



جامعة باتنة 1 – الحاج لخضر  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



القيود المدنية والإدارية  
الواردة على الملكية العقارية  
في التشريع الجزائري والمقارن

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق  
تخصص: قانون عقاري

إشراف الأستاذة الدكتورة:  
فريدة مزباني

إعداد الطالبة  
بن زكري راضية

لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب      | الدرجة العلمية       | الجامعة الأصلية  | الصفة        |
|-------------------|----------------------|------------------|--------------|
| عبد الوهاب مخلوفي | أستاذ التعليم العالي | جامعة باتنة 1    | رئيسا        |
| فريدة مزباني      | أستاذ التعليم العالي | جامعة باتنة 1    | مشرفا ومقررا |
| ابراهيم مالوي     | أستاذ التعليم العالي | جامعة أم البواقي | عضوا مناقشا  |
| جازية لشهب صاش    | أستاذ التعليم العالي | جامعة سطيف 2     | عضوا مناقشا  |
| أمال بوهنتال      | أستاذ محاضر-أ        | جامعة باتنة 1    | عضوا مناقشا  |
| بدر لعمور         | أستاذ محاضر-أ        | جامعة بسكرة      | عضوا مناقشا  |

السنة الجامعية: 2018-2019

# شكر وتقدير

أتقدم بعبارات التقدير والاحترام والعرفان للأستاذة الدكتورة فريدة مزياني التي قبلت الإشراف على عملي، وأكرمتني بالكثير من صبرها دعماً لي في إنجاز هذا البحث.

وكما أقدم شكري لكل من دعمني من قريب أو من بعيد.

# إهداء

إلى البسطاء مثلي

إلى قررة عيني وعزوتي وسندي أبواي العزيزين

إلى رفقاء دربي أخواتي وإخوتي

إلى الأحبة الذين فارقوا الحياة دون إشعار مسبق بالفراق

## قائمة أهم المختصرات

|                                  |         |
|----------------------------------|---------|
| القانون المدني الجزائري          | ق م ج   |
| القانون المدني المصري            | ق م م   |
| مجلة الحقوق العينية التونسية     | م ح ع ت |
| مجلة الالتزامات والعقود التونسية | م ا ع ت |
| مدونة الحقوق العينية المغربية    | م ح ع م |
| الجريدة الرسمية الجزائرية        | ج ر ج   |
| الجريدة الرسمية المصرية          | ج ر م   |
| الرائد الرسمي التونسي            | ر ر ت   |

## Principales Abréviations

|             |   |
|-------------|---|
| <b>CCF</b>  | Code civil français                         |
| <b>CEF</b>  | Code de l'énergie français                  |
| <b>CUF</b>  | Code de l'urbanisme français                |
| <b>PLU</b>  | Plan local d'urbanisme                      |
| <b>JORF</b> | Journal officiel de la république française |

مقدمة

يعد العقار من أهم القطاعات الحيوية التي تحظى بالأولوية لدى الأفراد والدولة، نظرا لمساهمة في إشباع الاحتياجات الفردية، وركيزة أساسية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ذلك أن تطور كل دولة بما تملكه من عقارات، مما استدعى لتدخل التشريعات الحديثة لتنظيم الإطار القانوني له.

وقد عرفت الملكية العقارية الخاصة خلال العقود الماضية المتتابعة تحولا جذريا حولها من حق جامع مانع، ومطلق بذاته إلى وسيلة لتحقيق وظيفة اجتماعية، فجدوى هذه الملكية تكمن في مدى اسهامها في الحد من سلطات مالك العقار في استعمال واستغلال والتصرف في ملكيته بغية المساهمة في رعاية المصلحة العامة، رغم ما يعتري هذه المساهمة من نزاعات قضائية متعددة، أفرزتها النتائج السلبية المقررة عليها من القيود الواردة عليها، سواء كانت مدنية أو إدارية.

وإذا كان الأصل في جميع دساتير العالم هو حماية حق الملكية العقارية الخاصة، فإن مقتضيات تقييدها تفرض بالمقابل إيجاد آليات قانونية تكفل تعويض المالك نتيجة حرمانه من سلطاته الجوهرية، هذه الأخيرة تطورت غايتها وشروط ممارستها، وكان نتيجة هذا التطور الاعتراف بنسبية حق الملكية العقارية الخاصة، وتدرجها لمعيار مرن يتوافق والمصلحة العامة المفروضة عليها، وبالتالي فإن فرض هذه القيود يمثل مبررا شرعيا للمساس بهذا الحق المضمون دستوريا، والذي يخول لمالك العقار أن يستعمل حقه شرط عدم مخالفته للقانون.

وتكمن أهمية وضع القيود على حق الملكية العقارية الخاصة في إمكانية ممارسته بصورة صحيحة لا تؤدي إلى الإضرار بالغير، وبما يحقق المصلحة الخاصة للأفراد والمصلحة العامة للمجتمع، إذ أن تقرير حق الملكية العقارية في أي دولة لا يعني إطلاقه دون حدود وقيود، لأن الفرد عند ممارسته لهذا الحق لا ينفصل عن المجتمع الذي يعيش فيه مع غيره، ولا عند السلطة التي تحكمه، فممارسته لا ينبغي أن تكون على حساب حقوق الآخرين وحررياتهم، ومن أجل إيجاد التوازن لذلك، لا بد من إخضاع هذا الحق بقيد، لأنه بمنزلة وظيفة اجتماعية تحقق منفعة للمجتمع، وليست امتيازات مقررة لأفراد بعينهم، لكن الاعتراف بفرض قيود على الملكية لا يعني أن تكون بغير مدى معين، لأن ذلك يؤدي إلى مصادرتها، وتحديد المدى الذي يمكن في إطاره فرض القيود يعد من أكثر المسائل المثارة للجدل بين الفقهاء لصعوبة وضع معيار موضوعي يسهل به تحديد مقدار الانتقاص الذي يصيب هذا الحق.

واقصر مجال الدراسة على الملكية العقارية الخاصة، باعتبار أن المشرع الجزائري وكل التشريعات المقارنة اعتمدت مصطلح قيود الملكية دون تحديد أو ضبط لنطاقها، ولكن يقصد بها الملكية العقارية الخاصة، لأن الأملاك العامة للدولة لا يمكن أن تكون محلا للقيود، وكما اقتضت المقارنة على التشريع الفرنسي، المصري، وكذا التشريع التونسي والمغربي؛ نتيجة لانعدام دراسة مقارنة مغاربية في موضوع البحث، والعامل المشترك لاختيار هذه التشريعات كلها لتكون محل مقارنة هو تشابه نظامها القانوني مع النظام القانوني الجزائري، مما يسهل معرفة نظامها وأحكامها في مجال هذه القيود، وإيجاد

مكامن التشابه والاختلاف بينها، وكذا محاولة ربط النصوص القانونية بالأراء الفقهية والاجتهادات القضائية لمختلف هاته التشريعات.

وكما تم الاستناد إلى التأسيس الموضوعي لأحكام الشريعة الإسلامية؛ التي تعد أول مصدر تاريخي يفصل مقتضيات هذه القيود الواردة على الملكية بشكل عام.

وتكمن أهمية الموضوع في جانبين علمي وعملي:

فمن الجانب العلمي، تحاول الدراسة البحث في المفاهيم والأحكام القانونية، من خلال استقراء السياسة العقارية لكل التشريعات المقارنة لاستخلاص جوهرها وأبعادها في تناول اشكالات القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وكيفية ايجادها لآليات مناسبة لتعويض المالك، ومعرفة خلفيتها التاريخية وطبيعة نظامها والاستفادة منها، فالتعمق في أحكام الشريعة الإسلامية، والأصول النظرية للتشريع الفرنسي، أعطى للتشريعات المقارنة أبعادا حديثة للاستفادة بها في مواكبة التطورات القانونية، وضمان الحفاظ على الحريات الأساسية للأفراد في حقهم التمتع بملكياتهم دون تعسف.

وأما أهمية الجانب العملي فتكمن في الأهمية البالغة للملكية العقارية الخاصة، ومدى تحقيقها لمصالح الأفراد في زيادة وعائهم العقاري، ومن جهة أخرى تعد هذه الملكية الأرضية الأساسية للتنمية الاقتصادية، باعتبارها هدف كل المشاريع العمومية في مختلف المجالات، وذلك من خلال توفير الأوعية العقارية الضرورية لإحداث البنى التحتية المهيكلة للمرافق العامة، مما يجعل وضع قيود على الملكية العقارية طريقا لتحقيق هذه الأهمية، التي تصبو دوما للصالح العام، كما أن العقار هو آلية أساسية لضمان حق الأفراد في السكن، فيساهم في الحركة التنموية بقيود عمرانية تحفظ المظهر الجمالي للمجال الحضري للمدن عن طريق سياسة تخطيطية تبيح ضبط الاطلاق في الحق لتقييد اجرائي منظم.

وتبدو أهمية الدراسة المقارنة في عدة اعتبارات عملية، لإسهامها في إثراء معلومات المتخصصين في القانون العقاري وايجاد وسيلة جادة للإصلاح التشريعي، من خلال إبراز وكشف عيوب وثغرات القوانين، والتوصل لموقف القانون الأوفق في التعامل مع قيود الملكية العقارية الخاصة، وعليه تكون الدراسة سببا في تعديل التشريعات، وايجاد آليات جديدة لحل النزاعات القضائية واستقراء الاجتهادات القضائية التأصيلية والعمل على خطاها، لتؤدي بالنتيجة لفهم عميق للقانون الوطني، ومدى فعاليته وكفاية أحكامه من عدمها، ونقد نصوصه بالنظر للقوانين المقارنة.

وتتحصر أسباب اختيار موضوع البحث بين ما هو ذاتي وموضوعي فيما يلي:

**أسباب ذاتية:**

يعد وجود علاقات تفاعلية بين البشر من ضرورات الحياة والتواصل بينهم، وهذا النمط من العلاقات الإنسانية يخضع لالتزامات مختلفة، تفرض مبدأ الحفاظ على الحقوق، والحريات والسعي إلى

إشباع الاحتياجات الفردية الخاصة دون الإضرار بمصالح الغير، ومقابل ذلك هناك متطلبات لازمة للإدارة لضمان المصلحة العامة، تتطلب الحد والتقييد من المصلحة الخاصة كموجهات لمواجهة المستويات المتغيرة للتطور القانوني ضمن تحقيق المنفعة العامة، ورؤية إقرار العدل والمساواة مع مراعاة المبادئ الدستورية، لكن هاتان المصلحتان المختلفتان أدت إلى وجود نزاعات مزدوجة بين الأفراد والإدارة والأفراد فيما بينهم.

ومن ثمة تعود أسباب اختيار موضوع البحث إلى تعدد النزاعات اليومية الناتجة عن قيود الملكية العقارية الخاصة، وعدم إيجاد حلول ناجعة للحد منها، بسبب عدم التوازن بين المصلحة العامة والخاصة، وكذا غياب ثقافة قانونية في المجال العقاري لمعظم الأفراد، وعدم معرفتهم لحقوقهم وحررياتهم، ونتيجة أيضا لعدم وجود اجتهادات قضائية فعالة في الفصل في المنازعات المرفوعة أمام القضاء.

#### أسباب موضوعية:

- وجود الكثير من قيود البحث بحاجة إلى التأسيس القانوني، خاصة القيود الإدارية، فلا توجد لها أحكام ونصوص قانونية تكيفها على أساس أنها قيد وارد على الملكية.

- أهمية القيود الواردة على الملكية العقارية وتأثيرها على سلطات المالك، والتناقض الموجود في فهم مبررات المنفعة العامة، ترك المجال واسعا للإدارة حتى تتعسف في حق الأفراد وتنتهك ملكيتهم، مما نتج عنه نزاعات قضائية متشعبة.

- قلة الدراسات الأكاديمية المتخصصة، التي تطرقت لهذا الموضوع برؤية قانونية مركزة، تضمن الوضوح والشمولية لنطاق القيد وعلاقته بحق الملكية العقارية الخاصة.

#### وتتمثل أهداف البحث في النقاط التالية:

- بناء رؤية واضحة عن القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري والتشريعات محل البحث.

- بيان التأسيس التاريخي والقانوني لهذه القيود المقررة سواء للمصلحة الخاصة أو العامة.

- بيان التأسيس الشرعي لتقييد الملكية العقارية الخاصة بإرادة المشرع عبر تقييدها بأحكام التشريع وقيمه وغاياته.

- محاولة تحليل واستقراء مختلف النصوص القانونية، والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث، وتقصي أهداف المشرع الجزائري ومقارنته بأحكام التشريعات محل الدراسة، وإيجاد نقاط التشابه والاختلاف ومكامن التداخل، بهدف التوصل لمقاربة قانونية واضحة مشتركة، وإيجاد الآليات العملية في حل النزاعات الناجمة عن هذه القيود، التي تزداد تطورا بتطور الحياة الاجتماعية.



- المساهمة في بناء تصور واضح عن التشريعات المغربية، التي تشهد نقصا كبيرا في مجال الدراسات المقارنة في القانون العقاري.

من خلال ما سبق، وبالنظر لما تثيره قيود الملكية العقارية الخاصة من إشكالات قانونية ومنازعات قضائية، يمكن طرح الإشكالية التالية:

- ما مدى تأثير تقرير قيود الملكية العقارية الخاصة في تحقيق الموازنة بين المصالح العامة والخاصة طبقا لمعظم التشريعات محل الدراسة؟

يترتب عن هذه الإشكالية سؤالين فرعيين كالآتي:

إلى أي مدى يقترب مفهوم القيد بالارتفاق بالنسبة للتشريعات محل الدراسة؟

ما مضمون القيود المقررة مراعاة للمصلحة الخاصة والعامة والواردة على الملكية العقارية الخاصة؟

وفي إطار المقاربة المنهجية، تم الاعتماد على عدد من المناهج العلمية، لتلاؤمها مع موضوع البحث ومسايرتها لمقتضيات دراسته وأهمها:

- المنهج الوصفي، من خلال الاهتمام بالإطار المفاهيمي لكل عناصر الموضوع والبحث في مدلولاته، من خلال وصف كل القيود المدروسة وتصنيفها، وتوضيح تعاريفها وخصائصها.

- المنهج المقارن: فرضت طبيعة الدراسة إدراج المقارنة العمودية في تبيان أوجه الشبه والاختلاف والتداخل بين التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة، والتعرض لموقف كل منها، مع تجميع التأصيل الفقهي لكل النظريات، والتوصل لنتائج متشابهة ومتباينة في كل جزئية بشكل تنظيمي في كل جزئيات البحث، وكذا الاعتماد على أسلوب (macro comparison)؛ وهي مقارنة تنصب على المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني لكل تشريع محل الدراسة في مجال القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وتم الاعتماد أيضا على أسلوب (micro comparison) على أساس قاعدة (problem solving approach)؛ ويتلخص هذا الأسلوب في الإجابة على الإشكالات القانونية في كل تشريع مقارن، ويقوم على أساس أن المشكلة الواحدة لها حل واحد في جميع الأنظمة القانونية، ولكن الوصول إليه يكون من خلال طرق متعددة، وهو ما تجسد في كيفية تكييف القيود في كل تشريع محل المقارنة.

وكما تم الاعتماد على المنهج الاستدلالي بفرعيه الاستنباطي والاستقرائي، بالنظر لطبيعة الدراسة والإشكالية والمطروحة، والتي تحتاج إلى تحليل وتأصيل في محاولة لربطها بالتشريعات محل المقارنة، باستعمال خطوات الاستنباط، وجمع النصوص القانونية من خلال تحليلها واستقراءها وتحديد الإشكالات، والتوصل لمقاربات مع النظريات الفقهية وحلول تطبيقية لكل تشريع محل الدراسة، والتمكن من ترجمة الرؤية التشريعية لكل من القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

ومن خلال قراءة للدراسات السابقة لموضوع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، تم التوصل إلى هذه الدراسات على النحو الآتي:

1 - دراسة محمد معمر قوادي، الموسومة بعنوان: الارتفاقات الإدارية كقيد على الملكية العقارية، حيث ركز الباحث عن كل الارتفاقات الإدارية في التشريع الجزائري بشرح مستفيض وعميق مع الاستدلال بالقانون الفرنسي، غير أن نطاق دراستنا كان مقتصرًا على ارتفاق الكهرباء والغاز في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريع المصري، التونسي، المغربي والفرنسي.

2- دراسة صابر عبده خليفة، الموسومة بعنوان: القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، تعمقت هذه الرسالة في أحكام ومقاصد الشارع، واهتمت بالتأصيل الشرعي لقيود الملكية بصفة عامة والمتعلقة بالمصلحة الخاصة دون التطرق للقيود الواردة للمصلحة العامة، وكذلك عدم الاستدلال بموقف التشريعات الوضعية في هذا الموضوع، مما جعل الاستفادة منها يرتكز على الخلفية والأسس التي قامت عليها هذه القيود، بينما بحثنا تطرق إلى الشريعة الإسلامية كأساس للمقارنة بين التشريعات محل الدراسة وتبيان دورها كتأصيل تاريخي في قيام هذه القيود والاعتماد على مبادئها المحكمة وقواعدها السليمة في ارساء قواعد قانونية تضمن المصلحة العامة دون الاخلال بالمصلحة الخاصة للأفراد فيما يتعلق بممتلكاتهم والقدر من حرياتهم فيها.

3- دراسة منى مقلاتي، المعنونة بـ: القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، إذ استهدفت الباحثة التعمق بدراسة مستفيضة وقانونية للقيود القانونية الواردة على عناصر الاستعمال والاستغلال في الباب الأول وقيود التصرف في الباب الثاني، مقارنة بالمشروع الأردني، اللبناني، المصري، الفرنسي، وكان التشابه بين الدراستين في الباب الأول، لتوحد العناصر المفاهيمية للقيود القانونية، حيث يوجد هناك ترابط في الأسس القانونية لقيود الملكية، بينما عناصر التباين ظاهرة في بحثنا في طريقة طرح المضمون بشكل مغاير في تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية واستنتاج المقارنة في شكل مخططات ذهنية، وحتى الباب الثاني لبحثنا تضمن قيودا إدارية لم تتطرق لها الدراسة الأولى.

ويضم موضوع القيود المدنية والإدارية الواردة على الملكية العقارية الخاصة نظاما قانونيا واسعا، إذ يدرس ظاهرة واحدة في حالات مختلفة بمنهج مقارن، جعل للبحث نطاقا عميقا لا تسعه ندرة الدراسات والبحوث التي تناولت موضوع الملكية العقارية الخاصة القيود الواردة عليها بصفة عامة، نظرا لصعوبة الموضوع وتشعب عناصره، كما أن دراسة موضوع البحث الذي يمتاز بتشعبه، بالنظر لتعدد القيود الواردة على الملكية العقارية شكل صعوبة بالغة في حصر جميع تلك القيود وتقسيمها، وهو ما فرض نوعا من التقسيم والحصر لبعض هذه القيود، والتي منها ما هو قانوني وورد على سبيل الحصر ضمن نصوص القانون المدني، ومنها ما هو إداري خاضع لوظيفة ذلك القيد.

ولقد تم تجسيد البحث في خطة ثنائية مكونة من بابين:

- الباب الأول: تضمن قيود الملكية المقررة للمصلحة الخاصة، وتم تقسيمه إلى فصلين.

تناول الفصل الأول: قيود جوارية عامة، متمثلة في قيد مضار الجوار غير المألوفة (المبحث الأول)، وقيد حق المرور (المبحث الثاني).

أما الفصل الثاني فقد تطرق للقيود الجوارية الخاصة، من خلال القيود الواردة للانتفاع بموارد المياه في المبحث الأول، والقيود المتعلقة بالتلاصق في الجوار في المبحث الثاني.

وتطرق الباب الثاني لقيود الملكية المقررة للمصلحة العامة، شمل الفصل الأول القيود المقررة للأشغال العامة، قسمت إلى الشغل المؤقت للعقار في المبحث الأول، والاستيلاء المؤقت في المبحث الثاني، في حين احتوى الفصل الثاني على قيود عمرانية، تناول المبحث الأول المخططات العمرانية، واحتوى المبحث الثاني رخص التعمير.

الباب الأول:  
قيود الملكية المقررة مراعاة  
للمصلحة الخاصة

تعتبر الملكية العقارية الخاصة حق ذاتي في عناصرها، فتشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها، وحق ذاتي في حمايتها، فيمنع الغير من الاعتداء عليها، وكذا حق ذاتي في خصائصها، فهي حق جامع ومانع ومطلق، لكن هذه الصفة الذاتية للحق تطورت في العصر الحديث، وانتقلت من صفتها المطلقة إلى وظيفة اجتماعية، جعلت للمالك حدودا قانونية تترتب عليها نتيجة أينما يتعارض حقه مع مصلحة خاصة للغير، فتكون هذه الأخيرة الأولى بالرعاية من حق المالك، وتطبيقا لذلك يفرض على المالك عمل سلبي؛ بعدم التعسف في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر جاره مضارا غير مألوفة، كما تطورت هذه الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية، حيث يلزم المالك بقيود ايجابية، أو يترك للغير الحق في المرور في الأراضي المحصورة، الحق في منافع المياه من المشرب والمجرى والمسيل، كما يفرض الجوار قيودا مشتركة في استنادها لأسباب قوية، كالتلاصق في الجوار وأحكام الحائط المشترك.

ويفرض أخذ المصلحة الخاصة للغير بعين الاعتبار عددا من القيود القانونية التبادلية على حق الملكية، وذلك بما تمليه مقتضيات الجوار، وبما تثيره من مشاكل عديدة بين الجيران، من أجل ذلك فرضت العديد من القيود على الملاك المتجاورين، وهذه القيود رغم اشتراكها في اعتبارها قيود جوارية، لكنها تختلف باختلاف حيزها المكاني بشكل أفقي أو عمودي، فهي إما قيود رتبها مضار جوار غير مألوفة بسبب التعسف في استعمال حق الملكية العقارية أو بسبب الغلو فيها، إلى جانب قيد سببته الأرض المحصورة، فتكون منه حق مشهر وهو حق ارتفاق المرور، وكلا القيدين طرحا توترا في العلاقات الاجتماعية للجيران، وخلق العديد من المنازعات القضائية .

وبناء على ما تقدم، تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين: خصص الفصل الأول منه للقيود الجوارية العامة، تضمنت قيد مضار الجوار غير المألوفة (المبحث الأول)، وقيد حق المرور (المبحث الثاني)، وتعرض الفصل الثاني للقيود الجوارية الخاصة، شملت قيود التلاصق في الجوار (المبحث الأول)، وقيود الانتفاع بموارد المياه (المبحث الثاني).

## الفصل الأول: القيود الجوارية العامة

يحتل الجوار مكانة بارزة بين العناصر المكونة لكيان أي مجتمع إنساني، إذ تقتضي الفطرة البشرية التواصل والتعايش مع الآخرين من الجيران وفق علاقة سليمة قائمة على مبادئ الاحترام والتضامن، وتقدير العلاقة الوطيدة بينهم، والتي مؤداها التلازم والاستقرار والسكينة وفق جملة حقوق والتزامات متبادلة.

ويعتبر الجوار واقعة طبيعية واجتماعية حتمية مرتبطة بالمكان والزمان، فلا يستطيع الإنسان العيش بمعزل عن بقية أفراد مجتمعه، فهو مجبر على التعامل وتبادل المصالح والمنافع معهم، وهدفه الأساسي السعي لتحقيق مصالحه دون مراعاة تعديه على حق غيره سواء بقصد أو بغيره، فجاءت التشريعات محل الدراسة لتنظيم هذه المصالح وترتيب التزامات ومسؤوليات بين الجيران، حيث وضعت قيود للجوار، وأي إخلال بها يعرض مرتكبها للمساءلة القانونية وتحمل تبعه ذلك حسب التأصيل القانوني لكل تشريع ووفقا للنظريات الفقهية المتبعة بشأنها.

وكما تعد القيود الجوارية العامة للملكية العقارية الخاصة حدودا ثنائية تفرض التزامات قانونية بين القيد والعقار المقيد، حيث تنشأ بموجب القانون، وتتنوع بين ما هي واردة على العقارات المبنية، وواردة على العقارات غير المبنية، وتسمى القيود الجوارية نظرا لرابطة الجوار التي تشكل الحيز المكاني لمحل القيد، وتتمثل في قيد مضار الجوار غير المألوفة (المبحث الأول)، وحق المرور (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: قيد مضار الجوار غير المألوفة

عملت معظم التشريعات على تقنين وتنظيم روابط الجيرة بين ملاك العقار، بهدف إيجاد نسق يضمن حقوق وواجبات كل جار، وحتى يتسنى ذلك كان لابد من فرض قيد قانوني مؤسس على معايير واعتبارات موضوعية تستقيم وطبيعة هذه الحياة، وما تتطلبه من توازن وحد لسلطات المالك في استعمال ملكيته دون الإضرار بملك جيرانه.

وتناولت التشريعات محل الدراسة مضار الجوار غير المألوفة في نصوصها المدنية بمقاربة مختلفة حسب طبيعة كل تشريع والأسس التي يقوم عليها هذا القيد.

ويظهر تعرض المشرع الجزائري لقيد مضار الجوار غير المألوفة في الكتاب الثالث من ق م ج، وخصص الباب الأول لحق الملكية، والفصل الأول لحق الملكية بوجه عام، وجعل القسم الثالث منه بعنوان: القيود التي تلحق حق الملكية، والتي تضمنت نص المادة (691)؛ التي أسست عليها نظرية مضار الجوار غير المألوفة بما يلي:

" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصصت له <sup>(1)</sup>"

وكذلك وردت مضار الجوار غير المألوفة في ق م م في الباب الأول والمعنون بحق الملكية، الفصل الأول: حق الملكية بوجه عام، 1. نطاقه ووسائل حمايته، 2. القيود التي ترد على حق الملكية بالمادة (807) التي أوجبت على أنه:

" على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس على الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر

(1) - الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 1975/09/26، ج ر ج، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، ج ر ج العدد 44، المؤرخة في 2005/06/26، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

والغرض الذي خصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق". (1)

وكما تطرق المشرع التونسي لمضار الجوار غير المألوفة في م ا ع ت في الباب الثالث المتعلق بالالتزامات الناشئة عن الجرح وشبه الجرح في الفصل (100) منه، الذي نص على أنه: " ليس للأجوار القيام بإزالة الضرر الناشئ عادة عن المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيص عنها، إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي". (2)

وجعل المشرع المغربي للحقوق العينية مدونة خاصة بها، فخصص الكاتب الأول منها للحقوق العينية العقارية، القسم الأول للحقوق العينية الأصلية، الباب الأول: حق الملكية، الفصل الأول: نطاق حق الملكية وحمايته، الذي تضمن المادة (21) منه مضار الجوار غير المألوفة كما يلي:

" لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليغا، والضرر البليغ يزال". (3)

واستثناء من هذه التشريعات محل الدراسة، فلم تتناول نصوص القانون المدني الفرنسي نظرية مضار الجوار غير المألوفة، لذلك كان للاجتهاد القضائي الفرنسي دورا كبيرا في تكريس أحكام هذه النظرية، فوضع لها نظام متكامل قائم على معايير موضوعية.

وبناء على النصوص القانونية السالفة الذكر، سيتم دراسة مفهوم مضار الجوار غير المألوفة (المطلب الأول)، ضوابط تقدير قيد المضار غير المألوفة (المطلب الثاني)، الأساس القانوني للمسؤولية عن قيد مضار الجوار غير المألوفة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: مفهوم قيد مضار الجوار غير المألوفة

يرتب الجوار مضارا لا يستطيع الجار تحملها لاسيما في ظل التطور الحاصل، ولتطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة كقيد قانوني على الملكية العقارية الخاصة، لابد أولا من معرفة مفهوم القيد

(1) - القانون رقم 131 لسنة 1948، المتضمن القانون المدني المصري، المؤرخ في 12/07/1948، ج ر م العدد 108 مكرر (أ) 1948/07/29، المعدل بالقانون رقم 4 لسنة 1992، والقانون رقم 137 لسنة 2002، والمعدل بالقانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 14/07/2011، ج ر م، العدد 28 مكرر، مؤرخة في 16/07/2011.

(2) - الأمر المؤرخ في 15/12/1906 المتعلق بمجلة الالتزامات والعقود، ر ر ت، ملحق عدد 10، المعدل بالقانون عدد 87 المؤرخ في 15/08/2005، والمعدل أيضا بالقانون عدد 39، المؤرخ في 26/07/2010.

(3) - القانون رقم 39.08 المؤرخ في 22/11/2011 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.178 الصادر في 22/11/2011، المتمم بالقانون رقم 22.13 الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.13.109، المؤرخ في 19/11/2013، ج ر م عدد 6208، المؤرخة في 28/11/2013، والمتمم أيضا بالقانون رقم 69.16 الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.17.50 المؤرخ في 30 أغسطس 2017، ج ر م العدد 6604، المؤرخة في 14/09/2017.



(الفرع الأول)، وتحديد مدلول الجوار (الفرع الثاني)، نطاق الجوار (الفرع الثالث)، وشروط تحقق المضار غير المألوفة (الفرع الرابع).

### الفرع الأول: مفهوم القيد

لمعرفة مفهوم القيد لأبد من تعريفه، والتطرق لأنواعه، والمصطلحات القانونية المشابهة له.

#### أولاً: تعريف القيد

يقتضي مدلول القيد إدراجه ضمن مقابلة مفهومية بين التقييد والإطلاق من خلال الربط بين حكم الإطلاق وحكم المقيد، فيكون للإطلاق معنى معلوما وله حكم معلوم، وللمقيد كذلك، فكما لا يجوز حمل المقيد على المطلق لإثبات حكم الإطلاق فيه لا يجوز حمل المطلق على المقيد لإثبات حكم التقييد فيه<sup>(1)</sup>.

وقد عرف الأمدي القيد بمفهومه اللغوي بأنه: " القيد لا يؤخذ في الحسبان عند التعامل مع الألفاظ العامة والدلالات المشتركة، لكن الحاجة إليه تكون مؤكدة عند التعامل مع الألفاظ العائدة على مسميات مخصصة كالأعداد المقيدة<sup>(2)</sup>".

ولكن هذا التعريف يجعل القيد حال الحكم أو الشرط أو تحديد له أو اقتصار عليه.

وذهب فتحي الدريني في تعريفه للقيد عند الأصوليين أنه: " ليس هو السبب المثبت للحكم ابتداءً، ولا الباعث على تشريعه، ولكنه حال للحكم، أو ظرف من ظروفه، أو شرط مقارن لعلته، يحدد مجال تطبيقه، فيجعلها قاصراً على تلك الحالة دون سواها من الحالات<sup>(3)</sup>".

ويرد القيد في النص رداً عن سؤال ورد فيه ذلك القيد بعينه، أو في حكم حادثة معينة، وجد فيه القيد نفسه<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997، ص 268، 269.

(2)- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1982، ص 196.

(3)- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، سوريا، 1995، ص 423.

(4)- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 435.

وهناك تعريف راجح جامع مانع للقيود يصفها بأنها: " الحدود العامة المفروضة على حق الملكية الخاصة التي لا يجوز للمالك تجاوزها، هدفها هو تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة".<sup>(1)</sup>

### ثانياً: أنواع القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة

هناك عدة تقسيمات للقيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، فمنها من قسمت طبقاً لزمان صدورهما إلى قيود قبل التملك وقيود بعد التملك، كما صنفت إلى قيود قانونية مقررة للمصلحة الخاصة وقيود مقررة للمصلحة العامة، وهذا التقسيم الأصلي نتج عنه تقسيم فرعي للقيود حسب المصدر المنشأ لها إلى قيود قانونية، وقيود إرادية (الشرط المانع من التصرف).

### 1) قيود الملكية العقارية الخاصة رعاية لمصلحة خاصة

تعد المصلحة الخاصة كل ما فيه نفع لفرد أو بعض الأفراد ويتحقق مصالحهم تتحقق مصالح المجتمع تبعاً لا ابتداءً، إذ تفرض هذه المصلحة قيوداً مدنية مفروضة بموجب القانون على الملاك الخواص مراعاة لمصلحة خاصة، فرضها المشرع الجزائري في ق م ج في باب خاص بها معنون بالقيود الواردة على الملكية، وكذا فرضها المشرع المصري في ق م م، تتصف بطابع الثبات والديمومة، لأنها مرتبطة بحق الملكية وهي دائمة بدوامها، تتنوع بين قيود سلبية مناهة مزار الجوار غير المألوفة، أو قيود أحادية الالتزام كقيد المرور، وقيود تلاصقية فرضها التلاصق المباشر أو غير المباشر الفيزيائي والطبيعي للعقارات؛ كالتلاصق في الجوار، الحائط المشترك وغير المشترك، والمطلات والمناور، بينما اختلف المشرع التونسي، المغربي والفرنسي في طبيعة التكييف القانوني لهذه القيود، إذا اعتبرت حقوق ارتفاق ناشئة عن القانون، كإنكار من هذه التشريعات لمشروعية القيود، وإقرار وتقديس للملكية الفردية، التي تعد جوهر الحقوق العينية الأصلية.

### 2) قيود الملكية العقارية الخاصة رعاية لمصلحة عامة

لم ينص المشرع الجزائري ولا التشريعات محل الدراسة على القيود المقررة للمصلحة العامة، والتي تعتبر قيود إدارية تهدف وظيفتها إلى تقييد سلطات المالك إما بصفة دائمة أو مؤقتة.

وترتبط الإدارة بقيد إسنادي يوكل له حد وظيفي يتمحور حول أمرين، الأول مفاده مدى التزام الإدارة بممارسة هذه الوظيفة، بمعنى إذا كانت ملزمة بالقيام بها أم أن الأمر يدخل في نطاق ما لها من سلطة تقديرية لاعتبارات المصلحة العامة التي تضطرها لتقييد الملكية العقارية الخاصة.

كما يرتبط مفهوم المصلحة العامة بمفهوم الدولة الذي برز وظهر بوجودها، وتبرر هذه المصلحة سلطة الإدارة في تقييدها لسلطات المالكين في عقاراتهم، لتنتقل في بعض الحالات من صفة التقييد

(1) - أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، مكتب الرسالة الدولية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 70.

للتجريد من الملكية العقارية الخاصة، وتمتع الإدارة بسلطات استثنائية تمكنها تكبيل حريات الأفراد، ثم أن القاضي الإداري يحكم بعدم مشروعية تصرف الإدارة لمجرد كونه غير ملائم لمقتضيات الصالح العام، كل هذه السلطات الممنوحة للإدارة تفرض البحث عن مدلولها، وتبيان أولويتها بالرعاية عن المصلحة الخاصة.

ووجد الفقه صعوبة في إيجاد تعريف محدد لمصطلح المصلحة العامة، وذلك بالنظر إلى جميع النصوص التي جاءت كمصدر لفكرة المصلحة العامة، فاكثفت بالنص عليها دون وضع تحديد أو تعريفا لها، مما جعل الاهتمام بوظيفتها في الحد من الملكية العقارية الخاصة.

ولكن السؤال المطروح هل المنفعة والمصلحة من قبيل المترادفات، بحيث يجوز استعمال أي منهما مكان الأخرى للدلالة على نفس المعنى؟

وتعني المصلحة المنفعة حقيقية، فهما سببان للمنافع المادية والمعنوية.

وترتبط فكرة المنفعة العامة بفكرة المصلحة العامة، التي تعتبر الغاية في وجود الإدارة ومرافقتها العامة، وبذلك تعتبر المنفعة العامة هي: "مجموعة الأعمال التي ترمي إلى خدمة المجتمع على القدر الذي تكون مصلحته تبرر التضحية بمصلحة الفرد التي تتناقض مع الخير الذي تجنيه الجماعة"<sup>(1)</sup>

وكما أن استعمال المصلحة بالمنفعة بذات الدلالة هو المتواتر في الاستعمال في العمل القضائي، وإقرار هذا الترادف يشمل تقديم المصلحة العامة على الخاصة عند التعارض وعدم إمكانية الجمع بينهما، كما يشمل أيضت تقديم الضرر العام على الضرر الخاص إذا تقابل ضرران ويتعذر دفعهما معاً، لأن تحمل الضرر الخاص يعد من قبيل تحقيق المصلحة العامة المقدمة والأولى بالرعاية من المصلحة الخاصة، وتظهر تطبيقات هذا المبدأ في الأعمال المقررة للأشغال المؤقتة، وأبرزها ارتفاق الكهرباء والغاز، قيد الاستيلاء المؤقت، القيود التنظيمية من مخططات عمرانية ورخص التعمير، هذه الأخيرة تمثل تحقيق المصلحة العامة العمرانية، المتعلقة بقواعد النظام العام العمراني، الذي يولي أولوية على المصلحة الفردية، فلا يمكن لمن لديه ملكية عقارية خاصة الحرية المطلقة في تشييد بناية فوقها بشكل حر، بل هو مقيد باحترام الشروط والتنظيمات تحت رقابة الإدارة.

