



# جامعة البليدة

## كلية الحقوق

مذكرة تخرج  
لنيل شهادة الماجستير  
في العلوم القانونية و الإدارية

فرع : القانون العقاري و الزراعي

### الموضوع

## الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية

- دراسة تحليلية -

تحت إشراف :

الدكتور عبد العزيز العشراوي

إعداد الطالب :

فلاح عبد الحميد

### لجنة المناقشة

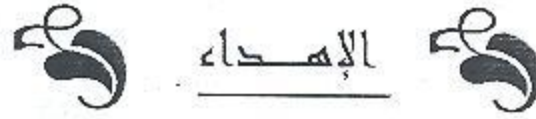
الدكتور : محمودي مراد ----- رئيسا

الدكتور : العشراوي عبد العزيز ----- مقرر

الدكتور : فوزي أوصديق ----- عضوا

الدكتور : زروقي الطيب ----- عضوا

الأستاذ : نور الدين بوسهوة ----- عضوا



إلى أعز ما أملك في الوجود

" والداهي "

إلى من أوقدوا الشموع في مسيرتي

إخوتي : " محمد، جلول "

إلى أحلى وردة نبتت في بستان العمر

" عبد النور "

إلى كل من مدني أواسر الصداقة و المحبة

عابد، لمنور، غنية، يوسف، فاطمة الزهراء، عزيز، وهاب، إبراهيم،  
ليلي، ابتسام، نسيم.

إلى دفعة المفتشين الرئيسيين في السياحة

" مارس 2000 "

إلى كل من أنشد لحن الحب و الأخوة و الوئام في وطن السلام.

إليكم و إلى كل من ساعدني على إتمام هذا العمل...



## - التشكرات -

أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى السادة الأساتذة الذين ساعدون على إنجازه هذا العمل .  
إلى مشرفي الدكتور عبد العزيز العيشاوي على جهده طيلة كل مراحل هذا الموضوع

كما أتقدم بشكري وإمتناني إلى :

- الدكتور فوزي أو صديق عميد كلية الحقوق

- الأستاذ قزهر ومحمد آكلي

- الدكتور محمودي مراد

- الدكتور العيد حداد

- الدكتور عبد المالك كجور

- الأستاذ العاقب عيسى

- الأستاذ علي صوامر

## المقدمة

لقد كان ظهور الملكية ملازما لظهور الإنسان، فمنذ الوهلة الأولى التي يجد فيها الإنسان ما لا قابلا لإشباع و سد حاجة معينة لديه فإن إرادته تتجه إلى تملكه لهذا المال و الإستثمار بكل منافعه الممكنة وفق نسق تنظيمي و إجتماعي معين، لذلك فالملكية وظائف ترتكز على ثلاثة أركان أساسية بالنسبة للفرد و المجتمع الذي يعيش فيه تناسباً مع طبيعة المال محل هذه الملكية، و عليه فإن الهدف الأساسي الذي تقوم به الملكية هو إشباع الحاجات الأساسية اللازمة لحفظ كيان الإنسان و إستمرار وجوده في الحياة، و هذه هي ( الوظيفة الطبيعية للملكية ) و في سبيل الإستثمار و الإنتفاع بها يمارس المالك نشاطين مختلفين، فهو من ناحية يحاول، بكل جهده و طاقته أن يجمع و يزيد من ملكيته رغبة في إطمئنانه على حياته و وجوده و هو ما يسمى (بالنشاط أو القوة الجاذبة للملكية )، و من جهة أخرى يسعى لأن يدافع عنها و يتصارع مع غيره من الأفراد، فينشأ بينه و بينهم النزاع في سبيل المحافظة على ملكيته و زيادتها و أساس ذلك ( القوة الدفاعية عن الملكية )، كما أن لهذه الأخيرة وظيفة ثانية هي ( الوظيفة الإستثمارية ) أو المكسبة حين لا يقتصر دورها على مجرد إشباعه حاجاته الشخصية بل يتعدى ذلك بالنسبة لملكية الأموال التي تساهم في الإستثمار و الإستغلال قصد الحصول على المنافع المادية الممكنة من الملكية، و على غرار الوظيفتان السابقتان فإن للملكية خدمة هامة في سبيل المصلحة العامة للمجتمع كله، و هي ( الوظيفة الإجتماعية ) و نعني بها إستخدام و إستعمال الفوائد و الوظائف الأخرى الناتجة عنها في سبيل ترقية إقتصاديات المجتمع و ضمان إستمراره.

و بهذا فإن نظام الملكية في الماضي كان حقاً مطلقاً لا تقيدده حدود معينة في إستعمال المالك لسلطاته على الأشياء سواء في مقدارها و في مزاولتها، فهو إطلاق بنطوي على سلطات كاملة غير منقوصة على النحو الذي يروق للمالك في تمتعه بكل مزايا هذا الملك دون قيد أو شرط.. و هو ما جسده التشريع الجزائري من حيث المبدأ إنطلاقاً من المادة (674) من القانون المدني في ( حق التمتع و التصرف في الأشياء ) و رسمته مختلف التشريعات التي تبنت النزعة الفردية كالتقنين المدني الفرنسي الذي ذهب إلى أبعد من ذلك في إطلاقه بحرية التملك في النص على أن " الملكية هي الحق في الإنتفاع بالشيء، و التصرف فيه بطريقة مطلقاً إلى

أبعد حد" تجسيدا لأفكار سياسية و إقتصادية و تاريخية عرفتها فرنسا.

غير أن هذه النزعة الفردية التي تضع مصلحة الفرد في المقام الأول اخذت تتكسر تدريجيا لكي تقسح الطريق أمام مفهوم آخر للملكية عموما و الملكية العقارية خصوصا من قيمتها الإقتصادية الكبيرة و هو مفهوم الوظائف الإجتماعية و الإقتصادية لهذه الملكية التي تقتضي أولا: تطويع سلطات المالك لمقتضيات المصالح الخاصة المشتركة فإنها من باب أولى تقتضي تطويع هذه السلطات لمقتضيات المصلحة العامة بل أن هذا الميدان الأخير تتقلص فيه نطاق سلطات المالك فردا كان او شخصا من أشخاص القانون العام و تصل فيه الوظيفة الإجتماعية للملكية إلى منتهاها، حيث يظهر القانون العام بتنظيماته الإدارية المختلفة فيطبع بطابع غير مألوف في أنظمة القانون المدني، عندما ترجم المشرع ذلك الهدف في القانون المدني بنصه على أنه " لا يستعمل المالك حق الملكية المخول له إستملاك تحرمه القوانين و الأنظمة " و عليه فإن كانت الملكية كمصطلح قانوني بمفهومه الحديث يقصد به الأداة الفنية اللازمة لصياغة نظام الأموال من الناحية القانونية، بما تخوله من سلطات معينة يمارسها في سبيل الإنتفاع بها و وضعها في موضع الإستغلال و التشغيل، فإنه قبل هذا كان النظام القانوني منذ القانون الروماني و في ظل المجموعة المدنية الفرنسية و كذلك التقنين المدني الفرنسي على أن حق الملكية يخول لمالكة في هذا الصدد ثلاث سلطات قانونية أساسية هي سلطة الإستعمال، التي تمنحها الملكية لمالك في إستعمال الشيء محل ملكيته في كل ما أعد له، و في كل ما يمكن أن يستعمل فيه، و سلطة الإستغلال التي تخول للمالك إستغلال المال محل ملكية بحيث يعود عليه بنتائج أو دخل معين، سلطة التصرف التي تخول المالك القيام بالتصرف في الشيء محل ملكيته سواء كان تصرف مادي أو قانوني، و من هذا نستخلص أن تقييد حق الملكية بوصفه الأداة الفنية اللازمة بصياغة الأموال من الناحية القانونية بوضع مختلف القيود على السلطات الثلاث التي يمنحها هذا الحق لمالك في إستعمال هذا الشيء و إستغلاله و التصرف فيه بحيث يكون الهدف من هذه القيود تأكيد أداء حق الملكية لدورها الإقتصادي الأكيد، إلى جانب وظيفتها الطبيعية في خدمة مصلحة المالك و إشباع حاجاته.

من هذا المنطلق فإنه بدون هذا التنظيم المزدوج، "تحديد نظام التملك" من ناحية و "تقييد السلطات القانونية لحق الملكية من ناحية أخرى"، لا يمكن لأي نظام قانوني أن يؤدي في نظرنا الهدف المقصود منه و ذلك لتتأثير المتبادل بين الفكرتين، فلا يمكن تحديد نظام الملكية و تقييده مع ترك السلطات القانونية للمالك مطلقة غير مقيدة، و لا يمكن من ناحية أخرى تقييد السلطات القانونية لحق الملكية مع ترك حق التملك في ذاته دون تحديد أو تقييد، فلا بد ان ترد القيود القانونية بتأثير على كل من حق التملك و سلطات المالك مهما تنوعت هذه القيود و اختلفت مصادرها، فإنها تصب في قالب واحد في نتائجها، لذلك فالإرتفاق كأحد أهم القيود بصفة عامة و الحقوق العينية بصفة خاصة لا يخرج عن هذا النطاق نظرا لجملة الآثار القانونية و الإقتصادية التي يمكن أن تبرز في حالة إقراره.

حتى و إن اختلفت الرأي الفقهية في تبين الأسس المعتمدة في تقييد الملكية إنطلاقا من نظرية التعسف في استعمال الحق التي راجت في ظل المذهب الجماعي و خصوصا في التزامات الجوار، و تقييد الحق في حد ذاته من إطلاقيته إلى مصلحة إرادية يحميها القانون إلى وجوب إخضاع الحق إلى المتطلبات الإجتماعية، لذلك سنحاول من خلال كل ما تم تجميعه إلى دراسة و بلورة هذه الفكرة عبر موضوع الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية بين مقتضيات الحق و القيد، لذلك فأهمية هذا الموضوع تكمن أساسا في التعريف بالإرتفاق كأحد أهم الحقوق العينية الأصلية الواردة على الملكية العقارية، و صفة التقييد و موضعها و تبيان أثرها على نظام الملكية العقارية و خاصة من جانب الربيع الإقتصادي لها و محاولة الموازنة بين الإيجابيات التي حاول المشرع مراعاتها مقارنة بحجم السلبيات التي تترتب في حالة إقرار الإرتفاق، كما نذهب إلى أبعد من ذلك محاولة منا تحليل الأسس التي تم إعتمادها في القانون المدني و مدى إستجابتها لطبيعة الملكية في الجزائر، و لعل إختيارنا لهذا الموضوع كان لدوافع متعددة من بينها أن الإرتفاق يستهدف جانب هام من الدراسة المخصصة للأموال العقارية أساسا، كما أن طبيعة التخصص في المجال العقاري تفرض علينا معرفة الأسس القانونية و المبررات الموضوعية التي أقرها التشريع الجزائري في بلورة هذا الحق و القيد في نفس الوقت، على أنه يجب لفت الإنتباه إلى أهمية حقوق الإرتفاق بأنواعها و تأثيرها على الملكية العقارية خاصة في ظل التطور الكبير لقيمة العقار في الجزائر و مدى قابلية الملكية في الجزائر بأنماطها الحالية لإرساء قواعد الإرتفاق، كما أن الدافع القوي لهذه الدراسة ينطوي على

محاولة البحث عن أنجع السبل و الحلول القانونية الرامية إلى حماية الملكية العقارية خاصة الحماية اللازمة في حالة إقرار حق الارتفاق المقرر للمصلحة العامة في ظل مرونة هذه الفكرة، و معرفة الإجراءات اللازمة لفرض هذا القيد خاصة أن حرية التملك مضمونة دستوريا.

من هذا المنطلق فإن محور دراستنا هذا الموضوع العام تتجلى في الإجابة على مجموعة من الإشكاليات منها إبراز الطبيعة القانونية للارتفاق و هل يعتبر حقا عينيا أو قيادا على الملكية العقارية ؟ ما هي الأسس و المبررات التي إعتدها التشريع الجزائري في تجسده لفكرة الارتفاق ؟ و هل إنطلق في ذلك من واقع الملكية العقارية في الجزائر ؟ و إلى أي مدى وفق في بناء قواعد و أحكام الارتفاق تناسبا مع السياسة العقارية في الجزائر ؟.

هذه الإشكاليات و غيرها التي نحاول الإجابة عنها عبر المحطات الرئيسية في موضوعنا نقسمه من الناحية الشكلية إلى ثلاثة فصول أساسية منسجمة مع مقتضيات الدراسة.

ففي الفصل الأول حاولنا التعرض لماهية فكرة الارتفاق و تطورها في الفقه الإسلامي و الوضعي و بعض التشريعات المقارنة بدافع إستنتاج جملة الأحكام المختلفة و المتشابهة.

في الفصل الثاني إستعرضنا فيه أسباب ترتيب قيد الارتفاق و تقسيماته ببيان الأسباب التي جعلها المشرع الجزائري مناطا لترتيب الارتفاق، بالإضافة إلى جملة التصنيفات الرئيسية لهذا القيد، و الوقوف عند محاولة التأسيس القانوني لفرض هذا القيد و الحماية القانونية للملكية.

أما الفصل الثالث و الأخير فقد خصصناه لدراسة الآثار المترتبة عن الارتفاق و ذلك بالتطرق إلى المراكز القانونية التي تنتج عن إقرار هذا القيد إضافة إلى إستعراض الضوابط القانونية التي جعلها المشرع لتنظيم الحالات المختلفة لذلك، و إكتمالا لدراستنا تطرقنا إلى جملة الأسباب العامة و الخاصة التي ينقضي لها قيد الارتفاق.

كما أن ضمان الإنسجام في الإجابة عن إشكاليات هذا الموضوع و تناسق الأفكار فيه عملنا على إتباع المنهج المقارن و المنهج التحليلي في الكثير من أركان هذا الموضوع رغبة منا في الوصول إلى جملة من النتائج الجزئية و الرئيسية عند إستعراضنا لكل فصل، و الإبتعاد عن الأسلوب الوصفي الكلاسيكي المعهود في مثل هذه الدراسة قصد تقديم خلاصة كاملة عن حيثيات هذا الموضوع.

كما أنه إعترضتنا صعوبات جمة في التطرق إلى هذا الموضوع ذلك أن معظم الكتابات و الدراسات و التطوير لفكرة الإرتفاق تعتبر قديمة مقارنة مع جملة الإجتهادات القضائية و التفسيرية خصوصا في التشريعات المقارنة، كما أن هذه الكتابات و إن وجدت فهي لا تعطي بحق النبع الحقيقي لهذه الفكرة.

كما أن غياب المؤلفات التي تتناول هذا الموضوع من زاوية التشريع الجزائري تكاد تكون منعدمة مما فوت علينا فرصة الإستئناس بها مقارنة مع تلك التي كتبت في شأن المجموعة المدنية الفرنسية مما شكل عائقا قويا أمام تحديد موقع هذه الفكرة أساسا من زاوية آراء الشراح الجزائريين بما يتناسب مع طبيعة الملكية العقارية التي تزداد أهمية في الجزائر.

صعوبة ربط هذه الفكرة مع نظام الملكية العقارية أصلا في الجزائر خصوصا بعد بروز العديد من النصوص القانونية التي تنظم الملكية، ذلك إذا نظرنا إلى قواعد الإرتفاق نظرة موضوعية بحيث يجب تحديد موقعها من هذه النصوص دون الإقتصار على قواعد القانون المدني.

كما أن هناك صعوبات ميدانية تعترض أي باحث كعدم إستطاعتنا الحصول على آراء بعض العاملين في حقل القانون قصد تطعيم هذا البحث بالإجراءات العملية الواجبة الإتباع.



# الخطوة

المقدمة.

## الفصل الأول.- ماهية حق الارتفاق

### المبحث الأول.- تطور فكرة الارتفاق

المطلب الأول : تطور فكرة الارتفاق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : تطور فكرة الارتفاق في الفكر الوضعي

### المبحث الثاني.- تعريف الارتفاق

المطلب الأول : في التشريعات المقارنة

المطلب الثاني: الارتفاق من منظور الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: مفهوم و أساس الارتفاق في التشريع الجزائري

المطلب الرابع : عناصر الارتفاق

### المبحث الثالث. - الجوانب القانونية للارتفاق و ما يميزه عن بعض

#### المفاهيم القانونية الأخرى

المطلب الأول : الارتفاق حق عيني عقاري

المطلب الثاني: الارتفاق قيد على الملكية العقارية

### المبحث الرابع.- خصائص الارتفاق

المطلب الأول : خاصية التتبع

المطلب الثاني: الارتفاق له صفة الدوام

المطلب الثالث : الارتفاق غير قابل للتجزئة

المطلب الرابع : تمييز الارتفاق عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى

## **الفصل الثاني. - أسباب ترتيب قيد الإرتفاق و تقسيماته**

### **المبحث الأول. - أسباب ترتيب قيد الإرتفاق**

- المطلب الأول : التصرف القانوني كسبب منشأ لقيد الإرتفاق
- المطلب الثاني: الإرتفاق المكتسب بالتقادم
- المطلب الثالث : الإرتفاق المنشأ بتخصيص المالك الأصلي
- المطلب الرابع : مدى جواز ترتيب الإرتفاق على المال العام

### **المبحث الثاني. - تصنيف الحقوق الإرتفاقية**

- المطلب الأول : تصنيف الإرتفاق من حيث المصدر
- المطلب الثاني : تصنيف الإرتفاق من حيث وجوب الشهر
- المطلب الثالث : تصنيف الإرتفاق بحسب الموضوع

### **المبحث الثالث. - تطبيقات القيود الإرتفاقية**

- المطلب الأول : الإرتفاق بالمرور
- المطلب الثاني : الإرتفاق بالمجرى

### **المبحث الرابع. - الأساس القانوني لفرض قيد الإرتفاق**

#### **و الحماية القانونية للملكية**

- المطلب الأول : الأساس القانوني لفرض قيد الإرتفاق
- المطلب الثاني : الحماية المقررة للملكية
- المطلب الثالث : الأحكام الشكلية للإرتفاق
- المطلب الرابع : مكانة الإرتفاق ضمن السياسة العقارية

## الفصل الثالث. - الآثار المترتبة عن قيد الإرتفاق

### المبحث الأول. - مركز مالك العقار المرتفق

المطلب الأول : مدى جواز ترتيب الإرتفاق و نطاقه  
المطلب الثاني: إستعمال الإرتفاق و الضوابط القانونية المقررة لذلك

### المبحث الثاني. - مركز مالك العقار المرتفق به

المطلب الأول: إلتزامات مالك العقار المرتفق به  
المطلب الثاني: حقوق مالك العقار المرتفق به  
المطلب الثالث : إنقضاء قيد الإرتفاق و سقوطه  
المطلب الرابع : التخلي كسب خاص لإنقضاء الإرتفاق  
الخاتمة.

## **الفصل الأول :**

### **ماهية حق الارتفاق**

## الفصل الأول

### ماهية حق الارتفاق

الحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي، حيث يخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء بحيث يسمح بالإستئثار بقيمة مالية فيه، و يكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشيء دون الحاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من إستعمال حقه لأن هذا الحق ينصب مباشرة على الشيء فلا يوجد ثمة وسيط بين صاحب الحق و الشيء موضوع الحق. لذلك فإن إحترامه من قبل الغير و تسهيل التمتع به يعتبر من أبرز الإلتزامات التي صاغتها الأنظمة القانونية المنظمة للملكية العقارية لما لها من دور أكيد في تحقيق النسق الإجتماعي و الإقتصادي العام للمجتمع.<sup>(1)</sup>

غير أن هذا الدور لا يتأتى بصورة كاملة إلا إذا تبين لهذا الحق منهجه و وسائله لتجنب التعسف في إستعماله في غير هدفه العام، وهو فعلا ما تم صياغته من قبل معظم التشريعات الحديثة التي عملت على الحد من إطلاق حق الملكية، و لعل بروز مجموعة من القيود من شأنها تأكيد هذا السبيل سواء تقرررت للمصلحة العامة أو الخاصة فإنها تصب في قالب واحد و هي متعددة لا نجد لها حصرا في هذا السياق<sup>(2)</sup>، بل أن قبلها نجد الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ذاته، و التي تخول لصاحبها سلطات محددة على الشيء فهي تمثل إقتطاعا من السلطات التي يخولها حق الملكية و تشمل حق الإنتفاع، وحق الإستعمال و حق السكن و حق الحكر و حقوق الارتفاق، و يبقى حق الارتفاق من أهم و أكثر القيود بمعناها الدقيق شيوعا و ملازمة للملكية العقارية، نظرا للأثر الذي يلحقه بالملكية من الزاوية السلبية، سواء كان ذلك بالنسبة للعقار الواقع عليه التكاليف أو بالنسبة للمالك من خلال جملة الإلتزامات المفروضة عليه و التي تؤدي حتما إلى الإنقاص من التمتع بكل مزايا الملكية التي تخولها لشخص المالك.

و قبل معالجة مختلف الجوانب القانونية و إستنباط النتائج وفق تحليل منطقي و سليم للموضوع، سنعمل بداية على الطرق و إبراز أهم المراحل التاريخية، و مراحل تبلور فكرة

1- الدكتور رمضان أبو السعود، أوجيز في الحقوق العينية الأصلية (المصادر والأحكام) الطبعة الأولى، بيروت 1994، المكتبة القانونية ص 9-10.

2- الدكتور شفيق طعمة، أديب إستانبولي، ملحق التقنين المدني السوري في الأنظمة العقارية، الطبعة الثانية، دمشق 1994، ص 458 - 459.

الإرتفاق بشكل واسع و واضح في هذا الفصل، و سنعمل على تقسيمه إلى مبحثين أساسيين، أولهما نخصه لدراسة هذه الفكرة في الفقه الإسلامي، بإعتبار أن الشريعة الإسلامية كانت أول من غيرها في تنظيم الملكية على أسس و أبعاد سليمة و تسخير ريعها للمجتمع، و كان طابعها ولا يزال يقضي قيود عديدة على الملكية العقارية تماشياً مع هذا البعد الذي يعتبر جوهر الشريعة الإسلامية (1).

ثم في مبحث ثانٍ سنعمد إلى إبراز مختلف المفاهيم التي يحضى بها حق الإرتفاق من منطلق التشريعات في صياغة المفهوم الدقيق له تبعاً لخصوصيات السياسة العقارية وميكانيزمات كل تشريع في تنظيمه للملكية العقارية، و نخلص بعد ذلك إلى إعطاء الأسس التي إعتدها التشريع الجزائي و نقاط إنقائه و خلافه للتشريعات المقارنة سواء من الوجهة الإيجابية كضرورة إتطلبها الوضع الإقتصادي و عنصر الجوار، و الإستغلال الأمثل للعقار، أو جانبه السلبي كقيد على الملكية طبقاً للنمط العام للملكية العقارية السائد في الجزائر و إبراز النتائج الفقهية، و القانونية المترتبة عن الإتجاهين.(2)

و بهذا فإن تناول موضوع الإرتفاق كقيد على الملكية العقارية يتطلب منا الرجوع أساساً إلى المفاهيم و الظروف التي تبلورت في ظلها الملكية في حد ذاتها عبر مختلف المراحل و المذاهب الفكرية التي تأثرت بها. فإذا نظرنا إليها من زاوية الحق، فإنها كانت تمثل القدرة على الإستثمار بالأموال و يغلب عليها الطابع الإقتصادي، أما إذا نظرنا إليها من زاوية الحقوق المالية فتكون بذلك الأداة الفنية لصياغة سلطات الشخص على شيء يعتبر مملوكاً له، و يغلب على هذا المعنى الطابع القانوني.

و بهذا فإن حق التملك هو إسناد مال معين إلى شخص في سبيل إشباع حاجة معينة مدفوعاً بغريزته بغرض الوجود و الإستمرار و يلجأ إليه الإنسان بصفة تلقائية مدفوعاً بهذه الغريزة، و من ثم فإن للملكية الطابع الفطري و الغريزي، في كونها ملازمة للحياة البشرية توفقاً مع طبيعة الإنسان و عنصر لازم له في حياته، و الإعتداء عليها هو إعتداء عليه و إنقاص لوجوده، و لهذا يعمل الفرد المالك أن يكون بينه و بين الحاكم صك يهدي الطرفين، و خاصة الحاكم إلى الغاية السليمة المرجوة للملكية بإعتبارها قدرة عند صاحبها و سلطان لديه

1- الدكتور نزيه محمد الصادق، الملكية في النظام الإشتراكي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1989 دار النهضة العربية ص3-4-5.

2- محمد سلام مركود، مدخل للفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 65-66.

في أن يوجد ملكيته في الطريق الذي يراه دون أن يكون لأحد رقابة أو سلطة تخيره على العمل أو ترك ملكيته لغيره.

غير أنه إذا سلمنا بأن الملكية عنصر لازم لزوم الحياة تماشياً مع الغريزة الدافعة إلى حب التملك و التسلط فإن تعارض مصالح الأفراد من جهة و تشابكها من جهة أخرى دفعت إلى ضرورة البحث عن تنظيم سليم يحفظ الملكية من إستعمالها كأداة للانحراف عن الغاية المرسومة لها و الأولويات المحددة لها، و يرتبط ذلك بظهور الأفكار ذات الأبعاد و التوجهات المختلفة، فكان منها ذات النزعة الفردية و الأخرى ذات النزعة الإجتماعية، وتدعمت من الناحية الفنية بتغيير مفهوم الحق من صفة الأداة الإطلاقيه إلى مكنة يحميها القانون<sup>(1)</sup> و ساعد إنتشار هذا المفهوم الجديد للملكية، الدراسات الفقهية حيث برزت العديد من الأسس القانونية على أثرها و كان أبرزها التعسف في إستعمال الحق التي كانت الشريعة الإسلامية مصدرها قبل أن ترتقي إلى مصاف القاعدة القانونية و قيامها على أسس موضوعية<sup>(2)</sup> و إشتراطها في هذا الخصوص أن لا يكون الضرر المراد إتقائه من جانب الشخص المالك أقل بكثير من الضرر الذي قد يتسبب فيه للغير، و عند هذا الحد كان التساؤل منطقياً بالنسبة للإطار العام لتنظيم الملكية، و تحديد حق التملك، هل يراعي في ذلك مصلحة المالك الفردية كونها منطلق تحقيق النفع العام أم تختصر ذلك مباشرة برعاية مصلحة المجتمع أولاً و أخيراً.<sup>(3)</sup>

نقد كانت للمذاهب الفردية التقليدية مناهج تضع الفرد كأساس لتحقيق مصلحة المجتمع و طالبت بالإعتراف بالحريية الفردية في التملك و ذلك لتكديس الأموال لأنها في النهاية تخدم مصلحة المجتمع في إستثمارها في فرص إقتصادية تجلب الرفاهية لكل أفرادها، وهو ما رفضته المبادئ التي قامت عليها الإشتراكية المتخلفة التي ناد بعضها بالتضحية بمصلحة الفرد في سبيل المجتمع و لم يكن الحل الأمثل لبلورة البعد الحقيقي و خاصة البعد الإقتصادي و الإجتماعي و بكل عناصره، مما تسبب في ردود أفعال الراضين لهذا الإتجاه محاولين إنكار وصف الحق على الملكية و إعتبارها وظيفة يرتكز عليها النهوض الإجتماعي، كمحاولة لصد

1- الدكتور مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية العقارية، الطبعة الثانية، القاهرة 1986، منشأة المعارف، ص 302-303

2- الأستاذ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الأولى، دمشق 1968 الدار الجامعية، ص 105.

3- الأستاذ سليم رستم باز اللبناني، الطبعة الأولى، بيروت 1985، دار إحياء التراث العربي، ص 199-200

المد الفردي و لشدة هذا التعارض و تطرفه أحيانا، كان لا بد من إيجاد التصالح و التوافق بين ما هو فردي و ما هو جماعي، و ذلك بإعتراف بالملكية الفردية في الحدود التي لا تأتي فيها بدخل غير مستحق و إحاطتها بالقيود و الضمانات اللازمة لذلك، وكانت فعلا ثمرة هذا التوافق هو إقرار قيود الملكية بما يضمن توجيهها توجيها إجتماعيا، بصياغتها صياغة فنية، ومن بينها قيد الإرتفاق بقواعد إتفاقية، و قواعد قانونية تضمن للملكية القيام بالدور الإقتصادي باعتبارها وظيفة إستثمارية لصالح المجتمع<sup>(1)</sup>، وكانت مصاحبة الإرتفاق للملكية في صور مختلفة من حق المرور وحق المجرى، وحق المسيل منذ نشأتها نظرا لحاجة الإنسان لهذا الحق من الوجهة الإقتصادية يستلزمها الإستغلال الأمثل للعقار و خاصة تلك العقارات المتجاورة و التي تمثل أهم مكسب للإسترزاق و إشباع الحاجات المتزايدة للإنسان، و كذا تشابك مصالح الملاك مما طرح ضرورة الإرتفاق بينهم لترتيب الحقوق الإرتفاقية قصد إستغلال الملكية العقارية أحسن إستغلال.<sup>(2)</sup>

و لتوضيح هذه الفكرة سنعمد إلى دراسة أبعادها الحقيقية في مبحثين أساسيين من هذا الفصل سنخصص أوله لتطور فكرة الإرتفاق و تأصيل معطياتها التاريخية إلى مطلبين الأول منه نبين فيه تطور فكرة الإرتفاق في الفقه الإسلامي، و ثانيه ندرس من خلاله تبلور هذه الفكرة في الفقه الوضعي.

1- الدكتور نزيه محمد الصادق ، مرجع سابق ص 9-10

2- الدكتور نزيه محمد الصادق، نفس المرجع ص 6-7-8.



## المبحث الأول تطور فكرة الارتفاق

لقد كان لنظرية الحق العيني السائدة في الفقه الوضعي من أنه سلطة على شيء معين بالذات تخول صاحبها الإستعمال و الإستغلال و التصرف، و هذا المدلول يحتج به على الكافة، فيفرض عليهم إتزاما سلبيا عاما، هذه النظرية لم تعد يأخذ بها على إطلاقها لأنها تصطدم دائما مع فكرة الإلتزام العيني الذي يبدأ ينشر سلطانه على نظرية الحق العيني و على رأسها حق الملكية، فقد غدا المالك مقيدا في سلطاته الثلاث، الإستعمال، الإستغلال، التصرف، بقيود كلها إلتزامات عينية، فلم يعد سلطانه على الشيء المعين بالذات مطلقا بل أضحي مقيدا بإلتزامات عينية كما أن فكرة الإحتجاج على الكافة<sup>(1)</sup> بالحق العيني ذاتها أصبحت بدورها مقيدة، و لا ينبغي فهمها في ضوء نظرية الإلتزام العيني فقد أصبحت هذه القاعدة مقيدة من ناحية المالك، و من ناحية الغير أي الكافة، فمن ناحية المالك لا يمكن إطلاقها، بحيث يمكنه الإحتجاج على كل من عداه بحقه العيني، حيث يلزم في مواجهة البعض بأعمال إيجابية معينة و هؤلاء هم الذين يربطهم بالمالك أو بالشيء الذي يرد عليه حقه العيني رباط قانوني أو مادي، أما بالنسبة للكافة فهي كل من تربطه بالمالك رابطة عينية سواء كانت قانونية في صورة حق عيني متفرع عن حق الملكية كحق الارتفاق و بذلك فقد ساعدت فكرة الإلتزام العيني المشرع في تحقيق الهدف الأسمى للمفهوم الوظيفي لحق الملكية و الحقوق العينية المتفرعة عنها و وحدت الفكرة ذاتها، و بلورة المفهوم الحقيقي لمعنى الإلتزام السلبى العامة، خرجت به عن المفهوم التقليدي سواء كان ذلك من ناحية صاحب الحق العيني ذاته، أو من ناحية الكافة الذين أصبحوا في المنطق الحديث للحق العيني وحدة لا تتجزأ في سياق النظام الإجتماعي المتطور دائما، ولعل أوضح مثال على هذا التطور أن الهدف من ورائه هو إقامة رقابة فعالة لإستعمال المالك لحقه، و محاسبته على ذلك بما يحقق الهدف الإجتماعي، و إن كان الحق العيني قد تبلور بشكل تناسبي مع نظرية الإلتزام العيني الذي يعتبر الارتفاق من أهم صورته الحديثة فإنه من باب الموضوعية إننا لا نشك بالمقابل أن تطور فكرة الارتفاق ذاتها قد خضعت لإتساع الحاجات الإقتصادية و الإجتماعية و تعدد المصالح و تشابكها، مما يدفع الإنسان إلى ضرورة البحث عن

(1) الدكتور ناصر توفيق العطار، حق الملكية، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1979 ص 250

الجمع السبل الكفيلة بتنظيم هذه العلاقات قصد التوصل إلى إستغلال أمثل للملكية العقارية بما يضمن له الإستقرار خاصة أن العقار كان و لا يزال من المقدرات التي يملكها الإنسان، و لأجل ذلك يسعى إلى إرساء قواعد تحافظ على بقاء العلاقات بينه و بين جيرانه قائمة و محاولة توفير كل السبل التي تحقق المنافع و الثمار المرجوة من الملكية العقارية، لذلك سنعمل على دراسة و تحليل تطور فكرة الإرتفاق في الفقه الإسلامي بإعتبار أن الشريعة الإسلامية لها خصوصيتها في تنظيم الإرتفاق بما يتضمن إحترام المالك في ملكيته، ثم نتطرق تطورها في الفقه الوضعي (1).

## المطلب الأول

### تطور فكرة الإرتفاق في الفقه الإسلامي

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أن للملكية وظيفة إجتماعية، و لتحقيق هذا الغرض أحاطت هذه الأخيرة الملكية الفردية بمجموعة من القيود من شأنها أن تحد من إتساع المصلحة الفردية و جعلها تخدم البعد الإجتماعي تحقيقاً لمقاصد الشرع من أحكامه، فالمالك حكم شرعي لأن الشرع هو الذي رتب هذا الملك على أسبابه و ربط بهذه الأسباب، و جعله نتيجة و أثر لسببه، و يترتب على كون الشرع مصدر للملك و مانحه أن يتصرف هذا الشخص في الحق مقيد بالقدر و على النحو المأذون فيه، كما أباح لصاحب الملك إستعماله و إستقلاله و التصرف فيه كما أضف عليه الحماية اللازمة، و من الأدلة على أن المال مال الله تعالى قوله " هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً " و قوله تعالى " ألم تروا أن الله سخر لكم ما في السموات و ما في الأرض و أسبغ عليكم نعمه ظاهرة و باطنة " (2).

لذلك فإن الشريعة الإسلامية تنظر إلى الفرد بإعتباره وكيلاً أو موظفاً لما يديره من أموال لمصلحة المجتمع بأن أجاز الإسلام لولي الأمر التدخل عند إساءة تدبير أمور الأموال و بحكم أن المالك له ثمرة عمله من الأموال التي يديرها بإعتباره عاملاً و حازناً في حدود مواهبه و

1- الدكتور عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الإلتزام العيني بين الشريعة و القانون (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، لبنان سنة 1988، الدار العربية للموسوعات، ص 240-241.

2- الدكتور فاضلي إدريس، نظام الملكية و مدى وظيفتها الإجتماعية في القانون، ديوان المطبوعات الجامعية 1996 ص 108-109.

قوته إلا أنه مع ذلك مقيد بما حدده المالك الحقيقي من واجبات فعلية أن يتبع هداه و يطيع أمره، و ينتهي بنهيه<sup>(1)</sup> و في هذا المقام ينظر الإسلام إلى المال بأنه وسيلة و ليس غاية في حد ذاته و أن المال يجب أن يخضع في تداوله لشرع الله، هذا الشرع الذي يحقق مصلحة الفرد، و يحقق مصلحة الجماعة و من هنا جاء عزل المال عن وظيفته الإجتماعية إنتهى عن إفساده و تدييره<sup>(2)</sup> و ما يترتب عن هذا أن تصرف المالك على نحو يلحق الضرر الفاحش تجاه الجار يخل بالتوازن بين المصالح الفردية و هو مألّه الإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي و يكون إتحراف بالحق عن غايته الفردية إذا لم يشرع لذلك، و الإنحراف تعسف، و وتأسيساً على هذا يمكن القول أن السلطات الممنوحة لصاحب الحق يجب أن يتصرف فيها في حدود هذ السلطات و لا يجاوزها لذلك كانت الشريعة الإسلامية السابقة في صياغة نظرية التعسف في إستعمال الحق قبل القانون الوضعي<sup>(3)</sup>، فالحق وفق هذه النظرية لم يشرع ليكون وسيلة تعرض على الناس إضراراً فاحشة أو تلحق بالجماعة إضراراً عامة لأن ذلك لا يتفق و روح الشريعة الإسلامية، و غايتها الأساسية من حفظ حق الفرد و حق الغير معاً، و إذا ما أخل بها، كان ذلك في الواقع إخلالاً بروحها و غاية الحق فيها، لأن ليست غاية الحق فردية خالصة حتى يطلق لصاحبه التصرف فيها بقطع النظر كما يفضي إليه ذلك من نتائج تخل بالتوازن أو تقضي على الإزدواجية المتوازنة في الحق الفردي.

و بعبارة أخرى ليست المصلحة الفردية المشروعة هي الغاية الوحيدة للفقهاء الإسلامي حتى إذا إنتفى الفرد تحقيقها، و تبقى المصلحة أو المنفعة الشخصية مشروعة إذا وافقت الشرع و مقاصده، و مبادئه و بذلك تكون غاية الحق في الشرع غاية إجتماعية أي متطور فيها حق الغير و هذا ما يعبره عنه بالغاية المزدوجة للحق<sup>(4)</sup>.

1 - الدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، الطبعة الخامسة ، مؤسسة الرسالة ، بغداد 1976، ص 45-46.

2- الدكتور ضياء مجدد الموسوي، لمحات من إقتصاديات الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت 1989 دار العلوم، ص 35.

3- الدكتور بدران أبو العينين ، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الطبعة الثانية ، مؤسسة ثبات الجامعية ، بدون سنة، ص 154.

4- الدكتور فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة و القانون، الطبعة الأولى، دمشق 1968، مطبعة جامعة دمشق، ص 75-76.

يرشدنا هذا إلى القواعد الفقهية التي إستقرت في الفقه الإسلامي نتيجة الإستقرار الأحكام التفصيلية في موضوعاتها، أو النصوص الشرعية الواردة بها، أضف إلى هذا أنه قد إستقر تقيد حق الملكية العقارية في معظم المذاهب الفقهية، كما أن هذا التقيد لم يرد أساسا إلا عندما طغى حب بعض الناس في تملك الأراضي الزراعية خصوصا عند إتساع رقعة الدولة الإسلامية كوضع حد لمقدار ما يملك الفرد متى دعت الضرورة إلى ذلك، و على العموم فإن حيازة المال و إستثماره قائم في الشريعة الإسلامية على أساس ما سلف ذكره و هو منع الضرر على الناس، حيث سعى الفقه الإسلامي إلى إعطاء هذه القيود بمدها الحقيق تجسيدا لقاعدة "لا ضرر و لا ضرار" و كانت الشريعة الإسلامية السباقة في وضع هذه القيود قبل التشريعات الوضعية، كما أن تطور فكرة الارتفاق من منظور الشريعة الإسلامية لا يمكن تناوله منفصلا عن نظام الملكية في ذاته الذي عرفته ونظمت أحكامه و بررت أسسه متميزة في ذلك في العديد من أحكامها عن القوانين الوضعية <sup>(1)</sup> و خاصة مجال الارتفاق التي خصيت بوافر القواعد الشرعية و ذلك لإعطاء الملكية بعدها الحقيقي داخل النظام الإجتماعي، لذلك أقيم هذا النوع من القيود بتنظيم دقيق وذلك بفصله عن قيود الجوار، بعكس ما ذهب جل التشريعات، حيث إعتبرت العديد من قيود الجوار إرتفاقات، فمثلا فتح مطل، وحق العلو، و السفلى، و إيجاد فضاء من الأبنية وأحكام الجدار المشترك بين الجارين من قبيل الإرتفاقات و لكن فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين هذين النوعين من الحقوق، لأن لكل منها أساس يقوم عليه يختلف بذلك عن الآخر. <sup>(2)</sup>

فيذهب الإمام محمد أبو زهرة في كتابه " الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية " أن قوام حقوق الإرتفاق كونها تكليف على عقار لمصلحة عقار مرتفق فهي حق عيني ثابت على العقار، و هو من نوع الشركة في العين التي يتعلق بها الإرتفاق، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجري في عقار آخر كان بين صاحبي العقارين شركة في حق الشرب، و كذا إذا كانت لعقارات حق العبور من طريق كانت بين الملاك شركة في حق الشرب، ولو كان بعضهم مالكا لتربة الطريق، و الآخرون لعقاراتهم حق إرتفاق به و بهذا الإعتبار تثبت الشفعة به، ويكون مناطها تلك الشركة أما حقوق الجوار فتقوم على منع الضرر بالجار ضررا بينا في

1- الدكتور بدران أبو العينين ، شريعة الإسلامية والقانون ، الطبعة الأولى ، دمشق 1968 ، مطبعة جامعة دمشق، ص 75-76.

2- الدكتور محمد السعيد شاهين، مقال بعنوان طبيعة الملكية في الإسلام و النظم الوضعية، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول 1986 ، ص 111-112.

أحدهما يتعلق بمرتفق عام، فيثبت لكل من يتصل به عقاره حق إرتفاق سواء كان شربا أو مسيلا أو مرور، و ثانيها الإذن من المالك إذا كان العقار المتعلق به الحق مملوكا ملكا خاصا فإن بهذا الإذن يصير له حق إرتفاق على عقار آخر، أما ثالثها: القدم فإذا وجد أن للعقار على الآخر حقا مقررًا حفظ له ذلك الحق، مادام لم يعرف وقت حدوثه، و إن علم وقت الحدوث ذلك، فإن كان مثبتًا لذلك الحق كان للعقار الحق بهذا السبب المثبت، وإن كان غير مثبت بأن كان سببا باطلا، وعلم ذلك بالبيينة حكم ببطلانه.<sup>(1)</sup>

وبهذا يتضح أن الشريعة الإسلامية<sup>(\*)</sup> قد عرفت نظام الإرتفاق ونظمته أحسن تنظيم وذلك بتبيان جملة الآثار والإلتزامات التي ترد على الملكية، من حقوق وإلتزامات مالك العقار المرتفق و العقار المرتفق به، أما في القانون الوضعي فسرى كيف تبلورت هذه الفكرة وتأصلت، كما أنها لم تبقى حكرا على القواعد العامة الواردة في القانون المدني بل تنامت إلى مصاف القوانين الخاصة خصوصا تلك المنظمة للمجال العقاري بصفة عامة حيث أصبحت تطرح العديد من الإشكاليات العملية.

## المطلب الثاني

### تطور فكرة الإرتفاق في الفقه الوضعي

لقد عرفت فكرة الإرتفاق منذ معرفة الإنسان للملكية العقارية، وخصوصا عند القبائل البدائية و خاصة الإفريقية منها، حيث كانت تركز أساسا على المصالح الإقتصادية التي دفعت هذه القبائل إلى ممارسة أوجه نشاطها في حدود الإقليم الذي ترعرعت فيه، و ذلك بالإعتراف بممارسة بعض الإرتفاقات من خلال المساحات التي كانت تترك لتمكين إستغلال أراضي الزراعية بصفة عرفية كما أنه في عهد الإمبراطورية الجرمانية المقدسة عرف بعض الفقهاء

1- الإمام محمد أبو زهرة " الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية " الطبعة الثانية 1987، دار الفكر العربي ص 65-66.

\* إن مصدر الحقوق في الإسلام شريعة الله، فيبين طرق إستعمالها، ووجوه الإنتفاع بها في الإتجاه الذي يحقق المقاصد والغايات من تشريعها، وأنه من غير المتصور أن يشرع الله للناس ما يضرهم،وقد أصدرت بعض الدول العربية والإسلامية لاحقا نصوصا تشريعية لتقيد الملكية الزراعية على وجه الخصوص في التشريع الجزائري، الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، 71، 73 والقانون رقم 17، 52 في مصر وفي سوريا القانون رقم 161، 58 المؤرخ في 1958-03-27.

إصطلاح الإرتفاقات للتعبير عن علاقات القانون السائدة في نطاق الملكية، ويعود الفضل للفقيه الألماني بإعتبارهم أول من قاموا بدراسة و صياغة نظرية الإرتفاقات دراسة علمية موضوعية. (1)

و لما قامت الثورة الفرنسية، حاول الثوار محو آثار مرحلة الإقطاع التي كانت تمثل هاجسا تاريخيا عاشه الشعب الفرنسي نظرا لحجم الإستغلال و السيطرة على معظم الأراضي الزراعية الخصبة من قبل رموز الإقطاع آنذاك، فبرز مصطلح الإرتفاق كنظام لا يحبذه رجال الثورة لما فيه من دلالات لمرحلة الإقطاع العنصرية ذلك أنه مقرر للإستغلال لا غير، و لهدم هذا النظام سمح بتمرير الأفكار الداعية إلى إبراز الحرية الفردية التي جعلت من حق الملكية حقا قديما مطلقا، فجاء في إعلان حقوق الإنسان<sup>(2)</sup> أن حق الملكية إنجيل مقدس لا يمس و أعقب ذلك فترة من الزمن ظل فيها مبدأ الملكية الخاصة من المبادئ التي لا يرقى إليها شك و لا يدور حولها نقاش، و بالتالي نبذ كل قيد على هذه الملكية خصوصا ما تعلق منها بالإرتفاق كأحد أهم طرق إستغلال الغير العادل للملكية، وهذا ما دفع إلى بروز آراء تبحث في الأساس الذي تقوم عليه الملكية الخاصة، فمن أصحاب هذه الآراء من يقيم الملكية الخاصة على أساس القانون الطبيعي، و منهم من يسندها إلى واقعة الإستيلاء، و منهم من ذهب إلى إعتبارها ثمرة العمل، أو ردها إلى النفع الإجتماعي، و برز نقيض هذه الفكرة إلى درجة إعتبارها في نظريات أخرى من أساليب الإستغلال محاولة إنكارها مشروعية الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج، وتتادي بالملكية الجماعية لهذه الوسائل حتى تستطيع الدولة أن توجه الإنتاج الوجهة التي تتفق مع مصالح المجتمع.

لا مجال للخوض في هذه النظريات و تلك الآراء، و حسينا أن نشير إلى أن التطور المعاصر يتجه بحق الملكية إلى الوجهة الإجتماعية، و يبدو أن هذا التطور من خلال الحد من إطلاق حق الملكية الفردية فالقيود التي ترد على المزايا المخولة للمالك و من بينها حق الإرتفاق بصفة عامة أخذة في الإزدياد. و لا يرجع ذلك إلى الضرورات الإقتصادية فحسب بل يرجع ذلك إلى أن حق الملكية أصبح يقوم على فكرة حديثة تخالف الفكرة الفردية التي

(1-) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في قوانين البلاد العربية، الطبعة الأولى القاهرة، بدون سنة، دار الفكر العربي، ص 12-13

(2-\*) لقد كان لنظام الإقطاع الذي ساد فرنسا قبل الثورة بالغ الأثر على وضع قواعد نظام الإرتفاق من قبل الثوار و الذي رسخت بفضلهم هذه المواد في مختلف القوانين لإعتباره عامل إستغلال.

سيطرت في فترات زمنية معينة فقد أصبح ينظر إليها على أنها وظيفة إجتماعية، بحيث يكون على المالك أن يراعي في مزاوله حقة مصلحة المجموع، أو على الأقل لا يعمل ضد الصالح العام، و أية ذلك أن نظرية التعسف في استعمال الحق قد اتسع نطاقها، و توطدت أركانها و أكثر ما تطبق هذه النظرية في شأنه أمام القضاء هو الملكية، كما أن القوانين التي تورد قيودا على حق الملكية يتزايد يوما بعد يوم.<sup>(1)</sup>

كما يلاحظ في هذا الخصوص الأخذ بالملكية الجماعية إلى جانب الملكية الخاصة لأن هذه الأخيرة مبدأ أساسي يقوم عليه نظامنا القانوني و الإقتصادي و لا ريب في أن الاعتراف بمبدأ الملكية الخاصة أمر جوهري في بناء المجتمع، و لا نجد أي تشريع يتجاهله، على أن الإحتفاظ بالملكية الفردية لا يعني أن نجعل لها صفة الإطلاق أو نجد من الإتجاه بها للوجهة الإجتماعية، فكما أن الملكية تقيم ميزة للمالك بأنها تقيم كذلك للطبقات الإجتماعية حقوق تحفظ إنسجامها، وهذان الوجهان تجب مراعاتهما معا في تنظيم حق الملكية.

و بهذا لا يخرج حق الإرتفاق في تأثيره على الملكية العقارية بدراستنا للأساس التاريخي له من خلال قولنا أن سنده كان هو ما أحدثته الثورة الفرنسية من تغييرات جذرية في الأوضاع التي كانت تسود فرنسا، وبالمقابل فقد ساهم هذا التغيير في جمود القواعد القانونية المنظمة لهذا القيد خشية من رجوع شبح الإقطاع في أشكال أخرى.<sup>(\*)</sup> مما جعل القضاء يتعامل بشكل مرن و متزايد في تخفيف من هذا الجمود من خلال الإجهادات التي قدمها خصوصا في حق المرور، و الإرتفاقات الخاصة بالأمكنة، و المواقع الطبيعية، و من ذلك تنظيم جملة الإلتزامات و الحقوق لحفظ المراكز القانونية لكل من صاحب العقار المرتفق و صاحب العقار المرتفق به، كما ساهم في تبيان الأسس و التطبيقات العملية كتمرير أنابيب ذات النفع العام في أراضي الخواص، خصوصا ما تعلق منها بإرتفاقات قانون الكهرباء و الغاز التي نشير إليها في حينها من هذا البحث.

1- (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 14-15).

\*- (يلاحظ أن النصوص القانونية العربية جاءت مختلفة في نقلها من التشريع الفرنسي، فمنها من إعتبر الإرتفاق لا يقرأ إلا بالقانون دون الإتفاق كالتشريع السوداني، و التشريع السوري، بينما التشريع المصري فقد كلفها حسب الحالات المدروسة، فقد قرر أن الإرتفاق لا يترتب إلا بالإتفاق، خصوصا بعد إلغاء القانون المدني القديم).

## المبحث الثاني تعريف الارتفاق

على خلاف الحقوق العينية الأصلية الأخرى، فإن تحديد مضمون حق الارتفاق في تعريف شامل و بيان محل هذا الحق ليس ممكنا، و ذلك نظرا لكثرة أنواع الارتفاقات، و إختلاف الأسس القانونية التي تقوم عليها، فإن كان مضمون حق الملكية لا يتغير، فهو دائما الإستعمال، الإستغلال و التصرف و كذا مضمون الإنتفاع الذي يشمل الإستغلال و الإستعمال، فإن مناط الارتفاق لا يقع تحت حصر، فهناك من حيث التعدد على سبيل المثال، إرتفاق بالمرور، و إرتفاق بالمطل، و المجرى، و إرتفاق سلبي بعدم تعلية البناء إلى ما يجاوز إرتفاع معين إلى غير ذلك من أنواع الارتفاقات.

فالمسلم به أنه لا يكاد يخلو قانون في النظم الحديثة من تناول ملكية الأرض من سرد قيود ترد على الملكية، سواء كانت للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة، و منه فإن نظام الارتفاق حضي بالعديد من المفاهيم في القوانين الحديثة بإختلاف نظرتها لقيمة الملكية العقارية و الأيس الإقتصادية و الإجتماعية التي تتبني عليها هذه الملكية.<sup>(1)</sup>

و الملاحظ أن الارتفاق قد حضي بعدة تعاريف في التشريعات الحديثة، يمكن أن نبرز بعضها من خلال بعض التشريعات العربية من جهة و كذا الشريعة الإسلامية، ثم نخلص إلى تعريفه في التشريع الجزائري، مع إبراز جملة من النتائج و الملاحظات حول الأسس التي إعتمدت في هذا التوجه، و المصدر الذي تم إستنباط الأحكام القانونية<sup>(2)</sup> لترتيب حق الارتفاق و التصنيف الحقيقي من قبل المشرع بحيث يتم التساؤل في هذا السياق عن أهداف القواعد، و المصالح التي إعتبرها جذيرة بالرعاية.

1- الدكتور جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1983 ، ص 210-211.

2- الدكتور حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة التراث العربي، القاهرة 1976، ص 138-139.



## المطلب الأول

### تعريف حق الارتفاق في التشريعات المقارنة

لقد ذهبت التشريعات الحديثة في بلورتها لفكرة الارتفاق من منطلقات مختلفة تبعا للنظام الملكية العقارية، و يمكن إبراز بعض التعريفات من إستقرائنا لنماذج من القوانين العربية بغية ملاحظة مدى تأثرها بالتشريعات التي سبقتها في تطورها لفكرة الارتفاق فلقد نصت المادة 1015 من القانون المدني المصري : " الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر " .

و إن كان مدلول الارتفاق في هذا التعريف مفروض على عقار أو حد منفعة، من منفعة عقار فيجب تخصيص ذلك بما يصاحب هذا التعليق أو الحد من صفة خاصة إستثنائية ناجمة أصلا عن نشوء الارتفاق بفضل إرادة الإنسان، و هو يتبع التمييز بين حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق التي تفرض أعباء و تكاليف خاصة إستثنائية بفضل الإنسان أو إرادته على عقار معين لمنفعة عقار آخر، و القيود القانونية التي و إن كانت تفرض هي الأخرى تكاليف و أعباء على عقارات لمنفعة عقارات أخرى إلا أن هذه التكاليف و الأعباء مفروضة بنص القانون و لذلك تكون عامة و داخل الإطار العادي لحق الملكية<sup>(1)</sup>.

