جامعة الحاج لخضر- باتنة
كلية الحقوق
قسم العلوم القانونية

القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم- علوم قانونية

تخصص قانون عقاري

إعداد الطالبة: إشراف الأستاذة الدكتورة:

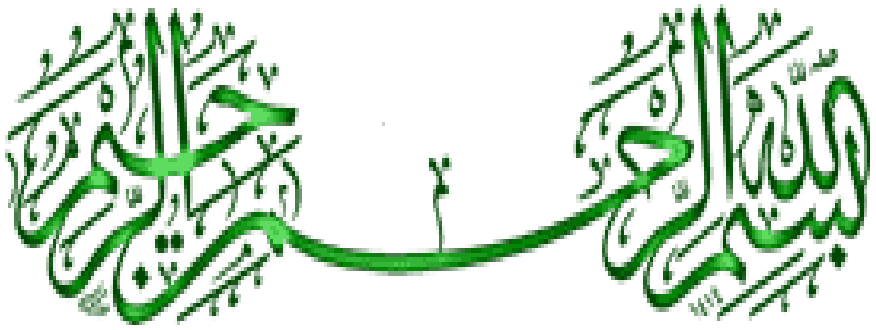
منى مقلاتي **فريدة مزياني**

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
عمار رزيق	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر-باتنة	**رئيسا**
فريدة مزياني	أستاذة التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر-باتنة	**مشرفا ومقررا**
حورية لشهب	أستاذة التعليم العالي	جامعة محمد خيضر- بسكرة	**عضوا**
عواطف **زرارة**	أستاذة محاضرة-أ-	جامعة الحاج لخضر-باتنة	**عضوا**
سامي بن حملة	أستاذ محاضر-أ-	جامعة قسنطينة - 03	**عضوا**
محمد الطاهر بلعيساوي	أستاذ محاضر-أ-	جامعة فرحات عباس-سطيف	**عضوا**

السنة الجامعية: **2014 /2015**

القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة



دَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا
إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ».

القصص الآية (77).

شكر وعرفان

الحمد لله على فضله ونعمه،

أتقدم بشكري إلى كل من أسدى إلي عونا في إنجاز هذا العمل، و أخص بالذكر أستاذتي

المشرفة:الأستاذة الدكتورة **مزياني فريدة** التي تكرمت بقبول الإشراف على هذا العمل،

وقدمت لي عونا كبيرا في إنجاز هذه الأطروحة، فلها خالص شكري وامتناني.

إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام الذين تجشموا عناء القراءة والتقويم.

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذتي الكرام بقسم العلوم القانونية بجامعة باتنةعلى ما قدموه لنا

كطلبة أثناء مسار الدراسة الجامعية.

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى والداي وإخوتي وزوجي،

إلى ابني **معتز**،

إلى زملائي عبر مشواري الدراسي،

أخص بالذكر دفعة الماجستير قانون عقاري (2006)،

إلى زملائي الأساتذة بقسم العلوم القانونية -جامعة 8 ماي 1945-قالمة.

مـــقـــدمـــــة

مقدمة:

يمثل التطور الإنساني مسارا نشطا من العلاقات بين الأفراد والمجموعات ، مع ما تتضمنه هذه العلاقات من اعتراف بالحقوق ، وترتيب للمسؤوليات وإقرار بالالتزامات، ولقد نشأ عبر التاريخ- من خلال هذا الترسخ- وضوح في حدود هذه الحقوق ومعالم تلك الالتزامات، ومع تجذر القانون أكثر في المعاملات الإنسانية، أصبح من اليسير الوقوف على جملة من الحقوق التي يرتبها هذا القانون، والتي تعود بمنافع على أصحابها والمتصلين بها، ومكننا هذا التطور من تصنيف تلك الحقوق بناء على نطاقها ومزاياها إلى حقوق شخصية وأخرى عينية، وهي ثنائية متأصلة في صميم مختلف التشريعات القانونية.

01- التعريف بالموضوع

يجسد حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا وأرفعها مستوى، خصوصا وأن القانون وضع معايير تنظم هذا الحق، بشكل يجعل صاحبه المؤهل لاستغلاله واستعماله، وكذا التصرف فيه إلى الحد الذي لا يسبب ضررا لغيره، ولقد ترسخ حق الملكية العقارية الخاصة، وتم تنظيمه بجملة من النصوص القانونية، غير أن هذا الترسيخ لا ينفي وجود قيود تفضي إلى حالة من تقييد حرية المالك، وانتقاص للتمتع بالمزايا التي يتيحها هذا الحق.

لقد شهدت القيود الواردة على حق الملكية اعتبارا للمصلحة الخاصة ، تطورا ملحوظا ضمن مسار مواكبة تطورات المجتمع، وهذه القيود هي من الصعوبة في الحصر أو التحديد، إلى درجة أن هناك إقرارا بالتقييد الشديد في بعض الأحيان، وذلك في اتجاه أن أساس حق الملكية العقارية الخاصة هو حق نسبي، يحد من إطلاقه القيود القانونية المفروضة عليه، وهي القيود التي ازدادت إلى الحد الذي دفع بالفقيه الفرنسي Rouant مثلا، إلى وصف المالك بالرجل المحبوس في قفص، لا يمكن له القيام بحركة دون أن تعترضه بعض القضبان ، وهو قفص أصبح يضيق أكثر فأكثر.

إنه يجب على كل دارس التصريح بشكل أكثر وضوحا بهذه القيود، كونها لم ترد على سبيل الحصر، وضمن الإطار ذاته، هناك توجه بأن فرض هذه القيود، قد يعطي للمبرر القانوني للمساس بحق الملكية تحت غطاء هذا التقييد، لذا عمدت مختلف التشريعات المقارنة- ورغبة منها في تحقيق التوازن بين حماية الملكية، وبين المصالح الأخرى

المتعارضة- إلى تقييد الملكية العقارية الخاصة في صورها الثلاث، سواء الاستعمال أو التصرف أو الاستغلال.

02-مجال الدراسة:

يتناول هذا البحث بالدراسة موضوع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، بما يدفع إلى حصر مجال الدراسة ضمن سياق النصوص القانونية المتصلة بها، كما وردت في التشريعات محل البحث، والمتمثلة في كل من التشريع الجزائري، المصري، اللبناني، الأردني ، الفرنسي، ويمكننا هذا المجال من التفصيل بشأن تلك القيود المتعلقة بسلطة الاستعمال كقيد التعسف في استعمال حق الملكية، وقيد مضار الجوار غير المألوفة، أو المتعلقة بسلطة التصرف كالشفعة والشرط المانع من التصرف، وكذلك القيود المتصلة بسلطة الاستغلال، والتي تشمل التلاصق في الجوار، والقيود الارتفاقية، حيث سيتم التأصيل لذلك من خلال الاستعانة بالآراء الفقهية والاجتهادات القضائية لمختلف هذه التشريعات سالفة الذكر.

03- أهمية الموضوع:

يشغل طرح موضوع قيود الملكية العقارية الخاصة حيزا مهما من موضوعات القانون المدني عموما، والقانون العقاري خصوصا، لما له من أهمية كبيرة سواء على الجانب النظري أو العملي، ويعود ذلك لأهمية دراسة هذه القيود، بالنظر لخطورة مساسها بأثمن ما يسعى الفرد إلى الاحتفاظ به وحمايته، وهو حق التملك.

تتجلى أهمية الموضوع على المستوى النظري ، في بحث حقيقة أحكامه النظرية الواردة في نصوص التشريعات محل الدراسة، لاسيما وأن هذه القيود- في اتساعها وتفرعها- تختلف حولها المذاهب والآراء الفقهية، كما أن المقتضيات القانونية المنظمة لهذه القيود ليست دوما سهلة التفسير عند تطبيقها من طرف القضاة، فهي غالبا ما تكون محل تفسيرات مختلفة، من قبل الفقهاء ورجال القانون.

تعود أهمية بحث هذا الموضوع على المستوى العملي، فيما يثار أمام الجهات القضائية في العديد من المنازعات، استنادا لما تسببه هذه القيود من آثار سلبية ومشاكل بين الأفراد،

وهو ما يقتضي أهمية إعطائها حلولا واضحة ومستقرة، لاسيما ما يتعلق منها بكيفية تعويض المالك عند حرمانه من إحدى سلطاته الثلاث (الاستعمال-الاستغلال-التصرف).

04-أسباب اختيار الموضوع:

يستند طرح موضوع البحث إلى مجموعة من الأسباب التي تشكل أساس اختياره، ويمكن إبرازها على النحو التالي:

4-1-أسباب ذاتية:

تتعلق هذه الأسباب -ابتداء- بالرغبة في جمع وإعداد دراسة فقهية قانونية حول موضوع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وهو الموضوع الذي رغم أهميته ومحاولة العديد من الباحثين الخوض فيه، إلا أنه يبقى من الموضوعات التي تحتاج إلى مزيد من البحث والتمحيص، بما يجعل عملنا محاولة لجمع شتات هذا الموضوع، حتى يسهل للقارئ الرجوع إليه، ومساهمة منا في إثراء البحث العلمي المتصل بموضوعات القانون العقاري خصوصا.

يضاف إلى الرغبة الشخصية في البحث، معايشتنا كأفراد في هذا المجتمع، لعدد من القضايا والإشكالات، التي تنشأ بحكم التمتع بالملكية واستعمالها، وتتصل بنا في الجوار والقرابة والأنشطة اليومية.

4-2-أسباب موضوعية:

ترجع هذه الأسباب إلى طبيعة الموضوع في حد ذاته، ضمن ما تثيره هذه الخصوصية من تساؤلات، تقترن بموضوع الملكية العقارية الخاصة، وفي جانب أخر فإن ميدان القانون العقاري في مسعى متواصل لمواكبة التطورات الحاصلة والظروف المستجدة بشأن قيود تلك الملكية، وهو ما يدفع إلى البحث المتواصل في سبيل تحصيل معرفة قانونية وتصنيف أهم هذه القيود، والوقوف على أكثرها شيوعا وانتشارا، وتحديد ومعالجة ما تثيره من منازعات ومشاكل.

إن الدراسة المقارنة التي يهيئها هذا الموضوع، تدفع إلى الوقوف على الاختلافات ونقاط التشابه، بما يؤسس لتطوير فعلي لحقل البحث في المسائل العقارية.

05- أهداف البحث:

يمكن إجمال أهم أهداف الدراسة، المقترنة بموضوع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات محل الدراسة، بما يلي:

أ- محاولة تأصيل موضوع قيود الملكية العقارية الخاصة من الناحية القانونية والفقهية، وذلك من خلال استقراء وتحليل ما احتوته مختلف المصادر والمراجع القانونية للتشريعات المقارنة سالفة الذكر، وتناول هذه القيود من منظور كل تشريع على حدى، لإنجاز دراسة نظرية واضحة ومتكاملة لهذا الموضوع، بغية الوصول إلى فهمه على المستوى النظري، ومن ثم ضمان تطبيقه، وإيجاد حلول للمشكلات التي يثيرها ويفرزها هذا الموضوع على مستوى الواقع.

ب- بيان الأهمية المتوخاة من إقرار هذه القيود على الملكية العقارية الخاصة، ومعرفة المسار الذي تنتهجه التشريعات المقارنة، ومدى توفيقها في تحقيق الموازنة بين مصالح المالك من جهة وتحقيق المصالح العامة والخاصة من جهة أخرى.

ج- الوقوف على ما ذهب إليه كل تشريع من التشريعات المستند إليها، في مجال تنظيم العلاقة بين التمتع بحق الملكية العقارية الخاصة وتقييد هذا الحق، بالاعتماد على المقارنة التي نقوم بإجرائها ، وهو ما يمكننا - إن أحسنا الفهم والتطبيق- من تطوير المنظومة القانونية في التعامل مع موضوع الملكية العقارية الخاصة.

06- إشكالية البحث:

إن التعريف بالموضوع والاستناد إلى دوافع البحث، سواء ما تعلق منها بالدوافع الشخصية أو الموضوعية، والوقوف على أهداف الدراسة، يمكننا من طرح الإشكالية المحورية للبحث، والتي يمكن صياغتها على النحو التالي:

إلى أي مدى تحد القيود المقررة على الملكية العقارية الخاصة، من قدرة المالك في استعمال واستغلال ملكيته الخاصة والتصرف فيها،وهذا في ظل ما قررته التشريعات المقارنة؟

هذه الإشكالية تدرج تحتها مجموعة من التساؤلات الفرعية، نبلورها في الآتي:

- فيما تتمثل قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة الاستعمال؟
- ما هي قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة التصرف؟

- فيما تتجسد قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة الاستغلال؟
- هل فرض هذه القيود يحقق فعلا الأهداف المتوخاة منها؟.

07- مناهج البحث:

لبلوغ هدفنا من هذه الدراسة في التعامل مع الإشكالية المثارة، والإجابة على التساؤلات الفرعية سابقة الذكر، اعتمدنا على منهجين، لتلاؤمهما مع موضوع البحث ومسايرتهما لمقتضيات دراسته، دون أن نغفل أن هناك أرضية يستند إليها العمل في التناول التاريخي،لعدد من الجوانب المتصلة بالموضوع، وبشأن المنهجين المعتمد عليهما في دراستنا ، فإننا حرصنا على توظيفهما عبر كامل أجزاء البحث، وهما:

أ- المنهج المقارن وذلك عند تطرقنا لموقف كل تشريع من التشريعات السالفة- بخصوص كل قيد- مقارنة بغيره من باقي تلك التشريعات.

ب- منهج تحليل المضمون الذي تم اعتماده أساسا في كامل أجزاء البحث من خلال تحليلنا، وتمحيصنا للنصوص القانونية، وبالتطرق لموقف كل تشريع من القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

08- الدراسات السابقة

إن التطرق لموضوع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وجمع المادة العلمية حوله، والاطلاع على النصوص القانونية المتصلة بالموضوع، يجعلنا نقف على عدد من الدراسات السابقة بشأن هذا الموضوع، وعملية عرضهما تمكننا من أن نحدد الجوانب التي نراها شاملة ومكثفة في الدراسة من جهة ، ومن جهة أخرى النقائص التي نراها في هذه الدراسات، والتي هي في نظرنا تشكل قصورا عن الإحاطة بالموضوع ، ومجال الدراسة على ضوء التشريعات المقارنة،وهي دراسات يمكن عرضها على النحو التالي:

8-1- دراسة عبد الرزاق أحمد السنهوري ضمن مؤلفه المشهور : حق الملكية، الجزء الثامن، الصادر عن منشأة المعارف، بالإسكندرية ، بطبعة 2004، وهي الدراسة التي تجسد إسهام أكبر أعلام القانون المدني ، وبشكل مستفيض ضمن القانون المصري، غير أن قدم تاريخ إصدار الدراسة الأول ، وكذا خلوها من الاجتهادات الحديثة وتعديلات التشريعات

المقارنة، يبقي الدراسة في مجال المرجع الأساسي، دون أن يرقى بها للتغطية الشاملة للموضوع.

8-2- دراسة المستشار صابر عبده خليفة ، تحت عنوان القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة: دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، وهي الدراسة التي تقدم بها كرسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، بكلية الحقوق - جامعة القاهرة سنة 2011، و التي بالرغم من جدتها، إلا أنها حصرت مجال البحث ضمن الشريعة الإسلامية، وأغفلت تماما الدراسة المقارنة على ضوء التشريعات الوضعية، ولهذا استرشدنا بها في الاطلاع على موقف الشريعة الإسلامية، وذلك من باب فهم الموضوع.

8-3- دراسة الأستاذة خوادجية حنان، المعنونة بـ قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، والتي جاءت كمقال ضمن مجلة المفكر (جامعة بسكرة) في عددها الرابع، سنة 2009، عالجت فيها هذه القيود على ضوء التشريع الجزائري، ولقد لاحظنا أنه لم تكن هناك استفاضة في البحث والشرح والمقارنة، وكان يتم المرور على عدد من القيود بشكل، نعتبره سريعا وسطحيا، غير أن ذلك لا ينقص من أهمية العمل ، وكونه كان مرشدا لنا في فترات من البحث.

في الأخير واستنادا إلى هذه الدراسات التي تتصل بالموضوع، وما جمعناه من مادة علمية، وما توفر لدينا من قدرة على التحليل والترتيب والمقارنة، حاولنا تنظيم هذه المادة العلمية، بتصميم بحثي سنبرزه في إطار تبرير الخطة.

9- صعوبات البحث:

من خلال مسار بحثنا وتنظيم الأفكار المتصلة بالموضوع، والإجابة عن الإشكالية المطروحة واجهتنا جملة من الصعوبات المتصلة بالقدرة على الإحاطة بمضمون إسهام التشريعات المدروسة بشان القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة تبعا للاختلاف في حصر تلك القيود ، مما جعلنا نسلط الاهتمام على أكثرها معالجة وتأثيرا في ظل التطور التشريعي من أجل مواكبة المستجدة المقترنة بها، بما جعلنا في بحث مستمر عن اجتهادات الجهات القضائية حولها.

من جانب آخر تطرح صعوبة المجانسة بين تلك القيود المدروسة في ظل شح في النصوص والمراجع ، وافتقار الكثير منها لإسهام عدد من التشريعات محل الدراسة ، وقد ظهر ذلك جليا عند تحديدنا لموقف المشرع بشأن الشرط المانع من التصرف مثلا، وكذا قيود التلاصق في الجوار، حيث وجدنا فوارقا كبرى بين إسهام كل تشريع.

يضاف إلى ذلك التأخر الشديد في رقمنة القرارات وكذا عدم توفر مضمونها ، ويظهر ذلك بالنسبة للتشريعات العربية المعتمدة، وفي الأخير تمثل إشكالية ضبط المصطلحات والاستمرار في اعتماد مصطلح واحد، أحد أهم الصعوبات التي واجهتنا على غرار ما يتصل بالتلاصق في الجوار.

10- خطة البحث:

بالنظر لسعة الموضوع وضرورات الإلمام بعناصره، ارتأينا أن نقدمه في خطة ثنائية مكونة من بابين:

- الباب الأول: يتضمن القيود المتعلقة بسلطتي الاستعمال والتصرف، وقسمناه إلى فصلين يتناولان قيود سلطة استعمال الملكية، وقيود سلطة التصرف.

- الباب الثاني: يتناول القيود المتعلقة بسلطة الاستغلال وقسمناه إلى فصلين يتناولان قيود التلاصق في الجوار ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة والقيود الارتفاقية.

- خاتمة: ضمناها أهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها، من خلال دراستنا لموضوع البحث.

إن حصر جميع تلك القيود وتقسيمها، هو ما جعلنا نسلط الضوء على أهمها وفق التبويب الذي سنتطرق إليه لاحقا.

الباب الأول

قيود الملكية العقارية الخاصة

المتعلقة بسلطتي الاستعمال والتصرف

الباب الأول

قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطتي الاستعمال والتصرف

يمثل الحق العيني الحق الذي يرد على شيء معين بالذات ، ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء، كما يكون لصاحبه الحق في أن يستعمله دون حاجة إلى وساطة طرف أخر[1] ، وقد جرى القول بأن الشخص إذا ما اختص بشيء من الأشياء -في كل منافعه ومظاهره أو في بعضها- فإنه يكون له حق عيني على هذا الشيء، والأصل أن يكون هذا الاختصاص شاملا لكل ما يمكن أن يمثله الشيء من منافع ومظاهر، وهي المظاهر المتمثلة في الاستعمال والاستغلال والتصرف، فيكون بذلك الحق العيني حق ملكية، والذي يعد أوسع الحقوق العينية نطاقا وأرفعها مستوى[2]، كما يعتبر امتدادا لشخصية الإنسان وضمانا لحريته، وقد أثبت الواقع أن الاعتراف بالملكية الخاصة وحمايتها، هو عماد تقدم المجتمع وضمان لازدهاره الاقتصادي، وأن المساس بها هو إهدار لحق جوهري من حقوق الإنسان، ولم تكن مكانة الملكية العقارية الخاصة مستقرة في الجزائر بعد الاستقلال، وظل وضعها القانوني مقرونا بالتوجهات الاشتراكية، وقد سمح بها في حدود معينة، ومحاطة بقيود محكمة تتناسب مع تكريس توجهات التأميم والاستحواذ التي مارستها السلطات السياسية القائمة آنذاك، بما أكد ما لها من وظيفة اجتماعية[3]، وليست حقا يقتصر على تلبية الاحتياجات الخاصة.

---

(1) - محمد حسن قاسم، ***مبادئ القانون: مدخل إلى القانون، "الالتزامات"***، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2002، ص143.

(2) - Le droit réel par excellence et droit de propriété ,voir : Philippe Bihâr, ***Droit civil général***, Paris :édition Dallez, 3éme éd ,2000,p32.

(3)- الوظيفة الاجتماعية للملكية هي: توجيه الملكية الخاصة لتحقيق مصلحة المجتمع، فالمالك كائن اجتماعي يعيش في مجتمع يسوده مبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي، ويتعين على المالك أن يقوم بدوره إزاء المجتمع، مع العلم أن الوظيفة الاجتماعية تتحقق بفرض القيود عليها. محمد علي حنبولة، ***الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة: دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية***، دار بورسعيد للطباعة والنشر،القاهرة،1973،ص417.

ظهرت بوادر تغيير النظام الاقتصادي والسياسي في الجزائر بشكل يفتح المجال أمام الخواص نحو تملك العقارات الخاصة، ونقل ملكيتها من الدولة، في مسعى لتحفيز المستثمرين نحو اقتحام سوق العقارات المبنية، والتراجع نهائيا عن الامتيازات السابقة الممنوحة للقطاع العام، فأصبحت بذلك الملكية الخاصة مضمونة دستوريا أكثر ، باعتبارها الدعامة الأساسية للسياسة الجديدة، وترتب على هذا الضمان الدستوري لحق الملكية الخاصة، ثلاث نتائج:

1- أصبح على المشرع التقيد بهذا الضمان الدستوري، ليحدد القيود التي تتفق مع هذا الحق، واستبعاد القيود التي تتجاوزه وتمثل عدوانا عليه.

2 -على مؤسسات الدولة التقيد بالضمان الدستوري، حيث لا يجوز لها المساس بهذا الحق، إلا إذا كان مستندا على أساس مشروع.

3 - يترتب على هذا الضمان تعويض المالك، في حالة حرمان صاحب العقار من سلطاته الجوهرية، من خلال القيود التي تفرض على الملكية، أو على الأقل إيجاد آليات بديلة في حالة عدم تعويضه، غير أن الحماية الدستورية لحق الملكية وما يترتب عنها من نتائج، لا تعني أنها حق مطلق، بل هو حق أصابه التطور، سواء فيما يتعلق بغاياته أو شروط ممارسته[1].

ساهم التطور التشريعي في وضع مجموعة قيود تقتضيها المصلحة العامة والخاصة على السواء ، وتعددت هذه القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة، تلبية لمتطلبات النزعة الاجتماعية ، التي أدت إلى إعادة النظر في مفهوم الحقوق والحريات، باتجاهها من النزعة الفردية إلى النزعة الجماعية، ومن الحرية التامة إلى فرض قيود، مما أدى إلى تضييق الملكية واتساع التقنينات المنظمة للملكية، مع التعرض إلى جميع السلطات وموضحة ضوابط الحق ، حتى يمكن للمالك أن يقبل بالقيود التي تكبل حقه طواعية.

(1)- خوادجية سميحة حنان،"***قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر***"، مجلة المفكر للعلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، ع04، افريل2009، ص232.

الفصل الأول

قيود سلطة استعمال الملكية

لا يخرج الضمان الدستوري عن جواز تحميل الملكية بقيود قانونية تبررها المصلحة العامة والخاصة، لما لها من دور اجتماعي، وتبرير ذلك أن الملكية الخاصة هي وليدة مبدأ التضامن الاجتماعي وليست ثمرة المالك فقط ، أو نتيجة جهده وعمله فقط ، خاصة مع مساهمة الجميع بالمحافظة عليها وحمايتها، وهدف هذه القيود تنظيم الحقوق المتنافرة للملاك المتجاورين كعدم التعسف في استعمال حق الملكية، وعدم الإضرار بالمالك المجاور، وصفة هذه القيود في الغالب السلبية، التي تمنع المالك من القيام بعمل ما أو أداء شيء، وقرن ذلك بمراعاة حقوق الملاك المتجاورين.

وضعت مختلف التشريعات المقارنة قيودا على حق الملكية العقارية الخاصة ، واختلف الفقهاء حول تقسيماتها، فمنهم من قسمها إلى قيود ترد على حرية التملك، وأخرى ترد على سلطات المالك، كما قسموها أيضا إلى قيود إرادية وأخرى قانونية، وقد أجمعوا على أن القيود القانونية هي تلك القيود التي ترمي إلى رعاية مصالح الجيران ، أو من يتصل استعمال الحق بهم من الأشخاص، وترجع بوجه عام إلى الجوار بين الملاك[1].

حسب التشريعات محل الدراسة، تقع مسؤولية الجار عن الإخلال بالتزامات الجوار، ويترتب عنها تعويض في مقابل الضرر الذي يلحقه المالك بجاره، ومن أهم القيود المقررة على سلطات المالك مراعاة للجوار:

قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، وقيد مضار الجوار غير المألوفة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول: قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، ونخصص المبحث الثاني: لقيد مضار الجوار غير المألوفة عند استعمال حق الملكية الخاصة.

---

(1)- محمد وحيد الدين سوار، ***حق الملكية في ذاته في القانون المدني***، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997،ص ص91-93.

المبحث الأول

قيد عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

إن استعمال الحقوق لابد أن يكون سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها ، وإلى دفع المفاسد وتجنبها[1]، وقد أدى انتشار النزعة الفردية في المجتمعات الحديثة إلى السعي نحو عدم إخضاع الفرد في استعماله لحقه لأي شكل من الرقابة، بحيث لا يجوز منعه من استعمال حقه ، كما لا تجوز مساءلته عما يترتب عن هذا الاستعمال من ضرر للغير، ومع النتائج السلبية المرتبطة بتطبيق هذا التوجه، فإن الأمر قد انتهى إلى التخفيف من إطلاقه ، وذلك لأن الفرد إن كان يهدف من وراء استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة خاصة به، فإنه في المقابل لا يجوز أن يتعارض هذا الاستعمال مع مصلحة الغير، وإذا كان القانون يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه، فإنه يحميه طالما أنه كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال، فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلت عنه الحماية القانونية[2]، والأصل دوما أنه عند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، يضحى بهذه الأخيرة فلا تستحق الحماية القانونية ، لأن الشخص حينئذ يكون متعسفا في استعماله لحقه، مما يستلزم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر نتيجة الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي ، خصوصا مع استقرار مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها، وأصبحت نظرية التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة تعبر عن هذا المبدأ.

تعد فكرة التعسف في استعمال الحق فكرة قديمة، لها أصولها التاريخية التي تبلورت ورسخت بشكل واضح في القرن 20م، وذلك بفعل النظرة الحديثة إلى الحقوق التي قيدتها، وجعلت الحق والواجب متلازمين، وقرنت كل حق بواجب، وكان لفقهاء الشريعة الإسلامية السبق في صياغة هذه النظرية صياغة توازي أحدث ما أسفرت عنه القوانين الوضعية،

---

(1) - فتحي الدريني، ***الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده***، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص 121.

(2) – عبد القادر محمد شهاب، ***أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي***، منشورات جامعة قان يونس، الطبعة الثالثة، 1997، ص 369.

ذلك أن الإسلام قيد الحقوق في منشئها واستعمالها بما يضمن عدم اتخاذها وسيلة للاستغلال وأداة للظلم.

المطلب الأول

تعريف التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة وطبيعته القانونية

إن لصاحب الملكية العقارية الخاصة مكنة استعمالها والاستفادة من ملكيته، ولكن هذا الاستعمال ليس مطلقا، بل مرهون باحترام الضوابط وحدود القانون، وإلا أصبح صاحبها متعسفا فيها ، وفي هذا الإطار سنتعرض في هذا المطلب لتعريف التعسف، بما يقتضي البحث عن معناه في اللغة العربية، ثم في الاصطلاح الفقهي القانوني، وكذا تحديد طبيعة التعسف القانونية، ولهذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وفقا لما يلي:

الفرع الأول

تعريف التعسف لغة واصطلاحا

سنتطرق في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي للتعسف، من خلال نقطتين وفقا لما يلي:

أولا: التعريف اللغوي للتعسف:

بالرجوع إلى قواميس ومعاجم اللغة العربية، نجد أن كلمة التعسف من فعل عسف ، وتأتي على عدة معان:عَسَفَ عَسفا،وإذَاكِب الأمورَ بلا تدْبير، والطريقَ على غير قصد، وعسف عسفا: أخذه بقوة [1]، وتعسف فلان فلانا: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما، ولذا سمي الأجير المستهان به: عسيفا ، والتعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب، ولا طريق مسلوك، والعسوف: التي تمر على هداية فتركب رأسها في السير ولا يثنيها شيء، والعسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم[2]، فنقل اللفظ في الظلم والجور.

---

(1) - أبو القاسم علي بن جعفر السعدي، ***كتاب الأفعال***، ج02، عالم الكتب - بيروت، 1983، ص355.

(2)- ابن منظور، ***لسان العرب***، المجلد04، ج24، دار المعارف، القاهرة، 1981، ص 2943.

بعد التعرض إلى المعنى اللغوي للتعسف، نقوم بالانتقال في النقطة الموالية إلى المعنى الاصطلاحي للتعسف، وذلك من منظور بعض التشريعات المقارنة تبعا لخصوصيات وآليات كل تشريع في تنظيمه للملكية العقارية الخاصة.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتعسف في التشريعات المقارنة

ذهبت التشريعات المقارنة المعتمدة من جانبنا في بلورتها لفكرة التعسف من منطلقات مختلفة تبعا لنظام الملكية العقارية الخاصة، ويمكن إبراز بعض التعريفات من استقرائنا لنماذج من هذه القوانين، بغية تبيان مدى تأثرها بالتشريعات التي سبقتها في تطويرها لفكرة التعسف.

عرف المشرع اللبناني التعسف ضمن نص المادة 124 من قانون الموجبات والعقود بأنه:

" يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه، حدود النية أو الغرض الذي منح من اجله هذا الحق".[1]

يلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع اللبناني اعتبر التعسف في استعمال الحق متحققا عند تجاوز صاحب الحق حدود حسن النية، أي عند قيام سوء النية لديه أثناء استعمال حقه، كما يتحقق التعسف في استعمال الحق أيضا، عند تجاوز صاحب الحق الغرض الذي من أجله منح هذا الحق، وينبغي طبعا أن تكون هذه المصلحة المراد تحقيقها أو حمايتها باستعمال الحق مصلحة مشروعة.

يمكن الإشارة هنا إلى أن معيار تجاوز حدود حسن النية أي" قصد الإضرار بالغير" يعد معيارا ذاتيا، يصعب إثباته.

تطرق المشرع الأردني للتعسف ضمن نص المادة 66 من القانون المدني الأردني تحت عنوان " إساءة استعمال الحق " بأنه: " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع.... "[2]

(1)- المادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، الصادر في 1932/03/09، ج ر بتاريخ 1932/04/11، والمعدل بموجب القانون رقم 483، بتاريخ1995/12/08، ج ر، ع 51، بتاريخ 1995/12/21، ص1592.

(2)- المادة 66 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ، ج ر، بتاريخ 1976/8/1 ، ع 2645. ص 45.

إن تعميم الحكم بالضمان في هذه المادة أمر غير سديد، لان معظم حالات التعسف، إنما يمنع فيها صاحب الحق من ممارسة حقه، ولا يضمن تضمينا، وفي بعضها يعوض عليه من حقه بتعويض عادل من حساب المتضرر، الذي كان المنع لمصلحته وبطلبه[1].

نص المشرع الفرنسي ضمن نص المادة 74 من القانون المدني الفرنسي على فكرة التعسف بأنه: **"**يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه، حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق**"**[2]

ما يلاحظ على هذا التعريف انه أخذ بالمعيارين الذاتي والموضوعي، فيعتبر الشخص متعسفا إذا ما استعمل حقه بقصد الإضرار بغيره وهذا المعيار شخصي، أو إذا استعمله لغرض يخالف الغرض الذي من أجله شرع الحق، وذلك أيا كان هذا الغرض اقتصاديا أو اجتماعيا أو سياسيا، وهذا معيار موضوعي، وبذلك فهو بنفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع اللبناني كما اشرنا سابقا.

تطرق المشرع المصري للتعسف في المادتين 04 و05 من القانون المدني، حيث قضت المادة 04 بأنه: **"** من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر".[3]

فالمفهوم المخالف لهذا النص يعني مسؤولية من يستعمل حقه استعمالا غير مشروع، أما المادة 05 من القانون المدني المصري، أوردت الحالات التي يعتبر فيها استعمال الحق غير مشروع، وهي بمثابة ضوابط ومعايير للتعسف.

---

(1)- محمد لبيب شنب، **" التعسف في استعمال الحق أساس المسؤولية"**، مجلة الحقوق الأردنية، العدد الأول، السنة السابعة، مارس 1983، ص 122.

(2)- ونصها الأصلي الفرنسي:

« Doit également réparation celui qui a causé un dommage a autrui en excédant dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue du quel ce droit lui a été conféré » voir dans ce sans : Mazeaud : ***Leçons de droit civil, obligation, théorie générale***, 2eme editions**,** Montchrestien, Paris, 1978, p451.

(3)- المادة 04 من قانون رقم 131 لسنة 1948 ، المتضمن القانون المدني المصري، بتاريخ 1948/07/29، المعدل بقانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 2011/07/14، ج ر ، ع 28 (مكرر) ، بتاريخ 16 /07/ 2011.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسألة التعسف، فقد مزج بين الفقه القانوني الحديث في نظرية التعسف والفقه الإسلامي، فلم يقف عند نية الإضرار بالغير، حيث نص على ضوابط هذه النظرية ضمن المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، التي تقضي بأنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".[1]

يتبين من المادة سالفة الذكر أن القانون لا يحمي الحق ومستعمله، إلا إذا استعمل هذا الحق في الأطر الشرعية، ولم يصل استعماله حد الإضرار بالغير[2]، فلا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمل حقه في تحقيق أغراض تتنافى مع غايات مشروعة، وما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري خالف التشريعات السابقة ، إذ أنه لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا، لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، كما أن المشرع الجزائري صاغ النظرية صياغة أعطت لها مدلولا أوسع من المدلول الذي أعطته لها باقي التشريعات، كما استعمل عبارة التعسف متفاديا بذلك عبارة العمل غير المشروع، مثلما عبر عن ذلك المشرع الأردني، وعبارة العمل غير الجائز كما عبر عن ذلك المشرع اللبناني، كما أنه أعاد صياغة هذه النظرية صياغة جديدة، مقارنة بالنص القديم في المادة 41 الملغاة من القانون المدني ، مما يفيد بأن المعايير الواردة في المادة 124مكرر ليست على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، وذلك باستعماله عبارة تفيد هذا المعنى: " أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ لاسيما في الحالات

(1)- المادة 124 مكرر،القانون 05-10، المؤرخ في 2005/06/20، ج ر، ع 44 ، 2005/06/26، ص 23، المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الصادر بالأمر رقم 75-58 ، بتاريخ 1975/09/26، ج ر، ع78، بتاريخ 1975/09/30.

(2)- محفوظ لعشب، **المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2006، ص 226.

التالية:..."، مما يسمح للقاضي بممارسة رقابة واسعة على الاستعمال التعسفي لحق الملكية العقارية الخاصة. [1]

يتضح من خلال التعاريف السابقة أن التشريعات المعتمدة قد اعتنقت نظرية التعسف في استعمال الحق، مستهدية في ذلك بما تضمنه فقه الشريعة الإسلامية من تطبيقات لها، ومن هذا وتوسيعا لسياق موضوعنا، نحاول دراسة وتحديد الطبيعة القانونية للتعسف ودراسة المسائل القانونية التي يثيرها من خلال الفرع الموالي:

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

تعددت آراء شراح القانون في تحديد التكييف الفقهي القانوني للتعسف، إذ يذهب اتجاه إلى أن الأساس القانوني للتعسف هو المسؤولية التقصيرية، حيث يرى أن التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة هو خطأ يوجب التعويض، بينما يذهب اتجاه آخر إلى أن أساس التعسف لا يخرج عن كونه نوعا متميزا من أنواع الخطأ، ولهذا الخطأ طبيعة خاصة، إذ أنه يرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية ، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي، ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي، كالخطأ التقليدي[2].

تزعم الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق Abus de droit، لا يعدو أن يكون تجاوزا للحق dépassement de droit وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع Illicite يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، ومنطقه في ذلك أن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف : le droit cesse ou l'abus commence[3]

إن قيام التعسف يتحقق هنا عند مجاوزة الحق، ومن قول الأستاذ بلانيول نستخلص رأيه المتمثل في كون التعسف والحق لفظان متناقضان، وهو يقر بأن الحقوق ليست كلها مطلقة،

---

(1)- بوبكر مصطفى، **"الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني رقم 10/05"**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد الأول، ديسمبر 2011، ص 275.

(2)- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، **التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية" دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية"**، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، 2010، ص96.

(3)-Marie Laure ,Mathieu Izorche, ***Droit civil : les biens***, Edition SIREY ,2006.P86.

وأن استعمال الحق ينبغي أن يبنى على أسباب مشروعة، وقد تأثر بلانيول بالمنطق الشكلي للمسؤولية التقصيرية، الذي يجعلها قاصرة على الخروج عن الحق، وهو نفس الأساس القانوني الذي أقره أيضا الدكتور السنهوري، إذ يرى أن التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض[1].

من الفقهاء من رأى أن التعسف والخطأ سواء، فالشخص ملزم بالعمل بعناية وبطريقة يتحاشى بها الأضرار التي قد تصيب الغير- وذلك بحذر وحرص- وتجد هذه الفكرة معناها - بغض النظر عن كون العمل المكون للخطأ- قد جرى بمناسبة استعمال الحق أم لا، فيعد مرتكبا خطأ شبه تقصيري من يستعمل حقه دون قصد الإضرار بالغير، ولكن بإهمال وعدم تبصر ويقظة[2]، والخطأ التقصيري انحراف في السلوك لا يأتيه الرجل العادي، إذا وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر، فالسلوك المألوف هو الذي اعتاده الناس في حياتهم.

مقابل الرأي السابق، نجد أن هناك رأيا مخالفا له، يرى بأن التعسف يقع في نطاق المسؤولية التقصيرية، لكنه يتميز عن الخطأ في صورته العادية، من خلال كونه مرتبطا بغاية الحق الاجتماعية، لذا وجب أن تستعمل هذه الحقوق بما يتفق مع هذه الغاية، وما يتفق مع المبدأ العام في الحقوق سواء كان مردها الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية. [3]

إن التعسف في استعمال الحق يختلف عن الخروج عن حدود الحق، ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود ، يدخل الشخص في نطاق ممنوع عليه، ويعتبر هذا التجاوز تعديا محضا على الغير[4]، فإذا تجاوز المالك حدود حقه كأن يفتح في البناء الذي يقيمه على أرضه مطلا على ملك الجار، على مسافة اقل مما حدده القانون، أو امتنع بأن

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال** ، الجزء الثامن ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،2004 ،ص842.

(2)- شوقي السيد، **التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء**، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2008، ص 100.

(3)- Pierre Emmanuel Moyse, **L'Abus De Droit: L'Anténorme - Partie01,** Revue de droit de McGill ,N57,Octobre 2012, P872.

(4) - MAZEOUD, Op.cit, P 452

يسمح لمالك الأرض المجاورة، التي لا تتصل بالطريق العام، بأن يمر في أرضه (حق المرور) فيعتبر هذا المالك متعسفا في استعمال حقه، وذلك لأن جاره قد تضرر[1].

ومن الاجتهادات القضائية، في هذا المجال ما قضى به الاجتهاد القضائي الجزائري بأنه: يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه، ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار،"ولما كان ثابتا في قضية الحال- أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم، من طرف المدعي المالك، مما ألزمهم بالدخول إلى منزلهم مرورا بطريق بعيد....."[2]

ويذهب البعض من فقهاء القانون وعلى رأسهم الأستاذ علي علي سليمان إلى استقلال مبدأ التعسف في استعمال حق الملكية عن عنصر الخطأ استقلالا تاما، فنطاق نظرية التعسف أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية لكون العبرة فيها بالانحراف بالسلوك المألوف، أما التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة فيتحقق بتحريف الحق عن غايته ومقصده المشروع من أجله[3].

إن فكرة التعسف ترتبط أساسا بحقيقة فكرة الحق وتصوره، إذ تعتبر ميزانا لاستعماله على ضوء غايته ومقصده، مما يجعل فكرة التعسف ملازمة لفكرة الحق ومكملة له وتعمل كدور وقائي، كما أنها تضع حدا فاصلا لفكرة إطلاق الحقوق، فلئن استقر الفكر القانوني على نسبية الحقوق في استعمالها ، فإن التعسف يحدد مدى استعمال هذه الحقوق والرقابة عليها، وهو ما لا يتصور في إطار المسؤولية التقصيرية، ففكرة التعسف تشكل الميزان الضابط الذي يحقق مبدأ العدل ، الذي يرمي القانون إلى الوصول إلى تحقيقه، من خلال غايته من الفردية إلى الاجتماعية والسعي إلى الموازنة بينهما، وهذه كلها مسائل

(1)- احمد النجدي زهو، **التعسف في استعمال الحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص46.

(2)- قرار مؤرخ في 25-06-1997، ملف رقم 148810، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص190.

(3)- علي علي سليمان ، **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط05، 2003، ص116.

تخرج عن نطاق المسؤولية، وتدقيقا وتوسيعا لموضوعنا سنحاول التطرق لصور أو معايير التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، وهذا ما سنفصله في المطلب الموالي:

المطلب الثاني

معايير التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

بعد أن نادي الفقه بضرورة تقييد الحقوق الفردية- وخاصة حق الملكية العقارية الخاصة- ومساءلة صاحب الحق عند إحداثه لضرر بالغير أثناء استعماله لحقه، اختلف الفقه في الإجابة عن سؤال هام، وهو: متى يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه؟.[1]

لقد وضعت جملة من الأطر كضوابط يعرف بواسطتها توافر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، وهي أطر تفصح بمجموعها عن حقيقة النظرية، فالحقيقة أن وضع معايير للفعل التعسفي يساعد في ضبط وتحديد ماهية هذا الفعل، ويساعد على ترتيب الجزاء المناسب، ذلك أن صاحب الحق في تصرفه قد ينتابه أكثر من غاية، يمكن أن نحدد منها ، ما هو مشروع ومنها ما هو على غير ذلك، ومن العسير الكشف عن قصده ونيته، إلا أن القرائن والملابسات وظروف الحال، وتحديد معايير تضبط الفعل ، كل ذلك يخدم القاضي عند الحكم في مسائل النزاع[2]، وبذلك تباينت المعايير القانونية لتحديد حالات التعسف بين المعايير الشخصية التي تقوم على البحث في النوايا، والمعايير الموضوعية التي يعتمد فيها على نتائج الأفعال

اختلفت التشريعات المقارنة في تحديدها لهذه المعايير، فبينما أخذت بعض التشريعات بـالمعيار الشخصي، وأخرى بالمعيار الموضوعي، فيما أخذت تشريعات أخرى بالمعيارين الشخصي والموضوعي معا، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعرضنا لتعريف التعسف وفقا للتشريعات المقارنة.

بناء على ذلك يشكل الاستعمال التعسفي لحق الملكية العقارية الخاصة خطأ في الحالات التالية:[3]

---

(1)- عبد الهادي فوزي العوضي، **النظرية العامة للحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص323.

(2)- عبير ربحي شاكر القدومي، **التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، دار الفكر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2007، ص35.

(3)- André Robert, ***Les relation de voisinage***, Edition SIREY ,1991. P 103.

01- إذا وقع لقصد الإضرار بالغير.

02- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

03- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وهذا ما قضت به نصوص مختلف التشريعات المقارنة منها المادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، المادة 05 من القانون المدني المصري، المادة 2/74 القانون المدني الفرنسي، المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

إن هذه المعايير الثلاثة منها ما هو شخصي، ومنها ما هو موضوعي، وهذا ما سنحاول تفصيله ومعالجته ضمن هذا المطلب، وذلك من خلال ثلاثة فروع وفقا لما يلي:

الفرع الأول

معيار قصد الإضرار بالغير في التعسف

تعد هذه الحالة أبرز حالات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، وفيها يكون الشخص قد استغل الحق الممنوح له، لا لتحقيق مصلحته التي لأجلها منح هذا الحق، ولكن ليلحق الضرر بالغير ويسئ إليه، ولهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في التشريعات المختلفة، نظرا لتزايد حالات استعمال الأفراد حقوقهم بقصد الإضرار بالآخرين.[1]

إن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، يعتبر معيارا شخصيا ذاتيا، إذ أنه يتعلق بالقصد والنية، بمعنى أنه ينظر أساسا إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإذا كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أي فائدة، كان متعسفا في هذا الاستعمال[2].

---

(1)- إسماعيل العيساوي، **"استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير"**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، 2009، ص69.

(2) -Marie Morissette, **Abus de droit, quérulence et parties non représentées** ,revue de droit de McGill,Canada,2004,p 09.

إذا يعد استعمال الحق دون منفعة، قرينة على أن مستعمل الحق، لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة في هذه الحال.[1]

تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، إذا انطوى على قصد الإضرار بالغير، دون أن يقترن ذلك بتحقيق أية مصلحة لصاحب الحق، أو بتحقيق مصلحة ثانوية، أو تحققت له بطريقة عرضية غير مقصودة، فإن صاحبه يكون متعسفا في استعمال حقه، وذلك طبقا لمسلك الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف، فالعبرة في تحقق هذا المعيار هو تمخض قصد الإضرار بالغير، من غير أن يصحبه قصد إلى شيء آخر، ولا يهم بعد ذلك أن يترتب عليه نفع، مادام هذا النفع غير مقصود، فمن غرس في أرضه أشجارا كثيفة لمجرد حجب الضوء عن جاره، دون أن يرمي إلى شيء آخر، يكون مسيئا حتى ولو عادت هذه الأشجار عليه بالنفع، مادام هذا النفع لم يكن مقصودا، وإنما جاء عارضا بحتا.[2]

يمثل إذا انعدام المصلحة من الفعل قرينة على حدوث قصد الإضرار بالغير، فإذا لم يحقق الفعل مصلحة ما، ولو ضئيلة كان ذلك قرينة على قصد الإضرار بالغير[3]، فيكون الفاعل مسيئا في هذا الاستعمال، حيث أن المالك الذي يبني جدارا مرتفعا على حدود ملكه، بحيث يحجب الضوء والهواء عن جاره، يعتبر متمخض القصد للإضرار بهذا الجار، إذا لم تكن له مصلحة حقيقية في بناء كل هذا الجدار المرتفع، ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق ، وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به، وله إثبات هذا القصد بجميع طرق الإثبات، وقد يستدل على قصد الإضرار بالغير، من انعدام مصلحة صاحب الحق، أو تفاهة المصلحة التي يحققها.

إن هناك تطبيقات قضائية ضد المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير نذكر منها ما يلي:

---

(1)- حسن كيرة ، **الحقوق العينية الأصلية، " أحكامها ومصادرها"**، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص: 139.

(2)- أحمد الصويعي شليبك، ،**"التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ولتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"**، مجلة الشريعة والقانون،العدد الثامن والثلاثون، أفريل،2009، ص 17.

(3)- عبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سابق، ص 321.

- ما قضت به محكمة ليون الاستئنافية في 18 أفريل 1856 بأن: المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه، لمجرد منع وصول الماء إلى أرض جاره، ومالك الطاحونة القائمة إلى جوار طاحونة أخرى، إذا رفع فجأة أبواب الأحواض من غير مقتضى، إلا حجز الماء عن طاحونة جاره، وتعطيلها عن العمل، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه، جدارا يصل ارتفاعه إلى الطبقة الثالثة من عقار جاره، بحيث يحجب النور عن الغرفة المواجهة له، إذا لم يكن له من إقامة هذا الجدار منفعة حقيقية، يكون متعسفا في استعمال حقه. (1)

كما قضت محكمة كولمار COLMAR الاستئنافية الفرنسية في 02 ماي1855م ، بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله، تواجه تماما نافذة جاره بقصد إيذاءه، وقد قام قضاؤهما على أسباب أهمها:

من حيث أن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية حق مطلق، يبيح لصاحبه استعمال ما يملك استعمالا سليما، وأن لا يسئ استعماله، وهذا الحق كغيره من الحقوق، يجب أن يكون ثمة مصلحة جدية مشروعة لاستعماله. (2)

يتضح لنا من هذين الحكمين أن القضاء الفرنسي منع استعمال حق الملكية لقصد الإضرار بالغير، على الرغم من أن حق الملكية آنذاك كان يعتبر حقا مطلقا.

نجد في هذا الصدد أيضا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في 14 أفريل 1917 بأن: المالك يكون مسؤولا إذا لم يستعمل حق ملكيته إلا بقصد الإضرار بجاره، وأنه يترتب على الأعمال التي يباشرها المالك للإضرار بجاره، بغير ما يبررها من موجبات الضرورة، أو بغير منفعة حقيقية، تخويل الجار الحق في طلب التعويض، وأنه لا يجوز استعمال الحق، إذا كان الغرض الأساسي منه هو الإضرار بالغير.

إن استعمال الحق بقصد جلب منفعة شخصية لصاحبه أمر شرعي ـ ولو أدى إلى ضرر الغير دون قصد، أما إذا كان القصد من استعمال الحق هو مجرد الإضرار بالغير، فهو غير مباح قانونا لأن قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي، يجرد الحق من مشروعيته.

---

(1) -Pascal Ancel et autres, **l'abus de droit: comparaisons franco-suisses** ,publication de l' univérsitie de Saint - Etienne ,France,2001,p 53.

(2) - Ibid.

جاء في حكم أخر لمحكمة التمييز الأردنية بتاريخ 14-11-2009، أن من حق الشخص استعمال حقه استعمالا مشروعا ، إلا أن ذلك مشروط بعدم الإضرار بالغير:

"... وحيث ثبت تضرر أرض المدعي، نتيجة تطاير الغبار الصاعد من المصنع العائد للمدعى عليها، فإنها ملزمة في هذه الحالة بتعويض المدعى عن الضرر الذي لحق بأرضه."[1]

يستشف أيضا ذلك من القضاء المدني الجزائري في قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، حيث جاء في مضمون القرار - في مناقشة إحدى أوجه الطعن- ما يلي:

"الوجه الثاني مأخوذ من خرق القانون، بدعوى أن النزاع لا يتعلق بحدود الملكية، بل ينحصر في تعسف المطعون ضدهم في استعمال حقهم، إلى حد أنهم سببوا أضرارا بملكية جارهم الطاعن، وأن مزاعم المطعون ضدهم بأن والدتهم لا تزال على قيد الحياة وأن الأملاك لا تزال شائعة لا تؤثر على طبيعة النزاع، ....، كما هو ثابت ومبين من خلال تقرير الخبرة التي اعتمدتها المحكمة الابتدائية، كان على قضاة الاستئناف وفقا للمادة 691 من القانون المدني الجزائري، أن يتأكدوا إذا كانت المضار تجاوزت الحد المألوف، بدلا من القول أن العقار الموجود عليه الممر موضوع النزاع لا زال في حالة شيوع، وبقضائهم كما فعلوا فقد خالفوا القانون"[2].

يمكن القول أن نية الإضرار تتأتى إذا كان دافع المالك ، وهو يستعمل ملكيته العقارية الخاصة إحداث ضرر للجار دون أن يحقق منفعة من ذلك ، وبالتالي كان استعماله لحقه على هذا النحو تعسفا، يستوجب مسؤوليته ، وقد تتوارى نية الإضرار خلف ستار عامل آخر، كما في الأعمال التي يجريها المالك بعقاره لإيذاء جاره، ولم يكن قصد الإضرار هو العامل الرئيسي بل هو ما يهدف إليه ذلك المالك من ربح ، يحصل عليه الجار عن شراء هذا العقار بالثمن الذي يفرضه، فنية الإضرار هنا ثانوية، وهي وسيلة يستعملها المالك

(1)- تمييز حقوق رقم 1754 ، هيئة خماسية، تاريخ 2009/11/14، منشورات مركز عدالة.

(2)- قرار رقم 200420 الصادر بتاريخ 2001/09/27 عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر ، 2004، ص 288.

لغرض الكسب، وما من شك في قيام مسؤوليته في هذه الحالة[1]، وأحيانا تجتمع نية الإضرار مع دافع آخر ، هو النفع الخالص المشروع، كمن يقوم بتسوير أرضه، فينجم عن ذلك ظلمة عقار الجار[2]، وهنا تثار علاقة السببية بين رغبات المالك وبين ما يفعله، فإن وجد دافع مسيء لاستعمال الحق، فإن ذلك يكفي لاعتبار العمل تعسفيا.

في جانب أخر، يمكن أن نسجل في هذا السياق رأي الفقيه الفرنسي لويس جوسران Louis Josserand الذي يرى أن نطاق التعسف يتعدى فكرة نية الإضرار بالغير، ويقول أن تصرف المتعسف، أو التصرف المشوب بسوء استعمال حق الملكية، هو التصرف المخالف والمناقض لروح وأهداف المجتمع، كون الحقوق منحت لأصحابها كي تمارس في إطار الهدف الاجتماعي، ومن يتجاوز هذا الهدف ويخالفه، يعد متعسفا ويتحمل مسؤوليته بمجرد ما إذا كان استعماله لحقه مناقضا لروح المجتمع وهدفه. [3]

أضاف الفقيه جوسران ما اعتبره معيارا أخر في هذا الصدد للتعسف في استعمال حق الملكية، سماه معيار الباعث المشروع ، حيث أكد على أن التصرف يكون عاديا أو مشوبا بالتعسف حسب ما إذا كان يحمل في طياته باعثا أو هدفا غير مشروع. [4]

الفرع الثاني

عدم التناسب بين الفائدة والضرر

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه، حتى تنتفي عنه شبهة التعسف، فمن اليسير الادعاء بوجود مصلحة ما، وأن القصد من استعمال الحق كان تحقيق هذه المصلحة، ولكن ينبغي أن تكون مصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على

(1)- قدري زيد الترجمان، **التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في حقل الملكية العقارية**، مكتبة دار السلام، الرباط ، 2009، ص109.

(2)- المرجع نفسه، ص109.

(3) -Louis Josserand**, Essai de téléologie juridique; L'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits** – Paris ,Librairie Dalloz, 1927.p268.

(4) - Ibid,p375.

الغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقا، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق عن غرضه وغايته[1].

بالتالي تتحقق مسؤولية المالك،إما لأنه عابث، أو أن عمله ينطوي على نية خفية للإضرار بالغير، أو يرمي إلى مصلحة محدودة، والظاهر أن هذا المعيار ليس ذاتيا كالمعيار الأول، وإنما هو معيار موضوعي، لأنه لا يستند إلى نفسية صاحب الحق، وإنما يقوم على التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير، والمنفعة العائدة على المالك، وتقدير هذا التفاوت بينهما يترك أمره إلى المحاكم، التي تقضي فيه برأيها حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة[2].

أوردت التشريعات المقارنة عدة تطبيقات خاصة لهذا المعيار ، نذكر منها ما قضت به النصوص القانونية بصدد حق الملكية، إذ نص كل من التشريع الأردني في المادة 1279 من القانون المدني الأردني، والتشريع المصري في المادة02/818 من القانون المدني المصري، فيما يتعلق بهدم الحائط الفاصل، على أنه:" ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي، إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط".

فيما نص المشرع الجزائري في المادة 708 من القانون المدني الجزائري على ذلك كما يلي:

" ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط"

يلاحظ هنا أن التشريع الجزائري استعمل لفظ قانوني بدلا من لفظ **قوي**، وفي رأينا أن الأصح هو كلمة قوي، كما ورد في التشريعين الأردني والمصري. [3]

يتبين من فحوى ذلك أن الحائط الفاصل مادام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين، وبالرغم أنه لا ملكية مشتركة بينهما، إلا أنه طالما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط،

---

(1) - أمين دواس، **التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في الدول العربية"**، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، مارس، 1994، ص33.

(2)- العربي بلحاج ،**"مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري"**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، 1992، ص 84.

(3)- فريدة محمدي زواوي، **المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 153.

فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا، أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من وراء هدمه، وبين الضرر الذي يلحق الجار نتيجة ذلك، نظرا لاستتار بنائه بالحائط، ومثل هذا التناسب، يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوي يبرر الهدم، من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الجار، أما إذا لم يوجد باعث قوي، بحيث يبرره، فيعتبر ذلك قرينة على الانحراف في استعمال حق الملكية، بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة، لا تستحق حماية القانون أمام ما يصيب الغير في مقابلها من أضرار جسيمة فادحة[1].

إن عدم التناسب البتة بين المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها وبين ما يصيب الغير من ضرر بسببها، يجعل المعيار في هذه الحال معيارا موضوعيا، وبالتالي يقاس سلوك صاحب الحق في هذه الحال على السلوك المألوف للشخص المعتاد، فإذا تبين أن الضرر الذي يلحق بالغير يرجح رجحاناً كبيراً على المصالح التي يريد صاحب الحق تحقيقها، فإن صاحب الحق هنا يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد. [2]

تطرق المشرع اللبناني إلى مسألة عدم التناسب بين الفائدة المحصلة والضرر المقترن بسلوك المالك في استعماله لحقه، حيث ورد في المادة 30 الفقرة 03 من قانون الملكية العقارية اللبناني: " يسقط حق السطحية:اذا تبين أن وجود حق السطحية يعيق استثمار الأرض أو إعمارها أو أن المنفعة المرجوة منه قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الاقتصادي الذي يلحق الأرض بسببه. [3]

يمكن أن يعتبر من تطبيقات هذا المعيار أيضا، الحالة التي تتضمن الالتصاق بالعقار والتي استعمل فيها معيار الموازنة بين الضرر والمصلحة، ومن ذلك ما قضت به النصوص القانونية التالية: المادة 928 من القانون المدني المصري، المادة 788 القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أنه: **"** إذا كان مالك الأرض - وهو يقيم بناء بها- قد

(1) - محمد وحيد الدين سوار، **الحقوق العينية الأصلية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة أل البيت، عمان، الأردن 2001، ص 146

(2) - مالك جابر حميدي الخزاعي، "**إساءة استعمال الحق**"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 17، العدد السادس، 2014، ص302.

(3) - المادة 788 من القانون المدني الجزائري مشار إليه سابقا.

تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة، على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".[1]

يتبين أن مالك الأرض يكون متعسفا إذا طلب إزالة البناء، لأن هذا الطلب يترتب عنه ضرر اكبر من الضرر اللاحق بمالك الأرض، إذا تنازل عن جزء من أرضه، وبذلك فان القاضي يجبر مالك الأرض على تمليك الجزء المشغول من أرضه لصاحب البناء[2]، ولقد جاء في القانون الفرنسي أن المالك لا يمكنه الاحتجاج بممارسة حقه عند مباشرته لحقه في إجراء أعمال هدم أو تغيير تمس الحائط المشترك، وذلك من خلال الربط بين سلوكه من جهة وما يقع على الملاك المجاورين، بما يقتضي مراعاتهم قبل أي إجراء، وهو ما أيدته المادة 662 من القانون المدني الفرنسي، حيث ورد نصها على النحو التالي:

L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre.[3]

وعلى أساس كون هذا المعيار معيارا موضوعيا يتسم بالمرونة والليونة فمن شأنه أن يسهل كثيرا من مهمة القضاة، ويحقق عدالة كبيرة، إذ لا يعتمد على ضابط محدد أو معيار نفسي، وفضلا عن ذلك فإنه في ذات الوقت يتيح للقضاة حرية كبيرة في تقدير تفاهة المصلحة أو جديتها، حيث يتمتع فيه القضاة بسلطة تقديرية واسعة في رقابة الحقوق واستعمالها، في ضوء تحقيق غاياتها، إذ تؤدي الرقابة هنا إلى التوفيق والتناسق بين المصالح المتعارضة،

---

(1) - المادة 30 من **قانون الملكية العقارية اللبناني**، الصادر بالقرار رقم 3339 - صادر في 11/12/ 1930، معدل وفقا للقانون رقم 322 تاريخ 2001/4/21، ج.ر، رقم 2001/22 ، بتاريخ 2001/05/03. ص03.

(2) - عيسوي أحمد عيسوي، **"نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"** ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1963، ص43

(3) -Article 662, code civil français, Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804.

وتضع الحق في مكانه الصحيح وتؤكد بقاءه، لتتحقق به المصالح الفردية والاجتماعية على حد سواء[1].

يعتبر وجود طرق ووسائل متعددة لاستعمال الحق من تطبيقات هذا المعيار، حين لا يتخير صاحب الحق من تلك الوسائل إلا أكثرها إضرارا بالغير، دون نفع محقق أو كبير يعود عليه جراء هذا الاختيار، كمالك يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه، بحيث تضر بالجار، وكان - يمكنه دون ضرر أو فوات منفعة عليه- تجنيب ملك الجار هذا الضرر ، وذلك من خلال إقامتها في مكان آخر من البناء[2]، أو كمالك يقيم على حدود ملكه حائطا يبنيه بالطريقة العادية، بقصد منع الغبار وتطلع الجيران، بما يؤدي إلى حجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره، في حين أنه كان بإمكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار، ودون تفويت ما يقصده من غرض، يجعل أجزاء الحائط المقابل لمطلات ملك الجار، من زجاج غير شفاف يسمح بتسرب الضوء.[3]

يتضح أن هذا المعيار يقوم على أساس الموازنة بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بغيره، جراء الفعل المقترن بتحقيق المصلحة، فيعتبر الشخص مسيئا في استعمال حقه، إذا كانت المصلحة التي تعود عليه لا تتناسب مع الضرر الذي ينزل بالغير.

الفرع الثالث

عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال.

إن الحق لا يمارس إلا في نطاق المشروعية، ومن أجل تحقيق مصلحة مشروعة، أما إذا أراد صاحب الحق من وراء استعماله للحق، الحصول على مصلحة غير مشروعة، اعتبر عمله مخالفا للقانون، ومتعارضا مع النظام العام والآداب العامة، ومن أجل ذلك فإن الحماية القانونية لا تتقرر إلا للمصالح المشروعة،[4] ولا يجوز استعمال حق الملكية

---

(1)- شوقي السيد، مرجع سابق، ص 43.

(2)-أمجد منصور، **النظرية العامة للالتزامات : مصادر الالتزام** ، دار الثقافة، عمان، ط06، 2011، ص281..

(3) - محمد وحيد الدين سوار، ***حق الملكية في ذاته*** ، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997، ص72.

- إدوارد عيد، ، ***الحقوق العينية العقارية الأصلية : حق الملكية***، دار النهضة العربية، بيروت ج01، 1979، ص208.

(4) -Raluca Nicole taionexu**, L'abus de droit en droit communautaire**, " thèse de doctorat en droit ,université Toulouse, sciences sociales, faculté de droit, 2009, p 80 .

العقارية الخاصة في غير المصلحة التي شرع لأجلها، والمصلحة المقصودة هنا هي تلك التي رسمها القانون وقررها الحق، حيث يعتبر الفعل تعسفيا إذا استعمل لتحقيق مصلحة غير مشروعة،تهدف إلى الإضرار بالجار.[1]

إن معيار عدم مشروعية المصلحة أخذ به كل من التشريع المصري، الأردني، الفرنسي، حيث أنه: " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية... إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة"[2] ،كما أن المشرع اللبناني عبر عن ارتباط استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة، حيث نصت المادة 122من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن :" كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير، يجبر فاعله إذا كانمميزاً على التعويض. [3]

في حين أن المشرع الجزائري استعمل عبارة فائدة غير مشروعة ، فجاء النص على النحو التالي: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات التالية:....إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".[4]

نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الفائدة، على خلاف باقي التشريعات السابقة، التي استعملت مصطلح مصلحة ، وفي رأينا أن مصطلح مصلحة هو الأنسب والأرجح، على اعتبار أن الشخص في استعماله لحقه، يسعى إلى تحقيق مصالح قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، بخلاف مصطلح الفائدة الذي يعد في نظرنا مصطلحا ضيقا ، يحمل في طياته معان مادية فقط.

تكون المصالح غير مشروعة إذا كانت مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب العامة، والمعيار في هذه الحال أيضاً موضوعي، وإن كان لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق نية صاحب الحق، وهي تحقيق مصالح غير مشروعة، ومن صور لا مشروعية المصلحة المتوخاة من استعمال الحق: استعمال الشخص حقه لا لمجرد الإضرار بالغير، بل لمصلحة شخصية له، لا تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير، لأن الحقوق إنما تقررت لأصحابها

(1) - Alex Weill, ***Droit civil : Les biens*** **,** 2eme édition, Dollez, Paris, 1974,p 121.

(2)- المادة 05 من القانون المدني المصري،المادة 66 من القانون المدني الأردني، المشار إليه سابقا.

(3)- المادة 122 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، المشار إليه سابقا.

(4)- المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، المشار إليه سابقا.

ليحققوا بها مصالحا يحميها القانون، لا لتحقيق مصالح غير مشروعة، فمن استعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة- مهما عظمت هذه المصلحة- يسئ استعمال حقه، ويعد مخطئا خطأ يوجب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر للغير.[1]

يتضح أن هذا المعيار يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي، باعتبار أن تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، ويأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مآل الفعل، وما إن كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة، وتضمنت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يلي: **"** إن معيار المصلحة غير المشروعة - وإن كان ماديا في ظاهره- إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة**"**[2]

من تطبيقات هذا المعيار" قضية كليمنت بايار" Clément Bayard الذي أقام في أرضه المجاورة للمطار، ووضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة، لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها، ولإجبار شركة الطيران على شراء أرضه، فأدانه القضاء الفرنسي سنة 1915 بالتعسف - تحت ستار فكرة الخطأ-[3]، إذا نظرنا إلى هذه القضية فإننا لا نستطيع إخضاع الفعل للمعيار الأول (نية الإضرار)، لأن الفعل قد صاحبه قصد تحقيق مصلحة، كما لا نستطيع تطبيق المعيار الثاني- أي رجحان الضرر على المصلحة-لأن المصلحة التي يتطلبها هذا المعيار هي المصلحة المشروعة، فلم يبق لنا سوى المعيار الثالث، وهو معيار عدم مشروعية المصلحة، والفعل هنا لا يعد خروجا عن حدود الحق، لأن المالك لم يستعمل سوى حقه المتمثل في حق البناء على أرضه، والقانون لا يمنعه من

(1)- إسماعيل العيسوي، **"استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير"**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، 2009، ص 10.

(2) - فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 574.

(3)-François Terré et Yves Lequette**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*,** 12éme édition 2007, p 435.

البناء،بما يجعل فعله لا يدخل في دائرة الخطأ، وإنما يكون ضمن نطاق التعسف في استعمال الحق.[1]

وبحكم الأصل التاريخي لنظرية التعسف في التشريعات العربية ، والذي يجد أصوله و مرجعيته من الفقه الإسلامي، يعتبر هذا المعيار معيارا أصليا للنظرية، ويتمثل فيما يسميه الفقه الإسلامي بـ معاندة قصد الشارع.[2]

يتضح مما سبق أن مقتضى هذا المعيار، يتمثل في حقيقة أنه لا يكفي أن تكون المصلحة التي ينشدها صاحب الحق- من وراء استعماله- لحقه ذات نفع له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة أيضا.

إن الحقوق إنما شرعت لتحقيق غايات نبيلة، سواء كانت المصالح عامة أو خاصة ، ولم تشرع عبثا، أو لمجرد التلهي بها أو لقصد الإفساد وإلحاق الأذى بالغير، وعلى هذا الأساس ينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة التي منح من أجلها، ولا يجوز أن يستعمل الحق فيما لم يشرع من أجله، وهكذا يبدو واضحا أن المصلحة قيد على استعمال حق الملكية العقارية الخاصة ، لأن المصلحة تمثل غاية لهذا الاستعمال، وعلى صاحب الحق عند استعماله سلطاته المقررة، أن يحقق من هذا الاستعمال مصلحة أو منفعة، وأن تتسم هذه المصلحة بالجدية - أي عدم تفاهتها - وهذه الجدية نتيجة موازنة بين المصلحة والضرر، فإذا كانت المصلحة تافهة، فإن من يسعى إلى تحقيقها، يعد متعسفا في استعمال حقه، وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تكون لقاضي الموضوع فيها، سلطة تقديرية واسعة ، فتنشأ موازنة بين المصلحة والضرر،[3] وهذا ما يعطي للمعيار نزعة اجتماعية في نظرية التعسف، فالتعسف يقع إذا انعدمت المصلحة، أو أصابها عيب ما في إحدى ضوابطها، لأن المالك إذا كان مستهترا، فانه لا يبالي بما يصيب جاره من ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة لنفسه، ومن ثم يتوافر الخطأ في جانبه.

---

(1)- رشيد شميشم، **التعسف في استعمال الملكية العقارية، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.**، دار الخلدونية، الجزائر،2001.، ص 83.

(2)- أحمد الصويعي شلبيك، مرجع سابق، ص 18.

(3)- فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 574.

إن المعايير الثلاثة التي أوردتها مختلف التشريعات المقارنة، بخصوص التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة، يجعل انحراف الشخص عن الاستعمال العادي لحقه تعسفا يوجب التعويض، متى اتخذ صورة من الصور الثلاثة المشار إليها آنفا، إلا أن التشريع الأردني في المادة 66 من القانون المدني - على خلاف بقية التشريعات الأخرى- أضاف معيارا رابعا، وهو تجاوز الإنسان في استعمال حقه ما جرى عليه العرف والعادة، باعتبارها صورة أخرى من صور التعسف، ولا وجود لهذه الصورة في التشريعات الأخرى .

ينطوي هذا المعيار عند بعض الشراح على خلط بين تجاوز حدود الحق، وبين التعسف ضمن حدود الحق، وذلك لأن من جاوز ما جرى عليه العرف، ليس بحق من أصله، بل هو تعد ، فيخرج بذلك عن موضوع التعسف ونطاقه.

آخرون يرون خلاف ذلك، ويعارضون هذا الرأي بحجة أنه يخلط بين مضمون الحق ومحله [1]-على ما بينهما من فارق- فما يقصد إليه المعيار المبحوث فيه، هو أنه لا يجاوز مستعمل الحق مضمون الحق عرفا، أي السلطات التي يقرها العرف لمستعمل الحق، لا محل الحق، أي بالشيء الذي تقع عليه تلك السلطات، ومن ثم فان مستعمل الحق في ظل هذا المعيار يعد متعسفا إذا تجاوز تلك السلطات، التي جرى العرف على تخويلها له، والظاهر أن هذه الحالة تغاير حالة تجاوز الحق، حيث يجاوز الإنسان محل حقه، ولا محل عندئذ لإضفاء صفة التعسف على فعله، بل ثمة محل لخلع صفة التعدي على فعله، لأنه خرج عن حدود حقه[2].

وفي رأينا أن هناك فرقا واضحا بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق، فصاحب الحق يعتبر متعسفا في استعمال حقه في الحالات الواردة في النصوص

---

(1)- يقصد بمضمون الحق السلطات أو المكنات التي يعطيها الحق، ويخولها لصاحبه، فمضمون حق الملكية على سبيل المثال، هو ما يكون لمالك الشيء من سلطة **الاستعمال والاستغلال والتصرف**، ومحل الحق هو ما يقع عليه الحق من شيء أو عمل ، ففي حق الملكية مثلا يكون محل الحق هو الشيء الذي تقع عليه سلطات المالك المذكورة، ومحل الحق الشخصي هو عمل ، أو امتناع عن عمل من جانب المدين. - محمد وحيد الدين سوار، ***حق الملكية في ذاته***، المرجع السابق، ص 72.

(2)- سعيد عبد الكريم مبارك، **موجز أحكام القانون المدني الأردني: " الحقوق العينية الأصلية"**، ط1،الأردن، إربد ، 1996، ص 27.

سالفة الذكر، ولو لم يخرج في استعماله لحقه عن حدود الحق، بينما في الحالة الثانية يخرج صاحب الحق عن حدود حقه، ويدخل في نطاق ممنوع عليه ، ويعتبر عمله تعديا على الغير، ويلزم بالتعويض عن أي ضرر يتسبب فيه حسب قواعد المسؤولية التقصيرية، فـ **مثلا** من يتجاوز حدود ملكه، ويدخل في ملك جاره يعتبر متجاوزا حدود حقه، أما في حالة التعسف في استعمال الحق، فإن صاحب الحق لا يتجاوز حدود حقه، بل هو يستعمله في النطاق المحدد له، ومع ذلك فان القانون لا يقر هذا الاستعمال، إذا تعسف صاحب الحق في استعمال حقه.

بعد تبيان المعايير التي وضعت كضوابط التعسف، نتناول في المطلب الموالي مسألة إثبات التعسف وجزاءه، وفقا لما يلي:

المطلب الثالث

إثبات التعسف في استعمال الحق وجزاءه

إن التعسف في استعمال الحق أمر ممنوع شرعا وقانونا، باعتبار أنه يخالف ويناقض المقصد الذي من أجله شرعت الحقوق، كما أن هذا التعسف يزيل عن الحق صفة الشرعية، حيث يصبح صاحب الحق بتعسفه، في مركز غير محمي قانونا، لذا فان ثبت على صاحب الحق تعسفه في استعمال حقه - بما سيؤدي إلى ترتب ضرر يلحق بالغير- فإنه يترتب عليه الجزاء، أي أنه سيتحمل مسؤولية عمله وتصرفه ويؤاخذ عليه[1]، متى أثبت المدعي تضرره جراء ذلك، وعليه حتى تكتمل دراسة التعسف في استعمال حق الملكية- باعتباره قيدا على الملكية العقارية الخاصة- لابد لنا من التعرض إلى طريقة إثباته، والجزاء المترتب عليه، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

(1)- Cyril Suintez, ***La Sanction préventive en droit de la responsabilité civile*** , thèse de doctorat, faculté de droit université de Montréal, Décembre, 2009, P 17 .

الفرع الأول

إثبات التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

يستعمل الشخص - في الأصل- حقه ضمن الحدود التي رسمها له القانون بصفة مشروعة، وإثبات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، يفهم منه ترتب جملة من الأعباء التي يتوجب توضيحها وتحديدها بدقة، وأولها عبء إثبات الخطأ ، فإذا كان ذلك التعسف يعتبر تطبيقا من تطبيقات الخطأ التقصيري، فإن إثباته يعود إلى القواعد العامة للخطأ التقصيري، وبالتالي يقع على المضرور إثبات أن صاحب الحق قد استعمل حقه استعمالا غير مشروع، وتعسف في استعمال حقه، وهذا تطبيقا لمبدأ "البينة على من ادعى"، حيث أن من ادعى شيئا،عليه أن يثبته، بكافة وسائل الإثبات، دون أن يكون المضرور مقيدا بطريقة معينة من طرق الإثبات[1]، في حين أن صاحب الحق لا يتحمل عب إثبات مشروعية استعمال حقه ، باعتبار أن القاعدة العامة تقضي بأن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب افتراضه ابتداء إلى أن يقوم الدليل على العكس.

يقع على عاتق المضرور عبء إثبات الضرر في المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، والمطالبة بالتعويض، وهذه الأخيرة لا تتأتى إلا إذا تم إثبات العلاقة السببية بين الفعل والضرر[2].

إذا يختلف الإثبات باختلاف الصورة التي اتخذها صاحب الحق في تعسفه،وتعد دعوى التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة دعوى عينية عقارية ، لأنها تتعلق بحق عيني عقاري تحميه ، لذلك فهي تخضع لاختصاص محكمة موقع العقار الذي صدر التعسف من صاحبه، كأن يكون صاحب مصنع استعمل الآلات الميكانيكية حتى في ساعات الليل في منطقة سكنية، فيحدث ضجيجا وصخبا لا يمكن تحمله من طرف الجيران، وإذا أمعنا النظر في هذه الدعوى نجد أنها تتصف بالطابع الشخصي لأنها تعتبر بالدرجة الأولى تقصيرية، فالمتعسف قد ارتكب خطأ يسبب قيام مسؤوليته المدنية ، لما أحدثه من ضرر

---

(1)- يحي بكوش، ***أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة***، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط02، الجزائر، 2000، ص 15.

(2)- عمرو عيسى الفقي، **الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية، دعوى التعويض**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص ص144،145.

للغير[1]، كما أنه إذا ادعى شخص أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره في عقار هذا الأخير، تعود عليه بضرر كبير يفوق ما يجنيه جاره من مصلحة، وجب عليه إثبات مقدار هذا الضرر الذي لحقه، وفي الآن ذاته إثبات مقدار المصلحة التي تعود على المالك، كي يتسنى للقاضي أن يوازن بينهما، أما إذا ادعى أن أعمال الحفر التي يقوم بها المالك في ملكه، إنما هي بقصد الإضرار به، فان الإثبات لا يكون سهلا، لأن قصد الإضرار يعد من البواعث النفسية[2]، التي يصعب الوصول إليها.

أحيانا يكون من السهل إثبات وقوع الضرر جراء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، ويتضح وجوب دفع الضرر وإزالته، كأن يتخذ شخص في اتصال داره دكانا حدادة، أو طاحونة بحيث يحصل ضرر للبناء من طرق الحديد، أو دوران الطاحونة، أو أن يحدث فرنا أو معصرة، بحيث لا يستطيع صاحب الدار المجاورة السكن فيها، لتأذيه من الدخان أو المعصرة، ويؤخذ أيضا في إثبات ذلك التعسف مبدأ: ما لحق الفرد من ضرر وما فاته من كسب، كأن تتعرض شقته أو بناءه لتشققات ناجمة عن نشاط يمارسه جاره، فلا يستطيع هو الإقامة فيها، أو تأجيرها مخافة سقوط البناء.

إن القضاء يعتمد على قرائن للوصول إلى النية، وهي قرينة انتفاء المصلحة في استعمال الحق، وقرينة تخير أكثر الطرق إضرارا بالغير في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، وهاتان القرينتان اعتمدهما القضاء الفرنسي[3]، كما اعتمدهما أيضا القضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية من خلال المادتين 04، 05 من التقنين المدني المصري، بأنه:" من يستعمل حقه استعمالا مشروعا، لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير، وأن استعمال الحق يكون مشروعا، إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق" [4]

---

(1)- قدري زيد الترجمان، مرجع سابق، ص 163.

(2)- البواعث النفسية: هي القدرة النفسية الحاملة على السلوك الإرادي، والمنبعثة عن إدراك وتصور للغاية، سواء كان السلوك ايجابيا أو سلبيا ، عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص41.

(3)- Jean Louis Baudouin et patrice delauries, ***la responsabilité civile***,7eme éd , vol 01, *éditions Yvon Blais* ;2007.p189.

(4) - نزيه محمد الصادق المهدي، ***الحقوق العينية الأصلية***، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005. ص88.

في ذلك اعتبر القضاء مثلا أن المالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه، تضر بالجار، وكان في وسعه تجنيب ملك الجار هذا الضرر، بإقامتها في مكان آخر من البناء، كان متعسفا في استعمال حقه[1]، وقرينة قصد الإضرار هنا، تتمثل في تخير أكثر الطرق إضرارا بالغير في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.

هاتان القرينتان وإن ذكرناهما على سبيل المثال، إلا أنه يصعب تصور قرائن أخرى تدل على نية الإضرار، بحيث يتبين عمليا أنه لا يمكن كشف نية الإضرار، إلا عن طريقهما، وإذا أقام المدعي الأدلة على وجود التعسف، يكون للقاضي السلطة التقديرية في اعتبار الفعل تعسفا، أو انه غير ذلك.

في جانب أخر يمكن أن نشير في سياق إثبات التعسف في استعمال الحق، أن المشرع الجزائري أولى أهمية لتطبيق ذلك في مجال استثمار الأراضي الفلاحية، وقرر وجوب استغلال أو استثمار الأراضي الفلاحية، ليعتبر هذا الالتزام قيدا أساسيا يرد على حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة، سواء تعلق الأمر بحق التصرف أو الاستعمال أو الاستغلال ، واعتبر أن عدم استغلال الأراضي الفلاحية يشكل فعلا تعسفيا في استعمال الحق، حيث نصت المادة 48 من قانون التوجيه العقاري 25/90 المعدل والمتمم ، على أنه : " يشكل عدم استغلال الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي، وفي هذا الإطار الاستثمار الفعلي والمباشر، أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية، أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي، يمارس حيازة ذلك عموما " .

ونصت المادة 49 من نفس القانون على أنه: " تعد أرضا غير مستثمرة، كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علانية،أنها لم تستغل استغلالا فلاحيا مدة موسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل".[2]

---

(1) - محمد وحيد الدين سوار، **الحقوق العينية الأصلية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة أل البيت، عمان، الأردن 2001، ص 314.

(2)- المادة 48، 49 من المرسوم التنفيذي رقم 90-25 ، المؤرخ في 18 /11/ 1990 والمتضمن التوجيه العقاري،ج.ر ، رقم 49 المؤرخة في 1990/11/18.ص1565.

يستخلص من النصين السابقين أن قانون التوجيه العقاري قد جاء بقيد خاص للتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، لأجل المحافظة على وحدة المستثمرة الفلاحية ، بغية المساهمة في رفع الطاقة الإنتاجية للمستثمرات الفلاحية، وتشجيع الإنتاج الفلاحي ، وبالتالي أصبح استثمار الأراضي الفلاحية واجبا قانونيا يقع عاتق كل مالك أو حائز لعقار فلاحي وعند إهماله وعدم استغلاله ،تقوم الدولة بتجسيد رقابتها القانونية بمباشرة مجموعة من الإجراءات الإدارية، قد تصل إلى حد انتزاع العقار الفلاحي من مالكه جبرا عليه تطبيقا لنظام الشفعة الإدارية. [1]

إن أساس تدخل الدولة عند عدم استغلال العقار الفلاحي راجع لفكرة الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعقار الفلاحي، فالأراضي الفلاحية أصبح لها بعد إستراتيجي في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، واستغلالها هو تحقيق للمصلحة العامة قبل تحقيق المصلحة الخاصة لمالك العقار الفلاحي، لأن عدم استغلالها يعني بالضرورة التأثير السلبي على وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية ، وبالتالي الإضرار بالفائدة العامة، فالمالك ليس حرا في ترك أرضه بورا ، بل عليه استغلالها تحت طائلة الحكم بفقدها، فإلزامية استغلال الأراضي الفلاحية يشكل قيدا أساسيا يرد على حق الملكية العقارية الخاصة. [2]

الفرع الثاني

جزاء التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

يترتب على اجتماع عناصر المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية ، قيام أثر متمثل في توقيع الجزاء على المتسبب في الضرر، وهو الجزاء الذي تطرقت إليه التشريعات المعتمدة، وجعلته في صور ثلاث، فقد يكون وقائيا أو ماليا، كما ة يكون عينياً .

(1)- أحمد دغيش ، **قيد التعسف في استعمال الملكية العقارية الفلاحية الخاصة**، مداخلة غير منشورة ضمن فعاليات الملتقى الوطني: ***الملكية العقارية والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري***، يومي25 و26 سبتمبر 2013،جامعة 8 ماي 1945 قالمة.

(2)- أحمد دغيش ، **تدخل الدولة لضمان استغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث،سبتمبر 2014 ، جامعة الحاج لخضر- باتنة.ص 37.

يعتبر الجزاء الوقائي من خصوصيات نظرية التعسف، ويتخذ صورة منع وقوع الضرر ابتداء، عن طريق منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي[1]، متى كان الضرر متوقعا أو محتملا احتمالا راجحا، وفي ذلك تطبيق مسبق لنظرية التعسف، قد تم إلحاقه بنظرية العمل غير المشروع.

إن ربط التعسف بالجزاء انطلاقا من البعد الوقائي، يعد من قبيل التوسع والمجاز، لان حقيقة الجزاء تقترن بما ترتب على فعل قد وقع، غير أن الطابع الوقائي يهدف إلى منع حصول الضرر ، ويعمل على تفاديه من خلال توفير الظروف والإجراءات التي تمنع تحول السلوك إلى حالة الإضرار ، أو بما يترتب عن اجتماع جملة من النتائج والآثار التي تنتهي إلى إحداث الضرر بالآخرين ، ويمكن أن نعرض لصور من الجزاء الوقائي ، وفي مقدمتها حالة الالتصاق بالعقار، فإذا تعدى مالك الأرض - وهو يقيم عليها بناءه - بحسن نية، إلى جزء ضئيل من أرض جاره، وأصر الجار على طلب هدم البناء الذي يشغل هذا الجزء، فعلى المحكمة ألا تستجيب لطلبه، توقيا للضرر الذي ينجم عن الهدم، وتكتفي بالحكم على صاحب الأرض بالتعويض.[2]

عند التطرق إلى التعويض يمكن أن نسجل هنا أن التشريعات المعتمدة تضمنت في نصوصها الإشارة إلى أن المتسبب في الضرر ، يلزم بالتعويض ، وهو ما فعله المشرع الجزائري في المادة 124من القانون المدني، على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[3]

هذا ما سار إليه المشرع المصري في المادة 163 الفقرة01 من القانون المدني المصري، على أنه:" كل خطأ يسبب ضررا للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض" [4]

---

(1)- خليل أحمد حسن قدادة ،" ***نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق***"، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد الثامن، العدد الأول، (يناير) 2000. ص237.

(2)- المادة 788 من القانون المدني الجزائري، المادة 928 من القانون المدني المصري.

(3)- المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

(4)- المادة 01/163 من القانون المدني المصري.

أشار المشرع الأردني بدوره إلى هذه المسألة في المادة 274 من القانون المدني الأردني ، التي نصت على أنه:" كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء ، يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر." [1]

أوجب المشرع اللبناني من جهته التعويض عن الضرر ، وورد ذلك في المادة 122من قانون الموجبات والعقود اللبناني: " كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير، يجبر فاعله إذا كانمميزاً على التعويض".[2]

من جانبه نص المشرع الفرنسي على مسألة التعويض عن الضرر، وجاء ذلك في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، حيث ورد في النص التالي:

"toute fait que le conque de l'homme qui cause a autrui un dommage oblige celui par la faute de quel, il est arrive a le réparer".[3]

يمكن أيضا أن يكون الجزاء ماليا، حيث **أن** الأصل في الجزاء عن التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال، يدفعه إلى المضرور جبرا للضرر، ومقدار التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، استنادا إلى حجم الضرر.[4]

يستفيد المتضرر أيضا من تعسف المالك، من الحكم له بالتعويض العيني، كلما كان ذلك ممكنا، ولا شك أن من أصابه ضرر جراء التعسف له الحق في أن يطالب بإصلاحه عينا، ليعود بذلك إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر ، وهو ما يعرف في القانون بنظام إعادة الحال إلى ما كان عليه.

ليتحقق الحكم بالتعويض العيني لابد من توافر عدد من الشروط، نذكر منها:

- يجب أن يكون التعويض العيني ممكنا، فلو كان التعويض مستحيلا، لكان الالتزام مستحيلا، لأن القانون عندما يشترط التنفيذ العيني للالتزام، إنما يقيده بأن يكون ذلك ممكنا.

- يجب أن لا يكون التعويض العيني مرهقا، فإذا كان التعويض العيني على درجة كبيرة من الإرهاق للمعني، جاز له أن يدفع تعويضا نقديا، إذا كان ذلك لا يلحق ضررا جسيما به،

---

(1)- المادة 274 من القانون المدني الأردني

(2)- المادة 122من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(3) -L'art 1382,code civile français.

(4) -Cyril Suintez, thèse précité ,p72.

كأن يتجاوز المالك بالبناء عن حسن نية، فيبني بجزء يسير في أرض جاره، فهدم بنائه فيه إرهاق كبير له، لذا يعوض الجار بتعويض نقدي مقابل الضرر الذي لحق به، شرط ألا يلحق هذا التعويض ضررا جسيما بالجار.

- يجب أن يكون التعويض العيني وفق مقتضيات الظروف ، فيجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناء على طلب المتضرر أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض. [1]

تتعدد صور التعويض العيني عن تعسف المالك في استعمال حقه، ومن ذلك الحكم بتحويل موضع المدخنة التي تزعج الجار، أو الحكم بهدم الحائط الذي حجب الضوء والهواء عن الجار، أو الحكم بإعادة بناء الجدار الذي هدم دون عذر قوي، وبذلك يتحمل عبء تعويض الضرر صاحب الحق المتعسف فيه ، وفق مبدأ الموازنة بين المضار ، وعملا بقاعدة "عند الضرر الأشد يزال الأخف".

كما يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل- أي التعويض النقدي- ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق، وتلافي الضرر اللاحق، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار، تلافيا للضرر الذي سيلحقه[2]، والحكم بالتعويض النقدي عن ما أصابه من ضرر، وهذه الصورة من الجزاء هي الغالبة عند التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.[3]

مما سبق نخلص إلى أنه يمكن القول أنه كان لنظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا في التشريعات المقارنة، وقد ارتبطت هذه النظرية أساسا بفكرة الحق، وما يمثله من قيمة معينة ، يعترف بها الشرع والقانون ويحمياه لغاية معينة، وأتت هذه النظرية لتدفع الضرر قبل وقوعه، أو لترفعه بعد وقوعه.

---

(1)- قدري زيد الترجمان، مرجع سابق، ص 19.

(2)- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص19.

(3) -Jean Marie Mazeaud, ***Leçons de droit civil, obligation, théorie générale*** ,tome^{2eme} édition Montchrestien, Paris, 1978, p 456.

إن أساس حظر التعسف في استعمال الحق، يكمن في أن صاحب الحق ليست له الحرية المطلقة في ممارسته، وإنما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذا ما اتفقت عليه التشريعات المعتمدة من طرفنا.

بعد تبيان فكرة التعسف في استعمال الحق كقيد يرد على الملكية العقارية الخاصة، نتطرق إلى نوع آخر من القيود، يتقيد فيه المالك بعدم الإضرار بغيره ضررا فاحشا، وهو القيد الذي يعرف بمضار الجوار غير المألوفة، في المبحث التالي.

المبحث الثاني

قيد مضار الجوار غير المألوفة

إن تقييد الحق قانونا بقدر ما يراعي تحقيق المصلحة الخاصة عند استعمال الحق، فهو في الآن ذاته يضمن حماية مصالح المتصلين بالحق، وفي مقدمتهم جيران من يستعمله، فعدد من القيود التي تم إيرادها على الملكية العقارية الخاصة، إنما ترجع بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك، ولقد كان للتطور الواضح في مناحي الحياة الحديثة، إبراز المشاكل التي يمكن أن تنشأ بين الجيران في علاقاتهم التي يفرضها الجوار، حيث أنه وإن كان لا مناص من تحمل كل منهم، لقدر من المتاعب والمضايقات ، بحكم ما تفرضه ظروف الحياة المشتركة، التي لا يستطيع أي شخص الفكاك منها ، باعتبارها أضرارا ينبغي التسامح فيها بين الملاك المجاورين، إلا أنه وإن صار - بحكم الواقع والاجتهاد- تحمل الضرر المألوف أمرا لا مفر منه، تقتضيه طبيعة الجوار، فإن هذا الضرر إذا تجاوز الحد المألوف، لا يرغم الجار على تحمله، بل ترتب مسؤولية محدث الضرر قانونا، من حيث أن المنطق والعدل ، يقتضى أن استعمال المالك لحقه، يجب ألا يترتب عليه آذى أو ضررا فاحشا لحقوق غيره من الملاك.

من هذا المنطلق راعت مختلف التشريعات المقارنة علاقات الجوار، لأن الفرد وهو يمارس حق ملكيته العقارية - ومهما احتاط - قد يلحق ضررا بالجيران، وتقوم مسؤوليته عما يمكن وصفه بالأضرار غير المألوفة.

لمناقشة هذا الاهتمام من جانب عدد من التشريعات المعتمدة من جانبنا، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول: نتناول فيه مختلف المفاهيم التي تحظى بها فكرة مضار الجوار غير المألوفة، وشروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة، أما المطلب الثاني: فنعالج فيه مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة.

المطلب الأول

مفهوم وشروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة

أصبح الجوار في ظل التطور السريع ضمن مجال التشييد والعمران ، يرتب جملة من مضار متكررة في الحياة اليومية بين الجيران، لتتشكل بذلك دائرة من المنازعات الجوارية أمام القضاء، عبر ما يسمى بمضار الجوار غير المألوفة، وهي مضار اتضحت انعكاساتها السلبية في عدد من الميادين ، وسنحاول التعرض لها من خلال تحديد مفهومها وشروط قيامها، بالأخذ في الاعتبار منظور كل تشريع من التشريعات المعتمدة.

الفرع الأول

مفهوم مضار الجوار غير المألوفة

سنحاول في هذا الفرع تحديد مفهوم مضار الجوار غير المألوفة ، من خلال البحث عن معناها في اللغة العربية، ثم في الاصطلاح القانوني، ولهذا قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى العنصرين التاليين:

أولا: التعريف اللغوي لمضار الجوار

سنتعرض في هذا العنصر إلى التعريف اللغوي لمضار الجوار من خلال بيان التعريف اللغوي للمضار، ثم للجوار، ليتم بعد ذلك الربط بين المصطلحين، وهذا على النحو التالي:

01- التعريف اللغوي للمضار

الضر لغة: ضد النفع ، والضر المصدر، والضر الاسم، فإذا جمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد،وإذ ا أفردت الضر ضممت الضاد.[1]

المعنى المتعارف عليه للضرر أنه اسم المصدر ويقابله المنفعة، التي هي اسم مصدر، وأصل الضرر هو الضر ، في مقابل النفع الذي هو مصدر (نفع)، فيقال في النقص المالي

(1)- ابن منظور، **لسان العرب**، ج09، مرجع سابق، ص 365

والنفسي: ضره الغذاء الفلاني وأضر به، وضره البيع الفلاني وأضر به، ونفعه البيع الفلاني وأضر به، ويقال: أضر زيد بعمرو مثلا إذا أهانه، كما يقال (نفعه) إذا جلله وأكرمه[1]، والمضرة: خلاف للمنفعة، وروي عن النبي – ﷺ – أنه قال : (لا ضرر ولا ضرار) ، ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر : فمعنى قوله (لا ضرر) أي لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع، وقوله : (ولا ضرار) أي لا يضار كل واحد منهما صاحبه، فالضرار منهما معا، والضرر فعل واحد، ومعنى قوله : (ولا ضرار) أي لا يدخل الضرر على الذي ضره، ولكن يعفو عنه، كقوله عز وجل: ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ".[2]

قال ابن الأثير : قوله (لا ضرر) أي لا يضر الرجل أخاه في نقصه شيئا من حقه، والضرار من أفعال الضر، أي لا يجازيه على إضراره بإدخاله الضرر عليه ; والضرر فعلا لواحد، والضرار فعلا لاثنين،والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه ; وقيل : الضرر : ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار: أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل: هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد .[3]

يتبين من الإحاطة بالمعنى اللغوي للضرر وما يشتق من ألفاظ ذات صلة به، إلى أنه ينصرف إلى الجانب السلبي الذي يقع على الفرد سواء في البدن أو الملك أو المصلحة، ويقتضي البحث في أسباب تحجيمه ، وكيفية إزالته والتعويض عنه.

02- التعريف اللغوي للجوار

الجِوار بكسر الجيم مصدر جاور ، يقال : جاور جوار أو مجاورة،ومن معاني الجوار المساكنة والملاصقة،ويطلق على الاعتكاف في المسجد والمجاورة في الحرمين، كما يطلق أيضاً على العهد والأمان، ومن الجوار الجار، ويطلق على معان، منها: المجاور في المسكن، والشريك في العقار أو التجارة ، والزوج أو الزوجة ، والضرة يطلق عليها

(1)- محمد جعفر الشوشتري، ***منتهى الدراية***، ج 06، دار الكتاب، النجف ، العراق، 1994.ص564.

(2)- سورة فصلت، الآية (34).

(3)- ابن منظور ، مرجع سابق، ص 564.

جارة[1]، ويطلق على الحليف والناصر، وقال الشافعي رحمه الله: كل من قارب بدنه بدن صاحبه قيل له: جار، وبناءً على ذلك فإن المجاور على مقاعد الدراسة، وفي فصول المدرسة وصفوف الجامعة يعتبر جاراً، ويدخل في حقوق الجوار، وقال الراغب رحمه الله: الجار من يقرب مسكنه منك، وهو من الأسماء المتضايفة، فإن الجار لا يكون جاراً لغيره، إلا وذلك الغير جار له، كالأخ و الصديق، كما تطلق هذه الصفة "الجار" على علاقة القرب بين الأشياء ومن ذلك قولهم الأمكنة المتجاورة، وقد ورد هذا الاستعمال في القرآن الكريم وَ فِي الأ ْ رَفْيضقولِه قِطَلَعٌ:مُتَجَاوِرَاتٌ وَ جَنَّاتٌ مِنْ أَعْنَابٍ وَ زَرْعٌ وَ نَخِيلٌ صِنْوَانٌ صِنْوَانٍ يُسْقَى ا بِمَاءٍ وَاحِدٍ وَ نُفَضِّلُ بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ فِي الأ ُكُلِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ "[2].

من دراسة الأوجه اللغوية التي قد ترد عليها فكرة الجوار ، وقرنها بالمعنى المتوصل إليه للفظ المضار، نصل إلى حقيقة أن مفهوم مضار الجوار لغة ، يقترن بما ينشأ من تبعات سلبية على استغلال الملكية ، والنشاط الممارس بحكم الالتصاق والقرب والمجاورة في السكن.

بعد التطرق للمعنى اللغوي لمضار الجوار في هذا الفرع، يجب تبيان أن هذه المضار يتم تمييزها قانونا و عرفا إلى نمطين من المضار:

- مضار مألوفة بحكم .

- مضار غير مألوفة سنحاول التعرض في العنصر التالي للتعريف الاصطلاحي لمضار الجوار غير المألوفة، من منظور التشريعات المعتمدة.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لمضار الجوار غير المألوفة في التشريعات المقارنة

من خلال استقرائنا لعدد من مضامين التشريعات المقارنة ، وما أسهبت فيه بخصوص العلاقة بين المحل في التواجد والسكن ، وما يقترن بهذا التواجد من مضار بسبب الاستغلال للحق المتصل بالملكية واستعماله، نجد أن عدد من هذه التشريعات وضعت

(1)- جاء في حديث عمر لابنته حفصة أم المؤمنين: "لا يغرنكِ إن كانت جارتك أوضأ" . ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري،ج10**، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.ط.، ص188.

(2) - سورة الرعد، الآية:04.

قيودا على حق المالك في استعمال ملكه، بألا يتجاوز ما يوصف بمضار الجوار المألوفة ، وفي ذات الوقت وضعت قيدا على الجار بأن يتحمل من المالك الأضرار المألوفة، ولأننا ننطلق من هذا التسليم والتمييز بين المضار، فإننا سنفرد الاهتمام بما يسمى مضار الجوار غير المألوفة ، وفي هذا الشأن يمكن إبراز عدد من التعاريف لها وفقا لما يلي:

عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 691 من القانون المدني الجزائري،والتي جاء فيها: " " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق"[1] ، وجاء منظور المشرع المصري لهذه المضار ضمن نص المادة 807 من القانون المدني، وفقا لنفس الصيغة مع اختلاف في بداية المادة[2]، ففي حين استعمل المشرع الجزائري لفظ التعسف، استعمل المشرع المصري لفظ الغلو ، وبالتالي فإننا نرى أن المشرع المصري كان أكثر دقة في استعمال المصطلح الذي يتناسب مع المعنى الذي تحمله المادة، باختياره مصطلح الغلو للتدليل على الشرط الواجب توافره لتحقق مضار الجوار غير المألوفة، فاعتبر أن استعمال المالك لملكه استعمالا عاديا، لا يوجب مسؤوليته إذا أحدث ضررا بالجار ، بل لابد لقيام مسؤوليته أن يكون في هذا الاستعمال غلوا منه، أي مغالاة في استعمال سلطاته، وتجاوزه للحد المألوف.

يتضح من فحوى هذين النصين أنهما تعرضا لما يسمى "مضار الجوار غير المألوفة"، باعتبارها قيدا من القيود التي ترد على حق الملكية العقارية الخاصة، والغاية من هذا القيد حماية الجيران من الضرر الذي يلحقهم من استعمال المالك لحقه، ولقد أوجبا على المالك، ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن مجرد الغلو أو التعسف في استعمال حق الملكية، إلى حد يضر بملك الجار يرتب مسؤولية المالك، وإنما يجب الوقوف على الأضرار التي يترتب عليها قيام مسؤولية المالك، لذلك

(1)- المادة 691، القانون المدني الجزائري.

(2)- المادة 807، القانون المدني المصري.

