنتقلت إليه ملكية العقار. وهي قيود تلحق الملكية مراعاة للمصلحة الخاصة وبالتالي تحقيق المصلحة العامة بطريقة غير مباشرة. إلى جانب هذه القيود القانونية هناك قيوداً إتفاقية تنقرر وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وتهدف إلى حماية المصلحة الخاصة.

فلا يمكن للمالك أن يمارس حقه بصفة مطلقة لأن الحق لا يمارس إلا في دائرة المشروعية والقانون لا يحمي الأعمال غير المشروعة إذ لا بد من التقيد بما يحدده القانون وبما يفرضه من قيود على المالك حتى تتحقق الأهداف المتوخاة من هذا القانون وهي تنظيم علاقات أفراد المجتمع فيما بينهم وإبعاد الأضرار التي تمسهم من جراء هذا الإستعمال غير المشروع لحق الملكية.

وإن موضوع هذه الرسالة ينصبّ على دراسة الملكية العقارية الخاصة والقيود التي تتقرر على المالك لمصلحة خاصة أولى بالإعتبار من مصلحة المالك.

فالقانون يفرض على المالك إلتزامات عينية سلبية وهي عدم إلحاق الأضرار بالغير عند إستعماله لحق ملكيته.

أما فيما يتعلق بأهمية موضوع الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري فنجد بأن الملكية الخاصة تعتبر من الموضوعات التي حظيت بإهتمام من الشرائع السماوية و القوانين الوضعية و تناولها المفكرون و الفلاسفة بالتحليل و الدراسة منذ أمد بعيد وحتى إلى يومنا هذا لأنها تمثل علاقة بين الإنسان و المجتمع.

وهذا الموضوع لا يتعلق بالأرض كعقار بل يشمل المباني و كل أنواع الأراضي سواء الأراضي الفلاحية أو أراضي البناء أو أراضي الفضاء.

أما بالنسبة للإشكالية التي أود معالجتها فتمثل في مجموعة من التساؤلات التالية:

- ماهو النظام القانوني للملكية العقارية الخاصة؟ لأن القانون الجزائري في معرض تناوله الحقوق العينية يتناول حق الملكية بوجه عام سواء كانت منقولة أو عقاراً وما يهمننا هنا العقار المملوك ملكية خاصة للأفراد.

أما بالنسبة للتساؤل الثاني فهو كالتالي: ما هي أنواع القيود الخاصة المقررة للمصلحة الخاصة المفروضة على الملكية العقارية الخاصة؟ وما مدى قدرة المتعاقدين على ترتيب قيود إتفاقية؟ وهل هذه القيود تمثل إرتفاقات أم غير ذلك؟ وما الطداف من تبني هذه القيود، وهل هي موجودة في قانون واحد أم في قوانين مختلفة؟

وعلى الرغم من أهمية ودقة موضوع الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري فهناك عدة أسباب دفعتني لإختياره موضوعاً لرسالتي:

- منها أن معظم المؤلفين قد كتبوا عن الملكية بوجه عام و لم يخصصوا بالدراسة الملكية العقارية الخاصة لأن الملكية العقارية قد تكون من الأملاك الوطنية، وقد تكون خاصة بالأفراد.

- لعدم وجود دراسة سابقة لمثل هذا الموضوع من الناحية القانونية مما جعلني أعالجه نظراً للأهمية البالغة التي يعرفها العقار لما له من دور إقتصادي وإجتماعي، ونظراً لإهتمام كل التشريعات بملكية العقار.

- لمعرفة القيود المقررة قانوناً وشرعاً ومقارنتها بما ورد في تشريعات قانونية أخرى وعدم الخلط بين القيود والإرتفاقات.

- من أجل توضيح نظام الملكية الخاصة وتحليل مضمونها الاجتماعي وبيان القيود الخاصة بالملكية العقارية الخاصة التي تضمنها القانون المدني الجزائري.

وقد إنتهجت خلال معالجاتي لهذا الموضوع المنهج التاريخي في الفصل التمهيدي الذي جعلته إطاراً عاماً لمعرفة أي نظام من الملكية العقارية كان سائداً ومعرفة طبيعة الملكية في كل عصر هل هي مطلقة أم مقيدة؟

وسلكت المنهج المقارن أحياناً وذلك بمقارنة نظام الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري بما جاءت به الشريعة الإسلامية، وما تضمنته القوانين العربية المقارنة وحتى القوانين الغربية إلا أن دراستي هذه ليست مقارنة بل تخص القانون الجزائري. وأخذت بالمنهج التحليلي في المواطن التي يجب فيها ذلك.

ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع إرتأيت تقسيمه إلى باين يتقدمهما فصل تمهيدي وتليهما خاتمة. ففي الفصل التمهيدي تطرقت إلى التطور التاريخي للملكية العقارية الخاصة في ثلاثة محطات كبرى بدءاً من المجتمعات البدائية إلى العصور الوسطى وصولاً إلى العصر الحديث.

أما في الباب الأول تناولت مفهوم الملكية العقارية الخاصة ونطاقها، وجعلت الباب الثاني لتحديد أنواع القيود الخاصة التي ترد على الملكية العقارية الخاصة، أما الخاتمة فتضمنت ما توصلت إليه من نتائج من خلال دراستي لهذا الموضوع.

الفصل التمهيدي

التطور التاريخي للملكية
المقاربية الخاصة.

الفصل التمهيدي:

التطور التاريخي للملكية العقارية الخاصة.

إن معرفة التطور التاريخي للملكية العقارية بوجه عام ليس بالأمر السهل لأن كتابة التاريخ بدأت بعد ظهور الحضارات بفترة طويلة، وفيها إنتقل المجتمع من مرحلة إلى أخرى يستحيل معها تتبع كل الخطوات التي سار عليها شعب من الشعوب تبعاً مستمراً⁽¹⁾، ويُعدُّ تاريخ الملكية جزءاً هاماً من مراحل تطور الإنسان و يمكن معرفة هذا التاريخ الهام في حياة البشرية بربط كل الحقائق المعروفة عن الشعوب عبر العصور وبما وصل إلى علمنا من قوانين تلك الشعوب.

ويعتبر تطور الملكية الخاصة صورة عاكسة للمجتمع من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقانونية، إذ تناولت مختلف الشرائع والأعراف الملكية بالتنظيم ووضع القواعد⁽²⁾، فمن المنطقي أن ندرس فكرة الملكية من الناحية التاريخية في البيئات التي إنبثقت عنها، مقتفين بيان وضعها في المجتمعات القديمة، ثم بيان تطورها في العصور الوسطى، لنصل في الأخير إلى معرفة الملكية الخاصة في العصر الحديث.

و ما يهمنا في تطور الملكية هو معرفة تطور الملكية الخاصة غير المنقولة، التي تتعلق بممتلكات لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر سواء كانت أراضي أو مباني (الملكية العقارية).

و عليه ستولّى دراسة تطور الملكية العقارية الخاصة عبر ثلاثة محطات كبرى في ثلاثة مباحث متوالية، ندرس في المبحث الأول الملكية العقارية الخاصة في العصر القديم، أما المبحث الثاني ندرس فيه الملكية العقارية الخاصة في العصور الوسطى، أما في المبحث الثالث ندرس الملكية العقارية الخاصة في العصر الحديث.

المبحث الأول:

الملكية العقارية الخاصة في العصر القديم.

إن إستعراض تاريخ البشرية يوحي بوجود قوتين إجتماعيتين سيطرتا على تصرفات الإنسان وظلّتا عنصرين يلازمان طبيعته فهو أناني يريد الإستئثار بكل الأشياء ومدني بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده⁽³⁾، فحق الملكية يتصل بوجود الفرد وكرامته وقد وجدت الملكية له ووجد لها، وكيف يعيش الفرد بلا ملكية؟ فالملكية ولدت معاصرة له يوم ظهر ولا تترك الملكية إلا بوجود صاحب الملكية التي تميزه وتجعل له في الحياة مركزه⁽⁴⁾.

- (1) : أنظر الدكتور: أحمد محمد غنيم، تطور الملكية الفردية، الدار القومية للطباعة و النشر، بدون سنة نشر، ص 06.
- (2) : أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي و حسن شحاتة سغفان، قصة الملكية في العالم، الطبعة الثانية، مكتبة نهضة مصر بالقاهرة، بدون سنة نشر، ص 02.
- (3) : أنظر الدكتور: منار عبد الحسين الفضل، الوثيقة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 09.
- (4) : أنظر الدكتور: عبد السلام ذهني، الحقوق في تفاعلها و تعارضها وضرورة التوازن فيها من الناحية العملية للقانون والعقائد، المكتبة المصرية، القاهرة، 1948، ص 93.

و تقرير حق الملكية للمالك يجب أن ينصرف إلى أداء وظيفتها الاجتماعية إذا تم توجيهها للوجهة الصحيحة، و في هذه المرحلة من التاريخ سادت الملكية المشتركة للأشياء غير المحوزة، أما معيار الملكية الخاصة فأساسه الاستيلاء فيمجرد هذه الواقعة يصبح الإنسان مالكا لما حازه ولا نتطرق إلى غير الأشياء المادية لأنها تخرج من نطاق دراستنا كالأموال المعنوية (INCORPOREAL PROPERTY).

و خلاصة القول: أن الملكية الخاصة العقارية في العصر القديم أساسها الحيازة وكانت الملكية المشتركة هي السائدة.

وسوف ندرس الملكية العقارية الخاصة في العصر القديم في أربعة مطالب تتناول في المطلب الأول الملكية العقارية الخاصة في المجتمعات البدائية، وتتناول في المطلب الثاني الملكية العقارية الخاصة عند بني إسرائيل، وفي المطلب الثالث ندرس الملكية العقارية الخاصة عند اليونان، وفي المطلب الرابع ندرس الملكية العقارية الخاصة عند الرومان.

المطلب الأول:

الملكية العقارية الخاصة في المجتمعات البدائية.

الشعوب البدائية هي المجتمعات الإنسانية التي ظلت معزول عن التيارات الحضارية الكبرى لإنزواتها في بقاء مجهولة أو عدم استقرارها أو إنطوائها على نفسها⁽¹⁾. وقد ساد هذه المجتمعات نوعين من الملكية حسب آراء الكتاب:

فالرأي الأول: يتزعمه أنصار المذهب الاشتراكي الذين يرون بأن الملكية في المجتمعات البدائية مشتركة وليست فردية⁽²⁾ وقد برر أنصار هذا الرأي إتجاههم بحجتين:

الأولى: تاريخية مستمدة من المجتمعات القديمة التي سادت فيها الملكية المشتركة للأموال.

الثانية: واقعية مأخوذة من واقع المجتمعات البدائية والقبلية التي تحترم فكرة الملكية الجماعية للأرض و المراعي و المياه⁽³⁾.

أما الرأي الثاني: الذي يتزعمه أنصار المذهب الفردي فهم يرون عكس ما ذهب إليه الرأي الأول بأن الملكية الفردية هي التي عرفتتها المجتمعات البدائية وكانت الملكية مجرد وظيفة فردية طبيعية للحياة البشرية⁽⁴⁾ وقد سعى أصحاب هذا الرأي إلى إبراز دور الفرد، لأنه يولد له حقوق مقدسة سابقة

(1) : أنظر الدكتور: حسن شحاتة سعيان، وعلي عبد الواحد وافي، المرجع السابق، ص 18.

(2) : أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 21، 16.

(3) : أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار بور سعيد للطباعة، 1974، ص 20، 26.

(4) : أنظر الشيخ: علي الحفيظ، الملكية الفردية وتحديدتها في الإسلام، بحث منشور في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، 1964، ص 101.

على وجود الجماعة والقانون⁽¹⁾.

و إذا إعتدنا على الرأيين السابقين لا يمكننا معرفة نوع الملكية لدى المجتمع البدائي لهذا ينبغي دراسة الملكية الخاصة في هذا المجتمع دراسة موضوعية من أجل الوصول إلى الحقيقة. أما بالنسبة للملكية العقارية في المجتمعات البدائية فنجد أن الملكية الفردية كانت لا تنطبق إلا على عدد صغير من الأشياء وأغلب الملكيات كانت جماعية تلك بوجه خاص حالة الأرض⁽²⁾. فكانت الأراضي التي تحوزها القبيلة ملكاً شائعاً ولم يتم الاعتراف بفكرة حيازة الفرد للأرض ولم تدخل هذه الفكرة في ذهن البشري إلا بمرور مدة طويلة⁽³⁾. وكانت الملكية محمية بقوة العشيرة نفسها أما الملكية الخاصة فلم تعرف إلا في عصر الزراعة المتطورة التي تستخدم المحراث كما هو الحال عند عرب الجاهلية بالنسبة للأراضي الزراعية في يثرب وخيبر⁽⁴⁾.

والقول بأن الملكية كانت جماعية أو مشتركة لا يمكن التسليم به في هذه المجتمعات بدليل أن البعض ذكر بقوله " أن حق الملكية المطلق و المانع يوجد بتونس، و من جهة أخرى فإن حق الملكية يبدو في هيئة ملكية فردية و لا يوجد في حالة ملكية جماعية و لا حتى في حالة ملكية مشتركة عائلية، و لا تعرف تونس وجود ملكية جماعية ... و مهما يكن فإن الملكية الموجودة في تونس هي الملكية الفردية " ⁽⁵⁾.

خلاصة القول: إن أسبقية الفرد على الجماعة نتيجة حتمية لوجود الملكية الفردية، بالرغم من أن هناك من يقرر الملكية الجماعية هي الأولى ثم ظهرت الملكية الفردية وهذا يعارض ما قلناه سابقاً وما تم التسليم به من أن الفرد كان يملك الحقول.

المطلب الثاني:

الملكية العقارية الخاصة عند بني إسرائيل.

إن بداية التاريخ الإسرائيلي يبدأ بمرحلة الرعي التي تمتد إلى سنة 2000 قبل الميلاد، فبعد أن اغتصبوا أرض كنعان في القرن الثاني عشر قبل الميلاد اشتغلوا بالزراعة و عرفوا بعد إستقرارهم في

(1): أنظر الدكتور: عبد المنعم فرح الصدة، دراسة مقارنة بين التشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، الجزء الأول، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، ص 54.

(2): أنظر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، ملكية الأراضي في الإسلام، تحديد الملكية والتأميم، المطبعة العالمية بالقاهرة، 1971، ص 30، 31، فليسيان شالاي، تاريخ الملكية، (ترجمة صباح كنعان)، منشورات عويدات، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 11.

(3): أنظر الدكتور، أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص 11، 12.

(4): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 12.

(5): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 34.

هذه الأرض نوعين من الملكية⁽¹⁾، ملكية فردية للأدوات الشخصية، و ملكية جماعية لهذه الأراضي التي قسمت عليهم بما يتناسب وعدد أفراد القبيلة وكان ذلك وفقاً لما أوحى به الإله إلى موسى⁽²⁾، أما قبائل أخرى فقد قسمت عليهم الأراضي للإنتفاع بها عن طريق القرعة، وقد تم تقييد المالك في إستغلال أرضه بعدة قيود منها الرفق بعامل الأرض وأن يدفع له أجرته قبل غروب الشمس عن كل يوم يعمل فيه، و يجب على المالك أن يريح الأرض أي يتركها بوراً سنة خلال سبع سنين كاملة، وقد قيدت وسائل إنتقال ملكية الأرض بعدة قيود ففي المراحل الأولى من الشريعة اليهودية منعت على المالك الوصية بعد وفاته وفي مرحلة متقدمة أجهزت الوصية بشروط ألا يكون للموصي ورثة معروفون، وهذه القاعدة طبقت على جميع أنواع الملكيات، أما بالنسبة لإنتقال ملكية الأرض عن طريق البيع فكان لا يجوز إلا بقيود كثيرة و إنتقال الملكية بطريق البيع كان مؤقتاً⁽³⁾.

وقد أنزلت الشريعة اليهودية الملكية بمختلف أنواعها منزلة التقديس وأحاطتها بسياج قوي من الحماية ففرضت عقوبات على الغاصب وسارق المنقول والمعتدي على الملكية الزراعية و العقارية وعلى حدود الأرض، و إنه من بين الوصايا العشر التي كلف الله موسى أن يبلغها لهم وجعلها دعائم رسالة النهي على أن: «... يمد الشخص عينيه إلى ما منح الله به أخاه من منزل أو امرأة أو عبد أو دابة أو مال أو متاع أو أي شيء آخر يملكه⁽⁴⁾».

خلاصة القول: إن الملكية لدى بني إسرائيل كانت مقدسة، و قد سادت الملكية الجماعية والملكية الفردية أما بالنسبة للقيود التي عرفت في هذا العهد فهي لا تنفي ثبوت الملكية الفردية. وهذه القيود نفسها من مزايا التشريعات الحديثة إذ تمنع تملك الأجانب للعقارات الزراعية. و وجود الملكية الجماعية لبعض المرافق لا يعدم الملكية الفردية وخاصة الملكية العقارية الخاصة.

المطلب الثالث:

الملكية العقارية الخاصة عند اليونان.

تعتبر ملكية الأرض من أهم أنواع الملكية عند قدامى اليونان، بل كان أهمها جميعاً وكان يفخر اليوناني بملكيتها في أغانيه و يزهو بأن أجداده قد ملكوها « بسيو فهم و حروبهم و تروسهم» وبهذه الأسلحة يحمي تراثهم المحيّد فيها يحرق الأرض، و يحصد الزرع، ويعصر نتاج الكروم⁽⁵⁾.

(1): أنظر الدكتور: منار عبد الحسن الفضل، المرجع السابق، ص 18.

(2): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، المرجع السابق، ص 52.

(3): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، نفس المرجع، ص 52.

(4): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، نفس المرجع، ص 64.

(5): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، نفس المرجع، ص 73.

و نشأت عندهم الملكية العائلية في نطاق الأرض. فالأرض لم تكن إلا مجرد وديعة بين يدي الحي⁽¹⁾ ثم ما لبثت الملكية العائلية أن تفتتت في القرن السادس قبل الميلاد بالإعتراف للأفراد بالملكية الخاصة على المنقول والعقار⁽²⁾، وسمح ببيع الأرض أو رهنها أو الإيضاء بها⁽³⁾.

وقد حظيت الملكية العقارية الخاصة بإهتمام لدى فلاسفة اليونان إذ نادى الفيلسوف "سقراط" بملكية الأفراد للأرض ويرى بأن الإشتغال بزراعة الأرض هو أشرف المهن جميعاً⁽⁴⁾، فهو بذلك يؤكد ويقر ملكية الأفراد للأرض ويعتبرها تفوق وفضل عظيم وهي المحرك الفعال الوحيد للعمل⁽⁵⁾، أما الفيلسوف "أرسطو" هو الآخر يمجّد الملكية العقارية الفردية ويرى بأن الدولة ما هي إلا مجموع المواطنين ومن الواجب أن يكون الفلاح مالكاً للأرض لأن غير المالك لا يهتم بزراعة الأرض كما لو كانت الأرض مملوكة له فهو بذلك أعطى أهمية للأموال العقارية.

خلاصة القول: إن الملكية العقارية الخاصة عند اليونان كانت من أهم أنواع الملكيات وقد سادت الملكية العائلية للأرض ثم أصبحت ملكية فردية، وقد كانت هناك مذاهب مقدسة للملكية العقارية الخاصة في هذه الفترة و يتجلى ذلك في آراء الفلاسفة اليونانيين.

المطلب الرابع:

الملكية العقارية الخاصة عند الرومان.

إن نظام الملكية في القانون الروماني مرّ بتطور طويل وكان هذا النظام يساير تقريباً الملكية عند اليونانيين، فقد كانت الملكية العقارية في روما جماعية إذ كانت أراضي الزرع والمرعى ملكاً للعشائر فتقسم بين الأسر للإنتفاع بها خلال مدة مؤقتة، ولا يمكن للأسرة التصرف في الأرض وهذا النوع بالنسبة للأراضي خارج روما⁽⁶⁾، أما داخل روما ظهر منذ بداية تأسيسها نوع من الملكية العقارية لبعض الأموال تتمثل في المنزل، و الأرض الملحقة به والملكية العائلية يديرها رب الأسرة حال حياته، ثم تنتقل بعد وفاته إلى أعضاء الأسرة بإعتبارهم شركاء لرب الأسرة في هذه الملكية لا بإعتبارهم ورثة.

ثم في فترة لاحقة أصبحت الأراضي الواقعة خارج روما توزع بصفة مستديمة على الأسرة، وبهذا حصلت الأسرة على نصيبها من تلك الأراضي وأصبح أعضاؤها يتوارثونها دون أن تعود إلى العشيرة⁽⁷⁾، إلا إذا إنقرضت الأسرة وهكذا أصبحت ملكية الأسرة لرب الأسرة فكان يستطيع أن

(1): أنظر: فليسيان شلاي، المرجع السابق، ص 19

(2): أنظر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 31، الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 128.

(3): أنظر: فليسيان شلاي، نفس المرجع، ص 21، 22.

(4): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، نفس المرجع، ص 347.

(5): أنظر: فليسيان شلاي، نفس المرجع، ص 29.

(6): أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، القانون الروماني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص 248.

(7): أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نفس المرجع، ص 248.

يتصرف فيها حال حياته أو ما بعد موته، وبذلك ظهر نظام الملكية الفردية في شخص رب الأسرة. وإن الملكية الفردية كانت مقصورة على فئة من الناس فكانت للرومان فقط، وتعلق بمال موجود في روما أو في إيطاليا فقط. ويتعين أن تكتسب الملكية على هذا النحو بطريقة من طرق اكتساب الملكية الرومانية، وأول طريقة هي وضع اليد أو الاستيلاء بالأشياء التي لا صاحب لها والتي تم أخذها في الحرب من العدو تعتبر أسمى الملكيات عند الرومان وإن اسم الملكية نفسه كان يقرن بإسم المحارب، وكان هذا النوع من الملكية يعطي لأصاحبه ميزات ثلاثة رئيسية وهي إستخدام وإستغلال الشيء بل وعدم إستخدامه وإستغلاله إذا أراد، وبهذا المعنى كانت الملكية مطلقة⁽¹⁾.
و الملكية عند الرومان بُجدها تختلف في العصر العلمي عنه في عصر الإمبراطورية السفلى فصور الملكية في العصر العلمي هي:

الملكية الرومانية: والتي تكون للشخص بتوافر الشروط التالية:

أولها: أن يكون المالك رومانياً.

ثانيها: أن ترد على شيء روماني

ثالثها: أن تتم ملكية الشيء بإستيفاء الشروط الشكلية المطلوبة قانوناً⁽²⁾.

وكانت للمالك جميع السلطات على ملكه في هذا النوع من الملكية وشملت الملكية ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها بدون تقييد.

إلا أن قانون الألواح الإثنى عشر إعتبر ضمناً بمبدأ الوظيفة الإجتماعية للملكية عن طريق توجيه النظر للمالك المهملين و الذي كان يقوم به حاكم الإحصاء خلال كل خمسة سنوات فكان المالك المهمل تتخذ ضده إجراءات تتمثل في فرض غرامة نتيجة إهماله وتم تقرير قيود على الملكية العقارية للمصلحة العامة، ومنها ما تقرر للمصلحة الخاصة كإلتزامات الجوار فقرر قانون الألواح الإثنى عشر على أن الجار يتحمل إمتداد أغصان أشجار جاره فوق أرضه، ولمن إمتدت إليه أغصان أشجار جاره أن يطلب منه قطعها أو يقطعها بنفسه، وكذلك الحال بالنسبة لإمتداد جذور الأشجار من ملك الجار كما سمح قانون الألواح الإثنى عشر للمالك بدخول أرض جاره لجمع ثمار البلوط. وإمتد هذا فيما بعد فصار الجار يستطيع أن يدخل أرض جاره لجمع أي نوع من الثمار يتساقط في ملك جاره⁽³⁾.

كما نظم قانون الألواح الإثنى عشر العلاقات بين الجيران، خاصة الأعمال الضارة بعقار الجار كما في حالة سقوط الماء من ملك مرتفع بجوار لعقار الجار المنخفض.

(1): أنظر الأستاذة: حنا رانجب، علوية عادل، الشريطي علي علي، الملكية و تطوراتها الإجتماعية، بحث بمجلة الحمامة، العدد

7، 8، السنة 46، 1966، ص 119.

(2): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 30، الدكتور: توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية

والإجتماعية، المرجع السابق، ص 250.

(3): أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية، نفس المرجع، ص 252.

الملكية البريتورية: وهي ملكية يحميها البريتور بواسطة دعوى أو عن طريق دفع إستناداً إلى العدالة أو قانون الشعوب ولم يكن القانون المدني يعترف بها⁽¹⁾.

الملكية الإقليمية: و تمثل في أراضي المستعمرات التي يستولي عليها الرومان وتضم إلى الدولة طبقاً لمبدأ تملك المنتصر لأراضي المهزوم⁽²⁾، إلا أنه في الواقع كان الرومان يتركونها في حيازة أصحابها للإنتفاع بها، وكان لهم مجرد حق حيازة أو إستعمال دون حق الملكية.

الملكية الأجنبية الفردية: عرفنا أن القانون الروماني لم يكن يعترف بالملكية للأجنبي الذي يخضع لقانونه الوطني فكان محروماً من التعامل، ومن باب أولى أن يحرم من الملكية، إلا أن حرمانه من الملكية قد زال عندما تم منح الجنسية الرومانية لسكان الإمبراطورية⁽³⁾.

أما بالنسبة للملكية في عهد الإمبراطورية السفلى وخاصة في عهد جستينيان: فقد لجأ هذا الأخير إلى إزالة التفرقة بين الصور السابقة للملكية الفردية وأصبحت تشكل نظاماً موحداً فأزال الملكية البريتورية بإدماج القانون البريتوري في القانون المدني، وأزال الملكية الأجنبية بمنح الجنسية الرومانية للأجانب و أزال الملكية الإقليمية بتسوية العقارات الإيطالية⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أن الملكية الفردية وإن كانت مطلقة فهي لم تسلم في جميع عهود القانون الروماني من قيود فرضتها المصلحة العامة أو الخاصة وسواء وردت على منقولات أو عقارات، والقيود الواردة على العقارات هي على أنواع، فمنها ما يتقرر لصالح الزراعة، ومنها ما سببه الجوار، ومنها ما يتقرر للمصالح العام، وإن أهم هذه القيود⁽⁵⁾:

- منع المالك من إستعمال حقه بصورة تلحق ضرراً غير مألوف بالجوار.

- منع المالك من فتح مطلات جديدة في بنائه تطل على ملك الجار دون الحصول على

إرتفاق (FUMINIS IMMITTENTI).

- يلتزم المالك بعدم إدخال تعديلات على شكل بنائه القديم من شأنها الإضرار بجاره.

- يلتزم المالك عند زراعة أرضه أو البناء عليها أن يترك على حدود ملكيته مسافة قدمين

ونصف دون زراعة أو بناء حتى يتكون بين المالكين طريق عرضه خمس أقدام وهذا القيد أدخله قانون

الألواح الإثنى عشر.

(1): أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية، المرجع السابق، ص 252، الدكتور: نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 31.

(2): أنظر الأستاذة: حنا راغب، علوية عادل، الشريطي علي، المرجع السابق، ص 118.

(3): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 23.

(4): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، نفس المرجع، ص 33.

(5): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، نفس المرجع، ص 34.

و قد عرف القانون الروماني كما ذهب إليه شراح القانون الروماني نظرية التعسف في استعمال الحق كقيود على حرية المالك عند استعمال ملكيته و قد وجدوا تطبيقات كثيرة منها:
ما تقرر في العصر العلمي من عدم استعمال المالك لحقه استعمالاً ضاراً وما تقرر أيضاً من أن المالك لا يجوز له أن يلحق ضرراً بالغير دون أي مصلحة شخصية من استعمال ملكيته⁽¹⁾.
خلاصة القول: رغم أن الملكية الفردية كانت مطلقة تحول لصاحبها حق الإستعمال والإستغلال والتصرف، إلا أن القانون الروماني قد قيد هذا الحق للمصلحة العامة أو الخاصة، ولم تقتصر القيود على العقارات فقط بل شملت المنقولات حتى تؤدي الملكية وظيفتها الإجتماعية.

المبحث الثاني:

الملكية العقارية الخاصة في العصور الوسطى.

ليس هناك تاريخ محدد لبداية العصور الوسطى في أوروبا، فهناك من يرى بأن فترة العصور الوسطى تبدأ من تاريخ سقوط روما في يد القبائل الجرمانية عام 565م و تنتهي بسقوط القسطنطينية في يد الأتراك على يد السلطان العثماني محمد فاتح عام 1453م⁽²⁾، وهناك من يرى بأنها تمتد بين سقوط روما و بين صليح وستفاليا عام 1648م⁽³⁾.

وقد ساد خلال هذه العصور في أوروبا مؤسسة وجدت في بيئات أخرى وخلال أزمة مختلفة إنها الملكية العقارية الإقتصادية (féodalité)، وحتى يتسنى لنا معرفة تاريخ الملكية العقارية الخاصة في هذه العصور، يجب بيان وضعها في كل من عهد الإقطاع، وموقف الكنيسة المسيحية في أوروبا الغربية.
و نبحث الملكية العقارية الخاصة في الإسلام في خلال هذه العصور نظراً لأن النظامين عاشا معاً تقريباً من حيث الزمن، فحينما كان النظام الإقطاعي يسود أوروبا، بدأت الشريعة الإسلامية تنتشر في المشرق و متجهة نحو الغرب، وأكثر من هذا أن الإسلام كان من أسباب سقوط الإمبراطورية الرومانية الشرقية و إنهار العالم القديم⁽⁴⁾، فنظام الإقطاعية يختلف عن الإسلام تماماً.

ولذا سندرس الملكية العقارية الخاصة في العصور الوسطى في مطالب ثلاثة مبيّن الملكية العقارية الخاصة في عهد الإقطاع في المطلب الأول، وندرس في المطلب الثاني موقف الكنيسة الكاثوليكية المسيحية من الملكية العقارية الخاصة وندرس في المطلب الثالث الملكية العقارية الخاصة في الشريعة الإسلامية.

(1): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 36.

(2): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 166، الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 26.

(3): أنظر الدكتور: محمد كامل ليلة، النظم السياسية، دار الفكر العربي، 1963، ص 401.

(4): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، نفس المرجع، ص 163.

المطلب الأول: الملكية العقارية الخاصة في عهد الإقطاع.

إن نظام الإقطاع في أوروبا الغربية قام على أنقاض المجتمع الروماني العبودي، و ترتب على انهيار الإنتاج العبودي في الإمبراطورية الرومانية تقسيم الأرض من طرف كبار الملاك العقاريين إلى أجزاء صغيرة منحوها للعبيد لزراعتها مقابل مبلغ من المال أو جزء من المحصول وخدمات أخرى تقدم للمالك⁽¹⁾.

وقد عرفت ملكية الأرض في هذا العهد عدة أنواع، فكانت هناك الأراضي التابعة لسيد الإقطاع يستغلها بنفسه مباشرة، أو يؤجرها إلى تابع، وبهذا فالملكية العقارية الإقطاعية تميزت بخاصية التجزئة أو الانقسام فمن ناحية الإقطاعي يملك الرقبة ويتمتع التابع بحق الإنتفاع وبهذا فالملكية أصابها الانقسام⁽²⁾.

هذا وقد كانت الملكية العقارية لا تباع ولا تشتري بخلاف الأشياء المنقولة، وفي هذا العهد وجدت ملكية جماعية شملت المراعي والغابات⁽³⁾.

و أما عن نظام الإرث⁽⁴⁾ السائد بين عبيد الأرض فهو مقيد بشروط فبالنسبة للأولاد حتى يرثوا يجب أن يكونوا قد عاشوا مع والديهم في المنزل، و أمّا بالنسبة للبنات فقد هذا الحق إذا لم تنم في منزل زوجها في الليلة الأولى من زواجها ولا يستطيع العبيد أن يرهن أو يبيع الثروة إلا بموافقة السيد.

أما عن نظام الإرث بالنسبة للأحرار فهو مقرر للإبن الأكبر وهو نظام مأخوذ عن الجرمان. خلاصة القول: إن الملكية العقارية في هذا العهد قد عرفت عدة أنواع: منها ملكية الإقطاع، و ملكية النبلاء، و ملكية العبيد، و ملكية الأراضي الحرة التي لم تكن ملكاً لسيد الإقطاع، و الملكية الجماعية للمراعي والغابات. فالملكية العقارية في هذا العهد كانت في أيدي الإقطاعي وبالتالي لا تكاد توجد ملكية عقارية خاصة للنهم إلا في منزل السكن وبعض الملكيات الصغيرة التي نجت من نظام الإقطاع إذ يستطيع أصحابها التصرف فيها وهي معرضة للإستيلاء عليها للمصلحة العامة من أجل توسيع ملكية الإقطاعيين⁽⁵⁾.

(1): أنظر الدكتور: أحمد محمد غنيم، المرجع السابق، ص 29.

(2): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1967، ص 482، فيليبسان شلاي، المرجع السابق، ص 55.

(3): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 175.

(4): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، المرجع السابق، ص 187.

(5): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، نفس المرجع، ص 191.

المطلب الثاني:

موقف الكنيسة من الملكية العقارية الخاصة.

في بادئ الأمر لم تتخذ الكنيسة موقفاً صارماً إزاء الملكية الخاصة في النظام الإقطاعي بل أقرت الأوضاع القائمة ونادت بضرورة حسن معاملة رقيق الأرض⁽¹⁾. ثم بعد ذلك اتخذت موقفاً تجاه الملكية الخاصة بظهور إجتاهين:

إجتاه إشتراكي لدى المسيحيين: يدين الملكية الفردية و يجرمها ويرى بأن الله خلق الأرض مشتركة لجميع الشعوب، حتى أعلن القديس (SAINT AMBRAISE) بأن الطبيعة خلقت حق الملكية الجماعية، بينما الغصب والعنف هو الذي خلق حق الملكية الفردية⁽²⁾.

إجتاه فردي: وهو الموقف الرسمي للكنيسة يرى بأن الله خلق كل شيء و يجب الإعتراف للفرد بملكية هذه الأشياء وتكون له سلطة الإنتفاع والإستثمار وحتتهم في ذلك أن: عناية الشخص بماله الخاص تكون أكثر بالنسبة للأموال الجماعية والملكية الفردية حافز على العمل، ووسيلة لإسعاد الفرد⁽³⁾.

ويظهر من أصحاب الإجتاهين بالنسبة لحق الملكية أنهم تأثروا بفلاسفة اليونان مثل: "سقراط"، "أفلاطون"، "أرسطو"، وما جاءت به الشريعة المسيحية.

خلاصة القول: إن الملكية في العصور الوسطى قد تحولت من وضعية إلى أخرى فتحولت من جماعية إلى ملكية فردية في العهد الإقطاعي وتوزعت سلطات المالك بين السيد وتابعه، وأدى تأثير الفقه والأديان السماوية إلى فرض بعض القيود على الملكية الفردية مراعاة لمصلحة الغير، أوللمصلحة الجماعية، وانتكست الملكية الجماعية المشتركة.

ومهما يكن من أمر فإن رجال الكنيسة في هذه العصور هم ملاك الأراضي ونظام الإقطاع هو نظام هرمي في قمته الإمبراطور وفي قاعدته الرقيق، فالملكية في هذا العصر كانت جماعية وفردية.

(1): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 56.
(2): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، نفس المرجع، ص 57.
(3): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 29.

المطلب الثالث:

الملكية العقارية الخاصة في الشريعة الإسلامية.

إن الأرض ثروة طبيعية ذات قيمة إقتصادية وإجتماعية⁽¹⁾، ورد ذكرها في القرآن الكريم يقول الله عز وجل: ﴿الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ مِهَادًا وَسَلَكَ لَكُمْ فِيهَا سُبُلًا، وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْ نَبَاتٍ شَتَّى، كُلُوا وَارْعَوْا أَنْعَامَكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِأُولِي النُّهَى، مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَفِيهَا نُعِيدُكُمْ وَمِنْهَا نُخْرِجُكُمْ تَارَةً أُخْرَى﴾⁽²⁾.

ويقول أيضا ﴿الرَّحْمَنَ عَلَّمَ الْقُرْآنَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ، عَلَّمَهُ الْبَيَانَ... وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾⁽³⁾.

ويقول أيضا ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾⁽⁴⁾.

ويقول أيضا ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ، وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُحِيطًا﴾⁽⁵⁾.

و الآيات الدالة على ذلك كثيرة.

أما بالنسبة للسنة النبوية الشريفة فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « من أحميا أرضاً ميتة

فهي له »⁽⁶⁾.

أما الأدلة من آثار الصحابة فقد أثار الصحابة فقد أثار عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه في معرض رده على أعرابي قال « المالم مال الله، و العباد عباد الله، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شيراً شيراً »⁽⁷⁾، وبهذا فالشريعة الإسلامية أقرت الملكية الفردية في العقار⁽⁸⁾.

ويقصد فقهاء الشريعة الإسلامية بالملكية الفردية « ما كانت لصاحب خاص واحد كان أو

متعددأ له الإستثمار. منافعها والتصرف في محلها »⁽⁹⁾.

(1): أنظر الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان، الجزء الأول و الثاني، دار الفكر العربي، 1976، ص 05.

(2): سورة طه: الآيات (53..55).

(3): سورة الرحمن: الآيات(1..10).

(4): سورة البقرة: الآية 29.

(5): سورة: النساء: الآية 126.

(6): أنظر: أبو الأعلى المودودي، مسألة ملكية الأرض في الإسلام، (ترجمة محمد عاصم الحداد)، دمشق، المطبعة التعاونية،

1957، ص 30، الموطأ للإمام مالك بن أنس، طبعة كتاب الشعب، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بدون سنة نشر، ص 463.

(7): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 58.

(8): أنظر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 180.

(9): أنظر الشيخ: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الجزء الثاني، معهد البحوث والدراسات العربية، 1968، ص 73.

كما يؤسس فقهاء الشريعة الإسلامية وجود الملكية الفردية على واقعة الاستيلاء بشرط ألا يكون مملوكاً لأحد. وإذا تم الاستيلاء عن طريق الحرب فيجب أن تكون الحرب مشروعاً، وللمالك أن يتصرف في ملكيته كيفما شاء ولا يجد من حرّيته إلا الضرر العمدي⁽¹⁾.

و إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرّ الملكية الفردية في العقار فهذا يتجلى في:

- تقديس العمل و تفضيله: فقد حثّ المولى عز وجل على العمل المشروع وهو لا يضيع أجر من أحسن عملاً⁽²⁾، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يحث أيضاً على العمل و يحترمه كما أنه باشر التجارة بنفسه.

- إقرار مال اليتامى: فحرم الإسلام أكلها إلا بالتي هي أحسن.

- إصلاح نظام الإرث: الذي عرف عند أغلب الشعوب وكان محجفاً في حق النساء والأطفال فبمجيء الإسلام أعطى لكل ذي حق حقه وأعطى للمرأة حقها ومكاتها.

- حماية الملكية: و سواء تعلقت بالمسلم أو بغير المسلم فقد حرّم الله عز وجل السرقة وقرر عقوبتها في قوله: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽³⁾، ووضع حداً للجريمة قطع الطريق فقال الله: ﴿إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

و إذا كان الإسلام يقرّ بالملكية الفردية فهذا لا يعني أنه لا يعترف بالملكية الجماعية بل أيضاً يعترف بها كالمراعي التي يحتاج إليها كافة الناس وأراضي الحمى سواء كانت خاصة أو عامة⁽⁵⁾، والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي مصادر الملكية في الإسلام؟

و للجواب على هذا السؤال لا بد من الرجوع إلى الأمور التالية التي تعد أهم المصادر ومنها:

- الغنيمة: و هي ما يحصل عليه المسلمون من أموال العدو سواء المنقولة أو العقارية خلال حرب مشروعاً، و للإمام الخيار بين أمرين فيما يتعلق بهذه الأراضي.

أ - إما أن يتركها في أيدي ملاكها ويفرض عليهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه في أرض العراق، وكان ذلك بموافقة الصحابة رضي الله عنهم⁽⁶⁾.

(1): أنظر الدكتور: فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، (رسالة لنيل شهادة

الدكتوراة في القانون)، ابن عكنون، الجزائر، 1996، ص 82.

(2): أنظر الدكتور: محمد علي احتبولة، المرجع السابق، ص 212.

(3): سورة المائدة: الآية 38.

(4): سورة المائدة: الآية 33.

(5): (أراضي الحمى هي أراضي خصصت لعامة المسلمين لرعي الماشية في عهد عمر بن الخطاب، فلقد استعمل على هذه الأراضي مولى له يسمى هنيثا)، أنظر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 65.

(6): أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، المرجع السابق، ص 140.

ب- أن يعتبرها غنيمة للمسلمين كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم في أرض خيبر، والغنيمة محدد توزيعها في القرآن الكريم في سورة الأنفال.

- الفبيء: وهو ما يحصل عليه المسلمون من غيرهم دون قتال ويكون خالصاً للرسول صلى الله عليه وسلم، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم ينفق بعض نتاجه على أهله، والآخر على جيش المسلمين، ولذلك كانت أموال بني النضير فيئاً للرسول صلى الله عليه وسلم منحه لرجلين من الأنصار، فأموال الفبيء العقارية تكون خالصة للرسول صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾، ويستطيع أن يجعلها ملكية خاصة للأفراد حتى يحقق التوازن بين ثروات المهاجرين والأنصار.

و في هذا يقول الله عز وجل ﴿ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ، كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾⁽²⁾ وبعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم أصبح الفبيء من بيت المال.

- إحياء الأرض الموات: فإذا استطاع الفرد أن يحيي أرضاً ميتة غير مملوكة لأحد ملكية فردية وجعل هذه الأرض صالحة بأي وسيلة إستخدمها فالأرض تصبح ملكاً له خلال مدة ثلاث سنين و إلا سقط حق ملكيته لها، وقد نفذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما قرره الرسول صلى الله عليه وسلم بشأن إحياء الأرض الموات فقال « من عطل أرضاً ثلاثة سنين فحماه غيره فعمرها فهي له »⁽³⁾. تلك هي مصادر الملكية العقارية الخاصة.

والأرض في الإسلام هي: إما أرض أسلم عليها أهلها باقية في ملكهم، وإما أرض فتحت عنوة ومن على أهلها بها كما في أرض مكة فهي باقية على ملكهم، وإما أرضاً فتحت عنوة وقسمت بين الفاتحين فهي ملك خاص بهم وبذريتهم من بعدهم كأرض خيبر، وإما فتحت عنوة وتركت بأيدي أهلها ملكاً لهم فهي كما كانت من قبل على أن يدفعوا خراجها ببيت المال⁽⁴⁾.

خلاصة القول: إنه بحسب الشريعة الإسلامية أقرت الملكية الفردية العقارية التي كانت معروفة من قبل لدى الشعوب، ونظمتها وأحاطتها بحماية، عانة هامة، وحددت مصادرهما المختلفة، كما أنها لم تمنع الملكية الجماعية المشتركة.

(1): وهناك من يرى بأن العقار لا يدخل في حكم الغنيمة، أنظر الدكتور: علي عبد الواحد وافي وحسن شحاتة سعفان، المرجع السابق، ص 143.

(2): سورة الحشر: الآية 7.

(3): أنظر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 68، 138، وما بعدها.

(4): أنظر الدكتور: حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنتها بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الأول والثاني، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 8، 9.

فالملكية في الشريعة الإسلامية فردية ذات وظيفة إجتماعية فينبغي أن تمارس لتحقيق مقاصد الشارع من شرعه لذا فقد تم تقييدها بقيود من حيث محل حق الملكية، و بتقييد سلطات المالك من استعمال، و إستغلال، و التصرف في ملكه⁽¹⁾.

فالشريعة الإسلامية كانت سبّاقة في إضفاء الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة وأولت إهتماماً بمصلحة الجماعة إذا تعارضت ومصحتها مع مصلحة الفرد الأقل أهمية.

المبحث الثالث:

الملكية العقارية الخاصة في العصر الحديث⁽²⁾.

في هذا المبحث ندرس الملكية العقارية الخاصة في فرنسا بإعتبار أن الملكية فيها فردية وندرس الملكية في ظل الأنظمة الاشتراكية التي ترمي إلى إلغاء الملكية الفردية ووسائل الإنتاج، وندرس هذا المبحث خلال حقتين زمنيّتين القرن السابع عشر والثامن عشر، والقرن التاسع عشر والقرن العشرين. خلال القرنين السابع عشر و الثامن عشر إستمر بقاء الأشكال السابقة للملكية دون تغيرات عميقة كالملكية العقارية الإقطاعية في فرنسا⁽³⁾، التي ألغتها الثورة في النهاية، أمّا بالنسبة للملكية الأراضية الفلاحية الصغيرة فقد تم تثبيتها في نهاية تلك الفترة.

أمّا بالنسبة لإنكلترا وخلال النصف الثاني للقرن الثامن عشر تناقصت طبقة الفلاحين المالكين للحقول التي يعيشون منها وإلى جانب هذه الملكية وجدت الملكية المشاعية وعند تقسيمها نتج عن ذلك أن تجمعت في أيدي محتكرين كبار أراضٍ فلاحية صغيرة وأراضٍ جماعية، مما جعل إنكلترا "البلد النموذجي للملكية العقارية الكبيرة" حتى قال الكونت «دولايشر» الذي كان قصره يرتفع وسط منطقة إضطر مالكوها إلى هجرها «إني غول الأسطورة، لقد أكلت جميع حيراني» ومنذ ذلك الحين إستطاع عدد صغير أن يملك أراضٍ بريطانية⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لفرنسا ومن خلال مواقف بعض المفكرين من الملكية قامت الثورة الفرنسية وعلى إثرها ألغي نظام الإقطاع وتم إرجاع ملكية الأراضٍ إلى مستغليها كما أصبحت الملكية بموجب المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789 «حقاً مقدساً لا يجوز إنتهاك حرمة، ولا يجوز

(1): أنظر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 183، 184.

(2): أنظر الدكتور: زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة سيماء، بيروت، بدون سنة نشر، ص 215.

(3): أنظر: فليسيان شالاي، المرجع السابق، ص 73.

(4): أنظر: فليسيان شالاي، نفس المرجع، ص 74.

حرمان صاحبه منه إلا إذا قضت في ذلك بوضوح ضرورة من مصلحة عامة تثبت قانوناً، وبشرط تعويض عادل يدفع مقدماً»⁽¹⁾.

وقد أكد الدستور الفرنسي الصادر عام 1791 على هذا المبدأ في المادة 87 منه، على أن «الملكية حق مقدس لا يمس»⁽²⁾.

ونظراً لقداسة حق الملكية والروح المتشعبة بالنزعة الفردية وإضفاء الصفة المطلقة على حق الملكية صدر التقنين المدني الفرنسي وعرف الملكية في المادة 544 منه «الملكية هي الحق في الإنتفاع بالأشياء و التصرف فيها بالطريقة الأكثر إطلافاً بشرط ألا يستعمل الشيء إستعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة»⁽³⁾.

ويذهب الدكتور: محمد نزيه الصادق أن «قيد هذه المادة ليس ظاهراً وظلّت الملكية مطلقة خوفاً من رجوع الملكية الإقطاعية المجزئة لحق الملكية»⁽⁴⁾.

و خلاصة القول: أن النزعة الفردية للملكية العقارية إستعادت مكانتها بعد الثورة الفرنسية التي كانت تحتلها أثناء العهد الروماني.

وخلال القرنين التاسع عشر و العشرون إنتشرت الإشتراكية وطبقت في ميادين جديدة تحت تأثيرات طرحها مفكرون بعد الثورة الفرنسية أدت إلى قيام الثورة البلشفية الروسية عام 1917، وبعد هذه الثورة صدرت عدة مراسيم تنظم الأسس الإقتصادية والإجتماعية نالت منها الملكية التصيب الأوفر فقد تم إلغاء الملكية الخاصة وجرت عملية تأميم الصناعة، وقد تم التأكيد والإعتراف بأنواع من الملكية⁽⁵⁾ في دستور الإتحاد السوفياتي الصادر سنة 1936، « ملكية الدولة لأموالها، الملكية التعاونية، الملكية الخاصة القابلة لتملك الأفراد، الملكية الشخصية المعترف بها للمواطنين السوفياتيين ».

ما يلاحظ أنه خلال الفترة الممتدة من (1917 حتى 1936) أن الملكية فيها أخذت مفهوماً جديداً فبعد صفة القداسة التي أطلقت عليها والصيغة المطلقة التي إتسمت بها أخذت تؤدي وظيفة إجتماعية، وقد لجأت الدول الإشتراكية إلى تساميم وسائل الإنتاج وملكية العقارات وبالتالي تضيق حدود الملكية الفردية بل تهدف هذه النظم إلى إسعاد المجتمع كآله وترى بأن الملكية الفردية تناقض قوام وأساس الدولة أو المجتمع ككل، بل ترى بأن المجتمع يستطيع أن يعيش في عدالة إذا وصل إلى مرحلة الشيوعية.

(1): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 483، الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 13.

(2): أنظر : فليسيان شالاي، المرجع السابق، ص 89.

(3): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 62.

(4): أنظر الدكتور: نزيه محمد الصادق، نفس المرجع، ص 62.

(5): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 40.

و مهما يكن من أمر فإن الملكية الفردية في روسيا كانت معروفة قبل 1917 وبعد الثورة الروسية ألغى هذا النوع من الملكية، إلا أن القانون إستثنى ملكية صغار الفلاحين للأراضي وهذا يؤكد بقاء الملكية العقارية الخاصة حتى بعد الثورة الروسية وثبوتها على المنقولات من باب أولى⁽¹⁾.

و خلاصة القول: رغم النظام الاشتراكي وعمليات التأميم و إلغاء الملكيات بقيت الملكية العقارية الخاصة حتى بعد الثورة البلشفية الروسية و إنها لم تشذّ عما كان عليه الحال في بلاد العالم. وبعدها إستعرضت الملكية في المجتمعات البدائية وفي العصور الوسطى فإنني سأبحث واقع الملكية العقارية الخاصة من خلال فترات بارزة في تاريخ الجزائر القديم و الحديث ومامدى تأثير نظام الملكية بنظم الحضارات المتعاقبة التي عرفتها الجزائر. و من أجل ذلك أخصص أربعة مطالب لهذه الدراسا أتناول في المطلب الأول الملكية العقارية الخاصة منذ الفتح الإسلامي حتى العهد التركي، و أدرس في المطلب الثاني الملكية العقارية الخاصة خلال العهد العثماني، أما المطلب الثالث أتناول فيه الملك العقارية الخاصة خلال الإحتلال الفرنسي، و في المطلب الرابع أتطرق إلى الملكية العقارية الخاصة بعد الإحتلال الفرنسي.

المطلب الأول:

الملكية العقارية الخاصة في الجزائر منذ الفتح الإسلامي حتى العهد التركي.

إن الملكية العقارية بصفة خاصة تأثرت بالأحداث التي عرفها القطر الجزائري منذ الفتح الإسلامي، فمن هذه الأحداث ما هو إيجابي و المتمثل في سعي ولاة القيروان من قبل بني أمية إبتداءً من القرن الثاني الهجري في تنمية الإنتاج الفلاحي، و من خلال هذا المسعى حافظ المزارعون على ملكياتهم، وقيام الأئمة الرستميون بالمغرب الأوسط في القرن الثالث الهجري بتطوير الزراعة و المحافظة على أساليب خدمة الأرض و أدى هذا العمل إلى إزدهار الزراعة و توسيع الملكيات و إستمر هذا الوضع على ما هو عليه فشمل الدولتين الزيرية و الصنهاجية كما تميزت بخلافة الموحدين و من بعدهم الزيانيين الذين حكموا البلاد حتى القرن العاشر الهجري بتشجيع النشاط الزراعي⁽²⁾.

أما الأحداث السلبية فتمثلت في أعمال التخريب التي تسببت فيها الكاهنة أثناء مقاومتها للفتح الإسلامي فهاجم قومها الحصون و حرقوا الحقول، كما تعرضت في هذه المرحلة العديد من الحواضر و المزارع للإتلاف من طرف الخوارج ضد سياسة ولاة القيروان المالية. و لقد كان تأثير الهجرة الهلالية على المنطقة شديداً إذ قضى على الإستقرار و بموجب هذه الهجرة تحولت الأراضي الزراعية إلى مراعي

(1) : أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 319.

(2) : أنظر الدكتور: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 173.

كما حدث في الهضاب العليا القسنطينية والشلف. إلا أنه في مطلع القرن الرابع عشر الميلادي أصبح هناك نوعين من أوضاع الملكية الزراعية، ويتمثل النوع الأول في أراضي الشمال وتمتد من غرب الجزائر حتى منطقة تنس في اتجاه إقليم الحضنة والأوراس أما النوع الثاني يتمثل في أراضي الخلاء والتي لم تكن محلاً للملكية الخاصة بل تحولت إلى أراضي مشاعة.

أما بالنسبة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فظهرت محاولات تتعلق بتنظيم الأراضي وتطبيق الأحكام الفقهية المتعلقة بها.

إلا أن أول محاولة بخصوص تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأراضي ظهرت في عهد الموحدين، إذ قام عبد المؤمن بن علي بعد سيطرته على أقطار المغرب العربي بتنظيم الأراضي الزراعية بعد مسحها وإعترها في حكم الأراضي المفتوحة عنوة ومن ثم يجب على سكانها دفع الخراج ولكن زال تطبيق هذه الأحكام الفقهية بمجيء الأتراك العثمانيين وما يلاحظ أن الأراضي الزراعية المنتجة الجزائرية طبق عليها ما طبق على أرض الشام والعراق من خراج وحزبة. حيث فرض على أصحاب الأراضي التي فتحت عنوة الجزية وكذلك الحكم بالنسبة للأراضي التي فتحت صلحاً وفي كلتا الحالتين فإن الأراضي الزراعية في الجزائر لم تعتبر شيئاً بل خضعت لنفس الحكم الذي طبقه عمر بن الخطاب على أراضي العراق. وما تجدر الإشارة إليه أن الفتح الإسلامي في المغرب قد استمر فترة طويلة على عكس الشام والعراق.

المطلب الثاني:

الملكية العقارية الخاصة في العهد التركي.

إن نظام الملكية العقارية قد حافظ على الوضع الذي كان عليه وذلك خلال القرن العاشر الهجري كله، بل عمد الأتراك على تكريس الأوضاع التي كانت سائدة من قبل، إلا أنهم قاموا بمكافأة العشائر المتعاملة معهم وذلك بإقرارها على الأراضي التي تحوزها بقصد كسب تأييد شيوخ هذه القبائل، وقد عرفت الملكية العقارية ازدهاراً وتوسعاً في مراحل وإنكماشاً وتقهقراً في مراحل أخرى⁽¹⁾. فمثلاً بعد إنتهاء القرن الرابع عشر والخامس عشر إنتهت الفوضى والإضطرابات التي عرفها القطر الجزائري والتي أثرت سلباً على الوضع الإقتصادي بوجه عام وعلى الملكية الزراعية بصفة خاصة، وبدأ يستقر الحكم المركزي التركي وزوال الخطر المسيحي الذي كان يهدد المدن الساحلية، فتحولت أغلب الأراضي الزراعية إلى أراضي مشاعة، أما الملكية الخاصة إنحصرت في المناطق الجبلية وفحوص المدن حيث بقي السكان مرتبطين بها، أما خارج المدن فتميزت الملكية العقارية بانتشار الأوقاف.

(1) : أنظر الدكتور: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 179.

أما ابتداءً من النصف الثاني من القرن السابع عشر وبداية القرن الثامن عشر فرض الحكام الأتراك على سكان الريف ضرائب كانوا في حاجة إليها فنتج عن هذه الممارسة أن عرفت الملكية الفردية الزراعية نوعاً من التحول إلى ملكيات البايك أو مزارع مشاعة كما ألحقت الحملات العسكرية التي كانت تقوم بجمع الضرائب أضراراً كبيرة بالريف أدى هذا إلى إنكماش النشاط الزراعي ومزاولة الرعي.

أما في القرن الثامن عشر ظهرت عدة أنظمة أكثر إرتباطاً بالأرض وعرف عدة دايات تعاقبوا على الحكم. هذين العاملين أثرا على الحياة الاقتصادية بصفة عامة و على إنتاج الملكيات الزراعية بصفة خاصة، فتوسعت أراضي الدولة وبدأت بعض الملكيات الخاصة تتحول إلى وقف. ومع نهاية القرن الثامن عشر عرفت الجزائر توجهاً جديداً في السياسة الاقتصادية فعملت على تصدير المحاصيل الزراعية إلى الخارج من أجل تلبية طلبات السوق الخارجية التي كان يحتكرها بعض الأوربيون والسماسة اليهود وفي نفس الوقت كان الأهالي يعانون الأوبئة و المجاعات نتيجة القحط. وهذا الضغط المتزايد على الأرياف أدى بهم إلى إهمال الزراعة وهجروا ممتلكاتهم فازدادت ملكيات البايك توسعاً.

أما الملكية الخاصة فكانت مقتصرة و منحصرة في المناطق الجبلية وعلى العموم يمكن القول بأن الأحداث المتعاقبة التي عرفتها الجزائر والظروف الطبيعية الصعبة السائدة أدت بالسكان إلى التوقف عن الزراعة وتحولت الملكية إلى مشاعية وهذا الطابع شمل السهول الداخلية والهضاب المتفتحة على الصحراء.

أما القسم الشمالي حيث الأراضي الخصبية فيغلب عليها الملكية الخاصة وملكية الدولة (الباييك). وأراضي الأوقاف، وبعض الملكية المشاعة.

فبالنسبة للملكية الخاصة فقد مارس أصحابها كل أنواع التصرف التي يميزها القانون من بيع وإستغلال عن طريق عقود المغارسة أو المزارعة أو عن طريق الترك للورثة⁽¹⁾ وتنقسم الملكية الخاصة من حيث موقعها إلى ملكيات قريبة من المدن تعرف بالفحوص وهي في الغالب بساتين للحضر و الفواكه وبعض حقول الحبوب، أما ملاكها فهم من موظفي الدولة وأعيان المدينة وبعض الأثرياء من مختلف الطوائف كالتجار و القناصل.

وملكيات واقعة بالمناطق الجبلية وبعض السهول الداخلية وإن حيازة وتوزيع هذه الأراضي قسام على مبدأ التنظيم القبلي السائد في المنطقة كما يتميز هذا النوع من الملكية بوجودها داخل كثافة سكانية معتبرة على عكس ملكية فحوص المدن التي لا تعرف هذا النوع من التكديس البشري.

(1) : أنظر الدكتور: ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص40.

المطلب الثالث:

الملكية العقارية الخاصة خلال الاحتلال الفرنسي.

إن نظام ملكية الأراضي قبل الإستعمار الفرنسي كانت إما ملكية للعرش أو ملكية مشاعة للعائلة، هذا النمط لا يتلاءم مع الممارسات العقارية نظراً لعدم القسمة إضافة إلى وجود تقنيات في القانون المحلي تحمي وضعية الأراضي - كحق الشفعة مثلاً - زيادة على أن هذا النوع من الملكية لا يتشابه مع نظام الملكية في القانون الفرنسي الذي يعطي للمالك حقاً مطلقاً للملكية. وعلى هذا فإن الإمتداد الإستيطاني للإستعمار لا يتم إلا عن طريق تفكيك أحكام القانون المحلي وذلك بإدخال أحكام من القانون الفرنسي وإحلاله محلياً مكان القانون المحلي⁽¹⁾، حيث قامت فرنسا بإستعمال طرق من أجل إنشاء دومين الدولة تمثلت في تطبيق مبدأ الحلول والتطبيق التعسفي للمادتين 539، 713 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالأراضي الشاغرة، حيث طبقت هاتين المادتين في السنة الأولى للإحتلال (1830 - 1831) على أراضي الدايا وأراضي البايات وأراضي الموظفين الأتراك الذين غادروا الجزائر، وطبق هذا الإجراء عام 1840 على الجزائريين الذين هاجروا إلى الخارج والتحقق من سندات الملكية بموجب الأمرين الصادرين في 1 أكتوبر 1844 و 21 جويلية 1846 حيث تم فرض إجراءات تتعلق بالتحقيق في سندات الملكية حيث إشتطت على كل شخص سواء كان جزائرياً أو أورياً يدعي ملكية أرض أن يقدم للجهة المختصة سندا للملكية خلال ثلاثة أشهر.

وإن الدولة الفرنسية بعد تكوينها دومين الدولة إتبعت ثلاثة أنظمة لإستغلال هذه الأراضي تمثلت في صدور قرار في 1841 يتضمن التنازل بدون مقابل عن أراضي دومين الدولة ولكن بشروط: وهي أن يقيم الشخص في قطعة الأرض الممنوحة له والمقدرة بـ 25 هكتار، وأن يخدم الأرض بصفة مباشرة وشخصية وألا يتصرف في هذه الأرض خلال مدة معينة. ما يلاحظ أن عقد التنازل هذا هو عقد ملكية مقترن بشروط فاسخة.

وفي مرحلة أخرى صدر مرسوم عام 1851 يلغي الشروط السابقة ويتضمن شروط أخرى وهي: الإعتراف بالملكية بدون قيد أو شرط، ويجوز التنازل عن هذه الأرض للغير، وإن الحد الأقصى للمساحة المتنازل عنها هي 50 هكتار.

وفي سنة 1860 بدأت عملية بيع أراضي دومين الدولة لأن في المرحلتين السابقتين كان التنازل بدون مقابل، وفي سنة 1904 تراجع المشرع الفرنسي عن مبدأ التنازل بدون مقابل وحل محله التنازل بمقابل مع إضافة شروط القرار الصادر في 1841.

فالمرسوم الصادر في سنة 1904 والذي بقي ساري المفعول حتى سنة 1962 كان يمنح الأرض بمقابل كقاعدة أصلية وإستثناءً يمكن منح الأرض بدون مقابل لمهاجرين جدد مع العلم أن الجزائريين ليس لهم

(1): أنظر الدكتور: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 203.

الحق في الحصول على هذه الأراضي بإستثناء الأشخاص الموالين للسلطة الإستعمارية مثل القياد، الآغات، الباشاغات الذين إستفادوا من أراضي إستلبتها الإدارة الإستعمارية.

أما الطريقة الثانية المتبعة لإنشاء دومين الدولة فتتمثل في تحديد أراضي العرش أي وضع حدود لهذه الأراضي التي يستغلها الجزائريون وتتم عملية التحديد بالترفة بين أراضي العرش وأراضي الملك (وهي أراضي خاصة)، وفي هذا الإطار صدر قانونان أولهما بتاريخ 1851 الذي لم يفرق بدقة بين أراضي العرش وأراضي الملك إذ تنص المادة 11 من هذا القانون على أن: «حقوق الملكية و حقوق الإنتفاع التابعة للأفراد أو العرش أو الدوار معترف بها»، وثانيهما قانون "سيناتيس كونسيلت" الصادر بتاريخ 22 أبريل 1863 الذي يفرق بين الأراضي التابعة للعرش وتعتبر ملكية جماعية، وأراضي الملك التي تعتبر أراضي خاصة. وإن عملية التفرقة بين هذين النوعين من الأراضي التي جاء بها قانون 1863 تقوم بها الإدارة الفرنسية، حيث نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه: «يجري إدارياً وفي أقرب الآجال ما يلي: تحديد أراضي العرش، وتأسيس الملكية الفردية بين أعضاء الدوار» وبعد الإنتهاء من عملية إنشاء دومين الدولة وتحديد أراضي العرش قامت السلطات الفرنسية بفرنسة الملكية العقارية ويظهر ذلك في صدور قانون فارني "VARNI" الصادر بتاريخ 16 جويلية 1873 إذ تقضي المادة الأولى منه «على أن تأسيس أو إثبات الملكية و المحافظة عليها أو إنتقالها بالتعاقد تخضع لأحكام القانون الفرنسي»، ما يستخلص من هذه المادة أن إثبات الملكية أو تأسيسها و المحافظة عليها لا تكون في أراضي الملك فقط بل تشمل أراضي العرش، ولا يطبق هذا القانون إلا في حالة إنتقال الملكية بالتعاقد أما إذا ما إنتقلت الملكية بالميراث فالقانون المحلي هو المطبق وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون فارني.

ومن أجل تفادي هذا النقص صدر قانون 28 أبريل 1887 وعمم مبدأ فرنسة الملكية العقارية على كافة التصرفات وصدرت بعد هذا القانون نصوصاً أخرى تدعم مبدأ فرنسة الملكية العقارية في الجزائر مثل قانون 17 فيفري 1897، وقانون 4 أوت 1926 الذي بقي ساري المفعول حتى الإستقلال. وقد نتج عن مبدأ فرنسة الملكية العقارية ازدواجية في نظام الملكية العقارية أولها أراضي مفرنسة وثانيها أراضي غير مفرنسة لأنها لم تنظم حسب أشكال القانون الفرنسي ولم تخضع كلياً لأحكام القانون المحلي فهسي مسيرة بنظام مختلط فإذا كان المالك أورياً فإن القانون الفرنسي هو المطبق إذا باع فرنسي إلى جزائري والعكس صحيح إذا كان المالك جزائرياً فإن القانون المحلي هو المطبق، إضافة إلى ذلك أن أحكام القانون المحلي قد أدخلت عليها تعديلات من طرف المشرع الفرنسي منها أن حق الشفعة لم يسبق إلا في إسترداد الإرث.

من خلال هذه الحقبة الزمنية يتضح بأن الملكية العقارية الخاصة قد كانت موجودة وقد قلّصت وهذا بسبب الهيمنة الإستعمارية وقد أصبحت أغلب الأراضي الزراعية بفحص مدينة الجزائر أثناء الإحتلال الفرنسي (1830) في حوزة طبقة إجتماعية موسرة من الجنود والموظفين الأتراك ومن أعيان الحضرة من الكراغلة أبناء الأتراك وأندلسيين مع بعض التجار من اليهود والأجانب، ومجموعة القناصل الأوربيين وقد شيد هؤلاء الملاك بأراضي الفحص المنازل الريفية الجميلة، فإختار القناصل الأوربيون مقر إقامتهم خارج باب الوادي، وفضل اليهود نواحي بوزريعة المشرفة على المدينة، أما الممتلكات الخاصة بالأقاليم الريفية فأغلبها يتركز بالمناطق الجبلية حيث يتركز مبدأ حيازة الأرض على التنظيم القبلي ويستند إلى العادات المتوارثة من تلك الجهات.

المطلب الرابع:

الملكية العقارية الخاصة بعد الإحتلال الفرنسي.

إن المجلس الوطني للثورة قد صادق بطرابلس على برنامج تحقيق الثورة الديمقراطية الشعبية الذي إختار الاشتراكية في الجزائر وحدّد ضرورتها⁽¹⁾، وما يهمننا من برنامج طرابلس ملكية الأراضي التي إتخذها هذا البرنامج تحت شعار "الأرض لمن يخدمها" إذ أن أي إجراء إصلاح زراعي يتطلب القضاء على قواعد الإقتصاد الرأسمالي، وإرتكز هذا الإصلاح على مبادئ منها تحديد الملكية حسب أنواع الزراعات، ونزع الملكية في الأراضي التي تتجاوز مساحتها الحد الأقصى.

وبهذا المحتوى فإن البرنامج الفلاحي يعبر عن إستجابة واضحة لآمال ورغبة الشعب الذي كانت أغليته قد حرمت من ملكية الأرض الزراعية نتيجة السياسة الإستعمارية الممارسة عليه. وفي مرحلة لاحقة عقد حزب جبهة التحرير الوطني مؤتمره الأول في الجزائر وقد دامت مدة أشغاله ستة أيام (16 إلى 21 أبريل 1964) وتعرض المؤتمر إلى تقييم شامل بالنسبة إلى المرحلة التي تمر بها البلاد وما يتطلبه البناء الاشتراكي فأكد المؤتمر على الميدان الفلاحي ولاحظ عدم وجود توازن بين القطاع الاشتراكي المرغوب فيه و القطاع الرأسمالي من كون هذا الأخير يملك كل العناصر الضرورية لسيره سيراً حسناً⁽²⁾. و ما يلاحظ في مجال ملكية الأراضي الفلاحية أن أراضي المعمرين التي وضعت تحت تصرف التسيير الذاتي لم تمكن من حل الأراضي الموجودة في أيدي كبار المالكين الجزائريين. إذا أن عملية إعادة توزيع هذه الأراضي من حديد على ملائكتها الذين حرّموا منها وقتاً طويلاً لا يتم إلا في إطار ثورة زراعية وقد نص ميثاق الجزائر (1964) على وجوب إتباع الشكل التعاوني من أجل تقوية الإنتاج.

(1) : إن ميثاق طرابلس تحت المصادقة عليه في شهر جوان 1962 أي قبل فترة الإستقلال بأيام فقط ولذا أوردته في هذا الزمن.

(2) : أنظر الدكتور : فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 225.

أما بالنسبة لنظام الملكية خلال الفترة الممتدة من 1965 حتى 1989 فنستطيع أن نقول أن بداية هذه المرحلة بدأت بأحداث 19 جوان 1965 التي لم تكن ثورة مضادة بل كانت تصحيحاً ثورياً لمسار النظام الإشتراكي، إذ أن هذا التصحيح تم بأسلوب مزدوج فمن جهة تم الإعتماد على أسلوب التسيير الذاتي في المجال الزراعي ومن جهة أخرى تم إلغاء بعض التأميمات مثل إلغاء تأميم المطاعم والفنادق والمقاهي.

وقد ساد في هذه الفترة النظام الإشتراكي الذي يقوم على الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج وقد صدرت عدة قوانين تركز هذا الإتجاه ومنها الدستور الجزائري لعام 1976 الذي نص فيه المشرع الجزائري بأن الإشتراكية مبدأ لا رجعة فيه. ورغم ذلك فمشرعنا لم يبلغ الملكية العقارية الخاصة بل أصبحت تؤدي وظيفة إجتماعية وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف كل القوانين الفرنسية التي كانت مطبقة حتى يوم الإستقلال والتي كانت تركز النزعة الفردية.

ورغم هذا التحول من نمط إلى آخر إستطاع المشرع أن يعرف كيف يواجه هذه التحولات وأصدر الأمر المتضمن القانون المدني⁽¹⁾ الذي نص فيه على الملكية بوجه عام ونطاقها ووسائل حمايتها والقيود التي ترد عليها سواء للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة. أما بعد 1989 فإن الدولة الجزائرية قد إنتهجت نظام إقتصاد السوق الذي يقوم على الحرية الفردية وحتى في ظل هذا النظام بقيت الملكية العقارية الخاصة مصونة وتؤدي وظيفة إجتماعية بقاء القيود المقررة على الملكية العقارية الخاصة. بل وأصبحت للأراضي الفلاحية وظيفة إقتصادية و إجتماعية.

ونشير إلى أن حق الملكية قد تطور في مجال القانون الدولي مثله مثل حق الملكية في القانون المدني بالنسبة للأشخاص، ويظهر ذلك بالنسبة للبحار و الفضاء فقلديماً كانت الفكرة السائدة هي أن لكل دولة الحرية في التنقل بحراً وجواً حسب قدرتها إستناداً إلى أن المياه و الهواء ملك للجميع⁽²⁾ ولكن بتقدم العلوم وتطور العلاقات الدولية أدى إلى خلق التنافس بين الشعوب حول السيطرة على أعالي البحار زيادة عن المياه الإقليمية والنطاق الجوي لكل دولة. وقد أسفر هذا التطور فيما يتعلق بالبحار إلى إبرام معاهدات دولية من أجل تحديد مدى ما تملكه كل دولة من مياه البحر على أنها مياه إقليمية خاصة بها تخضع لسيادتها، وما يقال عن البحر يقال عن النطاق الجوي لكل دولة إذ أن كل دولة تملك النطاق الجوي الذي يعلوها ولكن نظراً للتطور الخطير والجسيم للمخترعات الحديثة التي وصلت ببعض الدول ومكنتها من إرتياد الفضاء الخارجي للأرض عن طريق الأقمار الصناعية و الصواريخ وهذا ما أدى إلى عرض ملكية الفضاء الخارجي في المحافل الدولية من أجل تنظيمه من الناحية القانونية

(1) : أنظر : الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 78.

(2) : أنظر الأساتذة : حنا راغب، علوبة عادل، الشريطي علي علي، المرجع السابق، ص 934.

وطبقاً لإتفاقية باريس المبرمة في 13 أكتوبر 1919، ثم إتفاقية شيكاغو المبرمة في 07 ديسمبر 1944 كانت الفكرة السائدة أن سيادة الدولة الإقليمية تمتد إلى طبقات الجو التي تعلوها، ولكن هذه الإتفاقيات أصبحت لا تتفق مع الأوضاع الحديثة ولذلك أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً في 20 ديسمبر 1961 بشأن المبادئ الخاصة بتنظيم إستخدام الفضاء الخارجي حيث ذكرت في هذا القرار بأن الفضاء الخارجي و الأجرام السماوية طبقاً للقانون الدولي ليست محلاً للملك.

وقد أشرت إلى تطور حق الملكية في القانون الدولي لإظهار أن ملكية الدولة قد لحقها التطور وفي هذا إشارة إلى تطور الملكية بصفة عامة، ولكن هذا النوع من الملكية ليس محل دراستي.