أما المشرع اللبناني فقد عرف الارتفاق من خلال المادة 56 من قانون الملكية العقارية بأنه " تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار، و يقوم هذا التكليف إما بخويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف<sup>(2)</sup>، و إما بحرمان صاحب ذلك العقار من إستعمال بعض حقوقه " و تبدو العلاقة بين العقارين في القانون اللبناني بأن يكون التكليف على عقار لصالح عقار آخر و يتحقق ذلك عن طريق تحويل بعض الحقوق و الإمتيازات لصالح صاحب العقار المرتفق بمقتضاها يستطيع إستغلال عقاره أحسن إستغلال و إستعمال الارتفاق الواقع على العقار الخادم، و بهذا فإن هذا التعريف يختلف كثيرا عن ماورد في التشريع المصري، لأن الشريع اللبناني بين طبيعة الأعباء المفروضة على العقار المرتفق به و إستعمل مصطلح التكليف و هو أدق في نظرنا من مصطلح الحق لأنه يتجه بذلك لحماية الطرف الضعيف في العلاقة و هو صاحب العقار الخادم.

1- الدكتور توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف القاهرة، ص 75.

2- الدكتور عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص 217.

كما ذهب المشرع " الليبي " في تعريفه للإرتفاق في المادة 1017 من القانون المدني على أنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر و يجوز أن يترتب الإرتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له المال<sup>(1)</sup> و هذا فإن المشرع الليبي يتبنى نفس التعريف الذي جاء في القانون المدني المصري من حيث أنه وصفه بالحق الذي يرد على العقار الخادم و إقرار حقوق و إلتزامات إيجابية بالنسبة لصاحب العقار المخدم، و إلتزامات سلبية بالنسبة لصاحب العقار الخادم و على العكس من ذلك تماما ذهب المشرع السوداني الذي أقر الإرتفاق بواسطة القانون دون الإرتفاق و بذلك يخالف جملة التشريعات العربية في كونه يعتبر القيود القانونية إرتفاقات بالمعنى الصحيح و لا يجيز للأفراد ترتيب حقوق إرتفاقية عن طريق العقد<sup>(2)</sup>.

أما المشرع " السوري " فقد عرف الإرتفاق بأنه " تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول و هذا التكليف يقوم إما بتحويل شخص آخر مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف، و إما بحرمان صاحب العقار من إستعمال بعض حقوقه " و هو نفس التعريف الذي تبناه المشرع اللبناني من حيث إستعمال مفهوم التكليف دون مصطلح الحق تبعا لقيمة معينة أراد المشرع السوري إبرازها و هو تمكين صاحب العقار الخادم من الإبقاء على كامل حقوقه في الدفاع عن ملكيته.

و على هذا الأساس فبروز العلاقة الإرتفاقية بين العقارين، و جواز تحويل شخص هو مالك العقار المرتفق أو المخدم حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف و هو عبء إستثنائي يخرج عن نطاق الملكية كما حددها القانون و يتقرر على العقار نفسه لا على صاحبه و هذا التكليف يبرز في صورة منفعة تقرر لصالح العقار المخدم تخول لصاحب هذا الأخير<sup>(3)</sup> الإستفادة من بعض المزايا، و بالتالي تزيد من قيمة عقاره و تنقص من قيمة العقار الخادم الذي تقرر عليه التكليف و إن كانت هذه المنفعة تقرر لصالح العقار المخدم نفسه لا لصالح صاحب العقار، فإنها تظل ملازمة له حتى و لو تغير ملكه إلا أنه ينبغي أن يراعى في هذا الصدد أن تكون المنفعة مقررة لصالح العقار ذاته و ليس لصالح صاحبه فإذا تبين أن المنفعة مقررة لصالح الشخص نفسه لا يتعلق الأمر بحق إرتفاق، كما يكون التكليف

1- الدكتور علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الطبعة الأولى، اإدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة 1986، ص 50-51.

2- الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص 192.

3- Hemriot et P. Rossilon, Les servitudes de droit privé et de droit public, Paris l'actualité Juridiques 1969, P 66.

عن طريق حرمان صاحب العقار المرتفق به من استعمال بعض حقوقه لصالح العقار المستفيد أيضاً، من ذلك مثلاً حالة ما إذا كان الإرتفاق المترتب هو عدم البناء، حيث لا يكون لصاحب العقار الخادم أن يبني في موضع معين مثلاً من ملكه حتى لا يحجب على العقار المرتفق أو بعدم التعلية<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### الإرتفاق من منظور الشريعة الإسلامية

إن ما يقيد الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى جملة القيود القانونية و الإلتفافية التي ترد على مصلحة أفراد آخرين يملكون عقارات مجاورة، و يشاركون في بعض منافع ملكه و تسمى (حقوق الإلتفاع العيني و هي تعد عند فقهاء الشريعة الإسلامية من أنواع الملك الناقص لأن صاحبها يملك المنفعة\* دون الرقبة، بحيث عرفه مرشد الحيران<sup>(\*)</sup> بأنه " حق مقدر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر"، و إن تسميتها بقيود الإرتفاق هو إلتساب أصلاً إلى الإلتكاء و الإلتفاع، فيقال أرتفعت بالشئ أي إلتفعت به و إلتعنت به، و الإرتفاق هو النفع، فيقال أرتفعت فلان أو نفعته، و قد إستعمل المالكية لفظ الإرتفاق للدلالة على إعطاء شخص منافع عقاره لآخر، و قال البعض من الفقهاء أن من حقوق الإرتفاق ما تعلق بمنفعة عقار و حثت لآخر و تدعى بحقوق الإرتفاق و مع ذلك فإن هذا النوع من القيود الشرعية التي ترد على الملكية<sup>(2)</sup>.

(1) - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية مصر 1978 ، ص 934-935.

\* الملك نوعان كما هو معروف، ملك تام، و هو ملك الرقبة (ذات الشيء) و المنفعة و هناك ملك ناقص و هو ملك المنفعة فقد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه، لا العين المملوكة، و على هذا فالمسألة في الشريعة الإسلامية هي على العكس تماماً منها في الشريع الوضعية، فلم تشرع الإرتفاقات في الإسلام بناء على فلسفة عدائية لنظام معين، كذلك الإيدولوجية التي لمساتها في مواد الإرتفاق في المجموعة المدنية الفرنسية، و المجموعات التي نسجت على منوالها أو إتخذتها مصدراً لها، بل أن التشريع الإسلامي يقوم على فكرة تقييد الملكية بصفة عامة و هي تسمى في الفقه الإسلامي بقيود الإرتفاق و بهذا فإن أساس تقييد الملكية في الشريعة الإسلامية هو الإستجابة لدواعي المصلحة العامة و العمل على تحقيق و منع الضرر عن الناس، و هي لا تفرق في ذلك بين مالك العقار الخادم أو مالك العقار المخدوم ذلك أن غايتها هو سلامة الأمة لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر و لا ضرار".

(2) - الدكتور محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية و العقود فيه، الطبعة الأولى، بيروت 1983، دار النهضة العربية، ص 335.

لذلك فإن الشريعة الإسلامية تعطي للإرتفاق صفة القيد أكثر مما تولى له أهمية كحق في نظرنا و ذلك راجع إلى كون الشريعة الإسلامية لا تميز الإرتفاق عن بقية قيود الملكية الأخرى، وكذلك للطابع الجماعي التي يقوم عليه لجعل الملكية تقوم بالدور المنوط بها، بإرساء نوع من التكافل الإجتماعي بين أفراد الأمة و تطويع فكرة الحق و جعلها تصب في قالب إجتماعي محض، مما يقتضي تقوية الإرتفاق إذا كان ذلك دفعا للضرر، و تحقيق مصلحة الطرفين، فالإرتفاق في الشريعة الإسلامية يركز في تشريعه على مبادئ عامة مناطها المصلحة العامة، و لا شك أنها ضوابط مرنة تسير كل تحول إقتصادي في كل مكان و زمان، و لا يجد القاضي نفسه أمام قواعد جامدة مما يضطره إلى التحايل عليها للتخفيف من حدتها ليسير بها التحول في الحياة الإقتصادية و التطور في طرق الإنتاج على ما نراه اليوم<sup>(1)</sup> بالنسبة لأحكام المحاكم في صدد الأحكام الصادرة في قضايا الحقوق الإرتفاقية في الجزائر أو في المحاكم الفرنسية باعتبارها الرائدة في محاولتها الإجتهدية في هذا المجال.

و لأهمية هذا الموضوع فإننا نرى أن نفصل ما أنجزناه أنفا على أننا نقتصر بالبحث على التشريع الوضعي دون الفقه الإسلامي لوضوح المبادئ الخاصة بالإرتفاق في الشريعة الإسلامية و مرونتها بحيث تسير كل تطور، إلا أننا نذكر ما سبق أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون في الحكم بين حق إنتفاع مقرر على عقار آخر بحكم الشرع و حق يقرر بإرادة المالك، ففي حين يسمون الحق إرتفاقا، أما في التشريع الوضعي إذ المعروف أن الإرتفاق و إن كان قيودا من قيود الملكية إلا أنه كان عند تشريعه حدا من إطلاقها، حيث يعبر في نظر الشرع أمر مرغوب فيه، أما في التشريع الوضعي فهو أمر غير مرغوب فيه لما فيه من مضايقة لحرية المالك و تقليل من قيمة العقار و منطلق هذا هو عدم جعل الملكية مقيدة بخلاف الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

و إن سارت جملة التشريعات التي سبق الإشارة إليها لتكريس قيد الإرتفاق على الملكية وفق الأسس و أنماط القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية نصل إلى إبراز المبدأ الذي كرسه التشريع الجزائري في بلورة مفهوم الإرتفاق و الأسس التي إعتدها و ما مدى توفيقه بين مقتضيات الملكية و حرية المالك.

1- الأستاذ على الخفيف، مرجع سابق، ص 190-191.

2- الدكتور صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دمشق 1991، ص 620-621.

## المطلب الثالث

### تعريف الإرتفاق في التشريع الجزائري

إنطلاقاً من التعريف الذي جاءت به المادة 867 من القانون المدني الجزائري "بأنه الحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره مملوك لشخص آخر" و يبدو من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم يدمج أحكام الإرتفاق من الناحية الشكلية ضمن القيود الواردة على الملكية بصفة عامة كما أفرد له خمسة عشر مادة، بحيث يستدل من ظاهر التعريف أن الإرتفاق يعتبر كحق قائم بذاته يخول لصاحبه الإستعمال و الإستغلال للملكية، و تجنب ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية كالشريع السوري و اللبناني الذي وسع من نطاق الإرتفاق ليشمل القيود الواردة على حق الملكية و ذلك بإستعماله مصطلح "التكليف" وليس مصطلح "الحق"، و إذا نظرنا للإرتفاق من زاوية الآثار التي يلحقها بالملكية من تقييد التمتع الكامل بها، و جملة الإلتزامات التي يفرضها على مالك العقار المرتفق به مما يجعلنا نشير إلى المسائل المتعلقة بالإرتفاق من زاوية الآثار السلبية خصوصاً على الملكية سواءاً من حيث الإرتفاق المقرر بإتفاق أو بالنص القانوني.

عليه فإن بإستقرائنا لمفهوم المادة يمكن القول أن هذا التعريف جاء مطابقاً للتعريف الوارد في التقنين المدني المصري الذي إستعمل بدوره مصطلح "الحد"<sup>(1)</sup> مما يحمل على إقراره بفكرة القيد أو الجانب السلبي الذي يقع على الملكية لمقتضيات معينة، كما أن المشرع الجزائري لم يبين من خلال هذا التعريف طبيعة التقييد الذي يقع على العقار المرتفق به، و سلطات و إمتيازات صاحب العقار المخدوم، بحيث يجعل إستعماله و إستغلاله منقوصاً بحسب مقتضيات و طبيعة الإستغلال المخول لصاحب العقار الخادم و يحمله أعباء تخضع في مجملها إلى توجيهات و إرادة من رتب حق الإرتفاق لصالحه.<sup>(2)</sup>

و يمكن إبراز بعض الملاحظات حول التعريف الذي أتى به التشريع الجزائري لحق الإرتفاق فيما يلي:

- 1- الأستاذ محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر 1981، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 65-66.
- 2- الدكتورة، محمدي زواوي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1996، ص 45.

- أن تعريفه للإرتفاق غير دقيق لأن حق الإرتفاق لا يجعل حدا لمنفعة عقار و إنما يحد من منفعة عقار لصالح عقار آخر وهو ما ذهبت إليه التشريعات السابق ذكرها إلى كون الإرتفاق يقلل من مزايا الملكية و يلزم من الناحية السلبية صاحب العقار الخادم بضرورة الإمتناع عن كل ما من شأنه أن يعرقل المستفيد من هذا القيد، خاصة إذا تعلق الأمر بالإرتفاقات القانونية لأن مصدرها القواعد الأمرة.

كما يبدو من تحليلنا لنص المادة أن المشرع الجزائري تأثر كثيرا بقواعد الإرتفاق الواردة في المجموعة المدنية الفرنسية<sup>(\*)</sup> التي لها حبتها في ذلك خاصة التاريخية منها لما له من صلة بنظام الإقطاع الذي قضت عليه الثورة الفرنسية، حيث شدد الثوار بكل الوسائل في المجموعة المدنية الفرنسية من أجل عدم عودته بأي شكل من الأشكال و ترجمتها في قانون "1804" حيث كان الإرتفاق و سيلة من وسائل النظام الإقطاعي الذي إرتكز أصلا على أنظمة موروثية عن القانون الروماني كدفع إتاوة مقابل إستغلال الإرتفاق، لذلك حاول الثوار من خلال القانون المدني الفرنسي إعتباره مجرد تكليف على العقار يقع بصفة إستثنائية لمصلحة عقار آخر لا لمصلحة شخص و هو ما تشدد فيه واضعوا هذه المجموعة.

وهو ما لم يكن على المشرع الجزائري التأثير به لأن نظام الإرتفاق في الجزائر يركز في الحقيقة على توفير الوسائل القانونية الممكنة لإستغلال الملكية العقارية أحسن إستغلال تماشيا مع السياسة العقارية و ليس نقل مواد قانونية بصفة مباشرة، ناهيك على أن هذه القواعد جامدة إلى حد بعيد و تجاوزتها الأحداث و التطورات الإقتصادية كما أن القضاء يجد صعوبة في تكيف هذه المواد مع ما يطرح عليه من نزاعات تتطلب مرونة كاملة في تكيفها مع متطلبات الإقتصادية و القانونية.<sup>(1)</sup>

1- الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985، ص 45-46.

\*) Le servitude est imposée a un héritage pour l'usage, et l'utilité d'un autre héritage en autres. Termes les servitudes a pour objet de permettre a un propriétaire foncier d'exercer sou droit de propriété d'une façon utile.

- كما أن المشرع الجزائري يفصل بين تعريف حق الارتفاق و جواز ترتيبه على المال، و كان ينبغي أن يضع الحكم الثاني في الفقرة الثانية أو على الأقل في جملة منفصلة على الأولى. كما أنه أسقط وصفا هاما و هو صفة بأنه "عام" إذ أن الحكم خاص بأموال الدومين العام لا بأي مال "Un domaine de l'état" خصوصا أن فكرة المال العام قد تطورت كثيرا و تبقى بجمودها، حيث قضي بجواز ترتيب إرتفاق عليها بإعتباره لا يتعارض مع فكرة تخصيصه، و إذا كان قد نقل هذه المادة مباشرة من القانون المدني المصري الذي راعى هذا الوصف بذكره مصطلح "المال العام" لما أصبح لهذه الفكرة من دور إقتصادي هام في تحقيق النفع العام و تخفيف من حدتها وجمودها، كما أنها تتناسب طردا مع الجانب الإقتصادي الذي يخوله الإرتفاق في المجالات الحيوية كالزراعة و السكن خصوصا عندما تقتضي الضرورة من المالك إستعمال إمتيازاته العقارية و من هذا المنطلق فإن أحكام الإرتفاق في التشريع الجزائري (\*) مستمدة بشكل واسع من التشريع الفرنسي ما عدا بعض الإختلافات التي سنتطرق إليها في حينها، خاصة منها أن التشريع الفرنسي من الناحية الشكلية حاول جمع كل الإجتهادات القضائية في مجال الإرتفاقات في القانون المدني الفرنسي مع محاولة التكيف مع بعض المعطيات الإقتصادية<sup>(1)</sup>.

- كما يلاحظ من خلال نص المادة 868 من وجوب تعديلها من حيث الصياغة التي تنص بدورها على طريقة كسب حق الإرتفاق فنقول " ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي" و العقد الشرعي غير معروف في القانون و الصحيح هو تصرف قانوني كما ورد في النص الفرنسي "Aqute juridique" لأنه عام، و يشمل مثلا كل التصرفات الواردة على الملكية العقارية كالبيع و التنازل إلى غير ذلك من أسباب إنتقال الملكية، كما نشير إلى ما جاء في نص المادة 872 من القانون المدني بقولها "لا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار...." و الصحيح هو "ما يحد من حاجات العقار"<sup>(2)</sup>.

\*-) و في هذا ترى الدكتورة محمد زواوي فريدة في كتابها "المدخل لتعليم القانونية"، أن النص العربي للمادة 867 من القانون المدني الجزائري خاطئ و صحته الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر" و النص الفرنسي الصحيح Le servitude est un droit qui limite la jouissance d'un fonds تمتع "La jouissance" وهو مصطلح أنسب بحيث أن الإرتفاق يقلل من التمتع بكل مزايا الملكية من سلطات خاصة الإستعمال والإستغلال.

(1-) الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، 47-48.

(2-) الدكتور صبحي سلوم، مرجع سابق، ص 622.

- ولا يفوتنا في المجال أن نذكر بما ذهب إليه المشرع الجزائري بصدد الأسس التي يقوم عليها الإرتفاق من كونه يجمع بين الإرتفاق الذي تراه بعض التشريعات الأساس الوحيد لقيام الإرتفاق، وهو ما أخذ به التشريع المصري، و القانون كأساس آخر، و لكن التشريع الجزائري من حيث الشكل فصل بين الإرتفاق الذي يقوم بالإرادة و الإرتفاق الذي يعد القانون أساس مباشر له بتنظيمه في نصوص خاصة، على العكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من النص عليه في القانون المدني بمختلف الاجتهادات الحديثة، وهو محاولة للخروج من إطار جمود النصوص القانونية المنظمة للإرتفاق، وهو ما لم نلمسه في القانون الجزائري، و لا من طرف القضاء الذي لا يزال يعتمد حسب العديد من القرارات القضائية على حرفية النص و هو ما يشكل عائقاً أمام إتساع المفهوم الإقتصادي للإرتفاق في الجزائر مع إختلاف نراه واسع في العديد من المجالات المنظمة لقيد الإرتفاق بين التشريع الجزائري و الفرنسي سنتطرق إليها في حينها. (1)

- أما بخصوص الإرتفاق و العقد كأساس يرى الدكتور "عبد الرزاق السنهوري" في ذلك "أنه بخصوص حقوق الإرتفاق التعاقدية إلى أن القانون أعطى للإرتفاق ما بين الأفراد مجالاً واسعاً لتقدير حقوق الإرتفاق و تحديد الأسس التي تخضع لها هذه الحقوق حيث يعتبر بناب الإرتفاق من أوسع الأبواب الذي تدخل منه الإتفاقات الخاصة على الحقوق العينية إذ يستطيع إنشاء حقوق إرتفاق متنوعة و غير محصورة بموجب هذه الإتفاقيات، و لكن لا يلبث أن يترتب قليلاً فيما ذهب إليه حين يستند على أن إنشاء مثل هذه الحقوق يجب أن يكون خاضعاً دائماً للقواعد الأساسية التي تحكم حقوق الإرتفاق و المنصوص عنها في القانون المدني أو أي نظام آخر حيث لا يجوز للإرتفاق الخاص مخالفة هذه القواعد، و بهذا فإن الأستاذ السنهوري قد يذكره فكرة النظام الآخر بوجود قواعد القانون كمصدر مهم للإرتفاق مصدره القواعد الأمرة، و ليست مجرد قواعد تأسس وفقها قيود على الملكية العقارية.

هذا و إن كان إختلاف التشريعات المقارنة بارزاً في توسيع أو تضيق نطاق الإرتفاق أو من خلال التركيز على الجانب الإيجابي للإرتفاق في تضمينه فكرة الحق، أو بالنظر إلى الجانب السلبي لفكرة الإرتفاق من كونه قيد أو كما عبرت عنه بعض التشريعات بمصطلح "التكليف"، فالملاحظ هنا من خلال جملة التعاريف السابق ذكرها أن بعض التشريعات قد

(1- الأستاذ محمد علي حنبولة، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، دمشق 1993، ص 212.



أصابت إلى حد بعيد حينما إستعملت مصطلح مغاير للذي إستعمله التشريع الجزائري و التشريع المصري، و مفاد ذلك أن مصطلح التكاليف له دلالة قاطعة على حجم الأعباء التي تترتب على العقار الخادم في الإنتفاع منه إنتفاعا كاملا، ومن حيث الإستعمال، و الإستغلال، و دليل على رعاية التشريع في هذه الحالة للملكية العقارية من جهة ورعاية أكثر للطرف الضعيف في العلاقة الإرتفاقية<sup>(1)</sup> وهو صاحب العقار المرتفق به، خلافا للتشريع الجزائري و المصري الذي يبدو من سياق وضع أحكام الإرتفاق أنهما تأثرا تأثرا بالغيا بما جاء في المجموعة الفرنسية دون مراعاة طبيعة الملكية، و لا النسق الإقتصادي لأن في فرنسا هذه الأحكام لها ما يبررها من الناحية التاريخية و الإقتصادية.

أما إذا نظرنا من زاوية مدى إعتبار الإرتفاق وحده كافيا لترتيب الإرتفاق فإن المشرع السوداني ذهب إلى حد بعيد في ذلك حين نص على أن الإرتفاق لا يتقرر بالعقد<sup>(2)</sup> بل قصره على القانون دون سواه "الإرتفاق هو الحق أو المنفعة أو المصلحة، أو الإمتياز الذي لا ينشأ من جراء العقد، والذي يتمتع به الشخص أو الجمهور في أرض شخص آخر مقيدا حق الإستعمال الكامل لتلك الأرض بواسطة مالكها"، وخالف بهذا التشريعات العربية الأخرى من كونه لم يعترف للإرتفاق في طريق إنشائه بالعقد بل فتح المجال و اسعا أمام القانون كأساس و حيد مما يستتج من هذا أن الإرتفاقات القانونية أو ما عبر عنه التشريع الجزائري بمصطلح الإرتفاق الإداري الذي ينشأ بواسطة القانون و إعتبر قيد على الملكية و ليس من حقوق الإرتفاق، هو فعلا إرتفاق في نظر المشرع السوداني، وفي ما ذهب إليه تقارب كبير بين ما نص عليه و أحكام الإرتفاق في الفقه الإسلامي الذي ذكرنا أن لا يميز بين القيد و حق الإرتفاق لإتحادهما في النتيجة و الأثر على الملكية العقارية.

- ومهما يكن من أمر فإن تلك القيود التي ورثها القانون المدني الجزائري عن المجموعة المدنية الفرنسية بدأت تلين اليوم خصوصا في فرنسا لا أمام نظام الإقطاع و لكن على ما أسلفنا أمام الحالة الإقتصادية التي تحولت فتغيرت طرق الإنتاج فيها، و الإرتفاق كما هو مقرر للإستغلال "Exploitation" فكان من الطبيعي إذ تأثر هو أيضا بتغير وسائل الإنتاج حيث أن

1- المحامي محمد صياح الشوتاني، القيود الواردة على الملكية العقارية، الطبعة الأولى، دار العلوم، دمشق 1993 ص 681.

2- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991، ص 210-211.

الفكرة التي كانت سائدة و ماثلة أمام واضعي المجموعة المدنية الفرنسية بأن الإرتفاق يقرر مباشرة على عقار بطبيعته يغير تدخل الإنسان (المالك) بدأ القضاء يخفف من قوتها<sup>(\*)</sup>. فأجاز الإرتفاق على عقار لا يمكن أن يؤدي المطلوب منه بغير عمل حال من جانب الإنسان (مالكه)، فالمؤكد أن الإعتبارات التاريخية التي كانت قائمة وقت وضع المجموعة المدنية الفرنسية قد زالت، و حلت محلها ظروف أخرى، كيانها و أسسها نابعة من المصلحة الإقتصادية، و أصبح ما كان مفروضا على القضاء، بحيث بدأ يساير هذا التطور بإنتاجه خطة توفق بين هذه المصلحة و منطوق النصوص القانونية، و هو ما يجب على المشرع الجزائري ضرورة إعادة النظر فيه على ضوء التطور الإقتصادي الحديث، و التحول الكبير في طرق الإنتاج و الإيدولوجية الحديثة لمفهوم الحق العيني و ذلك على ضوء فكرة الإلتزام العيني الذي بدأت تحقق لهذه الإيدولوجية هدفها، و فصل بوظيفة الحق العيني عامة و الملكية الخاصة على وجه الخصوص إلى الغاية المنشودة في المجتمعات الحديثة و يمكن له من فلسفة التشريع الإسلامي للإرتفاقات مثال عندما يعيد النظر في هذا المجال، ذلك عن أن المتفق عليه في التشريع الإسلامي على أن الإلتزامات العينية و الإرتفاقات كلها قيود على الملكية، و أساس تقيدها سواء كان ذلك في صورة إلتزامات عينية أو في صورة قيود أرفاق هو الإستجابة لدواعي المصلحة العامة و هي فلسفة تتمتع لتحقيق الوظيفة الإجتماعية و الإقتصادية للملكية، و هو ما يتفرع عنها من حقوق عينية بخلاف التشريع الوضعي القائم، إذا الواضح مما أسلفناه أن الإرتفاقات و إن كانت قيود على الملكية إلا أنها عند تشريعها كانت حدا من إطلاقها الذي إكتسبته أياما الثورة الفرنسية، و التي حرصت المجموعة المدنية الفرنسية أن تقرره و تعترف به<sup>(1)</sup>، و من ذلك يبدو واضحا الفرق بين فلسفة التشريع الإسلامي في مجال الإرتفاقات منذ البداية في الإسلام، و في القانون الوضعي، فهي في الإسلام تتوافق و المبدأ الإسلامي في تقييد الملكية فمن ثم كان أمرا مرغوبا فيه من كونه يمنع الضرر، أما التشريع الوضعي فهو إستثناء على مبدأ الملكية لعدم إطلاقها، و من ثم فهو أمر غير مرغوب فيه لما فيه من مضايقة لحرية المالك، و لأنها كانت في ما مضى إمارة للرق و الإستعباد، فكما تطورت الحياة إجتماعيا و إقتصاديا أصبح منها بادرت العديد من هذه التشريعات إلى وضع للملكية في بعض

\*-) Comme tous les droits réelles, elle suppose une chose corporelle, laquelle fait l'objet du droit attribué au propriétaire du fonds dominant sur l'ensemble d'autrui, en fin de compte, la servitude ne peut portée que sur un immeuble par Nature.

1-) الدكتور محمد مصطفى سبني، مرجع سابق، ص 415-416.

التشريعات الحديثة وظيفة إجتماعية و إقتصادية، كما في التشريع الإسلامي، قيود على حق التملك لمسايرة هذا التطور، و قد رأينا أن هذه القيود ليست إلا إلتزامات عينية، و بقيت مواد الإرتفاق على حالها في العديد من التشريعات و خاصة الجزائري منها، تمثل الصراع القديم بين الفكر الثوري المستمد من الثورة الفرنسية و العهد الإقطاعي دون أن يمت إليها فلسفة التشريع الحديث بمعالجتها على نحو يدفعها إلى مسيارة النهضة الإقتصادية<sup>(1)</sup>، و لذلك يبقى الإرتفاق وسيلة من وسائل الإستغلال الإقتصادي و من أجل ذلك كان لزاما على الشرع إعادة النظر فيه، و لا يدع القضاء يعاني صراعا بين المواد الجامدة المتخلفة في الإرتفاقات، و النهضة المتقدمة في الإقتصاد و العمران، و إن كان هذا الإشكال قد ساهم القضاء الفرنسي في حله بقسط كبير عبر مرور الزمن و إنتهاجه أسلوبا أكثر مرونة في التخفيف من حدة جمود هذه النصوص و تخليصها من عقدة الإقطاع فإن بقاء هذه النصوص في التشريع الجزائري من شأنها تعطيل الإنتقاع الكامل بالملكية العقارية من حيث التشديد في الإلتزامات الملقاة على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية و كذا بقاء القضاء الجزائري من خلال ملاحظتنا للعديد من قراراته رهين جمود هذه النصوص مما يشكل عائقا كبيرا أمام تنامي قيمة العقار بمختلف إستعمالاته في الجزائر.

و من هذا و توسيعا لسياق موضوعنا، نحاول دراسة و تحديد الطبيعة القانونية للإرتفاق و دراسة المسائل القانونية التي يثيرها من خلال المبحث الثالث و ذلك للوقوف عند مختلف الجوانب القانونية للإرتفاق فهل يعتبر حق عيني عقاري و بالتالي النظر إليه من وجهة أنه حق إيجابي فقط، أم يتسع إلى إعتبره قيد على الملكية العقارية خصوصا أننا إكتشفنا بإسهاب أن القواعد المنظمة للإرتفاق كان مصدرها التخوف من عودة شبح الإقطاع، و إنتقلت هذه النظرية بدورها إلى القوانين التي نهلت من التشريع الفرنسي في ذلك.

قبل دراسة حيثيات هذه الرؤى. نحاول من خلال مطلب رابع التعرض لأهم العناصر الأساسية للإرتفاق، حيث يتضح لنا من خلال التعاريف السابقة أن الإرتفاق عناصر ثلاث أساسية.

(1) الدكتور عبد العزيز عبد القادر أو عنيمة، مرجع سابق، ص 242-243.

## المطلب الرابع عناصر حق الإرتفاق

يمكن تلخيص أهم الركائز الأساسية لإنشاء العلاقة الإرتفاقية في وجوب، أن يكون هناك عقار مرتفق كما يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به، و يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار فائدة و نفضلها في المواضع الآتية :

### أولاً: يجب أن يكون هناك عقار مرتفق

و هو العقار الذي تعود عليه الفائدة من إقرار الإرتفاق من طرف المالك. و يعتبر هذا الحق تابعاً للعقار المرتفق و ملحق به، و ينتقل معه إلى أي ينتقل إليها هذا العقار، لذلك يزيد الإرتفاق من قيمة العقار المرتفق مهما كان المالك لهذا العقار، و جميع الأسباب التي تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر، سواء بالميراث أو العقد، و الوصية، و الشفعة، و التقادم، تنتقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقار المرتفق حق إرتفاق و بهذا يشبه الإرتفاق العقار بالتخصيص إلى حد كبير في كون هذا الأخير معه لخدمة العقار، و من مستلزماته الأساسية بين الإرتفاق ينتقل مع العقار بالإضافة<sup>(1)</sup> إلى ذلك كونه لا ينتقل و لا يترتب على العقار المرتفق به إلا بواسطة العقد، أما بعض الشريعات قد أجاز القانون كمصدر أساسي لإنشاء الإرتفاق.

### ثانياً: يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به

و هو العقار الذي تقرر عليه الإرتفاق، فيحد من منفعه و ينقصها لفائدة العقار المرتفق، و كما أن الإرتفاق لا ينشأ إلا على عقار، و يرتبه مالك هذا العقار، و من ثم يكون الإرتفاق دائماً حق عينياً عقارياً و يعتبر من التوابع السلبية بالنسبة للعقار المرتفق به و ينتقل معه إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار، كما ينتقل إيجابياً مع العقار المرتفق، كما يشترط أن يكون العقار المرتفق به مملوكاً لشخص الذي يملك العقار المرتفق فلا يقوم الإرتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد، لكن بالمقابل يصح أن يكون عقاران مملوكان لشخص واحد، و قد خصص

1- الدكتور إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، القاهرة 1979 درأ التراث العربي ص 75-76.

2- الدكتور محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص 416.

المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار الآخر، و لكن تقاضي هذه الفائدة لا يكون استعمالاً للإرتفاق و إنما هو استعمال لحق الملكية، ومادام العقاران مملوكان لشخص واحد، فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك العقار الآخر، فتقوم العلاقة الإرتفاقية بينهما بتخصيص المالك الأصلي في هذه الحالة كما سنرى.

و بذلك فإن وجود العقار المرتفق به يسمح للعقار المخدوم بإكتمال الإستغلال و يسمح بفضل ذلك من جلب مختلف المنافع و خصوصاً في حالة الجوار بين العقارين و لا يوجد منفذ آخر غير استعمال جانب من العقار المرتفق به تجاه الطريق العمومي أو جلب المياه قصد الإنتفاع الحسن من العقار الخادم<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً : يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة

فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق بحيث يؤدي ذلك إلى الزيادة في منفعة هذا العقار الأخير، و ينقص في منفعة العقار الأول و لذلك سمي العقار المرتفق به العقار الخادم و سمي العقار المرتفق به بالعقار الخادم، حيث يصبح العقار الخادم متقلاً بتكليف معين لمصلحة العقار الأول. و تأخذ الفائدة أو الخدمة التي تتحقق من وراء ذلك التكليف للعقار المرتفق بالمعنى الواسع، فقد تتحقق هذه الخدمة أو الفائدة و بفتح مطلق على العقار المرتفق به دون مراعاة المسافة القانونية و عموماً فإن طبيعة الخدمة أو التكليف، يحدده السند الذي أنشأ الإرتفاق و هو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق، و قابلية العقار المرتفق به<sup>(\*)</sup>، و في جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أي عن قيمته، و يحد من منفعة العقار الثاني إذ يقيد و يتلقه بتكاليف معينة، و من أمثلة هذا التقيد أن يكون العقار المرتفق به ممراً للعقار المرتفق، أو مورداً للمياه تسقيته،

1- الدكتور نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، الطبعة الأولى، بيروت 1999، دار المعرفة الجديدة ص 261-262.

\* و من المقرر أن الإرتفاق لا يصح إلا إذا فرض لمنفعة عقار، فإذا كان موضوع الحق عملاً يؤديه الشخص لا يكون أمام حق إرتفاق و إنما أمام حق شخصي، لأن حق الإرتفاق من الحقوق العينية العقارية، و الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين دون واسطة شخص آخر، و وحدة المالك إنما تمنع من قيام الإرتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لا يشاركه فيها أحد، و إلا فإنه يجوز أن يقوم الإرتفاق على عقار يمكنه إثبات على الشبوع لفائدة عقار آخر مستقل بملكته أحد هذين الإثنين، كما لا يجوز أن يقوم الإرتفاق على عقار مستقل بملكية شخص واحد لفائدة عقار آخر يمكنه هذا الشخص شأنه مع الآخرين.

أو مجرى للمياه التي تأتيه للري، أو معانا تسيل منه مياه الصرف. كما تبرز هذه المنفعة على وجه الخصوص في حالة وجود صلة الجوار (علاقة الجوار) " Rappports de voisinage " حيث تكون ضمانا لمالك العقار على ممارسة حقوقه على الملكية فإن حق الارتفاق يأخذ علاقة الجوار بكل ما يتبع من التزامات ما بين المالك و الجار، و التي يحددها القانون بطريقة دقيقة لمالك العقار مع مراعاة حقوق الغير. في تنظيم علاقة الجوار و البناء و التعمير، و إن إمتيازات المالك العقاري ليست وليدة حق الارتفاق لسبب أنه ليس هناك أية علاقة بين العقارين المجاورين، كما أن مالك العقار ليس له الحق في إستعمال حقه إذا كان هذا الإستعمال يؤثر على الجيران أن يتعدى ما يسمح به القانون للحصول على هذه المنفعة كاملة، لأن تنظيم علاقة الجوار واسعة جدا، لضرورة إستعمال حق الارتفاق و تغيير ملكية الجار بهذا الإستعمال و تبقى العلاقة الارتفاقية أساس في تنظيم هذا الجوار، و لا يجب التفريط في إستعمال السلطات المخولة لمالك العقار المخدوم للحصول على هذه المنفعة كاملة.

و بما أن مضمون الارتفاق بصفة عامة، كما يبدو من إجماع مختلف المفاهيم التي أعطيت له قد يكون له عملا إيجابيا، يقوم به مالك العقار المرتفق به كارتفاق بالمرور، و قد يفرض التزامات و تكاليف سلبية على مالك العقار المرتفق به<sup>(4)</sup>، كما في الارتفاق بعدم البناء إلى ما يجاوز حد معين<sup>(1)</sup> و رغم إتساع نطاق الارتفاق يتوسع أنواعه إلا أن هناك شروط سار معظم الفقه و القضاء على إبرازها و منها التشريع و القضاء الجزائرين، و يمكن إجمالها، في ضرورة وجود عقار مرتفق، و عقار مرتفق به و أن يكون هناك عقاران مملوكان لشخصين مختلفين، و مضمون التكليف الذي يتضمن هذا التقييد مفروض بطبيعة الحال على العقار و شرط ضروري آخر، و هو وجوب أن يكون العبء و التكليف لفائدة عقار، كما فرض القانون شرط صريح و هو وجوب أن لا يكون العبء و التكليف مخالف للنظام العام و تبحث هذه الشروط في النقاط التالية :

<sup>4</sup>- على المحكمة التأكيد دائما من أن المنفعة مقررة لعقار و ليس لشخص المالك، و قد أقر الإجتهد القضائي أن التكليف المفروض على عقار لمنفعة جماعة لا يعتبر حق ارتفاق، و يختلف الأمر بين أن يكون الارتفاق مرتبا لمصلحة عقار أو لمصلحة شخص معين باختلاف موقع العقار، و مكان وجوده، فتشترط حق تربية الدواجن و وضع قفص على السطح لا يعتبر ارتفاق في العقارات الواقعة داخل المدن بإعتبار أنه من المستبعد في أمثال هذه المناطق القيام بهذه الأعمال و تسخيرها لخدمة العقار لا لمصلحة صاحبه الشخصية و على العكس من ذلك فالأمر مختلف فيما لو كانت العقارات في الريف، و ثم إشرائط مثل هذا الشرط فإن الوضع يكون ارتفاق إذ من المألوف القيام بمثل هذه الأعمال و هي من توابع الأعمال الزراعية المألوفة الواقعة على العقارات الموجودة في الأرياف.

1-) La notion de servitudes en droit français- Strasborg 1983 P 220-222

أ- يجب أن يوجد عقار مرتفق و عقار مرتفق به

بطبيعة الحال لا ينشأ الارتفاق إلا بوجود عقار مرتفق، و هو العقار الذي تعود عليه الفائدة من تقييد الملكية بحيث لا يتقرر إلا لمصلحته، و في هذه يختلف الارتفاق عن الإنتفاع الذي يتقرر لمصلحة شخص و ليس لفائدة عقار و ينقضي حتما بموت شخص المنتفع، كما لا يتقرر عبء الارتفاق إلا بوجود عقار مرتفق به، بحيث يساهم في الإنتقاص من منفعته لفائدة العقار المرتفق، و يصبح محمل بتكاليف عينية واسعة باختلاف مضمون الارتفاق سواء بالحصول على ممر، أو على مورد للمياه، أو على مجرى تمر فيه مياه الري، أو تسيل فيه مياه الصرف و قد تقتصر هذه الفائدة أو الخدمة على تحميل العقار المرتفق، كما في الارتفاق بعدم البناء لتوفير الرؤية و كما أن الارتفاق الذي يتقرر على العقارات الواقعة على طريق عام، و الذي بموجبه يتعين على ملاك هذه العقارات أن يتركوا مسافات معينة بينها و بين الطريق العام، أو أن يتقيدوا بطراز معين في عملية البناء و لا يشترط في هذه الخدمة أو الفائدة، أن تكون حالة بل يصح أن تكون مستقبلية كأن يتفق على تقرير ارتفاق بالمطل على بناء يراد إقامته في المستقبل، وفي هذه الحالة لا يوجد هذا التكاليف إلا عند تمام البناء<sup>(1)</sup>.

ب- يجب أن يكون العقارين مملوكين لشخصين مختلفين

يُشترط لقيام قيد الارتفاق أن يكون العقار المرتفق به مملوك لشخص غير صاحب العقار المرتفق فلا يقوم التقييد أو العلاقة الارتفاقية إذا كان العقاران مملوكان لشخص واحد، و لا شك بعد هذا أن من يملك العقارين له حق في إستعمال أحدهما لمصلحة الآخر، بحيث تعود على العقار المخدوم الفائدة ذاتها التي يمكن أن يحققها الارتفاق و المالك في هذه الحالة إنما يمارس حق الملكية تأصيلا و ليس حقا ارتفاقيا<sup>(2)</sup> إلا أن بعض التشريعات خرجت عن هذه القاعدة، كالتشريع المصري و تبعه في ذلك المشرع الجزائري حيث أجاز ترتيب هذا التكاليف بتخصيص

1- الدكتور عبد السنعم فرج الصدة، مرجع سابق ص 939-940.

\*-) و هو ما نصت عليه أحكام قانون البناء و التعمير 90-29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 ج ر رقم 52 في مادته الثانية حيث نصت على ضرورة عدم تجاوز علو بنايات في الأجزاء المعمرة عن البلدية متوسطة علو بنايات المجاورة، و من أمثلة ذلك من قانون المياه 83-17 في مادته 48 ' يجوز إقامة قنوات جوفية على الأراضي الخاصة غير المبنية إذا تعلق الأمر بإنجاز أشغال تهدف إلى تزويد السكان و الفلاحة و الصناعة بالمياه و كذا تصريف المياه المستعملة '

المالك الأصلي كما سنرى ذلك لاحقاً، و هذه القاعدة التي تقضي بأن حق الارتفاق لا يقوم بين عقارين مملوكين ملكية خالصة مفرزة، حيث يتحقق إختلاف المالك إذا كان أحد العقارين مملوكاً على الشيوع لأكثر من شخص، و كان العقار الآخر مملوك ملكية مفرزة لأحد الشركاء، فيجوز في هذه الحالة أن يقوم حق الارتفاق على العقار الشائع لفائدة العقار المفرز كما يجوز العكس.

على أن الارتفاق إذا كان خدمة مقدرة لصالح العقار لا لصالح الشخص، فمن ذلك أن الحق المقرر لمصلحة الشخص لا يعد ارتفاق، و لكن في كل الأحوال لا يحول دون إنشاء حقوق الارتفاق بقصد تمتع المالك فارتفاق بالمطل، و عدم البناء بقصد عدم حجب النظر، لذلك فإن هذه القاعدة تعني أن الخدمة المقدرة لا ينظر فيه إلى شخص المالك<sup>(\*)</sup> و إنما هي مقررة بصفة الشخص كمالك للعقار، و يشكل إجماع الفقه أنه لكي يوجد ارتفاق يلزم أن يكون التكتيف المقرر على العقار المرتفق به مما لا يقبل بطبيعته أن يستعمل إلا بواسطة مالك العقار المرتفق، و ذلك أن الخدمة المقررة للعقار يفيد منها المالك بلا شك و كثيراً ما لا تساعد العبارات التي يستعملها الأفراد في عقودهم على معرفة قصدهم بجلاء، فيلتبس على القاضي معرفة ما إذا كان أمام حق ارتفاق أم مجرد حق شخصي يتعلق بذات المالك فقط<sup>(1)</sup>. و هذا يجد أصله حسب الفقه الفرنسي الذي ساهم في التنظيم لهذه الفكرة و أخذ بها القضاء بعد ذلك في العديد من قراراته أحداً في ذلك بعين الإعتبار المنفعة التي يمكن أن يمثلها الارتفاق في تهيئة علاقة الجوار بين الأملاك المختلفة و ذلك بأي حق المالك على العقار المرتفق به يعكس تماماً الوظيفة الإقتصادية التي تجيب تماماً و عن كل التساؤلات التي طرحت عقب إصدار المجموعة المدنية الفرنسية سنة "1804" بالألغاء كل أشكال الإستعمال الغير العقلاني و تبسيط نظام الارتفاق في المجال العقاري و إعطاء كل معنى لإلغاء النظام القديم، لذلك فإن من قاموا بصياغة القانون الفرنسي لم يلجأوا إلى هذا التأكيد فحسب بل قاموا بوضع الارتفاق كأعباء على العقار و ذلك بقبول شخص المالك يترتب هذا القيد على ملكيته لمصلحة عقار آخر مملوك

\*-) خرج المشرع الجزائري عن قاعدة عدم ملكية عقارين من طرف شخص واحد و ترتيب ارتفاق فيهما و ذلك بانص على جواز ترتيب الارتفاق بواسطة المالك الأصلي (رب الأسرة) بتعبير المشرع المصري، و ذلك إذا كان مالك لعقارين منفصلين و إقام علامة ظاهرة تجعل بين العقارين علاقة تبعية و قد نصت على ذلك أحكام المادة م 869 من القانون المدني الجزائري.

1-) الدكتور عبد العزيز عبد القادر، مرجع سابق، ص 301-302.



لشخص آخر. و لكن هذا لا يعني في كل الحالات أنه لا يزم المالك بالقيام ببعض الأعمال لصالح المالك في الجوار و سبتر بذلك مجرد إلتزامات شخصية لا تلزم مالك العقار المرتفق به بترك جميع سلطاته على عقاره و إنما يبقى له ملكيته و إلا كان شكلا من أشكال النظام الإقطاعي السابق، و محاولة بناء الإرتفاق على العلاقة بين المالكين للعقار المرتفق، و العقار المرتفق به ليس على أساس التركيبية التقليدية التي عرفت سابقا، و لكن على أساس التركيبية الجديدة التي تأسس الإرتفاق على ميكانزمات النظرية الجديدة ( الإلتزامات العينية) و التي بمقتضاها تكون جملة الإلتزامات بين المالكين العقاريين قائمة على أساس الحقوق العينية و المنافع ذات الطبيعة العينية و ليست لها أي علاقة مباشرة بين أملاك، لأن المنفعة تتصرف مباشرة لخدمة العقار المرتفق و ليس بالضرورة مالكة و بالمقابل لاقت هذه النظرة إنتقادا من كون أن المشرع يقع في تناقض بين القول بوجود إلتزامات عينة و ليس إلتزامات شخصية و ذلك ينص المشرع صراحة على الإلتزامات المفروضة على مالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي به إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاق و بذلك فإن هذه العلاقة هي علاقة عينية و ليست شخصية ترتقي إلى مستوى علاقة المديونية بين العقاريين<sup>(1)</sup>.

بهذا ركزت معظم التشريعات العربية على غرار التشريع الجزائري على إبراز حجم الحقوق و الإلتزامات التي تترتب على إنشاء الإرتفاق، و تجاوز العلاقة الإرتفاقية من مستوى الأطراف ذاتهما إلى العقارين وفقا للنظرية الحديثة السابق ذكرها و هي نظرية الإلتزامات العينية تتاسبا مع القيمة الإقتصادية لكل العقارات التي تفرض طبيعة المواقع و ضرورة الإستغلال الأحسن لها، مما جعل المشرع الجزائري يعمل على تكيف طبيعة حق الإرتفاق مع ما يناسب قيمة العقار المتزايدة من حيث النصوص الخاصة لأن حقيقة القواعد العامة الواردة في القانون المدني لا تتناسب فعلا مع القيمة الحقيقية للعقار خصوصا من حيث أن هذه القواعد موروثة منطوقا و روحا عن المجموعة المدنية الفرنسية.

و عليه لإكمال هذه الدراسة من الجوانب الواجب الإحاطة بها تفرض علينا تبين مختلف الجوانب القانونية للإرتفاق و تحديد طبيعته الحقيقية في ضوء التطور الذي حضي به النظام العقاري في التشريعات المقارنة و تزايد قيمة الملكية و مدى إنسجام القواعد التي إختارها المشرع للإطار المنظم لها، و إبراز مختلف المفاهيم القانونية التي شير التقارب مع قيد الإرتفاق مراعين في ذلك ما وصل إليه الإجتهد القضائي الحديث من مبادئ و أحكام.

1)- Christian Lauroumet, les biens ( droits reels principaux) tome deux paris imprimerie (economico) p 446,447.

### المبحث الثالث

## الجوانب القانونية لحق الارتفاق

لعل أهم ما يمكن أن تثيره مسألة البحث عن الطبيعة القانونية للارتفاق هو إلى أي مدى يمكن إعطاء التكيف الحقيقي له، و ذلك بأن نواجه اتجاهين أساسيين، فالأول قد يؤدي بنا إلى الوقوف عند الوصف الأولي له بإعتباره حق عيني وارد على الملكية، و الثاني قد يصب في إمتداد الارتفاق واسعا في آثاره القانونية بحيث يرقى إلى درجة القيد على الملكية.

من هذا المنطلق كان على المشرع الجزائري أن ينطلق في إقراره لهذا القيد من زاوية الإهتمام بالأحكام التي نصت في جملة التكاليف بتعبير بعض التشريعات التي وسعت كثيرا في مجال هذه الأعباء على الملكية تبعا لمنظور إجتماعي و إقتصادي معين، و لا يمكن الوقوف عند حد إعتباره إستثناء عن إتساع حق الملكية العقارية، أخذا بعين الإعتبار جملة الآثار التي تتجم عن نقص سلطات المالك العقاري من زاوية الإستغلال و الإستعمال مهما كان مصدر هذه الأعباء<sup>(1)</sup> سواء الارتفاق أو القانون لإتحادهما في النتيجة إجتهدا، و بتعبير آخر هل نجسد فكرة أحقية الارتفاق و بنالي الأخذ بعين الإعتبار الجانب الإيجابي في إبرازه على الملكية العقارية و الإعراف بإمميزات أكثر لصاحب هذا الحق.

و لتحليل هذين الإتجاهين سنحاول التعرض في مطلب أول من هذا المبحث لفكرة الارتفاق كحق عيني عقاري و مرجعيته في ذلك و في مطلب ثاني سنتطرق إلى الشق الأكثر تدقيق لتكريس حق الارتفاق من زاوية الأثر السلبي للملكية<sup>(\*)</sup>.

(1) الدكتور شفيق شحاته، نظرية الحق العيني - الطبعة الثانية، الجزء الثاني، الإسكندرية 1978، دار التراث العربي ص 68-69.

\* - لقد ساهم القضاء الحديث خصوصا في فرنسا في توسيع نظرية الارتفاقات و محاولة دمج مختلف أسسها مع إتساع نظرية الحق العيني لكون الارتفاق إستثناء وفق الأحكام التقليدية للقانون المدني الفرنسي.

## المطلب الأول

### الإرتفاق حق عيني عقاري

يحتم علينا البحث العودة إلى الأصل في تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية و تبعية قصد تبسيط هذا الرأي فالحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق العينية التي تقوم بذاتها مستقلة فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه و هي تشمل حق الملكية بإعتباره أوسع الحقوق العينية نطاقاً، حيث يخول لصاحبه سلطات كاملة على الشيء محل الحق كالأستعمال و الإستغلال و التصرف، و يشمل ثانياً الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، و هي تخول لصاحبها سلطات محددة على الشيء فهي تمثل إقتطاع التي يخولها حق الملكية، و تشمل هذه الحقوق حق الإنتفاع و حق الإستعمال و حق السكن، و حق الحكم و حقوق الإرتفاق بأنواعها، لذلك فالحق العيني حق مطلقاً من حيث تحقق مضمونه و ممارسة سلطاته، فالحق العيني يمثل تسلطاً عن صاحبه على محله فيتمتع بهذا الحق و يمارس سلطاته عليه مباشرة دون تدخل من أحد، فالسلطات كلها واقفة مباشرة على الشيء فلا يوجد ثمة وسيط صاحب الحق و بين حقه هذا، و لذلك يعد الحق العيني مطلقاً من هذه الناحية و ذلك بخلاف الحق الشخصي فمحل هذا الحق عملاً من الأعمال و سلطة صاحبه تقتصر على إقتضاء هذا العمل و تحقيق هذا الإقتضاء يلزمه تدخل شخص آخر يلتزم بتحقيقه، فسلطة الحق الشخصي لا توجه إلا إلى شخص معين لا يمكن إقتضاء الحق بدونه، و لذلك فالحق الشخصي من هذه الوجهة يعد حق نسبياً، و بهذا فإن الإرتفاق لا يمكن أن يخرج عن كونه حقاً عينياً، و بالتالي يدخل ضمن الحقوق المتفرعة من حق الملكية عندما يكون ضرورة لازمة لعقار لا يتم الإنتفاع به إلا بواسطة عقار آخر مملوك لشخص آخر<sup>(\*)</sup>، كدار محجوبة عن النور، أو المرور لا يتقرر إلا من جهة دار أخرى لمالك آخر<sup>(1)</sup>، و الواقع قانوناً إننا نجد العقار على حالات ثلاث :

\*-) Ce qui n'empêche pas de considérer les servitudes comme un droit réel principal, dès lors qu'elle ne constitue pas une garantie de paiement d'une créance mais dans tous les cas " la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'utilité d'un héritage de autre propriétaire "

(1-) الدكتور توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، بيروت ، 1988 ص 222-223.

أولاً: عقار مستقل بعناصر ملكيته متفرغ من كل قيد أو حق ينقص من الإنتفاع به إنتفاعاً تاماً.

ثانياً: عقار آخر يوجد بطبيعته و وضع معتمداً على عقار لا يتم الإنتفاع به إلا بواسطة ذلك العقار و بهذا يحل الإرتفاق بصورة لازمة إستغلال عقار على حساب عقار آخر تقرر عليه إرتفاق معين.

ثالثاً : عقار معرض بسبب حالة قانونية أو بسبب مصلحة خاصة أو عامة لأن يطرأ عليه قيد يحل من الإنتفاع به أو ينقصه، و قيمة كل من العقارين الآخرين لا تكون قيمة تامة بالنسبة للأول.