تأتي الفقرة **02** من هذين النصين لتبين حدود هذا الالتزام، فالمالك لا يسأل أيا كان الضرر، بل يجب أن يتجاوز الضرر الحد المألوف، وهذا ما يستشف من مضمون الفقرة بقولها: **"**ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار، إذا تجاوزت الحد المألوف**"**

إن علة ذلك واضحة ، حيث أن المالك لم يرتكب تقصيرا، كما انه لم يتعسف في استعمال حقه، فهو يبغي تحقيق مصالح جدية ومشروعة، كما أنه التزم- في استعمال حقه- مضمون وحدود هذا الحق، ولذلك لو سئل المالك عن أي ضرر يلحق بسبب استعماله لحقه، لأصبح الملاك في حرج شديد، ولغلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم، إذ لا يأمن الملاك، مهما بلغ حرص كل منهم في استعماله لحقه، من أن يترتب على هذا الاستعمال قدر من الضرر للجيران، ولرفع هذا الحرج يجب أن يتحمل كل منهم قدرا معينا من الأضرار التي يفرضها ، ويمكن التسامح فيها، وهي التي تسمى "مضار الجوار المألوفة"، وقد وصفت- وصفا يساعد القاضي في إعمال المعيار المرن الذي وضع- بالقول:" التي لا يمكن تجنبها"، على ذلك فإن الضرر في تلك المسؤولية، يجب أن يكون على درجة من الجسامة، وهذا على خلاف القواعد العامة، إذ يتعين أن يجاوز مقداره الحد المألوف بين الجيران، فغلو المالك في استعمال حقه الذي يرتب مسؤوليته، ينظر إليه من خلال الضرر الذي يترتب على هذا الاستعمال، بحيث لا يمكن الحكم في مسألة تحقق أو عدم تحقق الغلو أو التعسف، إلا بالنظر إلى الضرر، كما يتضح أيضا أن تقدير ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف، مسألة موضوعية ، يترك التقدير فيها لقاضي الموضوع ، الذي يعتد في تقديره بظروف الحالة المعروضة عليه.

إن مرونة المعيار الذي وضعه كل من التشريع الجزائري والمصري، تمكن من مواجهة مختلف الظروف، ومسايرة التطور، وما يستحدثه التقدم الصناعي في المستقبل من صور جديدة للمضار، وفي بيان الظروف التي يعتد بها القاضي في تحديد الضرر غير المألوف، تم النص على أنه يراعى في ذلك **"** العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها

بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له"[1]، كما عنا التشريعان بالنص على أنه لا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق.

ضمن الإطار ذاته نص المشرع الأردني على فكرة مضار الجوار غير المألوفة في مرتين، إحداهما في المادة1021 من القانون المدني، وهي المادة التي استمدها من المادة 1197 من مجلة الأحكام العدلية، والأخرى في المادة 1027من القانون المدني الأردني ، وقد نصت المادة 1021 على أنه: " للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء، ما لم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا...." [2]

في حين نجد المادة 1027هي نفس مضمون المادتين سالفتي الذكر من التشريعين السابقين، حيث جاء فيها: "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الأخر والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق."

يتبين لنا أن نص المادة 1021من القانون المدني الأردني جاء بصيغة عامة وشاملة ، أقرب ما تكون لفكرة التعسف والمصلحة المبتغاة من وراء التصرف، مع ما يتبع ذلك من ضرر على الآخرين، في حين أن المادة 1027 جاءت مطابقة للنص المصري، في التعبير عن مضار الجوار غير المألوفة باستعمال مصطلح الغلو للوصول إلى توصيفها، ومنع المالك من المغالاة في استعمال ملكه.

بالنسبة للتشريع اللبناني نصت المادة 1197 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبدا، إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشا"، فيما نصت المادة 1200 من المجلة ذاتها، على أنه: " يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان..."، ونصت المادة 1207

---

(1)- جابر محجوب علي، ***حق الملكية في القانون المدني المصري: دراسة نظرية وعملية مقارنة***، دار طيبة للطباعة، الجيزة، 2007. ص 52.

(2)- المادة 1021، القانون المدني الأردني.

منها، على أن" رجلا يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا، فجاء آخر وأحدث عنده بناء، فان كان هذا المحدث متضررا، فعليه دفع الضرر...." [1].

يتبين أن الأحكام التي وردت في هذه النصوص، ما تزال واجبة التطبيق في القانون اللبناني، ولم يتم إلغاؤها ، أو تعديلها من قبل المشرع، فقد وردت في الحالتين السابقتين مسؤولية المالك، إذا تجاوز الحدود الموضوعية لحقه، أو تعسف في استعمال هذا الحق، وهناك حالة ثالثة تناولتها النصوص المذكورة، وفيها يسأل المالك مسؤولية خاصة، إذا غلا في استعمال حقه إلى حد يضر بالجار ضررا فاحشا.

في التشريع الفرنسي فلا وجود لنص يماثل تلك النصوص، إذ أن الأحكام الخاصة بهذه المضار غير المألوفة من عمل واجتهاد القضاء، وليس من صنع المشرع بالرغم من كثرة التطبيقات حول هذا الموضوع.[2]

نستشف من التعاريف السابقة، أن الحياة في المجتمع تستلزم أن يتحمل الفرد بعض المضايقات المألوفة للجوار أي تلك المضايقات أو المضار الخفيفة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عنها، بيد أنه إذا كانت المضار قد بلغت حدا من الخطورة- أي غير مألوفة- فإن الجار لا يكون ملزما بتحملها، وإنما يكون له الحق في تقرير مسؤولية محدثها، ومطالبته بتعويض الأضرار، ذلك أن عدم مألوفية الضرر هو الشرط الأساس لترتيب المسؤولية في بيئة الجوار[3]، إلا أنه قبل التطرق لأحكام تلك المسؤولية ، يثار التساؤل حول شروط تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة، وهو ما نتناوله في الفرع الموالي:

---

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية:" دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري"**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص58.

(2)- شروق عباس فاضل وأسماء صبر علوان، **مضار الجوار غير المألوفة: دراسة تطبيقية**، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، الإصدار(16،17)، الجامعة المستنصرية، 2012.ص113.

(3)- عطا سعد محمد حواس، ***شروط المسؤولية عن أضرار التلوث***، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.ص114.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة

يشترط لتطبيق نظرية مضار الجوار ، توافر شروط معينة، حيث أنه ومن دون توفر هذه الشروط- في غيابها بصفة كلية أو جزئية- يؤدي بنا إلى البحث في جهة أخرى، واللجوء إلى نوع آخر من أنواع المسؤولية لحل النزاع المعروض أمامنا، وإيجاد الصيغة المناسبة لتعويض المتضررين من الأفعال الضارة، التي تسبب فيها فاعلون آخرون متواجدون - أو يمارسون نشاطهم مصدر الضرر- على مقربة من تواجد الأشخاص المضرورين، أي في محيط الجوار الخاص بهم، مع مراعاة طبيعة هذا المحيط[1]، لأن الالتزامات الناتجة عن الجوار، تكون مختلفة في حي صناعي عن تلك التي تقع في حي سكني، ولو تواجد الحيان في نفس المدينة أو الضاحية، والسبب في ذلك يرجع لكون الأضرار التي تحدث في الحي الصناعي تكون مألوفة، وأن التعسف في استعمال حق الجوار يكون مستبعدا إلى حد ما[2]، وبناء على ذلك نتطرق للشروط، التي أجمعت مختلف التشريعات المعتمدة على ضرورة تحققها، لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وسنحاول حصرها في العنصرين التاليين:

أولا:توافر صفة الجار

استوجبت التشريعات المقارنة ضمن نصوص القانون المدني، كالتشريع المصري في المادة807، التشريع الجزائري في المادة 691، التشريع الأردني في المادة 1021، أنه من أجل انعقاد المسؤولية وفقا لقواعد هذه النظرية، توفر صفة الجار في شخص المضرور والمسؤول على حد سواء، وتستمد هذه الصفة من علاقة الجوار التي تربط بين الطرفين، وهذا ما يستفاد من صريح نصوصها والتي جاء فيها: **"** وليس للجار أن يرجع على جاره....**"**، باستثناء المشرع اللبناني الذي استعمل صفة الغير بدل صفة الجار.

---

(1)- محمد حميداني، ***الجزاءات المدنية ودورها في حماية البيئة***، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة باجي مختار، عنابة، ديسمبر2013. ص 92.

(2)-jean Hétu, ***l'allocation de la théorie des trouble de voisinage au droit de l'environnement du québec***, Mcgrill Law journal, 1977 ,p 283.

من خلال محتوى هذه العبارة يتبين لنا أن مختلف هذه التشريعات السابقة اشترطت صفة الجار بالنسبة لطالب التعويض، وكذا المتسبب في الضرر، وهذا على حد سواء، وبالتالي صرنا نتحدث هنا ، ليس فقط عن صفة الجار، بل تعدينا ذلك إلى الحديث عن علاقة الجوار، وهو تعبير أشمل، له ارتباط وثيق بالحدود المكانية والزمانية، ويعني به احتلال الفضاءات المتجاورة من جانب الأفراد، خلال زمن معين، وما يترتب عنه من حقوق وواجبات محددة للمتجاورين بعضهم البعض[1].

يمثل الجوار أيضا " وجود علاقة بين الأشخاص، مبنية على معيار تواجدهم على نفس الحيز المكاني، ولهم علاقات متأصلة في المجتمع، مما ينتج عنها مجموعة من الحقوق والواجبات، مبنية من حيث المبدأ على المسؤولية التقصيرية، وذلك لسبب بسيط هو أن الجيران في العادة، لا يرتبطون ببعضهم البعض، من خلال اتفاقيات أو عقود لتنظيم هذه العلاقات.[2]

في هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية، والفقه والقضاء من ورائها- وقررت في كافة أحكامها التي تخص مادة اضطرابات الجوار، وجوب توافر تلك الصفة من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار غير العادية[3].

إن السؤال المطروح: من هو الجار الذي يمكن أن يستفيد من تطبيق قواعد هذه النظرية؟

لقد تم أخذ تعريف الجار بمعنيين أحدهما: ضيق والآخر واسع، فأما التعريف الضيق، فقد قرن مفهوم الجار بالالتصاق، فعرف الجوار بأنه:" التلاصق بين عقارين أيا كانت المسافة التي يتحقق فيها الالتصاق"، وحسب هذا التعريف، يمكننا القول بأن: الجوار يتحقق بتلاصق عقارين، وبالتالي فغياب التلاصق يعني انعدام الجوار، ولم يحدد الفقه والقضاء مسافة أو

(1) - Kerkorian Grégory, ***les trouble de voisinage occasionnes par la construction***, mémoire pour l'obtention du D.E.A immobilier public et privé, université de droit d'économie et des science d'Aix, Marseille, septembre, 2004, p17.

(2)- Elise charpentière benoit Moore, **Responsabilité civile et rapports de voisinage**, *éditions Thémis,*2009, p 01.

(3) - Cass, 3 civ, 26 janv.Gaz pal, 1993, p 227.

حدا معينا للتلاصق، للقول بتحقق الجوار، وهو الرأي الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية، فقضت بأن التلاصق-أيا كانت المسافة التي يتم فيها -فإن هناك جوارا.[1]

لكن هذا التعريف منتقد،وذلك لأن الجيرة لا تقتصر على التلاصق فقط، بل يدخل في مضمونها التقارب بين الأماكن أيضا[2]، وبالإضافة إلى التوسع في مفهوم الجار من حيث المكان، يجب أيضا أن نتوسع في مفهومه من حيث الأشخاص، ولا نضيق من نطاق المسؤولية عن مضار الجوار، ونحصرها في المسؤولية التي تقوم بين ملاك العقارات، دون غيرهم من أصحاب الحقوق الأخرى، كأصحاب حق السكن وحق الانتفاع والاستغلال[3].

من جهة أخرى لو عدنا إلى نصوص المواد المتعلقة بمضار الجوار، لوجدنا أنها تناولت الجار بلفظ العموم، وبالتالي لم تحدد إن كان ملاصقا، أم لا، كما أنها لم تحدد أيضا إن كان الجار مالكا أو مستأجرا أو مجرد شاغل، فمدلول الجوار لم يعد محصورا في علاقة المالكين فقط ، بل تعداه إلى المستأجرين والشاغلين على اختلاف صفاتهم، بمعنى حتى ولو كانوا أقاربا أو أصدقاء أو ضيوفا زائرين، على أن يبقى مالك العقار المسؤول الأول عن تخصيص عقاره للمنفعة العامة والخاصة، وبالتالي فإن صفة المالك لا تعد نشاطا جوهريا لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة[4]، في حين أن كلا من التشريع الجزائري والمصري والأردني أكد على صفة المالك، حيث ورد في نصوصها السالفة عبارة: "يجب على المالك...."، على خلاف التشريع اللبناني الذي تناول المسألة بصفة العموم، وفي رأينا أن كلا من التشريع المصري والجزائري والأردني، لم يوفق حين اشترط صفة المالك لقيام المسؤولية عن مضار الجوار، لأننا إذا سلمنا بهذا الطرح، فإنه يترتب على ذلك انتفاء مسؤولية مستأجر العقار أو شاغله، عما يحدثه من أضرار بجاره، أما بالنسبة للمشرع

---

(1) - فريد عبد المعز فرج، **" التزامات الجوار في القانون المدني: دراسة مقارنة"**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، العدد السادس عشر، الجزء الثاني، 2001، ص 183.

(2) - مروان كساب، **المسؤولية عن مضار الجوار**، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، بيروت، 1998، ص 40.

(3) - أبو زيد عبد الباقي، **"تحديد الأساس القانوني عن مضار الجوار غير المألوفة"**، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد الثاني، 1983، ص 100.

(4) - سليمي الهادي، شهيدة قادة، **أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري**، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، المجلد السابع، العدد الثاني، 2014، ص 03.

الفرنسي، فإننا نجده وسع في صفة الجار ، حيث لم يقصر الأمر على المالك فقط، كما ذهبت إلى ذلك التشريعات السالفة، إذ خول حتى لمستأجر العقار أن يرفع دعوى ضد صاحب المشروع أو المقاول عن مضار الجوار غير المألوفة التي قد يتسببان بها، على اعتبار أنه في فترة تنفيذ الأعمال ، يعتبران بمثابة الجيران الظرفيين. [1]

إذا مهما اختلفت صفة الجار، فهذا لا يمنع من قيام المسؤولية، ولكن ذلك يطرح مشكلا يتعلق بمسألة تحديد الشخص الذي ترفع عليه دعوى التعويض عن هذه المضار[2]، خاصة وأن الفقه والقضاء المعاصرين توسعا في مفهوم الجار بسبب هذه المسؤولية، بحيث لم يعد هذا المفهوم قاصرا على التصور الضيق لفكرة الجوار، الذي يقتصر على الملكيات المتجاورة، بل تجاوز ذلك وتوسع في مفهوم الجوار، بحيث يشمل الأضرار التي تلحق بالسكان الموجودين في الحي أو المنطقة.

إن من مظاهر التوسع في هذه النظرية، ما قبلت به محكمة النقض الفرنسية في 30جوان 1998، بشأن مسؤولية مقاول يتولى إنشاء مدرسة ثانوية عن الأضرار التي لحقت بعقار مجاور، لمصلحة مستأجر هذا العقار الأخير، وأسست دعوى التعويض عن الاضطرابات غير المألوفة للجوار[3]، وهذا ما قضى به كذلك القضاء الجزائري في هذا الشأن حيث قضت المحكمة العليا في القرار رقم 443620 الصادر بتاريخ 2008/03/12 أنه: **"** حيث يستخلص من ملف الدعوى وسندات الملف، أن الدعوى ترمي إلى إزالة منشآت فلاحية، أقيمت في منطقة سكنية ، وأحدثت أضرار بيئية في المحيط، وهذا الفعل أدى إلى وجود مضار الجوار غير المألوفة....**"**[4]**.**

---

(1)-Gilles Godfrin, **trouble de voisinage et responsabilité environnemental** , responsabilité environnement,n54,avril,2009,p17.

(2)-L'article 18, loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, Relative a la prévention délinquance **: expulsion et troubles du voisinage.** JORF n°0056 du 7 mars 2007 page 4297.

(3)- Cour de Cassation, Chambre civile 03, Audience publique du 30 juin 1998,N° de pourvoi 96-13039.

(4) - القرار رقم 443620 الصادر بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2008، ص ص257-259.

استنادا لما تم توضيحه، فإن تعريف الجار -حسب رأينا- هو كل من يسكن المنطقة، وتصل إليه الإضرار بنفس الحدة التي انطلقت بها من المصدر، ولم تضعف أو تتغير حدتها، فيعد ساكنا في محيط الجوار ، ويمكن له أن يعتد بهذه النظرية، ولا يمكن أن نأخذ صفة الجار بالمفهوم الضيق، لأن العقار الملتصق، قد لا تصيبه أضرار في حين أن باقي العقارات هي التي تكون متضررة، وخير مثال على ذلك أننا نجد الأضرار في التلوث الكهرومغناطيسي ، لا تصيب العقار الملاصق بل تصيب غيره، على اعتبار أن الأمواج الكهرومغناطيسية، تنتشر بشكل أفقي وليس عمودي، ولا يبدأ تأثير الأمواج إلا بعد أن تتجاوز مسافة معينة من المصدر، وزيادة على ذلك فان المستفيدين من نظرية مضار الجوار بالمفهوم الضيق قلة، وذلك مقارنة مع المتضررين من النشاط المؤذي.

في رأينا أيضا، أن نصوص التشريعات سالفة الذكر، المتعلقة بمضار الجوار، قد وضعت في وقت كانت هذه النصوص قادرة على تغطية هذا النوع من الإضرار- وذلك لبساطتها- ولكنها اليوم، ومع التقدم التكنولوجي لم تعد مواكبة، وكافية لتعويض هذه الأضرار.

ثانيا:تجاوز الأضرار أعباء الجوار المعروفة أو أن يكون الضرر غير مألوف.

لكي تنعقد مسؤولية الجار وفقا لنظرية مضار الجوار، لا بد أن تشكل أضرار موصوفة بكونها أضرارا غير مألوفة، أو أضرارا غير عادية أو أضرارا فاحشة، وهي مصطلحات مترادفة المعنى، تستخدم للدلالة على مقدار الضرر المطلوب لإعمال النظرية، ولقد وصفت نصوص التشريعات سالفة الذكر هذه الأضرار بقولها: **"**التي لا يمكن تجنبها**"**، وحاول الفقه وضع تعريف للضرر غير المألوف، فتم تعريفه على أنه:" الضرر الذي لم يعتد الناس أو يتآلف على وجوده**"**[1].

كما عرف الضرر غير المألوف أيضا، بأنه:الضرر الذي يجاوز الحد المتعارف عليه بين الجيران، بحسب طبيعة الحي الذي وقع فيه، وما جرى عليه العرف[2].

---

(1) - محمد الشريف المطيري، **المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين** ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، 2007، ص 180.

(2) - محمد محي الدين إبراهيم سليم، **" الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض: دراسة مقارنة في إطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة"**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، العدد السادس، السنة الثالثة، أفريل، 1994، ص 324.

إن القول بمدى مألوفية الضرر مسألة من مسائل الواقع، التي يعود الفصل فيها لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها، لكن القاضي في تقديره لهذه المسألة مطالب بالعودة إلى العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين، والغرض الذي خصصت له، وفي حالة عدم قيامه بذلك ، يكون قد خرق القانون ، ويعرض حكمه للنقض ، لأنه من هذه الناحية خاضع لرقابة المحكمة العليا ، وترك الأمر في يد القاضي يدل على مرونة المعيار، الذي وضعته التشريعات سالفة الذكر في مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطورات، وما يستحدثه التقدم الصناعي والتكنولوجي من صور جديدة للمضار، ولا يختلف الأمر سواء كان الضرر ماديا أو معنويا[1]، فالضرر المادي قد يصيب الجار في جسمه، كأن يصاب المضرور بمرض معين، نتيجة استنشاقه غازات ضارة آو أدخنة سامة، وقد يبلغ الضرر حدا بعيدا قد يصل إلى الموت، كما قد يصيب الضرر الجار في عقاره أو محتوياته، كتصدع جدران منزله أو تلوثه، كما قد يمتد الضرر المادي إلى حرمان الجار من الانتفاع بملكه، ويعد هذا الضرر البارز بين أنواع الأضرار في بيئة الجوار، هذا عن الضرر المادي، كما قد يكون الضرر معنويا يصيب الشخص في غير ماله، كالكرامة والشعور والراحة النفسية[2].

أوجبت التشريعات المقارنة سالفة الذكر على المالك ألا يتعسف في استعمال ملكه إلى حد يضر بملك الجار، حيث لا يسأل المالك عن أي ضرر، طالما أن الضرر لا يتجاوز الحد المألوف، ذلك انه لو سئل المالك عن أي ضرر يلحقه بجاره بسبب استعمال حقه في الملكية، لأصبح الملاك في حرج شديد، وهذا يقتضي أن يتحمل الملاك المتجاورون على سبيل التبادل، ما ينجم عن هذا الاستعمال من مضايقات أو أضرار، مادام أنها من قبيل الأضرار العادية المألوفة، أي المضار التي لا يمكن تجنبها، أما إذا جاوزت تلك الحدود، انقلبت إلى مضار غير مألوفة، أي مضار تجاوز الحد المألوف، وهذا ما كرسه مثلا الاجتهاد القضائي الفرنسي، وكذا الجزائري[3].

---

(1) - زرارة عواطف، **التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري**، الجزائر، دار هومة، 2009. ص 76.

(2) - المرجع نفسه، ص 77.

(3)- Jean-Marc Jacob, **Quand le bruit devient un inconvénient anormal de voisinage**, panorama de jurisprudence civils, n0 105, 2004, p p 12،13.

إن الأضرار التي تحدث نتيجة لتصرف عاد من جانب الجار، لا تشكل أعباء غير عادية، إلا إذا توافرت فيها خصائص معينة، بعكس الحال بالنسبة للأضرار الناتجة عن سلوك غير عاد، حيث تعد بطريق الحتم واللزوم أضرارا غير عادية منذ بدايتها ، وبالتالي تستوجب مسؤولية المالك عنها، لأنها أضرار لا يمكن بأي حال من الأحوال تحملها من الجار، لإلحاقها ضررا فاحشا به[1].

وضع المشرع الأردني ضمن نص المادة 1024 من القانون المدني الأردني، ومجلة الأحكام العدلية ضمن نص المادة 1199 مؤشرا تشريعيا لاعتبار الضرر فاحشا، بالقول على أن الضرر الفاحش:هو ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه، أو يمنع الحوائج الأصلية ، أي المنافع المقصودة من البناء.[2]

وجاء في نص مجلة الأحكام العدلية أن: **"** كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكن، أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه**"**. [3]

تختلف الحوائج الأصلية التي ذكرها التعريف باختلاف طبيعة العقارات، ففي العقارات السكنية، يعتبر ضررا فاحشا الصخب أثناء الليل، والروائح الكريهة التي تعكر الهواء النقي الذي تستلزمه السكنى، وإلقاء القمامة في باب الجار، حتى لا يطيق الإقامة في مسكنه، والأعمال الضارة بالبناء، كأن يتخذ الجار من داره حدادا أو طاحونة، ومن طرق الحديد ودوران الطاحونة ، يحصل وهن البناء[4].

تكمن الصعوبة في جميع الأحوال في تحديد النقطة التي يمكن من بعدها القول، بتحول الأضرار من نطاق المألوفية إلى عدم المألوفية، ويرى بعض الفقه أن التفرقة بين

- ملف رقم 410719 قرار بتاريخ 2007/09/12 صادر عن الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، قسم الوثائق، 2010، ص ص 353-355.

(1) - زهدي يكن، **شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة**، ط03، ج01، بيروت .د س ط. ص 261.

(2)- المادة 1024، القانون المدني الأردني.

(3)-علي حيدر، **درر الأحكام: شرح مجلة الأحكام**، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.ص22.

(4)- عبد الناصر زياد هياجنة، ***القانون البيئي***، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط01، 2012، ص227.

المضار المألوفة والمضار غير المألوفة هي مسالة نسبية[1]، فكما اشرنا سابقا بأنها مسألة وقائع يترك فيها التقدير لقاضي الموضوع، ومع ذلك توجد العديد من الاعتبارات التي على ضوئها ، تبدأ عملية التحول من نطاق المألوفية إلى نطاق عدم المألوفية، ومن أهم هذه الاعتبارات:

- أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة، أي أن يتجاوز أهمية وخطورة معينة ، فلا يوجد من يستطيع تحمل أضرار تكون جسيمة وخطيرة، إلا أنه ليس هناك رقم معين، تتشكل منه ابتداء أعباء غير عادية، بل أن المسألة موضوعية يترك الفصل فيها لقاضي الموضوع.

- تعتبر أيضا استمرارية الضرر من الاعتبارات التي يسوقها الفقه، فاضطرابات الجوار لا يمكن أن تكون ظاهرة وحيدة عابرة أو استثنائية أو طارئة، بل يلزم أن تأخذ طابع الاستمرار في الضرر، وبالتالي فإن الأصوات الطارئة أو الروائح الوقتية أو الأدخنة الاستثنائية، الناتجة عن عمليات الاحتراق البسيط ، لا يمكن أن تكون على نحو ملائم للكلام على أنها من الأعباء غير العادية[2]، ولكن وبسبب العديد من الملوثات الحالية في ظل التطور التكنولوجي، فإننا نعتقد خلاف ذلك، كونها ملوثات لا تحتاج إلى أن تسبب الضرر بمرور الوقت، حيث أنها ذات آثار فورية، لذا نرى انه يجب التمييز بين طبيعة هذه الملوثات، فما كان احتمال تحقيقه للضرر بصورة فورية اكبر ، فإنه لا ينظر إلى اعتبار استمرار الضرر، وان كان خلاف ذلك فلا باس من الأخذ بها، فالمسألة الآن ليست غبارا أو أتربة أو أدخنة، بل مواد ذات تأثير سرطاني، وليس لها حدود معروفة، إضافة إلى عدد من النفايات الخطيرة الأخرى.[3]

يضاف إلى هذا المعطى الجديد أن هذا التقدير "الاستمرار في الضرر" أصبح يفند باعتبارات الزمان والمكان، فما كان يعتبر ضررا مألوفا في زمن معين، قد يصبح ضررا

---

(1) - عبد المنعم البدراوي، **الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، " أسباب كسبها"**، الطبعة الثانية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1968، ص23.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 68.

(3) - فيصل زكي عبد الواحد، **" أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها"**، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق بجامعة عين شمس، 1998، ص203.

غير مألوف في زمن آخر، وما يعتبر ضررا مألوفا في الريف، قد لا يكون كذلك في المدن، والضرر الذي يصيب الجار من الدخان أو الروائح الكريهة، التي تنبعث من مصنع يكون مألوفا في حي صناعي، ولا يكون مألوفا في حي للسكن[1].

نحن من جانبنا نرى أن الضرر يكون مألوفا أو غير مألوف، بحسب النتائج التي يرتبها - متعارفا عليها مسبقا أم لا- فإذا كان المصنع مثلا يصدر موادا تنتشر في الهواء لا يحس بها الناس، ولكنها تؤدي إلى ظهور مرض معين يصيب مجموعة منهم، فلا يجب أن تنتظر حتى يصيب المرض كل المجموعة، من أجل أن نقول أن الضرر غير مألوف، كما أن الإنسان الذي يسكن في المدينة من ناحية مناعته للأخطار والسموم، هو في الأصل نفسه الذي يسكن في الريف، وبالتالي التلوث الذي قد يؤثر على الجسم، له نفس المفعول لأي شخص، بغض النظر عن مكان تواجده في الريف أو في المدينة، كما أن مقدار التلوث -وان اختلف حجمه كما هو في التلوث الضوضائي- موجود ويشكل ضررا غير مألوف، لأن الأصل في بيئة الجوار أنها خالية من هذا النوع من التلوث، وأن الإنسان هو الذي استحدثه، وبالتالي تقع على عاتقه مسألة إزالة آثاره.

من بين المشاكل التي يثيرها الضرر غير المألوف أسبقية وجوده على وجود الجيرة، مثلا: لو أن شخصا قام ببناء منزله في منطقة يتواجد فيها مصنع لصناعة الأسمدة من فترة زمنية طويلة، فهل يحق لهذا الشخص أن يطلب التعويض عن الأضرار التي يسببها له المصنع، بالاعتماد على تطبيقات نظرية مضار الجوار غير المألوفة؟.

هذا الأمر معروف لدى الفقه بما يطلق عليه بأثر أسبقية الاستعمال الضار، حيث أثار الفقه مسألة أسبقية استغلال العقار أو المنشأة التي نشأ عنها الضرر في قيام مسؤولية المالك أو المستغل، فإذا بادر مالك قطعة أرضية ببناء ورشة أو مصنع أو حتى مدرسة على هذه القطعة، ثم جاء من بعده جاره مالك القطعة الأرضية المجاورة ، وقام ببناء سكن أو مستشفى، فهل يحق لهذا الأخير أن يشكو من المضار المترتبة على وجود المصنع أو المدرسة ، والتي تعد مضارا غير مألوفة، على الرغم من أنه قد شيد أو تملك منزله في تاريخ لاحق لوجود الاستعمال الذي يسبب هذا الضرر؟

(1) - فريد عبد المعز فرج، مرجع سابق، ص104.

في هذا الإطار ذهب رأي فقهي إلى أن هذه الأسبقية تجعل المالك غير مسؤول عما يحدث للملاك الطارئين من أضرار، نشأت عن استغلاله لملكه على وجه خاص، لأن الجار الجديد يكون قد ارتضى بالأضرار الناتجة عن الجوار ضمنيا، مما ينتج عنه أن الأسبقية في التملك أو الاستعمال تعفي من المسؤولية[1]، ولكن هذا الرأي، وبهذه الصورة المطلقة يعد غير مقبول في الفقه، إذ يؤدي إلى تمكن المالك الذي يبدأ أولا في استغلال ملكه على نحو خاص، من فرض إرادته على الملاك المجاورين، بإجبارهم على استغلال أملاكهم في نوع معين من الاستغلال، يتلاءم مع الاستغلال الذي اختاره هو، وإلا تحملوا الأضرار غير المألوفة دون أن يكون لهم الحق في طلب التعويض، ولذا فالرأي السائد في الفقه والقضاء، أن الأسبقية في تخصيص العقار التي تسمح بافتراض قبول مضار معينة، هي الأسبقية الجماعية، والتي يقصد بها أن يقوم عدد كبير من الملاك باستغلال ملكيتهم بطريقة واحدة، تعطي طابعا معينا للمكان ، فيصير معظمه مثلا مدينة للحرفيين، ثم يأتي بعد ذلك من يتخذ له مسكنا في هذه المدينة، هنا لا يستطيع هذا الأخير أن يتذمر من الضوضاء أو الملوثات التي تنبعث من الأنظمة الحرفية، والحقيقة أننا هنا نعود إلى تطبيق المعيار الموضوعي للضرر غير المألوف، لأن المدينة إذا صارت في غالبيتها مصانع وورشا، فان طبيعة العقارات والغرض الذي خصصت له، هو الذي يجعل من مضارها مضارا مألوفة بالنسبة لهذا المكان، حسب الضوابط التي نصت عليها نصوص التشريعات السابقة.[2]

خلاصة القول أنه إذا ترتب على تصرف المالك ضرر غير مألوف لجاره، يلزم بتعويض هذا الضرر، وفي المطلب الموالي سنتطرق لمسؤولية المالك عن الأضرار غير المألوفة.

(1)- زكي زكي زيدان، **"الضرر الذي يوجب المسؤولية عن مضار الجوار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،"**مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، ع41 ، أفريل، 2007، ص 474.

(2)- سعيد جبر، **حق الملكية**، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، 2001، ص 377.

المطلب الثاني

مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

يتصرف المالك في حدود ملكه، وضمن السلطات التي يخولها له هذا الحق، وهذه حقيقة مسلم بها، ولكن إذا ترتب على تصرفه هذا ضرر غير مألوف لجاره، قامت مسؤوليته عن ذلك،وألزم بالتعويض، ولا تتحقق المسؤولية إلا بتحقق مضار الجوار التي سبق شرحها، إذ يجب أن يكون هذا الضرر على قدر من الجسامة والخطورة بحيث يتجاوز من حيث شدته واستمراريته ما يسود في الحي من أعباء حتى تضفى عليه صفة الأضرار غير المألوفة[1]، ويقصد بالمسؤولية عموما أن يتحمل الشخص عمله، عندما يخرج عن قواعد سلوك معين، وعند مخالفة قواعد تضعها السلطة التشريعية، أو التنظيمية في دولة ما، ويترتب على مخالفتها مسؤولية قانونية[2].

الواقع أن فرض شرط الضرر غير المألوف في نطاق العلاقات الجوارية، هو أمر تفرضه الموازنة بين حق المالك في استعمال ملكه، وبين حق جيرانه في عدم الإضرار بهم جراء هذا الاستعمال، إذ ليس من المقبول منع المالك من كل استعمال، يترتب عليه ضرر بجاره لا يمكن تجنبه، وليس من المقبول أيضا تحمل الجار كل الأضرار الناجمة عن هذا الاستعمال، فالعدالة تقتضي التمييز بين ما هو مألوف، وما هو غير مألوف بين الجيران، وبالتالي تحميل المالك مسؤولية الأضرار غير المألوفة وحدها ، في حين تقوم مسؤولية المالك أساسا على تعسفه في استعمال ملكه، إلى حد الإضرار بغيره ضررا غير مألوف[3]، ويستند القاضي ويسترشد في تقدير الضرر إلى عدة اعتبارات، يقدر من خلالها مقدار الضرر، ومقدار التعويض اللازم لدرء ذلك الضرر، وكذا كيفية دفع ذلك التعويض، وهذا ما سيتم تناوله ضمن هذا المطلب المقسم،إلى ثلاثة فروع كما يلي:

---

(1)- Ahmed Ibrahim Alhiari, **La responsabilité pour trouble anormal de voisinage: étude comparé entre droit civil jordanien et le droit civil français**, Européen journal of social sciences. Volume 16 n 4, 2010,p517.

(2)- دربال عبد الرزاق، ***الوجيز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام***، دار العلوم، عنابة، 2004. ص76.

(3)- عدنان السرحان ، **شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص359.

الفرع الأول

تقدير الأضرار غير المألوفة

إن تحديد ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف مسألة موضوعية، يترك التقدير فيها لقاضي الموضوع، حيث ينظر القاضي في ظروف الحالة، وبذلك تتيح مرونة هذا المعيار - كما اشرنا سابقا- في مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور، وما يستحدثه التقدم الصناعي من صور جديدة للمضار، فالضرر غير المألوف كما سبق الذكر، هو الذي يزيد عن الحد المعهود، فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار، فإذا زاد الضرر عن هذا الحد ، كان الضرر غير مألوف، ووجب التعويض عنه[1].

إن كون المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار تأخذ طابعا خاصا، فإنه في هذا الصدد هناك ظروفا معينة، قد تؤثر بشكل أو بأخر في تقدير الضرر غير المألوف أو الفاحش، أي في قيام المسؤولية من عدمها[2]، وفي تبيان الظروف التي يعتد بها القاضي في تحديد الضرر غير المألوف، قضى التشريع المصري في المادة 807، والتشريع الجزائري في المادة691، التشريع الأردني في المادة01/1027 على أنه: " يراعي القاضي في تقدير الضرر: العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له"[3]، هذا ما أخذ به الاجتهاد القضائي الجزائري حيث أقر أنه : يدخل في تحديد مضار الجوار ومدى تجاوزها الحد المألوف في اختصاص قضاة الموضوع ...، وحيث أن المادة 709 من القانون المدني حددت للمالك شروط استعمال حق المطل ، حتى لا يضر بعقار جاره، غير أن تحديد المضار ومدى تجاوزها للحد المألوف يعود لقضاة الموضوع ، الذين يراعون العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين، وبالتالي ، ليس

---

(1) -Benoit Moore, **la théorie des sources des obligation éclatement d'une classification** ,Paris, R.j.t.2002.P21.

(2) - أشرف جابر سيد، **المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة**، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 19، (ديسمبر) 2008، ص26.

(3) - المواد:691 مدني جزائري،807 مدني مصري، 1027 مدني أردني.

للمحكمة العليا أية مراقبة على هذه الوقائع، ومن ثمة فإن هذا الطعن جاء غير مؤسس ، يتعين رفضه." [1]

يلاحظ هنا أن المشرع اللبناني لم يشر إلى الضوابط التي يسترشد بها القاضي في حالة تحديده درجة مألوفية الضرر، وإنما اكتفى بالنص ضمن نصوصه القانونية على مسؤولية محدث الضرر الفاحش.

إن الحكم على الضرر من كونه مألوفا أو غير مألوف، مسألة تتوقف على الظروف الخاصة بكل حالة، بمعنى أن ضررا معينا قد يكون مألوفا في ظروف معينة، ولكنه غير مألوف في ظروف أخرى، فالمضايقات التي تنتج من دخان المصانع، قد تكون ضررا مألوفا في حي مخصص للمصانع ، ولكنها لا تعد كذلك في حي سكني، والملاحظ أن التشريعات سالفة الذكر، اعتدت بظروف موضوعية تتعلق بالعقار نفسه، أو باستعماله في الصور المعتادة، لا بالظروف الشخصية للجار، وحددت ضمن مختلف النصوص القانونية، الاعتبارات التي يعتد بها القاضي للتعرف على طبيعة المضار وتحديدها، وهذه الأخيرة وردت على سبيل المثال لا الحصر، فإنه يجوز بالتالي للقاضي أن يراعي أي اعتبارات أخرى لم تذكر في النص القانوني[2].

فإذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع، وكان المضرور شخصا مريضا، أو ضعيف الأعصاب يلحقه ضرر جسيم جراء ذلك الضرر، فلا مسؤولية على المالك، إذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عنها إلا ضرر مألوف لشخص عاد[3].

بناءا على ما تم التوصل إليه بشأن الضرر غير المألوف، نتطرق فيما يلي إلى الاعتبارات التي اعتمدتها التشريعات سالفة الذكر في تقدير الضرر غير المألوف:

أولا: العرف:

يلعب العرف دورا هاما في مسألة تحديد الأضرار، فكما سبق الذكر، فان معيار الضرر غير المألوف يعد معيارا مرنا، لذا كان من الطبيعي أن تستعين التشريعات سابقة

(1) -القرار 506916 المؤرخ في 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، ج03،2010، ص349.

(2)- وائل محمد شحاتة الخطيب، **القيود الواردة على حق الملكية على ضوء أحكام محكمة النقض**، دار الألفي لتوزيع الكتب، المينا، 2003، ص 16.

(3)- مصطفى محمد الجمال، **نظام الملكية**، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000 ، ص208.

الذكر بالعرف مع غيره من الظروف، لبيان كيفية إعمال هذا المعيار المرن، حيث يمكن تحديد الضرر وتقديره، بالنظر إلى عرف الجهة التي توجد فيها العقارات المتجاورة، فهناك أعراف عامة التطبيق في أي مجتمع، كما أن كل حي سكني له أعراف تعود عليها سكانه[1]، كأن يخرج المالك من منزله في وقت مبكر، أو يرجع في وقت متأخر، فيحدث حركة بسيارته، أو الضجة في مناسبات الأفراح والحفلات، وهي كلها مضار مألوفة لا يمكن تجنبها، كما لا يمكن للجيران أن يرجعوا بشيء على المالك ، بل عليهم تحملها، أما إذا استمر ضجيج الحفلات مثلا لمدة أو توقيت لا يقرهما العرف، يمكن للمتضرر طلب إيقاف الإزعاج[2]، كما يدخل أيضا في اعتبار العرف ظروف المكان، فما يعتبر ضررا مألوفا في الريف، قد يعتبر ضررا غير مألوف في المدن.

من هنا كان للعرف دورا جوهريا في تحديد مفهوم الأضرار، فما يعد مألوفا في مكان ما، قد لا يعد كذلك في مكان آخر، وما يعد مألوفا في زمان ما ، قد لا يعد كذلك في غيره، والجوار يقتضي أن تقوم العلاقة بين الجيران على أساس التسامح في بعض الأضرار، التي تعد نتيجة طبيعية لحالة الجوار، وفي هذا الصدد جرت العادة على تحمل الجيران ، ما لا يتحملونه في الأوقات الأخرى، فمثلا في الأعياد والمواسم والأفراح -حيث يكثر الصخب وتشتد الحركة- فإن ذلك يعد مألوفا لا يمكن تجنبه، وعلى الجيران أن يتحملوه دون الرجوع على جيرانهم، أما لو زادت هذه المضار عن الحد المألوف - كما لو استمرت الأفراح لعدة ليالي متصلة- قامت مسؤولية الجار تجاه جاره.

ثانيا: طبيعة العقارات:

لطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر غير المألوف، فإذا كان العقار محلا عاما أو فندقا، تحمل من الضوضاء أكثر مما يتحمله مسكن هادئ، كما أن ما يعد ضررا غير مألوف في العقارات المخصصة للسكن أو المستشفى أو المدرسة، قد لا يعد كذلك بالنسبة لصاحب المقهى أو المصنع.[3]

---

(1)- عواطف زرارة ، مرجع سابق، ص89.

(2)- وليد نجيب القسوس، **إدارة وإزالة المال الشائع: دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1995، ص 51.

(3)- عبد الناصر توفيق العطار، **شرح أحكام حق الملكية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص55

تجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحديد طبيعة العقار، مرتبطة بطبيعة الحي الذي يتواجد فيه أي الطابع العام له، والذي تحدده قاعدة التهيئة والعمران، المحددة سلفا لطبيعة الحي، حيث يتم تصنيفه إلى حي صناعي أو تجاري أو سكني، ومن ثم يمكن الاحتجاج بذلك على الغير إيجابا أو سلبا، وبذلك ينبغي على القاضي- وهو بصدد تقدير الضرر- النظر إلى الصيغة العامة التي يتحلى بها الحي أو المنطقة، لأن الضرر محل التقدير، لا يكون على درجة واحدة، وإنما يتفاوت من حالة إلى أخرى، حسب نوع العقار، وطبقا لذلك أن ما ينجم عن الضوضاء التي يحدثها مالك الأرض القضاء، تعتبر ضررا عاديا لما يجاورها من الأراضي الفضاء، وضررا غير مألوف لما يجاورها من المباني السكنية. [1]

ثالثا: موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر:

إن تلاصق العقارات يقتضي تحمل الجيران لبعض الأصوات، التي تستلزمها ظروف الاستعمال الطبيعي للعين، كخطوات السير أو تشغيل آلات الطهي أو روائح الأطعمة...، أما إذا وصل الأمر إلى حدود ضجيج في أوقات الليل المتأخرة - مما يزعج الجار في نومه - فان ذلك يعتبر ضررا غير مألوف، خاصة إذا كان مصدر هذه الأصوات لا يتعلق بأغراض السكن، كتشغيل آلات موسيقية أثناء الليل[2]، كما يختلف الأمر بين صاحب العلو والسفل، إذ يجب على صاحب السفل بحكم موقع عقاره أن يتحمل من العلو، مالا يتحمله العلو من السفل[3]، فإذا وجدت مثل هذه العلاقة، والتي يتعلق حق أحدهما بالآخر، يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفا ضارا لجاره، فليس لصاحب العلو أن يحدث بناء في علوه أو يضع جذوعا أو يفتح بابا يضر بالسفل. [4]

بالتالي يعد موقع العقارات من الظروف المهمة التي تساعد القاضي في تحديد الضرر غير المألوف، وجدير بالذكر أن الأضرار غير المألوفة- إذا كانت تنشأ بداهة نتيجة التلاصق بين

---

(1)- حوراء عزيز جبير الموسوي، **"ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار:دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"**، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول،2012، ص07.

(2)- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، **الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها)**، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004، ص 28.

(3)- أحمد سلامة، **الملكية الفردية في القانون المصري**، الطبعة الأولى، القاهرة، 1970، ص ص120،119.

(4)- حوراء عزيز جبير الموسوي، مرجع سابق، ص08.

عقارين- إلا أنها قد تتوافر رغم التباعد النسبي بين عقار الجار المتضرر والعقار مصدر الضرر، فقد يتضرر الجار المقيم بعيدا عن مصنع ، من الأدخنة المتصاعدة منه والمنقولة بفعل الرياح، بنفس الضرر الذي يصيب الجار المقيم قريبا من ذلك المصنع.

صفوة القول أنه يتعين الأخذ في الاعتبار موقع عقار الجار المتضرر، بغض النظر عن مكان ونوعية الأنشطة الضارة.

رابعا:الغرض الذي خصص له العقار:

إن العقار الذي خصص للسكن الهادئ غير العقار الذي خصص لأغراض تجارية كالمحل والمصنع، حيث تقتضي دوام الحركة والضجة، وينظر هنا إلى مجموع العقارات، لا إلى كل عقار على حدى، أي إلى الطابع العام للحي بأكمله[1].

إذا كانت هذه الاعتبارات أقرتها التشريعات المقارنة سالفة الذكر، فقد أكدتها بعض التطبيقات القضائية، فقد قضت المحاكم الأردنية بأنه: " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه، إلى حد الضرر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار، إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له، عملا بالمادة 1027، وعلى المحكمة أن تتثبت من العرف الجاري في المدينة الموجود بها العقار موضوع الدعوى، إذا كان الضرر الموصوف بتقرير الكشف، ضررا مألوفا بالمعنى المقصود في المادة 1027 من عدمه".[2]

وفي فرنسا ظهر تطبيق لهذا التوجه من خلال عدد من الأمثلة ، كان من أبرزها ما عاناه السكان المالكون من المضار الكبيرة، بعد تشييد مطار **نيس** من أصوات الطيران، وهي أصوات تجاوزت كثيرا الحد المألوف، وقد تحصلوا على تعويضات ضخمة، لأن عقاراتهم -هي في الأصل- مخصصة للسكن، وقد استحدثت الحكومة الفرنسية هذا المطار ، ضمن تلك المنطقة السكنية متجاوزة الحد المألوفة"

(1)- محمود خيال، **الحقوق العينية الأصلية**، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، 1992، ص32.

(2)- شروق عباس فاضل ، مرجع سابق، ص 114.

كما أورد المشرع الفرنسي تحديد المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في نطاق الملكية المشتركة، والتي تمثل تجمعا سكانيا محدودا وقائما على قاعدة تشارك أشخاص في شغل عقار واحد، وبالتالي ترتب على الكافة التزامات مختلفة، من خلال المحافظة عليها، ليتحمل كل واحد نتائج التزاماته مما يؤدي إلى مساءلته عما قام به لو وجدت أضرار لاحقة بالشركاء أو الغير جراء الإخلال بصيانة الأجزاء المشتركة، ورغم أن الجماعة لا تملك العقار ، إلا أنها تعد الحارس المسؤول على صيانته والمحافظة عليه، وعدم احترام المالك الشريك لمقتضيات نظام الملكية المشتركة، يثير مسؤوليته العقدية. [1]

كثيرا ما يكون الاستعمال الذي قام به المالك ، وأدى إلى الإضرار بالجار **مرخصا به** من الجهة الإدارية المختصة، كما هو الحال بالنسبة للمحال المقلقة للراحة، أو المضرة بالصحة أو الخطرة، التي يستوجب القانون الحصول على ترخيص إداري لإنشائها، أو تشغيلها، فهل لهذا الترخيص اثر على مسؤولية المالك؟

أجابت المادة 807 من القانون المدني المصري، المادة691 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1027 من القانون المدني الأردني على ذلك بقولها: "....ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق"

نستشف من ذلك أن الترخيص لا يرفع مسؤولية المالك عن الأضرار التي يلحقها بالجار، وذلك لأنه مجرد تدبير وقائي يهدف إلى حماية المصلحة العامة فحسب، أما مصلحة الجيران فعلى المالك مراعاتها من تلقاء نفسه، ومن ثم فلا شأن لهذا الترخيص بحقوق الغير، فيما إذا أصابه ضرر[2]، وللجار المضرور الحق في طلب إزالة المضار غير المألوفة التي يحدثها جاره، حتى ولو كان الجار المسؤول عن ذلك قد حصل على ترخيص إداري ، من الجهات المختصة بممارسة نوع الاستغلال الذي نشأ عنه ضرر غير مألوف للجار، ولا يحول هذا الترخيص الإداري دون استعمال الجار المضرور حقه في طلب التعويض العيني، بإزالة المضار غير المألوفة، فمثلا: لو حصل شخص على ترخيص

(1) - Frédéric Bérenger , **les troubles anormaux de voisinage en copropriété** ,Administré, n455 ,,juin, 2012,p17.

(2)- محمد وحيد الدين سوار، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص154.

إداري بإقامته مسرحا، أو حصل طبيب على ترخيص إداري بعمل مستشفى للأمراض الصدرية، فإن هذا الترخيص الإداري لا يحول دون مطالبة الجيران بالتعويض عن المضار غير المألوفة التي تنشأ عن استعمال المسرح أو المستشفى[1]، ذلك أن هذا الترخيص الإداري وان كان يعفي صاحب المسرح، أو صاحب المستشفى من المسؤولية الجنائية، إلا أنه لا يعفيه من المسؤولية المدنية، حيث يظل معرضا للمسؤولية المدنية، إذا تسبب في إحداث ضرر لجيرانه، بتجاوز الحد المألوف بسبب إدارة محله، فالترخيص الإداري يعطي له الحق في إدارة عادية غير ضارة بجيرانه، وعليه اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لعدم الإضرار بهم، فإذا أصبحت هذه الإدارة مصدر ضرر غير مألوف، كان لمن أصابه ضرر من الجيران أن يطلب التعويض العيني، بإزالة هذا الضرر متى كان ذلك ممكنا، وإلا حكم بالتعويض النقدي عما أصابه من ضرر.

تجدر الإشارة إلى أن التنفيذ العيني بإزالة الضرر، رغم حصول المسؤول عنه على ترخيص إداري بمزاولة نوع من الاستغلال الذي ينشأ عنه الضرر، بغلق المصنع مثلا ، ينطوي على إلغاء ضمني للقرار الإداري الصادر بمنح الترخيص، وهو ما لم يكن يملكه القضاء العادي (المدني) ، لولا وجود نصوص التشريعات السابقة، التي قضت صراحة بأن الترخيص الإداري من الجهات المختصة،لا يحول دون استعمال حق طلب إزالة المضار غير المألوفة[2]، والملاحظ أنه لم يرد في التشريع اللبناني نص صريح بشأن هذه المسألة.

على صعيد الاجتهاد القضائي في هذا الشأن ، يمكن أن نورد الاجتهاد القضائي الجزائري الذي نجده بخصوص صلة الترخيص الإداري بمضار الجوار غير المألوفة، حيث جاء في حيثيات الاجتهاد: " حيث أن الدعوى ترمي إلى إزالة منشآت فلاحية أقيمت في منطقة سكنية، وأحدثت أضرارا بيئية في المحيط، وهذا الفعل أدى إلى وجود مضار جوار غير مألوفة، حيث أن المطعون ضده تمسك بوجود ترخيص يمنح له ممارسة نشاط تربية الحيوان والدواجن، مع أن هذا الترخيص يمنح تحت التحفظ بحقوق الغير، وبعدم إحداث

(1)- إبراهيم أبو النجا، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط01 ، 1997، ص41.

(2)- عبد المنعم بدراوي، مرجع سابق، ص71.

مضار الجوار، والحال أن تقريري الخبيرين المنجزين، أكدا إبراز تلك الأضرار، ومع هذا فإن قضاة المجلس بمخالفتهم نتائج الخبرتين، يكونون قد خالفوا القانون بما يحتم النقض، ولم يعطوا لقرارهم أساسه القانوني." [1]

خلاصة القول أن هذه الاعتبارات سالفة الذكر التي يعتد بها القاضي في تقدير الضرر غير المألوف، تجعل معيار مضار الجوار غير المألوفة معيارا مرنا[2]، وهو بالإضافة إلى هذه الخاصية، معيار موضوعي، ذلك أنه لا يعتد بالظروف الخاصة بالجار الذي أصابه الضرر، وهذه المسألة محل خلاف في الفقه، فكثير من الشراح يفرقون فيما يتعلق بالظروف الخاصة بالجار المضرور ، بين الظروف **العادية** والظروف الاستثنائية، فيرون وجوب مراعاة الأولى دون الثانية، فإذا كانت هذه الظروف راجعة إلى الغرض الذي خصص له العقار المجاور، كانت ظروفا عادية يجب مراعاتها، أما إذا كانت هذه الظروف متعلقة بشخص المضرور، كما لو كان مريضا أو مرهف الحس أو ضعيف الأعصاب، فإنها تكون ظروفا استثنائية لا يعول عليها، ويرى آخرون أن الظروف الخاصة بالجار المضرور، لا ينظر إليها أيا كان نوعها[3]، وهذا الرأي يقيم تقدير مضار الجوار غير المألوفة على معيار موضوعي بحت، لا مجال لشخص المضرور فيه، ولا يعتد بالغرض المخصص له العقار بصفة منفردة، بل إلى مجموع العقارات بصفة عامة، فإذا كانت مثلا أغلبية العقارات صناعية، فلا يعتبر ضررا غير مألوف ، الضجيج وما شابه ذلك إذا تضرر منه عقار سكني، لأن الاعتبارات التي ذكرها التشريع المصري والجزائري والأردني ، من عرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها، والغرض الذي خصصت له، ينظر فيها إلى الطابع العام الذي يسود العقارات في مجموعها، لا إلى كل عقار على حدى، وليس من المعقول أن يتغير حق المالك في الاستعمال ، تبعا للظروف الخاصة بكل جار على حدى، ولهذا فان التشريعات المختلفة - لما نصت على هذه الاعتبارات- لم تذكر الشخص المضرور، ولم تذكر العقار الذي يملكه هذا الجار وحده، وإنما تحدثت عن مجموع

(1)- قرار رقم 443620، المؤرخ في 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008،ص257.

(2)- عبد العزيز حسين عمار، **الموجز المفيد في حق الملكية لوجه عام والقيود الواردة عليها**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.، ص 213.

(3)– رشيد شميشم، مرجع سابق، ص 149.

العقارات المحيطة بعقار المالك، وعليه فإن الظروف الخاصة بالجار المضرور، لا دور لها في تقدير مألوفية الضرر أو عدم مألوفيته، مهما اختلفت هذه الظروف، سواء كانت راجعة إلى شخص الجار، أي إلى ظروف شخصية، أم راجعة إلى الغرض الذي خصص له عقاره، وبعبارة أخرى لا تعتبر الظروف الشخصية للجار عنصرا في تقدير التعويض، وسبب ذلك أن المعيار الموضوعي، إذ لا يأخذ بحالة الجار الشخصية، فذلك لأنه يأخذ بحالة الشخص المعتاد[1].

إذا كانت التشريعات المعتمدة المشار إليها سابقا، نصت على معايير تقدير الضرر، وعلى مساءلة المالك عند إحداث أضرار غير مألوفة لجاره، فإنه تستوقفنا إشكالية مفادها:

هل يمكن اعتبار عدم الاستعمال، غلوا يترتب عليه التعويض، إذ أن الاستعمال كعدم الاستعمال حق للمالك؟

بالرجوع إلى المادتين807 القانون المدني المصري،1027 القانون المدني الأردني، نجدهما نصا على الغلو في الاستعمال، وكما اصطلح عليه القانون المدني الجزائري في المادة 691 منه، بالتعسف في الاستعمال إلى حد الإضرار بالجار، أنه لا يمكن تصور الغلو بعدم الاستعمال، إذ أن مضمون الاستعمال هو القيام بأي عمل على الشيء، سواء تم بقصد الحصول على ما يمكن أن يؤدى من خدمات، أو بغض النظر عن الحصول على أية خدمة.

مهما يكن من خلاف حول عدم الاستعمال والأثر المترتب عليه، من حيث سقوط الملكية أو عدمها، فالمسلم به إجماعا ، أن عدم الاستعمال كالاستعمال، لأن من يملك سلطة استعمال الشيء، له السلطة في عدم استعماله، وان كان لا يجوز للمالك الامتناع عن استعمال ملكه، خاصة إذا أضر بالمصلحة العامة، فسلطة الاستعمال وعدم الاستعمال مشروطة بعدم إيذاء أي أحد، أما إذا لم يستعمل المالك ملكه،وأصيب جاره بضرر ، فيسأل بناء على حكم المواد سابقة الذكر، والتي تحرم الغلو في استعمال الملك،إلى الحد الذي يضر بالجار ضررا غير مألوف، ولما كان عدم الاستعمال كالاستعمال فالحكم واحد رغم أن هناك من ينادي بإسقاط الملكية عن صاحبها في حالة عدم استعمالها.

---

(1)- عبد الحميد الشواربي، ***المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء***، الطبعة السادسة، دار الكتب، الإسكندرية، 1997، ص138.

هناك تطبيقات من القضاء الفرنسي فيما يخص عدم الاستعمال وهو يعد غلوا، فقد عرض عليه أمر مالك أهمل صيانة عقار مملوك له، مما نجم عنه تسرب رشح المياه منه إلى ملك جاره، فقضى بإلزام هذا المالك بعمل الرصف اللازم لمنع رشح المياه عن ملك جاره، فرغم أن المالك لم يرتكب عملا ايجابيا في ملكه وأهمله، مما أدى إلى تضرر جاره فألزمه القضاء بهذا المنع، [1] ويعلق الفقه الفرنسي على ذلك الحكم، بأن المالك في هذا الصدد يفقد حقه في التصرف، بأن يترك ملكه يتلف، فيجبر على إصلاح ملكه في كل مرة يكون الإصلاح لازما، لمنع الضرر عن الجار، فالإتلاف الذي يلحق ضررا بالجار لا يمارسه حتى المالك، فمثلا إذا رتب المالك على عقاره حق انتفاع أو حق ارتفاق، التزم في الحالة الأولى بعدم إتلاف الشيء،وإذا فعل ذلك وجب عليه إعادة الشيء إلى أصله، أما في الحالة الثانية فيلتزم بألا يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق،أو جعله أكثر مشقة، فإذا أخل بهذا الواجب السلبي، منع من ذلك وأجبر على التعويض، إن كان له سبب.[2]

يمكن القول أن التصرف المادي في الشيء المملوك مرجعه في الأساس، إلى ما ورد للغير من حق على هذا الشيء محل الحق العيني، ولا يرجع فقط إلى كون الشخص مالكا له، فإذا ما ورد هذا الحق على الشيء، امتنع على المالك التصرف المادي فيه، والنصوص القانونية سالفة الذكر تنص على التزام عيني، يحمل الملكية لمصلحة الجار، الذي له دين على العين، فإذا غلا المالك في استعمالها أو عدم استعمالها، إلى حد إتلافها، لامتنع عليه التصرفين، وليس له حق خالص في ممارسة ملكيته، حتى تؤدي وظيفتها الاجتماعية[3].

---

(1) - Kerjean Grégory, mémoire précité , p87.

(2)-Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, **Traité de droit civil** (sous direction J.GHESTIN), les effets de la responsabilité, 2ème éd, L.G.D.J, 2001, p364

(3)- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، ***" التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته"***، مجلة العدل، ع22، السنة التاسعة، 2006- ص15.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن الضرر غير المألوف

جاء النص ضمن التشريعات المعتمدة كما أشرنا سابقا، على التزام المالك بعدم الغلو في استعمال ملكه بما يرتب مضارا غير مألوفة للجار، كما أن القضاء يرتب المسؤولية عن الغلو في استعمال الملكية، إذا ترتب عن ذلك مضار غير مألوفة، وهذا ما دعا الفقه العربي والفرنسي إلى البحث عن تكييف قانوني لالتزام عدم الغلو في استعمال الملكية، وبالتالي البحث في أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، غير أن الجدل الفقهي الذي ثار في الفقه الفرنسي يختلف عن نظيره في الفقه العربي، وذلك لأن الفقه الفرنسي لم يستند صراحة إلى نص قانوني في ذلك ، فأراد تبرير أحكام القضاء ، وردها إلى أساس قانوني معين [1]، بينما على العكس من ذلك، كان بين يدي الفقه العربي نصوص قانونية كالمادة 807 من القانون المدني المصري، المادة691 من القانون المدني الجزائري، المادة1021 من القانون المدني الأردني، وكل ما دار عليه النقاش هو تأصيل النصوص القانونية، وردها إلى وجه معين من وجوه المسؤولية، فقد أقام عدد من الفقهاء وشراح القانون هذه المسؤولية على أساس الخطأ،[2] ولكنهم اختلفوا في الوقت نفسه، فيما يتعلق بتحديد مفهوم هذا الخطأ، ففي حين يرى فريق منهم أنه يتمثل في الخطأ الشخصي، وفريق ثان بالإخلال بالتزامات الجوار. وفريق ثالث بتجاوز حالة الضرورة، وفريق رابع بالخطأ في حراسة الأشياء، وسنتناول باختصار هذه الأسس، كما يلي:

أولا: أساس عدم الغلو هو الخطأ الشخصي:

مضمون هذا الأساس أن الخطأ الشخصي، الذي يصدر من المالك، هو أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، فالمالك الذي يلحق مضارا غير مألوفة بجاره - وفق منطق هذه النظرية- يكون قد صدر منه خطأ شخصي يقيم مسؤوليته، وفقا للقواعد

---

(1)- محمد زهرة ، "**الطبيعة القانونية للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة خاصة حول مسألة الخبرة، في القانون المصري والكويتي والفرنسي**"، مجلة المحامي الكويتية، سبتمبر ، 1988، ص17.

(2)- يقصد به الخطأ التقصيري الذي يتمثل في الإخلال بالتزام قانوني ، وذلك ببذل عناية ، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر، حتى لا يضر الغير ، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة التمييز، بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية،إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، مرجع سابق، ص 08.

العامة في المسؤولية التقصيرية، ولكن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا في تحديد مفهوم هذا الخطأ، فذهب فريق إلى أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، تقوم على أساس الخطأ بمفهومه التقليدي[1]، حيث يخرج المالك فيما يرتكب من فعل، يؤدي إلى إلحاق مضار غير مألوفة بجاره عن الحدود الموضوعية لحقه، باعتبار أن القانون رسم حدودا موضوعية لحق الملكية لا يجوز تجاوزها، متمثلة بالمضار المألوفة التي يتسامح بها الناس عادة، ولكن إذا غلا المالك في استعماله لملكه، بحيث ألحق مضارا غير مألوفة بجاره ، فإنه يكون قد خرج عن هذه الحدود، فيكون فعله بذلك خطأ، يخضع في مسؤوليته عنه للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية. [2]

بالاعتماد على هذا التوجه ، ذهب فريق ثان إلى أن الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، يكمن في الخطأ بمفهوم الاعتداء المادي على ملك الجار، حيث يرى هذا الفريق أن المالك إذا آتى فعلا في حدود حقه، وضمن نطاق ملكه ، وترتب عليه مضار غير مألوفة ، تعدت ماديا ملكه إلى ملك جاره ، بحيث انتقلت من الحيز المادي لملكه، واخترقت الحيز المادي لملك ذلك الجار[3]، كأن تنبعث ضوضاء أو أدخنة، أو روائحا كريهة أو أصوات مزعجة، فان هذا التعدي من قبل المالك يعد خطأ ، تبني عليه المسؤولية، وذلك لأنه ينبغي على المالك وهو يستعمل حق ملكيته، مراعاة ألا يترتب على ذلك تعد مادي،أو مساس مباشر بملك الجار[4].

في هذا الصدد قضت محكمة التمييز اللبنانية أن المالك يكون مسؤولا عن الضرر غير العادي الذي يقع للجار، بسبب تطاير الدخان الأسود من داخون بنائه، وسقوطه في عقار الجار، وعلى درج البيت المبني في هذا العقار وعلى شرفاته، وبمسؤولية إدارة السكة الحديدية المجاورة عن الأضرار، التي تنجم عن انتشار الدخان،أو تطاير الشرارات النارية

---

(1)- يقصد بالمفهوم التقليدي للخطأ، الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، وذلك إما بالانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، أو مخالفة القوانين واللوائح.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص ص832،833 .

(3)- أحمد رمضان، **المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار**، ط01، دار الجيب، عمان، 1990، ص 84.

(4)- نزيه محمد الصادق المهدي، **الملكية في النظام الاشتراكي**، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1971، ص 677.

من قطاراتها، وبمسؤولية المالك عن انتشار الروائح الكريهة ووصولها إلى ملك الجار، وكذا مسؤوليته عن القيام بنشاطات، يتولد عنها هدير، أو اهتزازات غير مألوفة للأملاك المجاورة، كاستعمال المحركات في المعامل أو ورشات البناء [1].

ذهب فريق ثالث، إلى أن أساس المسؤولية عن المضار غير المألوفة هو خطأ، يتمثل برفض المالك تعويض الجار المضرور، عن الضرر الذي ألحق به، حيث يرى هذا الفريق، أن المالك إذا استعمل ملكه استعمالا عاديا، وترتب على ذلك مضار مألوفة لحقت جاره، فإنه يتوجب على الأخير تحمل هذه المضار التي يتسامح الناس فيها عادة، ولكن إذا غلا المالك في استعمال ملكه، واستعمله استعمالا استثنائيا، ليحصل منه على فائدة أكبر، مما ترتب على ذلك مضار غير مألوفة لحقت جاره، فإنه يقع على عاتقه تعويض هذا الأخير عن هذه المضار[2]، فإذا رفض تعويضه عن ذلك، فإن رفضه يعد بحد ذاته خطأ تبني عليه المسؤولية، وذلك لأن استعمال المالك لملكه استعمالا استثنائيا ليس خطأ، حيث تعد ممارسته لحقه في هذا المقام مشروعة ومفيدة للمجتمع، ويتمثل الخطأ في رفضه التعويض عن هذه المضار غير المألوفة، فتقوم مسؤوليته عنها، وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، متمثلا في رفض التعويض[3].

ثانيا: أساس عدم الغلو هو الالتزام القانوني للجوار:

اتفق جانب من الفقه على أن هناك التزامات جوارية معينة بين الملاك المتجاورين، يلتزم بمقتضاها كل مالك بأن يستعمل ملكه وينتفع به كيفما يشاء، وبالطريقة التي تروق له دون أن يلحق مضارا غير مألوفة بغيره من الجيران، ولكن إذا ألحق المالك هذه المضار بجيرانه ، فإنه يكون بعد ذلك قد أخل بالتزام مفروض عليه، بعدم إلحاق مثل هذه المضار بهم، مما يستوجب قيام مسؤوليته عنها، على أساس الإخلال بهذا الالتزام[4]، ولكنهم اختلفوا في الوقت نفسه في تحديد طبيعة هذا الالتزام فيما بينهم ،فذهب فريق إلى أن المسؤولية عن

---

(1)- جورج شدراوي، **حق الملكية العقارية**، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 45.

(2)- عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص118.

(3)- مروان كساب، مرجع سابق، 1998، ص94.

(4)- محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية**، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص259.

مضار الجوار غير المألوفة، تقوم على أساس الالتزام شبه العقدي، حيث يعد الجوار وفق منطق هذا الفريق، شبه عقد ينشئ التزامات متبادلة بين الملاك المتجاورين، من شأنها أن تجعل كلا منهم،يتصرف بملكه، كيفما يشاء دون أن يضر ذلك بغيره من الجيران الآخرين[1]، أي أنه يوجد هناك شبه تعاقد بين الجيران يلتزم فيه كل منهم، بأن لا يستعمل حقه فيما يملك بطريقة تعوق غيره في استعمال ما له من حق أيضا، ولكن إذا خالف المالك هذا الالتزام، وقام باستعمال ملكه بطريقة تضر جاره، فإنه يكون حينئذ قد خرق التزامه شبه التعاقدي، مما يستوجب قيام مسؤوليته عن ذلك، على أساس الإخلال بهذا الالتزام[2].

فريق ثان ذهب - كما هو الحال في فكرة شبه العقد- إلى أنه يقع على عاتق المالك وهو ينتفع بملكه، التزاما بعدم إلحاق مضار غير مألوفة بجاره، ولكن هذا الالتزام من وجهة نظر هذا الفريق ليس مصدره شبه العقد، وإنما مصدره القانون[3]، فإذا أخل المالك بالتزامه، فإنه يكون قد أخل بالتزام قانوني مفروض عليه، مما يستوجب قيام مسؤوليته على أساس الإخلال بهذا الالتزام، وذلك وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وهو ما أخذ به التشريع الأردني والمصري [4]

ضمن الإطار ذاته، ذهب فريق ثالث إلى أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، تقوم على أساس التزام عرفي، حيث يفرض العرف - وفق منطق هذا الفريق- على المالك التزاما بألا يحدث مضارا غير مألوفة لجاره، فإذا أخل المالك بالتزامه، فإنه يكون قد أخل بالتزام عرفي مفروض عليه، مما يستوجب قيام مسؤوليته على أساس الإخلال بهذا الالتزام، وقد جرى الاتفاق من ناحية على عدم التزام المالك بالتعويض منذ القدم بشأن المضار المألوفة التي يتسامح بها الناس عادة، وبالتزامه بالتعويض بشأن المضار غير المألوفة التي لا يتسامح بها من ناحية أخرى، ويستند في ذلك إلى ما نقل عن الفقيه الفرنسي

---

(1)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 118.

(2) -عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 835.

(3)- صبري السعدي، ***شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات***، ج01، ط 01، دار الهدى، الجزائر،2000، ص27.

(4)- سعيد مبارك، مرجع سابق، ص 29.

بوتيه Pothier من أن عدم الإضرار بالجار يعتبر مبدأ عاما، يرجع إلى الأعراف القديمة.[1]

ثالثا: أساس عدم الغلو تجاوز حالة الضرورة:

يؤسس أنصار هذه النظرية المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس خطأ، يتمثل بتجاوز حالة الضرورة، ومقتضى هذه النظرية، أن العلاقة الجوارية تقتضي تحمل كل من الجارين المضايقات العادية، التي تصدر من الأخر، والتي تعد ضرورية لممارسته حق ملكيته، وبذلك يمكن للمالك أن يتصرف بملكه، تصرفات تلحق بجاره مضارا مألوفة، وذلك استنادا إلى حالة الضرورة[2]، ويعبر عن ذلك في الفقه الإسلامي بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، حيث تقضي هذه القاعدة بالسماح للشخص، بإتيان فعل - في أصله محظور - عندما تكون هناك ضرورة، وذلك بدليل قوله تعالى: "فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "[3]

وقوله تعالى: "فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "[4]

وقوله تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ "[5]

ولكن لما كانت الضرورات تقدر بقدرها، فانه يتوجب أن تقف هذه المضايقات عند الحد الذي تكون فيه مألوفة، أي ضرورية لممارسة المالك لحق ملكيته، وأما إذا تجاوزت هذا الحد، بأن كانت غير مألوفة- أي غير ضرورية لهذه الممارسة- فإنه يتحقق الخطأ ، ولكنه ليس خطأ في جانب محدث الضرر، وإنما بتجاوز حالة الضرورة، إذ تعتبر الأخيرة خطأ بحد ذاته، ولذا يحكم بالتعويض للجار المضرور، رغم انتفاء الخطأ في جانب محدثه، وذلك

---

(1) - محمد زهرة، مرجع سابق، ص 17.

(2)- يقصد **بحالة الضرورة:** حالة من الحالات التي إذا وجد فيها الشخص لا يعتبر فعله الذي الحق الضرر خطأ، وذلك لأنه لو كان الأمر كذلك لاكتفت التشريعات بالقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية والمتعلقة بالخطأ الشخصي كالمادة 163 القانون المدني المصري، المادة 122 القانون المدني اللبناني، المادة 130 القانون المدني الجزائري.

(3)-سورة **البقرة**، آية 173.

(4)- سورة **المائدة**، آية 03.

(5)- سورة **الأنعام**، آية 119.

استنادا إلى تجاوز حالة الضرورة، ولذلك شبه البعض استعمال المالك لحق ملكيته، وصدور أضرار لحقت جاره ، بنزع ملكية الأخير للضرورة الخاصة.[1]

رابعا:أساس عدم الغلو هو المسؤولية عن الأشياء:

ترتب على التطور العلمي والتكنولوجي والصناعي، وشيوع استخدام الآلة في العصر الحديث، زيادة أسباب وقوع الضرر وتنوعها، ولهذا لم يعد الخطأ واجب الإثبات، كافيا لحماية المتضررين، وذلك نظرا لصعوبة إثبات الفعل الخاطئ، الناشئ عنه الضرر في كثير من الأحيان[2]، ولذلك ابتدع بعض الفقهاء المعاصرين نظرية جديدة ، تقيم المسؤولية على أساس خطأ مفترض في جانب الشخص، بحيث تقوم مسؤوليته عن الضرر، الذي ينشأ عن الأشياء والآلات التي يملكها ، بمجرد الملكية واثبات علاقة السببية بين الشيء والضرر، سواء ثبت التقصير في جانبه، أم لم يثبت، فحراسة الشيء تفيد بوجود قرينة قانونية على حصول الخطأ منه، لا تقبل إثبات العكس، وبذلك استقر الفقه على أن كل من كان لديه أشياء أو آلات ميكانيكية، ألحقت مضارا بالغير، فإنه تقوم مسؤوليته عن هذه المضار على أساس نظرية حراسة الأشياء، أو ما يمكن أن يطلق عليه الخطأ المفترض [3]، حيث وجدوا تفسيرا لنظريتهم في القانون الفرنسي في نص المادة 1384 من القانون المدني، والتي تنص على أنه لا يكون الإنسان مسؤولا فقط عن الضرر الذي يتسبب فيه بعمله، بل أيضا عن الضرر الذي يتسبب عن الأشياء التي في حراسته،وجاء النص الفرنسي على النحو التالي:

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.[4]

---

(1)- نزيه الصادق، **الملكية في النظام الاشتراكي**، مرجع سابق، ص 680.

(2) -عدنان إبراهيم السرحان،"**المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني والفرنسي**"، مجلة المنارة، العدد الثاني، المجلد الخامس، جامعة آل البيت، 2000، ص 108.

(3)- محمد حسين منصور، **المسؤولية المعمارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 44.

(4)-Article 1384,code civilfrançais, Modifié par Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 8 Jorf 5 mars 2002.

بناء على ذلك، فقد ذهب فريق من شراح القانون، إلى أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة-التي تحدثها الأشياء والآلات- تقوم على أساس فكرة الحراسة[1]، حيث يعتبر إلحاق المالك لهذه المضار بجاره نتيجة هذه الأشياء والآلات، التي تقع تحت حراسته تقصيرا منه في حفظها، والعناية بها مما يقوم معه، خطأ في جانبه يفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، وبذلك لا يكون بإمكانه، إلا إثبات سبب أجنبي أدى إليها، ليتخلص من هذه المسؤولية، في حين لا يكون أمام الجار المضرور ، سوى إثبات علاقته السببية بين الشيء والضرر[2].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتمد على فكرة التعسف في استعمال الحق، كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وهذا ما يستدل من نص المادة01/691 من القانون المدني الجزائري، التي ربطت بين درجة التعسف في استعمال الملكية وحدوث الضرر بما ينشئ المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مما يفهم منه أنه يمنع التعسف في استعمال حق الملكية ، فقط في حال ترتب مضار جوار غير مألوفة عن ذلك، وفي المقابل ، يظهر وكأن المشرع يرخص التعسف في استعمال هذا الحق في حال ترتب مضار مألوفة.[3]

الفرع الثالث

جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة

يعد التزام المالك بعدم إلحاق الضرر غير المألوف بجاره في سياق استعمال حق ملكيته، التزاما بالامتناع عن عمل ما، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام ، حق الجار في طلب إزالة الضرر، وقد رأينا أن المادة2/807 من القانون المدني المصري، المادة691 القانون المدني الجزائري، المادة1021 من القانون المدني الأردني ، المادة 1200 من مجلة الأحكام العدلية للقانون اللبناني، كلها نصت على هذا الجزاء صراحة .

---

(1)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 253.

(2)- محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص 258.

(3)- زرارة عواطف، **مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013، ص 252.

ولما كان التعويض هو جزاء المسؤولية، وكانت الغاية من التعويض هي إصلاح الضرر[1]، فإن إزالة الضرر تتم بطرق مختلفة وفقا لظروف كل حالة، ، حيث جعل كل من التشريع الجزائري والمصري والأردني واللبناني إصلاح الضرر، بمثابة الأثر الأول والمباشر لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وعبروا عن ذلك بعبارة "إزالة المضار"، باستثناء التشريع اللبناني الذي عبر عنها بـ"دفع الضرر"، كما أقرت التشريعات السالفة حق المضرور في التعويض، الرجوع على الجار حين وضعوا معاييرا لإصلاح الضرر التي تمت الإشارة إليها سابقا، مع استثناء موقف المشرع اللبناني من هذه المعايير التي لم تحدد في نصوصه، والجزاء العام في المسؤولية المدنية - كما هو معروف- هو إلزام المسؤول بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، وهذا التعويض قد يكون مبلغا من المال، وقد يكون تعويضا غير مالي [2]، كأن يحكم القاضي بأداء أمر معين للمضرور، أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ويمكن الإشارة في هذا الصدد أنه قد يقرر القضاء كجزاء للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة جملة من التدابير من قبيل إزالة مصدر الضرر بوجه نهائي، كهدم حائط أو نزع مدخنة، أو سد نافذة أو غلق المصنع، وهذا ما قضت به الغرفة العقارية للمحكمة العليا الجزائرية في قرار رقم90943 المؤرخ في 1992/06/16[3]، كما قد يقرر تعديل وضع الشيء محدث الضرر، كنقل آلة من مكان إلى مكان آخر، أو توجيه فوهة المدخنة اتجاها آخر، أو يقرر اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع الضرر، كوضع جهاز لامتصاص الدخان، أو لمنع انتشار الروائح الكريهة أو للحد من

---

(1)- Cyril Suintez, Op.cit. , p23.

(2)- Ahmed Ibrahim Alhaiari, **La responsabilité pour trouble anormal de voisinage Etude compare entre droit civil jordanien et le droit civil français,**European journal of social sciences. Volume 16 n 4, 2010.p529.

(3)- يستشف من هذا القرار انه: من المقرر قانونا ، انه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه، إلى حد يضر بملك الجار، ولما كان ثابتا من قضية الحال، أن قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر ومصدره، وقضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيدا عن مسكن المطعون ضده، بسبب الضرر الذي لحقه جراء ذلك ، مؤسسين قرارهم على المعاينة، المنجز محضرا عنها، فإنهم بذلك قد أحسنوا تطبيق القانون، مما يستوجب رفض الطعن الحالي" مشار إليه في المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995، ص 101.

الضجيج[1]، وقد يقرر أيضا إلزام المالك بالامتناع عن العمل في وقت معين، كفترة من الليل بكون الجار نائما خلالها.

إذا أثبت المتضرر أن ما وقع به هو ضرر غير مألوف أو فاحش، جاز له أن يطلب تعويضا عن ذلك ، والأصل أن يقدر التعويض نقدا ، لأن كل ضرر - سواء كان ماديا أو معنويا- يمكن تقويمه نقدا، ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني- ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلى تعويض عيني- فإنه يحكم بتعويض نقدي، بعبارة أخرى:

إذا تعذرت إزالة الأضرار الفاحشة، فإن السبيل إلى جبر الضرر هو اللجوء إلى التعويض النقدي[2]، ولا مانع من الجمع بين التعويض العيني والتعويض النقدي، حيث يشمل التعويض هنا، ما لحق الجار من أضرار في الماضي، فيكون التعويض عنها نقديا، وتفادي وقوع الضرر في المستقبل لإزالة المضار، وهو تعويض عيني.

تعد إزالة المضار تعويضا عينيا عن الإخلال بالالتزام في الماضي، وتنفيذا عينيا للالتزام في المستقبل، وإزالة المضار في المستقبل - أي التنفيذ العيني- يمكن أن يأخذ صورا مختلفة، حسب ما يراه القاضي ملائما لكل حالة، فإذا كان الضرر ناجما عن إقامة المالك حائطا أو مدخنة أضرت بالجار، جاز الحكم بهدم هذا الحائط ، أو إزالة المدخنة[3]، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله ، حجبت النور عن جاره، وقد أقامت وسببت حكمها على الآتي:

" من حيث المبادئ العامة تقضي، بأن حق الملكية على وجه حق مطلق، يخول للمالك الانتفاع بالشيء، وأن يستعمله بإطلاق، وأن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر ، يجب أن يجد حده في تحقيق مصلحة جدية مشروعة، وأن مبادئ العدالة تتعارض مع مساندة، أو تأييد عمل الباعث عليه - رغبة شريرة- وجرى تحت رغبة خبيثة ، لا تبرر أي

---

(1)- وهو ما قضى به القضاء اللبناني، بأنه ليس ما يمنع على المحكمة، أن تأخذ التدبير المقترح من قبيل الخبير، بوضع خزان في أعلى الداخون وتنظيفه مرة على الأقل في الشهر، لأن من شأن ذلك تخفيض الدخان واللهب، ادوارد عيد، مرجع سابق، ص221.

(2) -عواطف زرارة ، **التزامات الجوار**، مرجع سابق ،ص99.

(3) - رمضان أبو السعود،***الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" أحكامها ومصادرها"***، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص53.

منفعة شخصية، وتلحق بالغير ضررا جسيما، واستنادا لهذه الأسباب، قضت المحكمة بإزالة المدخنة[1].

كما قضت محكمة الاستئناف المصرية بأنه إذا أقام المالك على حدود ملكه جدارا، تصل قيمته إلى نصف ارتفاع الطبقة الثالثة من عقار الجار ، فصارت الغرف المجاورة بسبب ذلك مظلمة، فان إقامة هذا الجدار من غير منفعة حقيقية، لا يعتبر استعمالا عاديا لحق الملكية، وللمحاكم أن تأمر بهدم جزء من الجدار، كما لها أن تحدد - حسب الظروف-إلى أي ارتفاع يجب هدمه[2].

بالتالي يتخذ التنفيذ العيني- كما اشرنا- صورة من صور التعويض، والتي يقصد من ورائها الإصلاح، لا المحو النهائي للضرر، ويكون ذلك في الحالة التي يكون فيها الخطأ الذي ارتكب في صورة يمكن إزالته، وقد أعطى القضاء الفرنسي للمتضرر- إلى جانب حقه في المطالبة بالتعويض العيني- طلب وقف الأنشطة غير المشروعة التي تلحق به الضرر ، وذلك ما أدى لانقسام الفقه الفرنسي لفريق يرى بأن التعويض العيني هو الأصل، وهو ما يجب أن يقضي به القاضي، والآخر يرى ترك الأمر للقاضي في اختيار الوسيلة الأكثر ملاءمة. [3]

في الأخير ننوه إلى أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للجار المسؤول عن الأضرار غير المألوفة، فان للقاضي عدم الاستجابة لطلب المتضرر إزالة المخالفة، والاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض، خاصة إذا كانت الإزالة من شأنها أن تؤدي إلى وقف نشاط ضروري للاقتصاد الوطني، أو تعطيل عدد كبير من الموظفين والعمال.

ما يمكن أن نصل إليه في ختام هذا المبحث ، أن نظرية مضار الجوار نشأت في أحضان القضاء الفرنسي، دون نص تشريعي يقررها، واعتنقتها التشريعات المقارنة التي كانت محل دراسة من قبلنا، وهذه النظرية وإن كانت لا تستلزم الخطأ في جانب المالك، إلا

---

(1) - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، مرجع سابق، ص ص17،18.

(2) - المرجع نفسه ، ص19.

(3) - نور الدين يوسفي ،" ***التعويض العيني عن ضرر التلوث البيئي***"، مداخلة غير منشورة ضمن فعاليات الملتقى الدولي حول: ***النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري*** ، المنعقد بجامعة 08 ماي 1945- قالمة، يومي 09 و10 ديسمبر 2013.

أنها لا تقضي بتقرير مسؤولية المالك عن هذه المضار أيا كان قدرها، وإنما تستلزم أن يكون الضرر قد بلغ حدا من الخطورة والاستمرارية، بحيث يجاوز الحد الواجب تحمله في الجوار، أي يجب أن تتجاوز هذه المضار الحدود والمعدلات المسموح بها في بيئة الجوار، أما إذا كانت مضارا مألوفة فإنه يتعين على الجيران تحملها ، والتسامح فيها باعتبارها من ضرورات الحياة في المجتمع، وإلا أدى تقرير مسؤولية محدثها إلى غل أيدي الجيران، وشل أنشطتهم الاقتصادية، التي تعود بالنفع على المجتمع بأسره.

الفصل الثاني

قيود سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة

إن القاعدة أن الحقوق المالية - وأولها حق الملكية- تكون حقوقا قابلة للتصرف فيها، فسلطة صاحب الحق في أن يتصرف في حقه، هي التي تعطي لهذا الأخير قيمة اقتصادية، إذ هي الوسيلة التي تكفل وصول الأموال إلى أيدي من يستطيعون استغلالها، فالحياة الاقتصادية تفترض لانتعاشها وازدهارها حرية تداول الأموال، أي انتقالها من يد إلى يد، وهذا ما حرصت التشريعات المقارنة على كفالته، ولكن إذا كانت سلطة التصرف جوهر حق الملكية، فإن إطلاق هذا الحق في التصرف، ينبغي أن يكون مراقبا ومحدودا، وذلك عبر تقييده، حيث يجوز بمقتضى تصرف قانوني، تقييد الملكية تقييدا معلوما وواضحا، وذلك بالاستناد إلى ثلاث قيود هامة، تتمثل في قيد الشفعة ، وقيدا الشرط المانع من التصرف والرخص العمرانية، وكل ذلك ضمن ما يرد في التشريعات المقارنة، وهو ما سنحاول التطرق إليه بشيء من التتبع والتحليل والتأصيل، عبر مبحثين اثنين، على النحو التالي:

المبحث الأول نعالج فيه نظام الشفعة، كقيد على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة، فيما نخصص المبحث الثاني لدراسة الشرط المانع من التصرف والرخص العمرانية كقيود على سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول

الشفعة كقيد على سلطة التصرف

سنعمد في هذا المبحث إلى محاولة إعطاء مفهوم للشفعة، كما سنبرز خصائصها، ونبين أيضا كيفية تحقق الشفعة وشروطها، وأخيرا نتعرض لإجراءات الأخذ بها وأثارها، وبناء على ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناولهما فيما يلي:

المطلب الأول

الأحكام الموضوعية لنظام الشفعة

في هذا المطلب سنحاول التطرق إلى ما يتصل بالشفعة، من تحديد للمفهوم، وما يقترن بالشفعة من خصائص ، لهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول

مفهوم الشفعة

سنتطرق في هذا الفرع إلى إعطاء مفهوم للشفعة، ثم تحديد ما تتمتع به من خصائص، وعلى هذا الأساس سيتم اللجوء إلى التفصيل على النحو التالي:

أولا : مفهوم الشفعة

إن تحديد مفهوم دقيق للشفعة، يقتضي البحث عن معناها في اللغة العربية، ثم في الاصطلاح القانوني.

01- التعريف اللغوي للشفعة

الشفعة لغة بضم الشين وسكون الفاء،مأخوذة من الشفع وهو خلاف الوتر، وهو الزوج، فنقول: كان وترا فشفعته شفعا، وشفع الوتر من العود شفعا:صيره زوجا، والشفيع من الأعداد: ما كان زوجا[1].

قال الفيومي: شفعت الشيء شفعا من باب نفع: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها اثنين، ومن هنا اشتقت الشفعة، وهي مثال غرفة، لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع[2].

يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِيتًا"[3]، أي من يزد عملا إلى عمل.

نجد كلمة الشفاعة في حديث المرأة المخزومية ، حيث روت عائشة رضي الله عنها:" أن قريشا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا : من يكلم رسول الله صلى الله

---

(1) - ابن منظور، ***لسان العرب***،ج08، مرجع سابق، ص 184.

(2) - أحمد بن محمد بن علي القيومي، **المصباح المنير**، مكتبة لبنان، بيروت،1982 ص 432.

(3) - سورة النساء، الآية 85.

عليه وسلم فيها ؟ فقالوا : ومن يجترئ إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ ،فكلمه أسامة ، فقال رسول الله ﷺ : أتشفع في حد من حدود الله ؟ وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها." [1] ، ويقول ابن منظور في معنى وأصل لفظ الشفعة:

وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي تزيده بها، أي انه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه، وقال القتيبي في تفسير الشفعة: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه، فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعا، وفي الحديث: الشفعة في كل ما يقسم، الشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة ،لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا.[2].

مما سبق من عرض للأوجه اللغوية يتضح أنها تطلق على عدة معان منها:الضم، والشفع الذي هو ضد الوتر، والزيادة، والإعانة، والشفاعة، واقرب هذه المعاني للموضوع الذي ندرسه، كما سيأتي في التعريف الاصطلاحي، هو معنى الضم والزيادة.

2- التعريف الاصطلاحي للشفعة

لم تخرج تعريفات الشفعة في عدد من التشريعات المقارنة لعدد من الدول الإسلامية، كثيرا عما قدمه فقهاء الشريعة الإسلامية من تعاريف، وذلك باعتبار أن فقه الشريعة الإسلامية، كان ولازال المصدر المادي والتاريخي للشفعة في تلك التشريعات، ولبيان ذلك سنورد نماذجا لبعض التعاريف من عدد من التشريعات المقارنة ، وذلك على النحو التالي :

- عرف المشرع المصري الشفعة في المادة935 من القانون المدني بأنها: " رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال معينة،إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون"[3]

---

(1)- محمد بن عبد الله الأندلسي (ابن العربي)، ***أحكام القرآن*** ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.ص 588.

(2) - ابن منظور، **لسان العرب**،ج08، مرجع سابق ، ص 184.

(3) - المادة 935، قانون مدني مصري.

- عرف المشرع الأردني الشفعة في المادة 1150بأنها: "حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن"[1]

- عرفها المشرع اللبناني أيضا ضمن نص المادة1/238من قانون الملكية العقارية اللبنانية بأنها:" حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري".[2]

واعتبرها المشرع الجزائري بمثابة رخصة يتم اللجوء إليها قبل بيع العقار، والمفاضلة بين المشترين[3]، حيث جاء في المادة794 من القانون المدني الجزائري ، على أن: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية...." [4].

جعل المشرع الفرنسي الشفعة بمثابة امتياز، يمنح للشخص الذي يكون قادرا على الحلول محل مشتر، ويتمكن من الاستحواذ مكانه على المبيع، تحت نفس الشروط، خاصة ما تعلق بالاستخدام السكني ، والملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفا صريحا للشفعة، غير أنه بتتبع عدد من النصوص القانونية، نتوصل إلى التعريف الذي اعتمده قاموس القانون الخاص الفرنسي، الذي ورد فيه:

"droit de préemption est l'avantage qui est donné à quelqu'un, soit par la loi soit par une disposition contractuelle, de pouvoir se substituer à l'acquéreur d'un droit ou d'un bien pour en faire l'acquisition à sa place et dans les mêmes conditions que ce dernier."[5]

---

(1) - يوسف محمد عبيدات، **الحقوق العينية الأصلية والتبعية**، دار المسيرة للنشر ، ط01، 2011، ص 136

(2) - المادة 238 الفقرة01، قانون الملكية العقارية اللبناني.

(3)- دغيش أحمد، "**نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري**"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد الأول، 2009، ص 169.

(4) - المادة 794،القانون المدني الجزائري.

(5) - تتمثل هذه النصوص فيما يلي:

- Article 37. loi du 31 décembre 1921**,** budget general de 1922, JORF du 01 janvier 1922 p 2.

- Article 45, loi n°66-537 du 24 juillet 1966 **,** sur les sociétés commerciales**,** jorf 26 juillet 1966.

يمكن استخلاص عدة نتائج من النصوص القانونية السابق عرضها، نوجزها فيما يلي:

01- على الرغم من اختلاف النصوص السابقة من ناحية الألفاظ المستعملة، فان غالبيتها تتفق عند تحديد ماهية الشفعة، بأن المركز القانوني الذي يثبت للشفيع، يخوله انتزاع المال المشفوع فيه جبرا عن المشتري(المشفوع منه)، ولا يتوقف على رضاه، وهذا يتضح من عبارة "تملك العقار المبيع ولو جبرا" الواردة في القانون الأردني ، والتي تحمل نفس معنى عبارة" الحلول محل المشتري" الواردة في القانون المصري ، الجزائري، وعبارة "أن ينتزع العقار المبيع من المشتري"الواردة في القانون اللبناني، وبهذا تكون هذه التشريعات أخذت بما هو سائد في الفقه الإسلامي، في حين أن المشرع الفرنسي عبر عن ذلك بالاستحواذ على المبيع.

02- اختلفت نظرة التشريعات السالف عرضها، حول طبيعة الشفعة، وكذلك المركز القانوني الذي تمنحه للشفيع، ففي حين اعتبر التشريع اللبناني بأن الشفعة حق، فان التشريع المصري والجزائري، لم يرى فيها حقا بل اعتبرها رخصة،أما التشريع الأردني فقد كيف الشفعة، بكونها الحق في التملك، أي مرتبة وسطى بين الحق والرخصة، فيما صنفها المشرع الفرنسي بكونها امتيازا.

03- تأثر المشرع المصري، الأردني، اللبناني، الجزائري، عند تحديد التصرفات القانونية المجيزة للشفعة، برأي الحنفية والحنابلة الذين قصروا الشفعة على المعاوضات المالية، فيما كان المشرع الفرنسي متأثرا بالتوجه العلماني، بابتعاده عن المنظور الديني المسيحي.

- Article 15, loi n°89-462 du 06 juillet 1989, **tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986,** jorf du 8 *juillet 1989*. P 8541

- Loi n°2000-642 du 10 juillet 2000**,** portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, *jorf* n°0167 du 21 juillet 2011 p12441

- Loi n°2006-685 du 13 juin 2006. relative au droit de préemption et à la protection des locataires en cas de vente d'un immeuble, jorf n°136 du 14 juin 2006 p8944.

- Décret n° 2014-1572 du 22 décembre 2014 fixant la liste des documents susceptibles d'être demandés au propriétaire d'un immeuble par le titulaire du droit de préemption en application de l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme. jorf n° 0297 du 24 décembre 2014,p 22174.

يتضح لنا من خلال ما سبق من تعاريف واستنتاجات حول الشفعة، أن لها ثلاثة عناصر أساسية، تتمثل في: [1]

أ- **الشفيع:** وهو الذي يأخذ بالشفعة.

ب- المشفوع منه: وهو المشتري الذي يكون العقار في حيازته.

ج-**المشفوع فيه:** وهو العقار المملوك لصاحبه الذي باعه للمشتري الأصلي، وشفع فيه الشفيع.

على ضوء التعاريف سالفة الذكر يتضح أن الشفعة وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع، حيث تشترط بالضرورة سبق تصرف المالك فيما يملك إلى المشتري، فتأتي الشفعة لتنقل هذا التصرف إلى الشفيع، مما انعكس على طبيعتها القانونية وعلى ماهية المركز القانوني الذي تمنحه للشفيع، والذي يمكنه من تملك المبيع دون توقف على إرادة المشتري ورضائه، وبذلك تعددت الآراء حول طبيعة الشفعة وتكييفها القانوني .

بعد أن عالجنا في هذا الفرع مفهوم الشفعة، نتطرق في الفرع الموالي إلى تبيان أهم خصائصها،وهو ما سيتم تناوله على النحو التالي:

الفرع الثاني

خصائص الشفعة

إن تحديد مفهوم الشفعة ، تجعلنا نقف عند جملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها، من خلال كونها شرعت لدفع الضرر سواء على الفرد أو المجتمع، إضافة إلى ما تحققه من فوائد اقتصادية، عبر إنهاء الشيوع أو التقليل منه، ولتضمنها حكمة تشريعية أخرى، تتمثل في السعي إلى عدم تجزئة العقار، وجمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد[2]، وتتميز الشفعة بعدد من السمات والخصائص، يمكن إيجازها على النحو التالي:

(1) - يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 137.

(2) - رضا عبد الحليم ،**الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية**، دار النهضة ، القاهرة، 2009، ص 173.

أولا- اتصال الشفعة بشخص الشفيع:

لما كان الغرض من الشفعة، دفع الضرر المحتمل من الشريك أو الجار، أو الوقاية منه، فإن الأمر يرجع هنا إلى تقدير وقوع هذا الضرر، والوقاية منه إلى الشفيع، ولذلك تعتبر متصلة بشخصه، ويترتب على هذه الصفة الشخصية البحتة ما يلي: [1]

01- طالما أن الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع، فانه يترتب على ذلك - وبالضرورة- عدم إمكان دائني الشفيع استعمال هذه الرخصة نيابة عنه، وذلك يؤكد أنها إمكانية قانونية، أو رخصة وليست حقا، والدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق دون الرخص، كونها متصلة بشخص الشفيع، فلا يجوز لدائنه أن يطلب الحقوق المتعلقة بشخصه، بطريق الدعوى غير المباشرة.[2]

02- لا يجوز للشفيع إحالة حقه بالشفعة، لأنها بطبيعتها تأبى جواز الإحالة، شأنها شأن الحقوق المتصلة بشخصية الدائن. [3]

ثانيا-عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

إن حق الشفعة حق غير قابل للتجزئة، بمعنى أن ليس للشفيع طلب جزء من المال المشفوع فيه، بل يلزمه طلب كل المال المشفوع فيه ، حتى يصح طلبه ، خصوصا إن كانت الصفقة واحدة، كون طلب جزء من المال المشفوع فيه، يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري فيتضرر، ومن التشريعات التي أخذت بخاصية عدم قابلية الشفعة للتجزئة التشريع الأردني في نص المادة 1160 من القانون المدني، بأن: **"** الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبرا على المشتري، إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي**".**[4]

---

(1) - سعيد سعد عبد السلام، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية**، ج01، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص325.

(2)- علي هادي العبيدي، **الوجيز في شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية**، عمان، دار الثقافة، 2009، ص 140.

(3) - المرجع نفسه، ص 141.

(4)- يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 138.

نجد أيضا المشرع اللبناني في المادة 245 من قانون الملكية العقارية اللبناني بقولها: " إذا بيع عقار وتوافر سبب من أسباب الشفعة، فلا يجوز أن يشفع في جزء منه دون الباقي، وليس للشفيع إلا أن يشفع في العقار كله أو يتركه كله". [1]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري والمصري والفرنسي فلم يتضمن أي منها نصا صريحا مماثلا لهذه المسألة، وباستقراء النصوص السالفة، نلاحظ أنه يترتب على خاصية عدم قابلية الشفعة للتجزئة نتائج، نتعرض لها بالشرح فيما يلي:

أ- إذا ورد البيع على عقار واحد لمشتر واحد:

يجب أن تطلب الشفعة في العقار المبيع كله، حتى وان تعدد الشفعاء، وإذا كانت قاعدة التزاحم تقتضي بأن يقتسم المبيع بينهم، كل بحسب نصيبه، فإن كلا منهم يجب أن يطلب الشفعة في العقار المبيع بأكمله.

ب– إذا ورد البيع على عدة عقارات لمشتر واحد.

إذا باع المالك عدة عقارات كصفقة واحدة لمشتر واحد ، وبثمن واحد ، وكانت متلاصقة ببعضها البعض، وتوفرت بشأنها جميع شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات، فالصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها[2]، أما إذا كانت منفصلة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروط الأخذ بها دون غيرها، إلا إذا كانت هذه الأخيرة مخصصة لعمل واحد، أو لطريقة استغلال واحدة، بحيث أن استعمال حق الشفعة بنسبة على جزء منها ، يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع، عندئذ يجبر الشفيع على أخذ الكل بالشفعة، إلا إذا رضي المشتري بعكس ذلك، وفي هذه الحالة على المحكمة تعيين خبير لتقدير قيمة العقار المشفوع فيه بحسب موقعه، كون أن الثمن قدر بالنسبة للعقارات جميعا، وإذا كانت العقارات المنفصلة، قد توافرت فيها جميع شروط الشفعة، وكانت الصفقة لا تقبل التجزئة بطبيعتها أو بحسب الغرض المقصود منها، فان الشفيع لا يجوز له أن يشفع إلا فيها جميعا، وتكون العقارات غير قابلة للتجزئة بطبيعتها، إذا كانت تتفاوت في الجودة إلى حد كبير، كما لو كان المبيع قطعا متفرقة من

(1)- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص373.

(2) - يوسف عبد الصمد الجريري،" **دعاوى الشفعة والأولوية** "، مجلة العدالة والقانون، أفريل،ع01، 2007، ص 50.

أرض زراعية،بعضها خصب والبعض الآخر بور، حيث لا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة في القطع الخصبة ويترك البعض الآخر البور.[1]

ج - إذا ورد البيع على عقار واحد لعدة مشترين.

إذا بيعت الأرض لعدة أشخاص ، وكان لكل واحد منهم حصة شائعة، فإنه لا يجوز الشفعة إلا في العقار كله، حتى لا تتفرق الصفقة عليهم، وهذا بخلاف ما إذا كان كل واحد منهم – المشترين- قد اشترى جزءا مفرزا من العقار في صفقة مستقلة، وعينت في العقد حصة كل واحد منهم مفرزة، فإننا نصبح بصدد بيوع متعددة بقدر عدد المشترين، وفي هذه الحالة لا يحق للشفيع أن يشفع إلا في الحصص التي تتوفر فيها شروط الشفعة دون الحصص الأخرى.[2]

خلاصة القول: أن قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة، لا يمكن إثارتها إلا إذا تعلق الأمر بالصفقة الواحدة،وتلك يشترط لتوافرها، وحدة البائع، بائع واحد أو بائعين على الشيوع، وثمن واحد لكل المبيع.

ثالثا: الشفعة لا ترد إلا على العقارات:

إن الشفعة ترد على العقارات فقط دون المنقولات، فلا تكون الشفعة إلا في العقار، وهذا ما أقرته كل التشريعات المعتمدة من جانبنا، والعقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها، ومنها الغراس والأبنية، أما العقارات بالتخصيص، فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت تبعا للعقار المتصلة به، أما إذا بيعت مستقلة عنه، فتعتبر في حكم المنقول ولا شفعة فيها.

