



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية المقررة للمصلحة الخاصة

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ل.م.د في الحقوق

تخصص: القانون العقاري

إعداد الطالبتين:

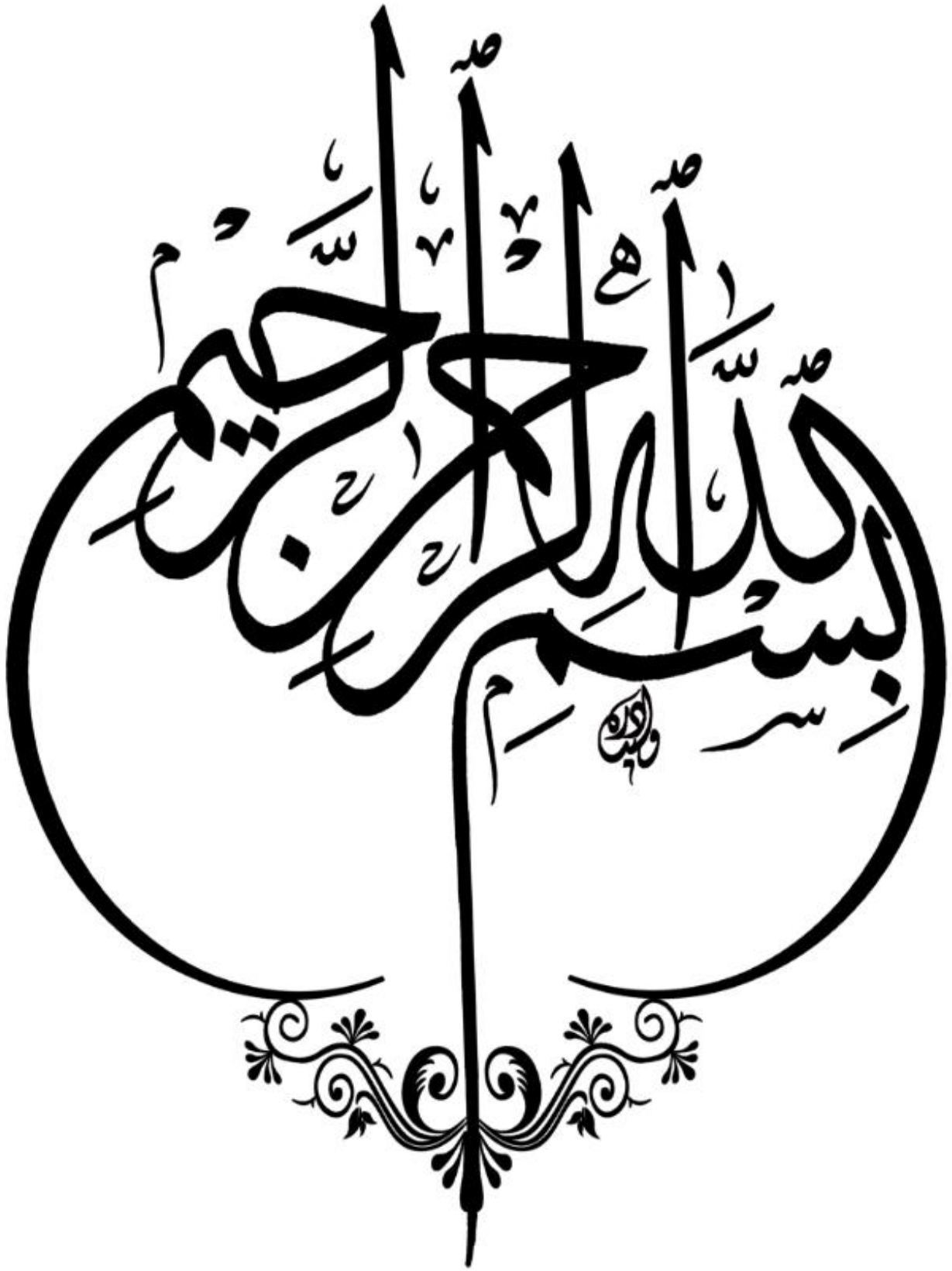
تقوى سعدي

خولة بوعفيان

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	المؤسسة	الصفة
د/ سلخ محمد الأمين	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د/ حويذق عثمان	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ/د بوساحة نجاة	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022



إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيّدنا محمد وعلى أله وصحبه أجمعين.

إلى من شاءت إرادة الله عز وجل أن يرحل، إلى روح والدي الطاهرة الذي لا طالما أردت حضوره في هذا اليوم، فدعائي الخالص له أن يتغمّده الله برحمته وغفرانه وسكنه فسيح جناته.

إلى مصدر شجاعتي، إلى من علمتني حب العلم والمثابرة على النجاح، إلى القلب الحنون الذي غمرني بعطفه وحنانه... أمي الغالية، اللهم أطل عمرها وعافها.

إلى من تمنوا لي النجاح والتوفيق، إلى سندي في الحياة إخواني علي، لحسن، حسين، بلقاسم.

وأخواتي ربيعة، فريدة، سهام، مفيدة، نرجس، عائشة.

إلى رفيق الدرب، وصديق الأيام جميعاً محلوها ومرّها، حمزة.

إلى جميع عائلتي من قريب أو من بعيد.

إلى كل صديقاتي الغاليات.

إلى صديقتي وزميلتي الوفية التي تقاسمت معها هذا العمل خولة.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذا



تقوى

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح

والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى أعز الناس وأقربهم إلى قلبي.

إلى والدتي العزيزة ووالدي العزيز اللذان كانا عوناً وسنداً لي؛ وكان لهما الفضل الأول في بلوغي

التعليم العالي، أطال الله في عمرهما.

إلى من ساندني وخطى معي خطواتي؛ ويسر لي الصعاب إلى زوجي العزيز الذي تحمل الكثير؛

ووقوفني في هذا المكان ما كان ليحدث لولا تشجيعه المستمر لي.

إلى زهراتي وفلذات كبدي والديا إياد وشاهين.

إلى إخواني بوبكر، محمد، إلياس.

إلى أختي الغالية سارة

إلى رفيقة المشوار التي قاسمتني لحظاته رعاها الله ووفقها تقوى.

إلى جميع أفراد العائلة الذين قدموا لنا يد العون والمساعدة ونخص بالذكر عمتي أم زوجي التي كانت

سنداً لي.

وإلى كل من أحبهم قلبي ونسيهم قلبي.



خولة

شكر وتقدير

نحمد الله عز وجل الذي منحنا القوة ووفقنا على إتمام هذا البحث المتواضع فالحمد لله حمدًا كثيرًا من هذا المقام نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذنا المشرف الدكتور **حويدق عثمان** الذي تقبل بصدر رحب الاشراف على هذه المذكرة، والذي كان له الفضل في اختيار هذا الموضوع.

كما نقدم أسمى عبارات التقدير والامتنان والشكر إلى المشرفة المساعدة الدكتورة **صفاء بن موسى**، التي خصصت لنا جزءا كبيرا من وقتها بتوجيهاتها القيمة، وتقديمها كل المساعدات والنصائح العلمية في سبيل إنجاز هذه المذكرة، جزاها الله عنا كل خير.

كما نتوجه بالشكر الجزيل والتقدير الكبير إلى لجنة المناقشة المحترمة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة، ونسأل الله أن ينفعنا بنصائحهم وتوجيهاتهم.

كما نتقدم بجزيل الشكر لأساتذتنا الكرام في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد **حمه لخضر بالوادي** بالأخص الدكتورة **بوساحة نجاة**، والدكتور **خلف فاروق**، والدكتور **محدّه جلول** الذين نهلنا من فيض علمهم وأدبهم، فكانوا لنا خير معلم وخير دليل.



خولة/تقوى

قائمة المختصرات

- ص: الصفحة
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- د.س.ن: دون سنة نشر
- د.ت: دون تاريخ
- مج: المجلد
- ع: العدد
- ج: الجزء
- ق.أ: قانون الأسرة
- ق.م.م: القانون المدني المصري

مقدمة

يعتبر حق الملكية العقارية الخاصة من أقدس الحقوق العينية التي ضمنت حمايتها كل الدساتير والمواثيق الدولية، بما لها من مكنات قانونية تخول لصاحبها سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في عقاره بشكل يفرض مقارنة مركبة بين تحقيق مصلحته الخاصة دون الإخلال بمقتضيات المصلحة العامة كهدف سعى إليه المشرع الجزائري وكل التشريعات محل المقارنة، أيا كان توجهها السياسي وأيدولوجياتها الاقتصادية والقانونية.

فحق الملكية يعد من أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقاً، فهو الحق العيني الوحيد الذي يمنح كل السلطات التي يمكن للشخص ممارستها على الشيء، فلمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، فهو حق جامع مانع مقصور على صاحبه، بمعنى أنه لا يجوز لغير المالك بحسب الأصل أن يستعمل الشيء الوارد عليه حقه حتى ولو لم يؤدي هذا إلى الحاق أي ضرر بالمالك، كما أنه حق دائم، لأنه الحق الوحيد الذي لا يسقط بعدم الاستعمال.

وإذا كانت الملكية مصونة بنص القانون والدساتير المتعاقبة، إلا أنها لم تعد حقاً مطلقاً يمنح سلطات غير محدودة للمالك على ملكه، فقد تدخل المشرع لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية، ودون تعطيل حق الملكية عن أداء وظائفه، فوضع قيوداً قانونية، فضلاً عن القيود الاتفاقية التي يلزم المالك بها نفسه مختاراً في مواجهة الغير بعضها يتقرر للمصلحة العامة والبعض الآخر يتقرر للمصلحة الخاصة.

وترد هذه القيود بصفة عامة على سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال أو على حرية التملك ذاتها، فبالنسبة للقيود القانونية التي ترمي إلى تحقيق المصلحة الخاصة، فهي تنقرر لصالح الأفراد فيما بينهم وتؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة بطريق غير مباشر، كالقيود التي ترمي إلى رعاية مصالح الجيران، والري والصرف والمرور والحدود والمطلات والمناور إلى غير ذلك.

غير أن دراستنا سنتصب بالدرجة الأولى على القيود المقررة للمصلحة الخاصة، حيث بحث الفقهاء في القيود التي ترد على حق الملكية العقارية المقررة للمصلحة فاختلفت منهجيتهم في تبيانها، فمنهم من صاغها انطلاقاً من التمييز بين القيود القانونية والقيود الاتفاقية، وباحثون درسوها انطلاقاً من الفقه الإسلامي الذي اهتم بدراسة طبيعة الملكية العقارية في الإسلام

وقيودها؛ وآخرون فرعوها إلى قيود مقررة منعا لإساءة استعمال حق الملكية، وأخرى مقررة رفعا لمضار الجوار، وعليه نجد من الصعوبة بمكان تصنيف مختلف هذه القيود لتنوعها وتشعبها. ويشغل 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 العلمي، 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.

وتعود أهمية بحث هذا الموضوع على المستوى العلمي، 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 حولا واضحة ومستقرة، لاسيما ما يتعلق منها بكيفية تعويض المالك عند حرمانه من إحدى سلطاته الثلاث (الاستغلال_ الاستعمال_ التصرف).

أما أسباب اختيارنا لهذا الموضوع فقد تعددت بين دوافع شخصية وأخرى موضوعية، حيث تتلخص الدوافع الشخصية في الرغبة الشخصية في إعداد دراسة قانونية حول موضوع القيود الواردة على الملكية العقارية المقررة للمصلحة الخاصة عن طريق محاولة الجمع بين المعلومات المتناثرة وتنظيمها في حلة جديدة، يضاف إلى ذلك معيشتنا كأفراد في هذا المجتمع وما يترتب عن ذلك من خلافات ومشاجرات يومية التي تنشأ بحكم التمتع بالملكية واستعمالها تنتهي غالبا باللجوء للقضاء.

أما بخصوص الدوافع الموضوعية في مجال الدراسة تمثلت في طبيعة الموضوع في حد ذاته، ضمن ما تثيره الخصوصية من تساؤلات، تقترن بموضوع الملكية العقارية الخاصة، وفي جانب آخر 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.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع ارتأينا معالجته من خلال طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى ضبط المشرع الجزائري القيود التي يمكن أن تحد من حرية المالك في الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بالمصلحة الخاصة؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية، نبلورها في الآتي:

- فيما تتمثل قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة الاستغلال؟

- وفيما تتجسد قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة الاستعمال؟

- وما هي قيود الملكية العقارية الخاصة المتعلقة بسلطة التصرف؟

ولقد اقتضت معالجة الإشكالية أن يكون المنهج المتبع منهج تحليل المضمون وهو من المناهج التي يتم من خلالها تحليل مضمون النصوص القانونية بطريقة منظمة وموضوعية تتماشى وقواعد البحث العلمي للوصول إلى نتائج ذات الصلة بموضوع الدراسة.

وللإجابة على الإشكالية أعلاه قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول القيود المتعلقة بسلطتي الاستغلال والاستعمال، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى القيود الخاصة بالاستغلال والتمثلة في قيد عدم التعسف في استعمال الحق وقيد مضار الجوار غير المألوفة، بينما تناولنا في المبحث الثاني إلى القيود الخاصة بالاستعمال والتمثلة في القيود الراجعة للانقاع بالمياه، وقيد حق المرور وقيود التلاصق في الجوار.

أما الفصل الثاني فخصصناه إلى القيود المتعلقة بسلطة التصرف، فتعرضنا في المبحث الأول إلى الشفعة المدنية كقيد على سلطة التصرف، أما في المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى الشرط الاتفاقي المانع من التصرف.

وختاماً لدراستنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج ومن خلالها مجموعة من التوصيات

ندرجها ضمن الخاتمة.

الفصل الأول

القيود المتعلقة بسلطتي

الاستغلال والاستعمال

يخول القانون للمالك عند استعماله للملكية العقارية الخاصة كل السلطات، فهو حر في الاستعمال والاستغلال، وحتى التصرف في حقه، إلا أن هذا الحق غير مطلق، بما أن حرية الشخص تنتهي عند بداية حرية الآخرين، ومن أجل ذلك وحماية لمصلحة الغير، فإن المشرع الجزائري قيد حق الملكية الخاصة للفرد بقيود قانونية كلما تعسف في استعمال حقه، وألحق ضررا غير مألوف بجاره، أو انحرف عند ممارسة حقه عن سلوك الشخص العادي، وقام بأعمال غير مشروعة عادت عليه بالمنفعة، وعليه سنتطرق في هذا الفصل لمبحثين نتناول في المبحث الأول القيود الخاصة بالاستغلال نوضح من خلالها قيد عدم التعسف في استعمال الحق وقيد مضار الجوار غير المألوفة.

أما في المبحث الثاني نتناول القيود الخاصة بالاستعمال نتطرق فيه إلى القيود الخاصة بموارد المياه وقيد حق المرور وقيود التلاصق.

المبحث الأول

القيود الخاصة بالاستغلال

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا، يخول لصاحبه جميع سلطات المالك على ما يملك، ومنها سلطة الاستغلال، حيث أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود خاصة على المالك في حالة ما تعارض حق الملكية مع مصلحة الغير، فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلت عنه الحماية القانونية، ولقد نظم المشرع الجزائري هذه القيود في المادة 690 وما يليها من القانون المدني، الهدف منها هو تنظيم الحقوق المتنافرة للملاك المجاورين كعدم التعسف في استعمال حق الملكية، وعدم الإضرار بالمالك المجاور، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال مطلبين: نتناول في المطلب الأول قيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية، ونخصص في المطلب الثاني قيد مضار الجوار غير المألوفة.

المطلب الأول

قيد عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

إن لصاحب الملكية العقارية الخاصة مكنة استعمالها والاستفادة من ملكيته، ولكن هذا الاستعمال ليس مطلقا⁽¹⁾، بل ترد عليها قيودا خاصة تحد من حرية المالك حتى لا ينحرف عن الهدف المشروع⁽²⁾ ولا يغل في استعمال حقه، حيث لا بد أن يكون استعمال الحقوق سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها، وإلى دفع المفساد وتجنبها⁽³⁾، ولقد أقر القانون الحق الفردي، وكفل له حماية خاصة، ووضع له حدودا معينة⁽⁴⁾، فالفرد قد يلحق ضررا بالحقوق الخاصة للأفراد أو بالمصالح العامة للمجتمع، ومثال ذلك المالك الذي قام باستعمال مبيدات حشرية في مزروعاته

(1) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية في التشريع الجزائري المقارن (دراسة في التشريعات المقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2019، ص25.

(2) ليلية بعكل، كاتية مالا، تقييد الملكية العقارية الخاصة لدواعي المصلحة الخاصة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، بتيزي وزو، الجزائر، د.ت، ص05.

(3) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص24.

(4) أحمد رضا صنوبر، الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2015، ص77.

دون أن يحذر جيرانه من خطر دخول مواشيهم إلى أرضه⁽¹⁾، وبالتالي فإن المشرع الجزائري قيد حق الملكية الخاصة للفرد بقيود قانونية كلما تعسف في استعمال حقه⁽²⁾.

الفرع الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق

يعتبر التعسف في استعمال الحق من أهم القيود على سلطات المالك مراعاة للجوار⁽³⁾، وقد تضمن القانون المدني فكرة التعسف في استعمال الحق، حيث جاء في نص المادة 01/690 من ق.م.ج على أنه: "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية"⁽⁴⁾.

أولا: تعريف قيد عدم التعسف في استعمال الحق

سوف نتعرض هنا إلى تعريف التعسف لغة واصطلاحا، ثم قانونا.

1- التعريف اللغوي للتعسف

إن كلمة التعسف مأخوذة من الفعل: عَسَفَ، يَعْسِفُ، عَسْفًا، وتعني لغة أخذ الشيء على غير طريقته، وتأتي على عدة معاني: عَسَفَ، عَسْفًا، أي رُكِبُ الأمر بلا تدبير ولا رويّة، والطريق على غير قصد⁽⁵⁾، ويقال عسف فلان فلانا: إذا ظلمه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما ولم يقصد الحق⁽⁶⁾، وكذلك الاعتساف والتعسف وهو السير على غير علم ولا أثر، وتعني أيضا الظلم⁽⁷⁾.

(1) عبد الحفيظ قرادي، القيود القانونية الواردة على العقار الفلاحي، مذكرة ماستر أكاديمي حقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، الموسم الجامعي 2021/2022، ص 24.

(2) ليلية بعلل، مرجع سابق، ص 05.

(3) أسماء سعيدان، القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ج 04، ع 33، 2019، ص 66.

(4) الأمر رقم (58-75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-07) المؤرخ في 2007/05/13، ج.ر، ع 31، المؤرخة في 2007/05/13.

(5) ابن المنصور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، د.س.ن، ص 2943.

(6) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص 25.

(7) سماح شيبات، التعسف في استعمال الحق في إطار الملكية العقارية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 10.

2-التعريف الاصطلاحي للتعسف

وضع الفقهاء المعاصرون تعاريف متعددة للتعسف من الناحية الاصطلاحية، ومن أهمها تعريف الشيخ محمد أبو زهرة أن التعسف هو: "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق".

وعرفه أيضا الدكتور مصطفى الرباعي: "إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير".

في حين عرفه عبد الواحد كرم بأنه: "استعمال شخص لحق له، ينشأ عنه ضرر للغير"⁽¹⁾.

3-التعريف القانوني

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم لنظرية التعسف في استعمال الحق خاصة من ناحية تحديد طبيعتها، فقد اهتم فقهاء القانون بهذه النظرية نظرا لتطبيقاتها الواسعة في الحياة اليومية ولسبب آخر مهم هو توسيع تطبيق هذه النظرية في أغلب مجالات القانون، وخاصة في مجال الملكية العقارية الخاصة⁽²⁾.

فيعرف التعسف في الفقه القانوني بأنه: "انحراف بالحق عن غايته، أو استعمال الحق على وجه غير مشروع، أو انحراف على الهدف المشروع"⁽³⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا، بأن التعسف في استعمال الحق يتحقق ببقاء صاحب الحق ضمن الحدود التي يعينها القانون لحقه، وبمباشرته للسلطات التي يمنحها له،

(1) عبد الرحمن لحرش وآخرون، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 بالقلمة، الجزائر، يومي 25 و26 سبتمبر 2013، ص 60.

(2) عواطف زارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2013، ص77.

(3) سماح شيبات، مرجع سابق، ص 11.

ولكن على نحو مناقض للغاية التي شرع من أجلها هذا الحق، مما يجعل نتيجة هذا الاستعمال إحداهن الضرر للغير، فالفعل في ذاته مشروع ولكن العيب يكمن في غايته الغير مشروعة¹. وفي الأخير نستخلص أنّ استعمال الحق، يجب أن يكون متّقا مع الغاية المقرّرة من تشريعه، وأنّ الخروج عن هذه الأخيرة يجعل مستعمل الحق متعسّفا في استعماله لحقه، بهذا يُمكن تقديم تعريف للتعسّف على أنّه الخروج عن الغاية المقرّرة للحق، ممّا يؤدي إلى الإضرار بالغير.

ثانياً: تمييز التعسف في استعمال الحق عن ما يشابهه من مفاهيم

يختلط مصطلح التعسف في الكثير من الأحيان بمصطلحات مشابهة له وهذا ما يدفعنا إلى تمييزه عنها:

1- تمييز التعسف عن الخطأ

يعرف الخطأ على أنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك هذا الانحراف. والشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة قانونية أو عندما يستعمل حقا خوله له القانون، وسابقا كان رجال القانون يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية فإذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في استعمال الرخصة توفر ركن الخطأ وإذا انحرف عن سلوك الرجل العادي في استعمال الحق لا يتوفر ركن الخطأ⁽²⁾.

2- تمييز التعسف عن التجاوز

يُعرّف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون لذلك الحق، ومثال ذلك أن يبني شخص بناء يكون جزء منه على أرضه والجزء الآخر على أرض الغير، أي يمدّه على أرض جاره، وعليه يكون قد تجاوز نطاق حقه ويعتبر متعدياً، أما التعسف فيفهم منه أن الشخص لا يتجاوز نطاق حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها القانون، ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير، ومثال ذلك أن يبني شخص في أرضه حائطاً عالياً وسدّاً على جاره منافذ الهواء والضوء كان هذا تعسفاً.

¹ سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، الموسم الجامعي 2013، ص 10.

⁽²⁾ دحمان بو عبدلي، التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 12.

فالتجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود ملكه إلى حدود غيره، أما التعسف فليس هناك تعدٍ على حق الغير ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع⁽¹⁾.

ثالثاً: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

يقصد بطبيعة التعسف، الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق، ولقد اختلف الفقه حول طبيعة التعسف في استعمال الحق، إذ يذهب اتجاه إلى أن الأساس القانوني للتعسف هو المسؤولية التقصيرية، حيث يرى أن التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة هو خطأ يوجب التعويض، أما الاتجاه الثاني فيرد هذه المسؤولية إلى نظرية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

1- التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية

اتفق جانب كبير من الفقه على أن التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، إلا أنهم اختلفوا في تأصيل التعسف، فمنهم من يعتبره تجاوزاً لحدود الحق، ومنهم من يرى أن التعسف خطأ من نوع خاص، ومنهم من يعتبر أن التعسف انحراف عن سلوك الشخص العادي⁽³⁾ أي أن التعسف بمثابة الخطأ وسنتطرق لهاته الآراء بشيء من التفصيل على النحو التالي:

أ- التعسف تجاوز لحدود الحق الموضوعية

نادى بهذا الرأي الفقهاء الذين ينكرون التعسف في استعمال الحق وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol حيث يرى أن التعسف في استعمال الحق، لا يعدو أن يكون تجاوزاً للحق، لأن الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف⁽⁴⁾.