لذلك فإن الإرتفاق يتخذ صورة الحالة الثانية من كون أن العقار المخدوم لا يمكن أن تكتمل المنفعة الإقتصادية منه إلا بإستعمال جزء منه يشكل في صورة إستعمال حقا عينيا للإفادة منه دون وساطة آخر فالحق العيني هنا يخلق رابطة مباشرة بين العقار وصاحب الحق عليه و يبقى ذلك التسلط و تلك الرابطة قائمة حتى إذا خرج الشيء عن حيازة صاحب، فيحق له مباشرة هذا التسلط على الشيء تحت أي يد يكون و هذا ما يعبر عنه بحق التشيع الذي يمتاز به صاحب الحق العيني، لذلك فالإرتفاق يمتاز بصفته العينية التي تجيز للمالك التمتع بمزايا الملكية فهو حق تجسد في مختلف الأنظمة القانونية الحديثة، و منها التشريع الجزائري الذي حاول بلورته على سبيل الحصر لإرتباط الإرتفاق بنظام الملكية بصفة عامة و الملكية العقارية بصفة خاصة، و تعلق كل هذا بفكرة النظام العام لمساسه بلكيان الإقتصادي للمجتمع، لذلك فإنه إعتبار الإرتفاق بمثابة حق عيني عقاري نشوته من تداخل عقوبات و جوهر الحق العيني<sup>(1)</sup>، إذ يعطي سلطة مباشرة لصاحب العقار المرتفق به سواء كانت هذه السلطة إيجابية تحوله مباشرة أعمال مادية على العقار المرتفق به، كإرتفاق بالمرور أو كانت مجرد سلطة سلبية تقتصر على حرمان مالك العقار المرتفق به من ممارسة بعض سلطاته كمالك مثل إرتفاق عدم البناء و عدم التعلية.

و إذا كان حق الإرتفاق حق عيني، فمعنى ذلك أنه في جوهره لا ينشأ رابطة إلتزام بين مالك العقار المرتفق و مالك العقار المرتفق به، و إنما حق الأول في الإرتفاق يقع مباشرة على مالك الثاني، بحيث يمارس الأول الإرتفاق على ملك الثاني دون حاجة إلى تدخل هذا الأخير.

(1) الدكتور حسن كبيرة، أصول القانون المدني " الحقوق العينية الأصلية " الطبعة الأولى، 1984 درا النهضة العربية ص 220-221.

لذلك يقال أن دور مالك العقار المرتفق به مجرد دور سلبي ينحصر في ترك صاحب العقار المرتفق يمارس الإرتفاق على العقار المرتفق به، و مع ذلك يجب عدم إغفال أن مالك العقار المرتفق به، قد يلتزم قبل مالك العقار المرتفق سواء في سند إنشاء الإرتفاق أو في سند لاحق، ببعض إلتزامات حقيقية متعلقة بإستعمال حق الإرتفاق، كالإلتزام برصف أو صيانة الطريق المرسوم أو المخطط في إرتفاق المرور، و لكن لا يغير من طبيعة حق الإرتفاق كحق عيني، أو هذه الإلتزامات المتولدة بين المالكين ليست إلا إلتزامات تابعة لحق الإرتفاق العيني لوجود ضرورة هي تفادي تعطيل الإنتفاع عن الملكية العقارية خصوصا في جانب العقار المرتفق الذي يبقى في حاجة إلى الخدمة المقدمة من طرف العقار المرتفق به كحق المرور بإتجاه الطريق العام. لذلك فإن فكرة عينية الإرتفاق المنصوص عليها المادة 867 من القانون المدني الجزائري في حقيقتها ترجع إلى إعتبرات تاريخية لازمت وضع أحكام الإرتفاقات، فقد سبق أن أكدنا أن المجموعة المدنية الفرنسية قد تبلورت مع الثورة الفرنسية مباشرة، فقد كان من المنطقي و المعقول أن يتأثر واضعوها شعارات و مبادئ الثورة خصوصا منها السياسية و الإجتماعية التي سادت تلك المرحلة<sup>(1)</sup>، كون أن المجتمع آنذاك لم يصدق أن تخلص من نظام إقطاعي ساد فرنسا و قسم المجتمع إلى عدة طبقات لإستلهايم خيرات و ثروات البلاد لذلك تشدد واضعوا المجموعة في أحكام قواعدها حتى لا يمكن رجوع هذا النظام بأي شكل آخر فوضعوا مكان كلمة إرتفاقات " *Svritudes personnelle* " مع أنهم أبقوا الحقوق العينية الأخرى، كحق الإنتفاع و الإستعمال و السكن و اشتراطوا أهم شرط ثبت أثره في معظم التشريعات التي إستلمت قواعدها من المجموعة المدنية الفرنسية وهو<sup>(2)</sup> أن لا يكون التكاليف مفروضة على شخص لمصلحة شخص بل لعقار على عقار و غير مخالفة للنظام العام، و بناء على ذلك ظهر ذلك الأثر في القانون المدني الجزائري في المادة السالفة الذكر بحيث يفهم منها أن الإستفادة من الإرتفاق يعود إلى العقار المرتفق و ليس لمالكة مباشرة، و لكن ما يلفت النظر بصفة واسعة و يجدر التنبيه إليه هو أنه رغم إندثار شبح النظام الإقطاعي فإن قواعد الإرتفاق بقيت على حالها بالرغم من حجم التطور الباهر الذي حدث في المجال الإقتصادي و الإجتماعي مما لا يبرر بقائها. بهذه الصيغة لما فيها من تعطيل الإستغلال الأحسن للملكية العقارية، لهذه الأسباب فإن القضاء لم يبالغ في التطبيق الحرفي للقانون، بل عمد في كل هذا

1-) Piére Nicoley, Les servitudes en droit privé Français, Tome 2, Bourdeau 1991, P 220

2-) Code Civil- Jurisprudence général, les droit relles princeipeaux, Dolloz 1985 , p. 87-88.

لذلك يقال أن دور مالك العقار المرتفق به مجرد دور سلبي ينحصر في ترك صاحب العقار المرتفق يمارس الإرتفاق على العقار المرتفق به، و مع ذلك يجب عدم إغفال أن مالك العقار المرتفق به، قد يلتزم قبل مالك العقار المرتفق سواء في سند إنشاء الإرتفاق أو في سند لاحق، ببعض إلتزامات حقيقية متعلقة باستعمال حق الإرتفاق، كالإلتزام برصف أو صيانة الطريق المرسوم أو المخطط في إرتفاق المرور، و لكن لا يغير من طبيعة حق الإرتفاق كحق عيني، أو هذه الإلتزامات المتولدة بين المالكين ليست إلا إلتزامات تابعة لحق الإرتفاق العيني لوجود ضرورة هي تفادي تعطيل الإنتفاع عن الملكية العقارية خصوصا في جانب العقار المرتفق الذي يبقى في حاجة إلى الخدمة المقدمة من طرف العقار المرتفق به كحق المرور باتجاه الطريق العام. لذلك فإن فكرة عينية الإرتفاق المنصوص عليها المادة 867 من القانون المدني الجزائري في حقيقتها ترجع إلى إعتبرات تاريخية لازمت وضع أحكام الإرتفاقات، فقد سبق أن أكدنا أن المجموعة المدنية الفرنسية قد تبلورت مع الثورة الفرنسية مباشرة، فقد كان من المنطقي و المعقول أن يتأثر واضعوها شعارات و مبادئ الثورة خصوصا منها السياسية و الإجتماعية التي سادت تلك المرحلة<sup>(1)</sup>، كون أن المجتمع آنذاك لم يصدق أن تخلص من نظام إقطاعي ساد فرنسا و قسم المجتمع إلى عدة طبقات لإستلهاام خيرات و ثروات البلاد لذلك تشدد واضعوا المجموعة في أحكام قواعدها حتى لا يمكن رجوع هذا النظام بأي شكل آخر فوضعوا مكان كلمة إرتفاقات " *Svritudes personnelle* " مع أنهم أبقوا الحقوق العينية الأخرى، كحق الإنتفاع و الإستعمال و السكن و اشتراطوا أهم شرط ثبت أثره في معظم التشريعات التي إستلمت قواعدها من المجموعة المدنية الفرنسية وهو<sup>(2)</sup> أن لا يكون التكاليف مفروضة على شخص لمصلحة شخص بل لعقار على عقار و غير مخالفة للنظام العام، و بناء على ذلك ظهر ذلك الأثر في القانون المدني الجزائري في المادة السالفة الذكر بحيث يفهم منها أن الإستفادة من الإرتفاق يعود إلى العقار المرتفق و ليس لمالكة مباشرة، و لكن ما يلفت النظر بصفة واسعة و يجدر التنبية إليه هو أنه رغم إندثار شبح النظام الإقطاعي فإن قواعد الإرتفاق بقيت على حالها بالرغم من حجم التطور الباهر الذي حدث في المجال الإقتصادي و الإجتماعي مما لا يبرر بقائها. بهذه الصيغة لما فيها من تعطيل الإستغلال الأحسن للملكية العقارية، لهذه الأسباب فإن القضاء لم يبالغ في التطبيق الحرفي للقانون، بل عمد في كل هذا

1-) Pière Nicoley, Les servitudes en droit privé Français, Tome 2, Bourdeau 1991, P 220

2-) Code Civil- Jurisprudence général, les droit relles principeaux, Dolloz 1985 , p. 87-88.

إلى محاولة التقليل من عينية الإرتفاق حيث أقر بوجود إرتفاقات يستفيد منها مباشرة صاحب العقار المخدوم، كإرتفاقات البناء، سعيا منه إلى التخلص من الجمود المطلق للنص القانوني، كما لم يقف القضاء عند الحد المطلوب بل ذهب إلى أبعد من ذلك في محو الفكرة التي كانت سائرة قبل ذلك في كون أن الفقهاء نظروا لفكرة الإرتفاق المقصورة على الأراضي الزراعية فقط، لكن حصيلة التطور الإقتصادي ساهمت في تبيان أن مصلحة الأفراد تملئ عليهم ترتيب إرتفاقات أخرى، كالذي يتقرر على معمل لتوليد الطاقة الكهربائية بواسطة القوى المائية الموجودة في عقار معين و وجه الإستثناء هنا في إقرار القضاء بهذه الحالة راجع إلى أن الإنسان له دخل كبير في توليد القوى الكهربائية و توزيعها و لكن المحكمة لم ترى في ذلك سببا للبطلان<sup>(1)</sup>.

أما الناحية الثانية فقد ترى أن الإرتفاق يقرر على عقار لا على شخص، فقد ذهب القضاء الفرنسي في إتجاه إيجابي بمناسبة الإرتفاقات التي تقرر لمصلحة تجارة أو صناعة معينة، كما إذا إتفق على أن العنب الازم لمعصرة يؤخذ من كروم معينة فقضت المحاكم أولا بإعتبارها إلتزامات شخصية، رابطتها، ثم تحولت عن هذا الرأي، و أصبح المبدأ المقرر بأن القاعدة التي تقول بأن الإرتفاق لا يتقرر لمصلحة شخص لا يتنافى مع وجود إرتفاقات كسبت لمصلحة شخص و بذلك فهي لا تتنافى مع وجود إرتفاقات عينية لمصلحة عقار، و لكن مالك العقار يستفيد هو أيضا أو تستفيد صناعته<sup>(2)</sup>.

كما أن القضاء الفرنسي كان يتأثر كثيرا بالوقائع، و يضع لكل حالة حلا على حدة، و لم يتبع في أحكامه طريقة الإعتماد على النصوص بل سار وفقا للنمط الإجتماعي الذي تقتضيه الملكية العقارية "La méthode social" و كذلك تطبيقا للخلاصة التي إنتقاها الفقهاء حديثا حول العلاقة المتينة بين المبادئ القانونية و القواعد الإقتصادية، و في كل هذا إذا دققنا النظر نرى أن التكاليف الملقى على عاتق مالك العقار الخادم هو إلتزام عيني و إذا نظرنا إليه من ناحية مالك العقار المخدوم فهو دين عيني، حيث أن فكرة الإلتزام العيني هي الضابط الصحيح و القوى في مفهوم القضاء لمادة الإرتفاق، وإن كان هذا يصدق كثيرا على القضاء الفرنسي في تطويره

(1) الدكتور حامد زكي، التكاليف العينية و الإلتزامات الشخصية، مجلة القانون و الإقتصاد، مصر عدد الثاني ص 227.

(2) الدكتور منصور مصطفى منصور، حق الملكية، القاهرة 1985، الطبعة الأولى، درا العلوم، ص 250.

لفكرة الإرتفاق و إتباعه منها مرنا حفاظا على وظيفة الملكية العقارية<sup>(1)</sup>، و من بعده القضاء المصري الذي سار على تخفيف كثيرا من حدة و جمود القواعد المنظمة للإرتفاقات، فإن الإجتهد القضائي الجزائري لم يري إلى إعتبار بعض الإلتزامات المترتبة عن الإرتفاقات بأنها إلتزامات عينية بل إعتبرها بغرضها المباشر لكونها تخدم مصلحة المالك بالدرجة الأولى قبل العقار لذلك طبق حرفية النص و هو قصور ملحوظ. ذلك أن التقليل من إعتبار هذه الإلتزامات من كونها عينية يذهب عكس الهدف المنوط بالملكية العقارية، و من شأنه إبقاء القضاء ينظر نظرة سطحية للأثار التي ترتبها الإرتفاقات، فكيف حاول القضاء الفرنسي التخلص من العقدة التي إنتابيت التشريع، في حين أن القضاء في الجزائر يذهب إلى تكريس هذه العقدة مرة أخرى على مستوى التطبيق، لذلك فإن التحليل السليم هو النظر إلى الإرتفاق من منظور القيد إذا وسعنا من حجم نظرية الإلتزام العيني و إعتبار كل الأثار المترتبة من العلاقة الإرتفاقية أثار عينية، خصوصا أن العديد من التشريعات أجابت عن ذلك و إعتبرت الإرتفاق من مصاف القيود التي ترد على الملكية، لذلك فهو يبرر عن طريق الإلتفاق المكرس يفقد كسب من أسباب ترتيب قيد الإرتفاق، و هو عقد غير مسمى أي غير معروف في قواعد القانون المدني، بل هو متروك للأفراد لهم الحرية في إنشاء و ترتيب الإرتفاق على الملكية العقارية مادام ذلك مشروط ببند الإرتفاق عليها مسبقا من المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### الإرتفاق قيد على الملكية العقارية

من الواضح أنه لا يمكن الإكتفاء و الوقوف عند النظرة السطحية و الأولية التي اختلفت التشريعات المقارنة في إبدائها على إختلاف و تنوع و أهداف الإرتفاقات التي أضحت تمثل واقعا و سياسة تهدف إلى ضبط الملكية دون الرجوع إلى التركيبة التقليدية لهذه الإرتفاقات، بل يجب البحث عن الغاية و الهدف من وراء إقرار هذا الحق، و جملة الأثار التي تلحق بقيمة العقار المرتفق به، و من سلطات المالك سواء بني الإرتفاق في هذه الحالة على الإلتفاق بين

1-) Capitaint la revue critique les droit relle principeaux paris 1987 p 121-122.

1-) الدكتور حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 221-22.



إرداتي كل من صاحب العقار الخادم و صاحب العقار المخدوم أو سبب السياسة التشريعية ذاتها تجاه الملكية العقارية و نقصد بذلك جملة القيود (الإرتفاقات) المقرر بنص القانون و التي بموجبها تستدعي أوضاع و حالات معينة يراعيها المشرع لترتيب قيد و الإرتفاق على الملكية العقارية بالإضافة إلى جملة الأعباء و الإلتزامات الشخصية و العينية التي تفرض على صاحب العقار المرتفق به أو لعلي العقار ذاته، لأن طبيعة التكليف تقتضي أن يتمتع من الوجهة السلبية من القيام بأعمال من شأنها إعاقة قيام صاحب العقار المخدوم بإستعمال الحق المقرر له في صور إرتفاق و ترك صاحب العقار المقرر له الإرتفاق القيام بأعمال يخولها إياه الإرتفاق (إيجابيا)، كحق مرور و المجرى و هي كلها أعباء تحد من سلطات المالك و تنقص من قيمة المنفعة التي كان سيجنيها المالك من إستغلال ملكيته العقارية<sup>(1)</sup>، لذلك نجد أن الإرتفاق يتحدد طبيعته القانونية من خلال الأثر السلبى في كونه يخرج عن النطاق الطبيعى المعهود للملكية و هي أن تؤدي و تذر على صاحبها كل المنافع المرجوة منها دون قيد خصوصا إذا كان هذا التقيد مصدره القانون بحيث تزداد المصلحة العامة إتساعا على حساب المصلحة الخاصة و ما يقابلها في ذلك من أثر على الملكية العقارية، و عدم مراعاة التطور الحاصل في النظام الإقتصادي الحديث<sup>(\*)</sup> من حيث الدور الهام الذي أصبحت تلعبه الملكية الفردية في تنمية الدخل الإقتصادي و وضع عراقيل بطبيعتها لا تسمح في تخطى الجانب التنظيمي الذي رسده المشرع لتنظيم الملكية سواء من حيث القواعد العامة الواردة في القانون المدني، أو من حيث النصوص الخاصة التي تنظم الإرتفاقات الذي إختلف بشأن تكيفها بين مؤيد لتسميتها بمصطلح إرتفاقات، و بين من يصطلح على تسميتها بقيود الملكية العقارية رغم إتحادهما في النتيجة و هي تقيد الملكية مباشر أو غير مباشر و على هذا الأساس فإن الإتجاه القائل بأن نظام الإرتفاقات لا يجب النظر إليه من زاوية ضيقة بالإقتصار على الجانب الإيجابي فقط بوصفه حقا للمالك و سبيل لخدمة الملكية، بل يجب التوسع في ذلك بالبحث عن الأثر الذي يرتبه على الملكية العقارية عموما و نتاج ذلك، كما أنه عن مقتضيات العدالة حماية الطرف الضعيف في العلاقة الإرتفاقية و هو مالك العقار المرتفق به الذي تقع عليه إلتزامات شخصية و عينية،

1- الدكتور إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص 80-81.

\* - و دعم هذا الإتجاه الأستاذ حامد مصطفى في مؤلفه "الملكية العقارية" صفحة 241 أن هناك أساس خاطئ في التكليف، إذ يظهر لنا في القول بأن من شأن الإرتفاق أن يزيد في قيمة العقار المرتفق، و ينقص من قيمة العقار المرتفق به فالحقيقة حسب أن الإنتقاص يمس كلا من العقارين لكن بدرجة أكبر العقار المرتفق به.

و يجب التوسع أكثر في إعتبار القانون كسب و أساس واضح في ترتيب هذا القيد، و بذلك فإن طبيعة الحق في ترتيب الإرتفاق تتجسد في شروطة تقيده الملكية و بذلك فإن الآثار السلبية التي تنجم عن إقراره تؤكد أكثر فكرة القيد قبل هدف الحق و هو ما جعل القضاء الفرنسي يوسع من فكرة الإلتزامات العينية القائمة بين العقارات قصد تبين معنى ما ذهب إليه هذا الرأي (1) .

لكن قبل هذا كانت الشريعة الإسلامية السبابة في إعتبار الإرتفاق من أشكال الملك الناقص و الذي بمقتضاه يملك العقار المرتفق حق الإنتفاع بالعقار المرتفق به ملكا عينيا بقطع النظر عن شخص مالكة، و يلاحظ في هذا الشأن ذهب الفقه الإسلامي إلى القول بإنتطاق أحكام الملك الناقص على حق الإرتفاق، من قبول التقييد بالوصف و الزمان و المكان و من الإستبقاء عليه و لو جبرا عن المالك.

هو ما كان المشرع الجزائري إتبعه بإقرار الإرتفاق وفق أحكام الفقه الإسلامي الرامي إلى إعتبار الإرتفاق كقيد على الملكية شأنه شأن بقية القيود الأخرى، و عدم الإستنباط أحكامه من القانون الفرنسي الذي له سوابق تاريخية أكدناه من قبل ولعل المشرع السوداني أكد ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من كون أن الإرتفاق يكون بناء على قانون دون الإرتفاق لبروز النزعة الجماعية التي تعتبر محور الشريعة الإسلامية، و من تحديدنا لطبيعة الإرتفاق و إستخلاصنا للطبيعة المزدوجة من كونه حقا و قيذا في نفس الوقت، فإن الجدير بالدراسة بعد هذه الخطوات هو تبيان الأشياء التي تكون محلا للإرتفاق تبعا للإجتهد القضائي الذي سار على توسيع نطاق بعض الحالات خروجاً عن جمود النصوص المنظمة لأحكام الإرتفاقات (2).

### أولاً: محل الإرتفاق

من التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 867 و التي نصت بصريح العبارة " الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار..." يتضح لنا أن الشيء الذي يحد حق الإرتفاق من منفعته هو الشيء الذي يكون محلا لهذا القيد، و لا بد من أن يكون عقارا بصريح النص لأن إستعمال الإرتفاق عن طريق القيام بأعمال مادية، فالعقار الذي يصح أن يكون عقارا بطبيعته و ليس عقار بالتخصيص، و من ثم لا يصح أن تكون الحقوق العينية العقارية الأخرى كرهن و

1- الدكتور محمد فوزي فيضل الله، الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية 1988، دمشق الجزء الأول، مطبعة طربين ص 248، 249.

1- الدكتور عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 48-49.

التأمين، لأن طبيعة الإرتفاق تقتضي من أجل ذلك ممارسته القيام بأعمال مادية لا يمكن تصورهما في الحقوق العقارية و إنما في العقارات المادية، و من ثم لا يمكن أن يتقرر هذا القيد على العقارات بالنظر إلى الغاية المعدة لها لأنها في طبيعتها أشياء منقولة، و إنما اكتسب صفة العقار بالتبعية لكونها مخصصة لخدمة هذا العقار، فالإرتفاق لا يتقرر إلا على عقار بطبيعته سواء كان أرضاً (\*) أو بناء و إن كان القضاء الفرنسي إستبعد النبات كالزراع و الغرس و الأشجار، فلا يصح ترتيب هذا القيد عليها و لذلك لأن بقاءها في الأرض لا يكون إلا لمدة معينة، أما المباني و المنشآت تصح هي أيضاً لأن تكون محلاً لهذا التقييد إذ تعد عقاراً بطبيعتها

\*- تعد عقارات بالتخصيص كل العقارات بالنظر إلى ذاتها، و هي جملة الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى جوهرها موقع ثابت غير متقل، كالأراضي و المناجم و النباتات المتأصلة في الأرض (ما دامت ثابتة فيها) و الأبنية و إن لا يقصد باللفظ الأبنية إلا الإنشاءات المعروفة بذلك " كدور السكن " و بصفة عامة كل ما جمع من مواد البناء فيشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة سواء كان ذلك على ظاهر الأرض أو في باطنها، و خصوصاً الأراضي فهي عقارات حقيقية و تشمل سطح الأرض و باطنها معاً و لا فرق بين أن تكون في المدن أو خارجها، سواء معدة للبناء أو الزراعة.

أما الأشياء التي تخرج من الأرض كالأشجار و المعادن فإستخراجها منها تصبح منقولة، فالنباتات و الأعشاب و الأشجار و الشجيرات المتصلة بالأرض بجذورها و كذلك المحصولات التي لا تزال متصلة بالأرض و الثمار على الأشجار و التي لم تقطف بعد فإنها تعد عقاراً بطبيعتها مادامت متصلة بسطح الأرض سواء بالنسبة للنباتات الصغيرة أو الأشجار الكبيرة و كل ما في الأمر أنه لا يمكن ترتيب الإرتفاق عليها لعدم ديمومتها و إتصالها عن العقار الثابت بطبيعته.

أما العقارات بالنظر للغاية المعدة لها " Immeubles par destination " هي أشياء تعتبر بالنظر إلى ذاتها كمنقولات غير أنها تكون تابعة لذات العقار و يشترط فيها على كل حال لتحسب ضمن العقارات :

- 1- أن تكون ذات العقار لمالك واحد.
- 2- أن تكون مخصصة لإستثمار العقار أو بصورة معدة لمنفعة العقار الذي تكون هذه الأشياء تابعة له، فالعقارات بالنظر للغاية المعدة لها أساسية للغرض الذي وضعت من أجله هي أشياء منقولة قد إتصلت بالعقار لخدمته أو لإستثماره بمعرفة المالك، و هي عقارات مجازية لذلك لا يمكن أن تكون محلاً لترتيب قيد الإرتفاق عليها حيث تصورهما المشرع و جعلها عقارية و أخرجها من عداد المنقولات، و غاية من هذا التصور تقوية الرابطة بين المنقولات المتحددة بالعقار و منحها القانون صفة العقار مجازاً لأنها تعد من ملحقاتها، أما المنقول الذي يندمج في الأرض يصبح عقاراً بطبيعته مهما كان الشخص الذي أوجده هذا الإندماج، كمواد البناء الذي تستخدم في إصلاح مجموع الأجزاء من بناء بمعرفة المستأجر العادي.

و المباني تكون محلاً لهذا القيد حيث نصت على ذلك المادة 5 من أحكام قانون البناء و التعمير " لا يمكن تشييد أي بناء أو سياج داخل الأجزاء المعمرة من البندية إلا إذا كانت إبتعد بأربعة أمتار على الأقل من محور الطريق".

لاندماجها للأرض و لا تصبح كذلك إلا إذا شيدت فاندمجت في الأرض و أصبحت ثابتة و هو ما يتجسد أكثر في قواعد البناء و التعمير.

### ثانيا: نطاق الارتفاق

يتحدد نطاق العلاقة الارتفاقية الناشئة بين العقارين، عادة بالسند المنشئ للارتفاق، فإليه يرجع لمعرفة ما يخوله من حقوق أسسها هذا القيد و قررت للمالك بموجبه، و ما يفرضه من تكاليف و إنترامات يتحملها مالك العقار المقرر عليه هذا الحق، أما إذا كان مقرر بنص القانون و جب تعيين نطاقه بالرجوع إلى جملة الأحكام القانونية المقررة له فهي تبين كيفية ممارسة السلطات و مداها، و مدى هذا الحق ذاته كما أنه عادة يرجع إلى إرادتي أطراف العقد و التي تبين إرادة الموصي إذا تم إنشاء الارتفاق بطريق الوصية، و من هنا تتبع المبادئ العامة في تفسير التصرفات القانونية و للقاضي الموضوع الاستناد إلى ظروف و ملايسات التعاقد قصد الوصول إلى نية المتعاقدين، و في حالة الارتفاق المقرر بالنص القانوني و جب اللجوء إلى تفسير الغاية التي قصدها المشرع من إقراره قيد الارتفاق و الاستناد إلى ما جرى عليه العرف بالجهة و وفقا لأحكام المادة 871 "تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها و لما جرى به عرف الجهة".

و إذا كان مصدر الارتفاق هو التقادم فإن الأحكام التي كانت سارية آنذاك هي التي تحكم العلاقة الارتفاقية<sup>(1)</sup>، أما إذا رتبته المالك الأصلي فإن نطاقه و كيفية استعماله تتحدد طبقا لنية المالك الأصلي، و إذا لم يكفي المصدر و جب الرجوع للعادات المرعية في الجهة موقع العقار، و إلى الأحكام القانونية المنصوص عليها في القانون المدني، لذلك و جب توافر الأهلية التامة فيمن يرتبه، أما إذا كانت تصرف بعوض فيكفي توافر الأهلية العادية فيمن يرتبه، أما إذا كان العقار مملوكا على الشيوع فيشترط في ترتيبه موافقة جميع الشركاء، و يذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط موافقة ثلاثة أرباع مالكي العقار حيث تكفي هذه النسبة لترتيب حق الارتفاق على العقار المملوك على الشيوع إذا كانت هناك أسباب قوية دعتهم إلى ذلك و تقاس هذه الحالة على

1- الأستاذ دغوش عبد الحميد، حق الملكية و القيود القانونية و الإتفاقية التي ترد عليه في القانون المدني الجزائري، الجزائر 1989، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 130.

حالة تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع طبقاً لنص المادة 728 و ذلك بأن يعلنوا بورقة قضائية باقي الشركاء الذين يكون لهم حق الاعتراض على ذلك أمام القضاء و يستند هؤلاء الفقهاء إلى أنه إذا كان لهذه الأغلبية<sup>(1)</sup> الحق في أن تتصرف في المال الشائع فمن باب أولى لها أن ترتب عليه حقوق إرتفاق، أما إذا رتب أحد حق إرتفاق على جزء مفرز للملكية الشائعة و إرتضى بعد ذلك القسمة أن آل هذا الجزء المنقل بقيد الإرتفاق يصح ترتيب حق الإرتفاق لأن للقسمة أثر كاشف في هذه الحالة، غير أنه إذا آل ذلك الجزء إلى مالك آخر و أمكن نقل حق الإرتفاق إلى الجزء الذي آل إلى من رتبه و موافق المستفيد من حق الإرتفاق على هذا النق فيصح و إلا عد تصرف الشريك تصرفاً في ملك الغير .

و تدقيقاً و توسيعاً لموضوعنا سنحاول التعرض لجملة الخصائص المميزة للإرتفاق خاصة عندما إستقر بنا القول إلى أن هذا القيد لا يمكن أن يترتب إلا على العقارات بطبيعتها و يشكل قيد دائماً عليها و الذي فصله في المبحث الموالي .

---

1- الأستاذ زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علماً و عملاً، دمشق 1988، الطبعة الأولى، ص 225-226.

## المبحث الرابع خصائص حق الارتفاق

قد تبين لنا مما سبق أن هذا الحق لا يمكن أن يخرج عن كونه حقا عينيا عقاريا كأصل عام، كما يعتبر في جانبه السلبي قيد على العقار المرتفق به نظرا لجملة الإلتزمات التي يفرضها على المالك و الأعباء التي تلحق به من الناحية الإقتصادية و من هذا المنطلق يمكن إجمال هذه الخصائص القانونية للإرتفاق العقاري في :

### المطلب الأول خاصية التتبع

يشكل عنصر التبعية أهم الخصائص، بحيث يعتبر من الملاحقات الإيجابية و لا ينفصل عن العقار المرتفق فيما يجري عليه من تصرفات، فإذا بيع أو وهب أو رهن فإن هذا التصرف يشمل العقار و الارتفاق معا، كذلك إذا رتب على العقار حق إنتفاع أو إستعمال أو حق سكنى فإن هذا الأخير يمتد أيضا إلى هذا الارتفاق.

كما يقصد بخاصية التتبع من جهة أخرى عدم التصرف في هذا الحق مستقلا عن العقار المتصل به فإذا بيع أو إنتقلت ملكيته إنتقل معه الارتفاق دون حاجة للنص على ذلك في عقد البيع و ذلك لأن التابع تابع لا ينفرد في الحكم، كما لا يجوز الحجز على الارتفاق مستقلا و لا رهنه، إذ لا وجود له إلا تبعا للعقار المقرر له و إن كان هذا يصدق على العقار المخدوم من الناحية الإيجابية<sup>(1)</sup> فإنه على العكس من ذلك فإن خاصية التبعية تنقرر بالنسبة للعقار الخادم من الناحية السلبية، فإذا جرى عليه أي تصرف يظل منقل بالارتفاق دون حاجة للنص على ذلك في السند المثبت للتصرف، و بهذا فإن الارتفاق يتبع العقار المرتفق و يعتبر من ملحقاته بأن

1- الأستاذ عبد الفتاح تقي، مرج سابق ص 50-51.

ينتقل الإرتفاق إلى من تنتقل إليه ملكية العقار (\*) و كذلك يكون الوضع بالنسبة للعقار المرتفق به و لكن بصورة عكسية حيث أن هذا الحق يتبع العقار المرتفق به و يقيد به و يعتبر بذلك من ملحقاته السلبية فإذا جرى تصرف على هذا العقار فإنه يظل متقلاً بحق الإرتفاق (1).

## المطلب الثاني

### الإرتفاق له صفة الدوام

يختلف المقصود بدوام الإرتفاق عن المقصود بدوام حق الملكية ذاته، فهذا الأخير له صفة الديمومة بمعان ثلاث :

- بمعنى أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقياً، فلم يحدد له القانون وقتاً معيناً لإنقضائه، كما حدد لحق الإرتفاق مثلاً بمعنى لا يزول بعدم الإستعمال.

- و معنى أنه حق لا يجوز أن يفتن بأجل، أما الإرتفاق هنا فإنه لا يفتن بهذه الصفة مع حق الملكية إلا في الجزء من المعنى الأول، و يختلف في حق الملكية في المعنى الثالث إذ يجوز أن يفتن بأجل واقف أو بأجل فاسخ و يختلف مع حق الملكية حيث ينقضي الإرتفاق بعدم إستعماله مدة عشرة سنوات وفقاً للمادة 879 من القانون المدني الجزائري، كما ينتهي أيضاً بمدة ثلاثة و ثلاثين سنة إذا كان الإرتفاق مقرر لمصلحة مال موروث تابع لعائلة (2).

\*- كما إتفقت كلمة فقهاء الإسلام و على الخصوص الحنفية منهم على أن حقوق الإرتفاق تورث تابعة للعقار، لأن الورثة خلفاء الميت في كل ما يملك من مال و ما يتصل بهذا المال من حقوق، فتسري إليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سارت إليهم ملكية الأعيان، و ترى مثل هذه النصوص في الكتب الفقهية التي تعن بالتعليل و رد المسائل إلى أصولها و الأحكام إلى أسبابها و منها يستفاد أنها تورث تابعة للعقار و كذلك منفردة.

كما أن إجتهد المحكمة العليا يصب في هذا المجال حيث أكدت في قرار لها " 2 ماي 1991 " أن صفة التبعية ملازمة تماماً للعقار طالما أن الإرتفاق لم تثبت أسباب زواله و إنقضائه، و مع إشتراط شرط غير منصوص عليه في القانون و هو وجوب عدم تعارض حق الإرتفاق مع حق آخر أولى بالرعاية منه، فإقامة جدار مشترك بين عقارين لمالكين مختلفين مثلاً توجب أن لا يستعمل الجدار إلا للغاية الأساسية التي أنشأ من أجلها مما يفرض أن صفة التبعية للعقار لا تساهم في تعطيل مالك العقار المرتفق به من الإستغلال اللازم لمملكته.

1- الأستاذ محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق ص 79-80.

2- الأستاذ دغوش عبد الحميد، مرجع سابق ص 134-135.

و في كل ما ذكرناه فإن الارتفاق كقيد على الملكية يكتسي صفة الدوام من الوجهة الإيجابية بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته ما لم يوقت بأجل، فهو قيد دائم على الملكية و يتبع بذلك الملكية العقارية و إن كان هذا الدوام أصلا ليس من جوهر الارتفاق مثل ما هو من جوهر حق الملكية، فيجوز توقيت حق الارتفاق<sup>(\*)</sup> و لا يجوز توقيت الملكية ذاتها فإذا قلنا أن قيد الارتفاق دائم ففي ذلك أن هذا هو الأصل فيه و لكن لا يمنع هذا من إنقضائه مستقلا عن الملكية بأسباب متعددة كعدم الإستعمال و تغيير وضع الأشياء و إنقضاء الأجل المحدد له " المادة 878 " و فقد المنفعة منه و بذلك فإنه يعد الحق الوحيد المتفرع عن حق الملكية الذي ينشأ له صفة الدوام و ذلك راجع إلى كونه تابعا لحق الملكية العقارية فيدوم بدوامها، و دوام الارتفاق هنا المقصود به أن الأصل هو دوامه بدوام العقاريين المرتفق و المرتفق به.

### المطلب الثالث

#### الارتفاق غير قابل للتجزئة

و مؤدى ذلك أنه يستحق للعقار المرتفق كله، و يقع على العقار المرتفق به كله، فإذا جزء العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه، أما إذا جزء العقار المرتفق به، بقي الارتفاق واقفا على كل جزء منه.

أما إذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص، فلا يجوز توقيعه على جزء شائع من هذا العقار، أو المنفعة جزء شائع منه<sup>(\*)</sup>، و إذا كان قد نشأ قبل قيام الشيوع في العقار المرتفق فإنه لا يبقى أو ينحصر في جزء من العقار المرتفق به إلا بموافقة الشركاء في العقار المرتفق، فالارتفاق يرتب لمنفعة جزء من أجزاء العقار المخدوم، و يرتب على كل جزء من

\*- ( يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد مدد كثيرا في مدة التقادم التي يسقط بها حق الارتفاق " المادة 706 " و يسوي بين أن يكون عدم الإستعمال إختبارا أو إجباريا، غير أن صاحب حق الارتفاق يستطيع أن يقطع مدة التقادم بالإتفاق و ديا مع صاحب العقار المرتفق به، أما إذا كان المال موروثا تابع لعائلة فتكون المدة في التشريع الجزائري ثلاثة و ثلاثين سنة (المادة 879 ) في حين أن هذه المدة مقررة في القانون المصري في حالة ما إذا كان المال موقوفا .

\*- ( و يجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره ارتفاق لفائدة عقار آخر و يضرب لبداية الارتفاق أجلا لا ينشأ إلا عند حصوله و هو أجل واقف، و كذلك الحال في نهايته و سمي الأجل الفاسح و في هذا الصدد يتميز حق الملكية عن حق الارتفاق ذلك في بغرض الطريق المشترك بين مالكين مجاورين فهذا الطريق فإما أم نقول أن مالك يمنحك نصف الطريق المجاور لملكه ملكة مفرزة حله ارتفاق بالمرور على النصف الآخر.



أجزاء العقار الخادم (المرتفق به)، و على ذلك لا يجوز إنشائه على حصة شائعة، و لا لمنفعة حصة شائعة في عقار مشترك، وإذا كان مقررا على عقار فلا يقع على العقار كله، و بهذا إستقر الإجتهااء القضائي "بأنه إذا كان نكل بعض المدعى عليهم في دعوى حق المرور عن حلف اليمين و حلفها البعض الآخر لا يجوز الحكم لمدعي حق المرور عل الناكلين، لأن الحالفين شركاء غير الحالفين و لهم منع المدعي من المرور في العقار الذي يملكون منه حصصا شائعة، كما إستقر الإجتهااء في جانب آخر أن الإرتفاق حق عيني متعلق بذات العقار، و ليس حقا شخصيا فقط و مادام العقار شائعا و مشتركا بين مالكه فليس لأحدهم أن يحدث عليه إرتفاق لمصلحته، أو لمصلحة عقار خاص به، كان أن مبدأ عدم التجزئة كذلك له مقتضى آخر، هو أنه إذا جزء العقار المرتفق به بقي الإرتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزيد العبء من جراء ذلك العقار على العقار المرتفق به<sup>(\*)</sup> متقلا بعدم البناء، و إنتقل إلى عدة ورثة، و إقتسموه فإن حصة كل شريك من الشركاء تظل متقلة بهذا الحق بالرغم من فرزها<sup>(1)</sup>.

### المطلب الرابع

#### تمييز حق الإرتفاق عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى

قد يختلط الإرتفاق بإعتباره حقا عينيا ببعض المفاهيم القانونية المتشابهة و خصوصا تلك الواردة على عقار، لهذا سنعمد إلى إقامة جوهر التفرقة و التشابه بين حق الإرتفاق و بعض المصطلحات القانونية الأخرى<sup>(2)</sup>.

#### أولا: تمييز الإرتفاق عن حق الإنتفاع

يعتبر كل من حق الإرتفاق و حق الإنتفاع أنهما من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كأصل عام لكن يظل عامل التفرقة بينهما بارزا من خلال النقاط التالية:

\*- يلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 877 لم ينص على حالة تجزئة العقار المرتفق و إقتصر على تبيان حالات تقسيم العقار المرتفق به، بخلاف المشرع المصري الذي بين أحكام الحائتين معا.

1- الدكتور نبيل إبراهيم، مرجع سابق ص 263-264.

2- الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دمشق 1985، ص 589-590.

أ- أن حق الارتفاق مقرر لعقار، أما حق الإنتفاع فهو مقرر لشخص، فمثلا فإن حق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية، فينتفع به كل من المالك لها، ولا يقتصر الإنتفاع به على شخص معين.

أما الإنتفاع فإنه خاص بشخص المنتفع فإذا مات إنتهى حقه، سواء كان ناشئا بين الأحياء كالإجارة و الإعارة أو بين حي و من مات كالوصية و الوقف.

ب- يكون الارتفاق مقررا دائما على عقار و لهذا تقل قيمته عن الأرض الخالية من مثل هذا الحق، أما حق الإنتفاع فقد يتعلق بالعقار كالأرض أعيدت و قد يتعلق بالمنقول.

ج- الارتفاق حق دائم لا ينتهي بوقت، و قد بينا معنى صفة الديمومة في هذه الحالة لأن الدوام من طبيعة حق الارتفاق وليس من جوهره، لذلك رأى البعض من الفقهاء أن القول بتأكيد حق الارتفاق فيه مبالغة واضحة فلا يمكن تسوية هذا الحق تسوية مطلقة بحق الملكية فيما له من خاصية الدوام و التأكيد لأن هذه الخاصية من جوهر حق الملكية فلا يوجد بدونها فهي ليست كذلك في صدد حق الارتفاق رغم تبعيته لحق الملكية فهو قابل للتأقيد. و لكن وقف المذاهب الإسلامية فهو يورث، أما حق الإنتفاع فينتهي بموت شخص المنتفع، كالموصى له بمنفعة الأرض مثلا.

د- الارتفاق حق تابع لا يجوز رهنه و لا حجزه مستقلا عن العقار المرتفق به في حين أن حق الإنتفاع هو حق أصلي يجوز التصرف فيه مستقلا عن الشيء المنقل به ما لم يقيد المشرع ذلك بنص، حيث ورد نص في قانون 19/87 المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم حيث نصت المادة "7" من على أن التنازل عن ملكية حق الإنتفاع يكون بمقابل مالي<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى أن حق الإنتفاع الممنوح على الشيوخ لأعضاء المستثمر<sup>2</sup> يجوز الحجز عليه مستقلا عن ملكية الرقبة هذه الأخيرة هي أصلا ملكية للدولة.

هـ- إن مضمون الارتفاق هو أضيق من مضمون الإنتفاع<sup>(\*)</sup>، فهذا الأخير يتناول إستعمال الشيء المنتفع به و إستغلاله في حين أن مضمون الارتفاق ينحصر في إستعمال العقار المرتفق على الوجه المحدد في سند إنشائه، نظرا للقيود و الأضرار التي قد تتجم عن هذا الإستعمال

1- الأستاذ بن يوسف بن رقية، مجموع محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير 1997-1998 حول تنظيم ملكية الأراضي الفلاحية في الجزائر.

\*- في أحكام الفقه الإسلامي يجوز رهن حق الارتفاق أو حجزه مستقلا عن العقار ذاته خصوصا في المذهب الحنفي.

المفرط للعقار المرتفق به، بينما الإنتفاع يمكن إستعماله لتحقيق المنفعة المرجوة منه دون المساس بالأصل، وهي ملكية الرقبة، بحيث أن حرية الإستعمال أوسع بكثير من الناحية العملية في إستغلال العقار تبعاً للهدف المرجو منه من شخص المنتفع، تحت إطار عام ينظم الملكية العقارية، و هو ما تبرزه العديد من النصوص القانونية في الجزائر من بينها قانون التوجيه العقاري الصادر في (90-25) 18 نوفمبر 1990، خاصة المادة 34 منه "لا يمكن إنجاز أية منشأة أساسية، أو بنايات داخل المستثمرة الفلاحية الواقعة في أراضي خصبة جداً، أو خصبة طبقاً للمادة 33 إلا بعد الحصول على رخصة صريحة تسلم حسب الأشكال و الشروط المنصوص التي تحددها الأحكام التشريعية المتعلقة بالبناء و التعمير".

بينما حق الارتفاق لا يجوز في إستعماله أن يكون خروجاً عن نطاق السند المثبت للحق وإلا كان محل مطالبة بالتعويض .

### ثانياً : تمييز الارتفاق عن الحق الشخصي

الحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي يخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء ، تسمح له بالإستئثار بقيمة مالية معينة فيه ، ويكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشيء دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من إستعمال حقه ، لأن هذا الحق ينصب مباشرة على الشيء فلا يوجد ثمة وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق (1) . أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما وهو المدين في مواجهة آخر وهو الدائن بأن يقوم بعمل أو بالإمتناع عن عمل معين ويسمى الحق الشخصي حقاً إذا نظر إليه من ناحية الدائن و إلتزاماً أو ديناً إذا نظر إليه من وجهة المدين، وعلى هذا فإنه لا يمكن للدائن في الحق الشخصي أن يحصل على حقه إلا بتدخل شخص آخر هو المدين، و عليه فإنه طاماً أن الارتفاق مرتبط على هذا النحو بوجود العقار المرتفق به و العقار المرتفق مهما تعاقب عليهما الملاك، فيتقيد به المالك الجديد للعقار المرتفق به، و يستفيد منه بذلك صاحب العقار المرتفق، فإن الارتفاق على نحو ما أقره القانون المدني من خلال المادة 867 يختلف عن الإعباء الشخصية التي توجد فيما بين الملاك المتجاورين، و لكنها لا تقوم إلا فيما

1- الدكتور محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية" الطبعة الثانية 1978، دمشق ص215-216.

بين أطرافها و لو تعلقت بعقار و لا تتفصل إيجابا أو سلبا إذا ما إنتقلت ملكية العقار المرتفق و العقار المرتفق به إلى شخص جديد، فإذا افترضنا لشخص معين حق إستعمال بئر مملوكة لشخص آخر إما أن يكون إستعمال هذه البئر قرب أرضه، فيكون حق الإرتفاق لإرتباطه بعقار معين و قيامه على خدمته، و إما أن يكون إستعمالها في شأن آخر من شؤونه لا يتعلق بأرضه فيكون حقا شخصيا، أما إذا تعهد شخص بخرث حقل جاره فإن صاحب الحقل لا يكون له حق الإرتفاق و إنما مجرد حق شخصي لأن هذا الحقل لا يرتبط من الناحية السلبية بعقار مرتفق به، و إنما يرتبط بذمة الشخص المدين.

هذه التفرقة في حقيقة الأمر نتيجة منطقية لحتمية إقرار التكليف أو القيد حيث يكون على العقار و ليس على الشخص، فلا يجوز أن يكون مضمون الإرتفاق إلتزاما شخصيا مفروض على المالك العقار المرتفق به كأن يلتزم هذا المالك بخرث أرض جاره أو تسميدها أو نحو ذلك من إلتزامات الشخصية، ذلك أن الإرتفاق قيل أن يكون قيذا هو حق متفرع عن الملكية مما يعطي لمالك العقار المخدوم سلطة ممارسة بعض مزايا الملكية على العقار المرتفق به، كأن يمارس حق المرور عليه أو يحصل منه على شيء دون وساطة مالك هذا العقار، فلا يكون على هذا الأخير القيام بعمل ما و إنما يلتزم فحسب بأن يترك صاحب الحق في إستعمال حقه<sup>(1)</sup>.

أما إذا تعهد مالك عقار بأن يقدم خدمات معينة لمالك عقار آخر<sup>(\*)</sup>، فإنه إذا إنتقلت ملكية عقاره إلى شخص آخر فإن هذا الإلتزام لا ينتقل مع العقار إلا في الحدود التي ينتقل بها الإلتزام إلى الخلف الخاص، إنما يلتزم صاحب العقار الخادم بالقيام بعمل لا يكون هو المضمون الأصلي للإرتفاق بل يكون عملا إضافيا تابعا له بحيث يقتضي إستعمال هذا القيد على الوجه المألوف و في هذا نصت المادة 873 "لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك".

1- الدكتور عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية الأصلية و أسباب كسبها، الطبعة الثالثة، القاهرة 1982، مكتبة سيد و هبة ص 265.

\*-) D'une par, une servitude ne peut engarder une obligation positive à la charge du propriétaire du fond servent, dans le cas ou deux propriétaires auraient mis une telle obligation à la charge de l'un deux, il ne serait être qu'une obligation personnelle.

وهو ما نصت عليه أحكام المادة 698 من القانون المدني الفرنسي، فهذا الحكم ملحوظ فيه أن العمل الذي يقوم به صاحب العقار الخادم ليس هو المضمون الأصلي للإرتفاق بل هو عمل تابع له بحيث يتطلبه استعمال الإرتفاق أصلاً، فهذا هو وحده العمل الذي يصح أن يقع واجب القيام به على عاتق صاحب هذا العقار، كأن يلتزم مالك العقار الخادم بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه الإرتفاق بالمرور أو المجرى الذي يستعمل فيه الإرتفاق بالمجرى، وحين يتحمل هذا المالك بواجب القيام بمثل هذا العمل الإيجابي فإن هذا الإلتزام الذي يقع على عاتقه لا يكون إلتزاماً شخصياً بل يكون إلتزاماً عينياً يلزم العقار و يتحمل به كل من يخلفه و يستطيع المالك أن يتخلص منه بالتخلي عن العقار<sup>(1)</sup>، ويجب لقيام الإرتفاق أن يكون التكاليف الذي يتضمنه مقراً لفائدة عقار و ليس لشخص، أما الخدمات التي تقرر لفائدة المالك الشخصية دون أن تكون محلاً للإرتفاق، و ليس معنى القول بأن هذا حق يقرر لمنفعة العقار المرتفق أن هذا الأخير يكون هو صاحب الحق، فما زال من الثابت في القانون أن الحقوق لا تقرر إلا للأشخاص بحيث يكون صاحب العقار المرتفق هو صاحب حق الإرتفاق، و لكنه يكون صاحبه لا بشخصه و إنما بوصفه أي بصفته مالكا له، لذلك فالمنفعة التي تعود من الإرتفاق إنما تمثل أساساً للزيادة في منفعة العقار المخدوم و زيادة في قيمته بالتالي.

أما إذا عادت المنفعة على شخص المالك و ليس على ذات العقار من إستخدام عقار آخر نتيجة تحميله بعبء معين فلا يتعلق الأمر حينئذ بحق إرتفاق عيني و إنما قد يتعلق بمجرد حق شخصي أي حق دائنية<sup>(2)</sup>.

فسماع مالك لجاره بقطف أزهار من حديقته أو بالنتزه فيها ، لاينشأ حق إرتفاق لصالح الجار لأن ما يحصل عليه من منفعة يعود على شخصه وليس على عقاره ، ولذلك على خلاف الحال حيث يقرر لمالك عقار حق مطلق على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية ، أو حق مرور عبر أرضه أو حق أخذ مياه للري من بئر فيها ، إذ يقوم الإرتفاق في هذه الحالات، لأن المنفعة المترتبة عليه تعود على نفس العقار المفيد منها وليس على شخص مالكة ، فهي تتعلق بإستعمال هذا العقار وإستغلاله .

1-) CRISTIAN LAURRANT- juris pedence general tome 2 France 1992 p 75.

2-) Les Obligations Réelles, Cites paisant Artele Dalloz 1988, P 50

ولكن رغم هذا توجد فروض يكون من العسير فيها التعرف على وجود حق الارتفاق أو تخلفه ، ولكن بالرجوع إلى الظروف الواقعية الملازمة كقيل بتبديد الشك وتحديد الجواب ويراعى في هذا الشأن أن نفس المنفعة العائدة قد تمثل حق ارتفاق أو لا تمثل تبعاً لتحديد المنتفع وهل هو الشخص أم العقار ، أي هل هو المالك بشخصه أو المالك بوصفه .

فمثلاً إذا كان الأصل أن إعطاء المالك عقار حق الصيد أو القنص في أرض جاره لا يخول له حق ارتفاق حيث تعود المنفعة من ذلك على شخصه ، فإن الأمر يختلف في نفس الغرض إذا تغيرت الظروف بأن كان حق الصيد أو القنص مقرراً لمالك عقار مخصص منتهى رواد الصيد إذ يمكن أن يعتبر هذا الحق حينئذ حق ارتفاق حيث قد روعي في تقريره هذه المنفعة تخصيص العقار على هذا النحو ، وكذلك إذا كان الأصل أن إعطاء مالك عقار حق إيداع سيارته في حظيرة موجودة بأرض جاره لا يخوله على هذه الأرض حق ارتفاق بذلك إلا إن الوضع يختلف إذا تعلق الأمر ببناء مخصص فندقاً وترتب له حق إيداع سيارات نزلائه في حظيرة موجودة بأرض الجار ، إذ يمكن اعتبار هذا الحق حينئذ والمنفعة علنة على البناء وفق هذا التخصيص حق ارتفاق<sup>(1)</sup>.

ومن التطبيقات الهامة لوجود قيد الارتفاق إستناداً إلى تحقيق منفعة عينية لأشخصية ماقتضي به في فرنسا من وجود ارتفاق في الحالات التي يحصل مالك عقار مخصص مصنعا على حق إستخراج بعض المواد الأولية اللازمة لصناعته من أرض الجار ، أو حق التزود بما يلزم لإدارة المصنع من القوة الكهربائية المتولدة من مسقط مياه في أرض جاره<sup>(2)</sup> ، وماقتضت به محكمة النقض المصرية وأيده القضاء في الجزائر والتشريع من وجود ارتفاق في حالات قيود البناء الناجمة عن تقسيم الأراضي وبيعها قطعاً منفصلة مع إستراط على المشتريين بناء دور صغيرة للسكنى على طراز معين و ارتفاع محدد و تخصيص مساحة معينة من الأراضي لترتك حدائق، وذلك بقصد إنشاء حي سكني ممتاز بحيث يتحمل كل عقار بهذه الأعباء لصالح باقي العقارات في الحي، وهو ما يزيد في قيمة هذه العقارات، و أيده التشريع الجزائري من خلال إقراره بذلك في المادة 870 "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمتنع من تجاوز حد معين في الارتفاق بالبناء أو في مساحة رقعته فإن

1-) BICARD, les droits réelles princepeaux dans le droit privé Francais, Tome 2, Paris 1975, P104-105.

1-) الدكتور حسن كيرة، مرجع سابق ص 304-305.

هذه القيود تكون حقوق إرتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات الأخرى المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود....".