ونظراً لسعة القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، تم حصر الدراسة على القيود القانونية المقررة مراعاة للمصلحة الخاصة والمقررة مراعاة للمصلحة العامة، بهدف ضبط مضمونها والتفصيل فيها بشكل مبرر.

(1) - أسامة الحناينة، فيصل شطناوي، سليم حتاملة، نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الأردني، مجلة دراسات، كلية الشيخ نوح القضاة للشرعية والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، المجلد 42، العدد 03، 2015، ص 1056.

## 3) القيود من حيث المصدر

تنقسم القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة من حيث منشأها إلى قيود قانونية يفرضها القانون، سبق التعرض لها أعلاه، وقيود إرادية لا يفرضها القانون، بل ترد في تصرف قانوني يترتب عليه تقييد المالك في التصرف في ملكيته، فتصبح الملكية مثقلة بتكليف عيني يخرجها من دائرة التصرف بمعناه الواسع، إلا أنها تحتفظ بقابليتها للتعامل فيما لا يتعارض مع الغرض من هذه القيود<sup>(1)</sup>، غير أن المشرع الجزائري رفض الأخذ بالقيود الإرادية أو ببعض صورها لكونها تحد من حرية المالك بتجريد ملكيته، التي أبرز عناصرها التصرف.

## ثالثاً: المفاهيم المشابهة لمفهوم القيد القانوني

هناك العديد من المفاهيم القانونية المشابهة لمدلول القيد القانوني، تشترك معه في أوجه، وتختلف معه في زوايا أخرى، كالتالي:

## 1) القيد القانوني والوقف الخاص

للوقف عدة مرادفات له، منها الحبس والمنع، وتثبت في تعريفه اللغوي والاصطلاحي، أو هو الحبس عن التصرف.

وأما في الاصطلاح القانوني، فيعد الوقف صنفا قانونيا للملكية في التشريع الجزائري ضمن القانون رقم 91-10<sup>(2)</sup> المعدل والمتمم، والذي عرفته المادة الثالثة منه على أنه:

"الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير."

(1) - ليلي عبد الله سعيد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق، مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية، السنة السادسة، العدد الرابع، الكويت، 1982، ص 218.

(2) - القانون رقم 91-10 المؤرخ في 10/04/1991، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر ج عدد 21 لسنة 1991، المعدل والمتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، والقانون رقم 02-10 المؤرخ في 14/12/2002.

ولم يعرف المشرع المصري نظام الوقف، ولكنه بدأ نصوص القانون رقم 48 لسنة 1946 بأحكام الوقف وشروط إنشائه، واعتد بنوعين من الوقف عام، يمثله وقف المسجد ولا يكون إلا مؤبداً، ووفقاً خاصاً إما مؤبداً أو مؤقتاً<sup>(1)</sup>.

وقد نص الفصل (73) من ظهير 02 يونيو 1915 المتعلق بالوقف على أن: "الحبس أموال أوقفها المحبس المسلم، ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس." وبعد إلغاء المشرع التونسي لقانون الأوقاف في سنة 1957، بعد الاستقلال مباشرة، لم يبادر لإنشاء قانون جديد له، نظراً لترددات واختلافات بين عدة اتجاهات سياسية متباينة بين مؤيد ورافض. ويقسم الوقف إلى نوعين، عام وخاص، فالوقف العام؛ ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، ووقف خاص؛ وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم<sup>(2)</sup>، وهذا الوقف الخاص هو محل المقارنة مع القيد القانوني.

ونستنتج مما سبق مظاهر التشابه في نظام الوقف والقيد القانوني في النقاط الآتية:

- يشترك كل من القيد القانوني والوقف الخاص في وظيفة تقييد سلطة التصرف في الملكية، فالتصرف الوارد على حق الملكية يغير من طبيعتها، فيجعلها غير قابلة للتداول.

- يشترك القيد القانوني مع الوقف الخاص في منعهما التصرف في الملكية العقارية الخاصة، إذ لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة، أو التنازل أو غيرها.

- كلاهما يرد على عقار، رغم أن نطاق الوقف أوسع يشمل محله المنقول والمنفعة أيضاً.

- كلاهما له صفة الديمومة والاستمرار، فالقيد الخاص دائم بدوام حق الملكية ولا يسقط بعدم الاستعمال ولا بالتقادم، وكذلك الوقف دائم ومستمر، فيبقى أثر العين الموقوفة منتجة أثرها بدوام العقب. وتتجلى مظاهر الاختلاف بين المفهومين فيما يلي:

- يعد الوقف نظاماً مالياً إسلامياً خاصاً من نظم التكافل والتضامن الاجتماعي، يجد مشروعيته في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ويخضع لأحكام مختلفة وشروط محددة بموجب قانون الأوقاف، ولا يعد حقاً عينياً من الحقوق المتفرعة من حق الملكية، ولا يمكن اعتباره قيوداً قانونياً على الملكية العقارية الخاصة، واعتبرته المادة السابعة من قانون الأوقاف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة، بمعنى

(1)- المادة 5 من القانون رقم 48 لسنة 1946 المتعلق بأحكام الوقف، الوقائع المصرية، العدد 61، مصر، المؤرخة في 1946/06/17.

(2)- المادة 6 من القانون رقم 91-10، المصدر السابق، ص 1.

يخضع لإرادة صاحب الوقف في حبس المال عن التملك، فهو حر في كيفية التصرف في عقاراته، إما بحبسها بشكل مؤبد أو مؤقت لمدة معقولة وبشروط معينة، بينما ينشأ القيد بمقتضى القانون، ولا دخل لإرادة الأفراد فيه.

- إذا صح الوقف الخاص زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف في حدود أحكام الوقف وشروطه، وبالتالي ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها ليبقى حقه حق انتفاع لا حق ملكية، لكن الانتفاع في الوقف الخاص ينتقل للموقوف عليهم حتى ينتهي عقب الواقف، لينتهي الوقف وتنتقل الملكية الشاغرة للدولة، في حين أن القيد القانوني يترك للمالك حقه جمع لسلطاته الثلاثة؛ الاستعمال، الاستغلال، وحق التصرف، لكن وظيفة القيد تكمن في الحد من هذه السلطات كلها أو بعضها دون تجريد منها.

## (2) القيد القانوني والشرط المانع من التصرف

يعرف الشرط لغة: العلامة اللازمة، ومنه سمي أهل اللغة حرف إن حرف الشرط، من قول القائل لغيره: إن أكرمتني أكرمتك، فيصير إكرام المخاطب علامة بارزة لإكرام المخاطب إياه، فكان شرطاً من هذا الوجه<sup>(1)</sup>.

وكما عرفت حقيقة الشرط: "هو ما كان من عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف منضبط، يستلزم ذلك أو يستلزم عدم السبب، لحكمة في عدمه، تنافي حكمة الحكم أو السبب"<sup>(2)</sup>.

بمعنى أن الشرط ما يلزم من عدمه العدم، أو ما يتوقف عليه تحقيق الشيء، ولا يكون داخلاً في ذلك الشيء، ولا مؤثراً فيه، وينتفي بانتهائه.

وأما المانع لغة: الحرمان والكف، والمنازعة، التقصير.

ويقصد بالمانع في أصول الفقه الإسلامي على أنه:

" كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب، مع بقاء حكمة السبب، وهو مانع الحكم، وهناك مانع السبب؛ وهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا"<sup>(3)</sup>.

والمانع ما توقف وجود غيره على انعدامه، وكان خارجاً عن ماهيته، كموانع الزواج، وموانع الإرث. وكما يوجد هناك موانع مؤبدة ونهائية مثل المنع من الزواج بالأخت، وموانع مؤقتة كالجمع بين الأختين، فإن تم طلق الأخت، جاز للرجل الزواج من أخت طليقته، لزوال سبب المنع وهو الرابطة الزوجية.

(1) - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ص 303.

(2) - محمد الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1999، ص 27.

(3) - علي بن محمد الأمدي، المرجع السابق، ص 130.

وكذلك هناك الموانع المسقطه للمسؤولية الجزائية؛ كالدفاع الشرعي كسبب لإباحة ارتكاب الجريمة، أما التصرف فيقصد به في معناه اللغوي أنه: صرف، يصرف، تصريفاً، صرفته في الأمر تصريفاً فتصرف، بمعنى قلبته فتقلب، وتقلب الفرد في الأمور، هو التصرف فيها بالشكل الذي يريده<sup>(1)</sup>.  
والتصرف اصطلاحاً هو؛ ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل يترتب عليه شرعاً نتيجة معينة. ويعد التصرف القانوني؛ اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر إنشاء حق، أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

وهناك فرق بين الشرط والمانع، فالمانع ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم ذاته، فهو عكس الشرط الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا عدم ذاته.

ولم يورد ق م ج نصاً يجيز أو يمنع الشرط المانع من التصرف، الأمر الذي يدل أن عدم أخذ المشرع الجزائي بهذا الشرط لا يمكن تفسيره إلا على أساس عدم رغبة المشرع في الأخذ بأحكامه ضمن قيود الملكية، وترك الأمر في ذلك إلى القواعد العامة، لأن الأصل أن شرط المنع من التصرف مخالف للنظام العام لتجريد الملكية العقارية الخاصة من أبرز عناصرها، ولمخالفته لمبدأ حرية تداول الأموال، فهو غير جائز إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، أو جاء بها المشرع كالوقف، على أن المنع في هذه الأحوال يجب أن يكون مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة.

ويظهر التعريف الاصطلاحي للشرط المانع من التصرف فيما جاء به المشرع المصري في مقتضيات المادة (823) من ق م م على أنه:

" 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.

يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف، حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو للمتصرف إليه أو الغير."

فهنا من هذا النص أنه يتحدد نطاق حق الملكية العقارية الخاصة بالمدى الذي يصل إليه هذا الحق، كما يتحدد بشروط إرادية مانعة للتصرف التي تقع على هذا الحق، إلا أن هذا التحديد لا يمكن أن يصل إلى حد سلب جوهر حق الملكية الفردية، فالمبدأ أن يتمتع المالك بجميع خصائص وعناصر ملكيته ما لم يرد نص أو عمل إرادي يقضي بخلاف ذلك.

(1)- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005، ص

وهذا المبدأ الأساسي ثابت ومستقر، حيث يمكن أن يقع في عقد هبة لعقار ما أو وصية أو في عقد بيع شرط يمنع فيه المالك الأول، الشخص الذي تنتقل إليه من التصرف بالعقار، ويقع هذا الشرط المانع من التصرف في الغالب في عقود الهبة، والوصية.

ومن ثمة، يعد التقييد شرطاً زائداً على أصل التصرف، ولا يتوقف وجود العقد في ذاته على وجود التقييد.

وقد اختلفت الآراء الفقهية حول التكييف القانوني للشرط المانع من التصرف كالاتي:

#### أ \_ الشرط المانع من التصرف قيد على الملكية العقارية الخاصة

يعتبر الشرط المانع من التصرف قيد إرادي عيني في منظور المشرع المصري، وينشأ عن هذا التكييف أن الشرط أو التصرف يخضع في أحكامه لمقتضيات المصلحة المشروعة التي دعت إلى وضعه، وبالتالي فإن الأحكام بشأن آثار هذا الشرط يمكن أن تتنوع بتنوع المصلحة وتختلف بين حالة وأخرى، وتعود لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير الجزاء على مخالفة الشرط ومدى مراعاة تحقيق المصلحة المشروعة التي رمى إليها الشرط.

#### ب- الشرط المانع من التصرف انتقاص من أهلية المتصرف إليه

يرى بعض الفقهاء أن الشرط المانع من التصرف يحيل الشخص الممنوع من التصرف إلى ناقص أهلية عندما يريد التصرف في المال الممنوع التصرف فيه، لكن تعرض هذا الرأي للنقد، ذلك أن أحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز تعديل إرادة الأفراد، وينصب المنع على التصرف ذاته، وليس على الشخص الذي يقوم به لنقص في تمييزه<sup>(1)</sup>.

ويمكننا استنتاج المقاربة القانونية بين القيد القانوني والشرط المانع من التصرف في النقاط التالية:

- تتحد كل من القيود القانونية والشرط المانع من التصرف في الوظيفة، وهي تقييد أهم عنصر من عناصر الملكية العقارية الخاصة؛ وهو عنصر التصرف.
- أدرج المشرع المصري الشرط المانع من التصرف ضمن القيود الواردة على الملكية، وهو بذلك منحه وصف القيد القانوني، رغم الاختلاف في أحكام كل واحد منهما.
- ويمكن الفرق بين القيد القانوني والشرط المانع من التصرف فيما يلي:
- يختلف القيد القانوني مع الشرط المانع من التصرف في محل الحق، فالقيد القانوني يرتكز على العقار فقط، بينما الشرط المانع من التصرف يكون على مال سواء كان عقاراً أو منقولاً.

(1) - سعيد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994، ص 159.



- يعتبر عنصر الإرادة هو العنصر الحاسم في وجود التصرف القانوني، إذ عرف بأنه إظهار للإرادة يقع بقصد أن يترتب على أثره تعديل في التركيب التنظيمي القانوني مع نية أن ينتج عنه أثر قانوني، على خلاف القيد القانوني ينشأ ويفرض بنص القانون، ولا دخل للإرادة فيه.
- لا ينطبق وصف التأكيد على القيد القانوني، فهو غير محدد بأجل معين، فدوامه من دوام حق الملكية، في حين يخضع الشرط المانع من التصرف لمدة مؤقتة، لا بد أن تكون معقولة.
- إذا كان تقييد حق الملكية العقارية الخاصة عن طريق قيود لا إرادية، تكون مقررة لمصلحة خاصة، والتي يفرضها القانون، فإن وصف التقييد لا يجد مصدره في شرط اتفاقي عن طريق الإرادة المنفردة كالوصية، أو الإرادة المشتركة كالعقد.

### الفرع الثاني: مدلول الجوار

بعد تطور النوعية الخاصة والمميزة لعلاقات الجوار من الأشكال التقليدية الأولية الوطيدة إلى مجرد تكديس عمراني حديث لمساكن متجاورة، تربطها الضرورة الوظيفية التبادلية لكل عقار مجاور للآخر، أصبح من واجب الجيران الامتثال لمعايير متباينة لنظام الجوار عن طريق التعاون والمراقبة الاجتماعية لتجسيد مبدأ تعزيز العلاقات الجوارية وترقيتها<sup>(1)</sup>.

ويعتبر الجوار؛ واقعة طبيعية واجتماعية حتمية مرتبطة بالزمان والمكان؛ ويقصد بها الاشتراك في فضاء عقاري إما تلاصقا أو قربا، إما بجوار دائم أو مؤقت، غير أن التشريع الجزائري ونظيره من التشريعات محل الدراسة لم يولوا اهتماما لتعريف الجوار، فاهتم الفقهاء بتأطير مفهومه وفقا لطبيعة كل مجتمع، وبنيت الجغرافية والثقافية والاجتماعية.

وكما ينظر للجوار على أنه النطاق أو الحيز الجغرافي، الذي يشغل المكان متجاوزا حدود الأشخاص والأموال مهما كانت طبيعتها متباعدة أو متلاصقة، ليرتبط هذا المفهوم بنوع المضار التي تسببها الأنشطة الاقتصادية المجاورة<sup>(2)</sup>، فلقد اتجه الفقه الحديث إلى إعادة النظر في مفهوم الجوار من أجل حماية فعالة للجوار من أضرار لم تكن موجودة في الماضي بالإضافة إلى النمو السكاني الذي زاد من ظاهرة التجاور بين العقارات المملوكة لعدة أفراد، وهو الأمر الذي زاد من حجم الخلافات بينهم.

(1) - طارق تواتي، فايزة التونسي، تمثيلات علاقات الجيرة داخل البناءات المعمارية العمودية بالمدن الصحراوية بين التقليد والحداثة، دراسة ميدانية بمدينة بريان-غرداية-، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 22، ص 297-298.

(2) - عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 98.

وقد ميز الفقه بين التجاور والتلاصق؛ فالتلاصق هو صلة مادية بين الأموال أو شيئين بحيث يتصل كل منهما بالآخر ولا ينفصل عنها<sup>(1)</sup>، أما التجاور فهو التواجد في نطاق أو حيز جغرافي معين، ولو لم يكن اتصال أو احتكاك مادي بين الأشياء التي توجد في هذا النطاق أو الحيز.

وقد يكون الجوار علويا (حق التعلية)، ويكون في العقارات التي تتكون من أكثر من طابق، ويعتبر أقوى من الجوار الجانبي نظرا لتعلق حق كل من الجارين بملك الآخر، وانتفاع كل منهما بملك الآخر، وهذا ما يطلق عليه بالملكية المشتركة<sup>(2)</sup>، والمنصوص عليها في المادة (743) من ق م ج، وقد يكون الجوار جانبيا ينشأ عن واقعة التلاصق.<sup>(3)</sup>

ومن ثمة، لا يمكن إخضاع مفهوم الجوار لتعريف جامع مانع ذو طابع ثابت ومحدد، وعلّة ذلك أن فكرة الجوار ذات نمط متغير بالأشخاص والأشياء، مما يجعلها على مقياس متباين لا يخضع لمداول واحد<sup>(4)</sup>.

ولكن بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية؛ والتي تعتبر التأصيل الشرعي لهذه التشريعات - باستثناء القانون الفرنسي - فقد وضعت نظاما متناسقا للروابط بين الجيران نظرا لتوحد عوامل التواصل الجغرافي والتقارب الاجتماعي والمصالح المشتركة، فأوجدت قواعد والتزامات ايجابية وسلبية متبادلة هدفها تطبيق مبادئ حسن الجوار، والربط بين مقتضيات المصلحة الخاصة وضرورة احترام حدود ملكية عقار كل واحد فيهم، والملاحظ أن هذا النوع من القيود لا ينصب على المصلحة الخاصة وحدها، لأن المصلحة العامة هي التي تفرض على المشرع مراعاة هذه المصلحة الخاصة.<sup>(5)</sup>

ودلت على أحكام الجوار نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فقد ذكر الجوار في قوله تعالى: " واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي

(1) - المرجع نفسه، ص 98.

(2) - مراد محمود حسن حيدر، التكييف الشرعي القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الحقوق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د، س، ط)، ص 114.

(3) - علي الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الأردن، 2008، ص 45.

(4) - جاد يوسف خليل، مضار الجوار غير المألوفة، الميدان، المعيار والاجتهادات الحديثة المدنية، الجزائية، والإدارية، دراسة مقارنة، دار العدالة، بيروت، لبنان، 2006، ص 62.

(5) - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1968، ص 51.

القريبى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم، إن الله لا يحب من كان مختالا فخوراً<sup>(1)</sup>

وسعت هذه الآية الكريمة من نطاق مدلول الجار لتجعله نوعين:

**أولاً:** الجار ذي القربى؛ وهو الجار المسلم، الذي يوجد بينه قرابة وصلة رحم، وهو أولى بحسن المعاملة، التي تتضمن عدم الإضرار به، وله ثلاثة حقوق؛ حق الجوار، حق الإسلام، وحق القربى والرحم<sup>(2)</sup>.

**ثانياً:** الجار الجنب؛ هو الجار الذي يكون مقر سكنه بعيداً عن جاره<sup>(3)</sup>، بمعنى الجار غير الملاصق من جهة الشرق والغرب، الشمال والجنوب<sup>(4)</sup>.

ووردت عدة أحاديث نبوية حول أحكام الجوار، منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه، ألا وأن الجوار أربعون دار"<sup>(5)</sup>

ويقصد بالجار في هذا الحديث الجار اللاصق للسكن، وغير الملاصق أقصاه أربعون سكناً؛ وهو نطاق يشمل سكان حي بأكمله في العصر الحالي.

ومنه، تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية تأصيلاً تاريخياً محكماً، فهي المصدر في منح حق الملكية الفردية وإقراره بأسباب مشروعة، وإن منحته مقيداً بحدود معينة، لذا قد تقيد الملكية لمنع الضرر إما لمصلحة المالك أو مصلحة غيره فرداً كان أو جماعة، وقد وضعت مفاهيم وأسس لنظرية الجوار والتزامات كل طرف فيها.

وعليه، فإن التأسيس المفاهيمي لمصطلح الجوار في التشريع الجزائري، المصري، التونسي، والمغربي تعود خلفيته لضوابط الشريعة الإسلامية المقررة للتقارب الجغرافي لطبيعة العلاقة الاجتماعية الموجودة بين الحيوان في نمطية متناسقة، شملت كل أنواع الجوار الملاصق وغير الملاصق.

أما المشرع الفرنسي فقد أسند نظرية مضار الجوار غير المألوفة إلى الاجتهاد القضائي<sup>(1)</sup>؛ الذي يعتبر مؤسس المسؤولية المدنية لهذه المضار، والتي لم تجد لها أثراً في القانون المدني الفرنسي، رغم أن

(1) - الآية 36 من سورة النساء .

(2) - الامام الذهبي، حقوق الجار، الطبعة الأولى، دار البصيرة، الاسكندرية، مصر، ( د. س. ن)، ص 134-137.

(3) - أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص 157.

(4) - مراد محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 115، راجع أيضاً أحكام القرآن للجصاص، الجزء الثالث، ص 158.

(5) - صحيح البخاري في الأدب، 443/10، عن أبي شريح، نقلاً عن أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، المرجع السابق، ص 185.

المشروع الأول لتنظيم المسؤولية المدنية اقترح سنة 2006 نص المادة (629) في القانون المدني، والتي نصت على عدم جواز لأي شخص تسبب لشخص آخر مضارا تتجاوز المضار العادية للجوار<sup>(2)</sup>.

ولم يتم التصويت على مشروع القانون، لذلك قدم وزير العدل الفرنسي ( Jean Jacques Urvoas ) مشروع قانون أولي في أول مشاوره عامة بتاريخ: 2017/03/17 يضم اقتراحات لتنظيم قواعد المسؤولية المدنية غير التعاقدية (التقصيرية)، حيث تم اقتراح ادراج المادة 1244 في نص القانون المدني، في الباب الثاني: شروط المسؤولية، الفصل الثاني: أحكام متعلقة بالمسؤولية التقصيرية، والتي سمحت لكل مالك، مستأجر، ومستفيد الذي يكون هدفه الرئيسي شغل أو استغلال أراضي، أو كل أحد مارس سلطاته في ملكيته وتسبب ذلك في مضار تجاوزت المضار العادية للجوار، فإنه ملزم بالتعويض

(1)- « 1 / que le trouble anormal de voisinage doit exister et être caractérisé au jour où le juge statue ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait se borner à affirmer que l'expert a constaté le dépôt de machines usagées, caravane, camion et autres matériels divers entreposés en limite de propriété sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée si, depuis lors, Mme Y... n'avait pas fait dégager les lieux et supprimé tout stockage ainsi qu'il résultait des constats d'huissier dressés en 2000 et 2002 confirmés par les constats de la préfecture ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard du principe suivant lequel nul ne doit causer à autrui de trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage ;

2 / que la cour d'appel qui a laissé sans réponse les conclusions d'appel de Mme Y... qui faisaient état de la suppression de tous les dépôts de ferrailles et matériels usagés, du stationnement de la caravane, déplacée à l'autre bout de la propriété et de l'absence de trouble "anormal" pour une exploitation agricole à faire stationner des camions et engins agricoles dans l'aire située à cet effet et sur laquelle une haie séparative avait été plantée, a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt retient, que l'expert a constaté le dépôt de machines usagées, caravane, camion et autres matériels divers entreposés par Mme Y... en limite de la propriété des époux X... ; que l'importance de ces dépôts ou stationnements prolongés de matériels hors d'usage ou usagés, à proximité immédiate du fonds voisin, était source d'une gêne esthétique anormale pour ceux-ci, d'autant plus injustifiée que, eu égard à la taille de sa propriété, Mme Y... était en mesure de procéder sans difficulté au stockage de ces biens en un endroit plus éloigné de la limite des deux fonds, dans des conditions qui ne soient pas susceptibles de nuire à ses voisins. Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, après avoir apprécié souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, a caractérisé le trouble anormal de voisinage ... », Cour de cassation, chambre civile 2, N° de pourvoi: 04-1036 ,Audience publique du 24 février 2005, Légifrance.

(2)- L'article 629 du projet de réforme du code civil et trouble de voisinage· voir Sophie Druffin Bricca· Laurence caroline henry· droit des biens, 3 éme édition· gualino lextenco éditions· paris· France,2009, p 57.

الناج عنها، حتى لو كانت ممارسة المالك لنشاطه بترخيص إداري، إذ يمكن للقاضي تقدير هذه المضار، ويأمر باتخاذ معايير معقولة للحد منها<sup>(1)</sup>.

ويشمل لفظ الجار مالك العقار والحائز أيضا، فلا يشترط في الفقه الإسلامي الملكية فقط، بل تكفي الحيازة، والعبارة في تحديد مفهوم الجار ترجع إلى ضوابط العرف<sup>(2)</sup>، فما تم الاطراد على اعتباره جارا بحكم تواجد سكنه ملاصقا أو قريبا بصفة دائمة أو مؤقتة، فيوجب عليه التزامات وتثبت له حقوقا إزاء الجيران الآخرين.

وفهمنا مما سبق ما يلي:

- لا يوجد تعريف قانوني محدد للجوار في التشريعات محل الدراسة، حيث اكتفى الفقه بإعطائه مدلولاً ضيقاً، وكان لأحكام الشريعة الإسلامية فضلاً كبيراً في التأسيس المفاهيمي للجوار بشكل مفصل استدللت به معظم القوانين.

- يظهر الاختلاف بين التشريع الجزائري والمصري في التأسيس القانوني لمضار الجوار غير المألوفة، حيث استخدم المشرع الجزائري لفظ التعسف والمصري الغلو، وهذا يعني أن القانون الجزائري كان أكثر دقة باختياره المفهوم الصحيح للاحتجاج بتوافر الضرر غير المألوف، وعلّة ذلك أن الغلو هو تجاوز الحق فقط، والتعسف في استعمال الحق هو استعمال حق مشروع بطريقة غير مشروعة بنية إحداث ضرر بالغير، لكن فكرة مشروعية استعمال الحق ظهرت في المادة الرابعة من م م م التي قضت أنه:

" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. "

### الفرع الثالث: نطاق الجوار

إذا كان الجوار علاقة اجتماعية نتيجة لواقعة طبيعية، فهل نطاقها يشمل العقارات والمنقولات، أم يشمل أحدهما دون الآخر؟

(1)- L'article 1244 propose dans le l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile: « Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maitre d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, réponde plein droit du dommage résultant de ce trouble, l'orsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages ou ordonner les mesures raisonnables permettent de faire cesser le trouble », voir Jean Jacques Urvoas, mars 2017, Le site de la justice française, <http://www.justice.gouv.fr,25/06/2017:13:56>.

(2)- مراد محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 96.

للإجابة على هذا السؤال، درج الفقه القانوني على تحديد نطاق الجوار من خلال اتجاهين مختلفين.<sup>(1)</sup>

#### أولاً: الاتجاه الضيق لنطاق الجوار

يرى هذا الاتجاه أن الجوار محصور على العقارات دون المنقولات، ذلك أن العقارات نظراً لثباتها تنشئ حالة من التلاصق والتجاور، ينتج عنها قيود تبادلية بين الجيران، تحد من سلطة استعمالهم لعقارهم.

#### ثانياً: الاتجاه الواسع لنطاق الجوار

وسع هذا الاتجاه من نطاق الجوار ليشمل العقارات والمنقولات، لأن معظم مضار الجوار تنجم عن مضايقات غير عادية صادرة عن منقولات، كمن يستأجر منزلاً فيحدث ضرراً غير عادياً بجاره باستخدام منقولات في بعض الأغراض.<sup>(2)</sup>

ولم ينص المشرع الجزائري على مواد لتحديد نطاق الجوار ولا مداه، وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة (961) من ق م ج، يلاحظ أن المشرع استعمل لفظ (ملك الجار)؛ والملك هو الاختصاص الحاجز، ولصاحبه الحق في استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ومنع غيره من ذلك<sup>(3)</sup>، وحتى النطاق القانوني لحق الملكية بوجه عام يشمل الأشياء المنقولة والعقارية، وكذا ملكية الأرض وما فوقها وما تحتها، ولكن بالمقابل نجد أن الفقرة الثانية من هذه المادة أوردت اعتبارات مضار الجوار غير المألوفة لطبيعة العقارات وموقعها والغرض الذي خصصت له، مما يفيد أنه حدد نطاق الجوار بالعقار فقط، ثم يرجع المشرع في المادة (712) من نفس القانون ليقرر الآتي:

" يجب أن تنشأ المصانع، والآبار، والآلات البخارية وجميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح والشروط التي تقرضها"

ومن خلال استقراء هذه المادة، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقتصر مضار الجوار غير المألوفة على العقارات فقط، بل أضاف المضار المتعلقة بالصحة العامة للجيران والتي تنشأ عن المنقولات المتعلقة بالأنشطة الضارة، والناجمة من المنقولات والعقارات على السواء دون تفرقة بينهما، لكن ما يعاب

(1) - عبد الرحمان علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 55.

(2) - سمراد محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 108.

(3) - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 19-18.

على هذه المادة هو ورودها بآخر الفصل الثالث المتعلق بالقيود التي تلحق حق الملكية، وكان المفروض أن ترد مباشرة بعد المادة (691) من ق م ج، حتى توضح نطاق الجوار بشكل مباشر.

وكان موقف المشرع المصري مماثلاً للتشريع الجزائري، فلم تحدد الفقرة الأولى من المادة (807) من ق م ج نطاق الجوار، لكن الفقرة الثانية حددت العقار كاعتبار لتقدير مزار الجوار غير المألوفة، مما يوضح أن النطاق مشمول بالعقار قصراً، لكن أيضاً وردت المادة (822) من ق م ج على أن العقارات من مصانع ومحال والمنقولات من آبار وآلات بخارية، والتي في مجملها مضرّة بالجيران تنشأ وجوباً وفقاً للمسافات القانونية المحددة لها، ومبرر ذلك أن الفكر الحديث لنطاق الجوار لم يعد مقتصر على العلاقات الوحيدة فيما بين العقارات، بل تجاوزت هذا الاعتبار لتتناول النشاطات الفردية الناتجة عن تصرفات المالك في استعماله لمنقولاته، والتي أصبحت محل نزاعات قضائية لمضار الجوار غير المألوفة، مما وسع من فكرة القيد الوارد على الملكية من العقار إلى المنقول.

وأما المشرع التونسي، فتطرق في الفصل (99) من م ا ع ت على أنه:

" للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرّة بالصحة أو المكدرّة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرّة والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين في القيام<sup>(1)</sup>.

ويظهر من خلال هذا النص أنه استعمل مصطلح " أماكن " وحين الرجوع إلى الفصل (110) باللغة الفرنسية نجد مصطلح (ETABLISSEMENT)؛ والتي تعني مؤسسات، وأريد بها معنى الأماكن، وإذا ما تم التسليم بذلك، فإنه ينبغي للجار المتضرر في صورة ما إذا كان العقار على ملكية شخص والنشاط المضر الممارس داخل العقار على ملك شخص آخر مثل محل تم إيجاره من المالك لشخص يمارس فيه حرفة تلحق ضرراً بالجيران - أن يقوم برفع دعوى على الثاني - باعتباره صاحب المؤسسة - لا على الأول<sup>(2)</sup>.

وكما يستشف من هذا الفصل أن نطاق الجوار في القانون التونسي هو العقار فقط، لكن جاء الفصل (100) من م ا ع ت<sup>(3)</sup>، ليعرض مضار المنقولات الموجودة في العقار؛ وهي مضار عادية مألوفة ماسة بصحة الجيران، والصادرة من دخان المداخن؛ باعتبار هذه الأخيرة عقار، وما ينتج عنها من مضار بيئية، ومع ذلك فقد تطرق للمضار المألوفة العادية دون التعرض لغير المألوفة على خلاف

(1) - القانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ في 2005/08/15، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر ر ت، العدد 68، المؤرخ في 2005/08/26

(2) - عبد المجيد الزروقي، الأموال (الحقوق العينية الأصلية)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، ص 207.

(3) - نص الفصل 100 من م ا ع ت على أنه: " ليس للأجوار القيام بإزالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي".

التشريع الجزائري والتشريعات محل المقارنة، لكنه اتفق معهم في ادراجه للمفهوم الواسع لنطاق الجوار، الذي يشمل المنقول والعقار معا.

وبالنسبة للمشرع المغربي فإنه حدد نطاق مضار الجوار غير المألوفة على العقار فقط في نص المادة (21) من م ح ع م: " لا يسوغ لمالك العقار " حتى مجالا للشك أو التأويل، نظرا للأهمية الاقتصادية للعقار، وحصر التجاور على العقارات فقط، يغفل المضار التي تسببها المنقولات خاصة المضار البيئية الناتجة عنها، غير أن الفصل (91) من قانون الالتزامات والعقود المغربي، سمح للجيران برفع دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة<sup>(1)</sup>، وقصد هنا كل المضار البيئية والصحية التي تسببها المحلات؛ وهي في طبيعتها العقارات المخصصة إما لنشاط تجاري أو حرفي، وتتسبب الآلات الموجودة فيها أو الروائح الناتجة منها أضرارا غير مألوفة للجوار، مما يعيقه في استعمال ملكيته بشكل عادي، لأن تضرره الشخصي سيجعله يتصرف تصرفا قانونيا في عقاره ببيعه.

وأما الفصل (92) من القانون السالف الذكر، نص على أنه:

" ومع ذلك، لا يحق للجيران أن يطلبوا إزالة الأضرار الناشئة عن الالتزامات العادية للجوار، كالدخان الذي يتسرب من المداخن، وغيره من المضار التي لا يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف"

يعتبر هذا الاتجاه هو الرأي الراجح، وعلة ذلك أن الأضرار غير المألوفة التي قد تحدث للجيران تنشأ عن حالة التجاور للمنقولات مثل العقارات، لأن المعيار الذي يفرق بين العقار والمنقول ليس الثبات من عدمه لوجود عقار بالتخصيص المنقول بحسب المأل، فكثيرا من المنقولات تجدها ثابتة، مما ينشأ علاقة من التجاور بينها، رغم أنه يمكن نقلها من مكان لآخر دون تغيير في جوهرها كما هو الحال في الأكوياك، وقد نتج عنها أضرار للجوار.<sup>(2)</sup>

و بناء على ذلك، فإن حالة الجوار توجد إذا تحقق التلاصق بين العقارين بأي امتداد مهما صغر، فلا يشترط أن يمتد التلاصق لمسافة معينة، ولا شك أن الجوار واقعة فيزيائية من ناحية وواقعة اجتماعية من ناحية أخرى لا يخلو منها مكان، والمقصود بالأولى أن الجوار واقعة تحدث بفعل طبيعة المكان محل المعيشة دون أن يكون للجوار أي دخل في حدوثها، أما الثانية فمعناها أن الإنسان لا يستطيع الاستغناء عن غيره، فهو حتما يحتاج إلى من يجتمع معه، وبعبارة أخرى الجوار أمر لازم للإنسان في الحياة لا

(1)- ظهير رقم 12 أغسطس 1913، المتعلق بقانون الالتزامات والعقود، والمتمم بالظهير بمثابة قانون رقم 1.93.345 المؤرخ في 10/09/1993، والمتمم بالقانون رقم 09.15 المؤرخ في 19/02/2015، ج ر م، عدد 6344، المؤرخة في 19/03/2015، ص 27.

(2)- عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 133-134.