(1) سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في

القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، الموسم الجامعي 2014/02/27، ص ص 54-55.

(2) سماح شيبات، مرجع سابق، ص ص 20-21.

(3) عبد الرحمن لحرش وآخرون، مرجع سابق، ص 21.

(4) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 79.

ومن قول الأستاذ بلانيول نستخلص رأيه المتمثل في كون التعسف والحق لفظان متناقضين، وهو يقر بأن الحقوق ليست كلها مطلقة، وأن استعمال الحق ينبغي أن يبنى على أسباب مشروعة⁽¹⁾.

لكن هذا الرأي انتقد نظرا لما يشوبه من خلط بين مفهومين مختلفين وهما المجاوزة والتعسف، فالفرق بينهما واضح، فالخروج عن الحق يسبب دائما المسؤولية التقصيرية ويرتب التعويض عن الضرر، أما في التعسف فإن المسؤولية تكون تقصيرية أو عقدية ويكون التعويض غالبا بإصلاح الضرر خصوصا في مجال الملكية العقارية⁽²⁾.

ب_ التعسف خطأ من نوع خاص

نادى جانب من الفقه في مقدمتهم جوسران Josserand بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية، فاستعمال الحق لا يكون مشروعا إلا إذا كان متفقا مع غاية الحق وروحه وهو ما يخرج التعسف من مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي العادي⁽³⁾.

ج _ التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ

يعتبر هذا الجانب من الفقه، التعسف خطأ بدون الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، ويرى أن الخطأ أصبحت له صورتان:

– صورة تقليدية: تتمثل في المساس بحق الغير، وذلك بالخروج عن حدود الرخصة التي أباحها له القانون أو الخروج عن حدود الحق.

– صورة حديثة: وهي المساس بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه ملتزما بحدود هذا الحق.

والمعيار في كلا الصورتين هو التقصير من عناية الشخص العادي، وفي الصورة الثانية وجه التقصير هو أن صاحب الحق أثناء استعمال حقه لم يبذل عناية الشخص العادي في منع

(1) منى مقالتي، مرجع سابق، ص 30.

(2) سماح شيبات، مرجع سابق، ص 25.

(3) علال قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الموسم الجامعي 2013/2014، ص 88.

الإضرار بالغير⁽¹⁾، فالشخص ملزم بالعمل بعناية وبطريقة يتحاشى بها الأضرار التي قد تصيب الغير وذلك بحذر وحرص.

فقد تزعم هذا الرأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هو إذا ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض"، ويقول أيضا "ويبقى التعسف داخلا في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفا متصلا بالتعاقد"⁽²⁾.

2- نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة عن نظرية العمل الغير مشروع

لقد ذهب البعض من فقهاء القانون وعلى رأسهم الأستاذ علي سليمان إلى استقلال مبدأ التعسف في استعمال حق الملكية عن عنصر الخطأ استقلالا تاما⁽³⁾، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 من خلال نص المادة 41⁽⁴⁾ التي تم إلغاؤها واستبدالها بنص المادة 124 مكرر، حيث استبعدتها المشرع من نصوص المسؤولية التقصيرية معتبرا في ذلك أن التعسف له نظام خاص يتميز عن العمل غير المشروع، ودافع الأستاذ علي سليمان عن هذا الرأي مستندا إلى الحجج التالية:

– أن المشرع الجزائري فصل نص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية؛

– في الغالب الجزاء عن التعسف هو التعويض العيني، بينما يغلب الجزاء النقدي في المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾.

(1) عبد الرحمن لحرش وآخرون، مرجع سابق، ص 62.

(2) سماح شيبات، مرجع سابق، ص 27.

(3) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص 32.

(4) تنص المادة 41 من ق.م.ج: "يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات التالية:

– إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

– إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

(5) عبد الرحمن لحرش وآخرون، مرجع سابق، ص 61.

الفرع الثاني

معايير التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

يقصد بالمعايير، الضوابط والمبادئ التي يتعين الاعتماد عليها بغية تحديد حالات التعسف، ولقد وضع المشرع الجزائري ثلاثة معايير لاعتبار المالك متعسفا في استعمال حقه، وذلك من خلال نص المادة 124 مكرر من ق.م⁽¹⁾، هذا ما سنحاول تفصيله ومعالجته ضمن هذا الفرع، وفقا لما يلي:

أولاً: معيار استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير

إن استعمال الحق بنية الإضرار بالغير، يعتبر معياراً شخصياً ذاتياً، إذ أنه يتعلق بالقصد والنية⁽²⁾، فالتعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ عمدي كون أن نية صاحب الحق تتصرف إلى إلحاق الضرر بالغير مما يترتب عليه مسؤولية مدنية، وما يجب الإشارة إليه أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتجسيد هذه النظرية بل لا بد لصاحب الحق أن ينحرف عن سلوك الرجل العادي⁽³⁾، فمن غرس في أرضه أشجاراً كثيفة لمجرد حجب الضوء عن جاره، دون أن يرمي إلى شيء آخر، يكون مسيئاً ولو عادت هذه الأشجار عليه بالنفع ما دام هذا النفع لم يكن مقصوداً، وإنما جاء عارضاً بحتاً⁽⁴⁾.

ولكن من استعمل حقه بقصد تحقيق غاية مشروعة فلا يعتبر مرتكباً خطأ حتى ولو أدت منافسته إلى تعمد الإضرار بمنافسه لأنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي⁽⁵⁾.

ثانياً: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير

هذا المعيار هو معيار موضوعي، يوازن القاضي بموجبه بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق وبين الضرر الناشئ عن ذلك الاستعمال، بدون النظر إلى نية صاحب

(1) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 84.

(2) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص 34.

(3) زوينة عجمي، حياة عماري، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، الموسم الجامعي 2019/2020، ص 41.

(4) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص 35.

(5) زوينة عجمي، مرجع سابق، ص 35.

الحق⁽¹⁾، ولا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنقضي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً يصبح استعمال الحق أمر غير مشروع، فنرجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد⁽²⁾.

وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات عديدة لهذا المعيار منها، قيام مالك عقار بحفر بئر غيره، بحيث يؤدي حفر البئر الجديد إلى نضوب القديم، فيؤمر بأن يُحوّل بئرُه إلى مكان أبعد في أرضه، تجنباً لتعطيل بئر جاره، إن وجد سبيلاً لذلك، وإلا لم يُمنع، حتى لا يتحمّل هو الضرر لنفع غيره⁽³⁾.

ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال

اعتبر الفقه أن هذا المعيار مزيجاً بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، وعلى ذلك فيمكن عدّه معياراً موضوعياً، لأنه ينظر إلى النتائج والغايات من استعمال الحق، غير أن نية صاحب الحق لها أثر في هذه الحالة في الكشف عن غايته وهي تحقيق مصلحة غير مشروعة⁽⁴⁾، فمن هذه الناحية يمكن اعتباره معياراً ذاتياً.

ومن تطبيقات هذا المعيار: قضية "كليمان بايار" الذي وضع أعمدة سوداء مدبية بأسلاك شائكة في حدود أرضه المجاورة للمطار، لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها، وليفرض على شركة الطيران أن تشتري منه أرضه بثمن مرتفع، فيكون متعسفاً في استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة الأسلاك الشائكة أو الأعمدة المدبية⁽⁵⁾.

ويمكن اعتبار أن هذا المعيار أوسع المعايير من حيث التطبيقات العلمية، باعتبار أن استعمال الحقوق يجب أن يكون مشروعاً حتى يكون جديراً بالحماية القانونية⁽⁶⁾.

(1) رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، دار الخلدونية، الجزائر، 2019، ص 128.

(2) دحمان عبدلي، مرجع سابق، ص ص 31-32.

(3) عبد الرحمن لحرش وآخرون، مرجع سابق، ص 77.

(4) رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 132.

(5) عبد الرحمن لحرش وآخرون، المرجع نفسه، ص 80.

(6) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 91.

مع العلم أنه في الحالات الثلاث لا تتعدّد مسؤولية المالك على أساس التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري، وإنما تتعدّد على أساس الخطأ الموجب للتعويض⁽¹⁾.

الفرع الثالث

إثبات التعسف في استعمال الحق وجزاءه

بعد تبيان المعايير التي وضعت كضوابط للتعسف، سنتناول مسألة إثبات التعسف وجزاءه، وفقا لما يلي:

أولاً: إثبات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

إن إثبات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، يفهم منه ترتب جملة من الأعباء التي يتوجب توضيحها وتحديدها بدقة، وأولها عبء إثبات الخطأ⁽²⁾، حيث يقع عبء الإثبات على المدعي، طبقاً للقاعدة التي تقتضي بأن البينة على من ادعى ذلك لأن الأصل في استعمال الحقوق هو المشروعية، وعلى من يدعي عدم مشروعية الاستعمال إثبات ما يدعيه⁽³⁾.

ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق، وهو يستعمل حقه قصد 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⁽⁴⁾.

في حين أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه، باعتبار أن القاعدة العامة تقتضي بأن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب افتراضه ابتداءً إلى أن يقوم الدليل على العكس⁽⁵⁾.

(1) معمر براهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم، الجزائر، الموسم الجامعي 2017/2018، ص 56.

(2) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص 49.

(3) محمد ولد خصال، قيود الجوار على الأملاك الخاصة المتلاصقة في ضوء الأعمال القضائية، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الموسم الجامعي 2012/2013، ص 17.

(4) منى مقلاتي، مرجع سابق، ص 36.

(5) المرجع نفسه، ص ص 49-50.

ثانياً: جزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

قد يستعمل صاحب الحق حقه استعمالاً غير مشروع، يكون بذلك قد ابتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق، فالقانون منح الشخص المتضرر أن يطلب التعويض من صاحب الحق فهذا التعويض يمثل الجزاء على التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾، وعلى ذلك فإن الجزاء يختلف باختلاف الحالة التي يكون التعسف فيها والذي نجده يتخذ ثلاث صور، فقد يكون وقائياً وقد يكون مالياً وقد يكون عينياً:

1- الجزاء الوقائي

يهدف هذا الجزاء إلى منع وقوع الضرر ابتداءً عن طريق منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً متى كان الضرر متوقعاً أو محتملاً احتمالاً راجحاً قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضرر ما⁽²⁾.

ومن بين تطبيقات المشرع للجزاء الوقائي نجد نص المادة 788 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجيز صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل"⁽³⁾.

2- الجزاء المالي

الأصل في الجزاء عن التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه إلى المضرور جبراً للضرر ومقدار التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، استناداً إلى حجم الضرر⁽⁴⁾.

3- الجزاء العيني

يذهب بعض الفقه إلى القول بأنّ التعويض ينحصر في التعويض النقدي بخلاف حالة تجاوز حدود الحق التي يمكن الحكم فيها بالتعويض العيني، حيث يتقرر الحكم بالتعويض العيني كلما كان ذلك ممكناً كالحكم بهدم الحائط الذي يحجب الهواء والضوء عن الجار، كما

(1) دحمان بوعبدلي، مرجع سابق، ص 37.

(2) سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 74.

(3) زويينة عجمي، مرجع سابق، ص 45.

(4) رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 139.

يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل وهذا من أجل الضرر السابق وتقاديا للضرر اللاحق، ومثال ذلك الحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقه جاره تقاديا للضرر الذي سيلحق الجار وهذا تعويض عيني، والحكم بالتعويض النقدي عما يكون قد أصاب الجار من أضرار وتلك هي الصورة الغالبة لجزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

قيد مضار الجوار غير المألوفة

يعد الجوار ضرورة لا يمكن للإنسان الاستغناء عنها، لأن الإنسان لا يمكنه أن يعيش منعزلا عن الجماعة فهو دوما بحاجة إلى غيره، ولا يمكنه تلبية جميع حاجاته الضرورية بمفرده، ونتيجة التطور الذي بدأ يعيشه الإنسان في مختلف مناحي الحياة وازدياد النشاط الاقتصادي، وتنوع وسائل العمل والانتاج قد يرتب ذلك مضار لا يتحملها الجار⁽²⁾.

ولقد قيدَ المشرع الجزائري حرية المالك في استعمال ملكه بعدم الإضرار بجاره، وذلك من خلال نص المادة 01/691 من ق.م.ج والتي جاء فيها ما يلي: "يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"⁽³⁾.

الفرع الأول

مفهوم مضار الجوار غير المألوفة وشروط تحققه

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مفهوم مضار الجوار سواء من حيث تعريف الجوار أو من حيث تعريف الضرر، وقد يرجع السبب إلى كون التعريف من مهمة الفقه وليس القانون، وعليه لابد من التعرض إلى التعريف بالجوار من الناحية القانونية والفقهية ثم إلى تعريف المضار غير المألوفة من الناحية القانونية والفقهية.

(1) علال قاشي، مرجع سابق، ص ص 93-94.

(2) رميصاء بوعلي، المسؤولية المدنية المترتبة عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 02.

(3) الأمر رقم (75-58)، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

أولاً: مفهوم الجوار

للجوار تعاريف عديدة تختلف بحسب المجال الذي يتولى تعريفها نذكر ما يلي:

1- التعريف القانوني للجوار

لم يقوم المشرع الجزائري بتحديد ووضع تعريفا للجوار بل اكتفى في المادة 691 من ق.م.ج بتنظيم علاقات الجوار، مما يستلزم الرجوع إلى الفقه، لأن المشرع دوره يقتصر في تحديد الضوابط والحدود التي يجب على الجيران احترامها حتى يتحقق لهم الأمن والسكينة والراحة، وترك التفاصيل من تعريف وشرح مطول للفقه القانوني، لذلك فإن تقديم تعريف معين يدخل ضمن اختصاص الفقه القانوني الجزائري⁽¹⁾.

2- التعريف الفقهي للجوار

اختلف الفقهاء في تعريف الجوار من حيث مدى التلاصق الذي يتحقق به الجوار، حيث ذهب البعض منهم للقول بضرورة امتداد التلاصق بين العقارين بما يكفي، حيث يمكن القول بوجود الجوار بين العقارات، وبذلك ترك هذا الاتجاه للقاضي لتقدير كفاية التلاصق في تحقيق معنى الجوار تبعا للحالة المعروضة عليه.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء للقول بأن مجرد الاتصال بين عقارين في أقل قدر يكفي ليتحقق معنى الجوار⁽²⁾.

كما يذهب دكتور شفيق شحاتة إلى أبعد من ذلك إذ يرى أنه "لا يهم إذا كان الذي لحقه الضرر جارا ملاصقا أو شخصا آخر مقيما بالحي على مسافة من المحل الذي يستعمل استعمالا غير مألوف"⁽³⁾.

(1) نفيسة قاسي، كريم بلغري، نظرية مضار الجوار غير المألوفة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 10 .

(2) الهادي سليمي، المسؤولية الناجمة عن مضار الجوار غير المألوفة- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 32.

(3) فاطيمة أحمد علي، سالية محجوب، قيد مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، بتيزي وزو، الجزائر، الموسم الجامعي 2018، ص 09.

ولقد ورد لفظ الجوار في القرآن الكريم، في عدة آيات قرآنية منها قوله تعالى: {وَفِي الْأَرْضِ قِطْعٌ مُتَجَاوِرَاتٌ⁽¹⁾ وَجَنَاتٌ مِنْ أَعْنَابٍ وَزَرْعٌ وَنَخِيلٌ صِنَوَانٌ وَعَيْرٌ صِنَوَانٍ يُسْقَى بِمَاءٍ وَاحِدٍ وَنُفَضِّلُ بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْأُكْلِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ⁽²⁾}.
 وقد تحدث الرسول-عليه الصلاة والسلام- على الجار في كثير من الأحاديث النبوية من بينها "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه".

ومن حقوق الجار عدم إلحاق الأذى به لحديث أبي هريرة رضي الله عنه "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره"⁽³⁾.
 مما سبق نستنتج أن صفة الجار يمكن أن تتحقق حتى ولو يتوافر شرط التلاصق.

ثانياً: مفهوم المضار غير المألوفة

سنحدد تعريف المضار غير المألوفة قانوناً وفقهاً.

1-التعريف القانوني للمضار غير المألوفة

نص المشرع الجزائري على مضار غير المألوفة في المادة 02/691 من ق.م.ج "وليس على الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، طبيعة العقار وموقع كل منهما بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصص له"⁽⁴⁾.

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع لم يتناول مفهوم المضار غير المألوفة، وإنما اكتفى بالإشارة إلى معيار المضار وإلى اعتبارات تقدير المضار غير المألوفة⁽⁵⁾.

(1) وقوله في الأرض قطع متجاورات أي أراض يجاور بعضها بعضاً، تفسير الطبري متاح على الموقع <https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura13-aya4.html>، تاريخ الإطلاع 2023/04/20، ساعة الإطلاع 20:00.

(2) سورة الرعد الآية 04.

(3) أحلام نوري، مريم عبدوني، مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 بقالة، الجزائر، الموسم الجامعي 2017/2018، ص 09.

(4) الأمر رقم (58-75)، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(5) سارة بولقواس، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، الموسم الجامعي 2013/2014، ص 21.

وفحوى هذه المادة أن المشرع قد قرر مسؤولية المالك عن الأضرار التي قد يلحقها بجاره إذا تجاوزت الحد المألوف في إطار التضامن الاجتماعي، وبوجوب التسامح بين الجيران إذا كانت الأضرار مألوفة وينبغي تحملها تماشياً ومعطيات الواقع الاقتصادي وازدياد وتيرة النشاط الصناعي.

2-التعريف الفقهي لمضار الجوار غير المألوفة

اختلف الفقهاء في وضع مدلول للأضرار غير المألوفة، حيث ذهب البعض منهم إلى القول بأن الضرر غير المألوف هو "كل ما يترتب عليه وهن البناء أو هدمه حتى لا يستطيع الجار الانتفاع بداره"، وأنه "الضرر الذي جاوز المضار العادية للجوار" وعرف كذلك بأنه "الضرر الذي يمثل اعتداء على حق"⁽¹⁾.

وعليه فإن الضرر غير المألوف هو الخروج عن حدود الملكية بحكم أن المالك مقيد بعدم الغلو في استعمال هذا الحق وعدم مخالفة القيود التي رسمها القانون له كإقامة بناء بغير المسافة القانونية ولو بحسن النية⁽²⁾.

يتضح لنا من خلال هذا التعريف بأن الفقه الإسلامي يكيف الضرر غير المألوف بأنه كل فعل يرتكبه المتعدي ويكون سبباً لهدم البناء أو وهنه، كما يعتبره بأنه ما يحول دون انتفاع الشخص بملكه بصفة كلية ويمنعه من الحصول على حاجياته الأصلية⁽³⁾، وتقاس عدم مألوفية المضار بعنصرين:

أ- شدة أو جسامة المضار

أي تجاوز حد المضار المألوفة للجوار ويعد هذا المعيار، من المعايير المرنة وليس بقاعدة جامدة بتكيف مع الظروف المختلفة وتواجه الحاجات المتغيرة وتستجيب لمقتضيات كل منها⁽⁴⁾.

(1) فاطيمة أحمد علي، سالية محجوب، مرجع سابق، ص 17.

(2) المرجع نفسه، ص 17.

(3) الهادي سليمي، مرجع سابق، ص 39.

(4) أحلام نوري، مريم عبدوني، مرجع سابق، ص 20.

ب- استمرارية المضار غير المألوفة

إن الضرر غير المألوف يكتسي صفة الديمومة والاستمرارية، بمعنى أنه يكون متكرر ومتتابع، مثل حالة الضوضاء والدخان المتصاعد من المخابز، والروائح الكريهة بما يجعل منها مضارا غير مألوفة وتلزم المتسبب بالتعويض، والحفلات التي تقام في فترة الصيف وطوال أيام الأسبوع وطوال اليوم في النهار والليل إلى ساعات متأخرة جدا، ومن خلال هذه الأمثلة تتحقق صفة استمرارية المضار، حيث نرى أن الاجتهاد القضائي في فرنسا لا يعتبر الإزعاجات الظرفية والآنية من الأضرار غير العادية والتي لا يسأل المتسبب فيها لكونها بذلك مألوفة⁽¹⁾.

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، إلا إذا كان ضررا غير مألوف أي ضررا فاحشا، فإن الجار لا يكون ملزما بتحملة.

ثالثا: شروط قيام مضار الجوار غير المألوفة

يشترط لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، توافر شروط معنية وسنحاول حصرها في العناصر التالية:

1- توفر صفة الجار لدى المضرور والمسؤول

بالرجوع إلى أحكام المادة 02/691 ق.م، والتي نصت على ما يلي: " وليس للجار أن يرجع على جاره..."، نجد أن المشرع قد اشترط توافر صفة الجار في الشخص المضرور في نزاع يخص مضار الجوار غير المألوفة، وكذا في الشخص المسؤول عن تلك الأضرار⁽²⁾.

فمضار الجوار غير المألوفة لا تقتصر على المالك، وإنما تشمل هذا الأخير والمستأجر وغيره، وبذلك فإن المتضرر ينبغي أن يكون مستندا في انتفاعه بالعين التي تخصه إلى سبب قانوني كحق الملكية، أو حق الانتفاع، أو حق الإيجار أو حتى مجرد حيازة قانونية، وعلى ذلك

(1) فاطيمة الزهراء بوقرة، مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، الموسم الجامعي 2016، ص 17.

(2) فضيلة بوليلة، مضار الجوار غير المألوفة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الموسم الجامعي 2019/2018، ص 117.

فمن اغتصب عينا بدون أن تتوافر لديه شروط الحيابة القانونية ليس له أن يدعي بضرر غير مألوف⁽¹⁾.

2- الضرر الذي يصيب الجار

يجب أن يكون الضرر الذي يصيب الجار ضرراً فاحشاً توجب به المسؤولية، فلا يكفي أن يتعسف المالك في استعمال حقه، بل لا بد أن يصيب الجار ضرراً غير مألوف⁽²⁾، فلا يسأل الجار عن أي ضرر، وإنما يجب أن يتجاوز هذا الضرر الحد المألوف، لأنه لو كان كذلك لأصبح المالك في حرج شديد. لذا يشترط لقيام مسؤولية الجار أن يكون الضرر محققاً لا احتمالياً، بمعنى أن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع فعلاً، أو سيقع حتماً⁽³⁾.

3- أن يكون الضرر ناتج عن الجوار

لكي تترتب المسؤولية عن مضار الجوار لابد من وجود تجاور بين العقارات، وإذا انتفت هذه الوضعية انتفت المضار؛ والتجاور سبق الإشارة إليه أنه لا يستوجب التلاصق بين العقارات فيكفي وصول الأضرار إلى هذا الجار لتكليفه على أنه جار، لأن المراد من كل هذا حماية الأشخاص من الأضرار غير المألوفة التي قد تؤثر بصحتهم وراحتهم وليس حفاظاً على ذلك المالك لأن الجار لا يشترط أن يكون مالك، فيمكن أن يكون صاحب منفعة (كالمستأجر مثلاً).

فيكون له حق دفع الضرر أو المطالبة بالتعويض عنه كالمالك وليس كالرأي القديم الذي يربط مضار الجوار بملكية العقار⁽⁴⁾.

(1) عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 84.

(2) عبد الكريم منوي، أمحمد معزوز، القيود التي تلحق حق الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتيسمسيلت، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 49.

(3) ليلية بعكل، مرجع سابق، ص 13.