لكن التساؤل المثار: هل تثبت الشفعة إذا بيع البناء استقلالا، وقام مالك الأرض ببيع البناء، واستبقى لنفسه ملكية الأرض، أو أن يكون مالك البناء غير مالك الأرض كمحتكر أو صاحب قرار، فيبيع البناء لشخص آخر غير مالك الرقبة؟

---

(1) - أنور طلبة، **الشفعة والتحايل لإسقاطها**، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص 458.

(2) - يوسف عبد الصمد الجريري، مرجع سابق، ص 50.

الواقع أن البناء يعد عقارا بطبيعته، وبيعه يعد بيعا لعقار لا لمنقول، ولذلك يجوز للشريك المشتاع، وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذه بالشفعة[1]، كما تثبت الشفعة بين ملاك الطبقات بسبب الشراكة في الأجزاء المشتركة.[2]

إن العقار بالتخصيص يعد منقولا، رصد لخدمة العقار أو استغلاله، فيأخذ حكم العقار، وبالتالي الشفعة فيه جائزة، إلا إذا بيعت مستقلة لأنها تعد منقولة عندئذ، أما إذا بيعت تبعا للعقار الذي رصدت لخدمته واستغلاله، فتثبت فيها الشفعة تبعا للعقار، وبناءا على ذلك إذا بيعت أرض زراعية بما عليها من مباني وحظائر وآلات زراعية، ثبت للجار حق الأخذ بالشفعة في الأرض، وما عليها من هذه الأشياء، أما فيما يتعلق بالحقوق العقارية، فقد أثبت فيها القانون الشفعة، إذا ما تحققت الشروط المنصوص عليها في القانون، كمالك الرقبة الذي تثبت له أحقية طلب الشفعة إذا بيع حق الانتفاع.[3]

رابعا- انتقال الشفعة بالإرث:

انقسم الفقه القانوني بشأن توريث حق الشفعة إلى فريقين،أحدهما مؤيد لانتقالها بالإرث، والآخر معارض لذلك:

01-الفريق المؤيد لانتقال الشفعة بالإرث:

ذهب أنصار هذا الفريق إلى جواز توريث حق الشفعة، إلا أنهم اختلفوا في انتقالها إلى الورثة، فيما إذا مات الشفيع بعد ثبوت الشفعة، ولم يكن يطلبها، وانقسموا إلى قسمين:

يرى القسم الأول من أنصار الفريق المؤيد لانتقال الشفعة بالإرث، إلا أن حق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع، وإنما ينتقل إلى ورثته، حتى إن مات الشفيع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، لأن الشفعة بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به، فتنتقل مع هذا العقار إلى الوارث، وهي أيضا خيار للشفيع، تنتقل إلى وارثه بالحالة التي كانت عليها بالنسبة لمورثه[4]، كما أن بعض التشريعات المقارنة هي الأخرى، قد أخذت بتوريث حق الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يطلبها، مادامت قد اكتملت شروط الأخذ بها، ومن هذه التشريعات

---

(1) - رمضان أبو السعود، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص204.

(2) - احمد سعيد المومني ،" **الشقق والطوابق دراسة قانونية مقارنة**"، مطبعة التوفيق، عمان، 2003، ص220.

(3)- رمضان أبو السعود، ***مسقطات الشفعة***، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1992، ص162.

(4)- علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص141.

التشريع اللبناني في المادة 243 من قانون الملكية العقارية اللبناني، بقولها: "ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته...." [1]، والتشريع الأردني في المادة 1158 من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه: " إذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع..." [2]، أما بالنسبة للتشريع الجزائري والمصري فقد سكت كل منهما عن هذه المسألة، وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أن التشريع الفرنسي يعرف حالة خاصة تشبه الشفعة، تسمى حق استرداد الحصة المبيعة نص عليها في المادة 841 من القانون المدني جاء فيه:" كل شخص لم يكن وارثا ولو كان قريبا للمتوفى تنازل له أحد الورثة عن حصته في التركة فلباقي الورثة أو أحدهم الحق في إخراجه من القسمة ودفع قيمة الحصة المبيعة له." [3]

أما القسم الأخر من فقهاء القانون المؤيد لانتقال الشفعة بالإرث،فيرى أن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة، إلا إذا طلبها الشفيع قبل وفاته، أما إذا مات ولم يطلبها فلا تنتقل إلى ورثته، ومن أبرز القائلين بهذا الرأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الذي يعبر عن الشفعة بعد قيامها، وقبل الأخذ بها بالرخصة ، أو بالمنزلة الوسطى بين الرخصة والحق، لذلك فهي لم تكسب الشفيع حقا كاملا في العقار المشفوع فيه، حتى تنتقل إلى ورثته، لأن الذي ينتقل من المورث إلى الورثة هي الحقوق الكاملة،أما الرخصة أو المنزلة الوسطى بين الحق والرخصة فلا تنتقل إلى الورثة. [4]

---

(1)- المادة 243 من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(2)- المادة 1158 ، القانون المدني الأردني.

(3)- يورد القانون الفرنسي ثلاثة أنواع من الاسترداد، محددة في: المادة 841 المتعلقة بالاسترداد الوراثي، المادة 1699 المتعلقة باسترداد الحقوق المتنازع فيها، والمادة 1408 التي تعطي المرأة حق استرداد الحصة الشائعة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة فيه بعد انفصالهما، وجاء النص الفرنسي للمادة 841 على النحو التالي:

« Toute personne, même parent de défunt, qui n'est pas successible, et à la quelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage soit par tout les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. »

(4) - عبد الرزاق احمد السنهوري، **حق الملكية**،ج 08، مرجع سابق، ص 465.

02- الفريق المعارض لانتقال الشفعة بالإرث:

يرى أنصار هذا الفريق عدم جواز انتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع بعد مماته، ويشترطون لانتقال هذا الحق إلى الورثة، أن تكون دعوى المورث قد انتهت بحكم قضائي لمصلحته، ولكن قبل صدور الحكم ليس لورثته أن يتمسكوا بهذا الحق.

بعد إجمال لأهم الخصائص التي تتمتع بها الشفعة، سنتعرض في المطلب الموالي إلى مسألة تحقق الشفعة وشروطها، أي الأحكام الإجرائية للشفعة، وذلك كما يلي:

المطلب الثاني

الأحكام الإجرائية للشفعة

تثير الشفعة باعتبارها تقييدا لحرية التعاقد ولحق الملكية، كثيرا من الإشكاليات، كما يكتنفها شيء من الغموض، الناجم خاصة من تكامل عناصرها، وتوافر المراكز القانونية لها، وتشملها الكثير من الحكم، حيث تسعى بداءة إلى ضم وجمع ما تفرق من عناصر الملكية، الناشئة عن حق انتفاع معين، وإبعادا لخطر الأجنبي عن الشريك في الشيوع، ويقود ثبوت الحق في الشفعة أشخاصا، منهم من أقر لهم القانون الحق في ممارستها، ويطلق عليهم اصطلاح **"الشفعاء"**، ويختلف ذكرهم من تشريع لأخر، حيث نجد مصطلحات من قبيل:" مالك الرقبة، الشريك في الشيوع، صاحب حق الانتفاع، مالك الرقبة إذا بيع الحكر، والمستحكر إذا بيعت الرقبة، شفعة الجوار[1]، وهو ما سنحاول تفصيله فيما يلي:

لدراسة مسألة كيفية تحقق الشفعة، يتعين التطرق لضرورة توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء، ثم نعرج بعد ذلك إلى تبيان شروط الأخذ بالشفعة، ونعالج ذلك ضمن الفرعين التاليين:

(1)- أحمد عبد التواب محمد بهجت، ***أحكام الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية***، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995. ص65.

الفرع الأول

توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء

سنتناول في هذا الفرع توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء، وذلك كما يلي:

أولا: صفة الشفيع:

رتبت عدد من التشريعات المقارنة الشفعاء، وفقا لقوة السبب الذي يشفع به كل واحد منهم، ومن ذلك التشريع المصري حيث نصت المادة 936 منه على أنه: **"** يثبت الحق في الشفعة:

- لمالك الرقبة، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.
- للشريك في الشيوع، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع ،إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.
- لمالك الرقبة في الحكر، إذا بيع الحكر للمستحكر إذا بيعت الرقبة.
- للجار المالك في أحوال معينة**"**.[(1)]

يأخذ التشريع اللبناني في المادة 239 من قانون الملكية العقارية اللبناني، بالأسباب المحددة للشفعة في القانون المدني المصري نفسها[(2)]، وحدد المشرع الأردني في المادتين1151 و1152 الأشخاص الذين يثبت لهم حق الشفعة، كالتالي:

- الشريك في نفس المبيع،
- الخليط في حق العقار المبيع
- الجار الملاصق**"**[(3)].

حدد المشرع الجزائري في المادة 795 من القانون المدني الجزائري، الشفعاء بشكل يتفاضلون به عند تزاحمهم، وتم حصرهم فيما يلي:

- مالك الرقبة،
- الشريك في الشيوع،

---

(1) - المادة 936 ، القانون المدني المصري.

(2) - المادة 239 من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(3) - المادتين: 1151 ، 1152،القانون المدني الأردني.

- صاحب حق الانتفاع".[1]

01- شفعة مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع:

تثبت صفة الشفيع، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لحصته أو بعضها، وتفترض هذه الحالة أن مالك العقار شخص، ومالك الانتفاع شخص آخر، وباع المنتفع حقه لشخص أجنبي عن العقار، فحينئذ يكون لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع بالشفعة، وبذلك يتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق الشفعة، التي تكون لغيره على عقاره، فيتملك العقار ملكية تامة، بضم حق الانتفاع إلى ملكية الرقبة[2].

هناك عدة فروض تندرج ضمن هذه الحالة:

أ- الفرض الأول:

حينما يكون مالك الرقبة شخصا واحدا، وصاحب الانتفاع واحد، فهنا لا توجد صعوبة، إذ يستطيع الأول أن يأخذ حق الانتفاع بالشفعة، إذا باعه الثاني للأجنبي، وبذلك تجتمع مكنات الملكية الثلاث في يد واحدة. [3]

ب- الفرض الثاني:

إذا كان مالك الرقبة واحد، وأصحاب الانتفاع متعددون - على الشيوع طبعا- فباع أحد منهم نصيبه لغير مالك الرقبة، فيكون عندها لمالك الرقبة، أن يأخذ هذا النصيب بالشفعة، حتى لو كان المشتري أحد الشركاء في الانتفاع، ذلك أن مالك الرقبة مقدم في ترتيب الشفعاء على الشريك، وهنا يصبح المالك نتيجة أخذه بالشفعة، مالكا لجزء من العقار ملكية تامة، أما الجزء المتبقي، فتقتصر ملكيته له على الرقبة[4].

---

(1) - جبار جميلة، **"نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة**، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 67.

(2)- سليم محمد محي الدين إبراهيم، **الحقوق العينية، " حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه"**، الجزء الأول، منشورات الجامعة الحقوقية، بيروت،2004، ص 87.

(3) - هرجة مصطفى مجدي، مرجع سابق، ص 26.

(4)- زكي محمود جمال الدين، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، مطبعة جامعة القاهرة، 1978،ص 430.

ج- الفرض الثالث:

يتمثل هذا الفرض في تعدد ملاك الرقبة على الشيوع، ولنفترض أنهما اثنان ، ويملك كل منهما النصف على الشيوع، وكان صاحب انتفاع واحدا، فإذا باع المنتفع حقه للغير، فلمالكي الرقبة معا أخذه بالشفعة، فيصبحان مالكين للعقار المبيع ملكية تامة[1].

02 - شفعة الشريك في الشيوع:

تثبت المرتبة الثانية للشريك في الشيوع في حالة بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، وبالتالي يصبح الشريك في الشيوع شفيعا، بعد مالك الرقبة، وفي هذه الحالة يفترض وجود عدد من أصحاب الحق في العقار المشاع، ولكل واحد حصته غير مفرزة، فإذا باع أحد الشركاء في الشيوع حصته إلى أجنبي، ثبت لشريكه أو لباقي شركائه ، حق الشفعة في هذا المبيع، ولا يتحقق ذلك، إلا بتوافر الشروط التالية:

- أن يكون العقار شائعا.
- أن يتصرف أحد الشركاء في حصته عن طريق البيع.
- أن يكون البيع لفائدة أجنبي.

بتحقق هذه الشروط تثبت الشفعة، بعد إحجام مالك الرقبة عن المطالبة بها[2].

هذا ما قرره التشريع المصري في المادة 936 من القانون المدني المصري ، التشريع الجزائري في المادة795 من القانون المدني الجزائري، التشريع اللبناني في المادة 239 من قانون الملكية العقارية اللبناني ، أما بالنسبة للتشريع الأردني فقد نصت المادة1151 من القانون المدني الأردني على ثبوت الحق في الشفعة للشريك في المبيع ذاته، وذلك بقولها: **"** يثبت الحق في الشفعة للشريك في نفس المبيع**.."**، إلا أنها لم تشترط أن يكون المشتري أجنبيا، ويكون لصاحب الحصة الشائعة أن يطلب الحصة المبيعة بالشفعة، سواء كان المشتري أجنبيا أو شريكا، الأمر الذي يعتبر محل انتقاد، ذلك لان مسوغ الشفعة في هذه الحالة ، هو جمع ما تفرق من حق الملكية، ولا يتحقق ذلك بين شريك على الشيوع وشريك

(1)- سليم محي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 189.

(2)- جبار جميلة، مرجع سابق، ص68.

آخر، ولا يكون للشفعة إذا كان المشتري أحد الشركاء، في الوقت الذي تتحقق فيه الفائدة، فيما لو كان أجنبيا[1].

مرد ذلك أن بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي، قررتها التشريعات المقارنة سالفة الذكر ضمن السعي إلى إبعاد الأجنبي، من أن يقتحم نطاق الشركاء في الملكية الشائعة، ومنعه من الاختلاط بهم، لأجل الحد من تعدد الشركاء، وبالتالي التقليل من عددهم كلما أمكن ذلك، لأن هذا قد يؤزم الأمور أكثر، ويزيد من حجم المنازعات العقارية بين الشركاء.

بالإضافة إلى هذا الاعتبار القانوني هناك اعتبارات اقتصادية أخرى، تتجلى في التقليل من الشيوع، وبالتالي التقليل من نفقات وتكاليف العقار، كما أنه يمكن أيضا إنهاء الشيوع عن طريق الشفعة، وبالتالي تجميع الملكية في يد شخص واحد، لهذا يرى الفقهاء بأن نظام الشفعة - بناء على هذا الاعتبار- يعتبر وقاية من تجزئة الملكية، وهي أي الشفعة من الأوضاع المرغوب فيها من الناحية الاقتصادية، بالإضافة إلى أنها تؤدي وظيفة عمرانية جليلة، من حيث الإسهام في تنظيم الملكية العقارية الخاصة ، وتحسينها عندما تجتمع الحصص الشائعة المبعثرة، وتنتقل بحق الشفعة إلى يد واحدة ، تستقل بممارسة سلطاتها عليها[2].

03- شفعة صاحب حق الانتفاع:

تثبت صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وينبغي التمييز، بين أن يشفع صاحب حق الانتفاع في الرقبة، وبين أن يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع ، وذلك بصفته مالكا في الشيوع، ففي الحالة الأولى فإن مرتبته بين الشفعاء هي المرتبة الثالثة، أما في الحالة الثانية فإن مرتبته ستكون الثانية، شأنه في ذلك شأن جميع الشركاء في الشيوع[3].

---

(1)- طلبة خطاب ، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص331.

(2)- دغيش احمد، **"حق الشفعة في التشريع الجزائري"**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، "تخصص القانون الخاص"، جامعة أبو بكر بلقا يد- تلمسان، 2007-2008، ص210.

(3)- أحمد خالدي، **الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري**، دار هومة، ط01، الجزائر، 2006، ص 115.

إذا تعدد المنتفعون فإن لكل منهم أن يطلب الشفعة مع مراعاة عدم التجزئة، ونميل هنا إلى الفروض السابقة، لأنه يمكن تطبيق الحلول ذاتها، وهذه الحالة لم يتعرض لها التشريع الأردني، على خلاف التشريع المصري، واللبناني، والجزائري والفرنسي، وهي التشريعات التي تضمنت هذه الحالة.

04- شفعة مالك الرقبة والمستحكر في الحكر:

نص على هذه الحالة التشريعان المصري واللبناني، دون بقية التشريعات الأخرى، وقررا أنه إذا ترتب على أرض حق حكر[1] لشخص معين، وباع المستحكر حقه ، كان لمالك الرقبة أن يشفع في الحكر ، والعكس ، حيث أن للمستحكر أن يشفع في الرقبة إذا باع مالكها حقه.

إذا كانت الشفعة قد أريد بتقريرها في هاتين الحالتين، جمع عناصر الملكية في يد المالك وإنهاء حالة الحكر، فإنها نادرة الحصول في الحياة العملية، فكلا التشريعين المصري واللبناني مثلا، منعا حق الحكر على أرض غير موقوفة، فإذا كانت رقبة العقار وقفا ، فإنها لا تباع إلا في حالة الاستبدال ، وهو أمر قليل الوقوع في الحياة العملية[2].

في جانب آخر نجد أنه إذا انصب البيع على حق الحكر المقرر على الأرض الموقوفة فإنه لا يجوز للواقف – بوصفه مالكا للرقبة- أن يطلب الشفعة وفقا لنص المادة **939/ 2** من القانون المدني المصري، المادة **2/239** من قانون الملكية العقارية اللبنانية.

05- شفعة الجار المالك:

إن غالبية التشريعات التي تعطي للجار المالك حق الأخذ بالشفعة، تجعله في المرتبة الأخيرة بين الشفعاء، وقد تفاوتت هذه التشريعات في تحديد الحالات التي على أساسها يتم الأخذ بالشفعة، فقد حدد القانون المدني المصري الحالات التي يحق للجار المالك، أخذ العقار بالشفعة، وذلك في المادة 936 وهي:

(1)- حق الحكر حق قديم مستمد من الفقه الإسلامي، وغالبا ما يكون في الأراضي الموقوفة، بأن يستحكر الشخص العقار لمدة طويلة، لغايات إعمارها وإصلاحها.

(2)- سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 345.

أ – إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء، سواء كانت في المدن أو في القرى،

ب- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة،

ج- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل".[1]

يأخذ القانون المصري بالحالة الأولى والثانية، أما القانون اللبناني فيعطي الشفعة للجار المالك في المادة 5/239، من قانون الملكية العقارية اللبناني، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع، أو كان لعقاره وللعقار المبيع، اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط، أو في حق الشرب الخاص [2]، وأما التشريع الجزائري فلم ينص على هذه الحالة.

عموما فإنه لكي يستحق الجار المالك الشفعة بسبب الجوار، أوجب الفقه توافر عدد من الشروط العامة، وهي:

- أن يكون العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه متلاصقين،
- أن يكون الجار الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به،
- أن يكون البيع واردا على ملكية العقار المشفوع فيه. [3]

ثانيا: حكم تعدد الشفعاء وتزاحمهم:

يظهر موضوع التزاحم بين الشفعاء، إذا طلب الشفعة أكثر من شفيع، حيث يتعين في هذه الحالة تحديد لمن الأولوية فيها، بمعنى من الأولى بأخذها، وكيف يتم توزيع العقار المشفوع فيه؟.

---

(1)- سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق ، ص 346.

(2)- جبار جميلة، مرجع سابق، ص 68.

(3)- أنور طلبة، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج05، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998، ص356.

فرقت التشريعات المقارنة بين ما إذا كان التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة، أو كانوا من طبقة واحدة، وكذلك إذا تزاحم المشتري مع بقية الشفعاء، وسنبحث فيما يلي كل حالة من هذه الحالات على التوالي:

01- التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة:

إن معنى التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة، هو أن يطلب الشفعة عدد من الشفعاء، الذين تتفاوت أسباب الشفعة في كل منهم، فإذا امتلك شخصان عقارا، ورتبا عليه حق انتفاع لشخص آخر، ثم باع أحد ملاك الرقبة حصته الشائعة فيها، فطلب الشفعة شريكه الآخر في الرقبة ، وصاحب حق الانتفاع والجار، فإننا في هذه الحالة سنكون أمام تزاحم الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقات مختلفة، فأيهم يستحق الشفعة الشريك في الرقبة أم صاحب حق الانتفاع أم الجار؟

فاضلت التشريعات المقارنة بين الشفعاء،إذا طلبوا الشفعة في العقار المبيع ، وهم من طبقات مختلفة، فأشارت المادة01/937 من القانون المدني المصري ، بأن ترتيب الشفعاء، يكون وفقا لما يلي:

- مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع،
- الشريك في الشيوع،إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي،
- صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة،
- مالك الرقبة في الحكر،إذا بيع حق الحكر، والمستحكر إذا بيعت الرقبة،
- الجار المالك"[1].

أما القانون المدني اللبناني، فنجد المادة 240 من قانون الملكية العقارية اللبناني، والتي تنص على أن الشفعة تستحق للشفعاء،إذا كانوا ينتمون إلى طبقات مختلفة، كما يلي:

- مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته.
- الشريك في الشيوع ، إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار الشائع من أجنبي.
- صاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به.

---

(1)- عبد الحميد الشواربي، **أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص40.

- مالك الرقبة في الحكر والسطحية، أو الإجارتين أو الإجارة الطويلة العينية.
- الجار الملاصق للمالك.
- أصحاب طوابق البناء عند بيع أحد هذه الطوابق. [1]

ونص القانون المدني الأردني على ذلك في المادة 1152/ 02 بأنه: " إذا اجتمعت أسباب الشفعة قدم الشريك في نفس العقار ثم الخليط في حق المبيع ثم الجار الملاصق**"**[2].

نص القانون المدني الجزائري على هذه الحالة، في المادة 796 منه، التي تقضي بأنه: " إذا تعدد الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني الجزائري، حيث في الطبقة الأولى يوجد: [3]

- مالك الرقبة ،إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع.
- الشريك في الشيوع.
- صاحب حق الانتفاع.

بناء على ما سبق، سنعمد إلى تناول حالات تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة، كما أوردها التشريع المصري، باعتباره وسع فيها.

أ- مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع:

يأتي مالك الرقبة ، إذا بيع حق الانتفاع في المرتبة الأولى بين الشفعاء عند تعددهم ، وكانوا من طبقات مختلفة، فإذا كان هناك عقار، قد رتب عليه انتفاع لشخصين في الشيوع، وباع أحد صاحبي حق الانتفاع حصته، كان الشفعاء في هذه الحالة اثنين:

مالك الرقبة، وصاحب حق الانتفاع الآخر، فإذا تزاحم الاثنان في طلب الشفعة، فضل مالك الرقبة، لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء[4].

(1)- ادوارد عيد، مرجع سابق، ص 624.

(2) - المادة 1152/ 02، القانون المدني الأردني.

(3) - المادة 795 ، القانون المدني الجزائري.

(4) - حسن كيره، مرجع سابق، ص ص 565،566.

ب - الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي:[1]

يأتي في المرتبة الثانية من الشفعاء الشريك في الشيوع، إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي، فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين مشاعا بينهما، وباع أحدهما حصته الشائعة إلى أجنبي، كان الشفيعان في هذه الحصة، هما الشريك الآخر والجار الملاصق في التشريعات، التي تعطي الحق في الأخذ بالشفعة للجار كالتشريع المصري، اللبناني، الأردني.

وبالتالي تستحق الشفعة للشريك في العقار الشائع دون الجار الملاصق، لأن الأول يأتي في المرتبة الأولى، بينما يأتي الثاني في المرتبة الخامسة.

ج - صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة:

يأتي صاحب حق الانتفاع في المرتبة الثالثة إذا بيعت الرقبة، فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص واحد، وقد رتب عليه حق انتفاع، فأصبح مالكا للرقبة وحدها، ثم باع الرقبة، فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والجار، ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة، فيتقدم على الجار، وهو وحده الذي يأخذ الشفعة دون الجار[2].

د - مالك الرقبة في الحكر إذا بيع الحكر والمستحكر:

إذا بيعت الرقبة، يأتي في المرتبة الرابعة مالك الرقبة، إذا بيع حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقبة، فإذا ترتب على العقار حق الحكر، وباع صاحب الحكر حقه، فإن الشفعة ستكون لصاحب الرقبة والجار، فيتقدم صاحب الرقبة على الجار، وينطبق هذا الحكم على صاحب حق الحكر إذا بيعت الرقبة.[3]

هـ - الجار المالك:

يأتي الجار المالك في المرتبة الأخيرة بين مراتب الشفعاء، ويستحق العقار المشفوع فيه، في حالة عدم وجود أي من الشفعاء الذين ينتمون إلى الطبقات الأربع السابقة عليه.

---

(1)- نبيل إبراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية** ،منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص436.

(2)- سليم منصور الضوى، **الحق في المطالبة بالشفعة**، الناشرون المتحدون، القاهرة. د.ت. ص 10.

(3)- محمد حسين قاسم، مرجع سابق، 271.

02- التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة:

يعني التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة ، في أن يطلب الشفعة عدد من الشفعاء، الذين ينتمون إلى طبقة واحدة، كأن يطلب الشفعة عدد من الشركاء في ملكية الرقبة، عند بيع حق الانتفاع، أو عدد من الشركاء عند بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي [1]، فلا توجد صعوبة في تطبيق هذه الحالة على الشفعاء، فإذا طلب الشفعة عدد من الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة، فان القاعدة في معظم التشريعات المقارنة هي تقسيم العقار المشفوع فيه بينهم، بقدر نصيب كل منهم فيه، حيث نجد ذلك في نص المادة 2/937 من القانون المدني المصري، المادة240 قانون الملكية العقارية اللبناني، المادة796 القانون المدني الجزائري، وقد نصت هذه المواد بأنه:**"**إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه**"**

لقد خالف التشريع الأردني هذه القاعدة ، فجعل استحقاق الشفعاء للشفعة عند تزاحمهم، وكانوا من طبقة واحدة **بالتساوي** بينهم، بقدر نصيب كل منهم، وهذا ما نصت عليه المادة 1153من القانون الأردني حيث قضت بأنه: - إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي- إذا اجتمع الخلطاء قدم الأخص على الأعم**"**[2]

بناء على ذلك فإذا كان طالبوا الشفعة من الطبقة ذاتها ، وكانوا كلهم شركاء في العقار أو خلطاء أو جيرانا، فإن المشفوع فيه يقسم بينهم على عدد الرؤوس.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد أوردت حالة خاصة بالتزاحم بين الخلطاء في الارتفاق، ولم يساوي المشرع الأردني بينهم، فقد قدم الخليط الأخص على الأعم، وقد رتب الخلطة بالنسبة للأخذ بالشفعة، فيأتي: حق الشرب ثم حق المرور ثم حق المسيل، وذلك بسبب طبيعة الاحتياج في كلا العقارين للأخر، فحق الشرب أكثر إلحاحا من المرور وأولى منه، فإذا وقع الاشتراك في المرور، كان أقوى من الاشتراك في المسيل[3].

---

(1) - معوض عبد التواب، **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، المجلد التاسع، الطبعة السابعة، عالم الفكر والقانون، طنطا، 2004، ص 173.

(2) - المادة 1153، القانون المدني الأردني.

(3) - محمد الجندي،" **الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية"**، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة، العدد الأول، مارس، 1997، ص 194.

03 - التزاحم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم:

مؤدى هذه الحالة، أن يقوم شخص ممن تتوافر فيهم أسباب الشفعة بشراء عقار، فيطلب الشفعة في هذا العقار عدد من الشفعاء الآخرين لهذا العقار.

يرى بعض الفقهاء بأن الحالة التي يكون فيها المشتري شفيعا، ليست حالة تزاحم بين الشفعاء، لأن التزاحم إنما يكون بين أكثر من شفيع، لا بين شفيع ومشتري، بينما يرى السنهوري أن المشتري عندما يكون شفيعا، فإن الأمر لا يخل من معنى المزاحمة، لأنه يتقدم على سائر الشفعاء ، إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدني، ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة.[1]

نظمت التشريعات المقارنة هذا النوع من التزاحم بين الشفعاء ، حيث نصت المادة 3/937 من القانون المدني المصري بأنه: **"** إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا، بمقتضى المادة936 ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته، أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى**"**

كما نص على هذا الحكم قانون الملكية العقارية اللبناني في المادة241، والقانون الجزائري في المادة2/796 من القانون المدني الجزائري.

يتبين من النصوص القانونية السابق عرضها، أن التزاحم بين الشفعاء -عندما يكون المشتري واحدا منهم- يتحقق في ثلاثة فروض:

الفرض الأول:

إذا تزاحم المشتري مع شفعاء آخرين من طبقة أدنى، فإن المشتري يفضل على هؤلاء الشفعاء، وهذا ما قضى به التشريع المصري، اللبناني، الجزائري.

مثال ذلك: أن يشتري الشريك على الشيوع حصة شريكه الآخر، فيطلب الجار الشفعة فيها، فإن المشتري في هذه الحالة، يفضل على الجار،لأن سببه الذي يشفع به،أقوى من سبب الجار المالك.[2]

---

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ***حق الملكية***، ج8، مرجع سابق، ص 201.

(2)- عبد الرزاق احمد السنهوري، ***الحقوق العينية الأصلية***، ج9، مرجع سابق،ص592.

الفرض الثاني:

أن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أعلى، فإن هؤلاء الشفعاء يفضلون على المشتري، باعتبار أن سببهم في الشفعة أقوى من سبب المشتري، وهذا ما قضت به التشريعات السابق ذكرها، مثال ذلك: إذا باع شريك على الشيوع حصته الشائعة للجار ، وطلب الشفعة فيها الشريك الآخر، فان الشريك يفضل على الجار[1].

الفرض الثالث:

أن يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقته، فإنه يفضل عليهم، وهذا الحكم وارد في التشريع المصري، اللبناني، الجزائري، مثال ذلك:

لو باع شريك على الشيوع حصته الشائعة لأحد الشركاء، وطلب الشفعة فيها الشركاء الآخرون، فان المشتري يفضل على الشفعاء الآخرين، رغم كونهم من طبقته، وينطبق هذا الحكم على الجار بالنسبة للتشريعات، التي تعطي الأخذ بالشفعة للجار، كالتشريع المصري، اللبناني، الأردني، إلا أنه تجدر الإشارة بخصوص التشريع الأردني- وفيما يخص ثبوت الشفعة للخليط في حق المبيع وللجار الملاصق،حسب ما قضت به المادة1151 من القانون المدني- فقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون المعدل رقم 38 لسنة 2002 ، المتعلق بقانون الأموال غير المنقولة، حيث جاء في المادة الثانية منه:" لا تمارس الشفعة إلا من قبل الشريك في المال غير المنقول"[2]

أي ثم استثناء الخليط والجار الملاصق، واقتصر الحق فقط على الشريك في نفس المبيع.[3]

حسب رأينا فإنه لو بقي القانون المدني **الأردني** دون تعديل لكان أفضل، لأن المقاصد التشريعية من الشفعة، متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار، ولأن العمل بها يحقق رفع الضرر عن الجار ما أمكن، خصوصا في هذا الزمن، الذي قلت فيه مراعاة حقوق الجار، فأخذ الجار بالشفعة فيه، كمال العناية للجار.

---

(1) - حسن كيرة، مرجع سابق، ص ص 572،573.

(2) - قانون رقم 38 لسنة (2002م) رقم (4556) تاريخ 2002/7/16م، ص 3314، معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني رقم 51 لسنة 1958م، ج ر،1410، تاريخ 1959/1/8م، ص 50.

(3) - عباسي جلال ، **الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية**، ط01، المكتبة الوطنية ،1994. ص11.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فبعد أن تغاضى عن شفعة الجار، إلا أنه بعد بداية التغيير في المسار الاقتصادي تدريجيا سنة 1990، نص عليها ضمن نصوص قانون التوجيه العقاري 25/90، ولكن في حالات جزئية خاصة تختلف عما ورد بالتشريعات الأخرى، حيث جاء نص المادة 57من قانون التوجيه العقاري، مكرسا شفعة الجار في نطاق الأراضي الفلاحية فقط ، دون باقي الأصناف الأخرى، وهذا نظرا للهدف الاقتصادي والاجتماعي المنوط بالأراضي الفلاحية، بما يسمح لصغار الملاك ذوي الأغلبية العظمى في المجتمع الفلاحي، من استغلال ثرواتهم العقارية المحدودة ، بكيفية حسنة نتيجة تملك الأراضي المجاورة لأراضيهم الفلاحية بالشفعة[1].

الفرع الثاني

شروط الأخذ بالشفعة

توصلنا إلى حقيقة أن الشفعة بمثابة رخصة استثنائية، فيها خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني، والتي تقضي بأن لا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، وبذلك فإن هناك انعكاسا واضحا على شروطها [2]، ولدراسة هذه الشروط يجب أن نبدأ أولا بتحديد الشروط الواجب توافرها في الشفيع، ثم نعرج إلى تبيان شروط التصرف المشفوع فيه، وكذا شروط المال المشفوع فيه، وهذا ما ستتم معالجته من خلال ثلاثة نقاط:

أولا: الشروط الواجب توافرها في الشفيع:

حيث أن الشفعة بحسب مآلها، سيتمخض عنها حلول الشفيع محل المشتري في بيع عقار معين، نتيجة لقيام سبب من أسباب الشفعة في جانبه، فيجب أن يتوافر في هذا الشفيع جملة من الشروط، كي يتحقق له أخذ العقار المبيع بالشفعة، وتتجسد هذه الشروط فيما يلي:[3]

---

(1)- اسماعين شامة ، **النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري "دراسة وصفية وتحليلية"**، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 243.

(2) - كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص 177.

(3)- في قرار صادر بتاريخ 12 سبتمبر2011، رفض مجلس الدولة الفرنسي تمرير مسألة ذات أولوية للمجلس الدستوري، بخصوص دستورية المادة 1/210 من قانون التهيئة العمرانية، الذي يحدد شروط ممارسة حق الشفعة

- Recueil Dalloz, Droit Immobilier, 29 sebtember2011,N^0 33, p2277.

01 – الشروط الأولية:

يجب أن تتوافر هذه الشروط في الشفيع ابتداء، حتى يحق له طلب الشفعة، وهي:

- يجب أن يكون الشفيع شخصا من أشخاص القانون، حيث أن الشفعة حق من الحقوق المالية، لذلك فإنه يكون لكل من ثبت له الشخصية القانونية، صلاحية اكتساب هذا الحق، وبناء على ذلك، فان الحق في الشفعة يثبت للشخص الطبيعي والاعتباري على السواء، سواء كان من أشخاص القانون العام أو الخاص[1].

- يجب أن تتوافر في الشفيع أهلية التصرف[2].

02 - الشروط السلبية:

قد يتوافر لبعض الأشخاص السبب في الأخذ بالشفعة، ولكن الشفيع لا يستطيع المطالبة بها، ويمكن حصر هؤلاء الأشخاص في فئتين:

أ- الممنوعون من الشراء: حيث لا يجوز لهؤلاء الأخذ بالشفعة، لأنه يترتب على الأخذ بالشفعة، أن يصير الشفيع في مركز المشتري، كما لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء، أن يشفعوا في العقارات المعهود إليهم بيعها، أو تقدير قيمتها، لأن هؤلاء ممنوعون من شراء هذه العقارات، ولا يجوز أيضا للقضاة ولا لأعضاء النيابة، ولا للمحامين ولا للمحضرين، أن يشفعوا في الحق المتنازع فيه، إذا كان النظر في النزاع ، يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها[3].

ب- الوقف : حيث نصت المادة 2/939 من القانون المدني المصري على أنه: " لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة".

ونصت المادة254 ملكية عقارية لبناني على أنه :" لا شفعة للوقف" ، يتبين من ذلك أنه لا يجوز للوقف - باعتباره شخصا اعتباريا- أن يأخذ بالشفعة في العقار المبيع، ولو توافر به سبب من أسباب الشفعة، وعلى ذلك فإذا كان العقار الموقوف حصة من عقار شائع، وباع

---

(1) - نبيل إبراهيم سعد، **الشفعة علما وعملا**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص72.

(2)- عبد الوهاب عرفة، **الوجيز في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار في ضوء أحكام محكمة النقض**، دار المطبوعات الجامعية، 2005.ص15.

(3)- عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص398.

أحد الشركاء حصته الشائعة، فلا يجوز للواقف أن يأخذ هذه الحصة بالشفعة، وإذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف، فلا يجوز للواقف أن يشفع في العقار المبيع على أساس الجوار[1].

03- الشروط الايجابية.

تتعلق هذه الشروط بالشفيع من وقت توافر سبب من أسباب الشفعة فيه، وإلى أن يتم الأخذ بالشفعة، وتتضمن الشروط الايجابية شرطين هما:

- شرط كون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه، من وقت البيع، وسبب الشفعة قائما لديه، وقت صدور البيع المشفوع فيه.

في التشريع المصري يجب أن يتوافر سبب الشفعة، سواء كان ملكية مفرزة أو ملكية شائعة، أو ملكية رقبة، أو حق انتفاع أو حق حكر، أما حسب التشريع الأردني فلا تجوز الشفعة إلا في الأراضي الملك، فإذا كان حق الشفيع ناشئا عن تصرف قانوني، فإنه يجب أن يكون هذا التصرف مسجلا قبل البيع المشفوع فيه، وذلك لأن الحق الذي يشفع الشفيع بموجبه، يكون دائما حقا عينيا عقاريا، والتصرف لا ينقل هذا الحق إلا بالتسجيل، فإذا كان العقد الذي تلقى به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع ، فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة[2].

إن هذا ما أقرته معظم التشريعات المقارنة كالتشريع اللبناني، الجزائري، الأردني، على خلاف ذلك أجاز التشريع المصري الشفعة في العقار المبيع ، ولو كان عقد البيع ابتدائيا لم يسجل.[3]

- يجب أن يظل سبب الشفعة قائما وموجودا إلى أن يتم الأخذ بالشفعة، قضاءا بحكم يصدر لمصلحة الشفيع أو رضاءا بتسليم المشتري بالشفعة ، واستنادا لذلك فإن الحق الذي يستند إليه الشفيع في طلب الشفعة يجب أن يبقى قائما إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة.[4]

---

(1) - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 278.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، **الشفعة علما وعملا**، مرجع سابق، ص 75.

(3) - محمد شتا أبو سعد، **الشفعة والصورية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 53.

(4) - حسام الدين الأهواني، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعة عين شمس،القاهرة، 1999، ص149.

ثانيا : الشروط الخاصة بالتصرف المشفوع فيه:

تضع معظم التشريعات المقارنة جملة من الشروط، للتصرف المجيز للشفعة، يمكن إجمالها على النحو التالي:

- لا تبرز الشفعة إلى حيز الوجود، إلا عند قيام تصرف قانوني معين، فبدون هذا التصرف لا حديث عن الشفعة، وعلى هذا يشترط لاستحقاق الشفيع الشفعة، أن يكون التصرف القانوني الناقل لملكية المال المشفوع فيه، إلى المشتري المشفوع منه ، قد تم بتوافق إرادتين أو أكثر، وهو ما يعبر عنه بالعقد، وهذا يعني أن الشفعة لا تستحق في التصرف القانوني الذي يتم بالإرادة المنفردة كالوصية مثلا، كما يترتب على اشتراط استحقاق الشفعة بالعقد، عدم جوازها في الواقعة القانونية[1]- بمفهومها الضيق- وبالتالي لا تجوز الشفعة في الميراث والالتصاق والتقادم[2].

- أن يكون التصرف القانوني الذي يجيز الأخذ بالشفعة عقد بيع، وهذا ما قضت به سائر التشريعات المقارنة.

لما كانت الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، الذي هو تصرف قانوني صادر من مالك العقار المشفوع فيه، والمشتري المشفوع منه، وناقل الملكية بعوض، فإنه توجد في هذا الصدد أنواع من البيوع، التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة، نذكر منها:

البيع القابل للإبطال- بيع ملك الغير، البيع المعلق على شرط ، البيع مقابل إيراد مدى الحياة، البيع بالعربون، البيع الابتدائي، وبالمقابل هناك بعض العقود التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة ومنها: عقد الهبة، الوفاء بمقابل، الوعد بالبيع، عقد المقايضة، عقد الشراكة، عقد الصلح، عقد القسمة[3].

تطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه:" يستفاد من أحكام المادة 1159من القانون المدني الأردني أن الشركاء في العقار لو اقتسموا العقار رضاء أو قضاء فان ناتج

---

(1)- الواقعة القانونية le fait juridique" وهي التي يرتب عليها القانون أثرا، بغض النظر عن كون الإرادة، قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر انظر في ذلك صبري السعدي، مرجع سابق، ص20.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، **حق الملكية**، ج 08، مرجع سابق، ص ص 508،509.

(3) - توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص53.

القسمة لا يعطى الغير حق الشفعة، ذلك أن القسمة تتضمن معنى الإفراز، ولذا يجري فيها الجبر، والشفعة لم تشرع إلا في المبادلة المطلقة، وهي المبادلة من كل وجه"[1].

بناء على ذلك فإن البيع هو التصرف الوحيد الذي يجيز الأخذ بالشفعة، أي أن يكون المشفوع منه قد تلقى ملكية العقار في مقابل ثمن نقدي[2].

- أن لا يكون القانون قد منع أخذ المبيع بالشفعة، فقد يمنع القانون أحيانا الشفعة في بعض البيوع ، رغم توافر الشروط القانونية للأخذ بالشفعة في هذه البيوع،مراعاة للغرض أو الحكمة من إبرام هذا النوع من البيوع ، وقد نص التشريع المصري على البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة في المادة 939 ، ونص عليها قانون الملكية العقارية اللبناني في المادتين 2/244، 245، والتشريع الأردني في المادة1161، والجزائري في المادة 798 .

إن هذه النصوص القانونية قد منعت الشفعة في البيوع التالية: البيع بالمزاد العلني[3]،البيع لبعض الأقارب، بيع العقار ليجعل محل عبادة[4].

نخلص من خلال ذلك أنه يشترط في التصرف المشفوع فيه ما يلي:

- أن يكون للبيع المشفوع فيه وجودا قانونيا، أن يكون البيع حقيقيا، أن يكون البيع خالصا، وأن يكون تاما، وأن يكون قائما إلى حين إعلان الرغبة.

---

(1)- قرار محكمة تمييز حقوق رقم 2266/2004(هيئة خماسية)، تاريخ 2005/02/20، منشورات مركز عدالة، يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص143

(2) - أبو جميل وفاء حلمي، **حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه**، ج01، مكتبة النصر، الزقازيق،2003. ص178.

(3)- إن الحكمة من منع القانون الأخذ بالشفعة في البيع ، الذي يتم بالمزاد العلني ، والذي يتحقق فيه الإعلان بالبيع، تكمن في أن الشفيع يستطيع الدخول في المزاد، والحصول على العقار المبيع ، عن طريق لا يحتاج فيه إلى شفعة، بالإضافة إلى أنه لو الوجيز الأخذ بالشفعة في هذا النوع من البيع ، لامتنع الكثير من الدخول في المزاد ، خشية أخذ المبيع بالشفعة، إذا رسا عليه المزاد. مصطفى مجدي هرجة، مرجع سابق، ص 100.

(4)- انقسمت التشريعات المعتمدة بشأن عدم جواز الشفعة في البيوع التي تتم لبعض الأقارب، إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وسع نطاق القرابة المانعة للشفعة، فمنع الشفعة في البيوع التي تتم بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة، ومن هذه التشريعات المصري والجزائري والأردني.

الاتجاه الثاني : منع الشفعة التي تتم بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الإخوة والأخوات فقط ، ويضم هذا الاتجاه التشريع اللبناني.

ثالثا: الشروط الخاصة بالمال المشفوع فيه:

يمثل المال المشفوع فيه، العين المباعة لأجنبي، والتي استحقها الشفيع بسبب الشفعة، وللمال المشفوع فيه - باعتباره من أسباب الأخذ بالشفعة- شروط يجب توافرها فيه، يصح بحجتها، وينعدم بانعدامها ، ونذكر منها ما يلي:

- تشترط التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، اللبناني، الأردني، الجزائري، أن يكون المال المشفوع فيه عقارا، ومن المعلوم أن العقار في القانون هو عقار بطبيعته، أو عقار بالتخصيص، فبالنسبة للعقارات بطبيعتها تجوز الشفعة فيها[1]، سواء كانت العقارات من الأراضي أو بناءات، كما ترد الشفعة كذلك على العقار بالتخصيص.[2]

إن الشرط الأساسي لثبوت الشفعة في العقار بالتخصيص، هو أن يباع مع العقار الأصلي، فإذا بيع مستقلا عن العقار الأصلي، فإن البيع يعتبر واردا على منقول، وبالتالي لا تجوز الشفعة فيه، وبالمفهوم المخالف لهذا الشرط، فإنه لا تجوز الشفعة في المنقولات، وإنما يرد عليها حق الاسترداد.

- يشترط أيضا أن يكون العقار المشفوع فيه مملوكا من وقت البيع حتى ثبوت الشفعة، فإذا كان الشفيع قد كسب هذا العقار بالميراث، وجب أن تكون وفاة المورث سابقة على البيع، أما لو كان قد كسبه بتصرف قانوني، وجب أن يكون هذا التصرف مسجلا في دائرة التسجيل العقاري قبل البيع، أما إذا لم يكسب العقار إلا بعد إبرام البيع، فإنها لا تثبت له.

- عدم تجزئة المال المشفوع فيه، وهذا ما تشترطه عدد من التشريعات المقارنة، بحيث تقرر بأنه يتوجب على الشفيع عند طلب الشفعة،أخذ المال المشفوع فيه بأكمله، فلا يجوز له أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك.

---

(1)- سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سابق، ص 174.

(2)- يندرج ضمن العقارات بطبيعتها، الأرض بمختلف أنواعها، سواء كانت زراعية، أو بورا، أو صحراوية، المناجم، كما يعتبر عقارا بالطبيعة أيضا المباني بمفهومها الواسع كالمساكن، المعامل، الجسور، السدود، الأنفاق.

أما العقار بالتخصيص هو كل منقول لطبيعته رصد لخدمة العقار آو استغلاله كآلة الري، المطاحن، آلات الزرع، الحيوانات.

- رامز أحمد العايدي، **مدخل في دراسة القانون**، ط01، أكاديمية فلسطين للعلوم الأمنية،2010، ص ص 196،195.

تجدر الإشارة في هذا السياق ، أن المشرع الجزائري تكلم عن الشفعة الإدارية ، إذ خول للدولة صلاحيات واسعة للتدخل بغرض استغلال الأراضي الفلاحية استغلالا أمثل وعدم تركها بورا، وتم هذا الاهتمام من خلال المادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري 25/90، إذ أكدت على ضرورة استغلال الأراضي الفلاحية والمحافظة على وجهتها، وإلا تعرض المالك المخل بهذا الواجب إلى جزاءات تصل إلى حد تجريده من ملكيته ، كالوضع الجبري للأرض حيز الاستغلال أو التأجير ، فإذا ثبت وجود أسباب قاهرة جعلت المالك عاجزا مؤقتا عن استغلال الأراضي الفلاحية ، يتدخل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لوضع الأرض حيز الاستغلال ، وإذا لم توضع الأرض حيز الاستغلال وقع المشرع الجزائري جزاءا أخر هو بيع الأرض الفلاحية الخصبة أو الخصبة جدا جبرا في حالة ثبوت عدم استغلالها ، ويتكفل الديوان بالعملية عن طريق البيع بالمزاد العلني ، وهذا الجزاء تبرره الوظيفة الاجتماعية المنوطة بالأرض الفلاحية. [1]

بعد أن تناولنا كيفية تحقق الشفعة وشروط الأخذ بها، سواء ما تعلق بالشفيع أو التصرف المشفوع فيه، أو المال المشفوع فيه ، نعالج في الفرع الموالي إجراءات الشفعة.

الفرع الثالث

إجراءات الشفعة

سنحاول في هذا الفرع التطرق إلى الإجراءات المتبعة في الأخذ بالشفعة، حيث تتمثل هذه الإجراءات في ثلاث مراحل ، وهي: إعلان الرغبة، إيداع الثمن، ورفع الدعوى، وهذا ما سنحاول التطرق إليه، وذلك كما يلي:

أولا: التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة:

لقد اهتمت معظم التشريعات المقارنة بإعلان الرغبة في الشفعة، واعتبرته إجراء هاما، ورتبت عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به، حيث نص المشرع المصري في المادة 940 من القانون المدني المصري على أنه: " من يريد الأخذ بالشفعة في إعلان

---

(1) - تخنوني أسماء، "**الإطار القانوني الجزائري لممارسة الشفعة في العقار الفلاحي**"، مجلة الفقه والقانون، العدد 18، أفريل 2014، ص286.

رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال 15 عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهما إليه ، وإلا سقط الحق في الشفعة"[1].

ونص المشرع الأردني على ذلك في المادة 1162 على أنه: " على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بتسجيل البيع، وإذا أخرها بدون عذر شرعي سقط حقه في الشفعة - لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسجيل"[2]

كما حدد المشرع اللبناني هذه المدة في المادة 2/247 التي تقضي بأنه: " على الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة (10) التي تلي التبليغ،بعد إضافة مهلة المسافة تحت طائلة السقوط"[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد مدة إعلان الرغبة بثلاثين(30) يوما، ضمن نص المادة 799، وهي المادة التي تقضي بأنه:" على من يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها ، إلى البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما (30 يوما) من تاريخ الإنذار، الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل، مدة المسافة إذا اقتضى الأمر."[4].

تطرق المشرع الفرنسي إلى مسألة التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، وجاء ذلك في المادة 815 من القانون المدني الفرنسي ، على النحو التالي:

En cas de préemption, celui qui l'exerce dispose pour la réalisation de l'acte de vente d'un délai de deux mois à compter de la date d'envoi de sa réponse au vendeur. Passé ce délai, sa déclaration de préemption est nulle de plein droit, quinze jours après une mise en demeure restée

(1) - المادة 940، القانون المدني المصري.

(2) - المادة 1162، القانون المدني الأردني.

(3)- المادة 247، قانون الملكية العقارية اللبناني.

(4) - مصطفى لعروم، **الشفعة في القانون المدني**، مجلة الموثق، العدد السادس، 1999، ص40.

sans effet, et sans préjudice des dommages intérêts qui peuvent lui être demandés par le vendeur.(1)

ونشير أن مختلف التشريعات المعتمدة، أوجبت إضافة إلى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ضرورة إبرازها في شكل رسمي، وخلال مدة معينة، كما أوجبت أيضا على الشفيع تسجيل هذه الرغبة، توفيرا للنزاهة في المعاملات القانونية، وبناء على ذلك سنحاول التطرق لثلاثة حالات مهمة، تتعلق بشكل إعلان الرغبة، وميعاد إعلانها، وتسجيل هذا الإعلان.

1- شكل إعلان الرغبة:

يشترط أن يكون إعلان الرغبة في الشفعة رسميا، وإلا كان باطلا، فإذا أراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة، فعليه أن يبدي رغبته في ذلك عن طريق تصريح ، ويجب أن يكون هذا التصريح بعقد رسمي، وإلا كان باطلا ، ولا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا(2)، وهذا ما قضى به التشريع المصري في المادة 942 من القانون المدني ، التشريع الأردني في المادة1055، التشريع الجزائري ضمن نص المادة 801 من القانون المدني.

وبذلك لا يكفي أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة بأي وسيلة أخرى، كما لو كان الإعلان بخطاب بريدي مسجل بعلم الوصول، كما أن إقرار البائع أو المشتري بعلمهما، برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، لا يقوم مقام الإعلان الرسمي(3).

نحن **من جانبنا** نساير التشريعات التي اشترطت الرسمية في إعلان الرغبة، وذلك تيسيرا للإثبات وقطعا للمنازعات.

ب - ميعاد إعلان الرغبة:

يستطيع الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري، إذا علم بوقوع البيع، وذلك دون انتظار أن يصله الإنذار الرسمي، لكن حرية الشفيع في إعلان رغبته، تختلف حسبما إذا كان الشفيع قد علم بالبيع أم لا.

---

(1) - Art 815, code civil français.

(2)- ذلك ما قضى به الاجتهاد القضائي الفرنسي:

- Cass,3e civ,23 November 2011,N0=10.10.1782,Jurisse data, N0=2011,02,5940.

-voir la semaine juridique (Notaire immobilière),17 Fev,2012.N0=07.P43.

(3) - حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 266.

قضت عدد من التشريعات المعتمدة، ومنها التشريع المصري في المادة 02/948، بأن مدة إبداء الرغبة تكون 15 يوما من تاريخ الإنذار الرسمي، الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإن لم يكن يعلم بالبيع، أما إذا كان البيع واردا على عقار، فإن مدة إبداء الرغبة، تكون أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع[1].

قضى التشريع اللبناني حسب نص المادة 248 قانون الملكية العقارية اللبناني بأنه: **"**للشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة، التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة تحت طائلة السقوط، فإذا لم يحصل هذا التبليغ ، فإن حق الشفعة يسقط بعد مضي سنة من تاريخ التسجيل، الذي يجريه المشتري في السجل العقاري، ما لم يقم الشفيع بإقامة الدعوى، بطلب الشفعة أمام المحكمة المختصة**"**.[2]

أما بالنسبة للتشريع الأردني فقد نص في المادة الثانية، من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 لسنة 2002، على أنه من يريد الأخذ بحق الشفعة، أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين(30) يوما، من تاريخ علمه بتسجيل عقد البيع، وإذا تأخر في رفعها بدون عذر شرعي سقط حقه في الشفعة، وفي جميع الأحوال لا تسمع دعواه بعد مرور ثلاثة أشهر، من تاريخ تسجيل البيع في سجلات دوائر تسجيل الأراضي، إلا أن المشرع عاد في عام 2006- ليعدل الفقرة(ج)- ويصبح حكمها مطابقا لحكم المادة 1162 من القانون المدني المشار إليها سابقا، ولتصبح على النحو التالي: **"** وفي جميع الأحوال لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع، في سجلات دوائر تسجيل الأراضي**"**[3].

إذا يتبين مما سبق أن دعوى الشفعة، يجب أن ترفع خلال **ثلاثين** يوما من تاريخ علم الشفيع بالتسجيل، والمقصود بالعلم هو العلم اليقيني.[4]

---

(1) - أنور العمروسي، **الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني**، دار محمود للنشر والتوزيع، 2004، ص 793.

(2) - المادة 248 ، قانون الملكية العقارية اللبناني.

(3)- المادة 1162 من القانون المدني الأردني.

(4)- قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه:" انعقد إجماع الفقه والقضاء على أن العلم المقصود بنص الفقرة 01 من المادة 1162 من القانون المدني، هو العلم اليقيني بحصول البيع، وباسم المشتري ومقدار الثمن، وذلك حتى يتمكن الشفيع أن يقدر رغبته في أخذ العقار بالشفعة أم لا، ولهذا فلا يكفي أن يكون الشفيع قد علم بحصول البيع فقط .

تطرق التشريع الجزائري هو الآخر لذلك، في المادة 807 من القانون المدني، حيث قضت بأنه يجب على الشفيع، أن يعلن رغبته خلال ثلاثين (30) يوما من الإنذار، وإذا لم يحصل هذا الإنذار، وسجل البيع فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع، أما إذا لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع، فللشفيع الحق في إعلان الرغبة، طالما أن شفعته لم تسقط بالتقادم[1]، وهذا ما يستشف من قرار المحكمة العليا الجزائرية الذي جاء فيه:" ... حيث اعتمد قضاة الموضوع على المواد 799 إلى 801 من القانون المدني، ولم يراعوا المادة 802 ، فجاء قرارهم مبنيا فيما قضى به على اعتبار الدعوى مستوفية كل الشروط الشكلية والموضوعية، غير أنه بخصوص أجل رفع الدعوى، فقد ورد في حيثيات القرار أنها رفعت في أجل 30 يوما، لكن دون أن يذكروا تاريخ انطلاق هذا الأجل، أي تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة في الدعوى الحالية، ولا تاريخ رفع هذه الدعوى، علما أن المادة 802 من القانون المدني، تنص على أن انطلاق هذا الأجل هو تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 أي تاريخ العقد التوثيقي المتضمن التصريح بالشفعة، وهو التاريخ الذي لم يذكر في القرار ، ولا في الحكم المستأنف، مما يعرض القرار للنقض". [2]

فيما اعتبر المشرع الفرنسي رغبة الشفيع تكون خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الإعلان، وإذا لم يحصل ذلك، وسجل البيع ، فإن مدة إبداء الرغبة، تكون أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع. [3]

ج - تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة:

إذا كانت الرسمية بالنسبة لإعلان الرغبة إجراءا جوهريا لصحة إجراءات طلب الشفعة، وقررت بجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فتسجيل هذه الأخيرة شرع لحماية

قرار محكمة تمييز حقوق ، رقم 587/1981 (هيئة خماسية)، تاريخ 24-11-1981 ، يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 148.

(1) - جبار جميلة، مرجع سابق، ص 75.

(2) - قرار رقم 406629 ، المؤرخ في 2007/09/12،مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص، ج03، 2010، ص330.

(3) - Art 815, code civil français.

مصلحة الشفيع من خطر المشتري في العقار المشفوع فيه، وتتم عملية تسجيل عقد إعلان الرغبة في الشفعة على يد الموثق، الذي يحرر عقد التصريح أي الإعلان[1].

يكون التسجيل بمكتب الشهر العقاري التابع لموقع العقار المشفوع فيه، إضافة إلى ذلك وضمن المشتملات الرسمية المطلوبة، يتم قيد هذا الإعلان في مكتب المحافظة العقارية (دوائر تسجيل الأراضي) المختصة إقليميا،حتى يستطيع الشفيع أن يكون في مأمن من تصرفات المشتري بعد إتباع هذا الإجراء ،حيث تصبح بعد ذلك غير نافذة في حقه[2].

يلاحظ أن كلا من التشريع المصري، الجزائري، لم يحدد أجلا معينا بتسجيل إعلان الرغبة، فيمكن إجراؤه حتى بعد رفع دعوى الشفعة ، غير أن للشفيع مصلحة في الإسراع بتسجيل الإعلان، لأنه كلما تأخر في ذلك ، عرض نفسه لخطر تصرفات المشتري، وأكثرها شيوعا، حالة توالي البيوع[3] ، أي أن المشتري يقوم بإعادة بيع العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان، وهذا الأخير يقوم بدوره ببيعه إلى مشتر ثالث، وهكذا، مما يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع، بالبيع أو البيوع المتتالية، حيث ينبغي في هذا الصدد التفريق بين صورتين:

الصورة الأولى: إعادة البيع بعد تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة

حيث إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، إلى مشتر ثان، فإن هذا البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع، الذي سجل وأشهر تصريح رغبته الأخذ بالشفعة، وبذلك أصبح التصريح المسجل حجة ضد الغير، حسب ما قضت به المادة 938 من القانون المدني المصري، المادة801 من القانون المدني الجزائري، ومؤدى ذلك أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، متى كان مسجلا في الشهر العقاري، فإنه يظل صحيحا دون الاعتداد بالبيع الثاني أو الثالث، لحصولهما بعد تسجيل الإعلان المذكور.[4]

---

(1) - هذا ما قضى به أيضا الاجتهاد الفرنسي :

- Cass,3^{e} civ,15 Fev 2012,N^{0}=11.10580,Jurisse data, N^{0}=2012.

- La semaine juridique (Notaire immobilière),29 juin,2012. N^{0}=26.P45.

(2) - مصطفى لعروم، مرجع سابق، ص 35.

(3) - عبد الحميد المنشاوي ، **شرح قوانين الشهر العقاري**، دار الفكر العربي، ط02، 1999، ص 126.

(4) - أنور طلية، **الشفعة والتحايل لإسقاطها**، مرجع سابق، ص 418.

الصورة الثانية: إعادة البيع قبل تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة إلى مشتريين، فيكون هذا البيع نافذا في حق الشفيع، طبقا لأحكام المواد 983 من القانون المدني **المصري**، 797 من القانون المدني الجزائري. [1]

معنى ذلك أنه على الشفيع أن يوجه إعلانه إلى المشتري الأول بصفته بائعا في البيع الثاني، والى المشتري الثاني بصفته مشتريا منه، شريطة أن يكون البيع مما تجوز الشفعة فيه، أي لا يوجد أي مانع قانوني في الأخذ بالشفعة.

هذا ويعفي تسجيل إعلان الرغبة للشفيع، من توجيه إجراءات الشفعة، إلى من يكون قد تلقى حق الملكية من المشتري الأصلي، حتى ولو قام بشهر هذا الحق[2].

نشير في هذا الإطار إلى أن المشرع الجزائري لم يفرض في نصوص القانون المدني إشهار عريضة رفع دعوى الشفعة ، واكتفى بوجوب تسجيل الرغبة في الشفعة حماية للغير، وكذا بوجوب شهر الحكم القضائي النهائي الصادر بثبوت الشفعة ، كما أن المحكمة العليا أكدت في أحد قرارتها على أن دعوى الشفعة لا تدخل ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 والذي جاء في حيثياته أنه من المقرر قانونا أن دعوى الشفعة لا تدخل ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85من المرسوم المشار إليه أعلاه[3] ، وما دام القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعنة شكلا ، بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فانه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المذكورة [4].

---

(1) - نصت هذه المواد بأنه "إذا اشترى شخص عقار تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة، أو قبل تسجيل هذه الرغبة، فلا يجوز للشفعة، إلا من المشتري الثاني، وحسب الشروط التي اشترى بها".

(2) - محسن محمد الحسني، **إجراءات الشهر العقاري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 110.

(3)- مرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل التجاري، ج ر، ع 30، بتاريخ 1976/04/13، ص498.

(4) - القرار رقم 194437 ، المؤرخ في 2000/04/26، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج01، 2004، ص176.

ثانيا: إيداع ثمن البيع والمصاريف:

بعد انتهاء الإجراء الأول من إجراءات الشفعة، وهو إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بها، يأتي الإجراء الثاني وهو إيداع الثمن، و الذي هو إجراء أوجبته معظم التشريعات المقارنة، للمحافظة على حقوق ذوي المصلحة، وضمانا لجدية الأخذ بالشفعة والتضييق من نطاقها ، لذا فهو يعد عاملا أخر لتقييد حرية الشفيع، ومن النصوص القانونية التي فرضت هذا الإجراء، نجد نص المادة 2/942 من القانون المدني المصري التي قضت بأنه:

"خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة-يجب أن بودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار، كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإذا لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم، سقط حق الأخذ بالشفعة"[1].

كما نص التشريع اللبناني على ذلك في المادة 249 من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه: " لا يمكن استعمال حق الشفعة، إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضا تاما، وهذا التعويض يشمل ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعليا، يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر، إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع..."[2].

كما ورد في التشريع الأردني أيضا النص على ضرورة إيداع الثمن في المادة 1/02/ب ، من القانون المعدل المشار إليه سابقا بأنه: " على مدعي الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه، أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع، أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره، وفي حال الادعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي، أو بدل المثل ، فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه، أو تقديم الكفالة به، على أن لا يؤثر ذلك في حقه استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي، أو بدل الثمن المقدر"[3].

---

(1) - أبو جميل وفاء حلمي، مرجع سابق، ص194.

(2) - المادة 249، قانون الملكية العقارية اللبناني.

(3) - يوسف عبد الصمد الجريري، مرجع سابق،ص55.

إن هذا ما قضت به محكمة البداية، حيث قررت أن الثمن الموجب دفعه، عند رفع الدعوى بمبلغ22 ألف دينار، لذلك تكون الكفالة البنكية المرفقة مع لائحة الدعوى - بقيمة 22 ألف دينار حسب تقدير المحكمة- لا تخالف القانون[1]."

ونص التشريع الجزائري هو الآخر على ذلك من خلال المادة801 من القانون المدني، بأنه:" يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بيد الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم، سقط الحق في الشفعة"[2].

يمكن أن نستخلص في نهاية هذا المبحث ، أن الشفعة نظام استثنائي، يحد من سلطان الإرادة ، بحيث أن الشفيع يدخل في علاقة تعاقدية، لم يضع شروطها، فيجبر البائع على التعاقد معه ، مما يفقد المشتري حقه في العقار، الذي اشتراه، ويجبره على التخلي عنه، ونظرا لخصوصية هذا القيد، فقد ضبطت التشريعات المقارنة - التي كانت محل الدراسة - أحكامه، وحددت الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى هذا الطريق الاستثنائي، وذلك بإتباع مجموع الإجراءات التي تمت الإشارة إليها سابقا.

المبحث الثاني

الشرط المانع من التصرف والرخص العمرانية كقيود على الملكية العقارية الخاصة

شكل التطور الذي لحق بحق الملكية وممارستها في ظل الوسط الحضري والاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية إطارا مناسبا لمراجعة التصور الخاص بحرية التصرف في الملكية ، خصوصا إذا كان هذا التصرف يقترن بجملة من الاعتبارات المالية التي يتم إبرازها على أساس الاحتجاج بالحق في التصرف دون الأخذ في الاعتبار مجمل الآثار السلبية الناجمة عن ذلك التصرف ، أو أن يتجه الفرد إلى محاولة تغيير النمط العمراني بناءا أو هدما أو تعديلا ، بما يراه مناسبا دون الأخذ في الاعتبار خصوصية المحيط العمراني وحاجة المجتمع إلى ضبط التوسع العمراني ،

(1)- قرار محكمة تمييز حقوق رقم 3422/20 (هيئة خماسية)، تاريخ 02/04/2001، يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 50.

(2) – جبار جميلة، مرجع سابق، ص 72.

وما يقتضيه من إجراءات قانونية وترتيبات هندسية للمحافظة على حياة الأفراد وحقوقهم بالدرجة الأولى، وكذا حقوق المعنيين والمتأثرين بهذا التغيير ، وعلى هذا النحو يمكن الإشارة في مجال تقييد الملكية العقارية الخاصة إلى شرطين يمكن تنظيمهما على النحو التالي : الشرط المانع من التصرف من جهة ، والرخص العمرانية من جهة أخرى ، وهذه الأخيرة تضم رخص البناء والتجزئة والهدم ، والتي نراها في مجموعها تشكل تقييدا للملكية العقارية الخاصة

المطلب الأول

الشرط المانع من التصرف كقيد على الملكية العقارية الخاصة

يؤكد الواقع دوما أن الاعتبارات المالية تتزايد أهميتها، ولا ينكر القانون حماية هذه الاعتبارات- حتى ولو تعارضت مع الاعتبارات المعنوية- مادامت تعبر عن مصالح مشروعة، ورغم ذلك فهناك من أحكام القانون ما لا يسير في هذا الاتجاه، بل على العكس تأخذ في اعتبارها المصالح العائلية والمعنوية، وتعظم من أهميتها على حساب المصالح المالية، عند وقوع تعارض بينهما، ويعد الشرط المانع من التصرف مثالا نموذجيا لهذا التعارض، حيث يجوز حرمان المالك - بصفة مؤقتة - من سلطة التصرف فيما يملك، بمقتضى شرط إرادي يرد في عقد أو وصية، ويمنع المالك من التصرف في مال معين من أمواله، ونظرا لأن الشرط المانع من التصرف، يرد على خلاف الأصل، أين يكون للمالك حرية التصرف في ملكه، لذلك قيد مثلا التشريع المصري والأردني هذا الشرط، ولم يجيزاه إلا بقيود أو ضوابط معينة.

بناء على ما سبق ذكره سنحاول في هذا المبحث تحديد المقصود منه، وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له، كما نتناول النطاق الذي يرد عليه الشرط المانع من التصرف وطبيعته القانونية، وأخيرا نعرض للجزاء المترتب على مخالفته، لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، كما يلي:

- الفرع الأول: مفهوم الشرط المانع من التصرف

-الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف وشروطه

- الفرع الثالث: نطاق الشرط المانع من التصرف وأثاره

الفرع الأول

مفهوم الشرط المانع من التصرف

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشرط المانع من التصرف، وذلك بتحديد معناه في اللغة العربية، ثم في الاصطلاح القانوني، وذلك كما سيأتي:

أولا- التعريف اللغوي للشرط المانع من التصرف

سنتعرض في هذا العنصر إلى التعريف اللغوي للشرط المانع من التصرف، بإحداث التقسيم فيه من خلال بيان التعريف اللغوي للشرط، ثم التعريف اللغوي للمانع، وأخيرا التعريف اللغوي للتصرف، وهذا عبر النقاط الثلاثة الموالية:

01-التعريف اللغوي للشرط:

الشرط: ما يلزم من عدمه العدم،أو ما يتوقف عليه تحقيق الشيء، ولا يكون داخلاً في ذلك الشيء، ولا مؤثراً فيه، وبالضرورة ينتفي بانتفائه، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ومصدر الفعل شرَط الاشتراط،ويُجمَع على شروط، كما يُجمَع على أشراط، ومنه قوله سبحانه عند الحديث عن الساعة:

ْ يَنْظُرُونَ إِلاَّ السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا"[1].

وفي الحديث:"لا يجوز شرطان في بيع واحد"[2]،وقد أخذ بظاهر الحديث بعض أهل العلم، فقال: إن شرط في البيع شرطا واحدا صح ، وإن شرط شرطين ، أو أكثر لم يصح، ومذهب الأكثر ، عدم الفرق بين الشرط والشرطين ، واتفقوا على عدم صحة ما فيه شرطان.

كما يرد الشَرْط في اللغة بمعنى العلامة، وجاء في أصول السرخسي:

" الشرط في اللغةإلعلامة اللازمة، ومنه سمى أهل اللّغة حرف إنْ حرف الشرط، من قول القائل لغيره: إن أكرمتَني أكرمتُك، فيصير إكرام المخاطب علامة لازمة لإكرام المخاطب إياه، فكان شرطا من هذا الوجه."[3]

---

(1)- سورة **محمد، الآية 18**

(2)- أحمد بن الحسين البيهقي،**سنن البيهقي الكبرى**، ج 10، السعودية دار الباز، ط01، 1994. ص 324، رقم الحديث 2142.

(3)- محمد بن أحمد السرخسي، **أصول السرخسي**،ج02، مرجع سابق، ص 303 .

ويظهر من هذه النُقول، أن الشرط في اللغة العربية من الألفاظ المشتركة، التي لها عدة معان منها العلامة، ومنها:إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه،والشرط في اصطلاح الفقهاءما ارتبط غيره به انعداماً لاوجوداً، وكان خارج الماهية، كالطهارة لصحة الصلاة، والشاهدان كشرط لصحة عقد النكاح.

وعرفه الشوكاني بقوله: " وحقيقة الشرط: هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف ظاهر منضبط، يستلزم ذلك أو يستلزم عدم السبب، لحكمة في عدمه، تنافي حكمة الحكم أو السبب"[1].

وبيانه: أن الحول شرط في وجوب الزكاة، فعدمه يستلزم عدم وجوبها، والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته، والإحصان شرط في سببية الزنا للرجم، فعدمه يستلزم عدمها.

02- التعريف اللغوي للمانع:

المنع في اللغة يطلق على معان متعددة، هي: الحرمان وهو ضد الإعطاء، والكف، والمنازعة، والتقصير، فيقال مُنع فلانا حصته أي حرم منها، ومنه قوله تعالى: مَّنَّاعٍ لِلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَثِيمٍ " [2]

أي حارم منه، كما يقال: امتنع عن الشهادة أي كف عنها، وكذلك: مانع الشيء أهله نازعهم فيه، وهو في مَنَعَةٍ من قومه أي قوة وحماية.[3]

والمانع في الاصطلاح الأصولي: الوصف الظاهر المنضبط الذي يستلزم وجوده، حكمة تستلزم عدم الحكم أو عدم سببه ، أو هو الأمر الشرعي الذي ينافي وجوده الغرض المقصود من الحكم ، أو من سببه[4]، وإذا أردنا توضيح معناه أكثر، فإنه: ما توقف وجود غيره على انعدامه، وكان خارجا عن ماهيته، والمانع اسم فاعل من فعل منع، فالقتل والرق والكفر موانع الإرث، وكذلك وجود من هو مقدم في الدرجة على الترتيب المعروف: بنوة ثم أبوة ثم أخوة ثم عمومة؛ فيحجب الأول الثاني ويمنعه من الإرث، ومن قتل أباه يمنع من

---

(1)- محمد الشوكاني، **إرشاد الفحول**، دمشق دار الكتاب العربي، ج01، ط01، 1999 . ص27.

(2)- سورة **القلم** ، الآية 12.

(3)- أحمد بن محمد الفيومي، ***المصباح المنير***،ج02، مرجع سابق، ص ص581،580.

(4)- محمد الشوكاني، مرجع سابق، ص07

الإرث، لأنه تعجل الشيء قبل أوانه، فعوقب بحرمانه، كذلك التوحيد مانع من الخلود في النار؛ فمن سرق ونهب وغش وقتل؛ ثم مات فتوزن حسناته وسيئاته ، ثم يجازى بحسب ذلك في النار، ثم يخرج من النار بعد ذلك، مادام قد قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله، فهي مانع من الخلود في النار، وعلى هذا يحمل قول الله تعالى: "يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ".[1]

فحتى يستحق الخلود في النار لابد من توافر الأسباب والشروط، وانتفاء الموانع، مثال ذلك أيضاً : الزواج من البنت مانع من العقد على خالتها أو عمتها أو أختها؛ فالإيجاب والقبول والشهود شرط، لكن الزواج من أختها مانع من موانع العقد عليها؛ لقول الله تعالى :

وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلا مَا قَدْ سَلَفَ ".[2]

فمع أن الأصل الحل، إلا أن المانع لما وجد، وجد الحكم بالمنع، كذلك: عدم إرسال الرسل مانع من العذاب، كما قال الله تعالى: "مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ".[3]

من تعريف لفظ المانع، ندرك أنه يرتبط بالسبب، فهذا الأخير هو ما توقف وجود غيره على وجوده، بينما المانع ما توقف وجود غيره على انعدامه، ولقد سماه الشاطبي سببا، و بأنه: السبب المقتضي لعلة تنافي حكمة الحكم.[4]

03- التعريف اللغوي للتصرف:

أصل التصرف لغةً : مأخوذ من مادة صرف، والصرف في مكانه الاكتساب وهو التصرف والاجتهاد، ومن معانيه أيضاً الحيلة، وهي القدرة على التصرف في الأشغال، من أجل ذلك قال اللغويون: صرفته في الأمر تصريفاً فتصرف، بمعنى قلبته فتقلب، وتقلب الفرد في الأمور، هو التصرف كيف يشاء[5].

---

(1)- سورة **النساء**، الأية 93.

(2)- سورة **النساء**، الآية 23.

(3)- سورة **الإسراء**، الآية 15

(4) - الشاطبي، **الموافقات**، ج01، مرجع سابق، ص291.

(5)- الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**،ج04، مرجع سابق ، ص ص161،162.

من خلال هذه المعاني نستدل على أن التصرف في اللغة، هو العمل الذي يقوم به الإنسان، سواء أكان هذا العمل من الأعمال المحسوسة المشاهدة كقوله وفعله، أو من الأعمال التي لا تحس ولا تشاهد كأعمال القلب.

أما معنى التصرف في اصطلاح الفقهاء، فهو ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل يترتب عليه شرعاً نتيجة من النتائج، ويعرف أيضاً بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواءً كان هذا الأثر إنشاء حق، أو نقله أو تعديله أو إنهاءه [1].

ورد تعريف التصرف أيضاً في قاموس المصطلحات القانونية بأنه: "التعبير عن الإرادة موجهاً لغرض إحداث آثار قانونية"[2].

وعرف بأنه "عملية قانونية مؤداها التعبير عن إرادة عامة أو خاصة، فردية أو جماعية" والتي يكون محلها أو هدفها إحداث نتائج قانونية، كإنشاء قاعدة، تعديل مركز قانوني، خلق حق ... الخ[3].

من خلال التعاريف السابقة لابد من توضيح مسألة، تتمثل في أن أغلب الكتاب قد أطلقوا تسمية (التصرف)، وقلة قليلة استخدمت لفظ (العمل).

ونحن نرى أن التسمية الصحيحة، والتي سنستخدمها في دراستنا هذه، هي التصرف وليس العمل، فالعمل قد يكون إرادياً أو غير إرادي، وقد يكون ظاهرة طبيعية أو واقعة مادية، والمهم هو أن القانون يرتب عليها آثاراً معينة.

بينما التصرف القانوني هو إرادي محض، تتجه فيه الإرادة إلى إحداث نتائج قانونية معينة، تمييزاً لها من الأعمال المادية، وترجع إلى إرادة الشخص المنفردة كالوقف والوصية والوعد بجائزة، وقد يرجع إلى إرادتين كما في العقد.

---

(1) - محمود محمد الطنطاوي، **حقيقة التصرف وأقسامه**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة 15، 1973، مطبعة جامعة عين شمس، ص01.

(2) - Raymond Guillén et Jean Vincent, **Lexique De termes Juridiques**, DALLOZ, 1972, P07.

(3) - Gérard Cornu, **Vocabulaire Juridique**, presses Université RES De France, Paris, 2000, P16.

بعد أن قمنا بتحديد معنى كل لفظ على حدى، سنحاول الجمع بين الألفاظ الثلاثة، وذلك ضمن محاولة تحديد التعريف الاصطلاحي للشرط المانع من التصرف.

ثانيا- التعريف الاصطلاحي للشرط المانع من التصرف

عرف المشرع المصري الشرط المانع من التصرف ضمن نص المادة 823القانون المدني مصري على أنه:

"- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة.

– ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف، حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو للمتصرف إليه أو الغير"[1].

وعرفه المشرع الأردني في المادة 1028 بأنه: "ليس للمالك أن يشترط في تصرفه -عقدا كان أو وصية - شروطا تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة، وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محددة."[2].

ما يلاحظ من مدلول التشريعين السابقين أنهما:

– تبنيا نفس التعريف للشرط المانع من التصرف، على أنه كل شرط وارد في عقد أو وصية، ويهدف إلى منع المالك من التصرف بمال معين من أمواله

– استعمل كلا التشريعين اصطلاحي المتصرف والمتصرف إليه، مما قد يوحي بأن الشرط لا يرد إلا في تصرف ناقل لحق عيني، ولئن كان هذا هو الغالب في العمل، إلا أنه ليس محتما أن يكون الشرط مصحوبا بنقل حق عيني، فقد يشترط المستأجر على المؤجر في عقد الإيجار، ألا يتصرف في العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار.

– أسهب كلا التشريعين في تبيان المصالح المشروعة، حين تم وصفها بأن قد تكون للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، وهو بيان يجمع كل المصالح المتصورة، ولعل هذه العبارة قد قصد بها، إلى التأكيد على أن المصلحة قد تكون للغير.

---

(1) - المادة 823، القانون المدني المصري.

(2) - المادة 1028، القانون المدني الأردني.

–تطرق هذه النصين إلى الشرط المانع من التصرف، فلم يمد المشرع المصري حكمه إلى الشرط المقيد للتصرف، أما التشريع الأردني فقد استخدم عبارة شروط تقييد حقوق المتصرف إليه، ولم يستعمل عبارة المنع من التصرف.

بالنسبة للتشريع اللبناني، فإن الشارع لم يأت بنصوص عامة، تتناول هذا الموضوع بطريقة مباشرة على نحو التشريعين المصري والأردني، غير أن هناك نصا في تقنين أصول المحاكمات المدنية، يشير بصفة عرضية إلى شرط المنع من التصرف، إذ قرر في المادة 594 أنه: **"**لا يجوز إلقاء الحجز - وإن يكن احتياطيا - على المبالغ أو الأموال الموهوبة أو الموصى بها، مع اشتراط عدم قابليتها للحجز أو التفرغ، على أن مدة الحجز على هذه المبالغ والأموال تتحدد بعشر سنوات من تاريخ وضع يد الموهوب له أو الموصى له، ويكون للأشخاص الذين يصبحون دائنين بعد المدة المذكورة، وحدهم الحق بإلقاء الحجز على الأموال أو المبالغ المشار إليها.**"**

وإذا كان المشرع قد عرض هنا لشرط المنع من التفرغ أو التصرف، أو لمنع الحجز بالنسبة للأموال الموهوبة أو الموصى بها، فإنه قد عرض بصفة عامة لشرط المنع من التصرف من حيث الإقرار بالمبدأ، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان يتكلم عن شرط المنع في حالتي الهبة والوصية، فإنه أدخل في الاعتبار أن هذين التصرفين، هما أهم التصرفات التي يرد فيها الشرط من الناحية العملية، ولهذا فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكان ورود الشرط في تصرف آخر من المعاوضات كالبيع، وهذا ما يقع في حالة اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في البيع، إلى حين إتمام الوفاء بالثمن[1].

وجاء في المادة 584 من قانون العقود والموجبات اللبناني أنه: " يحق للمستأجر أن يؤجر كل المأجور أو جزءا منه وان يتنازل عن الإجارة لغيره، ما لم يكن قد نص في العقد على منعه من الإيجار أو التنازل، أو كان هذا المنع مستفادا من ماهية الشيء المأجور.

إن منع التنازل عن الإجارة لا يفيد منع المستأجر من الإيجار ما لم يكن مصرحا به.

على أن منع المستأجر من الإيجار يفيد منعه من التنازل لغيره ولو مجانا وان لم يصرح بهذا المنع.

(1)- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 182.

ومنع المستأجر من الإيجار يجب أن يفهم بمعناه المطلق فهو يستلزم منعه من الإيجار حتى ولو كان مختصا بجزء من المأجور أو كان الغرض منه إحلال شخص آخر ولو مجانا.

وإذا شرط أن للمستأجر حق الإيجار أو التنازل برضى المؤجر، فليس للمؤجر أن يرفض الإيجار أو التنازل لغير سبب مشروع." [1]

وبالتالي نجد أن المشرع اللبناني أدخل في الاعتبار قدرة المؤجر على الاحتجاج في علاقته مع المستأجر بالشرط المانع، وبين حدود ذلك الاحتجاج ، و حدود حرية المؤجر في التصرف في العين المؤجرة.

فيما يخص التشريع الجزائري فإنه هو الآخر لم يورد نصا صريحا باسم الشرط المانع من التصرف، إلا أنه أورده ضمنيا، والدليل على ذلك هو أنه أجازه في ملكية الأسرة، فنصت المادة 01/740 على ما يلي: **"** ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا**"**[2]

وهكذا منع تصرف الشريك الأجنبي طوال خمس عشر سنة، كأقصى مدة لملكية الأسرة، إلا إذا وافق بقية الشركاء كلهم، وكان القانون نفسه هو مصدر هذا القيد على حق الملكية، وكذلك ما يدل على عدم تحريم هذا الشرط في التشريع الجزائري، هو أنه قد أشير إلى وجوده في المادة 104 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث تنص على أنه: "يحقق المحافظ في البطاقة غير مؤشر عليها، بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير".[3]

وهناك عدة نصوص خاصة في التشريع الجزائري، تتضمن منع المالك من التصرف مؤقتا في ملكيته، مثل عدم جواز بيع حق الانتفاع الممنوح للمنتجين الفلاحيين، الذي جاء بموجب قانون 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية[4] ، إلا بعد مرور 10 سنوات من يوم تأسيس

---

(1)- المادة 584، قانون العقود والموجبات اللبناني.

(2)- المادة 01/740، القانون المدني الجزائري.

(3)- المادة 104، المرسوم 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(4)- قانون 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية ، المؤرخ في 1987/12/08، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر، ع 50، بتاريخ 1987/12/09، ص1918.

المستثمرة الفلاحية حسب المادة 84 من قانون التوجيه العقاري، قبل أن تلغى بالمادة 12 من الأمر 95-26 المعدل والمتمم لقانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري. [1]

لم يرد بشأن الشرط المانع من التصرف نص صريح في التقنين المدني الجزائري، إلا أنه يمكن استنتاج أن المشرع الجزائري ، أخذ به بالرجوع مثلا إلى المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري من خلال المادة 104منه:"يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير." [2]

نجد أوضح الصيغ المتضمنة لتناول المشرع الجزائري لعنصر الشرط المانع من التصرف ضمن الحقل العقاري، حيث استمر إجراء منع التنازل والتصرف في السكنات المنجزة من الدولة، وتلك التي قدمت إعانات للمواطنين في إنجازها،وذلك لفترة حددت بالنسبة للسكنات التساهمية مثلا في عشر (10) سنوات، ولقد تم الدفع نحو تعديل هذه الآجال مع الاحتفاظ بجوهر المنع ، من أجل أن يتاح المجال نحو تحرر المواطنين من القيد القانوني الذي كان مفروضا عليهم ، والذي كان يمنعهم من بيع سكنات هم يحوزون عقود ملكيتها، بعد استيفاء دفعهم لكامل المستحقات المالية المرتبة عليهم، إلا بعد 10 سنوات من حيازتها، وتم ذلك بإدخال تعديل على المادة 57 من قانون المالية لسنة 2012م، فتم تقليص مدة المنع إلى السنوات الخمسة الأولى من الحصول على المسكن. [3]

في منشور وزاري مشترك بتاريخ 24 فيفري 2013، وقّع بين وزارتي المالية والسكن والعمران ، المتضمن عدم قابلية التنازل عن السكنات الاجتماعية والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة، فإنه نص على قرار إلغاء طابع عدم قابلية التنازل - بموجب المادة 22 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 - بالنسبة للسكن الاجتماعي التساهمي تحت شرط

---

(1)- المادة 12، الأمر 95-26 مؤرخ في 25 /09/ 1995 ، ج ر، عدد 55 ، 27 /09/ 1995، ص 14 ، يعدل ويتمم القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري.

(2)- المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/3/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري.ص 510

(3)- المادة 58 من القانون رقم 11-16، بتاريخ 2011/11/28، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر، عدد 72، بتاريخ 2011/12/29، ص19، تعدل المادة 57 من القانون رقم 07-12، بتاريخ 2007/12/30، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، المعدلة بالمادة 22 من القانون رقم11-11، المؤرخ في 2011/07/18، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

استرداد إعانة الدولة ، وتم النظر لكون التنازل عن هذا الصنف من السكنات - ولو تحت شرط استرداد إعانة الدولة- يمثل تهديدا بإفشال سياسة السلطات العمومية في ميدان امتصاص مشكل السكن، ولمعالجة ذلك تقرر إعادة إدخال عدم قابلية التنازل عن السكنات الاجتماعية التساهمية وصيغ السكنات الترقوية المدعمة، وكذا السكنات المستفيدة من إعانات الدولة وذلك لمدة خمس سنوات، كما اتجه المشرع الجزائري كذلك للأخذ بمضمون الشرط المانع من التصرف عند إثارته لمسألة السكنات الوظيفية، والواقعة ضمن محيط مؤسسات العمل أو المستفاد منها بحكم النشاط والمسؤوليات الرسمية. [1]

من جانبه تعرض المشرع الفرنسي إلى الشرط المانع من التصرف Clauses d'inaliénabilité، وربطه بالوضع المؤقت والمبرر بمصلحة جدية معقولة ومشروعة، وجاء ذلك في المادة 01/900 من القانون المدني الفرنسي، التي نصت على التالي:

Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige. Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales.[2]

إذا بالرغم من اختلاف التشريعات السابقة في منظورها للشرط المانع من التصرف في الملكية العقارية ، إلا أنها سارت في اعتماده في ظل ارتباطه بوجود مصلحة جدية ومشروعة، وكذا بالأخذ في الاعتبار مدة المنع والمقصد من ذلك المنع.

---

(1)- حنان موشارة، **قيود الملكية العقارية الخاصة الواردة في صيغ بعض البيوع العقارية**، مداخلة غير منشورة ضمن الملتقى الوطني حول: **الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08ماي 1945-قالمة، يومي **25 و26سبتمبر 2013**..

(2)-L'art 900-1,code civile français.

ثانيا- تمييز الشرط المانع من التصرف عن بعض الأنظمة المشابهة

يختلط الشرط المانع من التصرف ببعض المفاهيم المشابهة، لهذا سنحاول في هذا العنصر إقامة جوهر التفرقة بينه وبين ما يشابهه، من خلال تبيان أهم الفروق القائمة بين الشرط المانع من التصرف ، وبعض المفاهيم القانونية المشابهة له، كتمييزه عن فكرة خروج المال عن دائرة التعامل، وانعدام أهلية التصرف، وعدم قابلية الأموال لتملكها بالتقادم، كل هذا سنتناوله من خلال ثلاث نقاط كما يلي:

01- تمييز الشرط المانع من التصرف عن خروج المال عن دائرة التعامل:

إن أهم ما يميز الفكرتين، أن المال الممنوع من التصرف هو محل حق ملكية من الناحية الفعلية، ولذا فهو يخضع لأحكام الملكية الخاصة، بينما المال الخارج عن دائرة التعامل لا يكون محلا لملكية خاصة، ومن ثم لا يخضع لنظامها كالأموال العامة. [1]

حيث لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، وذلك بهدف تحقيق الغرض الذي خصصت له، ويرجع سبب خروج المال عن دائرة التعامل، إما إلى طبيعته كالهواء والشمس، وذلك لأنه لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وإما إلى حكم القانون تقديرا للغرض الذي خصصت له هذه الأموال، وهي الأموال المملوكة للدولة بصفة عامة، أو الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأن التعامل بها يعد إخلالا بالنظام العام، كالمخدرات وتجارة الأسلحة المحظورة. [2]

02- تمييز الشرط المانع من التصرف عن فكرة انعدام أهلية التصرف:

إن ما يميز الفكرتين أن منع المال من التصرف، لا يرجع سببه إلى نقص في الأهلية، أو لسبب شخصي في المالك أو فيمن يمثله، فالمنع من التصرف في المال يوجب- بغض النظر عن أهلية المالك- بصفة مطلقة، بينما انعدام أهلية التصرف، معناه عدم جواز تصرف الشخص في أمواله، إلا بعد سن معينة أو بعد استيفاء شروط خاصة[3]، فالوصي يستطيع التصرف نيابة عن القاصر عديم الأهلية أو ناقصها، فانعدام الأهلية لا يعني المنع

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **العقود التي ترد على الملكية "البيع، المقايضة"**، ج 04، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص ص 263،264.

(2) - غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 285.

(3) - نجيب محمد بكير، **الشرط الإرادي المانع من التصرف**، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1996، ص 96.

من التصرف، بل يقضي جواز التصرف بعد استيفاء شروط خاصة، أو اتخاذ إجراءات معينة كاستئذان المحكمة مثلا.[1]

03- تمييز الشرط المانع من التصرف عن عدم قابلية الأموال لتملكها بالتقادم:

إن المنع من التصرف لا يمنع تملك المال الممنوع من التصرف بالتقادم المكسب، فالمنع يعني أن مالك الشيء لا يستطيع أن يمارس بعض السلطات ، وعلى وجه الخصوص سلطة التصرف التي يخولها له حق الملكية، بينما الأموال التي لا يجوز تملكها بالتقادم، فإن المنع ينصب عليها، وذلك لأنها مخصصة لتحقيق غرض معين أو هدف معين بحكم القانون، وهي الأشياء العامة والمملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة[2].

بعد أن عالجنا في هذا الفرع مفهوم الشرط المانع من التصرف، وكذا تحديد أهم الفروق القائمة بينه و بين ما يختلط به من نظم، نتطرق في الفرع الموالي إلى تحديد الطبيعة القانونية له، وكذا تحديد شروطه، وهذا على النحو التالي:

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف وشروطه

لم تحدد النصوص القانونية التي تناولت الشرط المانع من التصرف بالتنظيم، الطبيعة القانونية لهذا الشرط ، مما فتح الأفق واسعا أمام الفقهاء إلى تصور، ووضع العديد من التكييفات له، وكل يدلي برأيه وبحججه، ليتلقى النقد القانوني من سواه، وتحديد هذه الطبيعة، يمكننا من إبراز أهم الشروط الواجب توافرها لصحة الأخذ بالشرط المانع من التصرف، وهو ما سيتم التطرق إليه في نقطتين اثنين:

أولا- الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف

سنتطرق في هذا العنصر للآراء التي قيلت في تحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف، وذلك كما يلي:

---

(1) - عبد المنعدم البدراوي، مرجع سابق، ص 82.

(2) - المرجع نفسه ، ص 83.

01- الانتقاص من أهلية المتصرف إليه

ذهب جانب من الفقه إلى أن الشرط المانع من التصرف، ليس إلا انتقاصا من أهلية المتصرف إليه، إذ يحيل هذا الشرط الشخص الممنوع من التصرف، إلى ناقص الأهلية عندما يريد التصرف في المال الممنوع التصرف فيه[1]، وقد قال بهذا الانتقاص من أهلية المتصرف إليه ، الفقيه الفرنسي جوسران **Josserand.**[2]

لقد تعرض هذا الرأي للانتقاد، ذلك أن أحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز لإرادة الأفراد أن تعدل فيها، ومن جهة أخرى، فإن أهلية الأداء - وهي المقصودة هنا- تدور وجودا وعدما مع التمييز، وحيث لا يكون الشخص أهلا لمباشرة تصرف معين لنقص في تمييزه، فإن المنع ينصرف إليه، لا إلى التصرف ذاته، فهذا التصرف يظل ممكنا، ولكن شخصا آخر - الولي أو الوصي- يباشره نيابة عنه، أما في حالة المنع من التصرف، فإن المنع ينصب على التصرف ذاته، وليس على شخص من يقوم به لنقص في تمييزه، ولذا فإن الأمر لا يحتاج إلى وجود من ينوب عنه، في مباشرة هذا التصرف[3].

اعتمادا على ما سبق، فإننا نتساءل: كيف يكون الشخص الممنوع من التصرف - بموجب هذا الشرط- ناقص أهلية، إذا أراد أن يتصرف في المال الذي يرد عليه هذا الشرط، ولكنه كامل الأهلية إذا أراد أن يتصرف في مال غيره؟ وكيف يكون المرء كامل الأهلية، وناقصها في وقت واحد؟!.

نرى أن هذه الفكرة لا تتفق والمنطق القانوني السليم، بل هي فكرة يعتريها القصور، هجرها الفقه القانوني ، ولم يعد لها وجود.

02- إخراج للمال الممنوع التصرف فيه من دائرة التعامل

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تكييف الشرط المانع من التصرف، على أنه إخراج للمال الممنوع التصرف فيه من دائرة التعامل، بحيث يصبح هذا المال غير صالح لأن يكون محلا للحقوق المالية، أي أنه يطبع المال بطابع عيني، هو عدم قابليته للتصرف[4].

---

(1) - منصور مصطفى ، **حق الملكية في القانون المدني المصري**، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965، ص 107.

(2)- L. Josserand ,op.*cit*. p.73 .

(3)- سعيد عبد السلام، **حق الملكية فقهاء وقضاء**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص159.

(4) - جمعة نعمان، **الحقوق العينية الأصلية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص290.

لكن يؤخذ على هذا الرأي عدم اتفاقه مع القواعد القانونية العامة، التي تمنع إخراج المال من دائرة التعامل إلا بقانون، أما إرادة الأفراد فلا تملك مثل هذا الحق، ويؤخذ عليه ، أن المال الذي يرد عليه الشرط المانع من التصرف - رغم عدم إمكانية التصرف فيه - إلا أنه لا يخرج من دائرة التعامل، بل يبقى مملوكا لمالكه الممنوع من التصرف فيه، بمعنى أنه يظل محلا صحيحا لحق الملكية، رغم وجود هذا الشرط ، ورغم عدم إمكانية التصرف فيه، كما أن مالكه - وإن كان لا يملك حق التصرف فيه- إلا أنه يستطيع أن يرتب على هذا المال بعض الحقوق، التي لا تتنافى مع الشرط المانع من التصرف بهذا المال، وهذا بخلاف المال الخارج عن دائرة التعامل، إذ أنه لا يصلح محلا لأي حق، ولا يجوز أن يترتب عليه حقوق للغير. [1]

03- ترتيب التزام سلبي في ذمة المتصرف إليه

إزاء ما تعرضت له الفكرة السابقة من انتقادات- لم تستطع تجاوزها- فقد ذهب جانب كبير من الفقهاء على رأسهم الفقيهان **"كولان وكابيتان"** ، إلى أن الشرط المانع من التصرف يرتب التزاما سلبيا في ذمة المتصرف إليه، يمنع عليه بموجب هذا الالتزام القيام بعمل هو التصرف في المال الذي يرد عليه هذا الشرط خلال مدة المنع من التصرف[2].

رغم وجاهة هذا الرأي ومنطقيته الظاهرة، وجهت له انتقادات منها:

أن التعهد بالامتناع عن القيام بعمل، يعني أن التزاما قد نشأ في ذمة شخص هو المدين لمصلحة شخص آخر هو الدائن، ويلتزم المدين بمقتضاه بالامتناع عن القيام بعمل معين، فإن هذا الأمر متصور في الحالة، التي يكون الشرط المانع من التصرف فيها، يحمي مصلحة للمتصرف أو الغير، إذ يلتزم المتصرف إليه قبل هؤلاء بالامتناع عن إتيان هذا التصرف الممنوع، لكن التساؤل الذي يثار هنا، هو ماذا يكون عليه الحال في الحالة، التي يكون فيها الشرط المانع من التصرف يحمي مصلحة للمتصرف إليه نفسه؟ كمن يهب شخصا مالا، ويمنعه من التصرف فيه، حماية له من طيشه وسوء تدبيره، هل يكون

(1) - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 107.

(2) - محمود خيال، مرجع سابق، ص 74.

الشخص الممنوع من التصرف ملتزما قبل نفسه؟ أي هل يكون دائنا ومدينا في ذات الوقت؟[1]

04- التكليف العيني

ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى تكييف الشرط المانع من التصرف على أنه عبء، أو تكليف عيني (charge réelle) يرد على مال معين، فيجعله مثقلا بهذا العبء، لمصلحة شخص آخر ، هو صاحب المصلحة التي يحميها هذا الشرط ، مما يجعله غير قابل للتصرف به، وقد قال بهذا الرأي الفقيهان **بيدان وفواران،** ومن العراقيل التي اعترضت هذا التوجه في تكييف الشرط المانع من التصرف، أن المرء قد يتصور وجود عبء أو تكليف عيني لصاحب المصلحة، إذا كان صاحب المصلحة هو المتصرف أو الغير على المال، الذي يرد عليه هذا الشرط، لكن كيف يمكننا أن نتصور وجود هذا العبء أو التكليف العيني، في الحالة التي يرد فيها هذا الشرط لحماية مصلحة للمتصرف إليه؟

هل من المعقول أن نقول أن للمتصرف إليه عبئا، أو تكليفا عينيا على ماله؟![2].

05- تعديل لنظام الملكية

ذهب أغلب الفقهاء إلى تكييف الشرط المانع من التصرف، على أنه ليس إلا تعديلا لنظام الملكية، ينتقص من سلطات المالك بموجب تصرف إرادي، يستمد سلطته من القانون لمدة مؤقتة، حماية لمصلحة مشروعة، فكل ذلك يدعو إلى النظر إلى شرط المنع من التصرف على حقيقته، من كونه مجرد استثناء أو خروج على ما تخوله الملكية أصلا للمالك من سلطة التصرف في الشيء، فهو إذا تعديل للنظام العادي للملكية، يعطي القانون للإرادة سلطات تقريره، لمدة مؤقتة تحقيقا لمصلحة مشروعة.[3]

وأول من قال بهذا التكييف الفقيهان الفرنسيان **ريبيير وبولنجيه،** وتبعهما بعض الفقهاء العرب في هذا الاتجاه، حيث يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: " الصواب أن شرط

---

(1) - محمد شكري سرور، **موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 299-300.

(2)- François chablas, **Obligations, droits réels principaux** ,T2 **,**Ed Montchrestien ,2000, p 220

(3) - حسن كيره، مرجع سابق، ص 131.

المنع من التصرف يورد قيدا على سلطات المالك، إذ يتضمن تعديلا في النظام العادي للملكية بمقتضى إرادة الأفراد"[1].

بناء على ما سبق ذكره فإننا **نرى** صحة توجه الرأي الأخير ، الذي يرى في الشرط المانع من التصرف خروجا عن الأحكام العامة للملكية، حماية لمصالح الناس المشروعة، إذ يشكل قيدا يرد على حق الملكية، فينتقص من سلطات المالك، وهذا التعديل في نظام الملكية هو استثناء من القاعدة الأصلية، التي تتيح للمالك التصرف في ماله.

بعد عرض الاتجاهات المختلفة بشأن طبيعة الشرط المانع من التصرف ، سنعالج في العنصر الموالي الشروط الواجب توافرها، لصحة الأخذ بالشرط المانع من التصرف:

ثانيا- شروط المنع من التصرف في الملكية العقارية الخاصة

يستخلص من النصوص القانونية سالفة الذكر، أنه يشترط لصحة شرط المنع من التصرف توافر شروط لازمة، وهذا ما سنحاول تبيانه فيما يلي:

01- أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع: [2]

جاء في المادة 823 من القانون المدني المصري، بأنه: "... فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن الباعث مشروعا..." [3]

من هنا يمكن القول بأنه اشترط لصحة الشرط المانع من التصرف، أن يكون مبنيا على باعث مشروع، وهذا الشرط هو ما يبرر صحة اشتراط منع التصرف، وينقذه من البطلان[4]، لكن ما هو هذا الباعث المشروع؟

أجاب التشريع المصري صراحة على ذلك، في المادة 2/823 من القانون المدني المصري: **"** ويكون الباعث مشروعا، متى كان المراد بالمنع من التصرف ، حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو للمتصرف إليه أو للغير**"**، وبالفحص الدقيق لهذا النص نجده أن تم الربط بين هذا الباعث، وبين المصلحة المراد حمايتها، فالمصلحة هي عنوان الباعث، فإذا كانت

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ، ص146.