يستطيع الفرار منه، فمن الحقائق المسلم بها أن الإنسان كائن اجتماعي لا يعيش إلا في جماعة وأنه مدني بطبعه مدفوع بغريزته إلى أن يختلط بغيره من بني جنسه ليتبادل معهم المنفعة، حيث لا يستطيع إشباع كل حاجاته بمفرده، لتنشأ بينه وبين غيره من أفراد الجماعات علاقات متبادلة ومهما يكن الجوار رأسيا أم جانبيا، وسواء كان الجار مالكا للعقار أو مستأجرا له، فإن طبيعة علاقات الجوار تقتضي فرض الواجبات أو تقدير الحقوق على نحو متبادل بين الجيران تحقيقا لمبدأ التكافل الاجتماعي الذي يتطلب تقييد الحقوق وعدم إطلاقها.<sup>(1)</sup>

### أولا: نطاق الجوار من حيث الأشخاص

اختلف الفقه في نطاق الجوار من حيث الأشخاص، هل يقتصر على شخص المالك فقط أم يمتد الجوار ليشمل الحائز؟ أو يمكن أن يمتد وصف الجار إلى أشخاص آخرين غير المالك، كالمستأجر أو المقاول أو الحائز بصفة غير شرعية؟

#### 1-المستأجر

لقد انقسم الفقه القانوني لتحديد الشخص الذي يطلق عليه وصف الجار إلى اتجاهين:

#### (أ)-الاتجاه الأول

يرى هذا الرأي بأن مضار الجوار مرتبطة بفكرة الملكية، ومن ثم فإن صفة الجار لا تتوافر إلا في الملاك المتجاورين فحسب، لأن النزاع في هذه الحالة يكون بين حقين مطلقين<sup>(2)</sup> لمالكين متجاورين يكون لهم الحق في التمتع بملكهم ولا يمكن تصورها بين إثنين ليسوا بملك، ومن ثم يقع العبء على مالك العقار أي الشخص مصدر المضار غير المألوفة، وللمستأجر حق الرجوع بعد ذلك على المالك المجاور المتسبب فيها.

وعليه، استند الفقهاء بأن الشخص المؤجر للعقار يكون مسؤولا عن المضار التي يحدثها المستأجر.<sup>(3)</sup>

#### (ب)-الاتجاه الثاني

يرى هذا الاتجاه بأن مضار الجوار غير المألوفة ترتبط بمحدثه بغض النظر عن صفته فيما إذا كان مالكا أو مستأجرا،<sup>(1)</sup> إذ العبرة بالشخص الذي يشغل العين المؤجرة، ومصدر هذه المضار.

(1)- منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص172.

(2)- عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص120.

(3)- المرجع نفسه، ص 16.

## (2) -المقاول

يلزم المقاول بتقديم عمل لرب العمل مقابل أجر يلتزم به هذا الأخير، وغالبا ما يحدث مضار غير مألوفة عند إنجازهِ لالتزاماته، وذلك مثل استخدام آلات الحفر والهدم ومعدات البناء<sup>(2)</sup>، فهل يكتسب المقاول صفة الجار حتى يسأل وفقا لقواعد المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة؟ وانقسم الفقه في الاجابة عن هذا السؤال لاتجاهين، يرى الأول منه حق الرجوع على المقاول، لأن المسؤولية الناشئة عن ذلك؛ هي مسؤولية تقصيرية وفقا لقواعد الجوار، وحتى بإمكان المتضرر من ذلك الرجوع على رب العمل، الذي يعتبر الفاعل الحقيقي للمضار غير المألوفة، أما الاتجاه الثاني فيؤكد ضرورة اكتساب المقاول صفة الجار حتى يسأل عن المضار غير المألوفة، وعليه فإن الجوار غير مرتبط بفكرة الملكية، ومن ثم لا يمكن أن ربط المسؤولية الناشئة عن هذه المضار بالمالك لا غير، فيكون رب العمل والمقاول مشتركين في المسؤولية عن الضرر على حد سواء، غير أن بعض الفقه فرضوا عبء التعويض عن الضرر غير المألوف على المقاول مادام هو مصدر الضرر.

## (3) -المعتدي على العقار

يقصد بذلك الشخص الذي يحوز أو يشغل العقار دون سند قانوني، ولا تتوفر لديه شروط الحياة القانونية، فهل يسأل هذا المعتدي على العقار وفقا لنظرية مضار الجوار غير المألوفة؟

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968، ص 687.

(2) - Alors que le propriétaire de l'immeuble auteur des nuisances est responsable de plein droit des troubles excédant les inconvénients normaux du voisinage constatés dans le fonds voisin, quand bien même il aurait confié à un tiers la réalisation des travaux à l'origine des nuisances ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté qu' « il s'évince des écritures des parties et des témoignages, même tardifs, produits par la SCI que les dégradations auraient été commises par un camion de l'entreprise qui intervenait sur le terrain des époux X... » ; qu'en déboutant la SCI Plaisance Lamairesse de ses demandes contre les époux X... fondées sur les troubles anormaux du voisinage au motif que c'est l'entreprise à laquelle les époux X... avaient confiés les travaux qui était à l'origine des troubles constatés sur le fonds voisin, la cour d'appel a violé le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ;

2) Alors que la responsabilité de l'entrepreneur du fait des troubles anormaux de voisinage n'est nullement exclusive de celle du propriétaire ou du maître de l'ouvrage ; qu'en se bornant à affirmer, pour débouter la SCI Plaisance Lamairesse de ses demandes contre les époux X... fondées sur les troubles anormaux du voisinage, que « c'est l'entrepreneur auteur des travaux qui est responsable de plein droit des troubles de voisinages constatés sur le fonds voisin », la cour d'appel qui a exclu à tort la responsabilité des propriétaires du fonds dont émanait le trouble, a violé le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage. », Cour de cassation, chambre civile 3, N° de pourvoi: 16-18158, Audience publique du 7 septembre 2017, <http://www.Légifrance, France>.

هناك اتجاهان في هذا الصدد:

**الاتجاه الأول:** يرى هذا الرأي أن حق الجوار مرتبط الوجود بالملكية، وعليه لا يسأل المعتدي على العقار عن المضار التي تصدر منه، وإن قام بالاعتداء دون أن تتوافر لديه شروط الحيابة القانونية المنصوص عليها في المادة (808) من ق م ج، وكذلك نص المادة (524/01) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في دعاوى الحيابة "يجوز رفع دعاوى الحيابة ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري وكانت حيازته هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة دون لبس واستمرت هذه الحيابة لمدة سنة على الأقل".

وينتج عن ذلك، عدم وجود صفة للمعتدي على العقار بإصابته بضرر، فالأولى أن يمتلك هذا العقار أو أصحاب الحق عليه.<sup>(1)</sup>

**الاتجاه الثاني:** يربط المعتدي على العقار الجوار بنوعية الأنشطة الضارة، وما ينتج عنها من أضرار، ويعد جارا وتحقق مسؤوليته عندما يصدر منه مضار غير مألوفة، ذلك أنه لا يعد إثبات عدم ملكية العقار، من أسباب دفع المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة.<sup>(2)</sup>

#### ثانيا: نطاق الجوار من حيث الأشياء

هناك اختلاف فقهي حول نطاق الجوار من حيث المنقولات والعقارات، فذهب رأي إلى اشتراط التلاصق بين العقارات، فإذا لم يتحقق التلاصق بين العقارات فلا يكون هناك جوار، أما رأي آخر فلا يشترط التلاصق بين العقارات والمنقولات بل يلزم التواجد في نطاق جغرافي محدد<sup>(3)</sup>، والرأي الراجح الذي يعتبر سكان المدينة الواحدة جيرانا بالنسبة لبعضهم البعض، وانسجاما مع المفهوم السابق، فإنه وإن تحقق الجوار بين شخصين يقطنان عقارا واحدا في شقتين متجاورتين، فإن نطاق الجوار يمتد ليشمل ساكن الدور السفلي ولذلك من يسكن الأدوار العليا حتى ولو لم يتحقق التلاصق بين طبقتيهما، ولهذا فإن الروائح المنبعثة من مطبخ المستأجر أو مالك الطبقة السفلى والتي تصل إلى ساكني الأدوار العليا يعد من قبيل الأضرار الحادثة في محيط الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف<sup>(4)</sup>.

(1) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها)، (ب، د، ن)، 2004، ص 27.

(2) - المرجع نفسه، ص 28.

(3) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29.

(4) - مراد محمود محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 112.

## الفرع الرابع: شروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة

يشترط لتحقيق مضار الجوار غير المألوفة توافر شرطين أساسيين، أن تكون هذه الأضرار ناجمة عن علاقات الجوار (أولاً)، وأن تكون الأضرار غير مألوفة (ثانياً).

## أولاً: صفة الجار

لابد من توفر صفة الجار في شخص المضرور والمسؤول على حد سواء، وتنتج هذه الصفة من علاقة الجوار التي تربط بين الطرفين، نظراً للارتباط الوثيق بالحدود المكانية والزمانية، وحتى الفضاءات المتجاورة من جانب الأفراد خلال زمن معين، أصبحت ترتب واجبات وحقوق محددة للمتجاورين لا ترتبط عادة باتفاقيات أو عقود تنظيمية، لكن معيار تواجدهم على نفس الحيز المكاني<sup>(1)</sup>، جعل لشرط صفة الجيرة سبباً في قيام نظرية مضار الجوار وغير المألوفة، لكن صفة المالك تعد نشاطاً جوهرياً لقيام المسؤولية عن هذه المضار، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في نفس المادة (691) عبارة "على المالك ألا يتعسف..."، وهذا ما يثير إشكالية مدى مسؤولية مستأجر العقار أو شاغله إذا أحدث أضراراً بجاره، فهل تنتفي مسؤوليته بانتفاء صفة مالك العقار؟

وبالنسبة للفقهاء الفرنسيين، كان له دور كبير في إرساء مفهوم الجوار وضوابطه، حيث يعتبره علاقة خاصة ومعقدة، تفرض عيش أشخاص أجنبى بقرب بعضهم في وضع مختلط، مما ينتج عنه نزاعات مختلفة، لكن يبقى الجوار؛ فضاء يخضع لإلزامية احترام التوازن فيه عن طريق تدخل القانون من أجل تنظيم هذه العلاقة الضرورية للحياة في المجتمع.<sup>(2)</sup>

ولكن يحق للمالك عزل عقاره عن غيره من أجل الخروج بنتائج حتمية ناتجة عن وضعية الجوار، عن طريق إحاطته بجدران وأسوار، تشكل وسيلة فعالة مسبقة لمنع التدخلات المادية للجيران، لكنها في بعض الأحيان غير نزيهة، نظراً لتكاثر مصادر الجوار التي تجاوزت الأضرار الفيزيائية للعقار إلى أضرار بيئية من روائح كريهة وضوضاء ومواد مضرّة.<sup>(3)</sup>

وكما يجب التحكم في علاقات الجوار على أساس المسؤولية الموضوعية، والتي تنشأ التزام مستقل عن المسؤولية في الحدود اللازمة والضرورية من أجل جعل الحياة الجوارية ممكنة<sup>(4)</sup>.

(1) - منى مقالتي، (القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 01، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 49-50.

(2) - Elise Charpentière et Benoit Moore, Responsabilité civile et rapports de voisinage, Responsable ou obligé ?, éditions Thémis ,France, 2009, p 467.

(3) - Ibid, p 467.

(4) - Ibid, P 468.

وتعد نظرية الجوار غير المألوفة مستقلة عن قواعد المسؤولية التقصيرية، نظراً لأن المسؤولية الموضوعية غير مؤسسة وخارجة عن مفهوم الخطأ، لذلك يعفى المتسبب عن مضار الجوار غير المألوفة من اثبات عدم وجود خطأ، ويبقى عبء الإثبات على المتضرر لإثبات وجود ضرر غير مألوف وإثبات العلاقة السببية مع الأضرار التي لحقت به<sup>(1)</sup>.

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

لقد تم أخذ تعريف الجار بمعنيين أحدهما: ضيق والآخر واسع، فأما التعريف الضيق، فقد اقرن مفهوم الجار بالالتصاق، فعرف الجوار بأنه: "التلاصق بين عقارين أيا كانت المسافة التي يتحقق فيها الالتصاق"

ويمكن القول، أن الجوار يتحقق بتلاصق عقارين، وبالتالي فغياب التلاصق يعني انعدام الجوار، ولم يحدد الفقه والقضاء مسافة أو حداً معيناً للتلاصق، للقول بتحقيق الجوار، وهو الرأي الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية، فقضت بأن التلاصق -أياً كانت المسافة التي يتم فيها- فإن هناك جواراً.<sup>(2)</sup> لكن هذا التعريف منتقد، لأن الجيرة لا تقتصر على التلاصق فقط، بل يدخل في مضمونها التقارب بين الأماكن أيضاً<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى التوسع في مفهوم الجار من حيث المكان، يجب أيضاً أن التوسع في مفهومه من حيث الأشخاص، ولا تضيق من نطاق المسؤولية عن مضار الجوار، ونحصرها في المسؤولية التي تقوم بين ملاك العقارات، دون غيرهم من أصحاب الحقوق الأخرى، كحق السكن وحق الانتفاع والاستغلال<sup>(4)</sup>. ومن جهة أخرى بالنظر إلى نصوص المواد المتعلقة بمضار الجوار، يلاحظ أنها تناولت الجار بلفظ العموم، وبالتالي فهي لم تحدد إن كان ملاصقاً أم لا، كما أنها لم تحدد أيضاً إن كان الجار مالكا أو مستأجراً أو مجرد شاغل.

ولقد توسع الفقه والقضاء المعاصران في مفهوم الجار، بحيث لم يعد هذا المفهوم قاصراً على التصور الضيق لفكرة الجوار، والذي يقتصر على الملكيات المتجاورة، بل تجاوز ذلك وتوسع فيه، بحيث يشمل الأضرار التي تلحق بالسكان الموجودين في الحي أو المنطقة، وفي هذا الاتجاه نجد أن المحاكم

(1)- Yves Maunand, Troubles anormaux de voisinage et construction.

<https://www.lemoniteur.fr>, 25 /08/2017, 21:45.

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

(3)- مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، لبنان، 1998، ص 40.

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

في سويسرا، توسعت في تفسيرها لنظرية مزار الجوار في المادة (684) من التقنين المدني السويسري، واعتبرت أنه في مجال إطلاق نفايات خطرة، فإن النفايات التي تقع على بعد العديد من الكيلومترات، تعد في نطاق الملكية المتجاورة.<sup>(1)</sup>

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد منح لمستأجر العقار الحق في رفع دعوى صاحب المشروع أو المقاول عن مزار الجوار الغير المألوفة التي قد يتسبب فيها وأعتبرهما جاران ظرفيان.<sup>(2)</sup>

واستوجبت التشريعات محل الدراسة أنه من أجل انعقاد المسؤولية وفقا لقواعد هذه النظرية، لا بد من توافر صفة الجار في شخص المضرور المسؤول على حد سواء، وتستمد هذه الصفة من علاقة الجوار التي تربط بين الطرفين، وهذا ما يستفاد من صريح نصوصها والتي جاء فيها: "وليس للجار أن يرجع على جاره..."

ومن خلال محتوى هذه العبارة، يتبين أن هذه التشريعات اشترطت صفة الجار بالنسبة لطالب التعويض، وكذا المتسبب في الضرر، وهذا على حد سواء، وبالتالي نطاق المزار ليس محصور في صفة الجار، بل تعدى بذلك إلى علاقة الجوار، وهو تعبير أشمل له ارتباط وثيق بالحدود المكانية والزمانية، ويعني به احتلال الفضاءات المتجاورة من جانب الأفراد، خلال زمن معين، وما يترتب عنه من حقوق وواجبات محددة للمتجاورين بعضهم البعض.

### ثانيا: مفهوم الضرر غير المألوف

أقر المشرع الجزائري بالبعد الاجتماعي التضامني في المعاملات بين الجيران، ويمكن مالك العقار من جواز إحداث أضرار مألوفة يمكن تحملها، حيث قررت المادة (691) من ق م ج كما يلي:  
"وليس للجار أن يرجع على جاره في مزار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المزار إذا تجاوزت الحد المألوف...."

تشير هذه المادة إلى مدى إلزامية الجار بواجب عدم الرجوع على جاره بما يسببه له من مزار عادية متعارف عليها لدرجة أصبحت مألوفة، لكن ما تجاوزت هذه المزار عن حدها العادي يمكن طلب إزالتها، لكن السؤال المطروح ما هي المزار المألوفة وغير المألوفة؟

وإن مهمة المشرع الجزائري في تنظيم علاقات الجيران هي الموازنة بين حرية استعمالهم واستغلالهم لعقاراتهم، وبين الحفاظ على مصالح الآخرين دون افراط ولا تقريط، وذلك نظرا لتشابك العلاقات والمصالح، وتضاعف الأنشطة المختلفة، مما صاحب معه الزيادة الكمية، وتطور الوصف

(1) - نقلا عن مسلط قويعان محمد الشريف المطيري، (المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين، دراسة مقارنة)،

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2007، ص 178، 177.

(2) - المرجع نفسه، ص 52

الكيفي للمضايقات، وفرض على الجار التزام سلبي هو واجب التحمل للأذى الطبيعي لحالة الجوار بقدر معقول من التسامح، لكن مع ذلك لم يتطرق القانون المدني لأحكام الضرر المألوف، والذي يمكن احتمالته من المضار العادية التي تصيب الجيران، رغم عدم وجود اعتبارات موضوعية معايير لتقدير هذه المضار، فما يعتبر مضارا مألوفة بالمناطق الريفية، لا يعتبر كذلك بالمناطق السكنية الحضرية، وما يعتبر ضررا عاديا بالمناطق الصناعية لا يعتد كذلك بالمنشآت الفلاحية.

وعليه، لا بد من الاستناد في تعريف الضرر بصفة عامة للتعريفات الفقهية على أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه"<sup>(1)</sup>.

كما كان للاجتهاد القضائي دورا فعالا في تعريف الضرر بكونه "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن، بل يكفي أن تقع على تلك المصلحة ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما أنها غير مخالفة له"<sup>(2)</sup>.

ولكن الضرر كركن ثاني للمسؤولية لا يغني عن ايجاد مدلول أكثر تناسبا مع قيد مضار الجوار، والتي توصف أنها الأضرار الناتجة عن سلوكيات عادية تصدر عن الجيران وتكون ضرورية كحق مشروع لهم في مواصلة نشاطاتهم اليومية، والتي يتوجب التسامح فيها<sup>(3)</sup>.

ويمكن اعتبار المضار المألوفة؛ تلك المضار التي تستند إلى فعل مشروع، وبالتالي مشروعية ذلك الفعل المؤدي لإحداثها، وعليه لا تقوم المسؤولية عنها لكونها أضرارا مشروعة<sup>(4)</sup>.

أما المضار غير المألوفة فترتبط هي الأخرى بالبيئة السكنية؛ ما بين الهيكل الفضائي والبناء الاجتماعي، حيث إما تلحق ملك الجار في ذاته بسبب تعسف المالك في استعماله لملكيته، ويؤدي إلى

(1) - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 77، راجع في ذلك العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د، س، ط)، ص 143.

(2) - القرار رقم 2036442/03/2008، الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 257-260.

(3) - الهادي سليمي، قادة شهيدة، أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، المجلد السابع، العدد الثاني، 2014، ص 82.

(4) - ابراهيم الهنداوي، نظرية اساءة الحق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة العدالة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، العدد الثلاثون، السنة التاسعة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 1982، ص 12.

الإضرار بعقار جاره، وذلك بأعمال مادية تؤدي إلى إحداث تشققات به أو هدمه؛ كعمليات البناء الضارة بجدار ما يجاوره، أو عمليات الهدم دون رخصة أو الماسة بالأساسات العامة للبناء، مما يؤثر بشكل مضارا غير مألوفة توجب المسؤولية<sup>(1)</sup>، من ناحية أخرى تلحق هذه المضار حرية استعمال هذا العقار.

وإن اقتصرنا المادة (691) من ق م ج على المضار الواردة على العقار فقط، فإن المحكمة العليا وسعت من مفهوم مضار الجوار غير المألوفة فيما يلي:

" حيث يستخلص من ملف الدعوى ومستندات الملف، أن الدعوى ترمي إلى إزالة منشآت فلاحية أقيمت في منطقة سكنية وأحدث أضرارا بيئية في المحيط، وهذا الفعل أدى وجود مضار الجوار غير المألوفة.

حيث أن المطعون ضده تمسك بوجود ترخيص يمنح له ممارسة نشاط تربية الحيوان والدواجن مع أن هذا الترخيص يمنح تحت التحفظ بحقوق الغير وعدم إحداث مضار الجوار، والحال أن تقرير الخبرين المنجزين أكدا إبراز تلك الأضرار، ومع هذا فإن قضاة المجلس بمخالفتهم نتائج الخبرتين يكونون قد خالفوا القانون مما يحتم النقض خاصة المادة 691 من القانون المدني، ولم يعطوا لقرارهم أساسه القانوني"<sup>(2)</sup>.

حيث يستشف من هذا القرار والمبدأ المنعقد عنه، أنه تعد من مضار الجوار غير المألوفة كل الأضرار ذات طابع بيئي خاصة إذا نتجت عن منشآت فلاحية ذات صلة جوار بالمناطق السكنية، دون مراعاة القوانين الخاصة بذلك.

وأما المشرع المصري فقد أورد مضار الجوار غير المألوفة في الفقرة الثانية من المادة (807) من ق م م، التي نصت على أنه:

" وليس على الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف. "

ولم ينص المشرع التونسي على نوع مضار الجوار غير المألوفة في الفصل (99)، ولكن شملت صفة الضرر الأماكن المضرة بالصحة للجيران أو المكثرة لراحتهم في استحداث منه للضرر البيئي الذي تجاوز حدود العقار ليصبح قيذا على أصحاب هذه العقارات من الجيران، والذين لهم حق رفع دعوى المضرة لطلب إزالة هذه الأضرار، أو اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لتعديل هذه الأماكن وجعلها غير

(1)- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني البحريني، أحكام حق الملكية، منشورات جامعة البحرين، البحرين، 2005، ص 82.

(2)- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 443620، المؤرخ في 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 259.



مضرة، بمعنى في هذه الحالة أعطى المشرع الحق لكل متضرر أحد السبيلين، والذي قصد به أقل خسارة لصاحب الأماكن، وطبقا لبعض القواعد العامة المتعلقة بالقانون التونسي، أن الأصل ارتكاب أخف الضررين، والمطلوب إثبات أن هذه الأماكن مضرة ويقضي له إما بجبر جاره على التعديل أو إزالة الضرر، أما الفصل (100) من م إ ع ت، فتعتبر استدراك لما أغفله المشرع في الفصل (99)، حيث قرر المضار العادية التي لا محييص عنها، وأعطى المشرع مثالا على ذلك: دخان المداخن<sup>(1)</sup>، كتأكيد آخر على مدى اهتمامه بمضار الجوار البيئي الذي يؤثر على المالك أكثر من تقييده للعقار، وامتنع عن تحديد ماهية المضار غير المألوفة والتي لا يمكن تحملها، وحيث ما إذا تعذر الحكم بنص قانوني صريح اعتد بالقياس في القانون التونسي<sup>(2)</sup>.

ولأنه " أمام تخصيص بشرط، فيقصد به نفي الحكم؛ نفي عدم القيام من أجل طلب إزالة الضرر، وعند انتفاء الضرر (انتفاء عدم تجاوز الحد الاعتيادي)، فالفصل 100 استثناء للفصل 99، وعليه ما لا يدخل في الأول يبقى موجودا في الثاني، والنص الثاني وضع أحكاما للضرر الذي جاء فيه"<sup>(3)</sup> يتضح أن هذان الفصلان تضمنا صورتين مختلفتين:

تتمثل الصورة الأولى في مجاورة الأماكن المضرة بالصحة والمكدر للراحة دون تحديد المقصود بهذه الأماكن، ومرتبطة بالخروج عن الضرر المألوف من ضجيج وروائح وغباب ودخان، وكل ما يتسبب في مضايقات غير محتملة في الجوار<sup>(4)</sup>، وقد اشترط المشرع جبر الضرر الناتج عن هذه المؤسسات حتى لو كانت متحصلة على ترخيص إداري لممارسة نشاطها، حيث يعطي الحق لمن تضرر من ذلك من الجيران رفع دعوى المضرة، رغم أن الفصل 99 لم ينص على التعويض المادي، ويمكن الرجوع إلى القواعد العامة في ذلك بناء على الفصلين 82، 83<sup>(5)</sup> من م إ ع ت، وللقاضي اختيار أحد الجزأين، فالأولى طلب الحد من الضرر، فإن تعذر ذلك توجب بإزالته باتخاذ كل الإجراءات القانونية اللازمة.

وقد كان للقضاء التونسي مجال لتفسير الفصل (99) من خلال عدة قضايا في دعوى مضار الجوار غير المألوفة (دعوى المضرة)، تجسدت في قرار محكمة الاستئناف التي قضت بما يلي:

" دعوى رفع المضرة لا تسقط بمرور الزمن طالما كان الضرر موجودا أو مستمرا وأسبابه متواجدة، وحيث في خصوص المضرة فقد أكد الخبير المنتدب أن استغلال المدعى عليه في الأصل المستأنف

(1) - عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، 210.

(2) - الفصل 535 من م إ ع ت، المصدر السابق، ص 125.

(3) - عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 210-211.

(4) - سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والقانون المقارن، الطبعة الثانية، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2015، ص 184.

(5) - يوسف الكناني، فوزي بالكناني، قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 84.

الأُن جل الرصيف أمام محله يحجب الرؤية ويدفع المترجلين للسير على الطريق المعد لوسائل النقل بكل أصنافها، واقتراح لرفع المضرة إلزام المستأنف باستغلال محدود للرصيف لا يتعدى نصف عرضه أمام المحل.

حيث خلاف ذلك ذهبت محكمة البداية إلى إلزام المستأنف الأُن بإزالة كامل القفص الحديدي لرفع المضرة اللاحقة بالمستأنف ضده، باعتبار أن الرصيف ممر عمومي أي ملك للمارة عموماً ومخصص لسير المترجلين.

حيث من الثابت أن المستأنف له ترخيص بلدي باستغلال المساحة الأمامية على الرصيف على عرض 1,45 متر وطول 2,70 متر.

حيث ولئن الترخيص لا يسقط القيام برفع المضرة حسب منطوق الفصل 99 من م إ ع، فإن هذا الترخيص يتماشى مع رأي الخبير الذي أكد بأن إلزام المستأنف باستغلال نصف عرض الرصيف أمام دكانه من شأنه أن يرفع المضرة.

حيث ترى هذه المحكمة وجاهة فيما ذهب إليه الخبير المنتدب خاصة وأن رأيه مدعم بما ذهبت إليه المصالح البلدية للمكان، واتجه لذلك تعديل الحكم الابتدائي في هذا الخصوص وذلك بإلزام المستأنف برفع المضرة في خصوص القفص الحديدي طبق الطريقة المقترحة من طرفه.

حيث في خصوص العنصر الثاني للمضرة المتمثل في بيع قوارير الغاز، فإن الخبير المنتدب أفاد تقريره، أن ذلك النشاط لا يمكن اعتباره من ضمن التجارة الخاصة بالحاجيات الأولوية المسموح بها المناطق السكنية واقتراح ازالتها والتوقف نهائياً عن بيعها.

.... وحيث من جهة ثانية، فإن الخبير المنتدب لم يبين وجود مضرة بيئية ناجمة عن بيع قوارير الغاز بالمكان من شأنها إلحاق الضرر بالصحة.

وحيث لم يتبين لهذه المحكمة وجود ضرر هام لاحق بالمستأنف ضده جراء بيع قوارير الغاز، التي تعد من الحاجيات الأولوية للمواطن وهي من الأنشطة التي يسمح بممارستها بالمكان.

وحيث يتجه تبعا لذلك نقض الحكم الابتدائي في هذا الخصوص وذلك بتمكين المستأنف من ممارسة نشاطه المتمثل في بيع قوارير الغاز.<sup>(1)</sup>

ويتضح لنا جليا من هذا القرار، أن هناك من القضاء التونسي من يحكم بالجزائيين معا، حيث يضمن حق الجار في عدم تسبب له مضار غير اعتيادية، واتخاذ الوسائل الأقل ضررا لضمان حق

(1)- قرار محكمة الاستئناف بصفاقس، عدد 49169، المؤرخ في 2013/01/03، المجلة التونسية للقانون، تونس، 2014، ص 610.

الطرف الآخر في تخفيف حدة الضرر، وجعله اعتيادي دون اللجوء إلى اغلاق الأماكن والمؤسسات وما يترتب عنها من نتائج سلبية.

وتتمثل الصورة الثانية في محتوى الفصل (100) من م ع ت في وجوب الالتزام التبادلي الجوّاري، فعلى الجار تحمل المضار المألوفة ذات الطابع الاعتيادي، والتي لا يمكن تجاوزها أو تفاديها، لأنها من ضروريات الحياة خاصة في المدن.

وأما بالنسبة للمشرع المغربي فقد قرر أحكام مضار الجوار غير المألوفة في المادة (21) من م ح ع م التي نصت على أنه: " لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالاً مضراً بجاره ضرراً بليغاً، والضرر البليغ يزال"<sup>(1)</sup>

ويلاحظ استخدام لفظ الضرر البليغ، ويقصد به الجسيم الذي يسبب ضرراً للجيران، وأمر بإزالته، وهنا لا يجب إثبات حسن نية المالك أو سوئها، لكن السؤال المطروح ما هي معايير اعتبار الضرر بليغ أو بسيط، خاصة أن المشرع المغربي لم يضع تعريفاً لهذه المضار، بل أدرج مادة وحيدة (21) ضمن الباب الأول المعنون بحق الملكية، الفصل الأول: نطاق حق الملكية وحمايته دون تحديد تكييفها كقيود على هذه الملكية.

أما بالنسبة للضرر غير المألوف فقد عرف بأنه: " الضرر الذي جاوز المضار العادية للجوار " وعرف أيضاً بأنه "الضرر الذي يمثل اعتداء على الحق"<sup>(2)</sup>.

وعليه، فإن الضرر غير المألوف هو خروج عن حدود حق الملكية، بحكم أن المالك مقيد بعدم التعسف في استعمال هذا الحق، وعدم مخالفة القيود التي رسمها القانون له، كإقامة بناء بغير مراعاة المسافة القانونية ولو بحسن نية.

كما جعلت الشريعة الإسلامية الإحسان في مرتبة سامية، ومن المفروض عدم تقنيه في صورة قواعد وأحكام ملزمة للبشر؛ وعلّة ذلك ارتباطه الوطيد بضميرهم الإنساني ودرجة إيمان الأفراد وقدرتهم على القيام به، ورغم ذلك وضعت الشريعة قواعد منظمة لحقوق الجوار، وألزمت الجار في حالة عدم استطاعته تحقيق النفع لجيرانه فعلى الأقل الامتناع عن الإضرار بهم وفقاً للحديث النبوي الشريف: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>(3)</sup>.

(1) - المادة 21 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 8.

(2) - عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 124.

(3) - حديث حسن رواه ماجه والدار قطني وغيرهما مسندا، رواه مالك في موطأه مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، نقله عن ابن رجب الحنبلي البغدادي جامع العلوم والحكم، دار الريان للتراث، القاهرة، مصر، 1987.

ولا يجب أن يفهم من لفظ (لا ضرر) عدم وجوده، ولكن قصد به في هذا الحديث لا يجوز الاضرار بالغير، ولا يجوز (الضرار)؛ الذي يعني إيقاع الضرر مقابل الضرر الحاصل، وهذه القاعدة وإن كانت عامة، فهي نوع عام مخصص لا تصدق إلا على قسم مخصص، فلو وجدت شجرة في مسكن جار استفاد جاره الآخر من ظلها، فقام صاحبها بقطعها، فهذه مضار عادية يجوز أحداثها، لكن ما هو مقيد هو تصرف المالك لملكيته بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه.<sup>(1)</sup>

ومن القواعد الفقهية الإسلامية أن (الضرر يزال)؛ باعتبار الضرر ظلم يتوجب عدم إيقاعه فيجب إزالته، فلو حصل ضرر من أغصان شجرة الجار أصاب سكن جاره، يستلزم إزالة الضرر بقطع أغصان الشجرة أو ربطها وسحبها للداخل، كذلك لو أحدث شخص بناء في ملكيته، وكانت نتيجته إحداث ظلمة في غرفة جاره بشكل حجب عنه الضوء.<sup>(2)</sup>

وعليه، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتمدوا دقة أكثر في تحديد مفهوم الضرر غير المألوف، حيث ذهبوا إلى تسميته بالضرر الفاحش الذي يلحق بالحق، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "ما يكون سبب للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء كلية."<sup>(3)</sup>

وإن الضرر القائم في مضار الجوار غير المألوفة هو؛ كل ضرر مادي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له لملكيته، فالضرر قوام المسؤولية، فإذا لم يتوافر الضرر فلا مسؤولية وإن أمكن قيامها مع وجود الخطأ.

ويقصد بالضرر المادي؛ كما قد يصيب الضرر الجار في عقاره أو محتوياته لتصدع جدران منزله أو تلوثه، كما قد يمتد الضرر المادي إلى حرمان الجار من الانتفاع بملكه، وبعد هذا الضرر البارز بين أنواع الأضرار في بيئة الجوار.<sup>(4)</sup>

وكما عرف الضرر غير المألوف؛ أنه الضرر الذي يجاوز الحد المتعارف عليه بحسب طبيعة الحي الواقع فيه، وما جرى عليه العرف.<sup>(1)</sup>

(1) - علي حيدر، درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 37.

(2) - المرجع نفسه، ص 37.

(3) - المرجع نفسه، ص 98.

(4) - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1968، ص 16.

وكذلك جعل الفقه الإسلامي نشأة حقوق الجوار إما الجوار المطلق، أو بين صاحب العلو وصاحب السفلى، مع أن هذان الأخيران أكثر ترابطاً، ولا يصح لأحدهما أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بالآخر، فحق صاحب العلو مرتبط بالسفلى، والعكس صحيح، وكليهما ليس ملكاً خالصاً، نظراً لتعلقه بحقوق الغير<sup>(2)</sup>.

وقد قسم الفقهاء التصرفات في مزار الجوار إلى ثلاث أقسام:

- 1- وجود احتمالين في الجوار؛ الضرر وعدم الضرر، وهنا يستعصي معرفة نتائج هذه التصرفات هل سيعقبها ضرر أم لا، فوضع الجذوع يعتبر تصرف ضار بأحد الجارين، أو هدم صاحب السكن السفلي سفله، أو فتح باب فيه، مما ينتج عنه مزار مؤكدة لحق الجار.
  - 2- تصرفات غير ضارة لأحد الجيران بشكل يقيني، كطلاء جدران السكن، أو إجراء بعض الإصلاحات فيه، فهي تصرفات مسموحة بها، ولا يمكن منعها بين الجيران.
  - 3- تصرفات تتوقف فوق البناء، حتى لو كان الأصل في الملكية الإباحة، لكن تقيد بمنع عدم الإضرار بملك الجار، في حالة وجود احتمال قيام الضرر المحتمل<sup>(3)</sup>.
- ونستخلص مما سبق ما يلي:

- تتفق التشريعات العربية محل الدراسة في ارتباط نظامها القانوني لمزار الجوار غير المألوفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في اقرار فعل المزار، والضرر المترتب كأثر له، والذي يوجب إزالته، وتظهر الملامح الصريحة لهذا الارتباط في أحكام التشريع المغربي؛ وعلة ذلك أن صياغته جاءت أقرب إلى صياغة الفقه الإسلامي، ونص على وجوب إزالة الضرر البليغ والفاحش بعد وقوعه، لكنه اكتف بذلك، ولم ينص على جواز المطالبة بمنعه قبل وقوعه، فليس للمالك المهدد بضرر يصيبه - جراء حفر أو أعمال أخرى، يقوم بها جاره- أن يلزم هذا الجار في قضية مستعجلة، باتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر، ولا يستطيع وقف هذه الأعمال حتى تفصل المحكمة في موضوع النزاع.

- اختلف فقهاء القانون في وضع مدلول للأضرار غير المألوفة، حيث ذهب البعض منهم إلى اعتبار الأضرار المألوفة؛ هي تلك الناتجة عن سلوك مألوف يقوم به الجار، وذهب البعض الآخر إلى القول بأن المزار المألوفة؛ تلك الأضرار التي يستلزمها الجوار، والتي تتبغى التسامح فيها، مراعاة

(1)- محمد محي الدين إبراهيم سليم، الظروف الخاصة بالجار المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض، دراسة مقارنة في إطار نظرية مزار الجوار الغير المألوفة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، الجامعة المنوفية، العدد السادس، السنة الثالثة، أبريل 1994، ص 324.

(2)- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص 99.

(3)- المرجع نفسه، ص 99، 100.

لمصالح الجيران وحفاظا على حقهم في استعمال حقوقهم المشرعة قانونا، بالإضافة أنه لا يمكن تجنبها لكونها من ضرورات الجوار<sup>(1)</sup>.