(4) غانية مخلوط، نوال محمودي، القيود القانونية الواردة على حق الملكية العقارية للمصلحة الخاصة، مذكرة ماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الموسم الجامعي 2012/2013، ص 08.

الفرع الثاني

مسؤولية المالك عن مضرار الجوار غير المألوفة

يترتب عن تسبب المالك في إحداث أضرار غير مألوفة لجاره، إذا تعسف في استعمال حقه حسب نص المادة 691 من ق.م، مسؤولية هذا المالك عما أصاب جاره من أضرار⁽¹⁾. ويستند القاضي في تقدير الضرر إلى عدة اعتبارات يقدر من خلالها مقدار الضرر ومقدار التعويض اللازم لدرء ذلك الضرر وكذا كيفية دفع ذلك التعويض⁽²⁾، وهو ما سيتم التعرض إليه في هذا الفرع.

أولاً: تقدير الأضرار غير المألوفة

ولتحديد الضرر المألوف عن الضرر غير المألوف حسب المادة 02/691 السالفة الذكر يجب على القاضي اتباع الاعتبارات التالية:

1- العرف

هو ما استقر عليه الجيران وما جرت العادة بينهم أن يتحمل بعضهم البعض، مثلاً ما يحصل من ضجة في الأعياد والمناسبات والأفراح وما سواها من الحفلات التي جرى العرف على القيام بها وهي تشكل أضرار مألوفة⁽³⁾.

2- طبيعة العقارات

لطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر الغير مألوف، فإذا كان العقار محلاً عاماً أو فندقاً تحمل من الضوضاء أكثر مما يتحملة مسكن هادئ. كما أن ما يعد ضرراً غير مألوف في العقارات المخصصة للسكن أو المستشفى أو المدرسة قد لا يعد كذلك بالنسبة لصاحب المقهى أو المصنع⁽⁴⁾.

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

(2) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 87.

(3) نعاى بوسنة، ابراهيم مولاي قوريدة، تنظيم ممارسة حق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر حقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، الموسم الجامعي 2015-2016، ص 40.

(4) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 91.

3- موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر

إن تلاصق العقارات يقتضي تحمل الجيران بعض الأصوات التي تستلزمها ظروف الاستعمال للعين، ومثال ذلك تحمل الضجيج المتمثل في مبادلة الحديث بين أفراد الأسر للعقارات المتلاصقة⁽¹⁾، فالمالك الجار لشقته بالطابق الأرضي يتوجب عليه تحمل مضار جاره بالطابق العلوي نظرا لطبيعة موقعه تحتم عليه وضعا اجباريا، إذ يجب على صاحب السفلى أن يتحمل من العلو، مالا يتحملة العلو من السفلى⁽²⁾.

4- الغرض الذي خصص له العقار

فلو أنشأ محل مقلق للراحة وسط حي سكني اقتضى الأمر عندئذ اعتبار هذه الحالة بأنها تشكل ضررا غير مألوف ويقتضي إزالة هذا المحل⁽³⁾، كما يعتبر أيضا ضررا غير مألوف ذلك الضرر الذي يلتزم المالك بعدم إلحاقه بجاره صاحب المصنع الذي يجاور منازل معدة للسكن وتسبب مصنعه في روائح كريهة لجيرانه⁽⁴⁾، وجاء تطبيقا لهذا الاعتبار القرار الصادر في 2008/03/12 الدعوى التي ترمي إلى إزالة منشآت فلاحية أقيمت في منطقة سكنية وأحدثت أضرارا بيئية في المحيط وهذا الفعل أدى إلى وجود مضار الجوار حيث أن المطعون ضده تمسك بوجود ترخيص يمنح له ممارسة نشاط تربية الحيوانات والدواجن مع أن هذا الترخيص يمنح تحت التحفظ حقوق الغير وبعدم إحداث مضار الجوار والحال أن تقرير الخبرة المنجزة أبرزت تلك الأضرار طبقا للمادة 691 من ق.م.⁽⁵⁾

(1) سارة بولقواس، مرجع سابق، ص 24.

(2) راضية بن زكري، القيود المدنية والإدارية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، الموسم الجامعي 2018/2019، ص 46.

(3) سميحة حنان خوادجية، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، الجزائر، الموسم الجامعي 2007/2008، ص 122.

(4) أسماء سعيديان، مرجع سابق، ص 68.

(5) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 443620، المؤرخ في 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، ع 02، الجزائر، 2008، ص 257.

ثانيا: أثر المسؤولية عن الضرر غير مألوف

إذا أحدث الجار لجاره ضررا غير مألوف، فإنّه يكون قد خالف القيد الذي يفرضه عليه القانون، وجزء هذه المخالفة هو التعويض، ولما كانت الغاية من التعويض هي إصلاح الضرر⁽¹⁾، فإن إزالة الضرر يكون بطرق مختلفة وفقا لظروف كل حالة، كهدم حائط أو نزع مدخنة، أو سد نافذة أو غلق المصنع، وهذا ما قضت به الغرفة العقارية للمحكمة العليا الجزائرية في القرار رقم 90943 المؤرخ في 16/06/1992 أنه: "من المقرر قانونا، أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه، إلى حد يضر بملك الجار، ولما كان ثابتا في 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"⁽²⁾.

وبذلك يكون للجار المتضرر أن يرجع على جاره لإزالة هذه المضار، إما بتعويض عيني أو نقدي.

1- التعويض العيني

يتخذ التنفيذ العيني صوراً شتى بحسب ظروف كل حالة وطبقا لما يراه القاضي مناسبا فقد يحكم بمنع الاستعمال جزئيا أو مجرد منع الضرر مع بقاء الاستعمال في صورة غير ضارة، وقد يقتضي منع ضرر الجيران منع الاستعمال الضار منعا باتا إذا تبين للقاضي أن الضرر لا يمكن إزالته إلا بوقف النشاط تماما كغلق مصنع تماما، ولكن قد يتبين أن مجرد تعديل طريقة الاستعمال من حيث مكانه أو زمانه يكفي لرفع الضرر عن الجار، كتحديد زمان تشغيل المصنع مثلا في الصباح فقط ومنعه في الصباح الباكر أو الليل أو أيام الراحة⁽³⁾.

(1) منى مقلاتي، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 77.

(2) المجلة القضائية، العدد 01، قسم المستندات والنشر، المحكمة العليا بالأبيار، الجزائر، 1995، ص 101.

(3) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 98.

2- التعويض النقدي

يحكم القاضي بالتعويض النقدي عن الضرر غير المألوف الذي أصاب الجار من جراء سوء استعمال المالك لحق ملكيته، والتعويض النقدي عبارة عن مبلغ من المال. هذا ما تنص المادة 130 من ق.م.ج على أنه: "من سبب ضرر للغير لیتفادی ضرراً أكبر، محققاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً". يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض الذي يراه مناسباً كما أجازت المادة 132 من نفس القانون في حال تقدير التعويض بالنقد يجوز للقاضي أن يحكم بدفع التعويض مقسطاً على شكل إيراده⁽¹⁾.

المبحث الثاني

القيود الخاصة بالاستعمال

القاعدة أن حق الملكية العقارية يخول صاحبه في حدود ما يسمح به القانون، حق الاستئثار بجميع سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، إلا أن هذا الاستئثار بالملكية في التشريع الجزائري له قيود قانونية وذلك مراعاة للمصلحة الخاصة، وكذا للتوفيق والتوازن بين مصالح الأشخاص المتعارضة الناتجة عن التّجاوز والتلاصق بين العقارات، ولهذا سنتناول في المطلب الأول القيود القانونية الخاصة بالمياه، وفي المطلب الثاني قيد حق المرور والقيود القانونية الناتجة عن التلاصق في الجوار.

المطلب الأول

القيود القانونية الخاصة بموارد المياه

أعطى المشرع الجزائري لنظام المياه أهمية خاصة لما لها من دور وأهمية بالغة في الزراعة، بل وفي الحياة بصفة عامة مصدقاً لقوله تعالى: ﴿ وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا ﴾⁽²⁾.

(1) ليلية بعكل، مرجع سابق، ص 14.

(2) سورة الأنبياء الآية رقم 30.

ويحتل استعمال المياه أهمية خاصة بالنسبة للإنسان، للماشية، للملاحة واستعمال القوة الكهربائية⁽¹⁾.

لذا نظمّ المشرع الجزائري استعمال موارد المياه في مقدمة القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، حيث أكدت المادة 02/692 من ق.م وكذا المادة الأولى من القانون رقم 12-05 المؤرخ في 2005/08/04، المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم على أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، وذلك ضمانا لحماية هذه الموارد وعقلانية استعمالها. وتتقيد الملكية العقارية الخاصة بموجب حقي المجرى والمسيل لصالح الملاك المجاورين لضمان حقهم في الانتفاع بالمياه أو تصريفها من أراضيهم⁽²⁾، وسنتطرق لهذه القيود ضمن مطالبين، نخصص (المطلب الأول) لحق المجرى كقيد من القيود الخاصة، ونخصص (المطلب الثاني) لحق الصرف أو المسيل.

الفرع الأول

حق المجرى

يرتب القانون حق المجرى لصالح الأرض المحرومة من المياه، والذي يعتبر هذا الحق من القيود التي تحد من سلطة المالك في استعمال حقه حتى لا يضر بجاره.

أولاً: تعريف حق المجرى

يقصد بحق المجرى، حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه وغرسه⁽³⁾، فقد تكون الأرض بعيدة عن منبع المياه، فلا تمر بها أو بجوارها مسقاة. حينها لا مناص من أن يتقرر لصاحبها حق المجرى، أي الحق في أن تمر المياه عبر أرض جاره إلى أرضه⁽⁴⁾، وقد نصت المادة 94 من القانون رقم 12-05 المتضمن

(1) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 102.

(2) سارة شببات، القيود الواردة على الملكية العقارية والمتعلقة بالموارد المائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 08، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، 2017/01/01، ص 160.

(3) محمد علال، رفيق محمودي، القيود الواردة على الملكية العقارية المتعلقة بالموارد المائية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر، الموسم الجامعي 2018/2017، ص 40.

(4) سارة شببات، مرجع سابق، ص 160.

قانون المياه على أنه⁽¹⁾: "يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية من حق مرور المياه بما في ذلك صرف مياه الأراضي عبر قنوات باطنية في الأراضي الوسيطة باستثناء الساحات والحدائق والأحواش المجاورة للسكنات ويجب أن يتم هذا المرور في ظروف أكثر عقلانية وأقل ضررا لاستغلال العقارات التي تم المرور بها، شريطة تعويض مسبق وعادل".

نستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد خول للأفراد جلب المياه مهما كانت طبيعتها لري أراضيهم إذا كانت لهم رخصة أو امتياز⁽²⁾، وذلك بواسطة قنوات باطنية توضع تحت أرض المالك⁽³⁾ بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضا عادلا ومسبقا، ويشمل هذا التعويض مقابل الحرمان من الارتفاع من الجزء الأرضي الذي يشغله المجرى كما يشمل الأضرار الأخرى التي تلحقه بسبب شق المجرى في أرضه⁽⁴⁾، كما خول لهم أيضا استعمال المرافق العامة سواء لجلب المياه أو لسيلائها حتى ولو كانت تتبع من مكان بعيد من الأرض المراد ربيها، كما أجاز إقامة منشآت لحصر تلك المياه على أرض الجار⁽⁵⁾.

كما يمكن أن يتقرر حق المجرى لشخص واحد أو لعدة أشخاص، كما أن مالك الأرض التي مرت بأرضه قنوات المياه ليس له أن ينقل هذه القنوات من مكانها إلى مكان آخر إلا برضا أصحاب الحق⁽⁶⁾.

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 ليمرنّ به ولو على بطنك"⁽⁷⁾.

(1) القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/09/04، المتعلق بالمياه، ج.ر، ع 60، المؤرخة في 2005/09/04، المعدل والمتمم.

(2) سامية بودقزدام، ربيعة إغات، الارتفاقات المرتبطة باستعمال الموارد المائية - دراسة فقهية قانونية تحليلية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، مج 04، ع 02، المركز الجامعي ببيركة، الجزائر 2021/01/10، ص 974.

(3) غانية مخلوط، نوال محمودي، مرجع سابق، ص 31.

(4) أحمد خالدي، حق الملكية - القيود الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 52.

(5) سامية بودقزدام، ربيعة إغات، مرجع سابق، ص 974.

(6) غانية مخلوط، نوال محمودي، مرجع سابق، ص 32.

(7) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 348.

ثانياً: شروط تقرير حق المجرى

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⁽¹⁾، ولقيام هذا الحق لابد من توفر هذه الشروط:

1- أن تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه

يتجسد بعد الأرض عن مورد المياه حينما تكون الأرض غير مجاورة لمآخذ المياه أو سبب وجود أراضي أخرى تفصل بينهما، وهو ما يفسر حاجتها لتميرير المياه عبر أراضي وسيطة تعود للغير، وعليه فإن مناط الحاجة هنا هو كون العقار منحصراً أو محاطاً من جميع الجوانب بأراضي الجيران، ولا سبيل لمالكها إلى الوصول للمياه، إلا عبر تمريرها في واحدة أو أكثر من الأراضي المجاورة⁽²⁾.

وهذه المياه قد تكون من مجرى عام حصل المالك على ترخيص بالأخذ منه من الجهات المختصة، كأن يكون هذا المجرى نهراً، أو تكون هذه المياه موجودة في أرض منفصلة يملكها مالك الأرض المراد ربيها، أو تكون مياهها موجودة في أرض لغير المالك، ولكن حصل هذا المالك على حق ارتفاق بالأخذ منها عن طريق الانتفاع مع مالكها⁽³⁾.

2- أن يكون مالك الأرض البعيدة بحاجة إلى ري أرضه رياً كافياً

يثبت حق المجرى للمالك الذي لا تتوافر لديه المياه الكافية لري أرضه، فلا يشترط أن تكون هذه المياه ضرورية لري أرضه، كما لا يشترط أن تكون هذه الأرض محرومة تماماً من المياه⁽⁴⁾، بل يجب 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 رياً كافياً عن طريق آبار ارتوازية، أو عن طريق مراوي أخرى حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين⁽⁵⁾.

(1) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 348-349.

(2) المرجع نفسه، ص 350.

(3) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 56.

(4) محمد قادري، القيود الواردة على حق الملكية العقارية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، الملحق الجامعية السوقر، جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، الموسم الجامعي 2020/2019، ص 91.

(5) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 351.

3- دفع تعويض عادل ومسبق

ألزم المشرع الجزائري صاحب الأرض التي يمر بها المجرى أن يسمح بوضع قنوات وأنابيب لمرور المياه إلى ملك الجار الذي له رخصة استغلال الموارد المائية وهذا مقابل تعويض عادل ومسبق لمصلحة المالك⁽¹⁾، ويشمل هذا التعويض مقابل الحرمان من الانتفاع بجزء من الأرض الذي يشغله المجرى وقيمة الأضرار الأخرى التي قد تصيب الأرض من جراء شق المجرى دون النظر إلى مقدار النفع الذي يمكن أن يعود على مالك الأرض التي تم ريبها⁽²⁾.

ولقد خول المشرع الجزائري لمن يريد ري أرضه من المياه التي اكتسب حق استعمالها بموجب رخصة أو امتياز، إقامة المنشآت اللازمة والضرورية على ملك الجار لأخذ المياه، بشرط أن يدفع تعويضا عادلا ومسبقا قبل البدء بإقامة هذه المنشآت على أرض الجار، حيث نصت المادة 96 من ق. م على أنه: "يجوز لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية أن يقيم المنشآت اللازمة لأخذ المياه في ملكية الجار المقابل شريطة تعويض مسبق وعادل.

يستثنى من هذا الارتفاق بالبيانات والمساحات والأحواش المجاورة للسكنات"⁽³⁾.

وفي صورة المنع يمكن رفع الأمر للقضاء الذي يتعين عليه أن ينظر في ضرورة إقامة محدثات بأرض الجار، ويقدر التعويض العادل، لأن المنشآت أقيمت بأرض الجار، وستكون مملوكة ملكية فردية لفائدة من أقامها⁽⁴⁾، ويسقط حق صاحب الأرض الذي وضعت المنشآت في أرضه من التعويض إذا طالب بالاستعمال المشترك لهذه المنشآت، بشرط أن يدفع نصف تكاليف الانجاز والصيانة، وهذا قبل الشروع في إنجازها، أما إذا لم يبد الجار رغبته في الاستعمال المشترك إلا بعد الشروع في إقامتها أو إنهائه فهو يتحمل بمفرده المصاريف الزائدة التي تترتب على التغيرات المحتمل وقوعها⁽⁵⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 97 من ق.م.ج التي

(1) محمد قادري، مرجع سابق، ص 91.

(2) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 57.

(3) سارة شيبات، مرجع سابق، ص 162.

(4) سامية بودقزدام، ريحة إغات، مرجع سابق، ص 977.

(5) غانية مخلوط، نوال محمودي، مرجع سابق، ص 33.

تنص على أنه "يحق للجار الذي يطلب منه إقامة المنشآت على أرضه أن يطالب بالاستعمال المشترك لهذه المنشأة، على أن يساهم بنصف تكاليف الإنجاز والصيانة وفي هذه الحالة، لا يستحق أيّ تعويض.

وعندما لا يطالب بالاستعمال المشترك للمنشآت إلا بعد الشروع في الأشغال أو الانتهاء منها، على صاحب الطلب أن يتحمل بمفرده المصاريف الزائدة المترتبة عن التغيرات التي من المحتمل إدخالها على المنشآت، ومن هنا يمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

- يجب أن تكون الأرض التي يتقرر لها حق المجرى بعيدة عن مورد المياه.
- يجب أن تكون أرض الجار الذي يطالب بحق المجرى تتوفر على ماء كاف لريها .
- يجب على الجار المستفيد من حق المجرى تقديم تعويض عادل ومسبق لصاحب الأرض الذي أنشأ المجرى في أرضه.
- يجب أن يتم مرور الماء في ظروف أكثر عقلانية وأقل ضررا.

الفرع الثاني

حق المسيل

يعتبر حق المسيل قيد كباقي القيود التي ترد على المياه، وذلك لما فيه من حدّ لسلطات المالك على أرضه.

أولاً: تعريف حق المسيل

يعرف حق المسيل أو الصرف على أنه الحق الذي يسمح لمالك الأرض الزراعية البعيدة عن الصرف العام في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه بعد ريها، بمرورها في أرض الغير وصولاً إلى مصرف عمومي أو مصرف خاص مملوك لجاره⁽¹⁾، فحق الصرف يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بعد أن يستوفى الجار حاجاته⁽²⁾.

من خلال هذا التعريف يلاحظ أنه اقتصر فقط على ذكر المياه الزائدة عن حاجة الأراضي الزراعية. والمياه المقصودة في حق المسيل هي مياه الري أو السقي، ولا يمكن

(1) محمد علال، رفيق محمودي، مرجع سابق، ص 44.

(2) سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 78.

اكتساب حق المسيل لتمير مياه أخرى كالمياه المستعملة أو المضرة أو غير الصالحة للشرب⁽¹⁾.

كما أقرت المادة 95 من قانون المياه على أنه يجوز لمالكي أو مستعملي العقارات الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المبين في المادة 94 أعلاه أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة بعنوان الارتفاق قصد تصريف المياه الداخلة إلى أراضيهم أو الخارجة منها وفي هذه الحالة يتحملون دفع:

- حصة نسبية من قيمة الأشغال التي يستفيدون منها .
 - النفقات المترتبة عن التغييرات التي قد تجعل ممارسة هذه الاستفادة ضرورية.
 - دفع نصيب للمساهمة في صيانة المنشأة التي أصبحت مشتركة⁽²⁾.
- كذلك أوجب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 02/98 من القانون 05-12 على صاحب العقار السلفي (المنخفض) أن يتحمل ارتفاق إسالة المياه المتدفقة طبيعياً من العقار العلوي، ولم يقرر المشرع أي تعويض على ذلك والسبب يرجع لعدم تدخل إرادته في هذا السبيل من المياه⁽³⁾، أي بصلة تلقائية مثل سيلان الأمطار والثلوج.
- أما بخصوص المياه المنزلية المستعملة ومياه التصريف التي لا يمكن إخراجها وتصريفها إلا بفعل صاحبها، عن طريق مدقناة يقع ربطها بالقناة الرئيسية التي تصب في منشآت جمع المياه، بحيث يخضع هذا الحق لأحكام الحق الارتفاقي المنصوص عليه في المادة 94 من قانون المياه المتضمن لحق المجرى، استناداً لنص المادة 124 من ق. المياه التي جاء فيها أنه " يمكن جمع المياه المستعملة الآتية من السكنات وتوجيهها نحو منشآت الجمع ضمن نفس الشروط وبنفس التحفظات المنصوص عليها في المادة 94 من هذا القانون"⁽⁴⁾.

(1) سامية بودقزدام، ريحة إلمات، مرجع سابق، ص 980.

(2) محمد قادري، مرجع سابق، ص 92.

(3) خالد طالب، القيود القانونية الواردة على حق الملكية في العقار الفلاحي، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري،

قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 18.

(4) سارة شببات، مرجع سابق، ص 163.

ثانياً: صور حق الصرف أو المسيل

يتخذ حق المسيل أو الصرف صورتين، إما أن يكون بصورة مباشرة تتمثل في الصرف في مصرف مجاور مملوك للغير، أو بصورة غير مباشرة وهي مرور مياه الصرف في أرض الغير إلى المصرف العام.

ويختلف حق الصرف في هذه الحالة عن حق المجرى في أن هذا الأخير يجيز الوصول إلى مورد المياه أياً كان، بينما لا يجيز حق الصرف سوى الوصول إلى أقرب مصرف عمومي⁽¹⁾.

1- الصرف المباشر

يقصد بالصرف المباشر استعمال مصرف الأرض المجاورة لصرف مياه الري الزائدة عنه، وذلك إما لانعدام مصرف خاص به أو لعدم وجود مصرف عام فتبقى الوسيلة الوحيدة للصرف هي المصرف الخاص المملوك للجار⁽²⁾.

2- 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⁽³⁾.

المطلب الثاني

قيد حق المرور وقيود التلاصق

لقد فرض المشرع الجزائري جملة من القيود التي تحد من سلطة استعمال الملكية العقارية وهي قيود قانونية خاصة تتعلق بحق المرور على العقار المحصور والتي تم النص عليها بموجب المواد 693 إلى 702 من القانون المدني، وبعض القيود الأخرى لحماية التلاصق في الجوار فهي تختلف باختلاف ظروف التلاصق، ومن بينها قيد وضع الحدود بين الملكيات المتلاصقة والتي نص عليها المشرع بموجب المادة 703 من القانون المدني، والحائط الفاصل بين العقارات المبنية، مشتركا كان أو غير مشترك والذي تم تنظيم أحكامه بمقتضى

(1) محمد قادري، مرجع سابق، ص 92.

(2) غانية مخلوط، نوال محمودي، مرجع سابق، ص 35.

(3) منى مقلاتي، قيود لملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 365.

المواد من 704 إلى 708 من هذا القانون، وقيود فتح المطلات والمناور على الملكيات المجاورة والمنصوص عليها بموجب المواد 709 و710 و711 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول

تقييد المالك بإعطاء جاره حق المرور القانوني

خول المشرع الجزائري لمالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض الجار للوصول إلى الطريق العام⁽¹⁾، ولا يمكن لجاره أن يمنعه من المرور في أرضه إذا كانت هي السبيل الوحيد لفك عزلتها وزوال حصرها عن الطريق العام، إلا أن ذلك يجب أن يكون مقابل تعويض عادل ومنصف لجبر الأضرار الحاصلة من جراء ذلك⁽²⁾، لأنّ هذا فيه تعطيل لاستغلال هذه الأرض.