و طالما أن المنفعة التي يحققها الإرتفاق هي منفعة عينية للعقار المرتفق أو المخدم تتعلق بإستعماله و إستغلاله فإن مقتضى ذلك هو إعطاء الإرتفاق صفة تبعية لهذا العقار من هذا الوجه على النحو المقابل لتبعية الإرتفاق للعقار المرتفق به أو الخادم من ناحية العبء أو التكاليف المفروض عليه، و ينبنى على ذلك أن الإرتفاق لا يتأثر بتغيز شخص مالك العقار المرتفق لأنه لا يحقق المنفعة له بإعتبار شخصه و إنما بإعتبار وصفه كمالك للعقار فيثبت لكل من يتوافر فيه هذا الوصف بصرف النظر عن شخصه، حيث ينتقل بإنتقال ملكية هذا العقار إلى المالك الجديد أي كان سبب هذا الإنتقال، و مقتضى تبعية الإرتفاق للعقار المرتفق أن الإرتفاق لا يتصور مستقلا أو منفصلا عن هذا العقار .

و خلاصة هذه الدراسة لأوجه التمييز بين حق الإرتفاق و الحق الشخصي أن القضاء و الفقه ساهم في إيجاد مجموعة من المعايير التي يمكن بواسطتها معرفة و إقامة التفرقة بينهما من خلال النقاط التالية<sup>(1)</sup> :

أ- ظروف التعاقد :

و الذي يتحدد في ضوئها طبيعة الحق، إذ أن التكاليف معين قد يكون محلا للإرتفاق في حالة و لا يكون كذلك في حالة أخرى، فمثلا إذا إتفق على أن يكون لمالك منزل حق الصيد في أرض غيره فالأصل لا يعتبر هذا الحق إرتفاقا بل يعتبر حق إستعمال .

ب- دراسة كل حالة على حدى :

حيث يجب الرجوع إلى طبيعة كل حالة مطروحة على تطبيق العمل من خلال الظروف و الملابسات التي أحاطنا بالمتعاقدين، حيث أن يكون حق الصيد مثلا إرتفاق و ذلك حينما يكون مقررا لمالك عقار أقيم في موقع منعزل وسط الغابات أو في منطقة خاصة بحيوانات و خصصت لتكون منتدى لرواد الصيد فإنه يكون التكاليف و التقبيد مقرر لفائدة عقار نظرا للإرتباط الوثيق بينه و بين الغرض الذي أعد له العقار<sup>(2)</sup>.

1- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق ص 420-421.

2-) La notion de servitudes en droit privé français, ( Thèse ) Strasbourg 1976, P 141.

### ثالثاً: تمييز الإرتفاق عن التكاليف العينية

لقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت القيود التي يقررها القانون على الملكية تعتبر حقوق إرتفاقية أم مجرد قيود قانونية على الملكية العقارية.

و لبيان هذا الخلاف نشير أولاً إلى أن حق الإرتفاق كما عرفته المادة 867 من القانون المدني يلاحظ عليه أن القانون لم يطلق على هذه القيود إصطلاح إرتفاقات بل عدل عن مسلك بعض القوانين و نظمها في باب خاص بها ( و عنونها بإسم القيود التي ترد على حق الملكية ) بالرغم من مسلك المشرع هذا لم يتفق الشراح فيما إذا كانت هذه القيود تعتبر حقوق إرتفاق من دونها.

لقد ذهب البعض إلى أنها حقوق إرتفاق لأن تعريفه يصدق عليها و نظراً لأن مصدرها هو القانون قالوا أنها حقوق إرتفاقية على أن من يعتبرون القيود القانونية بأنها إرتفاقات يذهبون إلى التفرقة بين القيود الخاصة بالري و الصرف و المجرى و المرور فيعتبرونها حقوق إرتفاق بالمعنى الصحيح، و القيود الخاصة بالمسافات حيث لا تعتبر إرتفاقات بالمعنى السالف الذكر بل مجرد قيود على الملكية.

ذهب أكثر الشراح إلى وجوب التفرقة بين القيود من ناحية و حقوق الإرتفاق من ناحية أخرى، فالقيود القانونية قيود عامة على كل الملكيات التي تتوفر فيها الشروط التي ينص عليها و بذلك فهي تمثل الوضع العادي أو النطاق الطبيعي للملكيات بصفة عامة<sup>(1)</sup> أما حقوق الإرتفاق فتتضمن أعباء إستثنائية تتحمل بها العقارات التي ترد عليها، و مما دفع الكثير من الفقهاء الفرنسيين إلى توجيه إنتقادات شديدة إلى التركيبة و المفهوم التشريعي التقليدي للإرتفاق، فمنهم من ذهب إلى إعتبار هذه التكاليف مثلها مثل الإرتفاقات و يجوز إلحاقها به، و منهم من إعتبرها مجرد قيود قانونية لا غير، و لكن المهم بالنسبة للبعض القائل بقبول هذه التكاليف ضمن حقوق الإرتفاق و ذلك لإتحاد هذه القيود أو التكاليف العينية مع الإرتفاقات في النتيجة و هي قيد الملكية لغرض النفع العام بها في كل الأحوال، و ذلك حتى و إن كانت الإرتفاقات تشترط كأصل عام وجود عقار مرتفق و عقار مرتفق به فإن هذا لا يمنع من أن أصحاب العقارين هم الذين يتحملون هذه الأعباء بصفة غير مباشرة، و الحقيقة في نظر هؤلاء أن سبب المنفعة

(1) - الدكتور عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، مرجع سابق ص 31-32.



العامة هو أن القانون يخلق مجموعة قيود و أعباء لعامة الملاك، ولا يشترط في هذه الحالة وجود عقار مرتفق أو عقار مرتفق به، وذلك لأن علاقة الجوار بين الملاك في حد ذاتها تتطلب نوعاً من التنظيم قصد ممارسة كل مالك لحقه في حدود ما يأمره يقتضيه الوضع المألوف لهذه الملكيات.

وهو ما جعل القضاء يتحير من أمره في تكليفه لهذه التكاليف، و لكن الأغلبية من الفقهاء يرفضون الإعراف بوجود هذه التكاليف المحددة بالنص القانوني كإرتفاقات، و لذلك ينحصر الفرق بينها في كون أن الإرتفاقات القانونية هي قيود إستثنائية على الملكية و كون مصدرها القانون، في حين أن مصدر الإرتفاق هو إرادة المتعاقدين، ولهذا يمكن من حيث المبدأ أن يقرر القانون حقوق إرتفاق لصالح بعض العقارات على البعض الآخر وهي إرتفاقات قانونية لهذا فإن المشرع الجزائري قد رتبها في باب خاص بها و تفادي ما كان يأخذ به التشريع المصري القديم لكونه كان يعتبرها حقوق إرتفاقية بالمعنى الصحيح<sup>(1)</sup>، لكن مع ذلك تبقى بعض المفاهيم الأخرى لها طابع الإرتفاق الصحيح كالقيود الخاصة بالإنتفاع بالمياه و بحق المرور رغم أنها تقرر أعباء و تكاليف على عقار الغير لصالح عقار آخر.

أما إذا نظرنا إلى فلسفة الفقه الإسلامي في ذلك، فإن القيود المقررة لمصلحة خاصة في الشريعة الإسلامية منها ما يرجع إلى ذات الحق فيظهر أثرها في تحديد طرق إستعماله و تبيين مجالات الإنتفاع به، كما في الطريق الخاص أو المرور الخاص فيمكن لغير صاحبه أن يمر منه، فليس لمالكهما أن ينتفع بأرضهما في زراعتهما أو البناء عليهما، و منها قيود لا ترجع إلى ذات الحق و لكن ترجع إلى إستعماله و الإنتفاع به، و عليه فبالنسبة لطبيعة القيود الواردة على الملكية فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفكرون في الحكم و لا في الوضع بين حق إنتفاع مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر بنص قانوني، و حق تقرر بإرادة مالك العقار المرتفق به و حكمهما واحد في الشريعة الإسلامية.

لما كان تعريف الإرتفاق في الفقهين الإسلامي و الوضعي أنه تكليف مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول و يقوم هذا التكليف على تخويل شخص حق إستعمال العقار المرتفق به أو حرمان صاحب هذا الحق من مباشرة بعض حقوقه، فإننا نرى بضرورة حسم الخلاف في الفقه و القضاء حول طبيعة القيود الواردة على الملكية العقارية

(1) الدكتور حامد زكي، مرجع سابق ص 230.

بفكرة الإلتزام العيني "Les charges réelles"<sup>(1)</sup> التي تعتبر محور هذا الخلاف، و يعتبر التكاليف العيني قد ورد في النصوص التشريعية بعد أن كان مقصورا على لغة الفقهاء و القضاء، فبالرغم من ذلك فإن جانب كبير من الفقه يخلط بين التكاليف العيني و الإلتزام العيني على أنهما يؤديان معنى واحد بينما يرى البعض الآخر أن التكاليف العينية هي القيود التي قصدها المشرع في الأحكام المتعلقة بالقيود الواردة على الملكية خصوصا المادة 691 من القانون المدني الجزائري "على مراعاة المالك بإستعمال حقه ما تقضي به القوانين و المراسيم و اللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة و هذا يصح الأخذ به على أساس عدم جواز التعسف من جانب صاحب العقار المرتفق في طلب هذا التنفيذ، حيث حددت معظم التشريعات العربية و منها التشريع الجزائري بجانب مسؤولية المالك عن الجوار الغير المألوفة تحت عنوان "القيود التي ترد على حق الملكية" بعض الأعباء العينية التي تتقل سلطات المالك العقاري في سبيل ضمان بعض المصالح الخاصة التي يراها جديرة بالرعاية، فيجبر المشرع الملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج أراضيهم من ري أو صرف، و كذلك قواعد البناء و التعمير، حيث تجبر المالك على ترك مسافات معينة عند البناء إذا أراد فتح مطل أو منور.

و تتجلى أهمية دراسة مدى إعتبار هذه الأعباء إرتفاقات بالمعنى الصحيح في إيضاح اللبس الذي كثيرا ما أثار النقاش حول مدى إعتبار هذه الأعباء إرتفاقات بالمعنى الصحيح و هذا راجع في نظرنا إلى الأسباب التالي:

أ- أن المشرع الجزائري في كل النصوص التي تتضمن بعض الأنظمة القانونية الخاصة يستعمل مصطلح "الإرتفاق" بدل من إستعماله مصطلح "التكاليف" خاصة في قانون البناء و التعمير و قانون المياه إلى غيرها، بينهما لجأت التشريعات إلى إعتبار الإرتفاق بمثابة تكاليف حتى في قواعد القانون المدني على الخصوص (التشريع اللبناني و التشريع السوري) و هي تشريعات لم تستلهم قواعد الإرتفاق و أحكامه من التشريع الفرنسي<sup>(\*)</sup>، بينما أحكام القانون المدني الجزائري مستنبطة بصفة كاملة من قواعد القانون المدني الفرنسي و المصري خاصة فيما يتعلق منها بقواعد الإرتفاقات و يبدو أن مصطلح التكاليف يقترب إلى حد كبير من تلك

1- الدكتور عبد القادر عبد العزيز أبو غنيم، مرجع سابق، ص 316-317.

\*- بالإستقراء الدقيق لهذه التكاليف نلاحظ أنها ترتب نفس الآثار التي ترتبها الإرتفاقات الإثافية.

المصطلحات المستعملة غبي الفقه الإسلامي هذا الأخير الذي لا يفرق بين القيد الوارد على الملكية العقارية، و حقوق الارتفاق لإتحادهما في النتيجة و هو الإتجاه السليم في نظرنا<sup>(1)</sup>.

ب- إن العبرة في هذه الحالة بالآثار في كل الأحوال، كون أن النتائج المترتبة عن فرض هذه القيود هي نفسها النتائج المترتبة عن الارتفاقات من حيث الحقوق و الإلتزامات، و الآثار المترتبة على العقار من الناحية الإقتصادية.

ج- إختلاف العديد من التشريعات حول إعتبارها حقوق إرتفاق بالمعنى الصحيح، وأكثر من ذلك وجود أعباء و تكاليف لها طبيعة مختلطة، مما يثير طبيعة النظام القانوني الذي تخضع له، فهل تخضع لقواعد القانون المدني أم أن طبيعة الحالات التي تنظمها تجعلها تختلف عن الارتفاقات؟ وهذا ما يستدعي تنظيمها بنصوص خاصة، و هذه الأعباء العينية ترد على عقار فتحد من منفعته لصالح عقار آخر أو ترد على كل من العقارين فتحد من منفعة كل منهما للأخر على سبيل التبادل فتماثل بذلك حقوق الارتفاق في مضمونها.

الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي إعتبرها حقوق إرتفاقية في العديد منها، و لكن إن تحليل البعض لهذه الأعباء أرسى أساسا من أن هذه الأخيرة لا تعتبر حقوقا إرتفاقية بالمعنى الصحيح و الدقيق ذلك أنها تفرض بقوة القانون لصالح و على عائق كل عقار تتوافر فيه الشروط التي جعلها القانون مناطا لقيام العباء، بينما حقوق الارتفاق تعتبر في نظرهم أعباء إستثنائية بفعل الإنسان على عقار معين لصالح عقار آخر<sup>(2)</sup>.

و بعبارة أخرى أن هذه الأعباء التي يطلق عليها القيود القانونية على الملكية تمثل النطاق القانوني العادي للملكية بينما حقوق الارتفاق تمثل الخروج عن هذا الوضع بإنشاء الإنسان وضعاً إستثنائياً خاصاً بملكية معينة، فالقانون مثلا حينما يضع قيودا قانونيا يقرر بمقتضاه لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام المرور في الأرض المجاورة فإنه يحدد بذلك الوضع العادي لمضمون كل الملكيات المجاورة للأرض المحبوسة عن الطريق العام، من تحملها بمرور الجار المحبوسة أرضه عن هذا الطريق، أما إذا أنشأ المالك حق الارتفاق بالمرور لصالح أرض مجاورة غير محبوسة عن الطريق العام فإنه يحمل أرضه في هذه الحالة بعبء إستثنائي ما كان يرتب بقوة القانون لولا أن قام هو بترتيبه بإرادته و يذهب الدكتور عبد الرزاق

(1) الأستاذ منصور مصطفى منصور، حق الملكية، الطبعة الأولى، القاهرة 1983، مطبعة الهدى ص 99-100.  
(2) CLAUD RENARD, les droits réelles princepeaux, Paris 1987, p 205-206

السنهوري إلى تبني هذا الإتجاه حيث يرى بضرورة التفرقة بين القيود القانونية و حقوق الارتفاق، و إجمالاً يمكن طرح النتائج التالية كثمرة لهذه التفرقة فيما يلي:

#### النتيجة الأولى:

إذا باع شخص عقار مملوك له و كان أن ضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاق ثم تبين بعد ذلك أن هناك قيوداً قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق الشرب أو المجرى أو المسيل، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع، لأنها ليست بحقوق ارتفاق و لا يقصد بها البائع من ضمانه خلو العقار من حقوق ارتفاق أن يضمن خلو العقار من هذه القيود فرضها القانون، و على المشتري أن يعرف ذلك و إنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من هذا القيد فرضه القانون أو غير القانون<sup>(1)</sup>.

#### النتيجة الثانية:

لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الإستعمال لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية و تدوم بدوام هذا الحق، و لكن تماثل المراكز القانونية و إختلافها لا يتحدد بتماثل مصادرها و إختلافها أو ندرتها أو توفرها في الواقع العملي، و إنما تتحدد بمضمونها لذلك لا يتردد في القول بأن الأعباء القانونية المفروضة على سلطات المالك بقوة القانون<sup>(2)</sup> تعتبر حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق طالما أنها تماثل في مضمونها حقوق الارتفاق التي تنشأ بإرادة الأفراد ذلك المضمون الذي يتمثل في تحميل عقار بعبء معين لصالح عقار آخر، و لعل ما يفسر كون الفقه المنكر لهذا التكليف مضطرب عند عرضه لهذه الأعباء إلى الكلام عن حق الشرب و حق المجرى و حق المسيل و حق المرور.

أما إذا كان القانون هو مصدر هذه الحقوق و ما يستتبعه من كونها أعباء عامة تفرض على جميع العقارات التي توجد في وضع معين بقوة القانون، فينحصر أثره في تمييز هذه الحقوق ببعض الأحكام التي تختلف فيها عن حقوق الارتفاق الإرادية دون أن يؤثر في طبيعتها. أما إذا كان الارتفاق مصدره القانون فإنه يكتسب بمجرد توافر الشروط التي جعلها القانون مناطاً لقيامه، وهو يكتسب عند توافر هذه الشروط دون الحاجة إلى إتخاذ إجراءات الشهر العقاري.

1- الدكتور مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 214-215.

2- الدكتور حامد مصطفى، مرجع سابق، ص 85.



لكن إذا كان الإرتفاق مصدره القانون فإنه لا يسقط بعدم الإستعمال مهما طالّت مدته طالما ظلت الشروط التي جعلها القانون مناطا له متوفرة في كل من العقار الخادم و العقار المخدم، أما إذا مُصدره الإتفاق فإنه يسقط بعدم الإستعمال مدة عشر سنوات كما ينتهي بعدم الإستعمال مدة ثلاث و ثلاثين سنة إذا كان مقررا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، فالأول يرتبط وجوده بتوافر شروط قيامه بينما الآخر يرتبط وجوده بإستعماله، وعلى ذلك إذا كان لأرض معينة حق المرور القانوني على أرض مجاورة لإنحباسها عن الطريق العام<sup>(1)</sup>، فإن هذا الحق يظل باقيا ما بقي الإنحباس و لو لم يمارس المرور، أما إذا كان مصدر هذا الحق في المرور هو الإتفاق فإنه يسقط بعدم الإستعمال مدة التقادم المسقط، كذلك إذا كان حق الإرتفاق مصدره القانون فإنه يسقط بإختلال الشروط التي جعلها القانون مناطا لقيامه مهما طالّت مدة إستعماله قبل إختلال الشروط، فإذا ظل صاحب العقار المخدم يمارس السلطات التي كان يخولها هذا الإرتفاق قبل سقوطه فإنه يكسب إرتفاقا جديدا إذا إستمرت ممارسته لهذه السلطات مدة عشر سنوات بعد سقوط الإرتفاق القانوني، فيمكن سقوطه هو الآخر إذا إمتنع صاحب العقار المخدم عن إكتسابه مدة التقادم المسقط، فإذا وجدت أرض محبوسة عن طريق العام كان لها حق المرور القانوني على الأرض المجاورة للوصول إلى الطريق العام، و لكن إذا زال هذا الإنحباس بفتح طريق عام على حافة الأرض التي كانت منحوسة يمارس فيها حقه القانوني في المرور مدة عشر سنوات بعد زوال الحق إكتسب إرتفاقا جديدا بالتقادم، و يكون هذا الإرتفاق الجديد بالمرور قابلا للسقوط بعدم الإستعمال<sup>(2)</sup>.

و في كل الأحوال إذا تصرف مالك في عقاره ثم تبين للمتصرف إليه بعد ذلك وجود إرتفاق على هذا العقار، فإن كان هذا القيد مصدره القانوني فإن المتصرف لا يكون ضامنا لوجوده، لأن مناط وجود هذا الحق هو توافر شروط معينة في كل من العقار الخادم و العقار المخدم، حيث يفترض في المتصرف إليه العلم بها، أما إذا كان الإرتفاق قد أكتسب بالإتفاق أو التقادم فإن المتصرف يكون ضامنا لأن وجود مثل هذا الإرتفاق الأخير يعتبر وضعاً إستثنائيا لا يتوافر بالضرورة في ظروف العقار المتصرف فيه، فإذا ضمن البائع خلو المبيع من قيد الإرتفاق بالمطل فرضه بالإتفاق أو بسبب التقادم، وهو أن يكون للجار فتح مطل على أقل من

(1) الأستاذ محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، ص 302-303.

(2) الأستاذ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 474-475.

المسافة القانونية، و لكنه لا يضمن خلو المبيع من حق المطل القانوني بفتح الجار مطلا على المسافة المحددة بالقانون.

في ما عدا هذه الفروق التي ترجع إختلاف المصدر يجب أن يسري على حق الارتفاق القانوني أحكام الارتفاق الإتفاقي في ما لم يرد بشأنه نص، فيمكن مثلا أن ينطبق عليها الحكم الخاص بسقوط الارتفاق إذا تخطى مالك العقار المرتفق به عن عقاره، و تظهر أهمية الفصل في هذه الإشكالية خصوصا في التشريع الجزائري في صدور العديد من الأحكام القانونية المنظمة للملكية العقارية، و التي تضمنت أحكامها مجال واسع من الارتفاقات التي بدورها تفرض التزامات على المالكين خاصة في الجانب الإقتصادي للملكية شأنها شأن تلك المفروضة بإرادة المتعاقدين، و كذلك بالنظر إلى معالجة بعض المشاكل العملية التي تتجم عن تطبيق هذه النصوص من قبل الإدارة حيث كثيرا ما تلجأ إلى استعمال إمتيازات السلطة العامة ضد المالكين العقاريين، كما تطرح مدى عدالة التعويض عن الأضرار الملحقة بالملكية و معايير تحديد هذا التعويض<sup>(1)</sup>.

و إن كان فيما فصلنا فيه من إقامة أوجه التشابه و الإختلاف بين القيود القانونية و حقوق الارتفاق قد إتضح شيئا ما من حيث المصدر و النتائج، فإن المشرع الجزائري قد أتى بنص تشريعي هو المادة 870 "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاق في البناء أو في 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...".

و بداية المشكلة أن المشرع جاء بسند تشريعي لا يجوز الخلاف فيه، وكل ما يمكن أن تدور حوله المناقشة هو تأصيل هذه القيود من حيث طبيعتها القانونية الصحيحة، ومن ثم فإن نص المادة 870 لا يحقق الغرض الذي إستهدفه المشرع.

و لتوضيح هذه الفكرة أكثر يجدر بنا أن نعرض شيء من النقاش بالتفصيل الذي ساد الفقه و القضاء حول تكييف قيود البناء الإتفاقية، و إذا أرجعنا هذا الخلاف إلى أصله في الفقه الفرنسي نلاحظ بادئ ذي بدأ أن التقنين المدني الفرنسي لا يشمل على نص يناظر نص المادة 870 في القانون المدني الجزائري.

(1) - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 520-521.

و لما كان تكيف القيود الإتفاقية التي توضع في مشروعات تقسيم الأراضي المعدة للبناء من عمل القضاة في فرنسا دون سند تشريعي قام الخلاف في هذا الخصوص حول طبيعة هذه القيود، فإقسم الفقه و القضاء إلى فريقين، ذهب رأي راجح أخذت به محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار هذه القيود مقررّة لتكاليف عينية و يعتبرها أصحاب هذا الرأي إرتفاقات متبادلة بين القطع<sup>(1)</sup>.

كما أجاز القضاء الفرنسي شروط البناء الإتفاقية التي تفرض على المالك أعمال إيجابية على أساس المبدأ الذي سار عليه في هذا الصدد من إعتبار مثل هذه الأعمال إلتزامات ملحقة بحقوق الإرتفاق، و مثالها ما يرد كثيرا في قائمة شروط البيع من إلتزام الهيئة المقسمة من صيانة الطرق مقابل دفع مبلغ نقدي سنوي من المشتريين للأقسام يتناسب مع مساحة الأرض و ثمنها، و قد عرض أمر وصف هذه الإلتزامات على محكمة النقض الفرنسية لإعتبار الإلتفاق المنشأ لهذا إنما يرتب إلتزامات شخصية، و أن هذه الإلتزامات ليست تكاليف عينية، و لكن محكمة النقض رفضت الطعن و لم تعتبر مثل هذه القيود إلتزامات شخصية و لكن إعتبرتها أعمالا ملحقة بحقوق الإرتفاق و كان ذلك هو أساس الرأي الراجح في القضاء الفرنسي في إعتبار قيود البناء الإتفاقية إرتفاقات متبادلة بين الأقسام، و في تصحيح الأعمال الإيجابية بإعتبارها إلتزامات ملحقة بهذه الإرتفاقات المتبادلة.

ويذهب فريق آخر في الفقه و القضاء الفرنسي إلى القول بأن قيود البناء الإتفاقية لا تعدو كونها إلتزامات شخصية و يأخذون على الرأي المخالف أنه لا يكفي لترتيب صحة الأعمال الإيجابية التي يلزم بها الملاك تأسيسا على فكرة الأعمال الملحقة بحقوق الإرتفاق<sup>(1)</sup>.

و يلاحظ الأستاذ "كولان" أن تناقض في أحكام المحاكم الفرنسية في هذا الخصوص مرده في الحقيقة إلى تباين الحالات التي عرضت على القضاء الفرنسي مما جعله يضطرب بين الإلتزامات الشخصية و الحقوق الإتفاقية.

و الواجب هنا في نظره هو التمييز بين الحالة التي يلتزم فيها الشخص إلتزاما شخصيا غير منصب على العقار و الحالة الأخرى التي يكون التكاليف فيها منصرفا إلى تحسين حالة العقار تحسينا له أثره من الناحية الإقتصادية.

(1) الدكتور محمد كامل مرسي، قيود البناء الإتفاقية، مقال بمجلة القانون و الإقتصاد المصرية، العدد الثاني 1984.

(2) الدكتور حامد زكي، التكاليف العينية و الإلتزامات الشخصية، مقال بمجلة القانون و الإقتصاد، العدد الأول 1983.

له، كما أن مالك العقار الخادم يستطيع أن يخلص ملكيته من الإرتفاق المقرر عليها إذ هو تخلى عنها لمالك العقار المخدوم المادة 874، وليس في الإلتزام الشخصي شيء من ذلك، ثم أن محل الإلتزام هذا قد يكون عملاً إيجابياً يجب على المدين أدائه و لكن الإرتفاق لا يكون محله عملاً يؤديه صاحب العقار<sup>(1)</sup>، و أن إلتزام مالك العقار الخادم بالقيام بعمل إيجابي فلن يكون هذا الإلتزام المحل الأصلي و إنما هو إلتزام عيني تابع للعقار، و إن كان المشرع الجزائري قد حسم الخلاف إنطلاقاً من إستناده لما ورد في التقنين المدني المصري "المادة 1017" فإن الأصل في هذه الإشتراطات أن تكون حقوق إرتفاق على كل عقار لفائدة العقارات الأخرى ذلك ما لم يقضي الإرتفاق بغير ذلك، وعلى أن النص المذكور وضع قرينة قانونية على أن هذه القيود و الإشتراطات حقوق إرتفاق، وهذه قرينة قابلة لإثبات العكس، ويرد الفقه هذه الحقوق المنصوص عليها في المادة 870 إلى فكرتين:

#### الفكرة الأولى: فكرة الإرتفاقات المتبادلة

و مفاد ذلك أن الهيئة البائعة بإشتراطها هذه الشروط و تلك القيود تكون قد رتبت حقوق الإرتفاقية على كل قطعة من أرض لفائدة جميع القطع الأخرى، ففي أول بيع لقطعة منها إتفقت الهيئة مع المشتري على ترتيب حقوق الإرتفاق على القطعة المباعة لصالح جميع القطع الأخرى التي لم تنزل مملوكة لها، كما رتبت حقوق إرتفاق نفسها على هذه القطعة لفائدة القطع المباعة، ثم لما باعت القطعة الثانية باعها بما لها و ما عليها من حقوق.

#### الفكرة الثانية: فكرة الإشتراط لمصلحة الغير

يمكن القول أن الهيئة إشتطرت على كل مشتري لمصلحة من سبقه أو سوف يتلونه حقوق الإرتفاق التي تضمنها هذه الإشتراطات و القيود، و على هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق إرتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى و صار لها في ذات الوقت نفسه حقوق إرتفاق على كل قطعة من هذه القطع وهو ما ورد في أصل المادة، و عليه يلزم لوجود حق إرتفاق أن يكون هناك عقار مخدوم و آخر خادم، و قد قرر القضاء في الجزائر أنه لا يلزم

(2-) الأستاذ حامد فهمي، إشتراطات البناء الإتفاقية، مقال بمجلة المحاماة المصرية، العدد 1 1986، ص 49-50.



لذلك أن يكون العقاران متجاوران أباح أيضا جواز تقرير إرتفاقات لمصلحة جملة عقارات على عقار واحد أو أكثر، ويكون تقرير هذه الإرتفاقات عادة بطريق التبادل أي أن كل من هذه العقارات يعد في مواجهة الآخر خادما و مخدوما في وقت واحد، خادما بالنسبة لما هو محمل به، ومخدوما بالنسبة لما يحمل به العقارات الأخرى، ولكي يتحقق التبادل في هذه الحالة يلزم أن يكون الإرتفاق واحدا، كإرتفاق بعدم البناء<sup>(1)</sup>.

و الواقع أن الأساس القانوني الذي يركز عليه حق واضع شروط البناء في فرضها راجع إلى أن الملكية في يده و أن له حق التصرف فيها حسب ما يشاء فله أن ينقلها إلى المشتري على الوصف الذي يراه ما دام ذلك الوصف لا يخالف النظام العام، و من المعلوم أن للمالك أن ينقل الملكية مشروطة بشرط عدم التصرف، بشروط معينة فمن باب أولى أن يكون له الحد من طريقة الإستعمال و يكون هذا التحديد مشروعا، و من ثم فلا يبدوا مفهوما القول بأن صاحب التسييم أراد أن يوجد بين جماعة من المشتريين الذين لم يعرف بعضهم البعض، و قد لا يعرفون فيما بعد بعضهم البعض علاقات قانونية منشأة لإرتفاقات متبادلة مع ملاحظة أن الإرتفاقات غير مقبولة بين الأفراد لكونها مصدرا للعديد من المنازعات، هذا مع العلم أن إشتراط المنفعة ركن أساس لوجود الإرتفاق، و إن زالت هذه الأخيرة زالت معها هذه العلاقة، فهل يمكن التسليم بأن مخالفة شروط البناء بصفة متبادلة حتى يفرض أنها تقرر إرتفاقات متبادلة تؤدي إلى التقليل من منفعة العقارات و بالتالي قيمتها ؟<sup>(2)</sup> .

هذا ما نشك فيه كثيرا، فإذا فرضنا لبيان ذلك أن جميع الملاك بنوا طبقة أعلى مما لهم الحق فيه فهل يمكن التسليم بحصول نقص في قيمة هذه الأراضي، و ما الحكم فيها لو قلنا بوجود حقوق إرتفاقية تبادلية ؟ ، و إتفق الجميع الملاك في المنطقة على التنازل عنها لبعضهم البعض فيسترد كل منهم حريته في البناء على الوجه الذي يرضاه و في الحدود قواعد التنظيم العادية، فإن فكرة الإرتفاقات التبادلية لا تحقق الغرض المنشود في تحميل الأعيان لقيود البناء الإرتفاقية<sup>(3)</sup>، بل على العكس أن الجهة المقسمة في هذه الحالة هي صاحبة الحق الوحيدة في

1- الأستاذ حامد فهمي، المرجع السابق، ص 52-53.

2- الأستاذ عبد الرحمن دغوش، مرجع سابق ص 135.

\*- و نحن نرى من جانبنا أن الإرتفاقات المتبادلة يصعب إعتبارها إرتفاقات بالمعنى الفني الدقيق، ذلك أن الإرتفاق يستلزم إتقاص قيمة عقار لمنفعة عقار آخر، أي وجود عقار تتقص قيمته من جهة وآخر تزيد قيمته من جهة أخرى، فإذا ما نظرنا و دققنا النظر في الإرتفاقات المتبادلة لوجدنا النقص متساويا في كل العقارات و هي قانونية أكثر منها إتفاقية.

وقف الملاك عند حدهم، و لا يكون ذلك على أساس وجود إلتزامات شخصية بينهما و بين المشتريين<sup>(1)</sup>.

و نحن نتساءل بدورنا هل حسمت المادة 870 الخلاف ثم من بعدها الفقه ؟

ذهب الفقه و القضاء في هذا الخصوص أن نص المادة قد أورد قاعدة تفسير الإرتفاقات الخاصة بقيود البناء ومضمون هذه القاعدة أن الأصل في هذه القيود أنها إرتفاقات و ليست إلتزامات شخصية، و إن كل مخالفة لأحكام الحق العيني المنصوص عليه في المادة يجوز المطالبة بإصلاحه عينا، و مع ذلك يجوز الإقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك، و بهذا يكون من الواضح أن المشرع خالف النص ببعض القواعد.

أولهما : أنه خالف الأصل في أن الإرتفاقات تمثل وضعاً إستثنائياً في التشريع، فهي قيد على الملك و علاوة على ما فيها من مضايقة لحرية المالك فإنها تقلل من قيمة العقار في أغلب الأحيان، مع العلم أنها كانت مناط التمييز بن الطبقات الإجتماعية و تاريخها يرفض وجود الإرتفاقات فمن المنطق أن يتحقق القضاء في هذه المسائل كثيراً، و لا يتساهل في الإقرار بوجودها ما لم تتوافر كل العناصر بغير إنتقاص، و إن كان هناك شك في قصد المتعاقدين بأن لم يقم الدليل القاطع على أنهما أراد تقرير حقوق الإرتفاقية فلا مناص بحسب ذلك الأصل من إعتبار إتفاقيهما مقرراً لإلتزام شخصي، إذا توافرت شرائطه، و القول في ذلك فيه موافقة للقواعد العامة المقررة في تفسير العقود إذ الإلتزام الشخصي أخف من قيد الإرتفاق<sup>(2)</sup>.

ثانيهما : و الناحية التي خالفت فيها المادة 870 القواعد العامة فيتمثل فيما أورده النص المذكور في الفقرة الثانية من أن كل مخالفة لأحكام الحق العيني المنصوص في الفقرة الأولى يجوز المطالبة بإصلاحه عينا، و مع ذلك يجوز الإقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك، و من المقرر أن هذه القاعدة نص عليها المشرع في نطاقه تنفيذاً للإلتزام و لم يكن لها محل في مجال الحق العيني، فإنقل المشرع من دائرة الحق الشخصي إلى دائرة الحق العيني و في الواقع أن نص الفقرة الأولى على أن كل مخالفة لهذه القيود يجوز المطالبة بإصلاحها عينا يتنافى مع التقرير بإعتبار هذه القيود حقوق إرتفاق، إذ في أحكام الحق العيني ما ينفي عن هذا النص فهو مجرد تحصيل حاصل في نطاق الحق العيني<sup>(3)</sup>.

1- الدكتور كامل مرسي، مرجع سابق ص 331.

2- الأستاذ عبد الرحمن دغنوش، مرجع سابق ص 136.

3- الدكتور عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة، مرجع سابق ص 260.

و عليه فإن المشرع وضع قرينة قانونية بنص المادة، على أن هذه إشتراطات هي إرتفاقات و هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس و من ثم نعود إلى أصل المشكلة في كل مرة لا تكون فيه نية المتعاقدين واضحة الدلالة على ما إتجهت إليه بشأن طبيعة إشتراطات البناء، و ما دام التشريع الفرنسي و المصري هو ينبوع تشريعنا فإننا نرى أن ما إستحدث بنص المادة 870 على أنها قد قبلت القاعدة العامة في تفسير حق الإرتفاق، فبعد أن كان الإرتفاق يؤخذ على أنه إستثناء أصبح في عقود التقسيم هو الأصل بحكم القرينة القانونية التي أسستها المادة، و لا نظن أن مثل هذه القرينة البسيطة كافية لحسم النزاع الذي ساد في الفقه و القضاء حول طبيعة قيود البناء الإتفاقية هذا مع الملاحظة أن عمليات التقسيم تتزايد مع الأيام، و مما يعقد الأمر أكثر كما إذا وضعت إشتراطات من قبل الهيئة المكلفة بتقسيم الأراضي على الأقسام التي تعرض للبيع، فهل تعتبر هذه الإشتراطات قبل إجراء البيع إرتفاقات؟، لاشك أن كل ما يمكن أن توصف به أنها تمثل وعدا بإنشاء الإرتفاق و هذه بلا شك إلتزامات شخصية و ليست حقوق عينية، فإذا بيعت هذه الأقسام و لم يقم المشترون بإشهار عقودهم ثم قاموا بمخالفة هذه الإشتراطات فلا يمكن تطبيق نص هذه المادة في منع الأعمال المخالفة أو إزالتها و الحكم بالتعويض عنها لأن الحق العيني لا ينشأ إلا بالتسجيل، و ما يؤكد وجهة نظرنا السابقة أن العقد الذي يحتوي على هذه القيود و الإشتراطات يمكن إعتبره من عقود الإذعان، و مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضي تعديل محتواه من شروط إذا كانت تعسفية أو إعفاء الطرف المدعى منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة إذا ما سلمنا مع الفقه و القضاء أن قيود البناء مردها دائما إلى إتفاقات الأفراد، و لكن مع ذلك هذا الوضع ليس غريب على المشرع الإلتجاء إليه في باب الإرتفاقات، فقد ألفنا منه تحميل بعض الإلتزامات للأعيان و أجاز للمدين أن يتخلص منها بالتخلي، و هي في نفس الوقت إلتزامات إتفاقية، و لكن القضاء أعطاه هذا الحكم فجعلها إلتزامات عينية و مثال ذلك ما نص عليه بالنسبة لأعمال اللازمة لإستعمال حق الإرتفاق و المحافظة عليه، فهي على مالك العقار المخدم، فإذا إتفق الطرفان على أن يتحمل بها مالك العقار الخادم فتعد إلتزام عيني يحمل العقار و أجاز المشرع التخلص منها بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق<sup>(1)</sup>.

1- الدكتور برهام عطا الله، نظرية جديدة للحق العيني، مقال بمجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، عين شمس، عدد 2 جويلية 1989، ص 405.

و خلاصة ما قدمناه أن طبيعة قيود البناء في الإتفاقية و إن كانت محل خلاف إلا أن المشرع نص على إعتبارها إلتزامات عينية، و إن كان قد صرح في إعتبارها إرتفاقات تتحمل بها الأعيان فإن ذلك الوصف غير ملزم لأنه عمل فقهي لا تشريعي، و بذلك فهي تشبه قيود التنظيم العامة المنصوص عليها في أحكام قانون البناء و التعمير، فعليه يجب التمييز بين الحالة التي يلتزم فيها الشخص إلتزاما شخصيا غير منصب على العقار، و الحالة الأخرى التي يكون فيها التكاليف منصرفا إلى تحسين حالة العقار فيكون له أثره من الناحية الإقتصادية و هو ما يعتبر إرتفاقا في الحالة الثانية<sup>(1)</sup>.

كما أن قيد الإرتفاق يطرح بشدة في حالة وجود حق الشفعة، و كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار أو كان حق الإرتفاق للأرض الجار على الأرض المبيعة. و تتعلق هذه الحالة بوجود عقارات تتحقق فيها شرط التلاصق المحقق للجوار، و لكنها ليست أراضي مبنية أو أراضي معدة للبناء، ففي هذه الحالة كما هو معلوم لا يكفي شرط التلاصق بين العقارين لثبوت الشفعة، و إنما لابد من توافر شرط آخر هو أن يكون هناك حق إرتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها، أو حق إرتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها، و الحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة هو أن بالشفعة يزول الإرتفاق في الفرضين السابقين، أي تخليص العقارين من قيد الإرتفاق لكونه عبئا ثقيلا على الملكية، و بالتالي تزول مبررات المنازعات التي يمكن أن تثور بين الجيران بسبب هذه الإرتفاقات و مثال الإرتفاق الذي يطرح في حالة وجود الحق في الشفعة، هو الإرتفاق بالشرب أو المجرى أو بالصرف أو بالمرور، و ليس هناك ما يمنع من أن يتحقق التلاصق في ذات المكان المقرر عليه هذا القيد، فوجود مسقاة خاصة تفصل بين العقارين لري الأرضين المتجاورتين يتحقق بها التلاصق متى ثبت أن ملكيتها مناصفة بين مالكي هذه العقارين، و لا يمنع قانونا أيضا أن يكون الطرق المقرر عليه حق الإرتفاق هو ذاته الذي يتوافر فيه الجوار و التلاصق. و قد يحدث أن يكون حق الإرتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقررا أيضا لمصلحة أراضي أخرى، فإذا كان هناك حق شرب أو صرف أو مرور مثلا مقررا لمصلحة عدة أراضي على أرض الشفيع و بيعت إحدى هذه الأراضي، فهل للشفيع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة لاسيما أن حق الإرتفاق لن يزول بل سيظل قائما على أرض الشفيع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها ؟ .

1- الدكتور محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 337.

ذهبت المحكمة العليا إلى القول أنه إذا كان حق الارتفاق مقررا لمصلحة عدة عقارات على عقار الشفيع و بيع أحدها، فلا يجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة للإنتفاء حكمتها و هي إزالة الارتفاق كلية لا مجرد التخفيف من وطأته<sup>(1)</sup>.

و في خاتمة دراستنا لهذا الفصل، يمكن أن نستج من خلال المفاهيم التي إستعرضناها بأمتة من بعض التشريعات المقارنة، فإن الارتفاق قد حضي بالأهمية و التوجه حسب الأسس القانونية و الإجتماعية لكل من هذه الإتجاهات، فقد ساهمت البعض من هذه التشريعات في توسيع المفهوم الحقيقي للإرتفاق إلى إبراز آثاره على الملكية من خلال إتخاذ مفهوم يعكس بحق جملة التكاليف، و هنا يمكن القول فعلا بأن الارتفاق يحمل معنى القيد شأنه شأن القيود الأخرى الواردة على الملكية العقارية خصوصا في النتيجة النهائية وهي الإنتقاص من حرية التملك، وجعل الملكية العقارية رهينة الآثار التي يفرضها هذه القيد حيث يقد سلطات المالك و جعل حدود التصرفات التي يقوم بها في ملكه مقيدة بعدم الإضرار بالحقوق مالك العقار المخدوم، بالإضافة إلى جملة من النتائج يمكن إجمالها فيما يلي :

أولا: أن البعض من هذه التشريعات أعطت مفهوما مناسباً للإرتفاق من خلال تجسيد معنى التكاليف و ليس الحق و ذلك راجع في نظرنا إلى الأثر المقيد للملكية العقارية من جهة، و كذلك يرجع ذلك إلى سبب رئيسي أنها أخذت هذا المفهوم من صميم توجهها الإقتصادي و الإجتماعي، لأننا لا ننسى مدى الإرتباط الحديث بين القواعد القانونية و القواعد الإقتصادية، بالإضافة إلى سبب آخر يعد هام في نظرنا كون أن هذه التشريعات لم تتأثر كثيرا بما حصل من تطور لفكرة الارتفاق في فرنسا التي تعتبر بحق مهد هذه الفكرة و الأساس في صياغتها خصوصا عن طريق القضاء، وذلك راجع إلى الأحداث التاريخية التي سبقت مرحلة الثورة الشيء الذي جعل قواعد و احكام هذه النظرية تنفذ كثيرا بأحداث سياسية و إقتصادية، و لم تخطأ هذه التشريعات مثل الخطأ الذي وقع فيه التشريع الجزائري لكونه إستنبط هذه الأحكام من المجموعة المدنية الفرنسية مباشرة بكامل نقائصها.

ثانيا: أن التعريف الصحيح لهذا القيد يجب ألا يقتصر على الارتفاقات المقررة بالإتفاق بين المتعاقدين فقط، و إنما يجب أن تتسع لتشمل الارتفاقات المقررة بالقانون، نظرا للتداخل بينهما أحيانا و الذي رأيناه في تلك الإشتراطات الواقعة في حالة تقسيم الأراضي المعدة للبناء، فالمشرع الجزائري فصل فيها بنص قانوني صرح على أنها إرتفاقات، و كان التساؤل محوريا

(1) الدكتور رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 221-222.

حول مدى توافر شروط الإنتفاع لصالح عقار معين وإنتقاص لصالح عقار آخر، و في وقت أعطى الفقه رأيه في ذلك على أنها تعتبر في جانب الإرتفاقات المقررة بالقانون أي كقيد قبل أن تكون بالمعنى الأصلي لحق الإرتفاق، و الدليل على ذلك أن المشرع الفرنسي لم يفصل في ذلك بنص قانون حاسم و هو إتجاه صائب بل ترك للقضاء أمر البحث في كل حالة على حدى لتحديد طبيعتها القانونية، كما أن هناك من التشريعات إعتبرت الإرتفاق مؤسسا على القانون مباشرة دون العقد، حيث إستمدت إichاءات هذه الفكرة من الشريعة الإسلامية التي لا تفرق بين قيد و إرتفاق بل إعتبرت كل منها يخدم مصلحة واحدة و يقيد الملكية لغرض المصلحة العامة.

ثالثا : أنه يجب التمييز بين الإرتفاق و الإرتفاقات الشخصية التي يتعاقد عليها المالكون بسبب الجوار و التي تخضع للمبادئ العامة المتعلقة بالعقود، مع معرفة أن التكليف الموضوع على العقار و المنفعة الملحوظة بالعقار الآخر هما من الحقوق العينية و هما مختصان بالعقارين وملحقان بهما و لا عبرة بالمالك لهما، فإن حق الإرتفاق يبقى و لو تبدل المالك للعقارين لأن هذا الأخير حق عيني و ليس حق شخصي.

رابعا : لا يتشترط رأي أغلبية الشراح أن يكون العقاران متلاصقين، فيجوز لمالكي عقارين ان يتفق ألا يبني أحدهما طبقا عنويا يحجب النظارة عن العقار الآخر و لو كان بين العقارين طريق أو مظل، و إنما هذا الإرتفاق يكون باطلا إذا كان عدم البناء لا نتولد عنه منفعة للعقار الثاني.

خامسا : يجب أن يكون التكليف الموضوع على العقار ذا فائدة للعقار الأول، وهذه الفائدة ذات قيمة تزيد في العقار على وجه دائم إما بطريق الإنتفاع أو الزيادة فيه، كما يجوز أن تكون المنفعة احتمالية، و عليه يجوز لمالك أن يتعاقد مع الغير للإمتلاك حق إرتفاق لمنفعة محتملة الحدوث لعقاره و إنما إذا لم يكن هناك فائدة حالية أو مستقبلية، فإن التعاقد على إنشاء هذا الحق يكون باطلا لعدم توفر شرط المنفعة.

سادسا : كما نستنتج من هذه الدراسة أن هناك تداخل في كثير من الأحيان بين بعض المفاهيم القانونية مثلا محق المرور و المجرى و الشرب، فهناك من يعتبرها إرتفاقات قانونية، و لكن أكثر الفقهاء يعتبرونها إرتفاقات بالمعنى الصحيح لأنها تقوم على توفر الشروط المطلوبة أساسا لنشئتها.

سابعا : أنه من مبررات وجود الإرتفاق في نظر الكثير من الفقهاء هو أن تقييد الملكية العقارية خدمة لها و ذلك كون أن قيد الإرتفاق إذا وجد و قلص من قيمة عقار معين فذلك خدمة لعقار الآخر، و تقاديا للضرر الشديد الذي قد يصيب العقار فيما إذا منع عنه، و لو لاحق

الإرتفاق لتعطلت عقارات كثيرة، كما أنه من الضمانات التي سنرهما هو أن واجب صاحب العقار المقرر له حق الإرتفاق أن يستعمله استعمالاً لا يزيد فيه.

## **الفصل الثاني :**

**أسباب ترتيب**

**قيود الارتفاق**

**و تقسيماته**



## الفصل الثاني

### أسباب ترتيب قيد الارتفاق و تقسيماته

منطلق دراستنا لهذا الفصل هي جملة النصوص القانونية التي حاولت أن تحصر جملة الأسباب و الأسس القانونية و الإتفاقية لترتيب الارتفاق، و من هذه النصوص نجد نص المادة 868 حيث نصت على أنه ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاق الظاهرة بما فيها حق المرور.

و بهذا فإن ذكر الميراث ضمن أسباب ترتيب قيد الارتفاق عمل غير دقيق، لأن هذا الأخير لا ينتقل إستقلالاً من شخص لآخر، بل ينتقل مع العقار المرتفق بإعتباره حق تابعاً له كما ذكرنا فيما تقدم، و العمل القانوني هذا يشمل العقد هو الوصية.

و مما يجب التركيز عليه هو أن المشرع الجزائر حدد أسباب ترتيب قيد الارتفاق في سببين أساسيين هما التصرف القانوني، و التقادم كقاعدة عامة، لكن بإستطلاعنا لنص المادة 869 نجد أن المشرع أضاف سبب من أسباب كسب حق الارتفاق و هو إستثناء من القاعدة العامة في نظرنا، و هو تخصيص المالك الأصلي، و الملاحظ من جهة أخرى هو أنه يشمل على الارتفاقات الظاهرة فقط و فيما عدا ما لا يتفق من هذه الأسباب مع طبيعة الارتفاق يخرج من إطارها، فلا يعتبر الإستلاء " الإشغال " و الإلتصاق " الإلحاق " لأنهما لا يتفقان مع طبيعة الارتفاق<sup>(1)</sup>، كما لا تعتبر الشفعة و الميراث أساس له، لأنهما سببان لكسب الملكية إنتقالاً، فلا يصح أن ينتقل بهما حق الارتفاق مستقلاً بذاته بل يتبع العقار المرتفق بإعتباره حق تابعاً له<sup>(2)</sup>، و يبقى بعد ذلك التصرف القانوني أي العقد، و الوصية، و التقادم فهذه الأسباب التي يكتسب بها الارتفاق هي أسباب تنشأ ابتداءً، و من هذا المنطلق نتناول في مبحثين أساسيين، نخصص الأول منهما لأسباب ترتيب قيد الارتفاق، و الثاني نخصصه للتقسيمات التي حضي بها.

1- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول القاهرة 1968 الطبعة الأولى، مطبعة الهدى ص 25.

\*- ما يلاحظ على أسباب كسب حق الارتفاق التي أتى بها المشرع الجزائري في هذه المادة إستعماله لعبارة العقد الشرعي، و هو مصطلح غير معروف في القانون و الأصح التصرف القانوني.

## المبحث الأول أسباب ترتيب قيد الارتفاق

سنحاول في هذا المبحث أن نتعرض لجملة الأسباب التي نص عليها المشلاخ الجزائري لترتيب حق الارتفاق على الملكية العقارية، و مناقشة بعض المسائل الهامة، سواء ما تعلق منها بالتبويب في حد ذاته من الناحية الشكلية، أو من خلال مضمونها، و ذلك مقارنة في كل حالة مطروحة مع بعض التشريعات المقارنة خصوصا التشريع المصري و التشريع الفرنسي باعتبارهما المصدران المباشرين للعديد من أحكام القانون المدني الجزائري و ذلك وفقا للمطالب الأساسية التالية :

في المطلب الأول ندرس فيه أهم الأسباب المنشأة لقيد الارتفاق و هي التصرف القانوني، و بيان أهم الجوانب القانونية التي تندرج تحته، منها ركن العقد و الوصية، بعد إستبعادنا بعض الأسباب التي تعتبر في نظرنا أسباب ترتيب هذا القيد إنتقالا و ليس ابتداءا كالميراث.

أما المطلب الثاني نخصه لدراسة التقادم الذي يعتبر من أهم الركائز التي يقوم عليها الارتفاق، و في مطلب ثالث نتطرق إلى طريقة تخصيص المالك الأصلي الذي نقله المشرع الجزائري مباشرة من التشريع المصري، بحيث هذا الأخير إعتد على أحكام الشريعة الإسلامية في صياغته لقواعد هذا السبب الإستثنائي و إن كان المشرع الجزائري قد قصره على الارتفاقات الظاهرة دون غيرها.

### المطلب الأول

#### التصرف القانوني كسب منشأ لقيد الارتفاق

و التصرف القانوني هو عبارة عن جملة التصرفات التي يقوم بها الشخص قصد ترتيب آثار قانونية، و هو ما ينطبق على التصرفات التي يكون الغرض منها إنشاء قيد إرتفاق دائم لمصلحة عقار على آخر، فقد يكون عقد بيع يتنازل فيه المالك عن حق الإنتفاع بجزء من عقاره إلى صاحب عقار مجاور من أجل تمكينه من المرور إلى عقاره لذلك فإن المنفعة ركن أساس لوجود حق الارتفاق، فإذا زالت المنفعة زال الارتفاق<sup>(1)</sup>.

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية (حق الإنتفاع، حق الارتفاق) الجزء التاسع، القاهرة 1968، درأ التراث العربي، ص 1330.

و بهذا يكون الإرتفاق شبيها بكل من عقد البيع و حق الإنتفاع، فهو إنتفاع لأنه لا يشمل مكلية الرقابة، أما إذا شملها فليس هناك إنتفاع و إنما هو بيع و ارد على عقار و تجري بشأنه الأحكام الخاصة بالعقد على العقار، و قد يكون التصرف القانوني صادر من جانب واحد هي الوصية، و لكن العقد يبقى هو السبب المألوف لكسب و فرض قيد الإرتفاق ابتداء، و هو الذي يلجأ إليه عادة ملكا العقار المرتفق و المرتفق به لإنشائه.

أما الوصية فهي تصرف قانوني واحد لا يتنوع و يصدر من الموصي و هو مالك العقار المرتفق به يترتب بموجبها قيد إرتفاقي على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق، يكون مالك هذا الأخير هو الموصى له، و العقد الذي ينشأ الإرتفاق بموجبه يختلف فقد يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، و في عقود المعاوضة التي يترتب بمقتضاها قيد إرتفاقي على عقار معين، نجد عقد البيع حيث به ينشأ مالك العقار المرتفق به على عقاره هذا القيد لفائدة عقار هو العقار المرتفق في مقابل ثمن من النقود، كما يمكن أن تكون في شكل إرتفاقات متبادلة بين العقارين المتجاورين، أي أن كلا من هذه العقارات يعد في مواجهة الآخر خادما و مخدوما في وقتا واحد، خادما بالنسبة لما هو محمل به و مخدوما بالنسبة لما يحمل به العقار الآخر، و لكي يتحقق التبادل في هذه الحالة يلزم أن يكون الإرتفاق واحدا، كإرتفاق عدم البناء، أو قيد المرور المتبادل بين كل منهما، كما تعتبر عقود المعاوضة التي يترتب بمقتضاها الإرتفاق، الوفاء بمقابل فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره إرتفاقا وفاء لدين في ذمة صاحب العقار المرتفق به<sup>(1)</sup>.