الباب الأول

مفهوم الملكية العقارية
الخاصة ونطاقها.

الباب الأول:

مفهوم الملكية العقارية الخاصة ونطاقها.

إن موضوع الملكية يعد من الموضوعات القليلة التي حظيت بإهتمام المفكرين في العالم من قديم العصور، فقد تناول هذا الموضوع الفلاسفة وعلماء الاجتماع والإقتصاد وتعرضت له الأديان والحال هكذا فهو موضوع قانوني، وإجتماعي، وسياسي، وإقتصادي في آن واحد⁽¹⁾.

و أول ما ظهرت الملكية الخاصة في الأشياء المنقولة ثم الأشياء الثابتة الخاصة بالسكنى، أما ملكية الأرض فقد ظلت ملكية جماعية إلى أن صارت ملكية خاصة و هذه الأخيرة تعد مظهراً من مظاهر حرية الأفراد، وتقوم الملكية الخاصة على إعتبرات هي:

- إعتبرات العدالة: فما دام الفرد يكسب هذه الملكية بمجهوداته الخاصة فمن المنطقي أن يبقى له ما يكسبه من عمله.

- إعتبرات الحرية: فمن لا يملك شيئاً يعتمد على غيره كلية ولهذا نصت الدساتير الحديثة على الملكية الخاصة وإحترامها بإعتبرها حقاً طبيعياً.

- الملكية الخاصة تعتبر ضرورة إجتماعية و إقتصادية: فمن لا يملك شيئاً يكون شخصاً عنيماً مغامراً يخلق نظاماً لا إستقرارياً أما إذا كان يملك فهذا يؤدي إلى التفاني في عمله وتحفيزه على العمل وهذا يخلق نظاماً إستقرارياً.

والملكية من تاريخ نشأة الإنسان تراوحت بين ملكية جماعية مشتركة و ملكية فردية، وكان صراع الطبقات قائماً على أساسها لأن من يملك يحكم و يسيطر على غيره من الطبقات الأخرى.

إلا أنه حديثاً كل التشريعات أقرت بمبدأ الملكية الفردية وإعتبرتها حقاً مقدساً فنصت عليها في دساتيرها وقوانينها الخاصة، وأولتها بالرعاية والحماية الكاملة كي تبقى مصونة وحتى لا يتزعزع كيان الدولة.

و تطور هاته التشريعات في حد ذاتها يوحى بأن فكرة الملكية في تطور مستمر فبعدما كانت بعض التشريعات تعتبر أن حق الملكية حقاً مطلقاً أصبحت ترى بأنه حق مقيد كما هو الحال في ألمانيا الغربية، ولم تصبح الملكية قاصرة على المالك بل أضحى المجتمع طرفاً ثالثاً فيها⁽²⁾.

و إذا كانت الملكية بهذا المفهوم حق ذو وظيفة إجتماعية مشروعة فإن نطاقها يمتد إلى علو وسطح وعمق العقار ويشمل الثمار والمنتجات والملحقات وتعتبر مملوكة لصاحب العقار الذي له كل السلطات على ما يملك، وعليه سندرس مفهوم الملكية العقارية الخاصة ونطاقها في فصلين، نخصص الفصل الأول إلى تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة، وفي الفصل الثاني ندرس نطاق الملكية العقارية الخاصة، ووسائل حمايتها.

(1): أنظر الدكتور: محمد السعيد رشدي شاهين، طبيعة الملكية في الإسلام و النظم الرضعية، مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، 2، 1986، ص 111.

(2): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 43.

الفصل الأول:

تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة.

إن المحافظة على الذات غريزة متأصلة في الإنسان فإستطاع أن يكتسب ملكة الإقتناء ليقبى نفسه من جميع الأخطار⁽¹⁾ وطبع على حب التملك والإستثمار حتى كانت الملكية في البدء حقاً مطلقاً وهو ما إنعكس على التشريعات القديمة بأن جعلت الملكية خالية من القيود.

وكما رأينا سابقاً في التطور التاريخي للملكية العقارية الخاصة أن أي عصر لم يخل من الملكية الجماعية والملكية الفردية للعقارات، وهذين النوعين من الملكية ظللاً محل نقاش المفكرين والفلاسفة ورجال الإقتصاد، فهناك من يهاجم الملكية الفردية ويدافع عن الملكية الجماعية وهم أنصار المذهب الإشتراكي، وعلى النقيض هناك فريق ثاني يمدّد الملكية الفردية ويهاجم الملكية الجماعية وهم أنصار المذهب الرأسمالي، ورغم هذا الجدل والنقاش وبالرجوع إلى كل التقنيات فهي تتضمن النص على حق الملكية وحمايته وتفرض عليه قيوداً مقررّة لمصلحة الجماعة أو للمصلحة الخاصة.

أمّا بالنسبة للشريعة الإسلامية فتتفق غالبية من كتبوا عن الملكية في الإسلام على أن الإسلام يقر الملكية الفردية والملكية الجماعية⁽²⁾، وندرس تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة في خمسة مباحث، نتطرق في المبحث الأول إلى التعاريف الفقهية والتشريعية التي وردت بشأن الملكية، وفي المبحث الثاني ندرس طبيعة الملكية العقارية الخاصة، وفي المبحث الثالث ندرس خصائص الملكية العقارية الخاصة، ونخصص المبحث الرابع لتحديد سلطات المالك في الملكية الخاصة، أما المبحث الخامس نتناول فيه أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول:

التعاريف الفقهية والتشريعية التي وردت بشأن الملكية.

إن التعريفات التي أعطيت لحق الملكية تعريفات مختلفة لإختلاف الأساس أو الإعتبار الذي إستند إليه كل تعريف، وسنحاول من خلال هذا المبحث التعرض لأهم التعاريف التي جاءت بخصوص هذه الفكرة وسواء كانت تعاريف إصطلاحية أو قانونية ولا بدّ من الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتبيان معنى الملكية وأنواعها ثم تعريفها لدى بعض التشريعات وموقف المشرع الجزائري من حق الملكية بإعتبارها من أهم الحقوق العينية الأصلية، وندرس هذا وفق مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريفات الفقهية لحق الملكية في الشريعة الإسلامية، ونتناول في المطلب الثاني تعريف الملكية في بعض القوانين الوضعية.

(1) أنظر: هارولد لاسكي، الحقوق والمساواة والملكية من كتاب قواعد السياسة، بدون سنة نشر، ص 139.
(2) أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، قيود الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، العدد الثاني، يونيو 1987، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ص 95، الدكتور: عبد المنعم فرج الصّدّة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، الجزء الأول، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، ص 72، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 20.

المطلب الأول:

التعريفات الفقهية لحق الملكية في الشريعة الإسلامية.

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية حق الملكية وأولوها بتعريفات متعددة نذكر منها ما تيسر لنا الحصول عليه في بحثنا هذا.

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية تعبير « الملك » لفظ مقابل لحق الملكية لدى رجال القانون، ولقد عرفت الملكية بتعريفات تقاربت في معانيها وتباينت في مبادئها فالملكية في اللغة:

من الملك وهي بكسر الميم إحتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ﴾ وفتح الميم الإستطاعة والقدرة ومنه قوله تعالى: ﴿مَا أَخْلَفْنَا مَوْعِدَكَ بِمَلِكِنَا﴾ وبضم الميم الحكم والسلطان ومنه قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾.

أما في الاصطلاح فقد عرفها الكمال بن الهمام من فقهاء الحنفية بقوله « الملك هو القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع »⁽²⁾.

و عرفها ابن نجيم الحنفي بقوله: « الملك هو الإختصاص الحاجز »⁽³⁾.

وعرفها القرافي من فقهاء المالكية في كتاب الفروق بأنها « حكم شرعي مقدر وجوده في عين أو منفعة تقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من الإنتفاع بالعين أو بالمنفعة أو بالإعتياض عنها، ما لم يوجد مانع من ذلك »⁽⁴⁾.

وعرف بعض الفقهاء الملك بأنه: مصلحة مستحقة شرعاً⁽⁵⁾.

كما عرفه آخرون بأنه « حيازة الشيء متى كان الحائز قادراً وحده على التصرف فيه والإنتفاع به عند عدم وجود المانع الشرعي »⁽⁶⁾.

و عرفه آخرون بأنه « علاقة شرعية بين الإنسان والشيء المملوك، تحول صاحبها الإنتفاع والتصرف به وحده ابتداء إلا لمانع »⁽⁷⁾.

(1): أنظر الدكتور: أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية 1988، ص 31، الدكتور: حمدي عبد العظيم عبد اللطيف، الآثار الاقتصادية للملكية الخاصة، مجلة مصر المعاصرة، العدد 403 يناير 1986، السنة 77، ص 137، 138، 139، الدكتور: أحمد الحجوي الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، دار المعارف للطباعة، 1977، ص 496، 497.

(2): (3)، (4)، (5): أنظر الدكتور: محمد السعيد رشدي شاهين، المرجع السابق، ص 113، الدكتور: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 79، هامش 1، 2، الدكتور: عبد الرحمن الصابوني، الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، مديرية الكتب والمنطبعات الجامعية، حلب، 1965، ص 30، الدكتور: تقيّة عبد الفتاح، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 41.

(6): أنظر الدكتور: محمد يوسف محمد، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1987، ص 165.

(7): أنظر الدكتور: عبد الله المصلح، الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالإتجاهات المعاصرة، مطابع الإنحد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة 1982، ص 30.

فالملكية في الشريعة الإسلامية تقع على العين أو على المنافع، وبهذا فالملك في الشريعة الإسلامية ملك تام وهو ما ثبت لذات الشيء ومنفعته⁽¹⁾ وملك ناقص وهو ما ثبت لواحد منهما فقط وهو نوعان: ملك الرقبة وحدها، وملك المنفعة وهو ما يسمى حق الانتفاع، و الملكية علاقة شرعية أقرها الشارع بين الإنسان والشيء الذي يصلح أن يكون محلاً للملكية، فما هو حق للعبد أثبتته الشرع في أحكام مردها إلى الكتاب والسنة.

إذن فالملك هو حكم شرعي إذ الشرع هو الذي رتب هذا الملك والتصرف في الملك مقيد بالقدر المأذون به في الشرع، وقد أباح الشرع للمالك إستعماله، وإستغلال حقه، والتصرف فيه وأضفى عليه الحماية اللازمة. والواقع أن تقرير حق الملكية للإنسان لا ينسبه أن المالك الحقيقي لهذه الأشياء هو الله سبحانه وتعالى، وأن الإنسان مستخلف في هذه الأرض، وهذا الإستخلاف ليس مطلقاً بل نظّمته الشريعة وقيدته ووضعت له قواعد وأصول من أجل الإستفادة والتمتع بمنافع أذن بها الشرع. فالملكية التي أجازها الإسلام مقيدة يراعى في إدارتها وتنميتها خير الناس جميعاً، وهي وظيفة إجتماعية يقوم بها شخص لخير الجماعة، فإذا لم يقم بها على الوجه المبيّن حق لولي الأمر أن يكمل بها غيره⁽²⁾.

المطلب الثاني:

تعريف الملكية فقهاً وتشريعاً في بعض القوانين الوضعية.

لقد تناول بعض فقهاء القانون الوضعي تعريف الملكية، فقد عرفها البعض بقوله: « بأنها الحق الذي يخول صاحبه سلطة دائمة على شيء معين يكون له وحده بمقتضاها حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه »⁽³⁾

و يعرفها البعض الآخر بقوله أنها: « حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون »⁽⁴⁾.

وقد عرف كلاً من « كولان وكاينتان » حق الملكية بأنها « سلطة إستعمال الشيء والإفادة من جميع الفوائد التي يمكن الحصول عليها منه على نحو قاصر على المالك ومؤبد »⁽⁵⁾، وقد عرفت بأنها

(1): أنظر الدكتور: محمد مصطفى شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1969، ص 341.

(2): أنظر الدكتور: عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص 195.

(3): أنظر الدكتور: محمد السعيد رشدي شاهين، المرجع السابق، ص 116.

(4): أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، مصر، بدون سنة نشر، ص 264.

(5): أنظر الدكتور: صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية الجامعية، بدون سنة نشر، ص 19.

« سلطة لشخص معين تمكنه وحده من استعماله وإستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون »⁽¹⁾ وقد عرفها البعض أيضاً « بأنها عبارة عن سلطة مباشرة على شيء معين بالذات يقررها القانون لشخص وتحتوله ميزة إستعمال هذا الشيء وإستغلاله والتصرف فيه »⁽²⁾ ، وإن حق التملك هو الحق الذي يضيف الشخص فيه مالا لنفسه فإذا تملك هذا المال أصبح له حق الملكية على ماله، وإن حق التملك هو من الحقوق العامة أما حق الملك أو الملكية فهو حق من الحقوق الخاصة، وحق الفرد في أن يملك يسفر عن الملكية الفردية وهي الملكية الخاصة.⁽³⁾

أما بالنسبة للمتقنين فقد عرف المشرع الفرنسي حق الملكية في المادة 544 من القانون المدني القديم بأنها «حق للمالك في الإنتفاع بما يملك والتصرف فيه بطريقة مطلقة بشرط ألا يستعمله إستعمالاً تخبره القوانين واللوائح»، وقد عيب على هذا التعريف في أنه:

- عرف الملكية بعناصرها دون بيان طبيعتها وإن كان النص يذكر الإنتفاع ولم يذكر عنصر الإستعمال الذي يختلف عن الإنتفاع، إذ الأول يراد به قيام المالك بإستعمال الشيء أما الإنتفاع فهو إستثمار الشيء بواسطة الغير.⁽⁴⁾

- أصبغ الملكية بأنها حق مطلق دون الإشارة إلى أنها قاصرة على المالك وحده.
- إن إطلاق وصف الملكية بأنها حق مطلق أصبح لا يتماشى مع الحياة الإجتماعية ومقتضيات الوقت، وكل هذه الإنتقادات الفقهية كانت في محلها.

فالملكية في الوقت الحاضر لم تصبح حقاً مطلقاً بل قيّدت بقيود كثيرة منها ما يرد حتى على حق التملك وخاصة ما يتعلق بالملكية العقارية. أما تعريف حق الملكية في القانون المدني بهذه الصورة فله ما يبرره من الناحية الواقعية فالتقنين جاء عقب الثورة الفرنسية التي نادى أصحابها بالملكية الفردية، وأرادوا التخلص من نظام الإقطاع الذي فرض عليهم تكاليف، لذا نصّ واضعوا هذه المادة على أن حق الملكية حق مطلق حتى يجرروها من أعباء وتكاليف جرى العرف عليها⁽⁵⁾ لكنهم من جهة أخرى قيّدوا الملكية الخاصة بعدم تعارضها مع القوانين و اللوائح.

أما المشرع المصري فقد عرف الملكية في المادة 802 من القانون المدني بقوله: «لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق إستعماله، وإستغلاله، والتصرف فيه».

- (1): أنظر الدكتور: محمد حسنين، الرجز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 24.
- (2): أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، بلون سنة نشر، ص 433.
- (3): أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 5، 6.
- (4): أنظر الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 47.
- (5): أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها، الطبعة الثانية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1968، ص 15، عبد الرحمن دغوش، حق الملكية والقيود القانونية والإنفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري (رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون) ابن عكنون، الجزائر، 1977، ص 13.

فالمشرع المصري في تعريف حق الملكية إكتفى بذكر خصائصها وعناصرها، وقصر الملكية على صاحبها لا يزاحمه أحد وهذه الميزة لم يذكرها المشرع الفرنسي سابقاً.

أما المشرع العراقي فقد نصّ على حق الملكية في المادة 1048 من القانون المدني على النحو التالي بقوله: «الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة وإستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها وتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة»، وقد نقل المشرع العراقي هذا التعريف عن مرشد الخيران المتأثر بالفقه الحنفي (المادة 11)، و يلاحظ بعض الشراح بشأن تفسير هذه المادة بأنّ تعريف الملك إنصبّ على الملك التام من أجل تعريف الملكية العامة عن الملكية الخاصة لأنّ الملكية العامة ليست محلاً للملك الخاص ولا يمكن التصرف فيها وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة 71 من القانون المدني والمشرع الجزائري في المادة 689 من القانون المدني الجزائري.

وإنّ النصّ على أنّ الملكية حق مطلق يعيدنا إلى السوراء حيث سادت النزعة الفردية وكانت الحقوق مطلقة وبعد منتصف القرن التاسع عشر أصبح الفقهاء ينتقدون الصفة المطلقة ويرون بأنها لا تتلاءم مع الوضعية الاجتماعية، ومع ذلك نجد أن المشرع العراقي أشار في تعريفه للملكية بأنّ تصرف المالك في ملكه يكون بالتصرفات الجائزة وهذه إشارة مهمة إلى الأخذ بالتطور الفقهي⁽¹⁾. وتناول المشرع العراقي أيضاً نطاق حق الملكية في المادة 1049، ووسائل حمايتها من الإدارة ومن إعتداءات الأفراد عن طريق دعوى الإستحقاق وهي دعوى لا تسقط بمضي المدة.

أما المشرع السوري فقد نصّ على حق الملكية في المادة 768 من القانون المدني على أن «لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق إستعماله، وإستغلاله، و التصرف فيه». ويقابل هذا النصّ في التشريع القديم المادة 11 من القرار 3339 التي عرفت الملكية العقارية بأنها «حق إستعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن القوانين والقرارات والأنظمة وهذا الحق لا يجري إلا على العقارات الملك». وحسب بعض الفقهاء⁽²⁾ فإنه يفضل النص القديم من وجوه ثلاثة:

- لأن المادة 768 تقصر حق الملكية على المالك وحده.
- التعريف القديم حدد ملكية العقار أما المادة 768 فهي تعرّف ملكية العقار والمنقول.
- التعريف القديم جاء مقصوداً على عقارات الملك أما التعريف الجديد فيشمل ملكية العقار الملك أو العقار الأميري.

(1): أنظر الدكتور: حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، بدون سنة نشر، ص4.

(2): أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني السوري، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، 1969، ص 13.

أما المشرع اللبناني فقد عرف الملكية العقارية في المادة 11 من قانون الملكية العقارية بأنها «حق إستعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن القوانين والقرارات و الأنظمة ولا يجري هذا الحق إلا على العقارات الملك»، و يلاحظ أن المشرع اللبناني قد حذف عبارة «بصفة مطلقة» الواردة في المادة 544 من القانون المدني الفرنسي، وأنه عرف الملكية العقارية بعناصرها وجعلها مقيدة وقصرها على عقارات الملك بخلاف المشرع السوري.

أما المشرع المغربي فقد عرف الملكية في الفصل التاسع⁽¹⁾ من القانون العقاري المغربي بأنها «الملكية العقارية هي حق التمتع والتصرف في عقار بطبيعته أو بالتخصيص على ألا يستعمل هذا الحق إستعمالاً تمنعه القوانين أو الأنظمة»، ما يلاحظ أن المشرع المغربي جعل الملكية تقع على العقارات بطبيعتها وعلى العقارات بالتخصيص ولم ينص على صفة الإطلاق المقررة في المادة 544 مدني فرنسي وحدد عناصر الملكية من تمتع وتصرف ولم يقصرها على المالك كما فعل المشرع المصري.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصّ على الملكية في المادة 674 من القانون المدني، وهي منقولة حرفياً عن المادة 544 قانون مدني فرنسي، لكن المشرع الجزائري حذف عبارة «...بطريقة مطلقة...» وذلك بحجارة للتشريعات الحديثة التي أصبحت ترى بأنّ للملكية وظيفة إجتماعية، فهذا التعريف لم يحدد عناصر الملكية الثلاثة المتفق عليها من طرف غالبية الفقهاء بل حصرها في عنصري التمتع والتصرف ولم ينص على أن الملكية قاصرة على المالك وحده كما فعل المشرع المصري ومرجع هذا النقص هو تأثير القانون المدني الجزائري بالقانون الفرنسي⁽²⁾ وقيد إستعمال الملكية بعدم تعارضها مع القوانين و الأنظمة.

أما بالنسبة للقانون الخاص والمتعلق بالتوجيه العقاري⁽³⁾، فقد نصّ المشرع في المادة 28 منه على أن «الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور وتخضع للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه ويجب أن يوافق إستغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون»، ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء بمصطلحات ومفاهيم جديدة. المفهوم الجديد للملكية حيث يقرر نص المادة 28 من قانون التوجيه العقاري أن الملكية قد تكون إما للأموال العقارية، أو الحقوق العينية العقارية، فالمفهوم الجديد هو ملكية الحقوق العينية العقارية، ففصل بين الملكية الخاصة والحقوق العينية مع العلم أن الملكية من الحقوق العينية وكان النص ليس فيه تجانساً أما من حيث المصطلحات فجاء بمصطلح الفائدة العامة وهو مصطلح قليل الإستعمال.

(1): أنظر : القانون العقاري المغربي، فطهير 09 رمضان 1331 (12 غشت 1943) بشأن التحفظ العقاري، فطهير 19 رجب

1933 (2 يونيو 1905)، المحدد للتشريع المطبق على القرارات المحفظة، دار الكتاب، الدار البيضاء، بدون سنة نشر، ص 87.

(2): أنظر : دغوش عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 12.

(3): أنظر : قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.

أما من حيث أفكار النص فقد ركز على أفكار جديدة أهمها:

1- التركيز على الضمانات المقررة للملكية أراضي الفضاء الخاصة وسواء كانت هاته الضمانات دستورية أو قانونية.

2- عدم التركيز على المفهوم التقليدي لأراضي الفضاء بل أصبحت لهذه الملكية وظيفة إجتماعية وكان المفهوم الجديد رجح لتكريس مبدأ سابق وهو "مبدأ الأرض لمن يخدمها".

وبعد ما رأينا نظرة التشريعات للملكية الخاصة بقي أن نشير إلى الحماية الدستورية للملكية الخاصة في بعض الدول والحماية القانونية للملكية في القانون الجزائري.

فلقد حظيت الملكية الخاصة باهتمام كبير في الوثائق المتعاقبة لحقوق الإنسان والدساتير الحديثة بالنص على حق الملكية الخاصة وتأكيد ضرورة احترام هذا الحق فقد نصت المادة السابعة عشر من الميثاق العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 على أن «الملكية الخاصة مضمونة»⁽¹⁾.

أما دستور الثورة المصرية الحديثة الصادر عام 1956 نصت المادة 11 منه على أن « الملكية الخاصة مصونة، وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون ».

أما الدستور المؤقت للجمهورية العراقية نص في مادته 13 على أن « الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقاً للقانون ».

أما دستور سوريا لعام 1964 عبّر في مادته 26 على أن « الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية ».

أما بالنسبة للدستور الجزائري فقد نص المشرع في دستور 89 في المادة 48⁽²⁾ منه على أن « الملكية الفردية مضمونة » وهذا يعني تقريراً دستورياً لحق الملكية ويعد أكبر إقرار بالملكية الخاصة وأكبر ضمان لها من الإنتهاكات إلا ما قرر بنص قانوني مع احترام كل الإجراءات، وما يترتب عنها بالنسبة للمالك وبما أن تكريس وتجسيد الملكية الخاصة في هيكل النظام العام للدولة، يقتضي تقريرها والإقرار بها ضمن تشريعات الدولة، كما يتطلب توفير ضمانات خاصة وأدوات لحمايتها حتى يجعل الملكية الخاصة مكرّسة ومصونة.

(1): أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سرار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 20.

(2): بعد التعديل الدستوري في 28 نوفمبر 1996، أصبحت المادة 48 هي المادة 52، الجريدة الرسمية رقم 61.

ولعل من أهم التقنيات التي نصت على حماية الملكية الخاصة تقنين العقوبات الجزائري، الذي نص في الباب الثاني على: الجنايات والجرح ضد الأفراد وتحت عنوان القسم الخامس: التعدي على الأملاك العقارية وبالضبط في المادة 386، و المادة 389، فإن أي تغيير في الحدود والمعامل يشكل جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة وينبغي تسليط الجزاء على مرتكب الفعل⁽¹⁾.

ما يلاحظ من هذه النصوص أن المشرع أضفى الحماية العامة على الأملاك الخاصة للأفراد ومن بينها أراضي الفضاء حتى يطمئن الأفراد على ملكيتهم وهذا الإطمئنان يولد حافزاً لدى المالك في استثمار أرضه وبعث على التنمية وروح العمل في سبيل تحقيق الأهداف الإقتصادية والسياسية في مجال الفلاحة، وإن كفالة الحماية للملكية العقارية الخاصة تحقق إيجابيات تتمثل في أنها حافزاً على العمل والإنتاج، وتحقق ضماناً لحرية الإنسان وتصبح وسيلة لتحقيق العدالة.

بقي أن نشير في ختام حديثنا عن ثبوت حق الملكية الخاصة والإعتراف بها إلى الأساس القانوني الذي تستند عليه، وفي هذا المجال وجدت أربعة أسس، كل يؤسس الملكية على مبدأ معين.

فهناك من يعتبر أن القانون الطبيعي هو أساس الملكية الخاصة وقد نادى بهذه الفكرة الفلاسفة والكتاب، وقد آيدت الثورة الفرنسية وقررت أن الملكية الخاصة من الحقوق الطبيعية للإنسان⁽²⁾. وهناك من يرى بأن الحيازة والإستيلاء هي أساس الملكية الخاصة، لأن من يجوز شيئاً غير مملوك لأحد من قبل يكتسب بموجب تلك الواقعة حق الملك على ذلك الشيء ولقد كانت الحيازة والإستيلاء أول أسباب كسب الملكية⁽³⁾.

وهناك من يرى بأن أساس الملكية الخاصة هو العمل، فقد ذهب آدم سميث (1723-1790) إلى أن الملكية الفردية أساسها عمل الإنسان فالأرض تكون ملكاً لمن يزرعها ويحبيها وبهذه الوجهة الأخيرة أخذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري⁽⁴⁾.

والبحث عن أساس الملكية ليس لتبريرها تاريخياً وإنما يرمي إلى بقائها ويبين مدى مشروعيتها⁽⁵⁾. أما الفريق الأخير فيرى بأن أساس الملكية الخاصة هو القانون الوضعي⁽⁶⁾ فيذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن ملكية الأرض كغيرها من الملكيات ملكاً للجميع مثل الهواء والشمس، وإن الملكية الخاصة من صنع الدولة عن طريق قوانين هي التي تنشأ وتحمي هذه الملكية، فلا ملكية دون سند قانوني.

(1): أنظر: قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 10-10-1995، المجلة القضائية، العدد الأول، 1996، ص 209، 210.

(2): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 352.

(3): أنظر الشيخ: علي الحقيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، 1969، ص 37.

(4): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 481.

(5): أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 49.

(6): أنظر: دغوش عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 05.

إلا أنّ هذا الكلام غير صائب فكما رأينا في التطور التاريخي للملكية الخاصة وجدنا الملكية الفردية سابقة على وجود الدولة والقول بتلازم الملكية والقانون غير صحيح لأن القانون قد يكون مصدره العرف دون أن يصدر عن المشرع⁽¹⁾، لذا فالملكية تنشأ بعيدة عن القانون بل هو يقررها و يعترف بها و يحميها.

المبحث الثاني: طبيعة الملكية العقارية الخاصة.

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية ولا فقهاء القانون الوضعي على تحديد طبيعة الملكية الخاصة كما أنهم لم يتفقوا على تعريفها وخصائصها ونطاقها، فقد وجد الباحثون المناقشون لطبيعة الملكية في الإسلام في تفسير بعض آيات القرآن وبعض الأحاديث أسساً مختلفة في طبيعة هذه الملكية، أمّا فقهاء القانون الوضعي كذلك تباينت آرائهم حول طبيعة الملكية الخاصة، وندرس طبيعة الملكية العقارية الخاصة في مطلبين نتناول في المطلب الأول طبيعة الملكية العقارية الخاصة في الشريعة الإسلامية، ونتناول في المطلب الثاني طبيعة الملكية العقارية الخاصة في القانون.

المطلب الأول: طبيعة الملكية العقارية الخاصة في الشريعة الإسلامية.

إن تحديد طبيعة الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية إنقسم الفقهاء بشأنها إلى اتجاهات، فذهب البعض إلى أن الملكية وظيفة إجتماعية يؤديها المالك، ولكن غالبية الباحثين ينتهون إلى أن الملكية حق ذو وظيفة إجتماعية وحسب تعبير البعض ذو وظيفة شرعية، ومن ذهب إلى أنّ الملكية وظيفة إجتماعية يستند إلى ما ورد في القرآن من آيات تجعل الملك لله وحده⁽²⁾، والناس مجرد مستخلفين عليه، وإستخلاف الإنسان على هذا المال لأداء وظيفة إجتماعية وإجراء لحكم الله فيه والآيات الدالة على خلافة الإنسان في الأرض كثيرة منها: قوله تعالى ﴿أَلَا إِنَّ لِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾⁽³⁾، وقوله أيضاً: ﴿أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾⁽⁴⁾.

(1): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 360، سيد قطب، العدالة الإجتماعية في الإسلام، دار الشروق، 1954، ص 90.

(2): أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، مجلة الحقوق والشريعة، المرجع السابق، ص 97، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 20، الدكتور: محمد إبراهيم منصور، مكافأة الأرض في الإسلام، مجلة مصر المعاصرة، العدد 419، يناير 1990، السنة 81، ص 39، 40، 41.

(3): سورة يونس: الآية 55.

(4): سورة البقرة: الآية 107.

وقوله أيضا: ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾، وقوله أيضا: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾⁽²⁾، وقوله أيضا: ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ فِيهِ﴾⁽³⁾.

وقد أخذ الباحثون من معنى الإستخلاف الوارد في الآيات أن الله يمنح المال إلى الناس ويعود إليه عارية، أو ودیعة، أو أمانة، وما هم إلا مجرد خزنة وأمناء لإنفاذ أمر الله فيه.

فهم خلفاء للمالك الحقيقي وهو الله عز وجل، وما أمره للعباد بالإتفاق إلا أن ينفقوا من ماله، أما الآيات التي تضيف الملك للعباد كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽⁴⁾، وقوله تعالى أيضا: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾⁽⁵⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الأرض أرض الله، والعباد عباد الله من أحياء أرضاً مواتاً فهي له»، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهي له».

فهذه الآيات والأحاديث لا تعني للملك بل تعني الإتفاح فقط، فكل مال بيد الإنسان يضاف إليه والإضافة لا تعني أنه المالك بل ليكون مسؤولاً عنه وكل ماله ملكية تابعة لأن الملكية الأصلية لله عز وجل.

وإختلف الفقهاء مرة ثانية في خلافة الفرد المالك فهل هو نائب عن الله أم نائب عن الجماعة التي إستخلفها الله على ماله؟ وقد قال بعض الفقهاء بأن النيابة عن الجماعة فقط⁽⁶⁾، وإستندوا إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتَرُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾⁽⁷⁾.

وفكرة الإستخلاف إستمدتها المحدثون من تفسير الرأزي والزخشي لآية ﴿وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ فِيهِ﴾، وقد رتب من ذهب إلى أن الملكية وظيفية إجتماعية أو هي إستخلاف، عدة نتائج منها:

1- تحريم ملك ما حرم الله، 2- صيانة المال عن الإفساد، 3- تحريم كنز الأموال من أجل دوام تداولها وإستمرار عمران الأرض.

ولكن أغلب الباحثين فسّر الآيات التي إستند إليها أصحاب الإستخلاف على أنها تشير إلى سيادة الله سبحانه على الكون، وملكية الله لا تتعارض مع ثبوت الملكية كحق على الأموال للعباد، ويشبهون

(1): سورة الأعراف: الآية 128.

(2): سورة النور: الآية 33.

(3): سورة الحديد: الآية: 7.

(4): سورة البقرة: الآية 188.

(5): سورة المعارج: الآية 24، 25.

(6): أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، مجلة الحقوق والشريعة، المرجع السابق، ص 98 هامش 7.

(7): سورة النساء: الآية 5.

ملكية الله عز وجل للأموال بملكية الدولة لإقليمها في القانون الدولي العام، و يرى هذا الفريق من الباحثين بأن ملكية الأفراد للأموال في الإسلام هي ملكية بالمعنى الكامل لا تهدف إلى تحقيق مصلحة الفرد وحده، بل تهدف إلى تحقيق مصلحة جميع العباد، أي هي حق ذو وظيفة شرعية إجتماعية.

ويخلصون إلى أن الملكية حق وليست وظيفة، فالمالك يتمتع باستخدام سلطاته على الملكية كمالك، وليس كالموظف الذي يلتزم بممارسة سلطات المالك، وباستخدام المالك لجميع سلطاته فهو يتمتع بالحرية التي تخول له ممارسة هاته السلطات أو عدم ممارستها، فيحق له أن يستعمل ماله أو لا يستعمله، وأن يستغله أو لا يستغله، كما يحق له التصرف المادي في ملكه.

ويسلم هؤلاء الباحثون بتملك الإنسان للأموال على وجه الحرية لأنها حاجة فطرية وإقرار حق الإنسان في الملك يعد أكبر حرية له من أجل تأمين حاجاته الضرورية، ومن جهة أخرى يرون بأن حق الفرد في الملكية ليس مطلقاً، وأن الملكية يجب أن لا يكون إستخدامها يسبب ضرراً بالمصالح الخاصة أو العامة، فهي منحة من الله عز وجل يلتزم الناس باحترام حقوق المالك وسلطاته، فيجب أن لا يستعمل هذا المالك حقه على وجه يضر بالآخرين.

ومن ذهب من الباحثين إلى أن الملكية وظيفة إجتماعية فهم أيضاً يسلّمون بإمكان تقييد الملكية في سلطات المالك بما يحقق مصالح الأفراد أو الجماعة.

كما يرى البعض الآخر أن آيات ملك الله لا تعني الملكية بمعنى الحق، بل تعني الخلق وهم يقولون أن الله خلق الأموال لمصلحة العباد ولا يحجز لنفسه شيئاً لأنه لا يحتاجه فإملاكه للكون ليس إملاك إستيلاء، وإنما هو نوع من الخلق والإبداع والتوجيه⁽¹⁾.

وقد فضل بعض المحدثين القول بأن الملكية في الإسلام حق ذو وظيفة شرعية على أساس أن التوظيف من الله⁽²⁾ والقول بأن الملكية وظيفة إجتماعية قد يشعر بأن التوظيف من المجتمع على أساس أن الجماعة تتلقى الحقوق من الشارع ولا تملك التشريع بنفسها.

ومهما يكن من الآراء التي سبقت فهي لا تختلف في مضمونها كما أنها لا تختلف في نتائجها، فملكية الله لكل الأموال هي رمز للخلق والهيمنة والسيادة العليا كما أن ملكية الله للأموال رمز لبقاء سلطات المالك الفرد في حدود منفعة الجماعة ويذهب البعض إلى أنّ خلافة الإنسان في ملكية الأموال ليست بمجرد خلافة الفرد المالك لله بل هي خلافة الجماعة بأسرها لله تعالى، وما إستخلاف الفرد إلا من طرف الجماعة، وله حق إنتفاع وهذا لا ينقص من سلطاته على ملكه ويجب توجيه هذا الإنتفاع وهذه الملكية إلى مصلحة الجماعة وفقاً لشرعية الله.

(1): أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، مجلة الحقوق والشريعة، المرجع السابق، ص 99، هامش 8، سيد قطب، المرجع السابق، ص 93، الأستاذ محمد شوقي الفنجري، خصائص الاشتراكية الإسلامية، بحث بمجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 1، السنة 12، 1968، ص 51، 52.

(2): أنظر الدكتور: محمد وحيد سوار الدين، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 23.

وخلص القول: إن ملكية الأرض حظيت في الفكر الإسلامي باهتمام كبير ويظهر ذلك على مستويين الأول عملي بحيث أدخلت الدولة الإسلامية إصلاحات كبيرة في مجال الري والإستصلاح، والثاني تشريعي يتمثل في تقديم نظام فريد للملكية لأن قناعة فقهاء الإسلام قد توصلت بأن تحسين الإنتاج الزراعي يتطلب وضع نظام أفضل للملكية يختلف عن نظام وضع الملكية في القانون الوضعي.

ويستخلص نظام الملكية في الشريعة الإسلامية من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة، فالمالك الأصلي للأرض هو الله سبحانه وتعالى، وله كل سلطات الملكية من تصرف، وإستعمال، وإستغلال هذه الأراضي حسب المفهوم الحديث للملكية إلا أن هذا الأمر غير ممكن فما تشير إليه الآيات ذو طبيعة ميتافيزيقية وتحمل معنى تعبدية محض ولا يمكن مقارنتها بملكية الأفراد، ولهذا إستخلف الله عز وجل عباده أي أوكل عباده المؤمنين في الإنتفاع بهذه الأرض، والإستخلاف كان على حق الإنتفاع لا على الأرض أي على الطاقة الإنتاجية لهذه الأرض. ومن هنا يختلف مفهوم الملكية في الشريعة الإسلامية عن مفهوم الملكية في القانون الوضعي ففي الشريعة الإسلامية إن المالك أو صاحب الأرض له ملكية الإنتفاع لا الأرض لأنها ملك لله، بينما في القانون الوضعي للمالك حق الإنتفاع وملكه الرقبة أي الأرض وطاقتها الإنتاجية.

المطلب الثاني:

طبيعة الملكية العقارية الخاصة في القانون.

إن طبيعة الملكية العقارية الخاصة في القوانين الوضعية يمكن إجمالها في ثلاثة إتجاهات رئيسية: فهناك من يرى بأن الملكية حق فردي مطلق، وهناك من يعتبرها وظيفة إجتماعية، وهناك من يرى بأنها حق ذو وظيفة إجتماعية⁽¹⁾.

فحسب الإتجاه الأول: إن الملكية حق فردي مطلق: يتمتع المالك فيها بجميع السلطات حتى وإن أصاب الغير بضرر فله سلطة السيادة على ملكه، ويرون بأن مالك الأرض له السيادة المطلقة على أرضه إن شاء إستغلها وإن شاء أهملها، فحسبهم أن الإنسان حرّ في ملكيته فيحسن إعطاؤه هذه الحرية رغم أنّ مصلحة الجماعة توجب على الأفراد أن يحسنوا إستعمال ما يملكون.

يتضح بأن أصحاب هذا الإتجاه ينكرون أن الملكية وظيفة إجتماعية أو أنّ لها وظيفة إجتماعية لأن هذا يتنافى والإعتراف بالملكية الخاصة والإعتراف بالملكية الجماعية، فوصف الملكية بأنها حق

(1): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 81.

مطلق هو وصف تقليدي ولا زالت توصف به في الفقه الحديث، فإلى أي مدى هي حق مطلق؟
يلاحظ أن الفقه قد قصد من معنى صفة الحق المطلق عدة معاني⁽¹⁾:

المعنى الأول: أن حق الملكية يحتاج به في مواجهة الكافة فصفة الإطلاق يقصد منها في هذه الحالة خاصية التبع والتقدم اللتين تثبتان لجميع الحقوق العينية، فالإطلاق لا يخص الملكية فقط بل جميع الحقوق العينية⁽²⁾.

المعنى الثاني: إن الملكية حق مطلق يعني أنه يخول للمالك سلطات مطلقة على الشيء ومباشرة هاته السلطات على الوجه الذي يراه صائباً⁽³⁾.

المعنى الثالث: صفة الإطلاق لحق الملكية يحتاج بها على الكافة لكن الإطلاق ليس مقصوراً على الحقوق العينية فقط بل يشمل الحقوق الشخصية⁽⁴⁾.

و في تقديرنا لهذه الميزة نقول بأن الملكية في الماضي كانت مطلقة بمعنى أن المالك له سلطات مطلقة في مزاوله ملكيته، والإطلاق ينطبق على جميع السلطات ومباشرتها على النحو الذي يريده المالك، و قد نصت المادة 544 من القانون المدني الفرنسي القديم على هذه الصفة «الملكية حق مطلق»، لكن هذه الميزة التي تمجد وتقدس الملكية الفردية أصبحت تنكمش و تضمحل أمام المذاهب الاشتراكية التي تراعي مصلحة الجماعة، و في حالة تعارض المصلحتين قدمت مصلحة الجماعة فأصبح ينظر إلى الملكية بأنها حق فردي ذو وظيفة إجتماعية، فيتقيد حق المالك بكثير من القيود فيجب ألا يتعسف في استعمال حقه⁽⁵⁾.

الإتجاه الثاني: الملكية ووظيفة إجتماعية⁽⁶⁾: إن الملكية وإن اعتبرت حقاً مطلقاً مقدساً في بعض الفترات فهي على غير ذلك في فترات تلتها بل أصبحت وظيفة إجتماعية يؤديها الفرد للجماعة والملكية وظيفة إجتماعية فكرة تعزى إلى "توما" و عن طريقه يمكن إرجاعها إلى "أرسطو" فيرى "توما": أن أموال الأفراد مصيرها عام ومشارك هو خدمة المصلحة العامة، والوظيفة الإجتماعية للملكية كما يرى

(1): أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1965، ص 16.

(2): أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، نفس المرجع، ص 13، الدكتور: محمد نزيه الصادق، المرجع السابق، ص 649.

(3): أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، منشورات جامعة بنغازي، 1969، ص 30، سيد قطب، المرجع السابق، ص 94.

(4): أنظر المستشار: أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية مع أحكام للنقض المصرية لم يسبق نشرها، الجزء الرابع، المجلد الأول في حق الملكية والشيوخ والقسم، الطبعة الأولى، 1993، ص 11.

(5): أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، نفس المرجع، ص 28.

(6): أنظر الدكتور: زهدي يكن، الحقوق العينية الأصلية - علماً وعملاً - الطبعة الثانية، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، بدون سنة نشر، ص 31، الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 82.

ديجي "Duguit" لا تستغرق الملكية ذاتها بل هي واجب يقع على كل حائز لثروة معينة في إستعمالها من أجل تحقيق التضامن الإجتماعي والتعايش بين الطبقات، ورتب على ذلك حق الدولة في أن تتدخل لحمل المالك على القيام بهذه الوظيفة إذا ما أهملها، لأنه ليس إلا موظف ملتزم بتحقيق النفع العام، وقد حلل "ديجي" الملكية بإعتبارها وظيفة إجتماعية إلى عنصرين:

أولاً: واجب المالك في إستعمال الشيء الذي في حيازته لإشباع حاجاته.

ثانياً: واجب المالك في إستعمال ملكه لتحقيق حاجات المجتمع.

فأصحاب هذا الرأي يرون بأن الملكية وظيفة إجتماعية تحقق مصلحة الفرد والمجتمع معاً، وللمجتمع الحق في مراقبة المالك الأصلي في مدى إستعماله لحق ملكيته فيمكن للمجتمع أن ينتزع من المالك ملكيته إذا دعت إلى ذلك مصلحة جماعية⁽¹⁾، ويمكن أيضاً للمجتمع منع تصرف المالك في ملكه على نحو يراه يضر المجتمع، ويمكن للمجتمع أن يقرر نزع ملكية الفرد لأنها ليست حقاً مطلقاً له وإنما يحدد وجودها بوظيفتها الإجتماعية.

و يرى الشيخ "محمد أبو زهرة" أنه لا مانع من وصف الملكية بكونها وظيفة إجتماعية ولكن يجب أن يعرف أنها بتوظيف من الله تعالى، لا بتوظيف الحكام، لأن الحكام ليسوا دائماً عادلين⁽²⁾.

الإتجاه الثالث: الملكية الخاصة حق ذو وظيفة إجتماعية: إن أغلب الفقهاء⁽³⁾ والكتاب في العصر الحديث ذهبوا إلى القول بأن الملكية الخاصة حق لها وظيفة إجتماعية، فهي من جهة قاصرة على صاحبها يشع رغباته وحاجاته الخاصة به ثم قيّدت هذه الملكية بقيود قانونية والتي تجعل المالك يولي إعتبرات الجماعة أثناء إستعماله لملكته وهذه الوظيفة لا يمكن لها بأي حال أن تغتفر من مضمون الحق الخاص وجوهره، ولما كان الإنسان بطبيعته يميل إلى غريزة التملك وإنه إجتماعي بطبيعته وهاتين الميزتين متناقضتين فتجسدت الأولى في صورة الملكية والثانية في الدولة، فحتى نخلق توازناً يجب أولاً الإعراف بالملكية الفردية وتقييدها بوجوب أداء وظيفتها الإجتماعية، لأن الملكية الخاصة تعد ثمرة مجهود شخصي وهي أقوى حافزاً على العمل، فلا ينبغي للدولة أن تلغي هذه الملكية الذاتية بل تجعلها في متناول من يبذل جهده بالعمل⁽⁴⁾.

وصحيح ما ذهب إليه أنصار هذا الإتجاه بأن الملكية حق ذو وظيفة إجتماعية فأصبحت الملكية مبدأ مسلماً به في أغلب التشريعات الوضعية وإعتبرت الملكية حق له وظيفة إجتماعية كان باعناً على

(1): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 412.

(2): أنظر الدكتور: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 517.

(3): أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 16، 17، الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 486، الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 80، 81، الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 22، الدكتور: محمد نزيه الصادق، المرجع السابق، ص 651.

(4): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، نفس المرجع، ص 553.

تجيب المضمون الفردي المطلق الذي إتصفت به الملكية في النظم القانونية الفردية ومنها التقنين المدني الفرنسي والقانون المدني المصري الملغى، وإن جميع القيود التي أدخلت على حق الملكية أزلت عنها صفة الإطلاق فلم يعد هناك خوف من وصفها بأنها حق ذاتي ذو وظيفة إجتماعية، والأساس الذي تستند عليه الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية يتمثل في إعتبارين:

أولاً : مراعاة مبدأ التضامن الإجتماعي و إعتبارات العدالة والمساواة.

ثانياً : حق الملكية ليس ثمرة عمل المالك بل هو نتيجة لمساهمة المجتمع في إنشاء الملكية والمحافظة عليها⁽¹⁾.

أما موقف المشرع الجزائري فنحنه يتعد عن فكرة أن الملكية الخاصة حق مطلق بجانب المشرع الفرنسي، ولم ينص صراحة على أن الملكية حق لها وظيفة إجتماعية في القانون المدني، إلا أنه بالرجوع إلى قانون التوجيه العقاري⁽²⁾ وفي المادة 28 من هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري يجسد بأن ملكية أراضي الفضاء في حد ذاتها وظيفة إجتماعية وهذا يختلف عن المفهوم التقليدي لعناصر ملكية الأراضي الذي يعطي تقييداً على عناصر الملكية على أساس أن للملكية وظيفة إجتماعية.

أما موقف القضاء : فيظهر من أنه يؤيد تقييد حق الملكية بالقيود القانونية وهذه القيود لا تغير من طبيعة الملكية بل هذه القيود تضيق نطاق الملكية بأدائها وظيفة إجتماعية، وتقييد حق الملكية بقيود قانونية أصبحت تنظمها تشريعات خاصة مراعية المصلحة العامة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون التوجيه العقاري، المواد 27، 33، 34، 35، 36، 37، (48...62) وهي قيود واردة على ملكية عقارية خاصة للمصلحة العامة أما قانون 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير وفي المادة الخامسة منه قيد حق الملكية في حالة تشييد البناء بالإبتعاد عن الطريق بأربعة أمتار.

وكذلك قانون 17/83 المتضمن قانون المياه نص في المادة 31 على أن من تفجرت مياه حمامات معدنية في أرضه ررفض إيجارها للدولة أو التنازل عنها فيمكن أن تنزع ملكيته وفقاً لأحكام قانون 11/91 المؤرخ في 27-04-91 المتضمن نزع الملكية للمنفعة العمومية بعد إعداره لمدة سنة واحدة من طرف الوالي المختص إقليمياً.

كل هذه القوانين الخاصة تقييد حق الملكية وهذا يدلّ دلالة واضحة على أن للملكية العقارية الخاصة وظيفة إجتماعية تؤديها.

أما القضاء المصري الحديث فيأخذ بفكرة الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة⁽³⁾.

(1): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 554.

(2): أنظر : المادة 28 من قانون التوجيه العقاري ((الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور ونخضع للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه، ويجب أن يوافق إستغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون)).

(3): أنظر: الطعن رقم 44 لسنة 47 ق، جلسة 29-01-1980 س 31، ص 360، مشار إليه في مرجع الدكتور: السيد خلف محمد، قضاء النقض في الملكية في خمسة وخمسين عاماً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1989، ص 8.

المبحث الثالث:

خصائص الملكية العقارية الخاصة.

يجمع الفقه على أن للملكية خصائص: فهي حق دائم، جامع مانع، وقد حاول البعض الآخر من أن يجعل من الصفة المطلقة لحق الملكية خاصية أخرى لها، إلا أن الفقه الحديث يعارض التسليم بهذه الخصائص لحق الملكية، وسأبين الخصائص التي إستقر عليها الفقه في الوقت الحاضر وفق المطالب التالية فنتناول في المطلب الأول أن الملكية حق عيني، ونتناول في المطلب الثاني أن الملكية العقارية الخاصة حق دائم، وفي المطلب الثالث نتناول أن الملكية العقارية الخاصة حق جامع مانع، وفي المطلب الرابع نتناول أن الملكية العقارية الخاصة أصبحت ليست حقاً مطلقاً.

المطلب الأول:

الملكية حق عيني.

إن الحقوق العينية الأصلية أو التبعية ورد ذكرها في التقنين المدني الجزائري على سبيل الحصر⁽¹⁾، وتعتبر الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً⁽²⁾، وكون الملكية حق عيني فيجب التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني ثم التفرقة بين الحق العيني الأصلي والحق العيني التبعية، فالحق الشخصي هو سلطة مباشرة لشخص على آخر.

أما بالنسبة للحق العيني فهو سلطة شخص على شيء لشخص آخر⁽³⁾، فمعيار التفرقة بين الحقين حسب غالبية الفقه هو في محل كلاً من الحقين فمحل الحق الشخصي هو عمل في حين أن محل الحق العيني هو شيء وسلطة صاحب الحق العيني ترد على هذا الشيء مباشرة وينتهي جانب كبير من الفقه إلى أن الشيء هنا يجب أن يكون مادياً، وتذهب أقلية من الفقه إلى أن الحق العيني ممكن أن ينشأ على شيء معنوي⁽⁴⁾، ولما كانت الملكية حقاً عينياً أصلياً مطلقاً فهي تعطى لصاحبها كل السلطات على الشيء بخلاف الحقوق العينية الأخرى فهي أقل نطاقاً.

والملكية حق تختلف عن الحيازة ((POSSICEON)) التي هي مجرد سلطة فعلية تؤدي إلى كسب الملكية، وما يفرق الحقوق العينية الأصلية عن الحقوق العينية التبعية أن الأولى يجب أن تشهر حتى ترتب آثارها بالنسبة للمتعاقدين أو للغير، أما الثانية فيجب أن تقيّد حتى تخول لصاحبها ميزتي التقدم والتبعية⁽⁵⁾، وميزة الملكية أنها دائمة أما بالنسبة للحقوق المتفرعة عن الملكية فهي مؤقتة حتى تتجمع

(1): (وهي حق الملكية، حق الإنتفاع، حق الإستعمال، وحق السكنى، وحق الإرتفاق، أما الحقوق العينية التبعية فهي: الرهن الرسمي، حق التخصيص، حق الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز).

(2): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 479.

(3): أنظر الدكتور: عبد المنعم الباراوي، المرجع السابق، ص 50، الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 50.

(4): بخلاف الحق العيني الأصلي فصاحبه لا يتبعه في يد الخائن بل يسترده ولا يزاحم فيه.

(5): أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 05.

السلطات كلها في يد صاحب حق الملكية لذا فالملكية هي أم الحقوق العينية الأخرى، فهي دائماً يقتصر استعمالها على المالك وحده وإذا ما زاحمه أحد فيه فيدفع مزاحمته، أما تتبع حق الملكية يكون برفع دعوى إستردادها، أما بالنسبة للحق العيني التبعية فنجد حق التقدم والتبعية ويختلف مضمون التبعية في الحقوق العينية الأصلية عنه في الحقوق العينية التبعية ففي الأولى يكون للمالك أن يطالب بإسترداد الشيء في أي يد يكون، أما في الثانية فصاحب الحق يقتضي حقه من ثمن الشيء، وفي الأولى لا تكون هناك مزاحمة لصاحب الشيء، أما في الحقوق العينية التبعية لصاحب الحق أن يقتضي ثمنه بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة.

المطلب الثاني:

الملكية العقارية الخاصة حق دائر

والمقصود بهذه الخاصية أن حق الملكية العقارية الخاصة لا يرتبط بأية مدة زمنية فهو يستمر طالما أن موضوعه موجوداً، إذ أن صفة التأيد ترد على موضوع الحق وليس على صاحبه، ولذا يذهب فريق من الفقهاء وشراح القانون إلى أن الملكية حق دائر لأنه ملازم للشيء المملوك ما دام هذا الشيء باقياً⁽¹⁾، إلا أن البعض الآخر يرى بأن الدوام ليس من جوهر حق الملكية وإنما هو خصيصة موروثية عن القانون الروماني المتشبع بالنزعة الفردية⁽²⁾، ودوام حق الملكية له عدة معاني: الملكية بطبيعتها لا تقبل التاقية، الملكية لا تزول بعدم استعمالها، الملكية لا تسقط.

1- الملكية لا تقبل التاقية:

قلنا بأن الملكية تدوم بدوام الشيء فإذا ثبت حق الملكية لشخص فلا يجوز أن تكون مؤقتة⁽³⁾ كما هو الشأن في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الإنتفاع وحق الارتفاق وحق الإستعمال والسكنى التي تنتهي بانتهاء أجلها وإذا كانت مؤقتة فهذا يقضي على الملكية أصلاً، وفي الفقه الإسلامي لا تقبل ملكية العين التوقية، فمتى ثبتت بأحد أسبابها ثبتت مؤبدة وعلى ذلك أثبت الرسول صلى الله عليه وسلم في العمري - أن يهب إنسان آخر شيئاً مدى عمره - بقوله ((من أعمر عمري فهي للمعمور له ولورثته من بعده)).

(1): أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 78، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 25، الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 49، الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 33، الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 534، 535، الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 19، الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 448.

(2): أنظر الدكتور: منار عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 96، الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 19.

(3): أنظر الدكتور: حسن كيرة، أصول القانون المدني (الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية)، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1965، ص 162...173.

ويترتب على عدم جواز توقيت الملكية ، عدم جواز إضافتها إلى أجل فلا يمكن الإتفاق مثلاً على أن يملك المتصرف إليه الشيء لمدة خمس سنوات فقط، فإذا إنتقضت أعاد الشيء إلى المالك الأصلي، والتوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية لأن المتصرف إليه قد يتلف هذا الشيء أو قد يتصرف فيه وبالتالي يلحق ضرراً بالمالك الأصلي فمن الأجدر أن يرتب المالك للمتصرف له حق إنتفاع حتى لا يتمكن هذا الأخير من التصرف في هذا الشيء قانونياً أو مادياً. أمّا الملكية المعنوية فهي حق مؤقت ثبت لصاحبه خلال مدة معينة من وفاة المؤلف⁽¹⁾.

إلا أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع من توقيت الملكية ويضربون مثلاً كحالة : بناء المستأجر على الأرض التي يستأجرها بإذن من المالك، فالمستأجر يكون مالكا ملكية مؤقتة للأبنية خلال مدة الإيجار، ويتمتع بكل السلطات تجاه هذه الأبنية بما في ذلك سلطة هدمها، وإذا ما بقيت هذه الأبنية حتى نهاية الإيجار تصير ملكاً للمؤجر أو مالك الرقبة⁽²⁾.

والواقع أن القانون المدني الجزائري نص في المادة 675 على جواز فصل ملكية الأرض عمّا فوقها و ما تحتها نتيجة لإتفاق مالك الأرض وصاحب حق الإنتفاع عليها أو مستأجرها، كما أنه أجاز رهن المباني القائمة على أرض الغير المادة(908) من القانون المدني، والمقابلة للمادة 1038 قانون مدني مصري. وصفة التوقيت لحق الملكية يجب أن تستند إلى نص فلا تقرر تلقائياً لأن المبدأ العام أن الملكية دائمة والإستثناء مؤقتة⁽³⁾.

2- الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال:

إنقسم الفقه بشأن هذه الخصيصة إلى فريقين:

فريق يرى بعدم سقوط حق الملكية ولو لم تستعمل ، فإذا ترك المالك ملكه بدون إستعمال فإن ذلك لا يؤدي إلى حرمانه من ملكه مهما طال مدة عدم الإستعمال ولا يمكن بأية حال أن يدعي أحد ملكية هذا الشيء المتروك بدون إستعمال ولم يرد نص صراحة يقرر سقوط حق الملكية بعدم إستعمالها فما دامت هي حق دائم فللمالك جميع السلطات في إستعمال ملكيته أو عدم إستعمالها، كما أنّ الملكية لا تسقط بالتقادم المسقط كل ما في الأمر أنها تكسب بالتقادم المكسب، ولذا فإنّ الدعوى التي تحمي حق الملكية هي دعوى الإستحقاق وهي دعوى لا تسقط⁽⁴⁾ فللمالك رفعها في أي وقت ولو بعد مضي خمس عشر سنة، شريطة أن لا يكون الغير قد إكتسب الحق بالتقادم المكسب.

(1): أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 30.

(2): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 97.

(3): أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 489.

(4): أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 200.

فريق يرى بأن عدم استعمال حق الملكية يسقط مراعاة لمصلحة الجماعة وعدم سقوط الملكية بعدم استعمالها فيه إذاية للمجتمع وللملكية وما لها من وظيفة إجتماعية⁽¹⁾ ولكن يجب أن لا تعمم فكرة الوظيفة الإجتماعية للملكية وتكون مبرراً لسقوط ملكية الأفراد نظراً لعدم استعمال ملكيتهم، ولو كان الأمر كذلك لنص المشرع على ذلك مراعيًا الوظيفة الإجتماعية للملكية، و يبقى عدم سقوط الملكية هو الأصل ولو تدخل المشرع ونص على حالات إستثنائية خاصة فتبقى الملكية مطلقة⁽²⁾.

3- الملكية حق لا يقبل السقوط: في الفقه الإسلامي نجد أن ملكية الأعيان لا تقبل السقوط، ويستثنى من ذلك الوقف على من يرى بأنه إسقاط ملكية الواقف لا تبرعاً، وهذا لا يعد من السائبة التي منعها الإسلام والتي هي خروج الشيء عن ملك مالكة لا إلى مالك جديد لأنه يتضمن إلى جانب إسقاط الملكية تبرعاً دائماً بالمنفعة وهو تبرع يخرج العين الموقوفة عن ملكية الواقف⁽³⁾ أما حق الملكية في القانون الوضعي فيجب التفرقة بين ملكية العقار الذي يظل ثابتاً للمالك، ولو ترك العقار معبراً عن إرادته في النزول عنه، أو إسقاط هذه الملكية ما دام أنه لم ينقل ملكيته للغير، ولم يرد نص صريح يفيد سقوط العقار إذا ما تخلى عنه مالكة، أما إذا أصبح المال العقاري لا مالك له فتؤول ملكيته إلى الدولة وهذا فيما يخص الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها وهذا ما تقضي به المادة 773 من القانون المدني الجزائري، وهي أراضي لم تكن في وقت ما مملوكة لأي فرد⁽⁴⁾، فالمسئلم به أن العقارات لا يمكن أن تكون بغير مالك ولهذا فإن حق الملكية العقارية حق دائم.

- ما يلاحظ أن حق الملكية حق دائم ولا يقدح في دوامه إختلاف المالك فإنتقاله من مالك إلى مالك ما هو إلا مجرد إنتقال أبوة الحق من شخص إلى آخر. فالشيء المملوك له وجود مادي كالسائب المباح الذي له وجود مادي فقط. ووجود قانوني كأن يتحمل المال السائب بحق ملكية فيبدأ له وجود قانوني ويصبح قابلاً للتعامل فيه وإذا مازال الوجود القانوني ينقلب إلى وجود فعلي وهذا يؤدي إلى زوال الملكية.

فالملكية مرتبطة بالوجود القانوني للشيء⁽⁵⁾، فصفة الدوام هي صلة الحق بموضوعه وليس بمالكة فهي صلة دائمة لا إنفصام لعراها وقد حرص المشرع أن يجعل من سلطات المالك الواسعة على الشيء أداة لتعريف الملكية ((المادة 674 قانون مدني جزائري))⁽⁶⁾.

(1): أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 27.

(2): ولكن لما يقرر المشرع بنص قانوني سقوط الملكية فتسقط وهذا مثل ما نص عليه مشرعنا في المادة 51، 52 من قانون التوجيه العقاري.

(3): أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 27، الدكتور: عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 34.

(4): أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 18.

(5): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 335.

(6): أنظر المستشار: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 09.

المطلب الثالث:

الملكية العقارية الخاصة حق جامع مانع.

إن هذه الخاصية تعد جوهرية لحق الملكية لأنها مستمدة من مضمون حق الملكية ، فأما عن حق الملكية أنه جامع (Total) فهو ينطوي على أوسع السلطات الممكن وجودها على الشيء محل الملكية⁽¹⁾، وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات بل يكون له بعضها، وبتمكين المالك وتحويله هذه السلطات تترتب النتائج التالية:

أ- الأصل أن المالك يجمع كل السلطات على الشيء ومن يدعي حقاً على هذا المالك يجب عليه أن يثبت مثل حق الانتفاع، أو الرهن...، وكل هذه السلطات في الأصل معترف بها للمالك والإستثناء جواز تقييد هذه السلطات من طرف المشرع أو السلطات الإدارية⁽²⁾.

ب- إن جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي حقوق مؤقتة تعود إلى المالك بعد نهاية مدة بقائها، فإذا ما إستنفذ حق الانتفاع مدة بقائه، إرتد إلى مالك الرقبة وأصبحت الملكية كاملة بعدما كانت ناقصة. وأما أن الملكية حق مانع (Exclusif) فالمالك يستأثر بجميع مزايا ملكه فهو مقصور على المالك دون غيره ويحتج به المالك قبل الكافة⁽³⁾، وله الحق في رفع دعوى الإستحقاق بملكيته وله رفع دعوى منع التعرض على ملكيته حتى ولو لم يتعرض لضرر مادي أو معنوي، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن لصاحب الطريق الخاص أن يتعرض لمرور وتوقف الغير على هذا الطريق وعند الإقتضاء له المطالبة بتعويض الضرر اللاحق من جرّاء التعرض.

وحكمت محكمة "كان" المدنية بأنه من حق المالك لأرض ما أن يتحصل على تعويض الضرر المعنوي اللاحق به بسبب قيام الغير بإحتلالها رغم محاولة منعه من ذلك.

كما إستقر القضاء الفرنسي على مبدأ و هو أنه لا يهّم إذا كان الإحتلال غير المشروع يسبب ضرراً أو لا يسببه فهو عمل يمس بالصفة المانعة لحق الملكية ومن ثم يستوجب التعويض.

وما دام حق الملكية جامع مانع كان الأصل خلوه من التكاليف لكن التشريعات الحديثة تجعل من حق الملكية العقارية ذات وظيفة إجتماعية فهناك قيود وحدود تحدّ من هاتين الخصيصتين مثل ما يقرره القانون لفائدة الجيران من حق المرور، وما يفرضه على المالك من إلتزامات الجوار ومراعاة مسافة معينة لفتح المطلات والمناور على أرض الجار وما يقرره من قيود عامة تتعدد وتختلف من تشريع

(1): أنظر الدكتور: غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، حق الملكية، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1977، ص 52.

(2): أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصادة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 17.

(3): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 529.

إلى آخره وهي موزعة في نصوص قانونية متفرقة⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه بأن هذه التخصيصات بشقيها ما هي إلا وصف للملكية في عصر معين وإمتد هذا الوصف إلى الآن، وقد بدأ هذا الوصف يزول ويسقط خاصة في ظل الأنظمة الاشتراكية التي تقدر الملكية الجماعية⁽²⁾.

المطلب الرابع:

الملكية العقارية الخاصة أصبحت ليست حقاً مطلقاً.

إن الملكية الخاصة قد وصفت في الفقه التقليدي بأنها حق مطلق ولا تزال توصف بهذا الوصف عند بعض المحدثين بأنها حق مطلق (DROIT ABSOLU) فمأهوه المقصود بهذا الإطلاق؟ فقد قيل بأن الملكية يحتاج بها قبل الكافة وهذه ميزة الحق العيني، وقد قيل بأن المالك حر في إستغلال وإستعمال ملكه على النحو الذي يراه و وفقاً لتقديره، وقد قيل بأن للمالك كل السلطات المتصورة على الشيء. وهذه الصفة لحق الملكية كانت أثراً لتعاليم المذهب الفردي⁽³⁾ التي ظهرت في القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804 و الذي نص في المادة 544 على أن حق الملكية حق مطلق، ولكن مقتضيات حياة المجتمع أدت إلى الحد من إطلاق حق الملكية، ولذلك وردت على الملكية حتى في المجتمعات ذات النزعة الفردية بعض القيود فوصف الملكية بأنها مطلقة وقاصرة على مالكها يوحي بأنهما وصفان مستقلان بل هما عنصر واحد فكل ما يقال عن معنى الإطلاق يرجع إلى أن هذا الحق مقصوراً على صاحبه، إلا أن الشراح تمسكوا بصفة الإطلاق متأثرين بالتأكيد عليها في القانون المدني الفرنسي وإعلان حقوق الإنسان⁽⁴⁾، واليوم يكاد شراح القانون المدني يجمعون على أن مفهوم حق الملكية قد تطور من حالة إطلاقه وقصره على المالك إلى مفهوم الوظيفة الاجتماعية (FONCTION SOCIALE) وإقرار هذا المفهوم يؤدي إلى تعريف جديد للملكية يشمل على عناصر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية. أما جانب من الفقه فيرى بأن وصف الملكية بأنها حق مطلق وهو أن هذا الحق يُحتاج به في مواجهة الكافة، فالإطلاق ليس إلا تعبيراً عن خاصية التبع والتقدم المثبتة لكل الحقوق العينية تمييزاً عن الحقوق الشخصية، والمشرع الجزائري هنا حذو التشريعات التي تعتبر أن للملكية الخاصة وظيفة اجتماعية تؤديها فنص على حق الملكية في المادة 674 دون وصفها بأنها مطلقة وهو متشعباً بالمبادئ الجماعية الاشتراكية.

(1): أنظر: المواد 690 وما بعدها من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ومثل نصوص هذه المواد قيود خاصة على الملكية، أما القيود العامة فنضممتها تشريعات خاصة منها قانون الكهرباء والغاز رقم 07/85، وقانون التوجيه العقاري رقم 25/90، وقانون التهيئة والتعمير رقم 29/90.

(2): أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 62.

(3): أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 62.

(4): أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 50.

وعلى هذا إذا أمكن لنا القول بأن حق الملكية مطلق فلا يفهم من هذا المعنى سوى معنى فني يتعلق بمركز حق الملكية التامة من الحقوق التي ترد على الشيء، بخلافاً للحقوق الأخرى التي لا تخول أصحابها سوى بعض السلطات وهذا لا يؤدي إلى إنكار الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، وإذا كان إطلاق الملكية بهذا المفهوم لا يتضمن إنكار حق المجتمع في فرض قيود لصالحه من قيود على سلطات المالك، فهل فكرة الملكية تعبر عن سلطة مطلقة على الشيء بحيث تكون هذه القيود طارئة لمضمون الملكية أم عنصراً داخلاً فيها؟

فقد ذهب البعض إلى أن الملكية في حد ذاتها مجرد فكرة تعبر عن التمتع فهو يضيق من هذه الزوايا ويشل من ممارستها بحيث تبدو الملكية بجميع مزايا الشيء دون تحديده، فالقانون بتقييد حق الملكية يثقلها ويكسر من وحدتها⁽¹⁾.

ولكن البعض الآخر من الفقه يرى بأن القيود التي يفرضها القانون الحديث على الملكية أداء لوظيفتها الاجتماعية تبلغ مرتبة يصعب اعتبارها حادثاً طارئاً عن فكرة الملكية، ويتعين إعتبارها كعنصر من عناصر الملكية ينشأ معها ويُعدُّ جزءاً من مضمونها، فهذه القيود تعدّ بمثابة التزامات تكون مع سلطات الملكية مضمون حق الملكية⁽²⁾.

والواقع أن الملكية تعبر عن حرية التصرف في الشيء المملوك وهذه الحرية تتضمن حدود معينة عندما تصطدم بحريات الآخرين، ومن هنا فسلطات الملكية وقيودها تضمهم فكرة واحدة وهي الملكية، فإن سلطات الملكية بدون قيودها لا يمكن أن تحقق للإنسان أغراضه من الإعراف له بحق الملكية.

(1): أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 14.

(2): أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 93.

المبحث الرابع:

تحديد سلطات المالك في الملكية العقارية الخاصة.

إن المقصود من عناصر الملكية العقارية الخاصة هي كل السلطات أو المكنات التي يستطيع المالك أن يباشرها على ملكيته، وممارسة هذا النوع من الملكية يعني البحث عن سلطات المالك المختلفة التي بإمكانه ممارستها على الشيء الذي يملكه.

وقد إستقر رأي الفقه قديماً في العهد الروماني على أن سلطات المالك إزاء الشيء محل الحق تنحصر في ثلاثة سلطات، فله سلطة إستعماله، وسلطة إستغلاله ليحصل على ثمار الشيء ومنتجاته، كما له الحق في التصرف في هذا الشيء بكل التصرفات.

وفي الشريعة الإسلامية أيضاً يرى المحدثون والفقهاء بأنّ الملكية حوّلت للمالك سلطات ثلاثة، تتمثل في إستعمال الشيء فيما أعدّ، وإستغلاله، والتصرف فيه بكل التصرفات التي يرد عليها محل الشيء، والقوانين الوضعية على إختلافها تقرر وتحوّل المالك كل السلطات التي تجعّله ينتفع بما يملكه فهي تحوّل للمالك عنصر الإستعمال، والإستغلال والتصرف. فالفقه التقليدي والحديث يجمع على أنّ للملكية عناصر ثلاثة: عنصر الإستعمال، عنصر الإستغلال، عنصر التصرف، والملكية التامة هي التي تتوفر فيها هذه العناصر الثلاثة وما عداها فهي ملكية ناقصة مؤقتة.

وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 674 قانون مدني على عنصرين في عبارة "حق التمتع" وقد أعاد نفس الفكرة في المادة 27 من قانون التوجيه العقاري عندما عرف الملكية العقارية، وهذين العنصرين هما حق الإستعمال، وحق الإستغلال، اللذين يشكلان حق الإنتفاع.

وعلى هذا سنتعرض في مطالب ثلاثة إلى سلطات المالك في الملكية العقارية الخاصة نتناول في المطلب الأول سلطة الإستعمال المقررة للمالك، ونتناول في المطلب الثاني سلطة الإستغلال المقررة للمالك، وفي المطلب الثالث نتناول سلطة التصرف المقررة للمالك.

المطلب الأول: سلطة الإستعمال المقررة للمالك.

و يقصد بعنصر الإستعمال (l'usage) هو إستخدام الشيء فيما أعد له وبما يتلاءم مع طبيعته للحصول على منفعه فيما عدا الثمار⁽¹⁾ مع الإبقاء على جوهر الشيء نفسه، فإستعمال الأرض يكون بزراعتها وإستعمال الدار يكون بسكناها، وتعتبر من قبل الإستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك كأن يرمم منزله أو إصلاح أرضه، وإستعمال الشيء قد يصل إلى حد إتلافه إذا أراد المالك ذلك فله أن يقوم بهدم المباني⁽²⁾، وإذا تقرر لأحد حق الإستعمال على حق عيني مملوك للغير يلتزم دائماً بالمحافظة عليه ورده، وهو ملتزم بإستعماله على الوجه الذي أعد له، فمثلا يلتزم المنتفع بأن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وأن يديره إدارة حسنة.

وإن عنصر الإستعمال كعدم الإستعمال حق للمالك، فالمالك ليس ملزماً بممارسة سلطة الإستعمال فهو في ذلك حرّ إلاّ أنّ هذه الحرّية ليست مطلقة إذ المشرع يفرض على الملاك إستعمال حقوقهم العقارية. وقد يختلط عنصر الإستعمال بالإستغلال والفرق بينهما يكمن فيما يلي:
الإستعمال هو القيام بأي عمل على الشيء سواء تم بقصد الحصول على ما يمكن أن يؤديه أو بصرف النظر عن الحصول على أية خدمة⁽³⁾، وقد أسقط الدكتور: أحمد سلامة من هذا التحديد أمرين:
الأول: وهو إستثناء الحصول على الثمار من مضمون الإستعمال، والثاني: إستراط ألا يؤدي الإستعمال إلى المساس بجوهر الشيء.

وإستبعاد الأمر الأول نتيجة للأخذ بالتحديد القائل: بأن الإستعمال هو قيام المالك بشخصه بإتيان أي عمل على ملكه ولو حصل على ثمار الشيء فإذا ما إستعمله بواسطة غيره لقاء أجر كان ذلك إستغلالاً.