(2)- عبد الجواد السرمني، مرجع سابق، ص 341.

(3)- المادة 823، القانون المدني المصري.

(4)- يرد تعبير الفقيه جوسران هنا بعبارة الباعث المنقذ.

مشروعة كان الباعث مشروعا، وإذا كانت غير مشروعة كان الباعث غير مشروع[1]، ومثال ذلك إذا وهب شخص عقارا لآخر، واشترط عليه عدم التصرف فيه، ليمنعه بذلك من القيام بمشروع علمي، أو بعمل من أعمال الخير، يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه، وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك ، كان الباعث غير مشروع[2].

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يخرج على هذه الصيغة، إلا بحذفه كلمة **"الباعث"**، والاكتفاء بالقول بأن هذه الشروط يجب أن تكون مشروعة، ويقصد بها حماية مصلحة مشروعة، في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد أمر أن يجمع بين القيدين، فاشترط لصحة الشرط المانع من التصرف، أن يكون مبنيا على مصلحة جدية ومشروعة في المادة 01/900 منه، ولا يلزم أن تكون المصلحة المستهدفة من المنع مصلحة مادية، فقد تكون مصلحة أدبية، ويتحقق معهما الباعث القوي ما دامت جدية، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي[3].

إن مشروعية الباعث وقوته اللذان بنيا عليهما المنع من عدمه، من مسائل الواقع التي تختلف من حالة لأخرى وتدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[4].

في اعتقادنا أن المصلحة حينما تكون مبررة ومتفقة مع نهج المشرع وفلسفته، فهي تصح بالنسبة للجميع دونما حاجة إلى ذكر من تتصرف إليه، ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف:

- أن يشترط البائع أو الواهب الذي احتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، عدم التصرف في الشيء المبيع أو الموهوب طيلة مدة الانتفاع، حتى لا يضطر للاتصال بمالك رقبة لا يعرفه.

---

(1) - محمد فوزري، **"الشرط المانع من التصرف في حق الملكية"**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1994، ص 221.

(2)– تيسير عبد الله المقيد العساف، ***السجل العقاري***، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2009، ص 109.

(3) -Y. Chaput,**Les sûretés négatives**, Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1974, p. 167.

(4)- غازي أبو عرابي، **"الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي"**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد الأول، 1998، ص121.

- أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى تمام الوفاء، تأكيدا لما له من حق امتياز، وتجنبا لإجراءات التتبع في مواجهة الغير، ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف إليه - أي المالك-:[1]

- أن يشترط الواهب أو الموصي عدم تصرف الموهوب له أو الموصى له في الشيء الموهوب، أو الموصى به حماية من طيشه وتبذيره[2]، ومن أمثلة المصالح المشروعة للغير:

- أن يشترط الواهب أو الموصي على الموهوب له أو الموصى له، أن يؤدي مرتبا دوريا لشخص ثالث مدى حياته، ويشترط عليه في نفس الوقت عدم التصرف في الشيء الموهوب أو الموصى به، حتى يؤمن لمن تقرر له المرتب استمرار استيفاء هذا المرتب[3].

وبمفهوم المخالفة ، إذا كان الباعث على الشرط غير مشروع، كما لو وهب شخص عقارا لأخر، وضمن عقد الهبة شرطا يمنع بمقتضاه الموهوب له من أن يقيم عليه مسجدا بجوار منزله ، أو ضمنه شرطا يقضي على الموهوب له بأن يبني حانة، فإن هذه الشروط وأمثالها مما يكون له باعث غير مشروع تكون باطلة. [4]

02- أن تكون مدة المنع من التصرف معقولة:

يجب كذلك لصحة الشرط المانع من التصرف، أن يكون هذا المنع مقصورا على مدة معقولة، وعلى ذلك فلا يجوز أن يكون المنع من التصرف مؤبدا، حيث أن ذلك سيؤدي إلى تجريد المالك من سلطة التصرف، التي تعتبر عنصرا جوهريا لحق الملكية، وبالتالي حبس

---

(1)- إبراهيم سيد أحمد، **الشرط المانع من التصرف فقها وقضاء**، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الأزراطية، الإسكندرية، 2004، ص51.

(2) - فرج الله فتحي، محمود شيخة، **التشريع العقاري**، منشورات جامعة حلب، دمشق، 1981، ص105.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص 43.

(4) - أبو مسلم الحطاب، **الشرط المانع من التصرف في التشريع المغربي والتشريع المقارن: التشريع المصري نموذجا**، رحاب المحاكم، العدد الثالث، ديسمبر 2009، ص265.

المال عن التداول بصفة نهائية، كما أنه لا يجوز أن يكون المنع لمدة طويلة، بحيث يتجاوز الحاجة التي دعت إليه. [1]

نجد التشريع المصري قد استخدم عبارة المدة المعقولة ضمن المادة 823 من القانون المدني المصري، حيث أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، لأن حياة الإنسان مهما طالت فهي مؤقتة بميقات لا يعلمه إلا الله، ولكن في ذات الوقت الأمر أولا وأخيرا متروك للقضاء، فهو الذي يقرر حسب الظروف ما إذا كانت المدة معقولة أم لا، بالإضافة إلى تسليم جانب من الشراح بما سلم به القضاء الفرنسي، باعتبار الشرط المانع الذي يرد لمدى حياة المتصرف إليه يجب اعتباره باطلا[2]، وبالتالي يتبين لنا أن المشرع المصري توسع في مدى المشروعية المحددة للمدة المعقولة، بحيث ربطها بمدى حياة أحد الأطراف ، ورغم قانونيتها تبقى دون تفعيل من الإرادة المتعاقدة، ولا تستجيب لها خاصة في التصرفات الملزمة للجانبين، ليبقى العمل بها قاصرا على التصرفات التبرعية مثل الهبة أو الوصية، لأن في ذلك تقييدا لسلطة التصرف للمالك في ماله إلى ما لا نهاية، فتزول عنه أهم السلطات التي تخولها إياه.

أما المشرع الأردني تلافى هذا الأمر، ولم يخصص له فقرة مستقلة، وقد استخدم عبارة "المدة المحددة"، مما يعني أن أطراف العلاقة القانونية قاموا بتحديد مدة شرط المنع من التصرف، وبالتالي استبعاد التحديد الضمني، في حين نجد المشرع اللبناني حدد هو في بعض نصوصه- بالنسبة إلى بعض التصرفات- المدة القصوى التي يصح فيها اشتراط المنع من التصرف، فكانت هذه المدة مثلا بعشر (10) سنوات في عقد الهبة والوصية (المادة 594 أصول محاكمات مدنية)، وحددها بسنتين في عقد بيع المنقول من شخص غير تاجر مع تأجيل دفع الثمن، كما حدد مدة المنع من حجز الدخل، أو المرتب الذي ينشئه شخص على أملاكه لمصلحة شخص آخر بدون عوض، لمدى حياة هذا الأخير[3].

---

(1)- خليل أحمد حسن قدادة، **"مدى شرعية القيود التي ترد على حق الملكية دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية"**، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثاني عشر، العدد الثاني، يونيو 2004، ص 129.

(2) – حسن كيرة، مرجع سابق، ص 124.

(3)- إدوارد عيد، مرجع سابق، ص 194.

أما المشرع الفرنسي فجعل هذه المدة مؤقتة ومبررة بمصلحة معقولة ومشروعة، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية :

Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ne sont valables que si elle sont temporaire et justifiées par un intérêt sérieux et légitime a violé l'art 900/1 cive la cour d'appel qui pour décider qu'une clause insérer dans un acte de donation ne remplissait pas la première de ces conditions, a retenu qu'elle interdisait toute aliénation pendant toute la vie de l'une ou l'autre des gratifiées , alors que la clause de tontine , prenant fin au décès du prémourant, a, par la même un caractère temporaire a de même privé sa décision de base légale la cour d'appel qu'il pour décider que la clause litigieuse ne remplissait pas la seconde condition de validité prévue par ce texte , a retenu qu'elle pourrait avoir pour effet d'éviter que les créanciers des donataires ne puissant obtenir paiement de leurs dettes en se déterminant ainsi au regarde des effets de la clause sans rechercher si elle n'était pas justifiée par un intérêt sérieux et légitime.[1]

03- تسجيل الشرط المانع من التصرف في العقود الشكلية:

يأتي الشرط المانع من التصرف كقيد استثنائي على سلطات المالك العادية، لذا فإنه يكون واجب التسجيل في العقود الشكلية، التي يجب أن تستوفي الشكل الذي قرره القانون، والذي يعتبر من النظام العام، ولذلك إذا ورد هذا الشرط على عقار يصبح واجب التسجيل في الدائرة المختصة بتسجيل العقارات، والتي تسمى في التشريع المصري دائرة الشهر العقاري، وفي التشريع اللبناني، بدائرة السجل العقاري، وفي التشريع الأردني، بدائرة الأراضي، والمحافظة العقارية في التشريع الجزائري.

(1) -L'arrêt Cour de cassation, ,08/01/2002 ,Gazette du Palais, 10-11 avril 2002,p25.

إن مثل هذا التسجيل يكفل حماية للغير، الذي يتعامل مع المالك بخصوص العقار الذي يمتنع التصرف فيه، فإذا لم يكن الشرط مسجلا في الدائرة المختصة،ووفقا للأصول القانونية، فلا يمكن الاحتجاج به على الغير[1].

الفرع الثالث

نطاق الشرط المانع من التصرف وأثاره

سنعالج في هذا الفرع مسألتين متصلتين، الأولى تتعلق بتحديد نطاق الشرط المانع من التصرف، فيما إذا كان تصرفا قانونيا، أم تصرفا ماديا، أم الاثنين معا، بينما نخصص الحديث عن المسألة الثانية ، في تبيين جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف، وفيما إذا كان يمكن الاحتجاج بهذا الشرط تجاه الدائنين، مع الإشارة إلى الاحتجاج به في مواجهة الغير، وهو ما ستتم مناقشته من خلال العنصرين التاليين:

أولا- نطاق الشرط المانع من التصرف

ينسجم مبدأ حرية المالك في التصرف بما يملكه، مع مبدأ حرية التداول في الأموال خدمة للحركة الاقتصادية وتنشيطها، كما ينسجم في الوقت ذاته، مع الحياة العملية التي تعتمد على سرعة تبادل الأشياء بين الناس ، لا العكس، ولذلك يعتبر الشرط المانع من التصرف أمرا استثنائيا، لا بد له من نطاق معين استثنائي لا يخرج عن دائرته، وفي أحسن الأحوال لا يتوسع في دائرته بحرية، بل بشروط وحسابات معينة[2]، لأن الاستثناء يجب أن لا يتوسع فيه عادة، ويجب ألا يستخدم بشكل مطلق.

يتضح من النصوص سالفة الذكر، كنص المادة 823 القانون المدني المصري، المادة 1028 القانون المدني الأردني، أنهما تناولا الشرط الذي يمنع التصرف في المال ، دون أن يتم تبيان نوع التصرف الذي وضع الشرط من أجله، أهو التصرف القانوني أم التصرف

---

(1)- جمال بوشنافة، **"الأثر المنشئ للشهر، وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية"**، مجلة السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي 2011، ص21.

(2)- عبد العزيز عامر، **دروس في حق الملكية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 86.

المادي، أم الاثنان معا؟ وهناك قاعدة قانونية ثابتة تقول: **"**المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة**"**[1].

إن ورود مصطلح التصرف لوحده، دون أن يقترن بكلمة القانوني، يعني الأخذ بإطلاق النص، أي المنع من التصرف القانوني والمادي على حد سواء، وبذلك يمتنع على المالك أن يهدم المنزل الذي يمنع الشرط المتصرف فيه، ولا يجوز له أن يبرم تصرفا قانونيا، ينقل به حقه إلى شخص آخر ، كأن يبيع الشيء أو يهبه، ولا يجوز له أن يرتب للغير على الشيء حقا عينيا آخر، كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن، فهذه كلها تصرفات من شأنها أن تؤدي إلى زوال حق المالك كله أو بعضه، ولذلك لا يجوز للمالك أن يبرم أي تصرف منها، لأن الغرض من الشرط، هو أن تبقى الملكية كاملة للمالك، أما التصرفات التي لا تكون ناقلة للملكية، أو منشئة لحق عيني آخر ، فيجوز للمالك أن يباشرها، لأنها ليس من شأنها أن تؤدي إلى زوال حقه كله أو بعضه ، كما هو الحال بالنسبة إلى التصرفات التي تعتبر من أعمال الإدارة، كالإيجار مثلا.

إن الشرط لا يحول دون أن تنتقل ملكية الشيء إلى غير المالك ، بسبب آخر غير التصرف القانوني، كالميراث والتقادم، حيث تنتقل الملكية في هذه الحالات ، بناء على وقائع مادية، لا بناء على تصرف قانوني أو مادي كما سبق القول، ونظرا لكثرة ورود هذا الشرط في تصرفات معينة، كالهبة والوصية في ضوء طبيعة هذه التصرفات، التي يتمتع بها الواهب والموصي ، بمركز قانوني وواقعي ، يجعله قادرا على فرض شروطه على الموصي له أو الموهوب له[2]، فقد أدرجت التشريعات السالفة ذلك في صلب نصوصها.

وبمقتضى هذا الشرط يحبس الواهب أو الموصي المال الموهوب والموصى به ، بين يدي الموهوب له أو الموصى له، ولكن لا يوجد ما يمنع ورود هذا الشرط في أعمال المعاوضة- وإن كان ذلك نادرا - ومثاله أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في البيع، حتى تمام الوفاء بالثمن[3].

---

(1)- صاحب عبيد الفتلاوي، **"الشرط المانع من التصرف بين الفقه الإسلامية القوانين الوضعية"**، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثامن، العدد الأول، 2005، ، ص59.

(2)- سعيد جبر، مرجع سابق، ص 416.

(3) - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص141.

مثلما يرد هذا الشرط على العقار، يصح أن يرد بالنسبة للمنقول، فقد يشترط المتصرف عدم التصرف في المنقول خلال مدة معينة، وبهذا يلتزم المتصرف إليه باحترام الشرط، لأن النصوص القانونية السالفة ، التي أجازت الشرط المانع من التصرف، لم ترد خاصة بالعقارات، وإنما جاءت ذات صياغة عامة، حيث استعملت التشريعات السابقة كلمة مال، ولم تستعمل كلمة عقار، وكلمة مال تصدق على العقارات كما تصدق كذلك على المنقولات[1]، وإن كان يراعى ندرة هذا الشرط بالنسبة للمنقول، نظرا لأنه يكون محدود الأثر ، إذ قد ينتقل المنقول إلى شخص حسن النية، فيتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند للملكية.

من الشروط التي يجب أن تتحقق لضمان صحة الشرط المانع من التصرف ، ضرورة أن يكون هذا الشرط مضمنا في عقد أو وصية، حيث لا يجوز لشخص أن يعلن بعمل من جانبه، أن شيئا من الأشياء المملوكة له، أصبح غير قابل للتصرف فيه، لأن ذلك يعني إخراج هذا الشيء من جواز الحجز عليه من قبل الدائنين، ولو صح ذلك لأمكن لكل مدين الإفلات من دائنيه ، من خلال إخراج أمواله من متناول حجزهم عليها[2].

هذا وقد يتخذ الشرط المانع من التصرف صورة أخرى، تعرف بشرط الاستبدال، وبمقتضى هذا الشرط يلتزم المتصرف إليه بعدم التصرف في الشيء، إلا إذا استبدل به شيئا آخر ، يقوم مقامه ويحل محله فيما هو معد له، ومثل هذا الشرط يكون صحيحا ، متى قصد به تحقيق مصلحة مشروعة[3]، لأنه ليس أخطر من شرط عدم التصرف المطلق، بل هو على العكس أقل منه مدى وشدة، فيجب إذا اعتباره صحيحا من باب أولى، ومن يملك الأكثر يملك الأقل.

لقد تم التأكيد على أن الشرط المانع من التصرف وضع ضمن النطاق المقرر له، ولم يتعداه بأي حال ، باعتباره أمرا استثنائيا يأتي على القاعدة العامة التي لا تجيز تقييد المالك في التصرف في ملكه.

---

(1)- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص201.

(2)- وليد نجيب القسوس، **إدارة وإزالة المال الشائع: دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1995، ص 65.

(3)- رمضان أبو السعود، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص59.

ثانيا- آثار الشرط المانع من التصرف

سنتناول في هذا العنصر نقطتين، نعالج في الأولى منهما بيان جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف، ونخصص الثانية لمعالجة الاحتجاج بالشرط تجاه الدائنين، مع الإشارة باختصار إلى الاحتجاج به في مواجهة الغير، لذكر ذلك سابقا عند الكلام عن شرط التسجيل.

01- جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف:

نصت المادة 824 القانون المدني المصري، المادة 1029 القانون المدني الأردني على ما يلي: **"**إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا للأحكام السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا**".**[1]

ترتيبا على ما تقدم فإن التصرف المخالف يعد باطلا، ولكن ماذا يقصد كل من هذين التشريعين من هذا البطلان، هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي؟

أثارت هذه المسألة خلافا في أوساط دوائر الفقه، فمنهم من رأى أن المقصود بالبطلان هو البطلان المطلق، نظرا لصراحة هذه النصوص، وأنه لا اجتهاد إزاء ذلك، ومنهم من رأى أن البطلان المقصود هنا هو البطلان النسبي، نظرا لتعلق التصرف بالمصالح الخاصة، وأن طلب البطلان يقتصر على صاحب المصلحة[2]، وسوف نعرض لهذين الاتجاهين كما يلي:

أ- اتجاه البطلان المطلق:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن البطلان المقصود من النص هو البطلان المطلق[3]، وتبرير ذلك أن عدم جواز التصرف يجعله كتصرف مخالف، باطلا بطلانا مطلقا، ومرد هذا البطلان إلى عدم قابلية المال للتصرف، فقد استعمل النصان القانونيان سالفي الذكر عبارة **"**يقع باطلا**"**، الأمر الذي يفيد أن التصرف المخالف يقع باطلا بطلانا مطلقا، لأن كلا من التشريعين المصري والأردني جرى على تخصيص كلمة البطلان للتعبير عن البطلان المطلق، ولو أرادا أن يكون البطلان نسبيا ، لكانا قد استعملا تعبير قابلا للإبطال.

---

(1)- المادة 824، القانون المدني المصري، المادة 1029، القانون المدني الأردني.

(2)- محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 99.

(3)- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 246.

أضاف البعض إلى ذلك: أن إرادة هذين التشريعين واضحة وقاطعة في اعتبار الجزاء هو البطلان المطلق[1]، ومن ثم فلا مجال للاجتهاد، ويترتب على اعتبار الجزاء هو البطلان المطلق، أنه يكون للمشترط في كل الأحوال أن يطلبه إذا كان له مصلحة في ذلك، ويطلبه كذلك المتصرف إليه وهو طرف في العقد الباطل، كما يكون للغير أن يطلبه، إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي له مصلحة مشروعة.

ب- اتجاه البطلان النسبي:

يرى أنصاره أن البطلان المقصود في نصوص التشريعين السالفين هو البطلان النسبي، إذ أن مقتضى البطلان المطلق في نظر أصحاب الاتجاه السابق، هو أن يكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما وأنه لا يزول بالإجازة، وهذه السمات لا يمكن القول بها بالنسبة للشرط المانع من التصرف، الذي يهدف إلى حماية مصلحة خاصة لشخص معين، ومن ثم يكون هذا الشخص هو صاحب الشأن الأول والأخير في طلب البطلان أو عدم طلبه، كما يمكن له التنازل عنه بإجازة التصرف المخالف.

إن البطلان النسبي لا يتقرر إلا لمصلحة أحد المتعاقدين[2]، وأما عن القول بأن التشريعين السالفين استعملا عبارة "يقع باطلا" ضمن نصوصهما القانونية، فهي حجية لفظية، لا تكفي لتأصيل حلول تتعارض كل التعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين، وبالتالي فالبطلان الوارد في مختلف نصوص هذين التشريعين يمكن أن يكون مطلقا، بل هو مقرر لمصلحة من تقرر الشرط المانع لحمايته، فإذا كان الشرط المانع من التصرف تقرر لصالح المتصرف إليه، جاز له أن يتمسك ببطلان التصرف، وإذا تقرر لحماية الغير، فله أن يتمسك بإبطال التصرف المخالف، وللمتصرف أيضا كذلك[3].

---

(1)- سعيد سعد عبد السلام، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية**، مرجع سابق، ص 148.

(2)- سعيد سعد عبد السلام، **حق الملكية فقها وقضاء**، مرجع سابق، ص 150.

(3)- المرجع نفسه، ص 150.

02- أثر الشرط المانع بالنسبة للدائنين والغير

إن منع المالك من التصرف في مال معين من أمواله، بموجب شرط مانع يحظر عليه هذا التصرف، يراد منه بالتأكيد حماية مصلحة مشروعة، أجازت التشريعات المقارنة حمايتها بشكل استثنائي، وخلافا للقاعدة التي تعطي المالك الحرية في التصرف بما يملك، ولذلك لا يجوز تفريغ هذه الغاية من مضمونها سواء أكان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن هنا فإن السماح للدائنين بالتنفيذ على هذا المال المثقل بهذا القيد، يعني التحايل والالتفاف على غرض وغاية الشرط المانع.[1]

لكن الأمر لا يمكن إقراره بهذا الإطلاق حماية للدائنين من جهة، وعدم المساس بأغراض الشرط المانع من جهة أخرى، ومثال ذلك الحالة التي يشترط فيها البائع في عقد البيع على المشتري، ألا يتصرف في العقار المبيع، قبل الوفاء بالثمن كاملا، ومثل هذا الغرض لا يقتضي حرمان دائني المشتري من التنفيذ على العقار، لأن تسجيل حكم رسو المزاد، يترتب عليه تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية، بما فيها حق امتياز البائع[2]، أما إذا كان الغرض من منع التصرف، يقتضي حرمان الدائنين من التنفيذ على المال، كما لو احتفظ الواهب لنفسه بحق الانتفاع، واشترط على الموهوب له ألا يتصرف في المال الموهوب طوال مدة الانتفاع، فإن الدائنين جميعا لا يحق لهم أن ينفذوا على هذا المال، أيا كانت تواريخ نشوء حقوقهم، لأن الغرض من الشرط هو أن يبقى المال في ذمة المالك حماية لمصلحة مشروعة للمشترط.

هذا وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه في حالة ما إذا كان الشرط مقررا لمصلحة المالك- حماية له من طيشه وسوء تدبيره- فلا يجوز للدائنين الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف، أن ينفذوا على المال الذي ورد عليه المنع، حتى بعد انقضاء هذه المدة، أما إذا كان الشرط مقررا لمصحة المشترط أو الغير، فإن هذه المصلحة لا تقتضي أن يظل عدم القابلية للتنفيذ بعد انتهاء مدة المنع من التصرف، وبذلك يكون للدائنين جميعا الحق في التنفيذ.

---

(1) - صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص67.

(2) - غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص 11.

أما بالنسبة للاحتجاج على الغير فيما إذا انتقل المال الذي منع التصرف فيه، فإن التشريع المصري والأردني، أغفلا الإشارة إلى هذه المسألة مكتفين بالقواعد العامة، وفي مثل هذه الحالة يحق لمن وضع الشرط لمصلحته، أن ينازع الغير ويسترد المال منه، إلا أن هذا الاحتجاج لا يمكن أن يؤتي ثماره، إذا كان المال موضوع الشرط عقارا أو مركبة آلية ، لابد من استيفاء إجراءات تسجيلها الشكلية- التي رسمها القانون- كما تقدم القول عند الحديث عن شرط التسجيل، أما إذا كان الشيء الممنوع التصرف فيه منقولا ، فإن ذلك يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية[1].

المطلب الثاني

الرخص العمرانية كقيد على الملكية العقارية الخاصة

شكلت مقتضيات الإقامة والاستقرار لدى الأفراد أحد الصور المميزة للتوسع الحضري الذي شهدته التجمعات البشرية، والتي اضطرت الأفراد إلى العمل على صياغة جملة من القواعد العامة للتهيئة والتعمير، تدخل في الحسبان أن الحرية المناطة بالأفراد في شغل عقاراتهم وتحسينها، تقتضي في الآن ذاته توافر جملة من القيود عبر كامل مراحل البناء أو إزالة هذا الأخير أو تغيير موقعه، أو اعتماد هندسة معينة في تشييده، واصطلح على هذه القيود بالقيود المتعلقة بالتعمير.

إن فهم هذه القيود يوجب تتبع نشاط البناء، وأن يتم التوفيق في ذلك بين كون حق البناء حقا مضمونا قانونا ومقتضيات النظام العمراني، التي توجب مراعاة ثلاث مدلولات أساسية هي: الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة[2].

من خلال هذه التبريرات فإن تقييد سلطة المالك بضوابط عملية البناء والتعمير يمر عبر جملة من الرخص العمرانية، التي سندرسها على النحو التالي من منظور التشريعات المعتمدة سالفا.

---

(1)- مم حبيب عبيد مرزة العمَاري، **"الشرط المانع في عقد الإيجار: دراسة مقارنة"**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة الرابعة ، العدد الأول، ص301 .

(2)- ميلود بوطريكي، **منازعات رخصة البناء بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي**، مجلة الأملاك، العدد السادس، 2009، ص 69.

الفرع الأول

رخصة البناء كآلية لتقييد الملكية العقارية الخاصة

إن ترخيص البناء هو أحد التقنيات التي تبنتها التشريعات المقارنة، باعتباره وسيلة لاحترام قواعد التنظيم والمحافظة على الطابع الحضري للمدن، ومنع البناء العشوائي، بما له من تداعيات سلبية، وهي لا تسلم للمعنيين بالأمر، إلا إذا تبين من خلال الوثائق التقنية المرفقة بالطلب احترام مختلف ضوابط البناء العامة[1].

جاء في المادة 52 من القانون الجزائري رقم 29/90 أنه: " تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها، ولتجديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة أو الواجهات المفضية على الساحات العمومية، ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج"[2]، من خلال هذه المادة يتبين أن حظر البناء بدون ترخيص يشمل مجموعتين من الأعمال هي إنشاء وتشييد المباني الجديدة، وكذا مجموعة من الأعمال الخاصة بالمباني القائمة.

تعزز هذا التوجه بموجب المادة 33 من المرسوم التنفيذي 176/91 التي نصت على أنه: " يشترط كل تشييد لبناية أو تحويل لبناية على حيازة رخصة البناء طبقا لأحكام المواد 49 و52 و55 من القانون 29/90، ومع مراعاة المادة الأولى من هذا المرسوم"[3]، كما صدر القانون رقم 15/08 ضمن نفس السياق الذي أكد في المادة 06 منه على ضرورة الحصول على رخصة البناء بنصها على أنه: "يمنع القيام بتشييد أي بناية مهما تكن طبيعتها

---

(1)- عبد المجيد السملالي، **"دور التعمير في المحافظة على النظام العام"**، المجلة العربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد السادس، ديسمبر، 2005، ص144.

(2)- المادة 52 من القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتعلق بالتهية والتعمير، ج ر، عدد 52 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 14أوت 2004 ج ر، عدد 51 .

(3)- المادة 33 من المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 28 مايو 1991، يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر، ع 26 بتاريخ 01 جوان 1991، المعدل بالمرسوم التنفيذي 03/06، ج ر، عدد 01 لسنة 2006، المعدل أيضا بالمرسوم التنفيذي 307/09 ج رعدد 55، لسنة 2009.

دون الحصول المسبق على رخصة البناء، مسلمة من السلطة المختصة في الآجال المحددة قانونا"[1].

نستشف من خلال هذه النصوص الحكمة من ضرورة اشتراط رخصة البناء في التشريع الجزائري، والتي تكمن في ضمان الرقابة على مدى مطابقة أعمال البناء لما ينص عليه قانون التهيئة والتعمير، أو ما يستوجبه السير الحسن لإنجاز المباني، وكذا وضع حد لحالات عدم إنهاء البناء وتحديد شروط شغل واستغلال البنايات، وتأسيس تدابير ردعية في مجال احترام البناء وقواعد التعمير.

اهتم المشرع المصري بتراخيص البناء واعتبرها ما يسعى إليه الفرد عند الحاجة إلى إنشاء عقار أو تعليته وتحسينه، ونظمها في القانون رقم 119 لسنة 2008، الذي جاء في سياق ضبط التخطيط العمراني والتنسيق الحضري، وتنظيم أعمال البناء والحفاظ على الثروة العقارية، وجاء في المادة 39 منه ما نصه: "...ويصدر الترخيص بالمباني أو الأعمال المشار إليها في الفقرة 01 إذا كانت مطابقة لأحكام هذا القانون، والاشتراطات التخطيطية والبنايات المعتمدة، وأسس التصميم وشروط التنفيذ بالكودات المصرية، ومتفقة مع الأصول الفنية، والمواصفات العامة ومقتضيات الأمن والسلامة والقواعد الصحية وأحكام الإضاءة والتهوية والأفنية واشتراطات تأمين المبنى وشاغليه ضد أخطار الحريق..." [2].

من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع المصري ضبط مقتضيات منح رخصة البناء، وهي الرخصة التي سماها بيان صلاحية الموقع للبناء والترخيص به، وجاء ذلك في الفصل الثاني من هذا القانون، ويتضح لنا أنه أراد أن يكفل جملة من الضمانات، خاصة المتعلقة بمنها بمعايير الأمن والسلامة.

إضافة إلى ذلك نجد أن المشرع المصري وضع ترتيبات أخرى في تقييد منح رخصة البناء، وذلك ضمن ما ورد في الماد 46 من القانون نفسه التي جاء فيها: "لا يجوز إصدار

(1)- المادة 06 من القانون 8/15 المؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها،ج ر،ع 44، بتاريخ 30 أوت 2008.

(2)- المادة 39 من القانون رقم 119 لسنة 2008، المتعلق بإصدار قانون البناء المصري، الصادر بتاريخ 2008/005/11، ج ر، ع 19 مكرر "أ"، بتاريخ 2008/05/11.ص02.

ترخيص البناء أو البدء في تنفيذ الأعمال التي تبلغ قيمتها مليون جنيه فأكثر، أو المبنى المكون من 04 طوابق فأكثر أو التعليات أيا كانت قيمتها، إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة التأمين، ويستثنى من الحكم المتقدم أعمال التعلية التي لا تجاوز قيمتها مئتي ألف جنيه لمرة واحدة وبطابق واحد، وفي حدود الاشترطات التخطيطية والبنائية المعتمدة"[1].

ربط المشرع المصري منح ترخيص البناء بوثيقة التأمين، والتي تشكل غطاءا لأعمال البناء في حدود مالية محددة، لهذا نجد هذا التشريع أوجب على المالك إيقاف الأعمال في حالة غياب الغطاء التأميني، وذلك ما جاءت به المادة 47 التي نصت على أنه: "يلزم المالك في حالة رفع الغطاء التأميني لأي سبب من الأسباب بإيقاف الأعمال، ولا تستأنف إلا بعد إعادة التغطية التأمينية، وفي حالة إصدار شهادة الصلاحية للمبنى، لا يجوز رفع الغطاء التأميني"[2]، وأكدت اللائحة التنفيذية لقانون البناء رقم 119 لسنة 2008 على وجوب استيفاء أي طلب بناء لجملة من الاشتراطات، قبل منح المالك ترخيص البناء، حيث ورد في المادة 92 من هذه اللائحة ما يلي: "لا يصرح بإصدار ترخيص لأي مبنى على أية قطعة أرض، إلا إذا كان مطابقا للاشتراطات التخطيطية والبنائية لمناطق استعمالات الأراضي المختلفة الصادرة من الجهة الإدارية المختصة". [3]

بذلك فإن هذه المادة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، نظمت عملية منح رخصة البناء، على نحو تكميلي لما ورد في القانون 119 لسنة 2008 المشار إليه آنفا.

تعرض المشرع الأردني في قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية رقم 79 لسنة 1996 إلى نطاق تطبيق رخصة البناء، وذلك دون إعطاء تعريف صريح لها والاكتفاء بتضمين ذلك في المواد المتعلقة بنطاق وشروط منح تلك الرخصة والمعنيين بها، حيث ورد في المادة 34 ف "أ" من هذا القانون على أنه: "لا يجوز الشروع ضمن مناطق التنظيم المعلنة في عمل يتطلب القيام به، الحصول على رخصة، ولا يجوز تنظيم أو إعمار أية أرض أو استعمالها استعمالا يتطلب الحصول على رخصة إلى أن تصدر رخصة بذلك

(1)- المادة 46 من القانون 119 لسنة2008 ،المشار إليه سابقا.

(2)- المادة 47 من القانون نفسه.

(3)- المادة 92 من القرار رقم 144 لسنة 2009 المتضمن اللائحة التنفيذية الكاملة لقانون البناء الموحد رقم 119 لسنة 2008، الوقائع المصرية، العدد 82 "أ"، بتاريخ 2009/04/08، ص 08.

العمل أو التنظيم أو الإعمار أو الاستعمال، ولا تمنح مثل هذه الرخصة إلا إذا كانت مطابقة لهذا القانون والأنظمة الصادرة بموجبه ومخطط التنظيم الهيكلي والتفصيلي، أو لمخطط التقسيم والأحكام والتعليمات التي تشكل جزءا لا يتجزأ منها"[1].

يتضح لنا من خلال هذا النص، توجه المشرع الأردني إلى إلزام المعني بهذه الرخصة بجملة من التنظيمات وضمن نطاق محدد، حيث تقتصر الرخصة على مناطق التنظيم المعلنة، وكذا إعمار الأرض واستعمالها، وهذا ما أكدته المادة 35/ ف"أ" بشأن الأعمال التي تتطلب الحصول على رخصة بناء، ومن ذلك إنشاء أي بناء أو إحداث تغير فيه أو توسيعه أو تعديله، وكذا أعمال البناء التي جاءت في المادة 02 بند 12 والتي شملت: "أي إنشاء سواء كان من الحجر أو الخرسانة أو الطين أو الحديد أو الخشب أو أية مادة أخرى لأغراض البناء ...". [2]

إن إلزامية رخصة البناء عنصر جوهري في التشريع الأردني ، بشأن مباشرة أعمال البناء أيا كانت صفتها وحجمها، ويحتج بها عند التقاضي أو الطعن في إجراءات الجهات الإدارية بخصوص الملكية الخاصة.

نظم المشرع اللبناني أعمال البناء والأنشطة العمرانية، وما لها من تأثيرات على الملكية العقارية الخاصة، من خلال المرسوم الاشتراعي رقم 15874، وهو مرسوم تطبيقي لقانون البناء، وضمن المادة 04 المتعلقة بأصول منح رخصة البناء ومفاعيلها ، حدد المشرع اللبناني الأنظمة الواجب التقيد بها في منح تلك الرخصة والتحفظات على ذلك، وتنفيذها، وورد في المادة 04 فقرة 01 ما نصه: "تعطى رخصة البناء وفقا للقوانين والأنظمة الخاصة العائدة للمناطق النافذة بتاريخ منح الترخيص، ولاسيما ما يتعلق منها بالتنظيم المدني والصحة والسلامة العامة"[3] وسبق ذلك المرسوم الاشتراعي رقم 83/148 المتضمن قانون البناء، حيث أشارت المادة الأولى منه على إلزامية الحصول على رخصة البناء بنصها على أنه: "يخضع تشييد وتحويل وترميم وتجديد الأبنية على اختلاف أنواعها

(1) – المادة 34/أ، قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية الأردني، رقم 79، لسنة 1966، المؤرخ في 1966/09/25، ج ر، ع52.

(2) – المادة02، بند12، القانون نفسه.

(3)– المادة 01/04 من المرسوم الاشتراعي رقم 15874 المتضمن المرسوم التطبيقي لقانون البناء بتاريخ 2004/11/07.

على رخصة مسبقة تعطى وفقا للنصوص النافذة، واستنادا إلى موافقة الإدارات الفنية المختصة"[1].

يتبين لنا من فحوى هذين النصين أن المشرع اللبناني جعل رخصة البناء إجراءا أساسيا يتوجب معه أسبقية هذه الرخصة قبل البدء في أي إنشاءات، مع ضرورة أن تتضمن تلك الرخصة أطر المطابقة للسلامة والصحة العامة.

خضع النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الفرنسي إلى جملة من الاعتبارات بدأت بضرورات الأمن والسلامة العامة، وانتهت بتنظيم المدن، خصوصا مع تطبيق مبدأ عمومية رخصة البناء[2]، وجعلها إلزامية كلما تعلق الأمر بإنشاء بنايات جديدة مهما كان استعمالها، حتى وإن لم تقم على أساسات، أوتحويل في أحجام الأبنية القائمة أو تعديلها أو إضافة مستويات ثانوية، وورد اشتراطها كإجراء أساسي قبل تنفيذ أي مشروع سكني، وأكدت ذلك المادة 01/421 من قانون التعمير الفرنسي، حيث جاء النص الأصلي كالتالي:

" Quiconque désire entre prendre ou implanter une construction a usage d'habitation ou mon, même ne comportons pas de fondations, doit au préalable, obtenir un permis de construire, cette obligation s'impose aux services publics et concessionnaires de services publics de l'état, de département et des communes comme aux personnes privées ."[3]

نستنتج من ذلك أن المشرع الفرنسي أوجب على كل من يرغب في القيام بأعمال البناء، أو إنشاء بناء بغرض السكن أو غيره حتى وإن لم يلزم لهذه الإنشاءات وضع أساسات الحصول على ترخيص بناء، كما يجب الحصول على ترخيص بشأن الأعمال التي تنجز في أبنية سبق إنشاؤها، إذا ما أراد صاحبها تغيير نشاطها أو تحديث شكلها الخارجي، أو تغيير حجمها أو إنشاء أدوار إضافية، فتراخيص البناء لدى المشرع الفرنسي لازمة

(1)- المادة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم 83/148، الصادر بتاريخ 1983/09/16 المتضمن قانون البناء، ج ر، ع 45.

(2) – فرضت رخصة البناء لأول مرة في فرنسا، بمقتضى المرسوم الصادر في 1851/03/26 المتعلق بطرق باريس.

Robert Savy**, Droit de l'urbanisme**, paris, puf, 1981,p581.

(3) –Art 421-1,code de l'urbanisme, modifiée par l'ordonnance n°2005 , 1527 du 8 décembre 2005, jorf, n°286,09 décembre 2005.

وضرورية بالنسبة للإنشاءات والمباني الحديثة، كالأبنية والصروح التي توفر مكانا فسيحا بداخلها صالحا للاستعمال أو الاستغلال مهما كانت طبيعة هذه الأبنية أو نوع اختصاصها سكني أو خدمي أو إداري لأعمال التوسيع، والمباني المقامة سواء لتعليتها أو لإجراء أعمال التعديل فيها أو تدعيما أو تقويتها، وتشمل هذه الرخصة جميع الأشخاص العامة والخاصة، وملتزمي المرافق العامة التابعة للدولة والمحافظات والبلديات[1].

نستشف مما سبق أن التشريعات المعتمدة وإن لم تعط تعريفا صريحا لرخصة البناء، إلا أنها ركزت على كون هذه الأخيرة بمثابة تقييد لحرية طالبها في تنفيذ أي أعمال بناء، أو تعديلها أو تعليتها، ويتضح هذا التوجه أكثر من خلال تناول هذه التشريعات للمجال الموضوعي لرخصة البناء، ولما كانت رخصة البناء تشكل عنصرا فعالا في المجال العمراني، فإن إعمال حق البناء يتوقف على إثبات المعني بالأمر وصاحب المصلحة في ذلك ملكية العقار المراد إقامة المنشآت عليه، وبذلك فإن صفة طالب هذه الرخصة تختلف من تشريع لآخر، فبالنسبة للمشرع الجزائري حددها في المادة 34 من المرسوم التنفيذي 176/91[2] التي قضت بأن طالب رخصة البناء يمكن أن يكون المالك أو موكله أو المستأجر لديه المرخص له قانونا، الهيئة أو المصلحة المخصصة لها قطعة الأرض أو البناية، كما أجازت المادة 40 من قانون التوجيه العقاري لصاحب شهادة الحيازة الممنوحة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يحصل على رخصة البناء[3]، وأجاز أيضا القانون رقم 02/97 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 لصاحب حق الامتياز في الأملاك الوطنية الخاصة الحصول على الرخصة[4].

---

(1) –Henri Jacquot, François priet, **Droit de l'urbanisme,** 3eme edition 1998, dalloz, p 558.

(2)- المادة 34 من المرسوم التنفيذي 176/91 المشار إليه سابقا.

(3)- المادة 40 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر1990، ج ر، ع 49، بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

(4)- المادة 51 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر، ع 89، بتاريخ 31 ديسمبر 1997، والتي تعدل المادة 117 من المرسوم التشريعي رقم 18/93 ، المؤرخ في 29 ديسمبر1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1994، والتي جاء فيها ما نصه: " يعطي المنح بامتياز المذكور في الفقرتين السابقتين، للمستفيد الحق في تسليم رخصة البناء طبقا للتشريع الساري المفعول".

أما المشرع المصري منح هذه الصفة للمالك أو ممثله القانوني، سواء كان شخصا طبيعيا كامل الأهلية أو غيره، إذ يمكن تقديمه من الممثل القانوني له، إذا كان قاصرا أو عديم الأهلية كالولي الطبيعي (الأب)، أو الولي الشرعي كالجد أو الوصي بالنسبة للصغير، أو القيم بالنسبة للمحجور عليه، أو تقديمه عن طريق محام ينوب عنه[1]، وتمت الإشارة الصريحة إلى صفة طالب الترخيص من خلال العبارة الواردة في نص المادة 53 من قانون البناء 119 لسنة 2008 التي جاء فيها: "يجب على المالك أو من يمثله قانونا"[2].

بين المشرع المصري تحت عنوان التزامات طالب الترخيص القيود التي تقع على المالك نظير استفادته من رخصة البناء والتي يقتضي عدم توفيرها سحب تلك الرخصة، وجاء في مواد الفصل الخامس (48-49-50) والمتعلقة بإلزام طالب الترخيص توفير مرآب مع اشتراطات الحماية من الحريق، وتوفير العدد اللازم من المصاعد، بما يتناسب مع ارتفاع المبنى وعدد أدواره[3].

حدد المشرع الأردني من له صفة تقديم طلب رخصة البناء بموجب المادة الثانية فقرة 36 من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية، بدءا بمالك البناية أو الأرض المسجل، أو مالكها المعروف أو أي شريك في ملكيتها، أو متولي الوقف أو المستأجر بمقتضى عقد إجارة مسجل في دائرة تسجيل الأراضي، فإذا كان المالك غائبا أو تعذرت معرفة مكانه، فعندها يعد المالك هو الشخص الذي يتقاضى بدل إيجار أو إيراد أو ريع البناية أو الأرض، وتشمل صفة المالك كذلك أي شخص يدفع الضرائب والعوائد عن تلك البناية أو الأرض، سواء كان ذلك لحسابه الخاص، أم بوصفه وكيلا لأي شخص آخر، وكذا الأشخاص الخاصين وأشخاص القانون العام والوحدات المحلية، ومثلما ذهب إليه المشرع الجزائري بإقرار الصفة لصاحب الامتياز في طلب رخصة البناء، اتجه المشرع الأردني في ذات الطرح، وشمله في ذلك بنص المادة 02 فقرة 05 من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية الأردني.

---

(1)- السيد أحمد مرجان، **تراخيص أعمال البناء والهدم بين تشريعات البناء والأوامر العسكرية والقرارات الوزارية وأحداث أحكام القضاء**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 168.

(2) - المادة 53 من القانون 119 لسنة 2008، المشار إليه سابقا.

(3) - المواد 48-49-50 من القانون نفسه.

يتبين لنا من طرح موقف المشرع الأردني بخصوص هذه المسألة، أنه فصل في تحديد صفة طالب الرخصة، وأدرج الاحتمالات الممكنة عند الطلب، ووسع في دائرة الأشخاص الذين لهم أحقية المطالبة بها.

سار المشرع اللبناني على منوال التشريعات السابقة في تحديد صفة طالب رخصة البناء، وجاءت الإشارة إلى هذا التحديد في المادة 05 من قانون 646 المعدل للمرسوم الاشتراعي 148 في أنه: "تعطى الرخصة لمالك العقار أو لمن يحل محله قانونا مع حفظ حقوق الغير، ويكون المالك أو من يحل محله والمهندسون والمقاولون مسؤولين كل فيما يختص به"[1]، وكانت المادة الثانية قبل ذلك قد أشارت إلى الرخصة المسبقة للبناء والتي تجعل المهندس صاحب صفة في طلبها ، حيث جاء فيها على أنه: "يتغاضى عن طلب الرخصة المسبقة بتصريح خطي موقع من مهندس مسؤول ومصدق من أحد نقابتي المهندسين"[2]، وعلى صعيد الاجتهاد القضائي اللبناني اعتبر أن إقدام المهندس على التوقيع على رخصة البناء في خانة الملك دون توكيل خطي بذلك، بشكل جرم التزوير، إلا إذا لم يتولد عنه أي ضرر بمصالح المالك[3].

تمنح رخصة البناء في التشريع الفرنسي لمالك الأرض - بصفة أساسية- أو من ينوب عنه كمهندس البناء أو المقاول أو المهندس المعماري، والمستأجر الذي يكون هدفه من الإيجار البناء على الأرض المستأجرة، وصاحب الامتياز على العقار، حيث يستطيع أن ينفذ جميع الأعمال سواء الترميم أو البناء على العقار المستأجر، إذا أثبت موافقة المالك، وتوسع المشرع في هذه الصفة فأجاز للشخص الذي لديه وعد ببيع قطعة الأرض، أن يتقدم بطلب رخصة البناء، وتمنح هذه الرخصة أيضا للأشخاص المستفيدين من حق نزع الملكية للمنفعة العامة، إذ يستطيعون البناء على العقار محل قرار نزع الملكية مثل وحدات الإدارة المحلية، والبلديات، المحافظات، الأقاليم، والمؤسسات العامة ومؤسسات الاقتصاد المختلط للتنظيم

(1)- المادة 05 من القانون رقم 646 الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2004 ، المتضمن تعديل المرسوم الاشتراعي رقم 148 المشار إليه سابقا.

(2)- المادة 02 من القانون نفسه.

(3) - قرار رقم 124 بتاريخ 2009/05/05، مجلة العدل، العدد 04، جوان 2009.ص1722.

والبناء، وغرف التجارة، حيث يستطيع جميع هؤلاء الحصول على الرخصة، دون الحاجة إلى الحصول على موافقة المالك لأن الاستملاك يمنحهم هذا الحق[1].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي جاء موسعا لدائرة الأشخاص الذين لهم حق المطالبة لهذه الرخصة، إذ أجاز حتى للشخص الذي لديه وعد ببيع قطعة الأرض التقدم بطلب رخصة البناء، وهذا ما أغفلته التشريعات الأخرى.

مما سبق نخلص إلى أن التشريعات السالفة اعتبرت رخصة البناء أداة من أدوات التهيئة والتعمير الرقابية المسبقة، لذا قيدت طالبها بضرورة الحصول عليها للتأكد من مطابقة أعمال البناء للأصول الفنية والمواصفات العامة المقررة قانونا، وكذا التحقق من مدى مراعاة القائمين بأعمال البناء لمقتضيات النظام العام، وبالتالي منحت هذه التشريعات سلطة تقديرية للإدارة في اتخاذ قرار رفض منح رخصة البناء وذلك عندما يكون مشروع البناء غير مطابق لتوجيهات مخطط التهيئة والتعمير، أو قد تمنحها مع التحفظ بتقييد منحه بشروط إضافية، تتمحور في معظمها حول ضرورة مراعاة أحكام القوانين الخاصة المنظمة لمجالات معينة، ومرتبطة بعلاقات مباشرة بقوانين البناء والتهيئة والتعمير، وإلزام الباني بتوفير ضمانات إضافية في عملية تشييد البناء، وأدائه الغرض أو الوظيفة التي شيد من أجلها، كل هذا حماية للمصلحة العامة وحقوق الجوار بل وحتى مراعاة الجانب الجمالي لواجهات المباني والمحافظة على النسق العمراني جماليا[2]، وعلى حائز رخصة البناء الالتزام بأحكامها للمحافظة على سلامة المبنى والأرواح، وكذا الممتلكات المجاورة، وبذلك عليه التقيد بالمواصفات والرسومات والمستندات ومواد البناء الملائمة[3].

---

(1)-Patric Gérard, **pratique de droit de l'urbanisme**, urbanisme réglementaire individuel et opérationnel ,3eme édition Eyrolles, paris, p 82 et suites.

(2)- عبد الرحمان عزاوي، **الرخص الإدارية في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 633.

(3)- عايدة ديرم، **"مخالفات التعمير في التشريع الجزائري"**، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 39، سبتمبر 2014 ص 04.

الفرع الثاني

رخصة التجزئة كآلية لتقييد الملكية العقارية الخاصة

يعتمد تنظيم النشاط العمراني إلى جانب رخصة البناء على رخصة التجزئة، والتي تعد أقل أهمية مقارنة برخصة البناء، إلا أن اشتراطها ضروري بالنسبة للمالك الذي يريد تقسيم ملكيته العقارية الخاصة إلى عدة قطع، لذا سنحاول تحديد موقف التشريعات المقارنة من هذه الرخصة.

نص المشرع الجزائري على رخصة التجزئة في المادة 57 من القانون رقم 29/90، وجعلها أحد أهم الوسائل الرقابية للتحكم بشكل أفضل في العمليات العقارية: "تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها"[1].

يتضح لنا أن هذه المادة لم تعط تعريف لرخصة التجزئة، وإنما اكتفت بالنص على أنها رخصة تشترط لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها، وهو نفس المضمون الذي جاءت به المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 والتي نصت على أنه: "...تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية"[2].

وبالرجوع إلى المادة الثانية فقرة 08 من القانون رقم 15/08،نجدها أعطت تعريفا لرخصة التجزئة، والذي جاء كالتالي: "التجزئة هي القسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو إلى عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط للتعمير"[3].

---

(1) - المادة 57 من قانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004- والمتضمن قانون التهيئة والتعمير، ج ر، ع51 ، بتاريخ 15 أوت 2004.ص04.

(2) - المادة 07 من المرسوم التنفيذي 176/91 المشار إليه سابقا.

(3) - المادة 08/02 من القانون 15/08 المشار إليه سابقا.

من خلال النصوص السابقة نصل إلى كون رخصة التجزئة إجراء قانوني معتمد في تنظيم ميدان التعمير وضبط الملكية العقارية الخاصة، ومراعاة حقوق الأفراد وحماية للمصلحة العمرانية العامة.

من جانبه تعرض المشرع المصري إلى رخصة التجزئة وإنما لم يسمها بهذا الاسم الصريح بل وظف عبارة تقسيم الأرض، واعتبر ذلك إجراء أساسيا في التنظيم العمراني، ولإزالة اللبس بين مصطلحي التقسيم والتجزئة جاءت المادة الثنية من قانون 2008/119 والتي ضبطت المفاهيم بما نصه: " تقسيم الأراضي هو كل تجزئة لقطعة أرض إلى أكثر من قطعة واحدة"[1]، وخلاف هذا النص لم يفصل المشرع المصري في تقييد رخصة التجزئة للملكية العقارية الخاصة، وإنما ركز على الإجراءات الإدارية والتي تضمنتها المواد 18-20-21-22 من القانون 20008/119، ففي المادة 18 منه، تم الربط ما بين الإعلان عن مشروعات تقسيم الأرض ووجوب أن يسبق ذلك قرار باعتماد التقسيم، حيث ورد في المادة 18 أنه: "يحظر الإعلان عن أي من مشروعات تقسيم الأراضي أو التعامل على قطعة أرض من أراضي المشروع، أو جزء منه إلا بعد أن يودع صاحب الشأن بمديرية المساحة ومكتب الشهر العقاري المختص صورة مصادق عليها من القرار الصادر باعتماد المشروع، ومرفقاته من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم"[2].

ضمن المادة الموالية تم التأكيد على عدم إمكانية إحداث التعديل في التقسيم المعتمد دون المرور بشروط وترتيبات قانونية، منصوص عليها في القانون 2008/119 وجاء في المادة 22 من هذا القانون بصدد المعني بمشروع التقسيم، ما نصه: "يقدم طلب مشروع التقسيم في المناطق التي لها مخططات عمرانية معتمدة من المالك إلى الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم بالوحدة المحلية، مصحوبا بالرسومات والمستندات والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"[3].

(1) - المادة الثانية من القانون 2008/119 المشار إليه سابقا.

(2) - المادة 18 من القانون نفسه.

(3) - المادة 22 من القانون نفسه.

لم يتعرض المشرع الأردني بشكل صريح لرخصة التجزئة، وإنما ركز على ما سماه التقسيم على غرار ما فعل المشرع المصري، فعرفه في المادة 02 بند 14 من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية وفق الشكل التالي: "وتعني كلمة التقسيم بالنسبة لأي أرض ذات ملكية موحدة ما عدا الأبنية المقامة عليها تقسيمها (أي الأرض) إلى قطعتين أو أكثر سواء كان التقسيم بسبب النقل أو الإفراز للبيع أو البيع أو الهبة أو الإرث أو التأجير أو لأي غرض آخر"[1].

من خلال هذا النص نستشف أن المشرع الأردني يقصد ضمنيا بلفظ التقسيم التجزئة، كونه يربطه بالأرض دون الأبنية المقامة، ووضع المشرع جملة من الشروط بشأن رخصة التقسيم كما سماها حيث جاء في المادة 28/بند 03 من القانون السالف أنه: "يجب أن يبين على مخطط التقسيم حدود قطعة الأرض التي من أجلها نظم هذا المخطط وكذلك الطرق المقررة على مخطط التنظيم التفصيلي للمنطقة التي تقع فيها هذه الأرض والطرق المقترحة وخطوط الارتفاعات المتساوية وأية أمور أخرى قد تطلبها لجنة تنظيم المدن المحلية من أجل التثبت من مطابقة مخطط التقسيم لمخطط الإعمار التفصيلي"[2].

كما قيد القانون الأردني الملاك بخصوص الاستفادة من رخص التقسيم، حيث ورد في البند 06 من المادة السابقة أنه: "..لا يسمح بتقسيم أية أرض مبنية أو خالية من البناء بشكل يخالف أحكام تنظيم المنطقة الواقعة بها"[3].

وبعد استفاء الإجراءات القانونية واحترام الاستثناءات التي قد تقع يتم تسجيل الأراضي بناء على طلب يقدمه مالك الأرض لتسجيل التقسيم في سجلات الأراضي.

غاب عن المشرع اللبناني تسمية رخصة التجزئة بهذا الاسم أو باسم التقسيم، وإنما اعتمد مسمى رخص الإفراز، والتي عرفت بأنها تقسيم أرض أو جزء منها بواسطة من يقوم بعملية الإفراز إلى خمسة أجزاء، أو أكثر لغرض البيع حاليا أو في المستقبل، وهذه

(1) – بند 24 من المادة 02 من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية الأردني المشار إليه سابقا.

(2) – البند 03 من المادة 28، من القانون نفسه.

(3) – البند 06 من المادة 02 من القانون نفسه.

الأخيرة مفصولة عن بعضها، فتباع كل واحدة منها ضمن مدة معينة، وبذلك فهناك المالك الأصلي والمطور والمشتري والمدينة ككل. [1]

وتناول المشرع اللبناني هذه الرخصة ضمن المادة 28 من قانون التنظيم المدني اللبناني التي جاء فيها: "يخضع الإفراز لإجازة مسبقة تعطى بموجب قرار يصدر عن المجلس المختص"، فيما نصت المادة 30 على أن: "..تقديم الأراضي مجانا لا يمكن أن يتجاوز ربع مجموع المساحة المفرزة إلا بموافقة الفارز"، وجاء نص المادة 32 على النحو التالي: "لا يمكن بيع أو تأجير الأراضي المبنية أو غير المبنية المشمولة بالإفراز، ولا تشييد الأبنية إلا بعد الحصول على إجازة الإفراز"[2].

يتبين لنا أن رخصة الإفراز تشكل أحد الأدوات المهمة التي منحها المشرع اللبناني للسلطة العامة من أجل التحكم بالتوسع العمراني، وللتوفير في تكاليف شبكات الخدمات العامة ، وذلك بوضعها على عاتق طالب الإفراز.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري جرم التجزئة غير القانونية للأراضي وإقامة البناء على أرض قبل الحصول على رخصة التجزئة بشأنها، وكذا المشرع اللبناني الذي حدد عقوبتها بالغرامة والحبس من يوم إلى 15 يوم، أو بإحدى العقوبتين، كما يمكن إلغاء عقود الإيجار ونقل الملكية على مسؤولية المخالف[3].

أما المشرع الفرنسي فلم يشر إلى الرخصة المتعلقة بالتجزئة، وإنما وضع تعريفا للتجزئة بأنها العملية التي تهدف إلى أو التي ينتج عنها تقسيم إرادي لقطع من ملكية واحدة أو عدة ملكيات عقارية عن طريق البيع، أو الكراء بصورة إما متزامنة أو متعاقبة بهدف إنشاء وحدات سكينة، حدائق أو منشآت صناعية وتجارية، ونصها الأصلي كالتالي:

" Constituent un lotissement au sens du présent décret, l'opération et le résultat de l'opération ayant pour objet ou ayant en pour effet la division volontaire en lots d'une ou plusieurs propriétés fonciers par ventes ou location

---

(1) - سناء ساطع عباس، فرح غازي محمد، **مؤثرات إعادة الإفراز السكني دراسة تحليلية لمنطقة شارع فلسطين للفترة 2006-2010**، المجلة العراقية للهندسة المعمارية، العدد 22،ديسمبر، 2011، ص11.

(2) - المواد 28-30-32 من قانون التنظيم المدني اللبناني.

(3) - غنام محمد غنام، **"المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء"**، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 1995، ص 155.

simultanées ou successives en vue de la création d'habitations de jardins ou d'établissements industriels ou commerciaux ".[1]

تعتبر التجزئة عملية عقارية لا تتم إلا بموجب قرار إداري صادر عن سلطة مختصة بناءا على طلب المستفيد منها، الذي عليه أن يقدم ملفا يحتوي على تصاميم ، تبين موقع القطعة الأرضية المعنية بالتجزئة، وهل من شان التجزئة التأثير على الملكيات المجاورة، فعملية التجزئة ليست مجرد القيام بتقسيم لقطعة أو مجموعة قطع أرضية، بل هي مشروع بناء ينبغي أن يحترم المستفيد منها مقتضيات البناء.

تشكل رخصة التجزئة محورا رئيسيا في النشاط العمراني من ناحية تنسيقه و تنظيمه، و يكون مالك الوحدة العقارية غير المبنية مقيد بضرورة الحصول عليها لإجراء عملية التجزئة إلى قطعتين أو عدة قطع أرضية من شانها أن تستعمل في تشييد بناية. [2]

الفرع الثالث

رخصة الهدم كآلية مقيدة للملكية العقارية الخاصة

تقتضي ظروف العمران و احتياجاته، وكذا المخاطر المترتبة عن كون البنايات آيلة للسقوط أن يتجه المالك إلى تغيير البناء عبر هدمه، جزئيا أو كليا، وبالرغم من أنه يتصرف في نطاق ملكه، إلا أنه مقيد من طرف الجهات الوصية على الشأن العمراني، ولا يمكنه التحرك في ذلك إلا بحصوله على ترخيص بالهدم، من خلال رخصة تجيز له ذلك، تكون صادرة من الجهة المختصة، و تمنح للمستفيد منها حق إزالة البناء كليا أو جزئيا[3]، وفي هذا الإطار اعتبر المشرع الجزائري أن رخصة الهدم هي بمثابة الوثيقة الإدارية التي تسبق أي عملية هدم، و تأخذ بالظروف الأمنية و التقنية المطلوبة في التنفيذ، و في هذا الصدد نصت المادة 61 من المرسوم 91-176 على أعمال الهدم التي يباشرها المالك في عقاره، سواء بصفة جزئية أو كلية، تحتاج إلى ترخيص إذا كان ملكه مصنفا أو في طريق التصنيف، ضمن المناطق التاريخية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية، وجاء في النص

(1)-Code d'urbanisme en France, article 1 du décret n°58-1466 du 31 décembre 1958, jorf, du 4 janvier 1959, p 270.

(2)- اسماعين شامة، **النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري**، دار هومة ، الجزائر، 2004، ص 222.

(3)- الزين عزري ، **قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها**، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003، ص 11.

أنه:" لا يمكن القيام بأي عملية هدم جزئية أو كلية للبناية دون الحصول المسبق على رخصة الهدم، وذلك عندما تكون هذه البناية واقعة في مكان مصنف أو في طريق التصنيف في قائمة الملاك التاريخية أو المعمارية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية، و طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة عليها، أو تكون البناية آيلة للهدم سندا للبنايات المجاورة". [1]

استعمل المشرع الجزائري مصطلحا قانونيا واحدا لمعالجة حالتين قانونيتين مختلفين، وهو مصطلح الهدم، رغم الاختلاف في الطبيعة القانونية بين الهدم والإزالة حيث الأول يعد إجراء عقابيا أو ردعي[2]، وجاءت المادة 69 من القانون 29/90 فجعلت للإدارة البت في رخصة الهدم، وأقرت صراحة أنه لا يمكن للإدارة رفض طلب رخصة الهدم إلا للأسباب القانونية، وأن يكون القرار الإداري معللا تعليلا كافيا، مع تمكين المعني بها الطعن في ذلك، أو رفع الأمر غلى الجهات القضائية المختصة، في حال سكوت الجهة المعنية أو رفضها منح تلك الرخصة. [3]

و أكدت المادة 66 من المرسوم 176/91 أنه لا يمكن رفض منح رخصة الهدم، عندما يكون الهدم الوسيلة الوحيدة، لوضع حد لانهيار البناية، لما لذلك من خطر للبناية على الأرواح و الممتلكات[4]، و بالنسبة لصفة طالب هذه الرخصة، فقد خولها المشرع الجزائري بموجب المادة 62 من المرسوم التنفيذي 91-176 لثلاث جهات هم: المالك أو الوكيل أو الهيئة العمومية المخصصة لها البناية، وقضت هذه المادة أنه:" ينبغي أن يتقدم بطلب رخصة الهدم و التوقيع عليها مالك البناية الآيلة للهدم أو موكله أو الهيئة العمومية المخصصة". [5]

---

(1)- المادة 61 من المرسوم 91-176 المشار إليه سابقا.

(2)-عبد الرحمن عزواي ، مرجع سابق، ص 673.

(3) - المادة 69 من القانون 29/90 المشار إليه سابقا.

(4)- تجدر الإشارة إلى أنه أحيانا لا يتم تنفيذ قرارات الهدم الصادرة بالرغم من مخاطر بقاء البناء، و ذلك اعتبارا للوضعية الاجتماعية وتأثير الهدم على الأسر الفقيرة، التي قد تتضرر من هذا الإجراء: محمد لمزوغي،" **المنازعات المتعلقة بالتعمير**"، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج، 05- 06، 2007، ص 40.

(5)- المادة 62 من المرسوم 176/91 المشار إليه سابقا.

أولى المشرع المصري جانبا من الاهتمام برخصة الهدم وإجراءاتها، حيث تم التطرق إلى تعريف أعمال الهدم التي تم تصنيفها في القرار الوزاري رقم 144 لسنة 2009 ضمن الباب التمهيدي، في أنه هناك أعمال الهدم الجزئي التي تعني إزالة أجزاء من المبنى بغرض الحفاظ على بقية المبنى، أو خوفا من سقوط هذه الأجزاء بما يعرض الأرواح و الأموال للخطر، فيما يعني الهدم الكلي إزالة جميع أجزاء المبنى[1]، وكان المشرع المصري الى غاية 2009 يعتبر أنه يتوجب مرور 40 سنة على الإنشاء لكي يصرح بهدمه.[2]

يشكل الحصول على الترخيص قبل مباشرة أعمال الهدم إجراء إجباريا في التشريع المصري، حيث جاء في المادة 39 من القانون رقم 49 لسنة 1977 أنه:" يحظر.... هدم المباني غير الخاضعة لقانون هدم المباني غير الآيلة للسقوط جزئيا أو كليا...، دون الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط و التنظيم وفقا للاشتراطات البنائية وقت إصدار الترخيص... " [3]

كما تم إدراج الترخيص الخاص بالهدم ضمن نص المادة 32 من القانون أعلاه و التي نصت على أنه:" .... يجوز بحكم من قاضي الأمور المستعجلة الترخيص بإخلاء وهدم ما قد يعترض الإضافة أو التعلية من أجزاء الأماكن غير السكنية...." [4]

على غرار المشرع الجزائري عند تقييده لاستعمال رخصة الهدم و إمكانية الاستفادة منها، ذهب المشرع المصري إلى التأكيد على حظر الترخيص بالهدم لأسباب متعلقة بالتاريخ والجانب المعماري، حيث جاء في المادة 02 من القانون 144 لسنة 2006 على أنه:"

---

(1)- الباب التمهيدي من القرار الوزاري رقم 144 لسنة 2009 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البناء رقم 119 لسنة 2008 بتاريخ 18-04-2009، الوقائع المصرية، العدد 82، تابع أ بتاريخ 29-04-2009، ص 16.

(2) - القانون 178 لسنة 1961، الصادر بتاريخ 1961/11/09، المتعلق بتنظيم هذه المباني، ج ر، العدد 265، بتاريخ 1961/11/18، ص 1678.

(3)- المادة 39 من القانون رقم 49 لسنة 1977 الصادر في 1977/08/30 بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر و المستأجر، ج ر، العدد 36، الصادرة بتاريخ 1977/09/08، ص 903.

(4)- المادة 32 من القانون نفسه.

يحظر الترخيص بالهدم أو الإضافة للمباني والمنشآت ذات الطراز المعماري المتميز، المرتبطة بالتاريخ القومي... " [1]

على نحو مخالف للتشريعين الجزائري و المصري، انفرد التشريع الأردني بكونه لم يشر صراحة لرخصة الهدم، و إنما جعلها ضمن رخص الإعمار بشكل عام، عند حديثه عن تنظيم المدن، حيث ورد في المادة 09 من قانون تنظيم المدن و الأبنية والقرى في الفقرة الثانية تحت عنوان لجنة تنظيم المدن المحلية، أن هذه الأخيرة من مهامها إصدار رخص الإعمار والأبنية وفقا للقانون وتنظيم إنشاءها وهدمها [2]، وهي الإشارة الوحيدة للمعنى المتضمن لرخصة الهدم، ليتحول الاهتمام بعد ذلك إلى الهدم بمفهوم الإزالة في حالة عدم المطابقة أو المخالفة العمرانية، وبذلك فإن الأمر هنا يندرج تحت الإطار العقابي، وضمن القانون نفسه تطرق المشرع الأردني إلى الربط ما بين الإخطار وطلب الإزالة أو الهدم أو ما سماه تغيير البناء، وهو ما يجعلنا نصل إلى نتيجة مفادها أن الجهة الإدارية هي المبادرة دون المالك، ويمكن أن نسجل هنا أن المشرع الأردني قرن بين إجراء الهدم والحفاظ على ما سماه جمال المدينة، وذلك ما ورد في المادة 42 من القانون أعلاه التي نصت على أنه:" يحق للجنة المحلية أو رئيسها بتفويض منها إرسال إخطار تنفيذ إلى مالك أو مشغل أي عقار تطلب إليه أن يقوم على نفقته الخاصة بإجراء ما يلي:.... ب- إزالة أي بناء مؤقت تعتبره اللجنة المحلية مشوها للجوار أو المنظر العام للمدينة.

ج- أن يهدم العقار أو الساحة المحيطة به إذا كان رأي اللجنة المحلية أنه ذو منظر منفر وبشع." [3]

ومثلما أشار المشرع المصري إلى عنصري الخطر والتهديد الصحي، أكد المشرع الأردني على ذلك كمبرر للهدم سواء أنشأ البناء برخصة أم لا، و جاء ذلك في المادة 64 من القانون

---

(1)- المادة 02 من القانون 144 لسنة 2006 الصادر في 2006/07/15 بشأن تنظيم هدم المباني و المنشآت غير الآيلة للسقوط و الحفاظ على التراث المعماري ، ج، ر، عدد 28، بتاريخ 2006/07/15، ص03.

(2) - المادة 2/9 من قانون تنظيم المدن و الأبنية و القرى الأردني المشار إليه سابقا.

(3)- المادة 42 من القانون نفسه.

أعلاه تحت عنوان الأراضي المكشوفة والأبنية المؤقتة والأبنية البالية، والتي تشكل مكرهة صحية". [1]

فصل المشرع اللبناني في الجانب المتعلق بالهدم، فميز أعماله و أنواعه، وحدد الجهات المانحة لرخصة الهدم، و كذا البنية التي لا يطيق عليها الترخيص بالهدم، بحيث نجد في المادة الثالثة أن من بين أعمال الهدم أعمال الترميم والتسنيد وإبدال السقوف، وإنشاء جدران الدعم و السند. [2]

أخضع المشرع اللبناني أعمال الهدم للترخيص، حيث جاء في الفقرة "ج" من المادة الثالثة من المرسوم الاشتراعي 1578:" تخضع للتصريح أعمال هدم الأبنية و المنشآت استنادا إلى خرائط و تعهد بالإشراف على أعمال الهدم، موقعين من قبل مهندس".[3]

و تمييزا عن التشريعات السابقة أوجب المشرع اللبناني وجوب تضمن التصريح للوسائل والمعدات التي ستستعمل في أعمال الهدم، و كذا توفر غطاء تأمين للأضرار التي قد تنشأ عن عملية الهدم مع اعتماد تدابير الوقاية و السلامة العامة.

يتفق التشريع اللبناني مع التشريع الأردني في إدراج الأعمال التي تقتضي أشغال هدم ضمن الأعمال التي لا تقتضي تصريحا بالهدم، حيث جاء في المرسوم 1578 اعتبار تلك الأعمال الصيانة العادية والتجميل والترميم، غير أنه يتوسع في ذلك مثلما جرى الأمر مع التشريعين الجزائري و المصري في إدراج المنشآت الأثرية وذات الطابع التاريخي في العقارات التي لا تمنح التصريح بهدمها. [4]

أوجد المشرع الفرنسي بدوره جملة من الترتيبات فيما يخص التعامل مع رخصة الهدم، حيث أنه لم يفرضها على كل عمليات الهدم على مستوى التراب الفرنسي، بل قصرها على البلديات التي يفوق عدد سكانها عشرة آلاف (10000) ساكن، أو تلك الواقعة على محور 50 كلم من مدينة باريس، أو في المناطق المحمية، والتي يقصد بها خصوصا تلك المناطق المصنفة في الإطار التاريخي والسياحي والثقافي، والتي برر رفض منح

(1)- المادة 64 من قانون تنظيم المدن و الأبنية و القرى الأردني، المشار إليه سابقا.

(2)- المادة 03 من المرسوم رقم 15874، المشار إليه سابقا.

(3) - المادة 03/ ج ، المرسوم رقم 1578، المشار إليه سالفا.

(4)- المادة 03/ د ، المرسوم نفسه.

رخصة هدمها بمبرر المنفعة الاجتماعية " intérêt social" [1]، و جاء ذلك الاشتراط صريحا في رفض منح رخصة الهدم للملاك، وورد في المادة 5/430 من قانون التعمير الفرنسي ما نصه:"

" Si dans un intérêt social, il est nécessaire de sauvegarder le patrimoine immobilier bâti "[2]

و جاء في نفس السياق من خلال الأسباب المبررة لرفض منح رخصة الهدم، إرجاع ذلك في المحافظة على النمط العمراني:

" si les travaux envisagés sont de nature a compromettre la protection ou la mise en valeur des quartiers, des monuments et des sites. "[3]

عمم المشرع الفرنسي صفة طالب الرخصة على كل ترخيص بالمالك بالقيام بعملية الهدم، وكذا من كان له في ذلك سندا قانونيا يثبت شغله للبناية، في حين نجد أن المشرع الجزائري حصر صفة الطالب في المالك و الوكيل فقط. [4]

في جانب آخر أخذ المشرع الفرنسي بفكرة القبول الضمني عند عدم الرد وفوات الآجال القانونية بالنسبة لطلب رخصة الهدم، حيث أعتبر أن مرور الأربعة أشهر دون رد من الإدارة اعتبارا من تاريخ إيداع الملف يعتبر قرار ضمنيا بالموافقة، وفي ذلك مراعاة لمصلحة طالب رخصة الهدم، وإرغام الإدارة في التعامل بجدية وسرعة بخصوص الطلبات المقدمة إليها.

(1) - Jacqueline morand- deviller**, droit de l'urbanisme**,7eme édition Estem, Paris, 1996,p197.

(2)- art 430/5 du code de l' urbanisme français.

(3)- art 430/5 du code de l'urbanisme français.

(4)- الزين عزري ، **إجراءات إصدار قرارات الهدم في التشريع الجزائري**، مجلة المفكر، العدد الثالث، 2009، ص 15.

خلاصة الباب الأول

تناولنا في هذا الباب مسالة القيود المتعلقة بسلطتي الاستعمال والتصرف ، وتوصلنا إلى أن استعمال المالك لسلطاته المخولة له خارج الحدود الموضوعية والغائية بشكل يسبب ضررا للغير يعتبر تعسفا ، يوجب مسؤوليته ، لأن المالك مقيد بعدم الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء ذلك الاستعمال، وهذا ما اتفقت التشريعات المقارنة التي كانت محل دراسة على إقراره، وبهذا المفهوم فان نظرية التعسف تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغ فكرة الحق بتحويله إلى وظيفة اجتماعية خالصة بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق إلى تحقيق أغراض وأهداف غير مشروعة ، كما عالجنا مسألة مضار الجوار غير المألوفة باعتبارها قيدا يرد على الملكية العقارية الخاصة ، ورأينا كيف أقرت التشريعات المقارنة المعتمدة من جانبنا في هذه الدراسة، مسؤولية الجار إذا أخل بحسن الجوار متى توافرت الشروط سالفة الذكر ، لذا أفردت التشريعات المقارنة نصوصا خاصة في قوانينها، ألزمت فيها المالك بعدم الإضرار بالجار ضرار فاحشا، بحيث حددت كيفية ممارسة الحقوق بين الجيران، وذلك من خلال وضع ضابط عام يحكم تصرفات أصحاب الملكيات المجاورة، لأنه من خلال الممارسات قد يصاب أحد الجيران بأضرار ، وبالتالي لا يستطيع المطالبة بإزالتها إلا إذا كانت غير مألوفة والمسألة ترجع للقاضي الذي يحدد ما إذا كانت هذه الأضرار تجاوزت الحد المألوف بين الجيران أم لا ، مستهديا في ذلك بالمعايير السالف ذكرها ، كما عالجنا مسألة الشفعة باعتبارها رخصة استثنائية تحد من سلطان الإرادة ، بحيث يدخل الشفيع في علاقة تعاقدية لم يضع شروطها ، ويجبر البائع على التعاقد معه مما يفقد المشتري حقه في العقار الذي اشتراه ويجبره على التخلي عنه ، ونظرا لخصوصية هذا القيد ضبطت التشريعات المقارنة أحكامه، وحددت الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى هذا الطريق الاستثنائي ، وذلك بوضعها شروطا وإجراءات ومواعيدا قصيرة حتى لا تبقى ملكية المشتري مهددة بالزوال بسبب الشفعة لمدة طويلة.

ضمن تقييد التصرف في الملكية العقارية الخاصة، توصلنا إلى اعتبار أن الشرط المانع من التصرف يحقق مصالحا معتبرة، ويستند إلى مبررات عملية مقبولة، وهذا ما دفع

بالتشريعات المقارنة المعتمدة من قبلنا، إلى النص عليه صراحة، ولم يكن الإقرار بصحته مطلقا، بل جاء بشروط معينة منها : مشروعية الباعث، وأن تكون مدة المنع من التصرف معقولة، لتجعله في أضيق نطاق، على اعتبار أنه يشكل قيدا خطيرا على حق الملكية العقارية الخاصة.

وفي الأخير تطرقنا إلى الرخص العمرانية، وتوصلنا إلى كونها تعد فعلا الآلية و الميكانيزم الأساسي التي من خلالها يتم ضمان استخدام الأرض وفقا لتوجهات أدوات التهيئة والتعمير، ويتجلى ذلك من خلال تقييد طالبها بضرورة الحصول عليها، وبالتالي فهي وسيله لبسط رقابة الإدارة على المجال العمراني، والهدف من اشتراطها وتقييد صاحبها بالحصول عليها، هو ضبط المحافظة على الطابع الجمالي للعمران في إطار احترام متطلبات البيئة والتوازن الإيكولوجي.

الباب الثاني

قيود الملكية العقارية الخاصة

المتعلقة بسلطة الاستغلال

الباب الثاني

قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة الاستغلال

يقتضي وجود الفرد ضمن المجتمع الحديث، أن يقيم سلسة من الارتباطات مع محيطه، تجعله في حاجة إلى غيره من جهة، ومراعيا لحقوق هؤلاء الآخرين في نفس الوقت الذي يسعى فيه الحفاظ على حقوقه التي يكفلها له القانون، وتدفع ممارسته لتلك الحقوق والحفاظ عليها مراعاة جملة من الاعتبارات التي تعود في المقام الأول لحالة التجاور مع غيره، وهي ما يطلق عليها في التداول القانوني بقيود التلاصق في الجوار، من قبيل وضع الحدود والحائط المشترك، كل ذلك من جهة، والقيود التي تنشأ من دواعي المنفعة العمومية، حين تتجه الدولة إلى نزع ملكيات الأفراد سواء كليا أو جزئيا محتجة في ذلك بمبرر المنفعة العامة من جهة ثانية، مما يدخل الفرد في سلسلة من التفاصيل القانونية المتصلة بالمبرر وإجراءات النزع والتعويض عن تلك العملية، وتقف إلى جانب هذه القيود ما يعرف بالقيود الارتفاقية ، والتي تنشأ بالأساس من خلال أهمية تلك القيود الراجعة للمرور أو المياه ، وما تطرحه هي الأخرى من منازعات وتعقيدات بين الجيران، وتتضمن هذه الطائفة الثانية مجموعة من القيود، منها ما يتعلق بحق المرور، ومنها ما يتعلق بحق المجرى، ومنها أيضا ما يتعلق بحق الشرب أو المسيل.

بناء على ما تقدم ذكره سنحاول في هذا الباب معالجة هذه القيود بشيء من التحليل والتأصيل، ولذلك ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

خصصنا الفصل الأول منه لقيود التلاصق في الجوار ونزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية، أما الفصل الثاني سنتناول فيه القيود الارتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

الفصل الأول

القيود الراجعة للتلاصق في الجوار ونزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية

فرضت عدد من التشريعات المقارنة، ومنها التشريع المصري،الفرنسي، الجزائري، الأردني واللبناني قيودا تتعلق بالتلاصق في الجوار على الملاك المتجاورين ، من حيث وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة، ومن حيث الحائط الفاصل بين عقارين، أو فتح المطلات والمناور بما تثيره من مشاكل بين الجيران، كما أنها اهتمت بالتأكيد على المنفعة العامة كمبرر لنزع الملكية الخاصة، وذلك ضمن جملة من الترتيبات القانونية، من خلال مفهوم تلك العملية وخصائصها، وإجراءاتها المختلفة باختلاف الظروف والمبررات ، وكذا توقيت النزع وحجمه، وفي نفس الوقت الوقوف على إجراءات سير العملية ومنازعاتها وفي مقدمة ذلك منازعة الاسترجاع والتعويض، وسنحاول تكييف هذه الأفكار بدراسة مقارنة تشمل قيود الملكية العقارية الخاصة الراجعة لقيود التلاصق في الجوار ، ثم التطرق إلى عملية نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية كإجراء فيه قدر كبير من تقييد الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول

قيود الملكية العقارية الخاصة الراجعة للتلاصق في الجوار

يفرض أخذ المصلحة الخاصة للغير بعين الاعتبار،عددا من القيود القانونية التبادلية على حق الملكية، وذلك بما تمليه مقتضيات التلاصق في الجوار، وبما تثيره من مشاكل عديدة بين الجيران، من أجل ذلك تدخلت مختلف التشريعات المقارنة ، وفرضت العديد من القيود على الملاك المتجاورين، وهذه القيود تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة، فهي إما قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الأملاك المتلاصقة، أو قيود تتعلق بالحائط الفاصل بين عقارين، أو قيود تتعلق بالمسافات التي يجب أن تراعي فيما بينها، عند فتح المطلات والمناور، وسنتطرق فيما يلي لهذه القيود من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة والحائط الفاصل بين عقارين، ونتطرق في المطلب الثاني لفتح المطلات والمناور.

المطلب الأول

أحكام الحدود المتلاصقة والحائط الفاصل بين عقارين

إن ممارسة المالك للسلطات التي يخولها إياه حقه في الملكية ، يقتضي تحديد وتعيين الشيء الملوك له، وذلك بفصله عن غيره وتمييزه كشيء معين بالذات، والتحديد لا يثير صعوبة بالنسبة للمنقول، وذلك بالنظر لطبيعته التي تجعله قابلا للتنقل، وبحكم كونه منفصلا عن غيره، أما بالنسبة للعقارات فإن طبيعتها وموقعها واتصالها بغيرها، يؤدي إلى صعوبة تحديد نطاق حق الملكية الوارد عليها، فتثار مسألة وضع الحدود، وكذا الحائط الفاصل بين عقارين، وسنحاول معالجة هاتين المسألتين من خلال فرعين اثنين:

الفرع الأول

وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة

لقد أعطت عدد من التشريعات السالفة، الحق لكل مالك في أن يقوم بإجبار جاره على أن يضع حدودا بالنسبة لأملاكهما المتلاصقة، وبناء على ذلك سنعمد إلى تحديد المقصود من عملية وضع الحدود وشروطها، ثم تحديد صور وضع الحدود.

أولا: **تعريف عملية وضع الحدود ومراحلها**

قد تثور الصعوبات بالنسبة لتحديد نطاق حق الملكية، إذا ما ورد مع عقار أيا كان نوع استغلاله، وذلك في صلة المالك بالملاك المجاورين، ولذلك فإن القانون يعطي لكل مالك الحق في أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة[1]، فما المقصود من هذه العملية وما هي شروطها؟

سنحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال ما يلي:

01- تعريف عملية وضع الحدود

تتعلق الدراسة في هذا العنصر بتعريف عملية وضع الحدود، أو كما يصطلح عليها باللغة الفرنسية " **le bornage** " وذلك من خلال استقراء مضمون نصوص التشريعات المقارنة، حيث قضت المادة 813 من القانون المدني المصري، والمادة 646 من القانون المدني

(1)- De polignac bernas, Monceau jean pierre, **Expertise Immobilière** : " **guide pratique",** deuxième édition , Ey arolles, 2003, p 94.

الفرنسي[1]، والمادة 703 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقة التحديد شركة بينهما. "[2]

يستشف من مضمون هذه النصوص القانونية، أنها اتفقت في تعريف عملية وضع الحدود، بأنها عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين، وإظهاره بعلامات مادية، وتثور مشكلة وضع الحدود - كما أشرنا آنفا- بالنسبة للعقارات دون المنقولات، فالعقارات بحكم اتصال حدود كل منهما بحدود غيره، بما يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منهما، وتتطلب عملية وضع الحدود للقيام بها، اشتراك مالكي الأرضيين المتجاورتين، وهو ما يستخلص من عبارة: "تكون نفقة التحديد شركة بينهما".

بالنسبة للمشرع الأردني ، فإننا نجد أنه لم ينص صراحة في القانون المدني على التلاصق في الجوار، وإنما تطرق لذلك في قانون تنظيم المدن والأبنية والقرى، وذلك في 64 من، التي جاء فيها أنه:" لا يجوز إبقاء الأراضي المحاذية للشوارع الرئيسية مكشوفة، ويجوز للجان التنظيمية تكليف أصحابها بتسويرها خلال المدة التي تحددها ، وإذا تخلف عن ذلك خلال المدة المحددة، فإنه يحق للجنة التنظيمية المختصة حسب مقتضى الحال ، القيام بها على نفقتهم. "[3]

يقتصر مضمون عملية وضع الحدود على إلزام الجار بترسيم حدود لأملاكما المتلاصقة، ووضع علامات مادية ظاهرة لهذه الحدود، ليتعرف كل مالك للملكين المتجاورين والمتلاصقين على حدود ملكه في وضوح[4]، ولا يقصد بالملكين المتلاصقين هنا حالة الشيوع، بل يقصد بها الملكية المفرزة لأحد الملاك التي تكون متجاورة ومتلاصقة مع ملكية مفرزة لمالك آخر، وتختلف عملية وضع الحدود عن التحويط ، أو ما يصطلح عليه باللغة الفرنسية **clôture** ، ويكمن الاختلاف في أنه وإن كانت التشريعات السالفة من خلال

---

(1)-le bornage : procédé consiste a fixer les limites des deux fonds contiguë, et a placer des bornes ou autres signes de délimitation, voir dans ce sens:Philippe Bihr, op.cit, p 182.

(2)- المواد:813 من القانون المدني المصري، 646 من القانون المدني الفرنسي، 703 من القانون المدني الجزائري.

(3)- المادة 64، قانون تنظيم المدن والأبنية والقرى الأردني.

(4)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص23.

النصوص القانونية سابقة الذكر، أجازت للملك إجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة مع الاشتراك في نفقات التحديد، فإنه من خلال النصين التاليين:

المادة 01/818 من القانون المدني المصري، المادة 01/708 من القانون المدني الجزائري، فقد قررا بأنه ليس للجار إجبار جاره على تحويط ملكه، ولا التنازل عن جزء منه، فلكل مالك الحق في تحويط ملكه، على أن لا يتعسف في استعمال حقه بالمساس مثلا بحق ملكية لمالك آخر، على خلاف الوضع في القانون الفرنسي الذي يعترف بالحق في التحويط "**le droit de se clôture** " والتحويط الإجباري" الذي يطلق عليه في الاصطلاح القانوني **la clôture forcée ou l'obligation de se clore**. [1]

يقترن تعريف الحدود في جانبه القانوني بمسألة التعيين ، حيث أن محل دعوى تعيين الحدود ينحصر في إقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبنيتين متلاصقتين، مملوكتين ملكية فردية لمالكين مختلفين، ويغلب أن تكون الأرضان المتلاصقتان من الأراضي الزراعية، أو الأراضي الفضاء، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن توضع حدود فاصلة ما بين أرضين مبنيتين، على أن تكون منتهيتين بفناءين هما المتلاصقان، أو بأرض عراء، كما يجوز طلب وضع الحدود أن يتوسط الأرض طريق خاص، مملوك لأحد المالكين، أو مملوك لكليهما ملكية مفرزة، أما إذا توسط الأرض مجرى ماء كبير ثابت، فإن هذا المجرى يكون حدا فاصلا طبيعيا، ولا حاجة بعد ذلك إلى تحديد آخر، كذلك لا تكون هناك حاجة إلى تحديد آخر إذا فصل طريق عام الأرضين ، فيكون هذا الطريق هو الحد الفاصل، وإذا كانت الأرض ملاصقة للأملاك العامة، فإن جهة الإدارة هي التي تعين حدود الملك العام، بقرار يصدر عنها، لا عن طريق دعوى بتعيين الحدود، ولصاحب الأرض الملاصقة أن يطعن في قرار الإدارة، بالإلغاء والتعويض [2].

يحق لأي من المالكين المتلاصقين أن يكون طرفا في دعوى تعيين الحدود، بحيث يجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوى على الآخر، كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع وللمحتكر، أن يرفع كل واحد منهم، دعوى تعيين الحدود، لكن لا يجوز للمستأجر أن يرفع هذه

(1)- Berge-jean-brus chi marc, Cima Monti Sylvie, op.cit., p p 176-180.

(2)- محمد كامل مرسي باشا ، مرجع سابق، ص451.

الدعوى، ولا أن يدخل طرفا فيها، لأن حقه شخصي ، وليست له صفة في دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود، ولما كانت هذه الدعوى من أعمال الإدارة، فتكفي أهلية الإدارة للتقاضي، ويجوز للولي أو الوصي أو القيم، أو الوكيل أن يرفعها، أو ترفع عليه. [1]

بعد أن حاولنا التعرف في هذا العنصر على المقصود من وضع الحدود، ومحل دعوى تعيين الحدود، سنتعرض في العنصر الموالي إلى مراحل القيام بعملية وضع الحدود.

02- مراحل وضع الحدود

لدينا هنا مرحلتين لوضع الحدود، مرحلة أولية وأخرى نهائية، نتعرض لهما من خلال ما يلي:

أ- المرحلة الأولية لوضع الحدود:

يتم في إطار هذه المرحلة إجراء عملين هامين:

– فحص مستندات الملكية لتحديد إجمالي مساحة ملك طرفي الدعوى، وفقا للمستندات ومضاهاتها بالمساحة الواردة في صحيفة "عريضة الدعوى"، وتحديد أطوال الحدود المختلفة، مع تطبيق هذه المستندات على الطبيعة مع ما يلزم ذلك ، من تحديد المعالم الثابتة التي تعد نقطة بداية قياس تحديد حدود القطع المساحية الواردة في سند الملكية. [2]

– مسح الأراضي المتلاصقة المطلوب وضع الحدود بينها، للتحقق مما إذا كانت مساحتها الفعلية تتطابق، أم تزيد أم تنقص عن المساحة الواردة بمستند الملكية، وتحديد الجهة التي بها الزيادة، وتلك التي ورد عليها النقص، وقد يستلزم الأمر - سواء بناء على طلب أطراف الدعوى أو تقدير القاضي من تلقاء نفسه- مسح الأراضي الأخرى المجاورة، إذا ما وجد عجز أو زيادة في مساحات الأراضي المتلاصقة محل الدعوى، حيث يتبين أن هذا العجز أو الزيادة موجودة بهذه الأراضي المجاورة ، خاصة إذا كانت هذه الأراضي تمثل مع الأراضي المتلاصقة كلا واحدا، ثم قسم أو جزء، مع ما قد يحدث خلال ذلك من ترحيل لبعض القطع المساحية، أو عدم دقة في تحديد نقطة بداية أو نهاية القياس أو انحراف في زاوية الحد.

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 746.

(2)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 221.

وهو ما يحدث أيضا إذا أدخل المالك الشوارع الداخلية للتقسيم ضمن القطع المساحية، بما يترتب عليه ترحيل جميع القطع المساحية المتلاصقة، وكذا إذ ما ضم إلى ملكه حرم الطريق، فكان أن تداخلت القطع المساحية المتعاقبة.[1]

ب- المرحلة التنفيذية "النهائية" لوضع الحدود:

تتلخص هذه المرحلة فيما يلي:

– رسم الحدود الفاصلة بين الأراضي المتلاصقة، وإقامة علامات مادية ثابتة ظاهرة عند بداية الحد ونهايته، من الجهات الأربع للقطعة المساحية، وغالبا ما تتخذ العلامة المادية شكل زاوية مباني ، تتم الكتابة عليها ، أو وتد حديدي يتم زرعه في الأرض مع بروز ظاهر[2].

– يتم تحرير محضر تحديد[3] **procès-verbal d'abornement** تثبت فيه جميع خطوات التحديد، مع بيان خط سير الحد الفاصل والمعالم الثابتة، التي اتخذت أساسا لبداية القياس وتسجيل لما وضع من العلامات المادية من الجهات الأربعة، وتظهر أهمية المحضر في أنه يمثل بالنسبة لطرفيه مرجعية ثابتة، يرجع إليها في حال انطماس الحدود أو تغييرها لإعادتها إلى ما كانت عليه، غير أن هذا المحضر يفقد قيمته إذا تغيرت معالم الحدود، أو انطمست ومضى على انطماسها خمسة عشر (15) سنة، حيث تسقط عندئذ دعوى إعادة تعيين الحدود بالتقادم المسقط، ولا يكون هناك سبيل إلا رفع دعوى مبتدئة بتعيين الحدود[4].

أما بالنسبة لنفقات هذه العملية، فيمكن التمييز بين نفقات التحديد ذاته، ونفقات مسح الأراضي، فتكاليف ونفقات هذا التحديد من فحص سندات التمليك، وتطبيقها على الطبيعة، ورسم الحدود الفاصلة بينها مع وضع معالم ثابتة، تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين، وتقسم مناصفة بين الرؤوس، أما نفقات مسح الأراضي المتلاصقة فتقسم بين الملاكين

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص632.

(2)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص222.

(3)- المحضر المصادق عليه من المحكمة، له قوة السند التنفيذي، حيث يستند إليه كدليل على الملكية.

(4)- سعيد عبد السلام، **حق الملكية فقها و قضاءا**، مرجع سابق، ص 115.

المتلاصقين كل منهما، بنسبة مساحة الأرض التي يملكها[1]، وفيما يخص نفقات الدعاوى إذا وقع نزاع في الملكية، فإنه بالاستناد إلى القواعد العامة ، فإن من يخسر دعوى النزاع في الملكية يتحمل نفقات تلك الدعوى.

ثانيا:صور وضع الحدود

يتم وضع الحدود إما بالاتفاق بين أصحاب الشأن، أو يتم باللجوء إلى القضاء عند حدوث اختلاف بينهما، وسنحاول أن نتعرض لأحكام هاتين الصورتين من خلال ما يلي:

01- وضع الحدود بالاتفاق

قد يتفق المالكان المتلاصقان على وضع الحدود ما بين أرضيهما وديا- لا عن طريق القضاء- فيكونان بذلك متفقين أولا على ملكية كل منهما لأرضه، ومساحة أرض كل منهما، غير أنهما غير مستوثقين من الحدود التي تفصل ما بين أرضيهما، فيرغبان في وضع علامات ظاهرة تبين تلك الحدود[2]، فيتفقان على خبير يلجآن إليه للقيام بمسح أرضيهما من واقع مستندات الملك، ويتم بناء على ذلك رسم الحدود الفاصلة بين الأرضين، بوضع علامات ظاهرة تبين تلك الحدود، بعدها يقوم الخبير بتحرير محضر رسمي يسمى محضر تحديد procès-verbal d'abornement يوقع عليه المالكان ويكون ملزما لهما، بحيث يتم الرجوع إليه إذا طمست أو زالت الحدود، فيصبح بمثابة عقد بينهما لا يجوز الطعن فيه إلا بما يطعن في العقد[3]، بحيث يجوز خصوصا الطعن فيه بالإبطال متى توفرت أحد حالات الإبطال[4].

02- وضع الحدود باللجوء إلى القضاء

يحق للطرف الذي يريد تعيين الحدود بين ملكيته والملكية المجاورة، أن يرفع دعوى تسمى دعوى تعيين الحدود، محلها إقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبنيتين متلاصقتين، مملوكتين ملكية فردية لمالكين مختلفين، كما لا يوجد ما يمنع من أن توضع حدود فاصلة

---

(1)- عبد الوهاب عرفة، **حق الملكية والحقوق العلنية الأصلية والتبعية**، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، 2005، ص75.

(2)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ص 216،217.

(3)- لم يحدد القانون لمحضر التحديد الاتفاقي -الذي له قوة العقد بين أطرافه- أي شكل خاص.

(4)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 638.

بين أرضين مبنيتين، على أن تكون منتهيتين بفناءين هما المتلاصقان أو بأرض عراء[1]، فهذه الدعوى هي جزاء الالتزام الذي يقع على عاتق المالك، فيفرض عليه أن يشترك في وضع الحدود الفاصلة بين ملكه وملك جاره الملاصق، إذا رغب هذا الأخير في ذلك، وإذا اقتضى تعيين الحدود أن تمسح أراضي أشخاص آخرين غير أطراف الدعوى، فإنه يجوز لأي من المتقاضين أن يطلب إدخال هؤلاء الأشخاص في الدعوى، كما يجوز للقاضي أن يأمر بإدخالهم من تلقاء نفسه، ويجب أن يبتعد في محل هذه الدعوى عن التعرض إلى أي نزاع حول الملكية، وإلا تصبح دعوى استحقاق، وهنا يعتبر بعض من الفقه أنه إضافة إلى كون دعوى تعيين الحدود دعوى عينية عقارية، فهي دعوى حيازية رغم عدم التعرض للملكية هنا[2]، وهي لا تسقط بالتقادم متى ظل التلاصق قائما بين الملكيات المطلوب تعيين الحدود بينها ، مهما استطال زمن التلاصق بغير طلب تعيين للحدود[3]، لما هو معلوم أن الدعوى كوسيلة لحماية الحق تظل قائمة ما بقي نفسه، وهذه الدعوى مقررة لكل صاحب ملك متلاصق، وكذا لكل صاحب حق عيني، يسهم تعيين الحدود في تحديد النطاق المادي لحقه ، لما له من سلطة مباشرة على محل حقه انتفاعا به وذودا عنه وحفظا له، شأن صاحب حق انتفاع أو صاحب حق حكر أو صاحب حق رهن حيازة، غير أنه من المصلحة إدخال المالك في الدعوى حتى يكون الحكم حجة عليه.

كما لا يعتبر نزاعا في الملكية التمسك بالحيازة ، أو مجرد الاختلاف على تطبيق مستندات التمليك، دون أن يكون هناك نزاع على تلك المستندات ذاتها، وعلى العكس إذا نازع أحد الطرفين ، مستندا في ذلك إلى سند أو إلى التقادم في ملكية أجزاء معينة من الأراضي

---

(1)- Gérard cornu, **Droit Civil, Les biens** ,13ed, édition ALPHA, 2009, P196.

(2)- " une partie de la doctrine considère que l'action en bornage …il n'est pas douteux qu'elle constitue une action réelle immobilier, c'est ainsi une action pétitoire, même quand la propriété n'est pas contestée" voir :Jean louis bergel, Bruch Marc, Cima Monti Sylvie, op.cit. pp 173,174.

(3)- بينما يسقط الحق في رفع دعوى إعادة تعيين الحدود السابق ترسيمها، استنادا للمحضر السابق في حالة مرور 15 سنة على انطماس أو تغيير الحدود السابق ترسيمها، يعتبر أن منع ذلك من الحق في رفع دعوى جديدة بتعيين الحدود، لوضع علامات مادية على الحد الفاصل بين الملكيات المتلاصقة.

المتلاصقة، فإن دعوى تعيين الحدود تنقلب إلى دعوى استحقاق[1]، ويوقف الفصل في دعوى تعيين الحدود لحين الفصل في دعوى الملكية، ويمنع من طلب تعيين الحدود أن يتوسط الأرض مجرى ماء كبير ثابت، بحيث يعد هذا المجرى حدا فاصلا طبيعيا، أو إذا فصل الأرض طريق عام، أما إذا كانت الأرض ملاصقة للأملاك العامة أو الدومين العام، فإن جهة الإدارة هي التي تعين حدود الملك العام بقرار يصدر منها، لا عن طريق دعوى تعيين الحدود، ولصاحب الأرض الملاصقة الطعن في قرار الإدارة بالإلغاء أمام القضاء الإداري، إذا كان القرار مخالفا للقانون أو في غير صالحه، وطلب التعويض أمام المحاكم العادية[2]، كما أن دعوى تعيين الحدود يمكن أن ترفع في أي وقت[3]، وتكون المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقارات الملاصقة مختصة محليا.

ولما كان تعيين الحدود فيه حفظ للملك ، فيكفي للمطالبة القضائية به أهلية الإدارة، وسواء تمت عملية وضع الحدود رضاءا أو قضاءا، فإن نفقات التحديد تكون شركة بين الجارين، والمقصود هو التحديد بمعناه الحقيقي، أي بيان الحد الفاصل ووضع علامات مادية تدل عليه، حيث تقسم نفقاته بين الجيران على حسب الرؤوس، ولو اختلفت مساحة الأراضي، لأنهم يتساوون في الفائدة التي تعود عليهم من وضع الحدود، أما إذا اقتضى الأمر بحث سندات الملكية أو مسح الأراضي، فإن نفقات ذلك توزع على الجيران بالنسبة إلى مساحة الأرض التي يملكها كل منهم، وسواء بالنسبة إلى هذه النفقات أو تلك فإن الملاك الذين لم يكونوا في الأصل من أطراف الدعوى، ولكنهم أدخلوا فيها يتحمل كل منهم نصيبه في النفقات[4]، لأنهم يستفيدون من تحديد أراضيهم، ولأن الالتزام بوضع الحدود واجب عام مفروض على جميع أصحاب الأراضي المتلاصقة، أما مصاريف الدعوى فيتحملها من يخسرها من الجيران.

---

(1)- دعوى الاستحقاق هي الدعوى التي يمارسها المالك بصفته كذلك، ضد كل من يضع يده دون وجه حق على ملكيته، ويرفض ردها إليه، منازعا إياه في حقه كمالك، وتهدف هذه الدعوى إلى الاعتراف بحق الملكية واسترداد المال المملوك، أنظر في ذلك: حمدي باشا عمر، ***حماية الملكية العقارية الخاصة***، دار هومة، الجزائر، 2004، ص23.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 638.

(3)- Bergle-jean-bruschi marc, Cima Monti Sylvie, op.cit., p174.

(4)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص44.

بعدما تعرضنا في هذا الفرع إلى وضع الحدود كأحد الحلول التي جاءت بها التشريعات لمعالجة التلاصق في الجوار، سنتعرض في الفرع الموالي إلى حل ثاني، وهو إقامة الحائط الفاصل المشترك.