أما عقد التبرع الذي يحدث الإرتفاق فهو الهبة بدون مقابل، فيكون صاحب العقار المخدوم هو الموهوب له، و صاحب العقار الخادم هو الواهب، و يف كل هذا يكون التصرف القانوني سببا لترتيب الإرتفاق بطريقة الإحتفاظ بهذا الحق كما في حق الإنتفاع، فبيع مالك العقار عقاره لشخص آخر و يحتفظ في هذا العقد بحقه في ترتيب إرتفاق عن العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع<sup>(2)</sup>.

1- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ص 60.

2- الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ص 1332.



و لكن الواقع أن عقد البيع و الوصية و الهبة ترد على الارتفاق في الحقيقة لتمليك لكل من الرقبة و حق الإنتفاع، و ذلك لأن هذا القيد دائم موروث لا ينتهي بموت مالك العقار المرتفق كما في الإنتفاع، فهو بذلك يشمل الرقبة حكما على وجه الإستقلال أو الشيوخ، و بناء على ذلك فإن التصرفات الناقلة للملكية إذا وجدت على الارتفاق إنما هي عقود تتضمن نقلا للملكية العقارية، وذلك لما يمتاز به الارتفاق على الإنتفاع، فالأول حق عيني عقار دائم، أما الثاني فهو حق عيني مؤقت يرد على العقار و المنقول و ينتهي بموت المنتفع ، و لهذا لا يكون الارتفاق لزم من معين و إلا صار إنتفاعا بحكم القانون، و العبرة في هذه الحالة بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ و المباني، و يترتب عن هذا أن إنشاء الارتفاق بعمل قانوني لا يصدر إلا من المالك حيث لا يجوز إنشاءه من المنتفع و لا المستأجر بالإجارة الطويلة.

و الملاحظ أن التصرف القانوني مهما كان نوعه سواء معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ينشأ الارتفاق المستمر كحق " الشرب "، كما ينشأ إرتفاقا غير مستمر " كالمروور " و ينشئ الارتفاق الظاهر " كالمطل "، و من الناحية الإيجابية ينشأ حق " إغتراف المياه " و من الزاوية السلبية كالحق في " عدم البناء "، أما الأسباب الأخرى التي تنشأ قيد الارتفاق و هي تخصيص المالك الأصلي و التقادم فلا تنشأ من هذا الحق إلا ما كان منه ظاهرا، و تطبق القواعد العامة بشأن الشروط الموضوعية التي يخضع لها التصرف القانوني المنشئ لهذا القيد.

فإذا كان هذا التصرف وصية و جب توفر شروط صحتها في شخص الموصى له، و في الموصى به و كذلك من حيث القواعد المنظمة لحالة الرجوع عنها و كذا النصاب المقدر بجوازها للوارث و غيره<sup>(\*)</sup>.

أما إذا كان التصرف المنشأ لحق الارتفاق عقدا سواء معاوضة أو تبرع تطبق الأحكام الموضوعية التي تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع، فمن يترتب هذا القيد و جب بشأنه توفر صفة المالك للعقار الخادم، و يكون أهلا للتصرف إذا كان عقد معاوضة، أما بالنسبة

\*- و في كل هذا يكون التصرف القانوني سببا لترتيب قيد الارتفاق بطريق الإنشاء، و قد يكون التصرف القانوني سببا لفرضه بطريق الإحتفاظ بهذا الحق كما في حق الإنتفاع، فيبيع مالك العقار عقاره لشخص و يحتفظ في هذا العقد بحقه في ترتيب إرتفاق على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع.

للمتبرع فلا يكفي أهلية التصرف فقط و لكن يجب توفر أهلية ونية التبرع، كما لا يجوز أن يكون مالكا على الشيوع لإستحالة ترتيب قيد إرتفاقي على جزء شائع في العقار بل وفقا لمقتضيات العدالة و الإنصاف يكون الترتيب الإرتفاقي على العقار الشائع كله بإتفاق جميع الشركاء المالكين على الشيوع، و لما كان هذا الحق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتي، فإنه يجوز لشخص أن يرتبه على عقار لم يملكه بعد، و يعلق هذا الحق على شرط واقف هو أن يمتلك هذا العقار، كما يجوز إقراره على عقار ترتب عليه حقوق عينية أخرى كالرهن "الرسمي" أو حق "إنتفاع" سابق.

و في هذا لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة في حالة وجود هذا القيد الجديد خصوصا إذا كانوا قد شهروا حقوقهم قبل شهر هذا القيد الأخير لما للشهر العيني من قوة و حجية ثبوتية مطلقة في مواجهة الغير، فإذا كان ملك العقار المرتفق به لا يملك إلا ملكية الرقبة للعقار، فإنه بهذا إذا رتب إرتفاقا على هذا العقار لا يجوز أن يضار به صاحب حق الإنتفاع، و نفس القاعدة يمكن تطبيقها على صاحب حق الإنتفاع نفسه بحيث لا يملك أن يترتب إرتفاقا لا على العقار لأنه لا يملك ملكية رقبة، و لا يستطيع بطبيعة الحال أن يرتب هذا القيد على الإنتفاع ذاته لأن هذا الأخير لا يرتب إلا على ملكية الرقبة<sup>(1)</sup>، غير أن هذا لا يمنع في كل الحالات من ترتيب صاحب حق الإنتفاع للإرتفاق على حق إنتفاع دائم و هو ما خرج به التشريع الجزائري عن القواعد العامة في القانون 87-19<sup>(\*)</sup> الذي أجاز بموجبه لصاحب حق الإنتفاع الدائم في المستثمرة الفلاحية الممنوحة على الشيوع ترتيب حقوق عينية عقارية على المستثمرة، حيث تكون هذه الحقوق قابلة للحجز و النقل و التنازل في حالة عدم وفاء المستثمرة الفلاحية بالإلتزامات إتجاه دائنيها.

و إذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو النقص، و زالت هذه الملكية فإن الإرتفاق يزول بزوالها، أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به و

1- الدكتور محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية (الأشياء و الأموال) الملكية و الحقوق المنقولة عن الملكية، الطبعة الثانية، دمشق 1980، ص 70-72.

\*- راجع في ذلك المادة 867 من القانون المدني "إذا جزء العقار المرتفق بقي الإرتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك من عبء و تكاليف العقار المرتفق به".

لو كان حسن النية فإن هذا القيد الذي يرتبه على العقار لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي إلا إذا كانت الحيازة تؤدي إلى تملك العقار بالتقادم، و من يرتب لمصلحه قيد إرتفاقي يجب أن تتوفر فيه صفة المالك للعقار المرتفق، كما يجب أن يكون أهلاً للتصرف إذا كان قد تلقى هذا الحق بعوض، و لا يشترط كقاعدة عامة أهلية التعاقد، إذا كان قد تلقى هذا الحق تبرعاً، كما قد يتم التعاقد بإسم مالك العقار المرتفق، و يكون ذلك في الوكالة و الفضالة، أو يتم لمصلحة هذا العقار، و يكون ذلك عادة في الإشتراط لمصلحة الغير على نحو الإشتراطات التي تفرضها شركة البناء على كل مستثمر لمصلحة من سبقوه، أو من سوف يتلونه في حقوق إرتفاق تتضمنها هذه الإشتراطات و القيود، و على هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق إرتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى، و صار لها في ذات الوقت نفس حقوق الإرتفاق على كل قطعة من هذه القطع<sup>(1)</sup>.

و من هذا المنطلق فإن للإرادة الحرية في أن تنشأ بمقتضى التصرف القانوني ما تراه من حقوق إرتفاقية من منظورها الإيجابي، و القيود من منظورها السلبي في حدود القانون و النظام العام، حيث مهما يكن من تنوع حقوق الإرتفاق الإرادية فإن هناك حدود يقف عندها التصرف القانوني، فمن المعلوم أن المالك (صاحب العقار المرتفق به) أن يرتب الإرتفاق على ملكيته مشروطة في ذلك بشرط عدم التصرف بشروط معينة، فمن باب أولى يكون له أن يحد من طريقة الإستعمال و يكون هذا التحديد مشروعاً، هذا إذا أضفنا أن القانون يكره الإرتفاقات لأسباب منها أنها مصدر المنازعات بين الأفراد<sup>(2)</sup> و هو أمر غير مرغوب فيه، إضافة إلى وجوب أن يكون مضمون الإرتفاق الإرادي مشروعاً و غير مخالف للنظام العام، فإننا نخلص من دراستنا و إحاطتنا للأسباب و الآثار السلبية التي يخلفها قيد الإرتفاق من وجوب توفر قيود أساسيان آخران باتفاق الفقه، و جسدهما التشريع بحيث يمكن إستخلاصهما من نفس التعريف الذي أعطي للإرتفاق أياً كان سبب هذا القيد أو الحق<sup>(3)</sup>.

- 1- الدكتور محمد الغنيمي، الإلتزام العيني و الحقوق الملحقة به، مقال بمجلة الموسوعات للدول العربية، الجزء الخمسون سنة 1993، أذار العربية للموسوعات، ص 220.
- 2- الدكتور مصطفى محمد التجمال، مرجع سابق ص 304.
- 3- الدكتور النزهي محمد الصادق، مرجع سابق ص 17-18.

## أولاً: الإرتفاق يتقرر على عقار لا على شخص

لا يصتصاغ في نظر الفقه و القضاء أن يكون مضمون الإرتفاق إلتراماً شخصياً، فيترتب في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق بل يجب أن يكون هذا المضمون تكليفاً عينياً يترتب على العقار المرتفق به و لا يترتب في ذمة مالكه، ذلك بأن حق الإرتفاق إنما هو حق عيني متفرع عن حق الملكية، و كل حق عيني آخر سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على العقار المرتفق به دون واسطة هذا مالك هذا العقار، فلا يترتب في ذمة هذه الأخير أي إلترام شخصي نحو صاحب الإرتفاق، و إن كان هناك إلترام من صاحب العقار الخادم إتجاه صاحب العقار المخدوم، إنما يكون ذلك أجنياً عن الإرتفاق، و بناءً على مصدر من مصادر الإلتزام، بحيث يلتزم في هذه الحالة بصفته الشخصية و لا ينتقل الإلتزام<sup>(1)</sup> إلى من يخلف فيه بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين، و لا يجوز أن يكون هذا الإلتزام الشخصي مؤبداً، فصاحب الإرتفاق بالمرور مثلاً يباشر هذا الحق على أرض الجار مباشرة و يمر فيها دون أن يلتزم الجار نحوه بأي إلترام شخصي، فلا يطلب من الجار أن يعينه على حق المرور أو أن يقوم بأي عمل لتمكينه من ذلك، و كل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه عائقاً يحول بينه و بين المرور، ذلك بأن الجار يجب عليه إحترام حق الإرتفاق العيني شأنه شأن أي شخص آخر إذ يجب على الناس كافة إحترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها<sup>(2)</sup>.

و لكن يجوز أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي لا يكون هو أصل مضمون الإرتفاق بل يكون عملاً إضافياً تابعاً له يقتضيه استعمال الإرتفاق على الوجه المألوف و هذا ما نصت عليه المادة 873 من القانون المدني، فيجوز أن يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه الإرتفاق بالمرور أو بتطهير المصرف الذي يستعمل فيه الإرتفاق بالمسيل أو بصيانة مرر المياه الذي يستعمل فيه الإرتفاق بالشرب، أو الإرتفاق بالمجرى أو بإعداد التيار الكهربائي في المكان الذي يستعمل فيه الإرتفاق بإمتداد الكهرباء و ينتقل هذا الإلتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار، و يلاحظ بشأن هذا الإلتزام عناصر ثلاث أساسية :

1- الدكتور حامد زكي، مقال بعنوان - التكاليف العينية و الإلتزامات الشخصية، مجلة القانون و الإقتصاد، العدد الثاني 1986، ص 232.

2- الدكتور جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 215-216.

- أ- أنه إلتزام يقتضي إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف
- ب- أن محله هو المضمون الأصلي للإرتفاق بل هو عمل إضافي تابع للمضمون الأصلي.
- ج - أنه إلتزام عيني يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخلي عن العقار (1).

### ثانياً : الإرتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص

إذا كان الإرتفاق يترتب على عقار لا على شخص، فمن باب أولى أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص، و المقصود بذلك أن يكون هناك إرتباط وثيق بين مضمون الإرتفاق و بين الأغراض التي أعد لها العقار، فإذا لم يوجد هذا الإلتصال الوثيق بين العقار و الغرض الذي أعد له، بل كان تكليف مقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية لمالك العقار المرتفق لا صلة لها بهذا العقار الأخير، و عموماً يمكن إجمال القواعد التي يجب مراعاتها في سند الإرتفاق و هي كما يلي :

- أ- أن لا يكون الباعث على التصرف مخالفاً للنظام العام كما هو في إنشاء حق المزور بتسهيل تهريب البضائع.
- ب- أن يكون منشأ حق الإرتفاق مالك للعقار الخادم، و من باب أولى يكون له حق التصرف فيه، و تبعاً لذلك إذا كان العقار الخادم متقلاً بحق إنتفاع، فعندئذ يكون لصاحب ملكية الرقبة أن يقرر ما يشاء من حقوق الإرتفاق شريطة أن لا تضر بحقوق المنتفع، و بهذا فإن أثرها لا يبدأ إلا بعد إنقضاء حق الإنتفاع، و لا مانع من إقرار هذا التقيد على العقار المرهون على أن لا يضار ذلك بحقوق الدائنين (2).
- ج - في الملكية الشائعة ليست لأحد الشركاء أن ينفرد في تقرير الإرتفاق إلا إذا كان يملك ثلاث أرباع المال الشائع و إلا كان تصرفه موقوفاً على إجازة على من يملك هذا النصاب، أو وقوع العقار المنقل في نسيبه عند القسمة.

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 1331-1332

2- الدكتور برهام عطا الله، نظرية جديدة للحق العيني، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، عين شمس العدد الثاني يوليو 1967 ص 406.



و إذا كان قاصرا لم يستطع وصيه إنشاء الإرتفاق إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة، كما تطرح ضرورة أن يكون المستفيد من هذا الحق مالكا للعقار المشلوط، و لا يشترط أن تتوافر لديه أهلية التصرف لأن الإرتفاق و نظرا للآثار السلبية التي يوقعها على العقار المرتفق به و تجنباً للإلحراف بمسار الملكية العقارية و يجب تسجيله و إلا تعذر إثباته.

و لعل وجود هذا الشرط و تقنينه في التشريع راجع إلى إعتبارات تاريخية لازلت وضع أحكام الإرتفاقات، فبذلك ذهبت المجموعة المدنية الفرنسية إلى تقنين هذه الأحكام متأثرة بالأفكار السياسية التي كانت سائدة في ذلك العهد، لأن الثورة قضت على نظام الإقطاع الذي تخلل في حياة الأمة الفرنسية و الذي قضى عليها بالتجزئة إلى قسمين احدهما يسود و يحكم، و الآخر يطبع و يخدم، و قد إستباح السادة الإقطاعيون لأنفسهم كل ما يخدم مصالحهم<sup>(1)</sup>، لذلك تخلصت الثورة من كل مميزات هذه النظم و رفضوا رجوعها بأي طريقة كانت بحيث شدوا في وضع النصوص و أحكامها، فتراهم قد إمتنعوا بثبات عن ذكر عبارة الإرتفاقات الشخصية "Les servitudes Personnels" مع أنهم أبقوا حقوق الإنتفاع و الإستعمال و السكنى، و كذلك إستعمالهم مرارا كلمة "Services Fonciers" محلا لكلمة "Servitudes" رغبة منهم في أن يزيحوا على الناس ذكر الإقطاع<sup>(2)</sup>، و بهذا تم تقنين هذا المبدأ حيث تم بعد الثورة الإعتراف بالإرتفاقات شريطة أن لا تكون تلك التكاليف العينية مفروضة على شخص او لمصلحة شخص، بل لابد أن تكون لعقار على عقار، و أن لا تكون تلك الخدمات مخالفة للنظام العام.

و بقيت تلك السياسة تجاه الإقطاع قائمة بالرغم من تحول الحياة الإقتصادية و الإجتماعية و تغير طرق الإنتاج مما إضطر إلى أن يخفف من قوة هذه الفكرة العينية، فرأيناهم يجيز الإرتفاق على عقار لا يمكن أن يؤدي المطلوب منه بغير عمل حال من جانب مالكه، أي صاحب العقار الخادم، كما رأينا من ناحية أخرى يجيز إرتفاقات يستفد منها مباشرة صاحب العقار المخدوم، كما حدث ذلك في خصوص إشتراطات البناء الإتفاقية لذلك كان القضاء يتحايل في التخفيف من الفكرة العينية التي يستلزمها الإرتفاق بالإلتجاء إلى فكرة إلزام العيني ذاتها، فكانت الأحكام تقرر في خصوص قيود البناء الإتفاقية أن المستفيدة دائما هي الأعيان، غير أنه إذا دقنا النظر فلا نجد مناصا من القول أن المستفيد هو مالك العقار المخدوم، و لكن رغم ذلك

1- الدكتور محمد انغيمي، مرجع سابق ص 222-223.

2- الدكتور رمضان أبو السعود، مرجع سابق ص 224.

## المطلب الثاني الإرتفاق المكتسب بالتقادم

يعتبر التقادم كأحد أهم الأسباب الرئيسية التي وضعها القانون لإكتساب الحقوق العينية العقارية على العموم و الإرتفاق على وجه الخصوص، وهو ما جسده الفقرة الثانية من المادة 868 من القانون المدني حيث نصت على أنه "لا تكتسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور"، ومن المسائل التي تطرحها هذه الطريقة في إقرار الإرتفاقات، الحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم و يمكن أن نتعرض لها في النقاط التالية:

### أولاً: وجوب أن يكون الإرتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم

لقد قصر القانون كسب الإرتفاق على صفة الظهور، و هذه الصفة تكون مميزة بعلامة خارجية مثل الإرتفاق بعدم البناء و المرور إذا لم يكن للطريق علامة ظاهرة، و في هذه الحالة فإن للإرتفاق معنى خاص يختلف فيه عن ظهوره في الحياة، فقد تكون هذه الأخيرة ظاهرة إذا بوشر الإرتفاق في علانية على ملأ من الناس و خاصة في مواجهة مالك العقار الخادم، و القانون إشتراط مع ذلك أن يكون الإرتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة، حتى و لو كانت الحياة ظاهرة و تباشر بطريقة علانية<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الإرتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم

إذا تبين توافر شرط الظهور بالمعنى الخاص، و إلى جانب ذلك شرط الإستمرار، فلا شك في جواز كسبه بالتقادم، و نفس هذه الأحكام نص عليها التقنين المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>.

1- الدكتور حسن كبيرة مرجع سابق ص 140-.

2-) D- Juglart : les obligations réelles et les servitudes en droit privé Français, Bordeau 1980 P220

فإذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره و ظل هذا المطل مفتوح للمدة القانونية المقررة لكسب الحق بالتقادم فإنه يكسب هذا الحق "المطل" مثل سائر الحقوق الأخرى، ذلك راجع إلى أن المطل إرتفاق ظاهر و علامته الظاهرة هي النافذة المفتوحة على ملك الجار، و هو في الوقت ذاته إرتفاق مستمر لا يحتاج في مباشرته لعمل الإنسان.

### ثالثا: جواز كسب الإرتفاق الظاهر غير المستمر بالتقادم

انفرد التشريع الجزائري في عدم اشتراطه إستمرارية ممارسة الحق في الإرتفاق بسلطاته المخولة قانونا و إتفاقا، و ذلك خلافا للتقنين المدني الفرنسي الذي يوجب في الإرتفاق حتى يجوز كسبه بهذه الطريقة خاصية الإستمرار، لأن في أصل حق المرور مثلا هو إرتفاق غير مستمر بحيث يحتاج في إستعماله إلى عمل الإنسان، لذلك إكتفى التشريع الجزائري بخاصية الظهور، لأن للطريق المخول المرور عليه معالم ظاهرة، و في كل الأحوال يجب أن يطون صاحب العقار المرور في هذه الحالة يحمل على أنه من أعمال التسامح، و هي لا تصلح كقاعدة عامة لكسب الحق بالتقادم لإنتفاء عنصر القصد في الحيازة و يكفي صفة الإنتظام من وقت إلى آخر (1).

### رابعا: حيازة الإرتفاق تؤدي إلى كسبه بالتقادم

لعل القواعد المطبقة بشأن الحيازة في الإرتفاق تنطبق كذلك على الحيازة في الملكية ما دام أن هذه الأخيرة هي وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حق من الحقوق بحيث تكون هناك أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق، فإن كان عبارة عن حق ملكية فإن الشخص مطالب بأن يسيطر فعلا بأعمال مادية و إن كان حقا إرتفاقيا، فإن إستعماله يعد ضرورة، لذلك نرى أن الشروط العامة للحيازة واحدة في كلتا الحالتين سواء على الملكية كقاعدة عامة أو على حق الإرتفاق، بإضافة

1- الدكتور زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، دمشق 1980، الطبعة الثانية 1988، مطبعة النور للنشر، ص 153.

إلى الشروط العامة المطلوبة في الحيابة (1)، منها الإستمرار، الظهور، الهدوء و غياب الغموض فيها، حيث قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن حقوق الإرتفاق و منها حق الشرب إنما يجوز إكتسابها بالتقادم إذا ما توفرت أركان وضع اليد المكسب للملكية، فوجب أن تبين العناصر الواقعية اللازمة لثبوته، من وضع اليد و المظهر و الإستمرار طوال المدة المكسبة له.

كما أن القاعدة العامة تقتضي بشأن الحيابة أن أعمال التسامح في حيابة الإرتفاق لا تؤدي إلى كسبه بالتقادم، و تكون في صورة إستعمال أعمال مادية بالعقار المرتفق به، و لكن صاحب العقار الخادم لا يحمل هذه الأعمال على محمل الإعتداء على ملكيته، على سبيل المثال فقد يكون منح ترخيصا صريحا بالقيام بهذه الأعمال، أو ضمنا بعدم إبداء أي إعتراض على ذلك فيكون صادرا على سبيل التسامح، و لكن هذه الأعمال تتضمن نوعا من الإعتداء على حق الغير في كل الأحوال (2)، و المضايقة فيه إلا أن هذه الأخيرة أجازها القانون للغير حفاظا على علاقات حسن الجوار الموجود بين الجيران عادة، فالمصلحة الخاصة و المصلحة العامة للجيران توجبان عليهم مراعاة قدر من التسامح في علاقة بعضهم البعض، و لا يجوز أن يترتب على هذا التسامح إكتساب حق أو تحمل تكليف، و القول بعكس هذا يجعل علاقات الجوار نزاع مستمر بشكل لا يطاق (3).

فمثلا من يترك جاره يمر على أرضه غير المبنية دون مراعات المسافة القانونية، إنما ذلك تسامحا و لا يجوز أن يحتج عليه بعد مضي خمسة عشر سنة يتحول هذا التسامح إلى حق، و لا يمكن أن يؤدي وضع اليد إلى نتيجة لأنه قائم على أساس عارض إلا إذا كان صادرا من المالك إجازة ضمنية .

وفي كل الأحوال فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي يقوم بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح، فلا تكسبه هذه الأعمال حق الإرتفاق، وهو أساس صحيح في نظرنا لأنه لو تركت هذه الأعمال لحساب وتقديرات الأفراد، فإنه تشاع الحسابات الفردية على إقرار الكثير من الإرتفاقات لما لها من تقييد على الملكية، لذلك فالأمر

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1154.

2- الدكتور عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 266.

3- الدكتور شفيق طعمة، و أديب إستانبولي، مرجع سابق، ص 460-461.

متروك للقاضي للنظر في مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار ، ومقدار ماللجار من مصلحة في معارضة هذه الأعمال ، فإذا سكت ولم يبدي أي اعتراض مراعاة لحسن الجوار ثبت أنه إحتمل الأعمال التي قام بها جاره من التسامح ، ولا يجوز تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عنصرا الحيازة المادي والمعنوي ، فتتغير صفة هذه الأعمال فتصبح صالحة لأن تؤدي إلى التقادم مثل ذلك أن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة ، أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعارض به حق المالك ، ويشعره بأنه المالك فيجوز أن يترتب قيد الإرتفاق فتصبح حيازة صحيحة قد تتوافر فيها العنصران المادي والمعنوي ، فإذا فتح شخص منورا في الحائط القائم على حدود ملكه ، و اراد جاره بناء حائط هو الآخر في حدود ملكه يسد المنور منعهالجار من ذلك قبل الجار بهذا المنع ، فإن هذا عمل مادي دل به الجار على أنه بفتح المنور لا يقصد رخصة من المباحات ، بل قصد ان يستعمل الإرتفاق ومن ثم إذا إستمر مدة خمسة عشر سنة كسب هذا الحق بالتقادم (1).

أما بشأن مدة التقادم فإننا نرى أن هناك فرقا كبيرا فيها بين التقنين المدني الفرنسي والجزائري ، إذ جاءت المادة 690 من القانون المدني الفرنسي محددة لنوع التقادم الذي يمكن أن يكتسب قيد الإرتفاق به على املكية العقارية الفرنسية حيث نصت " ان الإرتفاقات المستمرة الظاهرة تكتسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة " ، لهذا جرى القضاء والفقهاء الفرنسيين على إكتساب قيد الإرتفاق على الملكية يكون بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم ثلاثين سنة ، والسبب راجع إلى الأعمال التحضيرية الخاصة بالإرتفاق بالإستناد إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا الرأي فيقولون أن السبب في ذلك راجع إلى أن الحيازة في الشيء محل الملكية أمر محسوس يمكن التثبت (2) من الحيازة في الإرتفاق ، إذ أن حيازة هذا الأخي وارد كثيرا فلم يرى المشرع الفرنسي أعمال التقادم القصير بالنسبة إليها ولم يجعلها تتقادم إلا بالمدة الطويلة ، أما بالنسبة

1- الدكتور إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، الجزء الأول، الإسكندرية 1978 الطبعة الثانية مكتبة النهضة العربية ص 320.

2-) D. Kolan ( la notion de servitudes en droit privé français), Strasbourg 1966 p 220 cité en Aberkane.

للتشريع الجزائري فالمسألة لا تحتمل أي خلاف ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 868 " لاكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور " ، فلم تذهب هذه المادة إلى تبني ما ذهب به المشرع الفرنسي من أن الارتفاق يكتسب بالمدة الطويلة ، بل جاءت هذه المادة بصفة الإطلاق دون تفرقة بين التقادم الطويل ، والتقادم القصير<sup>(1)</sup> بل يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخرج إكتساب قيد الارتفاق بالتقادم الطويل والقصير متى كان ظاهرا .

فالارتفاق كقيد على الملكية العقارية يمكن كسبه بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشر سنة بعد توافر شروطها ، وعنصرها المادي والمعنوي<sup>(2)</sup> ، فإن الحائز للارتفاق يمتلك هذا الحق بالتقادم الطويل ، وأكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها حديثا أنه إذا اقتصر الحكم بثبوت الارتفاق بالرّي من بئر ، على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن الأرض المجاورة كانت تأخذ الماء من البئر وأن حالتها تدل على أنها عملت منذ زمن بعيد ، فحق الرّي ثبت قانونا لهذه الأرض من بدأ وجود هذه البئر<sup>(\*)</sup> .

### المطلب الثالث

#### الارتفاق المنشأ بتخصيص المالك الأصلي

لم يقصر المشرع الجزائري ترتيب الارتفاق على الملكية العقارية بواسطة التصرف القانوني في مختلف طرقه التي سبق وأن بينها ، كما أمه لم يقف عند حد التقادم باعتبار أن هذه الأسباب هي أسباب عامة تخص كل الحقوق العينية الأخرى ، ولكن أضاف المشرع على غرار بقية التشريعات العربية وحتى الفرنسي منها طريقة أخرى لكسب هذا الحق بالنسبة لصاحب العقار المخدوم ، والقيد بالنسبة لصاحب العقار ، وهي تخصيص المالك الأصلي ، وفي الشريعة الإسلامية برب الأسرة ن حيث نصت المادة 869 من القانون المدني على أنه " يجوز أيضا في الارتفاقات الظاهرة أن تترتب بتخصيص المالك الأصلي ، إذا تبين بأي طريقة من

1- الدكتور محمد كامل مرسي، مرجع سابق ص 340.

2- الدكتور برهام عطا الله، مرجع سابق ص 510.

\*- لكن جاء في أحد الإجتهاادات القضائية الحديثة المنشورة في مجلة "دور" للعلوم القانونية العدد الثاني لسنة 1996، أن التقادم الذي جاءت به المادة 690 من القانون المدني الفرنسي لا تشكل أسنوب لترتيب الارتفاق إلا بالنسبة لتلك الارتفاقات المحدثة بفعل الإنسان.

طرق الإثبات أن مالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقاران إلى مالكان مختلفان دون تغيير في حالتهم عد الإرتفاق مرتبا بين عقارين لهما وعليهما مالم يكن ثمة شرط صريح بذلك " .

وقد تقدم لنا في تعريف الإرتفاق بأنه الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول ، وبناءا على ذلك فإنه إذا كان العقاران الخادم والمخدوم مملوكين لمالك واحد لم تكن هناك حالة الإرتفاق بين العقارين (1) ، وسبب ذلك راجع في نظر الفقه إلى أن منفعة الإرتفاق هنا تعود لشخص واحد فهو الذي رتب الإنتفاع بالعقارين على الوجه الذي يراه أفضل ، ونحن نرى في هذا التفسير تناقضا لقولهم أن الإرتفاق مرتب بين عقارين نفسيهما ، وليس بين شخصين وعقار ، إذ لو كان الأمر كذلك لكان التكليف الذي يرتبه المالك بين عقارين يملكهما إرتفاقا حقيقيا ، لو أنهم جروا على هذا المنطق لما كانوا بحاجة إلى النص على سبب مستقل من أسباب كسب الإرتفاق ، وهو ما سموه بتخصيص المالك الأصلي (\*) ومن ثم لا يكون فرق بين هذا الشكل من الإرتفاق ، و أي شكل آخر إلا من وجه واحد وهو أن المالك يتصرف في شكل الإرتفاق الذي خصصه بين العقارين على النحو الذي يراه بوصفه مالكا لهما ، وليس لأحد معارضته في تصرفه فيما يملك على الوجه الذي يراه ، أما وقد نقل القانون هذا السبب الذي لم يكن يعرفه الفقه الإسلامي بهذا الوصف فإنه لابد من مجازاة المشرع الذي إقتبس نصه وبقيّة أحكامه من القانون المصري والذي بدوره نقله من المجموعة المدنية الفرنسية تقريرا لسوابق تاريخية معينة أعقبت الثورة الفرنسية ، ووجه الإشكال هنا يطرح حول مامدى إعتبار تخصيص المالك الأصلي منشأ لقيد الإرتفاق ؟، إذا كان مفهوم هذا الأخير يتحدد أصلا بوجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين ، وماجدوى وجود هذا النص في القانون المدني الجزائري؟، ولبحث هذه المسائل إرتأينا أن نتطرق لكيفية تلرتيب الإرتفاق بهذه الطريقة والأساس الذي تقوم عليه ، والشروط التي يقوم عليها .

1- ) الدكتور محمد كامل مرسي، مرجع سابق ص 130-131.

\*-) Il na la destination du pere de famille que, lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisé ont appartean au même propriétaire et que est par lui que les choses ont été mises dans état du quel résulte la servitude.

## أولاً : كيفية ترتيب قيد الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي

يتبين من نص المادة السالفة الذكر أن الارتفاق الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر ، كما لو كان على العقار الأول ارتفاق لفائدة العقار الآخر وجعل بينهما علامة ظاهرة .

وإلى هذا الحد لا يمكن القول بوجود علاقة ارتفاقية لأن العقارين مملوكين لمالك واحد مما مفاده أن الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي لا ينشأ علاقة تبعية بينهما ، وإنما ينشأ هذا القيد على العقار الخادم في وقت يصبح فيه العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على هذا الوضع ، إذ في استبقاء المالكين لهذا الوضع ما يدل على أنهما أرادا أن يبررا الارتفاق إلى الوجود ، وأن هذا القيد يعتبر بعد انفصال ملكية العقارين مرتباً بينهما بموجب إتفاق ضمني بين مالكين مختلفين فلم يعد هناك ما يمنع من ظهوره <sup>(1)</sup> ، لا يُلغى إلا شرط صريح بأن يذكر المالكان صراحة أنهما لا يريدان الإبقاء على علاقة التبعية القائمة بين العقارين ، ومن ثم لا يعتبر شرطاً صريحاً بخلو عقد البيع من النص على شموله قيد الارتفاق ، أو تضمن عقد بيع أحد العقارين أن البائع يضمن خلو المبيع من كافة الحقوق العينية الأصلية كانت أم تبعية ظاهرة كانت أم خفية <sup>(2)</sup> ، فإذا فرضنا أن شخصاً يملك أرضاً وقد بنى في وسطها منزلاً وفتح فيه مطلات تطل على الأرض من جميع جوانبها ، فإنه يكون بذلك قد خصص كل من الأرض لخدمة المنزل بفتح هذه المطلات ، فإذا باع جانب من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها في غير المسافة القانونية ، فإن المشتري بارتضائه الشراء والأرض على هذه الحالة يكون قد ارتضى ضمناً أن يبرز إلى الوجود الارتفاق بالمطل ، إلى الوجود الذي كان كامناً ، فيكون المنزل ارتفاقاً بالمطل على الجانب المبيع من الأرض وقد أنشأ هذا الوضع بتخصيص المالك الأصلي أي بالوضع السابق الذي هيأه المالك الأصلي ، وإنما ينشأ بموجب إتفاق ضمني بين المالكين المختلفين ، منذ أن أصبح العقارين مملوكين لمالكين مختلفين ، فيكون الأساس الذي

1- المستشار أنور طنبية، مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة النقض منذ نشأتها سنة 1931 إلى سنة 1996، الجزء الثالث، دمشق 1996، دار الكتاب الحديث ص 43-44.

\*- يرى الأستاذ حامد مصطفى في كتابه الملكية العقارية ص 54 " أنه إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية لما اعوزنا الحكم على هذا النوع من القيود، فهناك من القواعد ما يغنينا عن تقليد النص الفرنسي.



يقوم عليه هذا التقييد في هذه الحالة هو الإتفاق الضمني ، وهذا الأخير يمكن تكييفه بأنه عقد (أي تصرف قانوني) فقيده الإتفاق الواقع على العقار المرتفق به في هذه الحالة ينشأ بمقتضى التصرف القانوني.

و الجدير بالبحث بعد تبيان المفهوم التصرف المنشأ بتخصيص المالك الأصلي و الأساس القانوني الذي يقوم عليه في إقرار قيد الإتفاق بين العقارين، هو التعرّيج على جملة الشروط العامة التي يجب توفرها لإنعقاد الإتفاق بهذا السبب<sup>(1)</sup>.

ثانياً : الشروط الواجب توافرها لترتيب قيد الإتفاق بتخصيص المالك الأصلي و هي عبارة عن وقائع مادية يجوز إثباتها بكل الطرق، و لا تشترط الكتابة فقط لإثباتها، فالأمر متروك كقاعدة عامة لكل من يدعي أن إرتفاقاً قد ترتب لفائدة عقاره على عقار مالك آخر، و من هذا المنطلق عليه أن يثبت توافر الشروط التالية :

#### أ- وجود عقاران منفصلان لمالك واحد

و هو الشرط الأساسي في القيام بالإرتفاق بحيث يكون هناك مالك واحد لعقارين منفصلين، سواء قطعتي أرض أو بنائين، أو أرض و بناء، و ليس من الضروري أن يكون العقاران متلاصقين، و لكن المالك مع ذلك هياً لأحدهما خدمة الآخر كالمروور<sup>(2)</sup> مثل و يصح الأمر حتى في حالة وجود عقار واحد جزأه ماله إلى قسمين و هياً أحد القسمين لخدمة القسم الآخر، فإذا كان شخص يملك أرض زراعية واسعة و قد أنشأ في جانب منها مسقاة لري كل من الأرض ثم باع جزءه الذي لا توجد فيه المسقاة جاز للمشتري أن يتمسك بالإرتفاق بالشرب للجزء الذي إشتراها، مصدره تخصيص المالك الأصلي، ذلك أن مالك الأرض عندما جزئه على هذا الحور، و هي كلها تروى من مسقاة واحدة يكون لخدمة الجزء الآخر.

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 1336.

2- الدكتور رمضان أبو السعود. مرجع سابق ص 223.

ب- جعل أحد العقارين في وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر

و المقصود بذلك أن تكون حالة الارتفاق التي أحدثها المالك مقصودة و واضحة، اي يكون قد فعل شيئاً مادياً كإدخال نوع من التهيئة على كل ما يدل على وجود علاقة إرتفاقية بين العقارين، و معنى ذلك أن الإرتفاق التخصيصي لا يقع إلا في الإرتفاقات الظاهرة، و يظهر قصد المالك في أنه أراد إنشاء إرتفاق لأحد عقاره أو أحد أجزاءه على الآخر بالأدلة و القرائن الصالحة للإثبات، أما إذا تبين من هذه الأعمال أنه لم يكن يقصد سوى إحداث حالة طارئة مؤقتة لرغبة في نفسه أو لظروف خاصة، أو قيامه بهذه التهيئة على سبيل مؤقت، فإنه لا يكون هناك إرتفاق يصح الحكم به لصالح المدعي، كأن يثبت أنه مان قد مد أنابيب الماء و أسلاك الكهرباء، أو أحدث مطلا لحاجة إحتفال. و كذلك لا يكون هناك إرتفاق إذا كان ما أحدثه المالك شيئاً آخر يختلف، و يألف في طبيعتها معنى الإرتفاق، من هنا يتبين أن هذا القيد يجب أن يكون ظاهراً و مستمراً أيضاً<sup>(1)</sup>.

ج - المالك الأصلي للعقارين هو الذي أنشأ الوضع الفعلي القائم

و هو شرط بديهي بحيث يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذي يقوم بترتيب الوضع الفعلي القائم أو إستبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائماً، و بهذا يمنع الحائز من الإدعاء بإقامته لهذه العلاقة بين العقارين بحيث لم يعد مالك ، كما يمنع المستأجر من ترتيب هذا الوضع بين العقارين ، ويستفاد من ذلك أن من يتمسك بأنه إكتسب حق إرتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت بأن العقار مملوك له ، والعقار الذي يدعى أنه إكتسب عليه قيد إرتفاق كان مملوكين لمالك واحد ، وأثناء إجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلي علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر إرتفاقاً ظاهراً لو ان العقارين كانا مملوكيين لمالك مختلفين<sup>(2)</sup>، و أن هذه العلاقة إستمرت إلى ما بعد إنفصال ملكيتها، فإن كان الذي أنشأ الوضع الفعلي ليس هو المالك، بأن كان مستأجراً لعقارين أو صاحب حق إنتفاع على كل منها، فليس هذا بالتخصيص المالك الأصلي و إن كان الذي أنشأ الوضع الفعلي هو المالك لعقارين، و لكنه كان يملك أحدهما أو كلاهما

1- الأستاذ حامد مصطفى، الملكية العقارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى بدون سنة، درا الكتاب الحديث ص 59-60

2- الدكتور محمد كامل مرسي، مرجع لسابق ص 200.

بسبب قابل للفسخ أو الإبطال أو النقص، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت، فإن الأثر الرجعي لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معا وقت أن أنشأ الوضع الفعلي القائم، و من ثم لا يعتد بهذا الوضع.

#### د - وضع علامة ظاهرة تكتشف عن الوضع الفعلي

و هو جوهر هذا السبب في ترتيب الإرتفاق، بحيث أن القانون لا يعتد بالإرتفاق المقرر بواسطة تخصيص المالك الأصلي إلا إذا كان له علامة ظاهرة تخص العقار الخادم، كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين، في غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر، فتكون بذلك هذه النافذة علامة ظاهرة و تبقى إلى الوقت الذي يمتلك العقارين مالكان مختلفان، حتى لا يعترض على ذلك، فهو إذ قد رضي رضاءا ضمنيا بنشوء قيد الإرتفاق على عقاره، كما يكفي أن يكون الإرتفاق ظاهرا و لا يشترط أن يكون الإرتفاق ظاهرا كما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث نصت على حالتين إحداهما يتطلب فيها أن يكون الإرتفاق مستمرا، ظاهرا حتى يكتسب بتخصيص المالك الأصلي، أما الحالة الأخرى لا يشترط فيها إلا أن يكون الإرتفاق ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب، و لم يأخذ المشرع الجزائري بهذا النصين بل إكتفى بنص واحد و هو الذي أقر فيه الإرتفاق الظاهر الذي يجوز كسبه لتخصيص المالك الأصلي<sup>(\*)</sup>.

كما يشترط عدم نشوء الإرتفاق عند وجود صريح يقضي بعدم نشئه و يفترض هذه الحالة بالنص عليها في السند الذي أنشأ العلاقة بين العقارين بحيث جعلهما مملوكين لمالكين مختلفين، كالبيع أو الهبة أو الوصية<sup>(1)</sup> أو شروط البيع بالمزاد العلني، فعلى المشتري مثلا في عقد البيع أن يقدم دليل إثبات مادي بأنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يقضي بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة، و أن المشتري قد إشتري العقار خاليا من قيد الإرتفاق بالمرور لفائدة العقار الذي إستبقاه المالك الأصلي، فإذا فرض أن المشتري لم يقيد عقد البيع بشرط صريح السالف

\*-) La tribunal Française à dit que " les Juges du Fond au un pouvoir souverain a appréciation de l'intention de auteur commun qui à diviser le fonds d'asseyttir en des fonds issu de la division au profit de l'ateur " ( 15 Mai 1991).

1-) الدكتور محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية و القانون، الطبعة الأولى القاهرة 1991 منشأة المعارف ص 85.

الذكر سلم للمالك الأصلي دعواه من نشوء الارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه، و سكوت المشتري و عدم تعرضه لنفي دلالاتها من وجود هذا الحق بالمرور هو قبول ضمنى بنشوءه، و بالتالي فإن العلاقة الارتفاقية بين عقارين تمت بتخصيص المالك الأصلي فيعتبر بمثابة إستثناء من القاعدة العامة، و يفرض وجوده لكونه يعتبر إتفاق ضمناً على إنشاء قيد ارتفاقي، شريطة أن يكون هذا التقييد قد أحدثه مالك العقارين أو العقار الذي جزئه إلى قسمين قبل الانتقال ملكية أحدهما أو كلاهما إلى أشخاص آخرين، و يثبت هذا بوسائل الإثبات العادية و لا ينفع كما ذكرنا سلفاً أن يكون أحد غير المالك قد أحدث حالة الارتفاق، كالمنتفع أو المستأجر<sup>(1)</sup>.

و لما كان المشرع الجزائري قد تبين هذه الطريقة في ترتيب الارتفاق كقيد على الملكية العقارية فكان الأجدر به أن يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي، الذي أثرى هذا المجال بالعديد من الجوانب، فحتى التخصيص المالك الأصلي مصطلح غير دقيق حيث أن الفقه الإسلامي يطلق عليه مصطلح " رب الأسرة " و ليس ما سلف ذكره لأنه مصطلح منقول عن التشريع المصري، هذا الأخير الذي تأثر بما جاء في المجموعة المدنية الفرنسية من قواعد تخص هذا الجانب، بينما تجد أحكام تخصيص رب الأسرة أصلها في قاعدة الإستصحاب التي تقول بأنه " ما ثبت في زمانه يحكم ببقائه " ما لم يوجد دليل يخالفه، و من ذلك أن الحكم يكون للحال الحاضرة عند إختلاف<sup>(2)</sup>.

من التطبيقات في ذلك قولهم في هذا المجال " إذا إختلف في طريق الماء الذي يجري إلى دار أحد، لكلا الطرفين، ينظر فإن كان الماء يجري في المسيل وقت الخصومة أو على علم جريانه قبيل ذلك يبقى على حاله و يكون القول لصاحب المسيل مع اليمين"، و إن كان الماء يجري وقت الخصومة و لم يعلم جريانه قبل ذلك فقول لصاحب الدار مع اليمين، و غير هذه الأحكام كثيرة وردت في الفقه الإسلامي بشأن أحكام الارتفاق<sup>(3)</sup>.

1- الدكتور عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق ص 124.

2- الدكتور زهد يكن، مرجع سابق ص 156-157.

3- الأستاذ حامد مصطفى، مرجع سابق ص 63.

و لكن أحسن ما فعل المشرع الجزائري حينما طبق هذه الطريقة على الارتفاقات الظاهرة دون غيرها، و الواضح من هذا أنه سعى إلى التمسك بالأصل المقرر من الارتفاقات بحيث تمثل وضعاً إستثنائياً في التشريع المدني، فهي قيد على الملك علاوة على ما فيها من مضايقة لحرية المالك، فإنها تنقل من قيمة العقار في أغلب الأحيان، و عليه كان على المشرع فرض وجود علامة معينة تدل على صفة التبعية بين العقارين على عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث جاء بنصين متناقضين، و آخر يرتب قيد الارتفاق على أحد العقارين في الحالة الظاهرة و الغير الظاهرة.

و خلاصة دراستنا لهذه الأسباب في ترتيب قيد الارتفاق على الملكية العقارية أن القانون جاء بخمسة أسباب لإقرار هذا القيد على الملكية العقارية، لكن التصنيف الوارد بشأنها جعل التصرف القانوني من أوسع هذه الأسباب و إستعمالاً، أما تخصيص المالك الأصلي الذي قلنا أنه يقوم على إتفاق ضمني على إنشاء القيد، فقد قصره المشرع على وجوب أن يكون ظاهراً إضافة إلى التقادم المكسب الذي تعتبر الحيازة فيه كاملة بركنيها المادي و المعنوي في المدة القانونية و بدون إنقطاع و عليه من إستطلاعنا لهذه الأسباب نرى من الوهلة الأولى غياب القانون حيث أهمل المشرع ذكره كسبب من أسباب فرض قيد الارتفاق، حيث أن أصل جميع الارتفاقات هو القانون و لو جبرا على المالك، إلا أن إهماله لهذا السبب في نظر البعض أن موطنه رأه ملائماً و هو حق الملكية إعتبار أن الارتفاق القانوني قيد ملازم لذلك الحق ناسين في ذلك الطبيعة المختلطة لبعض الحقوق كحق المرور الذي يعتبر قيد و حق في نفس الوقت إضافة إلى أن هناك إرتفاقات لم تذكر في القيود القانونية التي ذكرت في حق الملكية، و تتجسد في مختلف النصوص القانونية التي تعتبر بحق سببا من أسباب ترتيب قيد الارتفاق على الملكية العقارية، و إن كان ترتيب هذا الحق على الملكية الخاصة من الأمور المسلم بها في مختلف التشريعات و ذلك راجع للبعد الإجتماعي و الإقتصادي الذي يجب أن تسير في ظله الملكية الخاصة مما يدفعنا إلى القول و التسليم بوجود إرتفاقات على الملكية الخاصة و لكن بمرعاة مجموعة من القواعد التي تضمن حقوق التملك للمالك و إلتزاماته، زيادة على ذلك فإن مهما حاول بعض الفقه تغييب دور القانون في ترتيب هذا القيد على الملكية العقارية فإنه يمكن القول بأنه إذا غيب بداية فإنه يحضر في النهاية و ذلك كون أن العلاقة الإتفاقية القائمة على الارتفاق ينظمها فيما بعد القانون و تكون نفس النتائج التي تترتب عن قيام الارتفاق بواسطة القانون.

و إن كان التسليم بوجود إرتفاقات على الملكية الخاصة لمراعاة القواعد الحافظة لحقوق التملك بأسمى هذه الأحكام و هو " الدستور " كأمر مستصاغ في كل التشريعات، فهل يجوز ترتيب الإرتفاق على المال العام خصوصا و أن له قواعد أمره تحميه أكثر من غيره من الأموال الأخرى ؟.

## المطلب الرابع

### مدى جواز ترتيب قيد الإرتفاق على المال العام

نظرا للطابع الإقتصادي و الإجتماعي للمال العام، و ضرورته القصوى للإستمرار المرافق العامة، و ضمانا لتأدية دورها الأكيد في تحقيق النفع العام فقد خصها المشرع بأحكام قانونية تختلف بها عن بقية الأملاك من خلال الحماية المقررة بأحكام دستورية<sup>(1)</sup> جوهرها جاء في المادة 17 و المادة 18 منه حيث نصت هذه الأخيرة " تستمل الأملاك الوطنية على مجموع الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التي تحوزها الدولة و جماعاتها المحلية في شكل ملكية عمومية أو ملكية خاصة "<sup>(\*)</sup>.

و الجدير بالذكر هو إقامة التفرقة الجوهرية بين الأملاك العامة و الأملاك الخاصة إنطلاقا من معيار الوظيفة المنوطة بالمال العام، حيث يمكن للأشخاص الإدارية اللجوء إلى صلاحيات و إمتيازات السلطة العامة عند إستغلالها لتحقيق المصلحة العامة و خاصة عندما يكون الغرض من تسييرها حماية الإستعمال الجماهير العام و بالتالي فالأملاك التي تستغل لغرض تحقيق النفع العام تعتبر أملاك عمومية، أما الأملاك التي تخصص لغرض مالي فهي أملاك خاصة بالإدارة .

و سنحاول الإجابة عن التساؤل الذي أصبح محور إهتمام الباحثين في الدراسات المتعلقة بالمال العام، حول مدى إحتفاظه بطبيعته المعروفة بطابع التقديس و السمو نظرا لوظيفته مع التطور الحاصل في المجال الإقتصادي و إستجابته للمرونة المتطلبية لأداء وظيفته المالية النافعة للمجتمع و من ثم قبول هذا المال إقامة إرتفاقات تحد من إطلاقية هذا المال ؟ .

1- الدكتور أحمد رحمانى، محاضرات بعنوان " النظام القانوني الجديد للمال العام"، غير منشورة، المدرسة الوطنية للإدارة 1997.

\*- يمكن أن تكون هذه الأموال تابعة لشخص إداري من جهة، و من جهة أخرى تكون ملكية لدولة و الولاية و البلدية، و بالتالي هذه الأملاك لا يمكن أن تشمل على أملاك تابعة للأفراد و لا الأملاك التي تعتبر ملكية لمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

و للإجابة عن هذا التساؤل يمكن التعرض إلى مناقشة العناصر التي يمكن أن تحمي المال العام و هي :

أولاً: قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام " L'inaliénabilité du domaine public " تجد هذه القاعدة أصلها في سوابق تاريخية، بحيث كان حظر التصرف في أموال التاج حظرا عاما و مطلقا، مهما كانت طبيعة الإجراءات المعدة بشأن التخفيف من حدة هذه الحماية، و قد إستمر تطبيق هذه القاعدة في القانون الفرنسي كقاعدة عرفية إلى أن تم تدخل المشرع بسن تقنين لدومين الدولة و بالتالي كفالة حماية أقوى لما إشتملت عليه الأحكام العرفية، و نص صراحة على أن الأموال الدومين العام تكون غير قابلة للتصرف أو لإكتسابها بالتقادم (1)، و أساس هذه القاعدة " عدم جواز التصرف في الأموال العامة " أساسه ضرورة حماية التخصيص للمنفعة العامة لأجله الأموال العامة للإدارة، لذلك أنه بإتاحة التصرف في هذه الأموال، إنتقال ملكيتها من ذمة الإدارة إلى ذمة الغير (\*)، و إنقطاع التخصيص و على أساس هذه القاعدة لا يمكن لا يمكن في طبيعة الأموال العامة بإعتبارها غير قابلة للتملك الخاص، و بهذا فمعيار عدم جواز التصرف في الأموال العامة يدور وجودا أو عدما ببقاء التخصيص أو زواله، فهو يبقى ما بقي التخصيص و يزول بزواله.

### ثانياً : مدى قاعدة عدم جواز التصرف في الأموال العامة

إذا كان أساسا هذه القاعدة يكمن كما سبق في ضرورة حماية الأموال العامة وإستمرارها بتخصيصها، لذلك فسيران هذه القاعدة على التصرفات المدنية التي بنجر على إبرامها إنتهاء تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة بخروجها من ذمة الإدارة، و عليه لا يجوز للشخص الإداري أن يقوم ببيع هذه الأموال أو هبتها أو الإيضاء بها أو إيجارها، و أن إرتفاق هذه القاعدة إلى معيار فإنها تبدوا مقصورة على التصرفات المدنية التابعة للقانون الخاص و بذلك لا تطبق على أنواع أخرى من التصرفات التي لا تتنافى طبيعتها مع بقاء تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، و تسمى بالتصرفات الإدارية التابعة للقانون العام، و النتيجة الحتمية للتصرف

(1- ) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في أسواق الدولة العامة والخاصة، الجزء الأول " الأموال العامة "، الإسكندرية بدون سنة، ديوان المطبوعات الجامعية ص 563-564.

\*-) Article 52 " Les biens du domaine public sont inaliénables imperceptibles ".

في الأموال العامة دون إحترام صفة التخصيص هو البطلان إذ يجب أن تتجرد هذه الأموال من صفتها العامة قد تصبح في عداد الأموال الخاصة الجائز التصرف فيها<sup>(1)</sup>.

و يمكن إستخلاص النتائج المترتبة على تقرير قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام في كون أن الحكمة من تقرير هذه القاعدة هي منع إنتقال ملكية الأموال إلى الغير حتى لا ينقطع التخصيص للمنفعة العامة، و قد رتب الفقه و القضاء عن ذلك مجموعة من النتائج يمكن إيرادها فيما يلي :

#### أ- منع تجزئة حق الملكية على الأموال العامة

لقد كان و لا يزال الأساس في ذلك نص المادة 661 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن " كل مالك يتصل ملكه بحائط له أيضا الحق في أن يجعل الحائط مشتركا كله أو بعضه إذا دفع لصاحب الحائط نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذي يريد أن يجعله مشتركا، و نصف قيمة الأرض المبنى عليها " .