فمعيار التفرقة بين الإستعمال و الإستغلال ليس على أساس القيام بعمل معين، بل على أساس من يقوم بهذا العمل وعلى هذا الأساس إذا قام المالك بإجراء تجارب زراعية في أرضه الزراعية أو تنزه فيها فيعتبر إستعمالاً لا إستغلالاً⁽⁴⁾.

وقد يكون الإستعمال مباشراً من طرف المالك أو غير مباشر بأن يرخص المالك نفسه للغير بإستعمال هذا الحق بمقابل أو بدون مقابل.

(1) Voir : C.AUBRY .C. RAU :cours de droit civil français: 6ème éditions tome deuxième:libraire Marchal Billard: Paris, 1935, Page 253.

(2): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 497، الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 22.

(3): أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 103.

(4): أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، نفس المرجع، ص 104، 105.

و إذا كان المبدأ أنّ حق الملكية العقارية الخاصة يمارس بحرية فإنّ هذا الإستعمال يجب أن يكون في حدود ما يسمح به القانون فالمالك ملتزم بعدم التعسف في إستعمال حقه بالإضافة إلى أنه ملتزم بتعويض الأضرار غير المألوفة التي يلحقها بجاره، ولو لم يرتكب أي خطأ. و تلك هي قيود مقررة لمصلحة خاصة بنص القانون.

وسوف نرى ذلك بالتحليل و المناقشة في الباب الثاني، والآن نعطي صورة بسيطة لقيود عدم الإستعمال فلا يجوز للمالك أن يفتح مطلا على جاره إلا بإحترام مسافة معينة حددها القانون و يبقى لنا أن نفرق بين المالك وغير المالك في مجال القيود التي يفرضها القانون. فالأصل عند المالك أن كل إستعمال ملكه مباح إلا ما يجرّمه القانون، أما غير المالك (المنتفع، المستأجر) فالأصل أنّ كل إستعمال محرم إلا ما أباحه القانون⁽¹⁾.

المطلب الثاني: سلطة الإستغلال المقررة للمالك.

إن الإستغلال (la jouissance) هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار ومنتجات الشيء محل الملكية وإستعمالها أو التصرف فيها حسب إرادة المالك⁽²⁾ ويكون الإستغلال وفق صورتين⁽³⁾: إستغلال مباشر: فيقوم المالك بإستعمال ملكه كأن يقوم بزراعة أرضه و جني ثمارها. إستغلال غير مباشر: عن طريق إعطاء الشيء لآخر عن طريق أعمال الإدارة (المزارعة والإيجار) ويقبض المالك الثمار المدنية للشيء، ويمتد حق الإستغلال إلى نطاق حق الملكية فيشمل الثمار ومنتجات، و يشمل العلو والعمق، وتجسب الإشارة إلى أنّ الثمار تتولد عن الشيء بصفة دورية متجددة دون إنقاص لقيمتها وهي أنواع ثلاثة، ثمار مدنية، ثمار طبيعية، ثمار إصطناعية، أما المنتجات فهي ما يخرجها العقار من ثمرات غير متجددة و ثمس جوهره، وتنقص من قيمته كالأشجار المقطوعة⁽⁴⁾. والقانون يحمي المالك في حالة حرمانه من ممارسة حقه أو سلطته في إستغلال عقاره، كما في حالة إغتصابه منه مثلاً، وهذه سلطة من حقّ المالك لا يحد منها إلا القانون أو الإتفاق، والتفرقة بين الثمار ومنتجات لا أهمية لها بالنسبة إلى المالك فيما يتعلق بمدى حقه، فله أن يحصل على الثمار ومنتجات جميعاً، وأهمية التمييز تظهر حينما يكون لشخص غير المالك الحق في الحصول على ثمار الشيء كأن يكون صاحب حق إنتفاع، فالمنتجات تبقى من حق المالك و الثمار للمنتفع، أمّا إذا كان

(1): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 498.

(2): Regard de l'estang: propriété; J.C.L. civil article précite. page N° 8.

(3): أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 31.

(4): أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 38.

الشيء في يد حائز حسن النية فالحائز يكسب ما يقبضه من ثمار والمنتجات تبقى من حق المالك حسب المادة 837 من القانون المدني الجزائري.

وإذا كان الإستغلال حقاً للمالك فعدم الإستغلال يعدل الإستغلال كلاهما حق للمالك فيحوز للمالك أن يستغل أرضه وذلك ما لم يفرض عليه القانون إستغلال ملكه.

بقي أن نشير إلى أن حق الإستغلال ترد عليه قيود يجب على المالك مراعاتها عند إستغلاله ملكه كما إذا أراد إستغلال صيدلية وجب عليه أن يقيم صيدلياً مؤهلاً⁽¹⁾.

وأما ما نص عليه قانون التوجيه العقاري في المادة 48 فعدم إستغلال الأرض مدة موسمين فلاحيين يعد تعسفاً في إستعمال الحق فهو قيد يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بل وإن جزاء هذا القيد يقيد حق الملكية إلى حدّ فقدانه وإلغائه تماماً ويهدد مبدأ حرية التعاقد وإستقرار المعاملات العقارية⁽²⁾.

المطلب الثالث:

سلطة التصرف المقررة للمالك.

إن التصرف (Disposition) في فقه القانون هو سلطة المالك على الشيء المملوك⁽³⁾ وله نوعان: تصرف مادي بإستهلاك الشيء أو إهلاكه، و تصرف قانوني فني، وهو بالمعنى الواسع إتجاه إرادة مالك الشيء إلى إحداث أثر قانوني إما بالقيام بعمل من أعمال التصرف كإنشاء حق عيني عليه "كبيعه أو رهنه" أو القيام بعمل من أعمال إدارة كالإيجار أو القيام بعمل من أعمال حفظه كرفع دعوى عدم نفاذ التصرف، ولا شك أن المالك يملك كلا النوعين في حدود القانون، فحق التصرف هو عمل إرادي من طرف المالك يقع على الشيء بنقل ملكيته إلى الآخرين بعوض أو بدونه، أو يقيد من حق ملكيته فيحملها بحق للآخرين كحق الرهن مثلاً⁽⁴⁾.

و إن سلطة التصرف القانوني ليست مقصورة على المالك بل تثبت لكل صاحب حق عيني⁽⁵⁾، على أن سلطة المالك أوسع مدى مما لغيره من التمتع بحق التصرف لأنه يستطيع التصرف بالمنفعة والرقبة معاً، وهذه السلطة تضيق بالنسبة لمن ثبت له حق عيني فصاحب حق الإنتفاع سلطته تتوقف عند التصرف في منافع الشيء دون رقبته، والتصرف القانوني ينصب على الحق ذاته بخلاف التصرف المادي الذي يرد على الشيء ذاته.

(1): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 500.

(2): أنظر: شامة سماعين، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ 1990، (رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، ابن عكون، الجزائر، 1999، ص 118، 149، 153.

(3): أنظر الدكتور: زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 232.

(4): أنظر الدكتور: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 183.

(5): أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 32.

وينبغي في هذا المقام التمييز بين أعمال التصرف (Actes de disposition) وأعمال الإدارة (Actes d'administration)، فالأولى يقصد بها نقل الملكية أو إنشاء أي حق عيني، أما الثانية فيراد بها إستغلال الشيء كالإيجار⁽¹⁾.

وأهمية التمييز بين العمليتين تتجلى بوضوح في الأهلية الواجب توافرها في الشخص الذي يقوم بالعمل، فأعمال التصرف تستلزم بوجه عام الأهلية الكاملة سن الرشد كما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري، بينما يتساهل المشرع في تحديد أهلية أعمال الإدارة وهي دائما مادون سن الرشد، وهناك من يرى بأن التصرف في الحق لا يعتبر من السلطات التي تدخل في مضمون الحق، وإنما هو رخصة لصاحب الحق أن ينقل حقه أو بعض ما يخوله الحق من سلطات⁽²⁾ كما تجدر الإشارة إلى أن إستعمال الشيء يختلف عن التصرف فيه لأنّ هذا الأخير يؤدي إلى إستهلاك الشيء كلياً أو جزئياً، أما عند تحديدنا لمعنى الإستعمال قلنا لا بد من الإبقاء على جوهر الشيء نفسه، وعلى ضوء هذه التفرقة قد يختلط الإستعمال بالتصرف كما في الأشياء التي تستهلك بمجرد أول إستعمال لها فلا يمكن إستعمال الشيء دون التصرف فيه و ينتج عن ذلك أنّ هذه الأشياء لا تكون محلاً للحقوق التي تخول أصحابها الإستعمال دون التصرف، والتصرف في عنصر من عناصر الملكية يختلف عن التصرف في الملكية⁽³⁾. فالتصرف في الملكية معناه نقلها من المالك إلى غيره فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية، أما التصرف في عنصر من عناصر الملكية أنه في الغالب يستبقي المالك ملكه ويسترد هذا العنصر المتصرف فيه بدون سبب جديد بل بمجرد إنقضاء حق الغير من العنصر، فيسترد العنصر الذي نقله إلى الدائن المرتهن بوفاء الدين، ويسترد حق الإنتفاع، أو الإستعمال بموت هؤلاء، أو بإنقضاء أجل حقوقهم فيستطيع المنتفع أن يتصرف في حقه بإستثناء صاحب الإستعمال وصاحب حق السكنى فلا يستطيعان التصرف في حقيهما وهذا ما نصت عليه المادة 856 من القانون المدني الجزائري، وإذا كان المالك يستطيع التصرف في ملكه فقد يفرض القانون قيوداً على التصرف وقيوداً على عدم التصرف⁽⁴⁾، لأنّ سلطة المالك في التصرف تقيد بما يقرر من حقوق للغير على الشيء فمثلاً: إذا رتب المالك حق إنتفاع فلا يتصرف فيه إلاّ بعد مرور المدة المتفق عليها، وكذلك إذا رتب المالك على ملكه حق إرتفاق فلا يجوز للمالك أن يعمل أي عمل يؤدي إلى الإنتقاص من حق الإرتفاق، هذا فيما يخص القيود الإنفاقية، أما بالنسبة للقيود القانونية على حرية المالك في

(1): أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 36.

(2): أنظر الدكتور: عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 26.

(3): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 502.

(4): أنظر الدكتور: غني حسونة طه، المرجع السابق، ص 57، الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 183.

التصرف ما يلي: (1) ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 740 قانون مدني « ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً ».

وبالنسبة لقانون الإحتياطات العقارية (2) في المادة السادسة جعلت العقارات الخاصة بخارجة عن دائرة التعامل بين الأفراد بإستثناء الميراث وتجب الإشارة هنا أن معاني الإستعمال والإستغلال والتصرف قد تتداخل في حق الملكية وإنّ هذه المصطلحات ليست لها معاني محددة دقيقة، ويرى الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، كان من الأوّل والأجدر إختصار الجدل كله في عبارة واحدة تنص على أن: (للمالك التصرف في ملكه والحصول على كل منفعه (3)، و يترك المجال للفقهاء لضرب الأمثال على هذه المنافع وسواء كانت بإستعمال الشيء أو إستغلاله أو التصرف فيه، وهذا ما إتجه إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

وإذا كانت هذه السلطات كلّها مقررة للمالك فإنها من قبل الحق وليس واجباً عليه إلا إذا قيده القانون بإستعمال وإستغلال والتصرف في ملكه، وفي حدود القانون يستطيع المالك ألا يستعمل ملكه وألا يستغله وألا يتصرف فيه.

و هذه السلطات الثلاثة المقررة للمالك هي متفرعة عن الملكية العقارية الخاصة وبها يحقق المالك منفعتة مما يملك.

(1) : وسنعرف قيود الإستعمال بالتفصيل في الباب الثاني.

(2) : أنظر الأمر: 26/74 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتضمن تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلدية، الجريدة الرسمية رقم 19. وألغي هذا بموجب قانون التوجيه العقاري 25/29 في المادة 88 منه.

المادة 06 « الأراضي من كل نوع التي يملكها الخواص والتي تقع داخل حدود المنطقة العمرانية المشار إليها في المادة 02 أعلاه تخصص بالدرجة الأولى لسد الحاجات العائلية فيما يخص البناء ... أما المساحات الزائدة فتدرج في الإحتياطات العقارية البلدية »

- Pour plus de précision voir: Chaabane ben Akzouh: le droit de reserves foncières Alger, O.P.U, 1990, page 15 et s.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 18.

المبحث الخامس: أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة.

إن الحقوق بجميع أنواعها سواء كانت شخصية أم عينية تنشأ إما عن واقعة قانونية قد ترجع إلى فعل الإنسان وإما بخارجة عن إرادته. فالتصرف القانوني الإرادي هو إتجاه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانوني وهذا العمل قد يكون بإرادة منفردة مثل الوصية، الوقف، وقد يكون بإجماع إرادتين أو أكثر وهذا هو العقد. فالوقائع هي مصدر الروابط القانونية سواء كانت وقائع قانونية أو وقائع مادية نتيجة عمل طبيعي يؤدي إلى قيام وضع واقعي ينشأ عن حدوث تعديل فعلي في الأوضاع القائمة يرتب القانون عليه إكتساب الملكية ابتداءً أو إنتقالاً من الغير كما هو الحال في واقعة الوفاة.

وقد بين المشرع الجزائري في التقنين المدني أسباب كسب الملكية بصفة عامة وذكر أنها تُكتسب إما: بالإستيلاء، وإما تُكتسب بسبب الوفاة بواسطة الوصية أو الميراث، وإما تُكتسب ما بين الأحياء بسبب الإلتصاق بالعقار وإما بالعقد، أو بالشفعة، أو بالحيازة: ونصّ مشرعنا على هاته الطرق في المواد 733 حتى 843 من القانون المدني، ما يهمننا من هذه المصادر ما يتعلق بكسب الملكية العقارية فقط وسندرس هذه المصادر وفق مطلبين نتناول في المطلب الأول إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الأعمال المادية، ونتناول في المطلب الثاني إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق التصرفات القانونية.

المطلب الأول: إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الأعمال المادية.

إن القانون يرتب إكتساب الملكية ابتداءً على بعض الوقائع تؤدي إلى تعديل فعلي في الأوضاع القائمة، وقد ينتج هذا التعديل بفعل الإنسان كما هو الحال بالنسبة للحيازة وقد ينتج عن فعل الإنسان أو فعل الطبيعة كما هو الحال في الإلتصاق وقد لا يكون للإنسان فيه دخل كما في حالة الوفاة.

وستتناول هذه الوقائع تباعاً فنعرض إلى الحيازة والإلتصاق والميراث أما إكتساب الملكية العقارية الخاصة بالإستيلاء فلا يتحقق إلا في المنقولات لأنها وحدها التي تكون بلا مالك، أما العقارات فلا يمكن أن تكون بلا مالك⁽¹⁾.

(1): أنظر: المادة 773 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه ((تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم)). وعلى هذا فلا يمكن إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الإستيلاء.

الفرع الأول:

كسب الملكية العقارية الخاصة بالحيازة.

بادئ ذي بدء نقول بأن الحيازة تقتصر على الأشياء المادية وبذلك لا تصلح أن تكون محلاً للحيازة الأشياء المعنوية⁽¹⁾ كالمحل التجاري الذي هو مال منقول معنوي، ولا تصلح أن تكون محلاً للحيازة الحقوق الشخصية، ولذا فالأنظمة القانونية تعطي مكانة بالغة الأهمية للحيازة ليس من الناحية النظرية بل ما ينتج عنها من آثار ولذا فهي في مكان الصدارة بين أسباب كسب الملكية ولذا يقال بأن الحيازة هي عنوان الملكية الظاهر⁽²⁾ وأخذ القضاء منها أهم قرينة على الملكية، ويحمي القانون الحيازة ويرتب عليها هذه الآثار بالرغم من أنها واقعة قد لا تستند إلى أي حق للمحاضر فمرجع ذلك إلى إعتبرات الأمن وإستقرار الأوضاع الإجتماعية، فمن حاز مالا مملوكاً لغيره مدة زمنية يصبح مالكا لهذا المال ولا يستطيع المالك الأصلي أن ينتزعه منه، و يستطيع المحاضر الظاهر للشيء أن يقرر عليه حقاً عينياً للغير وهذا فيما يخص المنقول، أما بالنسبة للعقار فيتم كسبه عن طريق التقادم المكسب.

أولاً: تعريف الحيازة وعناصرها.

يمكن تعريف الحيازة (Possession) بأنها (وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، فتحوز حيازة الحقوق العينية كحق الإنتفاع وحق الإرتفاق)⁽³⁾.

وقد اختلف فقهاء القانون المدني في تكييف طبيعة الحيازة فذهب البعض من الفقهاء إلى أنها حق، وذهب البعض الآخر إلى أنها وضع مادي⁽⁴⁾، وقد حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف بأن الحيازة وضع مادي، وتكتسب الحيازة بتوافر هذين العنصرين وتفقد بفقدتهما وحتى تنتج الحيازة أثرها لا بد من أن تكون خالية من العيوب⁽⁵⁾.

(1): أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، 2، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، الطبعة الثانية، 1996، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 220.

(2): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، في مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص 515.

(3): أنظر الدكتور: عدلي أمير نخالد، إكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقهاء القانوني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 45.

(4): أنظر الدكتور: عدلي أمير نخالد، نفس المرجع، ص 49.

(5): أنظر الدكتور: مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 258.

العنصر المادي: (Corpus)

يعبر عن هذا العنصر بوضع اليد أي أنّ الحائز يباشر أعمالاً مادية التي يخولها حق من حقوق الملكية ويريد الحائز إكتساب حق على الشيء⁽¹⁾ فالحيازة لا تستلزم وجود حق للمحائز إلاّ أن محل الحيازة يجب أن يكون قابلاً لأن تردّ عليه ملكية خاصة، وأن يكون من الأشياء التي تكتسب بالتقادم وعليه فالأموال العامة لا يجب أن تكون محلاً للحيازة لأنّ الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا تملكها بالتقادم⁽²⁾، ويشترط في الأعمال المادية أن تكون من الكثرة حتى تجعل الحائز يظهر بمظهر صاحب الحق⁽³⁾.

ولا يلزم أن يكون عمل الحائز يتضمن تعدياً على حق صاحب الشيء الذي تباشر عليه الحيازة إن كان لشخص آخر حق معين⁽⁴⁾ عليه لذلك نصت المادة 808 قانون مدني جزائري على أنه «لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة أو على عمل يتحمّله على سبيل التسامح». وعلى ذلك فالمالك الذي يفتح مطلقاً أو منوراً مراعيّاً المسافة القانونية فهو بذلك يستعمل رخصة من المباحات وهو غير متعدي، ولا يمكن له الإدعاء بأن له حق إرتفاق بالمطل على نحو يحول بين الجار وبين البناء على حدود ملكه⁽⁵⁾.

العنصر المعنوي (Animus):

ويقصد بهذا العنصر نية الحائز الذي يباشر الأعمال المادية على هذا الشيء لحسابه الخاص، فيجب أن تتوافر لدى الحائز نية إستعمال الشيء الذي في حيازته كمالك أو كصاحب حق من الحقوق العينية الأصلية⁽⁶⁾، وعلى ذلك فمن كان حائزاً لشيء ويباشر عليه الأعمال المادية لحساب الغير فلا يعتبر حائزاً قانونياً بل حائزاً عرضياً وبهذا فلا يعد كلاً من المستأجر والوكيل والمستعير حائزين بالنسبة للأشياء التي تكون تحت أيديهم لعدم توافر العنصر المعنوي⁽⁷⁾.

(1): أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 513.

(2): أنظر المادة: 689 من القانون المدني الجزائري التي تنص ((لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم...))

(3): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 531.

(4): أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 539.

(5): أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 260.

(6): أنظر الدكتور: حسن الذنون، المرجع السابق، ص 29، الدكتور: عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 83.

(7): و العنصر المعنوي للحيازة تسمية رومانية، الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 517، هامش 04.

وقد وضع المشرع الجزائري في المادة 810 من التقنين المدني قرينة على توافر العنصر المعنوي فنص على أنه «وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يجوز لنفسه» وهذه المادة مقابلة للمادة 2/951 من القانون المدني المصري، ومن ثمة من يتوافر له العنصر المادي في الحيازة يفترض توافر العنصر المعنوي لديه حتى يقوم من يدعي العكس بإثبات ما يدعيه⁽¹⁾، وتعد الحيازة من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة وهناك من يرى بأنها سبب ناقل وليس منشأ للحق⁽²⁾.

ولا يفوتنا إلا أن نقول بأن الحيازة في الشريعة الإسلامية قد عُرِفَتْ كما عرفها القانون الروماني والقوانين الحديثة، فالثابت بأن فقه المذهب المالكي يعرف الحيازة كما تعرفها القوانين الوضعية غير أنه يعالجها في (كتاب الشهادات) فقد ورد أن الإمام مالك في المدونة يرى (فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه، ويتمتع فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل، فإن ذلك مما يسقط الملك و يمنع الطالب من الطلب) إلا أن القوانين لا تذهب إلى جعل التقادم سبباً مسقطاً لحق الملكية.

وقد عالج فقهاء المذهب المالكي موضوع الحيازة في موضعين، أولهما (باب الشهادات) وثانيهما (باب الدعوى) وفي أولهما يدرس الفقهاء موضوع الحيازة بتوسع ويعللون دراسة الحيازة في باب الشهادة لأنه (كالشاهد على الملك).

أما المذاهب الفقهية الأخرى فقد تعرضت للحيازة ولكن ليس بإسهاب كما هو الحال في المذهب المالكي⁽³⁾.

ثانياً: شروط الحيازة.

إن شروط الحيازة يجب أن تفهم من نص المادة 808 من التقنين المدني الجزائري وتمثل هذه الشروط فيما يلي⁽⁴⁾:

1- أن تكون الحيازة مستمرة: فيجب ألا تكون منقطعة إلا أن الإستمرار المراد منه هو أن تكون الأعمال المادية التي يجريها الحائز متصلة بالشيء المحوز وأن يقوم الحائز بجملة من الأعمال في مواعيد منتظمة دورية تدل دلالة قاطعة على إنتفاعه بالشيء.

(1): أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 323.

(2): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 519، ((يرون أنها تتمثل فيها صفات الحق فحق الحيازة يوجد كما يوجد الإرثاق وحق الانتفاع ولهذا الحق كل الصفات المطلقة للحق ويحتج به على الكافة))، الدكتور: عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص 50.

(3): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 519، 520.

(4): أنظر الدكتور: عدلي أمير خالد، نفس المرجع، ص 110، الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 538، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 244.

2- أن تكون الحيازة هادئة: أي الحيازة الخالية من كل استعمال للعنف أو القوة، ولا يشترط أن يوجه العنف ضد المالك الحقيقي بل يكفي أن يكون ضد الحائز الفعلي أو أي حائز آخر، وإذا شاب الحيازة عيب الإكراه فلا يحتج به إلا من وجهه ضده وهذا يستفاد من نص المادة 2/808 من القانون المدني الجزائري ((وإذا إقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها إلتباس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو إلتبس عليه أمرها)).

3- أن تكون الحيازة ظاهرة غير خفية: ومن المتفق عليه ألا تكون الحيازة ظاهرة لكافة الناس بل يكفي أن تكون معلومة من قبل المالك ومن يراد الإحتجاج بها عليه ولو خفي أمرها عن باقي الناس، وإن كان هذا العيب يكون في المنقولات إذ أن العقارات يصعب حيازتها خفية وقد يمكن أن يكون الخفاء في العقارات في حالات مثلاً حالة تعمد الجار المرور في أرض جاره في وقت لا يراه المالك، فالمرور معيب بعيب الخفاء مما يمتنع معه كسب حق الإرتفاق إستناداً إلى الحيازة⁽¹⁾.

4- ألا تكون غامضة: ويراد بالغموض اللبس أو الشك الذي يشوب الحيازة بالنسبة إلى أحد عنصرها. بصورة أخرى تعتبر الحيازة غامضة متى كانت تحمل التأويل أو يمكن تفسيرها على أكثر من وجه لذا فهذا العيب يصيب العنصر المعنوي دون عنصرها المادي فمثلاً: وضع الشريك على الشيوع يده على المال المشاع يكون حيازة في الغالب مبهمة إذ قد يكون ذلك حقه في الملكية أو بصفته حائزاً مستقلاً بنية تملك العين لحساب نفسه⁽²⁾.

5- ألا تقوم على عمل من أعمال الإباحة أو التسامح: فيجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية لا مجرد رخصة ولا عمل على سبيل التسامح، ويراد بأعمال الإباحة تلك الأعمال التي يباشرها المالك على ملكه إستعمالاً لرخصة مقرر قانوناً، كإستعمال الشريك للحائط المشترك. أما إذا إقترنت حيازة عقار أو أي حق عيني بحسن النية ومستندة إلى سند صحيح فمدة التقادم تكون عشرة سنوات، أما بالنسبة للحقوق الميراثية فلا تكتسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة المادة 829 قانون مدني جزائري⁽³⁾.

ولقد حمى المشرع الجزائري الحيازة عن طريق رفع دعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى إسترداد الحيازة، في المواد 819، 820، 821 من القانون المدني الجزائري. وقد نص المشرع الجزائري على شهادة الحيازة في المادة 39 من قانون التوجيه العقاري وذلك من أجل محاولة حل مشكلة إثبات الملكية العقارية عن طريق تسليم شهادة الحيازة للحائز الظاهر وقد نص

(1) : أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 271.

(2) : أنظر الدكتور: حسن الذنون، المرجع السابق، ص 30.

(3) : أنظر : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15-11-1994، المجلة القضائية، العدد 3، 1994، ص 84.

أيضاً على شروط تسليم هذه الشهادة ويمكن إجمال هذه الشروط الموضوعية فيما يلي: (1)
- يجب أن تكون الأرض محل طلب شهادة الحيازة أرض ملك خاص أي ليست ملكاً للدولة وفقاً لقانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

- أرض بدون سند (و لو عرفى) يثبت ملكيتها.
- تقع هذه الأرض بإقليم بلدية لم تتم عملية مسح الأراضي فيها لأن بعد المسح لا يعقل طلب شهادة الحيازة.

- يجب أن تكون هذه الحيازة مستمرة هادئة وعلانية.

أما بالنسبة للشروط الشكلية ومن أجل البدء في عملية تسليم هذه الشهادة يميز المشرع بين إجرائين: إجراء فردي: وفيه يقدم المترشح للحيازة عريضة كتابية تتضمن كل البيانات حول طبيعة العقار محل الحيازة (مساحته، وضعيته، هوية الحائز، يبين كل الحقوق والأعباء التي يتحملها العقار) ويقدم تصريح شرطي يتضمن تعيين العقار، وهوية صاحب العريضة، توقيع شاهدين إثنيين يثبتان أن حيازة طالب شهادة الحيازة هي بحسن نية، ويقدم شهادة الحالة المدنية ومخطط يبين حدود القطعة المعنية و وضعيتها وعند إيداعه لهذا الطلب يسلم له وصلاً.

إجراء جماعي: يخص هذا الإجراء برامج التحديث الريفي أو الحضري ويقوم الوالي بإصدار قرار الشروع في الإجراء الجماعي على أن يحدد القرار المجال الترابي المعني بالعملية، ويودع بدار البلدية التي توجد فوق إقليمها العقارات المعنية وينشر منه مستخلص في البلدية والساحات العمومية لمدة شهرين وزيادة على ذلك ينشر في إحدى الجرائد الوطنية أو الجهوية بمعدل أربع نشرات تُحدد كل 15 يوماً، ويتضمن القرار لزوماً المدة المقدرة بشهرين من تاريخ أول نشره في الصحافة الوطنية أو الجهوية حتى يقوم من يهمة الأمر بتقديم طلبه الفردي لاستخراج شهادة الحيازة.

ولعل ما يميز هذين الإجرائين إذ يعتبر الإجراء الأول وسيلة للتملك في المستقبل، أما الإجراء الثاني فهو أداة للتهيئة العقارية.

وبعد هذه الإجراءات هناك مرحلة إدارية تتضمن دراسة طلب شهادة الحيازة وهي من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي وحده وقبل تسليم هذه الشهادة لا بد من التحقيق.

أما آثار تسليم شهادة الحيازة فهي: شهادة الحيازة إسمية غير قابلة للتصرف فيها (2) بمعنى أن الشخص طالب الحيازة محل إعتبار فتسلم له شخصياً وإذا توفي الحاصل عليها تنقضي بعد وفاته بسنة ما لم يتم خلفه بطلب تسليم شهادة حيازة جديدة بإحترام الشروط الإجرائية السابقة الذكر وتقديم وثيقة الفريضة بالنسبة للخلف العام. كذلك تتميز هذه الشهادة بأنها غير قابلة للتصرف فيها بالبيع

(1) : أنظر: شامة سماعين، المرجع السابق، ص 11، 12.

(2) : أنظر : شامة سماعين، نفس المرجع، ص 14.

مراعياً في ذلك أن العقار هو الأصل دائماً، ولا ينبغي أن نطيل في هاته الأحكام بل نوجز الكلام عن هاته الأنواع فقط⁽¹⁾.

الإلتصاق الطبيعي: عالج المشرع الجزائري هذه الصورة من صور الإلتصاق في المواد 778 إلى 781 من التقنين المدني ونلخص أهم هذه الأحكام.

إذا ما كوّن النهر طبقة من الطمي على أرض، أعتبر هذا الطمي جزءاً من الأرض يتبعها في الملكية والمقصود بالظمي في هذه الحالة التي يسري عليه حكم الإلتصاق ذلك الذي يتكون بطريقة تدريجية، ولذلك فالأرض التي تنزاح وتلتصق بالأرض التي تجاورها تعتبر من قبل ما ينكشف عنه مجرى النهر أو من طرح النهر، وحتى يتحقق التلاصق بين الطمي والأرض يجب أن يكون التراكم التدريجي للظمي تاماً فإذا وجد هناك فاصلاً فلا يتحقق الإلتصاق وإذا تحقق الإلتصاق⁽²⁾ أصبحت ملكية الأرض الجديدة تخضع لنفس الحماية المقررة للملكية الأصلية⁽³⁾، أمّا في حالة ما إذا كوّن الطمي أرضاً جديدة فإنها تكون ملكاً للدولة وإذا ما أرادت التصرف في هذه الأراضي حق لأصحاب الأراضي المجاورة أخذها ببدل المثل، أمّا بالنسبة للأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو الأنهر تكون ملكاً للدولة.

وإذا حول النهر مجراه فيأخذ مجرى جديداً تاركاً المجرى القديم كان لأصحاب العقارات المجاورة حق أخذ هذا المجرى القديم بمقابل كل شخص في الجزء الذي يكون أمام أرضه⁽⁴⁾.

الإلتصاق الصناعي: على عكس النوع الأول فهو يتحقق بتدخل الإنسان ونص عليه المشرع الجزائري في المواد (782... 791) قانون مدني، وفيه يتحقق اندماج المنقول في العقار إندماجاً يتعذر فيه فصل المنقول عن العقار دون تلف أو يصبح هذا المنقول بمقتضى هذا الإندماج عقاراً بالتخصيص وحالات الإلتصاق الصناعي بالعقار تتحقق في ثلاثة فروض :

- 1- أن يقيم صاحب الأرض المنشآت بمواد مملوكة لغيره.
- 2- أن يقيم صاحب المواد المنشآت في أرض مملوكة لغيره.
- 3- أن يقيم شخص منشآت على أرض مملوكة لغيره بمواد مملوكة لشخص ثالث ففي كل هذه الحالات يتحقق الإلتصاق الصناعي.

(1): أنظر: جان باز، القانون العقاري اللبناني، دراسة نظرية وعلمية، 1968، ص 132، 133.

(2): أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 167.

(3): أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 333.

(4): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 143، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 88.

وفي هذا النوع من الإلتصاق القانون يقيم قرينة مزدوجة لصالح صاحب الأرض بمقتضاها يعتبر البناء والغراس والمنشآت من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أقامها على نفقته فهي مملوكة له، إلا أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس وإذا ما أقيم الدليل على أن صاحب الأرض ليس هو صاحب المنشآت أو الغراس فلا يخلو الأمر من أحد الفروض التالية⁽¹⁾:

1- أن يكون صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره : فيجوز لصاحب الأدوات طلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر جسيم يلحق الأرض ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض وسواء كان حسن النية أو سيء النية، وإذا لم يمكن نزعها تملكها صاحب الأرض مع دفع تعويض للمالكها إذا كان مالك الأرض سيء النية⁽²⁾.

2- أن يكون صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره: ويقصد به البناء على أرض الغير وهنا نفرق بين ما إذا كان الباني سيء النية أو حسن النية، فإذا كان الباني سيء النية أي يعلم بأنه يقيم بناء على أرض مملوكة لغيره فيجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات على نفقة الباني وإذا كان القلع يضر بالأرض فيجوز للمالك تملكها مع دفع قيمتها مستحقة القلع. ولعل الشريعة الإسلامية لا تختلف في هذا الباب عن القوانين الوضعية⁽³⁾، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس لعرق ظالم حق »، وروى أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار فإختصما إلى النبي فقضى للرجل بأرضه وقضى على الآخر بأن ينتزع نخله.

وإذا كان الباني حسن النية فهنا ننظر إلى قيمة المحدثات في الأرض فإذا كانت قيمتها تزيد عن قيمة الأرض كان للباني أن يمتلك الأرض بثمن مثلها، وإن تساوت المحدثات مع الأرض أو كانت المحدثات تقل عن الأرض تملكها صاحب الأرض بقيمتها قائمة لا مستحقة القلع⁽⁴⁾.

3- أن يكون الباني بنى في أرض غيره وبأدوات غيره : لا يحق لمن قام بالبناء أن يطالب باستردادها لأنها أصبحت عقارات بطبيعتها، ويحق للمالكها أن يرجع بالتعويض على الباني، وتطبق القواعد العامة نقول أن مالك المهمات يرجع على الباني والباني يرجع على صاحب الأرض ولا يستطيع صاحب المهمات الرجوع على مالك الأرض⁽⁵⁾.

(1): أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 91.

(2): أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 299.

(3): أنظر الدكتور: حسن الذنون، المرجع السابق، ص 24.

(4): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 157.

(5): أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 350.

الفرع الثالث:

كسب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الميراث.

يعتبر الميراث من أحد أسباب إنتقال الحقوق العينية الأصلية، فيعتبر سبباً لكسب حق الملكية إذ الميراث خلافة جبرية بحكم الشارع لا دخل لإرادة الإنسان فيها، وبهذا السبب الشرعي تثبت خلافة الوارث للموروث فيحل محله فيما يملكه، فتنتقل التركة إلى الورثة الشرعيين بحسب أنصبتهم المقدره شرعاً دون قبول أو إيجاب وسواء كانت التركة منقولات أو عقارات، ولا تستحق التركة إلا بعد سداد ما عليها من ديون طبقاً للقاعدة ((لا تركة إلا بعد سداد الديون)) ، و تنفيذ وصايا الميت في حدود الثلث⁽¹⁾، و ما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة، و في حالة عدم وجود وارث للميت وسواء كان صاحب فرض أو عصبه أو من ذوي الأرحام تؤول التركة إلى بيت المال.

و المشرع الجزائري نص على ذلك في المادة 180 من قانون الأسرة⁽²⁾، على أيلولة التركة إلى الخزينة العامة، وإختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذا المال و أيلولته إلى بيت المال هل على أساس أنه إرث أو على إعتبار أنه مال لا مالك له؟ وسوف لن نتطرق للأحكام التفصيلية للميراث بل نقتصر على البعض منها.

أولاً: مفهوم الميراث: إن الميراث يعد من أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة ونعني به حلول الورثة محل مورثهم فيما كان له من حقوق مالية عند وفاته، ولا يتحقق الميراث إلا في مال مملوك للمورث، ولا يكون إلا فيما بقي من سداد الديون وتنفيذ الوصايا، و إن إكتساب الملكية بسبب الوفاة يخرج من نطاق القانون المدني وهذا وفقاً لنص المادة 774 ((تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها)) ولذا نص عليها المشرع في قانون خاص و أحال إلى تطبيق الشريعة ما لم يوجد نص في هذا القانون وهذا حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة.

ومعاني الإرث في اللغة: 1- البقاء والإنتقال وفيه نوعين: إنتقال مادي ويتمثل في إنتقال تركة الوارث، وإنتقال معنوي يتمثل في إنتقال شيء معنوي من شخص إلى آخر وذلك كإنتقال العلم من الشيخ إلى المريء⁽³⁾.

2- البقاء: أما المعنى الثاني في الإرث هو البقاء كقوله تعالى ﴿وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ﴾⁽⁴⁾.

(1): أنظر الدكتور: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1964، المطبعة العربية، بغداد، ص 264.

(2): أنظر: القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 29، المادة 4/180 ((... فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة)).

(3): أنظر الأستاذ: شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1993، ص 09.

(4): سورة الحجر: الآية 23.

أما الميراث شرعاً: فهو إنتقال التركة إلى الورثة بعد موت مالكيها إذا توافرت أسباب الميراث. ودليل الميراث ثابت بالكتاب وبالسنة وبما أجمع عليه سلف الأمة⁽¹⁾، ونزل الميراث في القرآن مجملًا ومفصلاً⁽²⁾ وللميراث أركان ثلاثة لا بد من توافرها حتى يتحقق الإرث وهي:

المورث (La gujus): وهو الميت سواء كان موته حقيقة أو حكماً كأن يحكم القاضي بموته مع احتمال حياته كالمفقود الذي لا يعرف هل هو حي أم ميت؟ أو سواء كان موته تقديراً كالجنين المنفصل ميتاً من بطن أمه.

الوارث (l'heritier): وهو الذي يبقى على قيد الحياة بعد الهالك ويتسبب إليه بأي سبب من أسباب الميراث كالزوجة أو القرابة أو المولاة ويكون حياً عند وفاة المورث.

الموروث (la succession): وهي التركة التي يتركها الهالك من الأموال وسواء كانت عقارية أو منقولات وهي جملة الحقوق المختلفة التي تورث عن الهالك بعد تجهيزه وقضاء ديونه وتنفيذ وصاياه. أما المشرع الجزائري فقد سكت عن هذه الأركان لكن الأخذ بالميراث والحديث عنه يوحى بوجودها أما فيما يخص شروط الميراث فتتمثل فيما يلي⁽³⁾:

أولاً: موت المورث: وقد يكون حقيقياً أي نشأه بالفعل مشاهدة عينية أو حكماً كموت المفقود الذي يحكم القاضي بموته بعد أربعة سنوات.

ثانياً: حياة الوارث وقت موت المورث: وتتحقق حقيقة برؤيته حياً، كما تتحقق حكماً أو تقديراً كالحمل في بطن أمه بحيث يولد حياً ويثبت وجوده وقت وفاة مورثه.

ثالثاً: عدم وجود مانع من الموانع⁽⁴⁾: التي تمنع الشخص من الميراث وتمثل هذه الموانع في: القتل العمد العدواني، الشك في سبق الوفاة، عدم الإستهلال، الرق، اللعان، الزنا، إختلاف الدين.

ثانياً: وقت إنتقال التركة إلى الورثة: إذا كانت التركة غير مدينة فتنقل إلى الورثة فور الوفاة، ولكن إذا كانت مدينة فقد إختلفت المذاهب في وقت إنتقالها وفرقوا بين إستغراق التركة بالدين أم عدم إستغراقها⁽⁵⁾ وقد بينت مذاهب الفقه الإسلامي بأن ضمان دائي المورث لا يمتد إلى أموال الوارث

(1): أنظر الدكتور: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، (الميراث و الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 22، 23.

(2): أما الحمل في قوله تعالى ﴿لرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قبل منه أو كثر نصيباً مفروضاً وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً﴾ سورة النساء: الآية 08، أما ما ورد مفصلاً فحاء في قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساءً فوق إثنين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف...﴾ سورة النساء: الآية 11.

(3): أنظر السيد المحامي: عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية والعقود وتسجيلها والشهر العقاري، مكتبة الإشعاع الفنية للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص 431.

(4): المانع هو الحاجز: وهو ما يلزم من وجوده العدم ومن عدمه الوجود.

(5): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 54، 55، 56، الدكتور: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، نفس المرجع، ص 47.

الخاصة بل ينحصر في التركة وهذا يعاكس ما تذهب إليه الشرائع الحديثة المستمدة من القانون الروماني التي تلزم الوارث بديون مورثه وأمواله الخاصة⁽¹⁾ إعتباراً أن شخصية الوارث إمتداداً للمورث. ولذا يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على بطلان تصرفات الوارث في أموال التركة قبل سداد ديونها ويرون تفضيل دائي المورث على دائي الوارث في إستيفاء حقوقهم.

أما بالنسبة لوقت إنتقال التركة وإن كان محلّ إختلاف فيمكن أن نجمله في فريقين:

الفريق الأول : يمثله المالكية ويرون بأن التركة تبقى على حكم ملك المورث إلى حين سداد ديونه فلا تنتقل أموال التركة إلا بعد سداد الديون.

الفريق الثاني : يمثله الشافعية والحنابلة ويرون بأن التركة تنتقل من وفاة المورث غير أنها تبقى معلقة بتسديد الديون.

أما الحنفية : فهم يسلكون الإتجاه الأول إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ويأخذون بالإتجاه الثاني إذا لم تكن التركة مستغرقة.

والمشروع الجزائري في نص المادة 127 من قانون الأسرة « يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتاً بحكم القاضي » فهو في هذه الحالة يأخذ بمذهب الشافعية.

ثالثاً: شهر حق الإرث: إن إنتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن واجب الشهر في الجزائر قبل 1975، مما كان يؤدي في أغلب الأحيان إلى إضطرابات في المعاملات العقارية لأن المشروع الجزائري آنذاك كان يبنى نظام الشهر الشخصي، وبدء من عام 1975 أصدر المشروع الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فنص في المادة 15 من هذا الأمر على وجوب شهر كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار.

إذ وظيفة الشهر هي الإعلان وترتيب الآثار بالنسبة للأطراف وبالنسبة للغير، إلا أن مشرعنا قد إستثنى في المادة نقل حق الملكية عن طريق الوفاة فمفعول الإنتقال يسري من يوم وفاة أصحاب الحقوق لأن الوفاة واقعة مادية. يتضح من هذه المادة أن المشروع لم يجعل جزاء تخلف الشهر عدم إنتقال الملكية من المورث إلى الوارث، ولكن التصرفات التي يقوم بها الوارث في هذه الملكية لا يمكن أن تشهر ما لم يكن حق الإرث نفسه قد أشهر سابقاً⁽²⁾.

فالهدف من الشهر العقاري هو الوصول إلى أصول الملكية فإعتبر المشروع شهر حق الإرث عملاً أولياً لازماً لشهر كل تصرف يجريه الوارث في العقارات الموروثة من تلك التصرفات الواجبة الشهر. وقد نص المشروع على شهر العقود والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني في المادة 16 من نفس الأمر المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(1): أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 353.

(2): أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، نفس المرجع، ص 358، الدكتور: عبد النعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 734.

المطلب الثاني:

إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق التصرفات القانونية.

إذا كانت الملكية تكتسب بمصادر مادية، فهي أيضا تكتسب بواسطة وقائع معنوية يرتب القانون عليها هذا الأثر وهي ما يعرف بالتصرفات القانونية، فإذا كان للمالك سلطة التصرف القانوني في حقه فهو ينقل ملكيته إلى المتصرف إليه ويعتبر الشهر لازماً لترتيب آثار هذا التصرف وسواء كان هذا التصرف عقداً أو شفعة أو وصية⁽¹⁾، وتتناول هذه التصرفات بإيجاز ونبدأ بالعقد ثم الوصية ثم الشفعة كقيد يرد على حق التصرف ونقصد بالشفعة المنصوص عليها في القواعد العامة، أما الشفعة المنصوص عليها في المادتين 57، 71، فهي تقرر للمصلحة العامة في حالة ما إذا مارستها الدولة⁽²⁾، أما حق الشفعة بسبب الجوار فهو يرد على المستثمرة الفلاحية التي تعتبر من الأملاك الوطنية الخاصة ويرد على الأراضي الفلاحية المجاورة، فالنوع الأول من الشفعة يخرج من نطاق دراستي أما النوع الثاني فهو محل دراستي.

الفرع الأول:

إنتقال الملكية بالعقد.

إن المكية العقارية الخاصة ممكن أن تكتسب عن طريق العقد الذي يبرمه شخص بموجبه يتم إنتقال ملكية العقار من البائع إلى المشتري، غير أن هذا العقد لا يرتب أثره بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بعد أن يتم شهر هذا التصرف لكي يكون حجة على الغير وبموجب الشهر يتم نقل ملكية العقار المتصرف فيه بين المتعاقدين ويكون حجة بالنسبة للغير.

أولاً: مفهوم العقد: إن العقد يعتبر مصدراً من مصادر الإلتزام وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 54 قانون مدني جزائري، وفصل أحكامه في المواد التي تلي هذه المادة، ويعتبر مصدراً من مصادر الملكية بجميع صورها وسواء ورد على الملكية التامة أو على الملكية الناقصة وأهم العقود التي تنقل الملكية هو عقد البيع، والهبة، والشركة، والأصل أن العقد هو شريعة المتعاقدين بذاته ينقل الملكية إذا ورد على الأشياء المنقولة أما إذا كان محل العقد عقاراً فإشترطت التشريعات القديمة والحديثة شرط الشكلية وهذا في ظل العقود الشكلية، أما حالياً وأمام مبدأ رضائية العقود والتي لا يعتبر فيها هذا المبدأ مطلقاً ومن أجل إستقرار المعاملات قيد المشرع مبدأ سلطان الإرادة بقيود فمثلاً في عقد البيع نجد أن البيع يرتب التزاماً بنقل ملكية المبيع ولا ينقل الملكية خاصة إذا ورد على شيء غير مفرز، أما بالنسبة

(1): هناك من لا يعتبر الوصية من العقود بل هي تصرف قانوني، أنظر الدكتور: زهدور محمد، الوصية في القانون المدني

الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 77.

(2): أنظر: قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

لنقل ملكية العقار فلا بد من مراعاة قوانين الشهر العقاري وفقا للمادة 165، 792، 793 من القانون المدني، ولا بد من مراعاة الإجراءات القانونية لنقل ملكية العقار في القانون الجزائري.
ثانياً: إجراءات نقل ملكية العقار في القانون الجزائري⁽¹⁾: تتمثل هذه الإجراءات حسب تسلسلها في إجراءات ثلاثة بداية بتوثيق العقد ثم تسجيل هذا العقد لدى مصلحة الضرائب، ثم شهر العقد لدى المحافظ العقاري.

بالنسبة للإجراء الأول: والمتمثل في موقع العقد الموثق من العقود الرسمية وبالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والتي تشترط الشكل الرسمي، فنجد أن المادة 324 تعرفه بأنه «عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصاته»، فالنص يتكلم عن الورقة الرسمية وأستبدلت هذه العبارة في النص الجديدة بعبارة العقد الرسمي ولا شك أن المشرع قد رأى فيه ترجمة أصح لكلمة (Acte) الواردة في النص الفرنسي، فكان يستحسن الإبقاء على لفظ الورقة الرسمية لتمييزها عن العقد بإعتباره التصرف القانوني الوارد فيها.

ووفقاً لهذا فالعقد الموثق وبعقده قانون التوثيق الجديد المؤرخ في 12 جويلية 1988 والذي ألغى الأمر الصادر في 15 ديسمبر 1970 حيث تم إنشاء مكاتب عمومية للتوثيق يمتد إختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني وأسند كل مكتب إلى موثق يتولى تسييره لحسابه الخاص ويكون مسؤولاً عنه ويجوز أن يشترك في مكتب واحد أكثر من موثق ويتولى الموثق تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية، وكذا العقود التي يريد الأطراف إعطائها هذه الصيغة⁽²⁾، وبذلك فالعقد الموثق هو الذي يثبت فيه الموثق بإعتباره ضابطاً عمومياً ما تم لديه وما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه، ولا يفوتنا ونحن بصدد الحديث عن العقد الموثق أن نشير إلى أن التشريع الإسلامي قد فرض الكتابة إلى جانب الشهادة في نوع خاص من العقود ضماناً لحقوق الأطراف، إذ يقول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾⁽³⁾.

من خلال الآية الكريمة يتبين لنا أن الله عز وجل أمر بالكتابة لما فيها من توثيق وحفظ للحقوق وقد أمر أن يكون الكاتب شخصاً أجنبياً عن العقد وأن يكون العقد يتضمن ديناً إلى أجل مسمى فلا يدخل في مجال تطبيق الآية البيع بثمن يدفع فوراً، لأن الكتابة غير لازمة ويكفي فيها شهادة الشهود

(1) : أنظر القاضي: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2000، ص101.

(2) : أنظر: المادة 05 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408هـ الموافق لـ 12 يوليو 1988م المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 28.

(3) : سورة البقرة: الآية 282.

وهذا ما يدل عليه قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ لَا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾.

أما الكتابة الواردة في المادة فهي مفروضة في البيع بثمن يدفع فور إبرام العقد وتوجب أن يدفع بين يدي الضابط العمومي الذي حرر العقد ومؤدى ذلك أنه إذا وقع البيع بثمن مؤجل فإن كتابته في عقد رسمي لا تتم إلا عند دفع الثمن، أما حالياً فإنه يدفع خمس المبلغ عند الموثق. فالعقد الموثق هو الذي يصدره شخص مؤهل قانوناً والرسمية يشترطها المشرع في بعض أنواع العقود ونص عليها في المادة 324 مكرر 1، وجزء تخلفها هو البطلان.

بالنسبة للإجراء الثاني: والمتمثل في تسجيل العقود لدى مصالح إدارة الضرائب وعليه فالتسجيل في القانون الجزائري يختلف عن التسجيل في القانون المصري⁽¹⁾ والمراد به في القانون الجزائري (الشهر)، إذ أن التسجيل عملية مالية يتم بواسطتها تأدية الرسم الواجب على المعاملات أمام مصالح إدارة الضرائب وتختلف هذه الرسوم باختلاف نوع المعاملات الواقع عليها التسجيل، ورسومات التسجيل تختلف عن رسوم الشهر العقاري ورسوم التوثيق لأن رسوم الشهر يتم تحصيلها بمناسبة أداء الشهر في المحافظة العقارية ويكون هذا الرسم على العقود والقرارات القضائية وشهادات نقل الملكية عن طريق الوفاة وكل الوثائق الخاضعة للإشهار العقاري. بموجب التشريع المعمول به⁽²⁾، أما رسوم التوثيق فيستفيد منها الموثق ولا يكون مألها خزينة الدولة وخاصة بعد ما أصبحت مهنة التوثيق مهنة حرة، وتحصل هذه الرسوم بمناسبة إضفاء الصفة الرسمية على التصرفات، فالموثقون وكل الأشخاص المكلفون بتحرير العقود لا يمكن لهم تسجيل عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة وعند الإقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكاتبهم المادة 1/75 من الأمر 105 /76 المتضمن قانون التسجيل ويجب على الموثقين تسجيل العقود المحددة في المادة 58 من قانون التسجيل في خلال شهر ابتداء من تاريخها.

وطريقة تحديد الرسوم هي مختلفة باختلاف نوع المعاملة الواقع عليها التسجيل فهي إما ثابتة أو تناسبية (المادة 1 من أمر 105/76)، وهناك معاملات تخضع للتسجيل إلا أنها معفاة من الرسوم (المواد من 270 إلى 347 من أمر 105 / 76).

وهناك الرسم النسبي: الذي يفرض على جميع المعاملات الناقلة للملكية أو حق الانتفاع، بإستثناء التركات والهبات التي تخضع لرسم تدريجي أو تصاعدي (المادة 04 من أمر 105 /76) ومعدلات الرسم النسبي والتصاعدي محددة بموجب المواد من 216 إلى 264 من أمر 105/76 وأهم المعاملات التي تخضع لمثل هذا النوع من الرسوم هي الإيجارات العقارية المحددة أو غير المحددة تخضع لرسم 2%.

(1) : إن التسجيل في القانون الجزائري ليس هو التسجيل المعروف في القانون المصري بل يقابله في قانوننا (الشهر).

(2): أنظر: الأمر 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 81.

أما بالنسبة للإجراء الثالث : وهو عملية شهر التصرفات القانونية لدى المحافظ العقاري ووظيفة الشهر هي حفظ الحقوق العينية العقارية وجعل التصرفات صحيحة وعملية الشهر لها علاقة وطيدة بعملية المسح الكلي للأراضي وبالتالي سيادة نظام الشهر العيني.

فالشهر العقاري هو مؤسسة أو نظام قانوني الذي بواسطة مجموعة من الإجراءات و الشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية يضمن المعلومات أو الإعلام حول الحقوق الموجودة على عقارات بغية حماية الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى.

فأهمية الشهر تتمثل في الإعلام وإخطار الجمهور بنقل حق عيني أو إنشاء حق عيني أو أعباء تنقل حق الملكية ، أما أهميته بالنسبة للمصلحة التي تقوم به في أول الأمر أنها تتلقى المعطيات حول الذمة العقارية للأشخاص الطبيعيين والمعنويين ، أو حول الحالة القانونية للعقار وبعدها تعلم هذه المصلحة كل شخص يرغب في طلب معلومات، فالشهر يُؤمّن إستقرار المعاملات العقارية لإعتماده على مبدأ العلنية، وهو يرتب إنتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير. فالشهر العقاري هو مجموع الإجراءات والقواعد القانونية و التقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة أو منشئة أو ناقلة مهما كان نوع الحق العقاري وسواء كان أصلياً أو تبعياً وبغض النظر عن نوع السند سواء كان هذا الحق ناشئاً عن عقد أو حكم قضائي أو قرار إداري ولا ينحصر الشهر في هذا المجال بل يمتد في بعض الأحيان إلى الحقوق الشخصية كالإيجار الطويل المدة المادة 17 من الأمر 74/75.

وينقسم الشهر العقاري إلى نظامين:

نظام الشهر الشخصي: وهو نظام يقوم فيه الشهر على أساس إسم الشخص بصفته كمالك، فهو نظام يقوم على عدم التحري والتحقق من صحة التصرفات التي تشهر، بل تشهر كما هي وسواء كانت صحيحة أو معيبة وما يحدث في الواقع هو أن الشخص يتصرف في العقار وهو ليس مالكا له ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار فالتصرف إليه قد يتعامل مع المالك الحقيقي ومع غير المالك فلا يكون التعامل سليماً.

نظام الشهر العيني: وهو نظام شهر التصرفات وفقا للعقار ذاته حيث يخصص لكل عقار مكان خاص في السجل العقاري ويثبت في هذا المكان كل ما يقع على هذا العقار من تصرفات وما يثقله من حقوق ويقوم نظام الشهر العيني على عدة مبادئ وهي:

مبدأ التخصيص: وبمقتضى ذلك يتم التسجيل في السجل العقاري بناء على الوحدة العقارية أي العقار ذاته فيخصص لكل عقار مكان خاص في السجل العقاري تدون فيه كافة التصرفات المتعلقة بالعقار.

مبدأ الشرعية : أي لا يتم تدوين التصرفات الواردة على العقار إلا بعد سلسلة من التحري والتدقيق والرقابة والمراجعة.

مبدأ القيد المطلق : فالحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول إلا بالقيد وحده .
مبدأ عدم سريان التقادم : وذلك في مواجهة صاحب الحق المقيّد بالسجل ولا يمكن لأي شخص أن يدعي إكتساب حق عيني بطريق التقادم فالعبارة في نقل الحقوق بشهرها، إلا أن هذا النظام مرتبط أساساً بعملية مسح الأراضي بحيث يستوجب بطاقات عقارية لكل العقارات وهذا يتطلب وقتاً طويلاً ومن جهة ثانية يكلف أموالاً باهضة.

أما المشرع الجزائري فقد تبنى هذا النوع الأخير بموجب الأمر 74/75 وبقي النظام الأول يطبق بصفة إنتقالية خاصة في المناطق التي لم يجر فيها المسح، (المادة 27 من أمر 74/75)، ويتولى عملية الشهر المحافظ العقاري وفقاً للمادة 20 من أمر 74/75 ، والمادة الأولى من مرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فعملية الشهر أساسها المادي مسح الأراضي ويحدد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات⁽¹⁾.

أما عن الآثار المترتبة عن عدم الشهر فتكون التصرفات غير المشهورة غير نافذة في مواجهة الغير ولا يمكن لأطراف العلاقة الإحتجاج بها على الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 16 من الأمر رقم 74/75، و المادة 793 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني:

كسب الملكية العقارية الخاصة بالوصية.

تصح الوصية طريقاً لإنتقال الملكية التامة، وتصلح أن تكون أيضاً طريقاً لإنتقال أو إنشاء حقوق الملكية الناقصة ، فيجوز لصاحب الحق أن يوصي بحق الإنتفاع فينشأ هذا الحق ابتداءً للموصى له بعد وفاة الموصي، كما يجوز أن يكتسب حق الإرتفاق ابتداءً على إثر وفاة الموصي ، ويكتسب أيضاً بصفة تبعية كما إذا أوصى شخص بعقار له وكان هناك إرتفاق مقرر لمصلحة هذا العقار فينتقل الإرتفاق إلى الموصى له تبعاً لإنتقال ملكية العقار المرتفق، وإذا كانت الوصية وسيلة لكسب الملكية فهذا يصدق على سائر الحقوق العينية الأصلية الأخرى ولن تنطبق بالدراسة للوصية بل نعرض لمسائل تتصل بأسباب كسب الملكية فنعرض أولاً لمفهوم الوصية ثم نعرض إلى وقت إنتقال الملكية في تنفيذ الوصية، وما يهمننا الوصية بالعقار .

أولاً: مفهوم الوصية: لقد اختلف الفقهاء في تعريف الوصية فمنهم من سماها عهداً خاصاً ومنهم

(1): أنظر: المواد 2، 3 من الأمر 74/75، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 92.

من جعلها تملكاً تبرعياً والبعض الآخر اعتبرها هبة والبعض قال إنها تبرع⁽¹⁾.

فقد عرفها ابن عابدين بأنها « تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع »⁽²⁾، أما قانون الوصية المصري لسنة 1946 رقم 71 فقد نصت المادة الأولى من ذلك القانون على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت »، فهذا القانون قد جعل للوصية معنى شاملاً وسمّاها تصرفاً. أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية، فقد جاء في الفصل 173 من الكتاب الخامس أن « الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته » وهذا التعريف معيب إذ أن الوصية لا تنعقد بتطابق الإيجاب والقبول حتى تسمى عقداً.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 775 من القانون المدني « يسرى على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها » وقد نصّ المشرع الجزائري على الوصية في المواد 184 حتى المادة 201 من قانون الأسرة و قد عرفت المادة 184 الوصية بقولها « الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » فالمشرع الجزائري نص على أنّ الوصية تملك و ليس عقداً ولا تصرفاً وهذا ليس تعريفاً مبتكراً لأنه معروف في بعض الكتب الفقهية⁽³⁾.

فالوصية تصرف قانوني في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، فهي تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة هي إرادة الموصي وهي تصرف لا يرتب أثره إلا بعد وفاة الموصي وتكون في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة وكذلك الحال بالنسبة لوصية الوارث فهي متوقفة على إجازة الورثة⁽⁴⁾.

ثانياً: وقت انتقال الملكية الموصى بها: لقد قلنا سابقاً بأن الوصية تصرف بإرادة منفردة وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا يرتب آثاره إلا بعد وفاة الموصي غير أن هذا التصرف غير لازم بالنسبة للموصي فيجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها، فالوصية تتم بإرادة منفردة ولا يتوقف إنعقادها على قبول الموصى له غير أن القبول شرط للزوم الوصية فله أن يقبلها أو يردّها المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري.

أما عن وقت انتقال الملكية فيتم بمجرد الوفاة دون حاجة للقبول ما لم يكن الموصي قد حدد وقتاً لاحقاً لترتب هذا الحق في نص الوصية، ولذلك فإذا مات الموصي له قبل قبول الوصية فلا يزول حقه في قبولها بل ينتقل إلى الورثة فيكون لهم قبولها أو ردها (المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري).

(1): أنظر الدكتور: محمد زهدور، المرجع السابق، ص 30، الأستاذ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988، ص 3، 4.

(2): أنظر الدكتور: محمد زهدور، نفس المرجع، ص 31.

(3): أنظر الدكتور: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 231.

(4): أنظر السيد المحامي: عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 490.

الفصل الثاني:

النطاق المادي للملكية العقارية الخاصة ووسائل حمايتها.

ندرس في هذا الفصل جميع الجوانب التي يتقرر عليها حق الملكية العقارية الخاصة ووسائل حمايتها لأن حق الملكية يفيد الإستيلاء على الشيء نفسه وعن ملحقاته وتوابعه والكلام عن العناصر الجوهرية للشيء المملوك، وعن جهتي العلو و السفلى يؤلف نطاق وحدود الملكية العقارية على الوجه القانوني وبذلك تحظى بالحماية القانونية.

وندرس هذا الفصل في ثلاثة مباحث نتطرق في المبحث الأول إلى ملكية الشيء ذاته، وفي المبحث الثاني نتطرق إلى ما يتفرع عن الشيء، وفي المبحث الثالث نتطرق إلى وسائل حماية الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول:

ملكية الشيء ذاته.

إن المالك يملك الشيء أصلاً محل الحق، وجميع عناصره الجوهرية، ويتم تحديد العنصر الجوهري عن غيره فيما إذا نزع هذا العنصر يؤدي إلى تلف أو فساد الشيء، فإذا كان الشيء منقولاً سهل علينا معرفة أجزائه فمثلاً الكتاب يمكن نقله من مكان إلى آخر و بجميع أجزائه، أما إذا كان الشيء عقاراً فإذا كان مثلاً بناءً فتماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء، أما إذا كان العقار أرضاً فملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً⁽¹⁾، ويخرج من نطاق دراستنا ملكية المنقول الذي له أحكاماً خاصة به، وندرس ملكية الشيء ذاته في مطلبين المطلب الأول ندرس فيه ملكية علو العقار، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى ملكية سطح وعمق العقار.

المطلب الأول:

ملكية علو العقار (te dessus).

إذا كانت الملكية أكثر الحقوق عناصراً و أشملها خصائصاً فهي أوسع الحقوق نطاقاً فتتناول الأرض في سطحها طولاً وعرضاً وفي حيزها علواً وعمقاً⁽²⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/675 من القانون المدني على ما يلي: «وتشمل ملكية الأرض ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً» ويرى بعض الكتاب بأن تعبير « ملكية العلو » تعبير يبدو غير دقيق من الناحية القانونية ويفهم على أنه من التعبيرات التصويرية⁽³⁾. لأن العلو ليس هو إلا الهواء، والهواء غير مملوك لأحد من الناس ثم يستحيل وضع حدود لكمية معينة

(1) : أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 54، 55.

(2) : أنظر : مأمون الكزبري، القانون المدني في الحقوق العينية، تقسيم الأشياء و الأموال، (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)، مطبعة الجامعة السورية، 1959، ص 261، 262.

(3) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 91.

من الهواء ونقول أنها مملوكة لشخص ما، فملكية العلو تتمثل في إستعمال الفراغ الذي يعلو أرض المالك إستعمالاً معقولاً، وقد يكون هذا الإستعمال عن طريق البناء أو الزرع، أو لا هذا ولا ذلك تمكيناً لوصول الضوء والهواء، وقد اقترح البعض فيما يتعلق بملكية الفضاء الذي يعلو الأرض تقسيمه إلى ثلاثة مناطق⁽¹⁾:

المنطقة القريبة من الأرض تعتبر مملوكة ملكية خاصة لأصحاب الأراضي، والمنطقة الثانية مملوكة للدولة، والمنطقة الثالثة منطقة حرة. وهذا التقسيم مستعار من القواعد الدولية يصعب تطبيقه لأنه يصعب تحديد كل منطقة من هذه المناطق الثلاثة، وعليه فملكية العلو يكون بموجبها للمالك أن يمنع غيره في مزاحمته لهذا الإستعمال. فإذا مالت فروع أشجار الجار واحتلت قدراً من الفضاء الذي يستعمله يعتبر إعتداءً على حقه⁽²⁾، وما يقال عن الزرع يقال عن البناء إذ يمكن للمالك أن يطلب إزالة الجزء من الحائط الذي يميل نحو ملكه.

و إن ملكية العلو في الفقه الإسلامي تكون إلى الحد الذي يحقق حاجات المالك دون أن يضر التعالي بغيره. والمعنى الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 675 من القانون المدني قريب مما ورد في الفقه الإسلامي فالسلطة يحق لها أن تجعل أي قيد على إستعمال العلو وهذا أمر طبيعي، فهي التي تسمح بالإستعمال ولها أن توضح حدود الإستعمال ولا يعتبر ذلك نزاعاً للملكية⁽³⁾ فلا يستطيع المالك أن يمنع الطائرات من أن تحلق فوق أرضه ولا يمنع مرور الأسلاك الكهربائية وخطوط الهاتف من أن تمر فوق أرضه لأنه لا يوجد أدنى إعتداء على مالك الأرض لأنه يملكها وله الحق في إستعمال ما فوقها بالقدر المحدد قانوناً، وتظهر أهمية تقييد حق العلو والسفل في أن تقدم العلوم والصناعات أظهر بوضوح أهمية إستخدام الفضاء وباطن الأرض في سبيل تحقيق الخدمات العامة كمد الأسلاك الكهربائية وحفر مجاري المياه وتخليق الطائرات، وإذا كان المالك يملك العلو فيكون له حق التعالي في البناء وإنشاء التطبيقات بعضها فوق بعض بشرط مراعاة القيود القانونية، وعلى هذا فقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن نطاق حق الملكية من حيث ملكية الأرض علواً وعمقاً - بأن معارضة المالك فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تكون له مصلحة في منعه - تعسف في إستعمال حقه لأن ملكية الأرض، شمولها الأرض علواً وعمقاً، حد ذلك عدم جواز معارضة المالك فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تكون له مصلحة في منعه وإلا كان متعسفاً في إستعمال حقه⁽⁴⁾،

(1) : أنظر الدكتور: زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 57.

(2) : أنظر المستشار: أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثالث، 1993، ص 07.

(3) : أنظر الدكتور: أحمد سلاف، الملكية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية بالقاهرة، 1968، ص 168.

(4) : أنظر الدكتور: عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص 306، الطعن (رقم 3487 لسنة 65ق، جلسة 15-05-1996).

وأضافت محكمة النقض في أسباب هذا الطعن بأن النص في الفقرة الثانية من المادة 803 من القانون المدني على «وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً»، بما مفاده أن ملكية الأرض وإن كانت تشمل الأرض علواً وعمقاً، إلا أنه يوجد حداً للملكيتها فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه وإلا كان المنع تعسفياً في استعمال حق الملكية.

المطلب الثاني:

ملكية سطح وعمق العقار.

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن ملكية العمق تمتد إلى ما لا نهاية، وهجر هذا الرأي لأنه يعاكس الواقع الصحيح الذي يعتبر إمتداد الملكية إلى الحد الذي يمكن الإنتفاع بالعمق إنتفاعاً فعلياً⁽¹⁾ كأن يستخرج الأحجار والرمال من جوف أرضه، أو يحفر الآبار فيها ويمد الأنابيب وفي هذه الحالة له أن يمنع الغير من إستخدام هذا العمق كأن يطالب مثلاً بقطع جذور أشجار جاره الممتدة في بطن أرضه، وتطبيقاً لذلك قضت المادة 1/976 من القانون المدني السوري «بأن من حق الجار إذا وجد أغصان شجر جاره ممتدة فوق أرضه أن يقطع هذه الأغصان» وياعطاء المالك هذا الحق معناه الترخيص له بعمل من أعمال التعدي⁽²⁾. وهذا يخالف المبدأ الذي يقرر بأن صاحب الحق لا يقتضي حقه بنفسه ويده مباشرة بل عن طريق السلطة العمومية، وفي هذا يفرق القانون الفرنسي بين حالة إمتداد الأغصان إلى أرض الجار، وحالة إمتداد الجذور، فيجعل الحق للمالك في الحالة الثانية في قطع الجذور بنفسه، بينما النص السوري يجعل للمالك الحق في قطع الأغصان، بينما الجذور يحق له المطالبة بقطعها⁽³⁾.

ويراعى أن ملكية سطح العقار يجوز أن تكون منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها بمقتضى القانون، أو الإتفاق و لا يعتبر هذا الإتفاق مخالفاً للنظام العام. وما حق المظل وحق المرور إلا أمثلة مختلفة من ملكية ما فوق السطح، إلا أن ملكية العلو أو السفل لا تقيم قرينة على ملكية السطح ومن إدعى ملكية السطح عليه إثبات ذلك⁽⁴⁾.

فملكية العمق تسمح للمالك بأن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيمه فوق الأرض، وله أن يغرس أشجاراً ومزروعات تمتد جذورها إلى الأعماق التي تتطلبها، ومن حقه أن يقوم

(1) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصّاعة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 34.

(2) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 39.

(3) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 187، هامش رقم 01.

(4) : أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 07-02-1994، المجلة القضائية، العدد 2، 1994، ص 158.

بحفريات، وله أن يمنع إعتداء الغير على باطن أرضه فيستطيع المالك تملك العمق لأن الحاجة والإستفادة الفعلية بباطن الأرض هي المعيار في مد حق ملكية سطح الأرض إلى الباطن.

وفي هذا يقول صاحب الفروق من فقهاء المالكية وهو يعرض للفروق بين الأهوية (الفضاءات) وما تحت الأبنية في حكم التبعية للأرض: «إن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، وأما ما تحت الأبنية - قال ظاهر المذهب - أي المالك، إنه مخالف لحكم الأبنية»⁽¹⁾.

ثم قالوا: «وإختلفوا فيمن ملك أرضاً هل يملك ما فيها وما تحتها أم لا؟»

وسر الفرق أن الناس شأنهم عدم توفر دواعيهم في بطن الأرض والشرع له قاعدة، وهو إنما يملك لأجل الحاجة، وما لا حاجة فيه لا يشرع فيه الملك، فلذلك لم يملك ما تحت الأبنية، وهناك من يرى بأنه لا فرق بين الأهوية وما تحت الأبنية.

وإن الحاجات و الدواعي في باطن الأرض قد أصبحت اليوم بعد التطور الهائل في مجال العلم متوافرة جداً وأبعد بكثير من حفر بئر، بل وأبعد مما نعرفه وإذا كان المالك يستعمل عمق الأرض فينبغي أن يكون هذا الإستعمال محددًا وواضحًا، ومن ثم لا يكون له أن يعارض ما تقوم به الدولة من أعمال تحت سطح أرضه على مسافة من العمق لا يتضرر من هذه الأعمال كأن تضع أنابيب المياه في باطن أرضه⁽²⁾، وإلا كان متعسفًا في إستعمال حقه.

وقد نص المشرع المصري على أن الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته. أما قانون الملكية العقارية اللبناني في مادته 237 فلا يجعل الكنز كله ملكاً لصاحب الأرض بل له ثلاثة أحماس، وملكشفه خمس، وللخزينة العامة خمس. أما الفقهاء المسلمين فإنهم اختلفوا في حكم المعادن التي توجد في باطن الأرض بطبيعتها أو تعتبر جزءً منها، فقد ذهب الشافعية والحنابلة والأحناف إلى أن هذه المعادن سواء كانت صلبة أو سائلة إذا وجدت في أرض أعتبرت من أجزاء الشيء وهي ملك لصاحبها، أما المالكية فقد ذهبوا إلى القول بأن هذه المعادن تعتبر ملكاً للمسلمين أي ملكاً للدولة حسب الإصطلاح الحديث وعلى هذا سارت القوانين الحديثة⁽³⁾.

إلا أن ملكية العمق أكبر قيد يرد عليها هو قانون الحفريات وحماية الآثار التاريخية الذي يجعل ما يتم العثور عليه في باطن الأرض من آثار ملكاً للدولة لا للمالك، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري

(1) : أنظر الدكتور: محمود المظفر، الثروة المعدنية وحقوق الدولة و الفرد فيها، دراسة فقهية مقارنة بالقوانين والتنظيمات الوضعية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1990، ص 80، 81.

(2) أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 354.

(3) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 59، الأستاذ (ميل تيان، القانون المدني اللبناني، النظام العقاري في لبنان، معهد الدراسات العربية العالية، مطبعة نهضة مصر، 1955، ص 40.

في الأمر المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن⁽¹⁾ في المادة 16 منه على أنه «إذا تم العثور على آثار أو أشياء تكون لها علاقة بالفن ... فيجب على من عثر على هذه البقايا القديمة أو الأشياء وعلى صاحب العقار الذي تم فيه العثور أن يصرحاً بذلك حالاً إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يخبر بهذا العثور مدير الدائرة الأثرية وعامل العمالة الذين يعلمان الوزير المكلف بالفنون ...». ويرجع سبب إخراج هذه المواد نظراً لقيمتها التاريخية.