الفرع الثاني

الحائط الفاصل بين عقارين

تبين لنا فيما تقدم أنه للجار أن يجبر جاره على وضع الحدود بين أملاكهما المتلاصقة، وفي المقابل فإنه ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، فالمالك حر في تحويط ملكه أو عدم تحويطه، وبمعنى آخر فإن تحويط الملك يبقى جوازيا للمالك لا يمكن إجباره عليه، ولقد تضمنت التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، الأردني، اللبناني ، الفرنسي، الجزائري الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بصفة عامة ضمن جملة من النصوص منها المادة 814-818 من القانون المدني المصري، المادة 1282 من القانون المدني الأردني، المادتين 71،70 من قانون المدونة العقارية اللبناني، المادة653 من القانون المدني الفرنسي، المادة 707 من القانون المدني الجزائري.

إما أن يكون الحائط الفاصل بين عقارين مملوكا للجارين معا، وإما أن يكون مملوكا ملكية خاصة لأحدهما وحده، أي أنه قد يكون حائطا مشتركا وقد يكون غير مشترك، وسنتعرض في هذا الفرع لأحكام الحائط المشترك، ثم الحائط غير المشترك أي المملوك لأحد الجارين فقط.

أولا:الحائط المشترك

اعتبرت التشريعات المقارنة سالفة الذكر، الحائط المشترك صورة من صور الملكية الشائعة باستثناء التشريع اللبناني والأردني، إذ أن هذين التشريعين أوردا أحكام الحائط المشترك بين أحكام حقوق الارتفاق القانونية[1]، ويكون الحائط مشتركا إذا كان مملوكا للجارين معا، ويتحقق الاشتراك إما لأن الجارين اشتركا في إقامته ، وإما لأن أحدهما أقامه وسمح بعد ذلك بإشراك الجار الآخر فيه بمقابل أو بدون مقابل، وفي حدود الكلام عن

(1)- محمد وحيد الدين سوار، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص259.

الحائط المشترك يثار الكلام أولا عن إثبات الاشتراك في هذا الحائط، ثم عن حقوق الشركاء في الحائط المشترك، ثم عن إصلاحه وتعليته، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال العنصرين المواليين:

01- إثبات الاشتراك في الحائط المشترك وحقوق الشركاء

سنعالج في هذا الجزء مسألة إثبات الاشتراك في الحائط وحقوق الشركاء فيه من خلال نقطتين كما يلي:

أ- إثبات الاشتراك في الحائط المشترك:

إذا كان إعمال القواعد العامة في الإثبات يقتضي القول بأن عبء إثبات الاشتراك في الحائط يقع على عاتق المدعي، بحيث أنه إذا ادعى أحد المالكين الاشتراك في ملكية الحائط، ولم يكن حقه مسجلا في السجل العقاري، أو كان في منطقة لم يجر فيها التحديد والتحرير، فإن القاعدة العامة في الإثبات تقتضي بأن يقيم مدعي الاشتراك الدليل على ذلك[1]، بينما التشريعات المقارنة سالفة الذكر خرجت على هذه القواعد بوضعها قرينة في هذا الصدد، حيث نصت المادة 817 من القانون المدني المصري، المادة 1282 من القانون المدني الأردني، المادة 707 من القانون المدني الجزائري، بأن: **"** الحائط الذي يكون مشتركا وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**."**

يشترط لقيام هذه القرينة كما تبين من النص المذكور توافر شرطين:[2]

– أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين، فلا يكفي أن يكون الحائط فاصلا بين أرضين فضاء، أو بين أرض فضاء وبناء، فمثلا لو وجد بناء مجاور لأرض فضاء، فلا يعد الحائط المجاور للأرض الفضاء حائط مشترك، بل يكون هذا الحائط مملوكا لمالك البناء.

– أن يكون الحائط فاصلا بين البنائين منذ إنشائه، فإذا وجد وقت إنشاء الحائط بناء واحد، ثم أقيم بعد ذلك بناء آخر ملاصق للبناء الأول واستتر بهذا الحائط، فلا تقوم القرينة القانونية، ويكون الحائط في وضعه الجديد فاصلا بين البنائين، ولكنه مملوك ملكية خالصة

---

(1)- عبد الجواد السرميني، مرجع سابق، ص 457.

(2)- أحمد محمود خليل، **إدارة المال الشائع والتصرف فيه**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص50.

لمالك البناء الأول، فالجار الذي يدعي أنه شريك في ملكية الحائط الفاصل، عليه أن يقيم الدليل على هذين الشرطين، فإذا نجح في هذا الإثبات انطبق حكم القرينة ، فيعتبر الحائط مشتركا بينه وبين جاره حتى مفرق البناء، أي حتى قمة البناء الأقل ارتفاعا، أما الجزء الذي يعلو المفرق، فيعتبر مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى، ويشمل حكم القرينة الحائط والأرض التي يقوم عليها، ويستطيع الجار الآخر أن ينقض القرينة بالدليل العكسي، كأن يثبت أنه يملك الحائط كله، أو يثبت أنه استقل باستعمال الحائط والإنفاق على إصلاحه مدة 15 سنة، فتملكه بالتقادم، أو يستدل بعلامات ظاهرة تفيد أن الحائط قد أعد لاستعمال أحد الجارين فحسب، وفي الحالات التي لا تقوم فيها القرينة، يجرى الإثبات طبقا للقواعد العامة[1].

إذا تعارضت القرائن رجح قاضي الموضوع بأيها يأخذ، ومتى ثبت أن الحائط مشترك، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر، فإن الحائط يعتبر مشتركا إلى الحد الذي يصل إلى قمة البناء الأقل علوا، أما الجزء الباقي من الحائط الذي يعلوا فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى، فيعتبر ملكا خالصا لصاحب هذا البناء[2]، وهذا هو المعنى المقصود من النص سالف الذكر عندما قال: عن الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين أنه: **"يعد مشتركا حتى مفرقهما. "**

ونشير إلى أنه لم يرد في التشريع اللبناني نص على هذه القرينة، ومن ثم يجري الإثبات فيه طبقا للقواعد العامة، وإذا ما توافرت شروط قيام هذه القرينة أمام القاضي اللبناني،فإنه يستطيع أن يستخلص منها قرينة قضائية تساهم في إثبات الادعاء بالاشتراك في ملكية الحائط[3]، أما بالنسبة للفقه الفرنسي فقد درج على استبعاد انطباق قرينة الاشتراك، على الحائط المكون من الخشب أو من الحجارة غير المثبتة ببعضها البعض، لعدم إمكانية استعماله بالبناء عليه.[4]

---

(1)- نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص91.

(2)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص47.

(3)- عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص115.

(4) -Saint Alary, **Mitoyenneté**, Répertoire de droit civil, encyclopédie, Dalloz, n^0 112,1989 , P08.

ب- حقوق الشركاء في الحائط المشترك:

تقضي المادة 01/814 من القانون المدني المصري على أنه: **"**لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته**"**[1]، وهذا النص مطابق لما ورد في المادة 704 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1276 من القانون المدني الأردني، في حين أن المشرع اللبناني نص في المادة 70 من قانون الملكية العقارية اللبنانية أنه : **"** لا يجوز لمالك حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبني عليه بدون رخصة شريكه فيه، إنما يجوز له أن يضع من جهة عقاره على الحائط المشترك، أو أن يسند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية، حتى غاية نصف الثقل الذي يتحمله الحائط**"**.

من استقراء فحوى هذه النصوص القانونية يتضح لنا أن لكل شريك في الحائط أن يستعمله على أن استعماله مقيد بـ:

أ – أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذي أعد له، وهذه العبارة كما ورد في النصوص القانونية السالفة الذكر تتسع لكل ضروب الاستعمال، ومن هذه الضروب استئثار كل شريك به بحيث يسند إليه بنائه، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بناؤه، ومن ذلك أيضا إحداث حفر في الحائط لتهيئة مكان للمدفأة أو الدواليب، أو لمد مواسير المجاري أو المياه. [2]

ب – يشترط ألا يتحمل الحائط فوق طاقته، وألا يحول هذا الاستعمال دون استعمال الشريك الآخر له، وألا يترتب عليه ضرر بالغير أو بذات الحائط، ومن أوجه هذه الاستعمالات التي تجوز تحميل الحائط ما لا يتحمله المباني، وتجاوز الفتحات نصف سمك الحائط، أو تجاوز العوارض الموضوعة عليه هذا الحد، فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمل الحائط، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه، وإذا وقع خلاف بين الشريكين في استعمال حق كل منهما، جاز الالتجاء إلى القضاء[3].

---

(1) - المادة 01/814 من القانون المدني المصري.

(2) - أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص51.

(3)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص42.

ولما كان شيوع الحائط المشترك شيوعا إجباريا، نظرا للغرض الذي أعد له الحائط، فإنه لا يجوز لأي من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط، كما لا يجوز له التصرف في حصته الشائعة فيه، مستقلة عن العقار الذي يملكه، ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصة الشائعة استقلالا[1].

بعدما تناولنا في هذا العنصر مسألة إثبات الاشتراك في الحائط المشترك وحقوق الشركاء فيه، نعالج في العنصر الموالي إصلاحات الحائط وتعليته.

02- إصلاحات الحائط وتعليته

سنتطرق في هذا العنصر إلى مسألتين مهمتين من خلال النقطتين المواليتين:

أ - إصلاح الحائط المشترك وتعليته:

تقضي المادة 814 من القانون المدني المصري، والمادة 02/704 من القانون المدني الجزائري، والمادة 655 من القانون المدني الفرنسي، بأنه: **"**إذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه**"**.[2]

أما بالنسبة للتشريع الأردني، اللبناني، فلم يرد بهما نص يقرر هذه المسألة صراحة، وعليه يستشف من مضمون نصوص التشريعات السالفة، أنه إذا أصاب الحائط المشترك خلل، بحيث أصبح غير صالح للغرض الذي أعد له، ولم يكن هذا الخلل راجعا إلى خطأ أحد الشركاء، فإن نفقات إصلاحه وترميمه أو تجديده، يلتزم بها الشركاء كل بنسبة حصته في الحائط المشترك، فمثلا لو كان البناءان اللذان يفصل بينهما هذا الحائط متساويين في الارتفاق فإن النفقات تقسم بينهما[3]، أما إذا لم يكن البناءان متساويين في الارتفاع، بأن كان ارتفاع أحدهما مثلا نصف ارتفاع الآخر، فإن مالك هذا البناء يلتزم بنصف ما يلتزم به مالك البناء الآخر، أي يلتزم بدفع ثلث نفقات الإصلاح أو التجديد، بينما يلتزم مالك البناء الآخر

(1)- عبد الزاق السنهوري، **حق الملكية**، ج09، مرجع سابق، ص995.

(2)- المواد: 814 من القانون المدني المصري، 02/702 من القانون المدني الجزائري، 655 من القانون المدني الفرنسي.

(3)- رمضان أبو السعود، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص97.

بثلث هذه النفقات، غير أنه إذا كان الخلل الذي أصاب الحائط يرجع إلى خطأ أحد الشركاء، فإن هذا الشريك وحده هو الملزم بنفقات الإصلاح أو التجديد كاملة[1].

في هذا السياق يمكن أن نورد هنا، ما قضى به الاجتهاد القضائي الجزائري في أنه: " ... حيث بالفعل الأمر يتعلق هناك بحائط مشترك، وأن القضاة ألزموا الطاعن وحده بإعادة بنائه وحده، بالرغم من أن المادة 02/704 من القانون المدني تنص على أن نفقة ترميم وبناء حائط مشترك ، تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه، وبالرجوع إلى دعوى الحال، فإن قضاة الموضوع عاينوا أن كلا الطرفين تسبب ومس بمتانة الحائط ، وجعله هشا، ومهددا بالانهيار، ولذا فإنهم في هذا الجانب لم يحسنوا تطبيق القانون. [2]

يستطيع الشريك أن يتخلص من هذه الالتزامات إذا تخلى عن ملكية الحائط، وذلك طبقا للقواعد العامة التي تجيز التخلي عن الحق العيني، فتتيح لصاحب الحق أن يتخلص من الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق، فإذا تخلى الشريك عن حقه، أصبح الحائط مملوكا لجاره ملكية خالصة، فلا يجوز له بعد ذلك أن يستعمل الحائط، إنما يمتنع على الشريك أن يتخلى، إذا كانت حاجة الحائط إلى الإصلاح أو التجديد ترجع إلى خطأ من جانبه، إذ يتعين عليه في هذه الحالة أن يتحمل وحده نفقات هذا الإصلاح أو التجديد[3].

ب- تعلية الحائط المشترك:

نصت المادة 815 من القانون المدني المصري، والمادة 705 من القانون المدني الجزائري، والمادة 659 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 1277 من القانون المدني الأردني على أنه:

"1- للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك، أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية، دون أن يفقد شيئا من متانته.

---

(1)- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص62.

(2)- قرار رقم 584399، المؤرخ في 2010/05/13، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول، 2010، ص200.

(3)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص250.

2– فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المحدد في غير الجزء السفلي مشتركا، دو أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض". [1]

ونص قانون الملكية العقارية اللبناني على هذا الحكم بقوله: [2]

"1- لا يلزم أحد بالتنازل لجاره عن حقه في الحائط المشترك.

2- إنما إذا زاد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط، وذلك برضاء الشريك الآخر، فيحق للشريك الآخر إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة أن يكتسب حق الشركة في القسم المنشأ حديثا في الحائط المشترك، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة، وأن يدفع أيضا إذا اقتضى الأمر نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط".

كما أشرنا سابقا فإن للمالك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له، وقد يقتضي الإفادة من الحائط تعليته، حتى يستر سطح البناء أو الطبقات الجديدة التي يراد إنشاؤها، فإذا اتفق الشريكان على التعلية تحمل كل منهما نصيبه في نفقاتها، وإذا لم يتفق الشريكان جاز لأي منهما حسب ما قضت به نصوص التشريعات المقارنة سالفة الذكر أن يستقل بالقيام بالتعلية، وذلك بشرط أن تكون له مصلحة جدية في هذه التعلية، وألا يلحق بشريكه ضررا بليغا[3]، أما حسب ما قضى به التشريع اللبناني، فإنه لا يجوز للشريك أن يقوم بالتعلية إلا بموافقة شريكه[4]، ومع ذلك فمن الواضح أن هذه الموافقة تخضعه لقيد عدم التعسف في استعمال الحق، حيث لا يجوز للشريك أن يرفض الإذن لشريكه بالتعلية إلا لمبرر جدي ومشروع. [5]

---

(1)- المواد: 815 من القانون المدني المصري، 705 من القانون المدني الجزائري، 659 من القانون المدني الفرنسي، 1277 من القانون المدني الأردني.

(2)- المادة 71 من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(3)- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص62.

(4)- عبد الجواد السرميني، مرجع سابق، ص459.

(5)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص244.

فإذا انفرد الشريك بالقيام بالتعلية، سواء كان ذلك بدون موافقة الشريك الآخر حسب ما قضى به التشريع المصري، الأردني، الجزائري، أو كان بموافقته حسب ما قضى به التشريع اللبناني، فإنه يجب على هذا الشريك الذي قام بالتعلية، أن يتحمل وحده نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى، كما يجب عليه أن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته، ومقتضى هذا أن يتحمل نفقات صيانة الجزء الأسفل من الحائط إذا كانت الصيانة لازمة بسبب زيادة العبء الناشئ عن التعلية[1].

إذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فإن للشريك الذي يرغب فيها أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بشرط أن تكون له مصلحة جدية في ذلك، وألا يلحق بشريكه ضررا بليغا، فإذا اقتضى الأمر زيادة في السمك من ناحية الشريك الآخر كان على من قام بالتعلية أن يدفع تعويضا لشريكه عن ذلك، على أن الحائط المحدد يظل مشتركا في غير الجزء المعلى، دون أن يدفع الجار لهذا الشريك الذي قام بالتعلية تعويضا عن الفرق في القيمة بين الحائط القديم والحائط الجديد، وذلك لأن مصلحة الشريك وحده هي التي دعته إلى تجديد الحائط[2].

إذا انفرد أحد الشريكين بتعلية الحائط المشترك في الفروض السابقة أصبح الجزء المعلى ملكا خاصا له، وذلك سواء تمت التعلية دون تجديد الحائط أو بعد تجديده، فإذا ما أصبح للشريك الآخر حاجة إلى الإفادة من الجزء المعلى، فقد أعطاه حق الاشتراك فيه جبرا على مالكه مقابل دفعه نصف قيمة نفقات التعلية، ونصف قيمة الأرض التي تقوم عليها الزيادة في السمك، إن كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذي قام بالتعلية[3]، وهذا ما قضت به المادة 816 من القانون المدني المصري، والمادة 71 من قانون الملكية العقارية اللبناني، حيث نصت على ما يلي: **"** للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية، أن

(1) - توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص163.

(2)- بشير طه، غني حسون طه، مرجع سابق، ص138.

(3)- سعيد جبر، مرجع سابق، ص401.

يصبح شريكا في الجزء المعلى، إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة".[1]

كما نشير إلى أن حق الاشتراك في الجزء المعلى لا يسقط بالتقادم، فيجوز المطالبة به في أي وقت.

تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن المشرع اللبناني أشار في المادة 73 من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه:" يجوز أن يكون لصاحب أرض، أشجار كبيرة وصغيرة قريبا من حدود الأرض المجاورة ، بيد أنه يحق لصاحب هذه الأرض المجاورة أن يقطع الأغصان التي تعلو أرضه، ويمكن غرس أشجار كبيرة وصغيرة من جميع الأنواع ملاصقة للحائط الفاصل، وعلى كل جهة من جهتيه ، دون ترك أي مسافة كانت بين الحائط والمغروسات، غير أنه لا يجوز أن تتجاوز هذه الأغراس قمة الحائط ، وإذا لم يكن الحائط مشتركا فلصاحبه فقط الحق في إسناد أغراسه إليه." [2]

يتبين لنا من هذا النص أن المشرع اللبناني سمح للجار المتضرر أن يعمد بصورة مباشرة، ودون اللجوء إلى القضاء إلى استيفاء حقه بيده عن طريق إزالة تعدي جاره عنه عبر قطع الأغصان التي امتدت فوق أرضه ، وهذا النص مخالف للمبادئ العامة لقانون أصول المحاكمات المدنية ، علما أن الأغصان المقطوعة تبقى بملكية صاحب الشجرة ، وعلى الجار المتضرر الذي قطعها أن يسلمه إليه ، على خلاف الوضع بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي ألزم صاحب الأغصان بقطعها، وهذا في نص المادة 673 من القانون المدني الفرنسي، وجاء النص على النحو التالي:

Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent. [3]

يمكن القول أن الحائط المشترك يجسد وضعية اشتراك في الملكية ، تخضع لنظام خاص مؤسس على المصلحة المشتركة ، ويكون للشريك فيه حقوق المالك على منابه الشائع،

(1)- المادة 816 من القانون المدني المصري، والمادة 71 من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(2)- المادة 73، من قانون الملكية العقارية اللبناني.

(3) - L'art 673,code civile français.

وعليه واجباته، فحق الشريك في الحائط الفاصل هو حق ملكية بالمعنى الصحيح يخول مبدئيا استعماله واستغلاله، والتصرف فيه، لكنه حق شائع، يتعدد فيه المالكون، وهو ما يفسر التقييد الحاصل في ممارسة بعض هذه السلطات، بغية احترام الحقوق المتساوية والموازية التي يتمتع بها بقية الشركاء على الحائط المشترك، والتخصيص الذي أعد له ذلك الحائط.

بعد أن تعرضنا إلى أحكام الحائط المشترك، سنتناول فيما يلي أحكام الحائط غير المشترك.

ثانيا:الحائط غير المشترك

يتمثل الحائط غير المشترك في ذلك الحائط الذي تكون ملكيته خالصة لأحد الجارين، ويتحقق ذلك إذا أثبت أحد الجارين ملكيته وحده للحائط، أو إذا انتفت القرينة القانونية على اشتراك الجارين في ملكية الحائط الفاصل بين البنائين المملوكين لهما[1]، لعدم توافر شروطهما السابق بيانها من قبل.

نظمت مختلف التشريعات محل الدراسة، أحكام الحائط غير المشترك، فقد نصت المادة 1/818 من القانون المدني المصري، والمادة 1279 من القانون المدني الأردني، والمادة 61 من قانون الملكية العقارية اللبناني، والمادة 1/708 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط، إلا في الحالة المذكورة أعلاه"[2]

يستفاد من مضمون ما أشارت إليه هذه النصوص، أنها قررت في شأن الحائط المشترك، أي الحائط المملوك ملكية خالصة لأحد الجارين،أمرين هما:

- مسألة التحويط والاشتراك، ومسألة الهدم دون عذر قوي ، وهذا ما سنحاول معالجته من خلال العنصرين التاليين:

(1)- محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص277.

(2)- الحالة المذكورة سابقا هي حالة عدم قيام أجد الجارين بتعلية الحائط المشترك إذ يكون للجار الآخر أن يشترك في التعلي على ما سبق بيانه، حتى يصبح الحائط مشتركا كله، بدلا من أن يكون مشتركا في بعضه، و مفرزا في الجزء العلوي.

01- تحويط الملك والاشتراك في ملكية الحائط الفاصل

من استقراء نصوص التشريعات المقارنة سالفة الذكر، يتضح أنها تكلمت عن حرية المالك في تحويط ملكه أو عدم تحويطه، فليس للجار أن يجبر جاره على تحويط كله أو تسويره، فالمالك حر في تحويط ملكه أو عدم تحويطه، ولمن يريد من الجارين ذلك، فله أن يفعل، ولكن دون أن يجبر جاره على المساهمة في ذلك، فإذا بنى حائطا بينه وبين جاره، بناه على نفقته، وعليه وحده أن يقوم بصيانته[1].

إن تحويط الملك يراد به إنشاء سياج فاصل بينه وبين ملك الجار، فهو يختلف عن وضع الحدود بالمعنى الذي تقدم ذكره[2]، وإذا كان للجار أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة كما رأينا سابقا، فليس له أن يجبره على تحويط ملكه.

إذا كانت التشريعات سالفة الذكر قضت ضمن نصوصها، بأنه ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، فإن الأمر يختلف عما قضى به التشريع الفرنسي، ضمن نص المادة 663 من القانون المدني الفرنسي، حيث قضت هذه المادة بأنه يجوز للجيران في المدن وضواحيها، أن يجبروا جيرانهم على إقامة ما يحوطون به مساكنهم وأفنيتهم وحدائقهم، وقد رأى المشرع الفرنسي أن السكان في المدن وضواحيها في حاجة إلى تحويط مساكنهم، وأفنيتهم وحدائقهم ، حتى يأمنوا فضول الناس وعبث العابثين ، وسطو اللصوص، وجاء النص على النحو التالي:

Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès dites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, [3]

(1)- بشير طه، غني حسون طه، مرجع سابق، ص139.

(2)- عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص66.

(3) - L'art 663,code civile français.

لهذا الغرض أجاز المشرع الفرنسي للجار إجبار جاره على المساهمة في ذلك،وهذا ما يسمى بالتحويط الجبري ،على أن هذه القاعدة في القانون الفرنسي ليست من النظام العام، فيجوز للجار أن ينزل عن حقه في إلزام جاره بذلك، بشرط أن يكون هذا النزول صريحا.[1] من جانب آخر، لا يجوز للجار أن يشترك في ملكية الحائط الفاصل جبرا على مالكه، وذلك فيما عدا الحالة التي ينفرد فيها أحد الشركاء بتعلية الحائط المشترك طبقا لما قلناه سابقا، والجار الذي يملك الحائط الفاصل ملكية خالصة له وحده حق استعماله والتصرف فيه، سواء كان هذا التصرف تصرفا ماديا أو تصرفا قانونيا[2].

إذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك على نفقته، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى، ويصبح الحائط كله مشتركا، ولكن شريطة أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا حتى بعد التعلية، ولقد أجازت التشريعات سالفة الذكر للجار الذي لم يقم بالتعلية، أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى، كما قضت بذلك المادة 816 قانون مدني مصري، المادة71 ملكية عقارية لبناني، حيث قضت بأنه : **"** للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية، أن يصبح شريكا في الجزء المعلى، إذا هو دفع نصف ما انفق عليه، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك، إذا كانت هناك زيادة**. "**

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد أجاز ما أجازته نصوص هذين التشريعين، وذلك في نص المادة 660 قانون مدني فرنسي، وأجاز فوق ذلك ما لم يجزه هذين التشريعين، وقضى في المادة 661 قانون مدني فرنسي بأنه يجوز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك في حائطه الفاصل، كله أو بعضه، بان يدفع له نصف قيمته، أو نصف قيمة الجزء الذي يريد جعله مشتركا، مع نصف قيمة الأرض التي أقيم عليها الحائط[3]، وجاء النص الفرنسي على النحو التالي:

Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la

(1) -PLANIOL, Ripert, Picard ,op.cit, p 444.

(2)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص53.

(3)-Ripert Planiol, Picard ,op.cit, p318.

dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve. (1)

إذا يجوز في التشريع الفرنسي للجار أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى الذي لم يشترك في تعليته من الحائط الذي كان مشتركا منذ البداية ، وكذلك الاشتراك في الحائط الفاصل الذي لم يكن حائطا مشتركا من قبل ، أما في التشريعات المقارنة سالفة الذكر، فالأمر الأول دون الأمر الثاني هو الجائز.

02- هدم الحائط دون عذر قوي

أوردت التشريعات المقارنة سالفة الذكر قيدا هاما، على حق الجار في أن يتصرف في الحائط بالهدم، حيث نصت في هذا الصدد المادة 2/818 من القانون المدني المصري، والمادة 2/1279 من القانون المدني الأردني، والمادة 2/708 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "... ومع ذلك فليس لملك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط"(2)، ورد النص الفرنسي كما يلي:

" Toutefois, le propriétaire ne peut le détruire volontairement sans motif sérieux, si sa destruction porte préjudice au voisins dans la propriété est clause"

هذا النص لا يوجد له مطابق في التشريع اللبناني، إلا أن الفقه يرى أنه يمكن إعمال هذا الحكم تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية، فالمالك الذي يهدم الحائط دون عذر قوي، مسببا بذلك ضررا كبيرا للجار الذي يستتر ملكه بهذا الحائط ، يكون متعسفا في

(1) - L'art 661,code civile français.

(2) - Gérard cornu, op.cit, p253.

استعمال حقه، لأنه يرمي إلى تحقيق مصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما قد يصيب الغير من ضرر بسببها[1].

يتبين من نصوص التشريعات سالفة الذكر أنه يمنع على المالك أن يهدم الحائط الفاصل إذا توافرت شروط ثلاثة:

– يجب أن يكون ملك الجار مستترا بالحائط، وذلك بأن يكون الملك مسورا من جهاته الثلاثة، وأن يكون الحائط حده الرابع[2]، ولا ينفي الاستتار أن يكون ملك الجار غير مسقوف[3].

– يجب أن يكون من شأن هدم الحائط أن يضر بالجار.

– ألا تكون حاجة المالك إلى الهدم ملحة، أو على حد تعبير النصوص القانونية سالفة الذكر "لا يكون لديه عذر قوي في الهدم"، فالحكم الذي نحن بصدده ليس إلا تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ومن ثم يقوم المعيار في تقدير عذر المالك، على موازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها ، والضرر الذي يصيب الجار بسبب الهدم، فإذا كانت تلك المصلحة دون هذا الضرر بدرجة كبيرة، فلا يجوز للمالك أن يهدم الحائط[4].

من أمثلة الأعذار القوية التي تجيز الهدم: رغبة المالك في بناء عمارة للاستغلال بدلا من المنزل المخصص لمسكنه، أو أيلولة الحائط للسقوط بسبب قدمه أو عيب في بنائه، فإذا هدم المالك الجدار في الأحوال التي يبيح له فيها القانون ذلك، لم يكن ملزما بتعويض الجار عن أي ضرر يحدث له من جراء الهدم، ولا يكون عليه بعد ذلك إعادة البناء، إذ أن حق المالك المستتر بالحائط لا يعتبر "حق ارتفاق"، إذ لا يوجد اعتداء ما من جانب هذا المالك، فهو

---

(1)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص114.

(2)- محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص353.

(3)- عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص95.

(4)- عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص77.

ليس له من الحائط سوى الانتفاع السلبي الناشئ من وجوده، وكذلك الحكم فيما لو انهدم الحائط بحادث جبري[1].

يلاحظ في النهاية أن حق الجار فيما يتعلق بالجدار الفاصل المملوك ملكية خالصة لجاره يقتصر فقط على مجرد "الاستتار"، ولذلك فلا يجوز له أن يسند إليه أبنية أو أخشاب، أو نحو ذلك من ضروب الاستعمال التي تقدم ذكرها ، وإلا كان لمالكه الحق في وقف هذا الاعتداء، وإزالته والتعويض عنه[2].

على أن الجار لو قام بإجراء أعمال مادية على الحائط الفاصل غير المشترك، كأن وضع فيه عوارض يستند عليها سقف بنائه أو نحو ذلك، بحيث يتوفر فيها معنى التعدي وتنتفي معها مظنة التسامح، ومضت على ذلك المدة اللازمة للتقادم المكسب، فإنه يكسب الاشتراك في ملكية الحائط بالتقادم، ويصدق هذا بإطلاق في التشريع المصري، الأردني، الجزائري ، بينما لا يتحقق هذا الكسب بالتقادم في التشريع اللبناني إلا بالنسبة للمناطق غير الممسوحة، أما مجرد الاستئثار بالحائط فإنه مهما طال عليه الأمد لا يكسب الجار حقا سوى تقييد سلطة المالك في الهدم[3].

تجدر الإشارة إلى أن نصوص التشريعات سالفة الذكر وردت صحيحة في هذا المعنى أما النص الفرنسي فقد أخطأ -في نظرنا- حين ذكر في العبارة الأخيرة أن يكون ملك الجار مغلقا، مع أنه لو كان مغلقا فإن هدم الحائط لن يضره، وقد كان ينبغي أن يكون النص الفرنسي بهذه العبارة كالتالي: ... dans la propriété est abritée par la mur [4]

---

(1)- أحمد شوقي عبد الرحمان، **الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص ص43،44.

(2)- عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص78.

(3)-عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ص123،122.

(4) - André Robert ,op.cit , p29

المطلب الثاني

ارتباط المطلات والمناور بتقييد الملكية العقارية الخاصة

يستعمل المالك الذي يبني على أرضه كل جزء منها، وله أن يفتح في بنائه ما يشاء من فتحات للنظر أو التهوية أو الإضاءة، وذلك لأن مصلحة الجيران أنفسهم التي تقضي بضرورة توفير الحرية والسكينة لكل منهم في ملكه، بعيدا عن أعين الغرباء المتطفلين، تحتم فرض قيود متبادلة على كل منهم، في شأن ما يملك إحداثه من فتحات في بنائه، وإذا كانت الحكمة من فرض هذه القيود هي حماية الجار ومنع الضرر عنه، فيكون من الطبيعي عدم بسطها على كل أنواع الفتحات دون تمييز، وإنما قصرها على تلك التي يتحقق من وراء فتحها مضايقة للجار فحسب، وهو ما يوجب التمييز إذن بين الفتحات طبقا للغرض من فتحها إلى **"مطلات"**، يقصد بها أساس النظر والإطلال، و**"مناور"** يقصد بها مجرد التهوية والإضاءة. [1]

بناء على ما تقدم ذكره، سنحاول في هذا المطلب معالجة الشروط والأحكام الخاصة بالمطلات والمناور ضمن فرعين كما يلي:

الفرع الأول

حدود حرية المالك في فتح المطلات

سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد المقصود بالمطل وأنواعه، وحكم المطلات المفتوحة على أقل من المساحة القانونية، وهذا ما سيتم معالجته وفقا لما يلي:

أولا:تعريف المطل وأنواعه

تعرف المطلات بكونها الفتحات التي يحدثها المالك في بنائه، للنظر منها إلى الخارج أو للتهوية والإضاءة، مثل النوافذ أو الشرفات والخارجات[2]، فإذا أعدت الفتحة لهذه الأغراض الثلاثة: النظر- الهواء- الضوء، سميت مطلا " **vue** " [3]، وتصنف المطلات إلى نوعين، فإما أن تكون مطلات موجهة **vues droites** ومطلات منحرفة **vues oblique** [4]،

---

(1)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص114.

(2)- محمد حس قاسم، مرجع سابق، ص89.

(3)- ليلى طلبة، **الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص119.

(4) - Jean-Louis Bergel, **Traité de droit civil " les biens"**, édition delta, 2000 ; p 376.

وقد تضمنت مختلف التشريعات المقارنة هذين النوعين، وأفردت لكل واحد منهما نصا خاصا يحدد شروط إقامته، وهذا ما سنحاول بيانه وفقا لما يلي:

01- المطل المواجه:

يقصد بالمطل المواجه ذلك الذي يمكن منه الإطلال مباشرة على ملك الجار[1]، فهو الذي يسمح بالنظر المستقيم إلى ملك الجار دون حاجة إلى الانحناء إلى الخارج، أو التلفت يمينا أو يسارا، وهذا يفترض أن يقع عقار الجار كله أو بعضه في مواجهة الفتحات، وعلى ذلك فإن الخرجات (الشرفات) الخارجة عن البناء أي البارزة، تعتبر مطلات مواجهة للعقارات المقابلة لها من أية ناحية من النواحي الثلاث، لأن الشخص يمكنه أن ينظر إليها دون حاجة إلى الانحناء إلى الخارج[2].

قيدت التشريعات المقارنة فتح المطلات المواجهة، فقضى التشريع المصري بأنه: "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجة".[3]

أما التشريع اللبناني والجزائري فقد حددا هذه المسافة **بمترين**، حيث قضت نصوصهما القانونية السالفة بما يلي:

" لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النشوءات على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ما لم يكن بين الحائط الذي يحدث فيه هذا المطل أو هذه الشرفات، وبين تلك الأرض مسافة مترين"[4]، كما أقر التشريع اللبناني أنه إذا لم تكن هذه المسافة حاصلة فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك، إلا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها، إذا كان الطابق أرضيا، وعلى علو متر وتسعين سنتيمتر من أرض الغرفة ، إذا كان الطابق علويا، كما لا يجوز لصاحب

---

(1)- جمال زكي، مرجع سابق، ص74.

(2)- المادة 1/819 من القانون المدني المصري.

(3)- سعيد حبر، مرجع سابق، ص405.

(4)- المادة 66 من قانون الملكية العقارية اللبناني، المادة 709 من القانون المدني الجزائري.

عقار أن يكون له مطل جانبي أو منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور، ما لم يكن الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر.[1]

أما بالنسبة للتشريع الأردني، فقد التزم الصمت بصدد هذه المسألة، وتعرض لموضوع المطلات والمناور بصفة عرضية في القانون المدني الأردني، وذلك بالنص على أن:" حجب الضوء عن الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناءا يسد به نوافذ بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه ، وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعا للضرر"[2]

ولما التزم المشرع الأردني الصمت عن تنظيم أحكام المطلات والمناور في القانون المدني الأردني لابد من الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية، إذ تنص المادة 1202من المجلة على أن : "رؤية المحل الذي هو مقر النساء كالمطبخ وباب البئر وصحن الدار ، يعد ضررا فاحشا، فإذا أحدث أحد في داره نافذة أو بنى مجددا بناء وفتح فيه نافذة على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو جاره المقابل الذي يفصل بينهما طريق، وكان يرى مقر نساء الأخر فيؤمر برفع الضرر، ويكون مجبورا على رفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر، أو بناء حائط أو وضع ستار من الخشب، لكن لا يجبر على سد النافذة على كل حال، كما إذا عمل حائطا من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره، فإنه يؤمر بسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه وبناء حائط محله".

يلاحظ من خلال نصوص التشريعات السالفة أنها قيدت فتح المطلات المواجهة بوجوب ألا تقل المسافة بين هذه المطلات وملك الجار عن متر واحد، كما ذهب إلى ذلك التشريع المصري، ومسافة مترين كما قضى بذلك التشريع اللبناني والجزائري، وقد أكد الاجتهاد القضائي الجزائري ذلك ، في أنه: " من الثابت قانونا أنه لا يجوز أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وأن القرار المطعون فيه الذي أمر بغلق النافذة وبناء جدار يفصل بين المترين على علو مترين بعد التأكد من أن النافذة محل النزاع

(1)- المادة 1025 من القانون المدني الأردني.

(2)- هدى عبد الله، **دروس في التحديد والتحرير وفي السجل العقاري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 2010، ص ص 216،217.

لها مطل مباشر على منزل المدعى عليه في الطعن قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان كذلك يتعين رفض الطعن".[1]

حدد التشريع الفرنسي مسافة المطل بـ متر وتسعين سنتيمتر (01.90 م)، وذلك بموجب المادة 678 من القانون المدني[2] ، وجاء النص الفرنسي على النحو التالي:

On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage... [3]

وتتحدد نقطة البداية التي تقاس منها المسافة، من ظهر الحائط الذي فتح فيه المطل، فلا تقاس هذه المسافة من داخل الحائط، وإذا كان هذا المطل مشربة أو خارجة، فتكون نقطة البداية هي الحافة الخارجية للشربة أو الخارجة، أما نقطة النهاية دائما هي الحد الفاصل بين العقارين، وإذا كان العقاران يفصل بينهما حائط مشترك، فالخط الفاصل هو منتصف سمك الحائط، وإذا كان البناء على مسافة أقل من متر أو مترين أو متر ونصف عن الخط الفاصل، أو كان على الخط الفاصل فإنه لا يجوز فتح أي مطل مواجه للجار، ويجب دائما ألا تقل المسافة الفاصلة بين هاتين النقطتين عن المسافة المذكورة سابقا[4].

كما يجب مراعاة هذه المسافة مهما كانت طبيعة المطل، سواء كان نافذة أو مشربة أو خارجة، ومهما كان العقار المجاور سواء كان بناء أم أرضا، ويستوي أن يكون مسكونا أو غير مسكون، وعلى ذلك فإن إقامة مطل مواجه للجار على مسافة تقل عن المسافة المذكورة آنفا، يوجب الإزالة ولو لم يتوافر الضرر، لكن لا يسري هذا القيد إذا كان مفتوحا

---

(1)- قرار رقم 188803، المؤرخ في 1999/07/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص147.

(2)- فيما يخص تحديد التشريع الفرنسي لمسافة المطل المواجه، أنظر:

- jean Debeaurain, **Servitudes légales** : **vues sur la propriété voisine**, juris classeur, 2001, p 05.

(3) -L'art 661,code civile français.

(4)- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص67.

على الطريق العام[1]، ومتى راعى المالك الذي فتح المطل ترك هذه المسافة فلا يهم بعد ذلك ارتفاع المطل أو عرضه، حيث لم تتعرض النصوص القانونية سالفة الذكر لذلك، ومن ثم يكون المالك حرا في فتح مطل بالارتفاع أو العرض الذي يريده[2].

02 – المطل المنحرف:

يعرف هذا المطل بكونه المطل الذي لا يتسنى النظر منه بطريقة عمودية على ملك الجار، بحيث أن الإطلال منه على ملك الجار يحتاج إلى الالتفاف يمينا أو شمالا، أو الانحناء للخارج، وهو ما يتحقق حيث يفتح المطل في حائط، يمثل زاوية مع حد الملك مع الجار، أو حيث يجري فتح نافذة في حائط يقع على خط واحد مع ملك الجار[3].

لقد قيدت التشريعات المقارنة عملية فتح المطلات المنحرفة بمسافة تختلف من تشريع لآخر، فتتحدد هذه المسافة حسب التشريع المصري واللبناني بـ نصف متر (50 سم) حسب ما قضى به القانون المدني المصري، وقانون الملكية العقارية اللبناني: "لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن 50 سم من حرف المطل، ولكن يرتفع هذا الحظر، إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور،هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام"[4].

حدد التشريع الجزائري هذه المسافة بنص المادة 01/701 من القانون المدني بـ60 سم[5]، كما حددها التشريع الفرنسي حسب نص المادة 679 ب 0,60 متر.

"On ne peut, sous la même réserve, avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres de distance".[6]

(6)

(1)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص96.

(2)- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص166.

(3)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص230.

(4)- المادتين: 820 من القانون المدني المصري، 68 قانون الملكية العقارية اللبناني.

(5)- المادة 01/701 القانون المدني الجزائري.

(6)- L'art 679,code civile français.

إنه ونظرا لكون المطل المنحرف لا يمكن من النظر المستقيم المباشر على ملك الجار، بل يقتضي أن يميل الإنسان يمينا أو شمالا أو ينحني إلى الأمام، فإن التشريعات السالفة قيدت فتحه بمراعاة المسافة القانونية المحددة سلفا حسب كل تشريع، وتقاس هذه المسافة من حافة المطل التي تقع ناحية الجار، غير أنه إذا كان المطل المنحرف مواجها في الوقت ذاته للطريق العام، فإن هذا القيد يرتفع، ومن ثم لا يتقيد المالك عند فتح المطل بأية مسافة بينه وبين جاره، وإذا فتح المالك مطلا منحرفا على أقل من المسافة القانونية، ولم يكن هذا المطل مواجها للطريق العام، فإن من حق جاره أن يطلب سده، فإذا سكت الجار عن المطالبة بسد هذا المطل المنحرف مدة 15 سنة- ولم يكن ذلك عن تسامح منه- سقط حقه في الاعتراض والمطالبة بسد هذا المطل[1].

نشير إلى أن هناك مطلات معفاة من قيد المسافة، فيمكن أن تفتح على أية مسافة كانت من العقار المجاور وأهمها ما يأتي:

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

- المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطانا مسدودة: ما لم تتهدم هذه الحيطان، أو لا تكشف إلا السطح، أو التي لا يبصر الناظر منها إلا السماء، فالحكمة من قيد المسافة في هذه الحالات منعدمة، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت، بل يجوز فتحها في الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين. [2]

- المطلات التي تفتح على الطريق العام: كما أشرنا سابقا، والعلة في ذلك أن الطريق العام في حد ذاته يعتبر مطلا على السكنات المحاذية له، ومن ثم فإن الجار لا يضار من المطل المنحرف لجاره، طالما أنه لا يستطيع منع المارة من النظر إليه[3].

تجدر الإشارة إلى أن المشربات والخارجات يحكم عليها فيما يتعلق بنوع المطل الذي تكونه- بصرف النظر عن النافذة المتصلة بها- فقد تكون هذه النافذة مطلا منحرفا،

---

(1)- عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص79.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **حق الملكية**،ج 08، مرجع سابق، ص 697.

(3)- المرجع نفسه، ص 698.

بالنسبة إلى العقار المجاور، وهو الذي يكون زاوية قائمة مع الحائط المفتوحة فيه، في حين أن المشربة أو الخارجة تكون بالنسبة إليه مطلا مواجها، لأنه يمكن النظر إليه منها دون الانحناء أو الالتفات، أما بالنسبة إلى العقار الذي تقع حدوده على ذات الخط الذي فيه الحائط، فتكون المشربة أو الخارجة مطلا منحرفا[1]، وجدير بالذكر أنه إذا قام أحد الجارين بفتح مطلات في ملكه - مراعيا المسافة القانونية - سواء مطلات مواجهة أو مطلات منحرفة، فإنه يكون من حق جاره أن يبني عند الحد الفاصل بين ملكه وملك جاره مباشرة، غير أنه لا يكون لهذا الجار في هذه الحالة الحق في فتح المطلات، إلا إذا راعى هو الآخر المسافة القانونية المحددة مسبقا، تبعا لما إذا كان المطل مواجها أو منحرفا. [2]

تبعا لما سبق فإنه لا يحق لمالك عقار أن يفتح في الحائط الملاصق لملك جاره، نوافذا أو شبابيكا أو أي فتحات مماثلة دون رضا صاحب الملك المجاور، كما أنه لا يجوز فتحها إلا باحترام المسافة المحددة، مع مراعاة القواعد الآمرة في قوانين التعمير، ويستثنى من هذا المنع فتح المطلات على الطريق العمومية. [3]

ثانيا:حكم المطلات المفتوحة دون مراعاة المسافة القانونية

إذا فتح مطل مع مراعاة المسافة القانونية، كان من قبيل الاستعمال المشروع لحق الملكية، فهو لا يتضمن تعديا على ملك الجار، لأن الغرض من فرض المسافة القانونية هو رسم الحدود العادية لمباشرة حق الملكية، وليس تحميل عقار بعبء لصالح العقار الآخر، ومن ثم فلا يجوز للجار أن يطلب سده، وإنما له أن يستعمل ملكه في الحدود المقررة فيقيم حائط بنائه على حدود هذا الملك ما دام أنه لا يفتح فيه مطلا، ومهما مضى على هذا المطل من زمن، فلا يجوز لصاحبه أن يتمسك بأنه قد كسب بالتقادم ارتفاق المطل، لأنه إنما يستعمل رخصة[4].

أما إذا فتح المطل على أقل من المساحة القانونية، فإن للجار أن يطلب سده، ولو لم يصيبه ضرر، لأن فتحه على هذا النحو يعتبر اعتداء على ملك الجار، وقد يترتب على

---

(1)- عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص ص125، 126.

(2)- المرجع نفسه ، ص128.

(3)- العربي محمد مياد، "**القيود الواردة على حق الملكية العقارية**"، المنبر القانوني، العدد الرابع، أفريل 2013، ص30..

(4)- عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق، ص128.

تركه أن يكسب صاحبه حق ارتفاق بالمطل، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحكم بسد المطل، متى طلب الجار ذلك دون أن يبحث فيما إذا كان هذا الجار قد أصابه ضرر من فتحه[1].

في هذا الصدد يجوز للمحكمة في هذه الحالة تحويل المطل إلى منور، وذلك بسد الجزء الأسفل منه بحيث تصبح قاعدته أعلى من قامة الإنسان المعتادة[2]، وإذا سكت الجار عن الاعتراض على هذا المطل عفوا وتسامحا منه، فإن فتحه على أقل من المسافة القانونية لا يؤدي إلى كسب حق ارتفاق بالمطل، مهما مضى عليه من زمن، لأن الحيازة لا تقوم على عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، ويستفاد هذا التسامح من وقائع تدل على أن الجار لا يشعر بعبء يقع عليه من جراء فتح هذا المطل، كأن تكون بين الجارين علاقة قرابة، أو يكون ملك الجار الذي فتح عليه المطل محاطا بسور يمنع وصول النظر إليه.

أما إذا كان فتح المطل على أقل من المسافة القانونية يتضمن معنى التعدي، بأن كان يحمل الجار عبئا تنتفي معه مظنة العفو والتسامح من جانبه، ومضت عليه مدة التقادم، فإن صاحبه يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل[3]، ويسري ذلك بإطلاق في التشريع الجزائري، المصري، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه: **"**من المقرر أن حقوق الارتفاق ومنها حق المطل إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة 968 من القانون المدني، فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطل، وجب عليها أن تبين في حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته، من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له، حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون**"**[4].

---

(1)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص97.

(2)- أنور طلبة، ***الوسيط في القانون المدني***، مرجع سابق، ص48.

(3)- معوض عبد التواب، **مدونة القانون المدني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الثاني، 1987، ص185.

(4)- وائل محمد شحاتة، مرجع سابق، ص80.

هذا ما جسدته أيضا الغرفة العقارية للمحكمة العليا في التشريع الجزائري [1]، كما نجد أيضا القضاء الفرنسي، قد أفاض بالعديد من الأحكام يشأن ذلك[2]، بينما التشريع اللبناني لا يجيز هذا الكسب بالتقادم إلا في المناطق غير الممسوحة.

لقد كان هناك خلاف في مدى الأثر الذي يترتب على كسب ارتفاق المطل بالتقادم، فذهب فريق إلى أن كسب المطل بالتقادم، يترتب عليه حرمان الجار من طلب سد المطل، ولكن يبقى له الحق في أن يبني على حدود ملكه ولو أدى ذلك إلى سد المطل، إذ أن صاحب المطل لم يكسب ارتفاقا بعد البناء أو عدم التعلية، وقد لوحظ على هذا الرأي أنه يجعل كسب المطل بالتقادم عديم القيمة، مادام أن للجار أن يسد المطل بالبناء على حدود ملكه، ورأى فريق آخر أن كسب المطل بالتقادم يترتب عليه أيضا، أن يرتد الجار ببنائه في ملكه بالقدر الذي تتوفر معه المسافة القانونية أمام هذا المطل، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه [3]، وقد كان هذا هو الرأي الراجح، وبه أخذ التشريع المصري في المادة 2/819 من القانون المدني، التشريع الفرنسي في المادة 2/678 من القانون المدني حيث قضيا أنه إذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر، يقاس بالطريقة السابق بيانها،وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل.

أما بالنسبة للتشريع اللبناني والجزائري، فقد نصا على أنه: **"**إذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من مترين...**".**

يخلص من ذلك أن أثر كسب ارتفاق المطل بالتقادم لا يقتصر على التحلل من قيد المسافة القانونية، بحرمان الجار من طلب سد المطل المفتوح على أقل من هذه المسافة، بل

---

(1)- قرار رقم: 224346 المؤرخ في: 2002/02/20،مجلة الاجتهاد القضائي الغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2004، ص403-406.

(2)- أنظر على سبيل المثال لا الحصر:

- Cass, 3é civ 21 mai 1979 : bull, civ III n°111, cass, 3é civ, 21 juill, 1981 gazpal, 1982 ,acass, 3é civ, 10 avril, 1975, buill civ III, v° 117.

-juris classeur, 2 avril 2001, pp 5-6 .

(3)- محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 380.

يشمل أيضا إلزام الجار بأن يراعي المسافة القانونية بين المطل والبناء الذي يقيمه وذلك على طول البناء الذي فتح فيه هذا المطل[1]، وإذا كان المطل غير المستوفي لقيد المسافة مفتوحا مدة سنة، واستوفى شروط دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة، بأن كانت الحيازة صحيحة خالية من العيوب وليس على سبيل التسامح، فإن لصاحب المطل أن يمنع الجار من التعرض له في المطل، بدعوى منع التعرض أو من إقامة حائط على حدود ملكه بسد المطل، وذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة، وعلى الجار أن يرفع دعوى إنكار حق الارتفاق، فيكون على صاحب المطل - وقد رفعت عليه الدعوى الموضوعية- أن يثبت أنه كسب حق ارتفاق المطل بسبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق، ومنها التقادم[2].

إذا كان المطل الذي كسبه صاحبه عبارة عن نافذة واحدة، فإنه لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى، ومن كسب بالتقادم مطلا في الطابق العلوي، لا يحق له أن يفتح مطلا في طابق أعلى أو أسفل، ولكنه يستطيع أن يزيد من سعة المطل الذي كسبه بالتقادم، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات، وإذا انهدم الحائط الذي به المطل وأعيد بناؤه قبل مضي 15 سنة، جاز للباني أن يعيد المطل الذي اكتسبه بالتقادم في موضعه كما كان، أما إذا أعيد البناء بعد مضي 15 سنة، فإن ارتفاق المطل المكتسب بالتقادم يسقط بعدم الاستعمال مدة 15 سنة، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن:" قعود المطل تقدر بقدرها وتتقيد بمضمون الارتفاق الأصلي، وإذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلي بالمطل لا يجاوز الدور الأرضي من العقار القديم، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة طوابق العقار الجديد يكون قد خالف القانون".[3]

(1)- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص70.

(2)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص 81.

(3)- المرجع نفسه، ص82.

الفرع الثاني

حدود حرية المالك في فتح المناور

سنتعرض في هذا الفرع إلى تحديد المقصود بالمنور، والحرية في فتحه، وذلك وفقا لما يلي:

أولا : تعريف المنور

تقضي المادة 821 من القانون المدني المصري على أنه:" لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلوا قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور"، كما أقر المشرع المصري بأنه:" يزود كل منور أو فناء مكشوف بالتجهيزات اللازمة لتصريف مياه الأمطار، يراعى أن تكون كافة المناور والأفنية مكشوفة من أعلى وفي حالة وضع أي سقف عليها تسري بشأنها الشروط والمتطلبات التالية:

- إذا كان السقف شفافا، أو نصف شفاف، يجب توفير فتحات جانبية متصلة بالخارج، وألا تقل المساحة الكلية لتلك الفتحات عن مساحة الفناء أو المنور .

- إذا كان السقف غير شفاف يجب توفير فتحات جانبية متصلة بالخارج، وألا تقل مساحتها الكلية عن مرة ونصف مساحة الفناء أو المنور، يجوز أن يمتد السقف بما يتجاوز مساحة الفناء أو المنور، لمسافة لا تزيد على نصف ارتفاع الفتحة المتوفرة على جوانبه."[1] بينما تنص المادة 66 من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه: "لا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك إلا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها، إذا كان الطابق أرضيا، وعلى علو متر وتسعين سنتمترا من أراضي الغرفة، إذا كان الطابق علويا". كما تنص المادة 711 من القانون المدني الجزائري بأنه: "لا تشترط أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الإطلال منها على العقار المجاور".[2]

---

(1)- المادة 95 من القانون 119 لسنة 2008.

(2)- المادة : 66 من قانون الملكية العقارية اللبناني، 711 من القانون المدني الجزائري.

بالنسبة للمشرع الأردني، فقد اقتصر تعرضه للمناور ضمن ما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 1203، التي نصت على أنه:" إذا كان لأحد نافذة في محل أعلى من قامة الإنسان، فليس لجاره أن يطلب سدها لاحتمال أن يضع سلما وينظر إلى مقر ذلك الجار."

من استقراء نصوص هذه التشريعات يمكن تعريف المناور على أنها: فتحات في الحائط تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على ملك الجار[1]، ولكي يمكن اعتبار الفتحات مناورا، يلزم أن تكون قاعدتها مرتفعة عن قامة الإنسان العادية، بحيث لا يستطيع وهو يقف على الأرض في المكان الذي فتح فيه المنور الإطلال على العقار المجاور[2]، وقد حدد التشريع المصري المصري هذا الارتفاع تحديدا عاما، بحيث يستلزم أن تعلو قاعدة المنور عن قامة الإنسان المعتادة، فلا ينظر إلى قامة الشخص طويل أو قصير.

إن تقدير ارتفاع المنور عن قامة الإنسان المعتادة يرجع إلى قاضي الموضوع،[3] وهو يختلف باختلاف الزمان، أما التشريع اللبناني فقد حدد هذا الارتفاع تحديدا حسابيا، بأن تعلوا قاعدة المنور عن أرض الغرفة بقدر مترين ونصف، إذا كان الطابق أرضيا، وبمقدار متر وتسعين سنتمتر إذا كان الطابق علويا[4]، وهذا ما فعله المشرع الجزائري حيث حدد هذه القاعدة بمقدار مترين، والمناور التي يجيز القانون للمالك فتحها أو إحداثها، هي التي تمكن من إدخال الضوء والهواء لا للنظر، ويلاحظ أن المنور في القانون الفرنسي يقتصر على نفاذ الضوء دون الهواء، فيجب سده يزجاج غير شفاف، بحيث لا يعبر منه الهواء، ولا يمكن النظر منه ، حسب المادة 821 من القانون المدني الفرنسي، بينما اعتبرت التشريعات السالفة الذكر نفاذ الهواء والضوء من وظائف المناور.

---

(1)- شوقي أحمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 45.

(2)- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 72.

(3)- قدره الدكتور عبد الناصر توفيق العطار بارتفاع 170 سنتيمتر، وقدره الدكتور عبد الرزاق السنهوري بارتفاع 175 سنتمترا.

(4)- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 170.

ثانيا:الحرية في فتح المناور

لما كان الجار لا يتأذى بفتح جاره منورا يملكه، باعتبار أنه لا يطلع من خلاله على حرمة حياته الخاصة، فقد أجاز القانون فتحها دون التقيد بمسافة معينة، فللمالك الحق في فتح مناور في الحائط الذي يتم بناؤه على الحد الفاصل بينه وبين جاره، ما دامت قاعدتها تعلو عن قامة الإنسان المعتادة حسب ما قضى به التشريع المصري وتعلو عن مترين (02 متر) حسب التشريع الجزائري، ومترين ونصف(02.5 متر) أو متر وتسعين سنتمتر (01.90 متر) حسب التشريع اللبناني.

وما دام المالك قد التزم بما تقدم، فإن له أن يفتح المناور بالحجم الذي يرى طولا وعرضا، وقد تكون المناور على الارتفاع القانوني، ومع ذلك تمنع وتجب إزالتها إذا أمكن منها رؤية منزل الجار، بل أنه يجوز للجار طلب سد المناور المفتوحة في ملك جاره،ولو كانت على الارتفاع القانوني، إذا كان فتحها يسيء استعمالها، مثل أن يعتلي شيئا يطل منها على ملك الجار، أو اعتياده أن يلقي منها المخلفات على ملك الجار، وأساس النظر هنا أن هذا استعمال غير مشروع، ولا يتفق مع الغرض الذي قصده الشارع، فقد قصر الانتفاع بالمناور على مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على عقار الجار[1].

فإذا فتح المالك مناور على الارتفاع القانوني، وبشكل لا يمكن منه الإطلال على العقار المجاور، لم يكن للجار الاعتراض عليها وطلب سدها لانتفاء الضرر منها، وإنما يكون له أن يبني على حدود ملكه مباشرة دون ترك أية مسافة، ولو ترتب على هذا البناء سد المنور أو انعدام الفائدة منه، ولا يمثل فتح المنور على هذا النحو تعديا على ملك الجار، ولا يتضمن تكليفا عليه، ولذلك لا يكتسب الحق في بقائه بمضي المدة مهما طال الزمن عليه، لأنه رخصة من المباحات أي حق من حقوق الارتفاق على ملك الجار.

إذا فتحت المناور على ارتفاع أقل من قامة الإنسان المعتادة، أو أقل من مترين أو مترين ونصف، فيجوز للجار الاعتراض عليها أو المطالبة بسد الجزء السفلي منها، بما يمنع الإطلال من خلالها، ولكن إذا استمرت المناور مفتوحة على هذا الوضع المخالف

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، **الملكية العقارية في قوانين البلاد العربية**، دار الفكر الجامعي، دون سنة طبع، ص125.

للقانون "المدة القانونية" 15سنة، ولم توجد مظنة العفو أو تسامح من جانب الجار في شأنها، اعتبرت من قبيل المطلات، واكتسب بالتقادم ارتفاق بها على ملك الجار[1].

المبحث الثالث

المنفعة العامة كمبرر لتقييد الملكية العقارية الخاصة

ترجع أهمية نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون، إلى اعتبارين أحدهما قانوني والآخر عملي: فالاعتبار القانوني يكمن في أن الملكية الخاصة مستقرة ومحمية قانونًا ، وبالتالي فإن المساس بها يعد استثناء يجب على الإدارة أن لا تتعسف فيه، وأن لا تنحرف بسلطتها إزاءه، وبناء على ذلك فإن نزع الملكية يقوم على تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وعند التعارض يتم تغليب المصلحة العامة، ولكن لا يجوز التضحية بالمصلحة الخاصة إلا في حدود ضيقة تقتضيها المصلحة العامة، أما الاعتبار العملي فيتمثل في أن نزع الملكية يعد سببا في إثارة مخاوف ملاك العقارات من مفاجأتهم بالاستيلاء على عقاراتهم رغمًا عنهم. [2]

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي لنزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة

سنحاول في هذا المطلب الإلمام بنزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العمومية، من خلال تقديم تعريف لها كعملية قانونية، والتركيز على الجهد التشريعي بشأنها، على ضوء ما قدمته التشريعات المقارنة في هذا الشأن، ثم الوقوف على خصائص هذه العملية على ضوء القوانين والمراسيم التي نظمتها.

---

(1)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص 119.

(2) -عبد المجيد بن يحيى بن سيف الراشدي، ورقة عمل منشورة حول: **"المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية والاستملاك"**، مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية، المنعقد في العاصمة اللبنانية بيروت ، خلال الفترة 07-09/أكتوبر/ 2013م. ص03.

الفرع الأول

تعريف عملية نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة

تعتبر عملية نزع الملكية من الطرق الجبرية للحصول على الأموال والأملاك، تمارس من قبل الإدارة في إطار القانون، حيث تقوم بإلزام صاحب الملكية العقارية الخاصة بالتخلي عن ملكيته العقارية التي تكون في حاجة إليها، لتحقيق هدف يرتبط بالمصلحة العامة[1].

أولا: التعرف اللغوي للنزع:

يجد لفظ النزع أصله اللغوي من كلمة نزع، فنقولنزع الشيء ينزعه نزعا، فهو منزوع ونزيع، وانتزعه أي اقتلعه واستلبهويقال نزع أي حوَ ل الشيء عن موضعه، ونزع الأمير العامل من عمله أزاله، وقولهم فلان في النزع أي الاحتضار، ومن ذلك قوله تعالى: وَ النَّازِ عَاتِ غَرْقاً لِلنَّاشِطَاتِ نَشْطاً "[2]، وجاء في تفسيرها أن الملائكة تنزع روح الكافر وتنشطه، فيشتد عليه أمر خروج روحه.

نجد من اشتقاقات كلمة النزع، المنزعة بكسر الميم وهي خشبة عريضة نحو المعلقة، وبما ينزع به النحل اللواصق بالشهد، ويقال نزع عن الصبي والأمر ينزع نزوعا، أي كف وانتهى، ومن ذلك أيضا أن نقول: نازعتني نفسي إلى هواها نزاعا أي غالبتني، ونزعتها أنا أي غلبتها، وإذا هوى الإنسان شيئا تنازع نفسه إليه فهو يميل إليه، ونزع الدلو من البئر أي جذبها بغير قامة، ويقال للرجل إذا استنبط معنى آية من كتاب الله عز وجل، قد انتزع معنى جيدا ونزعه مثله، ومن معاني النزع السلبي أي استخرجه. [3]

بعد الوقوف على الأصل اللغوي لكلمة النزع ومعانيها المتعددة التي تعني سلب ملك مملوك، نتطرق للمعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لنزع الملكية:

تعبر عملية نزع الملكية للمنفعة العامة عن الإمكانية القانونية التي تتبعها الإدارة في نقل ملكية عقارية خاصة إليها، وفقا لإجراءات يحددها القانون، على أن تدفع للمنزوع ملكيته

---

(1) - Gustone presier, Droit administratif.Dalloz , 1er édition, 1993, p50.

(2) - سورة **النازعات**، الآيتين 01، 02.

(3)- اين منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، مرجع سابق، ص 349.

مقابل هذا النزع تعويضا عادلا ومنصفا، وقد ورد في نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري تعريف نزع الملكية بأنها: "حق الإدارة العامة في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العقارية العينية للمنفعة العامة، مقابل تعويض منصف وعادل". [1]

كما عرفها المشرع الجزائري في القانون 11/91 في نص المادة 02 كما يلي: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى إلى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية، زيادة عن ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا، إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، وما يتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة"[2].

أما المشرع المصري فقد أغفل الحديث عن تعريف نزع الملكية في القانون المدني وآثر أن يتضمنها قانون خاص هو القانون رقم 10 سنة 1990. [3]

غير أنه يمكن الإشارة إلى أن الدساتير المصرية المتعاقبة، قد أشارت إلى مسألة نزع الملكية في إطار ضوابط قانونية محددة اشتركت فيها مع باقي الدساتير العربية، ولقد تم التعرض إلى ذلك في دستور 1971 ثم دستور 2012 وأخيرا في دستور 2014، حيث تنص المادة 35 منه على أن "الملكية الخاصة مصونة وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما وفقا للقانون". [4]

بذلك فإنه يقصد بنزع الملكية اعتمادا على نص هذه المادة، الإجراءات التي تتخذها السلطة الإدارية، وتنتهي بحرمان شخص من ملكيته العقارية رغما عنه، لغرض تخصيص تلك الملكية للمنفعة العامة، لقاء تعويض يدفع لمالك العقار يفترض أن يكون عادلا.

---

(1)- المادة 689 من القانون المدني الجزائري.

(2)- المادة 02 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر، ع 21، ص 07.

(3)- القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 المؤرخ في: 31 ماي 1990- المتعلق بشأن نزع الملكية العامة المعدل بتاريخ 10 نوفمبر 2014.ج ر 22، ص03.

(4)- الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، ج ر، ع 03، لسنة 2014.

عبر المشرع الأردني عن نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية بلفظ الاستملاك، حيث ورد بنص المادة 02 من قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1987 بأن الاستملاك هو: "نزع ملكية عقار من مالكه أو حق التصرف أو الانتفاع به أو الارتفاق عليه بمقتضى أحكام هذا القانون"[1]، وجاء في المادة الثالثة من القانون نفسه أنه: "لا يستملك أي عقار إلا لمشروع يحقق نفعا عاما ولقاء تعويض عادل".

بناء على نص المادتين السابقتين، فإن الاستملاك حسب التشريع الأردني لا يخرج عن كونه امتيازا استثنائيا منحه المشرع للإدارة، تستطيع بموجبه أن تنزع ملكية عقار من شخص يملكه ملكية خاصة بهدف تحقيق منفعة عامة، بإتباع إجراءات محددة نظمها القانون حماية لمالك العقار من تعسف الإدارة في استخدام حقها، وهذا لقاء تعويض عادل[2].

تطرق المشرع اللبناني لمسألة الاستملاك من خلال قانون الاستملاك رقم 91/58 في مادته الأولى كما يلي: "تستملك العقارات أو أقسامها وتنشأ عليها حقوق ارتفاق لمصلحة الإدارة، كما يجوز أن يستملك ما لمالك العقار من حقوق في الفضاء الذي يعلوه وفي الباطن الذي هو تحت سطحه، كما تستملك الحقوق العينية العقارية، كل ذلك لأجل منفعة عامة، لا يجوز أن ينزع عن أحد ملكه إلا لأسباب المنفعة العامة، وبعد تعويضه عنه تعويضا عادلا وفقا لأحكام هذا القانون". [3]

(1) – قانون الاستملاك الأردني رقم 12 لسنة 1987، الصادر في 01 أفريل 1987، ج ر، ع 3468 المعدل بتاريخ 2001/11/01 ، ج ر ، ع 4515.

(2) – محمد عبد الغني مهملات، **الاستملاك ورقابة القاضي الإداري "دراسة مقارنة"**، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2005، ص 25.

(3)- قانون الاستملاك اللبناني رقم 91/58 المعدل والمتمم بتاريخ 2006/12/08، ج ر، عدد 60، بتاريخ 2006/12/21.

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه يمكنه الرجوع بشأن نزع الملكية إلى ما أقره إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في26 أوت 1978 في مادته 17[1] والتي تم البناء عليها في المرسوم رقم: 58/779[2].

فقد نصت المادة 17 على أن: ".. حق الملكية مقدس لا يجوز انتهاك حرمته ولا يجوز حرمان أحد منه إلا لضرورة تقتضيها المصلحة العامة يحددها القانون يتشرط تعويض عادل يدفع مقدما"

يتبين لنا من خلال هذه المادة أنها قدست الملكية في شقها الأول من جهة، وفي شقها الثاني وضعت قيودا عليها، فأكدت أنه يجوز حرمان المالك من ملكيته مع وضع قيود على سلطة الدولة، فلا يجوز حرمان المالك من ملكيته إلا للمصلحة العامة، وعلى السلطات أن تتبع الإجراءات القانونية مع تعويض المالك عن حرمانه من عقاره.

الملاحظ أن التشريعين الأردني واللبناني قد أطلقا على نزع الملكية لفظ الاستملاك، في حين أن التشريع الجزائري والمصري والفرنسي استعملوا عبارة النزع، والتي هي في نظرنا الأكثر دلالة على الإجراء الذي يتم فيه إجبار المالك بالتخلي عن كامل أو جزء من ملكه الخاص بدعوى المنفعة العامة، ولهذا كان يجدر بكل من التشريعين اللبناني والأردني استخدام لفظ النزع بدلا من الاستملاك.

(1)- L'article 17 de la DDHC constitue le fondement de toute règles en matière d' expropriation qui dispose " la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne saurait en être prié si ce n'est lorsque la nécessite publique, légalement constatée l'exige évidemment et sons le condition d'une juste et préalable indemnité". Nicollier Paxal, **Histoire du droit : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789**, fribourg, 1995, p20.

(2)-ordonnance n° 58/997 du 23 octobre 1958 portant reforme des regles relatives a l'expropriation pour cause d'utilité publique, journal officiel de république française, n° 9694, 24 octobre 1958.

الفرع الثاني

خصائص نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة

عندما لا تتمكن الإدارة من تلبية حاجياتها من الأراضي والعقارات عن طريق الاقتناء، فإنها تستعمل امتيازها كسلطة عمومية لنزع الملكية، غير أن هذا الامتياز الممنوح لها تضبطه جملة من الضوابط، تجسد خصائص عملية نزع الملكية للمنفعة العامة.

أولا: نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة وسيلة استثنائية:

يتوجب على الجهة النازعة للملكية حتى تلجأ لهذا الإجراء، أن تكون قد استنفذت كل الطرق الودية للحصول على العقار والحقوق العينية العقارية التي تريدها، فإن أخفقت في ذلك فلها الحق في اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية، وقد أورد المشرع الجزائري الطابع الاستثنائي لعملية نزع الملكية والتي لا يمكن أن تكون إلا إذا تطابقت مع مخططات التعمير أو التهيئة العمرانية أو مخططات شغل الأراضي[1]، حيث جاء في المادة 12/ف02 من القانون 11/91 أنه: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية"[2].

نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري عبر عن هذه الخاصية بصفة صريحة لم نجدها في باقي التشريعات المدروسة، حيث غابت عن نصوص تلك التشريعات ووردت بدلا من ذلك في صيغ تستشف من النصوص المبررة لنزع الملكية، أو في النصوص الدستورية.

حيث نجد أن المشرع المصري حين اعتمد قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية رقم 10 لسنة 1990 المعدل والمتمم، انطلق مباشرة من ذكر تفاصيل عملية النزع في أهدافها وإجراءاتها ابتداء من المادة الأولى، غير أنه بالعودة إلى الدستور المصري آنف الذكر نجد في المادة 35 نص على أنه: "لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة".[3]

---

(1)- خالد بعوني، **منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في النظام القانوني الجزائري**، رسالة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص13.

(2) - القانون رقم 11/91 المشار إليه سابقا.

(3) - المادة 35 من دستور 2014 المصري، مشار إليه سابقا.

يفهم من عبارة إلا للمنفعة العامة أن النزع لا يتحقق إلا في الوضع الاستثنائي المبرر بالمنفعة العامة.

ضمن نفس السياق ذهب المشرع الأردني إلى التأكيد على الصفة الاستثنائية في استملاك جزء أو كامل الملكية العقارية الخاصة، رابطا هذا الاستملاك بالمنفعة العامة على نحو يفهم منه أن قانون الاستملاك الأردني قد منح امتيازا استثنائيا للجهة المستملكة- التي تعبر الإدارة عنها - على حق المالك بأن منحها هذا الحق، وهذا ما أكدته المادة 03 من قانون الاستملاك الأردني بقولها: "لا يستملك أي عقار إلا لمشروع يحقق نفعا عاما".[1]

وبالنسبة للمشرع اللبناني نجد أن مبرر نزع الملكية بوصفها وسيلة استثنائية للحصول على وعاء عقاري بهدف تغطية المنفعة العمومية، قد جاء ضمن المادة الأولى من قانون الاستملاك اللبناني رقم 91/58، حيث وردت الصيغة التالية: "لا يجوز أن ينزع عن أحد ملكه إلا لأسباب المنفعة العامة".[2]

أما المشرع الفرنسي فإنه كان سباقا في التنبيه إلى ضرورة أن تبقى عملية نزع الملكية العقارية الخاصة وسيلة استثنائية، يتم اللجوء إليها بغرض تحقيق المنفعة العامة، وهو ما نستشفه من نص المادة الأولى من قانون نزع الملكية التي نصت على أنه: لا يمكن نزع الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية، سواء بصفة كلية و جزئية إلا إذا سبقها إعلان بالمنفعة العمومية وقد ورد هذا المعنى في نص المادة على النحو التالي:

" L'expropriation d'immeubles, en tout ou partie, ou de droits réels immobiliers ne peut être prononcée qu'autant qu'elle aura été précédée d'une déclaration d'utilite publique ."[3]

نستخلص مما سبق أن سمة الاستثنائية خاصية ملازمة لكل تحرك في التعامل مع الملكية العقارية الخاصة، تضبط عملية النزع، وتمنع الانحراف نحو التعسف.

---

(1) - المادة 03 ، قانون الاستملاك الأردني مشار إليه سابقا.

(2) - المادة 01، قانون الاستملاك اللبناني، مشار إليه سابقا.

(3) - Loi n° 6/61 du 10 mars 1961 réglementant l'exproprions pour cause d'utilite publique et instituant des servitudes pour l'exécution des travaux publics modifiée par l'ordonnance n°2/76 du janvier 1976.

ثانيا: نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة كوسيلة جبرية:

تستعمل الإدارة من أجل تحقيق مسألة نزع الملكية امتيازات السلطة العامة غير المألوفة في المعاملات بين الأفراد، حيث أن عملية نزع العقار تتم حتى وإن كانت هناك معارضة من مالك العقار، ويرجع ذلك إلى أسبقية وسمو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ويأخذ نزع الملكية طابع الجبرية، سواء انصب على ما فوق الأرض أو باطن الأرض، وفي هذه الحالة الأخيرة نصت المادة 31 من المرسوم رقم: 41/94 على أنه: "إذا رفض مالك الأرض التي تفجرت فيها مياه معدنية إيجارها أو التنازل عنها، فإنه بمكن نزع ملكيتها وفقا لأحكام القانون 11/91 ، بعد إنذار لمدة سنة واحدة من طرف الوالي فقط المختص"[1].

أما التشريع المصري فقد أكد على صفة الجبرية في عملية نزع الملكية، حيث جاء في المادة 14 من القانون 10/90 المتعلق بنزع الملكية أنه: "يكون للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزوما للمنفعة العامة، ويبلغ قرار الاستيلاء لذوي الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، يعطون بموجبه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار"[2].

يتبين من هذه المادة أن المشرع المصري ربط بين تحديد المنفعة العامة ووجوب التنفيذ المباشر في إخلاء العقار بما يضفي الصفة الجبرية على هذا التنفيذ، خصوصا وأنها قرنت ذلك بآجال زمنية يتحول فيها المتضرر من عملية النزع من الوضع الاختياري في المهلة المحددة له إلى الوضع الجبري.

أخذ المشرع الأردني من جهته بالطابع الجبري لعملية الاستملاك، وعدم قدرة المعترض ولا حقه في الطعن، إذا تم إقرار المنفعة العامة في مجلس الوزراء، وهذا ما جاءت به المادة 07 فقرة "أ" من قانون الاستملاك رقم 87/12، حيث ورد فيها أن: "لمجلس الوزراء إذا اقتنع بمقدرة المستملك المالية، وأن تنفيذ المشروع يحقق نفعا عاما، أن

---

(1)- المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 29 جانفي 1994 والمتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستغلالها، ج ر، ع 39، ص 12 .

(2)- المادة 14 من القانون المصري رقم 10/90 المشار إليه سابقا.

يقرر استملاك العقار المطلوب، ويعتبر القرار الصادر بنية قاطعة على تحقيق النفع العام، ولا يخضع لأي طريق من طرف الطعن وينشر القرار في الجريدة الرسمية"[1].

يتبين من هذا النص أن هناك عملية دمج بين القرار النهائي للمنفعة العامة، والتنفيذ الجبري للاستملاك، مع حرمان المتضرر من الاعتراض أو الطعن، وهذا يعني تأكيد خاصة الجبرية في هذه العملية، ونسجل في هذا الشأن ضمن المادة 08 من قانون الاستملاك الأردني أنه حرم صحب العقار الأصلي من حرية التصرف فيه، حيث ورد أنه" إذا صدر قرار من مجلس الوزراء بإقرار المنفعة العامة للمشروع الذي يشمل العقار المنزوع ملكيته،... على مدير تسجيل الأراضي أن يضع إشارة على قيد العقار الذي تقرر استملاكه، وأن يمتنع عن إجراء أية معاملة عليه فيما عدا معاملات الانتقال إلا بموافقة المستملك." [2]

بالنسبة للمشرع اللبناني تم تكريس نزع الملكية للمنفعة العامة والتي يصطلح عليها بالاستملاك، ضمن الدستور اللبناني وفي قوانين الاستملاك المتعاقبة، حيث أقرت صراحة بإلزام الأفراد بالتخلي عن الملكية العقارية في إطار تبني مشروع للمنفعة العمومية،غير أن المشرع اللبناني ميز بين نوعين من الاستملاك هما: الاستملاك العادي والاستملاك التخطيطي[3]، وأكد قانون الاستملاك اللبناني المعدل على ضرورة المباشرة في تنفيذ الاستملاك، واعتبرها الاجتهاد ذات الصفة الجدية والفعلية، لا تلك التي تتحايل على القانون وعلى غاية المشرع من النص، وإذا عمدت الإدارة إلى إجراء أعمال وهمية وتوقفت عند هذا الحد فلا يعتبر ذلك مباشرة بالتنفيذ[4].

---

(1)- المادة 07 من قانون الاستملاك الأردني رقم 87/12 المشار إليه سابقا.

(2)- المادة 08 من القانون نفسه.

(3)- الاستملاك العادي يبدأ بمرسوم يعلن المنفعة العمومية ويتم نشره في الجريدة الرسمية، ولصقه أصولا، وتبليغه من أصحاب العلاقة، إضافة إلى قيده في السجل العقاري على صحائف العقارات المستملكة، ويبقى المرسوم ساريا مدة ثماني سنوات (المادة 03 من قانون الاستملاك اللبناني)، أما الاستملاك التخطيطي فهو الناتج عن التخطيط والمقترن بإنشاء الطرق والساحات العامة وتقويمها وتوسيعها، بموجب تخطيط يصدق بمرسوم تصديق التخطيط الذي يجعل التخطيط نافذا ونهائيا، ويكرس الصفة الجبرية التي أشرنا إليها.

جورج الشدراوي، **التأمين العقاري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، بيروت، لبنان، 2013، ص74.

(4)- القرار رقم 79، مجلس الشورى اللبناني، بتاريخ 1995/11/20، مجلة القضاء الإداري، 1997، ص 132.

يؤكد التشريع الفرنسي على إمكانية أخذ العقارات اللازمة عن طريق النقل الجبري للملكية، وإن أمكن بطريقة ودية، فإن فشلت محاولة الاقتناء بالتراضي، اتجهت الإدارة إلى حرمان المالك من عقاره جبرا عن إرادته من خلال مجموعة من الإجراءات الإدارية، ويعد أسلوبها في ذلك مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، حيث أنه إذا رأت في المشروع الذي تقدم عليه منفعة عامة، فإنها تلجأ إلى إخطار المعني، وتخييره بين شأن التنازل ونقل ملكيته للدولة،[1] وهو ما ورد في المادة 12 من قانون نزع الملكية الفرنسي:

"Le transfert de propriété des immeubles ou de droit réelle immobiliers est opéré par voie soit d'accord amiable, soit d'ordonnance" .[2]

نلاحظ في هذا الإطار أن جميع التشريعات المعتمدة، أكدت على ضرورة استنفاذ الإدارة لكل الطرق الودية قبل مباشرة عملية نزع الملكية، وانعدام هذا المسعى يدفع القاضي إلى إبطال إجراءات النزع، إذا ما ثبت أن الإدارة لم تقم بالمحاولات الودية في نزع الملكية العقارية الخاصة.

ثالثا: إلزامية التعويض في نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة:

إذا كان نزع الملكية يؤدي إلى سلب الشخص حقا له، غير أن القانون رفض ضياع هذا الحق على صاحبه، بل جعل سلبه مقابل تعويض، خاصة وأن صاحب هذا الحق لا يتوفر على الحرية التامة في تحديد الثمن الذي يروقه، وبالشروط التي تناسبه.

ويشترط في التعويض أن يكون عادلا، حيث أكدت المادة 677 من القانون المدني الجزائري على هذا المبدأ ونصت على أنه: "... للإدارة الحق في نزع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل"[3].

يتبين لنا من المادة أنها لم تشر إلى التعويض القبلي، وإنما أكدت على ضرورة أن يكون التعويض عادلا ومنصفا، أي ليس هناك ما يمنع الدولة من نقل الملكية قبل دفع التعويض، لعدم وجود أي جزاء يقع عليها في حالة عدم دفعه أو التأخر في دفعه، ونظرا للتوجه

---

(1) - Chapus Rêne, **contentieux administratif, fascicule: les cours de droit**, paris, 1981 , p 713.

(2)- L12/1 ,code de l'expropriation français, op. cit, p 05.

(3) - المادة 677 من القانون المدني الجزائري ، مشار إليه سابقا.

الاشتراكي الذي ساد في الجزائر في سبعينيات وثمانينيات القرن الماضي، فإن التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة كان رمزيا مقارنة بالقيمة الحقيقية للعقار، وبصدور دستور 1989 تم التأكيد على مسألة أسبقية تقديم التعويض بالإضافة إلى مسألة العدالة والإنصاف في تقدير التعويض عن نزع الملكية[1] بما يتلاءم مع معطيات التحول إلى اقتصاد السوق.

وأكد المشرع المصري على ضرورة اقتران عملية نزع الملكية للمنفعة العامة بوجوب تزامنها مع وضع التعويض العادل، وهذا ما يستشف من نص المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1990 الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة التي جاء بها: "يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام القانون".[2]

إذا فلا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الخاص إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة والإجراءات التي قررها القانون لذلك ومقابل تعويض عادل، فيستحق أصحاب العقارات وأصحاب الحقوق، تعويضا عادلا عن الأرض الكائنة في المنطقة التي شملها النزع العام، وفي هذا السياق تنص المادة 06 من القانون نفسه بأنه: "يقدر التعويض طبقا للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية، وتودع الجهة طالبة نزع المكية مبلغ التعويض خلال مدة لا تتجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا". [3]

ذهب المشرع الأردني إلى الاعتراف بأن نزع الملكية العقارية الخاصة، أو ما أطلق عليه الاستملاك فيه غل ليد أصحاب الأملاك عن أملاكهم، لذا فلا يتم نقل هذه الأملاك إلى الدولة قانونيا إلا بتعويض عادل، وهذه القاعدة الأساسية جاءت في المادة 03 من قانون الاستملاك الأردني التي نص على أنه: "لا يستملك أي عقار إلا لمشروع يحقق نفعا عاما ولقاء تعويض عادل"[4].

---

(1)- المادة 20 من المرسوم رقم 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتعلق بتعديل الدستور، ج ر، ع 09، السنة الخامسة والعشرون. ص238.

(2)- المادة 01، قانون 10/90 المصري.

(3) - أنور طلبة، **نزع الملكية للمنفعة العامة**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 64.

(4)- المادة 03 من قانون الاستملاك الأردني المشار إليه سابقا.

يقتضي مفهوم التعويض العادل أن يكون هذا الأخير كاملا، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يقل ما يدفع للمالك عن قيمة العقار المستملك، كما يتوجب فيه أن يكون مرضيا للمالك في حدود ما تقره الجهة القضائية عند الطعن من طرفه، كما يجب أن يتم دفعه بشكل فوري لا إبطاء فيه، وهذا يقتضي أن يتم تقدير قيمة التعويض العادل باسم الجهة، وفي حالة التأخر يتم احتساب فائدة على مبلغ التعويض، توازي ما يمكن للمالك أن يجنيه في حال ما كان المال بحوزته. [1]

إن الشخص الذي استملك ملكه، يستطيع مناقشة المستملك بالتعويض، وبينت المادة 02/09 من قانون الاستملاك الأردني المعدل والمتمم، أن المستملك والمالك يتفاوضان على مقدار التعويض، أما فيما يخص تقدير هذا التعويض فقد نظمته المادتان 09-10 والطعن بهذا التقدير هو من اختصاص محكمة البداية[2]، ويستحق المالك التعويض بمجرد الاستملاك دون حاجة إلى إثبات ضرر لحق به[3].

أما فيما يخص مسألة التعويض عن الاستملاك بغرض المنفعة العمومية كما اصطلح عليه التشريع اللبناني، نجد أن هذا الأخير أكد على أنه لا يجوز للإدارة المستملكة أن تضع يدها على العقار قبل إيداع التعويض المقرر من لجنة لاستملاك، ويجب أن يكون التعويض عادلا، بمعنى ألا يقتصر فقط على قيمة العقار المستملك، وإنما يشمل أيضا كل ضرر ينتج عن الاستملاك، ويكون نتيجة حتمية لتنفيذه، فيكون موازيا للضرار الحاصل، ويحدد التعويض العادل من قبل لجنة الاستملاك البدائية في المحافظة التي يمكن استئناف قرارها أمام لجنة استملاك استئنافية. [4]

---

(1)- عبد الناصر زياد هياجنة وأشرف إسماعيل العدوان، **التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني**، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 02، 2012، ص 76.

(2)- قرار محكمة العدل العليا الأردنية، رقم 2007/333، هيئة خماسية بتاريخ 2007/10/24.

(3)- قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم 2011/942، هيئة خماسية، بتاريخ 2011/08/03.

(4)- المادة 09 من قانون الاستملاك اللبناني، المشار إليه سابقا.

تجدر الإشارة إلى أنه فيما يخص الاستملاك التخطيطي، نصت المادة 37 من قانون الاستملاك على مبدأ الربع المجاني الذي مفاده أن لا تدفع الإدارة المستملكة أي تعويض إذا كان الجزء من العقار المصاب بالتخطيط أقل من ربع مساحته[1].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي قرر أن جبرية تنازل المالك عن ملكيته في نزع الملكية للمنفعة العامة يستوجب تعويضه عن الضرر المباشر والأكيد، وهذا ما جاءت به المادة 545 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن يكون التعويض منصفا وعادلا[2].

"Nul, ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité".

إن عبارة التعويض العادل لا تعني المالك وحده، وإنما تعني كذلك نازع الملكية، ومنه فلا يمكن للمالك الذي انتزعت ملكيته أن يثرى على حساب الإدارة، وليس لهذه الأخيرة أن تعوضه عن ضرر لم تكن السبب فيه، بالرغم من أن التشريع الفرنسي يقر للمالك المنزوع ملكيته المطالبة بالتعويض الأساسي وكذا التكميلي طبقا لمقتضيات الفصل 06 المادة 13 من قانون نزع الملكية الفرنسي، كما أن الإدارة بما لديها من سلطة لا ينبغي أن تخول لنفسها حق الحصول على عقارات بمقابل بخس من أجل تنفيذ مشاريعها، وهناك عدة اعتبارات تمكن الإدارة المكلفة بتقدير التعويض، وكذا معرفة الطابع المباشر للضرر.

يتبين لنا أن التشريع الفرنسي سار ضمن الطرح القائل، بأنه لا يمكن المباشرة في عملية نزع الملكية للمنفعة العامة دون منح التعويض العادل والمنصف والمسبق للمتضرر، واستيفائه لهذا التعويض على نحو يغطي ما لحقه من ضرر، وما فاته من كسب على غرار ما استفاض فيه المشرع الجزائري.

---

(1) – جورج شدراوي، **التأمين العقاري**، مرجع سابق، ص 77.

(2)- Jacques Ferbos, **expropriation et évaluation des biens**, 3eme édition, édition l'actualité juridique, paris, 1974, p 246.

الفرع الثالث

أطراف عملية نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة

ترتبط عملية نزع الملكية العقارية الخاصة بفكرة المنفعة العامة، وهذه الأخيرة تبدو أهميتها بالنسبة إلى الدولة في أنها تشكل غطاء ضروريا لممارسة سلطتها، وكي تسبغ تصرفاتها بالشرعية المطلوبة، ويسهل قبول الأفراد لهذه التصرفات[1]، وبالتالي فهي الشرط الأساسي والمبرر الجوهري الذي تستند إليه التشريعات في إباحة نزع الملكية، ومن خلالها نستطيع أن نقف عن أطراف هذه العملية والتي يمكن حصرها على النحو التالي:

أولا: الطرف النازع للملكية:

حدد المشرع الجزائري الجهة التي لها الحق في نزع الملكية العقارية الخاصة بغرض المنفعة العامة، حيث أنه وبعد الاستقلال كانت الدولة في حاجة إلى إقامة مشاريع عمرانية وتوسيع المدن والتجمعات الحضرية، لهذا صدر الأمر رقم 26/74[2] متضمنا تكوين احتياطات عقارية للبلديات، واعتمد هذا الأمر إعطاء سلطة مطلقة للبلديات في مجال التهيئة والتعمير، وذلك بالتحكم والتصرف في الأراضي الصالحة للبناء، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 1/91 نجد أن سلطة التصريح بالمنفعة العامة في نزع الملكية، تعود للوالي الذي تقع ضمن اختصاصه الإقليمي الملكية العقارية المراد نزعها، وتحدد ذلك بالمادة 10 من نص المرسوم:" يصرح بالمنفعة العمومية حسب الآتي:

بقرار مشترك أو قرارات مشتركة بين الوزير المعني ووزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية، إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولايتين أو عدة ولايات.

---

(1)- نجم الأحمد، **المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص12.

(2)- الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلدية،ج ر، ع 19 بتاريخ 05 مارس 1974.ص25.

بقرار من الوالي إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المذكورة واقعة في تراب ولاية واحدة". [1]

هذا فيما يخص سلطة التصريح بالمنفعة العامة، أما فيما يخص سلطة إصدار قرار نزع الملكية فيكون من اختصاص الوالي، حتى وإن كانت الأملاك المراد نزعها تقع على إقليم ولايتين أو عدة ولايات، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم نفسه التي نصت على أنه: "إذا كانت الأشغال مما يجب إنجازه على تراب ولايتين أو عدة ولايات، فإن المستفيد من نزع الملكية يحول الملف الخاص بنزع الملكية المنصوص عليه في المادة 03 من هذا المرسوم[2] إلى كل والي مختص إقليميا يتولى تنفيذ جميع إجراءات نزع الملكية المذكورة أعلاه دون المساس مع ذلك بأحكام المادتين 10 و11 من هذا المرسوم".

تعزز نص تجديد الجهة النازعة للملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية بنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 2002/08، والتي نصت على أنه: [3].

"... يصدر الوالي المؤهل إقليميا قرار نزع الملكية والحقوق العينية العقارية المنزوعة، يتضمن نقل لفائدة الدولة مباشرة بعد الدخول في الحيازة المنصوص عليها في المادة 10 مكرر.." [4].

---

(1)- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 ، المؤرخ في 27 جويلية 1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

(2)- تنص المادة 03 من المرسوم رقم 186/93 على أنه: "يقوم الوالي بعد دراسته الملف بتعيين لجنة تحقيق من ثلاثة أشخاص، يكون أحدهم رئيسا لها لإجراء تحقيق بقصد إثبات مدى فاعلية المنفعة العمومية، يختار الأشخاص المذكورون من قائمة وطنية يضبطها كل سنة وزير الداخلية والجماعات المحلية، استنادا إلى القوائم التي تعدها كل ولاية، فيما تنص المادة 11 من المرسوم نفسه على أنه: يجب أن يكون القرار المنصوص عليه في المادة أعلاه، منشور حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، أو في مجموع القرارات الإدارية للولاية، مبلغا لكل شخص معني، مشهرا في مركز البلدية التي يقع فيها المالك المراد نزعه حسب الكيفيات، وخلال المدة المحددة في القانون.

(3)- المرسوم التنفيذي 284/05 المؤرخ في 07 جويلية 2008 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون 11/91، ج ر، ع 38 بتاريخ 09 جويلية 2008.

(4)- تنص المادة 10 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 248/05 المؤرخ في 10 جويلية 2005 يتمم المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 الذي يجدد كيفيات تطبيق القانون 11/91 على أنه: " بمجرد نشر المرسوم التنفيذي المتضمن التصريح بالمنفعة العامة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، يقوم الولاة المعنيون

يجدر التنبيه هنا أنه إذا كان نزع الملكية لغرض المنفعة العامة خص عقارا فلاحيا، فإن ذلك يقترن بالتشريعات الصادرة في مجال حماية الأراضي الفلاحية وضرورة أن يخضع أي تحويل لها عن طبيعتها الأصلية، بما ورد في قانون التوجيه الفلاحي قبل أي قرار بالنزع، حيث جاء في المادة 15 من القانون رقم 16/08 أنه: "لا يمكن إلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية إلا بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء"[1].

أما المشرع المصري فقد جعل تقرير المنفعة العامة من اختصاص السلطة التنفيذية، ويكون ذلك بقرار إداري، ولا يغير من هذه الطبيعة الإدارية صدوره بقرار من رئيس الجمهورية لما فيه من ضمانة مهمة للملكية الفردية، لكن رغم اتساع نطاق المشروعات يمكن تفويض هذا الاختصاص في بعض الحالات لرئيس مجلس الوزراء أو للوزير المختص[2]، وجاء في نص المادة 14 من قانون نزع الملكية 90/10 المصري: "يكون للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة، وذلك بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه، ينشر في الجريدة الرسمية".

وجاء في المادة 15 من هذا القانون نفسه أنه:" للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها".

بإعداد قرار الحيازة الفورية من الإدارة نازعة الملكية للأملاك أو الحقوق العينية العقارية، مع مراعاة إيداع مبلغ التعويضات الممنوحة لفائدة الأشخاص الطبيعيين و/أو المعنويين منزوعي الملكية لدى الحزينة العمومية".

(1)- القانون رقم 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي المؤرخ في 2008/08/03، ج ر، ع 46، السنة الخامسة والأربعون، 10 أوت 2008. ص04.

(2)- نجم الأحمد، مرجع سابق، ص 19.

وضمن أحدث تعديلات قانون نزع الملكية المصري صدر القرار الجمهوري رقم 293 لسنة 2014 بتفويض رئيس الوزراء الاختصاص في مجال التصرف بالمجان في أملاك الدولة، ونزع ملكية العقارات للمنفعة العامة[1].

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد اعتبر مسألة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة تصرفا من تصرفات الدولة، التي لها حصريا الحق في ممارسته، فالجهة التي منحها القانون هذه السلطة هي الحكومة، وذلك وفقا لقانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1987، ويقصد هنا بالحكومة الوزارات والدوائر التابعة لها[2]، كما خول المشرع الأردني للمجالس البلدية حق التقدم بطلب إلى مجلس الوزراء لنزع ملكية ما، كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبدون أن تحتاج إلى تفويض من السلطات العامة بهذا الشأن[3].

فيما يخص المشرع اللبناني نجده نص في المادة الثانية من قانون الاستملاك 58/91 على أن المنفعة العمومية تقرر بمرسوم بناءا على اقتراح الوزير المختص، المبني على طلب الإدارة المعنية أو البلدية أو الهيئة الإخبارية في القرية التي لا بلدية فيها، أو المؤسسة العامة أو صاحب الامتياز، ويمكن للإدارة العامة والبلديات استملاك عقارات لمصلحة أشخاص عينهم القانون[4].

وتتحدد الجهة الطالبة لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفرنسي بموجب مرسوم صادر من الوزير الأول بعد الرأي المطابق لمجلس الدولة، أو عن طريق قرار صادر عن المحافظ[5].

---

(1)- قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم 293 لسنة 2014 ، المتعلق بتفويض رئيس مجلس الوزراء في بعض الاختصاصات، ج ر، ع 34 مكرر "أ" بتاريخ 24 أوت 2014. ص08.

(2)- فيصل شطناوي وآخرون، "**نزع الملكية الخاصة للمنفعة في التشريع الأردني**"، دفاتر السياسة والقانون، العدد الثاني عشر، جانفي 2015، ص 93.

(3)- علي خطار شطناوي، "**عدم كفاية رقابة مشروعية قرارات الاستملاك في الأردن**"، مجلة جرش للبحوث والدراسات، المجلد 04، العدد الأول، 1999، ص 48.

(4) – المادة 02 من قانون الاستملاك اللبناني 91/58 المعدل بتاريخ 2006/12/08، ج ر، ع 60، بتاريخ 2006/12/21.

(5) - Jean Marie Auby et pierre bon, **Droit administratif des biens**, dalloz, paris, 1991, p351.

ثانيا: المستفيد من نزع الملكية العقارية الخاصة:

حدد المشرع الجزائري الجهات المستفيدة من نزع الملكية، والتي تمثل إجراءا غرضه إنجاز مشاريع تكتسي بعدا وطنيا، وكذا إقامة مقرات الإدارة المركزية والوزارات والسفارات، أو لإنجاز الموانئ والمطارات، وكلها مشاريع ومنشآت تعود بالفائدة على مجموع الأفراد، كما تقرر الدولة أيضا نزع الملكية لفائدة الجماعات المحلية كالبلديات والولايات، ويمكن أيضا أن يستفيد من نزع الملكية الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة مثل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الخاص مثل مصالح البريد والجامعات والمستشفيات، ويمكن أن يستفيد منها شخص طبيعي مثل الجمعيات والنقابات، ويستثنى من المستفيدين الأفراد لمنع الانحراف بعملية نزع الملكية. **(1)**

بالرجوع إلى الأمر 48/76، وفي المادة الأولى منه نجده ينص على أنه: "يمكن اللجوء إلى نزع الملكية لفائدة الأشخاص الاعتبارية والهيئات المختلفة التي يكون هدفها هو تحقيق المنفعة العامة".

أما المادة الثانية من الأمر نفسه فنصت على أنه: "يمكن الحصول على العقارات أو الحقوق العينية الضرورية لتأمين احتياطات المصالح العمومية التابعة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية والمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي أو الثقافي عن نزع الملكية وذلك ضمن الشروط المحددة بالأمر".

وفي إطار قانون 06/84 أمكن استخدام نزع الملكية لفائدة المؤسسات الخاصة، حيث نص على أن المستفيدين من رخصة استغلال المناجم،يحق لهم الاستفادة من نزع الملكية**(2)**.

جاء قانون 11/91 في المادة الثانية ليعدل صيغة الاستفادة من إجراءات نزع الملكية، وذلك بالصيغة التالية: "لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة

---

(1)- براهيمي سهام، **التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية "دراسة مقارنة"**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص34.

(2)- القانون رقم 06/84 الصادر في 07 جانفي 1984المعدل والمتمم بالقانون رقم 24/91 الصادر في 06 ديسمبر 1991،والمتعلق بالأنشطة المنجمية، ثم القانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03، ج ر، عدد 35.

عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية".

يستفيد من عملية نزع الملكية شخص آخر غير الإدارة نازعة الملكية، هو الشخص المعنوي الخاص غير الدولة والجماعات المحلية، فقد تنزع الدولة الملكية لفائدة شركة وطنية أو أجنبية خاضعة للقانون الخاص، كالشركات التي تعمل في مجال التنقيب وأعمال استغلال المحروقات، أو تلك القائمة بنشاط منجمي[1].

يرى المشرع المصري أن نزع الملكية العقارية الخاصة يوجه لفئة من المستفيدين، وينص في المادة 21 على أنه: "تشترى العقارات اللازم نزع ملكيتها" ،ويقرر في المادة الثانية من قانون نزع الملكية المصري، أن العقارات توجه لـ:

- إنشاء الطرق والشوارع والميادين أو توسيعها أو تعديلها أو تمديدها أو إنشاء أحياء جديدة.
- مشروعات المياه والصرف الصحي.
- مشروعات الري والصرف.
- مشروعات الطاقة.
- إنشاء الكباري والمجازات السطحية والممرات السفلية.
- مشروعات النقل والمواصلات.
- أغراض التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة.
- ما يعد من أعمال المنفعة العامة في أي قانون آخر[2].

أما بالنسبة للمشرع الأردني، نجد أنه لم يتضمن ضمن قانون الاستملاك تحديدا للحالات التي يجوز فيها الاستملاك، من خلال تحديد المشروعات التي تهدف لتحقيق المنفعة العامة، ولكن رغم خلو قانون الاستملاك الأردني من هذا التحديد، فالمبدأ الذي يقرره الدستور الأردني أن لا مشروعية للاستملاك إذا لم يكن لتحقيق النفع العام[3].

---

(1)- المادة 07 من القانون 21/91 المؤرخ في 1991/12/04 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر، ع 64، السنة 29.

(2)- أنور طلبة، **نزع الملكية للمنفعة العامة**، مرجع سابق، ص 46.

(3)- زياد هياجنة، مرجع سابق، ص 78.

الأصل أن الجهة المستفيدة من الاستملاك هي الدولة من خلال أجهزتها التنظيمية والمجالس البلدية، كما يمكن أن يستفيد من الاستملاك الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة، التي يكون هدفها هو تحقيق المنفعة العامة كالشركات المكلفة بإدارة مرفق عام، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والصناعي والتجاري، وذات الطابع الخاص مثل المستشفيات والجامعات[1].