- اختلفت التشريعات محل الدراسة في وضع تعريف موحد لمضار الجوار غير المألوفة، وعليه اهتم المشرع الجزائري بتحديد شروط هذه المضار دون تعيين مدلولها، وهو ما ماثله فيه المشرع المصري والتونسي، هذا الأخير أدرج أنواع هذه المضار، وجعلها مادية ومعنوية، بينما أسبغ القانون المغربي صفة الجسامة على الضرر الوارد على الجيران ووصفه بـ "البليغ"، وأوضحت المادة العشرون أنه في حالة تعلق حق الغير بعقار فلا يمكن لمالكه التصرف فيه تصرفا ضارا بصاحب الحق<sup>(2)</sup>، وهو يربط مضار الجوار بالعقار فقط دون المنقول، مما يجعله يهمل مضار الجوار الحديثة التي تمس أيضا صاحب العقار في استعماله واستغلاله لملكيته.

### المطلب الثاني: ضوابط تقدير قيد المضار غير المألوفة

إن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تختلف عن المسؤولية طبقا للقواعد العامة، فالمسؤولية طبقا للقواعد العامة يشترط توافر الخطأ من جانب المسؤول لقيامها، ومتى توافر هذا الأخير قامت المسؤولية عن الأضرار التي تنشأ عن الخطأ مهما كان يسيرا، أما المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار فلا يشترط توافر الخطأ لقيامها، وإنما يكفي لذلك وجود الضرر، ولكنها لا تقوم بالنسبة لأي ضرر وإنما بالنسبة للضرر غير المألوف.

وإذا كانت نسبة الضرر غير المألوف غير ثابتة لدرجة يمكن تفرقتها عن الضرر المألوف، حتى يمكن للقاضي الاعتماد عليها في تأسيس حكمه، لذلك أوجد المشرع الجزائري والتشريعات محل المقارنة عدة ضوابط متعلقة بأبعاد مكانية وزمانية لتحديد وتقدير الضرر، مما يطرح السؤال: إلى أي مدى تؤثر هذه الضوابط على سلطة القاضي في تقدير عدم مألوفية الضرر؟

ستتم الإجابة على هذا السؤال في الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: ضابط العرف

يعد العرف من أقدم مصادر القانون، وظهر قبل نشوء الدولة، حيث يضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف إلى وضع أحكام اجتماعية بمثابة قواعد يخضع لها الكافة ورغم تقلص دوره كضرورة قانونية في العصر الحديث إلا أنه ما زالت له أهمية بالغة؛ باعتباره مصدرا ماديا لكثير من القواعد القانونية، ذلك أن المشرع عند وضعه للنصوص المختلفة كثيرا ما يستلهم العرف السائد الذي يتوافق مع

(1) - سليمي الهادي وشهيدة قادة، المرجع السابق، ص 94.

(2) - المادة 20 من م ح ع م، المصدر نفسه، ص 8.

حاجات الأفراد، وبما أن الجوار واقعة طبيعية وفيزيائية ذات طابع اجتماعي، فإن المضايقات الناتجة عنها تستند لتقديرها تحديد الضرر غير المألوف عما تعود الأفراد على اعتبارات عرفية قائمة على مضار مكررة ومستمرة بشكل اعتيادي، أنشأت الشعور على عدم مألوفيتها وعدم تحملها لتجاوزها الحد المعقول . كما يعرف العرف على أنه؛ القاعدة القانونية غير المسنونة التي تنشأ من اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على وجه خاص<sup>(1)</sup>.

ويعتبر العرف المصدر الرسمي الذي يلي الشريعة الإسلامية، طبقاً للمادة الأولى م ق م ج التي نصت على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف."

ولكن مفهوم العرف نسبي ومختلف، ومتغير نوعياً وكمياً من مجتمع لمجتمع وحتى بالمجتمع الواحد، وصعب معرفة مضمونه، ويعتبر العرف ظرفاً موضوعياً مكانياً، فما يعتد به مضاراً مألوفاً في الريف يكون غير مألوفاً بالمدينة والعكس صحيح<sup>(2)</sup>، نظراً لاختلاف التهيئة الحضرية بكل شبكاتها ومرافقها المعقدة عن التهيئة الريفية وبساطتها، وحتى طبيعة المساكن العمودية تختلف عن المساكن الأفقية بالريف، وتزداد هذه المضار كلما كثرت الضوضاء والمصانع، وقد استقر العرف بين الجيران على اعتبار أشغال البناء المعتادة ضرراً مألوفاً لا يمكن تجنبه وعليهم تحمله، ولا يمكن القاء أية مسؤولية من جراء ذلك حرصاً على تطبيق قواعد حسن الجوار والباقيّة، ودعماً لمبدأ التآلف والتوازن تقادياً لنشوء خلافات إلا إذا تجاوزت الأشغال المدة القانونية المحددة لها.

ونصت المادة (02/691) من ق م ج، على مراعاة القاضي في تقدير مألوفية الضرر اعتبارات العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له.

وكما نص قرار المحكمة العليا الجزائرية على ضوابط المضار غير المألوفة فيما يلي:

"المبدأ: يدخل تحديد مضار الجوار ومدى تجاوزها الحد المألوف، في اختصاص قضاة الموضوع، الذين يرعون العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها.

... حيث أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قرارهم على الخبرتين الأصلية والتكميلية فيما يتعلق بالمعاينات المادية للشرفتين، وعلى خلاصة الخبر الذي أثبت أن الشرفة الثانية تشكل مصدر رؤية

(1) - سعد محمد سعد، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثانية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، اليمن، 2002، ص 75.

(2) - محمد السعيد جعيعة، قيود الملكية الواردة لحماية المصلحة الخاصة، مجلة الميادين، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد الأول، 1986، وجدة، المغرب، ص 37، هامام محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية - أحكام حق الملكية-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010، ص، 336.

مباشرة على مسكن المطعون ضده، ... لذا فإن القضاة صادقوا على اقتراح الخبير المتمثل في تعليية الجدار واعتبروه الحل المناسب لفك النزاع،... وحيث أن المادة 691 من القانون المدني تنص على أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، ويجوز لهذا الأخير أن يطالب بإزالة مزار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف. وحيث أن المادة 709 من القانون المدني، حددت للمالك شروط استعمال حق المطل حتى لا يضر بعقار جاره، غير أن تحديد المزار ومدى تجاوزه للحد المألوف، يعود لسلطة قضاة الموضوع الذين يراعون العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخرين، عملا بالمادة 691 الفقرة 02 من نفس القانون.

وبالتالي ليس للمحكمة العليا أية مراقبة على هذه الوقائع<sup>(1)</sup>.

ويفهم من هذا القرار أن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير مألوفية الضرر غير المألوف الناتج عن الجوار وفقا لأول ضابط يحدده وهو العرف؛ يقصد به العادات والتقاليد التي ألفها الناس في حياتهم ومعيشتهم، وهذه العادات تختلف من مكان إلى آخر، فتختلف في المدن عنها في الريف، فما جرت به العادة بين الجيران لا بد أن يتحمله بعضهم مع بعض، وهناك مزار يمكن تحملها في الريف يستحيل قبولها في المدن<sup>(2)</sup>؛ كوجود مطاحن، وما تسببه من مزار غير عادية من تشققات للعقار المجاور أو تحد من استعماله، أو حفر بئر قرب حائط الجار أو تشييد مدخنة دون احترام المسافات القانونية المقررة في الأنظمة والعرف المحلي<sup>(3)</sup>.

ويخضع تحديد طبيعة المكان بالنسبة لضابط العرف لقواعد التنظيم، التي تحدد طبيعة المنطقة، ومنها يمكن الاحتجاج بها على الغير بشكل ايجابي أو سلبي.

ويسترشد القاضي بكل ما جرى عليه من العرف، على اعتباره ضررا مألوفاً لا يمكن تجنبه أو التحرر منه وليس لأحد الرجوع على المالك بشيء، إلا إذا تجاوز الحد المتعارف عليه، فيصبح الضرر غير عادي يسأل عنه بتعويضه؛ كتحويل شقة في عمارة سكنية إلى ورشة يصدر عنها مزار، كما

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 506915 مؤرخ في 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للعقار، الجزء الثالث، قسم الوثائق، الجزائر، 2010، ص 349، 351.

(2)- منصور صابر عبده خليفة، (القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2011، ص 109.

(3)- العربي محمد مياد، القيد الواردة على حق الملكية العقارية، المنبر القانوني، مجلة نصف سنوية، العدد الرابع، أبريل 2013، المغرب، ص 30.



يتضح أيضا أن تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف، مسألة موضوعية يترك التقدير فيها لقاضي الموضوع، الذي يعتد في تقديره بظروف الحالة المعروضة عليه.<sup>(1)</sup>

وكما أورد التشريع المصري ضابط العرف في المادة (02/807) من ق م م، الذي جعل العرف بمثابة قانون للجوار، ليجب القواعد اللازم احترامها بين المتجاورين، مع الأخذ بالاعتبار المكاني، ومدى الاتفاق على ما هو مضار مألوف وغير مألوف يتوقف على طبيعة العرف المعمول به في كل منطقة.

ولم ينظم المشرع التونسي هذه الضوابط في م ح ع ت، إلى أنها تأخذ بعين الاعتبار من قبل الاجتهاد القضائي عند تطبيقه لمقتضيات الفصلين (100،99) من م ا ع ت.

وكرست المادة (71) من م ح ع م اعتبار العرف كضابط لتحديد مضار الجوار غير المألوفة، وهذا لأن العرف يتولد من متطلبات المجتمع واحتياجاته المتجددة، وله دور محوري في تسهيل حركة الجيران، بحيث يحقق الانسجام والتجانس بينهم، مما يكون للعرف تأثير عميق في تماسك البنية الاجتماعية وكذا القانونية.

أما في التشريع الفرنسي فلا وجود لنص يماثل تلك النصوص، إذ أن الأحكام الخاصة بهذه المضار غير المألوفة من عمل واجتهاد القضاء، وليس من صنع المشرع بالرغم من كثرة التطبيقات حول هذا الموضوع.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: ضوابط مرتبطة بال عقار

يتحدد تقدير الضرر المألوف أيضا باعتبار متعلقة بالعقار من حيث طبيعته (أولاً)، وموقع العقار بالنسبة للآخر (ثانياً)، والغرض الذي خصص من أجله العقار (ثالثاً).

#### أولاً: طبيعة العقارات

إن تقدير الضرر غير المألوف يتأثر ايجاباً وسلباً بطبيعة العقارات، فإذا كان العقار محلاً عاماً أو مقهى أو محلاً تجارياً، فإنه يتحمل الضوضاء والمضار المتنوعة أكثر مما يتحمله العقار المخصص للسكن، فالضرر بالنسبة للفئة الأولى ضرر مألوف ومعتاد، ويعتبر ضرراً غير اعتيادياً بالنسبة للسكن الخاص، وإذا كانت طبيعة العقار مصنعا، فالضرر فيه مألوف بعكس لو كان مدرسة أو مستشفى، لأن

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

(2) - شروق عباس فاضل وأسماء صبر علوان، مضار الجوار غير المألوفة: دراسة تطبيقية، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، الإصدار (16،17)، الجامعة المستنصرية، 2012، ص 113.

العبرة في النهاية بالطابع العام الذي يسود الحي أو المنطقة سواء سكنية أو تجارية، مما يجعل تقدير الضرر يختلف باختلاف طبيعة العقارات المنتجة له<sup>(1)</sup>.

وإن الاعتبارات التشريعية في تقدير مألوفية الضرر من عدمه هي في حقيقة الأمر ضوابط موضوعية، يحكم بها بمعزل عن الظروف الشخصية للجار المتضرر، ومنه طبيعة العقارات تعد ضابطا موضوعيا.

### ثانيا: موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر

إن لموقع العقار دور كبير في تحديد علاقات ومقتضيات الجوار تبعا لحالة موقع كل عقار من العقار الآخر، ولا يتضح هذا الضابط أكثر بالسكنات الأفقية الخاصة، لكن يظهر في العمارات المشتركة، فالمالك الجار لشقته بالطابق الأرضي يتوجب عليه تحمل مضار جاره بالطابق العلوي نظرا لطبيعة موقعه تحتم عليه وضعا اجباريا، وهكذا تتابعا صعودا ونزولا يختلف الأمر بين صاحب العلو والسفل، إذ يجب على صاحب السفل أن يتحمل من العلو، مالا يتحمله العلو من السفل<sup>(2)</sup>، لكن لا يجوز للمالك الجار التذرع بطبيعة عقاره وموقعه بالنسبة لجاره الآخر حتى يسمح بالتسبب له في ضرر غير مألوف ويعتبره عاديا، فلا يمكن للجيران التسامح فيه<sup>(3)</sup>، وعلى هذا الأساس قرر المشرع الفرنسي في المادة (640) من القانون المدني على وجوب تحمل العقارات السفلية استقبال المياه التي تتدفق بشكل طبيعي دون تدخل الانسان فيها أكثر من العقارات العلوية، ويمنع على الجار السفلي اقامة سد لمنع هذا التدفق<sup>(4)</sup>.

وعليه، يتضح لنا أن التشريع الجزائري، المصري والمغربي أقروا ضابط موقع العقار بالنسبة للآخر بصفة عامة، دون توضيح لحدود المضار غير المألوفة للملاك بالملكيات المشتركة، ولا يوجد نص قانوني بهذا الاعتبار.

(1)- جاد يوسف خليل، المرجع السابق، ص 111، 85.

(2)- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1970، ص 119، 120.

(3)- صابر عبده خليفة، المرجع السابق، ص 110، 111.

(4)-L'article 640 du ccf: «Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. », Loi de 21/03/1804, Modifié par loi n 2002 305 du 04/03/2002, Modifié par loi n 2015-177 du 16/02/2015, Modifié par loi du 02/03/2017, Modifié par la loi du 20/04/2018.

ولكن بالرجوع للمشرع اليمني، فقد أوضح أنه: " لكل من مالكي السفلى والعلو أن يفعل في ملكه ما لا يضر بالآخر في نفسه أو في ماله، فإن فعل أحدهما ما لا يضر بالآخر وكان غير مألوف ضمن ما يترتب على ذلك"<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الغرض الذي خصص له العقار

هذا الغرض له دور أيضا في تقدير الضرر غير المألوف، فيجب على القاضي أن يضعه في اعتباره، فالعقار الذي خصص لغرض للسكنى يختلف عن العقارات المقامة لهدف تجاري أو وظيفي، يقتضي ديمومة الحركة<sup>(2)</sup>، كالعيادات الطبية ومكاتب المحامين والشركات، فما يكون ضررا غير مألوف بالنسبة للأول قد لا يكون ضررا مألوفا بالنسبة للآخرين.

ومن التطبيقات القضائية لهذا الضابط ما تم تقريره من تعويضات كبيرة المالكين المجاورين لمطار نيس بفرنسا نتيجة المضار الصادرة من أصوات الطيران التي تجاوزت كثيرا الحد المألوف، بحيث أن الغرض من عقاراتهم هي تخصيصها للسكن، لكن بناء هذا المطار ضمن منطقة سكنية تجاوز الغرض الذي شرع له، ولهذا تقرر عنه ضرر غير مألوف يستوجب التعويض<sup>(3)</sup>، لكن التشريع الجزائري لا يشهد هذه المضار بالنسبة للمطارات، بسبب المساحة العقارية المخصصة لها والارتفاقات المخولة لها في الحصول على العقارات الخاصة المجاورة للمطارات، خاصة أن المادة (712) من ق م ج أوجبت عدم إنشاء المصانع والآبار وجميع الآلات البخارية، وكل المؤسسات المضرة بالجيران على مسافات قانونية وفق لشروط معينة ومحددة حسب كل تنظيم.

وهناك حالة أخرى يكون فيها الضرر وفقا للعرف وطبيعة المنطقة، إلا أنه قد يعد غير مألوفا بالنظر إلى الغرض الذي خصص له العقار، إذا كان من شأن هذا الضرر منع المالك من استعماله لعقاره وفقا لما هو مخصص له، فمثلا إذا تم اعداده لمستشفى، فإنه يتأثر مباشرة بالضوضاء الناجمة عن استعمال الجار لملكه، مما يشكل له ضرر غير عادي يمنحه الحق في منعه أو طلب التعويض عنه، رغم أن هذه الضوضاء والفوضى تعتبر من الأضرار المعتادة لباقي سكان المنطقة<sup>(4)</sup>.

وقد تناول هذا الضابط كل من التشريع الجزائري، المصري والمغربي.

(1)- المادة 1176 من قرار جمهوري بقانون رقم (14) لسنة 2002، بشأن القانون المدني اليمني، الجريدة الرسمية اليمنية، العدد (1/7) لسنة 2002.

(2)- محمود الخيال، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، مصر، 1992، ص 32، صابر عبده خليفه، المرجع السابق، ص 111.

(3)- نقلا عن جاد يوسف خليل، المرجع السابق، ص 115.

(4)- حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1958، ص 300.

واعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أن المعيار في اعتبار الضرر غير مألوف؛ هو معيار ذاتي وليس موضوعي، يرتب المسؤولية وبالتالي التعويض<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: الاعتبارات المتعلقة بالأسبقية في الاستغلال والترخيص

إذا كان العرف والعقار ضابطان أصليان في تقدير الضرر غير المألوف، فإن هناك اعتباران بشكل استثنائي تساعد قاضي الموضوع في ذلك، متعلقان بالأسبقية في الوجود وفي الترخيص الإداري.

#### أولاً: الأسبقية في الوجود

تكمن هذه الأسبقية في معرفة الجار الذي كان يشغل عقاره قبل الجار المستقر بعده.

وهناك من يرى أنه إذا استغل المالك عقاره بشكل خاص، ونتج عنه مضارا غير مألوفة للملاك الجدد يكون غير مسؤولا عنها، والعبرة من ذلك أن المالكين الطارئين رغبوا بإرادتهم الجوار وما ينتج عنه من مضار، ورغم ذلك قبلوا ضمنا نتائج المسبقة، مما يجعل الأسبقية في التملك تعفي من المسؤولية<sup>(2)</sup>. وقد نصت محكمة الاستئناف المصرية، أنه في حالة إقدام شخص على انشاء سكن قريب من مصنع، فلا يحق له التضرر من وجوده أو لضوضاء تحدثها آلاته، لاعتباره جار طارئ عليه، ولأنه بمحض اختياره بنى مسكنه ويعلم بظاهر العيب الذي يوجد بالسكن المجاور له<sup>(3)</sup>، وعلى ذلك لا يحق له طلب تعويض من صاحب هذا المصنع، لكن يرى فريق آخر أنه لا يحق للمالك القديم، أو أي كان من ذوي الحقوق على العقار أحداث ضرر غير مألوف بجيرانه الجدد، بغض النظر عن المدة الزمنية التي استقروا فيها بجوارهم، فالأقدمية لا تؤثر سلبا على حق الجار في طلب التعويض عما أصابه من ضرر<sup>(4)</sup>.

والطبيعة العامة للمنطقة من شأنها أن تكون عرفا سائدا لما هو مألوف من الاستعمال، ومتسامح فيه من المضار بالعكس ما هو غيره، وفي حالة تعارض وتصادم الغرض الذي خصص له العقار عن الغرض العام للمنطقة؛ سواء تحددت هذا التخصيص العام للمنطقة فعليا أو بموجب التنظيم، والمتفق عليه أن العبرة بالتخصيص الجماعي الفعلي أو القانوني، وحتى أسبقية صاحب السكن في استحداث مسكنه

(1) - جورج ن ش دراوي، حق الملكية العقارية، مع ملحق عن حق التصرف-حق الانتفاع، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002، ص 46.

(2) - زكي زكي زيدان، الضرر الذي يوجب المسؤولية عن مضار الجوار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد الواحد والأربعون، أبريل، مصر، 2007، ص 474.

(3) - محكمة استئناف مصر 10 ديسمبر سنة 1928، المحاماة 8 رقم 926، ص 498، نقلا عن جاد يوسف خليل، المرجع السابق، ص 119، 120.

(4) - عبد الرحمان عزوي، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة، عالم الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 41.

في حي صناعي، ليس من شأنه تغيير طبيعته إلى حي سكني، فالأسبقية الجماعية في التخصيص والمباشرة الفعلية للنشاط هي المعول عليها في تقدير مألوفية الضرر، بحيث لا يحق للجيران الجدد ذوي الاستعمال المغاير كليا لتخصيص المنطقة الدفع بما هو استعمال معتاد مألوف لما خصصت له من أغراض.

لكن تفرض الأشكالية نفسها في تعارض الأغراض في حالتين:

**(1)** تتمثل في أثر الأسبقية الفردية في الاستعمال في منطقة لم يتم تخصيصها فعليا أو بموجب التنظيم لغرض عام محدد، على ما يجد لاحقا من أوجه استعمال، ومثاله بناء سكن فردي خاص في منطقة نائية عمرانيا، ثم يتم تعميمها وتهيئتها بمحلات تسبب مضارا غير مألوفة لصاحب العقار الأول، فلا يكون في هذه الحالة أثر للأسبقية الفردية، فالعبرة بما هو حالي من تخصيص عام بشكل فعلي ولو كان لاحقا زمنيا للتخصيص الفردي.<sup>(1)</sup>

**(2)** الفوضى العمرانية التي شملت البناء دون تنظيم محكم، بحيث لا تحترم القواعد القانونية والمسافات في انشاء الأحياء السكنية والمناطق الصناعية، في غياب رقابة إدارية محكمة، رغم أن المشرع الجزائري يمنع اقامة بناءات داخل المناطق الصناعية بموجب القوانين الخاصة.

وهذا التعارض جعل بعض الفقهاء يضعون الغرض الخاص بالعقار ضمن الظروف الشخصية للجار، لأنه كان من المفروض تغيير هذه العبارة ب (الغرض العام الذي خصصت له عقارات الجوار) بالنسبة للمالك المتضرر من هذا الغرض الجماعي.<sup>(2)</sup>

ولقد سكتت المادة (691) من ق م ج، والمادة (807) من ق م م، على أسبقية الاستغلال أو الوجود، ولم يستثن صراحة الفصل (99) من م ع ا ت امكانية التمسك بالأسبقية للإعفاء من مسؤولية التعويض عن المضار غير المألوفة، وبالتالي يمكن التبين امكانية التمسك بهذا الدفع، خاصة أن الجار المتضرر ضرره كان متوقعا بسعيه إلى ذلك الجوار، مع كامل علمه بالمضرة وهو قبول ضمني بها، ولاستبعاد امكانية التمسك بالأسبقية اعتبر بعض شراح القانون أنه عملا بالقاعدة الأصولية: " لا يمكن التمييز حيث لا لم يميز المشرع".

وعليه، وجب عدم التضييق في مجال الفصل (99) السالف الذكر، ولا يعد خطأ استقرار الأشخاص قرب مكان تصدر منه مضرة غير عادية، أو قبولا للمخاطر، إلا إذا تبين أنه لم يتخذ جميع الاحتياطات المعتادة لتفادي أو الحد من الضرر، ويبقى لمن تضرر القيام برفع دعوى ضد من أحدث له ذلك والأسبق منه في الاستغلال والوجود، وهو ما أكده القضاء الفرنسي.

(1)- أحمد شوقي عبد الرحمن، حق الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 31

(2)- همام محمد محمود، المرجع السابق، ص 341.

لكن على عكس ذلك، جاءت المادة (75) من م ح ع م لتتص على أنه:

" إذا أحدث الغير بناء بجوار عقار يتصرف فيه مالكه تصرفا مشروعاً، فليس لمحدثه أن يدعي الضرر من الوضع القديم، وإنما عليه أن يدفع الضرر الذي أحدثه بنفسه.<sup>(1)</sup>"

يتضح لنا من خلال هذه المادة، أن المشرع المغربي على عكس التشريع الجزائري والمصري والتونسي، أخذ بفكرة الأسبقية في الوجود والاستغلال؛ التي تعطي صلاحية أوسع لمالك العقار القديم، بحيث يمكن له ليس فقط استعمال واستغلال ملكيته، بل حتى التصرف فيها، وقصد بها التصرف المادي بكل أعمال البناء المختلفة من تعلية أو هدم أو ترميم ما دام تصرفه بطريقة قانونية، وليس له الدفع بوجود مضار من الوضعية القديمة للمالك السابق، وما على المالك الجديد إلا بدفع الضرر الذي فرضه على نفسه باختياره البناء مع علمه بوجود ضرر مستقبلي سيلحق عقاره.

### ثانياً: الأسبقية في وجود ترخيص إداري

بتفحص نصوص ق م ج لا يوجد أثر لنص كيف الترخيص الإداري، ومدى تقييده لقيام مسؤولية الجار الناتجة عن مضاره غير المألوفة، غير أن بعض القوانين الخاصة أوردت نصوصاً تمنع هذه المضار رغم منح تراخيص، كالمادة (27) من القانون 08/04 الصادر في 2004/8/14 والمتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، والذي لا يسمح بتواجد نشاط تجاري يترتب عنه أضرار، ومخاطر بيئية أو مضار مقلقة لراحة وصحة السكان، والذي أكدت عليه المادة (712) من ق م ج السالفة الذكر أعلاه، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 88/04 المنظم لنشاط الزيوت المستعملة وتجديدها، فيشترط على ممارس هذا النشاط الحصول على ترخيص، ورغم ذلك فلا يحول الترخيص دون قيام مسؤولية ناشطها إذا ما سبب ضرراً للجيران.<sup>(2)</sup>

وكما قضى قرار للمحكمة العليا بما يلي:

" ... حيث أن موضوع النزاع يتعلق بإزالة جدار التحويط من جهة المسكن والمحل التجاري، بحيث تسبب في ضرر للمدعين وحجب واجهة المحل.

(1)- القانون 08/39، م ح ع م، المصدر السابق، ص 15.

(2)- نقلاً عن سارة بولقواس، أثر الترخيص الإداري على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 01، العدد الثامن، جانفي 2016، ص 554-557.

... الحال أن موضوع النزاع يخص مضار الجوار حسب نتائج الخبرتين وأن وجود وثائق إدارية لا تعطي لمالك العقار حق التمسك بالرخص ومطابقة الأشغال لقواعد العمران بغرض إعفائه من مسؤولية مضار الجوار بمفهوم المادة (691) من القانون المدني لأنها تسلم تحت التحفظ، لحماية الغير.<sup>(1)</sup>

وقرر المشرع المصري مسؤولية المالك حتى بعد حصوله على الترخيص، بناء على نص المادة (807) من ق م م بأنه: " ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " وكما نص الفصل (99) من م ا ع ت على أنه:

" والرخصة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق الجوار في القيام "

وقصد بالقيام في هذا الفصل هو رفع دعوى قضائية ضد المتسبب في المضار، غير أن المشرع التونسي حصر فقط هذه الرخصة بالنسبة للمضار البيئية مثل المضرة بالصحة والمكدرة لراحة الجيران، وجعل الرخص الأخرى للقوانين الخاصة، مثل الفصل 29 من القواعد العامة المتعلقة بشروط تهيئة المؤسسات الخطرة أو المخلة بالصحة أو المزعجة من الصنف الثالث التي نصت على ما يلي: " تمنع أي انبعاثات للدخان الكثيف والبخار والغبار والغازات ذات الرائحة أو السامة... والتي من شأنها أن تقلق الجوار أو تضر بالصحة وبالسلامة العامة"<sup>(2)</sup>.

بالنسبة للمشرع المغربي فقد اتفق مع التشريعين السابقين في فحوى المادة (72/02) من م ح ع م التي أكدت أنه:

" لا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون استعمال الحق في المطالبة بإزالة الضرر".

ويعتبر الترخيص الإداري؛ إذن أو موافقة السلطة الإدارية المختصة المشرفة على ممارسة نشاط معين تمنح للمالك على إذن مسبق لممارسة نشاطه حسب الغرض الذي تحصل عليه لرخصة، إما نشاط تجاري أو صناعي، وكن بشرط تحقق الشروط القانونية فيه.

وبالتالي، فهو وسيلة رقابية وقائية بغية تنظيم ممارسة بعض الأنشطة المسببة لمضار الجوار غير المألوفة، لكن إذا وقع ضرر غير مألوف من عقار مرخص له إدارياً، لم يمنع الترخيص الجار المضرور من الرجوع على مالك العقار، فهذا الترخيص لا يخل بحقوق الغير، لأن جهة الإدارة مانحة الترخيص

(1)- قرار للغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 410719، مؤرخ في 2007/09/12، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، قسم الوثائق، الجزائر، 2010، ص 353، 355، 356.

(2)- قرار وزير الصناعة مؤرخ في 2012/9/6، يتعلق بضبط القواعد العامة المتعلقة بشروط تهيئة المؤسسات الخطرة أو المخلة بالصحة أو المزعجة من الصنف الثالث واستغلالها، ر س ت، عدد 076، المؤرخ في 2012/09/25، ص 2543.

تراقب الشروط القياسية لنوع النشاط ومكانه؛ أما ما يتعلق ما ينشأ عنه من مضار فيصعب عليها مراقبتها، ولهذا لم يجعل القانون من الترخيص سببا لإعفاء المالك من مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة،<sup>(1)</sup> لأن الترخيص مجرد تدبير وقائي، هدفه حماية المصلحة العامة، أما مصلحة الجيران فهي من اختصاص المالك مراعاتها من تلقاء نفسه،<sup>(2)</sup> ولا يحول الترخيص الإداري دون استعمال الجار المضروب حقه في طلب التعويض العيني بإزالة المضار غير المألوفة.

واتبع الاجتهاد القضائي المصري هذا الاتجاه في الطعن المدني التالي:

" معيار الضرر غير المألوف (الناشئ عن غلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بجاره ضررا يجاوز الحد المألوف) موضوعي، بأن يكون الضرر فاحشا متجاوزا الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم البعض بحكم الجوار، على أن يراعى فيه العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يمنع من أن يكون الضرر غير المألوف أن يكون النشاط الذي نتج عنه الضرر مرخصا به من الجهة الإدارية، لأن أساس المسؤولية هنا الخطأ الشخصي لا عدم مشروعية الاستعمال، فإذا ما تحقق الضرر بهذا المعنى، كان للجار أن يطلب إزالته أو التعويض عنه إذا استحال التنفيذ، وللقاضي إذا كانت الإزالة ممكنة أن يلجأ إلى الغرامة التهديدية عملا بنص المادة (213) من القانون المدني"<sup>(3)</sup>.

ونستشف من خلال هذا الطعن، أن القضاء المصري فسر نص المادة (807) من ق م م، التي لم تمنح للترخيص الإداري الحق في منع الجار المتضرر من الدفع بوجود ضرر غير مألوف، وبالتالي يمكنه طلب تعويضا عينيا بإزالة الضرر، وعند استحالته طلب التعويض نقدا، مع تقرير غرامة تهديدية عن كل يوم تأخير في حالة امكانية الإزالة.

ويمنع الترخيص الإداري من مطالبة الجار المضروب للمالك بالتعويض العيني مثل الإزالة والغلق، ويقصر حقه على طلب التعويض نقدا فقط، لعدم المساس بالقرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية، لأن موضوع الدعوى ليس الطعن في القرار، بل هو مسؤولية المالك عن مضار غير عادية، رغم أن هذه المسألة لم يرد بشأنها نص صريح في التشريع الجزائري.

(1)- عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 86.

(2)- محمد وحيد سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1993، ص 83.

(3)- الدوائر المدنية المصرية، الطعن رقم 70/2146، مؤرخ في 2011/05/22.



ذهب رأي توفيقى إلى أن الترخيص الإداري لا يمنع التعويض بنوعيه العيني والنقدي على حد سواء.<sup>(1)</sup>

ولم تشير م ح ع ت إلى الترخيص الإداري، لكن نص الفصل (91/2) من م ع ا ت على أنه:  
" ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى."

وتوصلنا إلى أن الترخيص الإداري محصور على المضار الماسة بالصحة، والمكدرة لراحة الجيران دون المضار الماسة بعقاراتهم، حيث يعطي الحق لهم في رفع دعوى لإزالة هذه المضار أو تغييرها. وأما بالنسبة لجزاء المضار غير المألوفة، إما إزالة المحلات المضرة بالصحة والمكدرة لراحة الجيران، أو القيام بإجراء تغييرات هذه المضار عن طريق رفع دعوى قضائية<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: الأساس القانوني للمسؤولية عن قيد مضار الجوار غير المألوفة

اختلف الفقه القانوني في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة بين الخطأ الشخصي، وبين التعسف في استعمال الحق وبين نظرية المخاطر. وقد استلهم الفقه هذه الأسس من النصوص القانونية السالفة الذكر، وكل ما دارت عليه الدراسات هو تأصيل النصوص القانونية، وردها إلى وجه معين من وجوه المسؤولية، كما سيترتب جزاء على هذه المسؤولية، وهو ما سيتم عرضه في الفروع التالية:

#### الفرع الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية

أقامت العديد من الاتجاهات الفقهية أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة من الخطأ الشخصي، غير أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا في نوع الخطأ القائم، فمنهم من يقيم المسؤولية على مخالفة المالك للقانون، كعدم احترامه لحقوق التراجع عن الجوار التي تفرضها قوانين البناء، أو عدم احترام النصوص القانونية في مجال المحلات المصنفة التي تفرض التزامات معينة، صحية وبيئية، فيرتكب بذلك خطأ تقصيرياً يستلزم التعويض<sup>(3)</sup>، ومنهم من يقيم المسؤولية على أساس الخطأ العادي، فقد لا يرتكب المالك مخالفة القوانين والتنظيم لكن مع ذلك يرتكب خطأ تقصيرياً في استعماله لملكيته العقارية، بأن ينحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص العادي، فإن نتج عنه ضرر بجاره، يكون مسؤولاً في حدود القواعد العامة؛ ومثاله أن تكون طبيعة مهنة مالك العقار تفرض عليه مخاطر تتعدى

(1)- محمود عبد الرحمن، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، (د س ن)، ص 121، 122.

(2)- الفصل 91 من م ع ا ت، المصدر السابق، ص 27.

(3)- جورج ن ش دراوي، المرجع السابق، ص 40، 41.

حدود حيز عقاره لتضر بالجيران الآخرين، فيكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.<sup>(1)</sup>

واعتبر اتجاه آخر أن المالك إذا استعمل ملكه استعمالاً عادياً، وترتب على ذلك مضار مألوفة لحقت جاره، فإنه يتوجب على الأخير تحمل هذه المضار التي يتسامح الناس فيها ولكن إذا تجاوز المالك في استعمال ملكه بشكل استثنائي بهدف الحصول على فائدة أكبر، مما ينتج عنه مضار غير مألوفة، تلقي على عاتقه التعويض عنها، لكن في حالة رفضه التعويض يعتبر رفضه خطأً بحد ذاته تقوم عليه المسؤولية؛ ومناطق ذلك أن الاستعمال الاستثنائي للملكية العقارية ليس خطأً في حد ذاته حيث ما كان بطريقة مشروعة وقانونية، غير أن الخطأ في رفض التعويض<sup>(2)</sup>.

ولقد أنشأ الاجتهاد القضائي المصري الأساس القانوني فيما يلي:

" إن النص في المادة 807 من القانون المدني على أن: " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه... " يدل على أن المشرع - بهذا النص - رسم حداً لحق الملكية، ووضع قيوداً عليه وهو ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بجاره ضرراً يجاوز الحد المألوف، وإلا جاز لجاره أن يطلب إزالة هذا الضرر، على اعتبار أن خروج الجار عن الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خطأً منه بانحرافه عن السلوك المألوف للشخص المعتاد في استعماله حقه أو إخلاله بالتزامه القانوني الوارد بهذا النص، بالألا يصيب الجار بضرر غير مألوف، فتقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ الشخصي بمعناه المعروف، لا على أساس التعسف في استعمال الحق الذي لا يتحقق إلا في إحدى صور ثلاث وفق نص المادة الخامسة من القانون المدني، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير أو كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو كانت هذه المصالح غير مشروعة.

إذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاؤه برفض طلب الطاعن إزالة أجهزة التكييف الخاصة بالمطعون ضدهم، والمثبتة في حائط مسكنه أسفل مطلاتها على ما اجتزأه من تقرير لجنة الخبراء، من أنه وإن كانت هذه الأجهزة تسبب ضرراً للطاعن إلا أن وجودها ضروري بالنسبة للمطعون ضدهم مع انتفاء قصدهم في الإضرار، فلا يعد استعمالاً غير مشروع طبقاً للمادة من القانون المدني، دون أن يفطن إلى حقيقة السبب القانوني الذي تقوم عليه الدعوى وهو الاستعمال غير المألوف من المطعون ضدهم في تشغيل هذه الأجهزة بما يترتب عليه ضرر فاحش للطاعن يجيز له طلب إزالتها عملاً بالمادة 807 من هذا القانون السابق بيانها، وبالتالي لم يعرض الحكم لدلالة ما أورده تقرير تلك اللجنة في ضوء ذلك من

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 688.

(2) - مروان كساب، المرجع السابق، ص 94.