وهذا ما نصت عليه المادة 693 من القانون المدني الجزائري بأنّه: "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر لكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك".

ومن هنا سنتطرق إلى شروط قيام حق المرور ثم أحكام حق المرور للأرض المحصورة وكيفية انقضائه.

أولاً: شروط الحصول على حق المرور القانوني

حتى يتقرر حق مرور الجار على أرض جاره اشترط القانون جملة من الشروط يجب توافرها.

1- يجب أن تكون الأرض محصورة ليس لها ممر إلى الطريق العام أو أن ممرها غير كافي ويتحقق الحصر حسب المادة 693 من ق.م. في حالتين؛ الأولى، ألا يصل بين الأرض وبين الطريق العام أي ممر، أي لا يوجد منفذ لها يصلها بالطريق العام بسبب الموقع الطبيعي للأرض، حيث تكون محاطة من جميع جهاتها بأرض مملوكة للغير أو بمجاري مياه خاصة، إذ يضطر مالك الأرض إلى المرور بأراضي جيرانه إذا أراد الوصول إلى الطريق العام، وهذا هو الحصر الكلي أو المطلق.

(1) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 75.

(2) محمد لعشاش، قيود الملكية العقارية-قيود الجوار - "مدعم بالقرارات القضائية"، دار الخلدونية، الجزائر، 2020، ص 08.

أما الثانية، أن يصل بين الأرض والطريق العام ممر، ولكن هذا الممر يكون غير كاف لاستغلالها وتسييرها⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه المادة 694 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يعتبر الممر إلى الطريق العام غير كاف أو غير ممكن، إذا كان ذلك يكلف مشاقا كبيرة لا مكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

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

وطبقا لأحكام هذه المادة، يعتبر الممر غير كاف إذا كان لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة⁽²⁾، كأن يكون الممر الذي يوصل بين الأرض الزراعية والطريق العام لا يكفي إلا لمرور الراجلين فلا يمكن أن يستعمله المالك لمرور ماشيته ووسائل عمله أو يكون الممر منحدرًا إلى درجة خطيرة، أو وجود مانع مائي⁽³⁾، وهذا هو الحصر الجزئي وكفاية الممر أو عدم كفايته مسألة يقدرها قاضي الموضوع.

2- أن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله

يخضع حق المرور في الأرض المحصورة في وجوده ومدى كفايته بطبيعة وأهمية الاستعمال والاستغلال الذي أعد له العقار⁽⁴⁾، 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⁽⁵⁾.

وفي حال تغيرت طبيعة استغلال واستعمال العقار المحصور قد يؤدي بطبيعة الحال إلى التوسيع والتضييق في الممر⁽⁶⁾، بما يتناسب مع الحاجات المستجدة، بل قد يقتضي الأمر استبدال الممر القديم بممر آخر، يكون مناسبًا لما استجد من حاجات الأرض المحصورة⁽⁷⁾.

(1) عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 121-122.

(2) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 77.

(3) محمد ولد خصال، مرجع سابق، ص 40.

(4) ليلية بعكل، مرجع سابق، ص 51.

(5) منى مقلاتي، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص 272.

(6) خالد طالب، مرجع سابق، ص 12.

(7) منى مقلاتي، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، مرجع سابق، ص 272.

3- ألا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك

يشترط لصحة ثبوت حق المرور على الطريق العام في الأرض المحصورة ألا يعود سبب الحصر لإرادة المالك وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 01/695 من ق.م بقوله: "لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته هو".

ويعتبر الحصر راجعا إلى فعل المالك إذا نشأ عن عمل من جانبه سواء كان هذا العمل عملا ماديا كأن يقيم المالك بناء يسد به الممر الذي يصل أرضه بالطريق العام، أو تصرفا قانونيا كتنازل مالك الأرض المحصورة عن حق الارتفاق بالمرور كان له على أرض غيره⁽¹⁾.

4- أن يكون حق المرور مقابل تعويض مناسب

تقضي المادة 693 من القانون المدني بأن يكون حق المرور القانوني على أرض الجار لمصلحة الأرض المجاورة المحصورة لقاء الحصول على تعويض عادل يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء استعمال هذا الحق⁽²⁾، إلا أنه وفي حالة عدم وجود ضرر وهو مستبعد - فإنه لا يترتب التعويض⁽³⁾.

ولا يشترط أن يكون التعويض مقدما، فإذا لم يتم الاتفاق على دفع التعويض بالتراضي⁽⁴⁾ فإنه يكون تقدير الضرر والتعويض عليه من اختصاص قضاة الموضوع على أساس أحكام المواد 124 و127 و138 من ق.م.ج⁽⁵⁾.

غير أن لمالك الأرض المجاورة التي تقرر المرور فيها أن يمنع مالك الأرض المحصورة من المرور إلى أن يدفع ما وجب عليه دفعه من التعويض طبقا للقواعد العامة⁽⁶⁾.

(1) عبد الرحمن لحرش وآخرون، مرجع سابق، ص 172.

(2) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 114.

(3) محمد لعشاش، مرجع سابق، ص ص 32-33.

(4) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 85.

(5) محمد لعشاش، مرجع سابق، ص 33.

(6) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 85.

أمّا فيما يخصّ كيفية دفع التّعويض فقد نصت عليه المادة 701 من ق.م.ج على إمكانية دفع مبلغ التّعويض على شكل أقساط تتناسب مع الضّرر النّاجم عن الممر، أو أن يدفع دفعة واحدة⁽¹⁾.

ومتى توافرت هذه الشروط ثبت حق المرور القانوني لمالك الأرض المحصورة وعيّن الممر وحددت طريقة المرور⁽²⁾.

ثانياً: أحكام حق المرور

أخضع المشرع الجزائري حق المرور لصالح الأرض المحصورة عن الطريق العام بأحكام خاصة وذلك بموجب المادة 696 وما بعدها من القانون المدني، وسنحاول شرح هذه الأحكام فيما يلي:

1- تعيين الممر وطريقة المرور

تنص المادة 693 من ق.م.ج على: "أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة..."، والثابت من النص أن حق المرور يرد على الأراضي المجاورة، فليست هناك تفرقة في هذا الشأن بحسب طبيعة الأرض أو وضعها القانوني، فقد تكون الأرض التي يتقرر فيها زراعية أو غير زراعية، وقد تكون ملحقة بأحد المنازل، كحديقة أو بناء محاطا بسور، غير أن المالك في هذه الحالة لا يجبر على هدم السور، بل يكفي بإقامة باب يسلم مفتاحه إلى صاحب الحق في المرور⁽³⁾، ويتقرر حق المرور في الأراضي المجاورة سواء كانت هذه الأراضي من الأملاك الخاصة أو كانت من الأملاك العامة التابعة للدولة مادام المرور فيها لا يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة⁽⁴⁾.

وقد وضع المشرع الجزائري قواعد قانونية لتعيين موضع الممر في الأرض المجاورة للأرض المحصورة عن الطريق العام، كما أعطى سلطة واسعة للقاضي في تحديد الممر مسترشدا بهذه الضوابط والقواعد، فقد نصت المادة 696 من القانون المدني الجزائري بأنه:

(1) غانیه مخطوط، نوال محمودي، مرجع سابق، ص 47.

(2) علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2000/1999، ص 148.

(3) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 82.

(4) أحمد أمين ولهي، حق المرور كقيد على الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، الموسم الجامعي 2014/2015، ص 33.

"يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين".

وعليه فإن المشرع الجزائري أخذ بمعيارين لتحديد حق الممر وهما: أن تكون المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، ومعيار مراعاة الضرر الأخف والأقل وطأ على الأملاك المجاورة وهو ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية تطبيقاً للقانون⁽¹⁾.

ومن ثم وجب على القاضي أن يختار للأرض ممرا يكون المرور فيه أخف ضررا من المرور في العقارات المجاورة الأخرى وأن يعين له موقعا من هذا العقار يتوفر فيه ذلك الاعتبار أيضا، ويتحقق ذلك عادة بمراعات المسافة الأقصر ولكن هذا ليس حتما فقد تكون المسافة الأطول أخف ضرر فيتعين الأخذ بها وغالبا ما تتفق مصالح الطرفين لأن خفة الضرر الذي يتحمله مالك العقار المجاور سيستتبع قلة التعويض الذي يدفعه صاحب الحق في المرور ولكنها قد تتعارض، فيتعين حينئذ على القاضي مراعاتها جميعا بحسب الضرر الأقل وظروف الأمكنة وموقعها⁽²⁾.

2- حق المرور في حالة تجزئة العقار بتصرف قانوني

تنص المادة 697 من القانون المدني 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".

وعليه يتقرر الممر على الأرض التي شملها التصرف ولو لم يكن ملائما، ولو وجدت أرض أخرى أقل مسافة وأكثر ملائمة⁽³⁾، ومثال ذلك كأن يبيع المالك جزءاً من عقاره ويحتفظ لنفسه بالجزء الآخر المتصل بالطريق العام أو بالأرض المحصورة أو يبيع الجزأين لشخصين مختلفين، كما أنّ الحصر قد ينشأ نتيجة القسمة إذا كانت الأرض مملوكة لعدة شركاء ثم أفرزوا بالاتفاق نصيب كل منهم ووضع نصيب أحدهم في الجزء الذي لا تتصل فيه الأرض بالطريق

(1) محمد لعشاش، مرجع سابق، ص45.

(2) هادية مصباح، تمييز ارتفاع المرور عن حق المرور، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، الموسم الجامعي 2016/2017، ص117.

(3) موسى سالمى، شروط تقرير حق المرور على الأملاك المجاورة في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 08، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي، الجزائر، 2017/06/01، ص483.

العام⁽¹⁾، ففي هذه الحالة وحسب المادة 697 لا يستطيع مالك الجزء المحصور عن الطريق العام أن يطلب حق المرور إلا على جزء الأرض التي أدت تجزئتها إلى هذا الحصر⁽²⁾. وتكمن علة عدم جواز المطالبة بحق المرور على أملاك الغير في حالة تجزئة العقار لأن هذا الحصر نتج بفعل تصرفه القانوني على عقاره أدى إلى نشوء حالة الحصر وليس لسبب أجنبي عنه، فيكون بهذا التصرف قد حصر نفسه بنفسه، لذلك لا يجوز له أن يتخذ من أملاك الغير ممرا له إلى الطريق العام لفك عزلة الجزء المحصور إلا على بقية العقارات الأخرى محل التجزئة وهو ما أكدته المحكمة العليا تطبيقا للقانون⁽³⁾.

3- أثر التقادم في تعيين الممر وطريقة المرور

إذا لم يتعين الممر، لا بالاتفاق ولا بحكم القاضي، وبإشراك مالك الأرض المحصورة المرور فعلا في أرض مجاورة، كان لمالك هذه الأرض أن يعترض بأن يطلب تقرير المرور في أرض أخرى يكون المرور فيها أخف ضررا⁽⁴⁾، أما إذا سكت الجار عن هذه المطالبة لمدة 15 سنة كاملة وظل مالك الأرض المحصورة يستعمل الموضع الذي اختاره لمرور يثبت حق المرور في هذه الحالة بالتقادم، ويسقط حق الجار في الاعتراض⁽⁵⁾، وهذا ما قضت به المادة 699 والتي جاء فيها: " إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشرة (15) سنة، يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله وإذا كان ارتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان، أو نهائيا".

ويكون التقادم في هذه الحالة تقادما مسقطا، حيث أن حق الجار في الاعتراض يسقط بمضي المدة حتى ولو كان ذلك الممر الذي اختاره صاحب الأرض المحبوسة يزيد عن حاجة

(1) أحمد أمين ولهي، مرجع سابق، ص 36.

(2) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 131.

(3) محمد لعشاش، مرجع سابق، ص 42.

(4) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 132.

(5) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 84.

تلك الأرض، أو ما أعدت الأرض من أجله، وحتى ولو لم يكن ذلك الممر في الموقع الأخف ضرراً لأرض الجار الذي يتم المرور على أرضه⁽¹⁾.

وثمة حالة أخرى تتوفر فيها حالة التقادم وهي الحالة التي يتم تعيين الممر فيها وطريقة المرور ودفء التعويض الذي يلزم، ثم يترك لمالك الأرض المحبوسة استعمال حقه في المرور طوال مدة التقادم، فلن يسقط حينئذ حق المالك في استعمال الممر الذي تم تعيينه، فإن استمرت حالة الانحباس وأراد بعدها أن يمر فله ذلك الحق، ولكن يجب تعيين الممر من جديد، كما يجب عليه دفع تعويض جديد⁽²⁾.

ثالثاً: انقضاء حق المرور

إذا كان المشرع الجزائري يربط المطالبة بحق المرور القانوني وبقائه ببقاء الحصر إلا أنه نص في المادة 699 من القانون المدني على بقاء حق المرور ولو بعد زوال الحصر في حالة استثنائية، وبناءً عليه سنتطرق فيما يلي إلى انتهاء حق المرور بانتهاء الحصر كمبدأ عام، وإلى بقاء حق المرور رغم زوال الحصر استثناءً.

1- أسباب زوال الحصر

يزول انحصار الأرض عن الطريق العام بأسباب قد تكون نفسها التي تنتهي بها حقوق الارتفاق عموماً⁽³⁾، باعتبار حق المرور القانوني هو أيضاً يجعل حداً لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر⁽⁴⁾، إذ جاء في نص المادة 878 من ق.م.ج ما يلي: "تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين". ومنه فإن حق المرور يزول بسبب:

(1) كريمة سوالمية، حق المرور كفيد من القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي بأب البواقي، الجزائر، الموسم الجامعي 2018/2019، ص35.

(2) المرجع نفسه، ص36.

(3) نعاى بوسنة، ابراهيم مولاي قوريدة، مرجع سابق، ص74.

(4) محمد ولد خصال، قيود الملكية العقارية الخاصة - قيد حق المرور لمالك الأرض المحصورة، مجلة معارف، مج 10، ع19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، بالبويرة، الجزائر، 2015/12/01، ص47.

أ- نزع ملكية الأرض المحصورة للمنفعة العامة وتحويلها إلى طريق عام⁽¹⁾ كأن يتم شراء أرض ملاصقة تتصل بالطريق العام، أو بافتتاح طريق عام ملاصق لتلك الأرض المحصورة⁽²⁾، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في المادة 878 من القانون المدني المتعلقة بانتهاء حق الارتفاق عندما ذكر بأنه تنتهي حقوق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً، فنزع الملكية للمنفعة العامة يلحق بالهلاك التام حيث يعتبره الفقهاء هلاكاً قانونياً.

ب- اتحاد الذمة باجتماع العقار المحصور والعقار الذي يباشر فيه حق المرور على يد مالك واحد.

ج- تجزئة الأرض المحصورة كأن تصبح بعض الأجزاء غير محصورة نتيجة قسمتها بين الشركاء⁽³⁾، ومثال ذلك إذا كانت الأرض مملوكة لشريكين يستغلانها بالفلاحة، وكانا يمران في الأرض المجاورة نظراً لعدم كفاية الممر الموجود لمرور العتاد الفلاحي المستعمل. ثم بعد تجزئة الأرض عن طريق قسمتها، تخلى أحدهما عن ممارسة الفلاحة وأكتفى بتخصيص أرضه للسكن، في هذه الحالة جاز لمالك الأرض المجاورة أن يطلب زوال حق المرور القانوني بالنسبة لهذه الأجزاء من الأرض⁽⁴⁾.

د- انعدام الفائدة من الحق، كأن تقوم البلدية بإنشاء طريق عام محاذياً للأرض المحصورة⁽⁵⁾، ونصت على هذا السبب المادة 881 من ق.م.

2- بقاء حق المرور رغم زوال الحصر

أبقى المشرع الجزائري في المادة 699 من القانون المدني حق المرور لمالك الأرض الذي كان مستفيداً من القيد رغم زوال الحصر إذا مرت 15 سنة على استعمال الممر، فيكتسب المستفيد من الحق المرور بالتقادم وينقلب حق المرور القانوني إلى حق ارتفاق، ويترتب على ذلك تحمل مالك الأرض المجاورة هذا الحق الذي يحد من منفعة العقار بدون معارضة، لأن

(1) نعاس بوسنة، ابراهيم مولاي قوريدة، مرجع سابق، ص 74.

(2) كريمة سولمية، مرجع سابق، ص 49.

(3) نعاس بوسنة، ابراهيم مولاي قوريدة، مرجع سابق، ص 74.

(4) هادية مصباح، مرجع سابق، ص 145.

(5) نعاس بوسنة، ابراهيم مولاي قوريدة، مرجع سابق، ص 74.

حقه في طلب إنهاء حق المرور القانوني بسبب الحصر مقيد بمدة معينة وهي عدم مرور مدة 15 سنة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

القيود الخاصة بالأماكن المتلاصقة

يشير التلاصق في الجوار نزاعات عديدة بين الجيران، ولفض هذه النزاعات فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة، فهي إما قيود تتعلق بالحيطان الفاصلة بين هذه الملكيات، أو قيود تتعلق بالحيطان الفاصلة بينهما أو قيود تتعلق بالمسافات التي يجب أن تراعى فيما بينها.

وسنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعيين الحدود الفاصلة بين هذه الملكيات (أولا)، ثم الحائط الفاصل بينهما (ثانيا)، ثم المطلات والمناور (ثالثا).

أولا: إجبار المالك جاره على وضع الحدود لمملكته العقارية

يعد وضع الحدود بين الملكيات المتلاصقة من القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية بقوة القانون، لذلك أجاز المشرع الجزائري للجار حق إجبار جاره على وضع معالم الحدود بين ملكياتهما المتلاصقة لتمييزها عن بعضها، درءاً للنزاعات التي غالبا ما تثار بخصوص هذه المسألة، وسواء كان ذلك بطريق التراضي أو التقاضي، وذلك متى توفرت الشروط القانونية المطلوبة⁽²⁾.

1- المقصود بوضع الحدود

يقصد بوضع الحدود (le bornage) تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات مادية تبيّن معالم كلا من المالكين كوضع فواصل من الحجارة أو الإسمنت أو من الحديد ومدّ خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل من أجل تبيّن الملكية على وجه التدقيق. ولذا فإنّ المشرع الجزائري قد ألقى على أصحاب الملكيات المتلاصقة التزاما بتعيين الحدود فيما

(1) سميحة حنان خوادجية، مرجع سابق، ص 170.

(2) محمد لعشاش، حميد محديد، أحكام وضع الحدود، وأحكام الحائط الفاصل في القانون الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، مج 04، ع 03، المركز الجامعي ببيركة، الجزائر، 2021/12/29، ص 1173.

بينهم وهذا ما تنصّ عليه المادة 703 من القانون المدني: "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكها المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"⁽¹⁾.

2- طرق وضع الحدود

يتم تعيين الحدود إما بالاتفاق بين الملاك المجاورين، وأمّا إذا تعذر ذلك فينبغي على الراغب في ذلك أن يلجأ إلى القضاء لإجبار جاره على تعيين الحدود طبقاً للقانون.

أ- الطريقة الرضائية

يجري تعيين الحدود إما بتطبيق مستندات الجيران على الطبيعة، وذلك لتحديد الخط الفاصل بين الأملك المتلاصقة ثم وضع علامات مادية لهذا الخط كأوتاد من حديد أو فواصل مبنية من الطوب⁽²⁾، ويحرر بذلك محضراً تحدد فيه ملكية كل واحد منهما، ويوقع عليه الطرفان. ويعتبر هذا المحضر بمثابة عقد بين الطرفين يمكن الرجوع إليه عند الاقتضاء ولا يمكن الطعن فيه إلا فيما يمكن الطعن فيه في كل عقد كعيوب الإرادة مثلاً⁽³⁾.

ب- الطريقة القضائية

إذا لم يتم هذا التعيين باتفاق الطرفين كان لأي منهما أن يرفع دعوى تعيين الحدود⁽⁴⁾، وبموجب هذه الدعوى يتم تعيين خبير من قبل القاضي المختص. وإذا أثبتت الخبرة وجود ملكيتين متلاصقتين يتم رسم الحدود بينهما جبراً، ولا يحق للمالك المدعى عليه الاعتراض على ذلك إلا إذا قدم دليلاً يثبت عكس ذلك⁽⁵⁾.

وتنص المادة 703 من القانون المدني الجزائري على أن: "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكها المتلاصقة وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"، أي بين الجارين، والمقصود من التحديد بمعناه الحقيقي، أي بيان الحد الفاصل، ووضع علامات مادية تدل عليه⁽⁶⁾، لأن الجيران يتساوون في الاستفادة من وضع الحدود، فهي تدفع مناصفة بينهم بغض

(1) علال قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 134.

(2) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 103.

(3) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 138.

(4) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 103.

(5) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص ص 138-139.

(6) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 104.

النظر عن حجم ومساحة كل عقار، طالما أن الغرض يتعلق برسم الحدود، لذلك فإن قيمة الأملاك المعنية أو حجمها ليس له محل اعتبار⁽¹⁾.

أمّا النفقات الأخرى، من بحث مستندات الملكية أو مسح الأراضي فتكون على أصحابها كل بنسبة مساحة أرضه⁽²⁾.

3- شروط طلب وضع الحدود

حتى يمكن قبول دعوى تعيين الحدود يجب توافر هذه الشروط تحت طائلة رفض الدعوى، وتتمثل فيما يلي:

أ- أن يكون رافع الدعوى مالكا ملاصقا

فلا يقبل من أحد المالكين أن يطالب جاره بوضع الحدود بين أملاكهما، أمّا لو فصل بين المالكين مجرى خاص أو طريق خاص فعندئذ يتحقق التلاصق وتقبل الدعوى من رافعها⁽³⁾.

ب- أن تكون الملكية ثابتة هادئة خالية من النزاعات:

أي أن تكون الملكية التي تعود لمالكين مختلفين ملكية حقيقية، غير متنازع عليها وليست محل دعوى قضائية أمام القضاء على استحقاق الملكية، فلا تعد الملكية في هذه الحالة ثابتة إذا كانت محل نزاع، ولم يتم الفصل فيها بموجب حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، يحدد بدقة هوية المالك الحقيقي ومساحة وحدود العقار⁽⁴⁾.

ثالثا: القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين

الحائط الفاصل هو الذي يفصل بين بنائين وإما أن يكون مملوكا على الشيوع لعدد من الجيران فيكون مشتركا، أو أن يكون مملوكا لواحد من الجيران الذين يفصل بين أملاكهم فيكون حائطا غير مشترك، ولكل حالة أحكامها وفقا لما سيتم توضيحه.

1- الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران

تنص المادة 707 من القانون المدني الجزائري على أن: "يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بناءين مشتركا حتى مفرقهما هذا مالم يتم الدليل على عكس ذلك".

(1) محمد لعشاش، حميد محديد، مرجع سابق، ص 1176.

(2) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 140.

(3) علال قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 136.

(4) محمد لعشاش، حميد محديد، مرجع سابق، ص 1179.

ولإثبات الاشتراك في الحائط يجب توفر الشروط الآتية وهي:

أ- أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين، فلا يكفي أن يكون فاصلا بين أرض فضاء وبناء أو بين أرضين فضاء، فمثلا لو وجد بناء مجاور لأرض فضاء⁽¹⁾، فلا يعد الحائط المجاور للأرض الفضاء حائط مشترك، بل يكون هذا الحائط مملوكا لمالك البناء⁽²⁾.