وإستثنى المشرع أيضاً مواد المناجم والمحاجر من نطاق الملكية الخاصة نظراً لضرورتها الخاصة للإقتصاد الوطني وهذا بموجب القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 يناير 1984 المتعلق بالأنشطة المنجمية، كما إستثنى المشرع الجزائري من ملكية الأفراد الأراضي التي تفجرت فيها مياه الحمامات ولم يقبل هؤلاء إيجارها للدولة ولا التنازل عنها، وجعلها المشرع من ملكية الدولة. وهذا وفقاً للمادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 29 يناير 1994 والمتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها و إستعمالها وإستغلالها، ويلاحظ بأن مالك السطح يظل يملك العمق بما فيه فله أن يستعمله في أغراض أخرى غير إستخراج المعادن أو الحمامات، ويوجب القانون على المرخص له بالبحث في أرض الغير أن يمتنع عن أي عمل من شأنه الإضرار بسطح الأرض أو حرمان المالك من الإنتفاع بملكه وإذا ما تضرر صاحب السطح إلترم مسبب الضرر بالتعويض⁽²⁾، وهذه القيود التي فرضها المشرع على الملكية العقارية الخاصة تحقق المصلحة العامة.

أمّا ما زاد عن الحد المفيد في التمتع بالأرض علواً وعمقاً يصبح من الأشياء المشتركة التي لا تعتبر ملكاً لأحد، إلا أن مسألة تحديد الحد المفيد في التمتع متروكة لتقدير القاضي إذ هو المؤهل لأن يحدّد مدى العلو والعمق الذي يدخل في نطاق الملكية⁽³⁾ أو ما لا يعتبر من نطاق الملكية، وفي سبيل ذلك يستعين القاضي بالظروف المحيطة والغرض الذي أعدت له الأرض وطبيعة الأشياء وعرف الجهة، وفي هذا نجد أن نص المادة 812 من القانون المدني الكويتي يجعل المعيار بالنسبة لما تمتد إليه الملكية هو المؤلف وعلى القاضي أن يراعي ذلك عند تحديده لنطاق ما تشمله الملكية علواً أو عمقاً كما يضيف النص

(1) : أنظر الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن و الآثار التاريخية والطبيعية، الجريدة الرسمية رقم 07.

(2) : أنظر المستشار: أنور طلبية، المرجع السابق، ص 09، (نقض 20-12-1973، طعن 222 س، 38 ق).

(3) : أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص 93.

معياراً آخر لا بد وأن يؤخذ بعين الاعتبار وهو حالة وجود نص قانوني أو تصرف يخالف المألوف الذي يتخذ معياراً لتحديد نطاق الملكية، إذ يمكن أن يقيد نطاق الملكية بموجب إتفاق بين الجيران مثلاً قيود الارتفاعات، ورغم شمول الملكية علواً وعمقاً فهل يلحق الكنز وما يقام من مبان أو غراس بمالك الأرض؟

فيما يخص ملكية الكنز فإن مشرعنا لم ينص على ذلك بخلاف المشرع المصري الذي نصّ عليه في المادة 1/872 من القانون المدني بقوله « أن الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ».

أما بالنسبة لمن تعود ملكية ما يقام من أبنية أو غراس فقد نص المشرع الجزائري في المادة 782 من القانون المدني الجزائري على أن « كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له ».

من هذه المادة يكون مشرعنا قد أعطى للمالك ملكية كل ما تشمله الأرض من بناء أو غراس ويفترض أنها من عمل المالك نفسه إلا إذا أثبت شخص أنه أقامها على نفقته، أو أن المالك تنازل عن هذه المنشآت لشخص أجنبي.

إلا أن أكبر قيد يرد على ملكية عمق العقار هو قانون الأنشطة المنجمية الجزائري الصادر في 1984 إذ اعتبر المشرع المواد المعدنية أو المتحجرة والمواد الأخرى من أموال الدولة نظراً لقيمتها الاقتصادية.

المبحث الثاني:

ملكية ما يثري عن الشيء المملوك.

إن ملكية الشيء تشمل أيضاً ثماره ومنتجاته وملحقاته، فالمالك يتملك الثمار بمجرد وجودها سواء كانت ثماراً طبيعية أو ثماراً صناعية، أو ثماراً مدنية، كما يمتلك منتجات الشيء، وتمتد ملكية الشيء إلى ملحقاته⁽¹⁾ التي أعدت بصفة دائمة لإستعماله حسب ما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة، وقصد المتعاقدين وندرس هذا في مطلبين نخصص الأول للملكية ثمار الشيء، والمطلب الثاني ندرس فيه ملكية منتجات وملحقات الشيء.

(1) : أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 92.

المطلب الأول: ملكية الثمار.

لقد نص المشرع الجزائري على ملكية ما يتفرع عن الشيء المملوك في المادة 676 من القانون المدني بقوله « للمالك الشيء حق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك ».

إذ الشيء المملوك قد ينتج أشياءً تتولد عنه وتتميز إذا انفصلت منه، أما لو بقيت متصلة به فتعتبر من أجزائه، وما ينتج عن الشيء يكون ثماراً (fruits)، وهو ما ينتجه الشيء من غلة متجددة دون المساس بجوهره أو الإنتقاص من مادته⁽¹⁾.

وتنقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع:

- الثمار الطبيعية (fruits naturels): وهي الثمار التي ينتجها الشيء بالطبيعة دون تدخل الإنسان فيها كالأعشاب التي تنبت في الأرض.

- الثمار الصناعية (fruits industriels): فهي الثمار التي ينتجها الشيء بمجهود الإنسان كمحصول الأراضي الزراعية.

الثمار المدنية (fruits civils): فهي الربيع الدوري المتجدد عن طريق إستغلال الشيء بأحد الأعمال القانونية كأجرة إيجار الأراضي والدور.

والأصل أن المالك يملك الثمار و المنتجات ولا أهمية للفرقة بين هذين النوعين فيما يخص حق الملكية، أما إذا كان لأحد حق إنتفاع أو أن الشيء كان في يد حائز حسن النية، فيكون للمنتفع الحق في الثمار دون المنتجات التي تظل ملكاً للمالك، وكذلك الأمر بالنسبة للحائز حسن النية إذا ما أُجبر على رد الشيء لمالكه يحتفظ بالثمار دون المنتجات⁽²⁾.

وتتميز الثمار بخاصيتين:

أ - إن الثمار متجدد في أوقات متعاقبة منتظمة دون إنقطاع.

ب- إن فصل الثمار لا يمس أصل الشيء ولا ينقص منه، إلا أن عدم المساس هذا تترد عليه بعض التحفظات، فمن ناحية يقصد به عدم المساس في الوقت القصير، أما المساس في الوقت الطويل فهو لا يتنافى مع فكرة الثمار فمثلاً المزروعات تعتبر ثماراً رغم أنها تستنفذ خصوبة الأرض على مر الزمن. وفي حالة ما إذا كان الشيء قد أعدّ ليتمكن صاحبه من الحصول على إيراد متجدد فتتاج الشيء تعتبر ثماراً⁽³⁾.

(1) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 41.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 29.

(3) : أنظر المستشار: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 35.

المطلب الثاني: ملكية منتجات وملحقات الشيء.

يتبين من نص المادة 676 من القانون المدني الجزائري السابقة أن الملكية لا تقتصر على الشيء ذاته بل تمتد إلى ما يلحق به وما يتفرع عنه فتمتد إلى المنتجات والملحقات.

والمقصود بالمنتجات (produits) : هي كل ما يخرج من الشيء من ثمرات غير متجددة كما هو الأمر في المناجم والحاجر وتميز المنتجات بما يلي:

أ- المنتجات (الحاصلات) تمس أصل الشيء وتنتقص منه فالمعادن التي تخرج من المناجم والأحجار التي تخرج من الحاجر تنفذ بعد وقت طويل أو قصير وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات⁽¹⁾.

ب- إن المنتجات دورية وغير متجددة بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة وتميز المنتجات بأنها دائماً حقاً للمالك بخلاف الثمار التي تكون ملكاً للمتفجع أو للحائز حسن النية، أما بالنسبة للمالك فله حق ثمار الشيء ومنتجاته ولا يحرم منها إلا بإرادته، أما إذا كان الغير نائباً اعتبر ما يقوم به بالنسبة للثمار من أعمال الإدارة بعكس ما يقوم به من أعمال بالنسبة للمنتجات إذ تعتبر من أعمال التصرف.

ولذا يرى بعض الكتاب⁽²⁾ أن المنتجات لا تعتبر مما يتفرع عن الأصل بل هي جزء من الشيء وليس من توابعه، وللمالك أيضاً الحق في ملحقات (accessoires) الشيء التي هي توابع لازمة لاستعمال الشيء⁽³⁾، فيعتبر مالك الشيء مالِكاً لهذه الملحقات حتى يثبت العكس إما بسند يثبت ملكيتها للغير وإما أنها اكتسبت بالتقادم⁽⁴⁾، إذ الملحقات هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الشيء وعرف الجهة كالعقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق فمن يملك الشيء يملك ملحقاته.

وحتى يمكن معرفة الشيء هل هو من الملحقات أم لا؟ يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو مقرر في إعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات، أو يرجع فيه إلى عرف الجهة فإذا كانت الأرض زراعية فيعد من ملحقاتها حقوق الارتفاق والمخازن وبيوت الفلاحين أما إذا كان الشيء مصنوعاً اعتبرت من ملحقاته المخازن و المنازل التي أقيمت لعمال المصنع.

ما نخلص إليه أن الملكية العقارية الخاصة تشمل ملكية السطح والعلو والعمق إلى الحد الذي يفيد التمتع بها. وتشمل ملكية ما ينتج عن الشيء و ما يتفرع عنه وما يلحق به سواء كان العقار أرضاً أو بناءً.

(1) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 176.

(2) : أنظر المستشار: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 35.

(3) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 149، الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 59.

(4) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 27.

المبحث الثالث:

وسائل حماية الملكية العقارية الخاصة.

إن حماية الملكية بوجه عام تقررت دستورياً إذا ما مُورست في ظل أحكام القانون وهذا ما تقضي به المادة 52 من الدستور الجزائري المعدل في 28 نوفمبر 1996 إذ تنص على أن « الملكية الخاصة مضمونة » والحماية التي قررها هذا الدستور لا تنحصر في العلاقة بين المالك وغيره من الأفراد بل تتسع لتشمل حماية الملكية من السلطة العامة، وهذا ما نجده أيضاً مقررأ في المادة 20 من الدستور التي تنص على أنه « لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل، ومنصف».

وقد همى المشرع الجزائري حق الملكية في المواد (677 ... 681 مكرر 3) من القانون المدني، وكذلك ما نص عليه في المادة 386 من قانون العقوبات⁽¹⁾. وإن هذا القانون يحمي حق الملكية بكل عناصرها من إستعمال، وإستغلال، وتصرف وبكل ما لها من خصائص وهذا ما يفيد نص المادة 417 من قانون العقوبات الذي يقضي بما يلي: «كل من ردم حفرة أو هدم سوراً مهما كانت المواد التي صنع بها أو قطع أو إقتلع سياجاً أخضر أو أخشاباً جافة منه أو ألغى أنصاب الحدود أو أية علامات أخرى غرست لفصل الحدود بين مختلف الأملاك أو تعورف عليها كفاصل بينها. يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار». فقانون العقوبات يحمي حق الملكية ويحمي المالك بكل ما يتمتع به من ملكه ولا شك أن تلك الحماية من أجل عدم الإعتداء والتعرض للملكية وحتى لا تكون الملكية مهددة وبالتالي عدم إستقرار الأوضاع الإجتماعية.

مما سبق ذكره يتضح بأن وسائل حماية الملكية العقارية الخاصة تتمثل في وسيلتين تتمثل الوسيلة الأولى في الدعوى التي تحمي الملكية، والوسيلة الثانية تتمثل في عدم جواز نزع الملكية جبراً من صاحبها إلا بشروط.

وتتناول هاتين الوسيلتين في مطلبين تنطرق في المطلب الأول إلى دعوى الإستحقاق، وفي المطلب الثاني تتناول حدود نزع الملكية جبراً عن صاحبها.

(1): التي تنص على أنه «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار كل من إنتزع عقاراً مملوكاً للغير وذلك جلسة أو بطريق التدليس وإذا كان إنتزاع الملكية قد وقع ليلاً بالتهديد أو بالعنف أو بطريق التساق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة أحد أو أكثر من الجناة فتكون عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 500 إلى 5000 دينار».

المطلب الأول:

دعوى الإستحقاق (Action en revendication).

إن دعوى الإستحقاق هي الدعوى التي يكون محلها المطالبة بملكية شيء سواء كان عقاراً أو منقولاً أصبح في يد الغير⁽¹⁾ لذلك تعد بحق وسيلة هامة في يد المالك الذي قد يتعرض له الغير قصد منعه أو تقييده من ممارسة سلطاته على الشيء الذي يملكه.

وتعد دعوى الإستحقاق من الدعاوى العينية فهي تستند إلى حق عيني أي أنها من الدعاوى التي يطالب فيها صاحب الملك بملكه بخلاف الدعاوى الشخصية التي تستند في قيامها إلى إلتزامات نشأت عن عقود، كالبيع والهبة والعارية، ففي هذه الدعاوى يطالب المدعي برد الشيء إليه ويطالب بإثبات العقد الذي أنشأ الإلتزام وهو لا يطالب بإثبات الملكية. كما أن دعوى الإستحقاق تختلف عن دعوى الحيازة لأن دعوى الإستحقاق تستند على حق الملكية، ودعوى الحيازة تستند على الحيازة فقط، لذلك يطالب الحائز برد الحيازة لا الملكية، فأساس دعاوى الملكية هو الحقوق العينية العقارية للملكية، للإنتفاع، للإرتفاق، للإستعمال، وموضوعها هو الإعتراف بالملكية وحماتها.

أما دعاوى الحيازة فأساسها هو حيازة عقار أو حق عيني عقاري إذ يتضمن موضوعها الإعتراف بالحيازة وحماتها وتنقسم دعاوى الحيازة إلى ثلاثة أنواع دعوى منع التعرض، دعوى وقف الأعمال الجديدة، دعوى إسترداد الحيازة، وهذه الدعاوى عينية عقارية وإن إستندت إلى الحيازة⁽²⁾.

وإن دعوى الإستحقاق ثنائية الأطراف كباقي الدعاوى فهناك المدعي الذي يطالب بملكية الشيء، والمدعى عليه وهو الحائز لهذا الشيء. فيطالب المدعي بملكية الشيء عندما يخرج من يده أو من حيازته، كما يصح أحياناً أن يكون المدعي هو الحائز للشيء ويرفع دعوى منع التعرض في الملكية على من يتعرض له فيها، أما إذا ما كان الحائز قد إستوفت حيازته الشروط القانونية فيكفي له أن يرفع دعوى منع التعرض في الحيازة لأن شروطها أيسر بكثير من دعوى الملكية التي تعتبر صعبة وشاقة، حيث يرفع المدعي دعوى الإستحقاق على الحائز ويتحمل المدعي عبء الإثبات.

فإذا ما حكم للمدعي بإستحقاقه للعقار أو الشيء المدعى به فيحكم على المدعى عليه الحائز برد العقار إلى المدعي، وإذا ما كان المدعى عليه قد إشتري هذا العقار بثمن فإنه لا يمكن الرجوع على المدعي بهذا الثمن لأنه لم يكن طرفاً في عقد البيع، ويرجع المالك على الحائز شيء النية بقيمة الثمار وله أن يطلب إزالة الأشياء التي أقامها على أرضه على نفقته وتعويضه عن الأضرار الناجمة عن ذلك وهذا حسب المادة 784 من القانون المدني الجزائري.

(1) : أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 591.

(2) : أنظر : دغوش عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 37.

وإن دعوى الإستحقاق لا تسقط بالتقادم وهذا يعود إلى أن حق الملكية لا يزول بعدم الإستعمال أما إذا ما إكتسب الحائز ملكية الشيء بالتقادم فتزول الملكية عن المالك الأصلي ولا يستطيع رفع دعوى الإستحقاق على الحائز الذي ملك الشيء بالتقادم⁽¹⁾.

وإن إثبات الملكية في دعوى الإستحقاق يرد على السبب المكسب للحق لا على حق الملكية فمحل إثبات الملكية هو السبب المكسب لحق الملكية كالعقد أو الوصية مثلاً، ويقع عبء إثبات الملكية على المدعي كما في القواعد العامة فعلى المدعي عليه إثبات ما يدعيه.

وإن إثبات الملكية العقارية لا يتم إلا بموجب سندات رسمية إذ أن الشكلية أو الرسمية أصبحت ركناً في العقد فإن نقل الملكية العقارية يجب أن يتم في شكل عقد رسمي وهذا ما تقضي به المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، ويجب تسجيل هذا العقد وشهره حتى يرتب أثره إتجاه الغير⁽²⁾.

فإذا ما كان العقد رسمياً ومسجلاً ومشهوراً فيعتبر وسيلة إثبات يقينية من المدعي. ويعتبر التقادم المكسب وسيلة إثبات يقينة فكل من أثبت أنه حاز عقاراً أو حقاً عينياً دون أن يكون مالكا له وإستمرت حيازته خمس عشرة سنة متتالية فإنه يكتسب العقار أو الحق العيني بالتقادم وهذا ما نصت عليه المادة 827 من القانون المدني الجزائري، ويتم أيضاً التملك بالتقادم القصير حسب ما هو منصوص عليه في المادة 828 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة لإثبات الملكية بطرق ظنية فالأمر متروك لسلطة القاضي فمن كان له سند تمليك وسواء أصدر هذا السند المالك أو غير المالك وهذا السند يكون كاشفاً لا منشئاً للملكية فيستطيع صاحب هذا السند أن يتمسك بعقد صلح أو قسمة أو حكم قضائي⁽³⁾، ويمكن لمن كلف بعقار أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية على أنه هو المالك حتى يثبت عكس ذلك، وكذلك يعتبر من يدفع ضرائب الأراضي الزراعية هو المالك وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

والأمر هكذا فإن المشرع الجزائري وبعد صدور قانون الثورة الزراعية جعل إثبات الأراضي الزراعية محل قيود كثيرة وخاصة عملية نقل الملكية بين الأحياء فأخضعها إلى شروط هي:

* تحرير العقود المتضمنة إنشاء أو نقل أو إثبات أو تعديل ملكية عقارية زراعية من طرف موظفين عموميين أو قضائيين.

* إن نقل الملكية بين الأحياء للأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة و الميرمة تحت أي شكل كان بين تاريخ 05 يوليو 1962 وتاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية والتي تستهدف إستبعاد هذه الأراضي من تدابير التأميم المحتملة تُعدّ باطلاً ومنعدمة المفعول وقد نصّت المادة الثالثة من المرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 05 جانفي 1973 على أنه « تعتبر على الخصوص مستندات صحيحة لإقامة الحجة

(1) : أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 600.

(2) : أنظر القاضي: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 95.

(3) : أنظر : دغوش عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 40.

في شأن الملكية العقارية الزراعية أو الحقوق العينية))، وهذه السندات الصحيحة تمثل في:
- وثائق رسمية: وهي الوثائق المحررة طبقاً للشروط القانونية والمسلمة من إدارة التشريع العقاري
والعقود المحررة من قبل موثق عمومي، والأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به.

- وثائق غير رسمية: وهي العقود غير الرسمية والمسجلة في دفتر الشهر العقاري وحيازة سند
أرض غير محرر بالشكل الرسمي، وفي حالة عدم وجود وثائق يعترف للشخص بملكية الأرض إذا أثبت
أنه حاز الأرض مدة سبع عشرة سنة على الأقل قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية.
وبناءً على ما سبق فإن مرسوم 32/73 يفرق بين نوعين من الأراضي:

أولاً: حق الملكية المثبت في وثيقة: فإن التحقق من حق الملكية الخاصة يتم بناءً على وثيقة محصل
عليها طبقاً للمستندات، وهي جميع المستندات الصحيحة التي تتضمن إنشاء، أو نقل، أو إثبات،
أو تعديل ملكية عقارية، وتعتبر سندات صحيحة على الخصوص ما يلي:
* المستندات المسلمة من طرف إدارة أملاك الدولة.

* العقود الرسمية: وهذا ما نصت عليه المادة 324 من القانون المدني الجزائري و المادة 29 من
القانون رقم 25/90، وتنقسم السندات الرسمية إلى عقود موثقة وعقود إدارية، وعقود محررة من قبل
الموظفين القضائيين وأحكام قضائية حائزة لحجية الشيء المقضي فيه.
ثانياً: حق الملكية غير المثبت في وثيقة: فعند غياب السند القانوني في الأراضي غير المسووحة
فالحائز تمنح له شهادة الحيازة⁽¹⁾.

هذا فيما يتعلق بالوسيلة الأولى وهي دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك من أجل طلب تثبيت
ملكيته وعليه يقع عبء الإثبات، وإن المشرع الجزائري قد أعطى حماية للمالك من إعتداءات قد تقوم
بها الإدارة فيما يتعلق بملكية الأفراد وجعل جملة من الضوابط القانونية لكي تقوم الإدارة بنزع الملكية
للمنفعة العمومية، أي أن المشرع رسم حدود عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية والتي تحكمها قواعد
القانون الإداري.

(1): أنظر : المواد 30، 39، 40، 41، 42، 43، 44 من قانون التوجيه العقاري.

المطلب الثاني: حدود نزع الملكية جبراً عن صاحبها.

إذا كان إعتداء الأفراد على الملكية الخاصة يمكن دفعه بواسطة دعوى الإستحقاق، فإن إعتداء الإدارة يمكن أن يكون في شكل أعمال مادية أو في شكل تصرفات قانونية وإن كانت القاعدة العامة تقضي بأنه ليس للإدارة أن تمس بحق الملكية فإن الإستثناء يقرر إمكانية نزع الإدارة للملكية لأجل المنفعة العمومية أو مصادرتها أو الإستيلاء عليها أو تأميمها وفق ما يقرره القانون وهذا ما تقضي به المادة 677 من القانون المدني الجزائري. ونشير في هذا الصدد إلى أن عملية التأميم قد ألغيت بإلغاء قانون الثورة الزراعية.

فالإدارة يجوز لها أن تستولي إستيلاءً مؤقتاً على العقارات المملوكة للأفراد وذلك خلال الحالات المستعجلة⁽¹⁾ وبعد إتباع إجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل، وينفذ الإستيلاء مباشرة أو من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي بعدما يكون قد وقع الأمر به من طرف الوالي أو من كل سلطة مؤهلة قانوناً من أجل تحديد الغرض من هذا الإستيلاء.

وإن عملية نزع الملكية جبراً عن أصحابها تتضمن شروطاً قانونية وهي أن يكون هناك نص يميز نزع الملكية فلا يكفي وجود قرار إداري، ويجب إتباع إجراءات قانونية، مع دفع تعويض عادل للمالك.

وإن الملكية العقارية الخاصة تتقيد كلياً بانتقال الملكية الخاصة إلى الدولة أو إلى أحد فروعها وهذا يحقق مصلحة عامة. وعلى هذا أعطى القانون ضمانات تكفل حماية الملكية الخاصة عند نزع ملكيتها فنص المشرع الجزائري على أن عملية نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية تعتبر طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك أو حقوق عقارية ولا يتم نزع هذه الملكية إلا وفقاً لإجراءات رسمها القانون ويكون هذا النزع مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف، وعلى هذا إذا أرادت الدولة أن تنزع ملكية فردية فعليها أن تتأكد من أن المستفيد من نزع الملكية قد قام بمحاولة ودية من أجل الحصول على العقار المراد نزع ملكيته من صاحبه الأصلي، فلا تلجأ الإدارة إلى عملية نزع الملكية إلا إذا باءت كل المحاولات الودية بالفشل.

وبخصوص عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية ينبغي أن نميز بين حالتين لنزع الملكية والضمانات الممنوحة للملاك الخواص.

1- فيخصوص الضمانات المكفولة للملاك الخواص في حالة السير العادي لنزع الملكية فيقع على الإدارة إلزام وهو سلوك الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، وهذه الإجراءات ذات طابع إداري إذ أن الإدارة هي المخولة بعملية نزع الملكية بدءاً من المرحلة الأولى حتى مرحلة إنتقال هذه الملكية إلى

(1) : كحصول غرف أو قطع جسر أو تفشي وباء.

المستفيد من العلمية وتمثل هذه الإجراءات في خمسة مراحل من مرحلة التصريح بالمنفعة العامة إلى مرحلة تحديد قائمة الأملاك المعنية بالعملية ثم مرحلة تقييم العقارات والحقوق من طرف إدارة أملاك الدولة ثم مرحلة قرار قابلية التنازل ويتم هذا وفق إحدى الصور التالية:

عن طريق التراضي (القبول)، عدم القبول، ويتعين على المعنيين نزع ملكيتهم إعلان اعتراضهم على هذا خلال خمسة عشر يوماً، ثم المرحلة الأخيرة وهي مرحلة القرار النهائي بنقل الملكية ولا يتم إتخاذ هذا القرار إلا بتوافر جملة من الشروط:

إن المعني بنزع الملكية يقبل التعويض المقترح عليه ويعلن رغبته في إتمام إجراءات نزع الملكية، وإذا لم يتم المعني بالطعن القضائي ضد قرار قابلية التنازل فيعد ذلك قبولاً ضمناً لتقييم أملاكه.

وفي حالة صدور قرار قضائي نهائي لصالح نزع الملكية فهذا القرار القضائي لا ينقل الملكية لأن عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري هي عملية إدارية كل ما في الأمر أن القرار القضائي يعتبر دليلاً على أن ثمن التعويض قد أودع بمخزينة الولاية تحت تصرف المنزوع ملكيته، وإن قرار نزع الملكية يبلغ شخصياً للمنزوع ملكيته وتتكفل الإدارة بإجراءات شهره قبل إتمام الحيازة من المستفيد⁽¹⁾.

وقد كفل المشرع للمعنيين بنزع ملكيتهم اللجوء إلى القضاء للطعن في مشروعية قرارات الإدارة وكذا إعادة تقييم التعويض لهم وفقاً لقواعد المنازعات الإدارية، إلا أن المدة القانونية لرفع الدعاوى قصيرة (شهر من تاريخ التبليغ)، ولا بد وأن يكون التعويض مسبقاً وعادلاً وأساس هذا التعويض هو المسؤولية الإدارية بدون خطأ القائمة على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.

2- أما فيما يخص الضمانات الممنوحة في حالة السير غير العادي لنزع الملكية وفي هذه الحالة يجب الإشارة إلى التفرقة بين ما إذا كان الحادث الطارئ على نزع الملكية يعود للمالك المعني بالعملية، أو يرجع إلى مسؤولية الإدارة.

فإذا تم نزع جزء من ملكية المعني تلبية للمشروع وبقي له جزء لا حاجة إليه في المشروع فيجوز في هذه الحالة للمالك أن يطلب نزع كل ملكيته ويقدم بذلك طلباً إلى الجهة الإدارية، وإذا ما رُفض طلبه هذا يقوم برفع دعوى قضائية لتأكيد طلبه والذي يتم عن طريق تحييد الضرر الذي أصاب المالك من جراء النزع الجزئي للملكية، ولكن المشرع لم يضع معياراً يحدد الضرر الذي يجوز على أساسه طلب النزع الكلي للملكية.

أما إذا ما حدث الحادث الطارئ بفعل الإدارة فنميز بين حالات :

- حق الإسترجاع⁽²⁾: فإذا حدثت الإدارة عن نزع الملكية فيكون قرارها غير مشروع ويحق

لأصحاب الحقوق العقارية المنزوع ملكيتهم أن يطالبوا بإسترجاعها. فإذا لم تحترم الإدارة المواعيد المحددة في قرار التصريح بالمنفعة العامة تبقى الملكية في أيدي ملاكها الذين يطالبون ببطلان كل

(1) : أنظر : شامة سماعين، المرجع السابق، ص 167.

(2) : أنظر : شامة سماعين، نفس المرجع، ص 169.

الإجراءات، وكذلك إذا ما نزع الإدارة الملكية غير أنها لم تقم بإنجاز المشاريع المتضمنة عملية نزع الملكية أو أنها لم تبدأ أصلاً في إنجاز المشروع أو قامت باستبدال مشروع بمشروع، وفي حالة عدم إحترام الإدارة لمدة إنجاز المشروع وهذا ما كان منصوص عليه في الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 مايو 1976 المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وهو الآن ملغى.

- حق الإدارة في التنازل عن إتمام عملية نزع الملكية: للإدارة كامل الحرية في التخلي عن إتمام عملية نزع الملكية لكن يتوجب عليها صراحة أن تعلن ذلك إلى المعنيين وتقوم بإلغاء كل الإجراءات التي قامت بها مسبقاً. وإن تخلي الإدارة عن إتمام الإجراءات يقضي بتعويض المعنيين عن الأضرار التي لحقت بهم. ففي حالة تخلي الإدارة عن عملية نزع الملكية بسبب الظروف الطارئة يحتفظ المالك بملكية عقاره الذي كان محل نزع الملكية إلا أنه ولسبب أجنبي خارج عن إرادة الإدارة أو المستفيد من عملية نزع الملكية ففي هذه الحالة كل الإجراءات تلغى التي تمت في مواجهة المالك.

وفي الأخير نشير إلى أن لحق الملكية الخاصة حصانة تدرأ عنه الإعتداء الصادر عن الأفراد أو الإدارة، ففي الحالة الأولى أعطى المشرع للمالك دعوى الإستحقاق، وفي الحالة الثانية قيد المشرع طرق نزع الملكية جبراً عن أصحابها بشروط خاصة تحقق ضمانات للمالك.

الباب الثاني

**أنواع القيود الخاصة التي ترد
على الملكية العقارية الخاصة**

وما يؤيد هذا القول هو إتجاه المشرع في إقراره للقيود التي تلحق حق الملكية الذي يجب أن يستعمل في حدود الغرض الاجتماعي والاقتصادي وقد نصّت المادة 690 من القانون المدني الجزائري بأنه « يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة، وعليه أيضاً مراعاة أحكام القانون».

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلكاً واضحاً تجاه نظرية التعسف في استعمال الحقوق وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية وخصص لها المادة 41 التي جاءت صياغتها عامة تنطبق على جميع نواحي القانون، وإلى جانب هذا النص أورد نصوصاً أخرى بصدد بعض التطبيقات الخاصة بهذه النظرية نذكر منها⁽¹⁾.

نص المادة 343 مدني جزائري « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك »
وتنص المادة 708 مدني جزائري « على أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إذا كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط ».

وتنص المادة 534 مدني جزائري على أن « يجب على القاضي أن يرفض للمالك استعمال حق الإستعادة إذا أثبت المكثري أو شاغل المحل أن المالك يطلب حق الإستعادة لا من أجل تلبية رغبة مشروعة ولكن بنية الإضرار بهما أو بقصد التهرب والتملص من أحكام القانون ».

وتنص المادة 43 من الأمر رقم 75 / 131 المؤرخ في 29 أفريل 1975 على أنه « يقع باطلاً التسريح التعسفي للعامل بدون مراعاة ميعاد الإخطار »⁽²⁾ ويكون الجزاء على هذا أن يأمر القاضي بإعادة العامل إلى عمله والتعويض له عما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً.

وقد أشار المشرع أيضاً إلى مبدأ التعسف في حق التقاضي وطبقه على المعارض وعلى منتمس إعادة النظر في الحكم وعلى الطاعن بالنقض أمام المحكمة العليا⁽³⁾.

وهناك تطبيقات عرضت على القضاء الجزائري وأهمها : التعسف في استعمال حق الملكية، والملاحظ أن الفقه والقضاء الجزائري قد أخذوا بنظرية التعسف في استعمال الحق وتوسعوا في تطبيقها متبعين نهج الفقه الإسلامي⁽⁴⁾.

(1) : أنظر الدكتور: محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 61، 62.

(2) : أنظر : الجريدة الرسمية الصادرة في 16 ماي 1976، ص 431.

(3) : أنظر المواد : (193، 200، 271) من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 أوت 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 47.

(4) : أنظر الدكتور: علي سنيان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، بدون سنة نشر، ص 222، 225، الدكتور: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، الجزائر، 1983، ص 160، الدكتور: مهتاب نجا، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، 1990، ص 292 وما بعدها، حيث حدّد بعض الأوجه التطبيقية لنطاق نظرية التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثالث:

أساس نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية:

لقد نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في إستعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني، ويكاد الإجماع يعقد على هذه النظرية إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد أساس هذه النظرية وانقسموا إلى فريقين :

- الفريق الأول : يرى بأن أساس هذه النظرية هو الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية لأن من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير أو يهدف إلى تحقيق مصلحة ضئيلة مع الضرر الذي يلحق الغير، أو يرمي إلى مصلحة غير مشروعة فهو متعدي، ومن يسبب ضرراً للغير يلتزم بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني الجزائري، ويرون بأن معايير التعسف وردت على سبيل الحصر لا ينبغي التوسع فيها وأي توسع فيها يجعلها غامضة غير واضحة الحدود⁽¹⁾.

ويذهب بعض الكتاب إلى أن التعسف نوع من الخطأ تخضع له كافة الحقوق وهو قيد الإستعمال المشروع⁽²⁾.

- الفريق الثاني : يرى بأن هذه النظرية قائمة بذاتها يعترف بها القانون ويحميها إذ أن الملكية ليست حقاً مطلقاً بل نسبية، والتعسف قيد يرد على سلطة الإستعمال لما لحق الملكية من وظيفة إجتماعية فمن تعسف في حقه يخضع لرقابة القضاء الذي يمنع هذا التعسف. وقيد عدم التعسف في إستعمال حق الملكية مقرر للمصلحة الخاصة للغير فمن يستعمل حقه وينحرف في الإستعمال يسأل عما يصيب الغير من ضرر لأن نطاق هذه المسؤولية هو المشروعية بينما الخطأ في المسؤولية التقصيرية يخرج عن دائرة المشروعية، وإقامة التعسف على فكرة الخطأ يجعلنا نسوي بين صورة التعسف وصورة مجاوزة الحق وعلى هذا نقول بأن هذه النظرية قائمة بذاتها مثلما هي عليه في الفقه الإسلامي الذي يجعلها نظرية عامة وتنطبق على جميع نواحي القانون وعلى كافة الروابط القانونية(الشخصية والمالية)⁽³⁾.

وإنني أميل إلى رأي الفريق الثاني الذي يعتبر أن نظرية التعسف في إستعمال الحق لها كيان قائم بذاته وحجتي في هذا ما إستقر عليه فقهاء الإسلام، وما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 41 من

(1) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، 1961، ص 93.

(2) : أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 628.

(3) : أنظر الشيخ: عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد 1، السنة 5، 1963، ص 32، 33.

القانون المدني⁽¹⁾، إذ كفانا مشقة عن البحث في أساس هذه النظرية لأن مصدرها القانون. فالتعسف هو «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»⁽²⁾، وهذه المضادة إما أن تكون مقصودة وإما أن يتذرع بما هو ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله. أما ما يترتب عن التعسف في استعمال الحق فيتمثل في التعويض، فهل يمكن الحكم بالتعويض العيني على المتعسف؟

ذهب بعض الفقه إلى أن التعويض ينحصر في التعويض النقدي بخلاف حالة تجاوز حدود الحق التي يمكن الحكم فيها بالتعويض العيني⁽³⁾ (إعادة الحال إلى ما كان عليه).

المبحث الثاني:

قيد مضار الجوار غير المألوفة.

لقد نص المشرع الجزائري على مضار الجوار غير المألوفة كقيد على استعمال الملكية في المادة 691 / 2 من القانون المدني بقوله «... وليس للحار أن يرجع على حاره 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 الآخر والغرض الذي خصصت له»، وهذه المادة تقابل المادة 807 من القانون المدني المصري.

من نص هذه المادة يتضح بأن المشرع قد راعى علاقات الجوار لأن الإنسان وهو يمارس حقه ومهما احتاط قد يلحق ضرراً بالجيران⁽⁴⁾ وتقوم مسؤوليته عن الأضرار غير المألوفة، أما الأضرار المألوفة فيمكن التسامح فيها وإلا أدى ذلك إلى تعذر ممارسة صاحب الحق حقه، هذا ما أدى إلى أن تصبح إلتزامات الجوار في القانون الجزائري ثابتة مصدرها القانون كما سبقنا إليه المشرع المصري⁽⁵⁾. ورغم الوضع القانوني لهذا القيد فنجد أن الفقه المصري قد اختلف في شأن أساس فكرة مضار الجوار غير المألوفة فهناك من يذهب إلى اعتبار هذه الفكرة أنها صورة من صور الخطأ التقصيري، ويرى جانب آخر أنها تدخل في نطاق التعسف في استعمال الحق⁽⁶⁾.

(1) : وتقابل المادة الخامسة من القانون المدني المصري والليبي.

(2) : أنظر الدكتور: فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 313.

(3) : أنظر الدكتور: أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق، ص 134، 135، الدكتور: محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 68.

(4) : أنظر الدكتور : أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 186.

(5) : أنظر الدكتور : تزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 683.

(6) : أنظر الدكتور : فتحي الدريني، نفس المرجع، ص 562، الدكتور: عبد المنعم فرج الصادة، الملكية في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 93.

وإزالة للغموض يجب تمييز مضرار الجوار غير المألوفة عن الخطأ في استعمال الحق و التعسف في استعمال حق الملكية، فمثلاً في حالة ما إذا استعمل مالك ملكيته وأضر بجاره دون أن يرتكب خطأ فما يخالف القوانين واللوائح ولم ينحرف عن سلوك الشخص العادي، وإذا أثبت هذا المالك أنه لم يتعسف في استعمال حقه، رغم ذلك أنه وهو يستعمل حقه قد أصاب جاره بضرر رغم أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه، فهل يمكن مساءلته أم لا؟ في هذه الحالة وبوجود نص تشريعي سواء في القانون المدني المصري (المادة 807)، أو القانون المدني الجزائري (المادة 691) يمكن مساءلة هذا المالك عن الأضرار غير المألوفة.

ونشير إلى أن تقرير مسؤولية المالك عن مضرار الجوار غير المألوفة في فرنسا كانت من إجهاد القضاء الذي اقتضت منه التطورات الاقتصادية التي حدثت بعد صدور التقنين المدني الفرنسي عام 1804 أن يقرر ذلك⁽¹⁾.

فحالة مضرار الجوار غير المألوفة تختلف عن حالتها الخطأ في استعمال حق الملكية والتعسف في استعمال هذا الحق، ففي حالة الخطأ في استعمال حق الملكية يكون الخطأ ثابتاً أو مفترض في جانب المالك، أما في حالة التعسف في استعمال حق الملكية يكون بتحقيق المعايير الثلاثة السابقة⁽²⁾ ويعوض المالك عن الضرر مهما كان.

أما بالنسبة للحالة التي نحن بصدد دراستها أن المالك لا يرتكب خطأ ولا يتعسف في استعمال حقه، كل ما في الأمر أنه ألحق ضرراً بالجوار وعليه يقع جبر الضرر عن الضرر غير المألوف الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران، أما الأضرار التي يمكن التسامح فيها فلا تعويض عليها بالنسبة للجوار الذي لحقه الضرر بموجب استعمال المالك لحق ملكيته، وإن فكرة التزام الجوار عرفتها الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية فعمدت هذه الأخيرة إلى إقتباسها من الفقه الإسلامي.

المطلب الأول:

مضرار الجوار غير المألوفة في الشريعة الإسلامية.

نظمت الشريعة الإسلامية حقوق الجوار وحثت على إكرام الجار ليعيش الناس في ألفة ومحبة لشدة الارتباط الذي إقتضاه الإشتراك في مرافق دنيوية، وقد حث الشرع الحنيف على مراعاة الحقوق والواجبات بين الجيران، ودعا الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ذلك في أحاديث نبوية كثيرة منها قوله

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 693.

(2) : راجع المعايير السابقة في المبحث الأول من هذا الفصل.

صلى الله عليه وسلم « مازال جبريل يوصيني بالجوار حتى ظننت أنه سيورثه »⁽¹⁾ وقوله أيضاً : « لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه »⁽²⁾ أي غوائله وشره.
وإن الفقه الإسلامي يعرف نوعين من الجوار:

جوار رأسي: وهو المسمى بحق التعلي ويقصد به حق القرار الدائم أو الإستاذ لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى والإنتفاع بسقوفها مثل الملكية المشتركة ويكون بين بنائين أحدهما فوق الآخر⁽³⁾.

- جوار جانبي ويسمى الجوار المطلق أو الناشئ عن ملاصقة الحدود⁽⁴⁾.

وقد اختلف فقهاء المذاهب بشأن هذه الحقوق فهناك من يقيد المالك وهناك من لا يقيدته وتعرض إلى هذه الإختلافات مادام أننا نعالج فكرة مضار الجوار غير المألوفة كقيد على الملكية العقارية الخاصة.
روي عن الإمام أحمد في الشرح الكبير أنه قال « وليس للجوار أن يتصرف في ملكه بما يضر جاره، كأن يبني حماماً بين الدور أو أن يفتح مخبزاً بين العطارين، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره ليجتذب الماء منه ».

وجاء في كشف القناع « ويمنع من أن يجعل مساحة بجوار جاره مرمى للقاذورات، ومن كل ما يضر بجاره بإنشاء حمام وإحداث حدادة أو نصب رحي أو حفر ينقطع بها ماء جاره ».
نخلص إلى القول بأن كل جار مقيد في تصرفه وإنتفاعه بما لا يضر جاره وإلا كان ضامناً لما يترتب من ضرر، أما إلزام المالك بذلك في الجوار الجانبي محل خلاف بين الفقهاء فقال أبوحنيفة بمقتضى القياس و الشافعية و الظاهرية : للمالك أن يفعل في ملكه ما يشاء وهو مطلق التصرف في خالص ملكه ولو ألحق ضرراً بغيره، فله فتح ما شاء من النوافذ سواء كانت تطل على جاره أم لا وله إنشاء ما شاء من المصانع وأن يحفر آباراً ترتب بذلك لجاره ضرر أم لا.

أما المتأخرون من فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة ذهبوا إلى وجوب تقييد الجار في تصرفه وإنتفاعه بملكه بما لا يضر جاره ضرراً فاحشاً ونظراً لفساد أحوال الناس وأخلاقهم فقد تركوا ما أوجبه الله من رعاية الجار فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء وإلا عم الفساد⁽⁵⁾.

(1) : أنظر : سنن أبو داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1952، ص 631.

(2) : أنظر الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 173.

(3) : أنظر الدكتور : محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 365، الدكتور: وهبة الزحيلي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 608، 610.

(4) : أنظر الدكتور: بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة نشر، ص 345.

(5) : أنظر الدكتور : عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 59.

والواقع أن ما ذهب إليه أبو حنيفة والشافعي ومن جاراها في الجوار الجانبي لا يتقيد المالك بملكه لمصلحة جاره بحجة أنه ملك تام ولصاحبه الإختيار في الإنتفاع به رأي محل نظر، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر بأن مصدر الحقوق هي شريعة الله وهو الذي يحدد طرق إستعمالها ووجوب الإنتفاع بها على نحو يحقق الغايات التي من أجلها شرعت الحقوق وهي صلاح الفرد و المجتمع، وعلى هذا فإن الرأي القائل بعدم تقيد المالك في ملكه لمصلحة جاره يجافي أصول الشريعة ولا يحقق ما تؤديه الملكية من وظيفة إجتماعية إذ الملكية ليست حقاً مطلقاً يتسلط به المالك على الناس، بل هي مرسومة الحدود من طرف الشارع ومن خرج عن هذه الحدود وجب حمله عليها عن طريق القضاء، ومن أجل ذلك نرى بأن رأي المتأخرين من فقهاء الحنفية و المالكية والحنابلة هو الرأي الراجح لأنهم يذهبون إلى وجوب تقيد المالك في تصرفه وإنتفاعه بملكه بما لا يضر جاره ضرراً فاحشاً إلا أنهم اختلفوا في بيان الضرر وسبب إختلافهم يرجع إلى الأعراف والعادات⁽¹⁾، فقد جاء في المادة 1200 من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ « يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان - فمثلاً لو إتخذ في إتصال دار أو طاحون ومن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن البناء... فهذا ضرر فاحش ويدفع ويزال بأي وجه كان »، وجاء في المادة 1302 من المجلة « رؤية المحل الذي هو مقر النساء لصحن الدار والمطبخ والبئر بعد ضرراً فاحشاً، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على مقر لنساء في دار جاره الملاصق أو الذي يفصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على ذلك إما بناء حائط أو بوضع ما يمنع النظر ولكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية »، وقد نص الحنفية على أن لممنوع ما كان حادثاً بعد الجوار، أما ما كان قبل الجوار فلا يمنع منه⁽³⁾.

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يقررون مسؤولية المالك عن الأضرار غير المألوفة التي تلحق الجيران، فهم لا يضعون أساساً لهذه المسؤولية، أما المتأخرين من الأحناف والمالكية والحنابلة فهم يقيدون المالك في تصرفه وإنتفاعه بما لا يضر جاره ضرراً يبيّن اعتماداً على قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار ».

فإلتزام الجوار رغم أن مصدره المباشر هو الشريعة الإسلامية وبموجب الأصل هو تكليف على الملاك بسبب ملكيتهم لعين معينة، فهذا الإلتزام يرافق الملك وينتقل معه بغض النظر عن طريقة إنتقال هذا الحق العيني الوارد على العين سواء إنتقل بالميراث أو أكتسب بالتقادم، فالشخص المدين لا يتحدد بوصفه بل بوصفه صاحب حق عيني.

(1) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 61.

(2) : أنظر : سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، الطبعة الثانية، إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1986، ص 658.

(3) : أنظر الشيخ: علي الحقيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 126.

فالفقه الإسلامي يقر بمسؤولية الجوار بتوفر شرطين:

- أن يصاب الجار بضرر من جراء استعمال المالك لحقه.

- أن يكون المالك قد غلا في استعمال حقه.

ولكن معيار الغلو هو معيار مرن فلا يوجد حدّ أو رقم معين يجب أن يصله الضرر حتى يقال أنه غير مألوف، وعليه فقد يكون الضرر مألوفاً في حالة وغير مألوفاً في حالة أخرى. وذلك بحسب العرف والعادة، والنظر إلى العرف يؤدي إلى التفرقة في ظروف الزمان والمكان فمثلاً: في المناسبات والأفراح يتحمل الجيران من الأضرار التي لا يتحملونها في أوقات أخرى.

وصفوة القول بأن إلزام المالك بعدم التصرف في ملكه وإنتفاعه به بما لا يضر جاره يعتبر قيداً على الملكية وليس من قبيل حقوق الارتفاق⁽¹⁾ فهو إلزام عيني ينشأ بحكم الشرع الإسلامي ويخرج من نطاق الارتفاقات.

المطلب الثاني:

مضار الجوار غير المألوفة ومعاييرها في القانون الجزائري.

إن المالك وهو بصدده استعمال حقه قد يلحق أضراراً بجيرانه دون أن يرتكب خطأ ودون أن يتعسف في استعمال حق ملكيته ومع هذا يسأل عن الضرر الذي أصاب غيره⁽²⁾. وقد صاغ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات إلزامات الجوار في المادة 691 من القانون المدني الجزائري بقوله: «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 منها بالنسبة إلى الأخرى و الغرض الذي خصصت له»، وتقابل المادة 807 مدني مصري.

فهذه المادة تقيد المالك في استعمال حقه فلا يعقل أن تحرمه من استثمار ملكه طالما أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه، ولكن إذا أصيب الغير بأضرار لا يمكن تجنبها وليس من اللائق أن نحمل الجيران هذه الأضرار بل الحكمة تقتضي التمييز بين ما هو ضرر مألوف وما هو غير مألوف وتحميل المالك مسؤولية الضرر غير المألوف. وهو ما قرره القضاء الفرنسي رغم إنعدام نص تشريعي يقرر ذلك، ثم تبعه القضاء المصري بوجود السند القانوني لهذا في نص المادة 807 مدني، إذ قبل وجود التقنين المدني المصري الجديد لم يكن القانون القديم يعرف هذا النوع من المسؤولية رغم أن القضاء قد أخذ بها دون سند تشريعي.

(1) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 77.

(2) : أنظر: قرار المحكمة العليا بتاريخ 25-06-1997، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 190.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا النوع من المسؤولية وقضى بتحويل مصدر الضرر بعيداً عن الجار⁽¹⁾، وحتى تتقرر مسؤولية المالك لا بد من توافر شرطين⁽²⁾:

- ضرر حادث يصيب الجار.

- غلو المالك في استعمال حقه.

فحتى تتقرر مسؤولية المالك يجب أن يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه فحددت الفقرة الثانية من نص المادة 691 معنى الغلو وحددته بمعيار مرن وهو الضرر غير المألوف، أما الأضرار التي يجب التسامح فيها فلا ترتب المسؤولية، إذ أنّ مناط المسؤولية هو إصابة الجار بضرر فاحش وما يقابله في القانون الجزائري الضرر غير المألوف، وقد عرفت المادة 59 من كتاب مرشد الخيران «الضرر الفاحش هو ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية، أي المنافع المقصودة من البناء، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش سواء كان قديماً أو حديثاً». ومن أجل تقدير الضرر غير المألوف وضع المشرع الجزائري إعتبارات مختلفة تدخل في تقدير هذا الضرر وهي إعتبارات موضوعية وهي:

- العرف: فوفقاً لهذا المعيار نفرق بين ظروف الزمان و المكان، فمثلاً في المناسبات و الأفراح و المآتم جرى العرف على أن يتحمل الجيران ضرراً لا يتحملونه في أوقات أخرى، و يتحمل سكان الريف فيما بينهم ضرراً لا يتحمله أهل المدينة⁽³⁾.

- طبيعة العقارات: إن التفرقة بين الضرر المألوف و الضرر غير المألوف تتم وفقاً للحي الذي يوجد به العقار، فالضجة التي تحدث عن استعمال أرض فضاء لا تعتبر ضرراً غير مألوف إذا كانت الأراضي التي حولها أراضي فضاء بخلاف حالة وجود مباني سكنية، و ما يعد ضرراً غير مألوف في حي سكني لا يعتبر كذلك في حي صناعي⁽⁴⁾.

- موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر: فالعقار المخصص للسكني و الهدوء غير العقار الذي خصص ليكون مصنعاً، فما يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى الثاني لا يكون ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى الأول. و ينظر إلى تحديد الضرر غير المألوف بمعيار موضوعي وهو حالة الشخص العادي. فما يصيب هذا الشخص يسأل عنه الجار و لا أثر للظروف الشخصية للجار في تحديد الضرر غير المألوف كحالة مرضه أو حاجة مهنته إلى الهدوء⁽⁵⁾.

(1) : أنظر: قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1992، المجلة القضائية، العدد 1، 1995، ص 101، 102.

(2) : أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 118.

(3) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 119.

(4) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 55.

(5) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 62.

وهناك من يذهب إلى التفرقة بين الظروف الشخصية إلى ظروف شخصية عادية يؤخذ بها عند تحديد الضرر غير المؤلف، وظروف شخصية غير عادية لا يعتدّ بها عند تحديد الضرر غير المؤلف. فإذا ما إستعمل طبيب مسكنه كدار للإستشفاء يعدّ ظرفاً شخصياً عادياً يرتب مسؤولية الجار الذي يحدث ضجة تقلق المرضى، إذ يتنافى هذا الضرر مع الغرض المخصص له العقار⁽¹⁾، أمّا إذا أصيب أحد الجيران الآخرين بضرر من هذه الضجة وكان شخصاً مريضاً فلا يسأل الجار عنه لأن مرض الجار ظرف شخصي غير عادي لا يعتدّ به في تقدير مضار الجوار غير المؤلف، ولا تعتبر الظروف الشخصية المتعلقة بالجوار ظرفاً مشدداً إنّما عنصر في تقدير التعويض⁽²⁾.

إلا أن المشرع المصري قد نص على شرط رابع والتمثل في الترخيص الإداري⁽³⁾ فهل يعفي من المسؤولية عن الأضرار غير المؤلف أم لا ؟

إن الفقه المصري يرى بأن الترخيص الإداري لا يحول دون المسؤولية المدنية بل يعفيه من المسؤولية الجزائية، وهناك جانب من الفقه من يرى بأن القضاء المدني لا يلغي القرار الإداري وبالتالي لا تكون أية مسؤولية على المرخص له بهذا العمل.

إلا أن مشرعنا لم ينص على هذا المعيار وكذلك المشرع العراقي فمن كانت له رخصة إدارية وسبب ضرراً غير مألوف فيمكن مساءلته حتى يمكن أن تحقق الملكية وظيفتها الإجتماعية وحتى لا يتذرع من رخص له بذلك أن يعتدي على جيرانه.

وإذا كان المشرع قد نص على معايير تقدير الضرر وعلى مساءلة المالك عند إحداث أضرار غير مؤلوفة لجاره، تستوقفنا إشكالات مفادها: هل المساءلة تكون عن الغلو الصادر من المالك أم يدخل في هذا الشخص غير المالك؟ وهل يمكن إعتبار عدم الإستعمال غلواً يترتب عليه التعويض إذ أنّ الإستعمال كعدم الإستعمال حق للمالك؟

- بالنسبة للإشكالية الأولى ورغم أن النص لا يتكلم إلاّ عن المالك إلاّ أن إجماع الشراح⁽⁴⁾ يرون أنه يمتد ليشمل كل من يشغل العقار ويعلل الفقه المصري أن نص المادة 807 من القانون المدني - والمقابلة للمادة 691 من القانون المدني الجزائري - يفصح عن قيام إلتزام عيني « prepter rem » يحمل الملكية لا المالك وهو إلتزام ناشئ بمجرد واقعة التجاور بين عقارين يشغلهما شخصين لكل واحد موقع محدد ولا يشترط أن يكونا مالكين، فالضوضاء التي تحدث تسبب نفس المضار ويستوي في هذا كون الجار مالكاً أو مستأجراً.

(1) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح احكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 57.

(2) : أنظر الدكتور: منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، ص 62.

(3) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 84.

(4) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 18، هامش رقم 01.

- اما بالنسبة للإشكالية الثانية وبالرجوع إلى نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري فهي تنص على الغلو في الإستعمال ولا يمكن تصور الغلو بغير الإستعمال، إذ أن مضمون الإستعمال هو القيام بأي عمل على الشيء سواء تم بقصد الحصول على ما يمكن أن يؤدي من خدمات أو بغض النظر عن الحصول على أية خدمة.

ومهما يكن من خلاف حول عدم الإستعمال والأثر المترتب عليه من حيث سقوط الملكية أو عدمها، فالمسلم به إجماعاً أن عدم الإستعمال كالإستعمال لأن من يملك سلطة إستعمال الشيء له السلطة في عدم إستعماله وإن كان لا يجوز للمالك الإمتناع عن إستعمال ملكه خاصة إذا أضرّ بالمصلحة العامة، فسلطة الإستعمال وعدم الإستعمال مشروطة بعدم إذابة أي أحد، أمّا إذا لم يستعمل المالك ملكه وأصيب جاره بضرر فيسأل بناءً على حكم المادة 691 من القانون المدني الجزائري التي تحرم الغلو في إستعمال الملك إلى الحدّ الذي يضر بالجار ضرراً غير مألوف.

ولمّا كان عدم الإستعمال كالإستعمال فالحكم واحد رغم أن هناك من ينادي بإسقاط الملكية عن صاحبها في حالة عدم إستعمالها⁽¹⁾.

وهناك تطبيقات من القضاء الفرنسي فيما يخص عدم الإستعمال وهل يعدّ غلو؟

- فقد عرض عليه أمر مالك أهمل صيانة عقار مملوك له «une cour» ممّا نجم عنه تسرب رشح المياه منه إلى ملك جاره، فقضى بالزام هذا المالك بعمل الرصف اللازم لمنع رشح المياه عن ملك جاره «cave du propriétaire voisin» ، فرغم أن المالك لم يرتكب عملاً إيجابياً في ملكه وأهمله أدّى ذلك إلى تضرر جاره فالزمه القضاء بهذا المنع⁽²⁾.

ويعلق الفقه الفرنسي على ذلك الحكم بأن المالك في هذا الصدد يفقد حقه في التصرف بأن يترك ملكه يتلف «de laisser peri» فيجبر على إصلاح ملكه «l'entretien est obligatoire» في كل مرة يكون الإصلاح لازماً لمنع الضرر عن الجار، ولا يمنع من أن يتصرف المالك في ملكه تصرفاً مادياً فيستطيع إتلافه دون أن يأتي هذا الأمر غيره، ورغم هذا فالإتلاف الذي يلحق ضرراً بالجار لا يمارسه حتى المالك فمثلاً إذا رتب المالك على عقاره حق إنتفاع أو حق إرتفاق إلترزم في الحالة الأولى بعدم إتلاف الشيء وإذا فعل ذلك وجب عليه إعادة الشيء إلى أصله، أمّا في الحالة الثانية فيلترزم بالألّ يعمل شيئاً يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو جعله أكثر مشقة وهذا ما تقضي به المادة 875 من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة 1023 قانون مدني مصري.

وعليه فالتصرف المادي في الشيء المملوك مرجعه إلى ما ورد للغير من حق على هذا الشيء محل الحق العيني ولا يرجع إلى كون الشخص مالكا له. فإذا ما ورد هذا الحق على الشيء إمتنع على المالك

(1) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 22.

(2) : أنظر : عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 89.

التصرف المادي فيه، والمادة 691 قانون مدني جزائري تنص على إلتزام عيني يحمل الملكية لمصلحة الجار الذي له دين على العين فإذا غلا المالك في إستعمالها أو عدم إستعمالها إلى حدّ إتلافها لإمتنع عليه التصرفين وليس له حقّ خالص في ممارسة ملكيته حتى تؤدي وظيفتها الإجتماعية.

المطلب الثالث:

أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

نقول بادئ ذي بدء أن هذه المسؤولية عرفت لدى القضاء الفرنسي دون أي سند تشريعي تقوم عليه مما جعل الفقه الفرنسي يختلف في تحديد أساس هذه المسؤولية⁽¹⁾ وإلتزم الفقهاء في ذلك نطاق القواعد العامة كذلك إختلف الفقه المصري في التكييف القانوني لعدم الغلو في إستعمال حق الملكية في ظل القانون المدني القديم الذي جاء حالياً من النص على عدم الغلو، وقد حدث الإختلاف حتى في ظل التقنين المدني الجديد الذي نص على عدم الغلو في إستعمال حق الملكية⁽²⁾، وسنحاول إعطاء الأسس التي إعتد عليها الفقه الفرنسي والمصري لتحديد أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ثم نحاول إعطاء هذه الفكرة أساسها القانوني لدى المشرع الجزائري لأنه لا توجد آراء فقهية بهذا الشأن وخاصة هناك من يرى بأن الغلو في إستعمال الحق يلحق بالتعسف في إستعمال الحق⁽³⁾.

فقد وجدت عدة أسس قانونية وفي كل مرة يهجر أساس حتى إستقر الفقه المصري على أن أساس هذه الفكرة هو إلتزام قانوني يقرره نص صريح، ونعطي الآن بإختصار هذه الأسس:
أولاً: أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة هو نظرية المخاطر « Théorie de risque » ومفاد هذه النظرية هو أنه مادام المالك يستفيد من إستعماله لحق الملكية ويستأثر بها فعليه تحمّل ما يصيب الغير من ضرر دون أن يصدر منه خطأ ودون أن يتعسف في إستعمال حقه، وبالرغم من وجهة هذه النظرية إلا أنه لا يمكن الأخذ بها لأن المسؤولية القائمة على تحمّل التبعة في القانون الفرنسي لا تقوم إلا بالنص عليها و لا وجود للنص على ذلك في حالة غلو المالك في إستعمال حق ملكيته⁽⁴⁾.

ثانياً: أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة (عدم الغلو) هو الإلتزام القانوني للجوار⁽⁵⁾ « obligation de voisinage » فقوام هذه المسؤولية هو وجود إلتزام فرضه القانون على الجار بالآ يلحق بجاره أضراراً غير مألوفة، ويرى أصحاب هذه النظرية بأن مصدر هذا الإلتزام يستخلص من نصوص

(1) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 77، 78.

(2) : أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 94، 95.

(3) : أنظر الدكتور: فتحي الدين، المرجع السابق، ص 683.

(4) : أنظر الدكتور: محمد نزيه الصادق، المرجع السابق، ص 675.

(5) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 189، هامش رقم 01.

قانونية وردت في التقنين المدني الفرنسي، فنصت المادة 651 على هذا الإلتزام « يخضع القانون الملاك للإلتزامات مختلفة بعضهم نحو بعض دون أن يكون هناك إتفاق فيما بينهم ».

لكن الفقه الفرنسي إنتقد هذا التكييف وذهب إلى القول بأن القانون المدني الفرنسي لم يفرض أي إلتزام قانوني على الجار بالآ يحدث لجاره ضرراً غير مألوف⁽¹⁾ أمّا ما نصت عليه المادة السابقة من بعض الإلتزامات الخاصة بالجواري يسميها القانون إرتفاقات قانونية « servitudes legales » .

ثالثاً: أساس عدم الغلو هو فكرة الخطأ: يذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن المسؤولية تقوم على خطأ المالك في إستعمال حق ملكيته فكان من الواجب على المالك الإعتدال وعدم الإفراط حتى لا تحدث المضار غير المألوفة. وأخذ على هذا الرأي وإن كان يرقى هذا الإعتدال في إستعمال الملكية إلى مرتبة الإلتزام القانوني فلا ينطبق في كثير من الحالات على معيار الرجل المعتدل فمثلاً لا يوجد أي تطرف في فتح مصنع داخل المدينة وبذلك يجب الإعتراف بأن الخطأ في حالات الغلو في إستعمال حق الملكية هو خطأ غير محسوس « Impalpable » .

رابعاً: أساس عدم الغلو هو المساس بملكية الجار « Immissio » وحسب أنصار هذا الرأي من الفقه أنه يجب على المالك أن يراعي في إستعماله لحق ملكيته أن لا يتعدى على ملكية جاره و لا يلحق بجاره ضرراً غير مألوف مثل تجاوز الدخان حدود الملكية، فمثل هذا التجاوز إلى ملك الجيران خطأ في ذاته.

وأخذ على هذا الرأي أنه لماذا لا تترتب المسؤولية إلا إذا تجاوزت مضار الجوار حداً معيناً ومقتضى الخطأ أنه تترتب المسؤولية مهما كان التعدي.

خامساً: أساس عدم الغلو هو رفض المالك تعويض الضرر: يذهب أنصار هذه الفكرة إلى أن الخطأ الثابت هو أساس المسؤولية ولو أضر المالك بجاره ضرراً مألوفاً، أمّا مجرد المغالاة وإستعمال الملكية إستعمالاً إستثنائياً يلحق أضراراً غير مألوفة يلزم المالك بالتعويض، بمعنى أن الخطأ ليس في إستعمال حق الملكية إستعمالاً إستثنائياً بل يتمثل في رفض المالك التعويض لجاره⁽²⁾.

ما يؤخذ على هذه الفكرة أن فيها مصادرة عن المطلوب لأن رفض التعويض عن الضرر لا يعتبر خطأ. سادساً: أساس عدم الغلو هو الإثراء بلا سبب « inrem verso » ذهب أصحاب هذه الفكرة إلى أن إستعمال المالك لملكته إستعمالاً إستثنائياً يترتب عليه نقصان قيمة الملكية الأولى بسبب الأضرار غير المألوفة وينتج زيادة قيمة الملكية الثانية، فيسأل المالك الثاني الذي أترى على حساب المالك الأول⁽³⁾.

(1) : أنظر المستشار: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 68.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 118.

(3) : أنظر الدكتور: محمد نزيه الصادق، المرجع السابق، ص 679.

ما يعاب على هذه الفكرة التي ينادون بها أنه يجب أن تتوفر على جميع شروط دعوى الإثراء بلا سبب، وبتطبيق ذلك نجد أن الجار الذي أصيب بضرر قد إفتقر لا يؤدي ذلك حتماً إلى إثراء المالك. سابعاً: أساس عدم الغلو هو المسؤولية عن الأشياء⁽¹⁾: تقوم مسؤولية المالك طبقاً للمادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي على أساس أنه حارس وأساس هذه المسؤولية خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس. ما يعاب على هذه الفكرة أن القضاء قد إستند في ترتيب مسؤولية المالك عن الغلو في إستعمال حق الملكية في ظل القانون الفرنسي على المادة 1382 الخاصة بالخطأ الشخصي.

ثامناً: أساس عدم الغلو هو حالة الضرورة: حاول بعض الشراح أن يؤسسوا مسؤولية المالك عن الغلو في إستعمال حق الملكية على أساس نظرية الضرورة فالمالك وهو يستعمل حقه تنتج عنه مضايقات لجيرانه لا مفر منها فتجاوز حدود الضرورة يستوجب التعويض، وقد شبه البعض إستعمال المالك لملكيته وصدور أضرار منه تلحق بالغير بمثابة نزع الملكية بسبب الضرورة الخاصة. ولكن أخذ الفقه الفرنسي على هذه النظرية على أنها مجرد مقارنات وتشبيهات جزئية.

أما موقف القضاء المصري فقد إستقر على مساءلة المالك عن الأضرار التي تتجاوز الحد المألوف، وإستند إلى قواعد العدل و الإنصاف كما إستندت بعض الأحكام إلى العرف⁽²⁾، فأخذ القضاء بأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر عرفاً للبلاد وبموجب الرأي المختار للفتوى في الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز للمالك أن يباشر في ملكه عملاً يترتب عليه ضرراً بيناً للجار⁽³⁾.

ولما نص المشرع المصري في المادة 807 من القانون المدني على عدم الغلو في إستعمال حق الملكية لم يفعل أكثر من أنه قنن القضاء وقرر هذه الإلتزامات وبعد وجود النص القانوني إختلف الفقه في تأصيل مسؤولية المالك عن الضرر غير المألوف.

فذهب البعض إلى أن هذه المسؤولية ليست إلا مجرد تطبيق لنظرية التعسف في إستعمال الحق⁽⁴⁾. وذهب البعض إلى إعتبارها تطبيقاً للفقرة (ب) من المادة الخامسة.

لكن الأغلبية ترى بأنه وإن كانت المادة 807 من القانون المدني تطبيقاً لنظرية التعسف فهي ليست تطبيقاً لما ورد في المادة الخامسة وأن حالات التعسف الثلاثة الواردة في المادة الخامسة يجمعها جامع وهو أن مرجع الخطأ فيها فساد الباعث على إستعمال الحق⁽⁵⁾، أما في صورة الضرر غير المألوف لا توجد شبهة تشوب الباعث، وإعتراضوا أيضاً بأن التوسع في نظرية التعسف يؤدي إلى أن تصاغ

(1) : أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 95.

(2) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 94.

(3) : أنظر الدكتور: محمد يوسف محمد، المرجع السابق، ص 182، 183.

(4) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 320، الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 63.

(5) : أنظر الدكتور: محمد نزيه الصادق، المرجع السابق، ص 683.

صياغة عامة غامضة تخشى نتائجها على فكرة الحق⁽¹⁾.

وبهذا فأغلب الشراح في مصر يذهبون إلى أن نص المادة 807 من القانون المدني قد وضعت حداً على حق الملكية لا يجوز للمالك أن يجاوزه، هذا الحد هو المضار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، أما تجاوز هذه المضار هو خروج عن حدود الحق، والخروج عن الحق هو خطأ⁽²⁾.

لذلك يذهب جمهور الفقه في مصر إلى أن مسؤولية المالك عن الغلو في استعمال حق الملكية أصبحت واضحة لا محل للإختلاف فيها في ظل التقنين المدني الجديد الذي نص عليها صراحة⁽³⁾، فقتن المشرع ما كان يجري به القضاء فأصبحت هذه النظرية قائمة على أساس إلزام قانوني، وإن نص المادة 807 من القانون المدني ليست أحد تطبيقات الخطأ التقصيري طبقاً للقواعد العامة وسواء قلنا عنه أنه تطبيق عادي للخطأ التقصيري وهو الإنحراف عن مسلك الشخص العادي، أو كان تطبيقاً خاصاً للمسؤولية التقصيرية لما يقرره نص المادة 807 من القانون المدني من إشتراط نوعاً خاصاً من الخطأ وهو الغلو⁽⁴⁾، إذ ليس بمقبول أن تزوج فكرة الخطأ، خطأ عادي وخطأ غلو فالأول يستغرق الثاني.

أما مسؤولية المالك عن الغلو فمناطه الضرر غير المألوف فبمجرد وقوع الضرر غير المألوف يقتضي في حكم النص وقوع الخطأ فلا نحكم بالغلو إلا بالنظر إلى الضرر. فالمشرع في المادة 807 من القانون المدني يكون قد وضع إلزاماً قانونياً على المالك وبذلك يكون قد خالف أحكام المسؤولية التقصيرية، ومن ثم فإن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على أساس إلزام قانوني هو نص المادة 807 من القانون المدني ومن ثم وجب الرجوع إلى هذا النص وحده.

وبناءً على هذه الآراء الفقهية والأحكام القضائية سواء منها الفرنسية أو المصرية نستطيع القول بأن المشرع الجزائري قد نص على مضار الجوار غير المألوفة في المادة 691 من القانون المدني ويكمن أساس المسؤولية في وجود النص القانوني وترتيب إلزام عيني على كاهل المالك الذي يستعمل حقه وسواء تعلق الأمر به أو صدر الغلو من غير المالك كأن كان صاحب حق إنتفاع أو مستأجراً فلا يهيم هذا. وأساس مسؤولية المالك عن الغلو في استعمال حق الملكية طبقاً للمادة 691 قانون مدني هو أحد تطبيقات التكييف الجديد لحق الملكية الذي مرجعه النظرة الحديثة التي تقر بأن للملكية وظيفة إجتماعية تليها إعتبارات التضامن الإجتماعي وحقوق الجوار وما على المالك إلا أن يتحمل تبعه نشاطه وهو يستفيد من استعمال ملكه إستعمالاً إستثنائياً.

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 693.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 119، الدكتور : أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 192.

(3) : أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 97.

(4) : أنظر الدكتور: منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، ص 56.

أما الأهمية العملية للمادة 691 مدني جزائري فهي معيار للتطبيق في حالة ما إذا إستعمل المالك حقّه ورتب أضراراً جسيمة للغير وعاد عليه هذا الإستعمال بفوائد كبيرة وتعذر تطبيق المعيار المادي وهو الفقرة (ب) من المادة 41 من القانون المدني وإنعدمت سوء نيّة المالك أو عدم مشروعية الغرض من إستعمال حق الملكية فأساس المسؤولية عن هذه الأضرار بسبب الإستعمال المشروع هو نظرية عدم الغلو في إستعمال حق الملكية وهي نظرية موضوعية.

المطلب الرابع:

جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة.

أما جزاء الغلو فيتمثل في التعويض سواء كان عينياً أو نقدياً وقد نصت على ذلك المادة 691 من القانون المدني الجزائري «وليس للحجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحدّ المألوف ...»

وإزالة المضار تعبير عام قد يصدق على منع هذه المضار في المستقبل وهو ما يعتبر تنفيذاً عينياً للمالك، ويصدق على تعويض الجار المضروب على ما لحقه من ضرر.

وإزالة المضار في المستقبل أي التنفيذ العيني يمكن أن تتخذ صوراً بحسب ما يراه القاضي ملائماً فقد يحكم القاضي بإزالة مصدر الضرر نهائياً وهناك من يرى بأن القاضي لا يحكم بالتنفيذ العيني وخصوصاً الإزالة حيث يكون ذلك مرهقاً للمالك⁽¹⁾، كغلق المصنع، أو هدم الحائط.

وإذا رأى القاضي بأن يحكم بالتعويض العيني وإزالة الضرر غير المألوف جاز له أن يلجأ إلى لغرامة التهديدية فيحكم بها على المالك عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة أو القيام بالأعمال المحددة في لحكم⁽²⁾، وقد يكتفي القاضي بالتعويض النقدي فقط إذا ظهرت له بأن الإزالة قد تثقل كاهل المالك وأن الضرر حدث في الماضي ولن يحدث في المستقبل ويكون التعويض النقدي طبقاً للقواعد العامة فيعوض الجار عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وفقاً للمادة 182 من القانون المدني الجزائري التي تنص «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب»، وما على الجار إلا أن يرفع دعوى إستعجالية يطالب فيها بوقف الأعمال الضارة.

(1) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 125.

(2) : أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 93، الدكتور: زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 99، الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 68.

وقد نص المشرع الجزائري على الغرامة التهديدية في المادة 174 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني: قيود التلاصق في الجوار.