أن الأجهزة بحسب مكانها وطريقة تشغيلها تسبب ضررا كبيرا للطاعن بما ينبعث من حرارة محسوسة وما تحدثه من ضوضاء واهتزازات بشكل يؤثر على القائمين بالمسكن ويمنعهم من استعمال مطالته أعلى هذه الأجهزة وهي الجهة الوحيدة التي أعدت لذلك، وأن في ذلك يحول بين الطاعن وأفراد أسرته دون الاستعمال الطبيعي للمسكن، مع إمكان نقلها إلى مكان آخر، واكتفى الحكم بما اجتزأه من التقرير على نحو ما سبق بما لا يصلح ردا على الدعوى وهو ما يعيبه بمخالفة القانون والقصور في التسبيب" (1)

وأما المشرع التونسي فقد قرر أحكام مضار الجوار غير المألوفة في أحكام الفصلين (99 و100) من م ع ا ت، واللذان وردا ضمن الباب الثالث المعنون بـ: في الالتزامات الناشئة من الجرح وشبه الجرح، إذ نص الفصل (83) منها على أنه: " من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية، فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الوحيد للمضرة مباشرة، وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه، والخطأ ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر."

نفهم من خلال هذا الفصل أن القانون التونسي جعل المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع) كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، حيث لو تسبب عمل شخص في الحاق ضرر مادي أو معنوي بشخص آخر، فإن القانون يترتب التزام محدث الضرر بتعويض الشخص المضروب، وهذا الالتزام ينشئ من الفعل الضار الناتج، وأساس المسؤولية هو الخطأ غير المتعمد الذي تنتفي نية العمد في اضرار الآخرين، وهو ما يطبق على مضار الأجوار إذ يكون مالك العقار مسؤولا عن ما تجاوز الحد المألوف بسبب خطئه في استعمال لملكيته دون قصد إحداث الضرر بجاره، لكن المشرع التونسي لم يوضح نطاق هذه المضار، هل قصد بها نطاق العقار أم نطاق الأشخاص؟

الإجابة على هذا السؤال، تقتضي تفحص الفصل (99)؛ والمقصود بها المضار المضرة بالصحة والمكدره لراحة ملاك العقار من الأجوار، وحتى الفصل (100) لم يتطرق للمضار الواقعة على ملكية الجيران، مما يؤكد أن مضار الجوار ليست قيودا على الملكية العقارية في القانون التونسي، بل هي صورة من صور العمل غير المشروع.

وأما فيما تعلق بقانون الالتزامات والعقود المغربي، فقد بين الفصل (78) منه على أن:

" كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر."

يتضح لنا من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي أقر بالخطأ كأحد صور من الفعل الضار (غير المشروع)، التي إذا ارتكب من غير عمد، وأدى إلى الاضرار بالغير يترتب عليه التعويض، وحتى

(1)- الدوائر المدنية المصرية، الطعن رقم 70/2146، المؤرخ في 2011/05/22.

أنه عرف الخطأ؛ أنه ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما يجب الامسك به، وذلك من غير النية في إحداث الضرر للغير.

والانتقادات الموجهة لهذا الأساس تكمن في أن مفهوم الخطأ المدني واحد، وتكييف مضار الجوار به من شأنه تخفيض الحد الأدنى للخطأ، مما يجعله يفقد فائدته العملية، فالمتمسكون لفكرة الخطأ، وجدوا تناقض كلي مع اتجاهاتهم المبدئية، لأنهم في الواقع يطبقون أفكار نظرية المخاطر، باعتبار أنهم لا يستطيعون تطبيق مبادئ هذه النظرية عن كل حالات المسؤولية، لكن تقضي الأحكام القضائية في منازعات مضار الجوار بإقرار التعويض النقدي للمتضرر ونادرا ما تقضي بالتعويض العيني، وإذا كان ثمة خطأ فليس من الطبيعي تركه مستمرا، فكان من المفروض الأمر باتخاذ اجراءات تحد منه خاصة في حالة عدم اتخاذ الحيطة أو الإهمال<sup>(1)</sup>.

ولابد من التمييز بين الضرر الموجب للتعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، فلا يشترط فيه المضار غير المألوفة، ويقاس بقدر جسامته وضآلته، ويترتب عليه التعويض نسبيا حسب درجته، بينما المسؤولية في الجوار يشترط فيها عدم مألوفية الضرر ولا تدخل في تقدير التعويض.

وهناك مسؤولية أخرى لمضار الجوار تقام على أساس خطأ يتجاوز حالة الضرورة، بحيث تقوم العلاقات القائمة بين الجيران على ضرورات ايجابية يمكن تحملها من مضايقات اعتيادية متبادلة بين الجميع، وضرورات سلبية تتجاوز الحد العادي لممارسة حق الملكية.<sup>(2)</sup>

وإن المسؤولية الناتجة عن مضار الجوار غير المألوفة في فرنسا من عمل القضاء في انعدام نصوص تشريعية، لذلك اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية، فالبعض منهم أسسها على حالة الضرورة الاجتماعية التي لا بد من تحملها، ولكن تقدر هذه الضرورة بحسب قدرها، فإن أوجب تحمل الجار للضرر دون تعويض لا يتوجب دفعه، وإن تجاوز حد الضرورة، قضي عليه بالتعويض ولو لم يوجد خطأ صادر منه.

وأما الفقيهان (بلانيول وريبير) فقد اعتبروا الخطأ هو خروج عن السلوك المعتاد، حيث أي شخص كان يسبب بخطئه ضررا للغير ملزم بتعويضه، عما سبب له وفقا للمادة (1382) من القانون المدني الفرنسي، ومن ثم يعتبر المالك مسؤولا عن الضرر الذي سببه بإهماله ولا مبالاته، لكن تطور التفسير الفقهي للمادة السالفة الذكر بطريقة جعلها في بعض الأحيان تكريسا للمسؤولية دون خطأ.<sup>(3)</sup>

(1) - مروان كساب، المرجع السابق، ص 47، 48.

(2) - منى مقلاتي، المرجع السابق، ص 74.

(3) - Planiol et Ripert, Traite de droit civil français, Obligations, Tome VI, Revue internationale de droit comparé, France, 1954, p 641.

وقد تضمنت فكرة الخطأ عدة أساسات للمسؤولية عن الجوار، منها وجود التزامات بين الملاك المتجاورين، تفرض على كل منهم التزامات قانونية معينة في استعمال حق الملكية العقارية بشرط عدم الإضرار غير المألوف بعقارات الجيران، وفي حالة اخلال بهذه الالتزامات يعتبر خطأ يستوجب التعويض. لذلك، فمسؤولية المالك بالتزام الجوار يفرضه القانون على الجار بألا يلحق بجاره ضرراً غير عادي، إذ يستخلص من نصوص قانونية دون وجود اتفاق مسبق بين الجيران.

غير أن واقع القانون المدني الفرنسي لم يفرض أية التزامات قانونية على الجوار، إلا ما تعلق بارتفاقات المرور، والمطلات والتلاصق في الجوار فقط.<sup>(1)</sup>

وكما ترتب على التطور التكنولوجي لأساليب الحياة الاجتماعية استعمال المنقولات، مما أدى إلى تنوع الأضرار، ولم يعد الخطأ كافياً لحماية الجيران المتضررين لصعوبة إثبات الخطأ الناشئ عنه الضرر، وظهرت نظرية الخطأ المفترض.

وبناء عليه، قام الفقهاء على تطبيق قواعد هذه النظرية على مضار الجوار غير المألوفة التي تحدثها الأشياء والآلات على أساس فكرة الحراسة، فإذا ما تسببت هذه الأشياء والآلات المملوكة لصاحب العقار لمضار غير مألوفة لجاره نتيجة تقصير وعدم عناية ترتب عنه خطأ مفترض لا يقبل العكس، إلا ما كان منه يعود لسبب أجنبي خارج عن إرادته، ويبقى للجار المضرور الدفع بإثبات علاقة السببية بين الشيء والضرر.<sup>(2)</sup>

أما الفقيهان (Planiol , Ripert) في كتابهما (Les biens) تراجعاً عن فكرة الخطأ الواردة في القانون المدني القديم، ليضعوا من جديد التحديد القانوني الصحيح لمسؤولية المالك في مضار الجوار، هذه الأخيرة هي علاقات تؤدي إلى العديد من النزاعات، وممارسة حق الملكية حتى لو كانت ضمن الحدود الموضوعية، فقد تتسبب في كثير من الأحيان في إلحاق أضرار بالملكيات المجاورة، عندئذ تكون مسألة معرفة محدث فعل الضرر هو الذي يعلن عنه، وعلى أي أساس يتحمل مسؤوليته، لذلك اعتبروا مضار الجوار غير المألوفة ناتجة عن نشاط استثنائي أو غير طبيعي من حق الملكية، وبالتالي تكون المسؤولية موضوعية ذات طبيعة خاصة<sup>(3)</sup>.

(1)- نقلاً عن جاد يوسف خليل، المرجع السابق، ص 129، 130، 131.

(2)- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 258.

(3)- Marcel Planiol, Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, 2 édition, revue internationale de droit comparé, Paris, France, 1952, p 450,451.

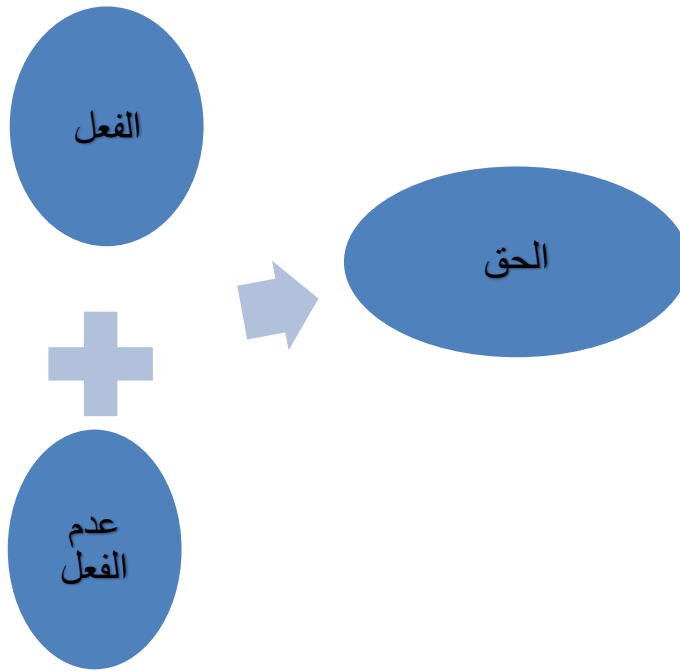
## الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق

قبل التطرق للتعسف في استعمال الحق، لابد من معرفة مدلول الحق.

ويقصد بالحق؛ ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية، ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على المال معترفا له بصفاته مالكا أو مستحقا له، ومن ثم يشمل الحق الاستثناء؛ هو الذي يميز الحق، لأن هذا الأخير ينشأ علاقة بين صاحب الحق ومحلّه، ويكون له وحده ويختص بماله، ومثاله الملكية العقارية، كما يشمل الحق التسلط؛ وهو النتيجة الطبيعية للاستثناء، ويقصد به صاحب الحق على ماله ويتصرف بحرية في الشيء محل الحق، واستعمال الحق يتضمن سلطة ايجابية تترجم في مجرد دور الإرادة، اما سلطة التصرف فيه رخصة في التصرف في الشيء محل الحق من جانب صاحبه بصفته سيّدا عليه، وتتضمن حرية الاختيار بين العمل والامتناع المحض<sup>(1)</sup>.

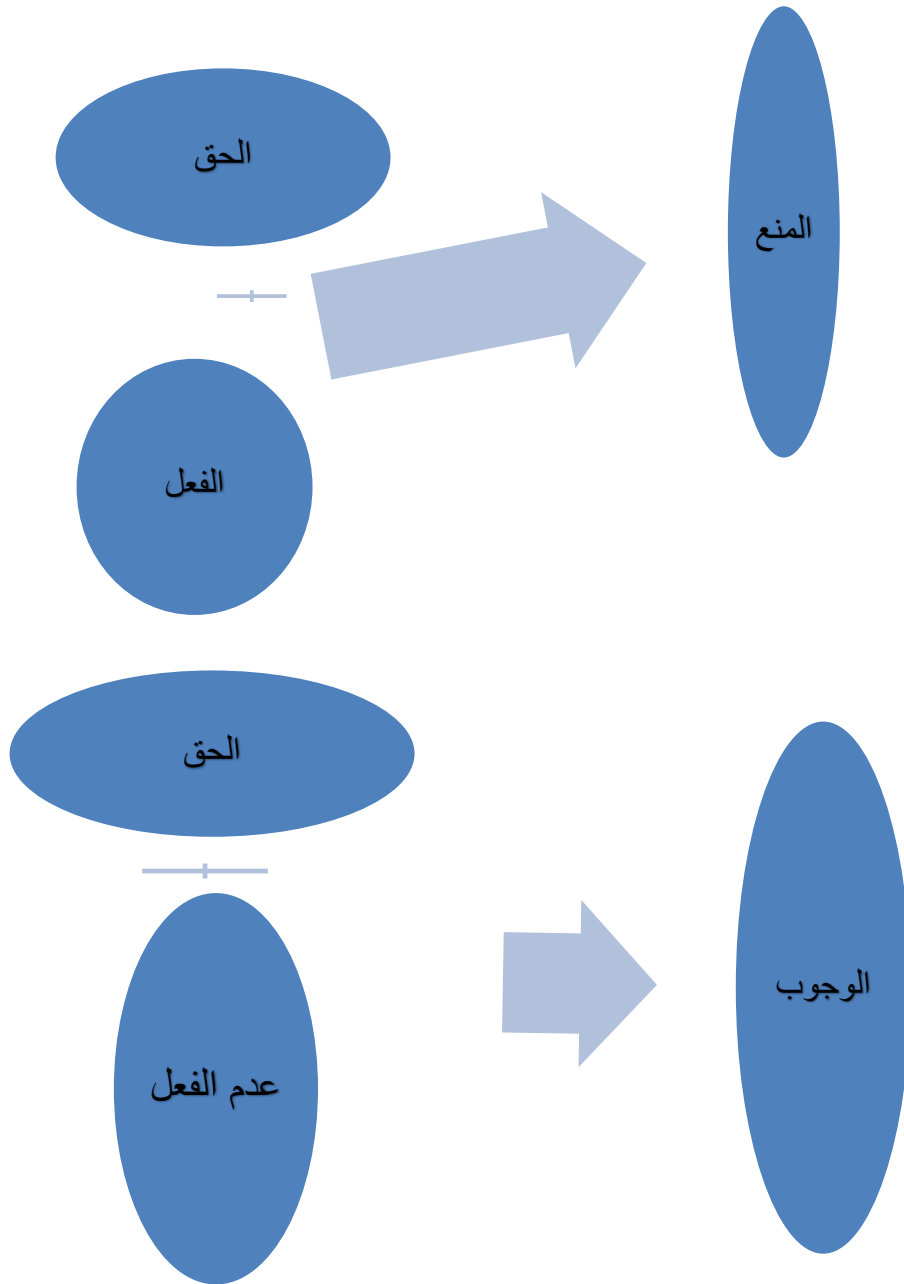
ويشمل الحق جانبان: جانب إيجابي وهو الفعل، وجانب سلبي هو عدم الفعل.

وعليه، فإن تقييد الحق يكون إما بإنقاص الجانب الإيجابي منه، وإما بإنقاص جانبه السلبي، فتكون النتيجة كالآتي:<sup>(2)</sup>



(1)- نقلا عن حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2014، ص 162، 163.

(2)- عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 303.



المصدر: د عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 303-304.

واختلفت الآراء الفقهية حول فكرة التعسف في استعمال الحق وربطها بالخطأ، فهناك من يعتبر التعسف صورة من صور الخطأ، ومنهم من جعل التعسف صورة مستقلة ومرتبطة أساساً بفكرة الحق

نفسه<sup>(1)</sup>، أما الفقيه ( بلانيول) فيرى أن الحق ينتهي حيث بدأ التعسف، فلا يمكن أن يكون هناك تعسف في استعمال حق معين، لأنه لا يصح أن يكون العمل متفق مع القانون ومخالف له في وقت واحد.<sup>(2)</sup> وقد تناول المشرع الجزائري حالة التعسف في استعمال الحق لأول مرة في نص المادة 41 من القانون المدني (الملغية) التي نصت على أنه: " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات التالية: -إذا وقع بقصد الإضرار بالغير...، -إذا كان يرمي إلى الحصول إلى فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، -إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

تثير هذه المادة تساؤلا حول علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية ولا سيما عنصر الخطأ، حيث يرى بعض الفقه أنه لا توجد علاقة بين الأمرين، في حين يرى البعض الآخر أن علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية هي علاقة طبيعية، لأن جزاء التعسف في استعمال الحق تعويض هو في حد ذاته أساس المسؤولية المدنية، وحت حالات التعسف ما هي إلا صور من صور الخطأ، ثم طبق هذا الحل المشرع من خلال القانون 10/05 المعدل للقانون المدني، وتم استحداث المادة (124 مكرر) في القسم الأول المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية من الفصل الثالث المخصص للعمل المستحق للتعويض، التي جاءت بثلاثة معايير كما يلي: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق لاسيما في الحالات الآتية....."، وهي نفس الحالات الواردة في المادة (41) الملغية، وتقوم فعلا على أساس فكرة الخطأ، ومن ثم التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير؛ هو خطأ عمدي يستوجب التعويض عنه<sup>(3)</sup>.

ولابد من التطرق لمعايير التعسف في استعمال الحق فيما يلي:

#### أولاً: معيار قصد الإضرار بالغير

يعتبر متعسفا كل من استعمل حقه بهدف نية ايقاع الضرر بالغير، مثل بناء المالك لجدار بهدف حجب الضوء عن جاره، وهنا المعيار شخصي مرتبط بمدى توافر النية والمصلحة لإحداث المضرة، فيمكن أن تكون النية من ارتفاع البناء حاجة سكنية لصاحب العقار مما أدى إلى التسبب في الضرر لجاره، وإن انعدمت المصلحة من الفعل فهي قرينة على حدوث قصد الإضرار، فإن حقق الفعل مصلحة ضئيلة اعتبر ذلك قرينة على النية المقصودة للإضرار بجاره<sup>(4)</sup>.

(1) - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ص 40.

(2) - «Le droit cesse ou l'abus commence» voir Jean Louis Bergel et Marc Bruschi, op.cit., p 112.

(3) - علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 63، 64.

(4) - عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 321.



## ثانيا: عدم التناسب بين الفائدة والضرر

يمثل استعمال الحق في الملكية العقارية بهدف الحصول على فائدة ضئيلة مقارنة مع الضرر الناشئ للجار معيارا موضوعيا بحيث يمكن القاضي من الموازنة بين وجود تناسب بين المصلحة والضرر من عدمه، حسب ظروف وملابسات كل حالة، بحيث لا يكون ملزما التأكد من النية والتحقق من قصد المالك أو نفيه<sup>(1)</sup>.

وتظهر صور هذا المعيار في نص المادة (708) من ق م ج، والتي ألزمت مالك الحائط بتهديمه مختارا دون عذر قانوني، وذلك في حالة كان يضر بجاره الذي يشكل الحائط سترا لملكيته، بينما جاءت الفقرة الثانية من المادة (818) من ق م ج على أنه:

" ومع ذلك فليس لملاك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"،

ووردت المادة (76) من ح م ع م مماثلة للنص المصري، والملاحظ أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح عذر قانوني، بدلا من قوي مثلما ورد في التشريعين المصري والمغربي، والأصح هي كلمة قانوني، لخضوعها لمعيار موضوعي، لكن لفظ قوي تشير لمعيار ذاتي شخصي، لا يمكن القاضي في تقدير قوة وضعف العذر ما لم يكن طبعا قانوني، بينما سكت المشرع التونسي عن هذه المسألة.

## ثالثا: تحقيق فائدة غير مشروعة

إذا كان المعيار الأول شخصي، والمعيار الثاني موضوعي، فهذا المعيار يأخذ خصائص المعيار الشخصي فيما يتعلق بتحقيق المصالح غير المشروعة يكون وفقا على دافع غير مشروع، ويأخذ خصائص المعيار الموضوعي، لأنه ينظر لنتائج الفعل هل تؤدي لمصلحة غير مشروعة أم لا.<sup>(2)</sup>

ولا يمكن لمالك العقار استعمال حقه في ملكيته العقارية بطريقة غير مشروعة بهدف الإضرار بعقار جاره، ومن ثم تكون فائدة المالك هي مصلحة قانونية، فإن تم توجيهها لتحقيق مصالح غير مشروعة يعتبر فعل ممارسة الملكية تعسفا، وكان المشرع المصري محقا باستعمال لفظ (مصلحة) لتضمنها نطاق واسع يشمل عدة مصالح مختلفة، بينما لفظ (فائدة) مفهوم ضيق<sup>(3)</sup>.

(1)- العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، 1992، ص 84.

(2)- رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية، الجزائر، (د. س. ن)، ص 132.

(3)- منى مقلاتي، الرسالة السابقة، ص 29.

وكذلك وردت المادة الخامسة من ق م م مماثلة لنص المادة (124) مكرر من ق م ج، حيث نصت على أنه:

" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، (ب) إذا كانت المصالح التي ترمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، (ج) إذا كانت المصالح التي ترمي إلى تحقيقها غير مشروعة"

يتبين من خلال ما سبق:

عدم خطأ المالك في حالة مغالاته في استعمال ملكه، بل يدخل ذلك الاستعمال ضمن النطاق الداخلي لحدود الحق، وانقسم الفقهاء إلى رأيين:

### الرأي الأول:

يرى هذا الاتجاه أن الغلو ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في المادة الخامسة أعلاه، أي أنه تطبيق لمعيار ضآلة المصلحة التي يريد تحقيقها المالك بالمقارنة مع الضرر الذي يلحق بجاره، لكن هذا الرأي تم انتقاده على أساس أن المسؤولية تقوم حتى وإن كان الضرر يسيراً مقارنة بمصلحة مالك العقار، وفي هذه الحالة لا يشترط ترجيح الضرر عن المصلحة.

### الرأي الثاني:

يرى فقهاء هذا الرأي، أن الغلو في استعمال حق الملكية تعسف في استعمال الحق، ولكن لا يعد تطبيقاً للمادة الخامسة السالفة الذكر، بل يعتبر صورة خاصة للتعسف، لأن صور التعسف لم ترد على سبيل الحصر في المادة الخامسة، وما ورد في المادة (807) من ق م م هو تطبيق آخر وسع من نظرية التعسف بناء على إرادة تشريعية، وحتى هذا الرأي لقي نقداً من الاتجاه الأول، بحيث اعتبروا الفاصل بين ما هو تعسف وما هو خطأ هي الحدود الموضوعية للحق، وفي الحالة التي تناولتها المادة (807) يكون المالك قد خرج عن حدود حقه في ملكيته العقارية، بسبب أخلاله بقيد قانوني وضعه المشرع وجوباً<sup>(1)</sup>.

وتعرض التعسف في استعمال الحق لعدة انتقادات، منها أن للتعسف معايير محددة -سبق ذكرها- لا ينبغي أن يتعداها، ولا يمكن عد مسؤولية مزار الجوار غير المألوفة من هذه المعايير المقررة للتعسف في استعمال الحق<sup>(2)</sup>، فهناك حالات تتحقق فيها مسؤولية المالك لا تجد لها تفسيراً ولا وجود داخل نطاق

(1) - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 316، 317، رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 157، 158.

(2) - هيمان قاسم بايز، حماية الملكية العقارية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013، ص 244.

هذه المعايير الثلاثة، مما ذهب ببعض الفقهاء إلى إضافة معيار رابع وهو (مضار الجوار غير المألوفة)، الذي نصت عليه معظم التشريعات محل الدراسة<sup>(1)</sup>.

وأما الفقه الفرنسي فقد اختلف في تأصيل أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة بسبب عدم وجود نص قانوني يقننها، وأثار الغلو في التشريع المصري اختلافاً فقهيًا بشأن تكييفه، بينما جاء المشرع الجزائري بتكييف لأساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في الفقرة الأولى من المادة (691) من ق م ج بقولها:

" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار "

يستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري بنى هذه المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق.

وجعلت المادة (124) مكرر من التعسف خطأً تقصيرياً، معياره الخروج عن سلوك الشخص العادي الذي يستعمل عقاره بشكل لا يجعله يضر بملك جاره ضرراً غير مألوفاً، لكن هل تعني المادة (124) مكرر عن نص المادة (691)؟

ويثير هذا الاستفسار مسألة وجود مادتين قانونيتين بمسؤولية واحدة، وفي موضعين مختلفين، لكن الجواب يقتضي النظر إلى الفرق الواضح بين مقتضيات المادة (124) مكرر التي نصت على صور للتعسف من بينها الصورة المنصوصة عليها في المادة (691)، لذلك فالمادة (124) مكرر لا تستغرق المادة (691) ولا تغني عنها، وعلّة ذلك أن صورة تجاوز مضار الجوار المألوفة لا تدخل ضمن صورة رجحان الضرر الذي ينزل بالغير عن المصلحة التي يريد تحقيقها مالك العقار، لأن هذه الصورة تتطلب ضالة المصلحة مقارنة بالضرر، بينما ما تتطلبه المادة (691) مصلحة جدية للمالك يصاحبها ضرر غير مألوف يحدثه بجاره، ومنه فهي صورة جديدة لتطبيقات التعسف في استعمال الحق.<sup>(2)</sup>

ولقد جاء الاجتهاد الجزائري ليضع الأساس القانوني لمضار الجوار غير المألوفة في القرار التالي: " المبدأ: تقوم المسؤولية في مضار الجوار، إذا تجاوزت الحد المألوف، على أساس الضرر، وليس على أساس إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 من ق.م "

...والرد على الوجهين المجتمعين: حيث الطاعن أعاب على قضاة الموضوع مخالفة تطبيق المادة

124 من ق.م على أساس أنهم لم يعاينوا الخطأ سبب الضرر اللاحق بالمطعون ضده، لكن حيث إن الأمر يتعلق بمضار الجوار المحددة بالمادة 691 من ق.م المتمثل في المضار التي تجاوز الحد المألوف

(1) - غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1977، ص 81.

(2) - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 160، 161.

في علاقة الجوار ولا مجال لإثبات أي خطأ بمفهوم المادة 124 من ق.م ما دام أنه يقع على القضاة تقدير ثبوت تجاوز هذه المضايقات للدرجة العادية المقبولة في علاقة الجوار وحتى لو كان الطاعن قد أنجز بناءه بصفة مشروعة ملتزماً بقواعد التعمير فإنه لا يعفي من مسؤولية تعويض هذه المضار وبالرجوع إلى دعوى الحال فإن قضاة الموضوع وبما لديهم من سلطة تقدير الوقائع والتي يستقلون بها قد توصلوا إلى أن المضار اللاحقة بالمطعون ضده تتجاوز الحد العادي بالاعتماد على تقرير الخبرة...<sup>(1)</sup>

بينما نص الفصل (83) من م ع ا ت على أن كل من ألحق ضرراً بالغير عن خطأ يجب عليه التعويض، والسؤال المطروح: في حالة ما إذا مارس المالك حقه في استعمال ملكيته العقارية هل يعد مرتكباً لشبه جنحة وتقوم عليه مسؤولية تقصيرية.

والاجابة على هذا السؤال تقتضي تفحص الفصل (103) من نفس المجلة الذي نص على أنه: " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير، فلا عهدة عليه. فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل، فعليه العهدة المالية"

من خلال استقراء هذا النص وجد فرض؛ استعمال الحق بدون قصد الإضرار، ووجد من جهة أخرى حكم: لا عهدة مالية، أي لا يعد مرتكباً لجنحة أو لشبه جنحة ولا يقضى عليه بالتعويض المالي، ولفهم المنطوق من خلال قصد المشرع، وجب الرجوع للأعمال التحضيرية المتعلقة بالمشروع المراجع المؤرخ في 1899، في هذا المشروع نجد الفصل (114) القائل: " لا مسؤولية مدنية، إذا فعل الشخص بدون نية الإضرار ما كان له الحق في فعله، يظهر أن الفقرة الأولى من الفصل (103) من م ع ا ت مجرد نقل لهذا المشروع.<sup>(2)</sup>

وبالنسبة لتأصيل مسؤولية المالك الجار في القانون المغربي، فإن القانون رقم 08.39 سكت عن نظرية التعسف في استعمال الحق، لكن من خلال استقراء المواد (14،19،20،21) من هذا القانون يلاحظ أنه أقر بشكل ضمني أحكام هذه النظرية، لكن بالرجوع لقانون الالتزامات والعقود هناك مجموعة من النصوص تقر صراحة بوجود الأخذ بنظرية التعسف في المجال العقاري<sup>(3)</sup>، حيث لم يعلق قيام التعسف على وجود تصرف متعمد من قبل المالك في الإضرار بعقار جاره، بل اعتبر المالك متعسفاً

(1) - قرار المحكمة العليا رقم 3450069، المؤرخ في 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2006، ص 383.

(2) - عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، ص 194، 195.

(3) - محمد محبوبي، أساسيات في الحقوق العينية العقارية وفق القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، ص 39.

لمجرد ممارسته حقه بشكل فاق الحدود المألوفة حتى دون قصد الإضرار،<sup>(1)</sup> رغم أن الفصل (77) من م ا ع ت أ قام التعسف طبقاً للقواعد العامة مبني على أساس فعل متعمد عن بينة واختيار بطريق غير قانوني يسبب ضرراً مادياً أو معنوياً للغير فيلزمه بالتعويض إذا ثبت وجود علاقة سببية مباشرة بين الفعل والضرر الحاصل.<sup>(2)</sup>

وهناك من ذهب إلى أن الفصلين (91) و(92) من م ا ع ت، قد تناولا نظرية الضرر الفاحش بتجاوز الحدود المألوفة في حقوق الجار، حيث يفهم من الفصل (92) منه على نوعين من الأضرار: أضرار عادية مألوفة بالإمكان تحملها غير متعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق، وأضرار غير مألوفة يستحيل تقبلها متعلقة بفكرة التعسف.<sup>(3)</sup>

في حين يرى جانب من الفقه التونسي أن لقيود مضار الجوار غير المألوفة أهمية بالغة رغبة في المحافظة على التوازن بين حق التعويض وواجب التنمية، وتقوم المسؤولية فيه على أساس قانوني فرضه الفصل (99) من م ا ع ت وهو عدم الغلو في استعمال حق الملكية؛ كقيد فرضه المشرع على استعمال حق الملكية، فجعل له حدوداً وضوابط يجب الالتزام بها في حدود هذا الحق ودون تعسف فيه قد يوقع ضرراً، فهو صورة من صور الخطأ، غير أن الفقه الحديث أثبت أن الخطأ يمكن ارتكابه حتى دون الخروج عن حق الملكية، وهناك فرق بين الحق والرخصة؛ هذه الأخيرة تعني إباحة التصرفات القانونية كالتقاضي، والكتابة الرسمية والشهر العقاري، أما الحق؛ فهو مصلحة معينة محدودة يحميها القانون<sup>(4)</sup>، والملكية العقارية هي حق يشترط فيه عدم التعسف في استعماله، إما بهدف قصد الإضرار بالغير أو ترجيح الضرر رجحاناً كبيراً أو انتفاء مشروعية المصالح التي يرمي إليها صاحب الحق، لذلك تكمن التفرقة الحديثة بين الممارسة في حدود الرخصة، والممارسة في حدود الحق والتعسف في استعماله، وضرورة الترابط الاجتماعي بين الجيران، يلزمهم دون ارتكاب الخطأ أو التعسف في حقهم بالإزالة العينية للأضرار الفاحشة التي قد يبقها استعمالهم العادي لحق الملكية، أو دفع تعويضات مالية عنها<sup>(5)</sup>.

(1) - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص 87، 88.

(2) - محمد محبوبي، المرجع السابق، ص 39.

(3) - محمد رياض، نظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 1992، ص 204، 205.

(4) - علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثالثة، تونس، 2015، ص 159، 160، 161.

(5) - المرجع نفسه، ص 161.

وخلصت محكمة النقض المغربية إلى أن الضرر الذي يحكم برفعه هو الضرر الحال غير المحتمل، وذلك في قرارها كما يلي: "الضرر الذي يحق للشخص أن يطلب برفعه إذا توافرت إحدى حالات التعسف في استعمال الحق ... هو الضرر المحقق، بأن يكون قد وقع فعلا أو وقعت أسبابه، وترامت آثاره إلى المستقبل، أما الضرر الاحتمالي وهو المبني قد يقع في المستقبل، فهو ليس ضررا محققا لا يدخل في اعتبار القاضي ولا يصح للشخص أن يقاضي عنه الغير إلا إذا وقع بالفعل".<sup>(1)</sup>

ولقد استنتجنا ما يلي:

- أخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق تأصيلا لمضار الجوار غير المألوفة، لكنه لم ينص على معايير التعسف على سبيل الحصر، حتى يكون منسجما مع فلسفة الاستعمال التي تقوم على حرية الاستعمال كأصل والمسؤولية عن ذلك استثناء، حتى يتسنى له إضافة معايير خاصة في مواقع محددة تخضع لحقوق محددة، ومنه معيار تجاوز مضار الجوار المألوفة يدخل ضمن المعايير الخاصة بالملكية العقارية فقط، بينما تبني المشرع المصري نظرية الغلو في استعمال الملكية.

- أعتمد المشرع التونسي فكرة الضرر غير العادي ليؤسس بها تأصيل هذه المضار، بينما أخذ المشرع المغربي بفكرة الضرر البليغ، باعتبارها قيودا من القيود التي ترد على حق الملكية العقارية الخاصة، والغاية من هذا القيد حماية الجيران من الضرر الذي يلحقهم من استعمال المالك لحقه.

- أوجبت التشريعات محل الدراسة على المالك ألا يتعسف أو يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وهذا ما يستدل من الفقرة الأولى من النصوص القانونية سالفه الذكر، لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن مجرد التعسف أو الغلو في استعمال حق الملكية إلى حد يضر بملك الجار يترتب مسؤولية المالك، وإنما يجب الوقوف على الأضرار التي يترتب عليها قيام مسؤولية المالك، ومهمته إزالة هذه المضار، إذا تجاوزت الحد المألوف.

- يعود التأصيل التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق للتشريع الجزائري والتشريعات المقارنة - باستثناء المشرع الفرنسي - إلى الفقه الإسلامي كمصدر تشريعي وتفسيري لأحكام هذه النظرية، لكن هذه التشريعات لم تستوعب كافة معايير التعسف، وفي بعض الأحيان قيدت من مفهوم بعض المعايير تقييدا لا يتفق ومقتضيات العدالة في استعمال الحق، مما غلب من معنى الفردية في مدلول الحق على المعنى الاجتماعي والأخلاقي فيه، كما أن هذه التشريعات ضيقت من مفهوم بعض المعايير على نحو جعلت تطبيقه نادر الوقوع، مما يجعلها عاجزة عن معالجة الكثير من حالات التعسف الظاهر.

(1)- قرار عدد 21، الصادر بتاريخ 1976/01/21، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 27، ص 71، نقلا عن محمد محبوب، المرجع السابق، ص 40.

ولقد شرعت الحقوق في الشريعة الاسلامية لمصلحة الأفراد والمجتمع، لذلك يجب أن يكون استعمال الحقوق سبيلا لتحقيق هذه المصالح وجلبها ودفعاً للمفاسد وتجنبها، فإذا ما كان في استعمال المالك حقه ضرر بغيره وجب عليه الموازنة بين مصلحته المشروعة والمضرة التي تترتب على استعماله، فإن رجحت مصلحته سلم له حقه؛ وإن رجحت مضرة غيره، قيد حقه بما يدفع المضرة، مع مراعاة القواعد الشرعية الآتية: الضرر يزال، يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، الضرورات تبيح المحظورات<sup>(1)</sup> (توازيها نظرية المضار لوجود ضرورة في الفقه الفرنسي)، وهذه القواعد تمثل المعايير التي اعتمدها الفقه الوضعي في تقدير التعسف في استعمال الحق.

### الفرع الثالث: جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة

إذا أحدث الجار لجاره ضرراً غير مألوف، فإنه يكون قد خالف القيد الذي يفرضه عليه القانون بألا يتعسف أو يغلو في استعمال حقه إلى حد يلحق بجاره هذه الأضرار.

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

والتزام المالك بعدم إلحاق الضرر غير المألوف بجاره في سياق استعمال حق ملكيته، التزاما بالامتناع عن عمل، ويترتب على الإخلال به حق الجار في طلب إزالة الضرر، وقد نصت المادة (691) ق م ج، المادة (02/807) من ق م م، المادة (71) من م ح ع م، على هذا الجزاء صراحة، إلا الفصل (100) من م ع ا ت، فلم يبين الجزاء الذي يترتب على قيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، وبالتالي يتم الرجوع في صدد ذلك إلى القواعد العامة.