ب- أن يكون هذا الفصل بين البنائين قد تحقق منذ إنشاء الحائط فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ثم قام بعد ذلك ببناء آخر ملاصق استتر بالحائط فلا تقوم القرينة القانونية⁽³⁾.

وإذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط بمقتضى القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 707 السابقة أو بوسيلة أخرى كان الحائط مملوكا على الشيوع وتترتب على هذه الملكية حقوقا للشركاء وواجبات تنقل كاهلهم⁽⁴⁾.

1- حقوق الشركاء في الحائط المشترك

تنص المادة 01/704 من القانون المدني الجزائري بأنه: "المالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته".

ومن استقرار فحوى نص المادة يتضح لنا أن استعمال الشريك للحائط المشترك يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر له، وألا يكون من شأنه أن يحمل الحائط فوق طاقته.

وعليه يجوز لكل شريك أن يضع فوق الحائط عوارض ليسند عليها سقف بنائه، وله أن يحدث حفرا في الحائط كي يهيئ فيه مكانا لمدفأة أو أنبوب مياه أو نحو ذلك، بشرط أن يراعى قوة احتمال الحائط، وأن لا يؤثر على حق الشريك الآخر في الاستعمال⁽⁵⁾، فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله⁽⁶⁾.

(1) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 105.

(2) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 215.

(3) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 106.

(4) علال قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 139.

(5) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 107.

(6) أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 73.

2- التزامات الشركاء في الحائط المشترك:

إذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي أعد له جاز ترميمه وإعادة بنائه⁽¹⁾، على أن تكون أعمال الترميم ضرورية لاستمرار الانتفاع بالحائط⁽²⁾، وهو ما جاء في المادة 02/704 على أنه: "إذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل حسب حصته فيه".

والتزام الشريك بدفع نصيبه في نفقات الإصلاح التزام عيني⁽³⁾، فهو بذلك يستطيع أن يتخلص من هذه الالتزامات إذا تخلى عن ملكية الحائط، فإذا تخلى الشريك عن حقه، أصبح الحائط مملوكا لجاره ملكية خالصة، فلا يجوز له بعد ذلك أن يستعمل الحائط، إنما يتمتع 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⁽⁴⁾.

كما أن حسب المادة 705 من القانون المدني الجزائري، فإنه يمكن للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق ضرر بالغا بشريكه، ويتحمل نفقة تعلية وصيانة الجزء المعلى ونفقة كل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة التعلية، وإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط على نفقته، حيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو ويظل الحائط في جزئه السفلي مشتركا⁽⁵⁾، فإذا كان الحائط المجدد في غير الجزء المعلى يكون للشريك الذي قام بالتعلية أن يطلب التعويض⁽⁶⁾.

كما أقرت المادة 706 حق الجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية في أن يصبح شريكا في الجزء المعلى، شريطة أن يدفع نصف نفقات التعلية وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة⁽⁷⁾.

(1) محمد لعشاش، حميد محديد، مرجع سابق، ص 1181

(2) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 143.

(3) المرجع نفسه والصفحة نفسها.

(4) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 219.

(5) ليلية بعكل، كاتية مالا، مرجع سابق، ص 43.

(6) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 145.

(7) المرجع نفسه والصفحة نفسها.

2- الحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران:

تنص المادة 708 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 من ذات القانون" التي تنص 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. غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار يستتر ملكه بالحائط".

وتحويط الملك المراد به هنا هو إنشاء سياج فاصل بينه وبين ملك الجار، فهو يختلف عن وضع الحدود بالمعنى الذي تقدم ذكره، وإذا كان للجار أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، فليس له أن يجبره على تحويط ملكه⁽¹⁾.

ويتبين من هذا النص أنه يمنع على المالك أن يهدم الحائط الفاصل إذا توافرت هذه الشروط الثلاثة:

أ- أن يكون هناك جار يستتر ملكه بهذا الحائط، وهو قيد قانوني قوي، إذ أن منع هدم حائط مملوك ملكية خاصة هو قيد هام على حق الملكية.

ب- أن يسبب هدم الحائط الفاصل ضرراً للجار، فإذا كان ملك الجار المحوطة فضاء فلا يتحقق شرط الضرر.

ج- ألا يوجد عذر قوي للهدم، بمعنى أن تكون المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها قليلة الأهمية وفي هذا الأمر تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة حيث أن استعمال الهدم لا ينبغي أن يكون لمصالح قليلة الأهمية مقارنة بما يصيب الجار من ضرر⁽²⁾.

(1) أحمد خالدي، مرجع سابق، ص 111.

(2) عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 142.

ثالثاً: القيود المتعلقة بالمسافات بين الملكيات

نظم المشرع الجزائري هذه القيود في المواد من 709 إلى 711 من القانون المدني وقد سماها بالمطلات والمناور.

1- قيد المطلات

المطلات هي عبارة عن فتحات يقيمها المالك في بنائه قصد دخول الهواء والضوء إلى المبنى والنظر منها إلى الخارج في الوضع العادي للإنسان، أي في حالة وقوفه أو جلوسه في الأبواب والنوافذ والشرفات والنتوءات وغيرها⁽¹⁾.

ولقد قيّد المشرع الجزائري من حرية فتح المطل وأوجب ترك مسافة معينة بين المطل وحدود ملك الجار، ولكن هذه المسافة تختلف من حيث نوع المطل لذا تتمثل المطلات في:

أ- المطلات المواجهة

تنص المادة 01/709 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين. وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء".

يفهم من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قيّد المطلات المواجهة أو المقابلة لأنهما تكون في وضع مقابل تماماً لملك الجار دون الحاجة إلى الالتفات يميناً ويساراً أو الانحناء إلى الخارج، لذلك فإن المطلات المستقيمة لا يجوز قانوناً فتحها على أرض الجار، ما لم يكن بين الحائط الذي فتح فيه المطل وبين تلك الأرض مسافة تقل عن مترين⁽²⁾.

ب- المطلات المنحرفة

وهو المطل الذي لا يمكن الاطلاع منه إلى ملك الجار إلا بعد الالتفات يميناً ويساراً⁽³⁾، وقيده المشرع في نص المادة 710 من ق.م.ج، حيث تنص على أنه: "لا يجوز أن يكون الجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمتراً من حرف المطل، على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام".

(1) محمد لعشاش، قيود الملكية العقارية- قيود الجوار، مرجع سابق، ص 66.

(2) محمد لعشاش، المرجع نفسه، ص 67.

(3) سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 81.

ويستخلص من نص المادة أن المطل المنحرف هو أقل مضايقة للجار، ولذلك نقل المسافة فتصبح ستين (60) سنتيمترا بدلا من مترين، إذ تقاس مسافة ستين سنتيمترا من حرف النافذة إلى الخط الفاصل بين العقارين، فإذا كانت ستين سنتيمترا أو أكثر كانت المسافة قانونية، وإذا كانت أقل من ذلك فهي غير قانونية، وإذا كان الفاصل بين العقارين أرضا فضاء مشتركة كطريق خاص أو فناء أو ممر للاستعمال المشترك، دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية⁽¹⁾.

1- قيد المناور

المناور هي عبارة عن فتحات تترك في الجدران الغاية منها إدخال الهواء ونفاذ النور والضوء للغرفة المراد إنارتها وتهويتها دون أن يستطاع الاطلاع منها على العقار المجاور⁽²⁾، حيث نص عليها المشرع الجزائري في المادة 711 من ق.م. على أنه: "لا تشترك أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، ولا يقصد بها مرور الهواء أو نفاذ النور، دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور".

من خلال هذه المادة يتضح أن القيد الوحيد في المناور هو ارتفاع مترين من الغرفة التي يراد إنارته وهو ارتفاع بعلو قامة الإنسان المعتاد حتى لا يستطيع الإطلال منه، ولا يشترط أي مسافة لفتحه⁽³⁾، فيستطيع المالك أن يفتح ما يشاء من المناور على طول بنائه على حدود ملكية الجار، وفي الحائط الذي يتم بناؤه على الحد الفاصل بينه وبين الجار، طالما الغاية منها الإنارة ودخول الهواء للغرفة المراد إنارتها⁽⁴⁾، ويقاس هذا الارتفاع من قاعدة الحائط التي بها المنور (الأرضية) إلى حافة قاعدة فتحه قاعدة النور.

كما أنّ المناور عادة ما تكون ضيقة النطاق وغير ومتسعة كثيرا وقليلة الضرر والإزعاج، إلا أنه يشترط فيها أن تكون عالية بمترين على الأقل لضمان عدم استعمالها لأغراض أخرى

(1) محمد ولد خصال، قيود الملكية العقارية الخاصة- قيد المطلات والمناور وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، مج 02، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة، الجزائر، 2018/06/01، ص 383.

(2) محمد لعشاش، قيود الملكية العقارية- قيود الجوار، مرجع سابق، ص 88.

(3) ليلية بعكل، كاتية مالا، مرجع سابق، ص 41.

(4) محمد لعشاش، قيود الملكية العقارية- قيود الجوار، مرجع سابق، ص 90.

كالإطلال⁽¹⁾، فإذا فتحت مناور أقل من قامة الإنسان المعتاد أو أقل من مترين فيجوز للجار الاعتراض عليها أو المطالبة بسد الجزء السفلي منها مما يمنع الإطلال من خلالها⁽²⁾. نستخلص أن التفرقة بين المناور والمطلات ترجع إلى أن القانون لم يشترط في المناور التقيد بأية مسافة بينها وبين أرض الجار سوى أن تعلو بمترين على الأقل من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، غير أنها إذا استعملت للإطلال تحولت إلى مطلات تخضع للأحكام المطبقة على المطلات ومنها شرط احترام المسافة القانونية.

(1) محمد لعشاش، مرجع سابق، ص 91.

(2) ليلية بعكل، مرجع سابق، ص 41.

ملخص الفصل الأول

توصلنا من خلال هذا الفصل إلى أن المشرع الجزائري تناول في القانون المدني العديد من القيود التي تحد من سلطة المالك إما في استعمال أو استغلال الشيء الذي يملكه، وهذا لكون أن من شأن ممارسة المالك لسلطته المطلقة على ما يملك أن يضر الغير ومن أجل تفادي غلو المالك في استعمال واستغلال حقه وترسيخا لفكرة أن الجيران يجب أن يتحملوا قدرا معيناً من الأضرار التي تصدر عن جيرانهم، عمد المشرع إلى تحقيق نوع من التوازن بين حق المالك في ممارسة سلطته على ما يملك من جهة، ومن جهة أخرى حماية للغير من الضرر الذي قد ينجر من فعل المالك، غير أن تقييد سلطة المالك في استعمال واستغلال ملكيته لا تعود في كل الأحوال إلى تلك الأعباء أو القيود التي يفرضها القانون، وإنما قد نجد أن أطراف العلاقة التعاقدية هم من قيد هذه السلطة، وهذه الأخيرة نتناولها في الفصل الثاني من خلال التطرق للشرط المانع من التصرف.

الفصل الثاني

القيود المتعلقة بسلطة التصرف

انطلاقاً من توصيف حق الملكية بالحق الجامع والمانع وهذا بالنظر لما يخوله للمالك من سلطة الإستعمال والاستغلال والتصرف كما سبق وأشرنا في الفصل الأول، فإن الأصل هو أن يتقرر للمالك جميع هذه السلطات وتحديدًا حق التصرف بإعتباره السمة الأساسية والبارزة في حق الملكية واستثناء تقيّد سلطات المالك في التصرف في العقار الذي آل إليه بأي طريقة من طرق اكتساب الملكية العقارية، وتتمثل هذه القيود في القيد القانوني أو الاتفاقي؛ فالقيد القانوني يتمثل في الشفعة وهي ذلك التصرف الذي يحد من حرية المالك في التصرف، وباعتبارها سبباً استثنائياً لكسب الملكية العقارية تغيب فيه حرية التعاقد، فإن المشرع الجزائري أحاطها بمجموعة من الشروط الموضوعية والإجرائية، وهذا ما نتطرق له في المبحث الأول؛ أما القيد الاتفاقي يتمثل في شرط المنع من التصرف كما لو اشترط الواهب على الموهوب له في عقد الهبة عدم التصرف في العقار حتى يبلغ سناً معيناً، أو اشترط الموصي على الموصى له في الوصية مثل هذا الشرط، لذا نتطرق له في مبحث ثاني بداية من حيث مضمونه ومدى شرعيته خصوصاً في غياب التنظيم القانوني له في القانون المدني مقارنة بالقوانين المقارنة، وكذا من حيث نطاقه ومدى صحة التصرفات القانونية المخالفة لهذا الشرط وأخيراً الوقوف على تطبيقاته في المعاملات العقارية.

المبحث الأول

الشفعة المدنية كقيد على سلطة التصرف

يعتبر حق الشفعة المدنية، سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، فهي حق تملك جبري بحكم القانون وينفذ دون إرادة مالكة ومشتريه، إذ تكسب الشفيع عقارا باعه صاحبه لشخص أجنبي، مقابل ما تم دفعه من ثمن ومصروفات، وذلك دفعا لأضرار متوقعة بسبب سوء الجوار أو دخول أجنبي في الشركة، وعلى الرغم من ثبوت هذا الحق لفائدة الشفيع إلا أنه لا يمكن ممارسته بصفة مطلقة كونه مقيد بشروط حددها القانونية.

وعليه سنخصص دراستنا في هذا المبحث إلى بيان مفهوم الشفعة وطبيعتها القانونية (المطلب الأول)، ثم سنتطرق إلى شروط الأخذ بالشفعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الشفعة

نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة ضمن القانون المدني الجزائري، في القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان طرق اكتساب الملكية من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية وذلك في المواد من 794 إلى 807 منه⁽¹⁾.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد تعريف الشفعة (الفرع الأول)، ثم الطبيعة القانونية للشفعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الشفعة

اختلف الفقهاء في تعريف سواء تعلق الأمر بالفقه الشرعي في إطار الشريعة الإسلامية باعتبارها أحد المصادر التاريخية الهامة لها، أو ما تضمنه القانون المدني الجزائري الذي اعتبرها طريقا لكسب الملكية، و سنحاول في هذا الفرع تعريف الشفعة لغة (أولا)، ثم تعريفا اصطلاحا (ثانيا).

(1) فتيحة ربيع، شريعة قذوح، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2013، ص 04.

أولاً: تعريف الشفعة لغة

الشفعة مصدر شفع أي: الشَّفَعُ-بفتح الشين وسكون الفاء- وهي ضد الوثر فيقال: كان وترًا فَشَفَعَهُ شَفْعًا، وشفع الوتر من العدد شفعا، صيره زوجًا، يقال شفعت الركعة أي جعلتها اثنتين والشفع ضم الشيء إلى مثله⁽¹⁾.

وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: { مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِيتًا }⁽²⁾، بمعنى من يزد عملا صالحا إلى عمله.

ومما سبق ذكره يتضح لنا بأن معظم المفردات تتمحور حول معنى واحد للشفعة وهو الضم والزيادة والإضافة.

ثانياً: تعريف الشفعة اصطلاحاً

1- في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للشفعة، وعرفها الحنفية على أنها حق تملك العقار المبيع جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن وتكاليف، (أي النفقات التي أنفقها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار، فالشفعة عند الحنفية تثبت للجار والشريك⁽³⁾. كما عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: "استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه"⁽⁴⁾، وعرفها الحنابلة أيضا بأنها: "استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه"⁽⁵⁾.

وهذا الاستحقاق معناه أن للشريك حق أخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره، وعليه فإن الشفعة في الإسلام هي أخذ الشريك-وليس الجار- حصة شريكه التي باعها بثمنها⁽⁶⁾.

(1) إيمان حمادي، وفاء بوسيس، الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الأصلية، مذكرة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحي، بجيجل، الجزائر، الموسم الجامعي 2017/2018، ص 08.

(2) سورة النساء الآية 85.

(3) الصديق جمال، نور الدين نش، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، الموسم الجامعي 2020/2021، ص 07.

(4) إيمان حمادي، مرجع سابق، ص 12.

(5) الصديق جمال، مرجع سابق، ص 08.

(6) فتيحة ربيع، مرجع سابق، ص 05.

2- في القانون المدني الجزائري

جاء تعريف الشفعة في المادة 794 من ق.م.ج على أنّ: "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في الموارد التالية".

نلاحظ من خلال هذا التعريف أنّ الشفعة تتحقق في حالة ما إذا بيع العقار وقام سبب يخول لشخص آخر الحلول محل المشتري في شراء هذا العقار، ومن هنا نقول أنّه أخذ العقار بالشفعة، ويسمى الآخذ بالشفعة بالشفيع والمشتري بالمشفوع منه، أمّا العقار المراد تملكه من قبل الشفيع فيسمى بالعقار المشفوع فيه⁽¹⁾.

فالشفعة إذن هي سلطة أو قدرة أو مكنة تخوّل بأن يقوم سبب من أسبابها، الحلول محل المشتري في بيع العقار إذا ما أبدى رغبته في ذلك، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، أو المترتبة عليه، وتنتهي الشفعة إلى اكتساب ملكية العقار المبيع ولو جبرا على المشتري، فمن يعلن رغبته في الآخذ بالشفعة يحل محل المشتري في عقد البيع دون رضا هذا الأخير ومن ثم يمتلك العقار المبيع ويضمه إلى عقاره الأصلي⁽²⁾. وبناءً على ما تقدم ذكره نستخلص أنّ الشفعة تعتبر قيда على حرية التصرف، لأن البائع يجد نفسه مقيدا في بيع عقاره، إذ يجبر على بيعه لشخص غير الذي أراد بيعه له، وكذلك يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه بطريقة قانونية، إذ يتحول ذلك العقار إلى شخص آخر غريب عن العقد المبرم، بمقابل يستفيد الشفيع من التسهيلات في شروط البيع التي اتفق عليها البائع والمشتري نظرا للاعتبارات الخاصة بينهما⁽³⁾.

(1) فتحة ربيع، مرجع سابق، ص 05.

(2) نسيمه عمروز، مرابطين مليكة، الشفعة المدنية والإدارية في الأراضي الفلاحية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، الموسم الجامعي 2017/2018، ص 08.

(3) فتحة ربيع، مرجع سابق، ص ص 7-8.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للشفعة باعتبارها قيد على حق الملكية

هناك اختلاف فقهي حول الطبيعة القانونية للشفعة، فمنهم من يعتبرها حق شخصي، ومنهم من يعتبرها حق عيني، في حين يكتفها البعض الآخر على أنها رخصة، ولكل رأي فقهي حجج لإثبات رأيه.

أولاً: الشفعة حق شخصي

يعتبر هذا الاتجاه أنّ الشفعة حق شخصي، لاعتباره يمنح لشخص الشفيع، ولا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو النزول عنه للغير، ويقصد بالحق الشخصي معنى صحيح في ذاته، ولكنّه بعيد عن معنى الحق الشخصي المقابل للحق العيني في نظرية الحق، فقصودوا بالشفعة أنّها حق لصيق بشخص الشفيع⁽¹⁾، وهو الحق أن يصير مشترياً بالأفضلية على المشروع فيه، ولو ضد إرادة البائع وبذلك تكون له الحقوق التعاقدية التي كانت للمشتري السابق، فدعوى الشفعة ليست عينية، بل هي دعوى شخصية للحلول في حقوق المشتري، ولا يكتسب الملكية إلا بالتسليم الاختياري أو بحكم قضائي⁽²⁾.

ثانياً: الشفعة حق عيني

يرى بعض الفقه أنّ حق الشفعة أقرب إلى الحق العيني منه إلى الحق الشخصي، فالشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التتبع وحق الأولوية الذين يخولهما الحق العيني، فحق التتبع لأن الشفيع له أن يطلب العقار ممن هو في يده أياً كان، أما حق الأولوية لأن الشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع، إذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ومتى قام بالإجراءات القانونية⁽³⁾.

ومفاد هذا الاتجاه، أنّ الشفعة حق عيني وذلك لترتيب آثار قانونية، كتحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المشفوع فيه وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 802 من ق.م.ج على أنّه: "يجب رفع

(1) فريدة قواورة، شيماء علالي، حق الشفعة المدنية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي، الجزائر، الموسم الجامعي 2021/2020، ص 05.

(2) نسيمه عمروز، مرجع سابق، ص 12.

(3) فريدة قواورة، مرجع سابق، ص 05.

دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع بدائرتها العقار في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق⁽¹⁾.

ثالثا: الشفعة رخصة

اعتبر هذا الاتجاه، أنّ الشفعة هي واقعة قانونية طبيعية من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، أي رخصة استثنائية تؤدي إلى التقييد بحرية التصرف والتعاقد وعلى هذا النحو، فهي ليست حقا عينيا أو شخصيا، إذ لا يتصور أنّ السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا معيناً، فالشفعة من الحقوق الترخيفية أو المنشئة، تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري⁽²⁾.

ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ أنور طلبة الذي اعتبر أنّ الشفعة هي رخصة أو خيار للشفيع، فله أن يأخذ بها أو يتركها، بحيث لا يكره عليها ولا يجوز إلا في عقار، ومتى ثبت الحق فيها تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشتري بموجب حكم صادر من القضاء، يعتبر عقداً حقيقياً حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة⁽³⁾.

رابعا: الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة

يرى بعض الفقه والقضاء، بأنّ الشفعة حق ذو طبيعة مختلطة، أي أنه حق شخصي عيني، فهو من ناحية حق شخصي بالنسبة إلى الشفيع ينظر فيه إلى اعتبارات تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة، ومن ناحية ثانية، أنّ الشفعة حق عيني ينظر فيه إلى العقار المشفوع فيه، لأنه وليد لحق الملكية، وتابع للعقار في أي يد كانت، ولا يزول إلاّ بمسوخ قانوني⁽⁴⁾.

يتضح لنا مما سبق من أنّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري الذي يرى بأنّ الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا، بل هي ليست بحق أصلا، وإنما هي سبب من أسباب كسب الملكية، فالشفيع يكتسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع مثلا أو حق رقبة، لأن الفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه، فالشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي واقعة مركبة اقترن فيها الشفيع أو الصلة

(1) نسيمه عمروز، مرجع سابق، ص 12.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية-أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 331.

(3) محمد عقوني، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في عقار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد

09، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بيسكرة، الجزائر، 2018، ص 550.

(4) فريدة قواورة، مرجع سابق، ص 06.

المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ببيع العقار المشفوع فيه وهي بالنسبة للشفيع واقعة مادية أخرى بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فهذه الوقائع المتسلسلة والمركبة، الغلبة فيها، للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية، وإلى جانب ذلك فإن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة حيث يكون للشفيع رخصة في أن يمتلك العقار المشفوع فيه، فالشفعة هي رخصة، وتتولد هاته الرخصة في التملك بقيام المركز القانوني، حيث تخول هاته الرخصة للشفيع الحق في أن يمتلك العقار المشفوع فيه بإرادته متى تهيأت أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فلا يكون للشفيع حق الملك بل الحق في أن يمتلك هذا العقار، ثم يتحول حقه في أن يمتلك هذا العقار المشفوع فيه إلى حقه في ملكيته وذلك عن طريق حلوله محل المشتري⁽¹⁾، وهذا الرأي الذي جاء به المشرع من خلال نص المادة 794 من ق.م.ج.