إن قيود التلاصق في الجوار تنقرر في الذمم بحكم الطبيعة الجوارية والأخلاق و الضرورات الإجتماعية، وهذه الإلتزامات لم تخرج عن كونها واجبات في أعناق الجيران إزاء بعضهم البعض فلا بد من الوفاء بها مراعاة لما بين الجيران من الإتصال والإقتراب، إذ يمكن للحجار مطالبة جاره بإحداث طريق في ملك هذا الأخير كي يمر منه إلى الطريق العام، فإن تم الإتفاق نفيذ وإلاّ جاز لطالب الطريق رفع دعوى على جاره يطلب حق المرور في ملك جاره للوصول إلى الطريق العام وإلاّ أصبحت الملكية لا تؤدي وظيفتها وعندها تقف بغير نفع، وما دام المنفذ لمصلحة الملكية المحصورة فلا بد لصاحبها أن يدفع للمالك الجار تعويضاً عن حق المرور. وإذا كانت الملكية العقارية يعبر عنها بمسطح معين كذا من الأمتار المربعة أو الآرات، وهذا المسطح يكون محاطاً بمسطحات أخرى مملوكة لأشخاص آخرين فلا بد من وجود علامات مميزة لكل ملكية حتى لا تكون مشاكل بين الملاك المتجاورين.

وللمالك الجار الحق في تسوير ملكه وهو ليس مكرهاً على ذلك بإعتبار أن التسوير حق من حقوقه يرمي إلى غرض صحيح، وأما إذا أريد به مضايقة الجار فيكون المالك متعسفاً في إستعمال حقه ويدراً الجار عن نفسه الضرر بإستخدام حق الدفاع، وإذا سورّ الجار ملكه وأصبح السور فاصلاً بين المالكين المتجاورين فإن الجار الذي لم يسورّ ليس له الحق أن يطلب الإشتراك مع صاحب السور في الملكية في الجزء من الأرض الذي قام السور عليه والإشتراك في تكاليف السور ليصبح شريكاً معه فيه أرضاً وبناءً، ولكن إذا كان الجار قد إستفاد من ذلك السور فإن صاحبه لا يزيله ولا يحدث بالإزالة ضرراً للحجار، أما إذا كان بين العقارين المتجاورين حائط فهو مشترك إلى أن يثبت أحد الجارين عكس ذلك ويعتبر الحائط المشترك قيوداً على الملكية العقارية الخاصة.

وتتقيد الملكية العقارية الخاصة بقيود المسافات فينبغي على المالك إذا بنى في حدود ملكه أن يراعي قيود المسافات فلا يجوز له أن يطل على جاره بإحداث نوافذ وفتحات يرى جاره وما يجري عنده، فملكية المالك تقف عند البقاء على الحق دون إحداث نوافذ للإطلال منها على الجار، وللحجار الحق في طلب إزالة هذه النوافذ، وعلى الجار أن يراعي في فتح المناور الشروط القانونية أما إذا ما استخدمت في غير ما أنشأت له يحكم القاضي بسدها لأن صاحبها نخرج عن الغرض المرجو من إنشائها، تلك هي قيود الملكية العقارية الخاصة بسبب الجوار وتعرض إلى هاته القيود في خمسة مباحث، ندرس في المبحث الأول وضع الحدود بالنسبة للملكية العقارية الخاصة المجاورة، وفي المبحث الثاني ندرس قيود الحائط الفاصل، ونتطرق في المبحث الثالث إلى قيود فتح المظلات و المناور، وفي المبحث الرابع نتطرق إلى تقييد المالك بإعطاء جاره حق المرور القانوني، وفي المبحث الخامس ندرس القيود الخاصة بالإنتفاع بالمياه.

المبحث الأول:

وضع الحدود بالنسبة للملكية العقارية الخاصة المجاورة.

لقد نص المشرع الجزائري على وضع الحدود في المادة 703 قانون مدني - والتي تقابل المادة 813 مدني مصري والمادة 1060 مدني عراقي - وباعتبار أن حق الملكية حقاً عينياً فهو لا ينشأ إلا على شيء معين بالذات ويفترض في هذا الأخير أن يكون محمداً تحديداً واضحاً يمنع إختلاطه مع غيره من الأشياء وهذا يتحقق في المنقول لأن قابليته للحركة تجعله منفصلاً عن غيره، أما العقار خاصة إذا تعلق بالأرض فتحديده ليس سهلاً نظراً لطبيعته الثابتة فلا ينفصل جزء عن الآخر على النحو الذي يسري على المنقولات، ومن هنا تظهر أهمية تعيين الحدود للملكيات العقارية المتجاورة حتى يمكن تحديد المحل الذي ترد عليه سلطات المالك⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن وضع الحدود المنصوص عليه في المادة 703 مدني جزائري لا يعني التسوير المنصوص عليه في المادة 708 مدني جزائري إذ الأول يلتزم يقع على ذمة الجار أما التسوير (التحويط) فهو مشيئة للمالك وليس واجباً عليه⁽²⁾، وعلى هذا لا يجوز للجار إلزام جاره على إقامة حائط وإذا سؤر شخص ملكه فيكون ذلك على نفقته الخاصة وإذا حصل نزاع في ملكية هذا الحائط وجب الرجوع إلى الطرق المعروفة في الإثبات، فمن وجد في أرضه فهو ملك له دون غيره⁽³⁾.

المطلب الأول:

المقصود بوضع الحدود.

إن وضع الحدود « le bornage » عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين⁽⁴⁾، أي وضع علامات مادية ظاهرة تبين معالم حدود كل من المالكين كوضع فواصل من الحجارة أو الإسمنت أو من الحديد بين الحدين ولا يبقى إلا مَدَّ خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل لتبيين الملكية على وجه التدقيق⁽⁵⁾، وهي عمليات يتطلب أن يقوم بها المالكين لأرضين متجاورتين لأنها ناتجة عن الصلات المادية بين الأعيان « rapports de faits » كالجوار، أو التلاصق الذي ينشأ إلتزامات عينية بين الجيران وقد عبّر الأستاذ « capitant » عن ذلك بقوله « إن الجوار في ذاته واقعة مادية تنشأ إلتزامات

(1) : أنظر الدكتور : محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 37، الدكتور توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 159.

(2) : أنظر الدكتور : صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص 131.

(3) : أنظر الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 113.

(4) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 110.

(5) : أنظر الدكتور : عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 127، الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، نفس المرجع، ص 112.

عينية متبادلة على عاتق المالك المتجاورين وتحمل الأعيان في نفس الوقت فتلزم كل جوار في مواجهة الآخر القيام بأعمال إيجابية⁽¹⁾. فتلاصق الحدود في هذه الحالة يكون بين أرضين مملوكتين ملكية خاصة بالأفراد ومن أجل تنظيم الحقوق العينية الواردة على الأعيان المتلاصقة في الجوار تدخل المشرع الجزائري بنص المادة 703 قانون مدني ومن أجل تمييز كل أرض عن الأخرى فرض إلزاماً على كل مالك بأن يساهم في وضع الحدود بين العقارين المتلاصقين، وبهذا لم يبق المالك المتلاصق في الحدود حراً في تحديد ملكه أو عدم تحديده وهذا ما لم يتفق المالكان على وضع الحدود ودياً⁽²⁾ إذ أن وضع الحدود يبدأ ودياً وإذا تعذر الإتفاق الودي نتيجة تجنب نفقات التحديد أو الخوف من ظهور زيادة معتصبة من ملك أحد المالكين، جاز للمالك أن يرفع دعوى تعيين الحدود على المالك الآخر.

إلا أن مرحلة الإتفاق الودي على وضع الحدود وإن كانت هذه العملية تولد إلتزامات عينية تحمل الأعيان المتلاصقة فنتقل معها إلى الخلف الخاص وتحويل التخلص من نفقاتها بالتخلي فهل الإتفاق الودي يرتب إلتزامات عينية أم لا؟ والجواب على ذلك سهل إذا ما نفذ الإتفاق حكم المادة 703 قانون مدني بأن تم وضع الحدود وكانت نفقة التحديد مشتركة بينهما وفقاً لنص المادة السالفة الذكر كانت كل الإلتزامات الناشئة عن هذا الإتفاق عينية لأن مصدرها القانون وما الإتفاق إلا مجرد تنفيذ هذا النص، أما إذا عدل الإتفاق ما ورد في النص السابق كأن تحمّل أحد الطرفين مصاريف التحديد وحده فكان الإلتزام شخصياً ولا ينتقل إلى الخلف الخاص ولا يلزم من إكتساب ملكية العين عن طريق التقادم لأن محضر التحديد الذي وقعه المالكان يعتبر عقداً فيما بينهما.

فبالإتفاق الودي يتفق كل من المالكين على ملكية كل منهما لأرضه ومساحة الأرض المملوكة لكل واحد إلا أنهما غير متأكدين من الحدود فيتفقان على خمير يسمح ملكية كلاً منهما بناءً على مستندات الملكية، فيضع الخبير فواصلًا ويجرر محضر تحديد يوقع عليه المالكان وهو ملزمًا لهما يمكن الرجوع إلى هذا المحضر لوضع الفواصل مرة أخرى إذا زالت العلامات الأولى، وفي حالة التصرف في العقارات وخاصة (الأراضي) ينبغي تعيينها تعييناً دقيقاً من حيث الموقع والمساحة والحدود حتى يتم إشهار هذا التصرف في المحافظة العقارية.

ونشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري قد حوّل عمليات تحديد الملكية إلى لجنة بلدية تقوم بوضع حدود أراضي البلدية ثم تقوم بجعل حدود لجميع العقارات بمساهمة المالكين⁽³⁾ ويتم ذلك عبر مراحل ثلاثة:
المرحلة الأولى: وضع الحدود بالإستناد إلى الوثائق والبيانات التي تسهل عملية المسح.

(1) : أنظر الدكتور : عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 155.

(2) : أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 742.

(3) : أنظر : المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية رقم 30.

الباب الثاني:

أنواع القيود الخاصة التي تورد على الملكية العقارية الخاصة.

إذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً يتضمن المنفعة بالشيء وملكية رقبته فهو لا يقتصر على المالك بل إذا استدعت أموراً تقيد هذا المالك فإنه يلتزم بهذه القيود حتى تحقق الملكية الوظيفية الإجتماعية، وقد وقفت التشريعات القديمة عند ذاتية هذا الحق دون أن تراعي الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية التي تؤديها. وإذا كان الفكر الحديث قد توصل بأن للملكية الخاصة وظيفة إجتماعية فإن "أرسطو" قد عبر عن نفس الفكرة أدق تعبير بقوله «يجب في الواقع إعتبار الأموال عامة إلى حد ما، على أن تكون مع ذلك مملوكة للأفراد». فهي ملكية خاصة لكن لها مظهر عام أو وظيفة عامة⁽¹⁾، وإذا كانت الملكية بهذا الوصف فإن محلها هو الشيء المملوك بجميع عناصره الجوهرية فإذا كان منقولاً فلا صعوبة في تحديده ونطاقه في الغالب ظاهر، أما إذا كان الشيء المملوك عقاراً فالملكية تشمل جميع أجزاء هذا الشيء، ومن ناحية أخرى فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها.

إذا كانت الملكية تشمل سطح الأرض المملوكة وعلوها وسفلها⁽²⁾، فإنها تحد بما لا يتعدى المنفعة المرجوة للمالك، وأما وهو في حدود حاجته للملكية بما يتفق مع وجوه الإنتفاع بها فإنه يأتي عملاً لا يضر بالغير حتى ولو كانت له رغبة جدية فلا يجب أن تختلط مع النزعة الكيدية، والأصل في الملكية هو الحرية وهذا ما جعل الملكية في التشريعات القديمة تخلو من القيود نظراً لإصطباغ هذه التشريعات بالنزعة الفردية، وهذه القيود قد تعالج في علم الإقتصاد والإجتماع، ولكن يظل علم القانون المجال الواسع لهاته القيود مادام أن علم القانون يهدف إلى تنظيم العلاقات الإنسانية وتطويع الحريات⁽³⁾ ومنها حرية التملك.

والملكية العقارية تعد من أهم فروع الملكية عموماً لقيت ممارسة الإنسان لها وإتجهت من النزعة الفردية إلى النزعة الجماعية، ومن الحرية التامة إلى فرض قيود، وهذا ما أدى إلى تضيق الملكية وإتساع التقنينات لتنظيم الملكية إتساعاً شاملاً متعرضة إلى جميع السلطات وموضحة ضوابط الحق حتى أصبح المالك يقبل بالقيود الطوعية التي تكبل حقه.

(1) : أنظر الدكتور: سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص 147.

(2) : إن مصطلح "السفل" يظنفة فقهاء المسلمين وبهذا المصطلح أخذ المشرع العراقي في المادة 2/1049 من القانون المدني، أما المشرع الجزائري فيأخذ بمصطلح "العمق" في المادة 2/675 من القانون المدني.

(3) : أنظر المحامي: محمد صياح الشواتي، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1993، ص 419.

فيجب تبيان ومعرفة هذه القيود والتي ترد على الملكية العقارية الخاصة سواء كانت هـا العقارات أراضى يستغلها أصحابها مباشرة، ولهم الحق فى التصرف فيها بيعها أو هبتها، أو اللجوء إى إستغلالها عن طريق عقود المزارعة أو المغارسة أو المساقاة حسب أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

إذ القيود التى ترد على الملكية العقارية الخاصة والتي تفرضها المصلحة الخاصة ترد على حـ الملكية نزولاً على مقتضيات المصلحة الخاصة للمالك المتحاورين وقد تكون قيوداً قانونية أو إتفاقية وهذه القيود تتقرر على سلطة من سلطات المالك، وقد تتقرر وترد على حق الملكية فى ذاته كما ؛ حالة تقرير حق المرور القانونى⁽²⁾.

فإذا كان حق الملكية لم يعد حقاً مطلقاً، وما الإلتزامات التى تقع على المالك إلا تأكيداً لها المعنى، وقد تنوعت قيود الملكية وتكاثرت خاصة لسما أصبحت كل التشريعات ترى بأن للملكية وظيفة إجتماعية تؤديها إضافة إلى زوال النزعة الفردية زوالاً نهائياً. ورغم وجود هذه القيود التى تطوع سلطات المالك فقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن تحديد طبيعتها القانونية فهناك من الفقه المصرى من يذهب إلى القول بأن هذه القيود حقوق إرتفاق ويررون ذلك أن المشرع قد وضعها تحت حقوق الإرتفاق.

والأمر كذلك لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ يعتبرون هذه القيود حقوق إرتفاق وهذا يعود إلى أنه لا يوجد أحد من فقهاء الإسلام تعرض لبحث طبيعة قيود الملكية. فبالنسبة إلى فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون قيود الملكية إرتفاقات⁽³⁾، ولا يفرقون بين حق إنتفاع مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر بنص قانونى، وحق تقرر بإرادة مالك العقار المرتفق به. ففى الوضعين يسمون هذا الحق حق إرتفاق وحكمها واحد.

وهذه النظرية لا تتفق مع نظرية الحق العيني أو معنى الإرتفاق فى مفهوم الفقه الإسلامى، فقيود الملكية فى الشريعة الإسلامية هى مطابقة لقيود الملكية فى القوانين الوضعية وما هى إلا إلتزامات عينية، ويكمن سبب الخلط بين المفهومين فى الشريعة الإسلامية أنه لا يوجد أحد من الفقهاء قد تعرض لبحث طبيعة قيود الملكية والتي لم تذكر فى الشريعة الإسلامية بل وجدت فى أزمنة مختلفة نتيجة لتطور الحياة الإجتماعية وتنوع العمل وتعدد طرقه. فلما أرادوا أن يتعرضوا لما واجههم من تطورات إعتبروا هذه القيود إرتفاقات وسوا بينهما فى الحكم⁽⁴⁾.

(1) : أنظر الدكتور: ناصر الدين سعيدونى، المرجع السابق، ص 41، 42.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 243.

(3) : أنظر الدكتور: غنى حسون طه، المرجع السابق، ص 86.

(4) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الإلتزام العيني بين القانون والشريعة، مرسوعة القضاء و الفقه للدول

العربية، الجزء الخمسون، بدون سنة نشر، ص 45.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن حق الارتفاق هو من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية وقد عرفه مرشد الخيران في المادة 37 بأنه ((حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر))⁽¹⁾. والقيود الواردة على الملكية في الشريعة الإسلامية ما هي إلا تكاليف تقيد سلطات المالك فهي التزامات عينية فرضتها الشريعة الإسلامية على عاتق المالك بسبب هذه الملكية أي بإعتباره مالكا لعين معينة أحاطت بها ظروف خاصة جعلها الشارع مناسبا لتشريع هذه الإلتزامات العينية لتحقيق التضامن الإجتماعي بين أصحاب هذه الأعيان المتجاورة⁽²⁾.

أما بالنسبة لفقهاء القانون فلقد ذهب الرأي الراجح في فرنسا ومصر إلى إعتبار قيود الملكية مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق إرتفاق⁽³⁾ وقد سار التقنين المدني المصري الجديد على هذا الرأي.

وقد رتب أصحاب هذا الرأي إستبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق الإرتفاق بمقولة أن حق الإرتفاق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر⁽⁴⁾ فيخرج العقار المرتفق والعقار المرتفق به عن النظام المؤلف لحق الملكية فيما تقرر من قيود غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام، فماخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام فهو حق إرتفاق⁽⁵⁾.

أما تلك القيود التي فرضها القانون فهي ليست حقوق إرتفاق إذ تمثل التنظيم العام المؤلف لحق الملكية، ويترتب على إستبعاد هذه القيود من نطاق حقوق الإرتفاق نتيجتين هامتين⁽⁶⁾:

أ - إن بائع العقار يضمن خلوه من حقوق الإرتفاق ولا يضمن خلوه من هذه القيود لأنها مفروضة قانوناً.

ب- إن قيود الملكية لا تزول بعدم إستعمالها لأنها ترد على حق الملكية وتدوم بدوامه، بينما حقوق الإرتفاق تسقط بعدم إستعمالها مدة 10 سنوات (المادة 879 قانون مدني جزائري) كذلك لا تكتسب هذه الحقوق بالتقادم المكسب.

(1) : أنظر الشيخ: علي الحفيظ، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 140.

(2) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 48.

(3) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 86.

(4) : أنظر الدكتور: محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، القسم الأول، بغداد، 1975، ص 80.

(5) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 198، الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 52، الدكتور : عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 639.

(6) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في القانون الزراعي الملكية الزراعية ، الطبعة الأولى، 1990، ص 255،

الدكتور: توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 112، 113.

إلا أن الدكتور أبو غنيمة ينتقد ما ذهب إليه الفقهاء واكتفائهم بأن قيود الملكية ليست إرتفاقات بالمعنى الصحيح ويرى بأن هؤلاء نظرتهم إلى المشكلة كانت من جانب واحد وعلى ذلك إستبعدوا هذه القيود من نطاق الإرتفاقات ورتبوا على كونها ليست إرتفاقات النتيجة السابقتين⁽¹⁾. فالقيود التي فرضها القانون تعد بمثابة تكاليف تقيد سلطات المالك إذا ما ورد حقه العيني على عين من الأعيان المتجاورة.

وقد قسم الفقه الفرنسي إلتزامات الملكية إلى قسمين: وهذا ما ذهب إليه الشراح وعلى رأسهم الأستاذ (Capitant)⁽²⁾، إلى إلتزامات إيجابية (Obligations positives)، وإلتزامات سلبية (Obligations négatives).

أما المشرع الجزائري فقد أورد في قانوننا المدني في القسم الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية، ولقد نظمها في المواد (690 ... 712) ويمكن تقسيم موضوعها إلى ما يلي:

أ - الإلتزام بعمل: "obligation de faire"، ومثلها ما تنص عليه المادة 703 والمادة 2/704.

ب - الإلتزام بالإمتناع عن عمل "de ne pas faire" وهذا مثل ما أوجب المشرع بالإمتناع عنه مثلما تنص عليه المادة 691 و المادة 709، و المادة 710.

ج - الإلتزام بإعطاء "de donner" ومثلها ما تنص عليه المادة 693 و المادة 706.

وندرس هذا الباب في أربعة فصول نتناول في الفصل الأول قيود سلطة الإستعمال، وفي الفصل الثاني نتناول قيود التلاصق في الجوار، وفي الفصل الثالث نتناول قيود سلطة التصرف، وفي الفصل الرابع نتناول الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية الخاصة.

(1) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 43.

(2): CAPITANT: Introduction à l'étude de droit civil, Paris, 1904, P 124.

الفصل الأول:

قيود سلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة.

سبق القول أن حق الملكية أوسع الحقوق نطاقاً، إذ يخول لصاحبه جميع السلطات الممكنة على ما يملك ومنها سلطة الاستعمال، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل ترد عليها قيوداً تحد من حرية المالك حتى لا ينحرف عن الهدف المشروع ولا يلحق ضرراً بالغير، وإن هذه القيود تتمثل في قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، وقيد مضار الجوار غير المألوفة، وهذا ما ندرسه في مبحثين: نتناول في المبحث الأول قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية، وفي المبحث الثاني نتناول قيد مضار الجوار غير المألوفة.

المبحث الأول:

قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.

إن فكرة المضارة في استعمال الحق فكرة عرفت لدى فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ إلا أنها لم تحظ بالقبول عندهم جميعاً، كما اختلفت التشريعات الوضعية بشأن هذه المسألة⁽²⁾. فيذهب أنصار النزعة الفردية إلى القول بأن حق الملكية حق مطلق، كما أقرّوا للمالك في استعمال ملكه غير مبال بما يلحق الغير من ضرر بسبب هذا الاستعمال. أما أنصار النزعة الجماعية فهم يرون عكس ما يراه أنصار النزعة الفردية ويذهبون إلى القول بأن حق الملكية سلطة مقيدة بالصالح العام وميزوا بين الاستعمال المشروع، والاستعمال غير المشروع وهذه هي نظرية التعسف في استعمال الحق في التعبير القانوني.

ونشير هنا إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية كان لهم السبق في صياغة هذه النظرية صياغة تضارع أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب⁽³⁾، فقد جاءت هذه النظرية شاملة لكافة الحقوق، وما دام أن حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً فإن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يبدو واضحاً وواسعاً في مجاله، إذ اعتبرت بعض التشريعات هذه النظرية مستقلة بذاتها لها كيانها الخاص، ومجالها، ومعاييرها، وجزاءاتها الأمر الذي باعد بينها وبين النظرية التقليدية المعروفة بإسم نظرية المسؤولية التقصيرية، وبالرغم من أن نظرية التعسف في استعمال الحق

(1) : يراد بالمضارة في استعمال الحقوق: الاستعمال المذموم في الشريعة الإسلامية والتي تقابل نظرية إساءة استعمال الحق في الفقه الغربي، حيث ورد تعبير المضارة في القرآن الكريم في مجال الإيذاء بعدم جواز الإضرار بالورثة عن طريق الوصية، الأستاذ: محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، مجلة حضارة الإسلام، العدد 03، السنة الثانية، 61، 62، دمشق، سوريا، ص 82.

(2) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 85.

(3) : أنظر الدكتور: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مايلة، الجزائر، 91، 92، ص 47، الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 49.

نظرية حديثة في الفقه الغربي فقد خصوها بالدراسة وتطافرت جهود الفقه و القضاء على وضع أحكام وأصول هذه النظرية وإن كان الفضل يعود للقضاء، ورغم هذه الجهود فهي لم تبلغ ما بلغته مثلتها في الفقه الإسلامي من إحكام وشمول⁽¹⁾.

وقد ثار جدل بالنسبة لهذه النظرية في الأخذ أو عدم الأخذ بها في القانون الغربي، فبالنسبة للمانعون اختلفوا في طرق الطعن فيها وتلخص اعتراضاتهم فيما يلي:

أ - سوء استعمال الحق هو خروجاً وتجاوزاً لحدوده وهذا الخروج يندرج تحت أحكام المسؤولية المدنية، وقد تزعم هذا الرأي الفقيه الفرنسي «بلانيول» إذ يرى بأن سوء استعمال الحق لا يكون طائفة قانونية متميزة عن التصرف غير المشروع، وحجته أن الحق ينتهي حين يبدأ سوء الإستعمال⁽²⁾، وينفي سوء استعمال الحق ويرى بأن الحق والسوء لا يجتمعان، ويتحقق سوء الإستعمال حينما يجاوز الأفراد حقوقهم وليس عند إستعمالها، لأن الحقوق مقيدة بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيدها من إستعمالها، وإن الخروج عن الحدود أو عدم مراعاة الشروط معناه العمل دون حق فعند "بلانيول" لا يوجد تعسف في إستعمال الحق بل تصرف بغير حق.

ب - التعسف في إستعمال الحق يعتبر من تطبيقات المسؤولية التقصيرية فالخطأ في مفهومه الحديث هو إنحراف السلوك المألوف للشخص العادي وهذا يمكن تصوره في إستعمال الحقوق وفي إتيان الرخص العامة، ففكرة التعسف في إستعمال الحق ليست إلا فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية فمن يسيء إستعمال حقه فهو يتخذ مسلكاً لا يسلكه شخص يقظ في نفس الظروف الخارجية وهذا هو الخطأ المولد للمسؤولية.

ج - هذه النظرية تخلط بين القانون والأخلاق مع أنهما مختلفين، وهذا يؤدي إلى تحكيم أعمال القضاء على الناس وحرمانهم من الطمأنينة في معاملتهم القانونية.

أما بالنسبة للأخذين بها فإنهم اختلفوا في مجال تطبيقها ومعاييرها⁽³⁾.

أ - فبالنسبة لمجال تطبيقها يرى البعض أن تقتصر على حق الملكية وحق النفاذ ويرى بعضهم قصرها على أحد الحقين، ويرى بعضهم أن تتجاوز هذين الحقين.

ب - أما بالنسبة لمعاييرها فيقصرها البعض على المعيار النفسي وهو قصد الإضرار بالغير ويضم إليها البعض المعيار الموضوعي⁽⁴⁾.

(1) : أنظر الدكتور: أنور سلطان، نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية، مجلة القانون والإقتصاد، العدد 1، السنة 17، 1947، ص 77.

(2) : أنظر الدكتور: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53.

(3) : أنظر : موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الثالث والأربعون، بدون سنة نشر، ص 548، الدكتور: أنور سلطان، نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية، نفس المرجع، ص 104.

(4) : أنظر الدكتور: محمد حستين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 311.

أما في العصر الحديث فيقر الشراح والفقهاء هذه النظرية ويكاد أن يكون مجمعاً على هذه النظرية والتسليم بصحة النتائج المترتبة على الأخذ بها من حيث تقييد الحقوق الفردية. ولكنها لم تصل إلى المرتبة التي وصلتها في الفقه الإسلامي من حيث معاييرها وعمومها وشمولها لكل الحقوق، وحتى تكون هذه النظرية واضحة المعالم ينبغي أن نميز بينها وبين ما يشابهها ثم نتطرق إلى معاييرها مع الإشارة إلى بعض التطبيقات لكل معيار إن وجد ثم نحاول التطرق إلى أساسها القانوني.

المطلب الأول:

التمييز بين سوء استعمال الحق وما يشابهه من الأنظمة.

1 - إن الفقه الإسلامي لم يضع نصاً صريحاً يفرق بين سوء استعمال الحق وتجاوز حدود الحق، ولم يحدد نطاق الفكرة رغم أن كلا منهما عمل محظور.

إلا أن الخطر بالنسبة لسوء استعمال الحق كان بسبب وصف عارض للفعل من جراء سوء الاستعمال كقصد الإضرار بالغير فالخطر ليس فيه بذاته بل بسبب الوصف غير المشروع الذي طرأ عليه⁽¹⁾، فمثلاً إذا أقام مالك على أرض غيره بناءً أو زرع أرض غيره أعتبر متعدياً، ففعله غير مشروع أصلاً لأنه لا يستند إلى حق، أما إذا ما بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطاً فسد به منافذ الضوء والهواء على جاره وتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد فيعتبر هذا المالك متعسفاً في استعمال حقه لأن جاره قد تضرر بالرغم من أنه مارس تصرفاً في حدود حقه الموضوعية، فتصرف المالك في الأصل مشروع إلا أنه أصبح متعسفاً بسبب ما أصاب غيره بأضرار فاحشة.

ولا يمكن القول بأن هناك تناقض بين وصف الفعل مشروعاً في الأصل ومتعسفاً فيه إذ المشروعية منصبية على ذات الفعل والتعسف منصب على كيفية استعماله⁽²⁾، وهذا رد صريح على "بلانيول" الذي ينتقد هذه النظرية من هذه الوجهة بقوله: « لا يمكن أن يكون العمل الواحد في آن واحد متفقاً مع القانون ومخالفاً له »⁽³⁾. ففي المثال السابق أن أصل التصرف في الملكية مشروع والمنع إنصب على النتيجة.

(1) : أنظر الدكتور: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، 1967، ص 273، بدوت نوال محمد بدير، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، 2، السنة 72، يناير 92، ص 297.

(2) : أنظر الدكتور: فتحي الدريني، نفس المرجع، ص 274.

(3) : حيث يقول "بلانيول":

« Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit ».

مشار إليه في مرجع الدكتور: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53، هامش رقم 76، الدكتور: أنور

سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998،

ونقول إن وحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف ومجاوزة حدود الحق لا ينفي اختلاف حقيقة كل منهما فهما محظوران. إذ التعسف يعتمد أصلاً وجود الحق، أما بمجاوزة حدود الحق فهو عمل غير مشروع لعيب في ذاته وهو عدم إستناده إلى حق، فالمستعمل لحقه لا يمنع من ذلك إلا إذا قصد الإضرار بالغير أو أراد تحقيق مصالح غير مشروعة، أما المجاوز لحدود الحق فيمنع ولو قصد إحداث نفع. وإذا ما ترتب للغير ضرراً فاحشاً ولو لم تنجبه نية المالك إلى ذلك فيصبح الحق غير مشروع ويمنع من إستعمال هذا الحق، أما في حالة تجاوز حدود الحق فيمنع المجاوز لهذا الحق بغض النظر عن الضرر ونوعه.

وهناك فرق بين الفكرتين من حيث الجزاء، فتجاوز حدود الحق يشكل إعتداء وظلم ويترتب عليه جزاء دنيوي يتمثل في إزالة آثار التعدي عيناً إن أمكن و التعويض للمضرور عمّا لحقه من ضرر. أما الجزاء الأخروي فهو الإثم والعقاب وهذا جزاء قصد الإضرار.

وأما التعسف في إستعمال الحق فيترتب عليه الجزاء الدنيوي والأخروي كما لو قصد بفعله الإضرار بغيره وحدث الضرر فعلاً، فيزال وجزاء أخروي كما لو قصد الإضرار و لم يقع الضرر فعلاً⁽¹⁾.

2 - يذهب بعض فقهاء القانون إلى إعتبار نظرية التعسف في إستعمال الحق تطبيقاً من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية ولا حاجة لنظرية التعسف في إستعمال الحق⁽²⁾، وقبل التطرق إلى التمييز بين الفكرتين أود ذكر ما أراه هاماً في هذا المجال.

* إن الخطأ في الفقه الحديث يختلف عن مفهومه في الفقه الإسلامي وهذا الاختلاف يرتب آثاراً في كل من الفقهاء.

فالخطأ في الفقه الحديث هو « إنحراف في السلوك المؤلف للشخص العادي »⁽³⁾، وهذا التعريف يصدق على جميع صور الإنحراف عن السلوك المعتاد سواء كان بقصد أو بغيره، فالخطأ يتحقق بالإنحراف عن السلوك غير المعتاد للشخص العادي، وهذا الخطأ بمعناه الواسع قامت عليه المسؤولية التقصيرية في الفقه الفرنسي وتبعه المشرع المصري وتشمل هذه المسؤولية فعل الغير، وحراسة الحيوانات، والأشياء الخطرة، والأضرار الواقعة على الغير بسبب دوران آلة، أما الخطأ في الفقه الإسلامي فهو الذي لا يتوافر فيه عنصر القصد وهو عذر صالح لسقوط حق الله إذا حصل على إجتهد.

(1) : أنظر : موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الثالث و الأربعون، المرجع السابق، ص 549.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد النجدي زهو، التعسف في إستعمال الحق، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1991، ص 47.

(3) : أنظر الدكتور: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 28.

* إن نظرية المسؤولية التقصيرية المتعارف عليها في الفقه الفرنسي ليس لها مقابل متعارف عليه في الفقه الإسلامي، إلا أن أحكامها وعناصرها موجودة في أبواب متفرقة ومدرجة تحت قواعد مختلفة وعلى أساس ما ذكرناه من أمور هامة نبيّن الفرق بين سوء استعمال الحق والخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، فإذا أخذنا الخطأ بمعناه الشرعي كان الفرق واضحاً بينهما:

أ - إن الخطأ لا قصد فيه، أمّا سوء استعمال الحق فيتوفر على قصد إتيان الفعل وقد يصاحبه الإضرار بالغير أو لا يصاحبه.

ب - إن فكرة التعسف في استعمال الحق تقوم بدور وقائي وعلاجي بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة، فقد يجرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفي إبتداءً وهذا ما يمنع وقوع الضرر أصلاً، أمّا المسؤولية المتولدة عن الخطأ تهدف إلى تحقيق دور علاجي يتمثل في رفع الضرر الحاصل أو التعويض عنه.

ج - الخطأ لا يترتب عليه جزاء أخروي لقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» بل يترتب عليه جزاء دنيوي.

أمّا التعسف في استعمال الحق فيترتب عليه الجزاءان أو يترتب أحدهما فقط.

أمّا إذا أخذنا الخطأ بمفهومه الحديث الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية بمعناه الواسع في الفقه الغربي فبعض الفقه يرفض المقابلة بين الفكرتين في الفقه الإسلامي⁽¹⁾ يقول محمد فتحي «ينبغي أن نرفض نهائياً مقابلة المسؤولية عن المخاطر والمسؤولية في الاستعمال التعسفي في الفقه الإسلامي لأن المسؤولية الأولى لم تظهر كنظام مضاد للمسؤولية الثانية فهما مرتبطتان كارتباط الجزء بالكل أو بالأحرى كعلاقة الفرع بالجذع ومن المؤكد أن التطبيقات الإسلامية للمسؤولية عن مخاطر الأشياء غير المتحركة والتي تشبه تطبيقات القضاء الفرنسي التي أثارَت النظرية الحديثة للمسؤولية عن المخاطر الناشئة كان الفقهاء المسلمون يعلنونها بالقاعدة العامة وهي تحريم الاستعمال التعسفي للمحقوق، وهذه القاعدة هي الأصل على وجه الخصوص لأحكام الفقه في المسؤولية عن الأضرار الواقعة على الغير، ومن يطلع على الحلول المختلفة في الفقه الإسلامي يجد أنها لا تختلف عن الحلول التي يوردها فقهاء فرنسا تطبيقاً لنظرية المسؤولية عن المخاطر، كل ما في الأمر أن الفقه الفرنسي يضرب الأمثلة من الواقع كمن يقيم مصنفاً على أرضه فيتطاير منه شرر يلحق ضرراً بمحصولات الغير.

أمّا فقهاء المسلمين يضربون مثلاً بمن يقيم في داره تنوراً فيتطاير منه الشرر إلى الجيران في يوم ريح، وهذه المسؤولية تقوم في الفقه الإسلامي على أساس التفرقة بين الاستعمال المشروع و الاستعمال التعسفي «

(1) أنظر : موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية، الجزء الثالث والأربعون، المرجع السابق، ص 551، 552.

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد قيد الحقوق بسأداء وظيفتها الإجتماعية ومرج بين الفقه الحديث والفقه الإسلامي بالنسبة للتعسف في استعمال الحق و لم يقف عند تية الإضرار بالغير ونص على ضوابط هذه النظرية في المادة 41 من القانون المدني الجزائري بقوله « يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.»

وهذه الأحوال مطابقة لما أورده القانون المدني المصري في المادة الخامسة منه والقانون المدني العراقي في المادة السابعة⁽¹⁾.

المطلب الثاني:

معايير التعسف في استعمال حق الملكية في القانون الوضعي.

إذا كان الهدف من الحق هو تحقيق مصلحة صاحب الحق فلن يتحقق ذلك إلا باستعمال هذه الأداة، فالقانون عندما يمنح حقاً يوفق بين المصالح الخاصة بعضها ببعض من جهة، وبين المصالح الخاصة والمصلحة العامة من جهة أخرى، فالقانون يحمي المصلحة الخاصة التي تؤدي فائدة للمصلحة العامة⁽²⁾. وفي هذا ينص المشرع السوفياتي في المادة الأولى من التقنين المدني « بأن القانون لا يحمي الحقوق المدنية في الحالات التي تستعمل فيها على خلاف الغرض الإقتصادي و الإجتماعي منها». واليوم وتحت تأثيرات المذاهب الإجتماعية أصبح الحق يؤدي وظيفة إجتماعية فيحظى صاحب الحق بالحماية القانونية، أما إذا ما انحرف عن تأدية هذه الوظيفة فقد هذه الحماية وإستحق جزاء تعسفه في استعمال حقه⁽³⁾.

إلا أن الشريعة الإسلامية تعتبر سبابة في النهي عن التعسف في استعمال الحق، ومنها إستمد فقهاء الشرع الإسلامي أسساً بنوا عليها نظرية التعسف وتوسعوا في تطبيقاتها. وفي القرن التاسع وضعوا معايير تقوم عليها هذه النظرية وهي:

- يجب أن يكون استعمال الحق بحسب الغرض منه.

- يعتبر صاحب الحق قد تعسف في استعمال حقه:

* إذا قصد بعمله الإضرار بالغير.

* إذا لم يتولد له عن عمله نفع وتولد عنه ضرر للغير.

(1) : أنظر : القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته، للطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1998.

(2) : أنظر الدكتور : محمد حسنين، الوحي في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 303.

(3) : أنظر الدكتور : أنور سلطان، المرجع السابق، ص 337.

* إذا نتج عنه ضرر عام للمجتمع.

* إذا أصاب الغير من جراء العمل ضرر غير عادي.

وتستند نظرية التعسف في الفقه الإسلامي إلى معيار شخصي و الآخر موضوعي (مادي). وقد عرفت معظم التشريعات الحديثة هذه النظرية في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين واقتصر بعضها في الأخذ بنظرية التعسف على المعيار الذاتي (قصد الإضرار) وبعضها أخذ بالمعيار الموضوعي⁽¹⁾.

فبالنسبة للتشريعات الغربية فنجد أن القانون المدني الألماني⁽²⁾ ينص في مادته 226 على أنه « لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير » فهو يأخذ بالمعيار الذاتي. أما القانون السوفياتي⁽³⁾ فينص في المادة 02 منه على : « أن القانون يكفل الحقوق المدنية، إلا أن يكون استعمالها مخالفاً للغرض الإقتصادي و الإجتماعي الذي وجدت من أجله » فهو يأخذ بالمعيار الموضوعي.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد نص قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: « يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه - أثناء استعمال حقه - حدود حسن النية، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق ».

أما المشرع العراقي فقد نص في المادة 07 من القانون المدني على أنه « من إستعمل حقه إستعمالاً غير جائز وحب عليه الضمان ويصبح إستعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:

- إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الإستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

- إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة ».

أما المشرع السوري فقد أخذ بنظرية التعسف وأدرج أحكامها في الباب التمهيدي من القانون المدني إبرازاً لأهميتها إذ أنها تشمل جميع أنواع الحقوق وقد أفرد لهذه النظرية مادتين الخامسة والسادسة لتنظيم أحكام التعسف في إستعمال الحق⁽⁴⁾.

أما المشرع المصري الحالي فقد نص على نظرية التعسف في المادة 05 من القانون المدني بقوله « يكون إستعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

(1) : أنظر الدكتور : فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 54.

(2) ، (3) : أنظر الدكتور : محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53، 54.

(4) : أنظر الأستاذ: نبيل المصري، ضوابط التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني السوري، مجلة المحامون السورية،

الأعداد 7، 8، 9، السنة 56، أيلول 1991، ص 538.

- إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير.

- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة».

إلا أن هناك من الفقهاء المصريين من يرى بإضافة معيار رابع لهذه المعايير وهو معيار الضرر الفاحش⁽¹⁾، ولهذا المعيار عدّة تطبيقات ونص عليه المشرع المصري⁽²⁾ في المادة 1/807 قانون مدني مصري بقوله «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حدّ يضرّ بالجار ...».

وفي هذا يرى الأستاذ السنهوري أن القانون المدني المصري قد إستمد هذه النظرية من الفقه الإسلامي إذ أنّ نصوص هذا القانون تضمنت النزعة الموضوعية وهي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية أثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية وبذلك أخذ المشرع المصري بنظرية التعسف من الفقه الإسلامي ولم يقتصرها على المعيار الذاتي بل ضم إليها المعيار الموضوعي الذي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة⁽³⁾.

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني ويؤخذ على المشرع الجزائري بشأن هذه المادة⁽⁴⁾ عدّة مآخذ:

فمن حيث الشكل: أن هذه المادة حشرت بين المادتين (40)، (42) المتعلقةتين بأحكام أهلية الراشد وأهلية عديم التمييز مع أنه لا توجد علاقة للتعسف في استعمال الحق وأحكام الأهلية. أما من حيث الموضوع: كان من الأجدر أن يوضع حكم التعسف في الباب التمهيدي أسوة بما فعلت القوانين الغربية والقوانين العربية.

كذلك كان ينبغي النص على المبدأ العام الذي يقضي بعدم المسؤولية في استعمال الحق إستعمالاً مشروعاً ثم يورد إستثناءات المبدأ العام إذ من غير النطق أن نعرف الإستثناءات دون معرفة الأصل خاصة وأن الأصل هو محل خلاف بسبب إساءة فهم القاعدة اللاتينية: «NE MO DAMNUM FACIT QUI SUO JURE UTITUR» وفسرت بمعنى إنتفاء مسؤولية من يستعمل حقه إستعمالاً مطلقاً، مع أن معناها من يستعمل حقه بحكمة وحذر لا يسأل عن تعويض ما يحدث للغير من ضرر.

ونتولى دراسة المعايير التي تضمنتها المادة 41 السابقة الذكر ونشير إلى أنها تضمنت هي الأخرى ثلاثة معايير:

(1): " وهو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا يكون سبب إنهدامه "

(2): أنظر المستشار: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، مطبعة الأطلس، 1987، ص 1560.

(3): أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام ومصادر الإلتزام، الجزء الأول، بلون سنة نشر، ص 47.

(4): أنظر الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

أولاً : القصد من استعمال الحق هو الإضرار بالغير: وتظهر هذه الحالة عندما يستعمل المالك حقه ويقصد الإضرار بالغير ودون أن تعود فائدة على مستعمل الحق، فإذا أثبت أن قصد المالك هو إلحاق الضرر فيعتبر متعسفاً ولو حقق منافع عارضة لم يكن يقصدها، كمن يغرس أشجاراً عالية بأرضه قاصداً منع الضوء على جاره، فعمله يعد تعسفياً ولو عادت الأشجار عليه بفائدة لأن القصد من غرسها هو الإضرار بالجار.

ومعيار هذه الحالة ذاتي يكمن في نية وقصد صاحب الحق ويستدل عليه من مظاهر خارجية يستخلصها القاضي من إنعدام الفائدة كلية لصاحب الحق من استعماله⁽¹⁾، ويقضي الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل العادي في مثل هذا الموقف⁽²⁾.

وإذا لم يستطيع القاضي إثبات تمحض نية الضرر فيستخلصها من إنعدام المصلحة لدى المالك آخذاً بعين الاعتبار أن المصلحة قرينة كافية على أن المالك من استعماله لحقه كان يقصد الإضرار بغيره وتأييداً لهذا قررت محكمة النقض « أنه إذا كان ليس للمدعي منفعة من حقه، وفيه ضرر للمدعى عليه، لم يقض له بهذا الحق »⁽³⁾.

ولكن هل يمكن مساءلة المالك إذا لم يقصد بإستعماله لحقه الإضرار بالغير؟ فالمحاكم كانت تتخذ من إنعدام المصلحة قرينة توافر الإضرار وإلا ما القصد من مباشرة هذه الأعمال؟ فقررت بعض المحاكم أن هذا العمل من قبيل الخطأ الجسيم⁽⁴⁾. ولهذا المعيار تطبيقات عديدة في الفقه الإسلامي منها:

أنه ليس للمستعير الحق في هدم البناء وقلع المغروسات التي أحدثها بأرض المعير إذا كانت هذه الأنقاض ليست لها فائدة، فلو تمسك المستعير بهدمها يعتبر متعسفاً لأنه يقصد بإزالتها الإضرار بصاحب الأرض فإنشاء المصلحة قرينة على قصد الإضرار، وإن كانت للأنقاض فائدة فيستطيع المعير تملك المنشآت المقامة على أرضه ويدفع قيمتها مستحقة الإزالة إلى المستعير⁽⁵⁾.

ثانياً: إذا كان هناك عدم تناسب بين مصلحة المالك والضرر الذي يصيب الغير: فيعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا كانت المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وتتحقق مسؤولية المالك إما لأنه عابث أو أن عمله ينطوي على نية خفية للإضرار بالغير أو أنه

(1) : أنظر الدكتور: أحمد النجدي زهو، المرجع السابق، ص 48، الدكتور: محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 59، الأستاذ: تيبيل المصري، المرجع السابق، ص 539.

(2) : أنظر الدكتور: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 313.

(3) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 145.

(4) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 114.

(5) : أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 635.

يرمي إلى مصلحة محدودة الأهمية فهذا المعيار موضوعي لأنه لا يستند إلى نفسية صاحب الحق⁽¹⁾، بل يقوم على الموازنة بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير، فإذا كانت المصلحة أدنى بدرجة كبيرة من الضرر أعتبر استعمال الحق إنحرافاً⁽²⁾.

ومن تطبيقات هذا المعيار في القانون الجزائري ما تقضي به المادة 696 مدني جزائري والتي تنص: «يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار و الطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالمالك المجاورين» وتقابل المادة 812 قانون مدني مصري. أما تطبيقات هذا المعيار في الشريعة الإسلامية كثيرة نذكر منها⁽³⁾:

منع الإحتكار: فكل من يقوم بحبس سلعة حتى تنعدم في السوق ثم يرفع سعرها يعد إحتكاراً محرماً شرعاً فمجرد النهي عن الإحتكار يعد مجرد تطبيق مبدأ التعسف في استعمال الحق، والعلة من النهي هي دفع الضرر عن العامة.

جواز التسعير الجبري: عندما تستدعي الضرورة يتوجب على ولي الأمر أن يحدد السعر و الربح ولا ينبغي التسعير إلا عندما يتعدى أرباب الطعام تعدياً فاحشاً في القيمة، ويجد التسعير الجبري سنده في قاعدة: « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » وهذا صيانة لحقوق المسلمين من الضياع. ثالثاً: عدم مشروعية المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق: إن الحق لا يمارس إلا في نطاق المشروعية ومن أجل تحقيق مصلحة مشروعة، أما إذا أراد صاحب الحق من استعماله لحقه الحصول على مصلحة غير مشروعة يعتبر عمله مخالفاً للقانون ويتعارض مع النظام العام والآداب العامة، والحماية القانونية لا تقرر إلا للمصالح المشروعة⁽⁴⁾.

ويتضح بأن هذا المعيار موضوعي يستطيع به القضاء مراقبة استعمال الحقوق⁽⁵⁾ وقد فضل الأستاذ السنهوري هذا المعيار لأن المصلحة غير المشروعة أدق من ناحية الإنضباط وأسهل من ناحية التطبيق⁽⁶⁾ على معيار الدافع أو الغرض غير المشروع، إلا أن بعض الكتاب يرون مراعاة المعيارين معاً لأنهما وجهان لعملة واحدة⁽⁷⁾، إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعي عن معيار

(1) : أنظر الدكتور : حسن كيرة، المرجع السابق، ص 315، الأستاذ نبيل المصري، المرجع السابق، ص 539.

(2) : أنظر الدكتور: العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، n° 4/92 - volume xxx ، ص 684.

(3) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 146.

(4) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، نفس المرجع، ص 317.

(5) : أنظر الدكتور: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 341، الأستاذ نبيل المصري، نفس المرجع، ص 540.

(6) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 960.

(7) : أنظر الدكتور: محمد علي حنبولة، المرجع السابق، ص 640.

المرحلة الثانية: التثبيت من إتفاق المالكين حول حدود عقاراتهم، وعند حدوث نزاع تحاول اللجنة التوفيق بينهما أو تحيلهما خلال ثلاثة أشهر إلى الجهة القضائية.

المرحلة الثالثة: وضع الحدود بالإستناد إلى الوثائق الخاصة بإثبات الملكية وبعد الإنتهاء من هذه العمليات الأولية تقوم اللجنة بتحديد النطاق المادي للأرض وتحديد طبيعتها وتثبيت ملكيتها لأصحابها، وتسجل هذه المعلومات في جداول للأقسام، ويتم فتح سجل لقطع الأرض ويتم ترتيب مختلف العقارات طبقاً للترتيب الطبوغرافي ويعدّ سجل مسح الأراضي وتسجل فيه العقارات طبقاً للحروف الأبجدية لأسماء المالكين، وبعد إنتهاء اللّجنة من عملها تنتهي عملية المسح وتتولى مهمة تنظيم الأراضي إدارة السجل العقاري، وكل تغيير للحدود أو العلامات المميزة للملكيات يعاقب عليها جزائياً وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة 147 قانون عقوبات جزائري.

أما في حالة تعذر الإتفاق الودي لوضع الحدود فيمكن أن يلجأ أي أحد منهم إلى القضاء لإجبار جاره على وضع الحدود للملكه.

المطلب الثاني:

تعيين الحدود عن طريق القضاء.

إن عملية تعيين الحدود باللجوء إلى القضاء مخرولة لكل مالك بإعتبار أن نص المادة 703 مدني جزائري ينشأ التزاماً عينياً متبادلاً بين ملاك الأعيان المتلاصقة في الحدود، فكل مالك يعتبر دائماً ومديناً بهذا الإلتزام يلزم جاره الملاصق بوضع الحدود ويلزمه جاره بذلك.

وطبقاً للقواعد العامة فإن كل صاحب حق عيني يمكن أن يطالب بتنفيذه وطبقاً لذلك فإن الفقه يجمع على أنه إذا كان المالك طرفاً في الدعوى فيجوز لصاحب حق الإنتفاع وناظر الوقف أن يكونوا أطرافاً في هذه الدعوى⁽¹⁾. أما من تقرر له حق شخصي فلا يجوز له رفع هذه الدعوى ولا أن يدخل فيها كطرف، ويكفي أن تتوافر في رافع هذه الدعوى أهلية الإدارة لأن هذه الدعوى من قبيل الإجراءات التحفظية شريطة ألا يتطور الأمر إلى نزاع على الملكية إذ ينبغي توافر أهلية التصرف، وإن إلزام الجار بوضع الحدود مخول لكل مالك ولا يسقط بالتقادم حسب ما ذهب إليه النص الفرنسي فيجوز لمالك الأرض أن يرفع على جاره دعوى تعيين الحدود « action en bornage » للقيام بتعيين الحد الفاصل بين الأملاك المتجاورة، ويراد بدعوى تعيين الحدود قضاء أن تطبق المحكمة مستندات الجيران على الطبيعة بتعيين الحد الفاصل ما بين الأملاك المتلاصقة وتضع علامات مادية لهذا الحد⁽²⁾.

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 748، الدكتور : علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 63، الدكتور: حامد مصطفى ، المرجع السابق، ص 89.

(2) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 450.

وحتى تقبل دعوى تعيين الحدود عن طريق القضاء ينبغي توافر جملة من الشروط:

أولاً: إن هذه الدعوى لا تقبل إلا من المالك الملاصق، فإذا فصل بين المالكين المتجاورين طريق عام فلا يتحقق التلاصق، أما إذا فصل بين المالكين المتجاورين طريق خاص أو مجرى خاص فيتحقق التلاصق، أما إذا كان بين المالكين المتجاورين مجرى كبير ثابت فلا يتحقق التلاصق ولا حاجة للتحديد، ويثبت الحق في طلب وضع الحدود بالنسبة لكل الأراضي الخاصة سواء الزراعية أو أراضي الفضاء، كما يثبت بالنسبة للأراضي المبنية وإذا كانت هذه المباني يفصل بينها أرض فضاء⁽¹⁾.

ثانياً: دعوى تعيين الحدود لا تثار إلا بالنسبة إلى الأملاك الخاصة فلا تقبل إذا رفعت لتعيين الحدود بين ملك خاص وملك عام، فيشترط أن تكون الأرضين المملوكتين ملكية فردية للمالكين مختلفين، أما إذا أرادت الإدارة إدخال جزء من أرض خاصة في نطاق المال العام دون مراعاة القانون جاز لصاحب الأرض أن يطالب أمام القضاء الإداري بإلغاء تحديد الإدارة الذي قد أصدرته ويجوز له أن يطالب بالتعويض.

- وتتميز دعوى تعيين الحدود بخصوص، فهي حسب غالبية الفقه أنها دعوى عينية عقارية إذ أنها تتعلق بقيد أو حق عيني على عقار ليس بحق إرتفاق إذ أنّ الذين يعتبرون قيود الملكية حقوق إرتفاق يقفون هنا ويعتبرون الإلتزام بوضع الحدود هو إلتزام قانوني وليس بحق إرتفاق. لأن حق الإرتفاق لا يمكن أن ينطوي على عمل إيجابي، وتتميز أيضاً بأنها دعوى غير قابلة للتقادم ما دام سببها قائماً أما إذا تم تعيين الحدود ومضى على إنطماستها مدة خمسة عشر سنة تقادمت دعوى إعادة الحدود ووجب رفع دعوى جديدة.

إلا أن هناك من يرى من الفقهاء بأن دعوى تعيين الحدود لا تتعلق بحق عيني بل تتعلق بالإلتزام عيني ومن ثم خرج المشرع في الإختصاص بها عن القواعد العامة المقررة في الإختصاص النوعي للحقنين الشخصي والعيني فجعلها من إختصاص المحكمة الجزئية ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وإنتهائياً إذا لم تتجاوز قيمتها خمسين جنيهاً⁽²⁾.

- أما المشرع الجزائري فنص على دعوى تعيين الحدود ولم يحدد الجهة القضائية المختصة بها ولم يخصصها بنص إستثنائي فبذلك تكون من إختصاص المحاكم المتواجد بدائرتها العقارين المتلاصقين إذ أنها دعوى عينية عقارية (المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية).

ودعوى تعيين الحدود تختلف عن دعوى الإستحقاق إذ أن الأراضي المتلاصقة ليست محل نزاع بين الأطراف بل يطلب فيها بتعيين الحدود، أما إذا أسفرت هذه الدعوى عن نزاع في الملكية كأن

(1) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 111.

(2) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 451.

يختلف المالكين الجارين في المقادير وحب الفصل في الملكية وتحديد المقادير وتصبح من إختصاص جهة قضائية أخرى حسب التشريع المصري الذي نص على الجهة التي ترفع إليها دعوى تعيين الحدود، والفصل في تحديد الأرض وملكيته يسهل في دعوى وضع الحدود.

فدعوى تعيين الحدود لا تقبل إلا إذا كانت خالية من النزاع في الملكية فإذا إتفق كلاً من المالكين على مقدار مساحة كل مالك وإختلفا في وضع العلامات فتكون الدعوى من قبيل دعوى تعيين الحدود⁽¹⁾، وعليه فالحياسة لا تلعب دوراً كبيراً في دعوى تعيين الحدود لأن في هذه الدعوى كلا الطرفين مدعي ومدعى عليه، أما في دعوى الحياسة فيقع عبء الإثبات على غير الحائز.

وحتى يتم وضع الحدود لا بد من إتباع إجراءات تتمثل في عمليتين أساسيتين تعقبهما عمليتان تنفيذيتان، أما بالنسبة للعمليتين الأساسيتين فهما:

أولاً: فحص سندات الملكية حتى يمكن التعرف على مساحة الأراضي المتلاصقة في هذا السند ومعاينتها على الطبيعة وتحت أي حيازة هي.

ثانياً: مسح الأراضي المتلاصقة للتأكد من مساحتها.

أما العمليتان التنفيذيتان هما:

أولاً: رسم الحدود الفاصلة وإقامة معالم مادية ثابتة.

ثانياً: تحرير محضر التحديد : يمكن الرجوع إليه عند إنطماس معالم الحدود. يكون هذا المحضر موقعاً عليه من الطرفين وتصادق عليه المحكمة ويعتبر المحضر حجة على الطرفين من حيث الحدود والمساحة، إلا أن هذه الحجية يفقدها إذا إنطمست الحدود ومرّ على إنطماسها مدة خمسة عشر سنة فلا بد من رفع دعوى جديدة، وهذا المحضر لا يمكن الطعن فيه إلا كما يطعن في الأحكام أو بما يطعن في أي عقد.

وتشير المادة 703 مدني جزائري إلى أن نفقات التحديد تكون مشتركة بين المالكين المتلاصقين وهنا نفرق بين هذه النفقات⁽²⁾.

- فنفقة التحديد ذاته : من فحص السندات وتطبيقها على الطبيعة تكون مشتركة بين المالك المتلاصقين تدفع مناصفة بحسب الرؤوس.

(1) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 90، الدكتور : عبد المنعم البدرائي، المرجع السابق، ص 128، الدكتور : عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 113، الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 111.

(2) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 159، الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 450.

- أما نفقات مسح الأراضي : فتقسم بين المالكين المتلاصقين كل بحسب مساحة أرضه أما إذا ما تمت عملية المسح من طرف الدولة فلا نكون بصدد هذه النفقات.

- نفقات الدعاوى: فيتحملها الطرف الذي خسر الدعوى إذا وقع نزاع في الملكية.

وفي الختام نشير إلى أن المشرع الجزائري وإن كان قد نص على التسوير (التحويط) فلم يجعله واجباً بخلاف المشرع الفرنسي الذي جعله واجباً. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حذو المشرع المصري و العراقي، وهم موافقون للشريعة الإسلامية، حسب نص المادة 69 من كتاب مرشد الحيران « أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ».

أما وضع الحدود فجعله إلزاماً في ذمة المالك المجاور من أجل تحديد كل ملكية و التقليل من النزاعات العقارية.

المبحث الثاني:

قيود الحائط الفاصل.

إن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مملوكاً ملكية مفرزة أو مملوكاً على الشيوع. وقد أورد لمشرع الجزائري بالنسبة للحائط الفاصل بنوعيه نصوصاً شاملة⁽¹⁾.

ويقصد بالحائط الفاصل ذلك الذي يفصل بين بنائين فإذا فصل بين بناء وأرض فلا يعتبر حائطاً ناصلاً، وأن يتحقق هذا الفصل بين البنائين منذ إنشاء الحائط، أما إذا كان وقت إنشاء الحائط بناء واحداً ثم أقيم بناء آخر ملاصق إستتر بالحائط فلا تقوم قرينة أنه فاصل⁽²⁾، ويعتبر الحائط جزءاً من البناء لأول ومملوك ملكية خاصة لصاحب هذا البناء. وسوف ندرس الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين والقيود التي ترد عليه لمصلحة خاصة، ثم نعقب هذه الدراسة بدراسة الحائط المشترك وقيوده المقررة للمصلحة الخاصة.

(1) : فقد نص المشرع الجزائري على الأحكام الخاصة بالنسبة للحائط الفاصل سواء كان مملوكاً ملكية مفرزة أو مشتركة في موضع واحد في المواد من (704 إلى 708) قانون مدني بين النصوص الواردة تحت عنوان ((القيود التي تلحق بحق الملكية)) إلا أن الأحكام الطبيعية للحائط المشترك هو تنظيم الملكية الشائعة، وفي هذا المقام أقوم بدراستهما معاً وأحدد القيود الواردة على كل نوع، ولا يهمني موضع الدراسة لأنني أناقش قيود الملكية الخاصة المقررة للمصلحة الخاصة، أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، ألفت على طلبية قسم الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1978، 1979، ص 121.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المراجع السابق، ص 115.

المطلب الأول:

قيود الحائط الفاصل المملوك ملكية مفرزة.

تنص المادة 707 من القانون المدني الجزائري على أنه « بعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين مشتركاً حتى مفرقهما ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » يتضح من هذا النص بأن الحائط إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط القانونية، وهي أن يكون فاصلاً بين بنائين وأن يتحقق هذا عند إنشاء الحائط، أو توفرت هذه الشروط وإستطاع أحد المالكين إثبات عكسها فيكون قرينة قاطعة على أن هذا الحائط مملوك لأحد الجارين فيستطيع أن يتصرف فيه بما في ذلك التصرف المادي بأن يهدمه⁽¹⁾ شريطة ألا يتعسف في استعمال حقه.

وتطبيقاً لذلك نصّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 708 على أنه « ليس لجار أن يجير جاره على تحويط ملكه ولا التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 706 » فيتضح من هذه المادة أنها تنص على عدم إجبار الجار جاره على تحويط ملكه بل هو حرّ في تحويط ملكه فإن فعل ذلك فيعتبر الحائط مملوكاً ملكية خالصة للجار.

أما النقطة الثانية التي جاءت بها المادة 708 الفقرة الأولى من القانون المدني هي عدم مطالبة الجار الإشتراك في حائط جاره إلا في حالة ما نصت عليه المادة 706، وفي غير هذا لا يكون للجار الحق في الإشتراك في الحائط مهما كان الثمن الذي يدفعه وهذا النص يتفق مع المادة 818 مدني مصري ويخالف المشرع الفرنسي الذي ينص في المادة 661 مدني على أنه « يجوز للجار أن يطلب من جاره الإشتراك في حائطه الفاصل كله أو بعضه بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذي يريد جعله مشتركاً مع نصف قيمة الأرض التي أقيم عليها الحائط ».

وبناءً على ما سبق ذكره في الفقرة الأولى من المادة 708 قانون مدني فإنها لم تقرر أي قيد، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتتص على أنه « ليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عنر قوي إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ».

يتبين من هذه القاعدة التي تعتبر تطبيقاً لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق أنه يمنع على مالك الحائط أن يهدمه مختاراً إلا إذا توافرت هذه الشروط:

أولاً: أن يكون ملك الجار مستتراً بالحائط، ولا يتحقق هذا إلا إذا كان ملك الجار مسوراً من جهات ثلاث والحائط الفاصل هو الجهة الرابعة ولا يعيق الإستتار كون ملك الجار المسور غير مسقوف.

(1) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 89.

ثانياً: بهدم الحائظ من مالكة يتحقق ضرر للجار، أما إذا كان ملك الجار المسور فضاء فلا يتحقق الضرر.

ثالثاً: عدم وجود عذر قوي لمالك الحائظ يدعوه إلى الهدم فلا يكفي لهدمه وجود مصلحة بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة كبيرة، وتقدير العذر القوي لهدم الحائظ يكون بمقارنة الضرر الذي يلحق الجار نتيجة الهدم ومصلحة المالك في ذلك. فإذا كانت المصلحة قليلة لا تتناسب مع الضرر إنتفى العذر وبهذا الشرط نقول بأن المادة 2/708 قانون مدني تعدّ تطبيقاً لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق وهو تطبيق للمعيار الذي وضعه المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 41 القانون المدني وفحواها أن استعمال صاحب الحق لحقه يكون غير مشروع «إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير».

فالفقرة الثانية من المادة 708 قانون مدني نصت على القيد الخاص بهدم الحائظ وتقرر هذا القيد للجار لينتفع بالحائظ عن طريق الاستتار، ما عدا ذلك من أعمال إيجابية أتاها الجار دون رضا المالك يعتبر متعدياً ووفقاً لذلك يمنع على الجار أن يسند للحائظ بناءً أو يضع عليه عوارض⁽¹⁾ وإن فعل الجار جاز للمالك أن يطالب بالإزالة والتعويض عن الأضرار، أما لو أقام الجار هذه العوارض فوق الحائظ وبقيت مدة لازمة للتقادم المكسب ولم تفد أن هذه الأعمال كانت على سبيل التسامح من مالك الحائظ فيمكن للجار أن يكسب حق إرتفاق أو ملكية مشتركة في هذا الحائظ⁽²⁾ عن طريق التقادم. وإذا لم يكسب الجار شيئاً بطريق التقادم أو الإرتفاق فلا يكون له إلا الاستتار بالحائظ وينعكس هذا على سلطة المالك فيرتب عليه القانون إلزاماً بالإمتناع عن الهدم بخروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بأن المالك يتصرف في ملكه كما يشاء تصرفاً قانونياً أو مادياً، فمنع هدم هذا الحائظ المملوك ملكية خاصة هو قيد هام على هذه الملكية، ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ بأن هذا القيد يرد على الهدم الإختياري فقط وهذا ما يفهم من النص بصورة واضحة فيخرج من حالة الهدم المنصوص عليها إنهيار الحائظ من تلقاء نفسه أو تم هدمه طبقاً للقوانين واللوائح ففي هذه الحالات ينتفي القيد ولا يلتزم المالك بذلك ولا يستطيع الجار أن يطالب المالك بإعادة بنائه ولو تحمل إعادته وحده⁽⁴⁾.

(1) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 208.

(2) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 1007، الدكتور: منصور مصطفي منصور،

المرجع السابق، ص 90، الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 132.

(3) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، نفس المرجع، ص 210.

(4) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، نفس المرجع، ص 131.

ويسقط هذا القيد إذا كان للمالك عذر قوي في هدم الحائط، ومن الأعدار القوية التي تجيز الهدم رغبة المالك في بناء عمارة يستغلها بدلاً من المنزل المخصص لسكنه⁽¹⁾، أو أيلولة الحائط إلى السقوط بسبب قدمه. ويلاحظ أن حق الجار فيما يتعلق بالجدار الفاصل للملوك ملكية خالصة هو الإستتار فقط ومعنى هذا أن يكون ملك الجار مسوراً من الجهات الثلاثة الأخرى ويكون الحائط رابعها، أما إذا كانت ملكية الجار غير مسورة أصلاً أو مسورة من جهة أو جهتين فلا يمكن القول بأنها مستترة بالحائط وينتفي هذا القيد لأن مناطه الإستتار ولا يشترط أن يكون تسوير الجهات الثلاثة الأخرى من عمل الجار المستتر فيتحقق الإستتار ولو بجوانب مملوكة لغيره من آخرين، ولا يشترط أن يكون ملك الجار مسقوفاً من الأعلى بل يكفي الإستتار من الجوانب، ويتحقق الإستتار يفترض أن الهدم يضر بالجدار المستتر، فالإستتار و الضرر بالنسبة للجدار أمر واحد إلا أن هناك من يجعلهما شرطين مستقلين⁽²⁾.

وعلى أية حال فإذا قام المالك بهدم الحائط دون توفر عذر قوي كان متعسفاً في استعمال حقه وطلب جاره إيقاف الهدم أو طلب إعادة البناء فيعيد البناء على نفقة المالك مع الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالجدار المستتر⁽³⁾.

ومن هنا تظهر أهمية الملكية في أداء وظيفتها الاجتماعية بترتيب إلترام سلبى في ذمة المالك من حيث سلطة التصرف المادي في الشيء المملوك خاصة إذا أضر بالجار.

والمشرع الجزائري وهو يضع القيود يفرض توافر بعض الشروط حتى يمكن أن تقيّد سلطة المالك وهذا ما نستشفه من نص المادة 708 قانون مدني والتي جعلت المالك الذي يضر بالجار متعسفاً في استعمال حق ملكيته وهذا يرسخ المفهوم الجديد للملكية العقارية ووظيفتها الاجتماعية التي تؤديها بعض القيود حتى تراخ فكرة أن الملكية حق مطلق.

المطلب الثاني:

قيود الحائط المشترك.

يعتبر الحائط المشترك صورة من صور الشيوع الإجباري نظراً للفرض الذي أعد له الحائط فلا يجوز لأي أحد من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط المشترك كما لا يجوز له التصرف في حصته الشائعة مستقلة عن العقار الذي يملكه، ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصّة الشائعة إستقلالاً. ويكون الحائط مشتركاً إذا أنشأه الجاران على حدود ملكيتهما بنفقات مشتركة أو أنشأه أحدهما ثم إنفقا بعد ذلك على أن يكون مشتركاً بينهما، وعليه إذا أقام شخص بنائين مستقلين يفصلهما حائط

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 1006.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 211.

(3) : أنظر الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصيلة علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 115.

فلا يكون هذا الحائط مشتركاً ويبقى غير مشترك حتى بعد وفاة الباني مادامت التركة لم تقسم، أما بعد أخذ كل وارث نصيبه وإستقلال كل وارث ببناء يصبح هذا الحائط مشتركاً ويمكن إثبات أن الحائط مشترك بأي سند من السندات المثبتة لهذه الصفة⁽¹⁾، كما يمكن كسب هذا الحائط بالتقادم.

وقد وضع المشرع الجزائري قرينة على الإشتراك في المادة 707 قانون مدني إذ تنص على أنه: «بعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين مشتركاً حتى مفرقهما هذا ما لم يقم الدليل على ذلك»

وحتى تقوم قرينة الإشتراك يشترط⁽²⁾:

1- أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين فلا يتحقق حكم المادة إذا كان الحائط فاصلاً بين أرضين أو أرض وبناء، والمراد بالبنائين أن يكونا متجاورين متلاصقين لا يفصل بينهما إلا الحائط. فإذا فصلت حديقة أحد المالكين بين البنائين فلا يتحقق الإشتراك، أما بالنسبة للمشرع المغربي فيجعل الإشتراك يتحقق حتى ولو فصلت حديقة بين البنائين وهذا ما قضى به في الفصل 116 من القانون العقاري المغربي.

2- أن يكون الحائط فاصلاً بين البنائين منذ إنشائه فإذا ما كان أحد البنائين أحدث عهداً من الثاني لم تتحقق هذه القرينة.

فإذا توافر هذين الشرطين كان الحائط مشتركاً حتى مفرق البنائين، أي حتى علو أقل البنائين إرتفاعاً إلا أن يثبت عكس ذلك، أما الجزء الذي يعلو المفرق فملكته خالصة لصاحب البناء الأعلى، إلا أن هذه القرينة بسيطة يمكن لمن تقوم ضده نفيها بإثبات أن الحائط ملك خالص له فيقدم سند ملكيته أو يثبت أنه ملكه بالتقادم المكسب كما يمكن له أن يلجأ إلى القرائن كأن يتمسك بالقرينة القائلة بأن مالك الأرض يملك ما فوقها وأن الحائط أقيم في أرض مملوكة له أو أن الحائط أعد لتحمل سقف أحد البنائين دون الآخر وللقاضي سلطة تقديرية في الترجيح في حالة تعارض القرائن⁽³⁾.

وإذا قامت قرينة الإشتراك في ملكية الحائط المشترك لم يكلف المتمسك بها إقامة دليل آخر على إدعائه الشركة في الحائط بل خصمه هو الذي يقيم الدليل بأن الحائط مملوك له ملكية خالصة⁽⁴⁾.

وإذا ثبت الإشتراك في ملكية الحائط بمقتضى القرينة القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 707 قانون مدني، أو بوسيلة أخرى كان الحائط مملوكاً على الشيوع، وتترتب على هذه الملكية حقوقاً للشركاء وواجبات، تنقل كاهلهم وهنا يظهر قيد الحائط المشترك في الإستعمال وهذا ما سنتطرق إليه:

(1) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 213.

(2) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 455، الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 65.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 997.

(4) : أنظر الدكتور: صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص 133.

أولاً: حقوق الشركاء في الحائط الفاصل المشترك.

تنص المادة 704 قانون مدني 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. فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له فإن نفقة ترميمه، وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه».

يفهم من هذا النص أن المشرع قد أعطى للشريك حق استعمال الحائط المشترك شريطة ألا يتعارض هذا الاستعمال مع الغرض الذي أعد له الحائط وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر له. وألا يحمل الحائط فوق طاقته، وكل هذه الأوجه المختلفة للإنتفاع بالحائط المشترك قد ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾، إذ يقررون بأن الإنتفاع بالعين المشتركة من طرف الشريك جائز شريطة ألا يلحق ضرراً بالشركاء الآخرين وعلى هذا إذا كان لجارين جدار مشترك بينهما كان لكل منهما أن ينتفع بهذا الجدار بوضع الأخشاب أو رفعها من أسفل إلى أعلى أو بخفضها إذا كان هذا لا يؤدي إلى تهديم الحائط ولا يلحق ضرراً بالشركاء الآخرين⁽²⁾.

والشريك في الحائط وهو يستعمل الحائط المشترك يتقيد بعدم فتح مطبات أو مناور لأن هذا يتعارض مع الغاية من الحائط وهو ستر كل من العقارين المفصولين، اللهم إلا إذا اكتسب هذه المطبات والمناور بالتقادم فلا يطالب بسدها⁽³⁾، فمن جاوز حدود استعماله في الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

وقد جاء في كتب الفقه الإسلامي⁽⁴⁾ «ليس للشريك أن يقول لشريكه إنني سوف لا أضع جذوعاً على الحائط فيجب عليك ألا تضع أنت أيضاً جذوعك، بل يجاب بأن ضع أنت جذوعك، إذ أن منع الشريك شريكه من وضع الجذوع على الحائط المشترك هو تعطيل لمنفعة العقار».