لكن إن كان هذا النص يجد مجال تطبيقه بشأن الملكيات الخاصة المتجاورة فإنه لا يمكن الإحتجاج به أو التحدي به إزاء الأموال العامة، إذ لا يستطيع المالك المتاخم لمبنى عام أن يطالب الإدارة بالتخلي عن نصف ملكية الحائط المشتركة " المال العام " لما ينطوي عليه ذلك من تجزئة في ملكيته و هو ينافي مبدأ عدم جواز التصرف في الأموال العامة، و حقيقة الأمر أن عدم سريان قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام على مثل هذه التصرفات تتم بين شخص عام و بين شخص عام آخر، و هنا ستظل الحماية موجودة لمال العام طالما أنه ظل في يد أحد الأشخاص العامة، أما الحالات الأخرى كحالة الإلتزام أو الترخيص بالإنتفاع بالمال العام فهي تصرفات مؤقتة تملك الإدارة فحسبها بإستعمال إمتيازات السلطة العامة.

#### ب- عدم جواز تقرير حقوق الإرتفاق على المال العام

ذهب بعض الفقه الفرنسي على الخصوص إلى أن الأموال العامة لا يجوز تحميلها بحقوق إرتفاق مدنية و كانت هذه القاعدة سائدة في مرحلة معينة في الجزائر بحكم سريان النصوص القانونية الفرنسية بها، غير أن هذا النظر لم يعد مقبولا اليوم، و بات من الجائز تقرير هذه الإرتفاقات إذا كان ذلك لا يتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة التي خصصت

(1) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق ص 578.



لأجلها هذه الأموال، فذهب مجلس الدولة في هذا الشأن إلى ضرورة التمييز بين الإرتفاقات القانونية "Les sevitudes Légales" و بين الإرتفاقات الإتفاقية "Conventionnelles" و قرر أنه لا يجوز تحميل الأموال العامة بإرتفاقات الأولى لأنها تتطوي في حقيقة الأمر على التجزئة حقيقية في ملكية هذه الأموال، أما بالنسبة للنوع الثاني " الإرتفاقات الإتفاقية " فذهب المجلس إلى وجوب التفرقة فيما بين نوعين الأولى يكون تقريرها لاحق "Posterieurement" لإكتساب المال العام صفته العامة<sup>(1)</sup> و الثانية يكون تقريرها سابق "Anterieurement" لإكتساب المال هذه الصفة، فبالنسبة للإرتفاقات الإتفاقية فإنه لا يجوز تقريرها على الأموال العامة لما يتضمنه ذلك من تجزئة حقيقية لحق ملكية الإدارة الثابت على هذه الأموال و هو يتنافى مع قاعدة عدم التصرف في الأموال العامة، أما بالنسبة للإرتفاقات الثانية فهي تظل موجودة إن كانت مباشرتها يتوقف على عدم تعارض هذه الإرتفاقات مع التخصيص للمنفعة العامة أما إذا تعارضت مع التخصيص المذكور فإنه يكون لأصحاب هذه الحقوق مطالبة الإدارة عن قيمتها أمام جهة القضاء الإداري<sup>(2)</sup>، أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت على خلاف ما أقره مجلس الدولة الفرنسي إلى جواز تقرير حقوق الإرتفاق الإتفاقية بشرط عدم تعارضها مع تخصيص الأموال للنفع العام، و لا يهم بعد الوقت الذي قررت فيه هذه الإتفاقيات سواء ترتبت بعد تخصيص الأموال للنفع العام أو قبل هذا التخصيص، و يعود قرار ملائمة أو عدم ملائمة هذه الحقوق مع التخصيص المعد للمصلحة العامة من الإختصاص الأصلي للقاضي الإداري.

أما المشرع الجزائري فقد جار في ذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، و قطع ذلك بنص حاسم حيث نصت في ذلك المادة 867 من القانون المدني "...، ويجوز أن يترتب الإرتفاق على المال العام إن كان لايتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال".

و مما يبدو أن نص المادة هذا مازال متأثرا بشكل كبير بالإتجاه الإستراكي الذي يعتمد أساسا على تقديس المال العام و تحصيله بقواعد أمره تكفل عدم التعرض له من قبل الأفراد، لكن مع ذلك فإن الأملاك العمومية تتحمل بصفة إستثنائية و على سبيل الحصر إرتفاقات الجوار

1- الدكتور أنس قاسم، النظرية العامة للأملاك الإدارة و الأشغال العمومية، الجزائر 1984، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ص 50-51.

2- الدكتور أحمد رحمان، المرجع السابق، ص 75.

و هي تفرضها طبيعة الموقع المحدد للمال العام و معالجة الحالات الواقعية لإتصاله  
بالمال الخاص بالأفراد، بحيث نظمتها نصوص القانون المدني بصورة تبادلية مع الأملاك  
المجاورة<sup>(1)</sup>.

و في كل الأحوال فإن هذه النوعية من الإرتفاقات لا يمكن أن نتصور من خلالها تقسيم  
عناصر الأموال العامة على أساس أن هذا العمل يؤدي إلى المساس بالملكية هذه العناصر و هو  
أمر يتعارض مع أهمية الحفاظ على وحدتها و تكاملها بما يمكن من تحقيقها لأهداف النفع العام،  
و هو المبدأ المحمي أساساً بقاعدة عدم جواز تصرف السابق دراستها، و قد طبق القضاء  
الفرنسي هذا المبدأ بصورة مستقرة، فحكم بعدم قدرة الملاك المجاورين على المطالبة بتملك  
الحائط المشترك الفاصل بين أملاكهم و الأموال العامة، كذلك رفض تطبيق إرتفاقات المسيل  
و المرور على عناصر الأموال العامة لإستعمال الأموال الخاصة المجاورة، لكن من جهة  
أخرى فإن نسبة هذه القاعدة طرحت أكثر من مرة أمام الإشكالات و الحالات العملية، إذ  
سهمت في التخفيف من حدتها، حيث يمكن للملاك المجاورين اللجوء إلى رفع دعوة الإلغاء في  
مواجهة القرارات الإدارية الصادرة عادة من مجلس البلدية التي تمنع فتح المطلات بالعقارات  
الواقعة على حدود الطرق العامة<sup>(\*)</sup>، و أيضاً ضد القرارات الإدارية الفردية التي تتضمن  
إعتداءات على حقوق الملاك المجاورين للطرق العامة، مثل عدم الترخيص لإنشاء مكان لركن  
السيارات على رصيف الطريق.

و من هذا المنطلق فإن ترتيب الإرتفاق على المال العام يكون بصورة إستثنائية  
و مشروطة بقاعدة عامة هي عدم المساس بفكرة التخصيص التي تبقى شكلاً من أشكال الحماية  
القانونية للمال العام من ترتيب بعض الحقوق العينية عليه، كما أن إقامة التفرقة بين الإرتفاقات  
القانونية و الإتفاقية، و القول بأن الأولى تساهم في تجزئة المال العام فإنه من الأجدر التوسع  
في هذه القاعدة بشكل يسمح بأداء المال العام لدوره الإقتصادي، كما أن الملاحظ بالنسبة  
للإرتفاقات الإتفاقية أنها تساهم كذلك للوصول إلى نفس النتيجة التي تحققها نظريتها القانونية  
و بهذا لا يمكن الوقوف عند شرط إحترام فكرة التخصيص في كل الأحوال.

1- الدكتور أحمد رحمانى، مقال بعنوان " نطاق المال العام، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة العدد الثالث سبتمبر 1994  
ص 27-28.

\* ( وهو ما جاءت به أحكام المادتين 67 - 68 من قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90 المؤرخ 1 ديسمبر 1990

## المبحث الثاني تصنيف الحقوق الإرتفاقية

إذا كانت القيود القانونية التي جسدها مختلف التشريعات قد قسمت إلى قيود ترد على المصلحة العامة و قيود ترد على المصلحة الخاصة، فإن الإرتفاق رغم أنه جزء من هذه القيود في معناه العام بحيث ينتهي إلى نفس النتائج التي تفضي إليها القيود السالف ذكرها، و لكن الإرتفاقات عرفت تقسيمات مختلفة بحسب الغاية منها والأشكال التي تتخذها، وبحسب النظرة التي جسدها كل تشريع و كذلك بحسب السياسية العقارية المنتهجة، هذه الأخيرة التي قد تعرف إنفتاح كبيرا يترك المجال الواسع للملكية الخاصة كما قد تعرف تضيقا تاركة المجال واسعا أمام تدخل التنظيم للحد منها.

فقد اعتمدت عدة تقسيمات بحسب المصدر، و الشهر، و هناك من يذهب إلى إقرار تقسيم مراعاة لفكرة إستمرار قيد الإرتفاق و الظهور، و يمكن إجمال أهم التقسيمات من حيث المصدر و من حيث ضرورة الشهر و الموضوع و سنعرض هذه الأقسام تبعا<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول تصنيف الإرتفاق من حيث المصدر

حيث نصت المادة 868 من القانون المدني الجزائري على أنه " ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

يلاحظ من خلال هذا النص أن الإرتفاق يمكن إعتداد تقسيماته من حيث الإنشاء أو المصدر إلى إرتفاقات طبيعية و إرتفاقات قانونية، و إرتفاقات إرادية.

#### أولاً: الإرتفاقات الطبيعية

تستند في ذلك طبيعة الموقع الذي تمتاز به بعض العقارات، كحق المسيل لمياه الأمطار المترتبة على الأراضي الواطئة لمنفعة الأراضي العالية، و معنى هذا أن الأراضي الواطئة تخضع تجاه الأراضي التي تعلوها لتلقي المياه السائلة إليها سيلا طبيعيا بدون أن يكون ليد

(1) - الأستاذ زهدي يكن، مرجع سابق، ص 241.

الإنسان دخل في ذلك، فلا يجوز مطلقا لصاحب الأراضي الوائطة أن يرفع سندا يمنع بمقتضاه المسيل، و بالمقابل لا يجوز لصاحب الأراضي أن يأتي عملا من شأنه زيادة عبء الإرتفاق على الأراضي الوائطة إلا إذا كان لذلك مقتضى، و يكون مقابل ذلك لصاحب الأراضي الحق في التعويض، و لا يسري هذا الإرتفاق على المياه التي تجلب بعمل الإنسان، و التي تجمع من قبله بالصهاريج و المياه التي تسيل من أسطح المنازل.

لذلك يحق لصاحب الأرض الوائطة أن يبني سدا و يمنع سيل مياه الأمطار المنصبة من سطوح منزل جاره لأنه غير مجبر على تحمل ذلك، لكن مقتضيات الإرتفاق أن هذا الأخير و بحكم الموقع الطبيعي فهو مجبر على قبول صرف المياه بأرضه دون أن يكون له الحق بطلب التعويض و مهما يكن الضرر اللاحق بأرضه، و من واجبات صاحب الأرض الوائطة ألا يقيم في أرضه حواجز و سدود تمنع من سيل المياه سيلا طبيعيا، و يكون وفقا لذلك الحق لصاحب الأرض العالية طلب إزالة هذه الموانع، و يزول هذا القيد بالتقادم إذا وضع صاحب الأرض الوائطة حواجز منع فيها مسيل المياه الطبيعية لأرضه مدة إكتساب الحق بالتقادم، فإنه يتخلص من قيد الإرتفاق<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا: الإرتفاقات القانونية

و هي جملة الإرتفاقات التي يقرها القانون من غير أن يشترط رضاء مالك العقار المرتفق به، كحق الإرتفاق بالمرور المقرر لمصلحة العقار المحصور من كل جانب، و حق مسيل مياه الري و حق تصريفها و تنقسم حقوق الإرتفاق القانونية إلى قسمين :

إرتفاقات مقررة للمنفعة العامة و التي يمكن من خلالها الوصول إلى شاطئ البحر، ضفاف المجاري، و تأمين ترتيب المسالك العامة، و على الأخص إنشاءات الدفاع العسكري البري و البحري كما هي محددة بموجب نصوص خاصة بالجزائر.

1- المحامي، محمد صياح النشواتي، القيود الواردة على الملكية العقارية و إشارتها في السجل العقاري، المجدد الثاني، دمشق 1993، ص 685 .

### ثالثاً : الإرتفاقات الإرادية

ينشأ هذا النوع من الإرتفاقات بالعقد و الإرادة المنفردة أو المكتسبة عن طريق التناقد، و حقوق الإرتفاق الإرادية مادام فيها تقييد واضح لحق الملكية العقارية، فلا يجوز إنشاءه إلا من قبل المالك الذي له حق التصرف في العقار، و ليس للشريك في الملك أن ينشأ الإرتفاق على العقار المشترك من غير رضاء شركائه، و إذا كان ذلك لا يجوز له إستعمال هذا الحق إلا بالإحازة من قبل بقية الشركاء أو بحصول القسمة ووقوع العقار المقرر عليه الإرتفاق في نصيبه.

من هذا المنطلق فإن التفريق بين حقوق الإرتفاق القانونية و حقوق الإرتفاق الطبيعية ليس له أثر من الناحية العملية لسبب أن كل منهما ينشأ بحكم القانون، أما التفريق بين الإرتفاقات الإرادية و قيود الإرتفاق الأخرى فهو ذو أثر مهم من حيث التسجيل في السجل العقاري، ذلك لأن الإرتفاقات الإرادية وحدها تخضع للتسجيل<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### تصنيف الإرتفاقات من حيث وجوب الشهر

يعتمد هذا التقسيم على جانب هام من الناحية العملية، تبعاً لأنظمة الشهر المعتمدة سواء كان شهراً شخصياً أو شهراً عينياً<sup>(2)</sup>، و كذلك مدى قابلية بعض الحقوق الإرتفاقية للشهر من دون بعضها الآخر، و يمكن تقسيمها إلى قسمين هامين هما :

#### أولاً: الإرتفاقات الواجبة الشهر

تشمل الإرتفاقات الإرادية و التي تكتسب كأصل عام بالتصرف القانوني أو بالتناقد، فهذه الإرتفاقات بإعتبارها حقوق عينية عقارية، لا تنشأ و لا تنتقل إلا بالتسجيلها في السجل العقاري نظراً لأهمية الشهر، بحيث يعطي الحجية المطلقة لصاحب الحق في إستظهاره للغير، ذلك لما تتضمنه من معلومات أكيدة من حيث موقع العقارات و حدودها و كذلك البيانات الخاصة بأصحابها و كذا أصحاب العقارات الواقعة عليها التقييد<sup>(3)</sup>.

1- الأستاذ محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 155.

2- الأستاذ زهدي يكن، مرجع سابق، ص 242.

3- المحامي، محمد صياح الشواتي، المرجع السابق، ص 686.

## ثانياً: إرتفاقات معفاة من الشهر

لقد أقر القانون أنواع معينة من الإرتفاقات على سبيل الحصر لا يمكن شهرها و يرجع ذلك أساسا إلى كون مصدرها القانون، و هي جملة الإرتفاقات الطبيعية و القانونية يفترض علما كافة بها، و كأنها قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس.

لكن بالتحليل الدقيق نجد أن حق المرور المنشأ لمصلحة الأرض المحصورة من جميع جهاتها، و نظرا لطبيعتها المختاطة يمكن شهر الإرتفاقات التي تقع لمصلحتها، فترك الخيار للشهر من عدمه ضياع محتمل للحقوق، لذلك يستوجب إشهاره دعم للإستقرار الملكية و الحفاظ على المراكز القانونية للمالك و ذلك بتحديد حقوق و التزامات المالك، و كذلك لتحديد نطاق قيد الإرتفاق يهيئ لمالك العقار المرتفق به دليلا قاطعا يستطيع أن يتمسك به عند الإقتضاء إتجاه الغير.

## المطلب الثالث

### تصنيف الإرتفاق بحسب الموضوع

هناك تقسيم آخر للإرتفاقات يختلف عن التقسيمات الأخرى، بحيث تتخذ من موضوعها و طريقة إستعمالها أساسا له، و ذلك من وجوه و مزايا متعددة، لكونها إيجابية و سلبية، ظاهرة و غير ظاهرة، حقوق مستمر و حقوق غير مستمرة.

### أولاً: الإرتفاقات الإيجابية و الإرتفاقات السلبية

يرجع بنا هذا التقسيم إلى مضمون الإرتفاق ذاته، فإذا كان هذا المضمون يجعل لمالك العقار المرتفق الحق في القيام بأعمال إيجابية للعقار المرتفق به، كالإرتفاق بالمرور، و هنا يكون الإرتفاق إيجابيا، أما إذا كان مضمون الإرتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لولا وجود قيد الإرتفاق، كعدم البناء و عدم التعليق<sup>(\*)</sup>.

\*- تبدأ فائدة التقسيم في القانون الجزائري، من حيث أن الإرتفاق الإيجابي يسقط بعدم الإستعمال مدة خمسة عشر سنة مستمرة تحسب من تاريخ آخر عمل أتاه صاحب حق الإستعمال، أما الإرتفاق السببي تحسب المدة من تاريخ القيام بأول عمل من طرف مالك العقار المرتفق به بقصد تعدي على ملكية صاحب حق الإرتفاق.

و الإرتفاق الإيجابي إما يكون مستمرا كالإرتفاق بالشرب و المجرى و المسيل، أو غير مستمر كالإرتفاق بإغتراف المياه، و قد يكون ظاهرا كالإرتفاق برعي المواشي.

### ثانياً : الإرتفاق الظاهر و الإرتفاق الغير الظاهر

هو إرتفاق ينبي وجوده على وجود أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى، و الإرتفاق الغير الظاهر هو إرتفاق ليس له علامة خارجية تظهر وجوده، و ذلك كالإرتفاق بصدد البناء أو بعدم التعلية، و إن كان تقسيم الإرتفاق إلى مستمر و غير مستمر يرجع إلى طبيعة الإرتفاق في ذاته، فإن تقسيمه إلى ظاهر و غير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة هذا الأخير بل إلى أمر خارجي عارض، هو وجود العلامة الظاهرة من عدمها، و على ذلك قد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده، فالإرتفاق بالمرور يكون ظاهر إذا كان الطريق المعين مرصوف، و غير ظاهر إذا كان غير محدود بعلامة خارجية، لا يتميز عن سائر الأرض التي يتم السير عليها.

### ثالثاً: الإرتفاقات المستمرة و الإرتفاقات الغير المستمرة

الإرتفاقات المستمرة هي التي تستعمل من قبل صاحبها بصورة متواصلة دون تدخل من قبله، أو بعبارة أخرى هي التي تعمل بصورة آلية كما في المطل، و الإرتفاق بعدم التعلية. أما الإرتفاقات الغير المستمرة فهي التي لا يمكن إستعمالها بدون تدخل من جانب صاحب العقار المرتفق، و يبدأ هذا التداخل عادة في أعمال متكررة كما في حق المرور، فإنه لا يستعمل إلا في حق المرور، و عليه لا يستعمل إلا في كل مرة يمكن أن يستعمل فيه من قبل صاحب هذا الحق<sup>(1)</sup>.

و تظهر أهمية التفرقة بين الإرتفاقات الظاهرة و الإرتفاقات الغير الظاهرة ثلاث نتائج أساسية هي :

- أن الإرتفاقات الظاهرة وحدها التي يجوز كسبها بالتقادم دون غيرها، رغم الإنتقاد الذي وجه لهذه الفكرة حيث كان لابد من إطلاقها على الإرتفاقات الغير الظاهرة.
- كذلك الإرتفاقات الظاهرة وحدها التي يصح ترتيبها بواسطة تخصيص المالك الأصلي،

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 110-111.

- كما أن في عقد البيع يفترض القانون أن البائع قد اشترط الضمان بالنسبة لحق الارتفاق إذا كان ظاهرا .

كما تبدأ ثمرة التفرقة بين الارتفاقات المستمرة و الارتفاقات الغير المستمر في القانون المدني الجزائري في مجال سقوط حق الارتفاق بعدم استعمال لمدة خمسة عشر سنة ابتداء من يوم الذي يتمتع فيه صاحبها من استعمالها، في حين أن مدة سقوط الارتفاقات الغير المستمرة تبدأ اعتبارا من وقت آخر استعمال قام به صاحب العقار المرتفق، وقد ذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها أن الارتفاق الظاهر وحده الذي يجوز كسبه بالتقادم<sup>(1)</sup>.

وإن كان استعراضنا لمختلف المسائل التي يثيرها قيد الارتفاق ، وإتضح لنا من كل ماسبق أن الارتفاق لا يخرج عن كونه حق عيني عقاري كقاعدة عامة ، وقيد أو عبء مفروض سواء بصفة إتفاقية من خلال الوسائل والأحكام التي اتاحها المشرع لترتيبه مع ضمان ذلك بأحكام مكملة تسمح لإرادة الأطراف الإتفاق على خلافها ، أو بواسطة القواعد القانونية الأمره ، حيث يجد المالك نفسه مجبرا على إحترام القيد الذي نص عليه القانون لضمان مصلحة معينة جديرة للرعاية ، وصاحبة الأولوية بالحماية القانونية .

وحتى يتضح لنا هذا السبيل أكثر إرتأينا أن نوسع مجال هذه الدراسة إلى إبراز مختلف التطبيقات التي تظهر فيها الارتفاقات بكل التزاماتها التي ترد على العقار ، وغايتها في ذلك تشخيص المسائل والإشكالات القانونية التي تطرحها هذه القيود والضوابط القانونية المقررة في استعمال الارتفاقات خاصة أنها تمس أقدس ما يملكه الإنسان وهي الملكية العقارية، هذا وسنخصص ضمن هذه الدراسة في مبحث بعض التطبيقات للقيد الإرتفاقية ، وندرج ضمنه أهم هذه القيود حق " المرور" ضمن مطلب أول ، وتفسير بعض المسائل التي يثيرها ، ثم في مطلب ثاني حق المجري ، وفي مطلب ثالث سنتناول بعض الارتفاقات التي يقررها القانون إنطلاقا من النصوص القانونية العقارية الصادرة في الجزائر ، والنتائج التي كرسها هذه الارتفاقات على العقار ، ثم نخصص ضمن هذا المبحث مطلب رابع لكيفية استعمال الارتفاق والقواعد المنوطة به.

(1) - الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1337.



## المبحث الثالث تطبيقات القيود الإرتفاقية

سنعمد في هذا المبحث إلى إعتراض بعض التطبيقات العملية التي أوجدت العديد من المشاكل بين الملاك ، ودراسة أهم الأسس التي تقوم عليها وإبراز أحكامها من خلال النقاط التالية.

### المطلب الأول الإرتفاق بالمرور

يعتبر الإرتفاق بالمرور من بين أهم القيد التي تترتب على الملكية العقارية على الإطلاق ، نظرا للمشاكل العملية ، والنزاعات التي يطرحها بين الملاك تبعا لتعدد طرق وإنماط هذه الملكية في الجزائر بسبب عدم إستقرارها بنصوص قانونية معينة<sup>(1)</sup>.

وإن كان الإرتفاق بالمرور قد شرع لغاية معينة وهي إتاحة الفرصة لحسن إستغلال الأراضي التي قد تبقى معطلة إذا بقيت محصورة ، ولأن هذا الإستغلال قد يتعطل إذا بقيت العقارات محصورة لاسبيل للوصول إليها أو منها إلى الطريق العام ، حيث هذا الهدف وإن قدم مصلحة خاصة لصاحب العقار المنحصر فإنه في الوقت ذاته يخدم مصلحة الإقتصاد العام سواء كان الطريق المراد المرور بواسطته مملوكا لصاحب الإرتفاق بالمرور ، ومخترقا أرض غيره أم مملوكا لصاحب الأرض المار فيها ، وحق المرور من الطريق العام ثابت للجميع الناس ، ولأصحاب العقار المتصل به الإرتفاق أن يفتحوا ما يشاءون من أبواب ونوافذ دون أن يكون لأحد من الجيران حق الإعتراض على ذلك سواء أكان ذلك إنشاء أو إحداثا أو إعادة وتجديد لها لما كان من قبل ، ويثور التساؤل بشأن الطبيعة القانونية للإرتفاق بالمرور حيث إذا رجعنا إلى التبويب نجد أن المشرع الجزائري نظم أحكامه ضمن الأحكام الخاصة بالقيود الواردة على حق الملكية ، لكن المشرع إستعمل مصطلح الإرتفاق بالمرور في العديد من النصوص الخاصة به مما يمحي أن الإرتفاق بالمرور له طبيعة مختلطة تجمع ما بين صفة القيد وصفة الإرتفاق ، ولما كان موضوعنا يستطرق الجانب

1- الدكتور محمد يوسف موسى، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، دار التراث العربي ، القاهرة 1978 ص 75-76.

السلبى من الإرتفاق ( كقيد )<sup>(1)</sup>، فإن تأصيلنا لأصل المسألة المتعلقة بمدى إعتبار حق المرور من ضمن القيود القانونية أم يعد مرتبا لحق إرتفاق ، نشير إلى انه ثار خلاف جوهري حول الطبيعة القانونية لحق المرور ،لكن بداية يمكن القول أن أغلب الآراء تذهب إلى إعتبار المرور في أجزاء العقار ليس إستعمالا لحق المرور القانوني وإنما إستعمال لحق الإرتفاق بالمرور وأساس ذلك أن القانون لايعتبر جزء العقار محبوسا قانونا ومن ثم لايتقرر له حق المرور ، كما أن مصدر المرور في جزء العقار هو التصرف القانوني الذي أدى إلى التجزئة ، بيد أن مصدر المرور القانوني هو نص القانون .

وفي ذلك ذهب رأي إلى أن أساسه هو الإلتزام بضمان الإنتفاع بالجزء المتصرف فيه، وهذا الإلتزام يحمل من قام بالتصرف بضمان الإنتفاع ،وهو لايتأثر إلا إذا تحمل مرور المتصرف إليه في الجزء الذي إستبقاه، وقد إعترض بحق على هذا الرأي بأن الإلتزام بالضمان يذهب بالتفسير حالة إستبقاء البائع لنفسه الجزء المحبوس ، كما أنه يمكن بيع كل الجزء إلى شخص مختلف إذا كيف يتحمل المشتري بالضمان .

وذهب رأي آخر إلى أن إرادة الأطراف الضمنية قد إنصرفت إلى إنشاء الإلتزام بإنشاء الإرتفاق بالمرور ، وهذا الرأي وإن كان يتحاشى الإعتراض على التحليل السابق إلا أنه لايسلم من النقد فأرادة الضمنية إرادة موجودة وليست مصطنعة أو مفترضة ، إذ يجب أن تقيد الظروف التعاقد قيامها ، وفي هذه الحالة فالظروف لاتقيد ذلك ، ويجب أن توصف الغرادة بأنها مفترضة ومع ذلك فهذا التحليل لايجد له مايسنده ، لأن المشرع هو الذي يفرض وجود غرادة وهو لم يفعل .

وفي رأي آخر أن الأساس موجود في نظرية العقد ، إذ لايقصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه و لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة، وبحسب طبيعة الإلتزام، و إعطاء مالك الجزء المحبوس إرتفاق بالمرور على الجزء المتصل بالطريق العام ليس إلا من مستلزمات التصرف الذي أدى إلى التجزئة.

و قد إعترض على هذا العرض بأنه لا يستقيم في جميع الفروض، فإذا باع الملك الأصلي لأجنبي الجزء النافذ إلى الطريق العام و إستبقى الجزء المحسوب فإن هذا الرأي لا يعطل الوضع إلا إذا قلنا أن البائع قد إشتراط المرور على المشتري و هو لم يفعل لا صراحة و لا ضمنا.

1- الدكتور عبد العزيز عبد القادر أو غنيمه، الإلتزام بين الشريعة و القانون، الجزء الخمسون بيروت 1987، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ص 212-213.

و قد جاءت المادة 693 من القانون المدني في هذا السياق حيث نصت " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليست لها أي مرور يصلها بالطريق العام، أو كان لها مرور ولكنه غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك"، و هذا النص يحدد شروط توافر الإرتفاق بالمرور و يعين المكان الذي يمارس فيه هذا الحق و يبين العوض عن ذلك<sup>(1)</sup>.

#### أولا : الإنحباس عن الطريق العام مناط لحق المرور

يثبت إنشاء الإرتفاق بالمرور لكل أرض محبوسة أيا كان وجه استثمارها، سواء كانت أرض بناء أو أرض زراعية أو معدة للاستثمار الصناعي، و قد قرر القانون الحق في المرور لتمكين الأرض من الطريق العام، و من ثم فهو يثبت في حالة الإنحباس عن الطريق العام و إن كان المقصود بالإنحباس في القانون الفرنسي " الإنحباس التام " غير أن هذا يثبت فيما بعد أن مفهومه ضيق و أفرز قصورا واضح في تلبية إحتياجات العمل ذلك أنه كثيرا ما تكون الأرض متصلة بالطريق العام، و يكون هذا الإتصال غير كاف بالنظر لما أعد له من إستعمال و هو ما جسده المادة 694 من القانون المدني حيث نصت " يعتبر المرر غير كاف إذا كان لا يتيسر للوصول، أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار " .

فالأرض التي يصلها بالطريق العام مرر غير كاف تعتبر محبوسة، و يعتبر المرر غير كاف إذا كان لا يتيسر للوصول إلى الطريق العام إلا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة، و تقدير كفاية المرر من عدمه مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي على ضوء الإنقناع المخصصة له الأرض فالمرر الذي يتسع لمرور المشاة قد يكون كافيا لتلبية إحتياجات أرض مبنية و لكنه غير كاف لتلبية إحتياجات أرض معدة للزراعة، و من الواضح أن للإنحباس بالمعنى المتقدم ينتفي إذا كان لمالك أرض بعيدة عن الطريق العام إرتفاق إتفاقي بالمرور إلى هذا الطريق، و إن كان هذا الإرتفاق كافيا بحسب الإستعمال المخصصة له الأرض.

1-) Cit Juglart - Les obligations réelles p 60-61.

و يلاحظ أن الارتفاق الإتفاقي كما ينشأ بالتصرف القانوني مستقلاً، أو بشرط يرد في تصرف قانوني، كالبيع أو القسمة أو المقايضة فإنه قد ينشأ بقوة القانون إستناداً إلى مثل هذا التصرف بإعتباره من مستلزماته وفق للقانون والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام حتى وإن كان مجرد كون العقار المطلوب إحداث ممر لا يزال على الشيوع لا يبرر عدم سماع دعوة فتح ممر في الأرض المجاورة إذا كان العقار لا منفذاً له على الطرق العام<sup>(1)</sup>.

و يقس الفقه الغالب على الحالة السابقة حالة تمتع الأرض المحبوسة بالمرور في أرض أحد جيرانه بناء على تسامح من هذا الجار، فيرفضون له الإعتراف بالمرور القانوني، و لكننا نرى أن مالك الأرض المحبوسة له الحق في ترتيب ارتفاق بالمرور القانوني في هذه الحالة، بإعتبار أن مروره في أرض جاره على سبيل التسامح لا يثبت له حقاً في المرور يحميه القانون بعكس مروره بناء على ارتفاق إتفاقي، و إن كان في كل هذا لم يلجأ المشرع إلى إضافة شرط الإنحباس، فمن المسلم به عادة لدى الفقه إستراطه ألا يكون الإنحباس ناشئاً عن فعل المالك، سواء كان هذا الفعل إرادياً في نظر البعض أو أي فعل في رأي البعض الآخر، فإذا كان للأرض ممر يصلها بطريق العام فشغلها صاحبها بالبناء أو كان لها ارتفاق إتفاقي بالمرور فتنازل عنه صاحبها أو تركه يسقط بالتقدم، فلا يكون لهذه الأرض ارتفاق بالمرور بالأرض المجاورة.

و إن كان هذا الرأي منتقد، ذلك أنه من المسلم به أن الإنحباس الذي يحدث ارتفاق بالمرور قد يكون نتيجة تغيير الإستعمال المخصصة له الأرض، و الإستعمال يحدث بفعل المالك فيجب التمييز بين أفعال المالك المؤدية للإنحباس من ما يؤدي منها إلى حرمانه من المرور، و ما يؤدي إلى ذلك فليس من المعقول بين من يحبس أرضه عن الطريق العام، بطريق يقيمه عليها، و من يغير في إستثماره أرض بما يؤدي إلى عدم كفاية الارتفاق الإتفاقي المقرر له، و يرى هذا الرأي بضرورة أن يكون التمييز على أساس ما إذا كان الفعل الذي أدى إلى الإنحباس قد إقتضاها الإستثمار المعقول أم لا.

فإذا تبين التنازل عن الارتفاق أو عدم إستعماله بما يؤدي إلى سقوطه كان بسبب تغيير المالك لطريقة إستثمار أرضه فلا يحرم من حقه في المرور، أما إذا كان التنازل عن الارتفاق أو عدم إستعماله مما لا يقتضيه الإستثمار الجديد المعقول للأرض، فلا يجوز المطالبة

(1) الدكتور برهام عطا الله، مرجع سابق ص 422.

بالمروور القانوني، فمتى توافر الإنحباس بالمعنى المقصود من المادة يترتب على كاهل المالك إلترام عيني يحمل ملكه بأن يمر جاره في أرضه.

و يزول الحق في المرور بزوال الإنحباس إذا فتح طريق عام مثلا على حدود الأرض التي كانت محبوسة، أو تملك صاحبها أرضا ملاصقة لها تكون متصلة مباشرة بالطرق العام، فإذا زال الحق في المرور حيث أن حق المرور القانوني يزول بزوال الإنحباس مهما طال مدته، لكن المادة 699 من القانون المدني أنتت بحكم مخالف لهذا حيث أجازت لصاحب العقار المحصور إذا حاز مدة خمسة عشرة سنة للممر الذي يستعمله، بعد إنقضاء هذه المدة يعتبر لديه سند ملكية للإرتفاق و يصبح تابعاً للعقار الذي ينشأ من أجله<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : نطاق المرور، تعيين الممر و طريقة المرور

يثبت الحق في المطالبة بالمرور لملك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، و يثبت هذا الحق لمن يكون له حق عيني على العقار كالمنتفع و صاحب حق الإستعمال و السكنى، و ذلك لأن هذه الحقوق العينية تخول لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء حيث يجوز له إستعماله و إستثماره دون حاجة إلى وساطة، أو على العكس من ذلك لا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجر<sup>(2)</sup>.

إن كان مناط الحق في المرور هو الإنحباس عن الطريق العام بالمعنى السابق، فإنه لا يلزم تحديد نطاق الممر الذي يكون عليه هذا القيد، و طريقة هذا المرور، و تحديد نطاقه يكون بناء على إتفاق، فإذا لم يكن كذلك كان عن طريق القضاء حيث يمكن أن يمارس في كل ما يجاور الأرض المحبوسة من أراضي متصلة بالطريق العام، و لا يمكن إستخلاص إلترام بإنشاء مثل هذا الإرتفاق من الإرادة الضمنية للأطراف التصرف أو من قواعد الضمان الخاصة لهذا التصرف أو من القواعد العامة في تحديد ما يشمل التصرف.

و من دواعي العدالة و الإنصاف أنها تقضي في هذه الحالة بتحميل الجزء المتصل بالطريق العام من العقار الذي تمت تجزئته بالمرور القانوني دون العقارات الأخرى المجاورة للجزء المحبوس و لو كان المرور في هذا الجزء أكثر عبئاً و أشد ضرراً، لأن الإنحباس قد

(1) الدكتور محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص 95-96.

(2) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق ص 63، 64.

ينشأ عن عمل طرفي التصرف، أما إذا لم يكن من المستطاع إيجاد ممر كاف للجزء المحبوس في أجزاء العقار الأخرى فيكون تعيين هذا الممر في العقار الذي يكون الممر فيه أخف ضررا من العقارات المجاورة.

و فيما يتعلق بإستغلال و إستثمار العقار لا يجب التوقف عند إقرار الإرتفاق بالمرور بسبب من الأسباب إستغلال العقار إستغلالا زراعيا أو صناعيا فقط، بل أن الإجتهد القضائي الحديث قد توسع في مفهوم الضرورات توسع كبيرا، و جعلها لا للإستغلال الزراعي و الصناعي فحسب بل للإستغلال التجاري و السكني على حد سواء، أما فيما يتعلق بمدى و نطاق الممر، فإنه يتبع ضرورات الإستغلال زيادة أو نقصا، و على ذلك إذا ضاق الممر عن سد الحاجيات الجديدة كما لو إستغلت أرض كانت معدة للزراعة إستغلالا صناعيا فإنه يجوز للمالك أن يطالب بممر كاف لتلبية هذه الحاجيات و على العكس من ذلك إذا أصبح الممر السابق يفيض عن حاجة الإعداد الجديدة للعقار جاز للمالك العقار المرتفق به أن يطالب بتضييق الممر و إلغائه<sup>(1)</sup>.

وقد كان للقضاء موقفا في التوفيق بين حق المرور و مقصديات الحياة الحديثة، على أنه يلاحظ أن تساهله في هذا الخصوص يتعارض مع موقفه المتشدد إزاء زيادة عبء الإرتفاق بوجه عام و لا سيما زيادة عبء الممر المستند إلى الإرتفاق لا إلى الإحصار نظرا لكون أن الإرتفاق بالمرور من الإرتفاقات التي تشكل تقيدا واضحا على الملكية العقارية، لذلك يكون من الأجدر لمالك العقار الخادم أن يطلب من القضاء نقل المرور إلى أرض أخرى من الأراضي المجاورة إذا اكن المرور فيها أخف ضررا، و أن يطلب تعيين موقع آخر للمرور في أرضه يكون أخف ضررا من الموضع الذي إختاره مالك الأرض المحبوسة و إستثماره على الوجه المألوف إن كان المرور الذي يمارسه مالك الأرض المحبوسة يجاوز هذا الحد، و يذهب الأستاذ منصور مصطفى منصور إلى ضرورة بحث كل حالة على حدى لمعرفة ما إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه في المرور في الحدود الذي رسمها المشرع و إن تجاوز هذه الحدود، فإذا جاوز حقه في المرور يعتبر إتفاقا ضمنيا و إعتباره مكتسبا بالتقادم لا يخضع لأحكام المرور القانوني.

(1- الدكتور عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، مرجع سابق ص 214

### ثالثاً : التعويض عن المرور

إن إستعمال المرر في أرض الغير لا يخلو من التضيق على المالك في إستعمال حقه كاملاً في إستغلاله لعقاره على الوجه الأمتل، لذلك فقد شرع القانون تعويضاً مناسباً للقيمة الإقتصادية التي فقدها العقار، و يقدر التعويض بنسبة الضرر الذي يسببه الممر للعقار المرتفق به، لا بنسبة الفائدة التي يجنيها العقار المرتفق، و للمحكمة أن تعجل دفع التعويض أو تأمر بدفعه عبر أقساط متعددة، و تسقط دعوى المطالبة بالتعويض و تحديد قيمته بالتقادم و تحتسب مدة السقوط ابتداءً من وقت مباشرة المرور .

و الجدير بالذكر أن المرور القانوني يثبت بقوة القانوني لصاحب العقار المرتفق بمجرد وجود عقاره في حالة إنحصار، و تبعاً لذلك يعد حق المرور القانوني موجوداً، و عليه فإن قيد المرور قد يتحدد بقوة القانون لصالح العقار المحصور و يترتب عن ذلك أن صاحب العقار المرتفق به يسهل لصاحب العقار المحصور إستعمال هذا الممر نظراً لكون الغاية منه هو إستغلاله الأرض المحصورة بما يتناسب و قيمتها الإقتصادية، و في كل هذا لا يخلو من إقرار تعويض مناسب عن قيمة المنفعة التي فقدها صاحب العقار المرتفق به نتيجة إستعمال الممر على عقاره<sup>(1)</sup>.

و قيد الإرتفاق بالمرور لا يعدو الإرتفاق الوحيد الذي نظم المشرع ترتيبه على الملكية العقارية بل هناك العديد من الإرتفاقات التي تقرر عليها ضماناً لمصلحة معينة جديرة بالرعاية من قبل القانون من جهة والأطراف أصحاب المصالح المشتركة من جهة أخرى و من بينها حق المجرى.

### **المطلب الثاني**

### **الإرتفاق بالمجرى**

ينقرر لصاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها، و قد يكون المجرة نفسه مملوكاً لصاحب المجرى أو لصاحب الأرض الواقع عليها، أو لهما معاً و قد يكون مشتركاً من قبل الكثيرين، و قد جرى الفقه الإسلامي على أن المبدأ العام ليس لصاحب الأرض منع جاره من إمرار الماء في أرضه عملاً بقول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه " والله لا يمرن به ولو على بطن " .

1- (الدكتور حامد زكي ، مرجع سابق ص 265).

و إن كان هناك مالك يملك أرض و أراد أن يستخدم لسقي أرضه المياه التي له حق التصرف فيها، و إنما يتوسط هذه المياه و أرضه أرضا للغير، فله أن يحصل على مرور هذه المياه على الأراضي المتوسطة بشرط دفع تعويض معجل مناسب، و ليس لصاحب الأرض نقل المجرى من مكانه إلا برضاء أصحاب الحق فيهم و لهم الحق في ترميمه، و منع تسرب الماء منه و تعقيمه، و تقوية جانبه، كما أن لصاحب الأرض مكاباتهم لإصلاحه حتى لا يتسرب الماء منه فيتلف مزروعاته<sup>(1)</sup>.

و حق المجرى إن كان قديما في أرض الغير يترك على حاله، عملا بقاعدة " القديم يترك على قدمه" و لا يزال إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض عملا بقاعدة الضرر لا يكون قديما.

و لترتيب قيد الإرتفاق بالمجرى على أراضي الغير يكجب ألا يكون إلا لفائدة الأرض المحرومة منها، فإذا كان المالك يستطيع سقي أرضه بطريق أخرى دون ضرورة لمرور المياه في أراضي الغير فلا يجوز له أن يطلب الإستفادة من هذا الحق، و قد قرر قانون المياه رقم 83-17 هذا القيد في نصوصه و بالتحديد في المادة 40 منها حيث نصت " يستفيد كل شخص طبيعي أو كل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يكون حائزا لإمتياز من حق المرور المياه مهما كانت طبيعتها عبر قناة باطنية في العقارات الوسطية، و يتم هذا المرور في الظروف أكثر عقلانية و الأقل ضررا، شريطة دفع تعويض مناسب و مسبق"، و هو أمر فيه جلاء و وضوح لمعنى هذا القيد، و يشترط لتجسيد الإرتفاق بالمجرى على الأرض المجاورة مايلي :

- 1- وجود لأرض بعيدة عن مجرى أو منبع .
- 2- أن يتوسط الأرض البعيدة مجرى الماء أو منبعه أرض مملوكة للغير .
- 3- أن يتم المرور في ظروف أكثر عقلانية و الأقل ضررا بالأرض الوسيطة.
- 4- دفع تعويض مناسب<sup>(2)</sup>.

(1- الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس دمشق 1984، الطبعة الثانية دار التراث العربي، ص 604-605.

(2- الدكتور وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 606-607.



كما أن المادة 42 من قانون المياه هي الأخرى تشير إلى هذا الحق و تحدد نفس الإستثناءات، لذلك تشمل البنائيات و الأحواش التابعة للمساكن مع إحتفاظ صاحب الأرض الوسطية بالتعويض المسبق، هذا الأخير ينتفي بمطالبة صاحب الأرض الوسطية بإستعمال المشترك للمنشآت اللازمة لأخذ المياه و التي يتحملها عقاره، لحق مقرر عليه، كمل يطلب منه المساهمة بنصف تكاليف الإنجاز و الصيانة، غير أنه إذا طالب بالإستعمال كان له ذلك مقابل دفع تعويض عادل<sup>(1)</sup>.

و إن كان إستقرائنا بشكل عام للإرتفاقات الإتفاقية، فإنه لا بد من عدم إغفال العديد من إرتفاقات التي خصها المشرع بنصوص قانونية خاصة، بحسب طبيعة المسائل التي يتضمنها، و إن كان العديد من الدارسين لهذه المسائل قد صنفوها في عداد القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية، إلا أننا و لدوافع سبق شرحها إعتبرناها إرتفاقات بالمعنى الصحيح بسبب الآثار السلبية التي تفرضها على الملكية العقارية و جملة الإلتزامات المفروضة بقواعد أمرة على المالك، و سنخصص الدراسة لنماذج منها .

لا يسعنا دراسة كل أنواع الإرتفاقات المجسدة بقوة القانون، و سنقتصر على البعض منها، و الغاية من ذلك هو دراسة مدى أثارها على الملكية العقارية، و المسائل التي تطرحها، و هل يمكن إخضاعها للقواعد العامة للإرتفاقات فيما لم يرد بشأنه نص ؟ بإعتبار أن هذه الإرتفاقات قد جمعت كلها في القانون المدني الفرنسي، فهل يصدق الوضع على ذلك في التشريع الجزائري ؟ .

أبرز هذه الإرتفاقات نجدها في " إرتفاقات قانون الكهرباء و الغاز " حيث ينظمها القانون رقم 85-07 المؤرخ في 6 أوت 1985 يتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية و نقلها و توزيعها، و بالتوزيع العمومي للغاز، و القانون رقم 90-11 الصادر في 22 ديسمبر 1990 المحدد للإجراءات القانونية في مجال إنجاز المنشآت الخاصة بالطاقة الكهربائية و الغازية، و تغير أماكنها و مراقبتها.

و يمكن إبداء أهم الملاحظات الخاصة بممارسة الإرتفاقات على الأملاك العقارية التي يملكها أشخاص خواص، أو تكون هذه الأملاك مخصصة للأملاك عمومية إقتصادية أو تعاونيات أو مستثمارات فلاحية.

(1) الدكتور منصور مصطفى منصور، الملكية العقارية، الطبعة الثانية، القاهرة 1987، ص 684-685.

و لما كان الإرتفاق من خلال النتائج التي تم التوصل إليها على أنه يشكل قيد حقيقي على الملكية العقارية مهما كان مصدر هذه الإرتفاقات قانونا كان أو إرتفاقا وذلك بترك صاحب الملكية يتنازل بجزء منها لصالح ملكية عقارية أخرى لوجود مصلحة جديرة بالرعاية بحكم تشابك المصالح التي تربط بينها، أو بحكم الخدمة المقدمة من الملكية التي يتم التنازل عنها للملكية المجاورة التي تستفيد من هذه الخدمة .

و في كل هذا تطرح مسألة الأساس القانوني الذي يفرض هذه العلاقة بين الملكيات، و من ثم ترتيب هذا القيد الذي يلحق مضايقة لمالك العقار المقرر عليه الإرتفاق، كما يمكن طرح مسألة الحماية القانونية التي وفرها المشرع بقواعد عامة و نقصد بها قواعد القانون المدني أو تلك المقررة في القواعد الخاصة، و إن كانت هذه الحماية قد تتوفر في نصوص القانون المدني فإنها تطرح أكثر بالنسبة للأنظمة الخاصة و هو ما سنتناوله تبعا .

## المبحث الرابع

### الأساس القانوني لفرض قيد الإرتفاق و الحماية القانونية للملكية

سنعمد إلى دراسة الأساس القانوني الذي أعطاه الفقه في تكييفه في قيود الإرتفاق في مطلب أول ثم سنتطرق إلى مسألة الحماية القانونية و الإرتفاقية التي وفره المشرع للملكية العقارية.

#### المطلب الأول

#### الأساس القانوني لفرض قيد الإرتفاق

لقد ذهب الخلاف بين الفقهاء إلى تبني أساسين مختلفين في التطوير لوجود الإرتفاقات و تأثيرها على الملكية العقارية نوردهما فيما يلي :

#### أولاً: عدم التعسف في استعمال حق الملكية

حيث تفرض على المالك قيود خاصة حتى لا يغلو في استعمال حقه، و هي القيود التي جرى التعبير عنها بالتزامات الجوار لكونها تجعل المالك مسؤولاً عن ما يؤدي إليه استعماله لحقهم من أضرار فاحشة تصيب الجار، و هي فكرة قديمة نادت بها الشريعة الإسلامية و ظهرت في أقوال الفقيه الفرنسي " بوتيه " و أخذ بها القضاء في فرنسا، و مصر رغم عدم وجود نص يقرها<sup>(1)</sup>.

و هذه الفكرة و إن كانت قديمة إلا أنها لم تتخذ أهمية خاصة في العصر الحديث و ذلك راجع إلى تطور الحياة في المجتمع، و إزدياد النشاط الإقتصادي<sup>(2)</sup>، إذ ترتب على ذلك، كثرت أنماط الملكية و تعقدت مما يفرض على المالك ضرورة الخضوع لدواعي التضامن الإجتماعي و إحترام المالكين المجاورين، إذ عليه أن يمارس حقه في استعمال ملكيته بشرط

1- الدكتور عبد المنعم فرج النصدة، مرجع سابق ص 150.

2- الدكتور حسن كيرة، مرجع سابق ص 125.

عدم الإضرار بالغير، و يكون بالتالي منع الجار من ترتيب قيد الإرتفاق نظرا لحاجة ملكيته لهذه الإرتفاق كالمروور، أو فتح مطل من قبيل الأعمال الضارة بالجار، و بالتالي تتحقق مسؤوليته الشخصية عما يصيب ملكية جاره من تعطل أو تلف.

لكن إن دققنا في هذا الأساس فإنه يذهب إلى إعتبار الإرتفاق ضمن القيود التي ترد على الملكية بسبب مزار الجوار الغير المألوفة، و إن كان هذا الرأي يذهب إلى إيجاد نقاط مشتركة في كون أن الإرتفاق مهما كان يلتقي مع القيود الواردة على حق الملكية العقارية في الحد من الإنتفاع منها، و فرض إلتزامات صارمة على المالك حتى يتجنب التعسف في إستعمال الحق تجاه صاحب الملكية المجاورة، غير أن هذه القيود تتصف بكونها عامة على كل الملكيات بينما الإرتفاق يقيدھا بناء على إتفاق و هو أسلوب عام في ترتيبه على الملكية.

### ثانيا : الوظيفة الإجتماعية كأساس للإرتفاق

و هو الأساس الذي إستقر عليه غالبية الفقه كون أن الملكية لم تبقى رهينة المفهوم التقليدي و هو إقتصارها على ضرورة إشباع الحاجات و الإستئثار و الإستغلال الذي يتمتع به المالك وحده دون إعطاء للملكية الدور المنوط بها بالنظر إليها بالمنظار الإجتماعي، و ذلك بتطويع سلطات المالك لمقتضيات المصالح الإجتماعية<sup>(1)</sup>، و هي مصالح عامة و مشروعة في ضوء الأخلاق و الضرورات الإجتماعية، و تطور أنماط الحياة و تعقدھا، فاللجار أن يطالب جاره بإحداث طريق في ملك هذا الأخير كي يمر منه إلى الطريق العام، فإن تم الإرتفاق بإقرار هذا الحق نفذ و إن لم يتم جاز لطالب الطريق رفع دعوى على جاره يطلب فسح الطريق في ملكه للوصول إلى الطريق العام، إذ من غير المعقول أن تؤدي الملكية رسالتها في يد صاحبها إلا إذا تمكن هذا الأخير من المرور إلى الطريق العام و إلا إلتحصرت ملكيته، و هو الأساس المنطقي و المعقول الذي نلسمه في إقرار قواعد قانونية نلمح في فحواها هذا الهدف، و هو الإلتجاء الذي إستقر عليه القضاء<sup>(2)</sup>.

1- الدكتور عبد السلام ذهني بك، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، الجزء الثاني، بيروت 1976، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث للنشر، ص 97.

2- الدكتور حسن كيرة، مرجع سابق، ص 225.

## المطلب الثاني الحماية المقررة للملكية

تتجلى فكرة الحماية المقررة للملكية العقارية في جملة الوسائل القانونية التي منحها المشرع للمالك قصد صيانة ملكيته و الدفاع عنها في حالة التعرض لها بمختلف الأعمال المادية.

و هذه الحماية لا تقتصر على الوسائل المتاحة لمالك العقار المرتفق به فحسب بل يمتد إلى مالك العقار المرتفق، مما يبين سعي المشرع إلى التوفيق بين المصلحتين المختلفتين، و عموما لا تخرج هذه الحماية عن القواعد العامة، وتتجلى من خلال جملة الدعاوى المعروفة قانونا، و إستثناء بعض القواعد الواردة في الأنظمة القانونية الخاصة التي تستهدف تقييد الملكية بترتيب الإرتفاق عليها رعاية لمصلحة عامة جديرة بالحماية، و سنتاول هذه الحماية من خلال القواعد العامة، ثم نعرض على بعض القواعد الخاصة التي رسدها المشرع في بعض الأنظمة القانونية.

### أولا: الحماية المقررة بالقواعد العامة

لقد وفرت قواعد القانون المدني مجموعة من الوسائل الكفيلة بحماية أطراف العلاقة التعاقدية، و تتصف هذه القواعد في كونها مرنة تراعي مصلحة الملكتين، و يمكن إبرازها فيما يلي :

#### أ.- دعوى الإقرار بحق الإرتفاق، و دعوى الحيازة

يمكن لمالك العقار المرتفق أن يرفع دعوى عينية يحمي بها حق الإرتفاق المخول له، و هي دعوى الإقرار أو دعوى الإعتراف بحق الإرتفاق، و بواسطتها يمكن أن يطلب من مالك العقار الخادم أو أي حائز لهذا العقار الإقرار له بهذا الحق، و هي دعوى تقابل دعوى الإستحقاق بالنسبة للملكية، حيث يطلب فيها المدعي تمكينه من إستعمال هذا الحق، و له حتى طلب الحكم بالغرامة التهديدية محملا المدعي عليه على عدم تمكينه من إستعمال حقه، و له أن يرفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته للإرتفاق من أي تعرض على هذه الحيازة، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير، و يختلف الحكم هنا بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي،

فيمثل يخص الإرتفاق الذي يكتسب بسبب غير التصرف القانوني، فإذا كسب الإرتفاق بالنسبة للتصرف القانوني سواء عقد أو وصية يمكن حمايته بدعوى منع التعرض و وقف الأعمال الجديدة أينما كان نوع الإرتفاق و هو نفس الحكم في القانون الفرنسي<sup>(1)</sup>.