المطلب الثاني

شروط الأخذ بالشفعة

كل تصرف منظم من طرف القانون يكون مقيدا بمجموعة شروط وجب التقيد بها، وبما أن الشفعة هي الأخرى نظمها القانون، فإن ممارستها وصحتها تتوقف على مدى توفر الشروط المطلوبة قانونا لممارستها، والمتمثلة في الشروط الواجب توافرها في الشفيع (الفرع الأول)، والشروط الخاصة بالتصرف المشفوع فيه (الفرع الثاني)، وكذا الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بشخص الشفيع

يعد الأخذ بالشفعة في حكم شراء العقار المشفوع فيه، حيث يحل الشفيع بتصرفه محل المشتري، لذلك وجب أن تتوفر في الشفيع الشروط التالية:

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 447.

أولاً: أن يكون من الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع
نصت المادة 795 من ق.م.ج على أنه: "يثبت حق الشفعة وذلك مراعاة الأحكام التي
ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع،
- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

من خلال هذه المادة يتضح أن صفة الشفيع مرتبة حسب ما يلي:

1- مالك الرقبة

يفترض هنا أن سلطات الملكية توزعت بين مالك الرقبة، وصاحب الحق في الانتفاع.
فتثبت الشفعة عندئذ لمالك الرقبة، فإذا باع صاحب الانتفاع الكل أو البعض من حق الانتفاع
المناسب للرقبة، كان لمالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع، فإذا ما أخذ هذا الحق
بالشفعة جمع شتات ملكيته وانقضى حق الانتفاع إذا بيع كاملاً، ففي هذه الحالة لا يوجد شفيع
آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع. كما أنه في حالة ما إذا رتب مالك العقار حق
انتفاع لمصلحة شخصين أو أكثر في الشيوخ، وباع أحدهما حصته الشائعة في حق الانتفاع،
كان لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة، فيصبح مالكا ملكية تامة لهذا الجزء من
العقار⁽¹⁾.

2- الشريك في الشيوخ

والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة، هي منع دخول أجنبي بين الشركاء في العقار
الشائع، وإمّا للتقليل من عدد الشركاء إذا كانوا في الأصل متعددين⁽²⁾.
فإذا كانت حصة شائعة يملكها الشريك، فقام ببيعها لأجنبي كان لكل من الشركاء في
الشيوخ أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، ويشترط للأخذ بالشفعة في حالة الملكية الشائعة عدة
شروط منها:

(1) عبد الرحمن لحرش وآخرون، مرجع سابق، ص 130.

(2) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني -الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها-، منشأة المعارف، مصر،

1998، ص 544.

– يجب أن يكون هناك عقار شائع

فإذا تم تقسيم هذا العقار بين الشركاء المشاعين وأصبح لكل واحد منهم حصة مفرزة، وتصرف أحدهم بالبيع في حصته، فلا يجوز لأحد الشركاء الباقين أن يأخذها بالشفعة، حيث أنهم بعد الشروع أصبحوا جيرانا.

– يجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة

تثبت الشفعة للشريك المشاع في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة، أما بيع الشريك لحصص مفرزة وإن كان هذا البيع صحيحا إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالي لا يعتبر المشتري شريكا مع شركاء البائع، فالشفعة لا تجوز إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه، وهذا ما قضت به المادة 714 من ق.م.ج.

– يجب أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي

لا تثبت الشفعة بسبب الشركة في الشروع إذا بيعت حصة شائعة من العقار، إلا إذا كان البيع لأجنبي عن الشركاء، وهذا حسب المادة 794 من ق.م.ج.⁽¹⁾.

3- صاحب حق الانتفاع

يكون في حالة تجزئة حق الملكية، باستغلال أحد الأشخاص حق الرقبة واستغلال الآخر حق الانتفاع، وفي نفس الوقت أبرم المالك لحق الرقبة مع الغير عقد بيع محل هذا الحق، فيجوز لصاحب حق الانتفاع أخذ الملكية بالشفعة.

إذ تثبت صفة الشفيع لصاحب الحق في الانتفاع في المرتبة الثالثة إذا بيعت كل الرقبة أو بعضها، وذلك حسب الفقرة الأخيرة من المادة 795 من ق.م.ج.

أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشروع ويأتي في المرتبة الثانية، شأنه في ذلك شأن الشريك في الشروع.

أما في حالة إذا كانت الرقبة كلها لشخص واحد، وكان حق الانتفاع مملوكا لشخصين مناصفة على الشروع، وبيعت الرقبة كلها، فلا شك أن لصاحب حق الانتفاع أن يشفعا في الرقبة الكل بقدر النصف، فيصبحان مالكي العقار مناصفة، كما يستطيع أحد مالكي حق

(1) جريدة أبركان، سارة آيت أعراب، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، الموسم الجامعي 2015/014، ص ص 13-14.

الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة للعقار المبيع بالشفعة، إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، ولا يستطيع المشتري المعارضة على ذلك، لأن الصفقة لم تتفرق عليه⁽¹⁾.

ثانيا: شروط أخرى يجب أن تتوفر في الشفيع

يمكن إجمال هذه الشروط وفقا لما استخلصه الفقه من القواعد العامة في ما يلي:

1- يجب أن يكون الشفيع شخصا من أشخاص القانون

حيث أنّ الشفعة حق من الحقوق المالية، لذلك فإنّه يكون لكل من ثبت له الشخصية القانونية، صلاحية اكتساب هذا الحق، وبناءً على ذلك، فإنّ الحق في الشفعة يثبت للشخص الطبيعي والاعتباري على السواء، وسواء كان من أشخاص القانون العام أو الخاص⁽²⁾.

2- الأهلية

يجب أن تتوفر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، وهي أهلية التصرف، أي بلوغ 19 سنة كاملة وهذا حسب المادة 40 ق.م.ج، حيث لا تكفي أهلية الإدارة، فالبايع غير المحجور عليه له الحق في الأخذ بالشفعة بإرادته و بنفسه، وقد يأخذها عن طريق وكيل بشرط أن تكون الوكالة خاصة، مع ضرورة إفراغ هذه الوكالة في الشكل القانوني الرسمي المطلوب في التصريح بالرغبة في الشفعة، طبقا للمادة 572 من ق.م.ج⁽³⁾.

وإذا كان الشفيع محجورا عليه، كان للمقدم الأخذ بالشفعة بعد الحصول على إذن المحكمة⁽⁴⁾، أما إذا كان الشفيع قاصرا وله أب ولي عليه، فإنه يجوز للولي أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر في جميع الأعمال النافعة نفعا محضا، بشرط أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، تحت إشراف القضاء، إذا كان التصرف يتضمن مساسا بالذمة المالية للقاصر⁽⁵⁾، وهذا وفقا لأحكام المادة 88 من ق.أ⁽⁶⁾.

(1) فتحة ربيع، مرجع سابق، ص ص 18-19.

(2) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 131.

(3) فتحة ربيع، مرجع سابق، ص ص 19-20.

(4) لحسن قويدرات، عصام بن الصغير، الحقوق العقارية بين الشفعة وحق الاسترداد، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص التهيئة والتعمير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، بيج بوعرييج، الجزائر، الموسم الجامعي 2021/2022، ص 19.

(5) جهيدة أبركان، مرجع سابق، ص 28.

(6) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع 24، المؤرخة في 09/06/1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر، ع 15، المؤرخة في 27/02/2005.

3- ألا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه

حيث لا يجوز لهؤلاء الأخذ بالشفعة، لأنه يترتب على الأخذ بالشفعة، أن يصير الشفيع في مركز المشتري⁽¹⁾، فلا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشفع في العقار الذي كلف ببيعه أو تقدير قيمته بموجب هذه النيابة، كالسماسة والخبراء لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا وهذا حسب نص م 410 ق.م.ج.⁽²⁾.

كما لا يجوز أيضا للقضاة ولا لأعضاء النيابة، ولا للمحامين ولا للمحضرين القضائيين ولا لكتاب الضبط، أن يشفعوا في الحق المتنازع فيه، إذا كان النظر في النزاع، يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها⁽³⁾، سواء قاموا بذلك شخصا أو عن طرق وكيل، ففي كلتا الحالتين لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة لأنه مخالف للنظام العام، وهذا ما نصت عليه المادتين 402 و403 من ق.م.ج.

4- وجود حق الشفيع في العقار المشفوع به وقت البيع إلى حين ثبوت الشفعة

كأن يشفع بملكية رقبة أو بحق انتفاع أو حكر وجب أن يكون مالكا لها، وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة⁽⁴⁾.
ويجب أن يظل سبب الشفعة قائما وموجودا من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى أن يتم الأخذ بالشفعة، قضاءً بحكم يصدر لمصلحة الشفيع أو رضاءً بتسليم المشتري بالشفعة⁽⁵⁾، أما إذا زالت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قبل الأخذ بها فإن ذلك يؤدي إلى زوال الشفعة، وبالتالي يؤدي إلى سقوط حق الشفيع⁽⁶⁾.

(1) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 131.

(2) جهيدة أبركان، مرجع سابق، ص 29.

(3) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 131-132.

(4) لحسن قويدرات، مرجع سابق، ص 18.

(5) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 133.

(6) جهيدة أبركان، مرجع سابق، ص 28-29.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالتصرف المشفوع فيه

بعدما تطرقنا إلى الشروط المتعلقة بشخص الشفيع، سنتناول الشروط الواجب توافرها في التصرف المشفوع فيه، والمتمثلة في كون التصرف بيعا و ألا يكون من البيوع التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة.

أولاً: أن يكون التصرف بيعا

من خلال نص المادة 794 من ق.م.ج يتضح، أن المشرع قد حصر جواز الأخذ بالشفعة في عقد البيع الذي يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، باعتباره تصرفا قانونيا قد تم بتوافق إرادتين أو أكثر وناقل للملكية بعوض⁽¹⁾، وهذا يعني أن الشفعة لا تستحق في التصرف القانوني الذي يتم بالإرادة المنفردة كالوصية مثلا، كما لا يجوز الأخذ بالشفعة في بعض العقود منها: عقد الهبة، الوفاء بمقابل، الوعد بالبيع، عقد المقايضة، عقد الشراكة، عقد الصلح، عقد القسمة⁽²⁾.

كذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع باطل بطلانا مطلقا، ذلك أن العقد الباطل لا وجود له على عكس البيع القابل للإبطال - بيع ملك الغير، فإنه يجوز الأخذ بالشفعة لأنه عقد قائم منتج لآثار إلى أن يحكم بإبطاله، وكذلك بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ⁽³⁾.

نستنتج أن الشفعة تقتصر على البيع، ويجب أن يكون للبيع المشفوع فيه وجودا قانونيا، وأن يكون حقيقيا، وأن يكون البيع خالصا، قائما على اعتبار مادي بحت، وأن يكون قائما إلى حين إعلان الرغبة.

ثانياً: ألا يكون من البيوع الغير جائز فيها الشفعة (موانع الشفعة)

قد تتوفر في الشخص صفة من الصفات المنصوص عليها في المادة 795 من ق.م.ج ورغم ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة، وذلك في الوضع الذي تقوم فيها إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 798 من ق.م.ج، وتتمثل أول حالة في البيع المشفوع فيه إذا كان قد تم عن

(1) خالد طالب، مرجع سابق، ص 21.

(2) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 133-134.

(3) الصديق جمال، مرجع سابق، ص 31.

طريق المزاد العلني، حيث لا يجوز الأخذ بالشفعة بحكم أن من له حق الأخذ بالشفعة كان بإمكانه دخول المزاد، ويشترط أن يكون المزاد قد تم وفق ما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا تم بالمخالفة لذلك سقط المنع، وجاز الأخذ بالشفعة، ويستوي أن يكون البيع جبريا أم اختياريا ذلك أن حكمة المنع متوفرة في الحالتين⁽¹⁾.

وثاني الحالات التي جاءت بها المادة أعلاه، إذا كان البيع المشفوع فيه قد تم بين الأقارب إلى غاية الدرجة الرابعة أو تم بين الزوجين أو بين الأصهار إلى غاية الدرجة الثانية، ومن ثم إذا كان البيع قد تم بين الابن والوالد، أو بين الفرع والأصل مهما على، وبين الأصل والفرع مهما نزل، أو بين الشخص وعمه، أو بينه وبين ابن عمه، فلا يجوز الأخذ بالشفعة، وكذلك الحال لو تم البيع بين الشخص ووالد زوجته، أو بينه وبين أخ زوجته، ولقد منع المشرع الأخذ بالشفعة في الحالات السابقة نظرا لأن البيع يقوم على الاعتبار الشخصي⁽²⁾.

وآخر حالة مانعة من الأخذ بالشفعة، جاءت بها المادة 798 من ق.م.ج، إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، فإذا باع شخص عقار ليبنى عليه المشتري مسجد، أو ليكون ملحقا بمسجد قائم بغرض توسيعه أو إقامة سكن للإمام ملتصقا بمحل العبادة، فلا محل للأخذ بالشفعة⁽³⁾.

ثالثا: الشفعة عند توالي البيوع

قد يحدث بيع عقار تجوز فيه الشفعة قانونا، دون أن يتمكن من له الحق في الشفعة من أخذ هذا العقار، وهذا بسبب إقدام المشتري على بيع هذا العقار مرة ثانية، دون أن يترك للشفيع فرصة لاستعمال رخصة الشفعة وتملك العقار بدلا من بيعه إلى مشتر آخر.

وبالرجوع لنص المادة 797 من ق.م.ج نجد أنها تنص: "إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها".

(1) زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (كتاب مدعم بالفقه الإسلامي)، دار بلقيس، الجزائر، ص 83.

(2) المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

(3) المرجع نفسه، ص ص 83 - 84.

إن هذه المادة قد قضت بالأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، والسبب يعود إلى أن البيع الأول لم يعد قائماً بالنسبة للشفيع، وأما الثاني فهو الساري المفعول والقائم في حقه لذا عليه المطالبة بالشفعة في هذا البيع بنفس الشروط⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه

يجب أن يكون المبيع محل الأخذ بالشفعة عقارا (أولاً)، وأن تقع الشفعة عليه كله وعدم تجزئته (ثانياً).

أولاً: أن يكون المال المشفوع فيه عقارا

ترد الشفعة على العقار فقط، ولا ترد على المنقول وهذا ما أكدته المادة 794 من ق.م.ج، والشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يرد على العقار بوصفه عقارا، فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، كما لو بيع البناء المعد للهدم، فإن الشفعة لا تجوز فيه، كما أن الشفعة لا تجوز في بيع العقار بالتخصيص فإذا بيع مستقلاً يعتبر منقولاً، ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلي، فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته⁽²⁾.

والحكمة من تقرير الشفعة على العقارات فقط دون المنقولات، هو رفع الضرر الناتج عن القسمة سواء كانت قسمة رضائية أو قضائية وكذلك لجمع ما تفرق من ملكية العقار⁽³⁾.

ثانياً: عدم تجزئة المال المشفوع فيه

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفيع في صفقة واحدة بعض المبيع دون بعض، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك.

وقد كان تأصيل المسألة يقوم على أنه إذا تعددت الصفقة، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعضها دون البعض، إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة فيها، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة.

(1) أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 166.

(2) إيمان حمادي، مرجع سابق، ص 34.

(3) نسيمة عمروز، مرجع سابق، ص 23.

فإذا قام المالك ببيع عقار واحد لعدة مشتريين، وتوافرت شروط الشفعة جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، إما في جميع العقار أو في جزء أحد المشتريين الذي له فيه شفعة ولا يعد هذا تجزئة للشفعة، وهذه الحالة لم ينص عليها القانون المدني، غير أن الشريعة نظمتها وأقرتها⁽¹⁾.

أما إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد، في صفقات متفرقة، كان للشفيع، إذا توافرت شروط الشفعة أن يأخذ بها في بعض الصفقات دون بعض، ولا يعد هذا تجزئة للشفعة. في حين أنه إذا تم البيع بصفقة واحدة، كان على الشفيع، بتوافر الشروط، أن يأخذ العقارات كلها أو يدعها كلها حتى لا يضر المشتري، وهذه الحالة أقرتها أيضا الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية أيضا حالة أخرى تتجسد في البيع الذي يتعدد فيه الشفعاء وفي هذه الحالة، وجب على كل واحد منهم أن يطلب أخذ العقار بالشفعة أو يتركه، ويجوز المطالبة بجزء منه دون جزء وليس في ذلك تجزئة للعقار، فيقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة عن غيره وهذا رأي مالك⁽³⁾، ونجد أن نص المادة 796 من ق.م.ج أقر أنه في حالة تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب الآتي:

- 1- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- 2- وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتة أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

(1) زوليخة رايح، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، جامعة ابن خلدون

بنيارت، الجزائر، الموسم الجامعي 2021/2020، ص ص 12-13.

(2) أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 458.

(3) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 331.

المبحث الثاني

الشرط الاتفاقي المانع من التصرف

إن القاعدة في 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 تقيده، حيث يجوز بمقتضى تصرف قانوني، تقييد الملكية تقييدا معلوما وواضحا⁽¹⁾، وتتمثل هذه القيود في قيد الشرط المانع من التصرف أو ما يصطلح عليه أيضا اشتراط عدم التصرف في الملكية، فهو شرط إرادي يرد في عقد أو وصية يمنع المالك من التصرف في مال معين من ماله، كأن يشترط الواهب على الموهوب له بعقد الهبة ألا يتصرف في المال الموهوب طوال حياته (حياة الواهب أو الموهوب له)⁽²⁾.

وعليه سوف نحاول التطرق في هذا المبحث إلى أحكام شرط المنع من التصرف (المطلب الأول)، ثم إلى تطبيقات شرط المنع من التصرف كقيد على الملكية العقارية الخاصة (المطلب الثاني).

(1) لويزة رقاد، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتيسمسيلت، الجزائر، الموسم الجامعي 2017/2018، ص ص 82-83.

(2) علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 178.

المطلب الأول

أحكام شرط المنع من التصرف

إن السعي إلى إبرام المعاملات والعمليات التعاقدية وخصوصا منها العقود الناقلة للملكية، يكون الهدف منها الاستئثار بالمال والتصرف فيه على نحو شرعي، سواء بإبرام تصرفات قانونية أو إحداث تصرفات مادية عليه، وعلى هذا الأساس يعتبر أي تقييد لحقوق المالك الذي يؤول إليه المال استثناءً يخضع لضوابط قانونية⁽¹⁾.

ويعتبر شرط المنع من التصرف من قبيل هذه الاستثناءات التي حرصت القوانين المدنية على تحديد ضوابطه بصرامة من خلال صياغة شروط مشروعيتها وطبيعته القانونية (الفرع الأول)، وكذا بيان حدود آثار هذا الشرط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية شرط المنع من التصرف

لقد حصل خلاف حول مشروعية شرط المنع من التصرف، فمنهم من رأى أن شرط المانع من التصرف هو التزاما سلبيا بالامتناع عن عمل، ومنهم من رأى أنه باطل لأنه يحبس العقارات والأموال عن التداول ومنهم من رأى أن هذا الشرط ينقص من أهلية الأداء⁽²⁾.

أولا: الطبيعة القانونية لشرط المانع من التصرف

لم تحدد النصوص القانونية التي تناولت الشرط المانع من التصرف الطبيعة القانونية لهذا الشرط، مما فتح المجال للاختلاف الفقهي في تكييفه، وعليه سوف نتطرق إلى الآراء التي قيلت في تحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف، وذلك كما يلي:

1- انتقاص من أهلية المتصرف إليه

ذهب جانب من الفقه من بينهم الفقيه الفرنسي جوسران Josserand 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) محمود كربوب، شرط المنع من التصرف - دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 07، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد زيانة بغليزان، الجزائر، 2021، ص 655.

(2) نعاس بوسنة، مرجع سابق، ص 45.

غير أن هذا الرأي تعرض لانتقاد وذلك يعود إلى أن أحكام الأهلية هي من النظام العام، فلا يجوز لإرادة الأفراد أن تعدل فيها، وأن أهلية الأداء تتماشى وجودا وعدما مع التمييز، لذلك لا يكون الشخص أهلا لمباشرة تصرف معين فهنا المنع ينصرف إليه لا إلى التصرف ذاته، أما في حالة المنع من التصرف، فإن المنع ينصب على التصرف ذاته، وليس على شخص من يقوم به لنقص في تمييزه، لذا فإن الأمر لا يحتاج إلى وجود من ينوب عنه، في مباشرة هذا التصرف⁽¹⁾.

2- إخراج المال الممنوع من التصرف من دائرة التعامل

كيف جانب آخر من الفقه شرط المنع من التصرف على أنه إخراج المال الممنوع من التصرف فيه من دائرة التعامل، كونه يصبح هذا الأخير غير صالح، لأنه يكون محلا للحقوق المالية.

غير أنه نجد أن هذا الرأي لا يتفق مع القواعد العامة، التي تمنع إخراج المال من دائرة التعامل إلا بقانون، لأن إرادة الفرد لا تملك مثل هذا الحق.

3- ترتيب التزام سلبي في ذمة المتصرف إليه

ذهب الفقيهان "كولان و كابينتان" إلى القول أن الشرط المانع من التصرف يترتب التزاما سلبيا في ذمة المتصرف إليه ويمنع عليه التصرف في المال الذي يرد عليه هذا الشرط خلال مدة المنع من التصرف.

4- التكاليف العيني

يرى الفقيهان "بيدان وفوران" أن الشرط المانع من التصرف هو عبء أو تكليف عيني (charge réelle) يرد على مال معين، فيجعله مثقلا بهذا العبء لمصلحة شخص آخر، وهو صاحب المصلحة التي يحميها هذا الشرط، مما يجعله غير قابل للتصرف فيه⁽²⁾.

5- 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

(1) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 161.

(2) ليلية بعكل، مرجع سابق، ص ص 21 - 22.

على حقيقته، من كونه مجرد استثناء أو خروج على ما تخوله الملكية أصلاً للمالك من سلطة التصرف في الشيء، فهو إذا تعديل للنظام العادي للملكية، يعطي القانون للإرادة سلطات تقريره، لمدة مؤقتة تحقيقاً لمصلحة مشروعة، وأول من قال بهذا التكيف الفقيهان الفرنسيان "ريبير وبولنجيه".

وبناءً على ما سبق ذكره فإن صحة توجه الرأي الأخير، الذي يرى في الشرط المانع من التصرف خروجاً عن الأحكام العامة للملكية، حماية لمصالح الناس المشروعة، إذ يشكل قيداً يرد على حق الملكية، فينتقص من سلطات المالك، وهذا التعديل في نظام الملكية هو استثناء من القاعدة الأصلية، التي تتيح للمالك التصرف في ماله⁽¹⁾.

ثانياً: شروط صحة المنع من التصرف

تشتت التشريعات المقارنة إلى جانب الفقه ضرورة تحقق جملة من الشروط الأساسية لصحة الشرط الاتفاقي المتضمن منع المتصرف له من التصرف في المال الذي آل إليه. ونظراً لعدم التنظيم التشريعي لهذا الشرط من قبل المشرع المدني الجزائري، فإن دراسة شروط صحة الشرط المانع من التصرف ستكون على ضوء التشريعات المقارنة، وما انتهى إليه الفقه من انتقادات لهذه النصوص القانونية وهو ما سيتم تناوله تباعاً.

إذ تقضي المادة 823 من ق.م.م بما يلي: "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة.

ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.

والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

نستخلص من خلال هذه المادة بأن شروط المنع من التصرف ثلاثة وهي:

1- أن يرد منع التصرف في الوصية أو عقد

بالنسبة للوصية: لا توجد أي مشكلة بالنسبة للوصية، لأن التصرف يكون ناتجاً عن الإرادة المنفردة للموصي، إذا فهو تصرف رضائي وصدوره لم يتطلب شكلاً خاصاً، وفي هذا

(1) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص ص 164 - 165.