ويعتبر التعويض هو جزاء المسؤولية، ولما كانت الغاية من التعويض هي إصلاح الضرر، فإن إزالة الضرر بطرق مختلفة وفقاً لظروف كل حالة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها كما يلي:

"من المقرر قانوناً، أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه، إلى حد يضر بملك الجار، ولما كان ثابتاً من قضية الحال، أن قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر ومصدره، وقضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيداً عن مسكن المطعون ضده، بسبب الضرر الذي لحقه جراء ذلك، مؤسسين قرارهم على المعاينة، المنجز محضراً عنها، فإنهم بذلك قد أحسنوا تطبيق القانون، مما يستوجب رفض الطعن الحالي"<sup>(2)</sup>.

(1) - على الخفيف، المرجع السابق، ص 95، 96، 97.

(2) - قرار رقم 90943، المؤرخ في 16/06/1992، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995، ص 101.

ولا جرم أن القانون المدني ألقى بالتزام على عاتق المالك بعدم التعسف في حق استعمال حقه إلى الحد الذي يحدث ضررا غير مألوف بالجوار، وأن هذا الالتزام يصنف من حيث المحل الذي يرد عليه بأنه التزام بالامتناع عن العمل، فإذا أخل المالك بهذا الالتزام وترتب عليه ضرر للجوار، جاز للأخير المطالبة بإزالة هذا الضرر.

وإزالة المضار التي يطالب بها المضرور قد تتحقق عن طريق التنفيذ العيني أي منع حدوث هذه المضار في المستقبل، وقد تتحقق في صورة تعويض مالي؛ أي محو المضار التي حدثت بالنسبة إلى الماضي. أو يكون الأثر المترتب عن هذا القيد هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

والتنفيذ العيني؛ هو إزالة المضار بالنسبة للمستقبل، إذا كان ممكنا وليس مستحيلا أو مرهقا للمالك؛ فيجوز الحكم به وهو يأخذ صوراً متعددة بحسب ما يراه القاضي ملائماً للوقائع المعروضة عليه، فقد يحكم بإزالة مصدر الضرر بشكل نهائي كهدم الحائط الذي أقامه المالك<sup>(1)</sup>، وغلق المصنع أو إزالة الآلات المسببة للضرر غير المألوف، وقد يحكم قاضي الموضوع بتعديل وضع الشيء مصدر الضرر؛ كتنقل مدخنة إلى مكان آخر، كما يمكن أن يقضي بمنع المالك من مباشرة نشاطه خلال أوقات معينة، أو اتخاذ تدابير معينة<sup>(2)</sup>، أو القيام بأعمال من شأنها منع وقوع المضار في المستقبل، ويجوز للقاضي بالإضافة إلى الحكم بالتنفيذ العيني، أن يحكم بتعويض الجار المضرور عما لحقه من أضرار في الماضي.

وهذا التنفيذ العيني يتفق كجزء مع أحكام الشريعة الإسلامية، فقد نصت المادة (61) من مرشد الحيران، أنه في حالة استحداث بناء يسد الضوء عن جاره، فإنه يكون لهذا الأخير أن يكلف من استحدث البناء برفعه دفعا للضرر<sup>(3)</sup>.

على أن للقاضي سلطة التقدير فيما يتعلق بالتعويض العيني، إذ قد يكون فيه إرهاق للمسؤول أو إضرار به ضررا فادحا، ولهذا فإن له في مثل هذه الحالة أن يحكم بالتعويض النقدي، ويقوم بالموازنة بين المصالح.

وإذا كان من الممكن الحكم بالتعويض العيني بالنسبة لما يستجد وإزالة ما يقع من أضرار مستقبلية، فإن ما وقع في الماضي قد يعرض عنه كذلك تعويضا نقديا، نظرا لاستحالة التعويض العيني<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 709.

(2) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 99.

(3) - محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية، مصر، 1891.

(4) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 125، 126.



## المبحث الثاني: قيد حق المرور

يترتب على تجاوز الملكيات العقارية الخاصة أن يكون استعمالها مستوجبا في الكثير من الأحيان إلى وضع قيد للمصلحة الخاصة للغير، يسمى حق المرور، رغم أن الأصل في مالك العقار له الحق في الاستئثار والانتفاع به، ومنع غيره من استعماله بأي وجه من وجوه الاستعمال دون رضاه، لكن تقرير هذا الأصل من شأنه أن يعرقل استعمال واستثمار عقارات الغير.

ومن منطلق ذلك، سيتم في هذا المبحث تحديد المقصود بحق المرور (المطلب الأول)، ثم إبراز شروط قيامه (المطلب الثاني)، وأحكامه (المطلب الثالث)

### المطلب الأول: مفهوم حق المرور

يقتضي تحديد مفهوم حق المرور تعريفه فقها وقانونا وقضاء من أجل استخلاص العناصر المكونة لحق المرور (الفرع الأول)، كما أن تحديد مفهومه يقتضي التعرض لطبيعته القانونية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف حق المرور

يعتبر حق المرور؛ قيد قانوني يقرر لصالح مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام في الحصول على ممر في الأراضي المجاورة لأرضه للوصول إلى هذا الطريق العام،<sup>(1)</sup> ذلك أن الأصل للمالك الحق في معارضه غيره في استعمال عقاره، إلا أن انحصار العقار عن الطريق العام يحول دون استعماله واستغلاله، فتقرر هذا الحق لفائدة العقار المحصور<sup>(2)</sup> بالمرور في الأرض المجاورة بالقدر المألوف لقاء مقابل عادل<sup>(3)</sup>.

ويقرر أيضا حق المرور كقيد ينشأ بسبب اتصال الأراضي الخاصة للدولة بالطريق العام، ويترتب على هذا الاتصال انحباس أراضي الملاك المجاورين عن الطريق انحباسا كليا أو جزئيا، حيث تتحمل

(1)- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعة، لبنان، (د، س، ن)، ص 151.

(2)- عبد الجواد السرميني، عبد السلام الترماني، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، (د، س، ن)، ص 939، 938.

(3)- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، الأردن، 2011، ص 239.

الدولة عبء مرور أصحاب الأراضي عن الطريق العام، ولكن مقابل أجر سنوي يدفع مقدما، إذ يكون المرور بالقدر اللازم لاستغلال الأراضي المحبوسة واستعمالها على الوجه المناسب.<sup>(1)</sup>

وقد نصت المادة (693) من ق م ج على حق المرور على أنه:

" يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة..."

وكما قرر المشرع المصري حق المرور بموجب المادة (812) من ق م ج كما يلي:

" مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام".

ويتضح لنا من مقتضيات هذين النصين ما يلي:

- لم تتضمن كل من المادتين تعريفا محددًا لحق المرور، غير أن المشرع الجزائري بدأ بالفعل (يجوز)، حيث أعطى قاعدة مكملة لمالك الأرض المحصورة في طلب المرور، رغم أنه حق مقرر بنص القانون، وكان عليه أن يباشر المادة بعبارة: (مالك العقار المحصور الحق)، حتى يتبين أن هذا القيد وارد كقاعدة آمرة للملاك المجاورين؛ والذين لا بد أن يقرروا حق المرور بصفة إجبارية وفقا لشروطه القانونية، وهو ما أصاب فيه المشرع المصري حين استعمل عبارة: (مالك الأرض المحبوسة ... له حق المرور).

- لا يوجد فرق بين مصطلحي الحصر والحبس، لأنهما يؤديان نفس المعنى والوظيفة.

- ربط المشرعان الجزائري والمصري حق المرور بعلة وجود طريق عام.

ولكن القانون المدني الجزائري لم يعرف هذه الطريق ولا طبيعتها، ولا بد من التوصل لذلك خلال القوانين الخاصة الأخرى، بحيث اختلفت المفاهيم المتعلقة بالطريق العام، واختلفت مدلولاته بحسب وظيفته، بحيث عرفت المادة الثالثة من الأمر رقم 03/09 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها على أن: " الطريق كل مسلك عمومي مفتوح لحركة مرور المركبات"

وعرف القانون رقم 28/89 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات المعدل والمتمم بالقانون 19/91 الطريق العمومي على أنه: " كل شارع أو طريق أو جادة أو نهج أو ساحة أو سبيل من سبل المواصلات المخصصة للاستعمال العمومي"<sup>(1)</sup>.

(1)- نقلا عن أحمد طلال عبد الحميد، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،

ويعتبر مفهوم الطريق العام بالنسبة لحق المرور أوسع نطاقا من المفاهيم السابقة، فيقصد به كل طريق مفتوح للعموم، يستعمل عادة للتنقل بالنسبة للأراضي المحاذية له، سواء كان برياً أو مائياً.

وأدرج المشرع المصري حق المرور وشروطه وأحكامه في نص واحد فقط، بينما أورد لهما المشرع الجزائري عدة نصوصاً مستقلة متمثلة في المواد (694، 695، 696) من ق م ج أما الفصل (177) من م ح ع ت نص على أنه:

" لمالك العقار المحاط من كل جانب إذا لم يكن له منفذ إلى الطريق العام، أو كان منفذه غير كاف لمصلحة عقاره، أن يطلب ممراً في العقارات المجاورة..."<sup>(2)</sup>  
من خلال هذا الفصل يظهر لنا أنه:

- جاء هذا النص ضمن أحكام الارتفاقات المدنية المقررة في مجلة الحقوق العينية التونسية، كما سيتم شرح ذلك أسفله.

- استعمل المشرع التونسي عبارة: (العقار المحاط من كل جانب)؛ وهي مقارنة لمذلول الانحصار والانحباس كما في التشريعين الجزائري والمصري، وكان الأولى أن يكون دقيقاً في وضع المصطلحات القانونية بشكل مختصر.

وكما نصت المادة (64) من م ح ع م على أنه:

" لكل مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو له منفذ غير كاف لاستغلال عقاره أن يحصل على ممر في أرض جاره..."

ونستشف من هذا النص عدة ملاحظات:

- ورد حق المرور كارتفاق وليس كقيود<sup>(3)</sup>.

- جاء هذا النص مماثلاً لأحكام التشريعات السابقة، وكذا ربط هو الآخر حق المرور بوجود طريق عام، دون تعريف لهذا الأخير، غير أنه بالرجوع للفصل 516 من القانون الجنائي المغربي فقد اعتبر طريقاً عمومية: "... الطرق والمسالك والممرات أو أي مكان مخصص لاستعمال الجمهور، الموجود خارج حدود العمران، والتي يستطيع كل فرد أن يتجول فيه ليلاً أو نهاراً دون معارضة قانونية من أي كان"

(1) - عرف قانون العقوبات الجزائري الطرق العمومية في نص المادة 360 بأنها: " الطرق والمسالك والدروب وكافة الأماكن الأخرى المخصصة لاستعمال الجمهور والواقعة خارج مجموعات المساكن، والتي يجوز لأي فرد أن يمر بها بحرية في أية ساعة من ساعات النهار، أو الليل دون اعتراض قانوني من أي كان"

(2) - قانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12/02/1965، المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، ر ر ت، عدد 10، المؤرخ في 19 و 23/02/1965، نسخة محينة في 24/01/2018، ص 36.

(3) - سيتم شرح هذا العنصر في الفرع الثاني أسفله.

أما الطريق المفتوحة للسير العمومي؛ فهي الواقعة في الملك العام للدولة، وهذا لا يمنع أن تكون الطريق واقعة في ملك خاص، وتعتبر بذلك مفتوحة للسير العمومي، إذا استطاع أحد الأطراف أن يثبت ذلك.<sup>(1)</sup>

ولا يعترف المشرع الفرنسي بحق المرور إلا ضمن قسم الارتفاقات الواردة بنص القانون، والتي عرفت في المادة (682) من القانون المدني الفرنسي، بحيث أعطت الحق للمالك في الأراضي المحصورة، والتي ليس لها ممر على الطريق العام، أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، سواء لاستغلال فلاحي أو صناعي أو تجاري في ملكيته، وسواء لإنجاز عمليات بناء أو تجزئة عليها، الحق في الحصول على ممر كاف يضمن خدمة كاملة من الأملاك المجاورة<sup>(2)</sup>.

ويرجع التأصيل التاريخي والقانوني لحق المرور في التشريعات محل الدراسة -باستثناء المشرع الفرنسي- للفقه الإسلامي الذي يعتبر هذا الحق؛ علاقة بين حق صاحب عقار داخلي محبوس بالوصول إلى عقاره، من طريق يسمح فيه له بالمرور عليه، سواء كان طريقا عاما غير مملوك لأحد، أو كان خاصا لأحد الأفراد.<sup>(3)</sup>

من خلال استقراء مختلف النصوص القانونية السالفة الذكر، نلاحظ ما يلي:

- اتفقت التشريعات محل الدراسة في تكييف مفهوم موحد لحالة عدم وجود منفذ للطريق العام، أو توفر ممر غير كاف لذلك يجعل لمالك العقار الحق في طلب المرور، ولكن تباينت في التعبير عن هذه الحالة، فقد اصطلح عليها المشرعين الفرنسي والجزائري بحالة **الانحصار**، وعبر عنها المشرع المصري بـ**الانحباس**، وإن اختلفت التسمية، ولكن لا وجود لفرق بين مصطلحي الانحباس والانحصار، فهما مترادفان ولهما نفس المعنى لغويا وقانونيا، وأما المشرع التونسي فقد استبدل مصطلح الأرض بالعقار المحاط من كل جانب، والعقار الذي لا منفذ له كما هو الحال لدى المشرع المغربي.

(1) - محمد مومن، المرجع السابق، ص 71.

(2) - L'article 682 du CCF: «la propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds», Code civil français, créé par loi de 21/03/1804, modifié par loi n° 2002-305, JORF, 05/03/2002.

(3) - وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص 64، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د. س. ن)، ص 105.

- اختلفت التشريعات محل المقارنة في التكيف القانوني لحق المرور، فاعتبره المشرع الجزائري والمصري قيودا على الملكية العقارية، وكيفه المشرعين التونسي والمغربي كارتفاق، متعبين أثر المشرع الفرنسي في ذلك.

- اختلفت التشريعات محل الدراسة في استخدام عبارة: الأرض المحصورة في التشريعان الجزائري والمصري، واللذان اتبعا المشرع الفرنسي في استعماله لعبارة الأراضي المحصورة، بينما استعمل المشرع التونسي والمغربي مصطلح عقار؛ وهو مفهوم واسع، يشمل العقارات المبنية وغير المبنية، فإذا ما تم تفسير هذا الحق لحد الاعتراف به في العقارات المبنية يكون نطاق الحصر تجاوز الحد المألوف للتعسف في ملكية الجار المقرر عليها حق المرور، وفي هذه الحالة لا يعقل أن يجعل ممرا من خلال فتح جدار غرفة عقار مبني، حتى لو كان فناء أو سورا، فينتقل هذا الحق من التقييد إلى تجريد المالك من تمتعه بعقاره تمتعا كاملا، لذلك فاستعمال عبارة (الأرض المحصورة) أقرب إلى المبرر القانوني لوجود القيد.

- لا يثبت الحق في المطالبة بحق المرور إلا لمالك الأرض المحصورة، مما يجعل أصحاب الحقوق العينية على الأرض المحصورة؛ كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال والاستغلال أو السكنى محرومين من المطالبة بحق المرور، رغم أن الحقوق العينية تثبت لأصحابها سلطة مباشرة على الشيء تخول له استعماله واستغلاله، فيكون لهم المطالبة بما للمالك من مكناات لتسيير سلطاتهم دون وساطة، عكس أصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجر، فليس له سلطة مباشرة على الأرض المحصورة، وإنما تترتب قبل مدينهم مالك الأرض أو صاحب حق عيني آخر عليه، وتكون المطالبة بحق المرور بواسطة مدينهم.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق المرور

اختلف الفقه القانوني في تحديد التكيف القانوني لحق المرور، فمنهم من اعتبره قيد على الملكية العقارية الخاصة، ومنهم من اعتبره نوع من الارتفاق.

#### أولا: حق المرور قيد على الملكية العقارية الخاصة

يرى هذا الاتجاه أن حق المرور هو قيد رتبته القانون على حق الملكية العقارية الخاصة، ويستند في رأيه لعدة أسباب:

أ - أوردت نصوص القانون المدني حق المرور كقيد على حق الملكية، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الباب الأول: حق الملكية، الفصل الأول: حق الملكية بوجه عام، القسم الثالث، تحت عنوان: القيود التي تلحق الملكية، ثم وردت مباشرة المادة (690)، التي نصت على أنه: " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو

المصلحة الخاصة، وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية"، بمعنى أن موقع المادة (693) جاء ضمن الأحكام المكرسة لحق المرور كقيد متعلق بالمصلحة الخاصة، أما حق الارتفاق فقد ورد في الفصل الثاني مستقلا عن قيود الملكية، لكن بالرجوع لأحكام المواد: (698 إلى 702) من ق م ج، نجد أن المشرع الجزائري اصطلح على حق المرور: ارتفاق المرور، بمعنى أن القيد يكون ناتج عن الوضع العادي للملكية، لكن إذا تم الاتفاق على عبأ آخر يزيد عن حق المرور بين صاحب الأرض المحصورة وصاحب الأرض محل الممر، تحول قيد حق المرور إلى ارتفاق المرور، كذلك التكييف القانوني لحق المرور أنه قيد قانوني لدى المشرع المصري وفقا للمادة 812 من قانونه المدني، حيث ورد ضمن القيود الواردة على الملكية تحت عنوان: القيود التي ترد على حق الملكية، ولم ينص عليها في الفصل الثالث الخاص بحقوق الارتفاق.

ب- هناك فروق متعددة بين حق المرور باعتباره قيودا على حق الملكية وبين حق الارتفاق بمعناها الدقيق، فحق المرور؛ حق قانوني في شكل حالة واقعية، وهي انحصار العقار وجعله ثابت بمجرد قيام الانحصار، ويظل باقيا ما دام الانحصار قائما، أما مناط الارتفاق؛ وجود تكليف على عقار لمصلحة عقار آخر، فهو عبء استثنائي يخرج بكل من العقارين المرتفق به والمرتق عن النظام العادي المألوف لحق الملكية، إذا الأصل خاليا من القيود المفروضة بموجب القانون، وكل ما يتقرر غير القيود يعتبر حق ارتفاق<sup>(1)</sup>.

لذلك، فلا يثبت حق المرور إذا كان هناك ارتفاق اتفاقي بالمرور في أرض الجار، أو كان للجار حق مرور متنازع فيه أو متسامح فيه من قبل جاره<sup>(2)</sup>، ومثاله حق المرور الناشئ لفائدة صاحب الأرض المنحسبة يكون بموجب القانون قيودا على الأرض المجاورة بهدف الوصول إلى الطريق العامة، فإذا انفك انحباس الأرض كاستحداث طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية الأرض المجاورة، لم يعد للقيد مبرر، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل بهذا القيد بعد زوال سبب قيامه، مما يجعل هذا القيد منوط بانحباس الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور، لكن في حالة الاتفاق على بقاء الممر، بطلب الترخيص بالمرور من العقار المجاور، فهو مرور استثنائي اتفاقي يخرج عن طابع التقييد ليكون ارتفاق مرور لصالح العقار الأول على العقار الثاني<sup>(3)</sup>، بمعنى يتحول من قيد قانوني مصدره القانون إلى حق ارتفاق ارادي غير مستمر، لأنه يحتاج في استعماله لإرادة الانسان وعمله.

ويترتب على تكييف حق المرور قيودا على الملكية العقارية الخاصة بالنتائج التالية:

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 829، 830.

(2) - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، توزيع دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 62.

(3) - اسماعيل عبد النبي شاهين، الانحباس المنشئ لحق المرور في الأراضي الزراعية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2013، ص 57، 58.

1- الحق في الاستفادة من حق المرور لا يسقط بعدم الاستعمال، باعتباره قيذا بشكل دائم بدوام الحق، كما أنه لا يكتسب بالتقادم المكسب، لأن الهدف منه هي رخصة إباحة، فحق المرور المفروض بموجب القانون يثبت بسبب انحصار العقار عن الطريق العام، ويزول بزوال هذا الانحباس، ولا يمكن لصاحبه التمسك باكتسابه حق المرور بالتقادم<sup>(1)</sup>.

2- لا يخضع حق المرور لإجراءات الشهر العقاري؛ باعتباره قيذا مصدره القانون، يمكن الاحتجاج به، في حين حق الارتفاق مصدره الإرادة، يحتاج لشهره بهدف الاحتجاج به أمام الغير<sup>(2)</sup>.

3- إذا تم بيع عقار وضمن خلوه من حقوق ارتفاق، ثم تبين للمشتري أن هناك حق مرور على العقار المبيع، فإن هذا القيد لا يمكن للبائع ضمانه، باعتباره قيذا قانونيا، وهو التنظيم المألوف لحق الملكية العقارية الخاصة، تم تقريره بهدف تنظيم العلاقات الجوارية، وما يلتزم به البائع هو خلو العقار من حقوق الارتفاق القانونية لا الارتفاقات الاتفاقية، التي تكون بمحل إرادة الطرفين المتعاقدين<sup>(3)</sup>، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة (695) من ق م ج بقولها:

" ... وليس له أن يطالب بحق المرور إذا كان يتمتع بحق المرور على وجه الاتفاق "

4- لا يتأثر حق المرور في وجوده بتغير ملاك الأرض محل المرور، باعتباره قد تقرر على أثر واقعة الانحباس ذاتها<sup>(4)</sup>.

5- لا يتقادم حق المرور القانوني، لعدم المطالبة به مدة خمس عشرة سنة ما دام الانحباس قائما، لكن يسقط الحق في طلب إنشاء الارتفاق، وهو حق شخصي بالتقادم، أي بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت الانحباس، ولو كان الانحباس لا يزال قائما، وإذا تم طلب حق الارتفاق يتم انشاؤه ويكون قابلا للسقوط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة كما هي القواعد العامة في أحكام الارتفاق، ولو بقي الانحباس قائما<sup>(5)</sup>.

### ثانيا: حق المرور حق ارتفاق

يرجع هذا الاتجاه إلى الفقه الفرنسي، والقانون المصري القديم قبل التعديل، إلى اعتبار حق المرور هو ذو طبيعة ارتفاقية حقيقية، ولا يمكن اعتباره قيذا على الملكية العقارية الخاصة، لأن مناط المرور؛

(1) - حسن كيره، المرجع السابق، ص 201.

(2) - اسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 60.

(3) - حسن كيره، المرجع السابق، ص 202.

(4) - محمد شكري سرور، تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة،

مصر، (د، س، ن)، ص 267

(5) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 127.

الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر غير مالك العقار، وهي نفسها خصائص حق الارتفاق.

وخصص المشرع الجزائري للارتفاق قسما لوحده، من خلال نص المادة (867) من ق م ج على أنه: " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

وعرف أيضا المشرع المصري حق الارتفاق وفق المادة (1015) من ق م م بقوله:

" الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

وكان يعتبر القانون المدني المصري القديم، كل القيود القانونية الواردة على حق الملكية حقوق ارتفاق قانونية، بما فيها حق المرور، لكن بعد تعديل القانون اتجه المشرع المصري إلى المسار الدقيق، وميز بين القيود القانونية ووضعها في الفصل الأول من الباب الأول، وخصص لحق الارتفاق الفصل الثالث من الباب الأول، المواد (1015) إلى (1029) من ق م م، وهو ما اتبعه في ذلك المشرع الجزائري بنفس التقسيم.

وقد ورد هذا التعريف مطابقا للتعريف الوارد في التشريع المصري، أين استعمل بدوره مصطلح (الحد)؛ والذي يبنى على الجانب السلبي الواقع على الملكية لمقتضيات معينة، أو يعتبر قيادا للإطار العادي لهذه الملكية، كما أن المشرع الجزائري لم يرتب طبيعة القيد الذي يقع على العقار المرتفق به، وسلطات وامتيازات صاحب العقار المخدوم في سلطاته المتعلقة بالاستعمال والاستغلال منقوصة وفقا لمقتضيات العقار الخادم، ويحمله أعباء تخضع إلى توجيهات وإرادة من رتب حق الارتفاق لصالحه<sup>(1)</sup>.

وورد حق المرور في م ح ع ت ضمن القسم الرابع من الباب الثاني المعنون ب: حقوق الارتفاق الناشئة عن القانون، من العنوان الرابع المتعلق بحقوق الارتفاق، بمعنى أنه يعتبر حق المرور ارتفاق وهو؛ " حق مرتب على عقار لمنفعة عقار آخر يملكه شخص غير مالك العقار الأول<sup>(2)</sup>".

ينشأ ارتفاق المرور عن القانون، إذ لا يلزم فيه الترسيم العقاري.<sup>(3)</sup>

وجاء قرار تعقيبي ليثبت التكييف القانوني لحق المرور لدى الاجتهاد القضائي التونسي كما يلي:

(1)- فريدة محبي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 45.

(2)- الفصل 165 من م ح ع ت، المصدر السابق، ص 33.

(3)- يقابل مصطلح الترسيم العقاري في القانون التونسي: الإشهار العقاري في القانون الجزائري، التحفيظ العقاري لدى المشرع المغربي.



" إن الحق الارتفاقي في المرور على أرض مسجلة لا يكتسب إلا بالكتب وبتسجيله بالسجل العقاري."<sup>(1)</sup>

وقد قضى الاجتهاد التونسي بقرار مدني مفاده أن:

" لا تتعارض أحكام الفصل 177 من م ح ع مع مبادئ الدستور، بل هو متم لها، لأن العقار المكتنف من كل الجهات يتنافى مع حق الملكية الذي يمكن المالك من التصرف فيه واستغلاله بصفة قانونية وذلك بإجازة الحصول على ممر من بعض العقارات المجاورة."<sup>(2)</sup>

وكما نظمت مقتضيات م ح ع م حق المرور، وخولت للمالك الذي لا يتوفر على أي ارتفاق بالمرور إلى الطريق العام، حق مطالبة باقي الملاك المجاورين بإعطائه هذا الحق، ولو كان العقار المطلوب الارتفاق به محفظاً، إذ لا يمكن للمالك الرسم العقاري الاحتجاج بكونه غير منقل بأي ارتفاق بالمرور لفائدة عقار المدعي طالب هذا الحق، طالما أن المشرع العقاري قد استثنى جميع الارتفاقات المقررة بنص القانون من أي إشهار في الرسم العقاري، ومتى أصبحت الحاجة إلى هذا الحق، يحق لمن له مصلحة طلبه بصرف النظر عن الحجية القانونية للبيانات الواردة بالرسم العقاري. وهكذا فإن المكتسب لحق عيني على عقار محفظ يتمسك بحجية البيانات الواردة على الرسم العقاري في مواجهة كل من يدعي حقا غير مقيد على نفس العقار، وخاصة طلب حق المرور من عقاره للطريق العام مقابل تعويض يتناسب مع الضرر، مع العلم أن من وثق بمضمون الرسم العقاري في إبرام التصرف بشأنه يرغب في تهيئته لإنجاز مشروع معين حسب حالته المادية المدونة بالرسم العقاري، إلا أنه قد يفاجأ بطلب حق المرور من أحد الملاك المجاورين، فهل تقوم حجية الرسم العقاري في مواجهة هذا الارتفاق القانوني؟

الجواب عن هذا السؤال يقتضي المنطق القانوني السليم، الذي يفرض نوعاً خاصاً من التعامل مع هذا الوضع، لا سيما حينما يتعلق الأمر بعقارات محفظة لم تكن مثقلة بأي ارتفاق من هذا القبيل نتيجة لوضعها الطبيعي، وذلك تقادياً لبعض الممارسات التي يقوم بها بعض المتعاملين بشأن العقار المحفظ في ابتزاز ومساومة ملاك العقارات المجاورة لإجبارهم على التصرف فيها تحت طائلة، أو مطالبتهم بحق المرور، الذي يكفي كمنفذ إلى الطريق العام مقابل تعويض لا يتناسب إطلاقاً مع الضرر، الذي سيحدثه لمالك العقار المرتفق به.

(1)- قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 76506، مؤرخ في 2000/01/06، المجلة القضائية التونسية، العدد الثالث، 2000، ص 99.

(2)- قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 3607، المؤرخ في 2006/12/21، النشرة الرسمية التونسية، 2006، ص 307.

واعتبرت محكمة النقض المغربية أن الفصل 142 من ظهير 1915/6/2 الملغى (المطابق للمادة 64 من م ح ع م)، يكون واجب الأعمال إذا تعلق النزاع بإحداث ارتفاع جديد بالمرور إلى العقار المحفظ المحاصر من كل جانب، والذي لا منفذ له إلى الطريق العام أو الذي له منفذ غير كاف لاستثماره زراعيًا أو صناعيًا، لا عندما تتعلق المطالبة القضائية بفتح طريق مغلق وكان حق مرور موجودًا من قبل.

ويلاحظ من خلال حيثيات القرار أعلاه، أنه ولئن كان متفقًا مع القرار الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي من حيث النتيجة التي انتهت إليها، فإنه خالفه في الحيثية المعتمدة في التعليل مراعيًا في ذلك صحة الانتقاد الموجه إلى حيثية القرار المطعون فيه من طرف طالب النقض، واستبدالها بأخرى مستمدة من النص القانوني الخاص والواجب التطبيق على النازلة، وأقر تبعًا لذلك نفس نتيجة الحكم لكونها تحقق العدالة المفترضة في النص التشريعي المنظم للأحكام القانونية لحق المرور.

لقد فهمنا مما سبق ما يلي:

- اتفق التشريع التونسي مع التشريع الجزائري والمصري، والمغربي في تكييف طبيعة الارتفاق على أساس أنه حق وليس تكليف، غير أن القانون التونسي لم يضع شرطًا لهذا الحق في تعريفه، وترك شروطه القانونية هي التي تحدد علاقة العقار المرتفق والعقار المرتفق به.

- أدرج المشرع المغربي حق المرور ضمن مدونة الباب الثاني من م ح ع م المعنون ب: الارتفاقات والتحملات العقارية، الفصل الأول: الارتفاقات، وخصصها في نطاق أنواع حق الارتفاق، حيث عرفته المادة (37) بأنه:

" حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر " (1).

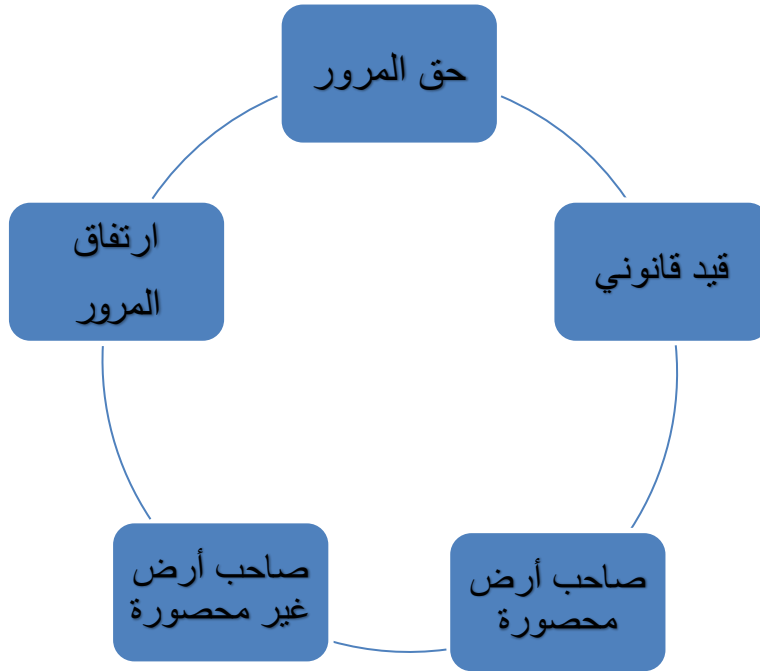
ومن خلال هذا التعريف، تبدو العلاقة بين العقارين في القانون المغربي هي علاقة عبئ يتحمله عقار من أجل سلطة استعمال فقط، أو بهدف وجود منفعة للعقار المحتمل، لكنه حدد نوع هذا الحق؛ بحق عيني ولم يجعله تكليفًا، حتى وإن اختلفت المصطلحات لكنها في الأخير هي تكليف وفقًا لشروط قانونية معينة.

وبهذا فإن التعريف يتفق مع التشريع الجزائري في جعله حقًا وليس تكليفًا كما هو الحال في التشريع المصري.

وكما عرف المشرع الفرنسي حق الارتفاق أيضا ضمن نص المادة (637) من القانون المدني بقوله: " الارتفاق هو تكليف أو عبء يفرض على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر " (2).

(1) - المادة 37 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 58.

(2) L'article 637 du ccf: «Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire».



المصدر: إعداد الباحثة

ويعود التأصيل التاريخي في دراسة القيود القانونية و حقوق الارتفاق إلى الفقه الفرنسي الذي اختلف في التكييف القانوني لكلا المفهومين، فمن الفقهاء الفرنسيين من ذهب إلى أن الطبيعة القانونية لهذه القيود؛ هي حقوق ارتفاق قانونية، رغم أن الفقه الفرنسي سلم بأن الأصل في حق الارتفاق أنه قيد يرد استثناء على حق الملكية على خلاف الوضع المألوف، ومن الفقهاء من ميز بين القيود المقررة للمصلحة العامة، فلا يعتبرونها حقوق ارتفاق، وبين القيود المقررة للمصلحة الخاصة، التي تنقسم إلى قيود محضة، ومثلها قيود الانتفاع بالمياه، وقيود التلاصق في الجوار، أما حق المرور فهو ذو طبيعة مختلطة يجمع بين مضمون القيد وخصائص الارتفاق، أما الرأي الغالب يذهب إلى اعتبارها قيوداً واردة على حق الملكية وليست ارتفاقاً بمعناه الحقيقي<sup>(1)</sup>.

وكما تعتبر القيود القانونية حدوداً عامة لكل ملكية في ظروف معينة وهي ترسم الحدود الأصلية والطبيعية لحق الملكية، وتشمل الوضع العادي للملكية وتجد مصدرها في القانون بجميع مصادره، فهو الذي يحددها ويوردها على سبيل الحصر وهي إما أن تتعلق بالمصلحة العامة أو الخاصة، أن الارتفاقات فهي قيود استثنائية تتقرر بالاتفاق بين الأفراد على عقار لمصلحة عقار آخر، وهي تمثل وصفاً خاصاً بملكية معينة.

(1)- نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 640، 641.

وتعتبر الصياغة التعريفية لحق الارتفاق غير دقيقة، لأن حق الارتفاق لا يجعل حدا لمنفعة عقار وإنما يحد من منفعة عقار لصالح عقار آخر، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يلاحظ أن المشرع الجزائري قرر جواز ترتيب حق الارتفاق على المال، لكنه أسقط وصفا هاما وهو صفة العمومية.

هذا بالنسبة لوجهة نظر التشريعات محل الدراسة من مصطلح الارتفاق، أما عن ارتفاق المرور فقد يتقرر بأحد الأسباب المنشئة لحقوق الارتفاق على وجه العموم، فيصح أن يتقرر بمقتضى العمل القانوني، كأن يتفق مالك مع جاره على أن يمر بأرض هذا الجار، ولا يشترط لإنشاء هذا الحق بالارتفاق أن يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام، وقد يتقرر بتخصيص المالك الأصلي يجوز أن يكتسب بالتقادم متى كان ظاهرا.

وكما قد ينشأ ارتفاق المرور بمقتضى نص القانون، ويتقرر ذلك عندما تكون الأرض محصورة عن الطريق العام يحول دون استغلالها، لذلك قررت مختلف التشريعات المقارنة لتلك الأرض المحصورة حقا في المرور عبر أرض الجار للوصول إلى الطريق العام<sup>(1)</sup>.

وتشترك كل هذه التشريعات العربية في المصدر التاريخي الأصلي لهذا القيد بحق المرور، حيث يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أن للملكية وظيفة اجتماعية ولتحقيق هذا الغرض أحاطت هذه الأخيرة الملكية الفردية بمجموعة من القيود التي من شأنها أن تحد من اتساع المصلحة الفردية وجعلها تحترم البعد الاجتماعي<sup>(2)</sup>.

و بذلك، تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت جميع الشرائع في تقييد سلطات المالك في استعمال حقوقه مراعاة لعدم التعسف في استعمال الحق واحتراما لحقوق الجوار<sup>(3)</sup>، كالحرص على إقامة مجتمع التكافل والتعاون، لذا نجد أن للإسلام نظرة خاصة في الملكية تتمثل في الجمع بين المصلحة الفردية والملكية العامة في توازن واعتدال، وهذه النظرة تنبع من المعرفة التامة بحاجات كل من الفرد والمجتمع، ومن مظاهر هذا التوازن إقرار الملكية الفردية وجعلها أساس بنائه الاقتصادي وتقييد الملكية بتكاليف وواجبات عديدة<sup>(4)</sup>.