في حين يحدد المشرع اللبناني الغاية من الاستملاك في تنفيذ عمل أو مشروع تحقيقا للمنفعة العامة وترك المجال واسعا أمام اجتهاد المحاكم لاعتماد المقاييس والحلول المناسبة المتوافقة مع حرية الإدارة في تقدير المنفعة العامة، على أن يقضي ضمن حدود الشرعية، ومن الحالات التي اعتبر فيها القضاء الإداري اللبناني المنفعة العامة متوفرة، استملاك العقارات اللازمة لتأمين المسكن للعمال والمستخدمين لدى المؤسسات العامة، فتح الشوارع وشق الطرقات، إنشاء حدائق عامة في مناطق معدة لإنشاء مدافن أو بجوار هذه المناطق، المناطق المحيطة بالأماكن الأثرية والمناظر الطبيعية[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فاعتبر أن الجهة المستفيدة من نزع الملكية بغرض المنفعة العامة تكون ضمن تغطية المشاريع التالية:

- شق الطرقات وتهيئة الأماكن العامة.
- بناء المجمعات السكنية.
- إنشاء التجزئات السكنية.
- إنشاء أعمال في مناطق التهيئة المشتركة Zone d'aménagement concerté، والمعروفة اختصارا بـ: ZAC وهذا حسب المادة 1/21 من قانون نزع الملكية الفرنسي.
- التخطيط العمراني وتحسين المرافق على غرار مشروعات المياه والصرف الصحي والتجديد الحضاري ومشروعات النقل والمواصلات.

---

(1)- علي خطار، "**عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن**"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، 1992، ص 13.

(2)- رلى صفير، "**الاستملاك في سبيل المنفعة العامة**"، مجلة الجيش، العدد 205، جويلية 2002، بيروت، ص 220.

- تحسين الخدمات الصحية وتوسعة المنشآت السياحية وحفظ التراث والمناطق الطبيعية[1].

يتبين لنا من خلال التطرق لموقف التشريعات المدروسة بخصوص تحديد الجهة المستفيدة من أعمال نزع الملكية، أن المشرع الفرنسي جاء أكثر اهتماما وتوسعا في بيان تلك الجهات المستفيدة من العملية، وهو ما يتلاءم مع جوهر ومقصد عملية نزع الملكية العقارية الخاصة، وما دعم هذا التوسع أن مجلس الدولة الفرنسي صاحب ذلك عن طريق قبول عمليات نزع الملكية، كلما كانت تهدف لتحقيق مصلحة عامة، كتشييد ملعب رياضي أو إنشاء مضمار سباق، أو بناء أنابيب إلى البحر لتسريب بقايا تصنيع الألمنيوم. [2]

ثالثا: محل عملية نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة:

يمثل محل نزع الملكية المجال الذي يسمح به المشرع للإدارة المساس بملكية الأفراد، ومن المتفق عليه أن نزع الملكية يرد على العقارات دون المنقولات، فهو في التشريع الجزائري يقع على الملكية العقارية والحقوق العينية الأصلية لها، وبالتالي فإن تنفيذه يكون على الملكية العقارية، وما يتفرع عنها من حقوق عينية أصلية دون المنقولات والحقوق الشخصية، وينصب هذا الإجراء على حق الاستعمال والاستغلال أو التصرف، وقد يشمل نزع الملكية ملكية العقار كله، وقد ينصب على جزء منه فقط، وفي حالة كون العقار أرضا مقاما عليها بناء فإن نزع الملكية يشمل الأرض والبناء، حتى ولو كان المالك مختلفا، ويجوز نزع باطن الأرض دون سطحها، كأن تنزع بغرض تمرير قنوات الصرف أو مد أنابيب البترول، وإذا تم نزع العقار دون الجزء الآخر منه، وأصبح الانتفاع بالجزء المتبقي ناقضا، يمكن للمالك أن يطلب نزع العقار كله، وهذا ما نصت عليه المادة 01/26 من قانون 11/91 التي ورد بها: "إذا كان نزع الملكية لا يعني إلا جزء من العقار يمكن للمالك أن يطلب الاستيلاء على الجزء الباقي غير المستعمل"[3].

---

(1) - Article 300/1, loi n° 2000-1208 du 13 décembre, journal officiel du 14 décembre 2000 relation d'aménagement foncier.

(2) - Guillaume Basile, questions de droit publique concours administatif de categorie a ellipsés,1996,p05

(3)- المادة 26 من القانون 11/91 المشار إليه سابقا.

يقع إجراء نزع الملكية أيضا على الحقوق العقارية، والتي يقصد بها حق الملكية ومجموع الحقوق المتجزئة عنه، من حق الانتفاع وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحقوق الارتفاق، كما يتصل نزع الملكية بالحقوق العينية التبعية[1].

أما بالنسبة للتشريع المصري فإن نزع الملكية للمنفعة العامة لا يرد إلا على العقارات التي يملكها الأفراد أو الشركات أو الهيئات الخاصة، وبذلك فلا يمكن نزع ملكية المنقولات لأغراض المنفعة العامة، وبالنسبة للأموال العامة فإنه يصار تغيير أوجه تخصيصها من جهة إدارية إلى جهة إدارية أخرى، دون أن يكون هناك نزع للملكية، كما أن نزع الملكية يرد على العقارات بطبيعتها أو على العقارات بالتخصيص. [2]

يرد الاستملاك في التشريع الأردني على العقار بأكمله أو على جزء منه، حيث أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، كاستملاك جزء من الأرض أو طابق أو عدة طوابق من عمارة معينة، وتعرض قانون الاستملاك الأردني رقم 12 لسنة 1987 إلى الحقوق العينية الأصلية، فأورده على حق الانتفاع لمدة محدودة مع بقاء الرقبة للمالك الأصلي، أما فيما يتعلق بحقوق الارتفاق التي يمكن أن تكون موضوع نزع الملكية فهي لا تتم إلا مع نزع العقار، وبالتالي فإن نزع ملكية العقارات يتبعه حتما نزع حق الارتفاق، ولا يزول هذا الحق من على العقار المنزوع، إلا إذا كان استعماله يتعارض مع الغرض الذي نزعت من أجله الملكية[3].

في حين نجد أن المشرع اللبناني فصل في مسألة محل نزع الملكية من خلال نص المادة الأولى من قانون الاستملاك اللبناني، والتي جاء فيها: "تستملك العقارات أو أقسامها وتنشأ عليها حقوق ارتفاق لمصلحة الإدارة، كما يجوز أن يستملك ما لمالك العقار من

---

(1)- وهي الحقوق التي تتمثل في مجموع التأمينات العينية، كحق الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وحق الامتياز وحق التخصيص، وكونها تمثل ضمانات لديون المالك فإنها تدخل ضمن الحقوق العقارية التي ينصب عليها نزع الملكية، والدولة لا تعوض عن هذه الحقوق، وإنما على أصحاب هذه الحقوق السعي لاستيفاء ديونهم من التعويض الذي يتسلمه المالك جراء نزع الملكية.

(2)- أنور طلبة، **نزع الملكية**، مرجع سابق، ص 46.

(3)- فيصل شنطاوي وآخرون، مرجع سابق، ص 93.

حقوق في الفضاء الذي يعلوه، وفي الباطن الذي هو تحت سطحه، كما تستملك الحقوق العينية العقارية، كل ذلك لأجل المنفعة العامة".

وضمن نفس المادة حدد المشرع اللبناني المقصود بالعقار المنزوع ملكيته، والحالات التي يكون فيها بحسب الموقع والمالك: "يقصد بكلمة عقار في هذا القانون الوحدة العقارية أو مجموعة من الوحدات العقارية المحاذية التي يملكها شخص واحد، أو يملكها عدة أشخاص، حصة لكل منهم تختلف من عقار إلى آخر، أما إذا كان الفاصل طريقا عاما أو سكة حديدية أو نهرا أو مجرى ماء شتوي أو ممرا خاصا لعدة عقارات يملكها أشخاص عديدون، فلا تعتبر مجموعة الوحدات العقارية عقارا واحدا، ويعتبر الزوج والزوجة والأولاد بحكم الشخص الواحد، إذا تملك أحدهم من الآخر العقار المصاب بالاستملاك خلال السنة التي سبقت صدور مرسوم إعلان المنفعة العامة". [(1)]

يتبين من خلال تحديد موقف المشرع اللبناني بخصوص مسألة محل نزع الملكية والمتضرر منها أنه فصل في هذا الجانب أكثر مما فعلته التشريعات السابقة، وهذا يسهم في نظرنا في تقليل منازعات نزع الملكية وسرعة الفصل فيها.

أجاز المشرع الفرنسي نزع ملكية الحقوق العينية العقارية، فأقر أنه يمكن نزع ملكية حق الارتفاق دون حاجة إلى نزع ملكية العقار الخادم، كما تستطيع الإدارة إجبار المنزوع ملكيته إلى عدم إنشاء أو إقامة بنايات بقصد الانتفاع بالأرض[(2)].

المطلب الثاني

إجراءات ومنازعات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة

تباشر الإدارة جملة من الإجراءات المتتالية والمنظمة قانونا، ضمن مسار عملية نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة، والتي تتصل أساسا بعامل الوقت والهدف والمصلحة المرجوة، وكذا ما تم رصده من تعويض عن هذا النزع ولما كان من العسير أن تمر هذه الإجراءات بشكل طبيعي دوما، وجهت التشريعات محل الدراسة المنازعات المترتبة إلى الجهات المختصة للفصل فيها.

---

(1)- المادة الأولى من قانون الاستملاك اللبناني رقم 91/58 المشار إليه سابقا.

(2)-Andre delaubadere et Yves gaudmer, **Traite de droit administratif**, tome 2 **administratif des biens**, 11eme edition, LGDJ delta, 2002, p258.

سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد هذه الإجراءات والمنازعات من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

إجراءات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنعة العامة

تتم عملية نزع الملكية وفق إجراءات شكلية محددة بنصوص قانونية تختلف من تشريع إلى آخر، وسنحاول إبرازها على النحو التالي:

أولا: الإجراءات العادية لنزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة:

بالرجوع إلى مختلف الأحكام المتعلقة بمسألة نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، نجد أن هناك جملة من الإجراءات الهادفة لنزع الملكية التي حددها قانون 11/90 في مادته الثالثة في خمسة مراحل:

- التصريح بالمنفعة العمومية.
- تحديد كامل للأملاك والحقوق العينية المزمع نزعها.
- تقسيم الأملاك والحقوق العينية المعنية بنزع الملكية.
- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك المعنية.
- قرار إداري بنزع الملكية.

كما يجب أن تتوفر الاعتمادات اللازمة للتعويض القبلي المنصف والعادل للأملاك والحقوق العينية المطلوب نزعها، تباشر الإدارة الإجراءات العادية لنزع الملكية العقارية الخاصة بناءا على ملف يعده المستفيد من الإجراء، ويشمل هذا الملف حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 186/93 ما يأتي: [1].

- تقريرا يسوغ اللجوء إلى إجراء نزع الملكية، ويبرز النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الاقتناء بالتراضي.
- تصريحا يوضح الهدف من العملية، وينبغي أن يهدف هذا التصريح إلى أداة التعمير، أو التهيئة العمرانية أو التخطيط المرتبط بذلك.
- مخططا للوضعية يحدد طبيعة الأشغال، ومدى أهميتها وموقعها.

---

(1)- المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 186/93 المشار إليه سابقا.

- تقريرا بيانيا للعملية وإطار التمويل.

اعتمادا على الترتيب المحدد في المادة الثالثة من القانون 11/91 نصت المادة 30 من القانون نفسه أنه: "يبلغ القرار الإداري بنزع الملكية إلى المنزوع منه وإلى المستفيد ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التحويل العقاري". [1]

ترتبط هذه الإجراءات العادية لنزع الملكية العقارية الخاصة وجوبا بنشر قرار نزع الملكية حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، أو في مدونة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية، ويعلق في مقر البلدية التي يقع فيها الملك المطلوب نزع ملكيته طوال شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، وفي كل الحالات يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية أمام القضاء الإداري في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، وريثما تفصل المحكمة المختصة في الطعن يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العامة، ويجب على المحكمة أن تفصل في الطعن في أجل شهرين من تاريخ الطعن ويعتبر الحكم القضائي النهائي حضوريا بالنسبة لكل شخص سواء كان طرفا في الخصام أم لا[2].

أما المشرع المصري فقد حدد إجراءات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة على وجه عام، وبينها في مرحلتين:

المرحلة الأولى هي حصر العقارات، بينما المرحلة الثانية تتمثل في إعداد كشوف الحصر وعرضها والاعتراض عليها.

ففي نص المادة 05 من قانون نزع الملكية المصري تم النص على أن يكون: "حصر العقارات والمنشآت التي تقرر نزعها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحليين، ومن الصراف".

وحسب القرار الجمهوري رقم 01 لسنة 2015 الذي تضمن تعديلا لبعض أحكام القانون رقم 10 لسنة 1990 المتعلق بنزع الملكية، وضمن المادة السابعة منه فقرة أولى: "تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه في المادة

---

(1)- المادة 30 من قانون 11/91 المشار إليه آنفا.

(2)- المادتين 11-13 من القانون نفسه.

السابقة كشوفا من واقع عملية الحصر والتمديد المنصوص عليها في المادة 05 من هذا القانون، تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم، والتعويضات التي قدرتها اللجنة، وتعرض هذه الكشوف مرفقا بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي لهذه اللجنة، وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة، وفي مقر الوحدة المحلية لمدة 15 بوما ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة الطالبة نزع الملكية بهذا الغرض، بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول". [1]

يتبين لنا أن التشريع المصري جعل الوزارات والمصالح والهيئات العامة هي من تتولى إرسال طلبات نزع الملكية إلى الهيئة العامة للمساحة، التي تتولى الإجراءات الإدارية بالنسبة لعملية نزع الملكية، وجاءت التعديلات التشريعية ضمن سياق تقليص مدد صدور قرارات نزع الملكية من قبل الجهات الحكومية وضمان سرعة تعويض أصحابها، والمضي في تحقيق الأهداف والمشاريع المنزوع الملكية على أساسها، وبذلك فإن الإجراءات العادية تمكن من إعداد كشوف الحصر والاعتراض على البيانات الواردة في هذه الكشوف، خاصة وأن المشرع المصري اشترط وجوب الإعلان عن المنفعة العامة في الجريدة الرسمية، وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، وبإعلان يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الأماكن المذكورة، ويخطر في الوقت ذاته المعنيين بالإخلاء. وحسب أخر تعديل لقانون نزع الملكية المصري (يناير 2015) فإن لذوي الشأن الحق في الطعن في القرار الذي بصدر بنزع الملكية أمام المحكمة الابتدائية، التي يقع في دائرتها العقار، ويرفع الطعن بالطرق المبينة في قانون المرافعات خلال 30 يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار[2].

أشار المشرع الأردني إلى إجراءات الاستملاك على غرار المشرع المصري على نحو عام، حيث قرر أن الإدارة تخضع في ممارستها للاستملاك إلى إجراءات دقيقة

---

(1)- القرار الجمهوري رقم 01 لسنة 2015 المتضمنة تعديل أحكام قانون نزع الملكية رقم 10 لسنة 1990،ج ر، ع 02 مكرر "أ"، في 11 يناير 2015، ص 03.

(2)- المرجع نفسه، ص 04.

ومحدودة، كون العملية تواكبها جملة من الضمانات القانونية، بهدف حماية المصلحة الخاصة للأفراد وكذا المصلحة العامة، وبناء على ذلك فإن الاستملاك يبدأ بالإعلان المبدئي وينتهي بقرار نزع الملكية ونقلها لذمة الإدارة، فبخصوص الإعلان المبدئي فإن هذا الإجراء يبدأ بنشر إعلان في صحيفتين يوميتين على الأقل، يعلن فيه المستملك عزمه التقدم إلى مجلس الوزراء بعد مرور 15 يوما من تاريخ هذا النشر، طالبا قرارا باستملاك العقار الموصوف بالإعلان، وأن المشروع الذي سيجري الاستملاك من أجله هو للنفع العام، ويضمن إعلانه بمعلومات عن العقار وموقعه ومساحته، وتحديد الجهة طالبة الاستملاك. [1]

يعتبر الإعلان المبدئي إجراءا تمهيديا لنزع الملكية، لا يحمل صفة القرار الإداري، لذا يجب على الجهة الإدارية المستملكة بعد نشر هذا الإعلان أن تتقدم بطلب إلى مجلس الوزراء مرفقة طلبها بمخطط العقار المطلوب استملاكه، وبكشف تقديري أولي لمجموع التعويض المفترض، وبما يثبت قدرتها المالية على دفع قيمة هذا التعويض خلال 06 أشهر من تاريخ انتهاء مدة الإعلان المبدئي وذلك وجوبا ليحدد قرار نزع الملكية من قبل السلطة المختصة في إصداره خلال 06 أشهر من تاريخ انتهاء مدة الإعلان المبدئي، وأوجب المشرع الأردني نشر قرار نزع الملكية في الجريدة الرسمية، فيعتبر نشره بينة على أن المشروع الذي يراد نزع الملكية العقارية الخاصة من أجله هو مشروع للنفع العام والنشر هنا هو بمثابة تبليغ فردي لأصحاب العلاقة.

أما في التشريع اللبناني، فإن الإجراءات المتبعة في نزع الملكية حددها قانون الاستملاك اللبناني رقم 85 لسنة 1991، وتتمثل في وضع العقار المطلوب نزعه للمنفعة العامة بمرسوم يصدر لهذا الغرض، ثم ينشر المرسوم ويعلق إعلان في مقر المحافظة أو المنطقة البدائية التي يقع العقار في دائرتها، ثم تشكل لجنة الاستملاك التي يقع عليها تقدير التعويض[2]، واستقر التشريع اللبناني على أن تقدير الملائمة الفنية للعمل الذي يقرر للمنفعة

---

(1)- المادة 04 من قانون الاستملاك الأردني رقم 12 لسنة 1987 ج ر، ع 3468 بتاريخ 1987/04/01 والمعدل بالقانون رقم 2014/36 ، ج ر، ع 4675 بتاريخ 2004/09/1.

(2)- أكد قانون الاستملاك اللبناني على ضرورة المباشرة في تنفيذ الاستملاك بعد استيفاء هذه الإجراءات، وإذا عمدت الإدارة إلى إجراء أعمال وهمية وتوقفت عند هذا الحد فلا يعتبر ذلك مباشرة في التنفيذ. مجلس شورى الدولة، قرار رقم 79 بتاريخ 1995/11/20، مجلة القضاء الإداري، 1997، ص 132.

العامة يعود للإدارة المستملكة وحدها، فالإدارة هي التي تقوم بالأشغال وتختار موقعها وفقا للمعطيات الفنية والإدارية والمالية، ولها أن تحدد مدى التوسع أو المساحة اللازمة للاستملاك، وكذا مدى توفر الفائدة من المشروع الذي سيتم الاستملاك من أجله، وبخصوص الإعلان الرسمي عن مرسوم الاستملاك، فيتم بواسطة النشر في الجريدة الرسمية فيما يتعلق بالاستملاك العادي، وفي جريدتين محليتين في الاستملاك ، بما يعني إحاطة الجميع علما بوجود الاستملاك وبمداه، وكذا التبليغ الشخصي للمالكين وأصحاب الحقوق في العقارات المستملكة. **(1)**

قسم التشريع الفرنسي عملية نزع الملكية إلى مرحلتين:

مرحلة إدارية وتتمثل في إجراءين أولا قرار يصدر بتقرير المنفعة العام، يتبعه تحقيق إداري للتثبت والتحري من دواعي المنفعة العامة، وثانيا قرار المحافظ بتحديد وحصر العقارات اللازم نزعها وقرار التنازل والذي يسبقه تحقيق جزئي.

مرحلة قضائية يلزم لنقل الملكية صدور قرار من القاضي بنزع الملكية، بعد أن يتأكد من صحة الإجراءات، وينص القانون الفرنسي على إعلام الجمهور بفتح التحقيق بشأن المنفعة العامة عن طريق النشر وفي مرحلتين، المرحلة الأولى تكون بـ 08 أيام على الأقل قبل بداية التحقيق، والمرحلة الثانية تتم خلال 08 أيام التي تلي فتح التحقيق، ويتم النشر في جريدتين جهويتين أو محلتين توزعان في المناطق المعنية بالتحقيق، في حين إذا كانت العملية المزمع إنجازها ذات أهمية وطنية فإن التحقيق ينشر كذلك في الجرائد الموزعة على المستوى الوطني مدة 08 أيام على الأقل قبل بداية التحقيق، بالإضافة إلى ذلك فتح التحقيق يتم تعليقه في البلديات المعنية بعملية النزع، وهذا حتى يصل إلى علم كافة الجمهور **(2)**.

واعتبر المشرع الفرنسي أن المدة الأدنى المحددة للتحقيق، والمتاحة للجنة المشكلة لهذا الغرض لا تقل عن 15 يوما قابلة للتجديد، وإذا تعلق الأمر بالمشاريع التي يمكن أن تضر

(1) – رلى صفير، مرجع سابق، ص 224.

(2) - Philippe goldfrin**, Droit administratif des biens domaine, travaux, expropriation**, 5eme edition, Armand colin, paris, 1997, p360.

بالبيئة، فإن مدة التحقيق المسبق لابد ألا تقل عن شهر [1]، وبعد انتهاء هذه المدة يتم غلق السجل لتلقي ملاحظات الأشخاص المعنيين بالعملية، ويحول مرفوقا بكل الوثائق المرفقة به إلى المحافظ المحقق و لجنة التحقيق ليعقب ذلك التصريح بالمنفعة العامة من الجهات المشار إليها سابقا، ويتم إعلان ذلك بموجب مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية إذا كان صادرا بموجب قرار وزاري أو قرار وزاري مشترك،أما إذا كان صادر بموجب قرار من المحافظ فإنه ينشر في جريدة محلية[2].

يتبين لنا من خلال عرض منظور كل تشريع بشأن الإجراءات العادية لنزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة، أن التشريعات المدروسة اهتمت بتحديد تلك الإجراءات ووفرت الضمانات القانونية لسيرها، وعدم الإضرار بالمنزوع ملكياتهم، وكذا احترام الآجال القانونية في التنفيذ، ومن ثمة إعلام المعنيين ثم تعويضهم فيما بعد.

ثانيا: الإجراءات غير العادية لنزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة:

يمكن أن نصف هذه الإجراءات في مسار نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة على التوالي:

01 – الإجراءات الهادفة للإسراع بالعملية:

أشار المشرع الجزائري إلى الإجراءات التي تحمل صفة الاستعجالية في التعامل مع عملية نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة، بما في ذلك الإجراءات الاستعجالية التي تتضمن حالة الضرورة القصوى، حيث نص الأمر 48/76 المتعلق بنزع الملكية في مادته 49 على تلك الحالة فورد النص على أنه: "إذا اقتضت الضرورة القصوى التنفيذ الفوري لأشغال تهم الدفاع الوطني بعد التصريح بالمنفعة العمومية، جاز التصريح باستلام حيازة الممتلكات بموجب قرار من وزير الدفاع الوطني، فيتخذ الوالي القرارات الضرورية خلال 24 ساعة من استلام قرار وزير الدفاع الوطني، ويجوز عندئذ لأعوان الإدارة الدخول

(1)- Mokhtaria kadi-hanifi **," Le régime juridique de l'enquête d'utilite publique en matière d'expropriation"**, revue Idara, n°29, 2005, p83.

(2)- Dominique Musso, **le régime juridique de l'expropriation**, 4eme édition, jablas et clé, paris, 1984, p 49.

للملكيات الخاصة لتطبيق الإجراءات المنصوص عليها في القانون بالنسبة للأضرار المسببة للملكيات الخاصة من جراء تنفيذ الأشغال العمومية". [1]

بالرجوع إلى القانون 11/91 نجد أنه تطرق للضرورة القصوى في الحالة الاستعجالية ضمن المادة 28 التي تنص على أنه: "للسلطة الإدارية المخولة أن تطلب عند الضرورة من الجهة القضائية المختصة الإشهاد باستلام الأموال، ويصدر القرار القضائي حينئذ إجراءا استعجاليا".

يتبين لنا من نص المادة 28 أنه يتحدث عن الإشهاد، في حين يتحدث النص الفرنسي للمادة نفسها عن الترخيص بالدخول في الحيازة للأموال، وهو الأقرب إلى الصواب، حيث أن دور القاضي الإداري ليس مجرد الإشهاد للإدارة بالحيازة، أو وضع يدها على الأموال المشروعة للمنفعة العامة، بل هو الذي يرخص لها بذلك، كونه يتمتع بسلطة تقديرية لفحص مدى وجود حالة الضرورة من عدمه، فالقاضي يبقى مؤهلا لإصدار قرار بعد التحقق من مقتضيات الضرورة، وبإمكانه أن يرفض ترخيص الإدارة إلى وضع اليد الفوري، حتى يفصل في النزاع، إن وجهت له دعوى من طرف المالك المعني بمسألة تحديد مبلغ التعويض[2]، وبتفحصنا القانون رقم 07/85 المؤرخ في 06 أوت 1985 المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها بالتوزيع العمومي للغاز، يتبين لنا أن المشرع الجزائري تطرق أيضا إلى الضرورة القصوى والحالة الاستعجالية من خلال المادة 26 التي نصت على أنه: "يمكن اللجوء استثنائيا إلى الإجراء الاستعجالي في حالة الضرورة القصوى التي يقتضيها الإنجاز العاجل للمنشآت، ولا يمكن أن يتعلق الإجراء الاستعجالي ببعض المشاريع التي تم إثبات استعجالها بموجب البيان التصريحي بالمنفعة العامة، أو بالموافقة أو الترخيص التقنيين، إما من الوزراء المعنيين بصفة قانونية وإما من الوالي، ومع مراعاة الحفاظ على حقوق الغير يترتب على الإجراء الاستعجالي الإسراع في تنفيذ الإجراءات مع

(1)- المادة 49 من الأمر 48/76 الصادر في 25 ماي 1976، المتضمن قواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية، ج ر، ع44، بتاريخ 1976/06/01، ص 698.

(2)- سي محمد الحيان،"**دور قاضي الأمور المستعجلة الإداري في حماية الملكية العقارية الخاصة**"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 05، 2013، ص 102.

تقليص آجال إجراءات التحقيقات اللازمة، وفي هذا الإطار يمكن للوالي أن يطالب ويأمر بإجراء مختلف التحقيقات المتعلقة بنفس المشروع في آن واحد وضمن نفس الأجل". [1]

يتبين لنا أن هذا الإجراء استثنائي يتطلب توفر شرط جوهري، يتمثل في ضرورة الإسراع في إنجاز منشآت إستراتيجية.

ويمكن القول بهذا الإجراء المحدد في المادة أعلاه أن السلطة الإدارية المختصة تتمتع بسلطة تقديرية، ولكنها لا تمنع القاضي من أن يتحقق من الوقائع ويقوم بتكييفها، كما أنه لا يكون مقبولا إلا إذا تم بالفعل الترخيص بالمنفعة العمومية.

لم يغفل المشرع المصري الجانب الاستعجالي وحالة الضرورة في نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة، وشدد على أن هذا الإجراء يمكن أن تتم مباشرته في حالة الكوارث والحوادث الكبرى والأحوال الطارئة وأعمال الوقاية والترميم، وهذا ما جاءت به المادة 15 من قانون نزع الملكية المصري التي نصت على أنه :"للوزير المختص بناءا على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها، ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبي الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها، دون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى". [2]

يتبين من هذا النص أن انتفاء حالة الضرورة في عملية نزع الملكية العقارية الخاصة، من قبيل درء خطر داهم أو أعمال وقاية، يجعل إجراء نزع الملكية بحجة الضرورة والصفة الاستعجالية مفتقدا لمبرره القانوني.

تطرق المشرع الأردني على نحو عابر لمسألة الاستعجال والضرورة في نزع الملكية العقارية الخاصة، ضمن المادة 21 فقرة "أ" من قانون الاستملاك الأردني المعدل رقم 2004/36 والتي جاء فيها أنه: "إذا اقتنع مجلس الوزراء بناءا على طلب المستملك أن

(1)- المادة 26 من القانون 07/85 المؤرخ في6 أوت 1985- المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية والتوزيع العمومي للغاز، ج ر، ع 33، السنة 22. ص02.

(2)- المادة 15 من قانون نزع الملكية المصري 10 لسنة 1990، مشار إليه سابقا.

هناك أسباب تدعو لأن يضع المستملك يده على العقار في الحال، فيصدر المجلس مع قرار الاستملاك أو بعده قرارا بحيازة العقار فورا، دون التقيد بإجراءات الاستملاك المنصوص عليها في هذا القانون، باستثناء الإجراءات المنصوص عليها في المادة 04 من هذا القانون ويكون هذا القرار نهائيا"[1].

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الأردني لم يضع ضوابط واضحة لحالة الضرورة والاستعجال، وإنما ربطها بإرادة مجلس الوزراء، مما يصعب تبرير عملية الاستملاك بعيدا عن المصالح الشخصية أو الحزبية، كما أن الجمع بين مراعاة نص المادة 04 من القانون التي تقضي بنشر إعلان تقرير المنفعة العامة ضمن إطار زمني يمتد لـ 15 يوما من جهة، وكون قرار الاستملاك نهائي يلغي الفائدة من هذا النشر، ويمنع الاعتراض على الاستملاك، وهو ما يمكن تصنيفه حسب رأينا ضمن سياق الانحراف بالقرار الإداري.

أما بالنسبة للمشرع اللبناني فقد تطرق لحالة الضرورة القصوى والاستعجال في تبرير الاستملاك ضمن نص المادة 58 مكرر التي أعطت الحق لمجلس الوزراء في اعتماد الاستملاك المستعجل على غرار ما تم العمل به في .قطاع الكهرباء والأشغال العامة، إذ اتجهت الحكومات اللبنانية المتعاقبة لتوظيف الاستملاك تحت طائلة الضرورة بصدد السعي لإغلاق الاختناقات، وتخفيف الخسائر التقنية للنقل وتأمين التحكم في شبكة الكهرباء، فجاء القرار رقم 2012/40 بتاريخ 2012/01/25 من طرف مجلس الوزراء اللبناني بالمصادقة على نزع ملكية الشقق والعقارات في منطقة المنصورية، وتكليف قوى الأمن الداخلي مواكبة تنفيذ الأشغال والاستعانة بالجيش عند الحاجة، وبررت الحكومة ذلك بمقتضيات الصحة العامة وخطورة مد خطوط التوتر العالي هوائيا في التجمعات السكانية، وعدم القدرة على استبدالها بكابلات مطمورة تحت الأرض بتقنيات حديثة وآمنة، وبناءا على هذا القرار تم المباشرة في استملاك 85 عقارا وكنيسة واحدة بالرغم من اعتراض الأهالي. [2]

(1)- المادة 17 من قانون الاستملاك الأردني 2004/36 المشار إليه سابقا.

(2)- مجلس الوزراء اللبناني، جلسة 25 كانون الثاني (جانفي) 2015، لمتابعة تطبيق برنامج معدل لأشغال كهربائية الصادر بتاريخ 2011/10/13،ج ر، ع 47 .

بالمقارنة مع المشرع الجزائري نجد أن كلا التشريعين ربطا من بين نزع الملكية للمنفعة العامة والصفة الاستعجالية في قطاع الكهرباء، على نحو يوفر الموارد ويحافظ على السلامة العمومية.

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه أفرد مجالا للاهتمام بالإجراءات الهادفة للإسراع في عملية نزع الملكية للمنفعة العامة باعتبارها مسلكا للإجراءات غير العادية، تتعامل مع حالات خاصة وتكتسي الصفة الاستعجالية والتنفيذ الفوري، وضمن الفصل الثاني من قانون نزع الملكية الفرنسي وتحت مسمى الإجراء الاستعجالي " procédure d'urgence" ، ففي الحالات الطارئة التي تعلنها السلطة الإدارية يجوز لقاضي نزع الملكية الترخيص للإدارة بالحيازة على الأموال، ووضع اليد على الأموال المشروعة للمنفعة العامة، باعتباره يتمتع بسلطة تقديرية في تقدير تواجد حالة الضرورة من عدمه، وجاء في النص الفرنسي ما يلي:

" En cas d'urgence constatée par l'autorité administrative, le juge peut soit fixer le montant des indemnités comme il est dit a l'art L 321-3 soit s'il ne s'estime pas suffisamment éclaire, fixer le montant d' indemnités provisionnelles et autoriser l'expropriant a prendre possession moyennant le paiement ou, en cas d'obstacle au paiement, la consignation des indemnités fixes." **(1)**

يبين من هذا النص أن المشرع الفرنسي أدخل في دائرة الاهتمام الحالات الطارئة التي تقتضي الإسراع في إجراءات إتمام عملية نزع الملكية، وتحصيل التعويض عن الاستيلاء الكامل أو المؤقت.

(1)-Article L. 232--1 Ordonnance no 2014-1345 du 6 novembre 2014 relative à la partie législative du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. JORF ,n° 261,du 11/11/2014.

02 – الإجراءات الخاصة في نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة:

تتمثل الإجراءات الخاصة في الحوادث الفرعية التي تظهر خلال الإجراءات العارضة، مثل طلب نزع الملكية التام وطلب استرجاع الأملاك، كما تظهر في الإجراءات المتخصصة مثل العمليات ذات الطابع السري.

أ – الإجراءات العارضة:

تهدف هذه الإجراءات إلى إعادة حقوق الملاك مثل طلب نزع الملكية التام، حيث ورد في المادة 22 من قانون 11/91 أنه: "إذا كان نزع الملكية لا يعني إلا جزء من العقار يمكن المالك أن يطلب الاستيلاء على الجزء الباقي غير المستعمل، ويجب في كل الحالات أن يغطي التعويض نقصان القيمة الذي يلحق الأملاك والحقوق غير المنزوعة من جراء نزع الملكية"[(1)].

تتضمن هذه المادة فقرتين، بالنسبة للفقرة الأولى تتعلق بالنزع التام للملكية، أما الفقرة الثاني فتتعلق بتعويض النقصان في قيمة الأملاك المنجزة عن نزع الملكية، وعليه يمكن للمالك المعني أن يختار بن أمرين، بين طلب نزع الملكية التام، أو بالتعويض عن نقصان القيمة، وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير ذلك، وللوقوف على هذا النص وأبعاده وإجراءات تطبيقه، يتعين علينا الاستعانة بالنص القديم أي الأمر 48/76، حيث نصت المادة 23 منه على حالتين:

• إذا كان نزع الملكية لا يتناول إلا جزءا من عقار مبني، وكان الجزء الباقي غير قابل للانتفاع في أوضاع عادية على الإطلاق، جاز لمن نزعت ملكيته أن يطلب نزع ملكيته التام خلال 15 يوما من تبليغ قرار التصريح بالمنفعة العامة.

• يمكن أيضا طلب نزع الملكية التام بالنسبة لكامل القطعة الأرضية العارية التي تنقص على إثر التجزئة إلى ربع مساحتها الكاملة، فيما إذا كان المالك يملك أي قطعة أرض ملاصقة لها، وإذا كانت القطعة المنقصة على هذا الشكل أقل من 10 آرات. [(2)]

(1)- المادة 22 من قانون نزع الملكية الجزائري رقم 11/91 المشار إليه سابقا.

(2)- المادة 23 من الامر 48/76 الصادر في 25 ماي 1976 المتضمن قواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، مشار إليه سابقا.

نلاحظ أن هذا الأمر كان أكثر دقة وتفصيلا من نص المادة 22 من قانون 11/91، بحيث نجده ميز بين العقار المبني والعقار العاري، وحتى نسبة الجزء الباقي من القطعة المنزوعة، وبالتالي وضع مؤشرات مرجعية للقاضي تتعلق بتحديد حجم الضرر، بالنسبة لكون العقار مبنيا أو عاريا.

ضمن نفس المنوال نص المشرع المصري على أن: "تشترى العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها بأكملها إذا كان الجزء الباقي منها يتعذر الانتفاع به، بناءا على طلب يقدمه ذو الشأن خلال المدة المنصوص عليها في المادة 09 من هذا القانون وإلا سقط حقهم في ذلك".[1]

إذا فإنه وبالرغم من عدم امتداد المشروع الذي نزعت الملكية من أجله إلى الجزء الباقي، فإنه إذا أثبت المالك أن هذا الجزء يتعذر الانتفاع به، فحينئذ تلتزم الجهة المستملكة شراء العقار بأكمله، تجنيبا للمتضرر من نزع الملكية من خسائر، تضاف إلى الجزء الذي تم نزعه، والذي ينال عنه تعويضا دون الجزء المتبقي دون نفع.[2]

يمكن أن نسجل هنا أن المشرع المصري انتبه إلى ضرورة توضيح ميعاد شراء الجزء المتبقي والمحدد بـ (04) أربعة أشهر حسب المادة 09 من القانون 10 لسنة 1990 على خلاف المشرع الجزائري الذي أغفل ذكر المدة.

عالج المشرع الأردني هو الآخر مسألة تبقي جزء من العقار المنزوع غير قابل للانتفاع به، في أنه: "إذا كان الجزء المتبقي من العقار بعد الاستملاك غير صالح للإعمار، أو غير صالح للانتفاع به فيعتبر هذا الجزء مشمولا بقرار الاستملاك إذا طلب المستملك ذلك، أو طلب مالكه التعويض عنه، ويدفع تعويضه على هذا الأساس، على أنه يشترط في ذلك ألا يكون لمالك العقار عقار آخر يمكن ضم الجزء المتبقي إليه".[3]

نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني أشار إلى نقطة مهمة والمتعلقة بإتاحة الحرية في تملك الجزء الباقي من العقار، سواء بطلب المستملك أو المالك الأصلي، دون أن

---

(1)- المادة 21 من القانون 10 لسنة 1990، مشار إليه سابقا.

(2)- أنور طلبة، **نزع الملكية للمنفعة العامة**، مرجع سابق، ص 81.

(3)- المادة 16 من قانون الاستملاك الأردني ، مشار إليه سابقا.

ترد صيغة الإجبار بذلك، كما أنه وضع شرطا أمام إتمام ذلك وهو ألا تكون هناك إمكانية لضم الجزء المتبقي لعقار آخر وتحقيق الانتفاع به.

أورد المشرع اللبناني بدوره مسألة الجزء المتبقي من الاستملاك ضمن المادة 27 من قانون الاستملاك اللبناني التي نصت على أن: "المباني التي تقرر استملاك جزء منها تؤخذ بكاملها، إذا كان الجزء الباقي غير صالح لاستثماره وفقا للغاية المعد لها، على أن يطلب الاستملاك الكامل جميع مالكي العقار أو القسم المفرز من العقار، بموجب استدعاء أو أكثر يقدم إلى لجنة الاستملاك البدائية تحت طائلة سقوط الحق بعد مرور سنة من تاريخ القرار النهائي، وتتبع الطريقة عينها فيما يختص بكل قطعة أرض لا يبقى منها أثر التجزئة سوى مساحة غير صالحة للانتفاع بها، وفقا لما كانت معدة لها أصلا، شرط ألا يكون لصاحبها قطعة أرض ملاصقة يمكن ضمها إليه"[1].

يتضح لنا أنه ضمن نفس مسعى التشريعات السابقة في عدم تفويت الكسب على المنزوع ملكيته فيما يخص الجزء المتبقي من العقار غير قابل للانتفاع به، فإن المشرع اللبناني أكد أحقية المتضرر في إلزام الجهة المستملكة لضم الجزء المتبقي وتعويضه عنه سواءا كان مبنيا أو أرضا، وذلك من خلال ميعاد سنة من تاريخ القرار النهائي، شرط أن لا تكون لصاحب العقار أرض ملاصقة يضم إليها الجزء المتبقي، وهو نفس المنحى الذي سار عليه المشرع الأردني.

تطرق المشرع الفرنسي لعدم القابلية للانتفاع بالجزء الباقي من العقار الذي تم نزع ملكيته للمنفعة العامة، وحدد ذلك بمعيار الأوضاع العادية، أو الانتفاع العادي، وأورد المشرع الفرنسي شروط بيع الباقي من العقار المبني في:

- أن تكون البناية واحدة غير قابلة للقسمة ويكون الاستعمال والتخصيص فها غير قابلين للفصل والتجزئة.
- أن يكون هناك مساس بالجزء الباقي قابلا للتقييم بطريقة موضوعية.
- أن يتعذر أو يستحيل الاستعمال العادي للجزء الباقي.

(1)- المادة 27 من قانون الاستملاك اللبناني المشار إليه سابقا.

وجاء النص لعملية بيع الجزء المتبقي من العقار المنزوع ملكيته، مطابقا حرفيا للفقرة الثانية من المادة 23 من الأمر 48/76الجزائري المشار إليه سابقا.

حيث نصت المادة 19 من قانون نزع الملكية الفرنسي على ما يلي:

"Lorsque l'expropriation ne porte que sur une portion d'immeuble bâti et si la partie restante n'est plus utilisable dans les conditions normales, l'exproprié peut demander au juge l'emprise totale.

Il en est de même pour toute parcelle de terrain nu qui, par suite du morcellement, se trouve réduit au quart de la contenance totale, si toutefois le propriétaire ne possède aucun terrain immédiatement contigu et si la parcelle ainsi réduite est inférieure à 10 ares.[(1)] "

ب – الإجراءات المتخصصة:

نصت المادة 12 من قانون 11/91 على أنه: "يمكن الإعلان عن المنفعة العمومية بدون إجراء تحقيق مسبق فيما يخص العمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني، وذلك حسب كيفيات تحدد بطرق تنظيمية، ولا يخضع القرار في هذه الحالة للنشر، شريطة أن يبلغ لكل من يحتمل نزع ملكيته"[(2)].

نستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري استثنى العمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني، وهو الاستثناء الذي يعفي الإدارة من التصريح بالمنفعة العامة والتحقيق المسبق، وحسب رأينا ذلك راجع لمراعاة المصلحة العليا للبلاد، وما على وزارة الدفاع سوى إثبات الطابع السري للعملية.

أما المشرع المصري فإنه لم يشر ضمن قانون نزع الملكية إلى الإجراءات المتخصصة في نزع الملكية والمتصلة بالسرية وضرورات الدفاع والأمن الوطني، غير أنه أشار إليها في المادة الثانية فقرة "أ من القانون رقم 143 لسنة 1981 والتي جاء فيها: "يصدر وزير

(1) -Art13-10 code du expropriation français, op cit.

(2) - المادة 12 من قانون 11/91 المشار إليه آنفا.

الدفاع قرارا بتحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأرض الصحراوية التي لا يجوز تملكها".

فيما أشارت الفقرة "د" من المادة نفسها إلى أنه: "لمجلس الوزراء بناء على طلب وزير الدفاع نزع ملكية الأرض الصحراوية والعقارات المقامة عليها أو الاستيلاء عليها استيلاءا مؤقتا إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة، وأمنها القومي الخارجي أو الداخلي أو المحافظة على الآثار"[1].

وقامت الحكومة المصرية في 29 أكتوبر 2014 بنزع ملكية الأفراد المقيمين على الشريط الحدودي مع قطاع غزة لإقامة منطقة عازلة، تم فيها إخلاء السكان والاستيلاء على ملكياتهم تحت مبرر الأمن القومي المصري، في القرار رقم 1957 لسنة 2014 المتضمن تكوين منطقة عازلة بطول 13 كيلومتر وبعمق 500 متر.[2]

يتبين لنا أن ضرورات الأمن القومي هي دواعي لاستصدار مثل هذه القرارات، حتى وإن لم نجد سندا لها في قانون نزع الملكية.

بالانتقال إلى موقف المشرع الأردني نجد أن قانون الاستملاك الأردني جاء خاليا من الإشارة الصريحة إلى الإجراءات المتخصصة في نزع الملكية، غير أنه تمت المباشرة في عدد من أعمال نزع الملكية بغرض الدفاع والأمن القومي الأردني، بالاستناد إلى المادة 04 والمادة 17 من قانون الاستملاك الأردني، واللتان تتعلقان بضرورة التقدم إلى مجلس الوزراء بطلب الاستملاك الذي له أن يعطي الموافقة إذا اقتنع بأسباب الطلب، ونجد الإشارة الصريحة إلى نزع الملكية في هذا الإطار ضمن قانون الدفاع رقم 13 لسنة 1992 في المادة 04 فقرة "ز" التي تنص على أنه: " لرئيس الوزراء ممارسة الصلاحيات التالية: ... الاستيلاء على أي أرض أو بناء أو طريق أو مصدر من مصادر المياه والطاقة، وأن ينشئ عليها أعمالا تتعلق بالدفاع، وأن يزيل أي أشجار أو منشآت عليها وأن يأمر بإدارتها

---

(1) - المادة الثانية من القانون رقم 143 لسنة 1981 المتعلق بالأراضي الصحراوية، بتاريخ 1981/08/30، ج ر، ع35 مكرر بتاريخ 1981/08/31، ص12.

(2)- قرار رئيس مجلس الوزراء المفوض، رقم 1957 لسنة 2014 ، بتاريخ 2014/10/29، المتضمن المنطقة العازلة المقترحة بمدينة رفح على الاتجاه الاستراتيجي الشمالي الشرقي بمحافظة سيناء والموضح معالمها وحدودها بالخريطة والإحداثيات المرفقة، ج ر ، ع 43 مكرر(د)، بتاريخ 2014/10/29، ص 02.

واستغلالها أو تنظيم استعمالها.ز – إخلاء بعض المناطق أو عزلها وفرض منع التجول فيها"[1].

بالاعتماد على نص هذه المادة نجد أن احتمالات نزع الملكة العقارية الخاصة ضمن الإجراءات المتخصصة هي أكثر ورودا في حالات الطوارئ وتهديدات الأمن القومي.

ورد في التشريع اللبناني إشارة إلى الإجراءات المتخصصة في قانون الاستملاك اللبناني، والتي ترتبط بعنوان الاستملاك لمصلحة الدفاع الوطني، حيث جاء في المادة 44 من القانون المشار إليه ما يلي: " تطبق قواعد الاستملاك العادية على الاستملاكات المقررة لمصلحة الدفاع الوطني ما لم تقرر السلطة المختصة أن الضرورة العسكرية تقتضي السرية والسرعة فتطبق عندئذ الأحكام الآتية:

01 - يجوز ألا تذكر في مرسوم إعلان المنفعة العامة العقارات المنوي استملاكها بل تعين بموجب خرائط سرية تودع في وزارة الدفاع الوطني.

02 – يمكن وضع اليد على هذه العقارات فورا بقرار من وزير الدفاع الوطني قبل تحديد التعويضات المتوجبة". [2]

يتضح لنا أنه على خلاف التشريعين المصري والأردني اللذين تكلما عن هذه النقطة في قوانين أخرى كما رأينا، غير قانون نزع الملكية والاستملاك، فإن المشرع اللبناني سار على منوال التشريع الجزائري في التحديد المباشر لإجراءات الاستملاك لمصلحة الدفاع الوطني.

ساهم قدم قانون نزع الملكية الفرنسي في إيلاء الاهتمام بالأمن والدفاع الوطني، وضرورة توظيف عمليات نزع الملكية في هذا الاتجاه ما أكسبها طابع السرية والسرعة، وجعل الإجراءات الإدارية تقوم على أساس الطلب المقدم من الوزارات المعنية في وضع اليد على العقار أو الأرض دون الحاجة إلى النشر وتحديد المبررات الحقيقية، وإنما الاكتفاء بمخاطبة الجهات المعنية، وهذا ما نصت عليه المادة 122 من قانون نزع الملكية الفرنسي ضمن الفصل الرابع المعنون بالعمليات السرية المهمة للدفاع الوطني، والتي تقر أنه بالرغم

(1) - المادة 04 من قانون الدفاع الأردني رقم 13 لسنة 1992، ج ر رقم 3815، بتاريخ 1992/03/25.

(2) - المادة 44 من قانون الاستملاك اللبناني المشار إليه سابقا.

من ضوابط قانون نزع الملكية فإنه لابد من مراعاة ضرورات الدفاع الوطني، وأن رئاسة الوزراء ودون تحقيق مسبق تدرس الطلب المقدم إليها من وزارة الدفاع، في إعلان عقارات ما منزوعة للمنفعة العامة لفائدة وزارة الدفاع، وجاء في النص الفرنسي للمادة 4/122 ما يأتي:

" Par dérogation aux principes du présent code l'utilité publique des opération secrètes intéressant la défense nationale peut, en égard aux impératifs de la défense nationale, être régulièrement déclarée sans enquête préalable, sur l'avis conforme d'une commission ."[1]

بالمقارنة مع التشريع الجزائري نجد أن هناك تطابقا مع النص الفرنسي خصوصا ما تعلق بالتخلي عن مرحلة التحقيق المسبق، كإجراء يتم اعتماده في الإعلان عن المنفعة العامة كمبرر لنزع الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الثاني

منازعات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة

تطرح عملية نزع الملكية العقارية الخاصة جملة من الالتزامات والأعباء التي تقع على عاتق الطرف النازع للملكية، وكذا المستحقات المتوجبة للطرف المتضرر، وسواء تمت المباشرة في إجراءات الاستملاك أو العدول عنها، فإن ذلك يفتح المجال لنشوء منازعتين أساسيتين هما: منازعة الاسترجاع ومنازعة التعويض.

أولا: منازعة الاسترجاع:

ورد في التشريع الجزائري أنه: "إذا لم يتم الانطلاق الفعلي في الأشغال المزمع إنجازها في الآجال المحددة في العقد أو القرارات التي ترخص بالعمليات المعنية، يمكن أن تسترجع ملكية العقار بناء على طلب النزوع منه أو أصحاب الحقوق".[2]

---

(1)-Décret N°2014-1635 du 26 Décembre, relatif a la partie réglementaire du code l'expropriation pour cause de l'utilité publique, JORF, n° 300, du 28 décembre 2014, p 22598.

(2) - المادة 32 من القانون 11/91، المتعلق بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مشار إليه سابقا.

اعتمادا على هذا النص يتبين أنه يجوز قانونا تقديم طلب استرجاع الأملاك في حالة عدم الانطلاق الفعلي للأشغال في المهلة المحددة في قرار التصريح بالمنفعة العامة، ويتعين على القاضي تقدير مدى فعالية انطلاق الأشغال، وفي حالة عدم الانطلاق الجدي في الأشغال، فعلى القاضي أن يصرح وجوبا بإرجاع الأملاك إلى أصحابها[1].

لم ينص المشرع الجزائري على إجراءات الاسترجاع، ولم يحدد أي شكل لتقديم طلب الاستعادة، كما لم يحصر حق المطالبة باسترجاع الملكية في أجل أو ميعاد قانوني محدد، لكن انطلاقا من المادة 10 من القانون 11/91 فإن الآجال تبقى مفتوحة ابتداءا من أول يوم يلي انتهاء المهلة القصوى المحددة لإنجاز نزع الملكية، والتي لا تفوق أربع (04) سنوات، مع جواز تجديدها مرة واحدة للمدة نفسها، في حالة اتساع العملية واكتسابها صبغة وطنية[2].

ومن هذا الإطار فإن الإدارة المتصرفة في الأملاك المنزوعة، إذا لم تنفذ المشروع الذي نزعت الملكية من أجله، تقوم بتبليغ المالكين أو ذوي الحقوق بقرارها بإعادة بيع الأملاك المنزوعة، وتطلب منهم الإفصاح عن رغبتهم في ممارسة حق الاستعادة أو التنازل عنه، واستعادة الأملاك المنزوعة يتم بتوجيه طلب إلى الإدارة نازعة الملكية، وفي حالة الرد السلبي أو عدم الرد، يتم اللجوء للقضاء الإداري طبقا للآجال المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة تقادم الدعوى بمرور 15 سنة[3].

حسب التشريع المصري فإن صاحب العقار يظل محتفظا بملكيته، ويكون له الحق في استردادها، إلا أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار، أو استحال رده إليه، أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض، غير أن المشرع المصري لم يشر على غرار المشرع الجزائري إلى مسألة عدم الانطلاق الفعلي للأشغال كمبرر لاسترداد صاحب العقار لملكيته، وإنما

---

(1) - أحمد رحماني، **نزع الملكية من أجل المنفعة العامة**، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد الرابع، العدد الثاني، 1994، ص 08.

(2)- المادة 10 من قانون 11/91 المشار إليه سابقا.

(3)- نصت المادة 48 من الأمر 48/76 أن الاسترجاع يمكن أن يتم هلال مدة 15 سنة، بالتالي لا يعتد بالدعوى بعد هذا الأجل.

ربط الاسترداد بحالة السقوط الفعلي لقرار التصريح بالمنفعة العامة، وجعله مقترنا بجانب الإجراءات، حيث نصت المادة 12 من قانون نزع الملكية المصري على أنه: "إذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري الخاص بنزع الملكية خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة في الجريدة الرسمية، عد القرار كأن لم يكن بالنسبة للعقارات التي لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها[1].

هذا يعني أن الأملاك المنزوعة لا تؤول إلى ذمة الإدارة النازعة وإنما تعود لأصحابها لقاء ترتيبات قضائية محددة ترتبط بحالة الحصول على التعويض من عدمها.

أكد المشرع الأردني بدوره على إمكانية استرداد المتضرر من نزع الملكية لملكيته وهذا ما نصت عليه المادة 20 فقرة "أ" من قانون الاستملاك الأردني المعدل التي جاء فيها أنه يحق لمالك العقار المستملك من غير الحكومة أو إحدى المؤسسات الرسمية العامة التابعة لها أو البلدية استعادته، بناء على دعوى يقيمها لدى المحكمة المختصة إذا لم يباشر المستملك العمل في المشروع الذي استملك العقار من أجله خلال ثلاث (03)سنوات من تاريخ تسجيل العقار باسمه، شريطة أن تكون الأسباب التي أبداها المستملك لعدم مباشرة العمل في المشروع غير كافية أو معقولة، أو كان في مقدور المستملك التغلب عليها."

وجاء في الفقرة (ب) من المادة نفسها أنه: "إذا قررت المحكمة إعادة العقار المستملك إلى مالكه الأصلي بمقتضى أحكام الفقرة "أ" من هذه المادة فتلزمه بناء على طلب المستملك برد التعويض الذي قبضه عن العقار، كما تزم المستملك بناء على طلب المالك بأن يدفع التعويض الذي تقدره عن الضرر الذي لحق بالمالك من جراء الاستملاك وبالمصاريف التي تكبدها بسببه، وبأجر المثل عن العقار عن المدة التي بقي فيها تحت تصرف المستملك أو في حوزته"[2].

بالاطلاع على أحكام الفقرتين من المادة أعلاه نجد أن استرداد المتضرر لملكه المنزوع يستند أساسا في تبريره وإحقاقه إلى نفس الطرح الذي اعتمده المشرع الجزائري

(1)- المادة 12 من قانون نزع الملكية المصري لسنة 1990 المشار إليه سابقا.

(2)- المادة 20 من قانون الاستملاك الأردني، المشار إليه سابقا.

في عدم مباشرة الجهة النازعة للملكية في الأشغال المزمع القيام بها في ظرف 03 سنوات، مع إلزام صاحب العقار الأصلي بإرجاع التعويض الذي قبضه عن العقار.

أعطى المشرع اللبناني الحق في الاسترداد بالنسبة للمتضرر من العملية، حيث أن الغاية من الاستملاك هي تنفيذ عمل أو مشروع تحقيقا للمنفعة العامة، فإذا لم ينفذ هذا العمل يكون الاستملاك فاقدا لسبب وجوده ويصبح من حق مالك العقار المستملك أن يطالب باستعادة ملكه، كما أن انقضاء مهلة تنفيذ مرسوم الاستملاك يؤدي إلى فقدان الأساس القانوني الذي بني عليه المرسوم، وتجعله ملغيا بزوال المنفعة العامة، ويشكل بالتالي عدولا ضمنيا عن الاستملاك، وحددت المادة الثالثة من قانون الاستملاك اللبناني رقم 91/58 المعدل أن المدة القصوى التي يجب خلالها المباشرة بمعاملات الاستملاك لا تتجاوز عشر (10) سنوات من تاريخ نشر المرسوم في الجريدة الرسمية.

وجاء نص المادة 33 من هذا القانون أنه: "..إذا قررت الإدارة العدول عن المشروع فيحق لمالك العقار أو لخلفائه العموميين أن يطلبوا استرداده خلال مهلة سنة من تاريخ إبلاغهم العدول بالطريقة الإدارية إذا انقضت عشر(10) سنوات من تاريخ قرار وضع اليد، ولم تباشر الإدارة تنفيذ المشروع الذي جرى الاستملاك من أجله جزئيا أو كليا، أو لم تقرر الإدارة تخصيصه كمشروع آخر أعلن من المنافع العامة، أو قررت هذا التخصيص ولم تباشر تنفيذه ضمن مهلة عشر(10) سنوات، اعتبر ذلك عدولا أو حق لمالك العقار أو لخلفه العموميين أن يطلبوا استرداده خلال مهلة عشر(10) سنوات على أن يقدموا طلبا خطيا بذلك إلى الإدارة المستملكة". [1]

وفيما يخص المستحقات المترتبة على تحقيق هذا الاسترداد، فإنه يتم الرجوع إلى ما تم دفعه عند استملاك العقار المتضرر وورد ضمن نفس المادة المذكورة أعلاه أنه: "يجب على طالب الاسترداد تحت طائلة سقوط حقه أن يدفع نقدا للإدارة المستملكة بتاريخ تقديم طلب الاسترداد كامل تعويض الاستملاك المدفوع له على أن يسدد للإدارة المستملكة الفرق في حال وجوده بين ثمن الاسترداد، وإذا كان العار مملوكا الشيوع لعدة مالكين حق لكل منهم استرداد الحصة الشائعة التي كان يملكها.

(1) - المادة 33 من قانون الاستملاك اللبناني المشار إليه آنفا.

وإذا انقضت مدة السنة المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة ولم يتقدم المالك بطلب الاسترداد حسب الأصول حق للإدارة أن تقيد العقار ملكا خاصا لها، أما إذا كانت الإدارة المستملكة عمدت إلى تنفيذ المشروع الذي جرى من أجله الاستملاك، فإنه يحق لها بعد انقضاء خمس (05) سنوات على إنجاز المشروع أن تستعمل العقار المستملك في غرض آخر وفقا لما تراه مناسبا". [1]

نلاحظ من خلال فحوى هذه المادة أن المشرع اللبناني كان أكثر تفصيلا وتوسعا في مسألة حق استرداد المتضرر لملكيته المنزوعة، وكذا أكثر تضمنا للاحتمالات الممكنة بشأن هذا الاسترداد، خصوصا وأنه أشار إلى انتقال هذا الحق إلى خلفاء المالك.

أجاز المشرع الفرنسي للمالك الأساسي للعقار المستملك ممارسة حقه باسترداده، إذا ما قررت الإدارة التنازل بأي شكل من الأشكال عن هذا العقار وهذا ما ورد في نص المادة 6/12 من قانون نزع الملكية الفرنسي التي جاء نصها كما يلي:

" expropriant qui décide d'aliéner un ou plusieurs immeubles susceptibles de donner lieu droit de rétrocession informe de sa décision les anciens propriétaires ou leurs ayants droit a titre universel et les invite a opter l'exercice immédiat de leur droit rétrocession et la renonciation a ce droit .[2] "

وجعل المشرع الفرنسي رفع الدعوى خلال ثلاثين (30) سنة من نزع الملكية، وهي ضعف المدة التي اقترحتها التشريعات السالفة، وأعطى الاختصاص فيما يخص دعوى الاسترجاع للقضاء العادي، غير أنه يعود لاختصاص القاضي الإداري فيما يخص مسألة تقدير مطابقة استعمال الأملاك المنزوعة بالنظر إلى قرار التصريح بنزع الملكية، وكذلك الوجود المحتمل لتحويل أو الانحراف بالإجراءات الناتجة عن تصريح جديد بالمنفعة العامة، اتخذ لهدف واحد وهو وضع العراقيل أمام دعوى الاسترجاع . [3]

---

(1)- المادة 33 من قانون الاستملاك اللبناني المشار إليه آنفا.

(2)-L'art 12/6 du code expropriation français, op cit, p 8.

(3)- جمال دبيرة، **الإجراءات الجديدة للانتزاع من أجل المصلحة العمومية**، مجلة القضاء والتشريع، اكتوبر، 2004، ص 63.

وإذا ثار النزاع حول ثمن إعادة البيع فإن الجهة القضائية المختصة للبت في الموضوع ليست مقيدة بثمن محدد وحق الاستعادة هو تنازل عادي، ويعتمد بحسب القضاء الفرنسي في تقدير الثمن على معيار الموازنة بين العرض الذي تقدم به طالب الاستعادة والتعويض الذي تلقاه عند نزع الملكية، إما إذا ثار النزاع حول استكمال أو عدم استكمال إجراءات الاستعادة، فإن القضاء المدني هو المختص، وبالتالي فإن هذا النزع يتفرع إلى فرعين، منازعة إدارية يعتبرها القضاء الفرنسي مسألة أولية، ويفصل فيها القضاء الإداري، ومنازعة مدنية حول تقدير الثمن تطرح على القضاء المدني[1].

ثانيا: منازعة التعويض عن نزع الملكية العقارية الخاصة:

يترتب عن التوجه إلى نزع الملكية العقارية الخاصة سواء بالإعلان أو التنفيذ إدراج عنصر التعويض عن الملك المنزوع كأساس لهذا الإجراء، ويقتضي التعويض بالإضافة إلى وجوب عدالته وكونه يستحق مسبقا، أن يدرج في الاعتبار عددا من الالتزامات، وكذا القدرة على مراعاة قاعدة ما فات المتضرر من كسب وما لحقه من ضرر[2].

جاء في التشريع الجزائري أنه وبعد إعداد الوالي قرار التنازل على أساس تقرير التقويم المعد من قبل إدارة أملاك الدولة، يبلغ هذا القرار إلى المخاطب بنزع الملكية مع إيداع مبلغ التعويض لدى الخزينة العمومية، مما يوجب على المنزوع ملكيته أن يبدي رأيه بشأن مبلغ التعويض المقترح في أجل 15 يوما، وفي حالة عدم قبوله لمبلغ التعويض له أن ينازع القرار المتضمن هذا المبلغ، الذي يؤسس غالبا على أن الإدارة لم تراع قواعد العدل والإنصاف في تحديد التعويض[3].

ولما كان من الممكن أن ينشأ تماطل الإدارة في دفع مبلغ التعويض مع وضع اليد الفعلي، فإن ذلك يشكل انتهاكا لمبدأ التعويض القبلي في عملية نزع الملكية، خاصة وأن

---

(1)- Dominique Mosso, op cit, p07.

(2)- حمدي باشا عمر، **حماية الملكية العقارية الخاصة**، ص 114.

(3)- إدريس بوزاد، **دور القاضي الإداري في إرساء مبدأ العدل في التعويض عن نزع الملكية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد 01، 2011، ص 151.

الغاية من دفع التعويضات في أوانها، تمكين الأشخاص المنزوعة ملكيتهم بتوظيف واستغلال أموالهم في أوقاتها، وبالقيمة الفعلية للملك المنزوع[1].

وفي أحدث الترتيبات القانونية بشان التعويض عن نزع الملكية والمنازعات التي تقع حوله أقرت المادة 37 من قانون المالية لسنة 2014 على أنه: " لا يتم الاستحواذ على ملكية الأموال المنزوعة، إلا بعد تحديد مبلغ التعويض المناسب للضرر، والموافق للقيمة الحقيقية للأملاك المعنية بما فيها مساحة الارتفاق، ووفق السعر الحقيقي للسوق يوم نزع الملكية وإيداعه لدى الحزينة العمومية لصالح الأشخاص الذي انتزعت منهم الملكية".[2]

تناول المشرع المصري التعويض عن نزع الملكية في إجراءاته ومنازعاته التي قد تنشأ بصدده من خلال المادة 06 من القانون 10 لسنة 1990 التي جاء بها أنه: "يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تتشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، ويقدر التعويض طبقا للأسعار السائدة وقت صدور قرار مزع الملكية وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقدر، خلال مدة لا تتجاوز شهر من تاريخ صدور القرار في خزينة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية، ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا"[3].

وضمن مجال الطعن حول التعويض المقدم لقاء نزع الملكية نصت المادة 13 من القانون نفسه على أنه: "لا يحول الطعن في تقدير التعويض دون حصول ذوي الشأن من الجهة طالبة نزع الملكية على المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة، كما لا يحول استئنافهم الأحكام الصادرة في هذه الطعون من المحكمة الابتدائية دون حصولهم من تلك الجهة على التعويضات المقضي بها ابتدائيا."[4]

---

(1)- عمار معاشو، **إشكالات التقاضي في النزع العقاري أمام القضاء الإداري**، مجلة مجلس الدولة، العدد 08- 2006، ص 156.

(2)- المادة 37 من القانون رقم 08/13، المؤرخ في 2013/12/30، المتضمن قانون المالية لسن 2014، ج ر، ع 68، 2013.

(3)- المادة 06 من القانون 10 لسنة 1990 المشار إليه سابقا.

(4)- المادة 13 من القانون نفسه.

ومن أجل منع حالة التحايل في الحصول على التعويضات حرم القانون المصري المتضرر من التعويضات الإضافية، إذا ثبت لدى القاضي أنها من أجل تحسينات بغرض الحصول على تعويض يفوق المبلغ المطلوب، وهذا ما جاء في نص المادة 22 من القانون نفسه حينما نصت على أنه: "لا يدخل في تقدير التعويض المستحق على نزع ملكية المباني أو الغرائس أو عقود الإيجار أو غيرها، إذا ثبت أنها أجريت بغرض الحصول على تعويض يزيد عن المستحق وذلك دون المساس بحق ذوي الشأن في إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة، بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه."[1]

بالنسبة للمشرع الأردني حدد الإجراءات التي يتوجب على الجهة المستملكة إتباعها للاستملاك وفي مقدمتها إجراءات التعويض، فإذا ارتضى مالك العقار المستملك التعويض المقدم له توقف الأمر عند هذا الحد، وإلا كان له أن يلجأ إلى القضاء العادي مطالبا بالتعويض العادل[2]، وهو ما جاء في نص المادة 10 من قانون الاستملاك الأردني التي نصت على أنه "إذا لم يتفق المستملك والمالك على مقدار التعويض لأي سبب كان، فيجوز لأي منهما أن يقدم طلبا إلى المحكمة لتعيين هذا المقدار".

فيما حثت الفقرة "ب" من المادة ذاتها الأسس التي يتوجب مراعاتها في تقدير التعويض سواء ما تعلق بثمن العقار أو استعماله أو ارتفاقاته. [3]

وعلى غرار المشرع المصري قرر المشرع الأردني رفض التعويض عن أي تحسينات أو إضافات بعد الإعلان عن قرار المنفعة العامة بالنسبة للعقار المستملك، كما لا يؤخذ في الاعتبار ثمن العقارات المجاورة ودون أن يدخل في تقدير ثمنه ارتفاع أو نقص قيمة العقار، وفي سياق التعويض عن الاستملاك أشار المشرع الأردني إلى ما يسمى بالربع المجاني في المادة 11 من قانون الاستملاك:" إذا كان الاستملاك للطرق ولإنشاء مشروع الإسكان يقتطع مجانا ما لا يزيد عن ربع مساحة الأرض ولا يجوز استملاك أي جزء آخر بدون تعويض"، وإذا لم تقدم الجهة النازعة التعويض المترتب عليها، فإنه يحق

---

(1)- المادة 22 من قانون لسنة 1990 المشار إليه سابقا.

(2)- محمد وليد العبادي، أحمد عبد الكريم أبو شنب، **الرقابة القضائية على الاستملاك في القانون الأردني**، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد 2، 2008، ص 251.

(3)- المادة 10/ف.أ.ب من قانون الاستملاك الأردني، المشار إليه سابقا.

للمتضرر التقدم إلى القضاء الذي يصدر قراراه بإلزام تلك الجهة بدفع التعويض والخسائر المترتبة عن ذلك التأخر، مثلما حدث لقضية الحجز على أموال أمانة عمان الكبرى المنقولة وغير المنقولة تبعا، لرفض الأمانة التعويض غن نزع ملكية عقارات تعود لشركة طلال أبو غزالة في 13 مارس 2008 ، وأتبع هذا الحجز بضرورة دفع الجهة النازعة الفائدة القانونية بواقع 09% منذ تاريخ 2012/06/27 وحتى السداد التام. (1)

توكل مهمة التعويض في قانون الاستملاك اللبناني إلى لجان الاستملاك البدائية والاستئنائية، حيث تضع لجنة الاستملاك البدائية يدها على القضية، عندما تقرر الإدارة المباشرة بتنفيذ الاستملاك، وتصدر قرارا معللا تفصل فيه عناصر التعويض الذي تقدره، ولكل من الإدارة المستملكة وأصحاب العقارات استئناف قرار اللجنة البدائية أمام اللجنة الاستئنافية في مهلة ثلاثين (30) يوما من تبلغ القرار.

تبلغ وتؤخذ بعين الاعتبار في تحديد التعويض جميع عناصر التقدير ومنها الموقع والمساحة والشكل وموضوع الاستثمار، وخسارة الزبائن والربح الفائت وفرق البدل ومدة التعطيل عن العمل، فيما يخص المحلات والمؤسسات التجارية والصناعية والمهن الحرة(2).

وجاء في المادة 22 من قانون الاستملاك اللبناني المعدل أنه: "تحدد قيمة تعويضات الاستملاك عن جميع عناصر الضرر الناتج مباشرة عن هذا الاستملاك، وفقا للأسعار الرائجة بتاريخ صدور قرار اللجنة البدائية، ... لا يعتد عند تخمين العقار المستملك بالتحسين الذي نشأ بعد صدور المرسوم بإعلان المنفعة العامة، أو عند تنفيذ المشروع الجاري الاستملاك لأجله"(3).

وفي هذا الاتجاه فإن المشرع اللبناني يتوافق فيما ذهب إليه مع المشرع المصري والأردني في عدم احتساب قيمة التحسين ضمن قيمة المبلغ المستحق، وأشار المشرع اللبناني من جهة أخرى إلى مسألة الربع المجاني عند استملاك العقارات، لكنه قيد

(1)- القضية التنفيذية رقم 2012/14315، محكمة التمييز الأردنية، بتاريخ 2012/10/15، مجلة رسالتنا،ع 09، نوفمبر 2012، ص 19.

(2)- رلى صفير، مرجع سابق، ص 250.

(3)- المادة 22 من قانون الاستملاك اللبناني المشار إليه سابقا.

إجراءاته، حيث ورد في المادة 03/37 من قانون الاستملاك اللبناني المعدل أنه : " لا يجوز تملك الربع دون تعويض في العقارات المقابلة للأوتوستردات المقفلة أو الجسور والمصابة بالتخطيط، ولا يجوز تملك الربع دون تعويض إلا مرة واحدة مهما تكررت التخطيطات ..." [1].

أشار المشرع الفرنسي إلى مسألة التعويض العيني في نزع الملكية عند تجديد الأحياء الحضرية، بمنح المتضررين محلات معادلة، وأن تكون في نفس المنطقة الحضرية[2]، كما نظم المشرع الفرنسي حالات الإيداع للتعويض ودفعه بالمرسوم رقم 146/61 المؤرخ في 13 فيفري 1963[3] ونظمه تنظيما دقيقا وهو المرسوم الذي لا ند له في التشريعات السالفة، حيث آثار مسألة التأخير في دفع التعويض، حيث أنه وبعد فوات ثلاثة (03) أشهر على تبليغ القرار النهائي المحدد للتعويض، وإذا لم يسدد المبلغ أو يتم إيداعه تلتزم الإدارة بدفع فواد تأخيرية، بالإضافة إلى الفوائد التي كانت تنتجها الأملاك المنزوعة من إنتاج زراعيا كان، أو صناعيا أو أية منافع أخرى. [4]

(1)- المادة 37 من القانون نفسه.

(2) - Jean marie Aly, op.cit, p 134.

(3) -Décret n 61/164 du 13 février 1961 portant règlement publique relatif au paiement et la consignations pour cause d'utilité publique journal officie de la république français n° 1224 février 1961 ; p 1816

(4) -Jacques Ferbos, op.cit, p115.

الفصل الثاني

القيود الارتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة

يخول حق الملكية لصاحبه جميع السلطات المحتملة على الشيء، والتي تمكنه من الاستفادة الكاملة منه والحصول على منافع ومزايا الشيء محل الحق،غير أنه لم يعد حقا مطلقا كما أشرنا آنفا، بل غدا مقيدا بقيود عديدة، فكان طبيعيا أن تقيد هذه السلطات مخافة أن تنقلب بين يدي المالك إلى تحكم، لذا لم يعد ينظر لحق الملكية على أنه ميزة للمالك فحسب بل وظيفة اجتماعية[1]، ومن أهم مظاهر هذه الوظيفة الاجتماعية للملكية ما يسمى بالقيود الارتفاقية.

تتعدد وتتنوع نماذج وتطبيقات هذه القيود - باعتبارها قيد على الملكية العقارية الخاصة - من ارتفاق المرور، والمجرى، والشرب، والمسيل، من منطلق ذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص الأول منه لدراسة ارتفاق المرور، أما المبحث الثاني فنعالج فيه القيود الراجعة للانتفاع بالموارد المائية.

المبحث الأول

ارتفاق المرور كقيد على الملكية العقارية الخاصة

عرفنا آنفا أن حق الملكية يخول صاحبه سلطات تمكنه من أن يستأثر بالإفادة من الشيء المملوك دون غيره، غير أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، فهناك قيود كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء، بل وتبيح تدخل الغير في ملكه،ولاسيما عندما تكون هناك أرض حابسة لأرض عن الطريق العام، وأن هذا الانحباس يعوق الانتفاع بها واستغلالها الاستغلال الأمثل[2]، لذلك يعتبر ارتفاق المرور، أو القيد الخاص بالاتصال بالطريق العام، من أهم المحاور التي اعتنت التشريعات المقارنة بتنظيمها، فجعلت لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام، الحق في الحصول على ممر في الأرض المجاورة، للوصول إلى هذا الطريق.

---

(1) - نزية محمد الصادق المهدي، **حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنة بالقانون الوضعي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 206.

(2)- عبد الحميد عثمان محمد، مرجع سابق، ص94.

المطلب الأول

ارتفاق المرور وشروط إقراره

من منطلق ما سبق ارتأينا في هذا المطلب أن نحدد المقصود بالارتفاق أولا، وذلك باعتبار أن هذا المصطلح يمثل حيزا مهما في دراسة الملكية العقارية الخاصة وما ينشأ من إلتزامات ، وما يكفل من حقوق، قد يعتبرها المالك إضرارا به ، وحدا من حريته في استغلال ملكيته العقارية الخاصة، وسنحاول في هذا المطلب أيضا الانتقال إلى ارتفاق المرور، بتحديد مفهومه، وإبراز شروط قيامه، وهذا ما سنتناوله بالدراسة من خلال ما يلي:

الفرع الأول

حق الارتفاق وطبيعته القانونية

بالرجوع إلى قواميس ومعاجم اللغة العربية، نجد أن كلمة الارتفاق من فعل رَفَقَ وتأتي على عدة معان: رفق: الراء والفاء والقاف أصل واحد يدل على موافقة ومقاربة بلا عنف، فالرفق خلاف العنف، يقال رَفَقْتٌ أَرْفُقٌ، وهذا هو الأصل ثم يشتق منه كل شيء يدعو إلى راحة وموافقة. (1)

وجاء في قوله تعالى : " ويهيئ لكم من أمركم مرفقا "[2]، أي رفقا وصلاحا لكم من أمركم وقوله أيضا : " وحسنت مرتفقا "[3] أي حسنت منزلا ومجلسا ومجتمعا. (4)

في الحديث النبوي الشريف: " إن الله جلّ ثناؤه يحب الرفق في الأمر كله "، فالرفق ضد العنف والشدّة، ويُراد به اليسر في الأمور والسهولة في التوصل إليها ، وأصل الرفق في اللغة هو النفع ، ومنه القول :أرفق فلان فلاناً إذا مكّنه مما يرتفق به ، ورفيق الرجل : من ينتفع بصحبته ، ومرافق البيت : المواضع التي ينتفع بها، ويقال ارتفق الرجل ساهرا ، إذا بات على مرفقه لا ينام[5]، ويقال رفق بالرجل وأرفقه، وكذلك ترفق به، ويقال: أرفقته أي

---

(1)- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، **معجم مقاييس اللغة**، ، دار الجيل، بيروت، المجلد الثاني، د.س.ط، ص 418.

(2)- سورة الكهف، الآية 16.

(3)- سورة الكهف الآية 31.

(4)- ابن منظور، مرجع سابق، ص ص 1200،1201.

(5)- أبو الحسين احمد بن فارس بن زكرياء ، مرجع سابق، ص 419.

نفعته، والرّفَقٌ والمِرْفَقٌ والمَرْفِقٌ، والمَرْفَقٌ ما استعين به، وقد ترفق به، وارتفق، ومرافق الدار، وباب الماء ونحوها، والمِرْفَقٌ والمَرْفِقٌ موصل الذراع في العضوكذلك المِرْفَقٌ والمَرْفِقٌ من الأمر وهو ما ارتفقت وانتفعت به. (1)

من خلال ما سبق من عرض للأوجه اللغوية التي قد يرد عليها مصطلح الارتفاق، نجد أنه استعمل للدلالة على الاستعانة بالشيء والانتفاع به.

لقد ذهبت التشريعات المعتمدة من جانبنا في بلورتها لفكرة الارتفاق من منطلقات مختلفة تبعا لنظام الملكية العقارية الذي أقرته، ويمكن إبراز ذلك باستعراض تعرفاتها للارتفاق، فقد عرف المشرع الجزائري حق الارتفاق بقوله: " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال ". (2)

يستدل من التعريف أن الارتفاق يعتبر كحق قائم بذاته يخول لصاحبه الاستعمال والاستغلال للملكية، ويلاحظ أن المشرع الجزائري تجنب توسيع نطاق الارتفاق ليشمل القيود الواردة على حق الملكية، وذلك باستعماله مصطلح "الحق".

استعمل المشرع الجزائري مصطلح "الحد" بما يحمل على إقراره بفكرة القيد أو الجانب السلبي الذي يقع على الملكية لمقتضيات معينة، كما أنه لم يبين من خلال هذا التعريف طبيعة التقييد الذي يقع على العقار المرتفق به، وسلطات وامتيازات صاحب العقار المخدوم، بحيث يجعل استعماله واستغلاله منقوصا بحسب مقتضيات وطبيعة الاستغلال المخول لصاحب العقار الخادم،ويحمّله أعباء تخضع في مجملها إلى توجيهات وإرادة من رتب حق الارتفاق لصالحه. (3)

يمكن إبراز بعض الملاحظات حول هذا التعريف الذي أتى به المشرع الجزائري لحق الارتفاق كما يلي:

---

(1)- ابن منظور، مرجع سابق، ص 502.

(2)- المادة 867 القانون المدني الجزائري.

(3)- فريدة محمدي زواوي ، **المدخل للعلوم القانونية**: **نظرية الحق** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2002، ص45.

01 – أن صياغة تعريف حق الارتفاق غير دقيقة، لأن حق الارتفاق لا يجعل حدا لمنفعة عقار وإنما يحد من منفعة عقار لصالح عقار آخر.[1]

02 – نلاحظ أن المشرع الجزائري قرر جواز ترتيب حق الارتفاق على المال، لكنه أسقط وصفا هاما، وهو صفة بأنه "عـام" إذ أن الحكم خاص بأموال الدومين العام لا بـأي مـال " Un Domaine De L'Etat "، خصوصا أن فكرة المال العام قد تطورت كثيرا ولم تبقى بجمودهـا، حيـث قضـى بجـواز ترتيـب ارتفـاق عليهـا باعتبـاره لا يتعـارض مـع فكـرة تخصيصه.[2]

03 – ان نظام الارتفاق في الجزائر يرتكز في الحقيقة على توفير الوسائل القانونية الممكنة لاستغلال الملكيـة العقاريـة أحسن استغلال، تماشيا مـع السياسـة العقاريـة، وليس نقل مـواد قانونية بصفة مباشرة عن القانون الفرنسي، ناهيك على أن هذه القواعد جامدة إلـى حـد بعيد وتجاوزتها الأحداث والتطـورات الاقتصـادية، كمـا أن القضـاء يجد صـعوبة فـي تكييـف هذه المـواد، مـع مـا يطـرح عليـه مـن نزاعـات تتطلـب مرونـة كاملـة فـي تكييفهـا مـع المتطلبـات الاقتصادية والقانونية [3].

عرف المشرع المصري حق الارتفاق ضمن نـص المـادة 1015 القـانون المـدني المصـري بقوله: "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفـاق على مـال عـام إن كان لا يتعارض مع الاستعمــال الذي خصــص لـه هذا المال" . [4]

---

(1)- هذا ما ذهبت إليه الدكتورة محمدي زواوي فريدة، في أن النص العربي للمادة 867 من القانون المدني الجزائري خاطئ، وصحته الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر ، والنص الفرنسي الصحيح:

"Le servitude est un droit qui limite la jouissance d'un fonds "

مقابل النص الفرنسي استعمل كلمة تمتع " la jouissance"وهو مصطلح انسب بحيث أن الارتفاق يقلل من التمتع بكل مزايا الملكية خاصة الاستعمال والاستغلال.

(2)- منى مقلاتي، **النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري**، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، مصر، 2014، ص 29.

(3)-علي علي سليمان، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الأولى، 1985، ص45،46..

(4)- المادة 1015 القانون المدني المصري.

الملاحظ من خلال هذا التعريف، أنه إذا كان مدلول الارتفاق مفروضا على عقار، أو حد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر، فيجب تخصيص ذلك بما يصاحب هذا التعليق، أو الحد من صفة خاصة استثنائية ناجمة أصلا عن نشوء الارتفاق بفضل إرادة الإنسان، وهو يتبع التمييز بين حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق التي تفرض أعباء وتكاليفا خاصة استثنائية، بفضل الإنسان أو إرادته على عقار معين لمنفعة عقار آخر، والقيود القانونية التي وإن كانت تفرض هي الأخرى تكاليفا وأعباء على عقارات لمنفعة عقارات أخرى، إلا أنها مفروضة بنص القانون وتشكل الإطار العادي لحق الملكية. **(1)**

أما المشرع الأردني فقد اصطلح على حق الارتفاق بالحق المجرد وأورد له تعريف ضمن نص المادة 1271 على أنه:" الحق المجرد هو ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر" **(2)**.

ما يستشف من هذا التعريف أن الحق المجرد قيد مفروض على عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به لمنفعة عقار آخر يسمى العقار المخدوم أو المرتفق[3]، وعليه يستلزم الحق المجرد "الارتفاق" وجود عقارين مملوكين لشخصين، وأن يكون هناك عبء يثقل أحدهما لمصلحة الآخر.

فيما عرف المشرع اللبناني الارتفاق بأنه: " تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار جار في ملكية شخص غير مالك العقار ويقوم هذا التكليف إما بتخويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصريفية في العقار المفروض عليه التكليف، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه."**(4)**

من خلال هذا التعريف يلاحظ بأنه تبدو العلاقة بين العقارين في القانون اللبناني، بأن يكون التكليف على عقار لصالح عقار آخر، ويتحقق ذلك عن طريق تحويل بعض الحقوق

(1)- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، **الحقوق العينية الأصلية**، الدار الجامعية، بيروت، 2004، ص157.

(2)- المادة 1015 القانون المدني الأردني.

(3)- علي الهادي العبيدي، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2008، ص 223.

(4)- المادة 56 من قانون الملكية العقارية اللبناني .

والامتيازات لصالح صاحب العقار المرتفق، يستطيع بمقتضاها استغلال عقاره أحسن استغلال.

بهذا فإن هذا التعريف يختلف كثيرا عن ما ورد في التشريع المصري، لأن التشريع اللبناني بيّن طبيعة الأعباء المفروضة على العقار المرتفق به، واستعمل مصطلح التكليف وهو في نظرنا أدق من مصطلح الحق، لأنه يتجه بذلك لحماية الطرف الضعيف في العلاقة وهو صاحب العقار الخادم.

عرّف المشرع الفرنسي حق الارتفاق ضمن المادة 637 من القانون المدني الفرنسي باعتباره تكليفا، أو عبئا يفرض على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر [1]، وجاء في النص الفرنسي:

"Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire" .[2]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه عرف الارتفاق بكونه تكليفا أو عبئا يفرض على عقار، فهذا التعريف يصدق في حقيقة الأمر على الارتفاق الذي يكون مفروضا على المالك، أي كقيد قانوني ولا يصدق على الارتفاق كحق عيني قد يكتسب بالاتفاق.

إن قواعد الارتفاق الواردة في المجموعة المدنية الفرنسية، لها حجتها في ذلك خاصة التاريخية، منها ما له صلة بنظام الإقطاع الذي قضت عليه الثورة الفرنسية، حيث كان الارتفاق وسيلة من وسائل النظام الإقطاعي، الذي ارتكز أصلا على أنظمة موروثة عن القانون الروماني كدفع إتاوة مقابل استغلال الارتفاق، ولذلك حاول الثوار الفرنسيون من خلال القانون المدني الفرنسي اعتباره مجرد تكليف على العقار، يقع بصفة استثنائية لمصلحة عقار آخر لا لمصلحة شخص، وهو ما تشدد فيه واضعو هذه المجموعة.

يتضح لنا من خلال التعاريف السابقة أن للارتفاق عناصر ثلاثة أساسية وتتمثل في:

01- العقار المرتفق (Fonds Dominant): وهو العقار الذي تقرر لفائدة حق الارتفاق.

(1) -Brigitte Hess-fallon, Anne-Marie Simon,**droit civil** , édition dalloz, 2001, p155.

(2) - L'art 637, code civil français.

02- العقار المرتفق به (Fonds Servant) : وهو العقار الذي تقرر عليه حق الارتفاق فحد من منفعته لفائدة العقار المرتفق.

03- أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة تحد من منفعة العقار الأول، فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق، لهذا سمي الأول بالعقار الخادم ويسمى الثاني بالعقار المخدوم [1].

ومن هذا وتوسيعا لسياق موضوعنا، نحاول دراسة وتحديد الطبيعة القانونية للارتفاق ودراسة المسائل القانونية التي يثيرها ، وأهم ما يمكن أن تثيره مسألة البحث عن الطبيعة القانونية للارتفاق هو إلى أي مدى يمكن إعطاء التكييف القانوني له، وذلك بأن نواجه اتجاهين أساسيين، فالأول قد يؤدي بنا إلى الوقوف عند الوصف الأولى له باعتباره حقا عينيا واردا على الملكية، والثاني قد يصب في امتداد الارتفاق واسعا في آثاره القانونية بحيث يرقى إلى درجة القيد على الملكية.

لذا نجد أن المشرع الجزائري نظمه في موضعين، الأول في القسم الثالث المعنون بالقيود التي تلحق حق الملكية، كما نص عليه في الفصل الثاني المعنون بحق الارتفاق.

ولتحليل هذين الاتجاهين سنحاول التعرض لفكرة الارتفاق كحق عيني عقاري ومرجعيته ، كما نتطرق للشق الأكثر تدقيقا لتكريس الارتفاق من زاوية الأثر السلبي على الملكية.

أولا: الارتفاق حق عيني عقاري

يتأسس تحليل هذا الاتجاه على التمييز بين الحقوق العينية التي تقسم إلى أصلية وتبعية والحقوق الشخصية، فالحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، بحيث لا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، وهي تشمل حق المكية وهو أوسع الحقوق العينية نطاقا لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء محل الحق كالاستعمال والاستغلال والتصرف، وتشمل الحقوق المتفرعة عن الملكية، وهي تخول صاحبها سلطة محدودة على شيء مملوك للغير [2].

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني للحقوق العينية الأصلية**،(أسباب كسب حق الملكية)، منشأة المعارف، الإسكندرية،الجزء السابع، 2004، ص ص1260 ، 1262.

(2)- محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون والحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2006، ص103.

وتشمل هذه الحقوق، حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق الحكر، حقوق الارتفاق، لذلك فالحق العيني يمثل تسلطا من صاحبه على محل،ه فيتمتع بهذا الحق ويمارس سلطاته عليه مباشرة دون تدخل من أحد ، ولذلك يعد الحق العيني مطلقا [1]، وذلك بخلاف الحق الشخصي، فمحل هذا الحق عمل من الأعمال، ومضمونه سلطة صاحب هذا الحق على المطالبة بأداء هذا العمل، ولا تتحقق غاية الحق الشخصي إلا بتدخل شخص آخر، فهو بذلك حق نسبي خلافا للحق العيني[2].

وبهذا فإن الارتفاق لا يمكن أن يخرج عن كونه حقا عينيا، وبالتالي يدخل ضمن الحقوق المتفرعة من حق الملكية عندما يكون ضرورة لازمة لعقار لا يتم الانتفاع به، إلا بواسطة عقار آخر مملوك لشخص آخر كدار محجوبة عن النور، أو المرور إلا من جهة دار أخرى لمالك آخر، والواقع قانونا أننا نجد العقار على حالات ثلاث:

أولا: عقار مستقل بعناصر ملكيته متفرع من كل قيد أو حق ينقص من الانتفاع به انتفاعا تاما.

ثانيا: عقار يوجد في طبيعته ووضعه معتمدا على عقار آخر لا يتم الانتفاع به إلا بواسطة ذلك العقار، وبهذا يحل الارتفاق بصورة لازمة استغلال عقار على حساب عقار آخر تقرر عليه ارتفاق معين.

ثالثا : عقار معرض بسبب حالة قانونية أو بسبب مصلحة خاصة أو عامة لأن يطرأ عليه قيد يحد من الانتفاع به أو ينقصه[3].

لذلك فإن الارتفاق يتخذ صورة الحالة الثانية من كون أن العقار المخدوم لا يمكن أن تكتمل المنفعة الاقتصادية منه، إلا باستعمال جزء منه في صورة استعمال حق عيني للإفادة منه دون وساطة آخر، فالحق العيني هنا يخلق رابطة مباشرة بين العقار وصاحب الحق عليه، ويبقى ذلك التسلط وتلك الرابطة قائمة حتى إذا خرج الشيء عن حيازة صاحبه، فيحق له

(1) - Christian larroumet, **Droit civil**, tome 1, 03° éd , 1998, p 307.

(2)- زهدي يكن، **شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية**، بيروت، مطبعة سيما، الطبعة الثالثة، ب. س. ط، ص 197.

(3)- حامد مصطفى، **الملكية العقارية، الحقوق العيينة الأصلية**، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الأولى، القسم الثاني، 1964، ص 342.

مباشرة هذا التسلط على الشيء تحت أي يد يكون وهذا ما يعبر عنه بحق التتبع الذي يمتاز به صاحب الحق العيني[1]، لذلك فالارتفاق يمتاز بصفة العينية التي تجيز للمالك التمتع بمزايا الملكية، إذ يعطي سلطة مباشرة لصاحب العقار المرتفق به، سواء كانت هذه السلطة إيجابية تخوله مباشرة أعمال مادية على العقار المرتفق به كارتفاق المرور أو كانت مجرد سلطة سلبية تقتصر على حرمان مالك العقار المرتفق به من ممارسة بعض سلطاته كمالك مثل ارتفاق عدم البناء وعدم التعليه. [2]

ثانيا: الارتفاق قيد على الملكية العقارية

من الواضح أنه لا يمكن الاكتفاء والوقوف عند النظرة السطحية والأولية التي اختلفت التشريعات المقارنة في إبدائها، على اختلاف وتنوع أهداف الارتفاقات التي أضحت تمثل واقعا وسياسة تهدف إلى ضبط الملكية دون الرجوع إلى التركيبة التقليدية لهذه الارتفاقات، بل يجب البحث عن الغاية والهدف من وراء إقرار هذا الحق، وجملة الآثار التي تلحق بقيمة العقار المرتفق به، ومن سلطات المالك سواء بني الارتفاق في هذه الحالة على الاتفاق بين إرادتي كل من صاحب العقار الخادم وصاحب العقار المخدوم، أو بسبب السياسة التشريعية ذاتها تجاه الملكية العقارية، ونقصد بذلك جملة القيود "الارتفاقات " المقررة بنص القانون والتي بموجبها تستدعي أوضاعا وحالات معينة، يراعيها المشرع لترتيب قيد الارتفاق على الملكية العقارية، بالإضافة إلى جملة الأعباء والالتزامات الشخصية والعينية التي تفرض على صاحب العقار المرتفق به أو على العقار ذاته، لذلك نجد أن الارتفاق تتحدد طبيعته القانونية من خلال الأثر السلبي في كونه يخرج عن النطاق الطبيعي المعهود للملكية، وهي أن تؤدي وتذر على صاحبها كل المنافع المرجوة منها دون قيد، خصوصا إذا كان هذا القيد مصدره قانوني، بحيث تزداد المصلحة العامة اتساعا على حساب المصلحة الخاصة. [3]

لذلك فإن نظام الارتفاقات لا يجب النظر إليه من زاوية ضيقة بالاقتصار على الجانب الإيجابي فقط بوصفه حقا للمالك وسبيلا لخدمة الملكية، بل يجب التوسع في ذلك بالبحث

---

(1) - Christian Larroumet, Op , Cit , P: 308.

(2)- عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص327.

(3) - إسماعيل غانم، **الحقوق العينية الأصلية**، دار التراث العربي، القاهرة، الطبعة الثانية،الجزء الأول،1979، ص ص 80، 81.

عن الأثر الذي يرتبه على الملكية العقارية عموما ونتاج ذلك، ويتجسد الأثر السلبي من خلال حرمان مالك العقار المرتفق به من استعمال بعض سلطاته كمالك، وبالتالي فإن الآثار السلبية التي تنجم عن إقراره تؤكد أكثر فكرة القيد.

الفرع الثاني

قيام ارتفاق المرور

يتقرر ارتفاق المرور بأحد الأسباب المنشئة لحقوق الارتفاق على وجه العموم، فيصح أن يتقرر بمقتضى العمل القانوني، كأن يتفق مالك مع جاره على أن يمر بأرض هذا الجار، ولا يشترط لإنشاء هذا الحق بالاتفاق، أن يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام، وقد يتقرر بتخصيص المالك الأصلي، ويجوز أن يكتسب بالتقادم متى كان ظاهرا[1]، كما قد ينشأ ارتفاق المرور بمقتضى نص القانون، ويتقرر ذلك عندما تكون الأرض محصورة عن الطريق العام، بما يحول دون استغلالها، لذلك قررت مختلف التشريعات المقارنة لتلك الأرض المحصورة حقا في المرور عبر أرض الجار للوصول إلى الطريق العام[2].

أولا- المقصود بارتفاق المرور

في سياق تحديد مفهوم ارتفاق المرور نص المشرع المصري على ما يلي: "مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كافي، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررا، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك ،على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء" [3].

---

(1) -Gérard Memetteau,, **Droit de passage**, juris classeur, 2001, p 11.

(2)- رمضان أبو السعود، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص38.

(3)- المادة 812 من القانون المدني المصري.

فيما نص المشرع اللبناني على أنه:" لصاحب العقار المحاط من كل جانب، والذي لا منفذ له إلى الطريق العمومية، أن يطلب ممرا من الأراضي المجاورة مقابل دفعه تعويضا بنسبة الضرر الذي قد يسببه، ويعطى نفس الحق صاحب العقار الذي ليس له إلا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا".[1]

وتضيف المادة 75 من قانون المدونة العقارية اللبناني أنه: "يجب نظاما أن يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافة الأرض المحاطة إلى الطريق العمومية أصغر ما يمكن، على أنه يجب أن يعين الممر في النقطة التي يسبب فتحه فيها أقل ضرر لصاحب الأرض الذي منحه".[2]

كما نص المشرع الأردني على أنه: " لصاحب العقار الذي لا يتصل بالطريق العام، أو أن وصوله إلى الطريق العام يتطلب نفقات باهظة أو مشقة كبيرة، المرور في الأرض المجاورة بالقدر المألوف لقاء مقابل عادل".[3]

بينما نص القانون المدني الفرنسي على أن:" الارتفاق في حالة الانحصار هو ارتفاق شرعي، ينشئه القانون ، منفصلا عن اتفاق الأطراف، ويثبت هذا الانحصار لقطعة أرض بسند قانوني، وينشأ ارتفاق المرور في نطاق النظام العام، ويزول في حالة عدم الاستعمال ، أو انعدام المنفعة".[4]

la servitude légale pour cas d'enclave est une servitude qui résulte de la loi, et non de l'accord des parties la démonstration de l'état d'enclave de la parcelle constitue le titre légale de la servitude de passage seul l'accès a la voie publique justifie la création de ce type de servitude qui peut disparaitre par le non usage ou pour cause d'inutilité.

(1)- المادة 74من قانون المدونة العقارية اللبناني.

(2)- المادة 75من القانون نفسه.

(3)- المادة 1/1290 من القانون المدني الأردني.

(4) - Claude convers, **les servitudes et les charges foncières**, édition delta , 2007, p09.

كما نص المشرع الجزائري على أنه: "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك". [1]

من استقراء مختلف نصوص التشريعات المقارنة سالفة الذكر، يمكن تعريف ارتفاق المرور بأنه حق مالك الأرض المحصورة عن الطريق العام في أن يحصل على ممر في الأرض المجاورة إلى هذا الطريق، وتكون الأرض محصورة عن الطريق العام، إذا كان لا يصلها به أي ممر، أو كان الممر غير كاف، ويستوي أن تكون الأرض أو الأراضي التي يمر فيها أراض زراعية أو أراضي بناء أو أراضي فضاء لحدائق، أو أحواش مسورة أو غير مسورة، وهذا ما قضت به التشريعات المقارنة سالفة الذكر باستثناء التشريع اللبناني فقد منح بموجب المادة 1/74 من قانون المدونة العقارية اللبناني، ارتفاق المرور لكل عقار محصور ليس له منفذ إلى الطريق العام، فإذا كان هناك ممر غير كاف فلا يثبت هذا الحق، غير أنه خرج في الفقرة 02 من المادة المشار إليها أعلاه على هذا الأصل، بالنسبة للعقارات ذات الاستثمار الزراعي والصناعي، فقرر أن هذه العقارات إذا كان لها ممر وكان غير كاف لتأمين الاستثمار فتمنح ممرا كافيا، ويبدو من ذلك أن هذا الاستثناء إنما يشمل العقارات ذات الاستثمار الزراعي والصناعي فقط، ولا يشمل العقارات المستثمرة للسكنى.

نرى أن الأخذ بهذا الرأي يتنافى والأساس القانوني الذي يقوم عليه كل من حق الملكية وحق المرور، ذلك أن حق الملكية لم يعد حقا مطلقا كما كان من قبل، وإنما أضحى وظيفة اجتماعية، ويجوز بذلك للقضاء أن يحد منه، كلما اقتضت المصلحة هذا الحد، وعلى هذا إذا ظهر للقاضي أن الممر الذي يوصل منزلا بالطريق العام محفوف بالمخاطر، أو وجد أن هذا الممر لم يعد كافيا لاستعمال العقار بالنسبة لوسائل النقل الحديثة، التي لا يمكن أن يستغنى عنها للوصول إليه، جاز له أن يقرر حق مرور يكفي للوصول إلى العقار، ولو أنه معد للسكن، مادام الممر الذي يصله بالطريق العام لم يعد كافيا لتأمين المرور.

(1)- المادة 693 ، القانون المدني الجزائري.

ثانيا- شروط قيام ارتفاق المرور

ينبغي أن يمارس ارتفاق المرور باعتباره ثابتا لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام، في الحدود والضوابط التي رسمها القانون، وذلك لأن الأصل هو الحق في عدم سماح مالك الأرض لغيره المرور في أرضه، ولكن التشريعات المقارنة المشار إليها سالفا، قدرت أن انحصار الأرض عن الطريق العام يحول دون استغلالها، ولهذا أوردت هذا القيد ، وخولت لمالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض الجار للوصول إلى هذا الطريق[1]، إلا أن هذا القيد المقرر قانونا - سيما في النصوص القانونية سالفة الذكر- ليس مطلقا، بل تحد منه عدة ضوابط، بحيث جاءت النصوص مشترطة انحصار الأرض عن الطريق العام، إضافة إلى شروط أخرى، منها ما يرجع إلى عدم رجوع الانحصار إلى فعل ذلك المالك، وشروط أخرى ذات صلة بعدم التمتع بحق المرور على وجه التسامح أو الإباحة .

على هذا الأساس نتساءل عن الشروط الواجب توافرها قانونا لقيام ارتفاق المرور؟ وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال ثلاثة نقاط، وفقا لما يلي:

01- انحصار الأرض عن الطريق العام

يثبت ارتفاق المرور للأرض المحصورة عن الطريق العام أي غير المتصلة به، سواء كانت أرضا زراعية أو أرض بناء، أو أرض معدة للاستغلال الصناعي، فلا يكون لها منفذ على هذا الطريق، وقد يكون هذا الحصر "الانحباس" كليا ومطلقا، وقد يكون جزئيا أو نسبيا، وذلك إذا كان للأرض اتصال غير كاف بالطريق العام، بحيث لا يتيسر لصاحب هذه الأرض الوصول إلى ذلك الطريق، بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، وهي مسألة موضوعية تترك لتقدير قاضي الموضوع، ويستعين في ذلك بأهل الخبرة[2].

---

(1)- شاكر ناصر حيدر، **شرح القانون المدني الجديد "الحقوق العينية العقارية"**، ج02، مطبعة المعارف، بغداد، 2008، ص61.

(2)- أنور طلبة، ***الوسيط في القانون المدني***، مرجع سابق، ص35.

أ- الانحصار الكلي:

يتحقق الانحصار الكلي أو التام، في الحالة التي لا يكون فيها العقار بكامله ، محاطا بالطريق العام، أو يكون محاطا بعقارات مملوكة للغير، ولا سبيل للجار إلى الطريق العام، إلا أن يمر في إحدى أراضي الجيران أو في بعض منها، كذلك تعتبر الأرض محصورة إذا كان لها منفذ يؤدي إلى مرفأ للسفن صالح لهذا الغرض، لكن استغلال هذه الأرض يقتضي أن تكون متصلة بطريق بري، فالمرفأ، وإن كان ملكا عاما إلا أنه لا يعتبر طريقا عاما. **(1)**

لقد كان المقصود بالانحصار في القانون الفرنسي، الانحصار التام، في حين أخذ كل من الفقه والقضاء الفرنسيين بالمدلول الواسع له، واعتبرا الأرض محصورة متى كان الوصول إلى الطريق العام، يلحق أضرارا جسيمة، إلا أن تدخل المشرع الفرنسي بقانون 20 أوت 1881م ليضيف إلى عبارة **"عدم وجود ممر"** عبارة **"ممر غير كاف للاستغلال"(2)**، أما عن التشريع المصري، الأردني، الجزائري ، فقد وسعوا من مدلول الانحصار، ليشمل الانحصار الجزئي إلى جانب الكلي.