كما يحق للشريك تعلق الحائط المشترك إذا كان له مصلحة جدية ويتولى نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلى فعليه أن يتخذ كل الإحتياطات التي تجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد الحائط شيئاً من متانته، وإذ إقتضت التعلية إعادة بناء الحائط كان ذلك على نفقة الجار الذي له مصلحة وما زاد في سمل الحائط يكون في ناحيته بقدر الإمكان وإلا دفع تعويضاً لشريكه عما

(1) : أنظر الشيخ:علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص49.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 116.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 995.

(4) : أنظر الدكتور: صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص 135.

زاد في سهمك الحائظ من ناحية هذا الشريك⁽¹⁾ ويظل الحائظ المحدد في غير الجزء المعلى مشتركاً، ولا يدفع الشريك تعويضاً للشريك الذي قام بالتعليق عن الفرق في القيمة ما بين الحائظ القديم والحائظ الجديد، أما بالنسبة للملكية للجزء المعلى سواء قبل أو بعد التجديد تكون للشريك الذي قام بالتعليق، لكن إذا أراد الشريك الآخر أن يكون الجزء المعلى مشتركاً يجب عليه دفع نصف نفقات التعليق وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السهم إذا كانت هذه الزيادة في ناحية الشريك الذي قام بالتعليق وهذه هي الحالة الوحيدة التي يخول فيها المشرع الجار حق الإشتراك في ملكية الحائظ الفاصل جبراً على المالك.

ويمكن إكتساب الجزء المعلى بالتقادم إذا أسند الجار الذي لم يشترك في التعليق مبانیه إلى هذا الجزء وإستمرت مدة التقادم ودون أن يكون هذا محمولاً على سبيل التسامح من طرف الجار وهذا الحق مقرر في القوانين الوضعية في المادتين 704، 705 قانون مدني جزائري، والمادتين 815، 816 قانون مدني مصري، ومعروف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. فمتى أراد أحد الجيران أن يزيد في إرتفاع الحائظ المشترك عليه أن يطلب الإذن من صاحبه ولهذا الأخير الحق في منعه لأن هذا يعد من قبيل التصرف في المال المشترك، إذ لا بد أن يتحقق رضا الشريك لأن هذا التصرف يعدّ عرفاً من قبيل التغيير، لكن من حق كل شريك أن يضع على الحائظ خشبة لأن ذلك يعدّ من منافع الحائظ المشترك⁽²⁾.

ثانياً: إلتزامات الشركاء في الحائظ الفاصل المشترك.

تنص الفقرة الثانية من المادة 704 من القانون المدني الجزائري « فإذا لم يعد الحائظ المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » وتقابل المادة 2/814 مدني مصري.

وكذلك ليس للجار أن يشترك في ملكية الحائظ الفاصل جبراً على مالكه وذلك فيما عدا حالة إفراد أحد الشركاء بتعليق الحائظ المشترك طبقاً للمادة 706 مدني جزائري.

فيتبين من المادة 704 وجوب التفرقة بين حالة ما إذا كان الوهن وإحتياج الحائظ إلى ترميم راجعاً إلى فعل أحد الشركاء كونه حمل الحائظ فوق طاقته فيلزم في هذه الحالة وحده بترميم وتحديد الحائظ⁽³⁾

(1) : والفرض الذي يتكلم عنه نص المادة 705 قانون مدني جزائري، أن الحائظ يكون مشتركاً ثم يتفرد به أحد الشركاء بتعليقه على نفقاته ثم يريد الآخر أن يشارك في الجزء المعلى للحاجة إستعماله فتقبل الشركة جبراً وليس هناك وقت محدد لرفع دعوى المشاركة فهي تحمي حق المشاركة في الجزء الأسفل وهو حق يراقب ما دامت المشاركة قائمة، ومتى صدر الحكم أصبحت الملكية كلها مشتركة من وقت شهر الحكم، أنظر الدكتور: علي عيسى سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 66.

(2) : أنظر الشيخ: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الأخرى، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 51، 52.

(3) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 458، الدكتور: صلاح الدين الناهي، المرجع

السابق، ص 136.

وإلا إشتراك الجاران في النفقات كل بنسبة حصته في الحائط.

على أنه إذا أراد أحد الشريكين أن يزيد في قوة البناء أكثر من الحد اللازم فيتحمل في هذه الحالة وحده الزيادة لأن مصلحته إقتضتها وإذا لم يدفع الشريك حقه في إصلاح الجدار فيمكن أن يتخلص من الإشتراك في النفقات بالتخلي عن ملكية الحائط، ولا يجوز التخلي على مبانيه مستندة على الحائط إلا إذا أزالها قبل التخلي، أما في حالة ما إذا احتاج الحائط إلى ترميم أو تجديد فيمتنع على الشريك التخلي ويلتزم الجار المخطئ بترميم أو تجديد الحائط على حسابه وهذا ما نصت عليه المادة 656 مدني فرنسي⁽¹⁾ ولا مقابل هذه المادة في القانون المدني الجزائري.

وما يلاحظ أيضاً في هذه المسألة أن المشرع الجزائري قد نص على حالة إصلاح الحائط أو تجديده عندما يصبح غير صالح للغرض الذي خصص له، أما إذا تجاوزت هذه الحائط ذلك الحد وخيف سقوطه أو تهدمه فلم ينص المشرع الجزائري ولا المشرع المصري على ذلك بخلاف المشرع العراقي الذي نص على هذه الحالة في المادة 1088 من القانون المدني بقوله: «إذا وهن حائط مشترك وخيف سقوطه وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر يجبر الأبي على الهدم.

وإذا إنهدم الحائط المشترك وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر يجبر الأبي على البناء، ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه، وأن يرجع على الأبي بنصيبه في نفقات البناء». وهذه المادة تختلف عما كان مقرراً في المادة 1316 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص: «إذا تهدم حائط مشترك بين جارين وكان عليه حمولة لهما كقصر أو رؤوس جنوع وعمر أحدهما عند إمتناع الآخر فله منع شريكه من وضع حمولته على ذلك الحائط حتى يؤدي إليه نصف مصروفه».

المبحث الثالث:

قيود فتح المطلات و المناور.

إذا كان المالك حراً في إقامة بنائه ملاصقاً للجدار وعلى الحد من ملكه، فإنه لا يجوز له أن يطل على جاره. وإن كان أيضاً حراً في إحداث فتحات في ملكه من أجل الرؤيا والإستفادة من دخول الهواء والضوء، أو إحداث فتحات من أجل دخول الضوء و الهواء فقط⁽²⁾. إلا أن المشرع الجزائري قد راعى - وهو يترك المالك يتمتع بفتحات الشمس والهواء والإستفادة منها في رؤيا ما يحيط بالبناء -

- (1) : تنص هذه المادة على أنه ((يجوز لكل شريك في ملكية الحائط المشتركة أن يتخلص من المساهمة في الإصلاحات أو إعادة البناء بتخليه عن حقه في الحائط المشترك بشرط ألا يكون الحائط المشترك محملاً بمبانٍ له))، وقد نقل المشرع المغربي هذه المادة حرفياً في الفصل 121 من القانون العقاري المغربي.
- (2) : نشير في هذا الصدد أن المشرع العراقي لم ينص على قيد المطلات والمناور بالنسبة للملكية العقارية الخاصة بخلاف المشرع المصري والجزائري.

مصلحة الجار إذ أوجب على من يريد فتح مطلاً أن يترك بينه وبين جاره مسافة مترين بحيث يقيم حوائطه بعيدة عن جاره بمقدار مترين، وأن تكون المترين في ملك صاحب البناء وإذا لم يحترم المالك هذه المسافة يجوز للمحار أن يطلب من الباني سدّها لأنها ألحقت به ضرراً.

ولكن قد يقوم الباني بترك فتحات يعلو إرتفاعها قامة الإنسان ليس للإطلال منها بل مرور الضوء والهواء فالقانون المدني الجزائري لم يشترط لفتح هذه الفتحات مسافة بل قيّد فتحها بإرتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها ولكن قد يُحوّل المالك الباني الغرض من هذه الفتحات إلى الإطلال على الجار وإقلاقه وبثوت هذه الحالة يجب أن يطلب القاضي سدّها لأنها أستخدمت في غير ما أنشأت له، ومن يعيب بحق الغير يتحمل المسؤولية حفظاً للتوازن بين الحقوق وأداء رسالتها الإجتماعية والعمرانية. ونتطرق إلى قيود فتح المطلات وقيود المناور في القانون الجزائري في مطلبين نتناول في المطلب الأول قيود فتح المطلات، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى قيود المناور.

المطلب الأول:

قيود فتح المطلات في القانون الجزائري.

لقد قيّد المشرع الجزائري حرية المالك في الإطلال على جاره وكشفه ومنع ما يمكن أن يقع بين الجيران من النزاعات الناشئة بحكم الجوار إذ نصّ على فتح مطلات بين الجيران بمراعاة لقيود المسافة القانونية وبذلك يكون للجار الباني الحق في فتح ما شاء من المطلات في ملكه مع إحترام الإلتزامات القانونية في هذا الشأن.

ويقصد بالمطلات (vues) : هي تلك الفتحات التي يحدّثها مالك المبنى في حائط أو أكثر من حوائطه بقصد الرؤية، أو التهوية، أو الإضاءة، فإذا أعدت الفتحة لهذه الأغراض الثلاثة (النظر، الهواء، الضوء) سميت مطلاً (vue)، وذلك كالتوافذ والشبابيك والشرفات بوجه عام⁽¹⁾.

والمطلات على نوعين: فإمّا أن تكون مطلات مواجهة (vues droites de face) تسمح بالنظر المستقيم إلى ملك الجار دون الحاجة إلى الإلتفات يميناً أو يساراً.

وإمّا أن تكون مطلات منحرفة (vues oblique de côte) : وهي التي لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالإلتفات يميناً أو يساراً أو الإنحناء إلى الخارج.

ولذلك يقوم بفتح هذه المطلات من يستفيد بها شريطة ألا تؤذي الجار ككشف ما بداخل منزله ولهذا تدخل المشرع في موازنة مصلحة أحد الجيران في الإطلال ومصلحة الجار الآخر في ألا يطّل عليه أحد، وقرر بأنه عند فتح المطلات يلتزم المالك بمراعاة المسافات المعينة والحكمة من قيد المسافات هي

(1) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البندراوي، المرجع السابق، ص 137، الدكتور : رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 60.

عدم مضايقة الجار عن طريق الإطلال عليه، وعليه فالقيود يتوافر في كل حالة تتوافر فيها هذه الحكمة ويسري على كل المباني سواء كانت مباني مدن أو مباني قرى. ويستوي أن يكون العقار المجاور بناءً أو أرض فضاء، كما يستوي أن يكون البناء مسكوناً أو خالياً⁽¹⁾، وإن هذا القيد الوارد على حق الملكية لا يزول بعدم الإستعمال ولا يرد عليه التقادم⁽²⁾.

أما بالنسبة لقيد المسافة فقد نص عليه المشرع في المادتين 709، 710 من القانون المدني، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 709 على ما يلي: «لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد به المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من النتوء».

كما تنص الفقرة الأولى من المادة 710 على ما يلي: «لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمتراً من حرف المطل».

فمن خلال هذين النصين يتضح لنا بأن المشرع الجزائري يخضع كلاً من المطل المواجه والمطل المنحرف إلى قيد المسافة مع إختلاف المسافة، فبالنسبة للمطل المواجه نجد المشرع يتشدد في المسافة إذ أنّ المطل المواجه أكثر مضايقة للجار فإذا كان هذا المطل نافذة وجب على المالك أن يترك مسافة لا تقل عن المترين ما بين ظهر الحائط الذي فتحت فيه النافذة وبين الخط الذي يفصل العقارين، أما إذا كان المطل شبكاً مفتوحاً في حائط من حوائط المبنى أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبدية وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية⁽³⁾، أما إذا كان المطل (شرفة، بلكوناً، تيراساً) كانت نقطة البداية هي حالة المشربة والنهاية هي الخط الفاصل بين العقارين ولا تقل المسافة بين البداية و النهاية عن المترين.

أما بالنسبة لقيد مسافة المطل المنحرف فهي ستين سنتيمتراً بدايتها تكون من حرف المطل ونهايتها الخط الفاصل ما بين العقارين. وهنا نميز بين ما إذا كان هذا الفاصل حائطاً مشتركاً أو مملوكاً للجار وحده بالنسبة للحالتين لا تختلف نقطة البداية بالنسبة لقيد المسافة، أما نقطة النهاية فهي منتصف سمك الحائط المشترك، أو نقطة تماسه مع الأرض من ناحية المطل إذا كان مملوكاً ملكية مفرزة⁽⁴⁾.

والقانون لم يحدد ارتفاع الفتحات ولا عرضها فللمالك كامل الحرية في تحديد مساحة النافذة التي يريد فتحها⁽⁵⁾.

(1) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 223.

(2) : أنظر السيد المحامي: عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 328، (طعن 51/2203 ق جلسة 30-05-1984).

(3) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 779.

(4) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، نفس المرجع، ص 226.

(5) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 470.

غير أن هناك مطلات معفاة من قيد المسافة فيمكن أن تفتح على أية مسافة كانت من العقار المجاور هي:

أ - الأبواب ومداخل العقار: فهي ليست مطلاً بل معدة للدخول و الخروج من العقار⁽¹⁾.
ب - المطلات التي تفتح على حائط لا نوافذ له: فهناك من الفقهاء من يرى في هذه المطلات وجوب مراعاة المسافة لأن القانون لا يفرق بين العقارات المسورة وغيرها، ولا بين ما إذا كان الحائط يمنع أو لا يمنع النظر.

إلا أن معظم الشراح يرون عدم مراعاة المسافة إلا إذا أمكن النظر من هذه الفتحات، فإذا كان يقابل هذه الفتحات حائط مسدود أو سطح لا نوافذ له فلا يشترط مراعاة قيد المسافة⁽²⁾.
أما إذا سمحت هذه الفتحات بالنظر إلى الحائط والسطح وأجزاء أخرى من العقار المجاور فيحق للجار أن يطلب سدّها، ويستطيع الجار أن يطلب سدّ هذه الفتحات إذا هدم الحائط الفاصل ولو مضت مدة طويلة على وجود هذه الفتحات لأن في وجود الحائط لم يكسب صاحبها مطلاً على ملك الجار.

ج- المطلات التي تفتح على الطريق العام: فمراعاة المسافة غير لازمة إذا كان المثل مفتوحاً على طريق عام مع احترام القيود التي تقررها السلطة الإدارية ولو كانت هذه المطلات منحرفة بالنسبة إلى العقار المجاور. إذ تنص المادة 710 من القانون المدني الجزائري «... على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المثل المنحرف على العقار المجاور وهو في الوقت ذاته مظل مواجه للطريق العام» وهذا النص يخص المثل المنحرف الذي يكشف عقاراً مملوكاً ملكية خاصة.

أولاً: الطبيعة القانونية للمطلات المنشأة مراعاة للمسافة القانونية:

إن فتح المطلات بمراعاة المسافة القانونية التي سبق بيانها يعتبر عملاً يدخل في الحدود التي رسمها المشرع الجزائري للملكية المباني وقيود التلاصق في الجوار⁽³⁾، ويترب على ذلك مايلي:
- أن الجار لا يشكو من فعل صاحب المظل حتى ولو لحقته بعض المضايقات فيجب عليه أن يتحملها.

- كذلك لا يستطيع أن يطلب من المالك سدّ المظل أو تضييقه أو التحوير فيه، ومن باب أولى لا يستطيع أن يطالب الجار بالتعويض.

ويبقى للجار الحق في أن يبني على ملكه في الحدود المقررة مع حقه في فتح مطلات مع مراعاة ترك مسافة مترين بين ملكه وبين الفتحة. وإذا أراد هذا الجار فتح مطلات محترماً لقيد المسافة يكون قد

(1) : بينما يرى الدكتور محمد كامل مرسي عكس ذلك ويعتبرها مطلات وتخضع لقيد المسافة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 475.

(2) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، التوجيه في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 61.

(3) : أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19-10-1988، المجلة القضائية، العدد 1 ، 1991 ، ص 11 ، 12.

إستعمل الرخصة الممنوحة له وليس مكتسباً لحق الإرتفاق بالمطل مهما طالّت مدّة فتحه لأن الإرتفاق لا يقوم دون حيازة والحيازة لا تقوم على عمل يأتيه شخص بإعتباره رخصة ولم يقصد بأن يجعل العقار خادماً للعقار الذي فتح فيه المطل.

ويمكن للجار أن يبني حتى آخر حدود ملكه ولو حجب هذه المطلات لأنه يمارس حق إستعمال ملكيته ويبقى له حق البناء حتى ولو مضت خمسة عشر سنة على إحداث هذه المطلات⁽¹⁾، ولا يستطيع جاره أن يحتج بالتقادم عليه.

كل هذه الأحكام تتعلق بالمطلات المفتوحة بمراعاة المسافة القانونية وسواء كان هذا المطل مواجهاً أو منحرفاً.

ثانياً: حكم المطلات المفتوحة دون مراعاة قيد المسافة.

إذا ما فتح جار على جاره مطلات دون أن يراعي قيد المسافة المحددة قانوناً كان للجار الثاني أن يطلب سدّها لأن فتح مثل هذه المطلات يعد خروجاً عن حدود الحق وكل مخالفة للقانون يجب إزالتها إن تحقّق ذلك وإزالة المطل ممكنة بسدّه⁽²⁾.

ويعتبر فتح المطل على أقل من المسافة القانونية إعتداء على الجار بغض النظر عن الجار هل أصيب بضرر أم لم يُصاب⁽³⁾؟ ومن مصلحة الجار أن يطالب بإزالة هذا المطل لأن السكوت عليه بمضي مدّة قانونية ولم يكن على سبيل التسامح يصبح حقاً للجار الآخر، وما على الجار إلا أن يثبت صحة إدعائه أمام القاضي حتى يحكم له إمّا بسد المطل أو بتحويله إلى منور بأن تصبح قاعدته أعلى من قامة الإنسان العادية حتى لا يستطيع الإطلال منه.

أمّا إذا إستمر فتح المطل لمُدّة كافية لكسبه بالتقادم ولم يكن على سبيل التسامح من الجار فصاحب المطل يكسب إرتفاقاً بالتقادم وعلى ذلك يبقى المطل مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية وأن يتعد الجار بيناته على الخطّ الفاصل بمسافة معينة، أي أن يترك مسافة مترين من مطل جاره إذا كان الحائط الذي يقيمه والمقابل لملك الجار لا يتضمن أي مطل، وأن يترك مسافة أربعة أمتار من مطل جاره إذا أراد أن يفتح مطلاً مواجهاً لمطل جاره، ويترك ستين سنتيمتراً من ملك جاره إذا كان الحائط الذي يقيمه منحرفاً عن ملك الجار ولا يتضمن أي مطل، ويترك مسافة متر وعشرين سنتيمتراً من مطل جاره إذا أراد أن يفتح مطلاً منحرفاً ويترك هذه المسافات على طول البناء الذي فتح فيه المطل⁽⁴⁾.

(1) : بينما هذه المدّة في القانون المدني الفرنسي ثلاثين سنة بخلاف المشرعين المصري والجزائري اللذين يجعلانها 15 سنة.

(2) : أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 29-05-1985، المجلة القضائية، العدد 4، 1992، ص 22، 23.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 69.

(4) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، نفس المرجع، ص 70، الدكتور: رمضان أبو

السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 62.

وإن كسب المطل بالإرتفاق يزول بهدم المنزل المقرر لمصلحته فلو احترق هذا المنزل زال حق المطل، وإذا أعيد بناء المنزل يعود الإرتفاق، فالمطلات الإرتفاقية (vues de servitudes) أو حقوق إرتفاق المطلات (servitudes de vue) هي المطلات التي تنشأ في المسافات الممنوعة ولا يتحملها الجار إلا بصفة حق إرتفاق ويمكن كسبها بعمل قانوني (عقد، وصية) أو بناءً على تخصيص من المالك الأصلي الذي يترتب عليه الإمتناع عن إنشاء أي بناء في الأرض المرتفق بها وليس لمالك العقار الخادم إلا أن يبني في المسافة المعينة قانوناً.

وقد حكم بأنه إذا كانت حديقة المنزل مرتفعة على عقار الجار بشكل شرفة (terrasse) ولم يكن ذلك بسبب الموقع الطبيعي للأرض بل بعمل الإنسان وبسبب تخصيص المالك الأصلي الثابت بسندات قديمة فلمالك هذه الحديقة حق المطل على العقار الأدنى، وله أن يلزم مالك هذا العقار أن يرفع السد الخشبي الذي وضعه من غير مراعاة المسافة القانونية⁽¹⁾.

أما المطلات التي تفتح على سبيل التسامح فلا تكون حقوق إرتفاق ولا تعتبر إعتداءً على المالك لأن الضرر فيها ينتفي⁽²⁾، ونشير إلى أن حقوق الإرتفاق المكتسبة عن طريق التقادم تقتصر على المطلات المكتسبة فمن إكتسب حق المطل من شبك لا يجوز له أن يفتح شبك آخر لأن نطاق حقوق الإرتفاق التي تكتسب بالتقادم هو وضع اليد الذي كان أساساً قديماً تطبيقاً للقاعدة الرومانية:

« tantum praes criptum quantum possessum = il n'est pres crut qu'antant qu'il est possédé »

ولصاحب المطلات المكتسبة بالتقادم أن يوسع الفتحات الموجودة لأن القانون لم ينص على قيد

سعة الفتحات⁽³⁾.

المطلب الثاني:

قيود المناور في القانون الجزائري.

تنص المادة 711 من القانون المدني الجزائري على أنه: « لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، التي تقام من إرتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها.

ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور ».

إن هذا النص إلى جانب تعريفه للمنور جاء بقيد وحيد على فتح المنور وهو أن يفتح على إرتفاع معين لا ينبغي أن يقل عليه.

ويقصد بالمناور (les jours) في القانون الجزائري هي فتحات في الحائط تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء، ولا تُمكن بحسب وضعها من الإطلال على ملك الجار لإرتفاع قاعدتها عن قمة الإنسان.

(1) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 485.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 143.

(3) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، نفس المرجع، ص 493.

فالمنور بالنسبة للتشريع الجزائري والمصري يسمح بمرور الهواء و الضوء بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي يجعل المنور لنفاذ الضوء دون الهواء فيجب سدّه بشباك من حديد لا تزيد العين من عيونه ديسيمتراً واحداً⁽¹⁾.

وإذا كان المنور بهذا الوصف فما تقييد فتحه؟ وما حكم المناور غير المستوفية للشروط القانونية؟
أولاً: بيان قيد المناور.

إنّ المشرع الجزائري لم يقيد فتح المناور من حيث الإتساع ولا من حيث التجهيز⁽²⁾ ولم يقيده بمسافة معينة فيجوز أن تفتح في حائط مقام على الحد الفاصل بين العقارين، بخلاف المشرع الفرنسي الذي فرق بين المناور التي تفتح في الحائط المشترك وإذا كان الشيء مشتركاً فيجب رضا جميع الشركاء للتصرف في هذا الشيء وهذا ما تقضي به المادة 675 قانون مدني فرنسي « لا يجوز لأحد الجيران من غير رضا الآخر أن يحدث في الحائط المشترك شباكاً أو نافذة بأي وجه من الوجوه، ولو ركب فيه زجاجاً غير شفاف لا يشاهد من خلفه » وهذا النص عام فينطبق على المطبات والمناور، ويستطيع الجار المالك أن يطلب سدّ الشبايك أو النوافذ التي تفتح في الحائط المشترك من غير رضائه، ويجوز كسب المناور المنشأة في الحائط المشترك بالتقادم، أمّا مالك الحائط غير المشترك المتصل بملك الغير يجوز له أن يفتح فيه مناوراً وفقاً لنص المادة 676 قانون مدني فرنسي « مالك الحائط غير المشترك المتصل مباشرة بملك الغير يجوز له أن يحدث فيه مناور... »

فالمناور التي يميز القانون للمالك فتحها أو إحداثها هي التي تمكن من إدخال الضوء والهواء لا للنظر وهي لا تلحق بالجار ضرراً فإحداثها مشروع وهي مباحة ما دام أن الضرر لا يتحقق من وجودها⁽³⁾.

إلا أن المشرع وضع شرطاً جوهرياً كي يتم فتح المناور وأعفيت من قيد المسافة وهو أن تعلق قاعدة الفتحة قامه الشخص المعتاد⁽⁴⁾.

فالمشرع الجزائري قد أعفى المناور من قيد المسافة التي تقوم على إرتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، وحددها المشرع الفرنسي بإرتفاع متر وتسعين سنتيمتراً.

وبهذا تختلف المطبات عن المناور فالأولى قيد المشرع فتحها بمسافة قانونية، أمّا الثانية فيشترط في فتحها إرتفاع معين ولكن إذا فتحت فتحة (منور) على إرتفاع أقل من مترين فتعتبر مطلاً يخضع لقيد

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 775.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 233.

(3) : أنظر الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 119.

(4) : أما المناور التي يمكن الإطلال منها تعتبر مطبات يجب إزالتها كما إذا كانت نوافذ على السلم يسهل للصاعد عليه أن يرى منها منزل الجار.

المسافة المنصوص عليها قانوناً. وإذا ما فتحت المناور بالشروط القانونية هذا لا يمنع مالك العقار المجاور من إقامة أبنية ولو حجبت هذه المناور، ويكون له هذا الحق ولو مضت خمس عشرة سنة لأن التقادم يفترض وجود تعدد على حق الغير وإنشاء المالك المناور وفقاً للقانون فهو يستعمل حقه، والجار الذي يقيم الأبنية لم يفقد حقه بإقامتها بمضي المدة⁽¹⁾، لذلك ينصح جانب من الفقه مثل هذا المالك أن يتعد حينما يفتح منوراً عن الخط الفاصل بين العقارين بمسافة تسمح ببقاء المنور صالحاً للغرض المقصود منه⁽²⁾.

ثانياً: حكم المناور غير القانونية.

إن المناور التي لم تستوف شرط الإرتفاع القانوني وهو مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها فيعتبر في هذه الحالة مظللاً وليس منوراً وتميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان هذا المظل مفتوحاً على مسافة قانونية وسواء كان المظل مواجهاً أو منحرفاً فلا يجوز للجار الاعتراض عليه وتسري عليه أحكام المطلات المفتوحة في حدود المسافة القانونية⁽³⁾.

الحالة الثانية: إذا فتح المظل دون مراعاة المسافة القانونية فيجوز للجار أن يعترض عليه وأن يطلب سده، ولا يدعي صاحبه بأنه فتح منوراً فمادام أن الفتحة ليست على الإرتفاع القانوني فهي مطل وسري عليه أحكام المطلات غير المستوفية لقيود المسافة.

هذا فيما يخص أحكام المناور المفتوحة دون مراعاة الإرتفاع القانوني ونلاحظ أن المشرع الجزائري وهو ينص على قيد الإرتفاع المقدر بمترين ودون تحديد في أي موضع تفتح وسواء فتحت في الطابق العلوي أو الأرضي، بخلاف المشرع الفرنسي الذي ينص على إرتفاعات بإختلاف الطوابق وهذا ما نصت عليه المادة 677 قانون مدني فرنسي.

(1) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 471.

(2) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 790.

(3) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 64.

المبحث الرابع: تقييد المالك بإعطاء جارة حق المرور القانوني.

إذا كان المالك يستأثر بالإنتفاع بالشيء المملوك له فمن حقه أن يمنع غيره من المرور في أرضه، إلا أنه ولحاجة بعض الأراضي لإستغلالها بحكم أنها محصورة عن الطريق العام الأمر الذي يعطل إستغلالها وخاصة إذا لم يكسب أصحابها حق إرتفاق بالمرور إلى الطريق العام.

ولهذا قرر المشرع الجزائري كغيره من التشريعات لملاك هذه الأراضي الحق في المرور في الأراضي المجاورة من أجل الوصول إلى الطريق العام، وهذا القيد الوارد على حق الملكية العقارية الخاصة لا يرتبط بأي سلطة من سلطات المالك وهو ما يعرف بحق المرور القانوني⁽¹⁾.

وهو قيد عام يحمل الملكية الزراعية وملكية أراضي البناء⁽²⁾ ويستوي أن تكون الأرض مملوكة ملكية خاصة أو موقوفة، ويقرر حق المرور على الأملاك الوطنية الخاصة، ويرى جانب من الفقه الغالب في مصر أن حق المرور يمكن أن يتقرر مع الأملاك الوطنية العامة ما لم تتعارض مع الغرض الذي خصصت له⁽³⁾ وما يعزز هذا الرأي الفقهي أن المشرع الجزائري قد نص على جواز تقرير حق الإرتفاق الإتفاقي على المال العام، فمن باب أولى يجوز تقرير حق المرور القانوني على مثل هذا المال. وقد نص المشرع الجزائري على هذا القيد في المادة 693 قانون مدني جزائري⁽⁴⁾ التي تقضي بأنه «يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها 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».

ما يستخلص من هذه المادة والمواد 694، 695، 696 قانون مدني جزائري أن:

- المشرع الجزائري يقرر هذا الحق للأرض المحصورة (المحبوسة) عن الطريق العام إنحصاراً تاماً وأيضاً للأرض المتصلة بالطريق العام الذي لا تتصل به إلا بممر غير كاف أو لا يمكن الوصول إلى الطريق العام إلا بنفقة باهضة أو مشقة كبيرة.

- إن المشرع لم يشر إلى الهدف من إعطاء الجار المحصورة أرضه حق المرور وإني أرى أنه أعطى هذا الحق

(1) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 243.

(2) : أنظر المستشار: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 1564.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 763.

(4) : وتقابل هذه المادة في القانون المصري المادة 812، والفصل 142 من القانون العقاري المغربي الذي ينص ((إن المالك الذي تكون أملاكه محاطة وليس لها مخرج إلى الطريق العمومي، أو التي لها منفذ غير كاف لإستغلال ملكه إستغلالاً فلاحياً أو صناعياً يمكنه أن يطلب ممرأ في أملاك جيرانه على شرط أدائه تعويضاً مناسباً للضرر الذي يمكن أن يحدثه)).

لمالك الأرض المحصورة من أجل إستعمالها وإستغلالها بطريقة قانونية وسواء كانت زراعية أو صناعية⁽¹⁾.
- إن المشرع يشترط دفع تعويض يتناسب مع الأضرار التي قد تحدث من جراء ذلك وتبقى الملكية لصاحبها الأصلي، غير أنه لم يحدد لنا المشرع هل يدفع هذا المقابل مسبقاً أم لا؟ والذي يظهر لي أن المشرع لم يجعل دفعه مسبقاً وإلا لو أراد ذلك لنص عليه بخلاف المشرع الفرنسي الذي يشترط دفع التعويض مقدماً.

- إن المشرع قرر ترتيب حق المرور في الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار و الطريق ملائمة ويكون الضرر فيها أخف من المرور في العقارات المجاورة الأخرى وهذا تقييد لحق المرور⁽²⁾.
ويظهر التقييد العادل لحق المرور بأنه إذا كان الحبس عن الطريق العام بفعل تجزئة العقار بناءً على تصرف قانوني قام به المالك فلا يطالب بحق المرور على أرض الغير⁽³⁾.

فحق المرور في حالة الإنجاس «droits passage cas d'enclave» : هو حق مالك الأرض المحصورة عن الطريق العام « la voie public » - والمقصود بالطريق العام ليس بقاصر على الطريق البرية المملوكة ملكية عامة، بل يشمل الطرق البرية و النهرية متى كان من الممكن لصاحب الأرض إستعمالها إستعمالاً يتناسب مع الإستغلال العادي لأرضه - في أن يحصل على ممر في الأراضي المجاورة للوصول إلى هذا الطريق. وحتى يتقرر هذا الحق لا بد من تحقق شروط يفرضها القانون وإذا تخلف أحد الشروط فلا نكون أمام حق مرور قانوني، ويصح في هذه الحالة أن يتفق صاحب الأرض المحصورة مع جيرانه أو جاره على أن يكون له حق إرتفاق بالمرور.

المطلب الأول:

شروط الحصول على حق المرور القانوني.

لقد إشتراط المشرع الجزائري عدّة شروط من أجل تقرير حق المرور القانوني وهي:
أولاً: إنحصار العقار عن الطريق العام: فحتى يتم تقرير حق المرور القانوني لهذا العقار يجب أن يكون محبوساً عن الطريق العام، وسواء كان هذا الإنجاس كلياً أو جزئياً، فلا يشترط في المطالبة بحق المرور أن يكون العقار منحصرّاً عن الطريق العام إنحصاراً تاماً، فإذا وجد ممر موصل إلى الطريق العام لكنه ضيق لا يسمح بمرور العربات والشاحنات اللازمة لإستغلال الأرض أمكن المطالبة بحق المرور، والعبارة

(1) : وهذا ما نص عليه المشرع السوري، إذ نص في المادة 2/977 مدني سوري ((ويعطى نفس الحق مالك العقار الذي ليس له إلا منفذ غير كاف لإستثماره إستثماراً زراعياً أو صناعياً)).

(2) : أنظر الدكتور: تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 55.

(3) : أنظر : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 06-03-1985، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص 38، الدكتور: حسن كيرة،

المرجع السابق، ص 218، الدكتور : جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 107، 108.

في تقدير كفاية أو عدم كفاية الممر الذي يصل الأرض بالطريق العام تكون بحسب حاجة الأرض وتختلف هذه الحاجة باختلاف الإستعمال الذي خصصت له الأرض فالممر الذي خصص لمرور المشاة يعتبر ممراً كافياً لأرض مبنية وغير كافٍ لأرض زراعية، والممر الكافي لأرض زراعية أو مبنية للسكنى لا يكفي لأرض عليها مصنع يقتضي إستغلاله مرور شاحنات كبرى.

وإذا كان الممر الموجود كافياً للمرور لكنه غير مريح فلا يكون للمالك الحق في مسلك آخر لأن المسلك القانوني هو الذي يكون ضرورياً وليس المفيد أو السهل⁽¹⁾، ولا يمكن للمالك أن يطالب بممر إذا كان له حق مرور إتفاقي أو كان له حق مرور مبنياً على سبيل التسامح⁽²⁾، أو كان الإحصار يرجع إلى فعل المالك كأن قام بفعل مادي أو قانوني وسواء كان هذا العمل إيجابياً أو سلبياً⁽³⁾. كأن يقيم المالك بناءً يسدّ به الممر الذي يوصله إلى الطريق العام، أو تنازل عن حق مرور إتفاقي.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى إعطاء حق المرور للمالك الذي كان له حق إرتفاق بالمرور وسقط بعدم الإستعمال⁽⁴⁾، إلا أن بعض الشراح في مصر يرون بأنه يكفي الإهمال في عدم إستعمال حق الإرتفاق حرمان هذا المالك من المطالبة بحق المرور القانوني⁽⁵⁾.

ولكن إذا كان الممر الكافي متنازعا فيه هل يزول الإنجاس؟ فيرى جانب من الفقه الغالب في مصر أن العبرة في قيام المنفذ ليست بصفاته - وكونه متنازعا فيه - وإنما بوجوده فعلاً وبذلك لا تكون هذه الأرض في حالة إنجاس فمالكها يمر إلى الطريق العام ويتنظر حتى يزول عنه هذا الممر أو يمنع من إستعماله ليطلب بحق المرور القانوني، إلا أن هناك من يرى أن الممر المتنازع فيه لا يعتد به لأن مالك الأرض من حقه أن يكون له ممر مستقر وغير مهدد بالزوال ومن ثم تعدّ أرضه محبوسة ويحق له أن يطالب بحق المرور القانوني⁽⁶⁾.

وإذا تم إستحداث طريق عام بجوار الأرض المحصورة أو أن مالك هذه الأرض المحبوسة إكتسب ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام ففي هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين:

1- إذا كان مالك الأرض المحصورة لم يحصل بعد على حق المرور في أرض مجاورة، فإن إزالة الإحصار عن الأرض لم يبق له حق المطالبة بالمرور لزوال السبب.

(1) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 430، الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 151.

(2) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 221، الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 108.

(3) : أنظر : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 06-03-1985، المجلة القضائية، العدد 2، 1990، ص 30.

(4) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 199.

(5) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 199.

(6) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 170.

2- أن يكون مالك الأرض قد حصل على حق المرور في أرض مجاورة قبل أن ينفك الإحصار عن أرضه، وبالنسبة لهذا الفرض الأخير برز خلاف بين الفقه فهناك من الفقه:

- من ذهب إلى أنه مادام المالك قد حصل على حق المرور في أرض مجاورة حتى ولو زال الإحصار عن أرضه لأن له حق إرتفاق إتفاقي لا يزول إلاّ بأسباب زوال حق الإرتفاق الإتفاقي وليس بزوال الإحصار.

- وذهب البعض الآخر بأن حق المرور المكتسب مقيّد في قيامه وبقائه بالإحصار⁽¹⁾، فمتى زال فقد حق المرور سبب بقاءه ومن ثمّ يزول، ويستطيع صاحب الأرض المجاورة التي يباشر فيها حق المرور أن يطلب إنهاء هذا الحق.

وهذا رأي متفق مع طبيعة حق المرور القانوني إذا يشكل هذا الحق قيّداً على ملكية الأراضي المجاورة ومناطق إحصار الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور ويمكن للحجار صاحب الأرض المجاورة الممارس عليها حق المرور أن يطلب إنهاء هذا الحق، إمّا إذا رضي ببقاء هذا الحق فينقلب إلى حق إرتفاق إتفاقي.

ثانياً: عدم وجود مانع يعترض إدعاء مالك العقار المحصور: إن مالك العقار المحصور لا يستفيد من حق المرور القانوني إذا كان الحصر راجعاً إلى فعله، ويستوي أن يكون الإحصار المفتعل ناشئاً عن واقعة مادية كما لو قام المالك بسد المنفذ الذي كان يصله إلى الطريق العام، أو يكون ناشئاً عن تصرف قانوني كأن يكون قد باع حق المرور العائد لأرضه إلى الغير⁽²⁾.

ثالثاً: أن يطالب بالممر المالك: إن حق المرور القانوني ممنوح لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام أو لمن له حق عيني على هذه الأرض المحصورة مثل المنتفع، وصاحب حق الإستعمال والمحتكر. فلهم أن يطلبوا إزالة ما يعيق إستعمال حقهم، إلاّ أن المادة 693 من القانون المدني الجزائري لم تذكر إلاّ مالك الأرض المحصورة.

ومن المتفق عليه أن الحق في طلب المرور مخول لكل من له حق عيني على الأرض المحصورة إذ أن العلة واحدة وهي التمكّن من إستغلال الأرض، والمرور مرتب لمصلحة العقار لا لمصلحة المالك فيكون لمن يقوم مقامه في الإستغلال أن يطلب حق المرور القانوني⁽³⁾. أمّا أصحاب الحقوق الشخصية فليس لهم هذا الحق كالمزارع والمستأجر فمثلاً المستأجر عليه أن يلجأ إلى المؤجر للحصول على الممر اللازم.

(1) : أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17-03-1999، المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص 105.

(2) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، مطبعة الداودي، دمشق، 1979، 1980، ص 846.

(3) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 433.

رابعاً: أن يدفع طالب حق المرور تعويضاً مناسباً: إن صاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام يدفع تعويضاً مقابل حق المرور لصاحب الأرض التي يقع الممر فيها، وحق المرور لا يعطي ملكية الأرض للمستفيد من حق المرور، بل تبقى ملكية الأرض لصاحبها وله أن يتصرف فيها كما يشاء دون أن يلحق ضرراً بحق المرور.

ومتى توافرت هذه الشروط ثبت حق المرور القانوني لمالك الأرض المحصورة وعين الممر وحددت طريقة المرور.

المطلب الثاني:

تعيين الممر وطريقة المرور.

إنه بمجرد ثبوت الإنحباس يثبت لمالك الأرض المحصورة الحق في المرور في أرض جيرانه بقوة القانون دون الإعتداد برضاء أو عدم رضاء مالك الأرض المجاورة لأن الإنحباس ينشأ الحق⁽¹⁾، ولا يقتصر الإنحباس على المالك وحده بل يشمل كل من يقوم باستغلال العقار.

ويترتب على حق المرور القانوني نتائج هامة:

1- صاحب الحق يستفيد من الحماية التي تحققها دعاوى الحيازة، فإذا حاز الممر مدة سنة فله أن يرفع دعوى منع التعرض، ويستفيد من دعوى وقف الأعمال الجديدة (المادتين 820، 821 قانون مدني جزائري).

2- إن مرور مالك العقار المحصور قبل تعيين الممر أو دفع التعويض لا يوقعه تحت طائلة نصوص قانون العقوبات التي تعاقب على دخول ملك الغير بغير إذن.

3- إن الحق في المرور لا يسقط بعدم الإستعمال مهما طالّت المدة، ولا يسقط بعدم المطالبة به لأن مناطه الإنحباس.

ومن ثم فإن الممر -وعاء حق المرور أو النطاق المكاني لمباشرة الحق فيه- يتم تعيينه بالإتفاق أو بحكم القضاء. فإذا ما تم تعيينه ودياً مع صاحب أو أصحاب الأرض المجاورة المتصلة بالطريق العام لن تثار أي مشاكل فيتفقان على التعويض وتنظيم مسائل أخرى ويصح تعاقدتهما شريطة ألا يخالفا النظام العام وإلا كان باطلاً كما لو كان الإتفاق على الممر بقصد تسهيل عمليات التهريب⁽²⁾.

ولكن في هذه الحالة ما أثر الإتفاق ودياً على المرور على التعويض؟ فهل هذا الإتفاق يولد إلتزامات عينية تحمل الأعيان وتنتقل معها إلى الخلف الخاص أم أنها إلتزامات تثبت في الذمة؟ والجواب على ذلك أنه إذا كان الإتفاق قد نفذ حكم نص المادة 693 قانون مدني جزائري تنفيذاً دقيقاً كانت الإلتزامات عينية لأن مصدرها الحقيقي هو النص وما الإتفاق إلا مجرد تنفيذ للنص.

(1) : أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15-03-1989، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 61.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 253.

أما إذا عدّل الإتفاق من حكم المادة 693 قانون مدني جزائري كأن إتفاقا على إعفاء مالك الأرض المحبوسة من التعويض، فيرتب هذا الإتفاق بمجرد إلتزامات شخصية تثبت في ذمة طرفيه ولا تنتقل إلى الخلف الخاص⁽¹⁾ ويرتب على إعتبار إلتزام المالك بإعطاء جاره حق المرور إلتزاماً عينياً كل الآثار المترتبة على الإلتزامات العينية « praprtre rem » فهو يحمل العين وينتقل معها ويخول المدين التخلص منه بالتخلي عن العين. ورغم هذه الآثار إلا أن حق مالك الأرض المحصورة في المرور بأرض جاره ليس من قبيل التكاليف العينية إذ أنه لا يخول صاحبه سلطة مباشرة على المر بل تبقى ملكيته خالصة لصاحب الأرض ولهذا الأخير حق منع جاره من المرور إذا لم يدفع مقابل المرور، ومن تقرر له حق المرور يباشره بواسطة مالك الأرض ويظهر ذلك من المقابل الذي يعطيه للمالك و الذي يكون له مراقباً في إستعمال هذا الحق، فلو تجاوز صاحب الأرض المحصورة حدود النص إعترض عليه المالك الجار. كما يكون للجار المالك للأرض المقرر عليها حق المرور القانوني أن يطالب بتعديل المرور دائماً، فيتبين بأن حق المرور حق شخصي يمثل الوجه الإيجابي لإلتزام مالك الأرض المحبوسة.

وإذا كان حق المرور ليس من التكاليف العينية فيستبعد من نطاق الإرتفاقات وهو يختلف عن آثار الدين العادي، إذ التكاليف العيني هو دين على العين أما الدين العادي هو دين في الذمة.

- أما إذا لم يتم تعيين المر بالإتفاق فلا خلاص من الإلتجاء إلى القضاء لطلب تعيينه ويجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار و الطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين⁽²⁾.

فتحديد المر يتم بناءً على أساسين :

الأول خاص بتحديد موقع المر: ونفرق في هذه الحالة بين ما إذا كان العقار المحبوس لا يفصله إلا عقار واحد عن الطريق العام أو يفصله عدة عقارات متجاورة يمكن المرور في واحد أو أكثر إلى الطريق العام، فإذا تعددت العقارات كان الأمر متروكاً للقاضي في إختيار العقار الذي يترتب عليه أخف الأضرار، فجوهر الأساس هو تقليل الأضرار بالنسبة إلى المالك أو الملاك وبراغي أيضاً الأضرار التي تلحق صاحب الأرض المحبوسة⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك فقد يكون المر في أقصر موضع يصل بالطريق العام، أما صاحب الأرض المحصورة يرى بأن هذا المر منحدر ففي هذه الحالة القاضي هو الذي ينتقي

(1) : أنظر الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 175.

(2) : أنظر : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15-11-1989، المجلة القضائية، العدد 1، 1991، ص 27، 28.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 764، وقد نص المشرع المغربي في الفصل 143 من القانون المغربي العقاري ((الأصل وجوب أخذ المر من الجهة التي تكون فيها أقصر مسافة من الملك المحاط إلى الطريق العمومية بيد أنه يجب أن يرتب حق المرور من الجهة التي تكون أقل ضرراً على المالك الذي يعطي المر في أرضه)).

الممر، لكن تعيين الممر قد لا يكون فوق سطح الأرض ولو أن هذا ما تفيد به صياغة المادة 693 قانون مدني جزائري («... له أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة») بل يمكن أن يكون الممر في باطن الأرض أو هوائياً⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بعد تردد بأن «الأراضي المجاورة» لا تعني فوق سطح الأرض بل تعني جوفها إذا كان الممر لازماً للإستغلال العادي للأرض المحصورة⁽²⁾.
أما الثاني خاص بمسطح الممر: فهو مقيد بالقدر الكافي لإستغلال وإستعمال الأرض ولا عبرة بنوع الإستغلال فقد يكون زراعياً، أو صناعياً، أو تجارياً، أو سكنياً، إنما العبرة في هذه الحالة بوسيلة الإستغلال وما تحتاجه من مسطح الممر.

وتعيين الممر يكون بشكل محدد دون المطالبة به مرة أخرى وبحق لمالك الأرض المجاورة أو صاحب الأرض المحصورة أن يطلب التعديل فإذا غير مالك الأرض المحصورة طريقة إستغلال أرضه ورأى بأن الممر القائم غير كاف ولا يسمح بمرور وسائل التنقل فيحق له أن يطلب توسيع الممر، أما إذا ما رأى المالك المجاور أن الممر أصبح أوسع مما يلزم الإستغلال الجديد كان له أن يطلب تضيق الممر أو إزالته⁽³⁾

- وإن حق المرور لا يكتسب بالتقادم ولا يسقط بعدم الإستعمال فإن تم تعيين الممر بالإتفاق أو بحكم القاضي ولم يستعمله صاحبه خلال مدة خمسة عشر سنة فيسقط حقه في إستعمال هذا الممر الذي تم تعيينه⁽⁴⁾.

وفي تعيين الممر تستوقفنا إشكالية مفادها كيفية تعيين الممر في حالة إذا ما كان الإنجاس ناشئاً عن تجزئة العقار الذي له إتصال بالطريق العام؟ وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 697 من القانون المدني - والمقابلة للمادة 812 / 2 قانون مدني مصري - «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».

ما يلاحظ أن هذه المادة قد أوردت حكماً معقولاً إذ أنّ العقار الذي يكون متصلاً إتصلاً كافياً بالطريق العام ثم يقوم مالكة بتجزئته يتصرف منه يجعل هذا العقار محصوراً عن الطريق العام فيتقرر حق المرور لهذا الجزء على الأجزاء الأخرى كما لو كانت قبل الإنجاس⁽⁵⁾.

(1) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 228.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 176، الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 407.

(3) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 73.

(4) : حق المرور لا يسقط لأن مناطه الإنجاس فيدور معه وجوداً وعدمياً مع إعادة دفع تعريض جديد، أما الممر فيخضع لنظام السقوط، أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 28-10-1998، المحلة القضائية، العدد 1، 1999، ص 76.

(5) : أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 114.

الممر، لكن تعيين الممر قد لا يكون فوق سطح الأرض ولو أن هذا ما تفيدته صياغة المادة 693 قانون مدني جزائري «... له أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة» بل يمكن أن يكون الممر في باطن الأرض أو هوائياً⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية بعد تردد بأن «الأراضي المجاورة» لا تعني فوق سطح الأرض بل تعني جوفها إذا كان الممر لازماً للإستغلال العادي للأرض المحصورة⁽²⁾.
أما الثاني خاص بمسطح الممر: فهو مقيد بالقدر الكافي لإستغلال وإستعمال الأرض ولا عبيرة بنوع الإستغلال فقد يكون زراعياً، أو صناعياً، أو تجارياً، أو سكنياً، إنما العبيرة في هذه الحالة بوسيلة الإستغلال وما تحتاجه من مسطح الممر.

وتعيين الممر يكون بشكل محدد دون المطالبة به مرة أخرى وبحق لمالك الأرض المجاورة أو صاحب الأرض المحصورة أن يطلب التعديل فإذا غير مالك الأرض المحصورة طريقة إستغلال أرضه ورأى بأن الممر القائم غير كاف ولا يسمح بمرور وسائل التنقل فيحق له أن يطلب توسيع الممر، أما إذا ما رأى المالك المجاور أن الممر أصبح أوسع مما يلزم الإستغلال الجديد كان له أن يطلب تضيق الممر أو إزالته⁽³⁾.

- وإن حق المرور لا يكتسب بالتقادم ولا يسقط بعدم الإستعمال فإن تم تعيين الممر بالإتفاق أو بحكم القاضي ولم يستعمله صاحبه خلال مدة خمسة عشر سنة فيسقط حقه في إستعمال هذا الممر الذي تم تعيينه⁽⁴⁾.

وفي تعيين الممر تستوقفنا إشكالية مفادها كيفية تعيين الممر في حالة إذا ما كان الإنجاس ناشئاً عن تجزئة العقار الذي له إتصال بالطريق العام؟ وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 697 من القانون المدني - والمقابلة للمادة 812/2 قانون مدني مصري - «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».

ما يلاحظ أن هذه المادة قد أوردت حكماً معقولاً إذ أن العقار الذي يكون متصلاً إتصلاً كافياً بالطريق العام ثم يقوم مالكة بتجزئته يتصرف منه يجعل هذا العقار محصوراً عن الطريق العام فيتقرر حق المرور لهذا الجزء على الأجزاء الأخرى كما لو كانت قبل الإنجاس⁽⁵⁾.

(1) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 228.

(2) : أنظر الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية، المرجع السابق، ص 176، الدكتور: عبد المنعم البلراوي، المرجع السابق، ص 407.

(3) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 73.

(4) : حق المرور لا يسقط لأن مناطه الإنجاس فيدور معه وجوداً وعدمياً مع إعادة دفع تعويض جديد، أما الممر فيخضع لنظام السقوط، أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 28-10-1998، المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص 76.

(5) : أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 114.

ومن امثلة الإنحباس الناتج عن تجزئة العقار :

أ - الإنحباس الناتج عن طريق البيع: كحالة بيع جزء من العقار المتصل بالطريق العام، وأصبح هذا الجزء منفصلاً عن الطريق العام بالجزء الذي بقي للبائع، فيجب على البائع أن يقرر على الجزء الباقي لصالحه مرةً لهذا المشتري و العكس صحيح.

ب - الإنحباس الناتج عن المقايضة: كما لو حصلت المقايضة على جزء من الأرض، فيكون للجزء المحصور عن الطريق العام ممر من الجزء الآخر.

ج- الإنحباس الناتج عن القسمة: في حالة إذا ما تمت قسمة عقار بين مجموعة من الأشخاص يكون للشريك المتقاسم الذي ليس لتصبيه إتصال بالطريق العام ممر على الأجزاء المملوكة لشركائه. والعلّة من هذا الإستثناء من القاعدة أن الإنفصال عن الطريق العام سببه عمل المتعاقدين في البيع، أو المقايضة، أو القسمة، فلا يتحمل نتيجة عملهم غيرهم.

ويمكن القول أنه عند حصول العقد يفترض وجود إتفاق على ممر للعقار الذي فصل عن الطريق العام وبذلك قال بعض الشراح أن الحق كان موجوداً في الأصل للعقار المجاور للطريق لمصلحة العقارات الأخرى ولم يكن ظاهراً بسبب عدم تعدد الملاك ولما تعدّد الملاك ظهر هذا الحق⁽¹⁾. وفي سبيل تأصيل الحكم في حالة تجزئة العقار :

- ذهب رأي إلى أن أساسه الإلتزام بضمان الإنتفاع بالجزء المتصرف فيه ويتحمّله من قام بهذا التصرف، سواء كان البائع أو المتقايض أو المتقاسم ويلتزمون بضمان الإنتفاع وهو لا يتحقق إلا إذا تحمل المتصرف مرور المتصرف إليه في الجزء الذي إستبقاه المتصرف⁽²⁾.

إلا أن هذا الأساس لا يمكن أن يفسر في حالة ما إذا إستبقى البائع لنفسه الجزء المحبوس أو أن البائع باع كل جزء إلى شخص فكيف يتحمل المشتري بالضمان⁽³⁾.

- وذهب رأي آخر إلى أن الإرادة الضمنية للطرفين إتجهت إلى إنشاء الإلتزام بإنشاء إرتفاق المرور. إذ يعتبر هذا الرأي أنه غير صائب لأن الإرادة الضمنية موجودة وليست مصطنعة، ويجب أن تفيّد ظروف التعاقد قيام هذه الإرادة وكل الظروف لا تفيّد ذلك، والإرادة المفترضة تكون بنص القانون.

(1) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 439.

(2) : أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 225، الدكتور: عبد النعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 398.

(3) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 83، الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 262.

- وذهب رأي ثالث إلى أن الأساس موجود في نظرية العقد في المادة 2/147 قانون مدني مصري والتي تقابل المادة 2/107 قانون مدني جزائري والتي تنص «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام»، وتقرير حق المرور لمالك الجزء المحبوس على الجزء المتصل بالطريق العام يعدّ من مستلزمات التصرف الذي أدى إلى تجزئة العقار⁽¹⁾.

إلا أن هذا الأساس لا يستقيم في جميع الفروض فإذا استبقى المتصرف الجزء المحبوس لنفسه وباع الجزء النافذ فهذا لا يعلل الأمر إلا إذا قلنا بأن البائع قد اشتراط حق المرور على المشتري وهو لم يشترط لا صراحة ولا ضمناً⁽²⁾.

ويرى الأستاذ السنهوري أن الفقرة الثانية من المادة 812 قانون مدني مصري المقابلة للمادة 697 قانون مدني جزائري ما هي إلا تطبيقاً خاصاً لحكم المادة 1017 قانون مدني مصري المقابلة للمادة 869 قانون مدني جزائري «يجوز أيضاً في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي» ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بسأي طريقة من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة وجعل علاقة تبعية بين هذين العقارين من شأنها أن تدلّ على وجود حق إرتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين. ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهم عدّ الإرتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثم شرط صريح يخالف ذلك⁽³⁾.

وقد نص مشرعنا على حق المرور القانوني في المادتين 693، 697 من القانون المدني الجزائري، وقد نصّ في المادة 869 مدني جزائري على حق المرور الإتفاقي وباعتبار أن القيود هذه من قيود الملكية وليست إرتفاقات فلا مبرر للمادة 697 من القانون المدني إلا إعتبارات العدالة التي راعاها المشرع ودفعاً للمضار عن الغير فالإنجاس يتحمّله الجزء الناتج عن التجزئة و الذي أدى إلى إنجاس الجزء الآخر بفصله، وطالما أن حق المرور يثبت بقوة القانون بإعتباره قيداً على حق الملكية في حالة بقاء الإنحصار قائماً فلا تتور مسألة التقادم⁽⁴⁾، بل تتور مسألة تعيين الممر وطريقة المرور وتميز في صدد التقادم بين صور مختلفة :

1- في حالة ما إذا كانت الأرض محصورة عن الطريق العام، ثم أصبح لهذه الأرض حق مرور في الأراضي المجاورة فهذا الحق لا يتقادم مهما طالّت مدة عدم إستعماله ما دامت أن الأرض محصورة.

(1) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 84، 86.

(2) : أنظر الدكتور: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 224، هامش رقم 01، الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 768، هامش رقم 01.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، نفس المرجع، ص 769، الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة، المرجع السابق، ص 264، 265.

(4) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 64.

2- في حالة ما إذا مرّ مالك الأرض المحصورة في أرض جاره و دون أن يتم تعيين الممر وطريقة المرور بينه وبين الجار أو بمقتضى حكم من القاضي فيحق للجار أن يعترض ويطلب تقرير المرور في أرض مجاورة أخرى أو يطلب تغيير أو تعديل الممر الذي إحتاره الجار بما يتفق وطريقة إستغلال وإستعمال الأرض المحصورة.

3- وإذا كان صاحب الأرض المحصورة قد إختار ممراً في العقار المجاور ليس بقصد إستعمال حق المرور القانوني بل بقصد إستعمال حق مرور ليس قانوني، أو كانت الأرض غير محصورة عن الطريق العام ومرّ صاحبها إلى الطريق العام على أرض الجار لأن المسافة أقصر، فإذا ما مارس صاحب هذه الأرض بشكل ظاهر حق المرور خلال خمسة عشر سنة فإنه يكتسب حق إرتفاق بالمرور⁽¹⁾.

المطلب الثالث:

مقابل المرور.

إذا كان المشرع الجزائري يقرر حق المرور للأرض المحصورة عن الطريق العام على الأرض المجاورة حتى لا يتعطل إستغلال الأرض المحصورة فمن الطبيعي ألا يتضرر صاحب الأرض التي يتقرر المرور فيها بغض النظر عن الفائدة التي يحققها صاحب الأرض المحصورة، وبظل في هذه الحالة موضع المرور مملوكاً لصاحب الأرض التي يثبت فيها وله أن يتقاضى تعويضاً من صاحب الأرض المحصورة عن الأضرار التي أصابت أرضه نتيجة تقرير حق المرور عليها كما لو نقصت قيمتها أو قلّ نفعها ولا يدخل في تقدير قيمة التعويض ما عماد على الأرض المحصورة من نفع⁽²⁾.

ويتم تحديد التعويض من طرف ذوي الشأن، وعند عدم الإتفاق على تحديده يقدره القاضي وله أن يستعين بخبراء ينتدبون لذلك، ويقدر التعويض بنسبة الضرر الذي يحدث من جراء عملية المرور وهذا مانصت عليه المادة 693 قانون مدني جزائري «... أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك» والمقابلة للمادة 1/812 قانون مدني مصري.

وإذا إستعمل الممر عدة ملاك أراضيهم محصورة فلا يكونون متضامنين في دفع التعويض لأن التضامن لا يفترض وإنما يكون بالإتفاق أو بناءً على نص في القانون وهذا وفقاً للمادة 217 من القانون المدني الجزائري.

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 771.

(2) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 58، الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 66، الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 80، الدكتور: زهدي يكن، الحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 177، الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 158.

إلا أن القانون لا يوجب دفع التعويض مقدماً، وإذا لم يتم الإتفاق عليه ولا على طريقة دفعه تتولى المحكمة تحديده وطريقة دفعه فقد تحكم بمبلغ معين يدفع مقدماً دفعة واحدة أو تحكم بمبلغ يدفع على أقساط دورية متجددة، ويجوز للحجار أن يمنع صاحب الأرض المحصورة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته الواجب الأداء وذلك تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس⁽¹⁾.

ودعوى المطالبة بالتعويض تتقدم بخمس عشرة سنة كبقية الدعاوى فإذا كسب صاحب الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره عن طريق القضاء أو بالإتفاق أو مارس حق المرور دون إتفاق أو دون حكم قضائي. فالتعويض يصبح مستحقاً وإذا سكت صاحب الحق عن التعويض ومرّت خمس عشرة سنة فإن دعواه تسقط، أو أن التعويض كان إجمالياً ولم يطالب به الجار خلال خمس عشرة سنة منذ إستحقاق أي قسط منه فيسقط بالتقادم، وحتى ولو كان التعويض المتفق عليه أو المحكوم به إيراداً يتجدد كل سنة فإنه يسقط بخمس سنوات كبقية الديون الدورية المتجددة وهذا ما تقضي به المادة 309 من القانون المدني الجزائري، ولكن لا يعطى التعويض إذا ما كان عدم الإتصال بالطريق العام بسبب البيع، أو المقايضة، أو القسمة إذ يكون المسلك في هذه الحالات بدون تعويض إلا إذا تم الإتفاق على خلاف ذلك. لأنه في حالة القسمة وبسبب المساواة التي يجب أن تكون بين المتقاسمين يفرض أن الجزء المحصور يكون له إتصال بالطريق العام من الأجزاء الأخرى، وفي حالة البيع يجب أن يسلم البائع إلى المشتري الشيء وتوابعه وكل ما هو معدّ لإستعماله الدائم ومن هذه التوابع حق المرور، ويكون إستعمال حق المرور بدون تعويض في حالة كسبه بالتقادم⁽²⁾.

(1) : أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 228.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 404.

المبحث الخامس: القيود الخاصة بالإنشغال بالمياه.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 692 / 2 من القانون المدني « وتعتبر جميع موارد المياه ملكاً للجماعة الوطنية » وبهذا يكون مشرعنا قد أخرج ملكية المياه من نطاق الملكية الفردية إلى نطاق الملكية الجماعية وأكدت ذلك المادة 17 من دستور 28 نوفمبر 1996 المعدل لدستور 23 فبراير 1989 على أن « الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل ... المياه ... » وهكذا خضعت المياه الخاصة بالزراعة إلى أحكام القانون الزراعي الذي تولى تنظيم إستعمالها فنصت المادة 86 من هذا الأمر « عندما يلحق مورد ماء بالصندوق الوطني للشورة الزراعية، ثبت حقوق الأشخاص المنتفعين منه سابقاً لإستغلال أراضيهم الزراعية، في الإنشغال بالمياه طبقاً لأحكام هذا الأمر في حدود الملكية الضرورية فعلاً لإستغلال أرضهم ... ».

ما يلاحظ على هذا الأمر أنه ينص على القيود التي ترد أثناء الإنشغال بالمياه وهي قيود معروفة في قوانين النظام العام، كحق الشرب، وحق المجرى، وحق الصرف، ويلاحظ أن تنظيم المياه في العهد الإستعماري كان تابعاً لملكية الدولة (1) وذلك بقانون 16 جوان 1851.

وتعرض للقيود الخاصة بحق الشرب، والمجرى، والصرف، فلعلّ المشرع ينظمها وإن القيود الخاصة بالإنشغال بالمياه إنها ترد على المياه المملوكة للأفراد وهي الملكية التي يحق لأصحابها إستعمالها دون سواهم. أما ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه في الفصل الأول من الباب الثالث فيتضمن الإرتفاقات الخاصة بالملكية العامة للمياه، وتتطرق إلى هذه القيود ونحدد شروطها وفقاً لبعض القوانين التي نصت على القيود الخاصة بالإنشغال بالمياه وإعتبرتها قيوداً وليست حقوق إرتفاق.

المطلب الأول:

حق الشرب: (droit d'irrigation).

إذا كان المالك يملك السطح فهو يملك ما يحتوي عليه باطن الأرض وما فوقها في حدود القانون، ومن ذلك فهو يملك المياه النابعة من أرضه، وللمالك ككل السلطات في الإستعمال والإستغلال والتصرف بحقه بما في ذلك المياه، وهذا هو الأصل وإستثناءً قرر المشرع الجزائري قيوداً على مالكي المياه تجاه جيرانهم من الإنشغال من الموارد المائية المملوكة ملكية خاصة.

(1): أنظر: عبد الرحمن دغنوش، المرجع السابق، ص 78.

أو قد تكون مياه المجاري والينابيع مملوكة ملكية خاصة كالبئر أو التزعة فيثبت في هذه الأخيرة حقان، حق لأصحاب الأرض في الشرب و الشرب، وحق للملاك المجاورين الذين يثبت لهم حق الشفة دون الشرب⁽¹⁾، وحقم هذا النوع أنه لا يجوز لغير الشركاء الملاك أن يسقي أرضه إلا برضا أصحابه ما لم يضر غيره وثبت حق الشفة في هذا الماء واضح لأنه مازال مباحاً مادام لم يجرزه أحد، أما إذا كانت هذه المياه محرزة في أواني وأنايب فهي مملوكة لصاحبها بالإحراز ولا يحق لغيره أن ينتفع بها شرباً أو سقياً إلا بإذن من صاحبها⁽²⁾.

هذه أهم أحكام الإنتفاع بالماء في الشريعة الإسلامية، أما أحكام الإنتفاع بالماء في القوانين الوضعية وحتى يتحقق الشرب للحجار من مسقاة جاره يجب توافر بعض الشروط لكي يتم الحصول على حق الشرب وهذه الشروط هي:

أ - للمالك مسقاة خاصة: فحتى ينشأ حق الشرب فلا بد أن توجد أولاً مسقاة مملوكة ملكية خاصة معدة بحسب الأصل لسقي أرض المالك دون سواه وهو الذي يتحمل نفقات إنشائها وصيانتها، والقول بأن المسقاة خاصة هو أن المسقاة العامة لا يمكن الإنتفاع بمياهها إلا بعد الحصول على رخصة لكيفية إستعمالها.

ب - إستيفاء المالك حاجته من المسقاة: إن حق الشرب لا يتقرر لمالكي العقارات المجاورة الذين يكونون في حاجة إلى الري من المياه الخاصة إلا بعد أن يستوفي مالكها حاجته منها فهو أولى بالإستفادة منها دون أن يحتج عليه في كيفية إستعمال هذه المياه بحسب حاجته.

ج - وجود جدار ملاصقة للمسقاة الخاصة: ويتحقق الجوار في ثلاثة صور :

- أن تكون أرض الجار ملاصقة للمسقاة الخاصة فتعتبر المسقاة حداً فاصلاً بين أرض مالك المسقاة وأرض الجار الآخر.

- أن تكون أرض الجار فاصلاً بين أرض مالك المسقاة الخاصة وبين هذه المسقاة حيث تمر المياه الخاصة بهذه المسقاة في أرض الجار ويتحقق في هذه الحالة الجوار ويثبت لصاحب الأرض الحق في الشرب من المجرى الذي يمر في أرضه⁽³⁾.

- أن يتحقق الجوار بين أرض مالك المسقاة الخاصة وأرض الجار وتكون المسقاة في أرض مالكها ولا تكون على حدود أرض الجار ولا تمر في أرضه، فيرى البعض من الفقهاء أن هذه الصورة لا تخول لصاحب الأرض المجاورة الحق في الشرب من مسقاة جاره حيث يتحقق الجوار للمسقاة لا للأرض

(1) : أنظر الدكتور: محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 358.

(2) : أنظر الدكتور: نقيه عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 51.

(3) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 55.

ذاتها⁽¹⁾، ويذهب البعض الآخر إلى تحقق الجوار للأرض لا للمسقاة وهذا ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة 808 من القانون المدني المصري التي تنص « ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاج أراضيهم من ري أو صرف ». فجاءت المادة بعبارة مطلقة « الملاك المجاورين » وهي لا تميز بين الجار الملاصق للمسقاة، والجار الملاصق للأرض التي فيها المسقاة، فكلاهما يمثل جار⁽²⁾.

وقد يتعدد الملاك المجاورين فيجاور بعضهم المسقاة ويجاور البعض الآخر الأرض التي تمر فيها المسقاة، فلا تفضيل بين الجيران في هذه الحالة فيستفيد كل جار عمّا يفيض من المياه عن حاجة صاحب المسقاة، فيحصل الملاك المجاورين على ما يلزم أراضيهم من مياه وفي حالة تزامهم يفضل من هو في حاجة أشدّ إلى الماء⁽³⁾.

ويمكن أن نشير بأن الأرض المجاورة تستفيد من مياه مسقاة الجار المالك ولا يشترط أن تكون الأرض المجاورة التي هي في حاجة سقي من مسقاة المالك أن تكون مزروعة على ذمة الجار بل يكفي أن تكون مستأجرة، ولهذا فالحق في الشرب يتقرر لصالح الأرض المجاورة بغض النظر عن المنتفع منها سواء كان مالكا أو مستأجراً أو صاحب حق إنتفاع أو دائناً مرتهنناً رهناً حيازياً.

د - حاجة الجار إلى المياه الفائضة لري أرضه: فحتى يثبت الحق في الشرب يجب أن يكون الجار في حاجة لري أرضه رياً كافياً ويتحقق ذلك إذا لم يكن له مورد خاص لري أرضه، وإذا كان هذا الجار يستطيع أن يلجأ إلى طريق آخر لري أرضه بشق مسقاة فلا يجبر على ذلك ما دام أنه في حاجة إلى ماء وكانت في أرض جاره مسقاة وتتحقق حاجة الجار إلى المياه الزائدة إذا كان له مورد مائي ولكنه غير كاف لري أرضه رياً كافياً، وإذا تعدد الملاك أصحاب المساقى الخاصة كان للجار أن يختار من هذه المساقى ما هو أيسر لري أرضه ولا يتعسف في إستعمال حقه.

المطلب الثاني:

حق المجرى (droit d'aqueduc) وحق المسيل (droit d'ecaulement d'eaux).

حق المجرى: وهو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها، وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً لصاحب الأرض التي هو فيها أو يكون ملكاً لهما معاً أو يكون هذا المجرى مشتركاً بين كثيرين⁽⁴⁾.

(1) : أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 229.

(2) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في القانون الزراعي، المرجع السابق، ص 259، الدكتور: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 206.

(3) : أنظر : عبد الرحمن دغوش، المرجع السابق، ص 79.

(4) : أنظر الدكتور: وهبة الزحيلي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 604، الدكتور: عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 235، الدكتور: محمد يوسف محمد، المرجع السابق، ص 176، الدكتور: البشير محمد طه، المرجع السابق، ص 85.

وحتى يتسنى قيام هذا الحق لا بد من توافر شروط نعملها فيما يلي:⁽¹⁾

أ- أن يكون طالب الحق جاراً لملك الأرض: فحتى يثبت حق المجرى يجب أن يكون طالب هذا الحق جاراً أي مالكاً للأرض المجاورة التي يريد أن ينشأ فيها المجرى الخاص فينشأ المجرى على نفقته الخاصة في أرض جاره.

ب- أن يكون طالب حق المجرى في حاجة إلى ري أرضه عن طريق هذا المجرى: أي يجب أن يكون هذا المجرى هو الوسيلة الوحيدة لوصول مياه الري إلى أرض الجار. فإذا كانت له وسائل أخرى للري فيمتنع إعطاؤه الحق في المجرى على أرض جاره، اللهم إلا إذا كانت هذه الوسائل غير كافية لري أرضه فيتحقق له حق المجرى عندئذ.

ولا يشترط أن يكون مورد الماء مملوكاً للدولة أو مملوكاً للأفراد أو مملوكاً لمن تقرر له حق المجرى فالعبرة تكون بتوافر شرط حاجة إيصال الماء إلى أرض المالك البعيدة عن المورد وذلك بعد حصوله على حق الشرب، فحق المجرى لا يتحقق إلا بتوافر عناصر هذا الحق وهي:⁽²⁾

- وجود أرض بعيدة عن مجرى الماء أو منبعه.

- أن تتوسط الأرض البعيدة ومجرى الماء أو منبعه أرض مملوكة للغير.

- كما يشترط المرور في الظروف الأكثر عقلانية والأقل أضراراً بالأرض الوسيطة ويتم دفع تعويض مناسب ومسبق لصاحب الأرض الوسيطة.

حق المسيل (الصرف): يقصد بحق المسيل أو الصرف الحق في إسالة المياه الزائدة عن الحاجة لتصب في أقرب مصب عمومي⁽³⁾، وقد يكون مصدر هذا الماء الذي يراد صرفه في أرض زراعية، أو دار، أو مصنع، من مياه الأمطار أم فاضلاً عن السقي أو متبقياً عن استعمال⁽⁴⁾ وقد يكون المسيل في مكان خاص كأن يثبت لإنسان حق إمرار فضلات منزله من مجرى في ملك جاره، سواء كان هذا المجرى ظاهراً أو مستتراً، وقد يكون هذا المجرى مملوكاً للمنتفع به، أو مملوكاً للذي يمر المسيل في أرضه، وهذا الحق يتشابه وحق المجرى إلا أن المسيل لا يتقرر إلا بقصد الوصول إلى مصرف عام، في حين أن حق المجرى يتقرر سواء كان المورد خاصاً أو عاماً، وقد اختلف الشراح في تحديد مفهوم الجوار فهل هو نفس المعنى المقرر في حق الشرب أو أنه يختلف عنه؟

(1) : أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 101، الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 131، الدكتور: البشير محمد طه، المرجع السابق، ص 85، 86.

(2): أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في القانون الزراعي، المرجع السابق، ص 264، الدكتور: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 211.

(3): أنظر الشيخ: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 63.

(4): أنظر المحامي: صباح النشواتي، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1993، ص 698.

فيرى الأغلبية أن هذا الحق لا يتقرر إلا على الأرض المجاورة للمصرف الخاص المجازية للمصرف نفسه⁽¹⁾، في حين يذهب البعض الآخر أنه ليس من الضروري أن تكون أرض الجار ملاصقة للمصرف نفسه⁽²⁾.