(1)- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ص 38.

(2)- فاضل إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 63.

(3)- منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 171.

(4)- محمد عثمان بشير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية "المال، الملكية، العقد"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ط1، 2004، ص 189.

وإن تقرير حق بملك غيره وإجبار المالك على أن يسمح له بذلك عندما لا يضره، من أوضح ما يدل على أن حق الملكية في الشريعة الإسلامية، وإن كان حقا خاصا لكنه مقيد بكل ما يعود بالنفع على أفراد المجتمع.<sup>(1)</sup>

ومنه، يتضح أن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذا القيد ونظمته أحق تنظيم، وذلك بتبيان جملة الآثار والالتزامات التي ترد على الملكية، وذلك بفضل الضوابط التي وضعتها والمقاصد التي رسمتها وفق قانون محكم هو قانون الحق والعدل والمصلحة تحقيقا للوسطية والاعتدال والمرونة، وحفاظا على التوازن الطبيعي بين الفرد والجماعة.<sup>(2)</sup>

وبعد تحديد المقصود بحق المرور والذي مناط تقريره حالة الحصر عن الطريق العام، سيتم في المطلب الموالي تبيان قيوده المرور في حالة الانحباس.

### المطلب الثاني: الشروط المقيدة لحق المرور

يثبت حق المرور في حالة الانحصار لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام، لذلك ينبغي أن يمارس هذا الحق وفقا للحدود والضوابط التي رسمها القانون، ذلك أن الأصل أن مالك الأرض له الحق في ألا يسمح لغيره المرور عليها، ولكن التشريعات محل الدراسة قدرت أن حالة الانحصار تحول دون استغلالها، ولهذا خولت لمالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض الجار للوصول إلى هذا الطريق.<sup>(3)</sup>

وإن حق المرور باعتباره قيда على حق الملكية العقارية للجار، فإنه لا يتقرر إلا إذا توافرت فيه شروط كالآتي.

#### الفرع الأول: الانحصار المشترط لوجود حق المرور

إذا كان القانون يقرر للمالك المحصورة أرضه عن الطريق العام حق المرور عبر أرض الجار حتى يصل إلى هذه الطريق، إلا أنه من ناحية أخرى يقيد من هذا الحق، فلا يتقرر إلا في الحدود القانونية،

(1) - عبد السلام داودي العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، دار النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، ص 131.

(2) - صليحة بن عاشور، نظرية الملكية بين التشريع الإسلامي والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد التاسع، مارس، 2006، ص 298.

(3) - شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 2008، ص 61.

وأولها الانحباس المرتبط بوجود عقار محصور ليس له ممر للطريق العام أو كان له ممر لكنه غير كاف للمرور، فأجاز القانون هذا الحق بارتباطه بانحباس تام أو جزئي<sup>(1)</sup>.

### أولاً: الانحباس التام (الانحباس)

استعمل المشرعان الجزائري والمغربي مصطلح الانحباس ليعبرا عن حالة التقييد، والحد الذي يحدثه الطريق العام للعقار دون ايجاد حيز جغرافي للمرور، ويبدو تأثرهما بالقانون المدني الفرنسي في المادة (682) منه، التي استدلّت بالفعل: (sont enclavés) لتصف الوضع القانوني للمالك في الأراضي المحصورة، بينما فضل المشرع المصري لفظ الانحباس بدلا عن الانحباس، وهما مترادفان لمفهوم واحد، يؤدي إلى نفس النتيجة، بينما المشرع التونسي أختار عبارة (العقار المحاط من كل جانب إذا لم يكن له منفذ)؛ كدلالة عن حالة الحصر والانحباس.

ويعد الانحباس مناط فرض القيد القانوني بالمرور، ويرتبط دوامه باستمرار حالة الانحباس، يتحدد نطاقه طبقا لطبيعة استعماله واستغلال الأرض المحصورة، وتبعاً للتغيرات التي تطرأ عليها، التي تقرر مدى كفاية الممر المقرر من عدمه، ويتحقق الانحباس الكلي في الحالة التي لا يكون فيها العقار بأكمله محاطا بالطريق العام، أو بعقارات مملوكة للغير، ولا يكون للجار سبيل آخر للوصول إلى الطريق العام إلا من خلال المرور في إحدى عقارات الجيران أو في بعض منها، لكن السؤال المطروح: هل ينشأ حق المرور في ملك عام غير مخصص للمرور فيه؟

وتقتضي الإجابة عن هذا السؤال تبيان أحقية المرور في هذا القيد، فمتى كانت الأرض محصورة ومتصلة بطريق عام غير مخصص للمرور فيه، فلا وجود للقيد لانعدام نطاق حق المرور وهو الممر؛ وهو جزء من الأرض مخصص للعبور من خلاله للطريق العام، ويتحدد وسعا وضيقا حسب طبيعة استعماله.

ويقصد بالانحباس في القانون الفرنسي؛ هو الانحباس التام الكلي، غير أن الفقهاء الفرنسيون وسعوا من مفهوم الانحباس واعتبروا الأرض المحصورة متى كان الوصول إلى الطريق العام يلحق أضرارا بليغة، ثم بتعديل القانون المدني، أصبح الانحباس يشمل الانحباس الجزئي، ليتبع المشرع الفرنسي المفهوم الواسع الذي نادى به الفقه، بإضافة عبارة: " ممر غير كاف للاستغلال".

ولقد نص المشرع الجزائري على الانحباس الكلي في مضمون المادة (693) من ق م ج بقاعدة مكملة، استهلها ب: " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر ..."

(1)- سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، المكتبة الوطنية، الأردن، 1995، ص

يفهم من سياق هذا النص هو جوازية حق المرور لصاحب الحق، بحيث لم يرد بضمير التأكيد، أو بصيغة أمره لصاحب الأرض محل الممر، عكس المادة (812) من ق م م التي بدأت وردت بصيغة التأكيد: " مالك الأرض المحبوسة... له الحق في المرور...".  
ومائل المشرع التونسي المشرع المصري في الفصل (177) من م ح ع ت الذي قرر لمالك العقار: " أن يطلب ممرا".

وهو أيضا ما قرره المادة (64) من م ح ع م على أنه: " لكل مالك عقار... أن يحصل"

### ثانيا: الانحصار الجزئي

يعتبر الانحصار الجزئي؛ انحباس نسبي وحكمي، يتحقق إذا كان للأرض اتصال غير كاف بالطريق العام، وأعتبر المشرع الجزائري في نص المادة (694) من ق م ج أن الممر غير كاف أو غير ممكن؛ إذا كان المرور يكلف مشاقا كبيرة لا يمكن تعديلها إلا ببذل العديد من الأعمال باهظة الثمن غير متناسبة وقيمة العقار، لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام، أو أن استخدامه يكبد مشقة كبيرة لبعد مسافته، أو لأن أرضه وعرة أو رخوة أو منحدره انحدارا شديدا، ولا جناح أن العبارة بحاجة الأرض في تقدير كفاية الممر أو عدم كفايته، لأن الحاجة المعتبرة في التقدير تختلف باختلاف صور الانتقال بالأرض، ومن ثم فإنه يدور معه وجودا وتغيرا وعندما<sup>(1)</sup>، وقد مائل التشريع المصري ما جاء به المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة (1/812) من ق م م.

ويرجع التأسيس القانوني لمفهوم الواسع للانحصار للقانون الفرنسي، الذي قدر هذا المعيار في عدم كفاية الانحباس الكلي، ليضيف مسألة موضوعية متعلقة بحالة الانحصار الجزئي، حيث يترك التقدير لقاضي الموضوع في تحديد نطاق الحصر وتقرير التعويض المناسب له، لكن باعتبار حساب المساحة وطرق حصرها أمر فني، مما يجعل القاضي يلجأ في ذلك لذوي الخبرة لإجراء معاينة الأرض على الطبيعة.

وحدد الفقه هو الآخر طبيعة الممر بطبيعة استعمال واستغلال العقار، ومثاله أن يكون الممر الموصل بين الأرض ذات طابع فلاحي والطريق العام غير كاف إلا لمرور الراجلين، فلا يمكن أن يخصص لمرور ماشيته والعقارات بالتخصيص؛ كالجارات وآلات الحصاد، أو أن يشكل الممر خطرا شاقا على الماشية والعربات<sup>(2)</sup>.

(1) - عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 97.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، 102.

ويعتبر الممر كافيا، إذا كانت الأضرار فيه بشكل عرضي يمكن إزالتها بنفقات بسيطة، أو إذا وجد الممر مقررا بوجه الإباحة لم يمنع من استعماله<sup>(1)</sup>.

والعبرة في الانحصار بعدم اتصال الأرض بالطريق العام كلياً أو جزئياً، وسواء بعد ذلك أن تكون الأرض المحبوسة ذات طبيعة زراعية، أو مبنية أو فضاء غير مبني.

### الفرع الثاني: الممر المتاح غير متناسب ومتطلبات الاستعمال والاستغلال

لم تتضمن النصوص المتعلقة بحق المرور في التشريع الجزائري إشارة صريحة ومباشرة لمتطلبات الاستعمال والاستغلال للممر، حيث اكتفت المواد (693، 694، 695) من ق م ج بعبارة (ممر غير كاف للمرور) عكس القانون المدني المصري، والذي أدرجت الفقرة الأولى من المادة (812) منه هذه المتطلبات، إذ يحق لمالك الأرض المحصورة المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها بشكل مألوف.

وقد عبر المشرع التونسي هذه المتطلبات بعبارة: (مصلحة عقاره<sup>(2)</sup>)؛ والمصلحة مدلول واسع يشمل كل متطلبات الاستعمال والاستغلال.

واقصر المشرع المغربي على متطلبات الاستغلال فقط باستخدامه لعبارة: (غير كاف لاستغلال عقاره<sup>(3)</sup>).

وكان القانون المدني الفرنسي واضحاً في تقرير متطلبات حق المرور للأراضي المحصورة، حسب طبيعة استغلال هذه الأراضي، سواء استغلال فلاحي أو صناعي أو تجاري، سواء لإنجاز عمليات بناء أو تجزئة للملكية.

وتقدر مدى كفاية الممر من عدمه بحسب متطلبات الاستعمال والاستغلال المألوفين للأرض المحصورة، إذ يخضع هذا التقدير لسلطة قاضي الموضوع حسب طبيعة الغرض المخصص للممر، فكلما اختلف نوع النشاط والاستغلال اختلف الممر ضيقاً واتساعاً.

ثم إن المتطلبات المألوفة للاستعمال والاستغلال للأراضي المحصورة، لا تعتبر فقط مناطاً لتقدير كفاية الممر المتاح من عدمه، بل كذلك تعد مناطاً لتقدير نطاق الحق القانوني، بحيث يتحدد نطاقه بالقدر اللازم للوفاء بهذه المتطلبات بما يستجيب لحاجات هذه الأراضي.

(1) - الفقرة الثانية من المادة 694 من ق م ج، المصدر السابق، ص 114.

(2) - الفصل 177 من م ح ع ت، المصدر السابق، ص 36.

(3) - المادة 64 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 99.



كما يتقرر حق المرور على عمق الأرض أو علوها، كتقرير حق مرور لمنجم عبر باطن الأرض، أو حق مرور فوق جسر، إذا لم يكن لصاحب الأرض المحصورة منفذ للطريق العام إلا الجسر الذي أقامه جاره فوق ملكيته<sup>(1)</sup>.

ولكن السؤال المطروح: في حالة حدوث تغييرات في الأرض المحصورة، هل يؤثر ذلك على كفاية تقديرها؟

الجواب أن كل تغيير يوجب على القاضي إعادة تقدير كفاية الممر المتاح من عدمه أو الحكم بضرورة توسيع الممر بما يتناسب مع التغييرات المستجدة، أو القضاء باستبداله بممر آخر يكون ملائماً أكثر لهذه المتطلبات الجديدة؛ ومثاله: تغيير صاحب الأرض المحصورة لطبيعة نشاطه بما استتبع حاجته لممر يكون أكثر اتساعاً، لا يشكل تعسفاً من قبله، ولا يؤدي إلى إسقاط حقه في المرور، أو يسقط حقه في توسيع نطاق احتياجاته المستجدة، إذا ما كان التغيير المستحدث داخلاً ضمن النطاق العادي لمباشرة سلطته في استعمال واستغلال الممر محل الأرض المحملة بقيد المرور<sup>(2)</sup>.

وأما إذا أدى التعديل أو التغيير إلى الزيادة في اتساع الممر عما يتطلبه الإعداد الجديد، أو لم تعد له ضرورة، فإن الجار الذي يخترق الممر أرضه يحق له المطالبة إما بتضييق الممر أو إزالته<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: مراعاة نفي الضرر قدر الإمكان

يقتضي هذا الشرط الانحصار الجزئي، بحيث يجب مراعاة اختيار الممر بصفة دقيقة، من أقصر السبل وأقل ضرر، ولا يتأتى ذلك إلا باستعمال هذا الحق في الأراضي التي يكون المرور فيها أخف ضرراً وفي موضع يتحقق فيه ذلك، ومن ثمة حاول القانون قدر الإمكان الموازنة بين مصلحة صاحب الأرض المحصورة وصاحب الأرض محل الممر، فلا يمكن أن يغلب مصلحة على حساب مصلحة أخرى إلا بالقدر اللازم والضروري<sup>(4)</sup>، حتى ينفي الضرر الناشئ قدر الإمكان عن الطرفين. والواقع أن هذا التقييد يعتبر عادلاً لحق المرور يقابل التوسع فيه، كما أنه يتفق ووضعه الاستثنائي وتقريره لدفع الضرورة<sup>(5)</sup>.

(1) - سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 212.

(2) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 199.

(3) - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 259.

(4) - منير محمد أحمد الصلوي، منصور قاسم حسين، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني، الجزء الأول: حق الملكية في ذاته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 109.

(5) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 153.

وقررت المادة (697) من ق م ج على وجوبية أخذ حق الممر من الجهة التي تكون فيها المسافة ملائمة بين الممر والطريق العام، بحيث تحقق أقل الضرر بالملاك المجاورين.

ويثبت الحق القانوني في المرور للأرض المحصورة، كلما كان التغلب على حالة الانحباس من خلال توفير ممر كاف يصله بالطريق العام، يفرض نفقة بالغة مرهقة للذمة المالية، ومنه ضرر جسيم أكبر مما يتحملة صاحب الأرض محل قيد المرور، وهنا يستعين المشرع بمعيار التناسب بين المصالح المتعارضة لترجيح أكثرها ضررا، ويراعي أيضا قيمة الأرض المحصورة ومساحتها، ونوعية استغلالها وعائدها.

ويعد الانحصار الجزئي متحققا حتى لو كان وجود الممر يشكل مشقة كبيرة أو خطورة بالغة، فتتعارض هذه المشقة مع طبيعة الاستعمال والاستغلال المألوفين المخصصة لهم الأرض المحبوسة، أو أن يكون التغلب على هذه المشقة الكبيرة غير ممكن، أو يكلف نفقة باهظة، بحيث يثبت الحق في المرور كلما كان التمسك به هو الوسيلة الوحيدة المتاحة أمام الأرض المحصورة، أو كلما كان البديل عنه ذو نفقة باهظة أو مشقة بالغة<sup>(1)</sup>.

ونص الفصل (178) من م ح ع ت على أنه:

" يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن. ويراعى في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به"

ويتضح من خلال هذا النص أن القانون التونسي أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في تقرير مبدأ: (أخف الضرر).

وأيد هذا الفصل قرار تعقيبي مدني بأنه: " إن شق الطرقات بأمالك الغير يحدث لهم ضررا، ولما كان رفع الضرر الاحتباس لا يتحقق إلا بإحداث ضرر بعقار الغير، لزم أن يكون الضرر النازل أخف ما يمكن، لأن الأصل يقتضي ارتكاب أخف الضررين، ولكنه إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"<sup>(2)</sup>.

بالنسبة للمشرع المغربي، فقد أكد على ضرورة اقامة الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر.

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 197، 198.

(2) - قرار تعقيبي مدني، محكمة التعقيب التونسية، عدد 2172، مؤرخ في 2005/11/21، ص 277، نقلا عن مصطفى صخري، م ح ع، محينة وفقا للقانون عدد 34 لسنة 2010 ومعلق عليها بأحدث قرارات محكمة التعقيب، شركة دار نهى للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 2013، ص 200.

وكما أوجب القانون المدني الفرنسي تنظيم المرور من الجانب الذي يكون فيه الممر أقصر للأراضي المحصورة إلى الطريق العام، وأن يكون المرور ثابتا في المكان الأقل ضررا للأراضي المجاورة<sup>(1)</sup>.

وإذا تعددت الأراضي التي تفصل بين الأرض المحصورة والطريق العام، فيثبت حق المرور على الأرض التي يكون فيها المرور أقل ضررا من المرور في الأراضي الأخرى، وفي موضع من هذه الأرض يتحقق فيها نفس الاعتبار<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الرابع: عدم رجوع الحصر لإرادة المالك

لكي يتقرر حق المرور، يلزم ألا يكون الانحصار بفعل المالك، سواء كان الفعل عملا ماديا كأن يسد الممر الموصل للطريق العام بالبناء فيه، أو كان تصرفا قانونيا كتنازله عن حق ارتفاق المرور كان مقررا لأرضه تسبب في الانحباس، فلا يكون له الحق في المطالبة بممر في أرض جاره<sup>(3)</sup>، سواء كان التنازل بشكل صريح أو ضمني، أو يعتمد سقوط الارتفاق بالمرور بسبب عدم الاستعمال<sup>(4)</sup>.

واختلف الفقهاء حول هذا القيد، إذا يرى بعضهم أنه يحق للمالك تغيير أرضه بما يناسب طبيعة استعمالها، فينتج عن هذا التغيير عدم كفاية الممر القائم، ولا يمكن رفض هذا القيد القانوني ما دام الانحصار قائم وناشئ بإرادة المالك، وأسس هذا الرأي على أساس منطوق العدالة، فالتقدم العلمي يجبر أصحاب الأراضي على تغيير طرق استغلالهم لها مما تستوجب توفير ممر كاف إلى الطريق العام لعدم كفاية الممر القائم<sup>(5)</sup>.

ولكن هذا الرأي غير سديد، فحدود القيد لا بد أن يراعى فيها مصلحة مالك الأرض محل الممر، وترك الحصر لإرادة صاحب الأرض المحصورة ينتج عنه تعسف في استعمال الحق، مما يسبب ضررا للجار، وهو ما ينافي مبادئ العدالة.

(1)- L'article 683 du ccf: «Le passage doit régulièrement être pris du cote ou le trajet est le plus court du fonds enclavé a la voie publique. Néanmoins, il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé », op.cit.

(2)- سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 212.

(3)- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 75.

(4)- حسن كيره، المرجع السابق، ص 222.

(5)- مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965، ص 74.

ولقد حرص المشرع الجزائري على النص في الفقرة الثانية من المادة (695) من ق م ج على عدم امكانية مالك الأرض المحصورة المطالبة بحق المرور، إذا كان يتمتع بحق المرور الاتفاقي أو على وجه الإباحة، ما دام ارتفاق المرور لم تنقض مدته وحق الإباحة لم يزال (1).

فهل أصاب المشرع عندما أقر هذا القيد السلبي وجعل المرور الذي يتم على وجه الاتفاق أو التسامح يحرم مالك الأرض من المطالبة به؟

الإجابة على هذا التساؤل تفصل بين الإشكال الواقع في الخلط بين مفهوم حق المرور وارتفاق المرور، والأصل أن المنع بحق المرور متوقف على عدم وجود ارتفاق مرور مسبق بالأرض المحصورة، حتى لو كان سند الارتفاق محل لمنازعة لم يفصل فيها بعد بما ينهي الارتفاق، وإذا كان النزاع يتعلق بقيد حق المرور، فيكون مركز المدعي بالحصر متزعزعا معلقا على نتيجة البت في النزاع، فإذا كسب دعواه فيما تعلق بارتفاق المرور خسر دعوى المطالبة بقيد حق المرور.

وبخصوص هذا الشرط، جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: " المبدأ: لا يجوز لمالك الأرض المحصورة طلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته.

**...الوجه الثاني: المأخوذ من خرق وسوء تطبيق القانون:**

.... يذكر وأن لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك، والثابت أن حمام الطاعن ليس له مخرجا آخرا إلا الخروج على أرض المطعون ضدهم وهذا باعتراف البلدية التي عاينت العقار وقدمت تقريرا تؤكد فيه بوجود شارع عمومي، ومن حق الساكنين استعماله، وأن قضاة المجلس برفضهم للدعوى يكونون قد حرّموا الطاعن في حق الارتفاق، وأساءوا تطبيق القانون خاصة المادتين 693، 694 من ق.م

وعليه فإن المحكمة العليا

**... الوجه الثاني: المأخوذ من خرق وسوء تطبيق القانون:**

ولكن، وحيث أن قضاة المجلس في تسبب قرارهم أشاروا إلى أن الطاعن عند بنائه الحمام لم يترك أية مسافة بين ملكيته وملكية المطعون ضدهم، ولم يحترم بذلك المخطط وعليه يكون هو المتسبب في الحصر، فضلا على أنه لديه باب رئيسي يطل على الطريق العام، ولم يأبه بأن هذا الأخير غير كاف لاستغلال حمامه.

(1)- فاطمة الزهراء بلعربية، ارتفاق المرور، ترجمة المستشار عبد العزيز أمقران، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 34.

حيث أنه كان لزاما على الطاعن عند قيامه بالبناء ألا يجعل بناءه في وضعية حصر، وأن حالة الحصر المدعى بها من طرفه هي من فعله، وكان بإمكانه تفاديها لو احترم مخطط البناء.

وأنه طبقا للمادة 695 من ق.م 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.

حيث بالتالي فالوجه المثار من قبل الطاعن المؤسس على المادتين 693، 694 من ق.م غير مبرر، على اعتبار وأن وضعية الحصر كانت بإرادته هو، مما يتعين رفضه وبالتبعية رفض الطعن<sup>(1)</sup>.

لكن استثناء على هذا الشرط، هناك حالة أخرى يتم بمقتضاها نشوء انحباس بتصرف قانوني، فيقوم المالك بتجزئة أرضه بإرادته وبرضاه، فيرتب هذا التصرف قيودا أخرى على حق المرور.

بالرجوع للمادة (697) من ق م ج، فيلاحظ أنها أجازت المطالبة بحق المرور إذا كان الحصر ناتجا عن تجزئة عقار عن طريق عملية بيعه أو مبادلته أو قسمته، أو أية معاملة أخرى، وهي نفس مقتضيات الفقرة الثانية من المادة (812) من ق م م، الفصل (179) من م ح ع ت، والمادة (65) من م ح ع م.

وهو ما أكده قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد كما يلي:

" حيث أنه بالرجوع إلى القرار محل الطعن، نجد أن الطاعن دفع بأن المطعون ضده محصور، وأن هذا الحصر ناتج عن قسمة الأرض بين فريقي (ح).

وحيث أن المجلس لم يرد على هذا الدفع، مما لا يسمح للمحكمة العليا بممارسة حقهما في الرقابة.

وحيث أنه طبقا للمادة (697) من ق.م تنص صراحة 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.

حيث أن قضاة المجلس بقضائهم هذا قد أشابوا قرارهم بعيب انعدام الأساس القانوني وعرضوه للنقض. وعليه يتعين نقض القرار<sup>(2)</sup>.

وتتعرض هذه الحالة أن عقارا كان متصلا بالطريق العام، غير أن مالكة قام بتصرف قانوني ترتب عليه صيرورة جزء من هذا العقار محصورا عن هذا الطريق، ومثاله عقار مكون من جزئين (أ) و(ب)، فيعقد عملية عقد بيع ل (أ) ويستتقي الجزء (ب) لنفسه، أو يمكن أن يبيع (أ) لعدة مشتريين، ففي هذين

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 303259، المؤرخ في 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، ص 261.

(2)- قرار للغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 229229، مؤرخ في 2002/05/22، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، 2004، ص 422

المثاليين يجب أن يستحق صاحب الجزء المحصور حق المرور في الأجزاء الأخرى من ذات العقار، متى كان من الممكن إيجاد ممر كاف له في كل هذه الأجزاء، وليس له المطالبة بحق المرور في الأراضي الأخرى المجاورة إلا إذا تبين أنه ليس من المستطاع إيجاد ممر كاف له في جزء من الأجزاء التي تجزأت نتيجة التصرف القانوني المالك<sup>(1)</sup>، وعلّة ذلك واضحة، لأن مالك العقار قام بإرادته بتجزئة العقار، وحبس جزء منه عن الطريق العام، فلا يمكن أن يحمل الملاك المجاورين قيوداً على حقوقهم جراء فعل إرادي من طرفه، باستثناء إذا كان قيوداً ضرورياً، واستحال عليه إيجاد ممر كاف لفائدة الجزء المحصور في الأجزاء الأخرى من ذات العقار.

لكن الأشكال المطروح: ما هو تكييف الحق في المرور الذي يثبت لمالك الجزء المحصور على الأجزاء الأخرى؟

وكان المشرعين الجزائري والمصري واضحين في مضمون المادة (697) من ق م ج (812/02) من ق م ج في استعمال عبارة: (حق المرور)، وتقرير هذا القيد القانوني للحصر يمثل الإطار العادي لحق الملكية، مما يجعله مقراً بقوة القانون، ولا يسقط الحق في المطالبة به لمرور خمسة عشر سنة عن حالة الحصر الناتج عن التجزئة بغير المطالبة به، كما لا يقبل من المالك الأصلي إسقاط الحق القانوني في المرور الثابت للجزء المحصور من الأرض نتيجة هذه التجزئة على باقي أجزاء الأرض، إذا كان ذلك بمحض إرادته، بحيث لا يقبل من مالك الجزء المتصل بالطريق العام الاحتجاج قبل مالك الجزء المحصور بهذا النزول الصادر عن السلف المشترك لهما.

واعتبرت المادة (684) من القانون المدني الفرنسي أنه إذا كان الحصر ناتجاً لتجزئة أراضي بسبب بيع، تبادل أو قسمة أو أي عقد آخر، فلا يطلب المرور إلا على الأراضي التي كانت محل هذه التصرفات، ومع ذلك، في حالة عدم وجود ممر كاف في الأراضي المقسمة، يتم تطبيق أحكام المادة (682)<sup>(2)</sup>.

ولم يكيف الاجتهاد القضائي الفرنسي هذا الحق في المرور عن طريق التجزئة، باعتباره أحد الالتزامات التي يربتها السلف اتصالاً بالشيء الذي يؤول منه للخلف الخاص، بل اعتبره ارتفاق مرور، لكنه ضمنه شروط معينة، تضمنها قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية<sup>(3)</sup> في أنه يحق للمالك

(1) - سعيد جبر، حق الملكية، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، مصر، 2001، ص 396.

(2) - L'article 684 du ccf: «Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes. Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 serait applicable»

(3) - «1-Alors que le juge ne peut méconnaître la loi du contrat, loi des parties ; qu'en décidant que la parcelle cadastrée section appartenant aux époux Z. A. bénéficiait d'une servitude

وحده في الأراضي المحصورة على الطريق العام، والتي لا ممر أو غير كاف إما بهدف الاستغلال الفلاحي، الصناعي أو التجاري لملكيته، أو بهدف إنجاز عمليات بناء أو تجزئة، المطالبة بممر كاف في أراضي جيرانه، لضمان خدمة كاملة لأراضيه، ولكن لا يحق له الاحتجاج بالاستفادة من ارتفاق المرور، إذا كانت حالة الحصر ناتجة بإرادته، فقد ينشأ عن اقتناء لأراضيه دون التأكد من ضمان خدمة كافية للاستغلال المتوخى.

وحصر المشرع المصري الانحباس على تجزئة العقار دون ذكر التصرفات القانونية الأخرى التي يمكن أن تغيير من طبيعة الممر، طبقاً للمادة (812) من ق م م.  
أما التشريع التونسي، المغربي، والتونسي، فقرروا أن حق المرور يجد مصدره في التصرف القانوني الذي أدى إلى تجزئة العقار، لذلك كيفوه على أساس ارتفاق مرور.

légale de passage pour cause d'enclave sur la parcelle voisine cadastrée appartenant aux consorts Y. X.<sup>4</sup> tout en constatant que l'acte sous-seing privé établi par les époux Y. X... le 4 juin 1984 et reproduit dans l'acte notarié de vente du 19 juin 1984 mentionnait que les intéressés avaient accordé une autorisation de passage sur leur terrain à M. Z., ce dont il résultait que le fonds de celui-ci n'était pas enclavé, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble l'article 682 du code civil ;

2°) Alors que seul le propriétaire dont le fonds est enclavé et qui n'a sur la voie publique aucune issue ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur le fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds ; qu'au demeurant, en retenant, pour décider que la parcelle cadastrée section appartenant aux époux Z... A... bénéficiait d'une servitude légale de passage pour cause d'enclave sur la parcelle voisine cadastrée appartenant aux consorts Y... X..., qu'à supposer que M. C... ait sans équivoque renoncé à une servitude légale de passage en acceptant un passage à son seul profit, les acquéreurs de la parcelle enclavée, à savoir les époux Z... A..., ne pouvaient se voir opposer la renonciation de l'auteur de la division au bénéfice de servitude légale de passage, sans rechercher si les époux Z... A... ne disposaient pas sur la voie publique d'une issue suffisante pour assurer la desserte complète de leur fonds, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 682 du code civil ;

3°) Alors que seul le propriétaire dont le fonds est enclavé et qui n'a sur la voie publique aucune issue ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation, ..., est fondé à réclamer sur le fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds ; qu'en ajoutant, pour statuer comme elle l'a fait, que seul M. Z... disposait, sans cession possible, d'une autorisation personnelle de passage sur la parcelle cadastrée (devenue), sans rechercher si Mme A..., épouse Z., n'avait pas elle-même emprunté quotidiennement le passage litigieux, et ce sans la moindre opposition des consorts Y... X..., dès lors qu'elle était nécessairement bénéficiaire, elle aussi, de l'autorisation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 682 du code civil.» Cour de cassation, chambre civile 3, audience publique de 15/02/2018, N de pourvoi 17-11063, <http://www.legefrance.gouv.fr>.

ولقد منح الفصل (179) من م ح ع ت لصاحب العقار المجزئ، وبقي أحد أجزائه بدون منفذ، الخيار في أخذ ممر من بقية الأجزاء الأخرى، فإذا تعذر عليه ذلك فيأخذ ممره من الأراضي المجاورة، ويطبق عليه أحكام الفصلين (177، 178) السالفين الذكر.

وأما المادة (65) من م ح ع م، فقد نصت على أنه:

" إذا تم تقسيم ملك وأصبحت بعض أجزائه محصورة ولا منفذ لها إلى الطريق العمومي، فلا يجوز لملاكها المطالبة بالمرور إلا في الأجزاء التي كانت موضوع التقسيم، فإذا تعذر ذلك تطبق مقتضيات المادة السابقة".

ويستقرأ من أحكام هذا النص، أن المشرع المغربي أختار التقسيم كأحد التصرفات القانونية الواردة على بعض أجزاء الملك المحصور ولا منفذ له للطريق العام، فلا يجوز لملاكها المطالبة بالمرور إلا في الأجزاء موضوع التقسيم.

بمعنى أن الانحصار الجزئي لا ينتج عنه إلا حق مرور في الأجزاء موضوع التجزئة، فإذا كان الممر غير كاف توجب تطبيق أحكام المادة (64) من الانحصار الكلي والتي قضت أنه: " لكل مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو له منفذ غير كاف لاستغلال عقاره أن يحصل على ممر في أرض جاره نظير تعويض مناسب، شرط أن يقام هذا الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر "

ولابد من التفريق بين مفهوم التجزئة والتقسيم، فالتجزئة؛ هي كل عملية تقسيم ملكية عقارية أو عدة ملكيات مهما كان موقعها إلى قطعتين أو أكثر، إذا كان يجب استعمال إحدى هذه القطع لتشييد بناية، بينما التقسيم فهو؛ عملية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام.

ويطرح اشكال ثان: ما هو الالتزام الذي نشأ عن هذا التصرف ليؤدي لوجود حق المرور؟

واختلف الفقهاء في تحديد طبيعة هذا الالتزام، فمنهم من حدده التزام بضمان الانتفاع والتزام بتسليم الشيء وتوابعه، وهي فكرة التزام البائع في مواجهة مشتري الجزء المحصور بضمان الانتفاع به، وهو ما ذهب إليه الفقه المصري<sup>(1)</sup>، أما الفقه التونسي فيعتبر حق المرور في القانون التونسي أهم حقوق الارتفاق، فيمكن أن يكون محلاً لحقوق عينية أخرى لا بصفة مستقلة، وإنما بوصفه من توابع العقار الموظف له الحق، فنتيجة لخاصية تبعية حق المرور للعقار المرتفق، فإن أي تقويت<sup>(2)</sup> في ذلك العقار

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 267.

(2)- التقويت: " كل تصرف قانوني يهدف إما إلى نقل ملكية شيء أو حق عيني آخر عليه أو إنشاء هذا الحق"، أحمد بن طالب، التقويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، 2004، ص 27. ويقابل مصطلح التقويت: التصرف في التشريع الجزائري.



الموظف له الحق، يجعل حق المرور من ملحقاته الإيجابية سواء كان ذلك التقويت على شكل بيع، هبة تطبيقاً للقاعدة الفقهية " التابع تابع"، فيعتبر حق المرور من الحقوق المجردة في عقد البيع، فيشمل محل عقد البيع الناقل للملكية على حق المرور؛ باعتباره من الملحقات الضرورية للعقار الموظف له الحق.<sup>(1)</sup> لكن هذان التفسيران منتقدان، وعلّة ذلك أنه لا يمكن تطبيقهما في كل الحالات، فلو تم افتراض أن صاحب الأرض باع الجزء المتصل بالطريق العام واحتفظ بالجزء الآخر المحبوس له، فهل يمكن إلزام المشتري نحو البائع بالضمان والتسليم، وكذا هل يمكن افتراض التزام البائع ضامناً نحو نفسه؟ وهناك رأي ثالث يؤسس هذا الحق على أساس أن التصرف الذي أدى إلى تجزئة العقار، يولد تلقائياً التزاماً يقع على عاتق صاحب الجزء المتصل بالطريق العام، بإنشاء حق ارتفاق بالمرور للجزء المحبوس، باعتبار هذا الحق من مستلزمات التصرف، وهذا الالتزام بما يترتب له لصاحب الجزء المحبوس من قيد قانوني لحق المرور، ينفي عن هذا الجزء وصف الانحباس المشروط لوجود القيد.<sup>(2)</sup> وأما الرأي الآخر من الفقه فحدد طبيعة الالتزام بحق المرور كالتزام ضمني بإنشاء الارتفاق بالمرور، على أساس أن حق المرور حق اتفاقي وليس قانوني، ويترتب عنه تعويض يدفع لصاحب العقار محل الممر<sup>(3)</sup>.

والاشكال الثالث المطروح أيضاً: هل يقرر حق المرور بناء على تصرف غير قانوني؟ الجواب أن المبدأ القانوني يفرض وجود تصرف قانوني منشأ لحالة الانحباس حتى يمكن المطالبة بحق المرور، لكن إذا حدث أن تم نزع جبري جزئي لأرض المالك من طرف الدولة، نتيجة عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فتحول الباقي من الأرض محصوراً عن الطريق العام، فإن تحديد موضع المرور لا يتقيد في هذه الحالة بأن يكون في أجزاء الأرض الذي تمت تجزئتها.<sup>(4)</sup>

### المطلب الثالث: أحكام حق المرور

تناول المشرع الجزائري مقتضيات حق المرور من المادة (693) إلى المادة (697) من ق م ج، واعتبره قيدياً على الملكية العقارية الخاصة، لكنه لم يضع أحكامه بصفة دقيقة، وترك عدة اشكالات قانونية تستوجب تبيان الآراء الفقهية في إيجاد حلول لها، وإبراز أحكام حق المرور في التشريعات محل الدراسة.

(1) - نجيب عوينات، الحقوق العينية في الدستور، خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017، ص 182.

(2) - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 267.

(3) - سعيد جبر، المرجع السابق، ص 396.

(4) - محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 77.