وإذا كسب الإرتفاق بسبب غير التصرف القانوني ، فالقانون الفرنسي يشترط في هذا الحق أن يكون مستمرا أو ظاهرا حتى يكتسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي ، والقانون الجزائري يشترط لذلك أن يكون الإرتفاق ظاهرا فقط ، وبناءا على ذلك ففي القانون الفرنسي إذا كسب حق الإرتفاق بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي وجب لإمكان حماية حيازته بدعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة أن يكون مستمرا وظاهرا إذ أن الإرتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذي يجوز كسبه بهذين السببين ، أما في القانون الجزائري ، إذا تم إكتساب هذا الحق بالتقادم وبتخصيص المالك الأصلي وجب حماية حيازته بدعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الاعمال الجديدة أن يكون ظاهرا ، إذ أن الإرتفاق الظاهر هو وحده الذي يجوز كسبه بهذين السببين .

والملاحظ أن حق الإرتفاق إذا اعتدي على صاحبه بمنعه من استعمال حقه المسجل في السجل العقاري يعتبر غصبا بحق عيني شأنه في ذلك شأن الغصب الحاصل على العقار الأصلي ، وبالتالي فإنه يجوز للمحاكم الجزائية صلاحية البت في الإدعاء حوله طالما أن الإعتداء هو موضوع النزاع وليس استعمال حق الإرتفاق .

ويستفاد من النصوص القانونية أنه يتوجب على القاضي أن يوفق في أحكامه المتعلقة بالإرتفاق بين مبدئين هاميين .

أولهما : مصالح صاحب العقار المرتفق ، والحقوق التي يمنحها له إرتفاقه .

ثانيهما : حق ملكية صاحب العقار المرتفق به الواجب الرعاية والإحترام .

ويلجأ القاضي إلى الخبرة الفنية للتوفيق بين كلتا المصلحتين وذلك عن طريق تكليف خبير فني يقوم بالإطلاع على وجهتي نظر لكل طرفي النزاع ، وله في سبيل الوصول إلى النتيجة الأفضل الإستعانة بالوسائل المتاحة من مخططات وغيرها لتساعده في شرح وجهة نظره وإيضاح خبرته التي يقوم القاضي على أساسها بفض النزاع بين الأطراف ، وللقاضي سلطة واسعة في حل جميع النزاعات المتعلقة بحقوق الإرتفاق كحقوق المرور أو إمرار المياه أو فتح نوافذ والمطبات ، وسلطة هذه تتضمن حق إلغاء أو تعديل أو تبديل أي من هذه الحقوق

1-) Claude Renard, Les droit des choses et les droits réelles principeaux, la Revue "DALLOZ", Décembre 1991.

وبالشكل الذي يحقق التوازن بين حقوق كل من صاحبي العقارين المرتفق والمرتفق به ، وهي سلطة لارقابة للمحكمة النقض عليها لانها تعتبر متعلقة بأمر موضوعية داخلية أصلا في إختصاصه<sup>(1)</sup>.

كما أنه مراعاة لحقوق الطرفين فقد أقر المشرع مجموعة من الأفتزامات السلبية يمكن إجمالها فيما يلي :

#### ب- نفقة الأعمال اللازمة للإستعمال الإرتفاق و المحافظة عليه

و هو ما أورده المادة 874 من القانون المدني حيث نصت " تكون نفقة المنشآت اللازمة لإستعمال الإرتفاق و المحافظة عليه على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط خلاف ذلك، و إن كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته جاز له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق، و إذا كانت المنشآت نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين بنسبة ما يعود على كل منها من فائدة " .

فالقاعد العامة أن نفقات الأعمال الازمة لإستعمال الإرتفاق و المحافظة عليه تكون على نفقات مالك العقار المرتفق، و هو يتحمل هذه النفقات و حتى و لو كانت هذه النفقات ناجمة عن عيب في العقار المرتفق، أو تغير في موضع الإرتفاق بسبب تغير في حالة الأماكن، أما إذا كانت هذه الأعمال قد إقتضى إجرائها خطأ من جانب مالك العقار المرتفق به فهذا المالك هو الذي يتحمل نفقاتها، و يمكن الإتفاق على أن تكون هذه النفقات على مالك العقار المرتفق به، و يرد هذا الإتفاق عادة في السند الذي أنشأ هذا القيد و قد يرد في سند لاحق يتعين تسجيله.

فإذا وجد مثل هذا الإتفاق فإن التزام مالك العقار الخادم يكون التزاما عينيا بإعتباره عملا إضافيا تابعا للإرتفاق يلزم العقار في أي يد يكون و يتفرع عن ذلك أن هذا الإلتزام ينتقل إلى الملاك المتعاقبين للعقار المرتفق به، و لا ينتقل إلى ورثة المالك الذين لا يدخل العقار في إرثهم. كما يتفرع عن ذلك أن يكون لهذه المالك التخلص من هذا الإلتزام بالتخلي عن العقار الخادم لمالك العقار المخدم، و هو في حقيقة هذه القاعدة ليست إلا تطبيقا لقاعدة عامة التي تجيز التخلي عن الحق العيني فتتيح لصاحب الحق التخلص من الإلتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق و يقع هذا التخلي بإرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به، فلا

(1- المحامي محمد صياح النشواتي، مرجع سابق، ص 160-161.

تكون هناك حاجة لقبوله من مالك العقار المرتفق، و هو تعبير واجب التسلم، بمعنى أنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجهها إليه، لذلك وجب أن يخطر به مالك العقار المرتفق، و يصح التخلي حتى لو كان مالك العقار المرتفق به قد نزل عن حقه في التخلي، و يشمل التخلي كل العقار إذا كان مضمون الإرتفاق يتأوله كله، كما في الإرتفاق بإستخراج الأحجار من محجر، و يقتصر التخلي عن الجزء الذي يباشر فيه حق الإرتفاق، إذا كان مضمونه يتأول موضعا معينا من العقار، كما في الإرتفاق بالمرور من طريق معين، يكون التخلي عن هذا الطريق وحده، و يكون للتخلي أثره في التخلص من النفقات و مما إستحق منها في الماضي أو ما يستحق منها في المستقبل.

و إذا كانت الأعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق للمحافظة على حقه نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به كانت نفقة هذه الأعمال على الطرفين كل بنسبة ما يعود فيه فائدة تعادل تلك التي تعود على الآخر<sup>(1)</sup>، و يكون إلتزام مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة إلتزاما شخصيا يتحمله بسبب إنتفاعه بالأعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق، و ليس إلتزام عينيا و من ثم لا يجوز له أن يتخلص من هذه المساهمة في النفقات بالتخلي عن العقار المرتفق به، و هذه الحماية لا تقتصر على مالك العقار المرتفق بل سعى المشرع إلى توفير القدر الإلزام منها لمالك العقار المرتفق به بإعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، و الذي تقع عليه جل الإلتزامات التي سبق أن بحثناها، و يمكن إجمال أهم القواعد المقررة لحماية ملكية هذا الطرف فيما يلي :

#### ج - حماية مالك العقار المرتفق به من إقرار قيد الإرتفاق

و يتحلى ذلك في الدعاوى التي حولها المشرع لمالك العقار المرتفق به لتجنب ترتيب هذا القيد و هي :

#### 1- دعوى إنكار حق الإرتفاق و دعاوى الحيازة

فلمالك العقار الذي يدعي الغير أن له عليه قيد إرتفاق أن يرفع الدعوى العينية التي يحمي بها ملكيته و هي دعوى إنكار الإرتفاق، حيث يطلب فيها الحكم بخلو عقاره من هذا العبء، و

(1) الدكتور أبركان علي، الإلتزامات العينية الملحقة بالإرتفاقات، الجزء الثالث، باريس بدون سنة، الطبعة الثانية، ص 520-521.



يمكن أن يكفي المالك في هذه الدعوى بإثبات ملكيته للعقار، فإذا نجح في إثبات قام الظاهر لصالحه، وهو الإفتراض الذي تحدد على ضوء عبء الإثبات، حيث يفترض أن الملكية الخاصة تخلو من أي تكليف يتقلها، و ينتقل الإثبات بعد هذا على من يدعى خلاف الظاهر، فإذا ادعى الغير أن له حق إرتفاق كان عليه أن يثبت ما يدعيه رغم كونه المدعى عليه في الدعوى<sup>(1)</sup>.

و من هنا نخلص أنه في دعوى إنكار الإرتفاق يثبت مالك العقار ملكيته لهذا العقار، و يثبت الطرف الآخر ترتيب هذا الحق له على العقار، و يتحدد عبء الإثبات على هذا النحو حتى لو كان الطرف الآخر في هذه الدعوى حائزا لحق الإرتفاق الذي يدعيه رغم أنه من كان يحوز الحق إعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، حيث يفترض فيمن يحوز الحق أنه صاحبه و على من يدعى خلا ذلك أن يقيم الدليل على ما يدعيه.

غير أنه يلاحظ بالنسبة لهذه الدعوى إذا أثبت المالك ملكيته للعقار، قام إفتراض لصالحه بإعتبار ملكيته خالية من أي تكليف، و هذا يؤدي إلى سقوط الإفتراض القائم لصالح الطرف الآخر على أساس حيازته للإرتفاق، بإعتباره صاحب الحق، و بذلك ينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر فيكون عليه أن يثبت وجود الإرتفاق<sup>(2)</sup>.

و يجوز أيضا لمالك العقار الخادم أن يرفع دعوى إنكار حق الإرتفاق، إذا كان صاحب حق الإرتفاق قد جاوز حدود حقه، حيث يطلب المدعي فيها إرجاع حق الإرتفاق إلى حدوده الحقيقية، و هنا أيضا يكفي أن يثبت مالك العقار المرتفق به ملكيته لهذا العقار، و يقع على صاحب حق الإرتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لحقه<sup>(3)</sup>.

كذلك يجوز لمالك العقار الذي يدعي الغير أن له عليه حق إرتفاق أن يرفع دعاوى الحيازة التي يحمي بها حيازته للعقار ضد هذا الإدعاء، حيث يطلب فيها منع التعرض من جانب الغير أو وقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها، و إسترداد الموضع الذي يشتمل فيما يدعيه من حق إرتفاق و بذلك يمتنع على هذا الغير أن يكتسب إرتفاق بالتقادم، و يكفي المالك في هذه الدعوى أن يثبت حيازته للعقار بتوافر شروط دعوى الحيازة التي يرفعها، و على من يدعي أن له حق إرتفاق على العقار أن يثبت وجود هذا الحق.

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 1339.

2- الدكتور محمد صياح المشواتي، مرجع سابق ص 165-166.

3- Cit Juglart, Les obligations réelles, P 62-63.

## ثانياً: الحماية المقررة بقواعد الخاصة

إن القواعد التي رصدها المشرع لحماية المالك من ترتيب قيد الارتفاق ضماناً لتأدية الملكية لوظيفتها كفيلاً و لا يمكن التعرض لكل حالة على حدى، فنجد أن قانون الكهرباء و الغاز قد نص على مجموعة من الضمانات التي تساهم في الوصول إلى الحل الودي بشأن ممارسة الارتفاقات، و كذلك وفر إمكانية أخرى لأصحاب الحقوق العينية التي تمسها الارتفاقات بالطعن في قرار الوالي عملاً بأحكام المادتين 28 و 29 من قانون 85-07 المؤرخ في 6 أوت 1985.

و لكن هذه القواعد غير كافية في حالة إقرار قيد الارتفاق القانوني، بحيث تجعل صاحب الملكية العقارية التي تمسها الارتفاقات ليست في مأمن في تعسف الإدارة، و ذلك بلجوءها إلى السلطة العامة خصوصاً في مسألة نزع الملكية للمنفعة العمومية في حالة عدم التوصل إلى إتفاق ودي، فليس أمام المالك أي بديل آخر يواجه به الإدارة، إضافة إلى عدم مناسبة التعويض أحياناً لقيمة الملكية التي يفقدها صاحبها في هذه الحالة، كما أن المنشآت التي تقام تعرقل المالك عن الإنتفاع بملكه إذا نزع الملكية يشمل فقط جزء من هذه الملكية.

و إن كان هذا يصدق على ارتفاقات المقررة بالقانون، فإنه بالنسبة للارتفاقات المقررة بقواعد العامة فإن القانون المدني جاء بطريق آخر هو الحالة التي يتطلب فيها الارتفاقات نفقات باهظة و كانت على عاتق مالك العقار المرتفق به أم كان له التخلي عن العقار، و هو حل غير عادل في نظرنا في حق مالك العقار الواقع عليه قيد الارتفاق، و تعطيل لدور الملكية في أداء الوظيفة المنوطة بها، و نخلص إلى أن هذه القاعدة لها نفس النتيجة مع الارتفاقات القانونية، أي نزع الملكية بطريق آخر.

و إن كانت هذه الحماية من الناحية الموضوعية غير كافية في نظرنا، سواء بقواعد عامة أو بقواعد خاصة، فهل تعد الإجراءات الشكلية التي وفرها المشرع كافية لإحترام الملكية العقارية ؟ و نقصد بهذه الإجراءات القواعد التي رسمها القانون من ضرورة إفراغ التصرف المترتب في قالب رسمي يضمن الحفاظ على حقوق الأطراف، و مدى كفايتها و ملائمتها مع خطورة التصرف في الحق العيني العقاري ؟ .

## المطلب الثالث الأحكام الشكلية للإرتفاق

لضمان وجود الحقوق العينية و إنتقالها بين المتعاملين و منها الإرتفاق كقيد تابع للعقار الواقع عليه و هذا على أساس من الإلتئمان، رصد المشرع مجموعة من الإجراءات التي تكفل ذلك، و التي تعتبر من صميم نظام الشهر العيني، و كذا تأسيس السجل العقاري الذي يسمك في كل بلدية الهدف منها ضمان الهوية الحقيقية للأشخاص و العقار، و هذه الإجراءات كلها تتطلب إعداد المسح العام للأراضي كأهم عملية مادية لنظام الشهر العيني و تتضح من خلالها الحقوق العينية العقارية على مجموع الملكيات و منها الإرتفاقات، كما تودع بعد هذه العملية الهامة نسخ من الوثائق الخاصة بالمسح لدى المصلحة المكلفة بسمك السجل العقاري و هو المحافظة العقارية، كما تودع نسخة من هذه الوثائق بمقر كل بلدية و دعوة المالكين و الحائزين للحقوق العينية العقارية للحضور و الإدلاء بملاحظاتهم عند الإقتضاء و تقديم العقود الموجودة، و تبدأ عملية التحديد و التي بموجبها يتم قياس كل القطع الراضي و الملكيات، و تحديد نوع الإستعمال و الإستغلال، و هذه المعلومات تدون في سجلات أصحاب الحقوق بما فيها الإرتفاقات، و على أساسها يعد مخطط مساحي مطابق للوضعية الحالية و تبيان الإرتفاقات التي رتب من طرف الملاك و حدودها، حيث يقوم المحافظ العقاري لإعداد السجل العقاري في مقتضى الأمر 74-75 الذي ينص " على أن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة بطاقات عقارية "(1).

أما المناطق التي لم تتم فيها عملية المسح للأراضي فتفهرس فيها بصفة إنتقالية العقود و القرارات القضائية المطلوب شهرها و التي تتضمن الإرتفاقات حصلت بموجبها، و بذلك إذا تم إنشاء هذا الحق فإنه يدون في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي. و يمكن إجمال أهمية هذه العملية الشكلية في توضيح الحقوق العينية العقارية بصفة عامة، و الإرتفاقات بصفة خاصة في ضرورة وجود إجرائين هامين هما :

(1- ندوة القضاء العقاري، منشورات وزارة العدل لسنة 1995 ص 13.

## أولاً: إيداع وثائق المسح

بعد القيام بعملية المسح يتم إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية، وذلك لتحديد الإرتفاقات و شهرها في السجل العقاري و كقيمتها نصت عليها المادة 8 من المرسوم 93-123 المعدل للمرسوم 76-63 المؤرخ في 19 ماي 1993، و عموماً يتم إيداع وثائق المسح المتضمنة وجود حقوق إرتفاقية أو الحقوق العينية الأخرى عند الإنتهاء من عملية المسح للأراضي. و يثبت ذلك عن طريق محضر تسليم محرره المحافظ العقاري ، ويكون إعداد هذا المحضر محل إشهار واسع في أجل أقصاه 8 أيام ابتداء من تاريخ إيداع وثائق المسح ولمدة أربعة أشهر بكل وسيلة ، وينشر هذا المحضر عن طريق الإعلان في الجرائد اليومية ولصق الإعلانات في مقر المحافظة العقارية والمجلس الشعبي البلدي ، والأماكن السكنية التي يوجد فيها العقار الواقع عليه قيد الإرتفاق ويترتب عن إيداع الوثائق وشهر محضر التسليم إعطاء المالكين وذوي الحقوق العينية العقارية ، وذلك حتى يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الغير ، ويتبع هذا قيام المحافظ العقاري بتحرير محضر تسلم وثائق المسح في أربع نسخ ترسل نسخة منها إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي أجري فيها المسح .

ويقوم هذا الأخير بنشر الإعلان عن تسلم وثائق المسح بكافة وسائل النشر ، ونسخة ثانية للمدير الفرع المحلي لمسح الأراضي ، ونسخة لمدير أملاك الدولة ، وأخرى يحتفظ بها في مديرية الحفظ العقاري للتأشير عليها ثم ترجع للمحافظ العقاري .

## ثانياً : الترقيم في السجل العقاري

بعد عملية الإيداع يقوم المحافظ العقاري بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري بعد إستلامه وثائق مسح الأراضي، ويتم كذلك تعيين الحقوق المتعلقة بالعقارات ، وهذا ما نصت عليه المادة 11 من الأمر 76-63 ويعتبر ترقيم حق الإرتفاق قد تم من يوم الإمضاء على محضر تسليم وثائق مسح الأراضي ويتم تعيين الحقوق المتعلقة بالعقارات موضوع الترقيم على أساس وثائق المسح للأراضي حسب القواعد المنصوص عليها في التشريع المعمول به في مجال الملكية العقارية ، وهذا الترقيم قد يكون نهائياً كما قد يكون مؤقتاً ، والترقيم النهائي هو ذلك الترقيم الذي أظهرت فيه أصحاب الحقوق وفي هذه الحالة تكون كل المعلومات الخاصة بصاحب حق الإرتفاق وموقعه على العقار وتاريخ تربيته ، كما يتضمن المعلومات الخاصة بصاحب العقار الخادم ، أما الترقيم المؤقت هو الترقيم الذي يكون فقط لمدة أربع أشهر ، والذي يمكن أن يثار بشأنه الإحتجاج ويكون هذا الأخير برسالة موصى عليها إلى المحافظ العقاري

والطرف الخصم المنكر لوجود الإرتفاق على العقار ، مع العلم أن المحافظ العقاري له صلاحية إجراء مصالحة بين الأطراف وتحرير محضر عن المصالحة ، وتكون تصريحات الأطراف المدرجة في المحضر لها قوة الإلزام للقاضي وتكون للطرف المنكر لوجود الإرتفاق على عقاره مهلة سنة أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الذي تلقاه من المحافظ العقاري (1).

ومما سبق يمكن القول أن القيد شرط لوجود التصرفات والحقوق ، ومنها حق الإرتفاق كحق عيني حيث نصت غي ذلك المادة 793 من القانون المدني " أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل في مابين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري ."

و يفهم من هذا النص أن إجراءات الشهر للحق العيني هو شرط لنقل الملكية ، وترتيب الحقوق العينية عليها بصفة عامة وبينت المادة 86 و المادة 87 من المرسوم 76-63 الآثار المترتبة عن عدم إشهار و هي عدم الإحتجاج بالحق العيني تجاه الغير و كذلك بالنسبة للأحكام المثبة للإرتفاق التي تبطل عقد تم تقييده دون شهر هذه الدعوى مسبقا ، و في الواقع القاضي لا يقبل الدعوى ، ولكن إذا حدث وأمن قبلها عد ذلك خرقا للقانون ، وكان صاحب الحق المهدر قد تصرف فيه لصالح الغير بعد رفع الدعوى وقام بإشهار حقه فإن الحكم لا يسري في حقه وعادة يرفض المحافظ العقاري إشهاره .

والخلاصة من كل هذا بالنسبة للتصرفات الواجبة الشهر بصفة عامة والإرتفاق بصفة خاصة، فإن الأثر المترتب عن القيد له قوة ثبوتية مطلقة تجاه الغير .

و يبقى أن المشرع الجزائري أخذ به و أعطى دور منشأ للقيد و لكل الحقوق العينية العالقة بالعقارات تأمينا للمعاملات و ضمانا للحقوق من يتعامل إستنادا للقيد مما يتعين إعادة النظر في بعض أحكامه وأحكام القانون المدني بجعل الحقوق العينية المكتسبة بالقيد غير قابلة لإكتسابها للتقدم في المناطق الممسوحة خصوصا لتمكين القيد من ترتيب كل الآثار القانونية التي تقررها (2).

(1- المستشارة زروقي نيلي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مجلة الوثائق العدد خمسة ديسمبر 1998 ، ص 26-27.

(2- المستشارة زروقي نيلي، المرجع السابق، ص 28.

## المطلب الرابع

### مكانة الإرتفاق ضمن السياسة العقارية في الجزائر

مما لا شك فيه أن للملكية العقارية دور كبير في التنمية الإقتصادية ، وركيزة أساسية للتطور الإجتماعي ، لذلك كان النظام القانوني للعقار في الجزائر من أبرز محاور إهتمام الدولة بالعقار قصد تنمية وضمان إستقرار المعاملات فيه ، وتعتبر الإرتفاقات من هذا المنظور من أهم الحقوق العينية التي تقيد هذه الملكية بالنظر للأثار القانونية من جهة والإقتصادية من جهة أخرى التي تترتب في حالة فرضها على الملكية العقارية .

و في هذا الإطار تظهر أهمية البحث في هذه المسألة وهو محاولة الوقوف عند الآليات القانونية والتنظيمية التي رصدها المشرع للتوفيق بين مقتضيات ترتيب الإرتفاق من جهة سواء كانت إتفاقية أو قانونية ، ومقتضيات الدور المنوط بالملكية كأداة إقتصادية وإجتماعية ومدى ملائمتها للسياسة العقارية في الجزائر ، وهل هذه السياسة كفيلة بمراعاة حقوق الملاك ؟.

يظهر لنا من إستطلاعنا لجملة النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الجزائري أنه خصص العديد منها لتنظيم الإرتفاق القائم على أساس تعاقدي بين الملاك ؟.

#### أولا : الإيجابيات

بحيث يمكن الإستقراء من خلال إطلاعنا على نصوص القانون المدني على أن المشرع بين معنى الإرتفاق ومحلّه، وطرق ترتيبه سواء في العقارات المخصصة للنشاط الزراعي أو العقارات المعدة للنشاط العمراني، كما بين من خلال النصوص القانونية الحماية التي قررّها في حالة مخالفة بعض القواعد الخاصة بضرورة إحترام المسافات المعدة للبناء وإحترام إرتفاق التعلية فيه .

كما بين المشرع الحقوق والإلتزامات لكل من صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به حتى لاتزداد أعباء هذا القيد بشكل تعسفي ولايخرج عن الشكل المألوف ، حيث أتى بضمانة في نظرنا مدرجة ضمن قواعد القانون المدني ، وهي حالة ما إذا أصح الموضع المحدد لممارسة الإرتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق إذا أصبح نقل هذا الموضع مانعا من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، لمالك العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا رضي هذا الأخير بذلك و كل هذا متى كان إستعمال

الإرتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسورا في وضعه السابق ، وتعتبر هذه الحالة بداية وضع أساس نظام يحكم العلاقة الإرتفاقية الواردة بالعلاقة التعاقدية قصد التحكم في الأثار التي يمكن أن تتجم عن إقراره ، وعدم تعطيل صاحب الحق في ممارسته لأنه ضروري لإستغلال الملكية ، كما يمنع من إتساع هذه الأثار بشكل تعسفي بحيث يعطل صاحب العقار الواقع عليه القيد عن الإنتفاع وإستغلاله لملكيته<sup>(1)</sup>.

كما أن المشرع أقر من جهة أخرى إمكانية إزالة الإرتفاقات الواردة على أجزاء متعددة إذا كانت لاتنفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء رعاية لمصلحة الطرف الضعيف و لقيمة العقار الإقتصادية ، وتعتبر هذه القواعد في الحقيقة بمثابة ضوابط وحماية لكلا الطرفين في إستعمال الإرتفاق المترتب عن طريق العقد مباشرة ، غير أنه لا ينظر إلى الأثار المترتبة عن قيد الإرتفاق بالعقد ، يمكن القول بعدم كفاية الإطار القانوني والتنظيمي الوارد في قواعد القانون المدني ، بل أن السياسة العقارية ونظرا لتكفلها بأحد أهم الموارد الإستراتيجية في التنمية ألا وهو العقار لتزايد قيمته، وجب توفير منظومة تشريعية تضمن المحافظة على هذه الموارد لتتسجم أساسا مع المشروع الوطني العام الهادف إلى إستغلال أمثل للعقار سواءا الموجه للإستغلال الفلاحي أو للبناء والتعمير ، لذلك حاول المشرع تجسيد هذه السياسة في جملة النصوص القانونية الجديدة لتنظيم المجال العقاري .

### ثانيا : السلبيات

الملاحظ أن هذه الأخيرة لم تخلو في الحقيقة من نقائص تنظيمية ، وفراغات قانونية ينتج عنها تعطيل المالك عن الإستغلال الأمثل للملكية خصوصا إذا عرفت نزاعات ، وكانت الإدارة طرفا فيها مما يجعله عرضة لإجراءات قانونية منظمة للإرتفاقات الإدارية التي تتخذ النص القانوني أساسا مباشرا لها ، والتي يطلق عليها البعض مصطلح الإرتفاقات القانونية، ومن بين هذه القوانين التي نصت على هذا النوع القانون رقم 85-07 المؤرخ في 6 أوت 1985 المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها ، حيث يادر هذا القانون إلى النص على القواعد التي تطبقها المؤسسة تجاه الخواص الذين تكون أراضيهم محل ترتيب قيد الإرتفاق لقيام مشاريع كهربائية عليها ، فيعتمد هذا القانون على قاعدة عامة في ممارسة هذه الإرتفاقات ،

(1) الدكتور منذر عبد الحسين، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة، الجزء الأول القاهرة 1986، دار الكتاب الحديث ص 85-86.

وعدم ترتيب ممارسة هذه الأخيرة أي زوال لحق الملكية ، ولا يشكل وضع وبناء المنشآت الكهربائية أي تعطيل في ممارسة المالك لحقه.

ولكن مادام أن ممارسة هذه الإرتفاقات غالبا ما تلحق مضايقة بالمالك سواءا من الناحية المادية و ذلك بتمرير الكوابل الكهربائية ومنشآت التحويل خصوصا أنها تتم بقرار من الوالي المختص إقليميا ، بحيث يمكن أن تترتب عن مشاريع مستقبلية مستعجلة الإسراع في تنفيذ الإجراءات مع تقليص أجال التحقيقات الازمة والطعون مما يجعل المالك عرضة لعيب الإنحراف بالسلطة .

وهو ما أكده القانون 90-11 المتمم للقانون 85-07 من أنه يمكن أن يترتب عن بناء منشأة نزع للملكية وإقامة إرتفاقات " المنفعة العمومية " ، مما يفضي إلى تحول من ممارسة الإرتفاقات إلى نزع للملكية للمنفعة العمومية ، وتعطيل وحرمان المالك من حقه خصوصا إذا نظرنا إلى طول الإجراءات ، وتعتها أحيانا مما يتعذر حصول المالك على مبلغ التعويض كاملا أو حصوله على تعويض عيني عن فقدان العقار الواقع عليه الإرتفاق ، كما تهدف الإجراءات إلى تضيق الخناق على المالك إذا تعلق الأمر بمشاريع النفع العام في قانون البناء والتعمير وهو ماجاءت به المادة 51 من هذا القانون ، من حيث ضرورة حصول أي شخص طبيعي أو معنوي على ترخيص مسبق من الإدارة المعنية قبيل ممارسة أي نشاط عمراني.

فمن هذه النصوص القانونية نستنتج أنه لايمكن القول بوجود سياسة عقارية رشيدة تراعي القيمة الحقيقية للعقار الذي أصبح تزداد قيمته الفعلية لإستعماله في مختلف الأنشطة الاقتصادية خصوصا العقار الفلاحي ، بحيث يجب أن تخضع ممارسة الإرتفاقات للتسهيلات على المالك ومناطه هو إحترام الملكية الفردية ، وعدم تعطيلها بإستعمال قرارات إدارية لاتراعي التطور المتنامي للعقار الفلاحي ، كما تطرح الإرتفاقات في هذا المجال مسألة الإحتصاص القضائي وخصوصا إذا تعلق الأمر بالمعيار الشكلي نظرا لوجود الإدارة طرفا فيها ، فحين يستصاغ إستعمال المعيار المادي الذي يراعي طبيعة ومحل النزاع وليس أطرافه، كما أنه من دواعي وجود سياسة عقارية من زاوية الإرتفاقات هو ضرورة مراعاة التكامل بين الجانب الإجرائي و الموضوعي للإرتفاقات ، فإن الجانب الشكلي لا يخلو هو الآخر من بعض النقائص بالرغم من سعي الجزائر إلى إحاطة العقار بإجراءات معقدة قصد الحفاظ على إستقرار الملكية وضمن إنفعالها بطرق قانونية سليمة، إلا ان الملاحظات التي يمكن تقديمها من الناحية الشكلية يمكن تلخيصها في مايلي :



I - قصد تنظيم التصرفات الواردة على العقار وضمن الحماية للحقوق العينية العقارية أوجب التشريع العقاري إحداث محافظات عقارية ، دورها الرئيسي هو العمل على معرفة وتحديد حقوق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى ، والإشهار العقاري هو مجموعة إجراءات وقواعد قانونية وتقنية الهدف منها إعطاء قوة ثبوتية للعقود و الوثائق التي تحمل تأشيرة الشهر العقاري ، وجعل كل التصرفات الواردة على أي عقار علنية للغير .

غير أن نظام الشهر العيني يختلف من مظام إلى آخر ، فإذا علمنا أن نظام الشهر الشخصي يتم شهر العقود في ظلّه على أساس الأشخاص فقط وليس على أساس التصرف ذاته مما يطرح مسألة الإدعاء بوجود إرتفاقات والمحافظة على حقوق مستعملها مهددة إحيانا إضافة إلى جملة البيانات اللازمة حول هوية المالك وحدود الإرتفاق ضمن العقار الواقع عليه<sup>(1)</sup>. أما نظام الشهر العيني يستند إلى العقار ذاته لا إلى الشخص صاحب الحق ، ويقوم على فكرة تأسيس السجل العقاري بحيث يشار فيه بدقة إلى كل التصرفات القانونية الواردة على العقار بما فيها الإرتفاقات وذلك بالتعرف على الحالة القانونية لهذا العقار وموقع العقار والمساحة والحدود وأسماء مالكيه المتعاقدين وأهليتهم .

2- الإجراءات التي ينظمها نظام الشهر العيني يتطلب أساسا ماديا هو المسح العام للأراضي الذي يحدد النطاق الطبيعي للعقار ، والأساس المادي للسجل العقاري، وهذه الأعمال كلها القصد منها إعطاء إجراء الشهر العقاري أثره القانوني و بالتالي تبيان الوضعية القانونية للعقارات ، وتبيان تداولها.

ولاشك أن أهمية هذه الإجراءات تظهر في محاولة المشرع تبني سياسة عقارية تضمن الحفاظ على إستقرار المعاملات العقارية ، وتبيان الحقوق العينية بصفة واضحة أثناء عملية الإنتقال والتداول ، ولكن يمكن إبداء أهم ملاحظة في هذا السياق وهي عدم تنظيم المشرع لنظام الإرتفاق في بعض القوانين التي تشكل أساسا لسياسة عقارية في الجزائر هو قانون "التوجيه العقاري" وقانون المستثمرات الفلاحية التي تطرح بشأنها العديد من الإشكالات العملية منها الإرتفاقات ، والسؤال المطروح في هذه الحالة هل إعتبر المشرع القانون المدني كافيا لتنظيم الإرتفاق وهو ما يبرر عدم النص عليه في هذه القوانين ؟.

(1) الأستاذ محمد بوركي، التوثيق و الإشهار العقاري، مقال بمجلة الموثق العدد 5 ديسمبر 1998 ، ص35.

كما أنه من جهة أخرى نرى أن نظام الشهر العيني مادام يتطلب المسح العام للأراضي قصد إعطاء قوة ثبوتية لكل المعاملات المشهورة فيما بعد، فإن الجزائر لم يكتمل لديها هذا النظام، كون أن نسبة هائلة من هذه الأراضي لم تتعرض للمسح مما يبقى في معظم الأحيان نظام الشهر الشخصي هو المعمول به و عليه فالسؤال يبقى مطروح حول القوة الثبوتية لهذه التصرفات و حجياتها.

و في هذا فإن السياسية العقارية لم تتسجم كنيا مع الطابع المهم و الخطير للتعامل في العقار و الحقوق العينية العقارية و منها الإرتفاق الذي كثيرا ما يطرح إشكالات من الناحية العملية و يجعل المالك أمام خيار الإثبات أو نفي وجود هذا القيد على ملكيته، و بقاء نظام الشهر الشخصي عاجزا عن توفير الحماية الشكائية غير كافية للمتعاملين<sup>(1)</sup>.

(1) الأستاذ محمد بوركى، المرجع السابق، ص 36.

**الفصل الثالث :**

**الأثار المترتبة**

**عن قيد الإرتفاق**

## الفصل الثالث

### الآثار المترتبة عن قيد الإرتفاق

يمكن تلخيصها في جملة الأحكام التي تقرر فيها المراكز القانونية لكل الأطراف العلاقة التي يربتها الإرتفاق، و الوسائل القانونية المتاحة للدفاع عن الملكية و أكثر أهمية من هذا كيفية استعمال الإرتفاق و الضوابط القانونية المقررة لذلك، و عليه سنخصص جزء من هذه الدراسة إلى الكيفية التي يمكن أن ينتهي بها هذا القيد على الملكية العقارية، و نلحق بها تقييماً لمدى توفيق المشرع الجزائري في إختيار الأحكام المناسبة لتسجيل هذه المراكز و مدى كفايتها في تحقيق التوازن بين المالكين.

و هو ما أكدته المادة 871 من القانون المدني بنصها : " تخضع حقوق الإرتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها و لما جرى به العرف الجهة "، فتحديد هذه الأحكام يرجع فيه إلى السبب الذي نشأ بمقتضاه الإرتفاق و إلى عرف الجهة، بحيث لا يتعارض مع ما يقتضيه السبب المنشأ للحق، و ما لم يتحدد من أحكام يرجع فيه إلى أحكام القانون و هو ما نبهته في النقاط التالية :

## المبحث الأول مركز مالك العقار المرتفق

الغاية من هذه الدراسة هي تحديد مدى و نطاق قيد الإرتفاق و كيفية إستعماله و الدعاوى المقررة من قبل المشرع لمالك العقار المرتفق لتمكينه من إستغلال الإرتفاق بما يتناسب مع طبيعة الإستعمال الذي أعدت له الملكية العقارية ذاتها.

### المطلب الأول مدى جواز ترتيب الإرتفاق

يراد بمدى ترتيب قيد الإرتفاق بيان الأعمال التي يحق لمالك العقار المرتفق أن يقوم بها، و تختلف طريقة هذا التحديد بحسب مصدر الإرتفاق، فإذا كان مصدره التصرف القانوني أي العقد أو الوصية و جب الرجوع إلى السند الذي أنشأ الإرتفاق فإليه يرجع لمعرفة ما يخوله الإرتفاق من حقوق لمالك العقار المقرر له الإرتفاق، و ما يفرضه من تكاليف يتحملها مالك العقار المقرر عليه القيد، و إن كان هذا الأخير مقررا بنص قانوني و جب في تعيين نطاق الإرتفاق الرجوع إلى المواد القانونية التي أنشأته فهي تبين كيفية ممارسة هذا الحق، و لقاضي الموضوع سلطة تفسير إرادة المتصرف على ضوء ظروف التصرف، و وضع الأماكن و حيازة الإرتفاق، فإذا كان السند يخول إرتفاق بفتح نوافذ في الطابق الأرضي، فلا يجوز فتح نوافذ أخرى في طابق أعلى، و قد يتضح لنا من بنود العقد، و من تطبيقها<sup>(1)</sup>.

إن إرادة المتعاقدين قد إتجهت إلى أن يتضمن الإرتفاق بالمطل إرتفاقا بعدم البناء، كما يصح أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من مدى الإرتفاق بالتقادم المكسب أو ضيق منه بعدم الإستعمال، و إذا قام شك في مدى الإرتفاق، فإن القاضي يتعين عليه أن يوفق بين فائدة العقار المرتفق، و تحميل العقار المرتفق به أقل عبء مع وجوب مراعاة أن التفسير في مسائل الإرتفاق يجب أن يكون ضيقا.

(1) - الأستاذ زهدي يكن، مرجع سابق، ص 205.

و إذا كان الإرتفاق قد كسب بالتقادم " مرور الزمن " فإن مداه يتحقق بحسب ما ودرت عليه الحيازة نوعا و قدرا، فمن يكتسب بالتقادم إرتفاقا بالمرور لا يحق له سوى المرور، فلا يجوز له أن يستعمل الطريق لوضع أنابيب توصل المياه إى منزله، أما إذا كان الإرتفاق قد نشأ بتخصيص المالك الأصلي فإن نوعه و مداه يتحددان وفق إرادة المالك التي تستفاد من الحالة الواقعية التي أقامها في هذا الشأن.

#### أولا: الإرتفاقات اللازمة لإستعمال الإرتفاق الأصلي

لقد نصت المادة 872 " أن للمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لإستعمال حقه في الإرتفاق و لحفظه، و يجب أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ أخف الضرر للعقار المرتفق به، و لا يجوز أن يترتب على العقار ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الإرتفاق " .

و يتضح من النص السابق أن الإرتفاق لا يقتصر على مضمونه الأصلي، بل أنه يمتد ليشمل أعمالا أخرى و إن لم تكن داخلة فيه أصلا، إلا أنها ضرورية لإستعماله و يطلق على هذه الأعمال حينئذ إسم " الإرتفاقات الضمنية أو التبعية".

و يشترط أن يكون الإرتفاق التبعية ضروريا لإستعمال الإرتفاق الأصلي، و على ذلك فقد قرر القضاء منح حق المرور تبعا لحق مسيل أنه إنما يمنح حق المرور بصفة تبعية، لأنه إتضح للخبراء أن المياه لا تنساب إلى العقار المرتفق ما لم يسد صاحبه مجرى الجدول، و إن هذا الأخير مضطر للدخول العقار المرتفق به، عند حلول نوبته في الماء لفتح مجرى الجدول و سد مجرى الحديقة المرتفق بها، و إسالة المياه بإتجاه عقاره و مثل هذا إيضاح حق المطل الإرتفاقي فهو يستلزم بالضرورة منع الجار من البناء على الأقل من المسافة القانونية على طول البناء الذي فتح فيه المطل، و يرتبط الإرتفاق التبعية بالإرتفاق الأصلي في مصيره، فإذا إنقضى الإرتفاق الأصلي و لو بعدم الإستعمال إنقضى معه الإرتفاق التبعية و لا يحول دون ذلك أن يكون صاحب العقار المرتفق مازال يستعمل هذا الحق التبعية، و مسألة الضرورة هي مسألة موضوعية " تقديرية " يقدرها القاضي بعد إستعانهته بأهل الخبرة و الإطلاع (1).

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 990.

## ثانيا : تجزئة العقار

يبقى مدى حق الارتفاق على حاله عند وقوع حالة تجزئة للعقار المخدم، و عملية التجزئة تتم بطرق مختلفة، فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفران، و ينفرد كل شريك في حقه مفرزا، و في هذه الحالة من دواعي العدالة أن يتحدد تقييد الارتفاق بوقوعه على جزء مفرز و يكون من باب الإنصاف كذلك أن يكون لكل جزء مفرز نفس القدر من الارتفاق يقيد به العقار المرتفق به، و لكن بشرط ألا يزيد ذلك زيادة في عبء الارتفاق الأصلي، كما قد تتم التجزئة بأن يباع جزء منه لأجنبي فيصبح العقار مجزئا إلى قسمين، و هنا يكون أيضا لكل جزء منها نفس الحق في العقار المرتفق به على أن يبقى الشرط قائما بعدم زيادة هذه الأعباء على العقار الخادم أو تتم التجزئة بواسطة الميراث بأن يرثه أكثر من شخص واحد و هنا يبقى هذا على حاله و لكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزيدون في حدة الأعباء بعقار الخادم. و عليه لا يتغير في جميع الأحوال التي يتجزأ فيها العقار، فلا يتغير مدى الارتفاق سواء بتعدد الأشخاص المستعملين له و حتى و إن تجزء فيها العقار المخدم إلى حقوق متعددة، فإذا كان مضمون قيد الارتفاق هو أخذ كمية من الرمال أو مقدار معين من الأحجار من أرض مقررة عليها عبء إرتفاق، و تجزء العقار على النحو المذكور فإن تجزئة الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه فإنه لا يجوز أن يكون مجموع ما يأخذ من الرمال و الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما يأخذ قبل تجزئة هذا العقار<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان الارتفاق عبارة عن حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها، و تجزء العقار المرتفق فإن حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائما في الموضع المعين دون أن يتعداه هذا مع أخذ بعين الاعتبار الفقرة الثانية من المادة 876 من القانون المدني التي جاءت بنص " غير أنه إذا جزء العقار كان الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطالب زوال هذا الارتفاق عن الأجزاء الأخرى ". فإذا فرضنا أن مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية لازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ثم تجزئت هذه الأخيرة إلى جزئين متساويين فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التي تأخذ من قبل، فإذا كانت الأرض المرتفقة جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي يختص به مصنعا و يستبقى الشريك الآخر أرضه

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق ص 90-91.

مخصصة للزراعة، كما كانت فإن حق الإرتفاق بالسنبلة إلى هذه الأرض الأخيرة تأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تأخذ من قبل، أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة إلى السناد لأنه لم يبقى أرض زراعية فيكون لمالك العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب زوال هذا القيد بالنسبة لهذا الجزء.

### ثالثاً : حالة تجزئة العقار المرتفق به

قد يبقى مدى حق الإرتفاق كما هو عند تجزئة العقار الخادم مهما كانت أساليب و طرق التجزئة التي تمت على العقار المرتفق به، فإذا تمت عليه التجزئة صار كل من العقار محمل بقيد إرتفاقي الذي كان العقار على مجموعه محملاً به، فإذا فرضنا أن مضمونه كان عدم البناء في الأرض المرتفق بها و حصلت التجزئة فيها فإن كل جزء منها محملاً بعبء عدم البناء. أما إذا كان حق الإرتفاق لا يستعمل في واقع الأمر على بعض الأجزاء التي إنقسم إليها العقار المرتفق به كما أكدته الفقرة الثانية من المادة 877 : فلمالك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن إستعمال الإرتفاق عليها زوال الإرتفاق على الجزء الذي يملكه، إذا أصبح هذا القيد عديم الفائدة.

فإذا فرضنا أن هذا الإرتفاق هو حق مرور من وضع معين في الأرض محل القيد و تجزئة هذه الأرض فإن الجزء الذي وقع عليه هذا القيد بعد التجزئة هو الذي يبقى محملاً به أي الذي يبقى يمارس عليه المرور فقط، و بذلك لمالك كل جزء آخر غير معني لهذا العبء أن يطلب زواله من الجزء الذي يملكه، و يتفق في كل هذا ملاك الأجزاء المختلفة التي إنقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذي يبقى فيه مكان الإرتفاق و الذي تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا القيد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### إستعمال الإرتفاق و الضوابط القانونية المقررة لذلك

لمالك العقار المرتفق في إستعماله لهذا الحق أن يقوم بما هو ضروري من الأعمال، فإن كان له حق إرتفاق بالمرور، و كان من مقضيته إقامة جسر فوق مصرف معين، أو كان له

(1) الأستاذ زهدي يكن، مرجع سابق ص 228.



حق إرتفاق بالمجرى، و كان إستعماله يقتضي حفر قناة تجري فيها المياه فيكون له القيام بهذه الأعمال لأنها ضرورية لإستعماله، و إذا تقرر له إرتفاق بالمرور، يجوز له لأن يرصف الطريق المعد للمرور إذا احتاجت لذلك و يشترط في هذه الأعمال أن تكون ضرورية لإستعمال الإرتفاق و المحافظة عليه و لا تكفي أن تكون ضرورية للإستعمال، و يشترط عدم تجاوز صاحب العقار المرتفق في إستعماله لحدود هذا الحق بحيث لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن، فلا ينشأ هذا الحق، و نبحت كل من هذين الواجبين فيما يلي :

#### أ- أن لا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود الإرتفاق

يجب على مالك العقار المخدم ألا يتعسف في إستعمال حق الإرتفاق فيما يجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر، فهذا الحق ينشأ للوفاء بحاجات عقار معين، فإذا تم حصر إستعمال هذا القيد في منفعة العقار المرتفق فلا يجوز إستعماله لمنفعة عقارات أخرى، و إن كان القضاء لم يتقيد بهذه القاعدة في الحالات التي لا يترتب عليها زيادة في عبء الإرتفاق على العقار المرتفق، فقد أجاز القضاء الفرنسي لصاحب حق الإرتفاق بالمجرى على أرض الغير أن يتسعمل هذه المياه لري أرض أخرى لم يكن ينشأ عن ذلك أي ضرر لصاحب العقار المرتفق به من حيث كمية المياه التي تمر في أرضه أو من حيث الأعمال اللازمة لبيسر مرورها على أن تسخير الإرتفاق لخدمة عقارات أخرى يغود غير جائز إذا ترتب عليه زيادة في عبء الإرتفاق (1).

#### ب- عدم الزيادة في عبء الإرتفاق " قاعدة ثبات الإرتفاق "

يقصد بهذا الإلتزام أنه متى تم تقرير قيد الإرتفاق، إمتنع تعدياً مبدئياً إلا بإتفاق الطرفين و تسري هذه القاعدة على كل من صاحب العقار المخدم و صاحب العقار المخدم على حد سواء، و بمقتضاه يمتنع على الأول إنقاص الإرتفاق كما يمتنع على الثاني الزيادة في عبئه، على أن تطبيق هذه القاعدة المزدوجة لا يخلو من بعض الملطقات، و نعرض وفق هذا الأساس إلتزام صاحب العقار المرتفق بعدم زيادة عبء الإرتفاق على أن نستعرض إلتزام صاحب العقار المرتفق به بعدم إنقاص الإرتفاق فيمل بعد عند بحثنا لمركز صاحب العقار المرتفق به،

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 1267.



هذا و مقتضى إزام مالك العقار المخدوم بعدم زيادة عبء الإرتفاق أن من يستعمل هذا الحق لا يستطيع أن يستعمله إلا وفقا لسنده دون أن يكون له إحداث في العقار المرتفق أو في العقار المترفق به ما من شأنه أن ينقل هذا العبء، و لإيضاح هذا الإلتزام الأساسي لابد من التفرقة بين الفرضين التاليين<sup>(1)</sup>.

**الفرض الأول :** ان يكون السند المقرر للإرتفاق قد قصر إستعماله على حاجة معينة. فإذا كان السند المنشأ للإرتفاق ذا صبغة عامة فعندئذ يكون لصاحب العقار المرتفق أن يستعمله لجميع الحاجات عقاره و لو حصل تعديل في هذا العقار، أو تغيير في تخصيصه، فإذا ما قرر حق المظل دون قيود معينة لدار أعدت للسكن فإنه يجوز لصاحب هذه الدار أن يحولها إلى متجر دون أن يعد ذلك إرهاقا للإرتفاق.

**الفرض الثاني:** أن لا يكون السند المقرر للإرتفاق قد قصر إستعماله على حاجة معينة ففي هذه الحالة يتحدد نطاق الإرتفاق بالسند الذي أنشأه، فمن قرر له مثلا حق إنتفاع معين فليس له أن يجاوزه إلى إنتفاع آخر، و لو لم يكن من شأن هذا التجاوز الإضرار بالعقار المرتفق به و على ذلك لا يجوز لمن له حق المرور على الإقدام أن يمر بالعربات، و من كان له حق أخذ الماء لسقي أرضه لا يجوز له أخذ الماء لأهداف صناعية، و من ثم نرى أن قاعدة ثبات الإرتفاق تحول دون أي تعديل للشرائط المحددة، و مع ذلك فإن القضاء يطبق تلك القاعدة تطبيقا مرنا فهو إذ يستعمل سلطته التقديرية في تفسير السند المنشأ للإرتفاق بحيث يبيث في ذلك عما إذا كان قصد المتعاقدين يسمح بالمساير طرق إستعمال الإرتفاق لمتطلبات العصر الحديث، فإذا فرضنا أن الوثيقة المنشأة لهذا القيد " المرور " مثلا تحدد عرض الممر، فإن القاضي نفسه بما له من سلطة تقديرية أن يقرر صلاح هذا الممر لممر الجرارات، و عليه البحث في هذا الحال عما من شأن ضجيج عجلات الجرارات أن ترهق الإرتفاق بصورة محسوسة، و في إتساع رقعة الممر على حساب الملكية المجاورة<sup>(2)</sup>.

1- المحامي محمد صياح النشواتي، مرجع سابق ص 713.

2- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ص 994.

### ج- إلتزام مالك العقار المرتفق بعدم تعديل وعاء الإرتفاق

قدّمنا فيما سبق أن لمالك العقار الخادم يستطيع تغيير إستعمال هذا الحق مادام ذلك لا يؤدي إلى جعله مرهقا وفق منطوق سنده، و نشير بذلك بأنه يمنع على مالك العقار المرتفق تعديل هذا القيد ذاته، فهو لا يستطيع أن يستبدل إرتفاق و لو كان هذا الإستبدال لا يرهق العقار المرتفق به ذلك أن الوفاء بالإلتزام يتحقق بما يساويه<sup>(1)</sup> و من ثم فإن صاحب العقار المخدوم لا يملك نقل مكان الإرتفاق و لو كان هذا النقل ضروريا لعقاره، و لا يلحق ضررا بالعقار الخادم، و قد وقف المشرع من مالك العقار المخدوم في هذا الصدد موقفا مغايرا لموقفه من صاحب العقار الخادم الذي أقر له مثل هذا الحق كما سنرى، و على ذلك فإن مالك العقار المخدوم لا يستطيع إجراء مثل هذا التبدل إلا بموافق مالك العقار المرتفق به و في هذا عدل.

ينبغي على ما تقدم أنه يجب إستعمال حق الإرتفاق ضمن ما خصص له فقط و من ما هو ثابت في السند المنشأ للإرتفاق، و بما لا يخالف المبادئ و الأحكام القانونية العامة الواردة في النصوص المختلفة، إضافة إلى وجوب كون هذا الإستعمال لمصلحة العقار المخدوم فقط و لا يمتد إلى غيره من العقارات الأخرى، كما أن هذه الإلتزامات قابلة للإنتقال بين المالكين المتعاقبين للحق العيني العقاري شأنها شأن الحقوق التي تخول لصاحب العقار القيام بجميع الأعمال اللازمة للمحافظة على حقه من إصلاحات و ترميمات ضمن الحدود المحددة لهذا الحق و إلا كان عبء زيادة هذا التكاليف تبيح لصاحب الأرض المسخرة المطالبة بالتعويض.

كما أن الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري للملكية العقارية في إستمرار أداء وظيفتها الإقتصادية و الإجتماعية هو عدم إقتصار الإلتزامات التي فرضها على مالك العقار المخدوم بل إمتدت إلى مالك العقار الخادم حتى يمكن المالك الآخر من الإستفادة المشروعة من الإرتفاق بحسب طبيعته و نوعيته، و يمكن تبين ذلك من خلال دراسة حقوق و إلتزامات مالك العقار المرتفق تبعا.

(1) المحامي محمد صياح النشواتي، مرجع سابق، ص 714.

## المبحث الثاني

### مركز مالك العقار المرتفق به

تحدد حقوق و إلتزامات مالك العقار الخادم بحسب نوع الحق و حسب الممارسة و الإستعمال و نطاق هذا القيد، و عليه يختلف الأمر بين أن يكون حق الإرتفاق طبيعيا أو قانونيا و هنا يمكن إستعراض هذه المسألة من خلال ما كرسه المشرع الجزائري في الحفاظ على حقوق كل من طرف العلاقة و ذلك بتبيين الحقوق و الإلتزامات .

### المطلب الأول

#### إلتزامات مالك العقار المرتفق به

تعد القاعدة العامة في قيد الإرتفاق حيث أن مالك العقار الخادم لا يلتزم إلا بالواجبات السلبية، حيث يلتزم في بعض الحالات بالإمتناع عن أعمال يقوم دونها مضمون الإرتفاق و خصوصا عندما يكون هذا الأخير سلبيا بطبيعته كالإرتفاق بعدم البناء أو التعلية، و في كل الأحوال يلتزم بترك مالك العقار المرتفق يمارس و يباشر الأعمال التي يخولها له هذا الحق<sup>(1)</sup>.