ولتقرير حق المسيل لا بد من توافر شروط وهي:

أ - أن يكون طالب حق المسيل جاراً لمالك الأرض: فيشترط في الجار الذي يقوم بإنشاء مصرف خاص له يمر بأرض جاره أن تكون الأرض التي يشق فيها مصرفه مجاورة لأرضه، ويتحقق الجوار حتى ولو اقتضى الأمر أن يمر المصرف عبر عدة أراضٍ للمجيران حتى يصل إلى مصرف عام⁽³⁾.

ب - أن يكون طالب الحق في حاجة إلى صرف مياهه عن طريق المصرف، فيجب أن يكون هذا المصرف هو الوسيلة الوحيدة اللازمة لصرف مياه الجار الزائدة، وتجب نفقات إصلاح المسيل على المنتفع به إذا كان في ملكه أو ملك غيره، أما إذا احتاج في إصلاحه إلى دخول ملك غيره لم يجز للمالك منعه من الدخول وإن منعه كان له أحد أمرين: إما أن يمكنه من الدخول للإصلاح، أو يقوم هو بإصلاحه من ماله حتى لا يمنع ذو حق من حقه⁽⁴⁾.

أما إذا كان المصرف في أرض عامة فنفقة إصلاحه تكون على بيت المال. وأن حق المسيل قد تقرر في الشريعة الإسلامية التي تقرر حق المسيل ولا تميز لمالك الأرض التي تعين إحداث المسيل عليها المعارضة أو الممانعة، إلا إذا ترتب عليه ضرر بين ويبقى هذا الحق قائماً وإن تغيرت صفة الأرض المقررة لها كأن كانت أرضاً زراعية وصارت منزلاً أو مصنعة⁽⁵⁾. وإذا كان حق المسيل قديماً بقي على قدمه ما لم يكن ضاراً بالمصلحة العامة أو الخاصة فيجب إزالته لأن الضرر يزال ولا يحتج بتقادم الضرر لأن الضرر لا يكون قديماً.

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد أشار إلى حق المسيل في قانون 17/83 ونص في المادة 40 منه على أنه « يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي ... من حق مرور المياه مهما كانت طبيعتها عبر قناة باطنية في العقارات الوسيطة ... » وإعتبرها من قبيل حقوق الارتفاق إلا أنها ليست حقوق إرتفاق بالمعنى الصحيح.

(1) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 69، الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 403.

(2) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 55.

(3) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في القانون الزراعي، المرجع السابق، ص 264.

(4) : أنظر الشيخ: علي الحفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 63،

الدكتور وهبة الزحيلي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 607.

(5) : أنظر الدكتور: عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 235.

فيستفاد من هذا النص وبالتحديد عبارة «مهما كانت طبيعتها» أي سواء كانت المياه صالحة للشرب وهنا نكون أمام حق المجري أو كانت المياه زائدة عن الحاجة أو غير صالحة وهذا ما يتعلق بحق المسيل، وإن لهذه القيود الخاصة بالانتفاع بالمياه أحكام مشتركة تتعلق بإجراءات الحصول على ترتيب حق من هذه الحقوق والتعويض عن الضرر، فأول إجراء يجب القيام به هو محاولة الحصول على إتفاق ورضاء مع صاحب الملك الذي يكون ملكه موضوعاً للمقيد. وفي حالة عدم الإتفاق يلجأ الجار إلى الجهة القضائية لطلبه، وعندما يتقرر هذا الحق لا بد من دفع تعويض وهو يشمل مصروفات إنشاء المسقاة دون ثمن الأرض التي شقت فيها المسقاة لأنها مملوكة لصاحب الأرض وهناك من الفقهاء من يرى أن الجار لا يشارك في هذه المصروفات⁽¹⁾.

أما بالنسبة للأضرار التي تلحق صاحب الأرض نتيجة إهمال في الصيانة فيكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وقد يكون التعويض عن كل الأضرار سواء كانت نتيجة إنسياب المياه بحيث تتلف مزروعات المالك أو تحول دون استعمال الأرض بسبب ما غمرته المياه وتكون التعويضات على أساس نسبة مساحة الأرض⁽²⁾.

وفي حالة ما إذا أصبح المصرف أو المجري عديم الفائدة أو مضرراً بالمالك فيمكن للمضرور أن يطلب من الجهة الإدارية المختصة القيام بإجراء وقائي في حالة عدم إتفاق المالكين.

(1) : أنظر الدكتور: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 207.

(2) : أنظر : عبد الرحمن دغنوش، المرجع السابق، ص 81.

الفصل الثالث:

القيود الواردة على سلطة التصرف في الملكية.

إن سلطة التصرف من أهم مميزات حق الملكية، فإذا ما منع المالك من التصرف منعاً أبدياً فلا نكون بصدد حق الملكية لأن مقتضى سلطة التصرف تسمح للمالك بأن يتصرف فيما يملك تصرفاً قانونياً كأن يبيع أو يهب أو يوصي للغير بملكته العقارية. كما قد يلجأ المالك إلى نقل سلطة الإستعمال أو سلطة الإستغلال إلى الغير، أو ينقل السلطتين معاً للغير ويستتقي لنفسه ملكية الرقبة.

وإن القيود الواردة على سلطة التصرف في الملكية العقارية يمكن تصنيفها إلى نوعين:

- قيود متعارف عليها في كثير من التشريعات⁽¹⁾.

- قيود منصوص عليها بقصد تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾ وما يهمنا من هذه القيود سوى التي تنقرر على الملكية العقارية الخاصة وتهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، فنجدها تتمثل في الشفعة التي يمارسها الشفيع ويحل محل المشتري بقوة القانون وهذا قيد يدخل على مبدأ رضائية العقود، وهناك قيد قانوني آخر قيد فيه المشرع سلطة تصرف المالك في ملكه وهو في مرض الموت فإعتبر هذا التصرف وصية تسري عليه أحكام الوصية مهما كان الوصف الذي خلع على هذه التصرفات، وهناك قيد إتفاقي يرد على سلطة التصرف في الملكية العقارية إذ يتفق المتعاقدان على وضع شرط يمنع من التصرف في الشيء المتعاقد عليه وهذا من أجل تحقيق مصلحة لأحدهما أو بالنسبة للغير وهذا الشرط يطلق عليه الشرط المانع من التصرف، وندرس القيود التي ترد على سلطة تصرف المالك في ملكيته العقارية الخاصة في مباحث ثلاثة ندرس في المبحث الأول الشفعة كقيد على سلطة التصرف، وفي المبحث الثاني ندرس تقييد تصرفات المريض مرض الموت، أما في المبحث الثالث ندرس الشرط المانع من التصرف.

(1) : أنظر المواد : 720، 740، 794 من القانون المدني الجزائري.

(2) : أنظر الدكتور: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 345.

المبحث الأول: الشفعة كقيد على سلطة التصرف.

إذا كان القانون قد أعطى للمالك سلطة التصرف فيما يملك، فهذه السلطة ليست مطلقة بل تلحقها قيود مقررّة للمصلحة الخاصة وتظهر في الشفعة التي نصّ عليها المشرع الجزائري في المواد (794...807) من القانون المدني، وتعتبر الشفعة أيضاً من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون الجزائري⁽¹⁾، وقد نص المشرع في قوانين خاصة منها أمر 73/71 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية على ممارسة الشفعة في المادة 154، ونص عليها في المادة 24 من قانون 19/87 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، ونص أيضاً على الشفعة في قانون 25/90 في المواد (52، 55، 56، 57، 71)، إلا أنه ما يلاحظ على أن الشفعة في هذه القوانين الخاصة تمارس لتحقيق المصلحة العامة وبالتالي تخرج الشفعة المنصوص عليها في القواعد الخاصة من نطاق موضوعنا، إلا أن المشرع الجزائري قد نصّ مرة أخرى في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 على الشفعة في المادة 23 منه إلا أنها تحقق مصلحة خاصة للمستأجر، فالشفعة تعتبر من الأنظمة القانونية الإسلامية لأن معظم كتب الفقه الإسلامي تناولتها بالدراسة والتحليل وإن اختلفوا بشأنها.

وهناك من يذهب إلى إلغاء الشفعة كما بي محمد بن الحسين بن الأصم المتوفي عام 320 هـ⁽²⁾ وهناك من يثبت الشفعة⁽³⁾ ثم اختلف هؤلاء الفقهاء فيمن ثبتت له الشفعة، فهناك من يذهب إلى إعطاء الشفعة في العقار للشريك، ثم للخليط، ثم للحجار مطلقاً وهذا مذهب الأحناف وهناك من أثبت الشفعة للحجار وهذا ما ذهب إليه ابن قيم الجوزية وبعض فقهاء البصرة، وهناك من حصر الشفعة للشريك في العقار وهذا رأي الجمهور وإستدلوا على ما روي عن سعيد بن المسيّب بقوله: «(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الدور والأرضين)»، ومن جهة أخرى لم يستقروا على رأي واحد في الشيء الذي تنقصر فيه الشفعة فهناك من يرى ثبوت الشفعة في كل مال مشترك سواء كان منقولاً أو عقاراً وإستدلوا بحديث جابر وهو قوله: «(قضى رسول الله بالشفعة في

(1) : لأن هناك بعض الدول تأخذ بالشفعة في المنقولات، منها القانون الأردني.

(2) : أنظر : النبوكتاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء الخامس، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 372، وهذا ما أدى ببعض التشريعات القانونية إلى إلغاء الشفعة وإعتبارها قيداً ليس ثقيلاً كالتشريع السوري.

(3) : أما في السودان فقد صدر قانون خاص بالشفعة بتاريخ 5 جويلية 1928 رقم 11، يستمد أحكامه من قانون الشفعة المصري، أما في لبنان فصدر قانون 5 فبراير 1948 المعدل للقرار رقم 3339 وأدمجت أحكامه في القانون المتعلق بالشفعة، وإستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، أنظر الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، المرجع السابق، ص 78.

كل ما لم يقسم» وهذا عام يتناول المنقول والعقار، وبما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الشفعة في كل شيء، الأرض، الدار، والجارية، والخادم». ويعتبار أن الشفعة في الشريعة الإسلامية نظام قائم بذاته فلذا أخذت معظم التشريعات العربية وسواء القديمة منها أو الحديثة أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وبالنص على الشفعة في القوانين الوضعية وإهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بها يدل على جواز نزع الملكية الفردية لمصلحة فردية أخرى عند تعارض المصلحتين فتعدّ الشفعة صورة من صور تملك مال الغير بغير رضاه تملكاً طيباً لا خبث فيه⁽¹⁾، فهي نعمة للإنسان إذ تحميه من الأضرار المتوقعة بسبب سوء الجوار ورحمته من معاملة من يضاده في الطباع والأخلاق والشفعة مشروعة بالسنة والمعقول⁽²⁾ فإذا كان المالك حراً في أن يتصرف في ملكه فهو مقيد بعدم الإضرار بالجار أو بالشريك فكان من فضل الله أن شرع الشفعة رفعا لهذا الضرر عن الشريك وعن الجار دون أن يتأذى المالك أو المشتري لأن المالك يصل إلى غرضه من العوض عن طريق جاره أو شريكه ولا يكون تركه معاوضة شريكه أو جاره مع قصده البيع إلا إضراراً وظلماً وهذا لا يجوز إذ لا ضرر ولا ضرار، وكذلك لا ضرر على المشتري لأنه سيتحصل على ما دفعه فحاله بعد الأخذ بالشفعة هو كما قبل الأخذ بالشفعة فإذا أصيب بضرر فضرر الشريك أو الجار أشد وأعظم لأنه أولى ولأنه الأشد يزال بالأخف ويلتزم الشريك أو الجار بدفع العوض وهذا هو العدل والحكم المطابق للفطرة السليمة.

والمشرع الجزائري بأخذه بالشفعة يكون قد راعى هذه الأمور ونكفي بدراسة الشفعة على أنها تمثل قيماً على حرية التصرف والقاعدة هي مبدأ رضائية العقود إلا أن الشفعة خصها المشرع بإجراءات وشروط قانونية حتى يمكن ممارستها لأنها تمنع الأضرار وتمكن من جمع عناصر الملكية العقارية مما تحقق فائدة إقتصادية وندرس الشفعة في أربعة مطالب تناول في المطلب الأول تعريف وخصائص الشفعة، وتناول في المطلب الثاني طبيعة الشفعة والحكمة المقررة منها، وتطرق في المطلب الثالث إلى الشروط الموضوعية للشفعة وإجراءات الأخذ بها، وتطرق في المطلب الرابع إلى آثار الشفعة.

(1) : أنظر الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 73.

(2) : أنظر الدكتور: هاشم معروف الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة في الفقه الإسلامي في ثوب جديد، دار العلم، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 124، 125، 126، الشوكاني، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 372، 378، أن الرسول قد قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، وبما روي عن أحمد وأبو داود والزمذني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((جار الدار أحق بالدار من غيره)) فيدل هذا الحديث على ثبوت الشفعة للجار دفعاً للضرر عنه.

المطلب الأول:

تعريف وخصائص الشفعة.

إن بعض الكتاب والفقهاء وحتى المشرعين يذهبون إلى إطلاق مصطلح الحق على الشفعة، ولعلّ شيوع هذه التسمية مرده إلى أن إصطلاح الحقوق يطلق عادة على الأموال التي تشيع حاجات الإنسان، وقد تسرب هذا المدلول من تلك الزاوية التي بسطت هذا الإصطلاح على الأسباب التي تكتسب بها الحقوق، إلا أن هناك فرق بين الحق الذي هو المال وبين سبب إكتسابه فالحق في ممارسة أو الأخذ بالشفعة يعتبر سبباً لكسب المال وليس بمال وهذا يستتبع عدم إطلاق مصطلح الحق على طرق إكتساب الأموال⁽¹⁾.

وقد أصاب المشرع الجزائري عندما أطلق على هذا السبب من أسباب كسب الملكية مصطلح الشفعة، ونص عليها في المادة 794 من القانون المدني بقوله « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية ».

يتضح من هذا النص أن الشفعة مكنة إختيارية تجيز للشفيع أن يملك العقار المشفوع بمقتضى عقار مشفوع به، وإذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشفعة فقد ضيق على ما يبدو من نصوص القانون المدني من الأخذ بالشفعة إذ تمثل قيداً على حرية التصرف⁽²⁾ فيستحسن عدم التوسع فيها. فالشفعة لغة بضم الشين وسكون الفاء، لفظ مأخوذ من الشفع وهو الضمّ ومن هنا أخذت الشفعة للدلالة على المعنى القانوني لها، لأن صاحبها يشفع ماله بها، فيضم مال غيره⁽³⁾.

أما الشفعة في الإصطلاح فهي « حق تملك العقار المبيع من مشريه بما قام عليه ثمن المؤن رضي أم أبي »⁽⁴⁾، وهذا التعريف مماثل لما ورد في كتاب مرشد الحيران⁽⁵⁾ في المادة 95 منه إذ تنص: « الشفعة هي حق تملك الحق المبيع كلّ أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن »، ويقصد بالمؤن هي كل النفقات التي تصرف لكتابة العقد وتسجيله.

(1) : أنظر الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، المرجع السابق، ص 75.

(2) : فنجد المشرع قد ضيق من الأخذ بالشفعة من حيث الموضوع إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة. المادة 2/798 مدني جزائري، وأجاز للشفيع أن يتنازل على الشفعة حتى ولو قبل البيع. المادة 1/807 مدني جزائري، أما من ناحية الإجراءات فقد عالج تضييق الأخذ بالشفعة إذ أوجب على الشفيع أن يودع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة. المادة 801 مدني جزائري

(3) : أنظر : الشوكاني، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 372، الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 203، الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 188، الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، نفس المرجع، ص 63.

(4) : أنظر الشيخ: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 178.

(5) : وقد أخذ المشرع العراقي بهذا التعريف في المادة 1123 مدني عراقي، أنظر الدكتور: محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1909.

ما يلاحظ على هذا التعريف الإصطلاحي للشفعة بأنه يطلق عليها صفة الحق والحقيقة بخلاف ذلك فهي ليست بحق.

وهناك من الفقهاء من يعرف الشفعة بأنها « إنتقال حصة شريك إلى شريك كانت إنتقلت إلى أجنبي تمثل العوض المسمى»⁽¹⁾. وهناك تعريفات مماثلة لهذا التعريف تقول بأن : « الشفعة هي إستحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته » وعرفها آخرون بأنها « إستحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه »⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الشفعة بأنها رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية⁽³⁾، ويكون بذلك قد حسم الخلاف حول طبيعة الشفعة بالنص على أنها رخصة والحقيقة غير ذلك كما يري بعض الفقهاء، فيعتبرون أن الشفعة هي منزلة وسطى بين الحق و الرخصة، وهم يميزون بين الرخصة والحق. فالحق حسب النظرية الحديثة هو « إستثمار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه »⁽⁴⁾.

فالحق هو مصلحة مرسومة الحدود يحميها القانون، كحق الملكية فكل إنسان في المجتمع يستطيع أن يمتلك أي مال جائز التعامل فيه إذا لجأ إلى أي سبب من الأسباب المكسبة للملكية، فإذا أصبح مالكا إنتقل من مرحلة الرخصة إلى مرحلة الحق⁽⁵⁾.

أما الرخصة فهي « مكنة واقعية لإستعمال حرية من الحريات العامة ، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة »⁽⁶⁾.

فالرخصة (Simple faculté) هي حرية القيام بما لا يحرمه القانون كالسير، والتعاقد، والكتابة، والتقاضى، ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد.

ويضرب لذلك فقهاء القانون مثلاً للتفرقة بين الرخصة و الحق، فحرية التملك هي رخصة، أما الملكية فهي حق، ولقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في التفرقة بين الحق و الرخصة مايلي : « ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل

(1) : أنظر : الشوكاني، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 372.

(2) : أنظر : لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري،(رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، ابن عكنون، الجزائر، 1985، ص 22.

(3) : وهذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 794 مدني جزائري، يقابله نص المادة 939 مدني ليبي، والمادة 935 مدني مصري، أما المشرع الفرنسي فلم يأخذ بالشفعة إلا في سنة 1945، وقصر الشفعة على الأراضي الزراعية فقط.

(4) : أنظر الدكتور: فتحي الدريبي، المرجع السابق، ص 57.

(5) : أنظر الدكتور: العربي بلحاج، مفهوم التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 694.

(6) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، القاهرة، 1957، ص 09.

ما يلاحظ على هذا التعريف الإصطلاحي للشفعة بأنه يطلق عليها صفة الحق والحقيقة بخلاف ذلك فهي ليست بحق.

وهناك من الفقهاء من يعرف الشفعة بأنها « إنتقال حصة شريك إلى شريك كانت إنتقلت إلى أجنبي تمثل العوض المسمى»⁽¹⁾. وهناك تعريفات مماثلة لهذا التعريف تقول بأن : « الشفعة هي إستحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته » وعرفها آخرون بأنها « إستحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه »⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الشفعة بأنها رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية⁽³⁾، ويكون بذلك قد حسم الخلاف حول طبيعة الشفعة بالنص على أنها رخصة والحقيقة غير ذلك كما يري بعض الفقهاء، فيعتبرون أن الشفعة هي منزلة وسطى بين الحق و الرخصة، وهم يميزون بين الرخصة والحق. فالحق حسب النظرية الحديثة هو « إستثمار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه »⁽⁴⁾.

فالحق هو مصلحة مرسومة الحدود يحميها القانون، كحق الملكية فكل إنسان في المجتمع يستطيع أن يمتلك أي مال جائز التعامل فيه إذا لجأ إلى أي سبب من الأسباب المكسبة للملكية، فإذا أصبح مالكا إنتقل من مرحلة الرخصة إلى مرحلة الحق⁽⁵⁾.

أما الرخصة فهي « مكنة واقعية لإستعمال حرية من الحريات العامة ، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة »⁽⁶⁾.

فالرخصة (Simple faculté) هي حرية القيام بما لا يجرمه القانون كالسير، والتعاقد، والكتابة، والتقاضى، ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد.

ويضرب لذلك فقهاء القانون مثلاً للترقية بين الرخصة و الحق، فحرية التملك هي رخصة، أما الملكية فهي حق، ولقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في التفرقة بين الحق و الرخصة مايلي: « ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل

(1) : أنظر : الشوكاني، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 372.

(2) : أنظر : لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري،(رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، ابن عكنون، الجزائر، 1985، ص 22.

(3) : وهذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 794 مدني جزائري، يقابله نص المادة 939 مدني لبيسي، والمادة 935 مدني مصري، أما المشرع الفرنسي فلم يأخذ بالشفعة إلا في سنة 1945، وقصر الشفعة على الأراضي الزراعية فقط.

(4) : أنظر الدكتور: فتحي الدريبي، المرجع السابق، ص 57.

(5) : أنظر الدكتور: العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 694.

(6) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، القاهرة، 1957، ص 09.

والشفعة لا يجوز إلا إذا كان التصرف في العقار بيعاً⁽¹⁾ وهذا وفقاً لنص المادة 794 مدني جزائري « الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار... » والحكمة من إقتصار الشفعة على عقد البيع وحده واضحة لأن الشفيع يحل محل المشتري في مقابل الثمن الذي يشتري به ولا يوجد ثمن إلا في عقد البيع.

ثانياً: عدم قابلية الشفعة للتجزئة: طالما أن الشفعة ترد على العقارات فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض حتى لا يتضرر المشتري من تفرق الصفقة التي عقدها مع البائع، فيحجر الشفيع على الأخذ بالشفعة في كل العقار⁽²⁾ وهذا درء للأضرار التي تلحق بالمشتري للعقار المشفوع فيه. ثالثاً: الشفعة تنقرر للشفيع: وهي تقوم على إعتبرات شخصية محضة يترك إدارتها لتقدير الشفيع إن شاء أخذ بها وإن شاء تركها وهذه الإعتبرات تتمثل في تضرر الشفيع وما شرعت الشفعة إلا لرفع هذا الضرر.

رابعاً: الشفعة واردة على سبيل الإستثناء: لأنها تقيد من حرية التعاقد فيحجر بمقتضاها المشتري على التحلي عن العقار الذي إشتراه، ويجد البائع نفسه أمام شخص غير الذي أراد البيع له، وبحلول الشفيع محل المشتري يستفيد من كل الإعتبرات التي يكون البائع قد راعاها في المشتري فقد يكون هذا الأخير قد لقي معاملة ممتازة من حيث شروط البيع، ولذا يجب عدم التوسع في نصوص الشفعة لأن المشرع أحاطها بقيود⁽³⁾.

المطلب الثاني:

طبيعة الشفعة والحكمة المقررة منها.

لقد أثير جدل كبير في الفقه و القضاء المصري حول تكييف الشفعة بين قائل بأنها حق عيني تخول للشفيع حقاً مباشراً يسري على الكافة، وقائل بأنها حق شخصي يمنح لإعتبرات شخصية، وقائل بأنها حق ذو طبيعة مختلطة يرد على عقار ليكون عينياً، وتقرر على إعتبرات شخصية ليكون شخصياً، وقائل بأنها ليست بحق بل هي سبب لكسب الملكية.

- (1) : أنظر الدكتور: عبد الله محمد علي صالح، أسباب التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، 1994، ص 63، الدكتور: عصام أنور، عدم تجزئة الشفعة دراسة تأصيلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 10، الدكتور عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة في ضوء القضاء و الفقه، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986، ص 85، 86، الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 439، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 166، السيد المحامي: عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 380، الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 232.
- (2) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 255.
- (3) : أنظر الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، المرجع السابق، ص 101.

أولاً: الرأي القائل بأنها حق عيني: وهذا الرأي يمثل بعض الفقه ويرون أن الشفعة حق عيني تتعلق بال عقار المشفوع فيه ويستطيع الشفيع تتبع هذا الشيء في أي يد إنتقلت إليها ملكية العقار ويستطيع أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين، وقد ذهبت محكمة الإستئناف المختلطة إلى الأخذ بهذا الرأي⁽¹⁾، ويرى الدكتور السنهوري أن أصحاب هذا الرأي إستعملوا عبارة (الحق العيني) بمعناها المعروف، وإتجهت نيتهم إلى القول بأن الشفعة حق عيني من أجل ترتيب نتيجة مفادها أن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة هي المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار المشفوع فيه، ويكون هذا دون الحاجة إلى القول بأن الشفعة حق عيني لأن مجرد القول بأن الشفيع يكسب ملكية العقار المشفوع فيه بالشفعة يكفي للوصول إلى هذه النتيجة⁽²⁾.

ثانياً: الرأي القائل بأنها حق شخصي: يرى جانب من الفقه والقضاء أن الشفعة حق شخصي يرتبط بالشفيع ولا يمكن إستعماله لمصلحة شخص آخر فالشفيع يستعمل حقاً شخصياً وهو الحق في أن يصير مشترياً بالأفضلية ولو ضد إرادة البائع وتكون بذلك له الحقوق التعاقدية التي كانت للمشتري⁽³⁾. ما يعاب على أصحاب هذا الرأي أن نيتهم من عبارة (الحق الشخصي) لم تستعمل بالمعنى المقابل للحق العيني بل أستعملت بأن الشفعة حق متصل بالشفيع لا ينتقل هذا الحق بالمراث، ولا يجوز حوالته، ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا هذا الحق بإسم مدينهم.

ثالثاً: الرأي القائل بأن الشفعة ذات طبيعة مختلطة: أي أنها حق شخصي عيني فهو من جهة شخصي بالنسبة إلى الشخص الشفيع، ومن جهة أخرى عيني ينظر فيه إلى العقار المشفوع فيه. رابعاً: الرأي القائل بأنها مصدر للحق: يرى بعض الفقه أن الشفعة تعد من أسباب كسب الملكية وهي أقرب إلى الحق العيني، وما جاء به المشرع الجزائري كان صريحاً بأن الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية ولا يمكن تصور السبب المنتج للحق أن يسمى حقاً عينياً فالشفعة ليست حقاً من الحقوق⁽⁴⁾ وهي وسيلة لا تنتج حقاً من الحقوق إلا إذا أستعملت فلا يتولد الحق العيني للشفيع بمجرد البيع بل عند طلب الأخذ بالشفعة والقضاء به، ويرى البعض من الفقه أن الشفعة واقعة قانونية طبيعية وهي مصدر للحق⁽⁵⁾.

(1) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 178.

(2) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 447.

(3) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الثالث، نفس المرجع، ص 179.

(4) : أنظر السيد المحامي: عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 376.

(5) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 407، 463، الدكتور : عبد الرزاق

السنهوري، الجزء التاسع، نفس المرجع، ص 887.

ومن خلال عرض هذه الآراء الفقهية والقضائية حول طبيعة الشفعة فإنني أميل إلى الرأي القائل بأن الشفعة هي مصدر للحقوق، تجعل الشفيع في منطقتة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك و الحق في الملك.

أما بالنسبة للحكمة من الشفعة التي تستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية التي تحتوي على مبادئ سامية صالحة لكل زمان ومكان، ولما كان من الأصول الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لا ينتزع إلا برضاه وإن رضا البائع و المشتري ليس شرطاً للأخذ بالشفعة فتعدّ الشفعة مستثناء من عموم الأصل السابق لنفي الضرر عن الشريك والجار⁽¹⁾.

وقد ورد عن ابن قيم في أعلام الموقعين عن رب العالمين أن: « من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك، فإن حكمة الشارع إقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن رفعه... »⁽²⁾

وللشفعة مزية أخرى وهي منع تجزئة العقارات فياستعمال الشفعة تتجمع عناصر الملكية، وقد أصاب المشرع الجزائري بالنص على الشفعة إذ فيها تأكيد على رفع الضرر⁽³⁾.

المطلب الثالث:

الشروط الموضوعية للشفعة وإجراءات الأخذ بها.

لكي يمكن الأخذ بالشفعة ينبغي توافر شروط موضوعية منها ما يتعلق بالشفيع وأخرى تتعلق بالتصرف المشفوع فيه، وشروط تخص المال المشفوع فيه. فحتى يمارس الشفيع الشفعة يجب أن يكون سبب الشفعة قد توافر وقت البيع المشفوع فيه ويستمر حتى يتم الحكم بالشفعة أو يسلم بها المشتري⁽⁴⁾.

والحكمة من اشتراط توافر سبب الشفعة وقت البيع هي دفع الضرر عن الشفيع إذ لا يتوافر هذا الضرر إذا لم يكن للشفيع حق عيني عقاري وقت البيع، وينبغي أن يكون الشفيع كامل الأهلية وألا يكون من الفئة الممنوعة من شراء العقار المشفوع فيه المنصوص عليها في المادة 402 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾.

(1) : وهذا بالنسبة للقوانين التي تثبت الشفعة بالشركة و الجوار كالقانون المدني الأردني الذي نص على شفعة الجار الملاصق في المادة 2/1151، وقانون التوجيه العقاري الجزائري الذي نص على شفعة الجوار في المادة 57.

(2) : أنظر : ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، الجزء الثاني، القاهرة، 1970، ص 111.

(3) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 253.

(4) : أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 230، الدكتور : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 79،

الدكتور : محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 172.

(5) : وهذه المادة تقابل المادة 471 من القانون المدني المصري.

أما الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع فيه لممارسة الشفعة ينبغي أن يكون بعوض، أما إذا عرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بدون عوض أو بعوض غير مالي ففي ذلك إختلاف بين العلماء. أما بالنسبة للشروط التي يجب توافرها في الشيء المشفوع فيه أن يكون عقاراً وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار، فمحل الشفعة هو العقار. فإذا توافرت هذه الشروط الموضوعية لممارسة الشفعة ينبغي إستكمال الإجراءات الشكلية القانونية.

فلقد نص المشرع الجزائري على إجراءات صارمة للأخذ بالشفعة إذا لم يرض المشتري بإعطاء هذا العقار المبيع إلى الشفيع ونكون في هذه الحالة أمام الشفعة بالتقاضي بدل شفعة التراضي، فنص المشرع الجزائري على الإجراء الأول والمتعلق بالإنذار بوقوع البيع الذي يوجهه أحد المتبايعين إلى الشفيع والهدف من هذا الإجراء هو أخذ الشفيع إحتياطاته وإبداء رغبته في الشفعة وهذا ما قرره المادة 799 مدني جزائري المقابلة للمادة 940 مدني مصري، ويجب أن يشمل الإنذار على بيانات قانونية محددة وإلا كان باطلاً، وبموجب هذا الإنذار يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثين يوماً من الإنذار الذي وجهه أحد المتبايعين⁽¹⁾، حتى لا يبقى البيع مهتداً لمدة طويلة وجعل المشرع الجزائري التصريح بالرغبة في الشفعة يتم بعقد رسمي، ويجب على الشفيع حتى يتوقى تصرفات المشتري أن يسادر إلى تسجيل (شهر) هذا التصريح حتى لا تكون التصرفات الواردة على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة نافذة في مواجهة الشفيع و الهدف من التسجيل المذكور في المادة 801 مدني جزائري هو العلم بالنسبة إلى الغير، وهذا ما تقضي به المادة 806 مدني جزائري.

وحتى يتمكن الشفيع من رفع دعوى الشفعة يتوجب عليه مسبقاً إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح الرسمي بالرغبة للأخذ بالشفعة وهذا ما نصت عليه المادة 2/801 مدني جزائري، فالمشرع يوجب على الشفيع إيداع ثمن البيع لدى الموثق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التصريح بالرغبة للأخذ بالشفعة⁽²⁾، ويرفع الشفيع دعوى الشفعة على كل من البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 مدني جزائري وإلا سقط حقه. والحكمة من ذلك هي تقييد الشفعة من حيث المواعيد حتى لا يبقى مصير البيع معلقاً فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد سقط حق الشفيع في الشفعة⁽³⁾.

(1) : أنظر : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 30-04-1990، المحلة القضائية، العدد 4، 1992، ص 28، 29.

(2) : أنظر : قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10-01-1990، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مديرية الشؤون المدنية، 1995، ص 151، 152.

(3) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، ص 243، الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 397، الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 240، الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، المرجع السابق، ص 101.

المطلب الرابع: آثار الشفعة.

قد يسلم المشتري للشفيع بالشفعة رضاء، أو يتم بالحكم بها للشفيع قضاء وإذا ما تمت الشفعة يحل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه، وتترتب علاقة بين الشفيع والبائع، وعلاقة الشفيع بالمشتري، وعلاقة الشفيع بالغير.

أولاً: علاقة الشفيع بالبائع: بمجرد تسجيل الحكم الصادر بالشفعة يصبح الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ويحل محل المشتري، ولكن ما هو الوقت الذي يتحقق فيه هذا الحل؟ وقد كان هذا محل خلاف في المذاهب الأربعة⁽¹⁾ ولدى فقهاء القانون ومعهم القضاء فوجدت في هذا المجال أربعة آراء فقهية⁽²⁾.

ثانياً: علاقة الشفيع بالمشتري: بثبوت الشفعة يحل الشفيع محل المشتري وهذا يؤدي إلى إنشاء علاقة بينهما تتمثل في أن يكون لكل من الشفيع والمشتري حقوقاً تجاه بعضهم البعض فيقع على الشفيع التزام بدفع الثمن والمصاريف لدى الموثق ولا يستطيع المشتري أن يزيد في الثمن الذي دفعه إلى البائع بحجة غلاء المعيشة ولا يجوز للشفيع إنقاص الثمن بحجة إنخفاض قيمة العقار⁽³⁾، أما إلتزامات المشتري تتمثل في تسليم العقار المشفوع فيه بالحالة التي كان عليها وقت البيع وهذا ما نصت عليه المادتين 364، 367 مدني جزائري والإلتزام بالتسليم هو مكمل للإلتزام بنقل الملكية ويلتزم المشتري برد جميع ثمار العقار المشفوع فيه للشفيع وهذا ما يستفاد من نص المادة 389 مدني جزائري، وإن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا إذا أشهر الحكم النهائي أو سند التراضي لأن حكم الشفعة كاشف وبالتالي يحل الشفيع محل المشتري منذ وقت البيع ويتملك الثمار وهي في يد المشتري من وقت البيع ويعتبر المشتري حسن النية قبل التصريح بالرغبة في الشفعة فيتملك الثمار ولا يلتزم بردها، أما بعد التصريح بالرغبة فيعتبر سيء النية فتكون الثمار للمالك أو للشفيع ويستطيع أن يستردها وهذا ما تنص عليه المادتين 837، 838 قانون مدني جزائري.

ثالثاً: علاقة الشفيع بالغير: تنص المادة 806 مدني جزائري ((لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والإختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صادر منه وكل حق عيني رتبته المشتري

(1) : أنظر : أطوف، عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 200.

(2) : أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 456، الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 248.

(3) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 528.

أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار» وتقابلها المادة 947 مدني مصري، يبدو من هذا النص أن علاقة الشفيع بالغير تظهر من خلال ما يكون المشتري قد رتبته من حقوق عينية على العقار المشفوع فيه⁽¹⁾ وطبقاً لهذا النص ينبغي أن نميز بين فرضين.

أولاً: الحقوق العينية المرتبة من قبل المشتري على العقار المشفوع فيه قبل شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة تكون نافذة في حق الشفيع بمفهوم المخالفة لنص المادة 806 مدني جزائري.

ثانياً: أما الحقوق العينية المرتبة من قبل المشتري على العقار المشفوع فيه بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة فلا تكون حجة على الشفيع لأن من يتعامل مع المشتري في هذه الحالة سيء النية لأنه يمكن أن يطلع لدى المحافظ العقاري على المالك الحقيقي، وإذا ما عمد المشتري بعد شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة إلى ترتيب حقوق عينية تبعية على العقار المشفوع فيه فلا تكون حجة على الشفيع وينتقل إليه العقار المشفوع فيه حالياً من هذه الحقوق، ويحتفظ دائن المشتري بحق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار إذا كان المشتري قد دفع ثمنه إلى البائع ومن ثم يتقاضاه من الشفيع⁽²⁾، أما إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن إلى البائع فيدفعه الشفيع إليه مباشرة وهو ملزم بإيداعه لحساب البائع قبل رفع دعوى الشفعة.

المبحث الثاني:

تقييد تصرفات المريض مرض الموت.

قبل التطرق إلى معالجة هذه الفكرة ينبغي أن نشير إلى الأخطاء التي وقع فيها المشرع الجزائري في هذه الفكرة، إذ أن المادة 408 من القانون المدني تنص على أنه «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال».

وتنص المادة 776 من القانون المدني الجزائري والمادة 916 مدني مصري والمادة 1109 مدني عراقي على أن «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً إذا أثبت الورثة أن التصرف

(1) : أنظر الدكتور: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 192.

(2) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 365.

صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

من هذين النصين يلاحظ أن حكم المادة 1/408 يتماشى مع ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 189 من قانون الأسرة « لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي » فالوصية لوارث غير منجزة إلا إذا أقرها باقي الورثة⁽¹⁾، وكذلك البيع في مرض الموت يأخذ نفس الحكم بإعتباره وصية. إلا أنه يمكن ملاحظة أن ما جاء به النص الفرنسي للمادة 1/408 يتعارض مع النص العربي إذ يقول أنه يشترط أن يتم البيع في حالة إشتداد حدة المرض "dans la période aigue" وهو شرط لم يرد في النص العربي ولم يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر أحكام المريض مرض الموت هذا الشرط⁽²⁾ فيجب تعديل النص الفرنسي كي يطابق النص العربي.

وقد نصت المادة 2/408 على البيع للغير إذا تم في مرض الموت فيعتبر غير مصادق عليه وبذلك يكون قابلاً للإبطال. وهذا الحكم لا يتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا مع قانون الأسرة، فإذا قلنا بأن البيع في مرض الموت يأخذ شكل الوصية فيعني أنه جائز وصحيح بالنسبة للغير في حدود الثلث، أما ما زاد عن ذلك فيتوقف على إجازة الورثة وهذا وفقاً لنص المادة 185 من قانون الأسرة التي تنص « تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة » ولذا يقترح⁽³⁾ الدكتور علي علي سليمان تعديلاً لهذه الفقرة من المادة 408 صياغته كالتالي « أما إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف فإنه ينفذ في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة ». كذلك يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين التصرف لوارث والتصرف للغير وارث بحيث يشترط موافقة باقي الورثة في كل تصرف وهذا لا يتطابق مع قواعد الشريعة الإسلامية خاصة وأن المادة 775 مدني جزائري أكدت على خضوع الوصية لأحكام الشريعة الإسلامية.

(1) : أنظر: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-07-1990، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 68.

(2) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 128.

(3) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع، ص 129.

وقد لاحظ أيضاً أن نص المادة 2/408 مدني جزائري يتضمن تعارضاً بين النص العربي و النص الفرنسي فالنص العربي يقول « إن التصرف يعتبر غير مصادق عليه من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال »، أما النص الفرنسي يقول « (يفترض أن البيع قد تم بدون رضا صحيح « Est présumée avoir été faite sans consentement valable ») وفي هذه الحالة يجب تعديل النصين معاً بحيث يكون البيع للغير نافذاً في حدود الثلث، أما ما جاوزه فيتوقف على إجازة الورثة، وهذا يوافق ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما نص عليه قانون الأسرة.

المطلب الأول:

الحالات التي يحمي فيها القانون الوارث من تصرفات المريض مرض الموت.

لقد نص المشرع الجزائري و المصري على حالتين يحمي فيهما القانون الوارث من تصرفات المريض مرض الموت هما : التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت فتعتبر وصية، والتصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الإنتفاع فيعتبر تصرفه وصية.

الحالة الأولى: نصت عليها المادة 776 قانون مدني جزائري و المادة 877 مدني سوري و المادة 916 مدني مصري، إذ التصرف الذي يقوم به المورث وهو في مرض الموت ويقصد به التبرع يعتبره القانون وصية وتسري عليه أحكام الوصية⁽¹⁾ وهذا يحقق حماية للورثة من هذا التصرف ولا ينفذ في حقهم ما زاد على الثلث إلا بإجازتهم.

ويقصد بمرض الموت المرض الذي أعقبته الوفاة⁽²⁾ ويمكن توافر شروط لإعتبار مرض ما مرض من أمراض الموت:⁽³⁾

- 1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء حاجاته ومصالحه المعتادة.
- 2- أن يكون المرض مهلكاً يغلب فيه خوف الموت على الشفاء.
- 3- أن يتصل به الموت.

ويشترط أيضاً في التصرف الذي يصدر عن المورث وهو في مرض الموت أن يكون القصد منه التبرع، فإذا كان التصرف من عقود المعاوضة فلا يمكن أن تسري عليه أحكام الوصية، ويحدث أحياناً أن يكون البيع فيه محاباة للمشتري فمن المفروض أن يأخذ حكم الوصية إذا زادت هذه المحاباة عن ثلث التركة أو إذا كانت هذه المحاباة لوارث وفي حدود الثلث، ولم يورد مشرعنا حكماً لهذه الحالة⁽⁴⁾ بينما المشرع المصري نص عليه صراحة في المادة 2/477 « إذا كانت هذه الزيادة تجاوزت ثلث التركة فالبيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقرّوه أو ردّ المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثمن » وعليه إذا كانت الزيادة في قيمة المبيع عن الثمن الذي دفعه المشتري تجاوز الثلث فتأخذ حكم الوصية في القانون المصري⁽⁵⁾ والمشرع قد جعل صدور التصرف في مرض الموت قرينة على أنه صدر على سبيل

(1) : أنظر الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 210.

(2) : أنظر : محمدي سليمان، كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث والوصية)، (رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، ابن عكنون، الجزائر، 1988، ص 207.

(3) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 174، المحامي: محمد صياح النشواتي، القيود على الملكية العقارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 77.

(4) : أنظر : محمدي سليمان، نفس المرجع، ص 212.

(5) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 127.

التبرع⁽¹⁾ ويكفي الورثة أن يثبتوا أن تصرف مورثهم صدر في مرض الموت لأن يكون قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع، وإن كان تصرف مريض مرض الموت المقصود منه التبرع يأخذ حكم الوصية فما هي الآثار المترتبة إذا كان المتصرف إليه قد تصرف في العين إلى الغير؟ في هذه الحالة نفرق بين أمرين:

أولاً: إذا كان المتصرف تبرعاً جاز للورثة تتبع العين في يد المتبرع له .

ثانياً: أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة فلا يستطيع الورثة تتبع العين في يد الغير إذا كان حسن النية ولهم الرجوع على من صدر إليه التصرف من مورثهم وفي هذا نصت المادة 409 مدني جزائري المقابلة للمادة 478 مدني مصري « لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية، وإذا كان الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على الشيء المبيع»، أما إذا كان الغير سيء النية فيمكن للورثة تتبع العين في يده والتنفيذ عليها بمقدار ما زاد عن الثلث⁽²⁾.

ما يلاحظ أن القانون يعطي الحق للورثة في عدم إجازة تصرفات مورثهم الصادرة في مرض الموت والتي يقصد منها التبرع والسبب في ذلك أن حقهم تعلق بالتركة منذ مرض الموت فلماذا لا يطبق هذا الحكم بالنسبة للدائنين الذين تعلق حقهم بالتركة قبل مرض الموت أي وقت نشوء الدين؟ فمن المفروض وحماية لدائني المورث من تصرفات مدينهم في مرض الموت أن يعطيهم المشرع حق الاعتراض على تبرعات مدينهم المريض مرض الموت خاصة إذا كانت التركة مستغرقة بالدين⁽³⁾.

الحالة الثانية : التصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالحيازة وبحق الإنتفاع بالعين، تنص المادة 777 مدني جزائري المقابلة للمادة 917 مدني مصري والمادة 878 مدني سوري « يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته وإستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك».

كثيراً ما يتحايل المورث فيوصي لأحد ورثته ما يميزه عن باقي الورثة ويخلع على تصرفه صورة بيع وهو في الحقيقة وصية⁽⁴⁾ فإذا ما تصرف شخص لأحد ورثته وإحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الإنتفاع بها مدى حياته أعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، وحتى يمكن إعمال هذه القرينة يشترط توافر ثلاثة شروط :

أولاً: أن يصدر التصرف إلى أحد الورثة: والشخص الذي يعتبر وارثاً لا بد وأن تتحقق فيه هذه الصفة وقت وفاة المورث ولو كان غير وارث وقت صدور التصرف⁽⁵⁾.

(1) : أنظر الدكتور: منصور مصطفي منصور، المرجع السابق، ص 393.

(2) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 178.

(3) : أنظر : محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 213.

(4) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، نفس المرجع ، ص 178.

(5) : أنظر : محمدي سليمان، نفس المرجع، ص 214.

ثانياً: أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين: فيبقى المتصرف حائزاً للعين المتصرف بها مدى حياته، والحيازة واقعة مادية تثبت بكافة الطرق.

ثالثاً: أن يحتفظ المتصرف بحقه في الإنتفاع مدى الحياة: فيستطيع المتصرف أن يحتفظ بحقه في الإنتفاع بالعين كأن يتصرف في حق الرقبة ويحتفظ بحق الإنتفاع أو ينتفع بالعين بمقتضى حق شخصي كأن يتصرف في حق الملكية ثم يستأجر هذه العين من المتصرف إليه طوال حياته⁽¹⁾. فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة أو أثبت من يهمله الأمر سواء كان وارثاً أو دائناً، توافر هذه الشروط أعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية ولا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أحازوه، إلا أنه يلاحظ أن هذه القرينة بسيطة يمكن للمتصرف إليه أن يثبت عكسها بكل طرق الإثبات⁽²⁾ كأن يثبت أن التصرف الصادر إليه بيع وليس وصية.

المطلب الثاني:

الحكمة من تقييد تصرفات المريض مرض الموت.

إن المرض بشكل عام لا يعتبر سبباً من أسباب إنتقاص أهلية الإنسان التي تبقى له كاملة منذ بلوغه سن الرشد حتى إلى وفاته مهما طال عمره ما لم يحجر عليه أو يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية. إلا أن المشرع ولإعتبارات خاصة راعاها وجد أن المرض في بعض أشكاله يعتبر سبباً مانعاً من نفاذ تصرفات الإنسان بالشكل الطبيعي وخاصة إذا ما كان هذا المرض كشف للإنسان عن قرب أجله ودعاه لسبب أو لآخر لمحاباة ورثته وتخصيص البعض دون الآخر بجزء من المال أو التصرف للغير مما يعود بالضرر على ورثته أو دائنيه فهذه التصرفات تلحق بهم جميعاً الضرر.

فقد حرص الفقه الإسلامي على تقييد تصرفات المريض مرض الموت فمنعه من المحاباة في المعاوَضات بالقدر الذي يصون حقوق الورثة والدائنين⁽³⁾ كما منعه من التبرع بأكثر من الثلث صيانة لحق الورثة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

فالْحكمة من تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا ترجع إلى نقص أهلية المريض ولا إلى سنّ التمييز لديه لأنه لو أعتبر كذلك لكانت تصرفاته باطلة. بل ترجع إلى تعلق حق الورثة بأمواله من وقت المرض فبمجرد إقتراب أجله يترتب للورثة الحق على التركة وبالتالي لا يجوز له أن يتصرف في حقوقهم دون أن

(1) : أنظر الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، المرجع السابق، 102، الدكتور : عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 845، الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 199.

(2) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 179.

(3) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 134.

يكون لهم الاعتراض، لذلك جعل المشرع تصرفات المريض مرض الموت في حدود الثلث وما زاد على ذلك يعتبر تعدياً، وكل تصرف يصدر من المورث وهو في حالة مرض الموت وسواء كان هذا التصرف هبة أو بيع أو أي تصرف آخر يقصد به التبرع تسري عليه أحكام الوصية دون الإعتداد بالتسمية التي تخلع على هذا التصرف ودون إعتبار ما إذا كان التصرف صادراً لوأرث أو لغير وارث⁽¹⁾ وما على الورثة إلا إثبات ذلك بكافة الطرق ويكون التصرف فيما زاد عن الثلث تبرعاً ولا يسري في حقهم.

لهذه الإعتبارات جعل المشرع الجزائري قيوداً على تصرفات المريض مرض الموت وخاصة فيما يتعلق بالتصرفات التي تنسحب لما بعد وفاته وتؤثر على الحقوق التي يتركها ومنعاً لحدوث العداوة والبغضاء بين أفراد العائلة الواحدة خاصة وإذا كانت هناك محاباة لأحد الورثة على غيره بتخصيصه جزءاً من المال العقاري عن طريق تصرفات ظاهرها تصرفات قانونية وهي في حقيقة الأمر ستاراً لغايات تتدأرى خلفها وتختلف تماماً عما تحويه تلك التصرفات والعقود التي تتمثل بها من أحكام⁽²⁾.

المبحث الثالث:

الشرط الإتقائي المانع من التصرف.

يعتبر حق التصرف عنصراً من عناصر حق الملكية، وهو بمثابة العنصر الرئيسي إذ يتعلق بفكرة النظام العام فبالصرف تكون الأموال متداولة وهذا يؤدي إلى ازدهار الحياة الإقتصادية. وقد حرص المشرع الجزائري على كفالة حرية تداول الأموال والتصرف فيها فلم ينص على قيد التصرف إلا على إستثناءات قليلة. فشرط المنع من التصرف (clause d'inaliénabilité) هو شرط إرادي يرد في عقد أو وصية يمنع المالك من التصرف في مال معين من ماله، كأن يشترط الواهب على الموهوب له بعقد الهبة ألا يتصرف في المال الموهوب طوال حياته (حياة الواهب أو حياة الموهوب له) ولا ينقلها إلى الغير ضمناً لحق إستبقاه الواهب لنفسه أو من أجل حماية الموهوب له من تبذيره، أو حماية لحق رتبة الواهب للغير على عاتق الموهوب له ويقبل الموهوب له هذا الشرط⁽³⁾، أو يشترط الموصي على الموصى له في وصيته مثل هذا الشرط، وشرط المنع من التصرف يفترض أمرين⁽⁴⁾: أولاً: إن الشيء مملوك ملكية خاصة ولصاحبه كل السلطات من إستعمال وإستغلال ويستطيع إسترداده إذا خرج من حيازته.

(1) : أنظر : عبد الرحمن دغنوش، المرجع السابق، ص 118، 119.

(2) : أنظر المحامي: محمد صياح النشواتي، القيود على الملكية العقارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 75.

(3) : أنظر الدكتور : جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 58، هامش رقم 01.

(4) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 87.

ثانياً: إن مالك الشيء لا يستطيع التصرف في ملكه لمدة مؤقتة خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضي بحرية التصرف في الملك، وبهذين الأمرين نستطيع أن نميز بين فكرة عدم قابلية الشيء للتصرف فيه وبعض الأوضاع الظاهرة التي قد تختلط به.

- فالشيء الذي لا يمكن التصرف فيه لا يعتبر من الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل إذ الأول هو محل لحق الملكية أما الثاني فلا يخضع للملكية.

- الشيء الذي لا يمكن التصرف فيه يختلف عن الأشياء التي لا يجوز تملكها بالتقادم (choses imprescriptibles)، فالأول يمكن للغير أن يملكه بالتقادم فكون الشيء لا يمكن التصرف فيه ليس بالضرورة يقضي على فكرة تملكه بالتقادم.

- والمنع من التصرف ليس هو إنعدام أهلية التصرف (incapacite de disposer) فقد يكون الشخص كاملاً للأهلية ومع ذلك يكون ممنوعاً من التصرف⁽¹⁾. أما إنعدام أهلية التصرف فمعناها عدم جواز تصرف الشخص في أمواله إلا بعد إستيفاء شروط أو بعد سنّ معينة، فإنعدام الأهلية لا يعني المنع من التصرف بل يقتضي جواز التصرف بعد إتخاذ إجراءات معينة (كإستئذان المحكمة).

وقد عرف الفقه الإسلامي شرط المنع من التصرف وهذا حماية للمصلحة الخاصة، أما المشرع الجزائري فلم ينص عليه في القواعد العامة أما من الناحية التاريخية فقد نص عليه في قوانين خاصة.

وستتطرق إلى شروط صحة الشرط المانع من التصرف في بعض القوانين و في الفقه الإسلامي مع التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط المانع من التصرف، وإذا كان تداول الأموال من النظام العام وتعتبر من أهم الأسس التي تقوم عليها الحياة الاقتصادية نجد أن المشرع الفرنسي لم يجز حبس الأموال عن التداول عن طريق إشتراط عدم التصرف إلا في حالتين:⁽²⁾

الأولى: إتفاق الزوجين في عقد الزواج على عدم التصرف في العقارات التي تقدمها الزوجة ضمن البائنة (la dot) عند زواجها المادة 1554 من القانون المدني الفرنسي وقد ألغاه بتاريخ 13-07-1965.

الثانية: الإستبدالات المباحة وهي بأن يوصي الموصي أباً كان أو أمّاً شيئاً يملكه إلى ولده، أو يهبه هبة عادية على أن لا يتصرف في الشيء الموصى به أو الموهوب إلا إلى أبنائهم من الدرجة الأولى وفقاً للمادة 1048 من القانون المدني الفرنسي، وذهب القضاء الفرنسي في بداية الأمر إلى بطلان المنع من التصرف في غير الأحوال المقررة في القانون إلا أنه إضطرّ في نهاية الأمر إلى تعديل موقفه وإستحباب إلى تطور الحياة الإجتماعية المستجدة لمعالجة شرط المنع معالجة تراعي التوفيق بين حرية التعاقد ومنع

(1) : أنظر الدكتور: رمضان أبو السعود، الرجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 76.

(2) : أنظر الدكتور: زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 263.

التصرف ولذا جاءت أحكام القضاء الفرنسي تميز شرط المنع من التصرف وإشترطت لقبوله أن يكون مؤقتاً وأن يكون من أجل حماية مصلحة جديّة ومشروعة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتشريع المصري القديم فقد جاء حالياً من النص على شرط المنع من التصرف وكان القضاء يقبل مثل هذا الشرط في حالات إستثنائية دون وجود نص قانوني وبصدور القانون المصري الحالي قنن ما كان يجري عليه القضاء في هذا الشأن وذلك في المادتين 823، 824 قانون مدني مصري، وكذلك فعل المشرع الليبي إذ نص على شرط المنع في المادة 832 قانون مدني ليبي⁽²⁾ وإن التشريعات التي أجازت الشرط المانع من التصرف قيدته بشروط قانونية حتى يمكن إعمال هذا الشرط.

المطلب الأول:

شروط صحة شرط المنع من التصرف.

تَتَبَيَّنُ شروط المنع من التصرف بالرجوع إلى المادتين 823، 824 من القانون المدني المصري، فقد حددت المادة الأولى شروط المنع من التصرف، والثانية حددت جزاء مخالفة شرط المنع. إذ تقضي المادة 823 بما يلي: «إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.

والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير».

أما المادة 824 فتتص على أنه: «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً»

فمن مضمون المادة 823 يتبين لنا بأن شروط المنع من التصرف ثلاثة وهي:

1 - أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع: إذا كان الأصل هو حرية تصرف المالك فيما يملك وهذه الحرية تفسر بالنظام العام فإن الحد من هذه الحرية يجب أن يكون مبنياً على باعث مشروع أي أن تكون هناك مصلحة جديّة تدعو إلى هذا الشرط، ويستوي أن تكون هذه المصلحة المراد حمايتها هي مصلحة المشترط أو مصلحة المتصرف إليه أو مصلحة الغير، وهذه المصلحة يقدرها القاضي.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء الموهوب له ضماناً لإستيفاء ما يلتزم به الموهوب له نحوه من مرتب دوري.⁽³⁾

(1) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 89، الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 98.

(2) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 76.

(3) : أنظر الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 60.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف إليه أي أن المالك يشترط على الموصى له أو الموهوب له عدم التصرف في المال الموصى به أو الموهوب وهذا حماية له من طيشه أو عدم خبرته⁽¹⁾.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للغير أن يشترط الواهب أو الموصى على الموهوب له أو الموصى له أن يؤدي مرتباً دورياً لشخص ثالث ويشترط في الوقت ذاته عدم التصرف في الشيء الموهوب أو الموصى به، حتى يضمن من تقرر له المرتب إستيفاء هذا المرتب⁽²⁾.

2- أن يقتصر المنع من التصرف على مدة معقولة: إن المدة المعقولة هي التي تجعل المنع من التصرف صحيحاً إذ كان القضاء لم يجز هذا الشرط إذ أوجب على المتصرف إليه إمتناعاً دائماً عن التصرف أو إمتناعاً لمدة طويلة تجعله بمثابة المنع الدائم، فالمدة المعقولة قد تستغرق حياة المتصرف أو الغير. وتقدير المدة المعقولة متروك لتقدير القاضي وهو الذي يحدد هذه المدة ويختلف تقدير كل حالة بحسب ظروفها وملاساتها⁽³⁾ أما إذا إستغرقت المدة حياة المتصرف إليه فالقضاء الفرنسي يعتبر هذه الحالة في حكم الشرط غير المقترن بمدة⁽⁴⁾ أما المشرع المصري فيعتبر في هذه الحالة أن حكم الشرط مقترن بمدة المادة 2/823 مدني مصري.

3- أن يكون الشرط في التصرف الذي تملك به المالك: فلا يمكن لشخص أن يعلن من جانبه أن شيئاً مملوكاً له أصبح غير قابل للتصرف إذ يفهم من هذا المنع عدم جواز الحجز على أمواله من طرف دائنيه وهذا لا يستساغ⁽⁵⁾ لأن المالك في هذه الحالة لا يهدف إلا إلى إخراج المال من الضمان العام لدائنيه والغالب أن يرد شرط المنع من التصرف على عقود التبرعات إذ يستطيع المتبرع أن يفرض هذا الشرط على المتبرع إليه، ولكنه لا يمنع من أن يرد مثل هذا الشرط على عقود المعاوضة ولكنه قليل الوقوع عملاً⁽⁶⁾.

وقد يرد الشرط في التصرفات الواردة على العقار أو المنقول ولكن ليس لهذا الشرط أثر إذا أدرج في التصرف في المنقول لأن المتصرف إليه يستطيع نقل المنقول إلى مكتسب حسن النية يجهل هذا الشرط

(1) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 134.

(2) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 78، الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 72.

(3) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، نفس المرجع، ص 141، الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 61.

(4) : أنظر الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، المرجع السابق، ص 83.

(5) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 93.

(6) : أنظر الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 101.

ويستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽¹⁾، كما يستوي أن يقتزن هذا الشرط بتصرف ناقل للمليكة أو بتصرف في حق الإنتفاع فقط.

وإذا توافرت هذه الشروط كلها كان الشرط المانع من التصرف صحيحاً وكان الشيء غير قابل للتصرف فلا يستطيع المكتسب نقل ملكيته للغير بتصرف من التصرفات الناقلة للملكية ولا يستطيع أيضاً أن يرتب عليه حقاً من الحقوق العينية مما يؤدي إلى إخراجه من ذمته كالرهن مثلاً، وهذا الشرط لا يحول من الإيضاء لأن الإيضاء تصرف ما بعد الموت والمقصود هو المنع من التصرف حال الحياة. أما الحقوق العينية الأخرى التي لا تؤدي إلى هذه النتيجة فإن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تقريرها وهذا ما لم يكن المنع وارداً صراحة على حق التصرف كله أي يحظر إنشاء أي حق عيني على الشيء فقصده المتصرف من الشرط المانع من التصرف هو إبقاء الشيء في ملك المتصرف إليه . و لا يوجد ما يمنع من أن يقرر المتصرف إليه حق إرتفاق أو إنتفاع ما لم يكن المنع قد إمتد إلى هذه الحقوق بصريح العقد أو الوصية⁽²⁾.

المطلب الثاني:

طبيعة وآثار الشرط المانع من التصرف.

إن شرط المنع من التصرف نشأ في أحضان القضاء دون نص تشريعي سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المصري القديم وهذا مما أدى بالفقهاء إلى البحث عن أساس لهذا الشرط، فذهب البعض إلى أن هذا الشرط ينقص من أهلية المالك ويعاب على هذا الرأي أن الأهلية لا تكون محلاً للتعامل وأن المشرع هو الذي يملك وحده الحد منها⁽³⁾، ومنهم من يرى بأن الشرط المانع من التصرف يتضمن إلزاماً بالإمتناع عن عمل هو التصرف في الشيء طوال مدة معينة، ويعاب على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة لأنه بموجب القواعد العامة أن الإخلال من جانب المالك بما عليه من إلزام بالإمتناع هو الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى، أما الفسخ فمؤداه إزالة التصرف الذي أنشأ الإلتزام وهذا يقتضي إعادة الشيء إلى المشتري.

أما الإتجاه السائد في الفقه فيرى بأن المنع من التصرف المترتب على الشرط يجعل الشيء غير قابل للتصرف وهذا لا يعني خروج الشيء من دائرة التعامل وحيث أن عدم جواز التصرف ينصب على الشيء ذاته فإنه يوصف ((بعدم جواز تصرف عيني)) (indisponibilité réelle).

(1) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 77، إلا أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري يرى أن المنقول المشروط عدم التصرف فيه لا يمكن تملكه طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ويستند إلى أن العقد الذي ينقل حيازة المنقول المشروط عدم التصرف فيه يكون باطلاً والعقد الباطل لا يكون سبباً صحيحاً، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 520.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 99.

(3) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 145.

وشرط المنع من التصرف تترتب عليه آثار بالنسبة للمالك وبالنسبة لدائني المالك وبالنسبة للغير.

1- أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى المالك: إن التصرف الذي يصدر من المالك يكون باطلاً إذا كان على خلاف ما يقضي به الشرط وهذا جزاء يتفق مع الغرض المقصود من منع المالك من التصرف، أما إذا كان الشرط شرط إستبدال جاز في هذه الحالة للمالك أن يتصرف في المال الذي يتناوله الشرط بشرط أن يستبدل هذا المال بمال آخر .

وقد يكون الشرط مانعاً من التصرف بصفة مطلقة ولكن تحدث ظروف تقتضي أن يؤذن للمالك في التصرف بشرط الإستبدال كما لو أصبح المنزل الذي منع المالك من التصرف فيه مهدداً بالسقوط وأريد بيعه أنقاضاً فففي هذه الحالة يمكن التصرف فيه شرط أن تكون رقابة حول جدية الظروف وعلى إجراء الإستبدال وإذا ما تم الإستبدال حلّ المال الجديد حلولاً عينياً محلّ المال الأصلي فيمتنع التصرف فيه وإذا هلك الشيء الذي يمتنع التصرف فيه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة فإن مبلغ التأمين أو التعويض الذي يستحق عن الشيء محلّ حله حلولاً عينياً ويمتنع التصرف فيه، وإذا كان شرط المنع من التصرف مطلقاً ولم تكن هناك ظروف جدية تدعو إلى الإذن للمالك في التصرف فيكون التصرف الصادر من المالك على خلاف الشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾.

2- أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الدائنين: ومقتضى هذا الوضع يتعلق بحقوق دائني المالك وهل يستطيعون أن ينفذوا على المال الذي يمتنع التصرف فيه ؟ فإذا تضمن في وصية أو عقد شرط المنع من التصرف فلا يكون لدائني المالك الحق في التنفيذ على هذا المال إذ بالتنفيذ يؤدي إلى التصرف في المال، ولو أجز هذا التنفيذ لتحاييل المالك على حكم الشرط كأن يمتنع عن الوفاء بديونه ويضطر هؤلاء الدائنين إلى التنفيذ على المال وبذلك يصل المالك إلى التصرف في المال بطريق غير مباشر.

ولكن عند إنتهاء مدة المنع من التصرف جاز للدائنين جميعاً أن ينفذوا على المال الذي يرد عليه المنع وحتى في هذا النطاق يكون للغرض المقصود من الشرط أثره فقد ذهب القضاء الفرنسي أنه في حالة ما إذا كان الشرط مقررراً لمصلحة المالك وحمائته من طيشه وسوء تدبيره فإنه لا يجوز للدائنين الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف أن ينفذوا على المال الذي ورد المنع عليه حتى بعد إنقضاء المدة⁽²⁾.

(1) : أنظر الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 79.

(2) : أنظر الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 153، الدكتور: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 118، 119، الدكتور : رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 75.

3 - أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الغير: إن التصرف الصادر من المالك على غير مقتضى الشرط المانع يقع باطلاً ويستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من تقرر لمصلحته في مواجهة الغير الذي إنتقلت إليه ملكية الشيء أو ترتب له حق عيني على الشيء، ولا بد وأن يكون الشرط المانع من التصرف الذي يتضمن تعديلاً في الأحكام العادية للملكية مسجلاً في مصر وإذا لم يكن كذلك يُحتج في مواجهة الغير، أما إذا كان المال الذي يتناوله الشرط منقولاً فقاعدة الحيازة في المنقول إذا توافرت شروطها تحمي الغير، فلا يحتج بالشرط على الغير الذي يحوز المنقول بسند صحيح وحسن النية.

المطلب الثالث:

الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.

لم يكن للفقه الإسلامي موقفاً موحداً بشأن الشرط المانع من التصرف وهذا يعزو لإختلاف الفقهاء فيما يصح أو لا يصح أن تتقيد به الملكية من شروط.

فهناك من الفقهاء من توسع في فكرة الشرط وأجاز كل شرط لم يرد فيه منع، بينما ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى عدم جواز إقتزان العقد بأي شرط ليس من مقتضى العقد وإختلفوا حتى في مفهوم مقتضى العقد، فميز منهم في إشتراط المنع من التصرف بين ما إذا كان عاماً أو خاصاً، فمنعوه في الأول وأجازوه في الثاني.

إلا أن فقهاء الجعفرية يظهر أن شرط المنع من التصرف عندهم صحيح لأنهم بعدما قرروا قاعدة «كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه فهو باطل» ذهبوا إلى البحث في تشخيص ما ينافي مقتضى العقد من غيره، وخلصوا إلى أن الشرط المنافي لحقيقة العقد، كأن يبيع بائع إلى مشتري ويشترط عليه أن لا يملك، أو يؤجره بشرط أن لا ينتفع بالعين المؤجرة فمثل هذه الشروط تؤدي إلى بطلان العقد، لأن المشتري أو المستأجر يسلب مطلق السلطة، أما إذا كان الشرط يسلب سلطة المالك من بعض التصرفات فيعتبر في هذه الحالة الشرط صحيحاً، كما لو إشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يرهن الشيء الذي إشتراه فهذا الشرط لا ينافي حقيقة العقد⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن فقهاء الإسلام لم يكن لهم إجماع على الشرط المانع من التصرف فمنهم من منعه مطلقاً، ومنهم من أجازته في أحوال معينة، وقد قسم الفقه الحنفي الشرط إلى ثلاثة أنواع:

- شرط صحيح: وهو ما كان من مقتضيات العقد كشرط نقد الثمن، أو ليس من مقتضيات العقد ولكن يلائمه كشرط أخذ كفيل بالثمن، أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن أجازته الشرع كشرط الخيار في البيع.

(1) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 94، هامش رقم 02، الدكتور : مندر عبد الحسين الفضل، المرجع

السابق، ص 184، 185.

- شرط فاسد: وهو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لأجنبي، ولم يكن جرى العرف به ولم يرد الشرع بجوازه، فهذا الشرط يجعل عقد المعاوضة فاسداً.
- شرط لاغ: وهو لا يحقق نفعاً لأحد المتعاقدين أو لغيرهما ولا يؤثر هذا الشرط على العقد المقترن به الفساد مطلقاً سواء كان من المعاوضات أو من التبرعات بل تكون صحيحة كما لو كانت غير مقترنة بشرط⁽¹⁾.

فالشرط المانع من التصرف إذا كان فيه نفع لأحد المتعاقدين (المتصرف و المتصرف إليه) أو للغير يعتبر في الفقه الحنفي شرطاً فاسداً يفسد معه العقد إذا كان معاوضة وينغو الشرط وحده ويصح التصرف إذا كان من التبرعات⁽²⁾، أما إذا كان شرط المنع من التصرف لا يحقق نفعاً بالنسبة لأحد المتعاقدين أو بالنسبة للغير فهو لغو غير معتبر أما العقد فهو صحيح وسواء كان من المعاوضات أو من التبرعات.
أما قيود التصرف القانوني التي ترد على الملكية الخاصة مراعاة لمصلحة فردية أخرى أولى بالإعتبار فهي قيود مانعة من التصرف كالقيود التي ترد على أموال ناقصي الأهلية إذ يمنع هؤلاء من التصرف في أموالهم ويحجر عليهم والسبب في ذلك أنهم إذا تصرفوا في أموالهم يؤدي ذلك إلى تعطيل الوظيفة الإجتماعية للمال⁽³⁾.

وكذلك جواز الحجر على المدين المعسر لمنعه من التصرف في أمواله حفاظاً على حق دائنيه⁽⁴⁾، ومنع الزوجة من التصرف في مالها بما يزيد عن الثلث دون إذن زوجها وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا يجوز لإمرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها، إذ هو مالك عصمتها»، وظاهر الحديث يفيد المنع مطلقاً إلا أن الفقهاء خصّوه بما لا يزيد عن الثلث قياساً على حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض.

(1) : فنص المشرع العراقي في المادة 131 / 2 من القانون المدني ((كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)).

(2) : أنظر الدكتور: غني حسون طه، المرجع السابق، ص 93.

(3) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 133.

(4) : بينما يذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه لأنه حرّ في أمواله، أمّا جمهور الفقهاء فيرون جواز الحجر عليه، أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص 135.

المطلب الرابع:

موقف المشرع الجزائري من الشرط المانع من التصرف.

إن المشرع الجزائري لم ينص على شرط المنع من التصرف ولا نجد لهذا الشرط أثر⁽¹⁾ إلا أنه من الناحية التاريخية فقد تضمن المرسوم المتعلق بالأراضي الشاغرة شرط المنع من التصرف ويعتبر أول قيد على سلطة التصرف في نقل الملكية إذ تقتضي المادة الأولى من المرسوم رقم 03/62 المؤرخ في 23 أكتوبر 1962 المتضمن تنظيم معاملات البيع الخاصة بالأراضي الشاغرة بأنه « تحظر جميع التصرفات والبيع والإجراءات الخاصة بالأموال الشاغرة، باستثناء التي تتم لصالح المجموعات العمومية أو لجان التسيير. كل العقود والإتفاقات المبرمة ابتداءً من فاتح جويلية 1962 في الجزائر أو خارجها خلافاً لمقتضيات هذا المرسوم تكون باطلة ».

كما نصت المادة 04 من نفس المرسوم على أن « العقود التي أبرمت في الخارج بعد الفاتح جويلية 1962 المتعلقة بإيجار أو بيع عقار (أملاك) كائنة بالجزائر تكون باطلة ».

فهذا المرسوم قد أدخل كل الأملاك التي يظل بيعها ضمن الأملاك الشاغرة، وحظر كل هذه التصرفات جاء تطبيقاً لمشروع برنامج طرابلس⁽²⁾ وكان يهدف هذا المرسوم إلى وضع حدٍّ للمضاربة السائدة آنذاك في سوق التصرفات العقارية التي تسيء إلى الثورة الوطنية.

وحتى يحمي المشرع الأراضي الزراعية قد إشتط المرسوم المؤرخ في 20 جانفي 1964 إستصدار الرخصة الإدارية عن كل تصرف على النحو التالي: « إذا كانت قيمة الملك المبيع تزيد عن (100.000) دج في العقار وتزيد عن (200.000) دج في المحلات التجارية.

الرخصة الإدارية لمن يريد إبرام أكثر من صفتين وتمنح هذه الرخصة بعد أخذ رأي مصلحة الدومين». أما المادة 07 من نفس المرسوم فقد نصت على منع أي بيع في الأملاك الشاغرة، فالمشرع يكون قد فرض الرخصة الإدارية بالنسبة للأراضي الزراعية عند بيعها ريثما يصدر ميثاق الثورة الزراعية وأصبحت شهادة الشغور وثيقة إجبارية في كل عملية بيع فيلتزم البائع بتقديم شهادة من أجل إثبات

(1) : إلا أنه أحازه في ملكية الأسرة فنصت المادة 1/740 مدني جزائري ((ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً))، وكذلك الحال بالنسبة للقانون اللبناني فلم ينص على شرط المنع من التصرف صراحة، خلافاً للمشرع المصري السذي نص عليه صراحة في المادة 823 ، 824 من القانون المدني المصري.

فنجد أن تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية نص في المادة 594 على أنه : ((لا يجوز إلغاء الحجز ، وإن يكن احتياطياً على المبالغ أو الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع إشتراط عدم قابليتها للحجز أو التفرغ، فإنه لا يجوز حجزها سحابة عشر سنوات تبتدئ من تاريخ وضع يد الموهوب له، أو الموصى له والأشخاص الذين يصبحون دائنين بعد المدة المذكورة هم دون سواهم يستطيعون أن يلقوا الحجز على الأموال أو المبالغ المشار إليها)).

(2) : أنظر الأستاذ : العقون الأخضر ، نقل الملكية في التشريع الجزائري، الملتقى الجهوي للقضاة، ص 15.