يتحقق الانحصار **"الانحباس"** في هذه التشريعات بصورة مطلقة، سواء كان كليا أو جزئيا، باستثناء التشريع اللبناني فلا يأخذ بهذا المعنى إلا في حالة الانحباس الكلي، بينما لا يتحقق الانحباس الجزئي، ففي كل هذه الحالات يكون لمالك الأرض المحصورة الحق في المطالبة بمرور قانوني.

لقد جاءت اجتهادات قضائية عديدة مؤكدة لذلك، منها ما قضت به محكمة التمييز اللبنانية (الغرفة المدنية الثانية) بأنه: "حيث وفقا للمادة 74 من القرار رقم: 3339 لصاحب العقار المحاط من كل جانب، والذي لا منفذ له إلى الطريق العمومية، أن يطلب ممرا في الأرض المجاورة مقابل دفعه تعويضا بنسبة الضرر الذي يسببه، وحيث يقتضي معرفة ما إذا كان العقار رقم: 143 الذي يملك فيه المميز1200 سهما محاطا، وحيث يعتبر العقار محاطا

(1)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص65.

(2)- Cass ,3civ,01 Avr,2009,N^0= 8-11-079 : Juris Data $N^0$2009-047778, La semaine Juridique Notariale et immobilière ,01Mai, 2009.p p341-344.

ومحبوسا إذا لم يكن له منفذا إلى الطريق العمومية وفقا للمادة 74 من قانون الملكية العقارية رقم: 3339".

حيث أن الارتفاق وفقا للمادة 56 من القرار 3339 هو تكليف مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه.

حيث أن عقار المميز يعتبر من الناحية القانونية محبوسا، لأن ليس له حق مرور قانوني، ولا يعتبر بحق المرور الشخصي المعطى على سبيل التسامح، وبالتالي يحق له أن يطلب حق المرور وفقا لأحكام المادة 74 من القرار 3339.

وحيث أن القرار المطعون فيه الذي اعتبر أن عقار المميز غير محبوس، وله حق مرور، يكون قد أخطأ بتطبيق وتفسير المادة 74 من القرار 3339، مما يقتضي نقضه دون بحث سائر الأسباب ."[1]

منها كذلك قرار المحكمة العليا الجزائرية(الغرفة العقارية)، والقاضي بنقض وإبطال القرار الصادر من مجلس قضاء سكيكدة، بسبب إساءة تطبيق المادة 693 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيه: " إنه لما كان من المقرر قانونا أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر بالطريق العام، أو كان لها ممر غير كاف للمرور، أن يطلب على الأملاك المجاورة حق المرور مقابل تعويض.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لم يتحققوا من وجود ممر آخر للمدعي في الطعن، يصله بمنزله وأمروا بغلق الممر بحجة أن المدعي لا يحوز على سند رسمي شرعي، فيكونوا بقضائهم كما فعلوا قد أساؤوا تطبيق القانون" [2].

ب- الانحصار الجزئي:

يثبت ارتفاق المرور أيضا إذا كانت الأرض المحصورة لا تتصل بالطريق العام إلا بممر غير كاف، ويعتبر الممر غير كاف، إذا كان لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام، إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، كأن يكون الممر الذي يوصل بين الأرض الزراعية

(1) - بدوي حنا، **موسوعة القضايا العقارية: حق المرور**"،ج01، منشورات زين الحقوقية، بيروت،2011،ص 114.

(2) - قرار رقم: 50516 المؤرخ في: 1989/03/15 ، المجلة القضائية سنة 1991، ع04، ص 25.

والطريق العام، لا يكفي إلا لمرور المشاة، فلا يمكن أن يستعمله المالك لمرور ماشيته وعرباته، أو أن يكون الممر منحدرا إلى درجة تجعل مرور الماشية والعربات فيه أمرا شاقا، ومحفوفا بالخطر، أما إذا كان الممر لا يتطلب إلا نفقة معقولة تتناسب مع قيمة العقار، أو كان غير مريح فلا يتحقق هنا الانحصار.

نصت المادة 1/812 من القانون المدني المصري، والمادة 1/1290 من القانون المدني الأردني، والمادة 694 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف أو غير ممكن، إذا كان ذلك يكلف مشاقا كبيرة لا يمكن تسويتها، ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

يفهم من نصوص هذه التشريعات أننا نكون بصدد انحباس جزئي (عدم كفاية الممر المتاح على الطريق العام) في إحدى الحالتين:

- الحالة الأولى : وهي الحالة الخاصة بالممر الذي يكون غير كاف، فليس من الضروري حتى تعتبر الأرض محصورة عن الطريق العام، ألا يكون لها أي منفذ يؤدي إلى هذا الطريق، بل تعتبر محصورة حتى ولو كان لها ممر - ولكنه غير كاف- كأن يكون مثلا ضيقا لا يتسع إلا لمرور الراجلين، ولا يسمح للعربات أن تمر فيه، فإن الممر يعتبر غير كاف في هذه الحالة، بل يعتبر أيضا غير كاف حتى لو أمكن للعربات المرور فيه، لكن بمشقة كبيرة، وحتى ولو أمكن توسيعه فإن ذلك يتم بنفقات باهظة.

إن قاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كانت الأرض لها منفذ إلى الطريق العام، أو لها منفذ غير كاف، وله أن يلجأ في ذلك إلى أهل الخبرة، وقد يأمر بإجراء معاينة للأرض على الطبيعة[1].

الحالة الثانية: وهي الحالة الخاصة بالممر الذي يكفي للمرور دون مشقة كبيرة أو نفقة باهظة، فالأرض هنا لا تعتبر محصورة عن الطريق العام، حتى ولو كان الممر غير مريح أو كان طويلا، أو كان يحتاج في تعبيده إلى نفقة غير باهظة.

يرجع سبب اعتبار الممر كافيا في هذه الحالات، إلى طبيعة حق المرور القانوني في حد ذاته، والذي يلحق بمالك الأرض المجاورة أضرارا، تقتضي تعويضه بتعويض مناسب.

(1) - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص197.

02- لزوم الممر لاستعمال العقار واستغلاله

يخول القانون الحق في المرور بالنسبة للعقار المحصور، و هذا الحق يجب أن يكون ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله، ومن هنا فإنه يخضع في وجوده وفي مداه لحاجات هذا الاستعمال والاستغلال، والعبرة في تقدير لزوم الممر ومدى كفايته ، ترتبط بطبيعة وأهمية الاستعمال أو الاستغلال الذي أعد له العقار.

يكون لمالك الأرض المحصورة حق المرور في الأراضي المجاورة، بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، فالأرض المبنية للسكن إذا توفر لها ممر لا يصلح إلا لمرور المشاة لا تعتبر محصورة، فلا يكون لمالكها أن يطالب بحق المرور القانوني، ولكن هذا الممر لا يكفي أرضا زراعية يقتضي استغلالها على الوجه المألوف أن تمر الماشية والعربات، وما يعتبر كافيا لأرض زراعية قد يقصر عن حاجات عقار فيه مصنع، يتطلب مرور عربات النقل الكبيرة. [1]

تتغير حاجات الأرض المحصورة فتتسع، اعتمادا على كون العبرة بحاجات استعمال العقار واستغلاله، حيث يمكن للممر المعطى لها والذي كان كافيا، أن يصبح غير كاف، عندئذ يجب توسيع الممر بما يتناسب مع الحاجات المستجدة، بل قد يقتضي الأمر استبدال الممر القديم بممر آخر، يكون مناسبا لما استجد من حاجات الأرض المحصورة، وذلك كله نظير تعويض جديد، فقد يستحدث صاحب الأرض الزراعية من وسائل الاستغلال الزراعي، مثل إضافته إلى زراعة المحصول تربية المواشي، فيكون في حاجة إلى ممر أكبر لما استجد من حاجات. [2]

أما إذا كان التعديل أو التغيير، قد أدى إلى أن أصبح الممر يزيد في اتساعه عما يتطلبه الإعداد الجديد أو لم تعد له ضرورة، فإن الجار الذي يخترق الممر أرضه يحق له أن يطالب بتضييق الممر أو إزالته[3].

---

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص95-96.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **حق الملكية**، مرجع سابق، ص679.

(3) - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص259.

03- يجب ألا يكون الحصر راجعا إلى فعل المالك

يعتبر حق المرور القانوني قيدا مؤثرا على ملك الجار، ولذلك فهو لا يتقرر إلا بضرورة على النحو الذي قدمناه، ومن هذا يراعى بأن مالك العقار المحصور أو مالك العقار المتوفر على ممر غير كاف يصله بالطريق العمومي، لا يمكنه المطالبة بهذا الحق:

- إذا كان الحصر ناتجا عن إرادة المالك: وهذا الحل يجمع عليه الفقه والقضاء، ومنه ما قضت به الغرفة العقارية للمحكمة العليا في: " ... أنه كان على الطاعن عند قيامه بالبناء أن يجعل بناءه في وضعية حصر، وأن حالة الحصر المدعى بها من طرفه هي من فعله، وكان بإمكانه تفاديها لو احترم مخطط البناء، وأنه طبقا للمادة 695 من القانون المدني الجزائري لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته هو، وحيث أن الوجه المثار من قبل الطاعن المؤسس على المادتين 693،694 من القانون المدني الجزائري غير مبرر، على اعتبار وأن وضعية الحصر كانت بإرادته هو، مما يتعين رفضه، بالتبعية رفض الطعن". [(1)]

- إذا كان يتمتع بحق المرور على وجه الاتفاق، مادام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد.

- إذا كان يتمتع بحق المرور على وجه الإباحة طالما حق الإباحة لم يزال[(2)].

يعتبر الحصر راجعا إلى فعل المالك إذا نشأ عن عمل من جانبه، سواء كان هذا العمل ماديا أو تصرفا قانونيا، وسواء كان إيجابيا أو سلبيا، كأن يقيم المالك بناء يسد به الممر الذي يصل أرضه بالطريق العام، أو يتنازل عن حق ارتفاق المرور كان مقررا لصالح أرضه،

---

(1) - قرار رقم: 303259 الصادر بتاريخ: 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص264، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي:

- Cass, 3^{é} civ, 17 Juin 1992 ,Juris-data, n° 1992, 001252 , JCPC 1992, p263.

(2) - فاطمة الزهراء بلعربية ، ***ارتفاق المرور***، ترجمة المستشار عبد العزيز أمقران ، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص34.

أو يترك هذا الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال، ففي جميع هذه الحالات، لا يتحقق الانحصار قانونا ، ولا يحق للمالك أن يطالب بحق المرور[1].

إلا أنه يجب عدم أخذ هذا القول على اطلاقه ، اذ قد يكون الانحصار بفعل المالك نتيجة لتغييره للاستعمال المخصصة له الارض ورغم ذلك يثبت له حق المرور القانوني ، فيجب التمييز في أفعال المالك المؤدية للانحصار بين ما يؤدي منها إلى حرمانه من المرور، وما لا يؤدي إلى ذلك فليس من المعقول السوية بين من يحبس أرضه عن الطريق العام ببناء يقيمه على الممر ، ومن يغير في استثمار أرضه بما يؤدي إلى عدم كفاية الارتفاق المقرر له ، فيكون المعيار على أساس ما اذا كان الفعل الذي ادى إلى الانحصار قد اقتضاه الاستثمار المعقول للارض أم لا. [2]

حري بنا أن نشير إلى حالة أخرى ينشأ بموجبها الحصر، بسبب تجزئة العقار نتيجة تصرف قانوني يجريه صاحبه، حيث يطرح التساؤل حول الأساس القانوني لحق المرور في حالة التجزئة من جهة ، ومسألة ثبوت الحق في المرور للأرض المحصورة عبر أرض الجار. [3]

أجابت المادة 02/818 من القانون المدني المصري، والمادة 1291 من القانون المدني الأردني، والمادة 697 من القانون المدني الجزائري على هذه الحالة، بحيث تقضي نصوص هذه التشريعات المقارنة بأنه: " إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة، أو من أي معاملة أخرى فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات".

تعرض هذه النصوص صورة من الحصر، تفرض أرضا أو عقارا يتصل في الأصل بالطريق العام، ولكن ينجم عن تجزئته بتصرف قانوني - كالقسمة أو البيع أو مبادلة- انحصار بعض أجزائه عن الطريق العام، ومثال ذلك أن يبيع المالك جزء الأرض

---

(1)- Thierry Revêt, ***Propriété et droit réels***, Revue trimestrielle de droit civil , Septembre, 2005, n° 03. P :805.

(2)- محمد مومن، **"حق الارتفاق بالمرور المقرر لمصلحة عقار لا منفذ له على الطريق العام"**، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، ع47، 2002، ص72.

(3)- عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 65.

المتصل بالطريق العام لشخص، ويستبقي الجزء غير المتصل به لنفسه، فيترتب على ذلك أن يصبح هذا الجزء الأخير محصورا - محبوسا-، وفي هذه الحالة لا يستطيع مالك الجزء المحبوس عن الطريق العام المطالبة بحق المرور، إلا في أجزاء العقار الذي أدت تجزئته إلى هذا الانحباس، وهذا الحكم منطقي وعادل إعمالا بالمبدأ الذي مفاده :

" لا يحق لشخص ما وبفعله وحده فرض ارتفاق على ملكية الغير، فعلى من خلق الحصر وحده، تقع مسؤولية تحمل نتائجه دون أن يملك تحميلها للآخرين". [1]

فيقرر القانون حينئذ عدم إثبات حق المرور للأجزاء المحصورة على الأرض المجاورة للعقار الأصلي الذي تمت تجزئته، وهذا ما أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في أنه"...حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن المدعين في الطعن والمدعى عليه في الطعن، وبموجب حكم مؤرخ في: 1999/12/22 الصادر عن محكمة عين الكبيرة، أنهوا حالة الشيوع بموجب قسمة لملكية العقارات المشاعة بينهم، مما ينتج عنه حصر لأرض المدعى عليه في الطعن نتيجة تجزئة العقار بسبب القسمة، وحيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 697 من القانون المدني الجزائري، ومن هنا يكون قضاة المجلس - وبقضائهم كما فعلوا- طبقوا صحيح القانون، وعليه فالوجه غير سديد ويرفض". [2]

يشترط لإعمال الحكم المتقدم أن تكون تجزئة العقار المؤدية إلى الانحباس، قد تمت بناء على تصرف قانوني، فإذا كانت التجزئة لم تتم بناء على تصرف قانوني للمالك، كما لو تمت التجزئة نتيجة لنزع الدولة ملكية جزء من العقار، فأصبح الباقي محبوسا عن الطريق العام، فإن تحديد موضع المرور لا يتقيد في هذه الحالة، بأن يكون في أجزاء العقار الذي تمت تجزئته.

تنصرف الأحكام السابقة أيضا إلى التشريع اللبناني، حيث يتبين من نص المادة 76 من قانون الملكية العقارية أنه: **"** يجب حتى يتقرر حق المرور على العقار الذي جرت عليه المعاملات، أن يكون العقار الذي صار محبوسا قد انحبس من كل جانب"، أي أن انحباسه أصبح كليا بسبب التجزئة، وذلك خلافا لما ورد بنصوص التشريعات سالفة الذكر والتي

(1)- عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 65.

(2)- قرار رقم: 311362، الصادر بتاريخ: 2005/09/14 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص 271.

جاءت صياغتها عامة تشمل الانحباس الكلي والجزئي[1]، إلا أن الإشكال يطرح أكثر في حالة نشوب نزاع حول حق المرور، مما يستلزم اللجوء إلى القضاء لفك ذلك، فإذا كانت القاعدة أن القاضي المختص للفصل في مثل هذه المنازعات - التي تمس بأصل الحق- هو قاضي الموضوع، فإنه كثيرا ما تستدعي ظروف الاستعجال تدخل قاضي الأمور المستعجلة، فإذا قام مالك العقار المرتفق به بغلق الممر الموجود في ملكيته، ونتج عن ذلك منع مالك العقار المحصور من الوصول إلى الطريق العام، يكون قاضي الأمور المستعجلة مختصا بالأمر بإعادة فتح الممر[2].

المطلب الثاني

أحكام حق المرور

إذا توفرت الشروط التي رأيناها سابقا بالنسبة للأرض المحصورة، ثبت الحق في المرور بقوة القانون، وتجوز المطالبة بهذا الحق، فإذا تعذر الاتفاق مع الجار الذي يخترق الممر أرضه، تولت المحكمة تعيين الممر وطريقة المرور، وذلك نظير تعويض الجار عما يصيبه من ضرر، وتجدر الإشارة إلى أن دراسة أحكام حق المرور القانوني، تقتضي معالجة المركز القانوني لمالك الأرض المحصورة من خلال تحديد حقوقه واجباته، ثم تحديد الدعاوى القضائية المتعلقة بارتفاق المرور، ودور القاضي في تقريره، لاسيما وأن المقتضيات القانونية المنظمة لهذا الحق، ليست دوما سهلة التفسير عند تطبيقها من طرف القاضي، كذلك فإن التساؤل حول ما إذا كان ارتفاق المرور مقررا لصالح الأرض المحصورة ، يجعل زوال الحصر سببا في زوال الحق، مهما كانت مدة الحصر.

تقتضي منا الإجابة على هذا التساؤل، دراسة الأحكام الخاصة بانقضاء ارتفاق المرور، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناولها وفقا لما يلي:

(1)- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص78.

(2)- محمد براهيمي، ***القضاء المستعجل***، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص98-100.

الفرع الأول

المركز القانوني لمالك الأرض المحصورة

إن دراسة المركز القانوني لمالك الأرض المحصورة يقتضي تحديد واجباته وحقوقه، وما قد خولته مختلف التشريعات المقارنة من وسائل ودعاوى، كفيلة بحماية هذا الحق، وعليه سنتطرق لواجبات مالك الأرض المحصورة ثم لحقوقه.

أولا: واجبات مالك الأرض المحصورة:

إذا كان القانون قد خول لمالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره، فإنه ينبغي ألا يتعسف في استعمال هذا الحق فيضر بجاره، ومن ثمة أحاطت التشريعات المقارنة ممارسة هذا الحق بحقوق وواجبات أخرى، تقع على عاتق مالك الأرض المجاورة، ويمكن التطرق لأهم هذه الواجبات فيما يلي:

01- واجب عدم تعمد الإضرار بمالك الأرض المجاورة:

يلتزم مالك الأرض المحصورة بألا يجاوز حدود حقه مادام أن المرور الممنوح له كاف لتلبية حاجته على الوجه المألوف[1]، لكن قد تتغير حاجات الأرض المحصورة فتتسع، وبعد أن كان الممر المعطى لها كافيا قد يصبح غير كاف، فهل نطبق هنا القواعد العامة للارتفاق وتحديدا نص المادة 1019 من القانون المدني المصري بأنه: "...لا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار أية زيادة في عبء الارتفاق".

هذا النص هو نفس مدلول نص المدة 872 من القانون المدني الجزائري:

"لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق، أو جعله أكثر مشقة".

كذلك نص المادة 1310 من القانون المدني الأردني: " لمالك العقار المنتفع أن يباشر حقه في الحدود المشروعة، وأن يقوم بما يلزم لاستعمال حقه وصياغته دون زيادة في عبء الانتفاع". [2]

---

(1)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص274.

(2)- يوسف محمد عبيدات، مرجع سابق، ص235.

الملاحظ أنه إذا طبقنا مضمون نصوص هذه التشريعات المقارنة على ارتفاق المرور، فإنه سوف يترتب على ذلك أن يحظر على مالك الأرض المحصورة إجراء أي تغيير من شأنه زيادة العبء على الأرض المجاورة، وبناء عليه فمن له حق المرور على الأقدام مثلا، لا يجوز له أن يمر بالعربات، ولا يملك أيضا نقل موضع معين لاستعمال حق المرور، ولو كان هذا النقل ضروريا لأرضه، ولا يلحق ضررا بالأرض المجاورة.

لذلك هناك من اتجه نحو استبعاد تطبيق هذه النصوص القانونية، والقول بأن مالك الأرض المحصورة حر في القيام بكل ما يراه ضروريا لاستغلال أرضه، لما يخوله له ممارسة هذا الحق، شريطة ألا يتعمد الإضرار بمالك الأرض المجاورة، أو أن يكون مجاوزا للنطاق المألوف من النشاط، فيزيد من أعباء حق المرور، وفي هذه الحالة للجار أن يمنعه، إما على أساس أنه متعسف في استعمال حقه، أو أنه قد جاوز المألوف في مضار الجوار، فألحق بجاره ضررا فاحشا أو غير مألوف.

02- واجب دفع التعويض المناسب لمالك الأرض المجاورة:

إذا كانت التشريعات المقارنة سالفة الذكر قررت حق المرور للأرض المحصورة عن الطريق العام على الأرض المجاورة، حتى لا يتعطل استغلال الأرض المحصورة، فمن الطبيعي ألا يتضرر صاحب الأرض التي يتقرر المرور فيها- بغض النظر عن الفائدة التي يحققها صاحب الأرض المحصورة- ويظل في هذه الحالة موضع المرور مملوكا لصاحب الأرض التي يثبت فيها، وله أن يتقاضى تعويضا من صاحب الأرض المحصورة عن الأضرار التي أصابت أرضه نتيجة تقرير حق المرور عليها، كما لو نقصت قيمتها أو قل نفعها، ولا يدخل في تقدير قيمة التعويض ما عاد على الأرض المحصورة من نفع[1]، ولا يوجب القانون أن يكون دفع التعويض مقدما، فإذا لم يتم الاتفاق على طريقة دفع التعويض، كان للمحكمة أن تحدد هذه الطريقة، فلها أن تجعل التعويض مبلغا يدفع مقدما جملة واحدة، أو تجعل هذا المبلغ يدفع على أقساط محددة في مواعيد معينة[2].

(1)- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص65،66.

(2)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص113.

ثانيا: حقوق مالك الأرض المحصورة:

في مقابل الواجبات التي حملتها التشريعات المقارنة لمالك الأرض المحصورة، خول له أيضا الحق في القيام بالأعمال التي يراها ملائمة لممارسة حقه في المرور، والحفاظ عليه من جهة، والحق في توسيع أو تغيير موضعه من جهة ثانية.

01 – حق القيام بأعمال في الأرض المجاورة:

إن لمالك الأرض المحصورة الحق في القيام ببعض الأعمال على الأرض المجاورة، سواء تعلقت هذه الأعمال باستعمال الحق أو للمحافظة عليه، وذلك عملا بمقتضيات نصوص المادة 01/1019 من القانون المدني المصري، المادة 872 من القانون المدني الجزائري، حيث قضت نصوص هذين التشريعين : **"** لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا يشنأ إلا أقل ضرر ممكن**"**[1].

ونصت المادة 1310 من القانون الأردني على ذلك بأنه: " لمالك العقار المنتفع أن يباشر حقه في الحدود المشروعة، وأن يقوم بما يلزم لاستعمال حقه وصيانته ..." [2].

يمكن الإشارة أيضا أنه فيما يخص الأعمال المتعلقة باستعمال الحق، فإنه لا يمكن حصرها ، من خلال كونها تختلف حسب الحاجة إليها، فقد يقتضي لاستعمال ارتفاق المرور أن يتم إنشاء جسر، إذا كان هناك مجرى يعترض طريق المرور، أو أية إنشاءات أخرى يقتضيها هذا الاستعمال، كما قد يتطلب ضرورة رصف الطريق المعد للمرور، وكذلك الأمر بالنسبة للأعمال المتنوعة التي من شأنها المحافظة على الحق ، فمثلا يمكن لمالك الأرض المحصورة إعادة رصف الطريق، والقيام بالإصلاحات اللازمة التي تقتضيها صيانته، إلا أن حق مالك الأرض المحصورة في القيام بهذه الأعمال لا يبقى دون قيد، بل من اللزوم عليه القيام بما هو ضروري منها، وأن يتم ذلك بأقل ضرر ممكن لمالك الأرض

(1)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص274.

(2)- محمد وحيد الدين سوار، **شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص404.

المجاورة، وفي مقابل ذلك لا يلزم مالك الأرض المحصورة بإصلاح الضرر، إذا تبين أن سبب حدوثه لم يترتب عن تقصير منه[1].

تجدر الإشارة إلى أن مالك الأرض المحصورة، يبقى حرا في أن يقوم بهذه الأعمال أو لا يقوم بها، فهذا حقه وليس واجبا عليه، لكن إذا ترتب ضرر جراء عدم القيام بها، كان مسؤولا عن التعويض[2].

يطرح للنقاش أيضا، إطار تطبيق النصوص القانونية التالية:

المادة 1022 من القانون المدني المصري، المادة 874 من القانون المدني الجزائري، حيث نصا هذين التشريعين على أنه:" تكون على مالك العقار المرتفق نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه، ما لم يشترط غير ذلك، فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به، كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق، وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة".

ونصت المادة 1311 من القانون المدني الأردني على ذلك بأنه: " نفقات الأعمال اللازمة لمباشرة الحق المجرد وصيانته على عاتق صاحب العقار المنتفع، فإذا كانت الأعمال نافعة أيضا للعقار الخادم، كانت نفقات الصيانة على الطرفين بنسبة ما يعود من نفع على كل منهما".

تجد نصوص هذه التشريعات المقارنة تطبيقها على مالك الأرض المحصورة، بحيث يتحمل هذا الأخير النفقات اللازمة لاستعمال حق المرور والمحافظة عليه، لو كانت ناتجة عن عيب في العقار المجاور كمبدأ عام[3]، إلا أن نصوص هذه التشريعات أجازت الخروج عن هذا المبدأ العام، بصريح عبارة الفقرتين الثانية والثالثة من النصوص القانونية سالفة الذكر، وذلك في حالتين:

---

(1)- فايز احمد عبد الرحمان، **الحقوق العينية الأصلية والتبعية "دراسة مقارنة"**، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص286.

(2) -Planiol, Ripert, Picard, op, cit, p 958.

(3)- فايز احمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص389.

الحالة الأولى: تخص اتفاق الطرفين على أن تكون النفقات على عاتق مالك الأرض المجاورة. [1]

الحالة الثانية: تخص اشتراك كل من مالك الأرض المحصورة ومالك الأرض المجاورة في نفقات الصيانة، ويتحقق ذلك عندما تكون الأعمال التي يجريها مالك الأرض للمحافظة على حقه، هي في نفس الوقت نافعة لمالك الأرض المجاورة، لاستعماله لذات الممر مثلا.

في مقابل هذا الحق المخول لمالك الأرض المحصورة، يقع على عاتق مالك الأرض المجاورة واجب تركه يمارس حقه، والامتناع عن القيام بأعمال من شأنها أن تعوق استعمال حقه على الوجه الطبيعي، وفيما عدا ذلك يحتفظ مالك الأرض المحصورة بكل السلطات التي تخولها ملكيته[2].

02 – الحق في طلب توسيع الممر أو تغيير موضعه:

يمكن لمالك الأرض المحصورة الذي تقرر له حق المرور في الأرض المجاورة في موضع معين، الحق في توسيع الممر الأصلي، أو تغيير موضعه متى أصبح غير كاف لمواجهة حاجات الاستغلال الجديدة[3].

إن الواقع أن هذا راجع إلى طبيعة حق المرور ومقتضياته، ذلك أنه قد يصبح الممر الموجود - والذي كان كافيا للاستغلال السابق- غير كاف للاستغلال الجديد، كما لو صارت الأرض الزراعية تستغل في عمل صناعي، ففي هذه الحالة يحق لصاحبها أن يطالب بممر يكفي لهذه الاحتياجات، كل ما في الأمر أنه يشترط لإمكان هذه المطالبة أن يكون استعمال الممر السابق فيما يحتاجه الاستغلال الجديد، من شأنه أن يكلف المالك نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمة الأرض، أو يحمله مشقة كبيرة، وقد يقتضي الأمر أن يغير مالك الأرض المحصورة موضع الممر، فله أن يطالب بذلك ما لم يخرج عن نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه.

---

(1)- محمد حسين منصور، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص378.

(2)- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص371.

(3)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص312.

في مقابل هذا الحق المخول لمالك الأرض المحصورة، كان من العدالة أن يخول مالك الأرض المجاورة الحق في نقل الممر الأصلي إلى موضع آخر من نفس العقار، أو عقار آخر يملكه هو أو شخص آخر، متى استمر المرور على أرضه لمدة طويلة، تغيرت في خلالها ظروف العقار المثقل بحق المرور، واقتضت التغيير في طريقة استغلاله أو تحسين هذا الاستغلال، وعلى مالك الأرض المحصورة عندئذ ألا يعارض في نقل الممر إلى موضع جديد متى لم تكن له أدنى مصلحة في ذلك[1].

الفرع الثاني

الدعاوى القضائية المتعلقة بحق المرور ودور القاضي في تقريره

سنعالج في هذا الفرع الدعاوى المرفوعة أمام القضاء بشأن هذا الحق، سواء تلك المقررة لمالك الأرض المحصورة - وهي دعوى واحدة- أو لمالك الأرض المجاورة، ثم نبين تدخل القاضي في هذا المجال من خلال دوره في فتح الممر وتعيينه، وتقدير التعويض المستحق للجار، وهذا ما سيتم تناوله من خلال النقطتين المواليتين:

أولا: الدعاوى القضائية المتعلقة بحق المرور:

أجازت مختلف التشريعات المقارنة لمالك الأرض المحصورة رفع دعوى المطالبة بحق المرور، متى توافرت الضوابط اللازمة لثبوت الحق، والتي سبقت الإشارة إليها، وفي مقابل الدعوى الوحيدة المقررة قانونا لهذا الأخير، لا يثبت لمالك الأرض المجاورة سوى الحق في رفع دعوى المطالبة بالتعويض المستحق له، جراء ما أصابه من أضرار.

01 – دعوى المطالبة بالحق بالنسبة لمالك الأرض المحصورة:

يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية الكاملة في تقديره مدى توفر الشروط القانونية الخاصة بثبوت هذا الحق لمالك الأرض المحصورة، أو لغير المالك من أصحاب الحقوق العينية الأخرى كصاحب حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن[2]، فمصلحة هؤلاء لا تقل عن مصلحة المالك، وعلى العكس من ذلك لا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **أسباب كسب الملكية**، مرجع سابق، ص1360.

(2)- رمضان زرقين، **عن بعض جوانب ارتفاق المرور**، ترجمة المستشار أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي بالغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص56.

كالمستأجر أو الحائز العرضي، فالمالك هو الذي يستطيع المطالبة به بنفسه لفائدة هذين الأخيرين.

يتقرر حق المرور في الواقع لصالح الأرض لا لصالح صاحبها، ذلك أنه لكل من يدعي أن أرضه محصورة - سواء كان مالك أو صاحب حق عيني- ويريد المرور في أرض الجار للوصول إلى الطريق العام، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة، والمحكمة المختصة هنا هي تلك التي يقع بدائرة اختصاصها العقار الذي يريد أن يمر فيه، ويكون لقاضي الموضوع فحص ما إذا كانت الأرض محصورة أم لا، وله في ذلك اللجوء إلى أهل الخبرة، وعلى ضوء الخبرة يتخذ قراره، وإذا تبين له من خلال تقرير الخبرة والوقائع المعروضة عليه أن الأرض محصورة، قام بعد ذلك بتعيين الموضع الذي يتم فيه مباشرة الحق، والكيفية التي يتم بها المرور، مراعيا القدر اللازم لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف، كما يقوم القاضي أيضا بتعيين مبلغ التعويض الذي يجب دفعه، في حالة ما إذا كان مرور مالك الأرض المحصورة يلحق ضررا بالجار[1].

02 – دعوى المطالبة بالتعويض بالنسبة لمالك الأرض المجاورة:

إذا كان حق المرور يثبت بقوة القانون لمجرد انحباس الأرض عن الطريق العام، فإن مباشرة هذا الحق من حيث تعيين موضع المرور وكيفيته، تحتاج إلى تنظيم واقعي لا يمكن أن ينص عليه القانون مقدما، ويتم هذا التنظيم بالاتفاق بين مالك الأرض المحصورة ومالك الأرض المجاورة الذي تفصله عن الطريق العام، فيعين هذا الاتفاق موضع المرور والكيفية التي يتم بها وأوقاته، والتعويض الذي يتعين على مالك الأرض المحصورة دفعه إلى مالك الأرض المجاورة نظير المرور بها، فإذا لم يتم هذا الاتفاق كان لمالك الأرض المجاورة، أن يلجأ إلى القضاء طالبا تعيين الممر وطريقة المرور[2].

يحق لمالك الأرض المجاورة أن يطلب التعديل، فإذا غير مالك الأرض المحصورة طريقة استغلال أرضه، ورأى بأن الممر القائم غير كاف، ولا يسمح بمرور وسائل النقل

---

(1)- برهام محمد عطا الله، **مدخل إلى حق الملكية والحقوق العينية الأصلية**، الدار الجامعية، مصر، 1996، ص ص279-280.

(2)–محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص74.

فيحق له أن يطلب توسيع الممر، أما إذا رأى المالك المجاور أن الممر أصبح أوسع مما يلزم الاستغلال الجديد، كان له أن يطلب تضييق الممر أو إزالته[1].

تجدر الإشارة إلى أن لمالك الأرض المجاورة أن يرفع الدعوى العينية التي يحمي بها ملكيته، وهي دعوى إنكار الحق، حيث يطلب فيها الحكم بخلو عقاره من ارتفاق المرور، ويكفي أن يثبت في هذه الدعوى ملكيته للعقار، فإذا نجح في هذا الإثبات قام الظاهر لصالحه، وهو الافتراض الذي يتحدد في ضوئه عبء الإثبات، حيث يفترض أن الملكية خالية من أي تكليف يثقلها، ويقع الإثبات بعد ذلك على من يدعي خلاف الظاهر[2]، كما يجوز رفع دعوى الإنكار أيضا للمطالبة بإنقاص ارتفاق المرور، وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية[3].

يجوز لمالك الأرض المجاورة أيضا رفع دعوى الحيازة، ليحمي حيازته، فيطلب منع تعرض الغير له، أو وقف الأعمال الجديدة بها، أو استرداد الموضع الذي يستعمل فيه ما يدعيه من ارتفاق المرور، ويكفي لرفع تلك الدعاوى إثبات الحيازة، التي يجب أن تنصب على قاعدة الارتفاق وكيفية ممارسته، وأن تكون الحيازة قانونية وصحيحة مستمرة، بدون انقطاع أو وقف، بتوافر عنصريها المادي والمعنوي وخالية من العيوب[4]، وعلى من يدعي وجود ارتفاق المرور إثبات دعواه، وإلا خسرها وقضي لصالح الحائز، وبذلك يمتنع على مدعي ارتفاق المرور أن يكسب هذا الحق بالتقادم[5].

ثانيا: دور القاضي في تقرير حق المرور:

يثبت ارتفاق المرور- كما ذكرنا فيما تقدم- بقوة القانون، إذا توافرت الشروط الموجبة له، ويظل هذا الحق قائما ما دامت حالة الانحباس قائمة، وتجوز المطالبة به، لكن إذا تعذر الاتفاق مع الجار الذي يخترق الممر أرضه، تولت المحكمة تعيين الممر وطريقة المرور،

---

(1)- محمد حسن قاسم، مرجع سابق ، ص75.

(2)- عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص998.

(3)- المرجع نفسه، ص999.

(4)- فريدة محمدي زواوي ، **الحيازة والتقادم المكسب**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص12.

(5)-Planiol, Ripert, Picard , op, cit, p 973.

مقابل تعويض الجار عما يصيبه من ضرر، وسنعالج هذه الأحكام الخاصة بتدخل القاضي في تقرير حق المرور من خلال النقاط الموالية:

01 – تعيين الممر وطريقة المرور:

متى ثبت أن أرض المالك محبوسة عن الطريق العام، وأن استعمالها واستغلالها يقتضيان ممرا ذا نطاق معين، فإن الخطوة التالية هي تحديد هذا الممر على الطبيعة، أي اختيار الأرض المجاورة التي سيتم فيها المرور، والجزء من هذه الأرض التي سينشأ فيها الممر[1].

الواقع أن التشريعات المقارنة قد نصت على ضوابط معينة في هذا الصدد، فقد نصت المادة 3/812 من القانون المدني المصري، والمادة 696 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين".

ونصت المادة 75 من قانون المدونة العقارية اللبناني على أنه: " يجب أن يعين الممر في النقطة التي يسبب فتحه فيها، أقل ضرر بمالك الأرض التي يمنح الممر فيها ".

ونصت كذلك المادة 1290 من القانون المدني الأردني أنه:" حق المرور لا يقوم إلا في موضع يتحقق فيه نفعه، ويقل ضرره ".

من استقراء نصوص هذه التشريعات ، يتضح أنه إذا كان يحيط بالأرض المحبوسة عدة عقارات، وكان من الممكن الوصول إلى الطريق العام خلال أكثر من عقار من هذه العقارات، فيختار منها العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضررا، وتقدير ذلك مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع وفقا لظروف الحال، وبصفة خاصة بالنظر إلى طبيعة العقارات المجاورة ونوع الاستغلال المخصصة له[2]، فقد يرى القاضي أن المرور في الأرض الفضاء، أخف من المرور في الأرض المزروعة، وأن المرور في الأرض المزروعة أخف منه في الأرض البناء.

---

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، ***الحقوق العينية الأصلية***، مرجع سابق، ص97.

(2)- محمود خيال، مرجع سابق، ص52.

يختار القاضي موضعا في هذا العقار يكون المرور فيه أخف ضررا من غيره، كأن يكون موضع المرور بجانب الخط الفاصل بين عقارين، بدلا من اختيار موضع في وسط العقار[1]، وقد يكون الموضع الذي يعينه القاضي للمرور ممرا على سطح الأرض مباشرة، وقد يختار القاضي نفقا في باطن الأرض موضعا للمرور، إذا كان ذلك ملائما لاستغلال الأرض المحبوسة، ويصح أن يكون موضع المرور الفضاء الذي يعلوا أرض الجار.

فمتى تقرر حق المرور لا يكون لصاحب العقار المحبوس الحق في استعماله كيف يشاء، فيجوز أن تحدد المحاكم طريقة استعمال المرور وكيف يكون، ومتى يكون[2].

إذا كانت النصوص القانونية سالفة الذكر توجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، وتحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين، فإننا نتساءل عن حالة أخرى تتعلق بموضع المرور في حالة الانحباس "**"الانحصار"** الناشئ عن تجزئة عقار، فقد يكون العقار متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام، ثم يتصرف فيه صاحبه تصرفا قانونيا يؤدي إلى جعل جزء منه محبوسا عن الطريق العام، ومثال ذلك أن يبيع جزءا من العقار لشخص آخر، فيترتب على البيع الانحباس عن الطريق العام، سواء للجزء المبيع أو للمتبقي للمالك ومثال البيع المقايضة الهبة والقسمة، ففي هذه الحالة لا تطبق القواعد العامة السابقة في تحديد موضع الممر، وهي أن يكون الممر في العقار الأخف ضررا، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك، كما أشارت إلى ذلك النصوص القانونية سالفة الذكر، وفي هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من المادة 812 من القانون المدني المصري، والمادة 697 من القانون المدني **الجزائري** على أنه:" إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار، بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي، التي تشملها تلك المعاملات ".

وهو نفس الحكم الذي أخذ به القانون المدني اللبناني، من خلال نص المادة 76 من قانون الملكية العقارية اللبناني، كما نصت المادة 1291 من القانون المدني الأردني على

(1)- عبد الناصر توفيق، العطار، مرجع سابق، ص61.

(2)- أنور طلبة، **الوسيط في القانون المدني**، مرجع سابق، ص35.

ذلك أيضا بأنه: " إذا كان المنع عن الطريق العام بسبب تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني، فلا يجوز طلب الممر إلا في أجزاء هذا العقار".

يستشف من نصوص هذه التشريعات، أنها قررت أن يكون موضع المرور في هذه الحالة في أحد أجزاء العقار ذاته، لا في العقارات الأخرى المملوكة للغير قبل التجزئة، وعلة هذا الحكم واضحة، لأن مالك العقار هو الذي قام بإرادته بتجزئة العقار، وحبس جزء منه عن الطريق العام فلا يصح أن يحمل الملاك المجاورين قيدا على حقوقهم جراء فعل إرادي من جانبه، إلا إذا كان ذلك القيد ضروريا بأن استحال إيجاد ممر كاف لصالح الجزء المحبوس في الأجزاء الأخرى من ذات العقار[1].

أما بشأن الأساس القانوني لحق المرور في حالة التجزئة، فقد تعددت مذاهب الشراح في تحديده، فهناك من ذهب إلى القول بأن حق المرور يبقى، حتى ولو لم توجد لحق الارتفاق علامات ظاهرة تميزه، فالعقار الذي كان في بادئ الأمر واحدا لا يتجزأ، وكان مالك العقار واحدا، وبتجزئته خصص الجزء الآخر من العقار غير المحبوس، ليمر عليه مالك العقار المحبوس، أو من له الحق في المرور القانوني.[2]

تم الاعتراض على ذلك القول بأن هذا الاتجاه الفقهي لا يقيم أساسا فنيا للحكم المنصوص في النصوص القانونية سالفة الذكر، وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس الحكم الوارد في النصوص آنفة الذكر على الالتزام بالضمان[3]، ففي الحالة التي يبيع فيها المالك الأصلي جزءا من العقار، فيصبح هذا الجزء محبوسا عن الطريق العام، يمكن القول بأن البائع كان يضمن للمشتري استحقاق الجزء المبيع، ويضمن له أيضا حق المرور للجزء المبيع على الجزء الذي استبقاه، ولكن هذا التأصيل يصدق في حالة واحدة، وهي الحالة التي يكون البائع فيها قد استبقى الجزء الذي يصل إلى الطريق العام، أما إذا كان قد استبقى الجزء المحبوس فلا يمكن الاعتماد على أساس الالتزام بالضمان.

---

(1)- سعيد جبر، مرجع سابق، ص395.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **حق الملكية**، مرجع سابق، ص767.

(3)- محمد علي عرفة، مرجع سابق، ص189.

ذهب اتجاه ثالث إلى إقامة فكرة الحكم الوارد في النصوص القانونية السالفة على أساس نظرية العقد، وذلك طبقا للقواعد التي مفادها أنه:" لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مسلتزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام**".**

بالتالي فإن إعطاء مالك الجزء المحبوس ارتفاقا بالمرور على الجزء المتصل بالطريق العام، ليس إلا من مستلزمات التصرف الذي أدى إلى التجزئة. **(1)**

إن هذا الرأي يمكن الاعتراض عليه، بأن الحكم الوارد في النصوص القانونية سالفة الذكر إذا كان، ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة، وما كانت التشريعات المقارنة في حاجة إلى النص عليه بحكم خاص. **(2)**

من جانبنا فإننا نذهب مع الرأي الراجح في هذا الصدد ، والذي يؤسس حق المرور في الأجزاء المستبقية بعد التجزئة، والنافذة إلى الطريق العام على القانون مباشرة، كما ورد في نص المادة 3/812 من القانون المدني المصري ، والمادة 75 من قانون الملكية العقارية اللبناني، والمادة 1290 من القانون المدني الأردني، والمادة 696 من القانون المدني الجزائري، وذلك أن النص القانوني ينشئ هذا الحق مستندا إلى اعتبارات العدالة، وكل ما هناك أن التشريعات المقارنة حددت في هذه النصوص القانونية موضع المرور في العقارات المجاورة، التي يكون المرور فيها أخف ضررا، في حين أن موقع المرور يتحدد إعمالا لنص المادة 2/812 من القانون المدني المصري، والمادة 697 من القانون المدني الجزائري، والمادة 76 من قانون الملكية العقارية اللبناني، والمادة 1291 من القانون المدني الأردني، إذا كان حبس أحد هذه الأجزاء عن الطريق العام، ناشئا من تجزئة تمت بناء على تصرف قانوني، بشرط أن يكون من المستطاع، إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار. **(3)**

(1)- إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص 125.

(2)- محمد علي عمران، مرجع سابق، ص 290،291.

(3)- سعيد سعد عبد السلام، **حق الملكية فقها وقضاء**، مرجع سابق، ص 108، 109.

02 – أثر التقادم في تعيين الممر وطريقة المرور:

إذا توافرت الشروط الموجبة لحق المرور، فإنه - وكما ذكرنا فيما تقدم- يثبت بقوة القانون، ويظل هذا الحق قائما مادامت حالة الحصر قائمة، فهو لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن على الاستعمال، ومؤدى ذلك أنه لا تثور مسألة التقادم بالنسبة لهذا الحق، لكن تثور مسألة التقادم بشأن تعيين الممر وطريقة المرور فيه، فإذا كان الأصل أن تعيين الممر وطريقة المرور يتم رضاءا أو قضاءا، فإن صاحب الأرض المحصورة قد لا ينتظر الاتفاق أو صدور حكم بذلك، فيختار موضعا من أرض جاره ينفذ منه إلى الطريق العام، وقد يسكت صاحب الأرض التي يمارس المرور فيها عن ذلك، فإذا أمكن أن يستخلص من هذا السكوت وما يلابسه من ظروف ما يدل على رضاه بذلك، اعتبر أن موضع المرور وطريقته قد تتم بالاتفاق الضمني، وإذا لم يكن بالإمكان استخلاص هذا الرضاء من السكوت، فلصاحب الأرض المجاورة التي يمارس فيها المرور أن يعترض على مسلك صاحب الأرض المحصورة، فيطلب أن يكون الممر في أرض مجاورة أخرى، يكون المرور فيها أخف ضررا من المرور في أرضه، أو أن يطلب تعيين الممر في أرضه ، ولكن في موضع يتحقق منه ضرر أخف من ضرر المرور في الموضع، الذي اختاره صاحب الأرض المحصورة، أو أن يطلب تعديل طريقة المرور حتى تتفق مع طريقة استعمال واستغلال الأرض المحصورة[1]، ولكن قد يقعد صاحب الأرض التي يمر فيها مالك الأرض المحصورة عن الاعتراض على محل المرور وموضعه أو طريقته، ويبقى على ذلك طول مدة التقادم، ففي هذه الحالة فإن حقه في الاعتراض يسقط بالتقادم، ليتأكد في ذات الوقت محل وموضع المرور أو طريقته، حتى ولو كان هذا المحل أو الموضع ليس هو المحل أو الموضع الأخف ضررا، أو كانت هذه الطريقة ليست بلازمة لاستعمال الأرض المحبوسة واستغلالها فيما أعدت له. [2]

(1)- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص78.

(2)- في الخلاف الفقهي حول طبيعة حق الجار في هذه الحالة وما إذا كان يبقى حق مرور قانوني أم أنه يتحول إلى حق ارتفاق. عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص 123.

03 – اختصاص القاضي في تقدير التعويض:

إذا كان القانون يعطي مالك الأرض المحبوسة حق المرور في الأرض المجاورة للاتصال بالطريق العام، فإن ذلك يكون مقابل دفع تعويض عادل، ويبدو ذلك أمرا طبيعيا، لأنه مادام أن صاحب الأرض المحبوسة سيمر في أرض جاره، لأن ذلك سينقص منفعة أرض الجار، بل وقد ينقص من قيمة الأرض ذاتها، فيكون من العدل إذا أن يعوض صاحب الأرض عن الضرر الذي يلحق به، وهو تعويض قد يتحقق باتفاق الطرفين- مالك الأرض المحبوسة ومالك الأرض التي يمارس فيها المرور- فإذا لم يتم مثل هذا الاتفاق، فإن القضاء هو الذي يحدد مقدار التعويض، ويراعي في تقديره قيمة الضرر الذي يصيب مالك الأرض المجاورة التي عليها عبء الحق في المرور.[1]

قضت في هذا الصدد محكمة التمييز اللبنانية بأن:" مسألة تقدير الضرر بالنسبة للعقار الناتج عن تحديد حق المرور ومدى ملاءمته لصاحب العقار المرتفق، هي مسألة واقع لا رقابة لمحكمة التمييز عليها، وأن التعويض في مثل هذه الحالة لقاء المرور، وليس لقاء شراء مساحة الممر، وأن تقدير تحديد التعويض ومدى تناسبه مع الضرر اللاحق بالعقار المرتفق، هو مسألة واقع لا رقابة لمحكمة التمييز عليها".

يلجأ القاضي في تحديد التعويض إلى خبير، لتقويم الضرر الذي أصاب الجار جراء حق المرور التعويض على أرضه، في حالة توافر شروطه، ومتى حددت قيمة الضرر،حكم القاضي بالتعويض ، ولا يجوز الحكم بتعويض إضافي لو أن الضرر الذي أصاحب الجار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار في أرضه، وإنما يجوز الحكم بتعويض إضافي لو أن صاحب الأرض المحبوسة، هو الذي أدخل تعديلات في استغلاله لأرضه، وترتبت عليها زيادة في عبء حق المرور.[2]

لا يشترط أن يدفع التعويض مقدما، بل يصح أن يدفع على أقساط دورية ومتجددة، يستمر دفعها مدة بقاء حق المرور، ويحق للجار في جميع الأحوال أن يمنع صاحب الأرض المحصورة من المرور، قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته، وذلك تطبيقا لقواعد

(1)- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 79.

(2)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص 73.

الحق في الحبس، ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحصورة فعلا في أرض الجار قبل أن يدفع التعويض، فإنه يكون مستعملا لحقه ولا يكون مسؤولا مسؤولية جزائية لدخوله في أرض الغير دون حق، وإنما يطالبه الجار بالتعويض المستحق، وقد يطالبه بتعويض إضافي، إن مر في موضع غير الذي حدد له.[1]

الفرع الثالث

انقضاء حق المرور

حددت التشريعات المقارنة أسباب انقضاء ارتفاق المرور، وسنحاول تناول هذه الأسباب كما يلي:

أولا: – الانقضاء المرتبط بالأجل:

قضت المادة 1026 من القانون المدني المصري، والمادة 1315 من القانون المدني الأردني، المادة 90 من قانون الملكية العقارية اللبناني ، والمادة 878 من القانون المدني الجزائري بأنه : " تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ...".

يخلص من ذلك أن حق الارتفاق ينتهي بانقضاء الأجل المعين لانقضائه، وبالرغم من أن حق الارتفاق متفرع عن حق الملكية، إلا أنه ليس له صفة الدوام التي لهذا الحق، ويقبل التوقيت - أي يكون مؤقتا- ويجوز الاتفاق في السند المنشئ للارتفاق على تحديد أجل معين له[2].

فإذا كان حق الارتفاق موضوع اتفاق حدد بموجبه أجله، فإنه بانتهاء هذا الأجل ينتهي الحق المذكور تنفيذا لهذا الاتفاق، مع العلم بأنه من النادر أن ينظم اتفاق بحق مرور لأجل محدود، ما لم يكن الهدف منه تحقيق غاية مؤقتة، كأن يتفق مثلا على الحق بالمرور لمدة معينة، لتمرير مواد المصنع لتشييد بناء ، حيث ينتهي حق المرور بانتهاء المدة ، واستنفاذ الغاية التي استحدث الحق من أجلها[3].

---

(1)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق ، ص74.

(2)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص313.

(3)- عفيف شمس الدين، مرجع سابق، ص364.

ثانيا – الانقضاء المرتبط بالعقار:

يتجسد الانقضاء المرتبط بالعقار في هلاك أحد العقارين إتحاد الذمة، تضاؤل المنفعة:

01 – هلاك أحد العقارين:

تضمنت التشريعات المقارنة سالفة الذكر،النص على أن: " تنتهي حقوق الارتفاق ... بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما ."

ومن ثمة اعتبر الهلاك التام النهائي للعقار، سببا من أسباب انتهاء ارتفاق المرور، سواء كان الهلاك ماديا نتيجة زلزال أو حريق مثلا[1]، أو هلاكا قانونيا كنزع الملكية للمنفعة العامة، بحيث يعتبر نزع ملكية العقار المحصور للمنفعة العامة في حكم هلاكه، بما يؤدي إلى زوال الانحصار، وذلك لاتصال الأرض مباشرة بالطريق العام، وبالتالي ينتهي حق المرور القانوني[2].

02 – اتحاد الذمة: [3]

يقصد باتحاد الذمة اجتماع العقار المحصور، والعقار الذي يباشر فيه حق المرور في يد مالك واحد، ولقد نصت المادة 1026 من القانون المدني المصري، والمادة 1316 من القانون المدني الأردني، والمادة 878 من القانون المدني الجزائري على هذا السبب كما يلي: " تنتهي حقوق الارتفاق ... باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين".

من استقراء أحكام ما قضت به هذه النصوص القانونية، يتضح بأن حق الارتفاق ينقضي باجتماع العقارين في يد مالك واحد، فإذا تملك مالك العقار المرتفق العقار المرتفق به، أو حدث العكس بأن تملك العقار المرتفق به العقار المرتفق، انقضى الارتفاق حتى ولو بقيت الأعمال المادية الناشئة من الارتفاق، فلا يمكن القول ببقاء حق الارتفاق، لأن المرء لا يمكن أن يكون له ارتفاق على عقار يملكه[4].

---

(1) – نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص280.

(2)- Alex weill, op.cit, p : 572

(3) – يصطلح المشرع الأردني على اتحاد الذمة بالإندغام.

(4)- Patrick courbe, **Droit civil : les biens** , 5 eme édition ,Dalloz, 2009. P120.

تتحد الذمة أيضا إذا ملك أجنبي كلا من العقار المرتفق والعقار المرتفق به في وقت واحد، واجتماع العقارين في يد مالك واحد، قد يتم بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث، الوصية، العقد، الشفعة، التقادم، ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلي abondon صاحب العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عيني، كالالتزام بدفع نفقات الأعمال لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه، إذا وجد شرط يقضي بتحميله هذا الالتزام، فعند ذلك تنتقل ملكية ارتفاق المرور إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد التخلي، وتتحد الذمة في هذا الأخير فينتهي ارتفاق المرور[1]، غير أن انتهاء ارتفاق المرور باتحاد الذمة لا يكون نهائيا في جميع الأحوال، فقد يعود ارتفاق المرور بزوال اتحاد الذمة، وفي هذا تقضي العبارة الأخيرة من النصوص القانونية سالفة الذكر على ما يلي: "...ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين".

يخلص بشأن انقضاء حق المرور، أنه يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: زوال حالة الاجتماع بأثر رجعي: فقد يجتمع العقاران في يد مالك واحد على إثر عقد معلق على شرط فاسخ، ثم تحقق هذا الشرط بأثر رجعي، فيصبح حق المطالبة بالمرور القانوني قائما من جديد، إذا بقي العقار محصورا، مثال ذلك: أن يشتري مالك الأرض المحصورة العقار المجاور الذي كان مقررا عليه حق المرور، ثم يبيع هذا الأخير - أي العقار الذي سبق أن اشتراه- فهنا الشراء الذي تم دون أثر رجعي، لن يمنعه من المطالبة بارتفاق المرور من جديد، إذا ما أعاد بيع العقار الذي اشتراه ، ما دام شرط الحصر لا يزال قائما[2].

الفرض الثاني: زوال اتحاد الذمة من غير أثر رجعي: على العكس فإن اجتمع العقارين بدون أثر رجعي، لا يعيد حق المرور بعد أن انتهى، فيمكن أن يعود هذا الحق في حالة زوال اجتماع العقارين بأثر رجعي فقط[3]، وتجدر الإشارة إلى أن القانون اللبناني لم يرد به نص صريح على مسألة اتحاد الذمة، كما فعلت التشريعات أنفة الذكر، إلا أن التعريف

(1) -jean louis bergel, et autres, op.cit, p356.

(2)- محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق، ص570.

(3)- رمضان أبو السعود، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص428.

الوارد بالمادة 56 من المدونة العقارية اللبنانية لحق الارتفاق بأنه:" تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك الشخص الأول"، يدفع إلى الاستنتاج بأن اتحاد الذمة يؤدي إلى انتهاء ارتفاق المرور.

03 – تضاؤل المنفعة:

تقضي المادة 1029من القانون المدني المصري، والمادة 1319 من القانون المدني الأردني، والمادة 881 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو إذا لم تبقى له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به. "

فإذا زالت الفائدة التي تقرر ارتفاق المرور لتحقيقها، لم يعد هناك محل لوجوده، وكذلك إذا أصبحت الفائدة التي تعود من الضآلة والتفاهة، بحيث لم تعد متناسبة مع العبء الواقع على ارتفاق المرور، اعتبرت هذه الفائدة في حكم العدم، ففي هاتين الحالتين يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تحرير عقاره من الارتفاق، كما إذا كان ارتفاق المرور قائما، وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام، أقرب وأيسر، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به في هذه الحالة، أن يطلب تحرير عقاره من ارتفاق المرور، دون حاجة إلى موافقة صاحب العقار المرتفق[1]، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر انعدام الفائدة من ارتفاق المرور أو مدى نقصانها، وله في هذه الصورة الأخيرة أن يحكم بتعويض مناسب لصاحب العقار المرتفق[2]، وهذه الحالة للانقضاء هي تطبيق محض لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.

ثالثا- الانقضاء المرتبط بالاستعمال:

نعالج في هذه النقطة عدم الاستعمال لارتفاق المرور أو التقادم المسقط واستحالة الاستعمال وفقا لما يلي:

(1)- أنور العمروسي، مرجع سابق، ص379.

(2)- عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص1012.

01 – عدم الاستعمال «التقادم المسقط»

اختلفت التشريعات المقارنة ضمن نصوصها القانونية في تحديد المدة القانونية التي ينقضي بموجبها ارتفاق المرور، نتيجة لعدم الاستعمال، ومن ذلك ما قضت به المادة 1027 من القانون المدني المصري التي جاء بها:" تنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمسة عشر سنة، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة، كانت المدة ثلاثا وثلاثين(33) سنة، وكما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها". [1]

فيما نصت المادة 1321 من القانون المدني الأردني على أنه: " لا تسمع دعوى المطالبة بالحق المجرد، إذا انقضت على عدم استعماله مدة خمسة عشر سنة، فإذا كان الحق موقوفا كانت المدة ستا وثلاثين(36) سنة". [2]

ونصت المادة 879 من القانون المدني الجزائري على أنه:" ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله عشر (10) سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاثة وثلاثين سنة إذا كان الارتفاق مقرر لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الارتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها". [3]

أما المشرع الفرنسي فيقضي بنص المادة 706 من القانون المدني فرنسي بأنها تنتهي لمدة ثلاثين سنة ونصها الفرنسي كما يلي:

la servitude est éteinte par le non usage pendant Trent ans [4]

لم ينص المشرع اللبناني على انتهاء ارتفاق المرور بعدم الاستعمال، ويرجع ذلك إلى وجود نظام السجل العقاري، الذي يقضي بعدم سريان مرور الزمن على الحقوق العقارية المقيدة

---

(1) - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص425

(2) - محمد طه البشير، غني حسون طه، مرجع سابق، ص337.

(3)- هو ما قضت به الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها رقم: 48589، الصادر بتاريخ: 1988/12/21 ، المجلة القضائية، عدد 03،1993 ، ص13.

من المقرر قانونا أن حق الارتفاق ينتهي بعدم الاستعمال لمدة عشر سنوات، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض. حمدي باشا عمر، ***الاجتهاد القضائي العقاري***، دار هومه، الجزائر، 2005، ص120.

(4) –Alex Weill, op.cit, p573.

في هذا السجل، حيث قدر المشرع اللبناني أن معظم العقارات في لبنان قد تم مسحها أي تسجيلها في السجل العقاري، وأن ما بقي منها مآله إلى أن يسجل، ولذلك لم يرى ما يدعو إلى النص على انتهاء ارتفاق المرور بمرور الزمن المسقط.[1]

يستوي أن يكون عدم استعمال ارتفاق المرور اختياريا أو إجباريا، فقد يكون باختيار صاحب ارتفاق المرور، وقد يكون راجعا إلى فعل صاحب العقار المرتفق به، أو إلى الغير، بل إنه قد يكون راجعا إلى قوة قاهرة.

كما نصت التشريعات سالفة الذكر على حالة ما إذا ملك ارتفاق المرور عدة شركاء على الشيوع، وقررت أن انتفاع أحدهم دون الباقين بارتفاق المرور، أو قطع أحدهم التقادم يفيد الباقين، فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من النصوص القانونية التالية:

المادة 2/1027 من القانون المدني المصري، والمادة 2/1321 من القانون المدني الأردني، والمادة 2/879 من القانون المدني الجزائري، ولا يتغير الوضع حتى ولو أجريت القسمة من بعد، فأوقعت ارتفاق المرور في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي قام بقطع التقادم، أو حصل الوقف لمصلحته، وأساس هذا الحكم أن ارتفاق المرور لا يقبل التجزئة، ومن ثم فإنه لا يصح أن ينتهي بالنسبة إلى جزء شائع من العقار المرتفق[2].

تجدر الإشارة إلى أنه وحسب نص المادة 1027 من القانون المدني المصري، والمادة 879 من القانون المدني الجزائري، قضت نهايتها بأنه: " ... وكما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها".

مفاد ذلك أن صاحب ارتفاق المرور قد يستعمل حقه استعمالا جزئيا، ويبقى على ذلك الحال مدة التقادم، فلا يسقط ارتفاق المرور كليا بعدم الاستعمال، وإنما ينتقص إلى القدر الذي استعمل فقط.

يلاحظ أنه كما ينقضي ارتفاق المرور بعدم الاستعمال الجزئي عن طريق التقادم، فإنه يجوز أن يتسع هذا الحق ويزيد نطاقه بالتوسع في الاستعمال عن طريق التقادم

---

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص1013.

(2)- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص282.

المكسب، كما يجوز تعديل كيفية استعمال ارتفاق المرور بالتقادم، فإذا كان مالك العقار المحصور قد تعود مثلا على المرور في طريق غير الطريق المخصص له أصلا، وظل يمر في الطريق الآخر مدة خمسة عشر(15) سنة حسب التشريع **المصري والأردني**، أو مدة عشر سنوات، حسب التشريع **الجزائري**، فإن كيفية استعمال ارتفاق المرور تكون قد تعدلت بالتقادم[1].

02 – استحالة الاستعمال: Impossibilité d'exercice

تقضي المادة 1028 من القانون المدني المصري والمادة 1317 من القانون المدني الأردني، والمادة 880 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال".

كما قضت المادة 2/90 من قانون الملكية العقارية اللبناني بأنه: " يحق للقاضي بأن يأمر بالترقيم إذا كان الارتفاق غير ممكن نفاذه ".

يستخلص من استقراء هذه النصوص القانونية، بأنه إذا أصبح استعمال ارتفاق المرور مستحيلا استحالة مطلقة لبعض ظروف وقعت عليه، فإن ارتفاق المرور ينتهي إلى أن يزول المانع، أما إذا كان استعمال ارتفاق المرور أصبح أكثر مشقة أو أقل فائدة، فلا يعتبر هذا من قبيل الاستحالة.

قد تكون الاستحالة ناتجة عن قوة قاهرة أو حادث جرى، كما في حالة إذا غمرت مياه الفيضان أرضا مقررا عليها ارتفاق المرور، فإن ارتفاق المرور يسقط ما بقي الفيضان[2]، كما يستوي أن يرجع سبب الاستحالة إلى فعل مالك العقار المحصور، أو إلى فعل الغير، ويعود ارتفاق المرور إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلي تماما، بل يكفي أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال ارتفاق المرور، دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة. [3]

(1)- رمضان أبو السعود، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص249.

(2)- زهدي يكن، **الملكية والحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص238.

(3)-Ripert Planiol, , op.cit, p p 974,975.

تقضي الفقرة الثانية من النصوص القانونية الآنفة الذكر بأنه:" ويعود حق الارتفاق ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال"، فإذا بقي استعمال ارتفاق المرور مستحيلا مدة خمسة عشر (15) سنة - حسب ما قضى به التشريع المصري، الأردني - أو مدة عشر سنوات - حسب التشريع الجزائري- أو مدة ثلاثين (30)سنة وفقا للتشريع الفرنسي، فإنه لا يعود حتى ولو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله، ذلك بأن ارتفاق المرور في هذه الحالة يكون قد انتهى، ليس بسبب استحالة استعماله، وإنما بسبب عدم الاستعمال[1].

بعد أن عالجنا في هذا المبحث ارتفاق المرور ، ننتقل في المبحث الموالي لدراسة القيود الراجعة للانتفاع بالموارد المائية

المبحث الثاني

القيود الراجعة للانتفاع بالموارد المائية

يمثل استعمال المياه أهمية خاصة بالنسبة للإنسان وأنشطته المعيشية والإنتاجية، خاصة وأن مسار النشاط الاقتصادي في أي حيز جغرافي، يتوقف على كيفية إدارة نظم المياه فيها واستغلالها، وهذه الأهمية ترفع الموارد المائية إلى مرتبة إستراتيجية في سياسات الدولة.

لقد جاء تنظيم مختلف التشريعات المقارنة لهذه الثروة- ضمن القيود الواردة على حق الملكية لمصلحة خاصة للجيران- أولى بالاعتبار من إطلاق سلطة المالك في الاستئثار بملكه، أي بما يحول بين المالك وبين مباشرة سلطته على نحو مطلق في الاستعمال، سواء في الجانب الإيجابي المتعلق بالانتفاع، والسلبي في منع الغير.

إن المبرر الذي قام لدى مختلف التشريعات المقارنة لتقديم مصلحة الجيران على مصلحة المالك، بما يبرر فرض هذه القيود، هو عدم التناسب بين ما يعود من نفع على المالك في منع الجيران من الانتفاع بملكه- بعد أن يكون قد استوفى حاجته- وبين ما يعود من ضرر فاحش على الجيران جراء منعهم من الانتفاع[2]، وبذلك تتنوع مصالح الجيران الأولى بالاعتبار، بما يدعوا إلى فرض قيود على الملك الخاص لتحقيقها، إلى ثلاث صور:

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **أسباب كسب الملكية**، مرجع سابق، ص1375.

(2)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 167.

• تمكين الجار من الإفادة من مأخذ المياه البعيد عن أرضه، من خلال إجراء مجرى للمياه عبر أرض الجار، وهذا ما يعرف بحق المجرى.

• تمكين الجار من ري أرضه بطريقة مباشر، ومن المسقاة الخاصة بجاره، وهو ما يعرف بحق الشرب.

• تمكين الجار من صرف المياه الزائدة في المصرف الخاص المملوك لجاره، وهو ما يعرف بحق الصرف أو المسيل.

بناء على ما تقدم ذكره سنحاول معالجة هذه القيود ضمن مطلبين نتناولهما فيما يلي:

نخصص المطلب الأول لحق المجرى كقيد من القيود الخاصة، فيما نخصص المطلب الثاني لحق الشرب و حق الصرف(المسيل).

المطلب الأول

حق المجرى كقيد على الملكية العقارية الخاصة

يتصادف في واقع توزع العقار، أنه لا توجد إلى جوار الأرض مسقاة خاصة، تؤمن كفاية حاجة الأرض بالأخذ مباشرة من مياهها، وفي هذه الحالة لا يكون من مناص حينئذ لتغطية هذه الحاجة، تمكين صاحب الأرض من شق مجرى في أرض الجار، وهو المجرى الذي يصله بمورد المياه البعيد، وباعتبار أن حق الملكية وإن كان يخول للمالك - في الأصل- سلطة منع غيره، من استعمال أرضه بأي وجه من وجوه الاستعمال دون رضاه، فإنه في الإطار ذاته يضع في الاعتبار أن تقرير ذلك الأصل على إطلاقه ، يجعل من الوارد أن بعض الأراضي التي لا تجد كفايتها من الماء لبعدها عن موارده، فتتعرض للجفاف وموات المحصول والغرس[1]، لذلك ولاستبعاد هذا الاحتمال ، لم يكن هناك بد من تدخل مختلف التشريعات المقارنة لتقييد حق المالك المانع في استعمال أرضه، وذلك بإجباره على قبول تمرير الماء عبر أرضه، إلى الأرض البعيدة عن مصادر المياه، مع تعويضه عن هذا الإجراء المقيد لحريته في استغلال حق ملكيته، التعويض العادل والمناسب.

(1)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 167.

وكان الفقه الإسلامي قد سار ضمن هذا التوجه، من خلال المبدأ العام بأنه ليس لصاحب الأرض منع جاره من إمرار الماء في أرضه، ومن ذلك قول الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه :" والله لا يمرن به ولو على بطنك"[1].

سنتعرض بناء على التبرير المقدم بالنسبة لإقرار هذا القيد، إلى تبيان شروط ثبوت حق المجرى، وأحكامه، وهذا من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول

شروط تقرير حق المجري

يتقرر حق المجرى لمالك أرض بعيدة عن مورد المياه، فيخوله القانون أن يأخذ عبر أرض الجار ما يكفي لري أرضه، ويبيح له أن يشق مجرى المياه في أرض الجار حتى يصل إلى مورد المياه ويكون هذا في مقابل تعويض عادل[2].

اعتمادا على هذا المدخل، فإنه يمكن تعريف حق المجرى على أنه إجراء الماء اللازم لري أرض بعيدة عن مورد الماء في أرض أخرى متصلة به.

في هذا الصدد قضت المادة 809 من القانون المدني المصري ، والمادة 1298 من القانون المدني الأردني، والمادة 77 من قانون الملكية العقارية اللبناني، والمادة 692 من القانون المدني الجزائري بأنه:" يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا".

على ضوء نصوص هذه التشريعات، نستشف أن حق المجرى هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه ، في إجراء مياه الري في أرض الغير حتى تصل إلى أرضه، وهذا الحق مقرر بنص القانون، وذلك حتى لا تحرم الأرض البعيدة عن مورد المياه، وليتسنى قيام هذا الحق لابد من توافر شروط، سنحاول دراستها تباعا كما يلي:

---

(1)- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص650.

(2)- حمدي محمد إسماعيل سلطح، ***القيود الواردة على مبدأ سلطات الإدارة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"***، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص83.

أولا:أن يكون طالب الحق جارا لمالك الأرض:

يجب أن يكون طالب حق المجرى جارا- أي مالكا للأرض المجاورة- التي يريد أن ينشئ فيها المجرى الخاص ، من أجل أن يثبت له حق المجرى، فينشأ له هذا الحق على نفقته الخاصة في أرض جاره، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المطالبة بحق المجرى تثبت لمن له حق ملكية العقار، بمعنى أن يكون له حق عيني على العقار يخوله استعماله، واستغلاله والتصرف فيه، وعليه يمكن لمالك العقار، أن يطالب بحق المجرى لمصلحة هذا العقار، أما أصحاب الحقوق الشخصية فلا يخولون المطالبة بحق المجرى، لأن حقوقهم لا تنصب مباشرة على العقار، ويمكن لهم المطالبة بهذا الحق بواسطة مالك الحق العيني. [1]

ونحن من جانبنا نرى أن اقتصار هذا الحق على مالك العقار فقط ، دون أصحاب الحقوق العينية الأخرى كصاحب حق الانتفاع والمستأجر، من شأنه حرمان أصحاب هذه الحقوق من استعمال عقاراتهم وعرقلة استثمارها، لذلك وحسب رأينا، وبغرض تشجيع وتسهيل الاستثمار أن يتسع حق المجرى ليشمل مالك العقار، وكل من له حق عيني عليه.

ثانيا: أن تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه:

يلزم لتقرير حق المجرى أن تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه، وقد يكون مورد المياه عاما - كترعة عامة- فهنا يتعين الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة، وقد يكون هذا المورد خاصا، ترعة أو مسقاة خاصة مملوكة للجار، وفي هذه الحالة يكون لمن يتقرر له حق المجرى الوصول إلى هذا المورد عبر أرض الجار، على أساس ما له من حق المجرى، كما قد يكون مورد المياه ترعة أو مسقاة خاصة مملوكة للغير، وفي هذه الحالة يكون للجار البعيدة أرضه عن مورد المياه حق المجرى، حتى يصل إلى هذا المورد عبر أرض جاره وأرض الغير، ويلزم في الحالتين الأخيرتين أن يكون قد تقرر له على هذه الترعة أو المسقاة الخاصة حق الشرب، ويكون ذلك باتفاق خاص مع الجار أو الغير، ويحكم الاتفاق ما يتحمل به المالك البعيدة أرضه عن مورد المياه من نفقات، بالنسبة لإنشاء وصيانة مورد المياه في هذه الحالة[2]، وبالتالي يتجسد هذا البعد عن مورد المياه حينما

---

(1)- سيدي محمد علوي طاهري، **حقوق الارتفاق المائية** ، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، 2014، ص 232.

(2)- سعيد عبد السلام، ***حق الملكية فقهاء وقضاء***، مرجع سابق، ص 99.

تكون الأرض غير مجاورة لمآخذ الماء، وهو ما يفسر حاجتها لتمرير المياه عبر أراض وسيطة تعود للغير ، لأنه لو كانت الأرض مجاورة للمياه، لما قامت الحاجة لعملية التمرير في أراضي وسيطة ، وعليه فإن مناط الحاجة هنا هو كون العقار منحصرا ومحاطا من جميع الجوانب بأراضي الجيران، ولا سبيل لمالكها إلى الوصول للمياه، إلا عبر تمريرها في واحدة أو أكثر من الأراضي المجاورة. [1]

ثالثا: أن يكون مالك الأرض البعيدة بحاجة إلى ري أرضه ريا كافيا:

مع أن نص المواد سالفة الذكر صريح، في ثبوت حق المجرى للمالك الذي لا تتوافر لديه المياه الكافية لري أرضه، إلا أنه لا يشترط أن تكون المياه المطلوب مرورها في أرض الغير، ضرورية لري الأرض البعيدة عن مورد المياه، بل يكفي أن تكون المياه مطلوبة لري هذه الأرض ريا كافيا[2]، بمعنى أنه يجب لثبوت حق المجرى، أن يكون مالك الأرض البعيدة بحاجة إلى ري أرضه عن طريق المجرى، ويجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لري أرض الجار هي إنشاء مروى في أرض جاره، حتى تصل إليه مياه الري عن طريقها، فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للري، كأن يستطيع ري أرضه ريا كافيا عن طريق آبار ارتوازية، أو عن طريق مراوى أخرى حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين، فليس ثمة حاجة إلى حق المجرى في أرض جاره، إذ هو في غنى عن هذه الوسائل الأخرى، ويجب أن تكون هذه الوسائل الأخرى تكفي لري أرضه ريا كافيا[3]، وذلك إعمالا لنص التشريعات سابقة الذكر.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يكون المروى- في حالة حصوله على حق المجرى- من السعة، بحيث يمكن أن يجلب المعني المياه الكافية لري أرضه، وبذلك لا يستطيع المالك أن يعترض على حق مجرى في أرضه، بدعوى أن الأرض المستفيدة منه

---

(1)- سيدي محمد علوي طاهري، مرجع سابق، ص 229.

(2)- معوض عبد التواب، ***المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني***، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السابعة، المجلد الثامن، 2004، ص517.

(3)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص 35.

يأتيها أصلا من المياه ما يعتبر ضروريا أو لازما لريها، مادامت هذه المياه ليست كافية لزراعتها على الوجه الأمثل[1].

في جميع الأحوال يكون لصاحب الأرض الذي تعذر عليه ري أرضه ريا كافيا، وتعذر عليه التراضي مع مالك الأرض التي يمر بها المجرى، اللجوء للمحكمة لتقرير هذا الحق له، وبيان الكيفية التي يكون بها إنشاء المجرى[2].

رابعا: دفع تعويض عادل:

يلزم القانون المالك بقبول مرور المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه عبر أرضه،هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يقرر له الحق في تعويض عادل، ويشمل هذا التعويض مقابل حرمانه من الانتفاع بالأرض التي بها المجرى، بالإضافة إلى التعويض عن كل الأضرار التي تصيبه بسبب المجرى، ولا يدخل ضمن عناصر التعويض، ما يكون قد عاد بالنفع على الأرض المنتفعة بشق المجرى[3].

يكون التعويض أيضا لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من تقرير هذا الحق، سواء كان هو الجار أم شخصا آخر، ويتعين على الطالب أن يدفع مقدما وجملة واحدة التعويض المقرر، قبل البدء في شق المجرى، وإذا لم يدفع التعويض مقدما جاز للمالك أن يرفع دعوى لمنع تعرض الطالب، أو وقف الأعمال الجديدة. [4]

في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن:" الحق في التعويض لا يترتب إلا حيث يكون هناك إخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور، فإذا كان الثابت أن المطعون ضده قد أقام دعواه على أساس وجود حق ارتفاق بالري لأرضه على أرض الطاعنين، وذلك عن طريق مسقاة تمر في أرضهم لري أطيانه، فقاموا بهدم هذه المسقى، مما ترتب عليه تلف زراعته، وهو ما طالب بالتعويض عنه في الدعوى، وكان الطاعنون قد أنكروا على المطعون ضده حق الارتفاق الذي ادعاه، فإنه يتعين على محكمة الموضوع التحقق من وجود الارتفاق الذي ادعى المطعون ضده الإخلال به، حتى يحق له طلب التعويض، فإذا

---

(1)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص101.

(2)- سعيد شعلة أحمد، **قضاء النقد المدني في الملكية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص107.

(3)- حسن كيرة، مرجع سابق، ص 101.

(4)- أنور طلبة، **الوسيط في القانون المدني**، مرجع سابق، ص 31.

أقامت المحكمة قضاءها بالتعويض على ما ذهبت إليه في الحكم المطعون فيه، من أن للمطعون ضده الحق في إنشاء مجرى على أرض الطاعنين طبقا للمادة 809 من القانون المدني، وذلك رغم اختلاف هذا الحق عن حق الارتفاق الذي جعله المدعي أساسا لطلب التعويض، وذلك من حيث طبيعتهما ومصدرهما وكيفية كسبها، فإنها بذلك تكون قد غيرت أساس الدعوى من تلقاء نفسها، وبذلك صار حكمها مشوبا بالقصور ومخالفا للقانون".[1]

خامسا: يجب ألا يخل حق المجرى بانتفاع صاحب الأرض إخلالا بينا:

أقرت التشريعات المقارنة حق المجرى، من أجل تمكين صاحب الأرض البعيدة من الانتفاع بأرضه، فإذا أدى هذا الحق إلى الإخلال الجسيم بانتفاع صاحب الأرض المثقلة به انتفت الحكمة من إقراره، لأن صاحب الملك أولى بالانتفاع بملكه، ولكن مجرد حصول الضرر العادي لا يمنع من إقرار هذا الحق، بشرط أن يعوض مالك الأرض عنه[2].

لا يعتبر التعويض ثمنا للجزء في المجرى ، بل مقابلا لتمرير المياه فقط، وعلى هذا الأساس لا يمكن لصاحب حق المجرى أن يدعي ملكيته للعقار الذي تمر منه المياه، وعليه أن يراعي في شق المجرى كون الجزء من الأرض المتوسطة التي يكون مرور المياه فيه أخف ضررا، وانطلاقا من ذلك، فإنه في حال تعدد الأراضي التي تربط بين العقار ومورد المياه، فإن الاختيار يجب أن يقع على العقار الذي يكون فيه المجرى أخف ضرر، فإذا كان الأمر مرتبطا بعقارين، الأول ذو مساحة كبيرة، والثاني مساحته صغيرة جدا، فإن من شأن إرفاق حق المجرى بالثاني أن يؤدي إلى إعاقة الانتفاع به بشكل كبير، لذلك كان الأولى أن الضرر الأكبر يسبق على الأصغر، ولا يستعمل حق المجرى إلا في العقار الذي يكون فيه المجرى أخف ضررا ، وهو العقار ذو المساحة الكبيرة.[3]

بعد أن عالجنا شروط حق المجرى ضمن هذا الفرع، نتناول أحكام هذا الحق ضمن الفرع الموالي:

---

(1)- وائل شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص 34.

(2)- علي الهادي العبيدي، مرجع سابق، ص 243.

(3)- سيدي محمد علوي طاهري، مرجع سابق، ص 234.

الفرع الثاني

أحكام حق المجرى

إذا أنشئ حق المجرى فإنه يخضع للقواعد العامة التي تحكم حق الارتفاق، فيجب أن يستعمله على الوجه الذي لا ينتج إلا أخف ضرر بمالك العقار المرتفق به، وعلى مالك العقار المرتفق به أن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة استعمال الارتفاق، فهو لا يستطيع ردم المجرى، وإلا التزم بإزالة ما أحدثه، مما يكون من شأنه إعاقة استعمال هذا الحق، مع التعويض إذا كان له محل[1]، كما يلتزم مالك العقار المرتفق، إذا ما تقرر له حق المجرى، وأنشأ مسقاة في أرض جاره، أن يتعهدها بالتطهير والصيانة، وإجراء كل الإصلاحات اللازمة لتعميره، وإلا كان مسؤولا عن الأضرار الناشئة عن تقصيره في ذلك- وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية- وإذا أراد صاحب الأرض التي تمر مسقاة المجرى بها، مالك العقار المرتفق به أن يروي أرضه منها، كان له ذلك في حدود أحكام حق الشرب، وعندئذ يروي أرضه منها بعد أن يأخذ صاحب المجرى ما يكفي لري أرضه من المياه، على أن يشترك معه في نفقات إنشاء المجرى وصيانته[2]، لأنه هو الذي ينتفع بإجراء الماء فيه، فيكون إصلاحه واجبا عليه، لأن "الغنم بالغرم" كما هو مقرر شرعا، وكل حق في مقابله واجب، وكذلك بالنسبة للأنهار والمساقي الخاصة، فإن إصلاحها على الملاك المنتفعين بها، ومن أبى منهم ذلك، وجب جبره عليه وإكراهه على الإصلاح، لما يترتب عن ذلك من ضرر جسيم، فيه ضياع الثروة العامة على الأمة جميعها، وهو ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة سالفة الذكر، بأنه إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم.

يجب أن يكون المجرى مهيأ ومبنيا بشكل متين، بحيث لا يؤدي إلى تسرب المياه إلى العقار المرتفق، ويمكن لصاحب العقار المرتفق به أن يعترض على كل بناء لا يتوفر على الشروط التقنية المطلوبة ويؤدي إلى الاضرار بأرضه، ويمكن أن يطالب المستفيد قضائيا باحترام معايير ومواصفات البناء، فقد ينتج عمليا من مرور المياه الدائم بالمجرى تآكل

(1)- عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص 423.

(2)- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 77.

جنباته مما قد يؤدي إلى تسرب المياه للعقار المرتفق به والاضرار به، ولذا يتحمل المستفيد في الأصل كل النفقات والتكاليف اللازمة لاصلاح وترميم المجرى ، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك [1]، والملاحظ أن التشريعات سالفة لم تشترط أسلوبا معينا للاصلاح والترميم ، وبالتالي للمستفيد صلاحية اختيار الطريقة الناجعة ، غير أنه يمكن لمالك الأرض المرتفقة أن يطالب المستفيد قضائيا بالتقيد بشكل خاص بالترميم والإصلاح، إذا كان الأسلوب المعتمد من طرف المستفيد لا يحقق الغاية منه، أو من شأنه ألا يحول دون التسرب التام والنهائي للمياه، فالمستفيد ملزم بتتبع حالة المجرى وترميمه وإصلاحه، كلما لزم الأمر ، وكل تقصير في ذلك ينتج عنه قيام مسؤوليته التقصيرية، لكن الإشكال يثار في حالة امتناع المستفيد عن إصلاح وترميم المجرى، فهل تقتصر المحكمة على الحكم بالتعويض، أم يمكن أن تحكم على المستفيد بالقيام بأعمال الإصلاح والترميم؟

ألزمت التشريعات السالفة المستفيد من المجرى، القيام بصيانة المجرى وترميمه وإصلاحه، وكل إخلال بهذا الالتزام يعطي الصلاحية للمتضرر باللجوء للقضاء، لإلزام المستفيد باحترام مقتضياته، ولا يحول الحكم على المستفيد بالتعويض عن الضرر دون إمكانية مطالبة هذا الأخير قضائيا بالقيام بأعمال الإصلاح والترميم ، لأن التعويض جزاء قانوني عن ضرر حال، أما الوفاء بالتزام قانوني بالقيام بعمل فرضه القانون، مناطه الحيلولة دون وقوع ضرر مستقبلي[2]، لكن ما الحل إذا تمادى المستفيد في امتناعه عن الإصلاح والترميم؟

اكتفت التشريعات السالفة بصدد هذه المسألة ، بإلزام المستفيد بإصلاح وترميم المجرى، وإعطاء الحق في التعويض للمتضرر، وسكتت عن الحالة التي يستمر فيها الضرر دون تدخل من المستفيد لإنهاء مسبباته.

بعد أن تطرقنا في هذا المطلب لشروط قيام حق المجرى وأحكامه، ننتقل في المطلب الموالي لمعالجة حقي الشرب والصرف.

(1)- سيدي محمد علوي طاهري، مرجع سابق، ص ص 238-240.

(2)- المرجع نفسه، ص 241.

المطلب الثاني

ارتفاق الشرب والصرف كقيدين على الملكية العقارية الخاصة

يثير طرح القيود الراجعة للانتفاع بالمياه، ضرورة أن يتم التطرق إلى شكلين من الارتفاق، بما يرتبانه من إلتزامات على المالك، ويحدان من حرية في استعمال ملكه، وفي الآن ذاته يدخل في الاعتبار مصالح أطراف آخرين، يكون هدفهم الانتفاع من موارد المياه التي تقع تحت سلطة المالك، أو الحق في تصريف المياه الفائضة عبر ملكيته ، ضمن ما يسمى بحق المسيل أو الصرف.

الفرع الأول

حق الشرب كقيد على الملكية العقارية الخاصة

يعد حق الشرب أو السقي أهم صورة من صور استعمال واستغلال موارد المياه، وتبرز أهميته من حاجة الأرض الزراعية للمياه، وتوقف النشاط الزراعي على ما يتوافر له من موارد مائية، وهذا الحق يعرف بأنه: "...الحق في أخذ المياه اللازمة لري الأرض من مجرى مائي (مسقاة أو ترعة) مملوكة لشخص آخر، أي هو حق استخدام مياه مسقاة خاصة مملوكة للغير في ري الأرض"[(1)].

قرر التشريع المصري حق الجار في استعمال المسقاة الخاصة المملوكة لجاره في ري أرضه، وذلك بالنص على أنه: "من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك، كان له حق استعمالها، ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف، وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها "[(2)].

نص المشرع الأردني على أن:" الشرب نوبة الانتفاع بالماء سقيا للأرض أو الغرس". [(3)]

---

(1) - جميل الشرقاوي، ***دروس في الحقوق العينية الأصلية***، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 1970، ص98.

(2) - المادة 808 من القانون المدني المصري.

(3) - المادة 1292 من القانون المدني الأردني.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، وكذا اللبناني فلم ينصا صراحة على هذا الحق، باعتباره يشكل قيدا على الملكية العقارية الخاصة.

يتضح أن الأصل هو أن الري من المسقاة الخاصة يكون لصاحبها، غير أن ذلك لا يحول دون إعطاء الملاك المجاورين أيضا الحق في ري أراضيهم من مياه المسقاة، بعد أن يكون مالكها قد استوفى حاجة أرضه منها، وهنا في الواقع يظهر معنى القيد على ملكية صاحب المسقاة الخاصة، والمقرر لمصلحة جيرانه، لكن ذلك مرهون بتوافر شروط نتعرض لها ضمن العنصرين المواليين:

أولا: شروط ثبوت حق الشرب

يستفاد من نصي التشريعين المصري والأردني، أنه لثبوت الحق القانوني للجيران في الشرب لابد من اجتماع الشروط التالية:

01- الجوار:

يتضح مما سبق أن شرط الاستفادة من المسقاة هو الجوار، ولكن التشريعين سالفي الذكر لم يحددا المقصود بالجوار، هل هو جوار المسقاة، أم جوار الأرض التي توجد بها؟

ذهب البعض إلى أن المقصود هو جوار المسقاة فقط، فلا يكفي جوار الأرض الموجودة بها لثبوت حق الشرب، تأسيسا على أن حق الشرب حق استثنائي ورد على خلاف الأصل، فيجب عدم التوسع في تفسيره[1].

فيما ذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بالجوار، هو جوار الأرض تأسيسا على أن لفظ الجوار ، ورد مطلقا في النصوص القانونية سالفة الذكر في فقرتها الثانية، إذ لا تمييز بين جار ملاصق للمسقاة، وجار ملاصق للأرض التي فيها مسقاة، فكلاهما "جار" في معنى النصوص سالفة الذكر، ولأن الحكمة في الحالتين متوافرة، فالجار في حالة ملاصقته للمسقاة، وفي حالة ملاصقته للأرض التي فيها المسقاة في حاجة لري أرضه، وماء المسقاة يفيض عن حاجة مالكها، فواجب التضامن الاجتماعي يقضي في الحالتين بأن يكون للجار الحصول على حق الشرب[2].

---

(1) - حسن كيرة، مرجع سابق، ص98.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، **حق الملكية**، ج08، مرجع سابق، ص720.

نحن من جانبنا نؤيد هذا التوجه لأن التشديد في علاقة الجوار، ضرب فلسفة التشريع في إقرار حق الشرب، وهو ري أرض الجار من مياه فائضة عن المالك، وعبارة الملاك المجاورين جاءت عامة ومطلقة كما أشرنا، وبالتالي تشمل المجرى أو المسقاة الملاصقة لملك الجار، وعليه فإن الجار في هذه الحالة لا يحتاج فقط لحق الشرب، بل هو في حاجة أيضا لحق المجرى، لكي يتمكن من تمرير مياه المجرى أو المسقاة إلى أرضه، عبر أرض المالك، فيكون لملك الجار على عقار المالك ارتفاقين، الأول حق الشرب والآخر حق المجرى.

عرفت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، الشرب بأن "القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقا للوائح المتعلقة بذلك، كان مالكا لها وكان له وحده حق استعمالها، على أنه إذا استوفى حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أرض الملاك المجاورين، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم في حاجة إليه، على أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها، بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها".

يتبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكها، لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك، وهذا قيد على حق الملكية بقدر ما هو عادل، ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران، فهو الذي يستوفي حقه من المياه أولا، ويأتي الجيران بعد ذلك، فإذا تزاحموا قدم من كانت حاجته أشد، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة.[1]

تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد ما يمنع من تعدد الملاك المجاورين، كل بحسب حالته[2] بما يثبت للجميع على قدم المساواة، الحق في الشرب[3]، سواء تجاه مالك واحد للمسقاة، أو تجاه ملاك متعددين يملكون مساقي خاصة، طالما تحقق الجوار في شأنهم، والمناط في المفاضلة تعينا للأرض المحملة بقيد الشرب في حال تعددهم، سواء انفرد المتمتع بالحق أو تعدد، هو

(1)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص ص 24،25.

(2)- سواء اجتمعوا في صورة الجوار أو اختلفوا، بأن بعضهم جار للمسقاة والبعض الآخر جار للأرض التي تمر فيها المسقاة.

(3)- بمعنى أن صاحب جوار المسقاة، لا يقدم في الانتفاع من مياهها على صاحب جوار الأرض التي تمر بها المسقاة.

بأقلهم عنتا أو ضررا جراء التحمل بهذا القيد[1]، ولا يوجد ما يمنع من إفادة الجار ذو الحاجة للمياه بأكثر من الحق في الشرب على المسقاة الخاصة لأكثر من جار، استيفاء لكامل حاجته من المياه.

02- استيفاء مالك المسقاة حاجة أرضه منها:

لما كان المالك هو الذي أنشأ المسقاة الخاصة على نفقته، أو كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية وهو الذي قام بتطهيرها وصيانتها، فإن له الأولوية في ري أرضه منها، إذ هي ملكه، والمالك أحق بما ملك، وترتيبا على ذات المنطق، فإنه لا يكلف تمكينا للجيران من الإفادة من مسقاته، أن يعمل على الاستعانة بموارد أخرى لسد حاجته من المياه، سواء كان ذلك يمثل كلفة كبيرة أو صغيرة عليه[2]، توفيرا لقدر من مياه مسقاته لجيرانه، بل إن حصته من الماء الذي له أن يستوفيه من مسقاته، يقدر بحسب حاجة أرضه الفعلية، بما يترتب على ذلك من احتمال زيادتها ، بما ينقص حصة الجيران أو يسقط حقهم في الشرب، إذا استوعبت حاجته المستجدة لكامل مياه المسقاة، كما هو الحال فيما إذا توسع في زراعة أرضه بعد أن كان لا يزرع إلا بعضها، أو زرع أنواعا من الزراعات تستهلك قدرا أكبر من المياه، أو اشترى أرضا ملاصقة لأرضه بما أدى إلى زيادة حاجته للمياه، بحيث أن حق الجيران في الشرب لا يتحقق سببه إلا من حيث يوجد فائض من المياه، بعد استيفاء المالك لحاجة أرضه منها[3].

03- حاجة الجار لمياه المسقاة:

ورد في النصين القانونيين سالفي الذكر في فقرتهما الثالثة ما يلي: " ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة فيما تحتاجه أراضيهم من ري"

يستفاد من ذلك أنه يشترط لكي يحصل الجار على حق الشرب أن يكون في حاجة إلى ري أرضه ريا كافيا، فإذا لم يكن عنده مورد من الماء أصلا لري أرضه، قامت به هذه الحاجة،

---

(1)- كما هو الشأن إذا اجتمع للجار المطالب بالحق القانوني في الشرب جوار ملاصق للمسقاة، وجوار آخر لأرض تمر بها مسقاة، عندئذ يتحمل صاحب الأرض الأولى بقيد الشرب، باعتباره أقل عنتا من الجار الثاني نتيجة التحمل بقيد الشرب.

(2)- لا يكلف بحفر بئر ارتوازي في أرضه، أو السعي للحصول على حق الشرب، أو حق مجرى على ملك الغير.

(3)- تتسع حاجة المالك ليس فقط للري، بل كذلك لمستلزمات المشروعات الإنتاجية الحيوانية، التي يصرح له بإقامتها على أرضه. سيدي محمد علوي طاهري، مرجع سابق، ص 262.

حتى ولو كان يستطيع أن يسدها بالالتجاء إلى طرق أخرى، فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ إلى طريقة دون أخرى ، ومادام في حاجة إلى ري أرضه، ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب، كان له ذلك[1].

وبالتالي لا يمكن حرمانه من حق الشرب بحجة أنه يستطيع سد حاجته، باللجوء لطرق أخرى كحفر الأبار أو غيرها، لأن القانون خول له هذا الحق دون إلزامه بطرق أخرى.

في جانب أخر قد يتعدد الملاك المجاورين، وقد يتعدد أيضا الملاك الذين يملكون المساقي الخاصة، فإذا كان الجار محاطا بملاك متعددين كل منهم يملك مسقاة خاصة، فالظاهر أن له أن يختار أيا من هؤلاء الملاك يطالبه بحق الشرب، وهو لا شك يحكم مصلحته في ذلك، فيختار المالك الذي يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أيسر من الملاك الآخرين، وليس له أن يتعنت، فإذا عدل عن هذا المالك إلى مالك آخر، يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أشد مشقة وأكثر كلفة دون مصلحة ظاهرة، رده تفتيش الري عن تعنته ، واختار له أيا من الملاك يكون حق الشرب من عنده هو أيسر[2]، وبالتالي فإن المعيار الذي يجب اعتماده في تحديد المستحق لحق الشرب هو معيار الحاجة والأولوية، كما أنه إذا تأكدت المحكمة من توفر كافة الشروط القانونية من ثبوت مسألة الجوار للعقار الذي تتواجد فيه المسقاة، وثبوت استيفاء صاحبها لحاجته، أي وجود فائض للمياه أو رضا صاحب الملك وثبوت الحاجة للمياه، لري العقار المجاور أو عدم كفايتها، يمكنها أن تقضي باستحقاق الملاك المجاورين لحق الشرب. [3]

إذا كان واجب التضامن الاجتماعي يقتضي أن يكون للجار الحصول على حق الشرب، فإن ذلك مقيد بحسب دواعي الإفادة منه[4]، وبالتالي لا يجوز للجار استعماله إلا لأغراض ري أرضه.

---

(1) - وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص29.

(2)- المرجع نفسه ، ص30.

(3)- سيدي محمد علوي طاهري، مرجع سابق، ص 262.

(4)- محمد حسين منصور، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق، ص92.

04- الاشتراك في نفقات الإنشاء والصيانة:

نصت المادة 2/808 من القانون المدني المصري على أنه: "...وعلى الملاك المتجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها، بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بها."

يتضح من هذا النص أنه وإن كان يعطي للملاك المجاورين حق الشرب، إلا أنه يتم حمل المستفيدين من هذا الحق بواجب الاشتراك في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها، كل بنسبة مساحة أراضيه التي تنتفع بمياهها، ويتم إعطاء الحق لمالك المسقاة في إلزام المنتفعين بالمسقاة بالاشتراك في الإصلاحات الضرورية، ولم يجعل التشريع المصري الملاك المجاورين أصحاب الحق في الشرب أو المنتفعين، شركاء في ملكية المسقاة، فهم إنما يشتركون في نفقات إنشاء السقاة وصيانتها، لا في قيمة الجزء من الأرض الذي شقت فيه المسقاة، كذلك لم يكن اشتراكهم في نفقات الإنشاء والصيانة ليستتبع، إلا لمجرد اشتراكهم في الانتفاع بمياه المسقاة مع مالكها، واشتراكهم معه في مثل هذا الانتفاع لا يكون على قدم المساواة، إذ لمالك المسقاة الأولوية على الملاك المجاورين في الانتفاع بمياهها لري أرضه، بحيث لا يكون لهم الأخذ من مياهها، إلا بعد أن يكون قد استوفى حاجته منها[1]، وقد يكون لتقرير أولوية مالك المسقاة على الملاك المجاورين في الانتفاع بمياهها ما يبرره ، على أساس أن في إعطائه حق الشرب جبرا عنه اعتداء على حق ملكيته، فيكفي أن يكون هذا الاعتداء محصورا في أضيق نطاق، أي بالقدر الذي لا يضر به أو يحرمه من أخذ حاجة أرضه من مياه المسقاة.

إن ما يثير الانتقاد هنا، هو ما يقرره القانون - رغم المركز غير المتساوي في الانتفاع بمياه المساقي- من إلزام الملاك المجاورين بالاشتراك في نفقات المسقاة وصيانتها معا، فما دام أن إعطاءهم حق الشرب لا يعني اشتراكهم في ملكية المسقاة، وما دام أن حقهم في الأخذ من مياه المسقاة لا يبدأ إلا عقب استيفاء مالكها حاجته منها، فلا يبقى أي معنى لإشراكهم في نفقات الإنشاء، بل يكفي إلزامهم بالاشتراك في نفقات الصيانة وحدها.[2]

---

(1)- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص75.

(2) - حسن كيرة، مرجع سابق، ص98.

ثانيا:أحكام حق الشرب

إذا تعذر على طالب الحق في الشرب الاتفاق مع مالك المسقاة، فإنه يعرض شكواه على الجهة القضائية المختصة لتتخذ في شأنه قرار بعد التحقيق والمعاينة على الطبيعة، وبحث المستندات المقدمة وسماع ذوي الشأن، وينفذ القرار بالطريق الإداري بعد أداء التعويض المقرر، وإذا عرقل أو منع صاحب المسقاة صاحب الحق في الشرب من الانتفاع، جاز للجهة المختصة إذا ثبت لديها أن أرض الشاكي كانت تنتفع بالحق المدعى به في السنة السابقة على تقديم الشكوى، أن تصدر قرارا مؤقتا بتمكين الشاكي من استعمال الحق المدعى به، ويستمر تنفيذ القرار حتى تفصل الجهة المختصة في الحق.[1]

أما بالنسبة لنفقات الصيانة والإصلاحات الضرورية، فكما أشرنا آنفا تقسم على جميع المنتفعين بالمسقاة الخاصة، بما في ذلك مالكها بنسبة مساحة الأرض المنتفع بها، ويدخل في مضمون الصيانة والإصلاحات الضرورية أعمال التطهير، وإذا حدث اختلاف على كيفية اقتسام نفقات الإصلاح تولى القضاء توزيعها، وإذا قصر أصحاب الشأن في إجراءات أعمال الصيانة، جاز للإدارة العامة للري القيام بها، بعد الحصول على التكاليف اللازمة لذلك من الأجهزة المحلية المختصة، والتي تقوم بتحصيلها بالطرق الإدارية من الحائزين، كل بنسبة مساحة ما يحوز من الأراضي التي تنتفع بالمسقاة.

بعد استيفاء مالك المسقاة لحاجته من المياه، يثبت للجيران الحق في الإفادة من مياهها، فإذا تزاحموا قدم من كانت حاجته للمياه أشد، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة، بحيث أن المعول عليه كمعيار للمفاضلة ليس القرب من المسقاة، بل الحاجة للمياه، وبالتالي فإن هذا القيد بقدر ما هو خطير على حق الملكية العقارية، بقدر ما هو عادل، لأنه تغليب لمصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة.

بعد أن عالجنا في هذا الفرع شروط ثبوت حق الشرب وأحكامه، ننتقل في الفرع الموالي لتناول حق الصرف أو المسيل.

(1)- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص181.