#### أولاً: واجب الإمتناع عن إنتقاص الإرتفاق

إن مصداقية حق مالك العقار الخادم بعد إقرار قيد الإرتفاقي هو عدم المساس بها بأي عمل يؤثر على تلك الحقوق أو تنقص من إستعمالها بشكل كامل و ملائم، وهناك العديد من الإجتهاادات القضائية التي أيدت هذا المبدأ و أقرته إذ لا يجوز لصاحب العقار الواقع عليه القيد التذرع بحق الملكية أو بوضعية العقار لإلغاء أو إنتقاص من هذا الحق المكتسب، كما يمنع التمسك بالوضع الراهن أو الأمر الواقع لتجسيد مركز قانوني غير مشروع يمنع صاحب الحق من التمتع بحقه كاملا كحق المرور و المجرى، و أن يمتنع عن مباشرة الأعمال المنافية للإرتفاق خاصة إذا كان سلبيا، و على هذا لا يجوز لصاحب العقار المتقل بحق المرور أن يزرع الممر أو أن يضع فيه أشياء تعيق المرور أو تجعل منه أكثر مشقة و هو ما أكده القضاء في العديد من قراراته.

(1-) الدكتور حامد زكي، مرجع سابق، ص 266.

## تانيا : عدم نقل موضع الارتفاق

لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير الوضع القائم إلا برضى مالك العقار المرتفق عملا بقاعدة ثبات حقوق الارتفاق، و هذه القاعدة العامة لا تبقى على إطلاقها حيث أجاز له تغيير موضع الارتفاق إذا أصبح من شأنه الزيادة في عبء هذا الأخير، و أصبح مانعا من إحداث تحسينات في العقار، فأجاز المشرع نقله إلى موضع آخر و ذلك بتوافق شروط هي :

1- إذا كان الارتفاق في مكانه القديم أصبح إرهاق لمالك العقار الخادم أو كان يمنعه من القيام بالتحسينات و الإصلاحات المفيدة.

2- أن يقدم صاحب العقار الخادم مكان بسهولة المكان الأول لإستعمال حقوق، و بهذا فإن المشرع لم يأتي بإستثناء من القاعدة القاضية بمنع إنقاص الارتفاق و إنما هي تقتصر فقط على تهذيب مبدأ ثبات حقوق الارتفاق، كما يلاحظ على أن هذه القاعدة تتطوي على خروج واضح على مبدأ القوة الملزمة للعقد في مجال الارتفاقات الإتفاقية، و يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد تساهل بعض الشيء في شرط الإرهاق حيث أجاز نقل الممر إذا كان في موضعه الحالي يحول دون تسوير عقارات مالك العقار المرتفق به، وكان يكفي للقيام بهذا العمل من أجل إتاحة التسوير إطالة الممر خمسة أمتر فقط<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### حقوق مالك العقار المرتفق به

لعله من المؤكد و رغم كل الإلتزامات الناتجة عن الارتفاق أنه تبقى لمالك العقار الخادم كامل الحقوق الناتجة عن ملكيته لعقاره إلا ما تعارض منها مع القيد الارتفاقي المقرر على العقار، و عليه يبقى له تسوير ملكيته أو البناء عليها و زرعها أو غرسها بالأشجار، كما أعطى له المشرع الحق في نقل موضع الارتفاق وفق الشروط الواجب توافرها سلفا، و الحكمة من هذا الإستثناء هو ان الارتفاق قد يبقى مدة و قد يدوم بدوام العقارين، فإذا حدث و أن تغيرت ظروف العقار الخادم خلال هذه المدة، و دعت الضرورة إلى تغيير في طريقة إستغلاله أو تحسن هذا الإستغلال على نحو يتطلب تغيير موضع الارتفاق، فإنه لا يحق لمالك العقار المخدوم أن يرفض ذلك حتى لا يتعطل إستغلال العقار على أحسن وجه تبعا للغاية المعدة لها و خصوصا بتوفير ضمانته أساسية هي عدم الإضرار بمصلحة مالك العقار المخدوم،

1)- Juglart , Les obligation réelles est servitudes en droit privé Français p 230.

فإذا فرضنا أنه إعتراض على ذلك عد متعسفا في إستعمال حقه، و الرأي الغالب في أن حق مالك العقار الخادم في طلب تغيير موضع الإرتفاق يظل قائما، و هي رخصة تثبت للمالك في كل وقت و من ثم لا تسقط بالتقادم و يسري حكم هذا الإستثناء على جميع الإرتفاقات أيا كان مصدرها.

أما إذا كان مصدرها القانون فإن القانون 90-411 تضمن هذا الحق حيث إذا تلقت المؤسسة طلبا بنقل إرتفاق يتقل ملكا عقاريا، يتعين عليها بمقتضى القانون أن تجيب على ذلك في مهلة شهر و تبين في ردها الأجل اللازمة لإنجاز التعديلات المطلوبة. و إذا ثبت أن كلفة النقل تفوق كثيرا مدى الضرر الذي تلحقه ممارسة الإرتفاق فإنه يتعين عليها أن تبرر للمالك أو ذوي حقوقه لرفضها و تقترح مصالحة بالتراضي.

أما إذا أخل مالك العقار الخادم بما يجب عليه، كان الجزاء إلزامه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه و كذلك الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى، و تعتبر إعادة الحال إلى ما كانت عليه من التكاليف العينية التي تلازم العقار في أي يد يكون، و من ثم فهو جائز أن يطالب بها مالك العقار الخادم و كل من يخلفه في ملكية هذا العقار أما التعويض فلا يطالب به المالك الذي صدر منه الإخلال لأنه إلزام شخصي يترتب في ذمته<sup>(1)</sup>.

هذا و الإرتفاق بإعتباره حق عيني لا يبقى يقيد الملكية بصفة مؤبدة و إلا ساهم في تعطيل الملكية العقارية في أداء دورها الإقتصادي بشكل كلي، لذلك من الضمانات التشريعية أن أخضع المشرع هذا القيد إلى قواعد تضبط طرق تقريره، و إنتهائه، و قد سبق أن بينا الأسباب التي يترتب بمقتضاها هذا القيد، و على خلال ذلك فإن هناك طرق ينتهي بها هذا القيد و يمكن إستعراض طرق نهاية الإرتفاق من خلال النقاط التالية<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث

#### إنقضاء قيد الإرتفاق و سقوطه

إضافة إلى الأسباب التي ينتهي بها الإرتفاق و التي سبق بيانها فيما سلف حيث أكدنا أنه إذا جزء العقار المرتفق بقي هذا القيد مستحقا لكل جزء منه، غير أنه إذا كان لا يقيد إلا جزءا

(1) الأستاذ حامد مصطفى، الملكية العقارية، مرجع سابق ص 979.

(2) الدكتور الناهي صلاح الدين، حق الملكية في ذاته، بغداد 1978، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية ص 65-66.

من هذه الأجزاء فلمالك العقار الخادم أن يطالب بزواله و سبق أن تعرضنا إلى حالة ما إذا جزء العقار الخادم أن بقي الإرتفاق واقع على كل جزء منه، غير أنه إذا كان لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب رفع هذا التقييد عن الجزء الذي يملكه، و قد ذكر التقنيين الجزائري أسباب أخرى لإنهاء قيد الإرتفاق يمكن الإستياج و التطرق لها إلى النقاط التالية :

#### أولاً: زوال حقوق الإرتفاق رضائياً

يتم ذلك إما بالإستناد لعقود أصلية يتفق من خلالها على إسقاط الحق الإرتفاقي، و تحدد من خلالها شروط هذا الإسقاط و كل ما يترتب، عنه كالإتفاق على أن يكون تنازل صاحب العقار المخدم عن حقه بعوض او بدونه أو غير ذلك من الشروط. فقد يكون إسقاط هذا القيد مستندا إلى العقود التي أنشأت حقوق الإرتفاق بموجبه أصلاً، وذلك حينما تكون نصوص هذه العقود متضمنة لشروط خاصة يتعلّق الحق بها كأن يكون مرتبط بشرط مسقط و يتحقق وقوع هذا الشرط، أو على مدة وينتهي أجلها. كما قد يكون التنازل عن الحق الإرتفاقي بموجب إرادة منفردة من قبل صاحب الحق، و هذا التنازل قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمنياً، و في هذه الحالة يجب أن يستخلص التنازل الضمني من وقائع ثابتة تفيد معنى النزول، و ينتج أثره فور صدوره بين المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: زوال الإرتفاق قضائياً

يعود للقاضي سلطة إلغاء قيد الإرتفاق متى أصبح غير مجد أو غير ممكن النفاذ بأن زال السبب الذي أوجده كهلاك العقار الخادم هلاكاً كلياً أو تهدم البناء، فإن الإرتفاق ينتهي بزوال محطه وفق للقواعد العامة، أما إذا جدد البناء عاد هذا الحق من جديد ما لم يكن إنتهى بعدم الإستعمال، أما إذا كان الهلاك جزئياً فإن القضاء يأمر ببقاءه على الجزء الباقي<sup>(2)</sup>، كما يكون غير قابل النفاذ في حالة ما إذا تغير وضع الأشياء بشكل جوهري أضح بسببه إستعماله مستحيلاً سواء في العقار الخادم أو في المخدم و لا يعد من قبيل الإستحالة ما قد يؤدي إلى ضرورة إستعمال العقار أكثر مشقة أو أقل نفعاً، و قد تطرأ هذه التغيرات بسبب حادث طبيعي أو بفعل

1- ) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 1003.

2- ) المحامي محمد صياح النشواتي، مرجع سابق، 724-725.

الإنسان، يستوي في ذلك أن يكون مسبب الإستحالة مالك العقار المخدوم أو مالك العقار الخادم أو الغير، و قد سبق أن رأينا أن عمليات الضم التي تستهدف تحسين مردود العقار يستتبع سقوط العديد من الإرتفاقات التي أصبحت عديمة الأثر والفائدة ومستحيلة التنفيذ ، ومع ذلك فإن هذه الإستحالة لا تستتبع حتماً إنقضاء الإرتفاق إلا إذا كانت دائمة أما إذا كانت مؤقتة فلا يترتب عنها إنقضائه لأنها تعد حينئذ مجرد حائل مؤقت حال دون إستعماله ، أما الحق فإنه باق بالرغم من قيام المانع ، كما يزول الإرتفاق بزوال المنفعة منه ، كما لو أصبح للعقار المخدوم منفذ على شارع فتح بحيث يغني عن الممر المقرر للإرض ، ومثل ذلك مالوكان لدار حق مرور من باب دار مجاورة ، فإن هذا الحق يزول إذا ما تبين أن المرور للدار مؤمن على نحو يغني عن وجود إرتفاق بالمرور من الباب المذكور ، إذا لم تنقص فائدة الإرتفاق برمتها ، بل كانت من الضائلة والتفاهة حيث لم يعد هناك مسوغ لوجوده عدت هذه الفائدة في حكم العدم ، وإذا ما تعنت صاحب الإرتفاق في هذه الحالة وأصر على بقاءه وسبب ضرراً لمالك الأخر كان لهذا أن يطلب إزالة الإرتفاق قضاءً بالإستناد إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق (1).

ولا يمكن حصر زوال الإرتفاق بهذه الأسباب التي تم ذكرها بأن المشرع أعطى أجلاً لذلك كسبب رئيسي لنهاية التقييد ، وذلك بعدم إستعماله مدة خمس عشر سنة ، ونحن هنا بصدد تقادم مسقط يترتب عنه إنتهاء الإرتفاق وذلك وفقاً لقاعدة عامة أقرها التشريع الجزائري على جميع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية بنصوص صريحة ، ومقتضاها أن جميع هذه الحقوق تنتهي بعدم الإستعمال مدة معينة ، أي أنها تسقط بالتقادم المسقط يعكس حق الملكية الذي لا يسقط بعدم الإستعمال و تسري هذه القاعدة على جميع الإرتفاقات سواء كانت مستمرة أو غير مستمرة، إيجابية كانت أم سلبية، و سواء كان عدم إستعمال إجبارياً أو إختيارياً بفعل صاحب العقار الخادم أو الغير ، بل قد يكون راجع لقوة قاهرة.

كما يمكن إيداء ملاحظة على ضوء ما سبق في مجال التقادم المكسب، أن كسب ملكية العقار المرتفق به بالتقادم لا يؤدي إلى زوال الإرتفاق الذي ترتب على هذا العقار من غير المالك بحسن نية و بسبب صحيح بإعتباره خالياً من أي إرتفاق، فإنه يكسب الملكية بالتقادم

(1) - الأستاذ حامد زكي، مرجع سابق ص 230.



القصير<sup>(\*)</sup> أي بمضي خمس سنوات، و لكن لا يسقط إلا بمرور خمسة عشرة سنة إذا كانت الحيازة بحسن نية، فإن الحائز في هذه الحالة يكسب الملكية بمضي خمسة عشرة سنة، و ذلك راجع إلى نتيجة منطقية أن حائز العقار لا يعتبر حائزا للإرتفاق، و يختلف الوقت الذي يبدأ فيه سريان التقادم بحسب نوع الإرتفاق، ففي الإرتفاق الغير المستمر الذي يقتضي القيام بعمل إيجابي في كل مرة يراد فيها إستعماله، يبدأ سريان المدة من الوقت الذي يقع فيه آخر عمل من أعمال الإستعمال، و يقع عبء إثبات الإستعمال حينئذ على عاتق صاحب العقار المرتفق، فإذا أخذنا حق المرور كمثال على ذلك فإنه يبدأ سريان المدة من آخر مدة مر فيها صاحب العقار المرتفق، و في الإرتفاق المستمر هو الذي يكون ناجما عن وضع واقعي يظل قائما على الدوام يبدأ سريان المدة من وقت الذي يقع فيه عمل يتعارض مع الإرتفاق، و يقع عبء إثبات على عاتق صاحب العقار المرتفق به.

و نظرا لأن الإرتفاق لا يقبل التجزئة فإنه لا يصح أن ينتهي بالنسبة للجزء الشائع من العقار المرتفق، و من ثم فإن قطع التقادم أو وقفه لا يصح أن يقتصر أثره على جزء شائع من هذا العقار، فإذا كان العقار المرتفق مملوكا على الشيوع، فإنقطع أحدهم دون الباقي بالإرتفاق، و قطع أحدهم التقادم يفيد الباقي فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا، أما عدم الإستعمال الجزئي ينقص من نطاق الإرتفاق بالقدر الذي لم يستعمل فيه إذا ظل هذا الإستعمال الجزئي مدة خمسة عشرة سنة، فبعد ذلك لا تجوز العودة إلى إستعمال هذا القيد بحدوده كاملة التي كانت له في الأصل، و كما يمكن أن ينقص نطاق الإرتفاق بعدم الإستعمال الجزئي عن طريق التقادم المسقط، فإنه يجوز كذلك أن يزيد هذا النطاق بالتوسع في الإستعمال عن طريق التقادم المكسب، كذلك يمكن تعديل الكيفية التي يستعمل بها الإرتفاق بالتقادم مع بقاء نطاق الحق، كما كان في الأصل، فإذا كان صاحب الحق في المرور قد أخذ يستعمل طريق آخر غير الذي يعين في الأصل، و ظل يمر من هذا الطريق مدة خمسة عشرة سنة فإن كيفية الإستعمال تكون قد تعدلت بالتقادم، و يصبح الطريق الآخر هو الذي يستعمل فيه المرور دون الطريق الأصلي<sup>(1)</sup>.

(1) - المحامي محمد صياح النشواتي، مرجع سابق ص 726.

\* - يلاحظ أن المشرع الجزائري حدد سقوط الإرتفاق بعدم الإستعمال مدة عشر سنوات بخلاف المشرع المصري الذي حدده بخمسة عشرة سنة.

### ثالثا: سقوط الإرتفاق تطبيقا لبعض المبادئ القانونية العامة

تطبيقا لقاعدة عامة التي تقول بعدم جواز أن يكون لمالك حق إرتفاقي على ملكه، فإن إجتماع عقارين لواحد منهما على الآخر حق إرتفاق في يد مالك واحد يؤدي إلى زوال الحق، و يستمر هذا طالما بقي العقاران في ملكة واحدة، و لكن إذا فسخ البيع و عادة الملكية للمالك السابق فإن حقه بالإرتفاق يعود إليه، و أما إذا فصل العقاران مجددا لبيع أحدهما لمالك جديد فإن المبادئ القانونية تقول بأن حق الإرتفاق لا يكون لأحد العقارين على الآخر حكما، و لا بد من إرتفاق جديد بين المالكين.

و يسقط حق الإرتفاق أيضا في الأحوال التي يتم فيها إسترداد العقار ذلك أن كل ما يرتبه المشتري على العقار من حقوق قبل الإسترداد يعتبر ساقطا به لأن الإسترداد إنما يعيد الحال إلى ماكانت عليه فلا يعتبر العقار قد إنتقل من البائع إلى المسترد بل يعتبر كأنه كان دائما في ملك المسترد، و تسقط حقوق الإرتفاق القديمة أيضا بالقسمة الجديدة و ذلك ما لم يتفق الشركاء على إستبقائها (1).

و لكن حقوق الإرتفاق لا تسقط و ذلك في حالة ما إذا كان كلا العقارين لمالك واحد و أحدث في أحدهما على الآخر نوافذ و مطلات ثم باعهما لمشتريين مختلفين و كان عالمين بهذه الإرتفاقات، فإنه لا يجوز لهما الإحتجاج بعدم تسجيل الإرتفاق في السجل العقاري، و يحكم ببقاء ما كان و ذلك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لغياب النص.

و لقد طرحت المادة 874 من القانون المدني الجزائري حلا جوهريا بالنسبة لمالك العقار المرتفق به متى كانت النفقات المعدة لصيانة المنشآت باهضة و لا يقدر على تحملها، هذا الحل يكمن في التخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق، لهذا فإن حكم هذه الحالة يمكن إدراجها ضمن الحالات التي ينتهي بها قيد الإرتفاق عمليا و بالتالي إنقضاء كل الإلتزامات العينية التي تقع على كاهل العقار المرتفق به، لكن هذا الحل قد لاق الكثير من النقاش الفقهي حول الطبيعة القانونية، و مدى قبوله حلا إختياريا أم إجباريا، و بذلك فالمسألة تذهب إلى أبعد من ذلك مدى عدالته بين الطرفين بإعتبار أن مالك العقار المرتفق به سيفقد ملكيته للعقار، و سنحاول إستعراض هذا النقاش بشيء من الإيجاز فيما يلي :

(1) الدكتور محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 280-281.

## المطلب الرابع

### التخلي كسبب خاص لإنقضاء الإرتفاق

التخلي أو الترك هو تصرف إنفرادي يؤدي إلى سقوط الملك عن صاحبه، و إسقاط الملك بالنسبة للعقار محل خلاف بين الفقهاء، فإذا باشره صاحب العقار الخادم بإعتباره المدين العيني للتخلص من إلتزامه ثارت صعوبات كثيرة كانت سببا في التضارب بين الآراء في الفقه و القضاء، فقد ذهب البعض إلى أنه بمجرد التخلي يأول الحق العيني "العقار" المتخلي عنه إلى الدائن العيني (مالك العقار المرتفق) بقوة القانون، و مفاد ذلك أن مالك العقار المرتفق يجبر على تلقي الملك بقوة القانون.

و يذهب رأي آخر إلى أن التخلي مجرد إيجاب من المدين العيني (و هو مالك العقار المرتفق به) لا ينتج أثره إلا بالقبول الدائن العيني الذي من حقه أن يرفض تلقي ملكية العقار المرتفق به (1).

و ذهب خلاف بين الشراح في تحديد نطاق الحق المتروك، فيرى البعض بأن التخلي يتعين أن يشمل الحق كله بينما يقول البعض الآخر بفكرة الترك الجزئي المحدد بالجزء المادي المتأثر بالإلتزام العيني.

و أخيرا فإن البعض يذهب إلى القول بوجود علاقات ضمان بين المدين العيني (مالك العقار المرتفق به) و بين الدائن (مالك العقار المرتفق) فيضمن أن يكون العقار المتخلي عنه خاليا من كل الإلتزامات العينية المحملة للعقار وقت الترك بينما لا يرى البعض الآخر ذلك، و بطبيعة الحال فإننا لن نعرض لكل هذه الآراء بل نقتصر على معالجة أحكام التخلي ما يمس موضوع الإرتفاق.

ذلك أنه مهما يكن الخلل في وجهات النظر في المسائل السالفة الذكر فإن المرتفق بين جميع الشراح على أن التخلي في نظام الإرتفاق و الإلتزامات العينية يرتب آثاران هامان.  
الأول: هو إنتقال ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق.  
الثاني: هو إنقضاء إلتزامات صاحب العقار المرتفق به.

1-) Martin de la moute- Essai d'une thorie de l'acte juridique, Toulouse 1984, p 79-80

و بذلك فإن الذي لا خلاف فيه أن التخلي عن العقار المرتفق به يحمل معنى الإسقاط المحض، و هو تصرف قانوني إنفرادي مجرد ( Abstrait ) يتم بإرادة صاحب العقار الخادم المنفردة مجردا عن السبب، و يترتب عن إعتباره تصرفا قانونيا وجوب كون المال مما يجوز التصرف فيه قانونا، فإذا كان المال ممنوعا التصرف فيه بالشرط المانع من التصرف مثلا فلا يجوز التخلي عنه أو إسقاطه، كما يتعين أن يكون للمتخلي أهلية التصرف بلا مقابل<sup>(1)</sup>.

و معنى كون التخلي تصرفا إنفراديا مجردا أنه يتم قانونا مجردا عن السبب و بعبارة أخرى ليس السبب ركن فيه على خلاف ما نصت عليه المادتان 96 و 97 من القانون المدني الجزائري، إذ أن لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الأداب كان العمل باطلا و تنص الثانية على أن كل إلتزام لم يكن له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على ذلك، و لكن حسب نص المادة 874 فإن سبب التخلي عن العقار المرتفق به من قبل مالكة واضحة و هي إنقضاء المصاريف الباهظة التي قد تنتج عن أعمال الصيانة التي يقوم بها .

#### أولا: الطبيعة القانونية للتخلي

و على ذلك فإن الطبيعة القانونية للتخلي في التشريع الوضعي أو في الفقه الإسلامي يتخذ شكلا من التصرف الإنفرادي يتم بإرادة منفردة، و فقهاء الإسلام أحيانا ما يطلقون كلمة "العقد" على التصرف الذي يتم بإرادة منفردة، و يعرفون العقد بأنه إلتزام شرعي مبرم سواء بين طرفي كما في البيع، أو حدث من جانب واحد كالوقف، و الحالات التي يتم من جانب واحد هي ما يطلق عليها في الفقه الوضعي بحالات الإرادة المنفردة، و يطلق عليها الفقه الإسلامي حالات إلتزام إطلاقا لغويا أكثر منه إطلاقا إصطلاحيا، فالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي هي التي تنشأ إلتزاما أو تعهدا في جانب صاحبها بعبارات كاشفة عنها وحدها كما في الوقف و التخلي الذي نحن بصدد.

و عموما يمكن إستنتاج الملاحظات التالية فيما بحثنا فيه من الفقه الإسلامي فيما يلي :

(1) الدكتور محمد زكريا البرديسي، التصرف الإسقاطي، مقال بمجلة المحاماة المصرية، سبتمبر 1987، العدد الثاني ص 576.

أ- إتفاق الفقهاء على أن ملك العين لا يصح إسقاطه، فلو أسقط مالك الدار ملكيته عنها لا يصح لأن الدار تكون بلا مالك و هذا شيء لا يجوز لأنها تعتبر سائبة و قد نهى الله عن ذلك في القرآن الكريم بقوله " ما جعل الله من بحيرة و لا سائبة و لا وصية " لذلك فإن الأعيان في الشريعة الإسلامية لا تسقط لأن الإسقاط إزالة و يتلشى به محله ( العقار المرتفق به ) و بناء على هذا فإن إسقاط الحق يراد به إنهائه و تلاشيه لا ينقله من مالك إلى آخر كما في حالة الإرتفاق، و بهذا فإن إنتقال العقار الخادم إلى مالك العقار المخدوم يعد تمليك و ليس إسقاطا له (1).

ب- أما إذا كان في الإسقاط معنى التمليك، فقد ذهب البعض إلى أنه يتوقف على قبول الطرف الآخر و هو مالك العقار المخدوم، لأن الراجح في الفقه الإسلامي هنا يتوقف على مدى قبول مالك العقار المرتفق بالإيجاب بحيث يجوز له رده، و هو فعلا ما جاءت به المادة ذاتها بصفة جوازية و ليست إلزامية، بحيث يستطيع مالك العقار المخدوم رد ملكية العقار المرتفق و رفض القبول بذلك (2).

و عموما فإن الحقوق التي تقبل التخلي هي الحقوق التي لا يتعلق بها حق الغير لأن الإنسان لا يملك إسقاط حق غيره، خصوصا إذا كان العقار المرتفق به متقلا بالتزامات عينية أخرى فيمنع على صاحبه إسقاط حق غيره، و من ناحية أخرى فإن التخلي عن العقار في هذه الحالة يجب أن تتوافر فيه عنصران.

1- عنصر مادي و هو ترك المالك للعقار المرتفق به ( خروج الملك من حيازته )

2- عنصر معنوي هو نية الزول عن ملكية هذا المال.

و بطبيعة الحال ليس هناك مقابل يدفع للمتخلي في هذه الحالة، ذلك أن صاحب العقار المرتفق به لا يقصد بالتخلي هنا إسقاط حقه العيني المنصب على العين بتعلق حق الدائن العيني بالعين نفسها، و من ثم فهو إذ يتخلي عن ذلك بقصد فقط التخلص من التزامه العيني، فالتخلي المبرئ في حقيقة الأمر إنما يتم بمقابل و من ثم لا يمكن بحال أن يكون من قبيل الإسقاط المحض، و التكييف الحقيقي هنا للتخلي عن العقار المرتفق به هو إبراء، و هو تصرف قانوني ملزم لجانب واحد و لا يتم إلا بقبول صاحب العقار المرتفق، ذلك أن التخلي المبرئ لا يعتبر

1- الدكتور منصور مصطفى منصور، حق الملكية، الطبعة الثانية القاهرة 1984 درا النهضة العربية ص 95-96 .

2- الدكتور إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، الإسكندرية 1976، دار التراث العربي ص 53-54.

إسقاطا و إلا كان منافيا لمقتضيات العدالة<sup>(1)</sup>، خاصة أنه يمس بالملكية العقارية كونها من أعز ما يملكه الإنسان، و لذلك فالمالك إذا ما تخلى إنما يقصد التخلص من الإلتزام العيني الذي يحمل العين المتخلى عنها و لذلك ينقل مل بقي له من قيمة في العين إلى الدين العيني في مقابل الوفاء بدينه العيني على العقار ذاته، فالتبرئة لا تتم من جانب شخص المدين (مالك العقار الخادم) لمفرده بمجرد تخليه عن الحق العيني، و إنما هي تنشأ عن ذلك العقد الذي يعتبر الدائن العيني (مالك العقار المخدوم) طرفا فيه و إن كان لا يلزم إلا المدين العيني وحده.

و أما قبول الدائن فيمكن دائما إفتراضه لأنه إيجاب المدين يتمخض لمصلحته، ذلك أن كل ما جاءت به المادة 874 هو تطبيقا للوقاعد العامة التي تجيز التخلص من الإلتزام المتعلق بالعين بالتخلي عنها.

### ثانيا : مسألة الضمان بالنسبة للحق المتخلى عنه

غير أنه في حالة التخلي قد تطرح مسألة جوهرية هي مدى ضمان صاحب العقار المرتفق به خلو العقار من بقية الحقوق العينية عليه، فذهب الأستاذ " ميشون " إلى القول بوجود التفرقة دائما بين ما إذا كان التخلي بمقابل فيترتب الضمان، أو بغير مقابل فلا ضمان في هذه الحالة و لما كان التخلي في الإلتزامات العينية يتم دائما بالمقابل فإنه يترتب عن إلتزام المدين العيني المتخلى بالضمان، إذ يتحتم عليه ضمان أن العقار المتخلى عنه صاقيا من كل تكليف، بخلاف ما إذا كان التخلي بغير مقابل، فلا محل بالنسبة له للقول بفكرة الضمان.

و لكن مع ذلك هذا القول فيه إعادة نظرا لكون أن فكرة الضمان في مواد الإرتفاقات لا تتور على الإطلاق، فالدائن العيني ليس في حاجة إلى ضمان من المدين العيني، فهي تنتقل مع العين في أي يد تكون في مواجهة أصحاب الحقوق العينية الأخرى حتى على الراسي عليه المزداد طالما أن حكم راسي المزداد لا يظهر العين من الإلتزامات العينية<sup>(2)</sup>.

1- الدكتور زكريا اليرديسي، مرجع سابق، ص 577.

2-) Michon, Cherche a Qualifier l'abandon, cité en Bouneose Paris 1978 P 351.

## الخاتمة

نخلص من دراستنا لهذا الموضوع أنه لم يعد للملكية وهي أم الحقوق العينية كلما السلطان المطلق هي الإنتفاع بالشيء، والتصرف فيه، ذلك راجع إلى بروز نظرية الإلتزام العيني وبسط نفوذها وسلطانها في التشريعات الحديثة، ويعد الإرتفاق أهم عنصر في النظرية وأساسا في تقيده للملكية العقارية إنطلاقا من تحليلنا السليم لعناصره ونتاجيه، فكانت الإلتزامات التي رأيناها سلفا والتي تصب كلها في إتجاه تمكين صاحب الحق في الإرتفاق من ممارسة حقه على الملكية المشمولة بهذا التقييد الذي يعتبر بدوره حقوق إجتماعية للملكيات المجاورة في صورة إلتزامات عينية، وهي ما أطلع على تسميتها بأوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية.

هذا وقد شهدت نظرية الإرتفاقات تطورا واسعا بواسطة التشريع، فقد رأينا من خلال ما سبق كيف بسطت سلطانها من خلال جملة الأنظمة القانونية الخاصة التي عملت على إعطاء هذه الملكية البعد الحقيقي لها، كما أن القضاء ساهم كثيرا في رواجها الذي إنتهج أزاء التطورات الاقتصادية، وتغير نمط وطرق الإنتاج خطة توفق بين المصالح الاقتصادية النصوص الخاصة بحق الإرتفاق، تلك النصوص صاحبته تشريعا فلسفة معينة تمتد في جذورها إلى الأفكار السياسية التي لازمت الثورة الفرنسية والتي أتت المجموعة المدنية الفرنسية على إثرها فتأثرها واضعوا باعتبارها تاريخية مهدت لوضع هذه النصوص، لما بدأت تلك القيود التي نطالعها في مواد الإرتفاقات تلبس اليوم لا أمام نظام الإقطاع الذي إختفى شبهة إلى الأبد و لكن أمام الحالة الاقتصادية التي غيرت طرق الإنتاج فيها، و الإرتفاق كما هو معلوم مقرر للإستغلال فكان من الطبيعي أن يتأثر هو أيضا بتغير وسائل الإنتاج، فبدأ القضاء يتدخل ليخفف من حدة تلك القيود بإنتهاج أسلوب جديد في التفسير لتكييفه مع دور الملكية الجديد.

و أما المسألة في الشريعة الإسلامية فكانت على العكس منها في التشريع الوضعي، فلم تشرع الإرتفاقات في الإسلام بناء على فلسفة عدائية لنظام معين كذلك التي لامسناها في مواد الإرتفاق في المجموعة المدنية الفرنسية و المجموعات التي نهلت منها، بل أن تشريع الإرتفاق في الشريعة الإسلامية يقوم على فكرة تقييد الملكية بصفة عامة ضابطها هي ذلك

المصلحة العامة، و بالتالي لا يجد القاضي نفسه أمام قواعد جامدة مما قد يضطره إلى التحايل عليها للتخفيف من حدتها و يساير بها التحول في الحياة الاقتصادية، و التطور في وسائل الإنتاج. هذا و إن كان فقهاء الشريعة لا يفرقون في الحكم بين حق الإنتفاع مقرر لعقار على عقار آخر بحكم الشرع و حق تقرر بإرادة المالك، ففي الحالين يسمون الحق إرتفاقا، إلا أن البعض رأى و جوبه التمييز بينهما و قصر الإرتفاق على ما يقرره الأفراد، و من أجل ذلك أهدنا لمشروع أن يغيد النظر في نصوص الإرتفاق، و ليكن له من فلسفة التشريع الإسلامي أن الإلتزامات العينية و الإرتفاقات كلما قيود على الملكية، و أساس تقييد الملكية هو الإستجابة لدواعي المصلحة العامة، و هي فلسفة تتبع لتحقيق الوظيفة الإجتماعية و الاقتصادية للملكية.

غير أن إقرار هذه الإرتفاقات في التشريعات الحديثة عموما و التشريع الجزائري خصوصا قد أصبح يطرح مسألة الضمانات الإثباتية و القانونية لحماية الملكية العقارية من أشكال التعسف لإستعمال الحق، خصوصا في الجانب الشكلي منها بإنتهاج نظام الشهر العيني بكامل مقوماته و أسسه المادية و خاصة إكتمال نظام المسع للأراضي حتى يتم الكشف بدقة عن هذه الإرتفاقات و خاصة منها تلك التي يتم بواسطها إستغلال الملكيات أحسن إستغلال لضرورتها و تقاديا للنزاعات التي قد تنور نتيجة إستعمال هذه الإرتفاقات و قد مر بنا أن حق الإرتفاق بالمرور الذي أصبح يطرح إشكالات عملية بين المالك حول وجده تاصيلا و طريق إستعماله، يحل مشكلة الإنحباس عن الطريق العام و الملكيات المجاورة.

و هذه الضمانات في الحقيقة و إن كان ما خلصنا إليه أنها من زوايا القواعد العامة "قواعد القاتون المدني" تظهر أنها كافية، إلا أن نظريتها في القواعد الخاصة غير كافية بل الأكثر من ذلك أنها تشكل خطرا على الملكية و ذلك راجع في نظرنا أن هذه القواعد كان يجب أن تجد أصلها في القواعد العامة، و لهذا فالوضع في هذه الحالة يتطلب من القضاء الحرص على التفسير السليم لأحكام هذه القواعد حتى لا تضار حقوق الملاك نتيجة الإجراءات القانونية المتخذة، كما حاولنا التنويه ببعض الأخطاء و الهفوات التي وقع فيها التشريع الجزائري و لم تلقى التصحيح المناسب بعد في النصوص المنظمة للإرتفاق، و وجوب تصحيحها خصوصا و أن الأصل فيها هي النصوص الفرنسية التي جاءت خالية من هذه الأخطاء.



كما أن الدراسة المستفيضة لهذه الموضوع تفرص علينا توجيه و طرح إقتراحات منها:

1. ضرورة إعادة النظر في القواعد المنظمة للإرتقاقات في التشريع الجزائري بأن تكييفه أساسا مع نمط و خصوصيات الملكية العقارية في الجزائر دون الرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي في ذلك و الذي تحكمه جميع تاريخية سبق و أن أكدناها.

2. وجوب مراعاة القضاء في أحكامه المتطلبات الإجتماعية و الإقتصادية خاصة في ترتيب الإرتفاق و تفسير إرادة الأطراف بما يضمن أداء الملكية لدورها الإقتصادي.

3. توفير الحماية القانونية اللازمة للملكية و تنظيم العلاقات التي تنتج بعد ترتيب العلاقة الإرتفاقية، و الإسراع في تطبيق النظام الشهر العيني بما يضمن الفصل في حدة جوانب تحكم هذه العلاقة كحدود و نطاق الإرتفاق و مدته.

4. البحث عن البديل الذي يمكن من خلاله تجنب حق التخلي عن العقار المرتفق به بالنسبة لمالكه إذا لم يستطع تحمل الأعباء و التكاليف اللازمة لإصلاح و استغلال العقار بما لا يفتح المجال واسعا أمام تهلص القيمة الإقتصادية للعقار و قلة ريعيه.

5. إيجاد مرونة لازمة و ضمانات كافية بالنسبة للإرتقاقات القانونية التي تسهر الإدارة على تطبيقها على الملكيات التي تكون معلا لهذا القيد خصوصا أننا أشرنا إلى أن العديد من التشريعات إعتبرتها إرتقاقات بمعناها الصحيح، لكن التشريع الجزائري أبقي منها على التسمية دون التطبيق قواعد قانون المدني بشأنها مما يطرح مسألة بحالة التعويض و الإجراءات المتعبة فيه خاصة و أن الإدارة تستعمل إمتيازات السلطة العامة في ذلك.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب

#### 1- الكتب باللغة العربية:

- 1- حامد مصطفى : الملكية العقارية، الجزء الثاني،  
الطبعة الأولى دار الكتاب الحديث ، مصر 1964.
- 2- برهام عطا الله : نظرية جديدة للحق العيني  
الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، مصر 1967.
- 3- عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول  
الطبعة الأولى ، مطبعة الهدى 1968.
- 4- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية  
(حق الإنتفاع ، حق الارتفاق )  
الجزء التاسع دار التراث العربي، 1968.
- 5- فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون  
الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة دمشق ، 1968.
- 6- علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الأولى  
الدار الجامعية ، دمشق ، 1968.
- 7- محمد سلام مذكور: المدخل لفقهاء الإسلام ، الطبعة الرابعة  
دار النهضة العربية 1969.
- 8- عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،  
الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة ، مكتبة القدس ، بغداد ، 1976.
- 9- محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، الجزء الثاني  
دار السلام للمنشورات ، دمشق ، 1976 .
- 10- عبد السلام ذهني بك : الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، الجزء الثاني  
الطبعة الثانية ، دار الكتاب الحديث ، 1976.

- ١١- إسماعيل غانم : الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، الجزء الأول  
الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة العربية ، الإسكندرية ، 1978.
- ١٢- حسن كيرة : الحقوق العينية الأصلي والتبعية ، الجزء الثاني  
الطبعة الثانية ، مطبعة الهدى مصر 1978.
- ١٣- شفيق شحاتة : نظرية الحق العيني ، الجزء الثاني  
الطبعة الثانية ، دار التراث العربي ، الإسكندرية ، 1978.
- ١٤- محمد سالم الرياح : تطور نظام الملكية  
الطبعة الأولى ، دار التراث العربي 1978 .
- ١٥- توفيق ناصر العطار : حق الملكية  
الطبعة الثانية ، القاهرة 1979 .
- ١٦- محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية الأصلية ( الأشياء والأموال ) ، الملكية  
والحقوق المتفرعة عن الملكية  
الطبعة الثانية ، القاهرة 1980 .
- ١٧- عبد المنعم البدر اوي : الحقوق العينية الأصلية وأسباب كسبها  
الطبعة الثالثة ، مكتبة سيد وهبة ، 1982 .
- ١٨- محمد وحيد الدين سوار : أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري  
ديوان المطبوعات الجامعية ، 1983 .
- ١٩- جميل الشرقاوي : دروس في الحقوق العينية الأصلية  
الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية 1983 .
- ٢٠- محمد مصطفى شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي  
الطبعة الأولى ، دار التراث العربي ، بيروت 1983 .
- ٢١- محمد علي حنبولة : الوظيفة الإجتماعية لحق للملكية ، الجزء الثاني  
الطبعة الأولى ، دار التراث العربي ، القاهرة 1983 .
- ٢٢- حسن كيرة : أصول القانون المدني ( الحقوق العينية الأصلية )  
الطبعة الأولى ، دمشق 1984 .
- ٢٣- عبد الحميد فاروق : المركز القانوني للمال العام  
الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1984 .

- ٤١- أنس قاسم : النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية  
الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984.
- ٤٢- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الخامس  
الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، دمشق 1984.
- ٤٣- علي علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري  
الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية 1985.
- ٤٤- مصطفى محمد الجمال : نظام الملكية العقارية  
الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، القاهرة 1986.
- ٤٥- مندر عبد الحسين : الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، الجزء الأول  
دار الكتاب الحديث ، القاهرة 1986 .
- ٤٦- علي علي سليمان : شرح القانون المدني الليبي  
الطبعة الأولى ، الدار الجامعية للمطبوعات ، القاهرة 1986.
- ٤٧- محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية  
الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، 1987.
- ٤٨- منصور مصطفى منصور : الملكية العقارية  
الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1987.
- ٤٩- عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه : الإلتزام العيني بن الشريعة والقانون  
الطبعة الأولى، دار الموسوعات ، لبنان 1988 .
- ٥٠- زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا  
الطبعة الثانية ، مطبعة النور للمنشورات ، دمشق 1988 .
- ٥١- محمد فوزي فيض الله : الفقه الإسلامي ، الجزء الأول  
الطبعة الثانية ، مطبعة طبرين ، دمشق 1988.
- ٥٢- توفيق حسن فرج : الحقوق العينية الأصلية  
الطبعة الثانية ، بيروت 1988.
- ٥٣- نزيه محمد الصادق : الملكية في النظام الإشتراكي  
الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1989.
- ٥٤- ضياء مجدد الموسوي : لمحات من إقتصاديات الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية  
الطبعة الأولى ، دار العلوم ، بيروت 1989 .

- 38 - محمد عبد الجواد محمد : بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون  
الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، القاهرة 1991.
- 39 - صبحي سلوم : موسوعة العقود ، الجزء الأول  
الطبعة الثانية ، دمشق 1991 .
- 40 - محمد صياح النشواتي : القيود الواردة على الملكية العقارية وأثرها في السجل العقاري  
المجلد الثاني ، دار الكتاب الجامعية ، دمشق 1993.
- 41 - المششارة زكية الكيلاني : المدونة القضائية للإجتهد المقارن ، الجزء الأول  
الطبعة الثانية ، دار الكتاب ، دمشق 1993.
- 42 - رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ( المصادر والأحكام )  
الطبعة الأولى ، بيروت 1994.
- 43 - شفيق طعمة ، أديب إسطنبولي : ملحق التقنين المدني السوري في الأنظمة العقارية  
الطبعة الثانية ، دمشق 1994.
- 44 - محمدي زواوي فريدة : المدخل للعلوم القانونية  
ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1996.
- 45 - أنور طلبة : مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة النقض منذ نشأتها سنة 1936 إلى  
سنة 1996، الجزء الثالث  
دار الكتاب الحديث دمشق 1996.
- 46 - الدكتور عبد الفتاح تقيّة : الوجيز في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي  
ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1999.
- 47 - نبيل إبراهيم : الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها  
الطبعة الأولى ، دار المعرفة 1999.
- 48 - إبراهيم عبد العزيز شيحا : الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة ، الجزء الأول  
( الأموال العامة ) الإسكندرية بدون سنة.
- 49 - أحمد رحماني : محاضرات ، النظام القانوني الجديد للمال العام  
غير منشورة ، المدرسة الوطنية للإدارة 1997
- 50 - أركان علي : الإلتزامات العينية الملحقة بالإرتفاقات ، الجزء الثالث  
الطبعة الثانية ، باريس بدون سنة.

٤١ - عبد المنعم فرج الصدة : الملكية في قوانين البلاد العربية  
الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة بدون سنة.

## 2- الكتب باللغة الفرنسية :

- ١ -Les servitudes bornage nitoyente elature, berand 2 ed , Paris 1963 .
- ٢ -M Piquinal : Droit des Servitudes Administrative, Paris 1967.
- ٣ - Mmaurice du Verger, (Droit Public), cinquieme ed, Mise a jour, paris 1967
- ٤ - G Henrit et P. Rossillon, Les Servitudes de Droit Privie, et de Droit Public, Paris - ed de Actualite Juridique -1969.
- ٥ - La Notion de Servitude en Droit Privie - (These) Strasbourg -1976.
- ٦ - Pière Nicoley ( Droit Administrative ), Amenagement du Territoire Urbanisme, 2èmeEd, 1984.
- ٧ - Christian Larroument, (Droit Civil), Les Biens ( Droits Réels Principaux ), Tome 2, France 1985.
- ٨ - J. Capitaint, Les Droits réelles Principaux, la Revue Critique, Paris 1987.
- ٩ - Cilles Paisant, Les Obligations Reelles, Dalloz 1988.
- ١٠ - Droit Civil ( Les Biens ), 4 ème Ed, Précis Dalloz 1992.
- ١١ - J. M. Auby, Les Servitudes Adminstrative. Juris Classeur, Face 391.

## ثانياً : المقالات

- ١ - حامد زكي : التكاليف العينية والإلتزامات الشخصية  
مجلة القانون الإقتصاد، العدد الثاني مصر 1982 ص 230.
- ٢ - محمد كامل مرسي : قيود البناء الإتفاقية  
مجلة القانون والإقتصاد مصر، العدد الثاني 1984 ص 337.
- ٣ - حامد فهمي : إشتراطات البناء الإتفاقية  
مجلة المحاماة المصرية ، العدد الثاني العدد الأول 1986 ص 45 .

- ٤ - محمد السعيد شاهين : طبيعة الملكية في الإسلام والنظم الوضعية  
مجلة المحاماة المصرية العدد الأول ، 1986 ص 111 .
- 5 - برهام عطا الله : نظرية جديدة للحق العيني  
مجلة العلوم القانونية والإقتصادية مصر، عدد جويلية 1989 ص 405.
- 6 - أحمد رحمانى : النظام القانوني الجديد للمال العام  
مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد الثالث ، سبتمبر 1994.
- 7 - محمد بوركي : التثيق والإشهار العقاري  
مجلة الموثق العدد 5 ديسمبر 1998 ص 35.
- 8 - زروقي ليلي : التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد  
مجلة الموثق ، العدد الأول ديسمبر 1998 ص 49.
- 9 - المحكمة العليا : المجلة القضائية : العدد 04 سنة 1990.
- ١٠ - المحكمة العليا : المجلة القضائية : العدد 02 سنة 1991.
- ١١ - المحكمة العليا : المجلة القضائية : العدد 03 سنة 1992.

### ثالثا : الرسائل الجامعية

- 1 - دغوش عبد الحميد : حق الملكية والقيود القانونية والإتفاقية التي ترد عليه في القانون المدني الجزائري ، ( رسالة ماجستير ) جامعة الجزائر 1989.
- 2 - فاضلي إدريس : نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون المدني الجزائري (رسالة دكتوراه) جامعة الجزائر 1996.
- 3 - عباس موسى النقيب : تغير السيادة الإقليمية وأثرها في القانون الدولي (رسالة دكتوراه) كلية الحقوق ، عين شمس 1989.



#### رابعاً : النصوص القانونية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 12 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 15 جانفي 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي
- المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 12 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.
- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملالك الوطنية الخاصة.
- القانون رقم 07 /85 المؤرخ في 6 أوت 1985 يتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية وتوزيعها.
- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية.
- القانون رقم 29 /90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتضمن البناء والتعمير .
- القانون رقم 411/90 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 المتضمن الإجراءات الخاصة بتوزيع الطاقة الكهربائية.
- القانون رقم 11/91 المؤرخ في 12 سبتمبر 1991 المتضمن نزع الملكية للمنفعة العمومية
- المرسوم رقم 186 93 المؤرخ في 10 جانفي 1993 المتضمن تعديل قانون نزع الملكية
- القانون المدني الفرنسي طبعة 1999.



# الفهرس

المقدمة.

- 01 ..... الفصل الأول: ماهية حق الارتفاق
- 05 ..... المبحث الأول: تطور فكرة الارتفاق
- 06..... المطلب الأول : تطور فكرة الارتفاق في الفقه الإسلامي
- 10..... المطلب الثاني : تطور فكرة الارتفاق في الفكر الوضعي :
- 13 ..... المبحث الثاني: تعريف الارتفاق.....
- 14..... المطلب الأول: في التشريعات المقارنة
- 16..... المطلب الثاني: الارتفاق من منظور الشريعة الإسلامية
- 18..... المطلب الثالث: مفهوم و أساس الارتفاق في التشريع الجزائري
- 25 ..... المطلب الرابع : عناصر الارتفاق
- 25..... أولا : يجب أن يكون هناك عقار مرتفق
- 25..... ثانيا : يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به
- 26..... ثالثا: يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة
- 31..... المبحث الثالث: الجوانب القانونية للارتفاق.....
- 32..... المطلب الأول: الارتفاق حق عيني عقاري
- 36..... المطلب الثاني: الارتفاق قيد على الملكية العقارية
- 38..... أولا: محل الارتفاق
- 40..... ثانيا : نطاق الارتفاق
- 42 ..... المبحث الرابع: خصائص حق الارتفاق
- 42..... المطلب الأول : خاصية التمتع
- 43..... المطلب الثاني: الارتفاق له صفة الدوام
- 44..... المطلب الثالث : الارتفاق غير قابل للتجزئة

المطلب الرابع : تمييز الإرتفاق عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى.....45

أولاً: تمييز الإرتفاق عن حق الإنتفاع .....45

ثانياً : تمييز الإرتفاق عن الحق الشخصي .....47

ثالثاً : تمييز الإرتفاق عن التكاليف العينية .....52

الفصل الثاني: أسباب ترتيب قيد الإرتفاق و تقسيماته .....69

المبحث الأول: أسباب ترتيب قيد الإرتفاق.....70

المطلب الأول : التصرف القانوني كسب منشأ لقيد الإرتفاق .....70

أولاً: الإرتفاق ينتقل على عقار لا على شخص .....75

ثانياً: الإرتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص.....76

المطلب الثاني: الإرتفاق المكتسب بالتقادم.....79

أولاً: وجوب أن يكون الإرتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم .....79

ثانياً: الإرتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم .....79

ثالثاً : جواز كسب الإرتفاق الظاهر غير المستمر بالتقادم .....80

رابعاً : حيازة الإرتفاق تؤدي إلى كسبه بالتقادم .....80

المطلب الثالث : الإرتفاق المنشأ بتخصيص المالك الأصلي.....83

أولاً: كيفية ترتيب قيد الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي .....85

ثانياً: الشروط الواجب توفرها لترتيب قيد الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي .....86

المطلب الرابع : مدى جواز ترتيب الإرتفاق على المال العام.....91

أولاً : قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام .....92

ثانياً : مدى قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام.....92

المبحث الثاني : تصنيف الحقوق الإرتفاقية.....96

المطلب الأول : تصنيف الإرتفاق من حيث المصدر .....96

أولاً: الإرتفاقات الطبيعية .....96

ثانياً : الإرتفاقات القانونية .....97

ثالثاً : الإرتفاقات الإرادية .....98

المطلب الثاني : تصنيف الإرتفاقات من حيث وجوب الشهر .....98

أولاً: الإرتفاقات الواجبة الشهر .....98

- 99..... ثانيا : الإرتفاقات معفاة من الشهر
- 99..... المطلب الثالث : تصنيف الإرتفاق بحسب الموضوع
- 99..... أولا: الإرتفاقات الإيجابية و الإرتفاقات السلبية
- 100..... ثانيا : الإرتفاق الظاهر و الإرتفاق الغير الظاهر
- 100..... ثالثا : الإرتفاقات المستمر و الإرتفاقات الغير المستمرة

- 102..... المبحث الثالث : تطبيقات القيود الإرتفاقية
- 102 ..... المطلب الأول: الإرتفاق بالمرور
- 104 ..... أولا: الإنحباس عن الطريق العام مناط لحق المرور
- 106..... ثانيا : نطاق المرور، تعيين الممر و طريقة المرور
- 108..... ثالثا : التعويض عن المرور
- 108..... المطلب الثاني: الإرتفاق بالمجرى

#### المبحث الرابع: الأساس القانوني لفرض قيد الإرتفاق

- 114 ..... و الحماية القانونية للملكية
- 114 ..... المطلب الأول : الأساس القانوني لفرض قيد الإرتفاق
- 114..... أولا: عدم التعسف في استعمال حق الملكية
- 115..... ثانيا: الوظيفة الإجتماعية كأساس للإرتفاق
- 116..... المطلب الثاني : الحماية المقررة للملكية
- 116..... أولا: الحماية المقررة بالقواعد العامة
- 121..... ثانيا : الحماية المقررة بالقواعد الخاصة
- 122..... المطلب الثالث : الأحكام الشكلية للإرتفاق
- 123..... أولا: ايداع وثائق المسح
- 123..... ثانيا : الترفيم في السجل العقاري
- 125..... المطلب الرابع : مكانة الإرتفاق ضمن السياسة العقارية في الجزائر
- 125..... أولا: الإيجابيات
- 126..... ثانيا : السلبيات

- 130..... الفصل الثالث: الآثار المترتبة عن قيد الإرتفاق

- 131.....المبحث الأول: مركز مالك العقار المرتفق
- 131.....المطلب الأول : مدى جواز ترتيب الإرتفاق و نطاقه
- 132.....أولا: الإرتفاقات اللازمة لإستعمال الإرتفاق الأصلي
- 133.....ثانيا : تجزئة العقار
- 134.....ثالثا : حالة تجزئة العقار المرتفق به
- 134.....المطلب الثاني: إستعمال الإرتفاق و الضوابط القانونية المقررة لذلك
- 138.....المبحث الثاني: مركز مالك العقار المرتفق به
- 138.....المطلب الأول: التزامات مالك العقار المرتفق به
- 138.....أولا: واجب الإمتناع عن إنتقاص الإرتفاق
- 139.....ثانيا : عدم نقل موضع الإرتفاق
- 139.....المطلب الثاني: حقوق مالك العقار المرتفق به
- 140.....المطلب الثالث : إنتضاء قيد الإرتفاق و سقوطه
- 141.....أولا: زوال حقوق الإرتفاق رضائيا
- 141.....ثانيا: زوال الإرتفاق قضائيا
- 144.....ثالثا: سقوط الإرتفاق تطبيقا لبعض المبادئ القانونية العامة
- 145.....المطلب الرابع : التخلي كسبب خاص لإنتضاء الإرتفاق
- 146.....أولا: الطبيعة القانونية للتخلي
- 148.....ثانيا : مسألة الضمان بالنسبة للحق المتخلي عنه
- 149.....الخاتمة

رقم الجرد: 0157  
رقم الفاتورة: /  
التاريخ: 11/04/2004  
الأصل: كلية الحقوق / د/