الإطار تنتقل الوصية للموصى له والمستجدة في مال معين بدون مقابل مع شرط منع التصرف فيه بعد موت الموصي فعلا، أما للموصى له فيكون له قبول الوصية بهذا الشرط أو رفضها.

بالنسبة لعقد البيع: والذي يتم بمقابل بين الطرفين البائع والمشتري، فهذه الحالة فإن المشتري لا يوجد له مبرر من قبول القيد لأنه يتعارض مع حق الملكية، على أن مثل هذا الشرط (قيد منع التصرف) نجده في بعض الحالات في إطار الواقع العلمي حيث يتم قبول المشتري لهذا الشرط إذا كان المنع من البيع مؤقتا ومثال على ذلك البيع بسعر أقل من المعتاد في السوق، أو كانت تسهيلات في دفع الثمن وكان هذا المبيع فرصة تتاح إلا في بعض الحالات النادرة والقليلة جدا، ففي هذه الحالات يتصور قبول المتصرف له للشرط⁽¹⁾.

2- أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع

إذا كان الأصل هو حرية تصرف المالك فيما يملك وهذه الحرية تمس بالنظام العام فإن الحدّ من هذه الحرية يجب أن يكون مبنياً على باعث مشروع أي أن تكون هناك مصلحة جدية تدعو إلى هذا الشرط، ويستوي أن تكون هذه المصلحة المراد حمايتها هي مصلحة المشتري أو مصلحة المتصرف إليه أو مصلحة الغير⁽²⁾، وتقدير مشروعية المصلحة وجديتها هي أمر من اختصاص السلطة التقديرية لقاضي الموضوع لمدى تعارض المصلحة المبررة، ولا يخضع في إطار ذلك لرقابة المحكمة العليا⁽³⁾.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف، كأن يحتفظ الواهب لنفسه بحق الانتفاع أو حق السكن لمدى حياته على الشيء الموهوب أو الموصى به ويشترط عدم تصرف الموهوب له أو الموصى له بذلك العقار ما دام حياً من أجل الحق في استعمال هذا العقار إلى غاية وفاته وهذا حفاظاً على ملكيته الخاصة⁽⁴⁾، ومن جهة أخرى لتوقي وتجنب التعامل مع مالك رقبة لا يعرفه ولا يأمن مضايقته.

(1) سعد روابح، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص حقوق الإنسان والحيات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح، بورقلة، الجزائر، ص 79 - 80.

(2) علل قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 180.

(3) سعد روابح، مرجع سابق، ص 81.

(4) سعد روابح، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف إليه، كأن يشترط الواهب على الموهوب له أو الموصى له ناقص الأهلية، عدم التصرف في العقار الموهوب أو الموصى به لحين بلوغه سن الرشد وهذا لغرض حمايته من سوء تدبيره أو طيشه⁽¹⁾.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للغير، كأن يهب شخص عقارا ويشترط عليه أن يدفع مقابل ذلك مرتبا شهريا لشخص ثالث طوال حياته⁽²⁾، ويشترط عليه في نفس الوقت عدم التصرف في العقار الموهوب له أو الموصى به، حتى يؤمن لمن تقرر له المرتب استمرار هذا المرتب⁽³⁾.

أما في حالة ما إذا كان الباعث من الشرط غير مشروع، كما لو وهب شخص عقارا لآخر، وضمن عقد الهبة شرطا يمنع بمقتضاه الموهوب له من أن يقيم عليه مسجدا بجوار منزله، فإنه يبطل الشرط ولا يعتد به ويبطل العقد صحيحا خاليا من المنع من التصرف وتختلف مشروعية المنع بحسب عدم مخالفتها للقانون أو النظام العام والآداب العامة⁽⁴⁾.

3- مدة المنع المعقولة

على الرغم من أنّ المشرع الجزائري لم ينظم الأحكام العامة لشرط المنع من التصرف، إلا أن شرط التأقيت يعتبر الاستثناء الوحيد الذي أشار إليه المشرع الجزائري، وهذا من خلال نص المادة 87 منه، التي نصت على عدم التأسيس القانوني للاعتراض الصادر من الخلف الخاص على شرط عدم القابلية للتصرف المقت الوارد على حق عيني عقاري من قبل صاحب هذا الحق المشهر مسبقا⁽⁵⁾، أمّا بخصوص التشريعات المقارنة فإن القضاء الفرنسي والمصري استقرا على عدم على عدم تصحيح شر المنع من التصرف إلا إذا كان المنع مؤقتا ولمدة معقولة⁽⁶⁾، بحيث لا يجوز أن يكون المنع من التصرف مؤبدا، لأن ذلك سيؤدي الى تجريد المالك من سلطة التصرف، التي تعتبر عنصرا جوهريا لحق الملكية⁽⁷⁾، كما ينقص من أهلية

(1) علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 181.

(2) سعد روابح، مرجع سابق، ص 82.

(3) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 167.

(4) سعد روابح، مرجع سابق، ص 81.

(5) محمود كريبوب، مرجع سابق، ص 660.

(6) نعاس بوسنة، مرجع سابق، ص 47.

(7) صارة أحميم، حنان علوش، الالتزامات السلبية المفروضة على المالك لمصلحة الغير، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، ص 46.

أدائه ويحبس العقارات والأموال عن المتداول بصفة نهائية، وهو ما يخالف مقتضيات المادة 204 من ق.م.ج، تحت طائلة بطلان الشرط مع بقاء التصرف صحيحا مرتبطا لكافة آثاره القانونية ما لم يكن الشرط هو الدافع لإبرام التصرف فيبطل قانونا كل من الشرط والتصرف طبقا لنص المادة 104 من ق.م.ج⁽¹⁾.

وكذلك لا يجوز أن تكون مدة المنع ستغرق مدة طويلة بحيث تتجاوز المدة التي دعت إليه⁽²⁾، فالمدة المعقولة قد تستغرق حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. وتقدير المدة المعقولة متروك لتقدير القاضي وهو الذي يحدد هذه المدة ويختلف تقدير كل حالة بحسب ظروفها وملامساتها، أما إذا استغرقت المدة حياة المتصرف إليه فالقضاء الفرنسي يعتبر هذه الحالة في حكم الشرط غير المقترن بمدة، أما المشرع المصري فيعتبر في هذه الحالة أن حكم الشرط مقترن بمدة المادة 02/823 من ق.م.ج⁽³⁾.

الفرع الثاني

آثار الشرط المانع من التصرف

سنتناول في هذا الفرع نقطتين، نعالج الأولى منهما الاحتجاج بالشرط تجاه الدائنين والغير، ونخصص الثانية لبيان جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف.

أولا: أثر صحة شرط المنع من التصرف بالنسبة للدائنين والغير

رأينا فيما سبق أنه من أجل صحة شرط المنع من التصرف كقيد اتفاقي على سلطة المالك في التصرف في الشيء الذي يملكه أنه يجب أن توفر فيه مجموعة من الشروط هما أن يرد المنع في وصية أو عقد، وضرورة أن تكون الغاية المراد تحقيقها من وراء ذلك الشرط مشروعة، وأن تكون مدة سريان هذا الشرط مؤقتة، وعليه فإن تحقق أو تخلف هذه الشروط تترتب عنه مجموعة من الآثار، والمتمثلة في الآثار المقررة بالنسبة لدائني المالك (أولا)، وبالنسبة للغير (ثانيا).

(1) بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 150.

(2) صارة أحميم، مرجع سابق، ص 46.

(3) علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 181.

1- أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة إلى الدائنين

إذا تضمن في وصية أو عقد شرط المنع من التصرف فلا يكون لدائني المالك الحق في التنفيذ على المال لأن التنفيذ بالضرورة يؤدي إلى التصرف في الشيء من خلال بيعه واستيفاء الديون من ثمنه⁽¹⁾، ولو أجاز هذا التنفيذ لتحايل المالك على حكم الشرط كأن يمتنع عن الوفاء بديونه ويضطر هؤلاء الدائنين إلى التنفيذ على المال وبذلك يصل المالك إلى التصرف في المال بطريق غير مباشر⁽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 جميعاً لا يحق لهم أن ينفذوا على هذا المال، أياً كانت تواريخ نشوء حقوقهم، لأن الغرض من الشرط هو أن يبقى المال في ذمة المالك حماية لمصلحة مشروعة للمشتري⁽³⁾.

ولكن عند انتهاء مدة المنع من التصرف جاز للدائنين جميعاً أن ينفذوا على المال الذي يرد عليه المنع⁽⁴⁾، هذا وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه في حالة ما إذا كان الشرط مقراً لمصلحة المالك - حماية له من طيشه وسوء تدبيره - فلا يجوز للدائنين الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف، وأن ينفذوا على المال الذي ورد عليه المنع، حتى بعد انقضاء هذه المدة⁽⁵⁾.

2- أثر الشرط المانع من التصرف بالنسبة للغير

إن التصرف الصادر من المالك على خلاف الشرط المانع يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ويستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من تقرر لمصلحته في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية الشيء أو ترتب له حق عيني على الشيء، ولا بد أن يكون الشرط المانع من التصرف الذي يتضمن تعديلاً للأحكام العادية للملكية مسجلاً وإذا لم يكن كذلك يحتج في مواجهة الغير، أما

(1) صارة أحميم، مرجع سابق، ص 49.

(2) علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 183.

(3) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 176.

(4) علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 183.

(5) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 176-177.

إذا كان المال الذي يتناوله الشرط منقولاً فقاعدة الحيازة في المنقول إذا توافرت شروطها تحمي الغير، فلا يحتج بالشرط على الغير الذي يحوز المنقول بسند صحيح وحسن النية⁽¹⁾.

ثانياً: جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف

لم يتطرق المشرع لهذا الجزاء غير أنه في بعض القوانين المقارنة نجد القانون المصري، وكذا القانون الفرنسي وضع جزاءين:

1- جزاء الشرط المانع من التصرف في القانون المصري

نصت المادة 824 من ق.م.م على أنه: "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً للأحكام السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً".

فهنا نجد أن هذه المسألة أثارت خلافاً، فمنهم من رأى أن المقصود بالبطلان هو البطلان المطلق نظراً لصراحة النص، وأنه لا اجتهاد إزاء ذلك، ومنهم من رأى أن البطلان المقصود هنا هو البطلان النسبي، نظراً لتعلق التصرف بالمصالح الخاصة، وأن طلب البطلان يقتصر على صاحب المصلحة، وسوف نعرض هذين الاتجاهين كما يلي:

أ- اتجاه البطلان المطلق

يرى أنصار هذا الاتجاه أن البطلان المقصود من النص هو البطلان المطلق، وتبرير ذلك أن عدم جواز التصرف يجعله كتصرف مخالف، باطلاً بطلانا مطلقاً، ومرد هذا البطلان إلى عدم قابلية المال للتصرف، فقد استعمل النص السالف الذكر عبارة "يقع باطلاً"، الأمر الذي يفيد أن التصرف المخالف يقع باطلاً بطلانا مطلقاً، ولو أراد أن يكون البطلان نسبياً، لكان قد استعمل تعبير قابلاً للإبطال، وأضاف البعض أن إرادة هذا التشريع هي إرادة واضحة وقاطعة في اعتبار الجزاء هو البطلان المطلق، ويترتب عليه أنه يكون للمشتري في كل الأحوال أن يطلبه إذا كان له مصلحة في ذلك، كما يمكن كذلك للمتصرف إليه أن يطلبه، كما يكون للغير أيضاً أن يطلبه، إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي له مصلحة مشروعة⁽²⁾.

ب- اتجاه البطلان النسبي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن البطلان الذي ذكر في المادة السابقة هو بطلان نسبي كونه لا يتقرر إلا لمصلحة أحد المتعاقدين، إذ أن مقتضى البطلان المطلق في نظر أصحاب

(1) علل قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 184.

(2) ليلية بعكس، مرجع سابق، ص 26.

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. فاستعمال عبارة "يقع باطلا" ما هي إلا حجية لفظية، لا تكفي لتأصيل حلول تتعارض كل التعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين، 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 إليه أيضا⁽¹⁾.

2- جزاء الشرط المانع من التصرف في القانون الفرنسي

اتجهت المحاكم الفرنسية إلى أن جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف هو بطلان التصرف الذي تم مخالفا للشرط المانع من التصرف بطلانا نسبيا ومقتضى البطلان النسبي الذي استقر عليه القضاء الفرنسي هو أن يقتصر حق طلب الإبطال على صاحب المصلحة وحده، ونجد أن محكمة النقض الفرنسية قضت أنه إذا كان صاحب المصلحة في طلب الإبطال هو المتصرف فلا يحق لدائنه مباشرة الدعوى بدلا منه⁽²⁾.

لذا يمكننا القول بأن هذا بطلان التصرف المخالف لشرط المنع في القانون المصري والفرنسي هو بطلان من نوع خاص تتحدد أحكامه وفق الغرض المقصود من الشرط وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص.

(1) منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 175.

(2) ليلية بعكل، مرجع سابق، ص 27.

المطلب الثاني

تطبيقات شرط المنع من التصرف

تتمثل تطبيقات الشرط المانع من التصرف في تطبيقين أولهما غياب تأطير التشريع لشرط عدم القابلية للتصرف في القواعد العامة في القانون المدني (الفرع الأول)، وفي مقابل اعتراف تشريعي صريح لهذا الشرط في قوانين أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شرط المنع من التصرف في القواعد العامة

أغفل المشرع الجزائري تنظيم شرط المنع من التصرف في القانون المدني، ومن الاعتبارات التي جعلت من هذا السكوت التشريعي إهمالا في تنظيم شرط المنع من التصرف، هو موقف القوانين المدنية المقارنة، وابتداءً بالقانون المدني الفرنسي فقد ضمّن المشرع الفرنسي هذا الشرط في أحكام القانون المدني في تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 71-526 المتعلق بشرط المنع من التصرف في عقود التبرع والوصية، والذي عدل أحكام المادة 900 من القانون المدني الفرنسي التي أصبحت تنص على أنه: "لا تصح شروط المنع من التصرف المقترنة بالهبات والوصايا، ما لم تكن مؤقتة وتهدف لتحقيق مصلحة جديّة"⁽¹⁾.

وكذلك نص على شرط المنع من التصرف القانون المدني المصري، وهذا بموجب المادة 823 التي نصت على الأحكام العامة لهذا الشرط، المتمثلة في مجاله وشرط صحة الباعث ومشروعيته ومحدودية مدة الشرط⁽²⁾.

غير أن السكوت التشريعي الجزائري لا يؤدي إلى إنكار إعمال الشرط المانع من التصرف، وفي هذا يرى الأستاذ بلحاج العربي أنه في مقابل عدم إيراد القانون المدني لنص ينظم شروط وأحكام شرط المنع من التصرف، فإنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون المدني، بموجب الإحالة الواردة في المادة الأولى من القانون المدني، يجعل من شرط المنع من التصرف شرطا قابلا للتطبيق ومشروعا في التشريع

⁽¹⁾code civil français- Dernière modification le 01 janvier 2022.

⁽²⁾ محمود كريبوب، مرجع سابق، ص 664.

الجزائري، وهذا استنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: "المسلمون عند شروطهم"⁽¹⁾.

وعلى الرغم من عدم التنظيم التشريعي لشرط المنع من التصرف، إلا أن هذا لم يمنع المحكمة العليا باعتبارها الجهة المخولة من الاعتراف بهذا الشرط، وقد جاء في أحد قراراتها بأنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمام الهبة على إنجاز الشرط.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الهبة لا يتضمن أي شرط للعناية بالواهب أو أي التزام نحوها من طرف الطاعن، فإن القضاة بقضائهم بإلغاء عقد الهبة عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

الفرع الثاني

شرط المنع من التصرف في القوانين الخاصة

إن السكوت التشريعي عن تنظيم شرط المنع من التصرف في القانون المدني الجزائري لم يمنع المشرع من إقراره وتبنيه في تشريع خاص يقل رتبة عن درجة القانون والأمر، ويتجلى هذا من خلال اعتماد الشرط المانع من التصرف في قواعد القانون الخاص في إطار المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وكذا في مجال العقار الفلاحي، وكذا في مجال السكنات الاجتماعية، وهو ما سنحاول توضيحه لاحقا.

أولا: في ظل المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

يعتبر أول اعتراف تشريعي بشرط المنع من التصرف وارد في المرسوم (63-76) المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وهذا بموجب المادة 87 منه التي تضمنت حكما مفاده عدم جوازية وتأسيس ادعاء وطلب الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري - سواء كان هذا الحق أصليا كحق الملكية أو تبعا كترتيب رهن حيازي، استبعاد أو رفض أو الاعتراض على العقود المبرمة بين الأحياء والتمسك بعد نفاذ الشرط المانع من

(1) محمود كربوب، مرجع سابق، ص ص 664 - 665.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم 197336، الصادر بتاريخ 1998/06/16، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 284.

التصرف في حقه، طالما تحققت أسبقية شهر العقد المتضمن الشرط على حق هذا الخلف الخاص.

كما أكد المشرع على شرط المنع من التصرف في ذات المرسوم، من خلال الإشارة إليه في النصوص المتعلقة بمهمة المحافظ العقاري في مراقبة ورفض عملية الإيداع لغرض الشهر حيث نص بموجب المادة 104 منه على أنه: "يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل هذا الأخير"⁽¹⁾.

ثانياً: في مجال العقار الفلاحي

ينص المشرع الجزائري في المرسوم رقم 62-03 المؤرخ في 23/10/1962 المتضمن تنظيم معاملات البيع الخاصة بالأراضي الشاغرة على شرط المنع من التصرف ويعتبر أول قيد على سلطة التصرف في نقل الملكية إذ تقتضي المادة الأولى منه على أنه: "تُحظر جميع التصرفات والبيوع والإجراءات الخاصة بالأماكن الشاغرة، باستثناء التي تتم لصالح المجموعات العمومية أو لجان التسيير.

كل العقود والاتفاقات المبرمة ابتداءً من فاتح جويلية 1962 في الجزائر أو خارجها خلافاً لمقتضيات هذا المرسوم تكون باطلة".

كما نصت المادة 04 من نفس المرسوم على أن: "العقود التي أبرمت في الخارج بعد الفاتح جويلية 1962 المتعلقة بإيجار أو بيع عقار (أماكن) كائنة بالجزائر تكون باطلة". فهذا المرسوم قد أدخل كل الأماكن التي يبطل بيعها ضمن الأماكن الشاغرة، وحظر كل هذه التصرفات جاء تطبيقاً لمشروع برنامج طرابلس وكان يهدف هذا المرسوم إلى وضع حد للمضاربة السائدة آنذاك في سوق التصرفات العقارية التي تسببت في الثورة الوطنية⁽²⁾.

ثالثاً: في مجال السكنات الاجتماعية

يعتبر برنامج السكن في الجزائر غني بصيغ متعددة تتعدد مسمياتها وأطرها القانونية والتنظيمية، كالسكنات الاجتماعية التي عرفها المرسوم التنفيذي رقم 08-196، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، في المادة 02 منه على أنها: "المحلات ذات الاستعمال السكني

(1) محمود كربوب، مرجع سابق، ص ص 667 - 668.

(2) علاء قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 186.

الممولة من الدولة والتي تم التنازل عنها لفائدة شاغليها الشرعيين في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269⁽¹⁾، والسكنات الاجتماعية التساهمية التي تعرف بأنها سكنات يتم إنجازها أو شراؤها عن طريق إعانة تمنحها الدولة وتسمى الإعانة للحصول على الملكية، فهي سكنات موجهة للطبقات ذات الدخل المتوسط²، والسكن الريفي المدعم باعتباره صيغة سكن انتهجتها الدولة لتقليل ظاهرة النزوح الريفي بتقديم إعانات مالية للأشخاص المقيمين في الريف وكذا السكنات المنجزة في إطار البيع بالإيجار التي دل عليها التنظيم باعتبارها صيغة جديدة تم تأسيسها سنة 2001 وهي صيغة موجهة لصالح الطبقات المتوسطة من المواطنين الذين لا يتعدى مدخلهم خمس (5) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون.

ونظرا للمضاربة والمتاجرة في السكنات والتي زادت من أزمة السكن، وأمام تقشي ظاهرة إعادة بيع السكنات الاجتماعية المتنازل عنها من طرف الدولة التي تكلف هذه الأخيرة نفقات كبيرة، ذهبت الإدارة التشريعية ولأول مرة سنة 2008 إلى أعمال تطبيق جديد لشرط المنع من التصرف³، وهذا بموجب المادة 57 من القانون 07-12 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2008 التي جاء فيها: "إن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والمتنازل عليها لشاغليها طبقا للتشريع الساري المفعول وكذا السكنات المستفيدة من الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك، لا يمكن التنازل عنها من طرف مالكيها خلال مدة يجب أن لا تقل عن عشر (10) سنوات، باستثناء حالة وفاة المالك وضرورة توزيع التركة"⁴.

وتطبيقا لهذه الأحكام صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-196، الذي يحدد شروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، حيث تنص المادة 06 من هذا المرسوم على أنه: " يجب أن تتضمن

(1) المرسوم التنفيذي رقم 08/196، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، المؤرخ في 06/07/2008، ج.ر، ع 38، المؤرخة في 09/07/2008.

(2) جمال بوشنافة، الشرط المنع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة، مجلة حوليات جامعة بشار، الصادرة عن جامعة طاهري محمد بيشار، الجزائر، مج 11، ع 11، 2011، ص 133.

(3) محمود كربوب، مرجع سابق، ص 668.

(4) القانون رقم 12/07، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، ج.ر، ع 82، المؤرخة في

العقود التوثيقية التي تعد بعد تاريخ 31 ديسمبر سنة 2007 والتي تخص التنازل عن السكنات التي تدخل ضمن إحدى الفئات المنصوص عليها في المادة 05 أعلاه، بنذا بعدم إعادة التنازل لمدة عشر (10) سنوات، مهما كان تاريخ التسديد الكلي أو الجزئي، لسعر التنازل⁽¹⁾.

وبموجب قانون المالية لسنة 2012 خفض المشرع من مدة شرط المنع من التصرف ليتقرر للمالك المستفيد من السكنات الاجتماعية التساهمية المسماة السكنات الترقية المدعمة وكذا كل السكنات التي استفادت من دعم الدولة، التصرف فيها بانقضاء خمس (05) سنوات تحتسب من تاريخ إعداد عقود التنازل⁽²⁾.

لكن وعلى عكس النصوص السابقة، فإن المشرع في آخر تعديل للمادة 57 من القانون رقم 07-12 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2008، بموجب المادة 36 من القانون رقم 18-18 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2019، نص على عدم قابلية التنازل لمدة سنتين (02) عن السكنات، سواء الممولة من طرف الدولة، أو التي استفادت من إعانة الدولة لاكتساب الملكية، غير أنه استثنى من ذلك السكنات الترقية المدعمة، والسكنات في إطار صيغة البيع بالإيجار، التي يمكن التنازل عنها قبل انقضاء هذه المدة، شريطة إرجاع مبلغ الإعانة المالية المباشرة إلى الخزينة العمومية، وعليه فقد اعتبر المشرع هذه الأخير من السكنات المدعمة، غير أنه لم ينص على صيغة السكن الريفي⁽³⁾.

وبخصوص احتساب مدة السنتين (02) أصدرت وزارة المالية تعليمتين وزاريتين، حددت بموجب التعليم الأولى المؤرخة في 05 فيفري 2019 المرجعية في احتساب المدة، ففيما يخص السكنات الترقية المدعمة وسكنات البيع بالإيجار، يُبتدأ في احتساب مدة السنتين (02) من تاريخ إعداد العقود التوثيقية المتضمنة بند عدم القابلية للتنازل، ومن تاريخ إعداد العقد الإداري من طرف مصالح أملاك الدولة بالنسبة للسكنات العمومية الإيجارية.