أن هذا الملك ليس شاغراً وفي هذا الشأن صدر عن وزير العدل منشور بتاريخ 24-10-1964 تحت رقم 141 يأمر فيه الموثقين بعدم حواز تحرير عقد بيع إلا بعد إستصدار شهادة عدم الشغور من الولاية، وعلى هذا النحو قضى المجلس الأعلى بتاريخ 25-01-1978، ملف رقم: 1253 ببطالان البيع لأن المرسوم المؤرخ في 20-01-1964 يعتبر من النظام العام⁽¹⁾.

أما بالنسبة لهذا الشرط فقد نص عليه المشرع في الأمر 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية⁽²⁾ فنصّ في المادة 154 على هذا الحظر إذ جعل كل عمليات القسمة والمصالحة أو نقل الملكية بين الأحياء للأراضي الزراعية التي تمت في الفترة الممتدة من 05 جويلية إلى نوفمبر 1971 تعد باطلة إذا كانت تهدف إلى إستبعاد هذه الأراضي من تدابير الأمن. كما نصت المادة 168 من نفس الأمر على وقف كل نقل للملكية بين الأحياء ضمن أية بلدية داخلية في منطقة تطبق فيها الثورة الزراعية وذلك طيلة المدة الواقعة ما بين تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية وتاريخ القفل الرسمي لعمليات الثورة الزراعية سواء كان النقل بعوض أو بالمانح، إلا أن الأمر رقم 22/72 المؤرخ في 07-06-1972 أورد إستثناء على المادة 168 وذلك ما إقتضته المادة 07 وهذا الإستثناء مقترن بشروط وهي:

1- أن تكون قطعة الأرض الفلاحية لا تتجاوز 05 هكتارات في الأراضي غير المسقية ونصف هكتار في الأراضي المسقية.

2- أن يتمّ التنازل لأحد أفراد العائلة.

3- يجب أن يكون المتنازل إليه مستغلاً مباشراً ولا يجوز أرضاً في نطاق البلدية التي يقطن فيها، وإذا كان المشرع الجزائري قد حظر المعاملات العقارية في مرسوم 64 وأمر 71 كان يهدف في هذه الحالات إلى تحقيق المصلحة العامة، ويكون قد تبنى شرط المنع من التصرف صراحة بنفسه فكان المنع قانونياً وبالرجوع إلى المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نجد المشرع يشير صراحة إلى شرط المنع من التصرف إذ تقضي المادة 87 منه على أن « الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص ولا يمكنه الإعتراض على العقود بين الأحياء والتي تم إعدادها بصفة مميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات لحق التصرف ... ».

وصفوة القول: أن المشرع الجزائري لم ينص على الشرط المانع من التصرف في القانون المدني بل نصّ عليه في قوانين خاصة والقاعدة تقضي بأن الخاص يقيد العام، وعلى هذا نأمل من المشرع عند تعديله لنصوص القانون المدني أن ينص على هذا الشرط صراحة ويستجيب للحاجات العملية لهذا الشرط⁽³⁾ ويسلك مسلك التشريعات العربية التي نصت على هذا الشرط صراحة.

(1) : أنظر الأستاذ : العقون الأخضر، المرجع السابق، ص 21، الدكتور: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 347.

(2) : وقد ألغى الأمر المتعلق بالثورة الزراعية بموجب المادة 03 من الأمر رقم : 26/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المعدل والتمم للقانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.

(3) : أنظر الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

الفصل الرابع:

الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية الخاصة.

لقد نص المشرع الجزائري على حق الإرتفاق في المادة 867 من القانون المدني على أن « الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إذا كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال » وهذه المادة تقابل المادة 637 مدني فرنسي والمادة 1015 مدني مصري وبهذا يكون المشرع الجزائري قد قرر حق الإرتفاق كباقي التشريعات المدنية الأخرى إلا أن يؤخذ على هذا النص أنه غير دقيق من حيث الصياغة لأن حق الإرتفاق يحد من منفعة عقار لصالح عقار آخر كذلك أسقط المشرع الجزائري وصف المال الذي يترتب عليه حق الإرتفاق إذ أن النص خاص بأموال الدومين العام ولهذا أورد النص الفرنسي لهذه المادة قوله « Un domaine de l'état » وأورد النص المصري عبارة « على مال عام » ويرى الأستاذ علي علي سليمان⁽¹⁾ إعادة صياغة هذه المادة كالآتي « الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر ويجوز أن يترتب الإرتفاق على مال عام إذا كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال ».

وإن حق الإرتفاق يمثل الخروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية فيجب أن يشهر لأنه حق عيني⁽²⁾ ويترتب على عقار سواء كان أرضا أو بناية ويكتسب بالتقادم بخلاف القيود التي تلحق حق الملكية وتمثل التنظيم العام المألوف لهذا الحق فلا تشهر ولا تكتسب بالتقادم ويمكن أن تتحول هذه القيود القانونية إلى حقوق إرتفاق في حالة عدم توافر شروط القيود أو إتفاق الأفراد على فرض حقوق الإرتفاق فمثلا حق الشرب يفترض أن صاحب المسقاة قد إستوفى حاجته من السقي لري أرضه وبقيت مياه فائضة وكان له حار في حاجة إلى ري أرضه فإذا توافرت هذه الشروط يقيد المشرع ملكية صاحب المسقاة بحق الشرب لمالك العقار المجاور أما إذا لم يتوفر شرط من تلك الشروط لم يثبت هذا القيد ويمكن أن يتحول إلى حق إرتفاق بالشرب متى وقع الإتفاق على أن يأخذ الجار ما فاض من مياه المسقاة ويمكن إختيار أعمالا غير القيود كمحل لحق الإرتفاق عن طريق الإرادة وفي حدود النظام العام ومن الأمثلة على ذلك حق الإرتفاق بإستخراج الأحجار والمعادن.

(1) أنظر الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 181.

(2) أنظر المحامي : محمد صياح النشواتي، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، الجزء الثاني، المرجع

السابق، ص 669، وقرار المحكمة العليا المؤرخ في 26-10-1983، المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 45.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية حق الارتفاق وكان حقا مرغوبا فيه بخلاف وضعه في النظم القانونية الوضعية إذ كان يشكل قيда على حق الملكية ولم يكن مرغوبا فيه لأن الملكية في ظل النزعة الفردية كانت مطلقة.

فحق الارتفاق هو حق عيني يتقرر به إنتفاع عقار بمنفعة عقار آخر بخلاف حق الإنتفاع الشخصي الذي يتعلق بعقار أو منقول لمنفعة شخص معين⁽¹⁾ فحق الإنتفاع الشخصي يتقرر لشخص معين بإسمه أو بوصفه ويكون حق الإنتفاع الشخصي حقا مؤقتا ينتهي بإنهاء المدة المتفق عليها كما في حالة الإيجار⁽²⁾ أما حق الارتفاق فيتقرر ابتداء للعقار وثبوته للشخص تابع لثبوته للعقار وهو حق لا يزول إلا بزوال العقار.

وأهمية التمييز بين حق الارتفاق والحق الشخصي تظهر فيما يلي :

الإرتفاق يتبع حق الملكية إيجاباً وسلباً بينما الحق الشخصي لا ينتقل بإنتقال الملكية إلا إذا كان من مستلزمات الشيء وكان الخلف الخاص على علم به وقت إنتقال الشيء إليه وهذا ما نصت عليه المادة 109 من القانون المدني الجزائري. وقد ذهب الفقه إلى القول بأن حق الارتفاق حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار المرتفق به دون تدخل صاحب هذا العقار⁽³⁾.

فحق الارتفاق يقيد الملكية العقارية الخاصة وهذا من أجل تحقيق المصلحة الخاصة، وسواء كان العقار المرتفق به أرضا زراعية أو أرضاً فضاء أو مباني ومنشآت ثابتة فلا يكون محلا لحق الارتفاق إلاّ العقار بطبيعته هذا وإن مشرعنا قد نص على حقوق الارتفاق في قوانين خاصة منها قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90 وقانون الكهرباء رقم 07/85 وقانون المياه رقم 17/83 إلا أن هذه القوانين تتضمن إرتفاقات الملكية العامة والتي تحقق النفع العام بخلاف قانون المياه الذي نص على إرتفاقات المصلحة الخاصة إلا أن الملكية في هذه الحالة هي ملكية عامة ومحل دراستنا هو إبراز القيود التي تحقق المصلحة الخاصة وهذه القيود ترد على ملكية عقارية خاصة وعلى هذا ندرس تعريف حق الارتفاق وتحديد خصائصه في مبحث أول، ثم نتولى بالدراسة تقسيمات حقوق الارتفاق في مبحث ثاني، وندرس في المبحث الثالث قيود البناء الإتفاقية التي أدرجها المشرع تحت أحكام حق الارتفاق، وفي المبحث الرابع ندرس إرتفاقات مياه الأمطار والينابيع.

(1) : أنظر الشيخ: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 140، الدكتور : محمد مصطفى شليبي،

المرجع السابق، ص 353، الدكتور : بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 312.

(2) : أنظر السيد المحامي : عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 326، الدكتور : تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 48.

(3) : أنظر الدكتور : محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 106.

أ - حقوق إرتفاق طبيعية : وهي التي تنشأ بحكم الوضعية الخاصة للعقارات في الطبيعة ومثالها إرتفاقات مياه الأمطار والينابيع للأراضي المرتفعة على الأراضي السفلى التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون المياه في (المواد 44 حتى 47).

ب - حقوق إرتفاق قانونية : كحق المرور وإرتفاقات المياه بالنسبة للأراضي البعيدة.

ج - حقوق إرتفاق مصدرها إرادة الشخص : فتم بناء على إتفاق بين أصحاب العقارات المرتفعة والمرتفق بها وفي هذا النوع يرى الأستاذ السنهوري⁽¹⁾ بأن القانون أعطى للأفراد مجالاً واسعاً لتقرير الإرتفاق إذ يعتبر الإرتفاق الباب الواسع للإتفاقات الخاصة على الحقوق العينية وفي كل الأحوال يجب أن يكون إنشاء هذه الحقوق وفقاً للنصوص القانونية التي تنص على حقوق الإرتفاق وما تم ترتيبه دون مراعاة هذه النصوص لا يكون إرتفاقاً، وفي هذه الأقسام للإرتفاق ما طبيعة قيود البناء في القانون الجزائري؟

المبحث الثالث :

إرتفاقات البناء.

لقد نص المشرع الجزائري على قيود البناء الإتفاقية في المادة 870 من القانون المدني بقوله : « إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الإرتفاق بالبناء أو مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق إرتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود هذا ما لم يكن هناك إتفاق يخالف ذلك. وكل مخالفة لهذه القيود قد تجعل محلاً للمطالبة بإصلاحها عيناً إلا أنه يجوز الإقتصار على الحكم بالتعويض إذا إقتضى رأي المحكمة إختيار هذه الطريقة للتعويض » وتقابل المادة 1018 مدني مصري. من خلال هذا النص يتضح بأن مشرعنا قد حسم فيما يتعلق بقيود البناء الإتفاقية إذ إعتبرها حقوق إرتفاق بخلاف المشرع المصري في التقنين المدني القديم لم يتضمن أحكاماً تنظم هذه القيود الإتفاقية بل إن محكمة النقض هي التي إنتهت إلى إعتبار هذه القيود بأنها تكاليف عقارية إرتفاقية⁽²⁾ وقد جاء في مجموع الأعمال التحضيرية أن المشرع قد حسم وجود خلافات قائمة إذ قرر أن القيود التي تفرض على المالك عند إقامة بناء بأرضه تعتبر حقوق إرتفاق لفائدة العقارات المجاورة⁽³⁾.

(1) : أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 221، المحامي : صياح الشواتي، القيود على الملكية العقارية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 681.

(2) : أنظر الدكتور : أحمد فهمي مصطفى هبة، قيود البناء الإتفاقية أو حقوق الإرتفاق التبادلية على البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 4، السنة 13، 1969، ص 977، الدكتور : محمد كامل مرسي بك، قيود البناء الإتفاقية هل نعتبر حقوق إرتفاق أم إلتزامات شخصية ؟، مجلة القانون والإقتصاد، العدد 4، السنة 9، 1939، ص 347.

(3) : وينتج على إعتبار هذه القيود حق إرتفاق أمران : - تنتقل مع العقار في أي يد كان ويلتزم بها خلف المشتري، - تفيد هذه القيود كل العقارات المخصصة للبناء.

وقد ذهب الفقه والقضاء إلى أن نص المادة 1018 من القانون المدني المصري قد أورد قاعدة لتفسير الإرتفاقات الخاصة بقيود وشروط البناء وفحوى هذه القاعدة أن الأصل في هذه القيود والشروط أنها إرتفاقات وليست إلتزامات شخصية⁽¹⁾ وبالتالي يكون المشرع قد خالف القواعد العامة من جهتين:

- إن الإرتفاقات تمثل الوضع الإستثنائي في القانون المدني وتشكل قيوداً على الملك.
- إن الفقرة الأولى من المادة 1018 تنص على أن كل مخالفة لأحكام الحق العيني يجوز المطالبة بها عيناً ويجوز للمحكمة أن تقتصر على التعويض إذا رأت ما يبرر ذلك وهذه قاعدة منصوص عليها في نطاق تنفيذ الإلتزام ولم يكن لها مجال في نطاق الحق العيني وبهذا يكون المشرع قد نقل هذه القاعدة من نطاق الحق الشخصي إلى نطاق الحق العيني⁽²⁾.

والواقع أن ما ذهب إليه الفقه والقضاء المصري لا يحسم الخلاف حول طبيعة هذه القيود فالفقه والقضاء يسلم بأن مصدر هذه القيود الإرادة صراحة أو ضمناً على أن تكون هذه القيود في صورة إرتفاقات أو تكون في صورة إلتزامات شخصية ولكن عندما لا تكون إرادة المتعاقدين واضحة بشأن هذه القيود. وضع المشرع قرينة بنص المادة 1018 مدني مصري على أن هذه الإشتراطات هي إرتفاقات وتعد هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها وإذا كانت هذه القيود من قبيل الإرتفاقات في القانون المدني المصري فأغنانا مشرعنا من تكيف هذه القيود فنص على أنها إرتفاقات ولذا يجب معرفة عناصر هذه القيود وخصائصها، ثم بيان الجزاء المترتب على مخالفة هذه الإرتفاقات.

المطلب الأول:

عناصر قيود إرتفاقات البناء.

إن هذه القيود الإتفاقية تفترض وجود عقاران أو أكثر مملوكين لشخصين مختلفين أو أكثر وأن ترد هذه القيود على العقار لا على الشخص وأن تقرر لفائدة العقار لا لصالح شخص وهي متبادلة ومفروضة حقيقة، وسنحدد هذه العناصر تبعاً

أولاً : أن يوجد عقاران أو أكثر مملوكين لشخصين أو أكثر : إن قيود البناء لا تقرر إلا على العقارات المبنية والأراضي الفضاء المعدة للبناء لأن طبيعة هذه القيود تقتضي أن لا تكون العقارات زراعية⁽³⁾، وتفترض هذه القيود وجود عقارين على الأقل يتقرر على كل منهما هذه الحقوق لفائدة العقار الآخر ولا يشترط أن يكون العقاران متلاصقين.

(1) : لأن هناك من الفقه من يعتبر قيود البناء ليست إلا إلتزامات شخصية، أنظر الدكتور : عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه، الجزء الخمسون، المرجع السابق، ص 215.
(2) : أنظر الدكتور : عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه، الجزء الخمسون، نفس المرجع، ص 215.
(3) : أنظر الدكتور : أحمد فهمي مصطفى هبة، المرجع السابق، ص 985.

ثانياً : أن ترد قيود البناء على العقار ولا تفرض على الشخص: إن مالك العقار يلتزم بالإمتناع عن إستعمال ملكه على نحو معين يحد من حريته في البناء كيف شاء ومن ثم فهو لا يؤدي عملاً ولا يلتزم بأن يؤدي عملاً لصالح العقار المرتفق به إذ أن حق الإرتفاق المقرر على البناء يقع على الشيء مباشرة ولا يصح أن يكون محله عملاً يؤديه المالك، وإذا ما قام الشخص بتأدية عمل كنا أمام حق شخصي وقد ترك المشرع بأن يكون الإرتفاق مفروضاً على الشخص لا على العقار وهذا بصريح نص المادة 870 من القانون المدني الجزائري « هذا ما لم يكن هناك إتفاق يخالف ذلك ».

ثالثاً: أن تكون قيود البناء مقررة لفائدة العقار لا لصالح الشخص: ومقتضى هذا أنه لا يراعى شخص المالك وإنما قررت له هذه القيود بصفته مالكا للعقار فترتبط هذه القيود بالأرض المبيعة وكل مشر لهذه الأرض يتمتع بالفائدة التي تحولها هذه القيود لصالح شخص وبالتالي يكون الإلتزام شخصياً. رابعاً : أن تكون حقوق الإرتفاق على البناء تبادلية : أي أن كل مشر يعلم بأن هذه القيود واردة في عقود المشترين الآخرين وإلا ما قبل أن يقيد نفسه وأن يحد من حريته إلا لأنه يعلم بأن حيرانه مقيدون بهذه القيود ومن ثم وجب إعتبار هذه القيود حقوقاً للجميع⁽¹⁾.

خامساً: أن تكون قيود البناء مفروضة حقيقة : أي تكون هناك قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء وإذا كان حق الملكية يعطي كل السلطات للمالك من إستعمال وإستغلال وتصرف فهو مقيد في ذلك بحدود القانون فله أن ينشأ على ملكيته ما شاء من الأبنية بشرط ألا تتعارض مع ما فرض عليه من قيود.

المطلب الثاني:

خصائص إرتفاقات البناء.

- إن الإرتفاقات المقررة على البناء تتميز بالخصائص التي تميز حق الإرتفاق:
- فتعد هذه القيود من الحقوق الإرتفاقية العينية إذ يمكن الإحتجاج بها على الكافة خاصة الملاك الذين ينتقل إليهم العقار المرتفق به وهذه القيود لا تفرض إلا على العقارات بطبيعتها ولفائدة العقارات فلا يتصور ورودها على الأراضي الزراعية بل تفرض على أراضي الفضاء المعدة للبناء.
 - وتعتبر قيود البناء أنها حق تابع أي تتصل بالعقار المرتفق والمرتفق به بشكل لا يمكن فصلها عنه ومن ثم لا يجوز التصرف في حق الإرتفاق المقررة على البناء مستقلاً عن العقار المتصل به بل ينتقل معه بالتبعية.
 - إن قيود البناء تدوم بدوام العقار إلا أن الإرتفاق لا يكون مؤبداً لأنه من الحقوق التي تسقط بالتقادم بعدم الإستعمال وفقاً للمادة 879 من القانون المدني الجزائري والمادة 1027 مدني مصري إلا أن المشرع الجزائري يجعل المدة 10 سنوات بخلاف المشرع المصري الذي يمددها إلى 15 سنة ويمكن لإرادة الطرفين

(1) : أنظر الدكتور : أحمد فهمي مصطفى هبة، المرجع السابق، ص 988.

أن تجعل حق الارتفاق مؤقتاً فيلجأ الشخص البائع إلى توقيت هذه القيود بمدة معينة على أن يعلم بهذا التوقيت جميع المشتريين⁽¹⁾.

- إن قيود البناء حقوق غير قابلة للتجزئة⁽²⁾ فهي تقع على كل جزء من أجزاء العقار المرتفق والمرتفق به، ويترتب على ذلك أنه إذا جُزئ العقار بقيت هذه القيود الإتفاقية مستحقة لكل جزء منه وعلى كل جزء منه.

المطلب الثالث:

جزاء مخالفة إرتفاقات البناء.

إن المادة 870 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية نصت على الجزاء المقرر لمخالفة قيود البناء «وكل مخالفة لهذه القيود تجعل محلاً للمطالبة بإصلاحها عيناً إلا أنه يجوز الإقتصار على الحكم بالتعويض إذا إقتضى رأي المحكمة إختيار هذه الطريقة للتعويض».

فإذا كان الأصل هو التنفيذ العيني في حالة مخالفة هذه القيود⁽³⁾. إلا أن المشرع جعل جزاء مخالفة هذه القيود التعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك وكانت المخالفة يسيرة⁽⁴⁾.

إلا أن الأمر في مصر وقبل صدور القانون المدني الجديد كانت الأحكام تعطي الحق للبائع بأن يلزم المشتري وحلفه بإحترام هذه القيود وإلا كان الجزاء الهدم بدون تعويض دون إعتبار للضرر الذي قد يلحق المشتري من جراء التنفيذ العيني.

ولكن بصدور القانون المدني المصري الجديد أعطى للقاضي سلطة تقديرية للحكم بالتعويض عند الإرهاق في التنفيذ العيني، وهذا ما هو معمول به في القانون المدني الجزائري إذ تنص المادة 176 على أنه «إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يذله فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه» وهذه المادة تقابل المادة 203 من القانون المدني المصري وبذلك يكون مشرعنا قد نقل هذه القاعدة من نطاق الحق الشخصي إلى نطاق الحق العيني⁽⁵⁾.

ومن هذه المادة 870 يظهر بأن هذا الحق (التعويض) من السلطة التقديرية للمحكمة لارقابة عليها إذا رأت ما يبرر ذلك.

ويمكن للبائع أن يتنازل صراحة أو ضمناً عن هذه القيود، وإذا ماتم التنازل عن هذه القيود فلا محل للمطالبة بإزالة المخالفة أو التعويض عن الضرر الناشئ، ويكون هذا التنازل بين الملاك المحملة عقاراتهم بالقيود.

(1) : أنظر الدكتور: أحمد فهمي مصطفى هبة، المرجع السابق، ص 988.

(2) : أنظر الدكتور: محمد كامل مرسي بك، المرجع السابق، ص 387.

(3) : أنظر: عبد الرحمن دغوش، المرجع السابق، ص 134، الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 446

(4) : أنظر الدكتور: محمد الجمال، نظام الملكية، المرجع السابق، ص 109.

(5) : أنظر الدكتور: أحمد فهمي مصطفى هبة، نفس المرجع، ص 994.

المبحث الرابع: إرتفاقات مياه الأمطار والينابيع.

لقد نص المشرع الجزائري على إرتفاقات المياه الطبيعية في المواد (44...47) من قانون المياه رقم 17/83 المؤرخ في 16 يوليو 83 ومن خلال هذه النصوص القانونية فهي ترتب حقوقاً لمالك الأرض المرتفعة تجاه الأرض السفلى.

فإذا كان لصاحب الأرض المرتفعة الحق في التصرف في ملكه، فيحق له التصرف في المياه الواقعة في أرضه وسواء كان مصدر المياه مطراً أو أنها نابعة من عين أو بئر حفره المالك بنفسه، فيستطيع المالك سقي أرضه من هذه المياه أو تخزينها إلى وقت الحاجة في حدود أرضه، ولكن إذا إقتضى الأمر فللمالك أن يخرج هذه المياه من أرضه في أرض غيره الأدنى إرتفاعاً من أرضه وتنزل هذه المياه جارية بطبيعتها⁽¹⁾ أو بتوجيه من صاحب الأرض المرتفعة شريطة ألا يلحق ضرراً بأرض الجار المنخفضة ويقع إلتزام سلمي على صاحب الأرض المنخفضة فلا يحق له أن يتعرض للمياه التي تمر في أرضه بتعليق أو إقامة سد يحول بينها وبين الدخول في أرضه⁽²⁾، ولا يمكن له أن يطالب صاحب الأرض المرتفعة بفعل أعمال لصالحه، أو جعل المياه لا تمر على أرضه أو تخفف الضرر عن أرضه.

أما في حالة ما إذا أصيب صاحب الأرض المنخفضة بأضرار فيلتزم صاحب الأرض المرتفعة بتعويض الضرر الذي أصاب من هو أدنى منه، ولا يتحقق هذا التعويض إلا فيما يلي⁽³⁾:

- حالة ما إذا إستخرج صاحب الأرض المرتفعة مياه من بئر حفرها وجعلها تسيل في أرض جاره السفلى فيكون التعويض عن المسيل عند إستعماله المياه وتوجيهها بحيث يؤدي ذلك الإستعمال إلى ضرر بأرض جاره فيكون التعويض في هذه الحالة عن خطأ الفاعل⁽⁴⁾ وقيمة التعويض يتم تقديرها من طرف قاضي الموضوع بقدر الجزء المتضرر من الأرض.

وحق إسالة المياه من الأراضي المرتفعة على الأراضي السفلى منها لا ينحصر في الأراضي الزراعية بل يمكن أن يشمل أراضي أخرى.

(1) : إن الأراضي الواطئة مسخرة إتجاه الأراضي العالية لتلقى المياه السائلة طبيعياً من الأراضي العالية دون أن يكون للإنسان دخل في إسالتها (نقض قرار 1367 بتاريخ 05-08-1963م، مجلة القانون، العدد 9، 1963، ص 746، مشار إليها في مرجع الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 463.

(2) : أنظر الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، نفس المرجع، ص 463.

(3) : أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 93، 94.

(4) : جاء في قرار لمحكمة النقض: "إذا كانت الأراضي الواطئة تعد مسخرة للأراضي التي تعلوها لتلقى المياه السائلة بصورة طبيعية فلا يزيد في عبء الإرتفاق مالك الأرض العالية (قرار 608 بتاريخ: 26-05-63)، مجلة القانون، العدد 7، 1963م، ص 603، مشار إليها في مرجع الدكتور محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، نفس المرجع، ص 463.

وكذلك أوجب المشرع على صاحب الأرض إذا أراد إنشاء أبنية في أرضه أن يجعل سطح البناء بحيث يسيل منه المطر على أرضه أو على الطريق العام لا على الأرض المجاورة حتى لا يسبب أضراراً لجاره وهذا ما تقتضيه المادة 45 من قانون المياه «يعين على كل مالك وضع سقف بناياته حتى تتدفق مياه الأمطار على أرضه، أو على الطريق العمومي، ولا يجوز له أن يجعلها تتدفق على عقار جاره».

وبشأن هذه الإرتفاقات نجد أن مشرعنا قد نص على إرتفاقات المياه المنصبة بصفة طبيعية من العقار العلوي على العقار السفلي، ثم نص على حق تمرير المياه المستخرجة من العقار العلوي وتمريرها على الأملاك العقارية السفلي.

فالمشرع يفرق بين مياه الأمطار والثلوج والينابيع ومرورها على العقارات السفلي دون تعويض، ومرور المياه في حالة ما إذا إستخرجها المالك من جراه قيامه بأشغال باطنية أو تنقيية ولكن يحق للمالكي العقارات السفلي أن يطالبوا بالتعويض في حالة حدوث ضرر ناجم عن هذه المياه.

فالمشرع عندما نصّ في المادة 44 من قانون المياه على حق مرور مياه الأمطار والثلوج والينابيع غير المجمعة في ملك صاحب العقار السفلي يكون قد أخرج المياه التي يمكن أخذها بالآلات إذ أن هذا النوع من المياه لا بد وأن تسيل على الأرض المجاورة وهذا يشكل قيداً خاصاً بالإنتفاع بالمياه، ضف إلى ذلك أن المياه التي ترفع بالآلات يمكن التحكم فيها بحيث لا تزيد عن حاجة الأرض بخلاف المياه الساقطة من السماء أو الخارجة من الينابيع التي لا يمكن التحكم فيها⁽¹⁾.

وحتى يقوم هذا القيد لا بد وأن تتوافر شروط قانونية⁽²⁾:

- أن توجد أرض سفلى وأرض تعلوها لكن ليس بالضرورة أن يكون العقاران متلاصقين حتى ولو كان بينهما طريق عام ويشمل هذا كل أنواع الأراضي.

- أن تسيل المياه بطريقة طبيعية من الأراضي العالية مثل مياه الأمطار والمياه التي تتولد من ذوبان الثلوج أو المياه التي تنفجر من الأرض العالية تلقائياً وتحدد مجراها تحديداً طبيعياً.

إلا أن بعض القوانين تجبر صاحب الأرض السفلى عن تلقي المياه من الأراضي العالية حتى ولو كان سيل الماء قد تسبب بفعل الإنسان ولكن مقابل تعويض لصاحب الأرض الوطينة ويقع هذا في حالتين:

(1) : أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 94.

(2) : أنظر الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 136.

- حالة إستعمال صاحب الأرض العالية لمياه الأمطار الساقطة في أرضه، فإذا كان المالك يستطيع أن يستعمل هذه المياه والتصرف فيها فإذا ما أدى هذا الإستعمال إلى زيادة عبء الإرتفاق الطبيعي الناتج عن المسيل فيجب تعويض صاحب الأرض السفلى.

- حالة إذا ما فجر صاحب أرض ما مياهاً في أرضه فيكون على أصحاب الأراضي السفلى أن يتحملوا هذه الإلتزامات ويكون من حقهم طلب التعويض.

وإن إرتفاقات مياه الأمطار والينابيع ترتب لمالك الأرض المرتفعة حقوقاً تجاه الأرض المنخفضة، ويكون للأرض المنخفضة حقوقاً تجاه الأرض المرتفعة، فبالنسبة لصاحب الأرض المرتفعة يكون له حق التصرف في ملكه فله أن يسقي أرضه من المياه الواقعة في أرضه وسواءً كانت هذه الأمطار نابعة من عين طبيعية أو ساقطة من السماء أو نابعة من بئر حفره المالك، فيستطيع المالك أن يخترن هذه المياه في حدود أرضه وله إن شاء أن يخرجها عند عدم إستعمالها في أرض غيره الأقل من أرضه إرتفاعاً شريطة ألا يتسبب في إستعمال حقه ويقع عليه إلتزام سلبي يتمثل في عدم تدخله في مسيل المياه بفعل يزيد كمية أو قوة أو كيفية مرور المياه كأن يقوم مثلاً بجمع المياه في مسيل ضيق فتزداد سرعة جريانها مما يؤدي إلى قلع أشجار حاره أو تخرب المنشآت، وفي كل هذه الحالات وغيرها يتحمل الجار صاحب الأرض العالية مسؤوليته إذا كان فعله ينطوي على إحداث مثل هذه الأضرار بجاره وسواءً كان مهملاً أو غير مبالي بما يقوم به. أما إذا كان يقصد من فعله حماية أرضه أو مزروعاته فإن فعله مشروع وبالتالي تنتفي مسؤوليته إلا أنه يلتزم بالحدود التي يمكن دفع الضرر بها، وما زاد عن الضرر العادي يتحملة المالك صاحب الأرض المرتفعة لأنه يتجاوز حدود دفع الضرر عن نفسه وأصاب غيره بضرر.

وسواء أصاب هذا الضرر ما فوق الأرض أو ما في عمقها، أما بالنسبة لصاحب الأرض السفلى فتقع عليه إلتزامات سلبية⁽¹⁾ كما ذكرها قانون المياه وهي أن يخلي المياه تسيل بصفة طبيعية فلا يعترضها بإقامة سد أو يعمل هذا المالك على عدم مرورها في ملكه مما يلحق ضرراً بصاحب الأرض المرتفعة، أما لو قام مالك الأرض المنخفضة بأعمال تعوق مرور هذه المياه المتدفقة في أرضه ولم تلحق هذه الأعمال ضرراً بالأرض المرتفعة فلا جدوى من مقاضاة هذا الجار.

(1) : أنظر الدكتور: حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 93.

وإن حق تمرير المياه في الأملاك العقارية السفلى يجب أن يكون حسب مخطط يكون أكثر عقلانية وأقل أضراراً، أما في حالة حدوث أضرار لمالك العقارات السفلى فلهم الحق في طلب التعويض إلا أن المشرع الجزائري لم يبين لنا الحالات الموجبة للتعويض، ولكن يمكن أن تستخلص هذه الحالات من تحقق الضرر أو أن يكون التعويض مقابل مسيل المياه في أرض الجار السفلى.

ولكن من جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري لم ينص أيضاً عن تعويض صاحب الأرض المرتفعة في حالة عدم تنفيذ صاحب الأرض السفلى لإلتزاماته فكان من الأجدر أن ينص مشرعنا على كل هذه الحالات حتى يقوم كل مسؤول بتنفيذ إلتزاماته.

وكل هذه الإرتفاقات القانونية منصوص عليها في قانون المياه، ولم ينص عليها المشرع في القانون المدني بخلاف بعض الدول الأخرى التي نصت على هذه الإرتفاقات في القانون المدني نظراً لأن قانون المياه قد صدر مؤخراً أي في 1983 بخلاف المشرع المصري الذي نص على قيود الإرتفاع بالمياه في القانون المدني وحتى يستدرك مشرعنا ما أغفل عنه أصدر قانوناً خاصاً يتعلق بالمياه ونص على إرتفاقات المياه ولم يسميها قيود.

فإذا كان مشرعنا قد نص على إرتفاقات مياه الأمطار والينابيع في قانون المياه وألزم صاحب العقار السفلي بأن يتلقى المياه المنصبة بطريقة طبيعية من العقار العلوي يكون قد راعى مصلحة الجار صاحب العقار العلوي، حيث أعطاه حق تمرير مياهه الطبيعية في العقارات المنخفضة للجار. ولكن إذا ما قام صاحب العقار العلوي بتمرير مياهه عند قيامه بأشغال باطنية أو تنقيبية في عقارات جاره السفلية فعليه أن يعرض المالك جاره عن الأضرار التي لحقت من تمرير هذه المياه.

ومن هنا يتضح وحسب نصوص قانون المياه أن المشرع قد فرق بين حق تمرير المياه في العقارات السفلية بين ما إذا كان مصدر هذه المياه تنصب بصفة طبيعية أو كان مصدر صبها فعل المالك نفسه، ففي الحالة الأولى لم ينص المشرع على تعويض الجار صاحب العقار السفلي، أما في الحالة الثانية فأعطى للجار صاحب الأرض المنخفضة الحق في طلب التعويض إذا ما تضرر من مرور هذه المياه في عقاراته، وكل هذه الإرتفاقات عرفتتها الشريعة الإسلامية قبل ذلك.

كما نجد أن مشرعنا قد نص على إلزام كل مالك بأن يجعل سقوف بنايته حتى تتدفق مياه الأمطار على أرضه أو على الطريق العمومي دون أن تتدفق على عقارات جاره وهذا حماية للجار من أضرار المياه التي قد تتدفق على أرضه من سقوف بنايات جاره وبهذا يكون المشرع قد كفل حماية الجار من المياه المنصبة من سقوف جاره وحتى يستطيع هذا الجار أن يتمتع بخالص ملكه وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون المياه وفرضت على المالك إلتزام يتمثل في عدم وضع سقوف بناياته حتى لا تتدفق مياه الأمطار على أرض جاره وهذا يجعل الملكية تؤدي وظيفة إجتماعية.

الخلاصة:

إن للملكية العقارية الخاصة نظامها القانوني في القانون الجزائري لما لها من أهمية بالغة على المستوى الإقتصادي والإجتماعي.

فقد نص القانون الجزائري على تعريفها وتحديد نطاقها ووسائل حمايتها، وأعطى للمالك كل السلطات المقررة على حق الملكية إلا أنه أحاطه بنوع من القيود وهي عدم إلحاق الأضرار بالآخرين وتطوير سلطات المالك أمام ملكيات الآخرين حتى يتحقق نوع من التوازن الإجتماعي بين مصلحة الفرد وما تقتضيه مصلحة الجماعة، إذ إضمحلت فكرة إطلاق حق الملكية التي كانت تنادي بها المذاهب الفردية التي يقوم نظامها القانوني على الحرية والمبادرة الفردية بل أصبحت للملكية وظيفة إجتماعية تؤديها حتى لا يمكن تعطيل الأموال.

وقد نص مشرعنا الجزائري على فكرة الملكية و لم يجعلها حقاً مطلقاً بل أعطى للمالك كل السلطات المقررة على ما يملك من تمتع وتصرف في ملكه شريطة ألا يستعمل هذا الملك إستعمالاً يخرمه القوانين و الأنظمة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أباح للمالك إستعمال ملكيته في الأوجه المشروعة وإلا أعتبر المالك متعسفاً في إستعمال حقه.

وإن الملكية تعتبر من أهم الحقوق العينية التي تعطي سلطة مباشرة للمالك على الشيء ونظراً لإتساع سلطات المالك من إستعمال وإستغلال وتصرف فيما يملك وشمول الملكية علو وسطح وعمق العقار أورد المشرع على هذه السلطات قيوداً أو أن هذه القيود ترد على حق الملكية في ذاته ولا ترد على أية سلطة من سلطات المالك فبالنسبة لسلطة الإستعمال ترد عليها قيود تتمثل في قيد عدم التعسف في إستعمال حق الملكية الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون المدني وهذه النظرية تشمل كافة الحقوق ولا يمكن إعمالها إلا بتحقيق معاييرها القانونية، وهي نظرية قائمة بذاتها ولا تعتبر صورة من صور الخطأ التقصيري إلا أن المشرع الجزائري حصرها في موضع غير لائق بل وأورد إستثناءات النظرية مع أن الصحيح هو النص على الأصل ثم إيراد إستثناءات المادة وهذا ما أخذت به معظم الدول العربية و ما قررته قبلها الشريعة الإسلامية، أما بالنسبة للقيد الثاني على سلطة الإستعمال فيتمثل في قيود مضار الجوار غير المألوفة و التي نشأت في أحضان الفقه و القضاء الفرنسي ثم تناولها القضاء و الفقه المصري دون سند تشريعي محاولين إعطاء أساسها القانوني، ولكن بصدر القانون المدني المصري الجديد نص على فكرة الغلو في إستعمال الحق مما جعل الفقه المصري يعتبر أن هذه النظرية قائمة بذاتها أساسها إلتزام قانوني.

وقد نص مشرعنا على هذه الفكرة في القانون المدني مما جعل البعض يعتبرها صورة من صور التعسف في إستعمال الحق و الحقيقة غير ذلك فإن أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة في القانون

الجزائري هو النص القانوني على التزام عيني وهي مسؤولية موضوعية وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة للأخذ بفكرة مضار الجوار غير المألوفة وهي تميز بين الجوار الرأسي و الجوار الجانبي وتقرر للجار المضروب بأن يطلب إزالة هذه المضار غير المألوفة.

وقد نص مشرعنا على قيود ترجع إلى حالات التلاصق في الجوار وتمثل في وضع الحدود بالنسبة للملكية العقارية المتجاورة وسواء تم وضعها عن طريق الإتفاق أو عن طريق القضاء وهذا من أجل تحديد محل ووعاء الملكية بالنسبة لكل مالك وحتى لا تختلط الملكيات وبالتالي تقل النزاعات. أما بالنسبة للأراضي المسووحة فلا تشور مشكلة وضع الحدود إذ أن اللجنة المخولة قانوناً بعملية المسح تحدد موقع ومساحة ومالك أو شاغل العقار بدقة وما على المحافظ العقاري إلا إعداد بطاقات عقارية لكل عقار وإعداد الدفتر العقاري.

أما بالنسبة للقيد الثاني الذي يرجع إلى حالة التلاصق في الجوار فيتمثل في قيود الحائط الفاصل وسواء كان مملوكاً ملكية مفرزة فلا يستطيع صاحبه هدمه مختاراً دون عذر قوي وخاصة إذا كان الهدم يلحق بالجار ضرراً لأن هذا الجار يكون ملكه مستتراً بهذا الحائط وإذا قام المالك بهدمه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، أما إذا كان الحائط منذ وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين فيعد مشتركاً يستطيع كل مالك الإنتفاع به دون أن يحمل الحائط فوق طاقته وإذا ما حمل الحائط فوق طاقته وتهدم تكون نفقة إعادة بنائه على حسابه الخاص.

أما بالنسبة للقيد الثالث و المتمثل في قيود المسافات فقد قيد المشرع المالك بعدم فتح المظلات سواء كانت مواجهة أو منحرفة على مسافة غير قانونية من ملك الجار وهذا حتى لا يتأذى الجار من هذه المظلات التي تكشف الجار و ما يدور في داره وجعل المشرع جزاء مخالفة قيد المسافة سد هذه المظلات وكذلك قيد المالك بعدم فتح المناور إلا بإحترام إرتفاع معين وهي أن تفتح المناور على إرتفاع لا يقل عن قامة الإنسان المعتاد وإذا ما فتح المالك هذه المناور على إرتفاع غير قانوني فتكون مطالاً يجب على الجار أن يطالب بسده.

وهناك قيد رابع والمتمثل في قيد المرور القانوني وهو لا يرد على أي سلطة من سلطات المالك بل يرد على الملكية العقارية الخاصة في ذاتها ومن أجل تقرير هذا الحق لا بد وأن يكون الجار صاحب أرض محصورة وألا يكون الإنحصار راجعاً إلى فعله وعليه يقع دفع التعويض مقابل المرور للمالك، وإن هذا الحق لا يسقط بالتقادم لأن مناطه الإنحصار بينما الممر يسقط بالتقادم ويتم تحديد طريقة المرور إما إتفاقاً أو قضاءً وللقاضي سلطة تقديرية في تعيين الممر وتحديد التعويض بغض النظر عن الفائدة التي حصل عليها صاحب الأرض المحصورة من هذا الممر، ويمكن للجار صاحب الأرض المحصورة أن يحصل على حق إرتفاق بالمرور وهذا وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

أما بالنسبة للقيود الرابع للجوار فيتمثل في قيود الإنتفاع بالمياه وهي حق الشرب المقرر للحجار الذي ليست له مسقاة ويجاوره مالك صاحب مسقاة إستوفى حاجته منها وإن الحصول على حق الشرب يتبعه طلب الحصول على حق المنجى لتوصيل المياه إلى الأرض البعيدة عن المسقاة وحق صرف المياه بعد سد الحاجة وجعل هذه المياه تسيل في مصرف عمومي، وكل هذه القيود لم ينص عليها مشرعنا في القانون المدني بل نص عليها في قانون خاص بخلاف المشرع المصري الذي نص عليها في القانون المدني فنأمل عند تعديل القانون المدني الجزائري أن ينص على هذه القيود في القانون المدني لأنه كما نعلم أن المياه ملك للمجموعة الوطنية كما نص على ذلك المشرع في القانون المدني وفي قانون المياه، وما يهمنا في تقرير حق الشرب أن المياه مملوكة للأفراد أما إذا كانت عامة فيستفيد منها الكل. أما بالنسبة للقيود الواردة على سلطة التصرف فقد ترد عليها قيوداً قانونية خاصة وقد تكون قيوداً إتفاقية.

فبالنسبة للقيود القانونية الواردة على سلطة التصرف فنجد الشفعة التي يمارسها الشفيع ضد المشتري وتعد الشفعة قيداً على مبدأ رضائية العقود وهي صورة من صور نزع الملكية جبراً عن صاحبها وهو المشتري رعاية لمصلحة أخرى أولى بالإعتبار وهي مصلحة مالك الرقبة أو الشريك، أو صاحب حق الإنتفاع، أو مصلحة حار البائع أما الشفعة التي تمارسها الدولة في الأراضي العامرة والقابلة للتعمير المنصوص عليها في قانون التوجيه العقاري فهي تحقق المصلحة العامة، أما بالنسبة لشفعة المستأجر التي نص عليها المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري فهي تحقق المصلحة الخاصة إلا أنها تختلف عن الشفعة المنصوص عليها في القواعد العامة إذ أن الشفعة التي يمارسها الشاغل القانوني لجزء من البناية تمارس من طرف صاحب حق شخصي وبذلك خرج المشرع من دائرة القواعد العامة بشأن هذا النوع من الشفعة وكان يهدف إلى تمكين المستأجر من الشفعة حتى يبقى في هذا السكن لأن هذا المرسوم قد ألغى حق البقاء في الأمكنة الموحدة إلا أن الملكية في هذا النوع من الشفعة هي لشخص معنوي، ونشير إلى أن الشفعة واردة على سبيل الإستثناء فلا يجب التوسع في نصوصها لأن المشرع قد أحاطها بقيود.

أما بالنسبة للقيود القانوني الثاني لسلطة التصرف فيتمثل في تقييد تصرفات المريض مرض الموت فيستطيع هذا المالك التصرف فيما يملك في حدود الثلث والحكمة من إعطائه حق التصرف إلا في الثلث هو حماية الأقربين له، ويحمي القانون الوارث من تصرفات المريض مرض الموت في حالتين وهما حالة التصرفات التي تصدر من المورث وهو في مرض الموت فتعتبر وصية وتسري عليها أحكامها مهما كان الوصف الذي أعطي للتصرف فلا تكون إلا في حدود الثلث وما زاد على ذلك فيتوقف على إجازة الورثة إلا أن المشرع لم يعط لدائني المورث هذا الحق، أما بالنسبة للحالة الثانية فتتمثل في التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بجزء العين وبمحفه في الإنتفاع بها مدة حياته وتعتبر كذلك وصية.

أما بالنسبة للقيود الإتفاقي الوارد على سلطة التصرف وهو ما يعرف في التشريعات العربية بالشرط المانع من التصرف وهو قيد يهدف إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين أو مصلحة الغير، ولا يكون هذا الشرط صحيحاً إلا بتوافر شروط حددتها القوانين التي نصت على هذا الشرط صراحة في قوانينها المدنية، وهي أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع وأن يقتصر المنع على مدة معقولة، وأن يرد الشرط في التصرف الذي تملك به المالك وإن هذا الشرط قد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية وقسموا الشرط إلى شرط صحيح وهو ما كان من مقتضيات العقد وشرط فاسد الذي يجعل عقد المعاوضة فاسداً، وشرط لاغ لا يؤثر على العقد المقترن به الفساد.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وإن لم ينص على هذا الشرط صراحة في القانون المدني إلا أنه يكون قد تبناه بطريقة غير مباشرة وهذا ما يتجلى في الأراضي الشاغرة التي منع المشرع التصرف فيها وجعل كل التصرفات و البيوع الخاصة بهذه الأملاك محظورة.

وكذلك ما نص عليه في الأمر المتعلق بالثورة الزراعية وما ورد في المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وبهذا يكون المشرع قد تبني شرط المنع في التصرف صراحة وكان المنع قانونياً في نصوص خاصة التي تقتضي تقييد النصوص العامة.

وفي آخر دراستي تطرقت إلى الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية الخاصة وعرفت أن قيود الملكية ليست إرتفاقات لأن قيود الملكية تمثل الوضع القانوني المألوف لحق الملكية فهي لا تشهر ولا تزول بعدم إستعمالها ولا يضمن بائع العقار خلوه من القيود، أما الإرتفاقات فتتمثل الوضع الإستثنائي غير المألوف لحق الملكية فيجب أن تشهر و تسقط بعدم إستعمالها، ويضمن بائع العقار خلوه من الإرتفاقات، أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فيسوّون بين القيود والإرتفاقات ويسمونها إرتفاقات ويرجع السبب في ذلك أنه لا يوجد أحد من هؤلاء الفقهاء تعرض إلى بحث طبيعة قيود الملكية، وقد تكون حقوق الإرتفاق قانونية أو إتفاقية وإن الإرتفاق يرد على المال العام والخاص وما يهمني في دراستي هو ورود حق الإرتفاق على الملكية الخاصة، أما الإرتفاقات التي تنقرر للأموال العامة فهي تحقق المصلحة العامة مثل إرتفاقات الكهرباء و الغاز، والإرتفاقات المقررة للأملاك الوطنية.

وتناولت إرتفاقات البناء التي حسم مشرعنا بأنها من حقوق الإرتفاق تنقرر للعقارات وهي إرتفاقات متبادلة ترد على الأراضي الفضاء المعلقة للبناء فلا يمكن ورودها على الأراضي الزراعية وهي ليست بحقوق شخصية، فتقرر على عقارين أو أكثر مملوكين لشخص أو أكثر وتفرض لصالح عقار آخر وأن تكون تبادلية وأن تفرض حقيقة وتميز بنفس خصائص حق الإرتفاق فهي حق عيني تابع غير قابل للتجزئة، ويزنّب على مخالفة إرتفاقات البناء جزاء يتمثل في التعويض وللقاضي سلطة التقدير في الحكم بالتعويض عند الإرهاق أو في التنفيذ العيني، لأصل في نهاية موضوعي إلى إرتفاقات مياه الأمطار والينابيع التي نص عليها المشرع في قانون المياه. وقد قيد المشرع المالك الجار بأن يسمح بمرور

مياه جاره صاحب العقار الأعلى دون أن يلزم المالك بأي إلتزام يقوم به، وفي حالة تضرر الجار المالك صاحب العقار السفلي من مياه جاره له الحق في أن يطلب التعويض.

ومهما يكن من أمر فإن الملكية العقارية الخاصة وسواء كانت أرضاً فلاحية أو أرضاً فضاء أو أرضاً معدة للبناء، أو بناءً فهي ليست حقاً مطلقاً بل أصبحت لها وظيفة إجتماعية بسبب هذه القيود التي يفرضها القانون على المالك تحقيقاً لمصلحة جيرانه، أو القيود الإتفاقية التي تهدف إلى مصلحة الغير وهذا يدل ورغم إنتهاجنا النظام الإقتصادي الحر منذ التسعينات الذي يقوم على الحرية الفردية ويتجلى ذلك في إصدار قوانين تعطي الحق للأشخاص الطبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية الذين أمت أراضيهم أو تبرعوا بها في إطار أمر 73/71 من إسترجاع أراضيهم إعتباراً من تاريخ إصدار قانون التوجيه العقاري وكذلك إسترجاع الأملاك الوقفية التي أمت في إطار أحكام الأمر رقم 73/71 المتضمن الثورة الزراعية.

إلا أن المشرع لا زال يعتبر أن للملكية العقارية الخاصة وظيفة إجتماعية وما زال يعترف بالملكية الخاصة و الملكية العامة، وبهذا يكون مشرعنا قد حدد نظام الملكية العقارية الخاصة تحديداً دقيقاً وأوجب على المالك ألا يتعسف في إستعمال حقه وألا يضر بجيرانه، فيكون بذلك قد نص على قيود الملكية بوجه عام وفصل بينها وبين حقوق الإرتفاق مما يزيدني تأكيداً على أن قيود الملكية العقارية ليست هي حقوق الإرتفاق ولأن هذه الإشكالية ظلت محل خلاف بين الفقهاء الفرنسيين والفقهاء المصريين قبل صدور القانون المدني المصري الجديد، وقد حسم مشرعنا في قيود البناء إذ إعتبرها إرتفاقات خاصة بالأراضي الفضاء المعدة للبناء، إلا أنه لم ينص على شرط المنع من التصرف ولا على قيود الإنتفاع بالمياه في القانون المدني فألمي أن ينص عليهما في القانون المدني عند تعديله لأن قيود الإنتفاع بالمياه لا تعتبر من قبيل حقوق الإرتفاق، وما نص عليه في قانون المياه يتعلق بإرتفاقات المصلحة الخاصة للمياه وهي ملك للمجموعة الوطنية.

قائمة المراجع: أولاً: المراجع باللغة العربية.

1- المؤلفات:

- 1 - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثاني، القاهرة، 1962.
- 2 - أبي داود سليمان بن الأشعث ابن إسحاق الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1952.
- 3 - الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية بالقاهرة، 1968.
- 4 - الدكتور: أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى، القاهرة، 1970.
- 5 - الدكتور: أحمد محمد غنيم، تطور الملكية الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.
- 6 - الدكتور: أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1991.
- 7 - المستشار: أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه و أحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية مع أحكام النقص المصرية لم يسبق نشرها، الجزء الرابع، المجلد الأول في حق الملكية و الشيوخ والقسم، الطبعة الأولى، 1993.
- 8 - المستشار: أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثالث، 1993.
- 9 - الدكتور: أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988.
- 10 - الدكتور: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1998.
- 11 - الدكتور: أحمد الحجي الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، دار المعارف للطباعة، 1977.
- 12 - الأستاذ: إميل تيان، القانون المدني اللبناني، النظام العقاري في لبنان، معهد الدراسات العربية العالية، مطبعة نهضة مصر، 1955.
- 13 - الدكتور: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث و الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 14 - الدكتور: بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية و العقود، مؤسسة شهاب الجامعية، بدون سنة نشر.
- 15 - الدكتور: البتراوي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية الملكية و الحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها، الطبعة الثانية، 1968.
- 16 - الدكتور: البشير محمد طه، الحقوق العينية الأصلية، القسم الأول، بغداد، 1975.
- 17 - الدكتور: البرديسي محمد زكريا، الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 18 - الدكتور: توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية، القانون الروماني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1925.
- 19 - الدكتور: توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.

- 20- الدكتور : تقيية عبد الفتاح، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 21- الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- 22- الدكتور: الجمال مصطفى محمد، نظام الملكية، مصادر الملكية، الدار الجامعية، 1987.
- 23- الدكتور: الجمال مصطفى محمد، نظام ملكية، توزيع منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- 24- القاضي : حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2000.
- 25- الدكتور: حسن كيرة، أصول القانون المدني (الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية) منشأة المعارف بالإسكندرية، 1965.
- 26- الدكتور: حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنتها بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الأول والثاني، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 27- الدكتور: خلف محمد، قضاء النقص في خمسة وخمسين عاماً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1989.
- 28- الشيخ: الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 29- الدكتور: الدريبي فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في إستعمال الحق بين الشريعة و القانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، 1967.
- 30- الدكتور: الذنون حسن، محاضرات في القانون المدني العراقي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1954.
- 31- الدكتور: ذهني عبد السلام، الحقوق في تفاعلها و تعارضها وضرورة التوازن فيها من الناحية العملية للقانون والعدالة، القاهرة، 1948.
- 32- الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في القانون الزراعي، الملكية الزراعية، الطبعة الأولى، 1990.
- 33- الدكتور: رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام ومصادر الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1997.
- 34- الدكتور: رمضان أبو السعود : الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول في مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1985.
- 35- الدكتور: زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون سنة نشر.
- 36- الدكتور: زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة سيما، بيروت، بدون سنة نشر.
- 37- الدكتور: زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 38- الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- 39- الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني السوري، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، 1968.
- 40- الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، ألفت على طلبه قسم الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1978، 1979.
- 41- الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية و الحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، بدون سنة نشر.
- 42- الدكتور: محمد نزيه الصادق، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 43- الدكتور: منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية و القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- 44- الدكتور: محمد علي حنبولة، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1974.
- 45- الدكتور: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، الأموال، الحقوق (حق الملكية بوجه عام)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1951.
- 46- الدكتور: منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، 1965.
- 47- الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية و العقود فيه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1969.
- 48- الدكتور: محمد كامل ليلة، النظم السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963.
- 49- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1909.
- 50- مأمون الكزبري، القانون المدني في الحقوق العينية، تقسيم الأشياء و الأموال، (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)، مطبعة الجامعة السورية، 1959.
- 51- المحامي: محمد صياح النشواتي، القيود على الملكية العقارية وإشارتها في السجل العقاري، الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1993.
- 52- الدكتور: محمد يوسف محمد، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1987.
- 53- الدكتور: مصطفى أحمد الزرقاء، نظرة عامة في فكرة الحق ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الإسلامي، مطبعة الجامعة السورية، 1948.
- 54- الدكتور: محمود المظفر، الثروة المعدنية وحقوق الدولة و الفرد فيها، دراسة فقهية مقارنة بالقوانين والتنظيمات الوضعية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1990.
- 55- الأستاذ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988.
- 56- الدكتور: مهذب نجما، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشمال للطباعة و النشر والتوزيع، 1990.
- 57- الدكتور: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991، 1992.

- 58- معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الثاني، مطبعة الأطلس، 1987.
- 59- مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء السابع، 1949.
- 60- موطأ الإمام مالك بن أنس، طبعة كتاب الشعب، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بدون سنة نشر.
- 61- الأستاذ: محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 62- المودودي أبو الأعلى، ذخائر الفكر الإسلامي، مسألة ملكية الأراضي في الإسلام، بدون سنة نشر.
- 63- الدكتور: محمد عبد الجواد محمد، ملكية الأراضي في الإسلام، تحديد الملكية والتأميم، المطبعة العالمية بالقاهرة، 1971.
- 64- الدكتور: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، الجزائر، 1983.
- 65- الدكتور: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، (الأشخاص و الأموال والإثبات) في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
- 66- الدكتور: ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 67- الدكتور: الناهي صلاح الدين، محاضرات في القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960.
- 68- الدكتور: الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر.
- 69- الدكتور: الصدة عبد المنعم فرج، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، طبعة 1961.
- 70- الدكتور: الصابوني عبد الرحمن، الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 1965.
- 71- الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر.
- 72- الدكتور: عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 73- السيد الخمامي: عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية والعقود وتسجيلها في الشهر العقاري، مكتبة الإشعاع الفنية للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.
- 74- الدكتور: عبد الله محمد علي صالح، أسباب التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني، القاهرة، 1994.
- 75- الدكتور: عصام أنور سليم، عدم تجزئة الشفعة، دراسة تأصيلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
- 76- الدكتور: عدلي أمير خالد، إكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقهاء القانونيين، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 77- الدكتور: عبد الله المصلح، الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالإلتزامات المعاصرة، مطابع الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، 1982.
- 78- الدكتور: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، بغداد، 1964.
- 79- الدكتور: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 80- الدكتور: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.

- 81- الدكتور: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، جامعة بنغازي، 1969.
- 82- الدكتور: عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.
- 83- الدكتور: علي عبد الواحد وافي، والدكتور: حسن شحاتة سعفان، قصة الملكية في العالم، الطبعة الثانية، مكتبة نهضة مصر بالقاهرة، 1958.
- 84- الدكتور: غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1977.
- 85- الدكتور: سعيد محمد أحمد المهدي، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان، الجزء الأول والثاني، دار الفكر العربي، 1976.
- 86- الدكتور: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 87- سيد قطب: العدالة الاجتماعية في الإسلام، دار الشروق، 1954.
- 88- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1986.
- 89- الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، القاهرة، 1957.
- 90- الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن (حق الملكية)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1957.
- 91- الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع (أسباب كسب الملكية)، 1968.
- 92- الدكتور: الشواربي عبد الحميد، أحكام الشفعة في ضوء القضاء و الفقه، ديوان المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1986.
- 93- شالاي فيلسيان، تاريخ الملكية (ترجمة صباح كنعان)، منشورات عويدات، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 94- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء الخامس، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 95- الأستاذ: شحاته عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1993.
- 96- هارولد لاسكي، الحقوق والمساواة والملكية من كتاب قواعد السياسة، بدون سنة نشر.
- 97- هاشم معروف الحسيني، الولاية و الشفعة والإجارة في الفقه الإسلامي في ثوب جديد، دار العلم، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 98- الدكتور: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.

2- الرسائل الجامعية:

- 01- الدكتور: فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون)، ابن عكنون، الجزائر، 1996.
- 02- دغوش عبد الرحمن، حق الملكية و القيود القانونية والإتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري (رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، ابن عكنون، الجزائر، 1977.

03- لطوف عبد الوهاب، الشفعة في القانون المدني الجزائري (رسالة ماجستير في القانون)، بن عكنون، الجزائر، 1985.

04- محمدي سليمان، كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث و الوصية)، (رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، بن عكنون، الجزائر، 1988.

05- شامة سماعيل، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ 1990، (رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، بن عكنون، الجزائر، 1999.

3- البحوث و المقالات:

01- الدكتور: أحمد فهمي مصطفى هبة، قيود البناء الإتفاقية أو حقوق الإرتفاق التبادلية المقررة على البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 4، السنة 13، 1939، ص 976.

02- الدكتور: أنور سلطان، نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية، مجلة القانون والإقتصاد، العدد 1، السنة 17، 1947، ص 71.

03- الدكتور: بلحاج العربي، مفهوم التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية. Volume : xxx N° 4/92، ص 674.

04- بندرت نوال محمد بدير، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، 2، السنة 72، 1947، ص 297.

05- الدكتور: جميل الشرقاوي، قيود الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، السنة 2، يونيو 1978، ص 95.

06- الأستاذة: حنا راغب، علوبة عادل، الشريطي علي علي، الملكية وتطوراتها الإجتماعية، مجلة المحاماة المصرية، العدد 7، 8، السنة 46، 1966، ص 916.

07- الدكتور: حمدي عبد العظيم عبد اللطيف، الآثار الإقتصادية للملكية الخاصة، مجلة مصر المعاصرة، العدد 403، السنة 77، يناير 1986، ص 440.

08- الشيخ: الخفيف علي، الملكية الفردية وتحديداتها في الإسلام، بحث منشور في المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، 1964، ص 101.

09- الأستاذ: محمد السعيد رشدي شاهين، طبيعة الملكية في الإسلام والنظم الوضعية، مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، 2، السنة 66، 1986، ص 111.

10- الأستاذ: محمد أبو زهرة، التعسف في إستعمال الحق، مجلة حضارة الإسلام، الأعداد 1، 3، 4، 8، السنة 2، دمشق، سوريا، 1962، ص 200.

11- الدكتور: محمد كامل مرسي بك، قيود البناء الإتفاقية هل تعتبر حقوق إرتفاق أم إلتزامات شخصية؟، مجلة القانون والإقتصاد، العدد 4، السنة 09، 1939، ص 331.

12- الدكتور: محمد إبراهيم منصور، مكافأة الأرض في الإسلام، مجلة مصر المعاصرة، العدد 419، السنة 81، يناير 1990، ص 221.

13- الأستاذ: نبيل المصري، ضوابط التعسف في إستعمال حق الملكية في القانون المدني السوري، مجلة المحامون السورية، الأعداد 7، 8، 9، السنة 56، أيلول 1991، ص 538.

- 14- الشيخ: عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، العدد 1، السنة 5، 1963، ص 32.
- 15- العقون الأحضر، نقل الملكية في التشريع الجزائري، الملتقى الجهوي للقضاة، ص 13.
- 16- الدكتور: عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه، الإلتزام العيني بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية، الجزء الخمسون، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 27.
- 17- الأستاذ: الفنجري محمد شوقي، خصائص الإشتراكية الإسلامية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 1، السنة 12، 1968، ص 40.
- 18- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الثالث والأربعون، بدون سنة نشر، ص 576.

4- النصوص القانونية والمجالات القضائية.

- 01- الدستور الجزائري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 المعدل للدستور 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية رقم 61.
- 02- القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 يونيو 1983 المتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية رقم 16.
- 03- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 29.
- 04- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية رقم 50.
- 05- القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 28.
- 06- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49.
- 07- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير ، الجريدة الرسمية رقم 52.
- 08- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية رقم 47.
- 09- الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية ، الجريدة الرسمية رقم 07.
- 10- الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية ، الجريدة الرسمية رقم 97.
- 11- الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتضمن الإحتياطات العقارية ، الجريدة الرسمية رقم 19.
- 12- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 78.
- 13- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية رقم 92.
- 14- الأمر رقم 105/76، المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية رقم 81.
- 15- المرسوم رقم 03/62 المؤرخ في 23 أكتوبر 1962 المتضمن تنظيم معاملات البيع الخاصة بالأراضي الشاغرة، الجريدة الرسمية رقم 1.
- 16- المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 20 جانفي 1964، المتعلق بحرية المعاملات ، الجريدة الرسمية رقم 7.
- 17- المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، الجريدة الرسمية رقم 30.
- 18- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية رقم 30.
- 19- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتضمن تنظيم النشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 14.
- 20- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته، إعداد صادق جعفر، مكتبة النهضة، 1999.
- 21- القانون العقاري المغربي، دار الكتاب، الدار البيضاء، بدون سنة نشر.
- 22- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مديرية الشؤون المدنية، 1995، ص 151، 152.

- المجلة القضائية، الأعداد 1، 2، 3، 1990، ص38، ص30، ص33.
- المجلة القضائية، الأعداد 2، 4، 1992، ص22، ص28.
- المجلة القضائية، العدد 3، 1994، ص84.
- المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص76، ص105.

- المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص45، ص11.
- المجلة القضائية، الأعداد 1، 4، 1991، ص61، ص62.
- المجلة القضائية، العدد 3، 1993، ص13.
- المجلة القضائية، العدد 1، 1995، ص101، ص102.
- المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص190.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- 01- Planiol et Rupert, trait pratique et droit civil français, t 3, les biens, par Picard, Paris, 1952.
- 02- Capitant, Introduction à l'étude de droit civil, Paris, 1904.
- 03- Aubry et Rau, cours de droit civil français, 6 eme edition, tome 2, librairie Marchal Billard, Paris, France, 1935.
- 04- Benakezouch Chabane, le droit des reserves fandières, Alger, O.P.U, 1990.

	الإهداء.
	التشكرات.
001	مقدمة.
005	الفصل التمهيدي: التطور التاريخي للملكية العقارية الخاصة.
005	المبحث الأول: الملكية العقارية الخاصة في العصر القديم.
006	المطلب الأول: الملكية العقارية الخاصة في المجتمعات البدائية.
007	المطلب الثاني: الملكية العقارية الخاصة عند بني إسرائيل.
008	المطلب الثالث: الملكية العقارية الخاصة عند اليونان.
009	المطلب الرابع: الملكية العقارية الخاصة عند الرومان.
012	المبحث الثاني: الملكية العقارية الخاصة في العصور الوسطى.
013	المطلب الأول: الملكية العقارية الخاصة في عهد الإقطاع.
014	المطلب الثاني: مرقف الكنيسة من الملكية العقارية الخاصة.
015	المطلب الثالث: الملكية العقارية الخاصة في الشريعة الإسلامية.
018	المبحث الثالث: الملكية العقارية الخاصة في العصر الحديث.
020	المطلب الأول: الملكية العقارية الخاصة في الجزائر منذ الفتح الإسلامي حتى العهد التركي.
021	المطلب الثاني: الملكية العقارية الخاصة في العهد التركي.
023	المطلب الثالث: الملكية العقارية الخاصة خلال الإحتلال الفرنسي.
025	المطلب الرابع: الملكية العقارية الخاصة بعد الإحتلال الفرنسي.
029	الباب الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة ونطاقها.
030	الفصل الأول: تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة.
030	المبحث الأول: التعاريف الفقهية والتشريعية التي وردت بشأن الملكية.
031	المطلب الأول: التعريفات الفقهية لحق الملكية في الشريعة الإسلامية.
032	المطلب الثاني: تعريف الملكية فقهاً وتشريعاً في بعض القوانين الوضعية.
038	المبحث الثاني: طبيعة الملكية العقارية الخاصة.
038	المطلب الأول: طبيعة الملكية العقارية الخاصة في الشريعة الإسلامية.
041	المطلب الثاني: طبيعة الملكية العقارية الخاصة في القانون.
045	المبحث الثالث: خصائص الملكية العقارية الخاصة.
045	المطلب الأول: الملكية حق عيني.
046	المطلب الثاني: الملكية العقارية الخاصة حق دائم.
049	المطلب الثالث: الملكية العقارية الخاصة حق جامع مانع.
050	المطلب الرابع: الملكية العقارية الخاصة أصبحت ليست حقاً مطلقاً.
052	المبحث الرابع: تحديد سلطات المالك في الملكية العقارية الخاصة.
053	المطلب الأول: سلطة الإستعمال المقررة للمالك.
054	المطلب الثاني: سلطة الإستغلال المقررة للمالك.
055	المطلب الثالث: سلطة التصرف المقررة للمالك.

058	المبحث الخامس: أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة.
058	المطلب الأول: إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الأعمال المادية.
059	الفرع الأول: كسب الملكية العقارية الخاصة بالحيازة.
059	أولاً: تعريف الحيازة وعناصرها.
061	ثانياً: شروط الحيازة.
064	الفرع الثاني: كسب الملكية العقارية الخاصة بواسطة الإلتصاق.
064	أولاً: تعريف الإلتصاق.
064	ثانياً: أنواع الإلتصاق.
067	الفرع الثالث: كسب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الميراث.
067	أولاً: مفهوم الميراث.
068	ثانياً: وقت إنتقال التركة إلى الورثة.
069	ثالثاً: شهر حق الإرث.
070	المطلب الثاني: إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق التصرفات القانونية.
070	الفرع الأول: إنتقال الملكية بالعقد.
070	أولاً: مفهوم العقد.
071	ثانياً: إجراءات نقل ملكية العقار في القانون الجزائري.
074	الفرع الثاني: كسب الملكية العقارية الخاصة بالوصية.
074	أولاً: مفهوم الوصية.
075	ثانياً: وقت إنتقال الملكية الموصى بها.
077	الفصل الثاني : النطاق المادي للملكية العقارية الخاصة ووسائل حمايتها.
077	المبحث الأول: ملكية الشيء ذاته.
077	المطلب الأول: ملكية علو العقار.
079	المطلب الثاني: ملكية سطح وعمق العقار.
082	المبحث الثاني: ملكية ما يتفرع عن الشيء المملوك.
083	المطلب الأول: ملكية الثمار.
084	المطلب الثاني: ملكية منتجات وملحقات الشيء.
085	المبحث الثالث: وسائل حماية الملكية العقارية الخاصة.
086	المطلب الأول: دعوى الإستحقاق.
089	المطلب الثاني: حدود نزع الملكية جبراً عن صاحبها.

093	الباب الثاني: أنواع القيود الخاصة التي نرد على الملكية العقارية الخاصة.
097	الفصل الأول: قيود سلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة.
097	المبحث الأول: قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.
099	المطلب الأول: التمييز بين سوء استعمال الحق وما يشابهه من الأنظمة.
102	المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال حق الملكية في القانون الوضعي.
109	المطلب الثالث: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.
110	المبحث الثاني: قيد مضار الجوار غير المألوفة.
111	المطلب الأول: مضار الجوار غير المألوفة في الشريعة الإسلامية.
114	المطلب الثاني: مضار الجوار غير المألوفة ومعاييرها في القانون الجزائري.
118	المطلب الثالث: أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.
122	المطلب الرابع: جزاء المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.
123	الفصل الثاني: قيود التلاصق في الجوار.
124	المبحث الأول: وضع الحدود بالنسبة للملكية العقارية الخاصة المجاورة.
124	المطلب الأول: المقصود بوضع الحدود.
126	المطلب الثاني: تعيين الحدود عن طريق القضاء.
129	المبحث الثاني: قيود الحائظ الفاصل.
130	المطلب الأول: قيود الحائظ الفاصل المملوك ملكية مفرزة.
132	المطلب الثاني: قيود الحائظ المشترك.
134	أولاً: حقوق الشركاء في الحائظ الفاصل المشترك.
135	ثانياً: التزامات الشركاء في الحائظ الفاصل المشترك.
136	المبحث الثالث: قيود فتح المظلات والمناور.
137	المطلب الأول: قيود فتح المظلات في القانون الجزائري.
139	أولاً: الطبيعة القانونية للمظلات المنشأة مراعاة للمصافة القانونية.
140	ثانياً: حكم المظلات المفتوحة دون مراعاة قيد المسافة.
141	المطلب الثاني: قيود المناور في القانون الجزائري.
142	أولاً: بيان قيد المناور.
143	ثانياً: حكم المناور غير القانونية.
144	المبحث الرابع: تقييد المالك بإعطاء حاره حق المرور القانوني.
145	المطلب الأول: شروط الحصول على حق المرور القانوني.
148	المطلب الثاني: تعيين الممر وطريقة المرور.
153	المطلب الثالث: مقابل المرور.
155	المبحث الخامس: القيود الخاصة بالانتفاع بالمياه.
155	المطلب الأول: حق الشرب.
158	المطلب الثاني: حق المجرى وحق المسيل.

162	الفصل الثالث: القيود الواردة على سلطة التصرف في الملكية.
163	المبحث الأول: الشفعة كقيد على سلطة التصرف.
165	المطلب الأول: تعريف وخصائص الشفعة.
168	المطلب الثاني: طبيعة الشفعة و الحكمة المقررة منها.
170	المطلب الثالث: الشروط الموضوعية للشفعة وإجراءات الأخذ بها.
172	المطلب الرابع: آثار الشفعة.
173	المبحث الثاني: تقييد تصرفات المريض مرض الموت.
175	المطلب الأول: الحالات التي يحمي فيها القانون الوارث من تصرفات المريض مرض الموت.
177	المطلب الثاني: الحكمة من تقييد تصرفات المريض مرض الموت .
178	المبحث الثالث: الشرط الإنفاقي المانع من التصرف.
180	المطلب الأول: شروط صحة شرط المانع من التصرف.
182	المطلب الثاني: طبيعة و آثار الشرط المانع من التصرف.
184	المطلب الثالث: الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي.
186	المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من الشرط المانع من التصرف.
188	الفصل الرابع: الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية الخاصة.
190	المبحث الأول: تعريف حق الإرتفاق وخصائصه.
192	المبحث الثاني: تقسيمات حقوق الإرتفاق.
193	المبحث الثالث: إرتفاقات البناء.
194	المطلب الأول: عناصر قيود إرتفاقات البناء .
195	المطلب الثاني: خصائص إرتفاقات البناء.
196	المطلب الثالث: جزاء مخالفة إرتفاقات البناء.
197	المبحث الرابع: إرتفاقات مياه الأمطار و التناييع.
201	الخاتمة.
206	المراجع.
215	الفهرس.

0105
Dépôt
25/03/2001
عبدالله بن محمد