الفرع الثاني

حق الصرف أو المسيل كقيد على الملكية العقارية الخاصة

يعرف حق الصرف أو المسيل بأنه الحق الذي بموجبه يحق لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام، أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره، بعد أن يستوفي الجار حاجته[1].

نصت التشريعات المقارنة على حق الصرف في موضعين، أولهما يقابل حق المجرى، وثانيهما يقابل حق الشرب، وسنحاول في هذا الفرع التطرق لصور حق المسيل أو الصرف، ثم نعرض لأحكامه من خلال العنصرين المواليين:

أولا:صور حق المسيل أو الصرف

يمكن أن يتخذ حق المسيل أو الصرف في ملك الغير صورتين، إحداهما تقابل حق المجرى، ويتم فيها الصرف بطريق غير مباشر، بتمرير المياه الزائدة عبر الأراضي المجاورة حتى تصب في مصرف عمومي، والأخرى تقابل حق الشرب كما أشرنا سابقا، ويتم فيها الصرف مباشرة باستعمال مصرف الأرض المجاورة[2]، وسنتعرض لهذين الصورتين فيما يلي:

01- الصرف المباشر:

نصت المادة 2/808 من القانون المدني المصري على أنه: " يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها...".

يتضح من هذه المادة أن ما يسري على حق الشرب يسري على الصرف مباشرة، فمن ينشئ مصرفا خاصا، يعتبر مالكا له ويصرف مياه الري الزائدة عنده، قبل غيره من الملاك المجاورين.

يتقرر حق الصرف لغير صاحب هذا الصرف وفق حدود معينة هي:

---

(1) - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص44.

(2) - زرارة عواطف، إلتزامات الجوار، مرجع سابق، ص116.

– صاحب هذا الحق لا يستعمله إلا بعد أن يستوفي مالك المصرف الخاص حاجته، فهذا الأخير قد أنشأ المصرف على نفقته وفي أرضه، فتكون له الأولوية المطلقة في استعماله.

– يتقرر حق الصرف في هذه الحالة للجار الملاصق للمصرف الخاص فقط، وبالتالي لا يستفيد منه الجار غير الملاصق لهذا المصرف، حتى لو كان ملاصقا للأرض التي يمر فيها المصرف، لأن استفادة الجار في هذه الحالة الأخيرة من المصرف الخاص، سيقتضي تمرير مياه المصرف في أرض الجار التي يخترقها المصرف الخاص، لتصل إلى هذا المصرف، بينما لم يتقرر حق تمرير مياه الصرف في أرض الجار، إلا لكي تصب في أقرب مصرف عام، وليس في مصرف خاص، كما سنرى في تبيان الصورة الثانية لحق الصرف.

– الجار المستفيد من حق الصرف عليه أن يشارك في نفقات إنشاء المصرف الخاص وصيانته، بنسبة مساحة أرضه إلى مجموع الأراضي التي تنتفع بهذا المصرف[1].

02- الصرف غير المباشر:

يعني الصرف غير المباشر إسالة مياه الصرف من أرض بعيدة عبر أرض الجار، لتصب في المصرف العمومي، مقابل تعويض عادل لمالك الأرض التي تعبرها المياه، وهو يقابل حق المجرى، وقد ورد حكمه في نص المادة 809 من القانون المدني المصري بقولها:" يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي، شرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا ".

وفقا لذلك يختلف حق الصرف عن حق المجرى، في أن حق الصرف قاصر على الحالة التي يكون المقصود فيها إسالة المياه إلى مصرف عمومي، بينما حق المجرى يثبت، أيا كان مورد المياه مسقاة خاصة أو ترعة عامة[2].

رأينا في الصورة الأولى لحق الصرف أن الجار يستعمل حقه هذا عن طريق مصرف خاص مملوك لجاره، أما في الصورة الثانية - التي نحن بصددها، وكما عبرت العبارة

---

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، **الحقوق العينية الأصلية**، مرجع سابق ، ص80.

(2)- وائل محمود شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص37.

الأخيرة من النص الآنف الذكر- فيجب على مالك الأرض أن يسمح لملاك الأراضي الزراعية البعيدة عن المصرف العمومي، أن يشقوا مصرفا خاصا في أرضه، تمر فيه المياه الزائدة عن حاجة أراضيهم لتصب في أقرب مصرف عمومي[1]، ويلزم مالك الأرض البعيدة عن المصرف العمومي الذي تقرر له حق الصرف، بتعويض صاحب الأرض التي يحفر فيها المصرف الذي تمر فيه المياه الزائدة لتصب في المصرف العمومي، ويشمل هذا التعويض جميع الأراضي التي ترتبت على شق المصرف في أرضه، سواء كانت بسبب حرمان صاحب الأرض من الانتفاع بجزء من أرضه، ثم شق المصرف فيه، أم كانت ناشئة من شق هذا المصرف[2].

فيما يتعلق بحق الصرف أو المسيل في صورتيه، يجب أيضا أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار، هي حصوله على حق مسيل في أرض جاره، فإذا كانت لديه وسائل أخرى، كأن استطاع أن يصرف المياه عن طريق آخر ولو كان بعيدا، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل في أراضيهم، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق المسيل في أرض جاره، ويجب هنا أن يمكن الجار من صرف مياهه صرفا كافيا، فإذا كان يستطيع صرف مياهه صرفا غير كاف، لم يمنعه ذلك من طلب حق المسيل.

المياه التي يطلب من أجلها حق المسيل، هي المياه التي تتخلف بعد ري أرض الجار، أما المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة كمياه الأمطار[3]، فهذه لا يقرر التشريع المصري والجزائري حق المسيل بالنسبة إليها، على خلاف التشريع اللبناني في المادة 1/59 من قانون الملكية العقارية ، والتشريع الأردني في المادة 1304 من القانون المدني، بنصهما على أنه : "- تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الاراضي العالية دون أن يكون ليد الانسان دخل في اسالتها، - لا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل - لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بعمل يزيد

(1)- سعيد جبر، مرجع سابق، ص389.

(2)- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص48.

(3)- وائل محمد شحاته الخطيب، مرجع سابق، ص 38.

من عبء الأراضي المنجفضة " وهذا مطابق لما ورد في المادة 640 قانون مدني فرنسي التي جاء فيها:

Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux quien découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.(1)

من استقراء نصوص هذه التشريعات ، يمكن التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: تصريف المياه الطبيعية كمياه الأمطار والثلوج والعيون، فلمالك الأرض المرتفعة استعمال هذه المياه والانتفاع بها، وعلى مالك الأرض المنخفضة أن يتحمل مسيل هذه المياه في أرضه، دون أن يكون له الحق في مطالبة مالك الأرض المرتفعة بأي تعويض، كما يلتزم مالك الأرض المنخفضة بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه صد هذه المياه عن المرور في أرضه، كبناء سد أو حاجز، فإذا أخل بهذا الالتزام تحققت مسؤوليته.

إذا يمثل حق الصرف "المسيل" قيدا أملته الضرورة، فإذا كان من شأن استعمال صاحب الأرض المرتفعة للمياه أو طريقة توجيهها، أن يزيد من عبء الأرض المنخفضة، فإنه يكون قد جاوز حدود الضرورة، وبالتالي فإنه يلتزم بتعويض صاحب الأرض المنخفضة عن ذلك، فلو بدل مالك الأرض المرتفعة اتجاه المياه، بأن استعملها للري أو في مصنع لم يكن موجودا من قبل، كان له ذلك، ولكن في مقابل تعويض صاحب الأرض المنخفضة.

الحالة الثانية:المياه المستنبطة

هي الحالة التي يستخرج فيها مالك الأرض المرتفعة المياه بفعله، فلو حفر مالك هذه الأرض بئرا وأدى ذلك إلى جريان المياه على الأرض المنخفضة، فإن القانون يقضي بتحميل مالك الأرض المنخفضة مسيل المياه الزائدة على أرضه، ولكنه قرر له في مقابل

(1) -L'art 640 , code civile français.

ذلك الحق في مطالبة صاحب الأرض المرتفعة بالتعويض، عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك[1].

إذا كانت التشريعات السالفة قد سمحت بمقتضى الحالتين السابقتين، بزيادة العبء الناشئ عن المسيل من الأراضي العالية، فقد نصت أيضا على حالات لا يمكن أن يزيد فيها العبء الناشئ عن المسيل، بل يجب أن يبقى على أصله فقط، أي في حدود المسيل الطبيعي من الأراضي العالية، دون تدخل من يد الإنسان.

هذه الحالات هي: البيوت والباحات والبساتين، والجنائن والعرصات المسورة الملاصقة للمساكن، فهذه الأماكن لا يمكن أن تخضع لأي زيادة في ارتفاق مسيل المياه، متى كان ذلك ناشئا عن تدخل يد الإنسان في حالة استعمال مياه الأمطار والتصرف بها، وحالة مياه العيون النابعة من أرض ما، وحالة تفجير المياه بالسبر أو الحفر[2].

ثانيا:أحكام حق الصرف

ذكرت المادة 808 من القانون المدني المصري بأنه:" على الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو الصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بها، وإذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها سواء، كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر".

يتبين من هذا النص، أنه يقع على عاتق صاحب حق المصرف أن يتعهد المصرف بالتطهير وحفظ الجسور، بحيث إذا أصاب الأرض التي يمر بها المصرف ضرر، سواء كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور، كان لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر[3]، أما فيما يتعلق بالإصلاحات الضرورية فقد نصت المادة 811 من القانون المدني المصري على أنه: " إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على

(1)- بشير طه، غني حسون طه، مرجع سابق، ص ص82،83.

(2)- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص61،62.

(3)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص40.

القيام بالإصلاحات الضرورية، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم".

فطبقا لهذا النص القانوني، فإنه إذا كان المصرف يحتاج إلى إصلاحات ضرورية، مثل تطهيره أو صيانته أو تقوية جسوره وحفظه من الانهيار، وجب على جميع المنتفعين بالمصرف الاشتراك في نفقات هذه الإصلاحات الضرورية، سواء كانوا جميعا مشتركين في إنشائها، أو كان قد أنشأها أحدهم وثبت للباقين عليها حق الصرف، فإذا لم يتفقوا على القيام بهذه الإصلاحات، جاز إلزامهم بناء على طلب أي منهم بالاشتراك في نفقات هذه الإصلاحات، بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بالمصرف[1].

تقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد بأنه: " وإذا انتفع بالمصرف أشخاص متعددون، سواء لأنهم اشتركوا جميعا في الإنشاء، أو لأن واحدا منهم هو المنشئ، وللباقي حق الانتفاع وفقا لما تقدم من الأحكام، فإنهم يشتركون جميعا في الإصلاحات الضرورية، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أي واحد منهم".[2]

أما بشأن الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالري والصرف، فقد كانت محل خلاف فيما سبق، من حيث الجهة التي كانت تتولى الفصل في هذه المنازعات، إلا أنه بصدور قانون الري المصري رقم: 74 لسنة 1971م، حسم الخلاف وجعل الاختصاص بالفصل في منازعات تعويضات الري والصرف من اختصاص لجنة الري[3]، وفيما عدا هذه التعويضات تختص جهات القضاء العادي إذا ثار نزاع حول أصل الحق، ومع ذلك ينبغي أن يراعى أن المحاكم تعد صاحبة الاختصاص في كل ما لم ينص عليه، باعتبارها صاحبة الولاية العامة لنظر المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص.

(1)- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 49.

(2)- وائل محمد شحاتة الخطيب، مرجع سابق، ص 40.

(3)- هذه اللجنة الإدارية تشكل دائرة في كل محافظة، برئاسة قاضي وعضوية مهندس الري المختص.

خلاصة الباب الثاني

نخلص في نهاية هذا الباب إلى أن المالك قد تكون ملكيته في حالة تجاور وتلاصق مع ملكية غيره، فلاجتناب ما قد يثيره هذا التلاصق من مشاكل يتفق مع مالك الأرض المجاورة على وضع حدود فاصلة وواضحة بين الملكيتين من خلال تطبيق ما جاء في سندات الملكية المحددة للمساحة، وفي حالة عدم الاتفاق بشأن وضع الحدود، وليس بشان الملكية، أجازت التشريعات المقارنة سابقة الذكر من خلال النصوص القانونية السالفة لأحد المالكين إجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة وذلك برفع دعوى تعيين الحدود، أما بشأن الحائط الفاصل بين عقارين، فإن الأمر يختلف كما رأينا حينما قضت نصوص التشريعات سالفة الذكر، بأن مسألة تحويط الملك أمرا جوازيا للمالك لا يمكن إجباره عليه، بخلاف الوضع في التشريع الفرنسي الذي قضى بعكس ذلك كما رأينا.

نخلص في نهاية هذا الباب أيضا إلى أن قيد نزع الملكية العقارية الخاصة من أخطر القيود التي تلجأ إليها الإدارة لاستيفاء احتياجاتها، لما فيه من طابع الاعتداء على الملكية الخاصة لذا يتوجب أن يلائم القاضي بين آليات الرقابة والطرق التي ابتدعتها الإدارة لتبرير عمليات النزع، ولا يتسنى ذلك إلا من خلال إجراء رقابة وقائية ملموسة، ومن خلال تفحص جدوى تنفيذ الأشغال تطبيقا لنظرية الموازنة التي تمكن من إبراز المنافع المرتقبة من عملية النزع بالنظر إلى المساوئ التي يمكن أن تنجر عنها، لذا أجازت التشريعات المقارنة نزع الملكية العقارية الخاصة، ضمن ضوابط دستورية وقانونية، تضمن عدم التعسف في هذا الإجراء، باستثناء الدواعي المتصلة بالمنفعة العمة وشريطة حصول المالك على تعويض عادل عن نزع الملكية.

نصل كذلك إلى أن التشريعات المقارنة في إطار تحقيق حماية للجار الذي يكون في حالة تلاصق، وهو بحاجة إلى فتح مطل أو منور، تطلبت توفر مجموعة من الشروط ولم تترك القيد على إطلاقه، حتى لا يتوسع في استعماله ، وتتماشى تلك الشروط التي تدور أساسا حول عنصر المسافة والغرض الذي وجدت الحماية من اجله أساسا، وذلك وفقا لنوعية القيد المزمع إنشاؤه فيما إذا كان مطلا أو منورا ،ويعود سبب اختلاف المسافة بين نوعي المطل، إلى أن المطل المواجه هو أكثر مضايقة للجار من المطل المنحرف ،لكونه

كما رأينا يطل بشكل مباشر على ملك هذا الأخير ،بينما المطل المنحرف فيحتاج إلى أن يلتفت الناظر منه إلى اليمين أو الشمال أو حتى الانحناء إلى الخارج ، كما قلنا سالفا ، لذلك عمدت التشريعات المقارنة سالفة الذكر إلى تقييد المطل المواجه بقيد أشد من المطل المنحرف، وعلى أساس ذلك خولت للجار ، إذا ما تم فتح هذه المطلات ، أو المناور على اقل من المسافة القانونية المحددة ، أن يطلب سدها ولو لم يصبه ضرر ،لأن فتحها على هذا النحو يشكل اعتداء على ملك الجار .

عالجنا في هذا الباب ارتفاق المرور باعتباره قيدا على الملكية العقارية الخاصة، وهو الارتفاق الذي يثبت لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام في الحدود والضوابط التي رسمها القانون، وقد أورد التشريعات المعتمدة هذا القيد، وخولت لمالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض الجار للوصول إليها، غير أن هذا القيد ليس مطلقا، بل تحده عدة ضوابط كان الهدف منها تقليل الأضرار الواقعة على المالك المجاور، والبحث عن بدائل أخرى ما أمكن ذلك، خاصة في حال زوال السبب المنشئ لهذا الارتفاق.

سلطنا في هذا الباب الضوء على القيود الراجعة للانتفاع بموارد المياه، والتي تبرز في ثلاث صور ، من خلال ما يعرف بحق المجرى، وكذا تمكين الجار من ري أرضه من المسقاة الخاصة بجاره، وهو ما يعرف بحق الشرب، وأخيرا تمكينه من صرف المياه الزائدة في المصرف الخاص المملوك لجاره، وهو ما يعرف بحق الصرف.

إن تبرير فرض هذه القيود من التشريعات المعتمدة، يأتي في سياق حماية مصلحة الجيران مع حماية مصلحة المالك في الآن ذاته، وتجاوز ما يقع على الجيران جراء منع المالك لهم من الانتفاع، رغم كونه استوفى حاجته.

خـــاتمـــة

خاتمة

يمكن أن نصل في ختام عملنا هذا إلى جملة من النتائج والاقتراحات، التي يمكن أن نجملها فيما يلي:

أولا- النتائج المتعلقة بقيد سلطتي الاستعمال والتصرف

01- لم يعد استعمال الحقوق مطلقا ومتروكا إلى محض إرادة صاحبه يمارسه كيفما شاء، وإنما أصبحت حماية القانون مبسوطة على الاستعمال المشروع وحده ،أما الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي ، فلا يخضع لحماية القانون ،مما يستلزم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر .

02- يتعين على كل فرد التصرف في ملكه بالطريقة التي تحقق الغايات الاجتماعية للملكية، وللمجتمع منعه من كل تصرف لا يتفق وجوهر حق الملكية، وله أيضا معاودة النظر في أمر الملكية الخاصة، إذا استعملت على نحو يلحق الضرر بالغير، ذلك أن الملكية العقارية الخاصة يتحدد نطاقها، وترسم آثارها ويرتهن وجودها بمدى قيامها بوظيفتها الاجتماعية.

03- يعتبر التعسف في استعمال الحق متحققا عند تجاوز صاحب الحق الغرض ، الذي من أجله منح هذا الحق، فالقانون لا يحمي الحق ومستعمله، إلا إذا استعمل هذا الحق في الأطر الشرعية، ولم يصل استعماله حد الإضرار بالغير، فلا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمل حقه في تحقيق أغراض، تتنافى مع غايات مشروعة، وهذا ما سار إليه التشريع اللبناني والأردني، المصري، الجزائري، الفرنسي.

04- حددت التشريعات المقارنة محل الدراسة معاييرا تعد بمثابة ضوابط واطر يعرف بواسطتها توافر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، مما يساعد في ضبط وتحديد ماهية الفعل التعسفي، وتتجسد هذه المعايير في نية الإضرار وانعدام التناسب بين الفائدة والضرر، وعدم مشروعية المصلحة، وبتوافر هذه المعايير يكون صاحب الفعل متعسفا، مما يستوجب توقيع الجزاء المناسب، وهذا ما قضت به نصوص مختلف التشريعات المقارنة، كالتشريع المصري، اللبناني، الجزائري، على خلاف التشريع الأردني الذي أضاف معيارا رابعا، وهو تجاوز الفرد في استعمال حقه ما جرى عليه العرف والعادة.

05- يتبين لنا أن التشريع الأردني، اللبناني، الجزائري، الفرنسي، لم يتضمنوا في نصوصهم القانونية، القاعدة العامة التي تقضي بأن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، على خلاف المشرع المصري الذي نص على هذه القاعدة في المادة 04 من القانون المدني المصري، قبل سرده لمعايير التعسف.

06- وضعت التشريعات المقارنة محل الدراسة، قيودا على حق المالك في استعمال ملكه بألا يتجاوز ما يوصف بمضار الجوار المألوفة ،وفي تبيان الظروف التي يعتد بها القاضي بشأن تحديد الضرر غير المألوف، نصت التشريعات المقارنة ، على أن يراعي في ذلك: العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له، باستثناء المشرع اللبناني الذي تغاضى عن النص على هذه المعايير ، واكتفى بدلا من ذلك على مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش.

07- فيما يخص مسألة انعقاد المسؤولية - وفقا لقواعد هذه النظرية- فقد استوجبت كل التشريعات المقارنة سالفة الذكر ضمن نصوصها، ضرورة توافر صفة الجار في شخص الجار والمسؤول على حد سواء، وهذا ما يستفاد من صريح نصوصها، والتي جاء فيها (وليس للجار أن يرجع على جاره)، بينما أغفل المشرع اللبناني هذا التوصيف صراحة، وعبر عن ذلك بمصطلح الغير.

08- إذا عدنا إلى نصوص التشريعات السالفة، لوجدنا أنها تناولت الجار بلفظ العموم ، وبالتالي فهي لم تحدد إن كان ملاصقا أم لا، كما أنها لم تحدد أيضا إن كان الجار مالكا أو مستأجرا أو مجرد شاغل، وهذا باستثناء التشريع الفرنسي، الذي وسع في صفة الجار ورتب مسؤولية مستأجر العقار وشاغله عما يحدثه من أضرار بجاره، ويعد التزام المالك بعدم إلحاق الضرر غير المألوف بجاره، التزاما بالامتناع عن عمل، ويترتب على الإخلال به، حق الجار في طلب إزالة الضرر، وهذا ما أقره التشريع المصري،الأردني، الجزائري، فنصت نصوص هذه التشريعات كلها على هذا الجزاء، أما بالنسبة للتشريع اللبناني ، فلم يبين الجزاء الذي يترتب على قيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، وبالتالي ، يتم الرجوع بصدد ذلك إلى القواعد العامة.

09- أقر التشريع المصري والجزائري والأردني، ضمن نصوصهم القانونية، بأن الترخيص الصادر من الجهات المختصة، لا يرفع مسؤولية المالك عن الأضرار التي يلحقها بالجار، وهذا ما يستدل من عبارة (ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة، دون استعمال هذا الحق) على خلاف التشريع اللبناني، الذي لم يرد ضمنه نص صريح بشأن هذه المسألة.

10- تتفق التشريعات المقارنة محل الدراسة عند تحديد ماهية الشفعة، بأن المركز القانوني الذي يثبت للشفيع، يخوله انتزاع المال المشفوع فيه جبرا عن المشتري، ولا يتوقف على رضاه، كما اختلفت نظرة هذه التشريعات حول طبيعة الشفعة، ففي حين اعتبر التشريع اللبناني الشفعة حقا، في حين اعتبرها التشريع الجزائري والمصري رخصة، فيما كيفها التشريع الأردني بكونها مرتبة وسطى بين الحق والرخصة، بينما اعتبرها التشريع الفرنسي امتيازا.

11- أقر التشريع الأردني واللبناني، بأن حق الشفعة هو حق غير قابل للتجزئة، بمعنى أنه ليس للشفيع طلب جزء من المال المشفوع فيه، بل يلزمه طلب كل المال المشفوع فيه ،أما بالنسبة للتشريع المصري، الجزائري، فلم يتضمن أي منهما نصا مماثلا لهذه المسألة، بالنسبة لتوريث حق الشفعة أقر التشريع اللبناني والأردني إمكانية ذلك إذا مات الشفيع قبل أن يطلبها، مادامت قد اكتملت شروط الأخذ بها، بينما التزم التشريع الجزائري والمصري الصمت إزاء ذلك.

12- أعطت التشريعات المقارنة للجار المالك، حق الأخذ بالشفعة، وجعلته في المرتبة الأخيرة بين الشفعاء، باستثناء التشريع الجزائري، والذي لم ينص على هذه الحالة في القانون المدني، ونص عليها في قانون التوجيه العقاري25/90، لكن في حالات خاصة تختلف عما ورد في التشريعات الأخرى، وكرس شفعة الجار في نطلق الأراضي الفلاحية فقط دون باقي الأصناف الأخرى.

13- إن القاعدة حسب ما قضى به التشريع الجزائري واللبناني والمصري هي تقسيم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء، وذلك بقدر نصيب كل منهم، وهذا على خلاف التشريع الأردني، الذي خالف هذه القاعدة، وجعل استحقاق الشفعاء للشفعة عند تزاحمهم، وكانوا من طبقة

واحدة بالتساوي بينهم، كما اهتمت التشريعات بإعلان الرغبة في الشفعة واعتبرته إجراء هاما، ورتبت عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به، وأوجبت ضرورة إفراغ هذه الرغبة في شكل رسمي وتسجيلها، واختلفت في تحديد ميعاد إعلان الرغبة، فبينما اتفق المشرع المصري والفرنسي في مهلة خمسة عشر(15) يوما، جعلها المشرع الأردني والجزائري في مهلة ثلاثين (30) يوما، فيما قصرها المشرع اللبناني في (10) أيام تلي التبليغ.

14- تناول المشرع المصري الشرط المانع من التصرف، وذلك دون أن يمد حكمه إلى الشرط المقيد للتصرف، أما التشريع الأردني فقد استخدم عبارة شروط تقييد حقوق المتصرف إليه، ولم يستعمل عبارة المنع من التصرف، أما المشرع اللبناني فلم يتناول هذا الشرط بطريقة مباشرة وصريحة على نحو ما فعله التشريعان المصري والأردني، وأشار إليه بصفة عرضية، أما التشريع الجزائري فقد أورده في نصوص خاصة تتعلق على وجه التحديد بقطاع السكن، فيما ربطه المشرع الفرنسي بتوافر مصلحة جدية ومشروعة لإجازته.

15- تم الاشتراط لصحة المنع من التصرف أن يكون هذا المنع مقصورا على مدة معقولة، بأن لا يكون ذلك المنع مؤبدا، باعتبار أن ذلك يؤدي إلى تجريد المالك من سلطة التصرف ، التي تعتبر عنصرا جوهريا لحق الملكية، كما لا يجوز أن يكون المنع لمدة طويلة، بحيث يتجاوز الحاجة التي دعت إليه، وقد عبر المشرع المصري عن ذلك باستخدامه عبارة المدة المعقولة، واستخدم المشرع الأردني عبارة المدة المحددة، فيما يستخدم المشرع الفرنسي عبارة مدة مؤقتة.

16- إن الحكمة من اشتراط رخصة البناء ، واعتبارها قيدا على حرية المالك في التصرف في ملكيته، إنما تهدف إلى ضمان الرقابة على مدى مطابقة أعمال البناء، وما يستوجبه السير الحسن لإنجاز المباني، وضع حد لحالات عدم إتمام البناء، وتحديد شروط شغل واستغلال البنايات، وتجسد ذلك ضمن نصوص التشريعات المعتمدة في البحث.

17- تشكل رخصة التجزئة من منظور التشريعات المعتمدة، محورا رئيسيا في النشاط العمراني من ناحية تنسيقه وتنظيمه، ويكون مالك الوحدة العقارية غير المبنية مقيدا بضرورة الحصول عليها، وذلك من أجل إجراء عملية التجزئة إلى قطعتين أو عدة قطع

أرضية، من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية، ويتم اشتراطها كإجراء قانوني معتمد في تنظيم ميدان التعمير وضبط الملكية العقارية الخاصة، ومراعاة حقوق الأفراد، وحماية المصلحة العمرانية العامة.

18- أوجبت التشريعات محل الدراسة، ضرورة أن تقترن عملية الهدم الجزئي أو الكلي للبناية بالحصول المسبق على رخصة الهدم، ولا يمكن للإدارة رفض طلب الحصول على هذه الرخصة، إلا للأسباب القانونية التي أوردتها قوانين البناء والتعمير، سواء ما اتصل منها بمبرر الطابع المعماري والتاريخي بما يحظر الهدم، وقد انفرد المشرع الأردني في اعتبار رخصة الهدم ضمن رخص الإعمار عامة، دون أن يشير إليها صراحة، فيما لم يفرضها المشرع الفرنسي سوى في التجمعات السكانية التي يفوق عدد سكانها عشرة ألاف ساكن.

بعد عرض النتائج التي توصلنا إليها في الباب الأول من الدراسة، نورد النتائج التي خلصنا إليها في الباب الثاني ، والتي يمكن إيرادها على النحو التالي:

ثانيا: النتائج المتعلقة بقيد سلطة الاستغلال

01- خولت التشريعات المعتمدة في دراستنا، لكل مالك الحق في أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، ووضع علامات مادية ظاهرة لهذه الحدود، ليتعرف كل مالك للملكين المتجاورين والمتلاصقين على حدود ملكه بوضوح، مع الاشتراك في نفقات التحديد، في حين قرر كل من التشريع المصري والجزائري، بأنه ليس للجار إجبار جاره على تحويط ملكه، ولا التنازل عن جزء منه، فلكل مالك الحق في تحويط ملكه، على أن لا يتعسف في استعمال حقه، على خلاف الوضع في التشريع الفرنسي الذي يعترف بالحق في التحويط.

02- تناولت مختلف التشريعات المعتمدة أحكام الحائط المشترك، وذلك ضمن مختلف نصوصها، واعتبرته صورة من صور الملكية الشائعة، باستثناء التشريع اللبناني والأردني، الذين أوردا أحكامه بين أحكام حقوق الارتفاق القانونية.

03- تقتضي القاعدة العامة في الإثبات، بأن عبء إثبات الاشتراك في الحائط يقع على عاتق المدعي ، غير أن التشريعات المعتمدة - باستثناء التشريع اللبناني- خرجت على ذلك

بوضعها قرينة في هذا الصدد، حيث قضت في نصوصها بأن الحائط الذي يكون مشتركا وقت إنشائه فاصلا بين بناءين، يعد مشتركا حتى مفرقهما، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

04- قرر التشريع المصري والجزائري والفرنسي، بشأن مسألة إصلاح الحائط المشترك وتعليته، بأن تقع نفقة إصلاحه وتجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه، على خلاف التشريعين الأردني واللبناني، الذين لم يوردا نصا يقر هذه المسألة صراحة.

05- إذا اتفق الشريكان على التعلية، تحمل كل منهما نصيبه في نفقاتها، وإذا لم يتفق الشريكان جاز لأي منهما، حسب ما قضى به التشريع الجزائري و المصري والفرنسي والأردني، أن يستقل بالقيام بالتعلية، شريطة أن تكون له مصلحة جدية في هذه التعلية، وأن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، في حين قرر التشريع اللبناني أنه لا يجوز للشريك، القيام بالتعلية إلا بموافقة شريكه.

06- قيدت التشريعات المعتمدة في دراستنا فتح المطلات المواجهة بمسافة معينة، حددت في التشريع المصري ب01 متر، فيما حددها التشريع اللبناني والجزائري بـ 02 متر، وحددها التشريع الفرنسي ب 01.90 متر ، والتزم التشريع الأردني الصمت بصدد هذه المسألة، وبخصوص فتح المطلات المنحرفة، فمسافتها تختلف من تشريع لآخر، فتم تحديدها حسب التشريع المصري واللبناني بمسافة 50 سنتيمتر، فيما حددها التشريع الجزائري والفرنسي ب60 سنتيمتر، أما فيما يخص المناور ، فحدد التشريع المصري قاعدة هذا المنور بقامة الإنسان المعتادة، أما التشريع اللبناني فحددها تحديدا حسابيا، بأن تعلو قاعدة المنور عن أرض الغرفة بقدر مترين ونصف إذا كان الطابق ارضيا، ومقدار متر و90 سم، إذا كان الطابق علويا، وحدد المشرع الجزائري هذه القاعدة بمقدار مترين.

07- يمكن أن يتم اللجوء إلى نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة، كإجراء تتبعه الإدارة في نقل ملكية عقارية خاصة إليها، وفقا لإجراءات يحددها القانون، ومقابل تعويض يدفع للمنزوع ملكيته، وهذا ما أكدته التشريعات المعتمدة في سياق الربط بين عملية نزع الملكية العقارية الخاصة وما يقع عليها من تقييد، وأجمعت على وجوب استيفاء الطرق الودية قبل مباشرة عملية النزع، أكدت أيضا على مسالة التعويض العادل في ذلك، وأتاحت للمتضرر طرق الطعن في ذلك.

08- تشكل المنفعة العامة غطاء لتحرك الإدارة في نزع الملكية العقارية الخاصة، ويصبغ هذا المبرر مسعاها، كما يدفع الأفراد إلى القبول بها، وعلى هذا الأساس اتفقت التشريعات المعتمدة على ضرورة ارتباط عملية نزع الملكية العقارية الخاصة بمبرر المنفعة العامة ، كإطار وحيد لإكساب العملية الشرعية المطلوبة في إتمامها.

09- اهتمت التشريعات المعتمدة بتحديد الإجراءات العادية لنزع الملكية العقارية الخاصة، ووفرت الضمانات القانونية لسيرها، تجنبا لانحراف العملية عن هدفها الأصلي، ومنعا للإضرار بالمنزوع ملكيته، وكذا احترام الآجال القانونية في التنفيذ، بما في ذلك مرحلة الإعلام والتعويض عن ما لحق بالمالك من ضرر وما فاته من كسب.

10- توصلنا إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على إجراءات الاسترجاع في عملية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، ولم يحدد أي شكل لتقديم طلب الاستعادة، كما لم يحصر حق المطالبة باسترجاع الملكية الخاصة بأجل أو ميعاد قانوني محدد، فيما جاء المشرع اللبناني أكثر تفصيلا وتوسعا في مسألة حق استرداد المتضرر لملكيته المنزوعة، وكان أكثر تضمنا للاحتمالات الممكنة بشأن هذا الاسترداد، خصوصا وأنه أشار إلى انتقال هذا الحق إلى خلفاء المالك.

11- أوردت التشريعات المعتمدة قيد ارتفاق المرور، وخولت لمالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض الجار، للوصول إلى هذا الطريق مشترطة انحصار الأرض عن الطريق العام، إضافة إلى عدم رجوع الانحصار إلى فعل المال، وعدم التمتع بحق المرور على وجه التسامح والإباحة، وقد وسع كل من التشريع المصري والأردني والجزائري والفرنسي من مدلول الانحصار، ليشمل الانحصار الجزئي إلى جانب الانحصار الكلي ، غير أن التشريع اللبناني لم يأخذ بهذا المعنى، إلا في حالة الانحباس الكلي.

12- اتفقت التشريعات سالفة الذكر في نصوصها،على انه يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام، ملائمة وتحقق اقل ضرر بالملاك المجاورين، واختلفت ضمن نصوصها القانونية ، في تحديد المدة القانونية التي بموجبها ينقضي ارتفاق المرور بعدم الاستعمال، فحددها التشريع المصري ب15سنة، وان كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة، كانت المدة 33 سنة ،أما التشريع الأردني فحدد هذه المدة ب36 سنة

إذا كان الحق موقوفا ، في حين حددها المشرع الجزائري ب10سنوات، ومدة 33سنة إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة مال موروث ، وحددها المشرع الفرنسي ب30سنة ، أما المشرع اللبناني فانه لم ينص على انتهاء ارتفاق المرور بعدم الاستعمال.

13- أقرت التشريعات المقارنة الأنفة الذكر،حق المجرى من اجل تمكين صاحب الأرض البعيدة من الانتفاع بأرضه، فإذا أدى هذا الحق إلى الإخلال الجسيم بانتفاع صاحب الأرض المثقلة به، انتفت الحكمة من إقراره.

14- ذهبت التشريعات المقارنة إلى أنه إذا لم يتفق المنتفعون بمقساة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية،جاز إلزامهم بالاشتراك فيها ، بناء على طلب أي واحد منهم، ونص التشريعان المصري والأردني على حق الشرب أو السقي، أما بالنسبة للتشريع اللبناني والجزائري والفرنسي فلم ينصوا صراحة على هذا الحق، الذي يشكل قيدا على الملكية العقارية الخاصة.

15- أعطت التشريعات المقارنة السالفة للملاك المجاورين حق الشرب، إلا أنها حملت المستفيدين من هذا الحق بواجب الاشتراك في نفقات إنشاء المقساة وصيانتها، كل بنسبة أراضيه التي تنتفع بمياهها ، بل وأعطت الحق لمالك المسقاة في إلزام المنتفعين بالمقساة بالاشتراك في الإصلاحات الضرورية.

أما فيما يخص **الاقتراحات** التي يمكن إيرادها في خاتمة هذا البحث، فنحاول ذكرها على النحو التالي:

أولا : الاقتراحات المتعلقة بسلطتي الاستعمال والتصرف:

01- نقترح فيما يخص المعايير التي وضعت كضوابط لعدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، ضرورة مسايرة ما ذهب إليه التشريع الأردني، وإضافة معيار رابع ضمن نصوص التشريعات المعتمدة، يتعلق بتجاوز الإنسان في استعمال حقه، ما جرى عليه العرف والعادة، كما نقترح في جانب آخر أن يساير كل من التشريع الجزائري والفرنسي والأردني واللبناني، موقف المشرع المصري بصدد إضافة القاعدة العامة ضمن نصوصهم القانونية، التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، قبل تحديد معايير التعسف.

02- يجدر بالتشريعات العربية المعتمدة في دراستنا بشأن مضار الجوار غير المألوفة، أن لا يتم قصرها على المالك فقط، بل لابد من أن تحذو حذو المشرع الفرنسي، من خلال الصياغة الشاملة التي حملها في ذكر المستأجر والشاغل ، وذلك انطلاقا من حقيقة أن هذه الأضرار هي كما تصدر عن المالك وتثار مسؤوليته فيها، قد تصدر عن هؤلاء أيضا.

03- نقترح أن يدرج المشرع اللبناني في نصوصه القانونية، المعايير والضوابط التي تساعد القاضي في تحديد ما إذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف، ويساير في ذالك بقية التشريعات المعتمدة.

04- بشأن ذكر التشريعات المقارنة الأنفة لفظ الجار بصفة العموم، نقترح عدم ترك هذه المسألة فضفاضة، وتحديد الجار الذي يمكن أن يستفيد من تطبيق قواعد نظرية مضار الجوار غير المألوفة، وذلك عبر تحديد التلاصق والتقارب بين الأماكن، لأن الجيرة تتحدد بهذا المضمون، كما أقر بذلك الفقه والقضاء، وبالتالي يتم التوسع في مفهوم الجار من حيث المكان، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يقتضي الأمر أيضا ، التوسع في هذا المفهوم حتى من حيث الأشخاص، وعدم تضييق نطاق المسؤولية عن هذه المضار، وحصرها في المسؤولية التي تقوم بين ملاك العقارات فقط ، دون غيرهم من أصحاب الحقوق، كحق السكن وحق الانتفاع وحق الاستغلال، ، وبالتالي حري بهذه التشريعات، الأخذ بهذا المنحى ضمن نصوصها.

05- بخصوص أثر الترخيص الإداري الصادر من الجهات المختصة ، باعتباره لا يحول دون إقرار مسؤولية المالك، كما لا يحول دون استعمال الجار المضرور حقه في طلب التعويض العيني، بإزالة المضار غير المألوفة، كما أقرت ذلك التشريعات السالفة، نقترح على التشريع الجزائري- باعتبارهم لم يورد نصا صريحا بشأن هذه المسألة - مسايرة التشريعات الأخرى، وإدراج نص خاص بمسألة أثر الترخيص.

06- فيما يخص الجزاء المترتب على قيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة- كما أقرت التشريعات المقارنة السالفة باستثناء التشريع الأردني- فنوصي بإدراج نص خاص بهذا الجزاء، ضمن نصوصه وعدم الرجوع إلى القواعد العامة.

07- بشأن خاصية عدم قابلية الشفعة للتجزئة، حري بالتشريعات التي لم تعالجها ، كالتشريع المصري والجزائري، معالجة هذه الخاصية، وتبرير ذلك أن طلب جزء من المال المشفوع فيه ، يؤدي إلى تفريق الصفقة ، فيتضرر المشتري، وحري بالمشرع الجزائري والمصري والفرنسي، أن يسايروا التشريع الأردني واللبناني في مسألة توريث الشفعة ، وإدراج نص خاص بها.

08- نقترح أن يدرج التشريع الجزائري، نصا صريحا خاصا بالشرط المانع من التصرف، في نصوص القانون المدني، وعدم ترك المسألة متناثرة في نصوص خاصة فقط، باعتبار أن هذا النص سيستجيب لحاجات عملية ملحة.

09- نقترح تسجيل الشرط المانع من التصرف في حال تعلقه بالعقار، حرصا على حماية مصالح من يتعاملون مع المالك، وبخصوص مسألة أثار الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير، فحري بهذه التشريعات تقنين هذه المسألة في مضمون نصوصها.

10- نقترح أن تتضمن نصوص التشريعات المعتمدة، تعريفا دقيقا لرخصة البناء، وأن تتضمن أطر المطابقة للسلامة والصحة العامة والتنظيم العمراني، كما نقترح أن يتم توسيع دائرة الأشخاص الذين لهم أحقية المطالبة برخصة البناء، كما فعل ذلك التشريع الفرنسي.

11- نقترح أن يدرج المشرع الأردني نصا صريحا في الإشارة لرخصة التجزئة، وضرورة تمييزها عن التقسيم ، وهي نفس الملاحظة التي تنطبق على التشريع اللبناني، بتعويض ما يسمى بالإفراز برخصة التجزئة.

12- نقترح أن يقوم المشرع الأردني بالفصل بين رخصة البناء ورخصة الهدم، لينسجم في ذلك مع باقي التشريعات المعتمدة، وضرورة أن تدرج تلك التشريعات عنصري الخطر والتهديد الصحي، مثلما أشار إلى ذلك صراحة المشرع المصري.

ثانيا : الاقتراحات المتعلقة بسلطة الاستغلال :

01- نقترح فيما يتعلق بأحكام الحائط المشترك على التشريع اللبناني والأردني، أن يفردا له نصا خاصا، وأن يضعا أحكامه ضمن أحكام حقوق الارتفاق، وذلك على اعتبار أن حقوق الارتفاق قيود قانونية قائمة بذاتها، ولها أحكامها الخاصة بها.

02- فيما يخص تغاضي المشرع الأردني حول مسألة إصلاح الحائط المشترك وتعليته، فإننا نقترح أن لا يتجاهل هذه المسألة، بما لها من أهمية في الحياة العملية بين الشركاء، وإدراج نص خاص يعالجها، وذلك لتجنب المشاكل والتعقيدات التي قد تثار بين الشركاء، وجعل نفقات الإصلاح والتجديد على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه، مثلما أخذت بذلك التشريعات الأخرى .

03- فيما يخص فتح المطلات المواجهة لمسافة معينة، نقترح أن يدرج التشريع الأردني، نصا يعالج هذه المسألة، ويحدد هذه المسافة، كما فعلت التشريعات الأخرى.

04- فيما يتعلق بمسألة تحديد مسافة المناور- كما حددتها بعض التشريعات تحديدا حسابيا- على خلاف التشريع المصري، الذي حددها بقامة الإنسان المعتادة، فنوصي بأن يأخذ بموقف التشريعات السالفة، ويحددها بطريقة حسابية ، وذلك حتى لا تثير هذه المسألة إشكالا وغموضا لدى القاضي.

05- نقترح على المشرع اللبناني ألا يقصر مفهوم الانحصار على الانحصار الكلي فقط، وإنما يجدر به أن يوسع ذلك نحو حالة الانحصار الجزئي، على غرار ما أخذت به التشريعات الأخرى.

06- يتعين على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في مسألة بقاء ارتفاق المرور رغم انتهاء حالة الحصر، وذلك على غرار القانون الفرنسي، وهي نفس الملاحظة التي تعود على باقي التشريعات المعتمدة، وذلك لأنه إذا زالت حالة الحصر، وهي السبب المنشئ للحق، فلا جدوى من بقائه.

07- نقترح بخصوص مسألة انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال لمدة عشر(10) سنوات كما حددها المشرع الجزائري،وخمسة عشر(15) كما حددها التشريعان المصري والأردني، ضرورة تحديد ميعاد احتساب المدة بدقة، وفي نفس الإطار نقترح أن يدرج المشرع اللبناني نصا خاصا بشأن هذه المسألة.

08- لاحظنا أن التشريعين الأردني واللبناني قد أطلقا على نزع الملكية لفظ الاستملاك، في حين أن التشريع الجزائري والمصري والفرنسي استعملوا عبارة النزع، والتي هي في نظرنا الأكثر دلالة على الإجراء الذي يتم فيه إجبار المالك بالتخلي عن كامل أو جزء من

ملكه الخاص بدعوى المنفعة العامة، ولهذا كان يجدر بكل من التشريعين اللبناني والأردني استخدام لفظ النزع بدلا من الاستملاك.

09- نقترح فيما يخص إجراءات الاسترجاع بعد عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية ، أن يحذو المشرع الجزائري حذو باقي التشريعات في إبراز شكل ومضمون طلب الاسترجاع، وكذا تحديد ميعاد قانوني لذلك ، على غرار ما جاء في التشريع اللبناني، وذلك حتى لا تضيع حقوق المالك، بعد انتفاء مبرر نزع ملكيته العقارية الخاصة.

10- نقترح أن تتضمن التشريعات المعتمدة نصوصا صريحة بشأن ارتفاق المجرى، ولا يتم الاكتفاء بالتعويل على حدوث التراضي بين الأطراف المعنية، وذلك لتسهيل عمل المحاكم، وتحديد التزامات كل طرف.

11- بشأن مسألة حق الشرب، نقترح أن يدرج المشرع الجزائري واللبناني، نصا خاصا لهذا الحق، نظرا لاعتباره أهم صورة من صور استعمال واستغلال موارد المياه، وهو ضروري للأرض الزراعية، ويشكل قيدا على الملكية العقارية الخاصة.

في ختام هذه الدراسة يمكن القول أن الملكية العقارية الخاصة حظيت باهتمام عميق من التشريعات المعتمدة، وتم التعرض للقيود التي تقع عليها، وهي القيود التي وإن كانت مقررة بنصوص قانونية وتحظى بالاهتمام التشريعي، إلا أنها لا تزال محتاجة إلى المزيد من المجهودات التشريعية خاصة ما تعلق بالأساس الذي يكفل ضبط العلاقة بين حق الملكية والقيود التي تقع عليه، وبحاجة إلى الجهود الفقهية و القضائية لتوضيح أحكامها وآثارها، حيث يعمل الفقه والقضاء على توضيح النصوص القانونية، باعتبار أن عدم فهمها يؤدي إلى اتساع الهوة بينها وبين الأفراد، وهذا ما يُفرز في الواقع المزيد والعديد من المنازعات والأوضاع القانونية التي تبتعد عن مغزى المشرع.

قائـــمة الـمراجـــع

قائمة المراجع

I -المراجع باللغة العربية

أولا- القرآن الكريم

ثانيا: التشريعات القانونية والاجتهادات القضائية

أ- الدساتير:

01- دستور 1996 الجزائري ، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل بـ:

- القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10/04/ 2002،ج ر،ع 25، بتاريخ2002/04/14.

- القانون رقم08-19 المؤرخ في 15 /2008/11،ج ر، ع63،بتاريخ 16 /2008/11.

02- الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، ج ر، ع 03، لسنة 2014.

03- الدستور الأردني الصادر بتاريخ 1952/01/08، ج ر، ع رقم 1093، المعدل بتاريخ 2014/09/01، ج ر،ع 5299 .

04- الدستور اللبناني الصادر بتاريخ 1926/05/23،ج ر،ع،1984،بتاريخ 1926/08/25، المعدل بتاريخ 1990/09/21، ج ر، ع 39.

ب- القوانين

ب-1- القوانين الجزائرية

01- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الصادر بالأمر رقم 75-58 ، بتاريخ 1975/09/26، ج ر، ع78، بتاريخ 1975/09/30، المعدل بمقتضى لقانون 05-10، المؤرخ في 2005/06/20، ج ر، ع 44 ، 2005/06/26.

02- القانون رقم 06/84 الصادر في 07 جانفي 1984المعدل والمتمم بالقانون رقم 24/91 الصادر في 06 ديسمبر 1991، والمتعلق بالأنشطة المنجمية، معدل ومتمم بالقانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03، ج ر، عدد 35.

03- القانون 21/91 المؤرخ في 1991/12/04 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج ر، ع 64، السنة 29.

04- القانون 07/85 المؤرخ في6 أوت 1985- المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية والتوزيع العمومي للغاز، الجريدة الرسمية، العدد 33، السنة 22.

05- قانون 19/87 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية ، المؤرخ في 1987/12/08، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر، ع 50، بتاريخ 1987/12/09.

06- قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر1990، ج ر، ع 49، بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

07- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر، عدد 52 لسنة 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 14أوت 2004 ج ر، عدد 51 .

08- القانون رقم 02/97 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر، ع 89، بتاريخ 31 ديسمبر 1997.

09- القانون رقم 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي المؤرخ في 2008/08/03، ج ر، ع 46، السنة الخامسة والأربعون، 10 أوت 2008.

10- القانون 8/15 المؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها،ج ر،ع 44، بتاريخ 30 أوت 2008.

11- القانون رقم 16/11، بتاريخ 2011/11/28، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر، عدد 72، بتاريخ 2011/12/29، المعدل للقانون رقم 12/07، بتاريخ 2007/12/30، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، المعدل بالمادة 22 من القانون رقم11/ 11، المؤرخ في 2011/07/18، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

ب-2-القوانين المصرية

01- القانون المدني المصري المعدل والمتمم، الصادر بمقتضى القانون رقم 131 لسنة 1948، بتاريخ 1948/07/29، المعدل بقانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 2011/07/14، ج ر، ع 28 مكرر، بتاريخ 16 /07/ 2011.

02- القانون 178 لسنة 1961، الصادر بتاريخ 1961/11/09، المتعلق بتنظيم هذه المباني، ج ر، العدد 265، بتاريخ 1961/11/18.

03- القانون رقم 49 لسنة 1977 الصادر في 1977/08/30 بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر و المستأجر، ج ر، العدد 36، الصادرة بتاريخ 1977/09/08.

04- القانون رقم 143 لسنة 1981 المتعلق بالأراضي الصحراوية، بتاريخ 1981/08/30، الجريدة الرسمية، العدد 35 مكرر بتاريخ 1981/08/31.

05- القانون المصري رقم 10 لسنة 1990 المؤرخ في: 31 ماي 1990- المتعلق بشأن نزع الملكية العامة المعدل بتاريخ 10 نوفمبر 2014.ج ر 22.

06- القانون 144 لسنة 2006 الصادر في 2006/07/15 بشأن تنظيم هدم المباني و المنشآت غير الآيلة للسقوط و الحفاظ على التراث المعماري ، ج، ر، عدد 28، بتاريخ 2006/07/15.

07- القانون رقم 119 لسنة 2008، المتعلق بإصدار قانون البناء المصري، الصادر بتاريخ 2008/005/11، ج ر، رقم 19 مكرر "أ"، بتاريخ 2008/05/11.

ب-03-القوانين الأردنية

01- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ، بتاريخ 1976/8/1، ج ر، ع 2645.

02- قانون رقم 38 لسنة 2002م، بتاريخ 2002/7/16م،ج ر، ع 4556، معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة الأردني رقم 51 لسنة 1958م، ج ر،1410، تاريخ 1959/01/8م.

03- قانون الاستملاك الأردني رقم 12 لسنة 1987، الصادر في 01 أفريل 1987، ج ر، ع 3468 المعدل بتاريخ 2001/11/01 ، ج ر ، ع 4515.

04- قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية الأردني، رقم 79، لسنة 1966، المؤرخ في 1966/09/25، ج ر، ع52.

05- قانون الدفاع الأردني رقم 13 لسنة 1992، الجريدة الرسمية رقم 3815 بتاريخ 1992/03/25.

ب-04-القوانين اللبنانية

01- قانون الموجبات والعقود اللبناني ، الصادر في 1932/03/09، ج ر بتاريخ 1932/04/11، والمعدل بموجب القانون رقم 483، بتاريخ1995/12/08، ج ر، ع 51، بتاريخ 1995/12/21.

02- قانون الملكية العقارية اللبناني، الصادر بالقرار رقم 3339، بتاريخ 11/12/ 1930، معدل وفقا للقانون رقم 322 تاريخ 2001/4/21، ج.ر، رقم 2001/22 ، بتاريخ 2001/05/03.

03- قانون الاستملاك اللبناني 91/58، الصادر بتاريخ 1991/05/29، المعدل بتاريخ 2006/12/08، ج ر، ع 60، بتاريخ 2006/12/21.

ج-الأوامر والمراسيم الرئاسية

ج-01-الأوامر والمراسيم الجزائرية

01- الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلدية،ج ر، ع 19 بتاريخ 05 مارس 1974.

02- الأمر 48/76 الصادر في 25 ماي 1976، المتضمن قواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية، ج ر، ع44، بتاريخ 1976/06/01.

03- الأمر 95 /26 مؤرخ في 25 /09/ 1995 ، ج ر، عدد 55 ، 27 /09/ 1995، يعدل ويتمم القانون رقم 90 25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري.

04- المرسوم التنفيذي رقم 186/93، المؤرخ في 27 /07/ 1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

05- المرسوم التتنفيذي 176/91 المؤرخ في 28 /05/ 1991، يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر، ع 26 بتاريخ 01 /06/ 1991، المعدل بالمرسوم التنفيذي 03/06، ج ر عدد 01 لسنة 2006، المعدل أيضا بالمرسوم التنفيذي 307/09 ج ر ، ع 55، لسنة 2009.

06- المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 29 جانفي 1994 والمتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستغلالها، ج ر، ع 39 .

09- المرسوم التنفيذي رقم 25/90 ، المؤرخ في 18 /11/ 1990 ،المتضمن التوجيه العقاري، ج.ر ، ع 49 ، بتاريخ 1990/11/18.

10- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل التجاري، ج ر، ع 30، بتاريخ 1976/04/13.

11- المرسوم التنفيذي 284/05 المؤرخ في 07 جويلية 2008 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون 11/91، ج ر، ع 38 بتاريخ 09 جويلية 2008.

ج-02-الأوامر والمراسيم المصرية

01- القرار الجمهوري رقم 01 لسنة 2015 المتضمنة تعديل أحكام قانون نزع الملكية رقم 10 لسنة 1990،ج ر، ع 02 مكرر "أ"، في 11 يناير 2015.

02- قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم 293 لسنة 2014 ، المتعلق بتفويض رئيس مجلس الوزراء في بعض الاختصاصات، ج ر، ع 34 مكرر "أ" بتاريخ 24 أوت 2014.

ج-03-المراسيم التنفيذية اللبنانية

01- المرسوم الاشتراعي رقم 15874 المتضمن المرسوم التطبيقي لقانون البناء بتاريخ 2004/11/07.

02- المرسوم الاشتراعي رقم 83/148، الصادر بتاريخ 1983/09/16 المتضمن قانون البناء، ج ر، ع 45 .

د- اللوائح التنظيمية

01- القرار الوزاري رقم 144 لسنة 2009 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البناء الموحد رقم 119 لسنة 2008 بتاريخ 04/18/ 2009، الوقائع المصرية، العدد 82، تابع أ بتاريخ 29 /04/ 2009.

هـ- الاجتهادات القضائية

هـ-01- القرارات القضائية الجزائرية

01- قرار رقم: 50516 المؤرخ في: 1989،/03/15 المنشور في المجلة القضائية،ع04، 1991.

02- قرار رقم:48589، الصادر بتاريخ: 1988/12/21 الغرفة العقارية للمحكمة العليا ، مجلة قضائية، عدد 03، 1993.

03- قرار رقم90943 المؤرخ في 1992/06/16،المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995

04- قرار رقم 148810مؤرخ في 25 /06 /1997، المجلة القضائية، العدد الأول ، سنة 1997.

05- قرار رقم 188803، المؤرخ في 1999/07/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000.

06- القرار رقم 194437 ، المؤرخ في 2000/04/26، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج01، 2004

07- قرار رقم 200420 الصادر بتاريخ 2001/09/27 عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2004.

08- قرار رقم: 224346 المؤرخ في: 2002/02/20،مجلة لاجتهاد القضائي الغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2004.

09- قرار رقم: 311362، الصادر بتاريخ: 2005/09/14 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005.

10- القرار رقم 443620 الصادر بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008 .

11- قرار رقم 506916 المؤرخ في 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، ج03،2010.

12- قرار رقم 124 بتاريخ 2009/05/05، مجلة العدل، العدد 04، جوان 2009.

13- قرار رقم 406629 ، المؤرخ في 2007/09/12،مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، ج03، 2010.

14- قرار رقم 410719بتاريخ 2007/09/12 صادر عن الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، الجزء الثالث، قسم الوثائق، 2010.

15- قرار رقم 584399، المؤرخ في 2010/05/13، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول، 2010.

هـ -02- القرارات القضائية اللبنانية

01- القرار رقم 79، مجلس الشورى اللبناني، بتاريخ 1995/11/20، مجلة القضاء الإداري، 1997.

هـ -03- القرارات القضائية الأردنية

01- قرار محكمة تمييز حقوق ، رقم 587/1981، هيئة خماسية، تاريخ 1981/11/24.

02- قرار رقم 79 بتاريخ 1995/11/20، مجلس شورى الدولة، مجلة القضاء الإداري، 1997.

03- قرار محكمة تمييز حقوق رقم 2266/2004 هيئة خماسية، تاريخ 2005/02/20، منشورات مركز عدالة.

04- قرار محكمة العدل العليا الأردنية، رقم 2007/333، هيئة خماسية بتاريخ 2007/10/24.

05- تمييز حقوق رقم 1754 ، هيئة خماسية، تاريخ 2009/11/14، منشورات مركز عدالة.

06- قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق، رقم 2011/942، هيئة خماسية، بتاريخ 2011/08/03.

07- القضية التنفيذية رقم 2012/14315، محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 2012/10/15، مجلة رسالتنا، نوفمبر 2012.

ثالثا- الكتب

01- إبراهيم(سليم محمد محي الدين)، **الحقوق العينية، " حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه"**، الجزء الأول، منشورات الجامعة الحقوقية، بيروت،2004.

02- ابن العربي (محمد بن عبد الله الأندلسي)، ***أحكام القرآن*** ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.

03- ابن منظور(محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين)، ***لسان العرب***، المجلد04، ج24، دار المعارف، القاهرة، 1981.

04- أبو السعود (رمضان)،**الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" أحكامها ومصادرها"** ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

05- أبو السعود(رمضان)، ،***مسقطات الشفعة***، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1992.

06- أبو النجا (إبراهيم)، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط01 ، 1997

07- أبو سعد(محمد شتا)، **الشفعة والصورية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

08- أحمد(سعيد شعلة)، **قضاء النقد المدني في الملكية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

09- إدوارد عيد، ، ***الحقوق العينية*** **العقارية الأصلية: حق *الملكية***، دار النهضة العربية، بيروت ج01، 1979.

10- الأهواني(حسام الدين)، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعة عين شمس،القاهرة، 1999.

11- البدراوي(عبد المنعم) ، **الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها**، مكتبة سيد وهبة، القاهرة، الطبعة الثالثة 1968.

12- البدراوي(عبد المنعم)، **الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، " أسباب كسبها"**، الطبعة الثانية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1968.

13- البيهقي(أحمد بن الحسين)،**سنن البيهقي الكبرى**، ج 10، السعودية دار الباز، ط01، 1994.

14- الترجمان(قدري زيد)، **التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في حقل الملكية العقارية**، مكتبة دار السلام، الرباط ، 2009 .

15- الجمال(مصطفى محمد)، **نظام الملكية**، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000 .

16- الحسني(محسن محمد)، **إجراءات الشهر العقاري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

17- الخطيب(وائل محمد شحاتة)، **القيود الواردة على حق الملكية على ضوء أحكام محكمة النقض**، دار الألفي لتوزيع الكتب، المينا، 2003.

18- الدريني(فتحي)، ***الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده***، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.

19- الزرقاء(مصطفى احمد)، **صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الإسلامي** ، دار البشير، عمان ،1995.

20- السرحان(عدنان) ، **شرح القانون المدني: م ادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

21- السعدي (أبو القاسم علي بن جعفر) ، ***كتاب الأفعال***، ج02، عالم الكتب بيروت، 1983.

22- السعدي(صبري)، ***شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات***، ج01، ط 01، دار الهدى ، الجزائر،2000.

23- السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، **الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .

24- السنهوري(عبد الرزاق أحمد)، **العقود التي ترد على الملكية "البيع، المقايضة"**، ج 04، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

25- السنهوري(عبد الرزاق أحمد)، **الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال** ، ج08 ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،2004.

26- السيد(شوقي)، **التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء**، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2008.

27- الشرقاوي(جميل)، ***دروس في الحقوق العينية الأصلية***، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 1970.

28- الشواربي (عبد الحميد) ، ***المسؤولية المدنية في ضوء القفه والقضاء***، الطبعة السادسة، دار الكتب، الإسكندرية، 1997.

29- الشواربي(عبد الحميد)، **أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

30- الشوشتري(محمد جعفر)، ***منتهى الدراية***، ج 06، دار الكتاب، النجف ، العراق، 1994.

31- الشوكاني(محمد)، **إرشاد الفحول**، دمشق دار الكتاب العربي، ج01، ط01، 1999 .

32- الصدة(عبد المنعم فرج)، **الحقوق العينية الأصلية، " دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري"**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968.

33- الصدة(عبد المنعم فرج)، **الملكية العقارية في قوانين البلاد العربية**، دار الفكر الجامعي، دون سنة طبع.

34- الضوى(سليم منصور)، **الحق في المطالبة بالشفعة**، الناشرون المتحدون، القاهرة. د.ت.

35- العايدي (رامز أحمد)، **مدخل في دراسة القانون**، ط01، أكاديمية فلسطين للعلوم الأمنية،2010.

36- العبيدي(علي الهادي)، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2008.

37- العبيدي(علي هادي)، **الوجيز في شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية**، عمان، دار الثقافة، 2009.

38- العساف (تيسير عبد الله المقيد)، ***السجل العقاري***، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2009.

39- العسقلاني(ابن حجر)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري،ج10**، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.ط.

40- العطار(عبد الناصر توفيق)، **شرح أحكام حق الملكية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991،

41- العمروسي(أنور)، **الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني**، دار محمود للنشر والتوزيع، 2004.

42- العوضي(عبد الهادي فوزي)، **النظرية العامة للحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

43- الفقي(عمرو عيسى)، **الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية، دعوى التعويض**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.

44- القدومي(عبير ربحي شاكر)، **التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، دار الفكر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2007.

45- القسوس (وليد نجيب) ، **إدارة وإزالة المال الشائع: دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1995.

46- القيومي (أحمد بن محمد بن علي)، **المصباح المنير**، مكتبة لبنان، بيروت،1982.

47- المنشاوي(عبد الحميد) ، **شرح قوانين الشهر العقاري**، دار الفكر العربي، ط02، 1999.

48- المهدي (نزية محمد الصادق)، **حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنة بالقانون الوضعي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

49- المهدي (نزيه محمد الصادق) ، **الملكية في النظام الاشتراكي**، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1971.

50- المهدي(نزيه محمد الصادق)، ***الحقوق العينية الأصلية***، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

51- المومني(أحمد سعيد)،" **الشقق والطوابق: دراسة قانونية مقارنة**"، مطبعة التوفيق، عمان، 2003.

52- براهيمي (سهام)، **التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية "دراسة مقارنة"**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

53- براهيمي(محمد) ، ***القضاء المستعجل***، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

54- بعلي(محمد الصغير) ، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون والحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2006.

55- بكوش(يحي)، ***أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة***، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط02، الجزائر، 2000.

56- بكير(نجيب محمد)، **الشرط الإرادي المانع من التصرف**، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1996.

57- بن زكرياء(أبي الحسين أحمد بن فارس) ، **معجم مقاييس اللغة**، ، دار الجيل، بيروت، المجلد الثاني، د.س.ط.

58 - بهجت(أحمد عبد التواب محمد)، ***أحكام الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية***، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

59- جبر (سعيد)، **حق الملكية**، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، 2001.

60- جمال الدين (زكي محمود)، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

61- حلمي(أبو جميل وفاء)، **حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه**، ج01، مكتبة النصر، الزقازيق،2003.

62- حمدي باشا (عمر)، ***حماية الملكية العقارية الخاصة***، دار هومة، الجزائر، 2004.

63- حنا(بدوي) ،**موسوعة القضايا العقارية: حق المرور**"،ج01، منشورات زين الحقوقية، بيروت،2011.

64- حنبولة (محمد علي)، ***الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة: دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية***، دار بورسعيد للطباعة والنشر،القاهرة،1973.

65- حواس(عطا سعد محمد)، ***شروط المسؤولية عن أضرار التلوث***، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

66- حيدر(شاكر ناصر) ، **شرح القانون المدني الجديد "الحقوق العينية العقارية"**، ج02، مطبعة المعارف، بغداد، 2008.

67- حيدر(علي) ، **درر الأحكام: شرح مجلة الأحكام**، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.

68- خالدي(أحمد)، **الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري**، دار هومة، ط01، الجزائر، 2006.

69- خطاب(طلبة)، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.

70- خليل(أحمد محمود)، **إدارة المال الشائع والتصرف فيه**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.

71- خيال(محمود) ، **الحقوق العينية الأصلية**، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، 1992.

72- دربال (عبد الرزاق)، ***الوجيز في النظرية العامة للالتزام*: مصادر الالتزام**، دار العلوم، عنابة، 2004.

73- رمضان (أحمد)، **المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار**، ط01، دار الجيب، عمان، 1990.

74- زرارة (عواطف)، **التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري**، الجزائر، دار هومة، 2009.

75- زهو(أحمد النجدي)، **التعسف في استعمال الحق**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

76- سرور(محمد شكري)، **موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

77- سعد(نبيل إبراهيم)، **الحقوق العينية الأصلية** ،منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

78 - سعد(نبيل إبراهيم)، **الشفعة علما وعملا**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

79- سلامة(أحمد)، **الملكية الفردية في القانون الم ري**، الطبعة الأولى، القاهرة، 1970.

80 - سليمان(علي علي) ، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الأولى، 1985.

81- سليمان(علي علي) ، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط05، 2003.

82- سوار(محمد وحيد الدين)، **الحقوق العينية الأصلية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة أل البيت، عمان، الأردن 2001

83- سوار(محمد وحيد الدين)، ***حق الملكية في ذاته*** ، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997.

84- سيد أحمد(إبراهيم)، **الشرط المانع من التصرف فقها وقضاء**، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الأزراطية، الإسكندرية، 2004.

85- شامة (اسماعين)، **النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري "دراسة وصفية وتحليلية"**، دار هومة، الجزائر، 2004.

86- شدراوي(جورج)، **التأمين العقاري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، بيروت، لبنان، 2013.

87- شدراوي(جورج)، **حق الملكية العقارية**، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.

88- شميشم(رشيد)، **التعسف في استعمال الملكية العقارية، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.**، دار الخلدونية، الجزائر،2001.

89- شهاب(عبد القادر محمد)،***أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي***، منشورات جامعة قان يونس، الطبعة الثالثة، 1997.

90- طلبة (أنور) ، **نزع الملكية للمنفعة العامة**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.

91- طلبة (أنور)، **الشفعة والتحايل لإسقاطها**، المكتب الجامعي الحديث، 2004.

92- طلبة (أنور)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج05، دار الفكر الجامعي، م ر، 1998.

93- طلبة (ليلى)، **الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2010.

94- عامر(عبد العزيز)، **دروس في حق الملكية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.

95- عباسي (جلال) ، **الخلاصة الجلية في أحكام الشفعة والأولوية**، ط01، المكتبة الوطنية، 1994.

96- عبد التواب(معوض) ، ***المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني***، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السابعة، المجلد الثامن، 2004.

97- عبد التواب(معوض)، **مدونة القانون المدني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الثاني، 1987.

98- عبد الحليم(رضا) ،**الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية**، دار النهضة ، القاهرة، 2009.

99- عبد الرحمان(أحمد شوقي محمد) ، **الحقوق العينية الأصلية**، الدار الجامعية، بيروت، 2004.

100- عبد الرحمان(أحمد شوقي محمد)، **الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها)**، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.

101- عبد الرحمان(فايز احمد) ، **الحقوق العينية الأصلية والتبعية "دراسة مقارنة"**، دار الكتب القانونية، مصر،2010.

102- عبد السلام(سعيد سعد)، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية**، ج01، منشأة المعارف الإسكندرية، 2010.

103- عبد السلام(سعيد)، **حق الملكية فقهاء وقضاء**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.

104- عبد الله (هدى)، **دروس في التحديد والتحرير وفي السجل العقاري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط01، 2010.

105- عبيدات(يوسف محمد)، **الحقوق العينية الأصلية والتبعية**، دار المسيرة للنشر ، ط01، 2011.

106- عرفة (عبد الوهاب) ، **حق الملكية والحقوق العلنية الأصلية والتبعية**، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، 2005.

107- عرفة(عبد الوهاب)، **الوجيز في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار في ضوء أحكام محكمة النقض**، دار المطبوعات الجامعية، 2005.

108- عزري (الزين)، **قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها**، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

109- عطا الله (برهام محمد) ، **مدخل إلى حق الملكية والحقوق العينية الأصلية**، الدار الجامعية، مصر، 1996.

110- علي(جابر محجوب)، ***حق الملكية في القانون المدني المصري: دراسة نظرية وعملية مقارنة***، دار طيبة للطباعة، الجيزة، 2007.

111- غانم(إسماعيل)، **الحقوق العينية الأصلية**، دار التراث العربي، القاهرة، الطبعة الثانية،الجزء الأول،1979.

112- فتحي(فرج الله)، **التشريع العقاري**، منشورات جامعة حلب، دمشق، 1981.

113- قاسم(محمد حسن)، ***مبادئ القانون: مدخل إلى القانون، "الالتزامات"***، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2002.

114- كساب (مروان) ، **المسؤولية عن مضار الجوار**، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، بيروت، 1998.

115- كيرة(حسن) ، **الحقوق العينية الأصلية، " أحكامها ومصادرها"**، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

116- لعشب(محفوظ)، **المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2006.

117- مبارك(سعيد عبد الكريم)، **موجز أحكام القانون المدني الأردني: " الحقوق العينية الأصلية"**، ط1،الأردن، إربد ، 1996.

118- محمدي زواوي (فريدة) ، **الحيازة والتقادم المكسب**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

119- محمدي زواوي(فريدة)، **المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 .

120- مرجان(السيد أحمد)، **تراخي أعمال البناء والهدم بين تشريعات البناء والأوامر العسكرية والقرارات الوزارية وأحداث أحكام القضاء**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

121- مصطفى(حامد) ، **الملكية العقارية، الحقوق العينية الأصلية**، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الأولى، القسم الثاني، 1964.

122- مصطفى(منصور) ، **حق الملكية في القانون المدني المصري**، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965.

123- مقلاتي(منى)، **النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

124- منصور(أمجد)، **النظرية العامة للالتزامات : مصادر الالتزام** ، دار الثقافة، عمان، ط06، 2011.

125- منصور(محمد حسين) ، **المسؤولية المعمارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

126- نعمان(جمعة)، **الحقوق العينية الأصلية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

127- هياجنة (عبد الناصر زياد) ، ***القانون البيئي***، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط01، 2012.

128- يكن (زهدي) ، **شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة**، ج01، ط03، بيروت .د س ط .

رابعا- الدوريات

01- إبراهيم(إبراهيم عبد الرحمان)، ***" التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته"***، مجلة العدل، العدد الثاني والعشرون، السنة التاسعة، 2006.

02- أبو عرابي(غازي)، ***"الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي"***، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد الأول، 1998.

03- الأحمد(نجم)، **المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك،** مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013.

04- الجريري (يوسف عبد الصمد)،" **دعاوى الشفعة والأولوية** "، مجلة العدالة والقانون، أفريل،العدد الأول، 2007.

05- الجندي(محمد)،" **الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية"**، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة، العدد الأول، مارس، 1997.

06- الحطاب(أبو مسلم)، **الشرط المانع من الت رف في التشريع المغربي والتشريع المقارن: التشريع المصري نموذجا،** رحاب المحاكم، العدد الثالث، ديسمبر 2009.

07- الحيان(سي محمد)،"**دور قاضي الأمور المستعجلة الإداري في حماية الملكية العقارية الخاصة"**، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 05، 2013.

08- الخزاعي(مالك جابر حميدي)، **إساءة استعمال الحق،** مجلة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 17، العدد السادس، 2014.

09- السرحان(عدنان إبراهيم)،"**المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني والفرنسي"**، مجلة المنارة، العدد الثاني، المجلد الخامس، جامعة آل البيت، 2000.

10- السملالي(عبد المجيد)، **"دور التعمير في المحافظة على النظام العام"**، المجلة العربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد السادس، ديسمبر، 2005.

11- الطنطاوي(محمود محمد)، **حقيقة التصرف وأقسامه،** مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة 15 ،مطبعة جامعة عين شمس ، 1973.

12- العيادي (محمد وليد)، أبو شنب(أحمد عبد الكريم)، **الرقابة القضائية على الاستملاك في القانون الأردني،** دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد 2، 2008.

13- العيساوي(إسماعيل)، **"استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير"**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، 2009.

14- العيسوي(إسماعيل)،"**استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير"**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، 2009.

15- الفتلاوي(صاحب عبيد)، **"الشرط المانع من التصرف بين الفقه الإسلامية القوانين الوضعية"**، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثامن، العدد الأول، 2005.

16- القسوس(وليد نجيب)، **إدارة وإزالة المال الشائع: دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1995.

17- الموسوي(حوراء عزيز جبير)، **"ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار:دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"**، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد الأول،2012.

18- بلحاج (العربي)،**"مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري"**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، 1992.

19- بلعربية (فاطمة الزهراء)، ***ارتفاق المرور***، ترجمة المستشار أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية، عدد خا بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

20- بوبكر (مصطفى)، **الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني رقم 10/05**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد الأول، ديسمبر 2011.

21- بوزاد(دريس)، **دور القاضي الإداري في إرساء مبدأ العدل في التعويض عن نزع الملكية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد 01، 2011.

22- بوشنافة (جمال)، **"الأثر المنشئ للشهر، وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية"**، مجلة السياسة والقانون ، العدد الرابع، جانفي ،2011.

23- بوطريكي(ميلود)، **منازعات رخصة البناء بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي**، مجلة الأملاك، العدد السادس، 2009.

24- تخنوني (أسماء)، **الإطار القانوني الجزائري لممارسة الشفعة في العقار الفلاحي**، مجلة الفقه والقانون، العدد 18، أفريل 2014.

25- جبار (جميلة)، **"نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة**، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، الجزء الثالث، 2010.

26- خطار(علي)، **"عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن"**، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الخامس، 1992.

27- خوادجية (سميحة حنان)، ***قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر***،"مجلة المفكر للعلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، افريل2009.

28- دبيرة(جمال)، **الإجراءات الجديدة للانتزاع من أجل المصلحة العمومية**، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر، 2004.

29- دغيش (أحمد)، **"نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخا ة في القانون الجزائري"**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد الأول، 2009.

30- دغيش(أحمد) ، **تدخل الدولة لضمان استغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث،سبتمبر 2014 .

31- دواس(أمين)، **التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في الدول العربية"**، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، مارس، 1994.

32- ديرم(عايدة)، **"مخالفات التعمير في التشريع الجزائري"**، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 39، سبتمبر 2014.

33- رحماني(أحمد)، **نزع الملكية من أجل المنفعة العامة**، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد الرابع، العدد الثاني، 1994.

34- زرقين (رمضان)، **عن بعض جوانب ارتفاق المرور**، ترجمة المستشار أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي بالغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

35- زهرة (محمد)، **"الطبيعة القانونية للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة خاصة حول مسألة الخبرة، في القانون المصري والكويتي والفرنسي"**، مجلة المحامي الكويتية، سبتمبر ، 1988.

36- زيدان(زكي زكي)، **"الضرر الذي يوجب المسؤولية عن مضار الجوار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،"**مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد الواحد والأربعون، أفريل، 2007.

37- سلطح(حمدي محمد إسماعيل)، ***القيود الواردة على مبدأ سلطات الإدارة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"***، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007.

38- سليم(محمد محي الدين إبراهيم)، **"الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض: دراسة مقارنة في إطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة"**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، العدد السادس، السنة الثالثة، أفريل، 1994.

39- سليمي (الهادي)، قادة(شهيدة)، **أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري**، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، المجلد السابع، العدد الثاني، 2014.

40- سيد(أشرف جابر)، **المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة**، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 19، ديسمبر) 2008.

41- شطناوي(علي خطار)، **"عدم كفاية رقابة مشروعية قرارات الاستملاك في الأردن"**، مجلة جرش للبحوث والدراسات، المجلد 04، العدد الأول، 1999.

42- شطناوي(فيصل) ، **"نزع الملكية الخاصة للمنفعة في التشريع الأردني"**، دفاتر السياسة والقانون، العدد الثاني عشر، جانفي ،2015.

43- شليبك(احمد الصويعي) ،**"التعسف في استعمال الحق بق د الإضرار بالغير ولتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"**،مجلة الشريعة والقانون،العدد الثامن والثلاثون، أفريل،2009.

44- شنب(محمد لبيب)،**"التعسف في استعمال الحق أساس المسؤولية"**، مجلة الحقوق الأردنية، العدد الأول، السنة السابعة، مارس 1983.

45- صفير(رلى)، **"الاستملاك في سبيل المنفعة العامة"**، مجلة الجيش، العدد 205، جويلية 2002.

46- عباس(سناء ساطع) ، **مؤثرات إعادة الإفراز السكني دراسة تحليلية لمنطقة شارع فلسطين للفترة 2006 2010**، المجلة العراقية للهندسة المعمارية، العدد 22،ديسمبر، 2011.

47- عبد الباقي(أبو زيد)، **"تحديد الأساس القانوني عن مضار الجوار غير المألوفة"**، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد الثاني، 1983،

48- عزري (الزين)، **إجراءات إصدار قرارات الهدم و الهدم في التشريع الجزائري**، مجلة المفكر، العدد الثالث، 2009.

49- عيسوي(عيسوي أحمد)، **"نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"** ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1963.

50- غنام (غنام محمد) ، **"المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء"**، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 1995.

51- فاضل(شروق عباس) ، **مضار الجوار غير المألوفة: دراسة تطبيقية**، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، الإصدار 16،17، الجامعة المستنصرية، 2012.

52- فرج(فريد عبد المعز)،**" التزامات الجوار في القانون المدني: دراسة مقارنة"**، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، العدد السادس عشر، الجزء الثاني، 2001.

53- قدادة (خليل أحمد حسن)،" ***نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق***"، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد الثامن، العدد الأول، يناير) 2000.

54- قدادة(خليل أحمد حسن)، **"مدى شرعية القيود التي ترد على حق الملكية دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية"**، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثاني عشر، العدد الثاني، يونيو 2004.

55- لعروم(مصطفى)، **الشفعة في القانون المدني**، مجلة الموثق، العدد السادس، 1999.

56- لمزوغي(محمد)،" **المنازعات المتعلقة بالتعمير"**، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد مزدوج، 05-06، 2007.

57- معاشو(عمار)، **إشكالات التقاضي في النزع العقاري أمام القضاء الإداري**، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006.

58- مومن(محمد)، **"حق الارتفاق بالمرور المقرر لمصلحة عقار لا منفذ له على الطريق العام"**، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، ع47، 2002

59- مياد(العربي محمد)، **"القيود الواردة على حق الملكية العقارية"**، المنبر القانوني، العدد الرابع، أفريل 2013.

60- هياجنة (عبد الناصر زياد)، **التعويض العادل كشرط لمشروعية الاستملاك في ضوء أحكام قانون الاستملاك الأردني**، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 02، 2012.

خامسا- رسائل الدكتوراه

01- الصعب(عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز)، **التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية" دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية"**، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، 2010.

02- المطيري(محمد الشريف)، **المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين** ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، 2007.

03- بعوني(خالد)، **منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في النظام القانوني الجزائري**، رسالة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010 2011.

04- حميداني(محمد)، ***الجزاءات المدنية ودورها في حماية البيئة***، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة باجي مختار، عنابة، ديسمبر2013.

05- دغيش (أحمد)، **"حق الشفعة في التشريع الجزائري"**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، "تخصص القانون الخاص "، جامعة أبو بكر بلقا يد تلمسان 2007 2008.

06- زرارة (عواطف)، **مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013.

07- عبد الواحد (فيصل زكي) ،" **أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها"**، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998.

08- عزاوي (عبد الرحمان) ، **الرخص الإدارية في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2007.

09- فوزي(محمد)، **"الشرط المانع من التصرف في حق الملكية"**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1994.

10- مهملات(محمد عبد الغني)، **الاستملاك ورقابة القاضي الإداري "دراسة مقارنة"**، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2005.

سادسا: الملتقيات العلمية

01- الراشدي(عبد المجيد بن يحيى بن سيف)، ورقة عمل منشورة حول: **"المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية والاستملاك"**، مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية، المنعقد في بيروت ، خلال الفترة 07 09/أكتوبر/ 2013م.

02- دغيش (أحمد)، **قيد التعسف في استعمال الملكية العقارية الفلاحية الخاصة**، مداخلة غير منشورة ضمن فعاليات الملتقى الوطني: ***الملكية العقارية والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري***، يومي25 و26 سبتمبر 2013،جامعة 8 ماي 1945 قالمة

03- موشارة (حنان)، **قيود الملكية العقارية الخاصة الواردة في صيغ بعض البيوع العقارية**، مداخلة غير منشورة ضمن الملتقى الوطني حول**: الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، يومي **25 و26سبتمبر 2013.**

04- نور الدين يوسفي ، ***التعويض العيني عن ضرر التلوث البيئي***، مداخلة غير منشورة ضمن فعاليات الملتقى الدولي حول: ***النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري***، المنعقد بجامعة 08 ماي 1945 قالمة، يومي 09 و10 ديسمبر 2013.

II - المراجع باللغة الفرنسية

A- Lois et législations

01-Code civil français, Créé par loi de 21 mars 1804,Modifié par Loi n°2002 305 du 4 mars 2002 art. 8 JORF 5 mars 2002.

02-Code de l'urbanisme, modifiée par l'ordonnance n°2005 , 1527 du 8 décembre 2005, jorf, n°286,09 décembre 2005,Modifié, jorf n° 0297 du 24 décembre 2014.

03-Loi du 31 décembre 1921**, budget general de 1922,** JORF du 01 janvier 1922.

04-Loi n° 6/61 du 10 mars 1961 réglementant l'exproprions pour cause d'utilite publique et instituant des servitudes pour l'exécution des travaux publics modifiée par l'ordonnance n°2/76 du janvier 1976.

05-Loi n° 2000 1208 du 13 décembre, jorf du 14 décembre 2000 ,relation d'aménagement foncier.

06-Loi n°66 537 du 24 juillet 1966 **, sur les sociétés commerciales,** jorf 26 juillet 1966.

07-Loi n°89 462 du 06 juillet 1989, **tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86 1290 du 23 décembre 1986,** jorf du 8 juillet 1989.

08-Loi n°2000 642 du 10 juillet 2000**, portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques,** jorf n°0167 du 21 juillet 2011 .

09-Loi n°2006 685 du 13 juin 2006. **relative au droit de préemption et à la protection des locataires en cas de vente d'un immeuble,** jorf n°136 du 14 juin 2006.

10-Loi n° 2007 297 du 5 mars 2007, Relative a la prévention délinquance**: expulsion et troubles du voisinage**, jorf n°0056 du 7 mars 2007.

B -Ordonnances et Décrets

01-Ordonnance n° 58/997 du 23 octobre 1958 portant reforme des regles relatives a l'expropriation pour cause d'utilité publique, journal officiel de république française, n° 9694, 24 octobre 1958.

02-Décret n°58 1466 du 31 décembre 1958, portant Code d'urbanisme en France jorf, du 4 janvier 1959.

03-Décret n 61/164 du 13 février 1961 portant règlement publique relatif au paiement et la consignation pour cause d'utilité publique journal officiel de la république française n° 1224 février 1961.

04-Décret N°2014 1635 du 26 décembre, relatif a la partie règlement du code l'expropriation du 28 décembre 2014.

05-Décret n° 2014 1572 du 22 décembre 2014 fixant la liste des documents susceptibles d'être demandés au propriétaire d'un immeuble par le titulaire du droit de préemption en application de l'article L. 213 2 du code de l'urbanisme. jorf n° 0297 du 24 décembre 2014.

C- Jurisprudences

01-Cass,3^{e} civ,23 November 2011,N^{0}=10.10.1782,Jurisse data, N^{0}=2011,02,5940.

02-Cass, 3^{é} civ 21 mai 1979 : bull, civ III n°111, cass, 3^{é} civ, 21 juill, 1981 gazpal, 1982 ,acass, 3^{é} civ, 10 avril, 1975, buill civ III, v° 117.

03-Cour de Cassation, Chambre civile 03, Audience publique du 30 juin 1998,N° de pourvoi : 96 13039

04-L'arret Cour de cassation, ,08/01/2002 ,Gazette du Palais, 10,11 avril 2002.

05- Cass, 3é civ, 17 Juin 1992 ,Juris data, n° 1992, 001252 , JCPC 1992.

06-Cass ,3civ,01 Avr,2009,N^0= 8 11 079 : Juris Data $N^0$2009 047778.

07-Cass,3e civ,15 Fev 2012,N^0=11.10580,Jurisse data, N^0=2012.

D- Les ouvrages

01- Auby, **Droit administratif des biens**, dalloz, paris, 1991.

02- Basile(Guillaume), **questions de droit publique concours administratif** , ellipses,1996

03- Baudouin(Jean Louis) et Delauries(patrice), ***la responsabilité civile***,7emeéd , vol 01, *éditions Yvon Blais* ;2007.

04- Bergel(Jean Louis), **Traité de droit civil " les biens"**, édition delta, 2000 .

05- Bihâr(Philippe), ***Droit civil général***, Paris :édition Dallez, 3éme éd, 2000.

06- Chablas(François), **Obligations, droits réels principaux** ,T2 **,**Ed Montchrestien ,2000.

07- Chapus (Rêne), **contentieux administratif, fascicule: les cours de droit**, paris, 1981 .

08- Charpentière(Elise) benoit Moore(), **Responsabilité civile et rapports de voisinage**, *éditions Thémis*,2009

09- Convers(Claude), **les servitudes et les charges foncières**, édition delta , 2007.

10- Cornu(Gérard), **Droit Civil, Les biens** ,13ed, édition ALPHA, 2009.

11- Cornu(Gérard), **Vocabulaire Juridique**, presses Université RES De France, Paris, 2000.

12- De polignac (bernas), **Expertise Immobilière :guide pratique",** 02ème édition , Ey arolles, 2003.

13- Debeaurain(jean), **Servitudes légales** : **vues sur la propriété voisine**, juris classeur, 2001.

14 -Delaubadere (Andre) et Gaudemer(Yves),**Traite de droit administratif**, tome 2 **administratif des biens**, 11eme edition, LGDJ delta, 2002.

15 -Deviller (Jacqueline morand)**, droit de l'urbanisme**,7eme édition Estem, Paris, 1996.

16- Ferbos(Jacques), Salles(Georger), **expropriation et évaluation des biens**, 3eme édition, édition l'actualité juridique, paris, 1974

17- Gérard(Patric), **pratique de droit de l'urbanisme**, **urbanisme réglementaire individuel et opérationnel** ,3eme édition Eyrolles, paris,1997.

18- Goldfrain(Philippe)**, Droit administratif des biens domaine, travaux, expropriation**, 5eme edition, Armand colin, paris, 1997.

19-Guillén(Raymond), Vincent(Jean), **Lexique De termes Juridique**, DALLOZ, 1972.

20 - Jacquot(Henri), **Droit de l'urbanisme,** 3eme edition 1998, dalloz.

21- Josserand(Louis), **Essai de téléologie juridique ;L'esprit des droits et de leur relativité :Théorie dite de l'abus des droits** , Paris, Librairie Dalloz, 1927.

22- Larroumet(Christian), Droit civil, tome 1, 03° éd , Paris , Librairie Dalloz 1998.

23 - Laure (Marie), ***Droit civil :les biens***, Edition SIREY, 2006.

24- Mazeaud (Jean Marie), ***Leçons de droit civil, obligation, théorie générale***, 2eme editions**,** Montchrestien, Paris, 1978.

25- Memetteau(Gérard), **Droit de passage**, juris classeur, 2001.

26- Moore(Benoit), **la théorie des sources des obligation éclatement d'une classification** ,Paris, R.j.t.2002.

27- Musso(Dominique), **le régime juridique de l'expropriation**, 4eme édition, jablas et clé, paris, 1984.

28- Paxal(Nicollier), **Histoire du droit : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789**, fribourg, 1995.

29 -Presier(Gustone), **Droit administratif**,Dalloz , 1er édition, 1993.

30- Robert (André), ***Les relation de voisinage***, Edition SIREY ,1991.

31- Savy(Robert)**, Droit de l'urbanisme**, paris, puf, 1981.

32- Terré (François) et Lequette(Yves)**,** ***Les grands arrêts de la jurisprudence civile***, 12éme édition 2007.

33- VINEY(Geneviève) et JOURDAIN(Patrice), **Traité de droit civil** sous direction GHESTIN(J), **les effets de la responsabilité**, 2ème éd, L.G.D.J, 2001

34- Weill(Alex), ***Droit civil : Les biens* ,** 2eme édition, Dollez, Paris.

E-Périodiques

01-Alary (Saint),**mitoyenneté**, Répertoire de droit civil, encyclopédie, Dalloz, n^0 112,1989.

02-Alhaiari (Ahmed Ibrahim), **La responsabilité pour trouble anormal de voisinage Etude compare entre droit civil jordanien et le droit civil français ,**Européen journal of social sciences. Volume 16 n 4, 2010.

03-Ancel (Pascal) et autres, l'**abus de droit:comparaisons franco suisses** ,publication de l' univérsitie de Saint Etienne ,France,2001.

04-Bérenger(Frédéric), les troubles anormaux de voisinage en copropriété ,Administré, n455 ,juin 2012.

05-Chaput(Y),**Les sûretés négatives**, *Annales de la faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1974.

06-Debeaurain (Jean), **Servitudes légales** : **vues sur la propriété voisine**, Juris classeur, 2001.

07- Hétu(Jean), ***l'allocation de la théorie des trouble de voisinage au droit de l'environement du québec***, Mcgrill Law journal, 1977 .

08-Jacob (Jean Marc), **Quand le bruit devient un inconvénient anormal de voisinage**, panorama de jurisprudence civils, n0 105, 2004.

09-kadi hanifi(Mokhtaria) **," Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation"**, revue Idara, n°29, 2005.

10- Memetteau(Gérard), **Droit de passage**, juris classeur, 2001.

11-Morissette (Marie), **Abus de droit, quérulence et parties non représentées** ,revue de droit de McGill, Canada,2004.

12-Moyse (Pierre Emmanuel), **L'Abus De Droit: L'Antiforme** partie 01**,** Revue de droit de McGill ,N57,Octobre 2012.

13- Revêt (Thierry), ***Propriété et droit réels***, Revue trimestrielle de droit civil , Septembre, n° 03, 2005.

F-**Thèses**

01- Kerkorian (Grégory), ***les trouble de voisinage occasionnes par la construction***, mémoire pour l'obtention du D.E.A immobilier public et privé, université de droit d'économie et des science d'Aix, Marseille, septembre, 2004.

02- Raluca(Nicole)**, L'abus de droit en droit communautaire,** thèse de doctorat en droit ,université Toulouse, sciences sociales, faculté de droit, 2009.

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول: قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطتي الاستعمال والتصرف	08
الفصل الأول:قيود سلطة استعمال الملكية	10
المبحث الأول: قيد عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة	11
المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة وطبيعته القانونية	12
الفرع الأول: تعريف التعسف لغة واصطلاحا	12
الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة	16
المطلب الثاني:معايير التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة	19
الفرع الأول: معيار قصد الإضرار بالغير في التعسف	20
الفرع الثاني:عدم التناسب بين الفائدة والضرر	24
الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال	28
المطلب الثالث: إثبات التعسف في استعمال الحق وجزاء	33
الفرع الأول: إثبات التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة	34
الفرع الثاني :جزاء التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة	37
المبحث الثاني: قيد مضار الجوار غير المألوفة	41
المطلب الأول: مفهوم وشروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة	42
الفرع الأول: مفهوم مضار الجوار غير المألوفة	42
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة	49
المطلب الثاني: مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة	59
الفرع الأول: تقدير الأضرار غير المألوفة	60
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن الضرر غير المألوف	70
الفرع الثالث:جزاء المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة	76
الفصل الثاني: قيود سلطة التصرف في الملكية العقارية الخاصة	81
المبحث الأول: الشفعة كقيد على سلطة التصرف	81
المطلب الأول: الأحكام الموضوعية لنظام الشفعة	82
الفرع الأول: مفهوم الشفعة	82

الفرع الثاني: خصائص الشفعة	86
المطلب الثاني : الأحكام الإجرائية للشفعة	92
الفرع الأول: توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء	93
الفرع الثاني: شروط الأخذ بالشفعة	105
الفرع الثالث: إجراءات الشفعة	111
المبحث الثاني :الشرط المانع من التصرف والرخص العمرانية كقيود على الملكية العقارية	119
المطلب الأول:الشرط المانع من التصرف كقيد على الملكية العقارية الخاصة	120
الفرع الأول:مفهوم الشرط المانع من التصرف	121
الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف وشروطه	131
الفرع الثالث:نطاق الشرط المانع من التصرف وأثاره	140
المطلب الثاني:الرخص العمرانية كقيد على الملكية العقارية الخاصة	146
الفرع الأول:رخصة البناء كآلية لتقييد الملكية العقارية الخاصة	147
الفرع الثاني: رخصة التجزئة كآلية لتقييد الملكية العقارية الخاصة	156
الفرع الثالث: رخصة الهدم كآلية مقيدة للملكية العقارية الخاصة	160
الباب الثاني: قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة الاستغلال	170
الفصل الأول:القيود الراجعة للتلاصق في الجوار ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية	170
المبحث الأول: قيود الملكية العقارية الخاصة الراجعة للتلاصق في الجوار	171
المطلب الأول: أحكام الحدود المتلاصقة والحائط الفاصل بين عقارين	171
الفرع الأول: وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة	179
الفرع الثاني: الحائط الفاصل بين عقارين	194
المطلب الثاني: ارتباط المطلات والمناور بتقييد الملكية العقارية الخاصة	194
الفرع الأول: حدود حرية المالك في فتح المطلات	194
الفرع الثاني: حدود حرية المالك في فتح المناور	204
المبحث الثاني: قيد نزع الملكية للمنفعة العمومية الوارد على الملكية العقارية الخاصة	207
المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لنزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة	207
الفرع الأول: تعريف عملية نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة	208
الفرع الثاني:خصائص نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة	212
الفرع الثالث: أطراف عملية نزع الملكية العقارية الخاصة لأجل المنفعة العامة	220

المطلب الثاني: إجراءات ومنازعات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة	229
الفرع الأول: إجراءات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة	230
الفرع الثاني: منازعات نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العامة	246
الفصل الثاني: القيود الارتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة	256
المبحث الأول: ارتفاق المرور كقيد على الملكية العقارية الخاصة	256
المطلب الأول: ارتفاق المرور وشروط إقراره	257
الفرع الأول: حق الارتفاق وطبيعته القانونية	257
الفرع الثاني: قيام ارتفاق المرور	265
المطلب الثاني :أحكام حق المرور	276
الفرع الأول: المركز القانوني لمالك الأرض المحصورة	277
الفرع الثاني: الدعاوى القضائية المتعلقة بحق المرور ودور القاضي في تقريره	282
الفرع الثالث: انقضاء حق المرور	291
المبحث الثاني: القيود الراجعة للانتفاع بموارد المياه	298
المطلب الأول: حق المجرى كقيد على الملكية العقارية الخاصة	299
الفرع الأول: شروط تقرير حق المجري	300
الفرع الثاني :أحكام حق المجرى	305
المطلب الثاني: ارتفاق الشرب والصرف كقيدين على الملكية العقارية الخاصة	307
الفرع الأول: حق الشرب كقيد على الملكية العقارية الخاصة	307
الفرع الثاني : حق الصرف أو المسيل كقيد على الملكية العقارية الخاصة	314
خـاتــمـــــة	323
قائمة المراجع	336
فهرس المحتويات	368

ملخص

يعد حق الملكية العقارية الخاصة حقا عينيا، يخول لصاحبه سلطات قانونية يمارسها على عقاره من استعمال واستغلال وتصرف ، ورغم كل صور التكريس لحق الملكية الخاصة في التشريعات والاتفاقيات الدولية، واعتباره جزء من الحقوق الدستورية، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا، حيث يجوز حرمان المالك من عقاره وتقييد سلطاته، مخافة أن تنقلب هذه السلطات بين يدي المالك إلى تحكم ، لذا لم يعد ينظر لهذا الحق على أنه ميزة للمالك فحسب ، بل أصبح ذا وظيفة اجتماعية ، وهي الوظيفة التي لا تتحقق إلا عن طريق القيود والحدود الواردة في مختلف النصوص القانونية التي تقيد حق الملكية العقارية الخاصة، مراعاة للمصلحة الخاصة والعامة على السواء، متى كانت هاتين المصلحتين أولى بالحماية والرعاية من مصلحة المالك، ومن أجل ضمان استعمال صاحب الملكية العقارية الخاصة للسلطات التي يستأثر بها ، وفق ما هو مشروع ، وحتى لا تحيد عن الغاية التي شرعت من أجلها ، عمدت التشريعات المقارنة التي كانت محل دراسة من طرفنا إلى تقييد مدى استئثار المالك بهده السلطات، إذ نجد أن كل القيود التي ترد على حرية المالك وسلطاته هي نتيجة لتطبيقات الوظيفة الاجتماعية، وبالتالي فإن تدخل التشريعات بتنظيم هده الحرية والحد من هذا الحق وتبيان حدوده،ووضع قيود عليه لا يعد بمثابة تعارض معه أو إنقاص منه ، وا ٍنما المبتغى هو حماية مصالح اجتماعية محضة، وعليه فإن فرض هذه القيود يحقق أهمية تتجسد في التمكين من استغلال العقارات وتيسير الانتفاع بها واستثمارها في مختلف الأوجه، لأن توسيع نطاق الملكية العقارية الخاصة دون قيود، يجعلها ضعيفة المنفعة قليلة الأهمية،

ولتأدية الملكية العقارية الخاصة وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية على أحسن وجه، فان ذلك لا يتأتى إلا من خلال إقرار هذه القيود.

يتبين لنا من خلال تحديد موقف التشريعات المقارنة حول هذه القيود أن هذه الأخيرة حظيت بالأهمية حسب الأسس القانونية والاجتماعية لكل تشريع، وقد ساهمت التشريعات المقارنة في إبراز أثار هذه القيود على الملكية العقارية الخاصة، وان كانت القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة مقررة بنصوص قانونية، وحظيت بالاهتمام التشريعي من جانب مختلف التشريعات المقارنة المعتمدة منا في هذه الدراسة، إلا أنها لازالت تحتاج إلى المزيد من المجهودات التشريعية والفقهية والقضائية لتوضيح أحكامها وأثارها، لان عدم فهمها يؤدي إلى اتساع الهوة بين صاحب الملكية العقارية الخاصة وأصحاب الملكيات المجاورة، وهو ما يفرز في الواقع العديد من المنازعات والأوضاع القانونية التي تبتعد عن مغزى المشرع.

Résume

Le droit de posséder des biens fonciers est vraiment un droit réel, donne au propriétaire les pouvoirs juridiques de l'utilisation, l'exploitation et la gestion de son propriété. Bien que toutes les formes de la consécration du droit de la propriété foncier privée dans la législation et les conventions internationales et dans le cadre des droits constitutionnels, mais ce droit n'est pas absolu où il peut empêcher le propriétaire de ses biens et de restreindre ses pouvoirs craignant que ces autorités s'avérer dans les mains du propriétaire pour dominer, c'est pour ça n’est plus vu le droit de la propriété foncier privée comme un avantage spécifique mais il est devenu une fonction sociale. Ceci peut être atteint par les restrictions et les limitations contenues dans les diverses dispositions légales qui restreignent le droit de propriété en compte l'intérêt public et privé dés que ces intérêts sont important que la protection et le soin des intérêts du propriétaire. Pour assurer l'utilisation de propriétaire des biens immobiliers à ses propres pouvoirs, selon ce qui est légitime, et de ne pas s'écarter de l'objectif pour lequel initié. Délibérément, la législation comparée, qui ont fait l'objet de notre étude, a limité l'étendue des monopoles de propriétaire de ces autorités. Nous trouvons que toutes les

restrictions qui sont répertoriés sur la liberté de propriétaire et ses pouvoirs sont les résultats de l'application de la fonction sociale et de ce fait l'intervention de législation pour organiser cette liberté, limiter ce droit et montrer ses limites et restrictions n'est pas considéré comme opposition ou diminution de lui, mais son objectif est de protéger les intérêts d'une conséquence purement social, donc l'imposition de ces restrictions atteint signification incarnée dans l'autonomisation de l'exploitation de biens fonciers et de faciliter l'utilisation et l'investissement dans diverses facettes, parce que l'expansion du domaine de propriété foncière sans restriction rend son profit faible. Pour que la propriété foncière privée effectuer son fonction sociale et économique, de meilleur façon, Il faut adopter ces restrictions. Ainsi, nous pouvons voir à travers la détermination de la position de législation comparative sur ces restrictions que cette dernière prise une importance selon les fondements juridiques et sociaux pour chaque législation, de ce fait la législation comparée contribué à mettre en surbrillance les conséquences de ces restrictions sur la propriété foncière privée. Bien que les restrictions sur la propriété foncière privée prévues par textes juridiques et reçu une attention législative par diverses législation comparée approuvé ce sujet dans notre étude. Toutefois, il doit encore plus législative et jurisprudentielle et les efforts judiciaires pour clarifier ses dispositions et ses effets .Parce que la mal compréhension conduit à, l'écart grandissant entre le propriétaire foncier privé et les propriétaires adjacentes, ce qui est sécrétée en fait, beaucoup des différends et conditions juridiques qui se éloignent de l'intention du législateur.