كما أشارت الوزارة الوصية إلى أن تخفيض المدة من عشرة (10) سنوات أو من خمسة (05) سنوات المقررة بموجب المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 المعدلة، إلى سنتين

(1) سهيلة تواتي، الشرط المانع من التصرف كقيد على ملكية السكنات ذات الطابع الاجتماعي، مجلة القانون والمجتمع،

مج09، ع 02، الصادرة عن جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، 2021، ص ص 184-185.

(2) محمود كربوب، مرجع سابق، ص 669.

(3) سهيلة تواتي، مرجع سابق، ص 187.

(02) سواء تعلق الأمر بالسكنات الاجتماعية التساهمية أو السكنات الترقية أو سكنات البيع بالإيجار أو السكنات العمومية الإيجارية، تكون بقوة القانون دون حاجة لتعديل العقود التوثيقية المتضمنة بند عدم القابلية للتصرف مع إلزام المحافظين العقاريين بعدم الاعتراض على عقود التصرف المبرمة بعد مرور سنتين (02).

بينما استدركت ذات الوزارة في تعليمة لاحقة، التاريخ واجب الاعتداد به في حساب مدة البند المتعلقة بعدم القابلية للتصرف والتنازل بالنسبة للسكنات الترقية المدعمة (LPA) محل عقد البيع على التصاميم، وهو سنتين (02) تسري من تاريخ إعداد محضر معاينة الحياة الفعلية وتسليم البناية، وليس من تاريخ إعداد عقد البيع على التصاميم⁽¹⁾.

(1) محمود كريوب، مرجع سابق، ص 669.

ملخص الفصل الثاني

من خلال هذا الفصل توصلنا أن للمالك في التصرف تعد أهم عنصر من عناصر الملكية، وتميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، بأن للمالك وحده سلطة التصرف المادي في الشيء الذي يملكه، وله وحده سلطة التصرف القانوني في ربة الشيء، وهذه السلطة لا تكون إلا للمالك.

فالتصرف إذن لا ينفصل عن الملكية والمالك ما دام مالكا لا يفقد سلطة التصرف، غير أنه هناك حالات استثنائية تقيد فيها سلطة المالك في التصرف أو يحرم من هذه السلطة بصفة مؤقتة وذلك بمقتضى نص في القانون (الشفعة المدنية)، أو بموجب قيود إدارية (شرط المنع من التصرف).

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة التي تمحورت حول موضوع القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية المقررة للمصلحة الخاصة توصلنا إلى أن الملكية تعتبر من أهم الحقوق العينية التي تعطي سلطة مباشرة للمالك على الشيء ونظرا لاتساع سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف على ما يملك أورد المشرع على هذه السلطات قيودا مختلفة، ورغم القيود التي حاول المشرع الجزائري وضعها على الملكية العقارية لحماية المصلحة الخاصة للغير إلا أنها تبقى غير فعالة نتيجة لبعض النقائص.

ولقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج نذكرها على النحو التالي:

أولاً: فيما يخصّ حالة مضار الجوار غير المألوفة نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل فيها كما يجب، بحيث وجدنا مادّة واحدة تعالج هذا الموضوع مما أنتج الكثير من اللبس والغموض، ومثال على ذلك عدم تعريفه لمضار الجوار غير المألوفة بالإضافة إلى أنّه ترك مسألة تقدير مضار الجوار عالقة لأنّ المعايير التي حدّدها في المادة 691 من ق.م.ج غير كافية، ونجد أن السلطة التقديرية في تحديدها ترجع دائما للقاضي.

ثانياً: لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حق المجرى وحق الصرف في أحكام القانون المدني، بل أحالها لقانون المياه.

ثالثاً: إن قيد المرور لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام، أو من كان له ممر غير كاف للمرور لأرضه، في أن يكون له ممر كاف لاستعمالها واستغلالها، في الأراضي الملاصقة أو غيرها، للوصول إلى الطريق العام، وذلك مقابل دفع تعويض لجبر الأضرار التي أحدثها لملاكها، شرط ألا يكون هو المتسبب في حصر أرضه، وذلك بعمل مادي أو تصرف قانوني، ولقد رجح المشرع الجزائري مصلحة الغير المستفيد من الممر القانوني وعلى مصلحة المالك الذي يتحمل قيودا خطيرا، ففي حالة زوال الحصر واكتساب صاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام الممر القانوني بالتقادم المكسب يتحول حق المرور القانوني لحق الارتفاق عند مرور 15 سنة حتى وإن زالت أسباب الحصر، كذلك تجاهل المشرع مصلحة المالك لأنّه بموجب المادة 701 من ق.م.ج بحيث لا يعرض صاحب الأرض قبلها ويجوز تعويضه على دفعات، كما أنّ حقه في التعويض إذا لم يطالب به خلال 15 سنة يسقط حتى ولو زالت أسباب الحصر.

رابعاً: أجاز المشرع من خلال نص المادة 703 من ق.م.ج إجبار المالك لجاره على وضع معالم الحدود بين أملاكهما المتلاصقة، وذلك تقادياً لما يقع مستقبلاً من منازعات على الحدود، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

خامساً: لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه في حالة انهياره، أو لأسباب أخرى، بين الشركاء كل حسب نسبة حصته في هذا الجدار، وللشريك الذي تكون له مصلحة جدية في التعلية أن يعلي الحائط المشترك بشرط عدم الإضرار ضراراً غير مألوف بشريكه، وإذا تمت تعلية الحائط المشترك من طرف أحد الشركاء، جاز للشريك الآخر أن يكون شريكاً في الجزء المعلى شرط دفع نصف نفقات التعلية، غير أنه ليس لمالك الحائط الحق في هدمه مختاراً دون عذر قوي، إذا كان هذا الهدم يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد العذر القوي.

سادساً: وفيما يخص المطلات والمناور، فقد قيد المشرع الجزائري من حرية فتح المطل وأوجب ترك مسافة مترين عن الخط الفاصل بين قطعتي الأرض المتلاصقتين، هذا إذا كان المطل مواجهاً، أما في المطلات المنحرفة فمن أراد فتح مطل منحرف على جاره، يجب ترك مسافة 60 سنتيمتر تحسب من حرف النافذة إلى الخط الفاصل بين العقارين، أما فيما يخص المناور، فإن القيد الوحيد هو ارتفاع مترين من أرضية الغرفة التي يراد إنارتها وهو ارتفاع بعلو قامة الإنسان المعتاد ويستطيع المالك أن يفتح ما يشاء من المناور على طول بنائه على حدود ملكية الجار طالما الغاية منها الإنارة ودخول الهواء للغرفة.

سابعاً: اعتبر المشرع الجزائري الشفعة بأنها رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في عقد البيع، وهذا ما نجده صراحة في نص المادة 794 من ق.م.ج، ويخول المركز القانوني الذي يثبت للشفيع انتزاع المال المشفوع فيه جبراً عن المشتري وذلك رعاية لمصلحة أخرى أولى بالاعتبار وهي مصلحة مالك الرقبة أو الشريك، أو صاحب حق الانتفاع، أو مصلحة الجار.

ثامناً: أهمل المشرع الجزائري قيد يعد من أهم القيود وهو القيد الاتفاقي، بحيث يمنع فيه شرط التصرف للمالك، وهو قيد يهدف إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين أو مصلحة الغير ولا يكون هذا الشرط صحيحاً إلا بتوافر شروط حددتها بعض القوانين، وهي أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع وأن يقتصر المنع على مدة معقولة، وأن يرد الشرط في التصرف الذي تملك به المالك. وفي الأخير يمكننا أن نذكر بعض الاقتراحات نوجزها فيما يلي:

أولاً: كان على المشرع الجزائري أن يقوم بتقييد المستفيد من حق المرور القانوني على الأراضي المحصورة بإضافة جملة في نص المادة 693 من ق.م.ج وهي "أن يكون حق المرور القانوني مخصص لسلطة الاستعمال والاستغلال فقط"، حتى لا يتمادى المستفيد من حق المرور القانوني إلى سلطة التصرف، وذلك بإلغاء نص المادة 699 من ق.م.ج والتي يكتسب بموجبها المستفيد الممر القانوني بالتقادم المكسب عند مرور خمسة عشرة سنة حتى زوال الحصر، وكذلك مراعاة للمصلحة الخاصة يجب ألا يسقط الحق في التعويض إذا سكت عنه صاحب الحق لمدة خمسة عشرة سنة مادام الحصر قائماً.

ثانياً: نوصي تصحيح نص المادة 711 من ق.م.ج في النص العربي رغم أنه صحيح في النص الفرنسي، وذلك بوضع كلمة تشترط بدل تشترك التي لا معنى لها في هذا النص، ويصبح نصها ما يلي: " لا تُشترط أية مسافة لفتح المناور، التي تقام من ارتفاع مترين من أرضية الغرفة التي يراد إنارتها، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور".

ثالثاً: كما نقترح إدراج المشرع الجزائري لنص خاص بحق الشرب، والمجرى، والصرف ضمن نصوص القانون المدني، أو تعديل أحكام المادة 692 من ق.م.ج، وإدماج حقوق الانتفاع بالمياه بنصوص صريحة كقيود على الملكية العقارية الخاصة نظراً لاعتباره من أهم صور استعمال واستغلال موارد المياه.

رابعاً: كما يتوجب على المشرع الجزائري إدراج نصوص قانونية واضحة حول موضوع الشرط المانع من التصرف، وأحسن موضع له ضمن القسم الثالث المعنون بـ "القيود التي تلحق حق الملكية" من الفصل الأول المعنون بـ "حق الملكية بوجه عام" من الكتاب الثالث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية".



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

(1) القرآن الكريم

(2) ابن المنظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، د.س.ن.

(3) النصوص التشريعية

أ- القوانين

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1684/06/09، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، العدد 24، المؤرخة في 1984/06/09، المعدل والمتمم.

- القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1684/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، العدد 15، المؤرخة في 2005/02/27.

- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/09/04، المتعلق بالمياه، ج.ر، العدد 60، المؤرخة في 2005/09/04، المعدل والمتمم.

- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد 31، المؤرخة في 2007/05/13.

- القانون رقم 12/07، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، ج.ر، العدد 82، المؤرخة في 31 /12/ 2007.

- code civil français- Dernière modification le 01 janvier 2022.

ب- الأوامر

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

(4) النصوص التنظيمية (مراسيم)

- المرسوم التنفيذي رقم 196/08، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، المؤرخ في 2008 /07/ 06، ج.ر، العدد 38، المؤرخة في 2008 /07/ 09.

(5) الأحكام والقرارات القضائية

- المحكمة العليا، القرار رقم 197336، الصادر بتاريخ 1998/06/16، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القرار رقم 443620، المؤرخ في 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، الجزائر، 2008.

- المحكمة العليا، القرار رقم 90943، المؤرخ في 16/06/1992، المجلة القضائية، قسم
المستندات والنشر، العدد 01، الجزائر، 1995.

ثانيا: المراجع

1) الكتب

- أحمد خالدي، حق الملكية- القيود الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، دار هومة،
الجزائر، 2018.
- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية،
الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات
القضائية المشهورة للمحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2016.
- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني -الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها،
منشأة المعارف، مصر، 1998.
- رشيد شمشيم، التّعسف في استعمال الملكية العقارية "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي
والشريعة الإسلامية"، دار الخلدونية، الجزائر، 2019.
- زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (كتاب مدعم بالفقه الاسلامي)، دار بلقيس،
الجزائر.
- عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار العلوم، الجزائر،
2004.
- عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.
- محمد لعشاش، قيود الملكية العقارية-قيود الجوار- "مدعم بالقرارات القضائية"، دار الخلدونية،
الجزائر، 2020.
- منى مقلاتي، قيود الملكية العقارية في التشريع الجزائري المقارن (دراسة في التشريعات
المقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2019، ص25.
- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية-أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، مصر،
2001.

2) المقالات:

- أسماء سعيدان، القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزء 04، العدد 33، 2019.
- جمال بوشنافة، الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة، مجلة حوليات جامعة بشار، الصادرة عن جامعة طاهري محمد ببيشار، الجزائر، المجلد 11، العدد 11، 2011.
- سارة شيبات، القيود الواردة على الملكية العقارية والمتعلقة بالموارد المائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي، الجزائر، 2017/01/01.
- سامية بودقزدام، ربيحة إغاث، الارتفاقات المرتبطة باستعمال الموارد المائية -دراسة فقهية قانونية تحليلية، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 02، المركز الجامعي ببيركة، الجزائر 2021/01/10.
- سهيلة تواتي، الشرط المانع من التصرف كقيد على ملكية السكنات ذات الطابع الاجتماعي، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 09، العدد 02، الصادرة عن جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، 2021.
- محمد عقوني، حق الشفعة الثابت للشريك المشاع في عقار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، 2018.
- محمد لعشاش، حميد محديد، "أحكام وضع الحدود، وأحكام الحائط الفاصل في القانون الجزائري"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 03، المركز الجامعي ببيركة، الجزائر، 2021/12/29.
- محمد ولد خصال، قيود الملكية العقارية الخاصة - قيد حق المرور لمالك الأرض المحصورة، مجلة معارف، المجلد 10، العدد 19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، بالبويرة، الجزائر، 2015/12/01.
- محمد ولد خصال، قيود الملكية العقارية الخاصة- قيد المطلات والمناور وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، 2018/06/01.

- محمود كريبوب، شرط المنع من التصرف - دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زيانة بغيليزان، الجزائر، 2021.

- موسى سالمى، شروط تقرير حق المرور على الأملاك المجاورة في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي، الجزائر، 2017/06/01.

3) الرسائل الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

- أحمد رضا صنوبر، الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2016/2015.

- راضية بن زكري، القيود المدنية والإدارية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الحاج لخضر بياتنة، الجزائر، 2019/2018.

- علاء قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2014/2013.

- عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بياتنة، الجزائر، 2013/2012.

- فضيلة بوليلة، مضار الجوار غير المألوفة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019/2018.

- منى مقلاتي، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر بياتنة، الجزائر، 2015/2014.

- الهادي سليمي، المسؤولية الناجمة عن مضار الجوار غير المألوفة - دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2017/2016.

ب- رسائل الماجستير

- سارة بولقواس، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، الجزائر، 2014/2013.
- سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2014/02/27.
- سعد روابح، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص حقوق الإنسان والحيات العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، بورقلة، الجزائر.
- سميحة حنان خوادجية، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، الجزائر، 2008/2007.
- علال قاشي، الملكية العقارية الخاصة وقيودها المقررة للمصلحة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، الجزائر، 2000/1999.
- محمد ولد خصال، قيود الجوار على الأملاك الخاصة المتلاصقة في ضوء الأعمال القضائية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.
- هادية مصباح، تمييز ارتفاق المرور عن حق المرور، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017/2016.

ج- مذكرات الماستر

- أحلام نوري، مريم عبدوني، مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، بقالمة، الجزائر، 2018/2017.
- أحمد أمين ولهي، حق المرور كقيد على الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة زيان عاشور بالحلقة، الجزائر، 2015/2014.

- إيمان حمادي، وفاء بوسيس، الشفعة كمصدر من مصادر الحقوق العينية الأصلية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحي، بجيجل، الجزائر، 2018/2017.
- جهيدة أبركان، سارة آيت أعراب، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2015/2014.
- خالد طالب، القيود القانونية الواردة على حق الملكية في العقار الفلاحي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2015 /2014.
- دحمان بو عبدلي، التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2017/2016.
- رميصاء بوعلي، المسؤولية المدنية المترتبة عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، 2017/2016.
- زوليخة رايح، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، 2021/2020.
- زوبينة عجمي، حياة عماري، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2020 /2019.
- سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، 2013.
- سماح شيبات، التعسف في استعمال الحق في إطار الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، 2017/2016.
- صارة أحميم، حنان علواش، الالتزامات السلبية المفروضة على المالك لمصلحة الغير، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر.

- الصديق جمال، نور الدين نش، أحكام الشفّعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2021/2020.
- عبد الحفيظ قرادي، القيود القانونية الواردة على العقار الفلاحي، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2022/2021.
- عبد الكريم متوي، أمحمد معزوز، القيود التي تلحق حق الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتيسمسيلت، الجزائر، 2017/2016.
- غانية مخلوط، نوال محمودي، القيود القانونية الواردة على حق الملكية العقارية للمصلحة الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، 2013/2012.
- فاطيمة أحمد علي، سالية محجوب، قيد مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، بنيتزي وزو، الجزائر، 2018.
- فاطيمة الزهراء بوقرة، مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، 2016.
- فتيحة ربيع، شريفة قدوح، النظام القانوني للشفّعة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بيجاية، الجزائر، 2013/2012.
- فريدة قوارة، شيماء علالي، حق الشفّعة المدنية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي بأم البواقي، الجزائر، 2021/2020.
- كريمة سولمية، حق المرور كقيد من القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي بأم البواقي، الجزائر، 2019/2018.

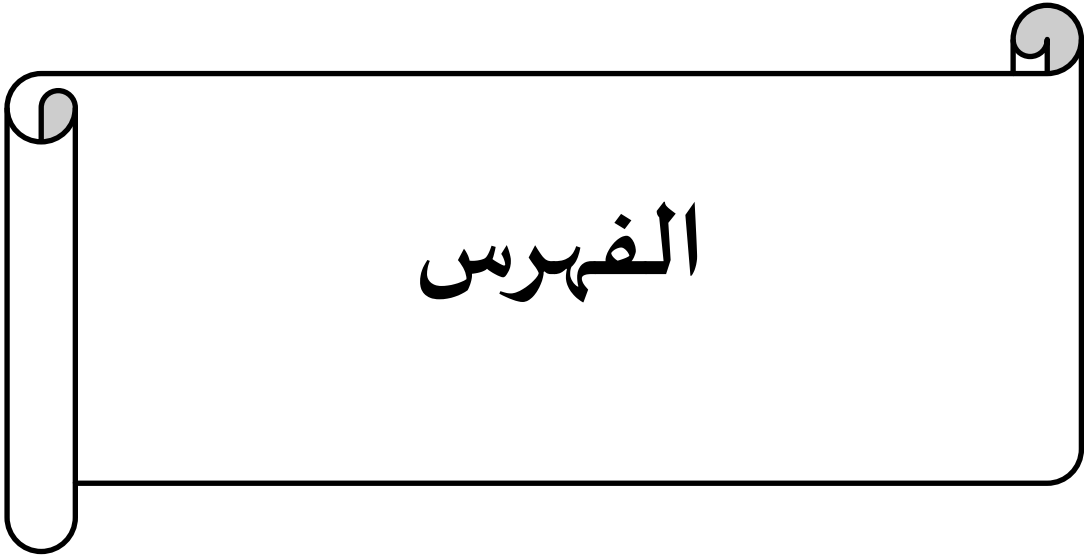
- لحسن قويدرات، عصام بن الصغير، الحقوق العقارية بين الشفعة وحق الاسترداد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص التهيئة والتعمير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي ببرج بوعريبيج، الجزائر، 2022/2021.
- لويذة رقاد، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتيسمسيلت، الجزائر، 2018/2017.
- ليلية بعك، كاتية مالا، تقييد الملكية العقارية الخاصة لدواعي المصلحة الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، بتيزي وزو، الجزائر، د.ت.ن.
- محمد علال، رفيق محمودي، القيود الواردة على الملكية العقارية المتعلقة بالموارد المائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّة لخضر بالوادي، الجزائر، 2018/2017.
- محمد قادري، القيود الواردة على حق الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، الملحقة الجامعية السوقر، جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، 2020/2019.
- معمر براهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم، الجزائر، 2018/2017.
- نسيمة عمروز، مرابطين مليكة، الشفعة المدنية والإدارية في الأراضي الفلاحية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2018/2017.
- نعاس بوسنة، ابراهيم مولاي قوريدة، تنظيم ممارسة حق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2015-2016.
- نفيسة قاسي، كريم بلغربي، نظرية مضار الجوار غير المألوفة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، الجزائر، 2017/2016.

4) الملتقيات والايام الدراسية

- عبد الرحمن لحرش وآخرون، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 بقالة، الجزائر، يومي 25 و26 سبتمبر 2013.

5) المراجع الإلكترونية

<https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura13-aya4.html>



.....	بسملة
.....	الإهداء
.....	شكر وتقدير
.....	قائمة المختصرات
.....	مقدمة
.....	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
.....	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
7	المبحث الأول: القيود الخاصة بالاستغلال
7	المطلب الأول: قيد عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة
8	الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة
14	الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة
16	الفرع الثالث: إثبات التعسف في استعمال الحق وجزاءه
18	المطلب الثاني: قيد مضار الجوار غير المألوفة
18	الفرع الأول: مفهوم مضار الجوار غير المألوفة
24	الفرع الثاني: مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة
27	المبحث الثاني: القيود الخاصة بالاستعمال
27	المطلب الأول: القيود القانونية الخاصة بموارد المياه
28	الفرع الأول: حق المجرى
32	الفرع الثاني: حق المسيل
34	المطلب الثاني: قيد حق المرور وقيود التلاصق
35	الفرع الأول: تقييد المالك بإعطاء جاره حق المرور القانوني
52	ملخص الفصل الأول
.....	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
.....	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
55	المبحث الأول: الشفعة المدنية كقيد على سلطة التصرف
55	المطلب الأول: مفهوم الشفعة
55	الفرع الأول: تعريف الشفعة
58	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة باعتبارها قيد على حق الملكية
60	المطلب الثاني: شروط الأخذ بالشفعة
60	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بشخص الشفيع
65	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتصرف المشفوع فيه

67	الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه
69	المبحث الثاني: الشرط الاتفاقي المانع من التصرف
69	المطلب الأول: أحكام شرط المانع من التصرف
70	الفرع الأول: مشروعية شرط المانع من التصرف
75	الفرع الثاني: أثر صحة شرط المانع من التصرف
79	المطلب الثاني: تطبيقات شرط المانع من التصرف
79	الفرع الأول: شرط المانع من التصرف في القواعد العامة
80	الفرع الثاني: شرط المانع من التصرف في القوانين الخاصة
85	ملخص الفصل الثاني
87	الخاتمة
	قائمة المصادر والمراجع
	فهرس
	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
	خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.

ملخص المذكرة

يعتبر حق الملكية من الحقوق المعترف بها للشخص والذي هو حق عيني أصلي يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء ويعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق نطاقاً، وهو حق عيني يرد على شيء معين بذاته بحيث يتميز بخصائص ينفرد فيها عن باقي الحقوق. غير أن هذه السلطات غير مطلقة وهناك قيود تحد من سلطات المالك على ملكه وهذا هو محل دراستنا الذي وضحنا من خلالها القيود القانونية الواردة على حق الملكية العقارية للمصلحة الخاصة.

الكلمات المفتاحية:

التعسف في استعمال الحق - الشفعة المدنية - الشرط المانع من التصرف

Thesis Summary:

The property right is one of the recognized rights of the person, which is an original real right that gives its owner direct authority over the thing. The property right is considered one of the broadest rights in scope.

However, these powers are not absolute, and there are restrictions that limit the powers of the owner over his property, and this is the subject of our study, through which we clarified the legal restrictions on the right of real estate ownership for private interest.

Key words:

Arbitrariness in the use of the right - Civil primacy-the condition preventing from acting