ومتى توافرت الشروط المقيدة لحق المرور، أضحي لمالك الأرض المحبوسة حق المرور في أرض الجار الحابسة ليصل للطريق العام، ولا شك أن لهذا الحق أحكام مختلفة، متعلقة بالأشخاص المعنيون بطلب حق المرور (الفرع الأول)، منازعات حق المرور (الفرع الثاني)، وانقضاء حق المرور (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: الأشخاص المعنيون بطلب حق المرور

يبدو من ظاهر المواد (693، 812، 64، 177) السالفة الذكر، أن مالك الأرض المحصورة عن الطريق العام يملك وحده حق طلب المرور، في حين أن الفقه القانوني يجمع على أن المطالبة بحق المرور تتجاوز من له حق الملكية لتشمل جميع أصحاب الحقوق العينية الذين لهم الحق في استعمال العقار واستغلاله يشاركونه هذا الحق، ما دام استعمالهم لحقهم يتطلب الاتصال بالطريق العام، وعلى ذلك يجوز لكل من المنتفع والمرتهن المطالبة بحق المرور، لأن حق كل منهما ينصب على الأرض مباشرة، فيكون لهما بهذا الاعتبار أن يطلبوا بما يرتبه القانون من حق لمصلحة هذه الأرض<sup>(1)</sup>.

غير أن الفقه الفرنسي خالف الرأي الأول، وأعتبر أن أصحاب الحقوق الشخصية كالمستأجرين، فإن حقوقهم غير متعلقة بالأرض المحصورة بشكل مباشر، وإنما تقوم علاقتهم قبل مدينهم؛ وهو المالك صاحب الحق العيني، ولذلك تكون المطالبة بحق المرور بواسطة هذا المالك الذي تعاقدوا معه فقط<sup>(2)</sup>. ووافق الاجتهاد القضائي الجزائري موقف الفقه الفرنسي، وأقام مبدأ مفاده أن مستأجر المحل شاغل عرضي لا يجوز له إنشاء حق ارتفاق مرور في ملك الغير، لأن حق طلب إنشائه مخول لمالك العقار وليس للشاغل العرضي<sup>(3)</sup>.

وبعد تحديد الأشخاص المعنيين بالمطالبة بحق المرور، لا بد من التعرض لالتزامات مالك الأرض المحصورة (أولاً)، وحقوقه (ثانياً)

### أولاً: التزامات مالك الأرض المحصورة

هناك عدة واجبات فرضتها التشريعات محل المقارنة لمالك الأرض المحصورة، منها عدم مجاوزة حق المرور، المحافظة على الممر، دفع التعويض المناسب لمالك الأرض المجاورة.

(1) - عبد الجواد السرميني، عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 945.

(2) - Planiol، Ripert et Picard، 'les biens'، op.cit.، p 901.

(3) - قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا، رقم 649966، المؤرخ في 14/04/2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، ص 153.

**(1) عدم مجاوزة حق المرور**

نظرا لعدم وجود نصوص قانونية تحدد حقوق وواجبات مالك الأرض المحصورة، فيمكن تطبيق أحكام حق الارتفاق، لتشابه الحقين، وحتى أن التشريع التونسي والمغربي والفرنسي يعتبرون حق المرور ارتفاقا، وبالتالي يخضع للأحكام العامة لحق الارتفاق.

ولا يسوغ لصاحب الأرض المحصورة أن يستعمل حقه في المرور، ويتجاوز حدوده المقررة قانونا، كما لا يجوز لصاحب ارتفاق المرور أن يستعمله لصالح عقار آخر غير العقار المجاور، فلو كان لصاحب العقار المحبوس عقار آخر لا يستفيد من حق المرور في ذلك العقار، لأن تقرير المرور وجد لسد حاجة العقار المحصور، ولا يجوز استعماله على عقار غير المجاور، كما لا يجوز أيضا الحاق الضرر به لأنه يعتبر مجاوزة لصاحب حق المرور لحقه.<sup>(1)</sup>

وذلك ما ذهبت إليه المادة (872) من ق م ج على أنه:

"... ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الارتفاق" وهو نفس موقف المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة (1020) من ق م م، أما الفصل (186) من م ح ع ت فقد أوجبت على مالك العقار الموظف عليه حق الارتفاق عدم الاقدام على أي فعل من شأنه تضيق استعمال حق الارتفاق أو جعله شاقا، كما قضت المادة (45) من م ح ع م على أنه:

" لا يكون مالك العقار المرتفق به ملزما بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا ما كان يقتضيه الاستعمال المألوف لحق الارتفاق"

ونفس الأمر متعلق بما أورده المادة (702)<sup>(2)</sup> من القانون المدني الفرنسي، بحيث منعت من له حق ارتفاق استعماله إلا وفقا لسنده، ولا يمكن القيام بأي تعديل يكون من شأنه تفاقم العبء على العقار المرتفق به.

**(2) المحافظة على الممر**

نصت المادة (872) من ق م ج:

"...ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الارتفاق."

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 1371.

(2)-L'article 702 du ccf: «De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds a qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.» op.cit.

وهو نفس مدلول نص المادة (1019) من ق م م.

ونلاحظ أنه إذا تم تطبيق مضمون نصوص هذه التشريعات المقارنة على ارتفاق المرور فإنه سوف يترتب على ذلك أن يحظر على مالك الأرض المحصورة إجراء أي تغيير من شأنه زيادة العبء على الأرض المجاورة.

وبناء عليه، فمن له حق المرور على الأقدام مثلا لا يجوز له أن يمر بالعربات، ولا يملك أيضا نقل موضع معين لاستعمال حق المرور، ولو كان هذا النقل ضروريا لأرضه ولا يلحق ضروريا بالأرض المجاورة.

لذلك، فإن مالك الأرض المحصورة حر في القيام بكل ما يراه ضروريا لاستغلال أرضه لما يخوله له ممارسة هذا الحق بشرط عدم تعمد الإضرار بمالك الأرض المجاورة، أو أن يكون مجاوزا لنطاق المألوف من النشاط، فيزيد من أعباء حق المرور، فيكون بذلك قد أضر بجاره على أساس التعسف في استعمال الحق بتجاوزه الحد المألوف، فيكون تحت قيد مضار الجوار غير المألوفة، ويتحمل مسؤولية هذا الضرر.

### 3) دفع التعويض لمالك الأرض المجاورة

يكمن الهدف من تقرير حق المرور للأرض المحصورة عن الطريق العام على الأرض المجاورة هو عدم عرقلة استغلال الأرض المحصورة، وبالتالي عدم تضرر مالك الأرض التي يتقرر المرور فيها، بصرف النظر عن الفائدة التي يحققها صاحب الأرض المحصورة، ويبقى بذلك موضع المرور ملكا لصاحب الأرض التي يثبت فيها، وله الحق في المطالبة بتقاضي تعويض من صاحب الأرض المحصورة عن الأضرار التي أصابت أرضه نتيجة تقرير حق المرور عليها، ومثالها نقص قيمتها أو قل نفعها، وأما ما عاد على الأرض المحصورة من نفع فلا يدخل في تقدير قيمة التعويض.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: حقوق مالك الأرض المحصورة

خولت القوانين المقارنة لمالك الأرض المحصورة عدة حقوق؛ تتعلق بالقيام بأعمال ملائمة لممارسة حقه في المرور، وكذا حقه في الحفاظ على هذا الحق، وسلطته في إمكانية تغيير موقع قيد المرور أو توسيعه، وكل هذه الحقوق سيتم التطرق إليها في النقاط التالية:

(1)- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 65-66.

## 1) إجراء أعمال ضرورية في الأرض المجاورة

يمكن لمالك الأرض المحصورة القيام بكل الأعمال التي يراها ضرورية ومناسبة على الأرض المجاورة، سواء تضمنت هذه الأعمال استعمال حق المرور أو السعي للمحافظة عليه، وهو ما نصت عليه التشريعات المقارنة في المادة (872) من ق م ج، المادة (1019/01) من ق م م، والمادة (66) من م ح ع م، إلا المشرع التونسي سكت عن هذه المسألة واكتفى بثلاث فصول في حق المرور.

وحيث قضت نصوص هذه التشريعات بما يلي:

" لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للمحافظة عليه، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا يشنأ إلا أقل ضرر ممكن" (1).

وكما نصت المادة (874) من ق م ج على ما يلي:

" تكون نفقات المنشآت اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على مالك العقار المرتفق، ما لم يشترط خلاف ذلك.

فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته، جاز له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق".

وهو ما قضت به المادة (1022) من ق م م، المادة (65) من م ح ع م

3 - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة"

ونستشف من هذه النصوص عدة نقاط:

- وجود تنوع في الأعمال المناسبة لاستعمال حق المرور إما تتعلق ببناء أو القيام بإصلاحات كتعلية أو هدم، وذلك باختلاف متطلبات الاستعمال.

- وجوب استعمال حق المرور بشكل غير منشئ إلا لأقل ضرر ممكن.

- لمالك الأرض المحصورة كامل الحرية في القيام بهذه الأعمال أو التخلي عنها، لكن إذا ترتب ضرر من جراء عدم القيام بها كان مسؤولاً عن التعويض.

- تكون نفقات المنشآت اللازمة لاستعمال حق المرور والمحافظة عليه على مالك العقار ما لم يوجد اتفاق من الطرفين على خلاف ذلك، فإذا كان مالك العقار هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت

(1) - سنبل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 274.

على نفقته، جاز له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق

- يتطلب اشتراك الطرفان في نفقات الصيانة، إذا ما كانت الأعمال التي يقوم بها مالك الأرض للمحافظة على حقه هي في الوقت ذاته تعود بالنفع لمالك الأرض المجاورة، والعلة في ذلك استعمال هذا الأخير لذات الممر.

## (2) حق توسيع أو تغيير موضع الممر

لمالك الأرض المحصورة الذي تقرر له حق المرور في الأرض المجاورة في موضع معين الحق في توسيع الممر الأصلي أو تغيير موضعه إذا كان غير كاف لمواجهة حاجات الاستغلال الجديدة<sup>(1)</sup>، مثل تغيير طبيعة الاستغلال الأرض من فلاحية لصناعية فتتغير معه طريقة الاستغلال وتزيد نفقات المالك. وما يمكن استنتاجه من خلال هذا الفرع أن التشريعات المقارنة قيدت حرية المالك في حق المرور في الأرض المحصورة، فأباحت له القيام بأعمال عليها لكن وضعت له حدود تتعلق بطبيعة الأعمال، فلا يمكن له إجرائها إلا ما كان منها ضروري لاستعمال حقه في المرور بغية المحافظة عليه.

### الفرع الثاني: الحماية المدنية لحق المرور

قرر القانون لمالك الأرض المحصورة حماية مدنية للحفاظ على ثبوت حقه في المرور ضد مالك الأرض المحصورة عن طريق رفع دعوى قضائية، وبالمقابل قرر لهذا الأخير أيضاً دعوى تعويض ضد مالك الأرض المحصورة، لكن هذه الحماية تقرر عن طريق قاضي الموضوع وقاضي الاستعجال. ومنه، فلا بد من دراسة دور قاضي الموضوع في تقرير حق المرور، ودور قاضي الاستعجال في حماية هذا الحق فيما يلي:

#### أولاً: دور قاضي الموضوع في تقرير حق المرور

هناك دعوتان يمكن رفعهما في حق المرور، الدعوى الأولى تثبت لمالك الأرض المحصورة الحق في المطالبة بحق المرور متى توافرت الشروط القانونية لثبوته، ودعوى مقررة لمالك الأرض المجاورة

(1)- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 312.

مفادها التماس التعويض المستحق جراء الأضرار اللاحقة بأرضه نتيجة فتح الممر من قبل صاحب الأرض المحصورة.

وقد منح القانون لقاضي الموضوع السلطة التقديرية الكاملة في تقدير مدى توفر الشروط القانونية الخاصة بثبوت حق المرور لمالك الأرض المحصورة، ولأصحاب الحقوق العينية الأخرى؛ كصاحب حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن.<sup>(1)</sup>

وتكون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير انحصار الأرض محصورة من عدمها، من خلال اللجوء إلى أهل الخبرة، وعلى ضوء الخبرة يتخذ قراره، وإذا تبين له من تقرير الخبرة والوقائع المعروضة عليه أن الأرض محصورة، قام بعد ذلك بتعيين الموضع الذي يتم فيه مباشرة الحق، والكيفية التي يتم بها المرور مراعيًا القدر اللازم لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف.

وكما يقوم القاضي أيضا بتعيين مبلغ التعويض الذي يجب دفعه في حالة ما إذا كان مرور مالك الأرض المحصورة لا يلحق ضررا بالجار.

ويثبت حق المرور قانونا لمجرد انحباس الأرض عن الطريق العام، وتحتاج مباشرة هذا الحق من حيث تعيين موضع المرور وكيفيته إلى تنظيم ذو طابع واقعي لا يمكن أن للقانون النص عليه سلفا، ويتم التنظيم الاتفاقي بين مالك الأرض المحصورة ومالك الأرض المجاورة الذي تفصله عن الطريق العام، فيعين نص الاتفاق موضع المرور والكيفية التي يتم بها ومواعيده بطريقة ودية، ويتعين على مالك الأرض المحصورة دفع تعويضا إلى مالك الأرض المجاورة مقابل المرور بها، فإذا لم يتم هذا الاتفاق بطريقة اتفاقية، يتعين على مالك الأرض المجاورة اللجوء إلى القضاء مطالبا بتعيين الممر وطريقة المرور.<sup>(2)</sup>

و يحق لمالك الأرض المجاورة أن يطلب التعديل، فإذا غير مالك الأرض المحصورة طريقة استغلال أرضه، ورأى بأن الممر القائم غير كاف ولا يسمح بمرور وسائل النقل فيحق له أن يطلب توسيع الممر، أما إذا رأى المالك المجاور أن الممر أصبح أوسع مما يلزم الاستغلال الجديد كان له أن يطلب تضيق الممر أو إزالته.<sup>(3)</sup>

(1)- رمضان زرقين، عن بعض جوانب ارتفاق المرور، ترجمة أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية، الجزء الثاني، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 56.

(2)- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 74.

(3)- المرجع نفسه، ص 75.

ويحق لمالك الأرض المجاورة الذي يمتلك عقد ملكية عقاره رفع دعوى إنكار الحق؛ وهي دعوى عينية يلتمس من خلالها إخلاء أرضه من ارتفاع المرور، فإذا أثبت ملكيته للعقار قام الظاهر لصالحه، وهو الافتراض الذي يتحدد على ضوءه عبء الإثبات. (1)

وفي حالة ثبوت حاجة أرض المالك محبوسة عن الطريق العام لممر ذو نطاق معين يبيح استعمالها واستغلالها، فيلزم بعدها مرحلة التعيين المادي لهذا الممر، فيبدأ أول إجراء وهو اختيار الأرض المجاورة التي سيتم فيها المرور، والجزء من هذه الأرض التي سينشأ فيها الممر. (2)

ونصت التشريعات محل الدراسة على ضوابط معينة جسدتها المادة (696) من ق م ج، (812/03) من ق م م، (65) من م ح ع م على أنه:

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

ومن استقراء هذه النصوص، يتضح أنه إذا كان يحيط بالأرض المحبوسة عدة عقارات، وكان من الممكن الوصول إلى الطريق العام خلال أكثر من عقار من هذه العقارات فيختار منها العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً، وتقدير ذلك مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع وفقاً لظروف الحال وبصفة خاصة بالنظر إلى طبيعة العقارات المجاورة ونوع الاستغلال المخصصة له.

وإذا ما تأكد القاضي أن المرور في الأرض الفضاء أخف من المرور في الأرض المزروعة، وأن المرور في الأرض المزروعة أخف منه في الأرض البناء، فيقوم باختيار موضعاً في هذا العقار يكون المرور فيه أخف ضرراً من غيره، كأن يكون موضع المرور بجانب الخط الفاصل بين عقارين بدلاً من اختيار موضع في وسط العقار (3).

وقد يكون الموضع الذي يعينه القاضي للمرور ممراً على سطح الأرض مباشرة، كما يختار القاضي نفقاً في باطن الأرض موضعاً للمرور إذا كان ذلك ملائماً لاستغلال الأرض المحبوسة، ويصح أن يكون موضع المرور الفضاء الذي يعلوا أرض الجار.

فمتى تقرر حق المرور لا يكون لصاحب العقار المحبوس الحق في استعماله كيف يشاء، فيحدد القاضي طريقة استعمال المرور ومدتها.

فإذا كانت النصوص القانونية السابقة توجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة وتحقق أقل ضرر بالمالك المجاورين فإن التساؤل عن حالة

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 998.

(2) - المرجع نفسه، ص 97.

(3) - عبد الناصر توفيق، العطار، المرجع السابق، ص 61.



أخرى تتعلق بموضع المرور في حالة الانحباس الناشئ عن تجزئة عقار، فقد يكون العقار متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام ثم يتصرف فيه صاحبه تصرفا قانونيا يؤدي إلى جعل جزء منه محبوسا عن الطريق العام، ومثال ذلك أن يبيع جزءا من العقار لشخص آخر، فيترتب على البيع الانحباس عن الطريق العام، سواء للجزء المبيع أو للمتبقي للمالك ومثال البيع المقايضة الهبة والقسمة، ففي هذه الحالة لا تطبق القواعد العامة السابقة في تحديد موضع الممر، وهي أن يكون الممر في العقار الأخف ضررا وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك كما أشارت إلى ذلك النصوص القانونية السالفة الذكر، وإنما نصت الفقرة الثانية من المادة (812) من ق م م، والمادة (697) من ق م ج على أنه:

" إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات"

ويستشف من النصوص أن التشريعات محل الدراسة أقرت موضع المرور في أحد أجزاء العقار ذاته، لا في العقارات الأخرى المملوكة للغير من قبل التجزئة.

وعلة هذا الحكم واضحة، لأن مالك العقار هو الذي قام بإرادته بتجزئة العقار، وحبس جزء منه عن الطريق العام، فلا يصح أن يحمل الملاك المجاورين قيда على حقوقهم من جراء فعل إرادي من جانبه، إلا إذا كان ذلك القيد ضروريا بأن استحال إيجاد ممر كاف لصالح الجزء المحبوس في الأجزاء الأخرى من ذات العقار. (1)

أما بشأن الأساس القانوني لحق المرور في حالة التجزئة، فهناك اختلاف فقهي في تحديده، فذهب فريق إلى اعتبار عدم وجود علامات ظاهرة تميز حق الارتفاق إلا أن العقار كان في مبدأ الأمر واحد لا يتجزأ، وكأن مالك العقار واحد وهو بتجزئته خصص الجزء الآخر من العقار غير المحبوس ليمر عليه مالك العقار المحبوس أو من له الحق في المرور القانوني. (2)

وذهب جانب آخر من الفقه<sup>(3)</sup> إلى تأسيس الحكم الوارد في النصوص السالفة الذكر على الالتزام بالضمان، ففي هذه الحالة التي يبيع فيها المالك الأصلي جزءا من العقار فيصبح هذا الجزء محبوسا عن الطريق العام يمكن القول بأن البائع كان يضمن للمشتري استحقاق الجزء المبيع، يضمن له أيضا حق المرور للجزء المبيع على الجزء الذي استبقه، ولكن هذا التأصيل يصدق في حالة واحدة إذا كان البائع قد استبقى الجزء الذي يصل إلى الطريق العام، أما إذا كان قد استبقى الجزء المحبوس فلا يمكن الاعتماد على أساس الالتزام بالضمان.

(1) - سعيد جبر، المرجع السابق، ص 395.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 767.

(3) - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 189.

ولكن هذا الرأي يمكن الاعتراض عليه بأن الحكم الوارد في النصوص القانونية السالفة الذكر إذا كان ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، لما كانت التشريعات محل الدراسة في حاجة إلى النص عليه بحكم خاص، والذي يؤسس حق المرور في الأجزاء الباقية بعد التجزئة والنافذة إلى الطريق العام على القانون مباشرة.

وحددت التشريعات محل الدراسة موضع المرور في العقارات المجاورة التي يكون المرور فيها أخف ضرراً، في حين أن موقع المرور يتحدد إعمالاً لنص المواد (697) من ق م ج، (812/02) من ق م م، (65) من م ح ع م، إذا كان حسب أحد هذه الأجزاء عن الطريق العام ناشئاً من تجزئة تمت بناء على تصرف قانوني بشرط أن يكون من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار.

وقرر الاجتهاد القضائي المغربي على أنه:

" يحق للمحكمة أن تقضي بفتح الطريق مادام قد ثبت لها اعتبار هذه الطريق الوحيدة المؤدية إلى ملك طالب فتحها، وتؤكد إغلاقها مما ألحق به ضرراً في عدم الوصول إلى ملكه.

... حيث يعيب الطاعنان على القرار في الوسيلة الوحيدة المتخذة من التحريف وانعدام التعليل ومخالفة القانون، ذلك أنه بقراءة المعاينة المنجزة ابتدائياً وتصريح الشاهد المستمع إليه، يتجلى عدم وجود الطريق وللراجلين ممر جانب الحائط المبين في محضر المعاينة القضائية وشهادة الشاهد، ... ومناطق النزاع يتعلق بوجود طريق أو عدم وجودها، وليس إغلاقها ومحضر إثبات الحال يتعلق بكون الطريق مغلقة، وليس فيه إشارة إلى ما ينفي وجود ممر بجانب الحائط ... ولم يبحث في جدة الطريق وقدم الممر الموجود بجانب الحائط بخلاف محضر المعاينة وتصريح الشاهد خلال المرحلة الابتدائية، وإذا أرادت المطلوبتان إنشاء ممر، فعليهما تعويضه عما يقطع من أرض العارضين، بعد استصدار حكم يسمح بذلك، والقرار مشوب بالتحريف وانعدام التعليل ومخالفة القانون.

ولكن حيث إنه خلافاً للوسيلة، فإن النزاع انصب على إغلاق الطريق، وموضوع الدعوى هو فتحها، وقد تأكد للمحكمة بالمعاينة وجود الطريق الوحيدة المؤدية إلى ملك المطلوبتين، وحين تأكد لها إغلاقها وتضررها حسب إفادة محضر إثبات الحال والمعاينة المنجزة، وقضت بفتحها يكون قرارها صحيحاً معطلاً تعليلاً كافياً، أما قدم الطريق من عدمه فلم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع، ولا تقبل إثارته أول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالواقع والوسيلة على غير أساس<sup>(1)</sup>.

(1) - قرار محكمة النقض المغربية، عدد 1408، ملف مدني عدد 2011/5/1/2727، المؤرخ في 20/03/2012، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 3، الدار البيضاء، المغرب، 2013، ص 265، 266.

## ثانيا: دور القاضي الاستعجالي في حماية حق المرور

إذا كانت القاعدة العامة أن القاضي المختص للفصل في منازعات حق المرور هو قاضي الموضوع، باعتبارها تمس بأصل الحق، فإنه أحيانا تستدعي ظروف الاستعجال تدخل قاضي الأمور المستعجلة، فإذا قام مالك العقار المرتفق بغلق الممر الموجود في ملكيته، ونتج عن ذلك منع مالك العقار المحصور من الوصول إلى الطريق العام، يرجع الاختصاص للأمر بإعادة فتح الممر لقاضي الأمور المستعجلة.

وإذا توفرت الشروط الموجبة لارتفاق المرور، فإنه يثبت بقوة القانون، ويظل هذا الحق قائما ما دامت حالة الانحباس قائمة، وتجاوز المطالبة به، لكن إذا تعذر الاتفاق مع الجار الذي يخترق الممر أرضه، يكون تعيين الممر وطريقة المرور عن الطريق القضائي.

## ثالثا: أثر التقادم في تعيين الممر

تباينت التشريعات محل الدراسة ضمن مختلف نصوصها القانونية في تحديد المدة القانونية التي بموجبها ينتهي ارتفاق المرور بعدم الاستعمال، فمن ذلك ما قضت به المادة (879) من ق م ج على أنه:

" ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله 10 سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم استعماله لمدة ثلاثة وثلاثين سنة إذا كان الارتفاق مقرر لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، و كما يسقط حق الارتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها."

ويفهم من هذه المادة أنه ينقضي ارتفاق المرور بعدم استعمال هذا الحق لمدة عشر سنوات. واختلفت مدة التقادم في التشريع المصري، حيث أكدت المادة (1027) من ق م ج على أنه: " تنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة 15 سنة، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة، وكما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها"<sup>(1)</sup>.

وجعل المشرع التونسي سقوط حق الارتفاق بعدم استعماله لمدة خمس عشرة سنة، وتحسب بداية مدة السقوط من يوم عدم استعمال الارتفاق إذا كان الحق غير مستمر ومن يوم القيام بعمل معارض إذا

(1) - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 425

كان الحق مستمرا<sup>(1)</sup>، أما المشرع المغربي فلم يتناول مدة معينة لانقضاء حق الارتفاق نتيجة عدم استعماله.

وقررت المادة (685) من القانون المدني الفرنسي، انتهاء قاعدة وطريقة ارتفاق المرور بسبب الانحصار بمرور ثلاثين سنة من الاستعمال المتواصل.<sup>(2)</sup>

وكما نصت التشريعات محل الدراسة على حالة ما إذا ملك ارتفاق المرور عدة شركاء على الشيوع، وقررت أن انتفاع أحدهم دون الباقيين بارتفاق المرور أو قطع أحدهم التقادم يفيد الباقيين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا، ولا يتغير الوضع حتى ولو أجريت القسمة من بعد فأوقعت ارتفاق المرور في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي قام بقطع التقادم أو حصل الوقف لمصلحته، وأساس هذا الحكم أن ارتفاق المرور لا يقبل التجزئة، ومن ثم فإنه لا يصح أن ينتهي بالنسبة إلى جزء شائع من العقار المرتفق.

وكذلك نصت المادة (879) من ق م ج، (1027) من ق م م بأنه:

" وكما يسقط التقادم حق الارتفاق، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها".

وتخلص هذه النصوص إلى أن الاستعمال الجزئي لارتفاق المرور يمنح لصاحبه هذا الحق، ويبقى على ذلك الحال مدة التقادم، فلا يسقط ارتفاق المرور كليا بعدم الاستعمال وإنما ينتقص إلى القدر الذي استعمل فقط.

وكما ينقضي ارتفاق المرور بعدم الاستعمال الجزئي عن طريق التقادم، فإنه يجوز أن يتسع هذا الحق ويزيد نطاقه بالتوسع في الاستعمال عن طريق التقادم المكسب، كما يجوز تعديل كيفية استعمال ارتفاق المرور بالتقادم، وينتهي بانتهاء أجله طبقا للمادة (69) من م ح ع م، وحسب التشريع الجزائري، فإن كيفية استعمال ارتفاق المرور تكون قد تعدلت بالتقادم.

وقضت المادة (1028) من ق م م، (69) م ح ع م، الفصل (188) من م ح ع ت، والمادة (880) من ق م ج على ما يلي:

" ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال".

(1) - أنظر الفصلان 189، 190 من م ح ع ت، المصدر السابق، ص 38.

(2) - L'article 685 du ccf: « L'assiette et le mode de servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu », op.cit.

ويستخلص من استقراء هذه النصوص القانونية، بأنه إذا أصبح استعمال ارتفاق المرور مستحيلا استحالة مطلقة لبعض ظروف وقعت عليه، فإن ارتفاق المرور ينتهي إلى أن يزول المانع، أما إذا كان استعمال ارتفاق المرور أصبح أكثر مشقة أو أقل فائدة فلا يعتبر هذا من قبيل الاستحالة<sup>(1)</sup>.

و يعود ارتفاق المرور إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلي تماما، بل يكفي أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال ارتفاق المرور دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة<sup>(2)</sup>.

وقد ينقضي حق ارتفاق المرور بأسباب انقضاء الحقوق بوجه عام، وعلى ذلك فإن ارتفاق المرور إذا علق على شرط فاسخ ينقضي بتحقق الشرط الفاسخ، وقد ينقضي بنزول مالك العقار المحصور، كما ينقضي بالاتفاق بين مالك العقار المحصور ومالك العقار المرتفق.

وأما بالنسبة لتقدير أثر التقادم في تعيين الممر فهناك أربع حالات لذلك كالآتي:

### 1) الحالة الأولى: توافر الشروط القانونية لحق المرور

إذا توافرت الشروط القانونية لتقرير حق المرور من حصر الأرض عن الطريق العام فإن هذا الأخير يثبت بقوة القانون، فإن هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال مهما طال الزمن على عدم الاستعمال ما دامت الأرض في حالة حصر، فهو قيد يرد على الملكية، ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة.

أرض ويمكن لصاحب الأرض المحصورة المطالبة بحقه في المرور في جاره، ولو بعد مرور مدة التقادم من حبس الأرض، ما دام الحصر لا يزال قائما<sup>(3)</sup>.

### 2) الحالة الثانية: عدم مراعاة الشروط القانونية لحق المرور

توجب هذه الحالة وجود افتراضين:

#### أ) الافتراض الأول

إذا حدث واستعمل صاحب الأرض المحصورة حقه في المرور القانوني في الأرض المجاورة دون مراعاة الشروط القانونية بموضع الممر السالفة الذكر، ومثاله مروره في أرض جاره في موضع ليس الأخف ضررا، وكان بإمكانه المرور من طريق أخرى، أو تم المرور لطريق أطول دون مبرر، فحينئذ يمكن لصاحب الأرض المجاورة الاعتراض على ذلك، فيطلب أن يكون الممر في أرض مجاورة أخرى يكون المرور فيها أخف ضررا من المرور في أرضه أو أن يطلب تعيين الممر في أرضه ولكن في

(1)- Jean louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, op.cit, p 350

(2)- Planiol et Ripert Picard, les biens, op.cit, p 974-975

(3)- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، 1954، ص 295.

موضع يتحقق منه ضرر أخف من ضرر المرور في الموضع الذي اختاره صاحب الأرض المحصورة أو أن يطلب تعديل طريقة المرور حتى تتفق مع طريقة استعمال واستغلال الأرض المحصورة<sup>(1)</sup>.

### ب) الافتراض الثاني

إذا قام صاحب الأرض المحصورة بممارسة حقه في المرور دون مراعاة الشروط القانونية وسكت صاحب الأرض المجاورة دون اعتراض مدة التقادم، فإن حقه في المرور في هذا الموضع يثبتته بالتقادم، ولكن التقادم لا يعتبر في هذه الحالة تقادما مكسبا، إذ أن صاحب الأرض المحصورة استعمل حقه في المرور، ولكن دون توافق مع القواعد المقررة قانونا له، وبالتالي فهو لا يكتسب على أنه مرور بشكل اتفاقي بين الطرفين، فيكون التقادم في هذه الحالة تقادما مسقطا، فيتقادم حق الجار في الاعتراض على الموضع الذي اختاره صاحب الأرض المحبوسة<sup>(2)</sup>، ما دام سكوته استمر مدة التقادم القانونية طبقا لكل تشريع من التشريعات محل الدراسة.

### 3) الحالة الثالثة: ممارسة مرور دون قيد قانوني

إذا قام صاحب الأرض المحصورة باختيار ممر آخر واستعمله للمرور ليس في العقار المجاور بل في عقار آخر، أو كانت أرضه غير محصورة عن الطريق العام، ولكن صاحبها مر في أرض الجار لأن المسافة إلى الطريق العام أقصر وأيسر، فلا يعتبر في الحالتين حق مرور قانوني ولا قيذا مألوفاً لحق الملكية. ولكن إذا استمر صاحب الأرض في الحالتين يمارس بشكل ظاهر ومستمر هذا المرور مدة التقادم، فإنه يكسب حق ارتفاق المرور في الأرض التي يمر فيها طول مدة التقادم، بمعنى يكتسبه بالتقادم المكسب<sup>(3)</sup>.

ولقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة (699) من ق م ج حيازة الممر مدة التقادم لصاحب العقار المحصور بقولها:

"إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة 15 سنة يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله، وإن كان ارتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائيا".  
ويعتبر ارتفاق المرور بمثابة ارتفاق ظاهر، حتى ولو كان لا يكتسب بالضرورة هذا الطابع وكذا حتى ولو كان غير متواصل.

(1) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 78.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 770، 771.

(3) - المرجع نفسه، ص 771.

ويمكن اكتساب الارتفاقات الظاهرة والمتواصلة بالتقادم، ولا ينصب التقادم على الحق في حد ذاته، وإنما على القاعدة وعلى كيفية الاستغلال الناجم عن الاستعمال والحيازة طيلة خمس عشرة سنة، ويمكن إثبات واقعة الحيازة والاستعمال بجميع الوسائل بما في ذلك اللجوء إلى خبرة، ويجب أن تستجيب الحيازة المحتج بها للشروط المقررة في القواعد العامة وللأوضاع المقررة قانوناً، ولا سيما أن تكون متواصلة صادقة علنية ولا لبس فيها.

ومنه، يفترض تطبيق المادة (699) من ق م ج التحديد المسبق عن طريق التقادم لقاعدة وكيفية الارتفاق، فيعمل الحائز المتوفر على الشروط القانونية على معاناة تقادم قاعدة وكيفية الارتفاق، ثم يمكنه الدفع بهاتين الواقعتين للمطالبة وللحصول على سند التقادم عن طريق القضاء، وفي حالة تهاون الحائز بعدم معاناة تقادم قاعدة وكيفية الارتفاق في صالحه، والذي لا يتوفر على الشروط المطلوبة ولا سيما انقضاء أجل خمس عشرة سنة؛ الذي يعد الأجل المقرر في القواعد العامة، لا يمكن الاستفادة من التقادم ولا الحصول على سند، ويبقى حقه محفوظاً في حماية حيازته.

#### 4) الحالة الرابعة: عدم الحق في الاعتراض على المرور

إذا منح القانون لصاحب الأرض المحصورة حقه في المرور في أرض جاره في موضع يتفق مع الشروط القانونية لحق المرور، فلا يكون للجار الحق في الاعتراض، ولكن صاحب الأرض المحصورة لم يمارس حقه فعلياً في المرور في هذا الموضع مدة التقادم، فإنه في هذه الحالة يفقد بعدم الاستعمال حقه الذي كان قد كسبه، وإذا رغب في المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محصورة عن الطريق العام جاز له ذلك، ولكن بموجب حق مرور جديد وفي مقابل تعويض جديد<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: قيمة التعويض عن حق المرور

منحت التشريعات محل الدراسة لصاحب الأرض المحصورة حق المرور في الأرض المجاورة للاتصال بالطريق العام لكن مقابل مبلغ مالي في شكل تعويض. ولكن هناك اختلافات بين هذه التشريعات في التعويض المقدم لصاحب الأرض المجاورة في النقاط التالية:

- لم يحدد المشرع الجزائري معياراً محدداً لقيمة التعويض المستحق لصاحب الأرض المتضررة جراء استعمال حق المرور كقيد قانوني، واكتفى في نص المادة 693 من ق م ج على الحصول على تعويض متناسب مع الأضرار الممكنة الحدوث جراء هذا المرور. وكما نصت المادة 701 من ق م ج عن قيمة التعويض عن المرور الاتفاقي أو ارتفاق المرور، وذلك في حالة استحقاق صاحب العقار

(1) - محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 292.

المرتفق به تعويضا فإنه يمكن أن يتضمن التعويض مبلغا ماليا يدفع بشكل كلي أو على أقساط متساوية متناسبة مع الضرر الناجم من استعمال الممر.

- اشترط المشرع المصري في نص المادة 812 من ق م م على أن يكون التعويض استعمال قيد المرور عادلا دون أن يحدد قيمته أو طريقة الحصول عليه بشكل ودي أو قضائي.

- يعتبر المشرع المغربي حق المرور ارتفاقا، وبالتالي أعترف لكل مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو تعذر عليه استغلال عقاره نظرا لعدم كفاية المنفذ امكانية الحصول على ممر في أرض جاره نظير تعويض مناسب طبقا لنص المادة 64 من م ح ع.

- سمح المشرع التونسي في الفصل (177) من م ح ع ت لمالك العقار بما يلي:

" لمالك العقار المحاط من كل جانب ... مقابل دفعه تعويضا عادلا".

والملاحظ أن المشرعان التونسي كان دقيقا في جعل التعويض عادلا، عكس القانون المغربي الذي وصفه بالتعويض المناسب، والذي قد لا يكون عادلا لحق صاحب العقار المرتفق به، لكن إذا جزيء العقار وبقيت أجزاء منه دون منفذ، فيمكن لصاحب هذا الجزء أخذ ممر من بقية الأجزاء الأخرى<sup>(1)</sup>.

والسؤال المطروح: كيف يتم تحديد التعويض عن استعمال حق المرور على أرض الجار؟

الاجابة عن هذا السؤال تقتضي طريقتين: الاتفاق الودي، التعويض القضائي.

### أ) التعويض الودي

يتم تحديد التعويض عن استعمال حق المرور باتفاق الطرفين، مالك الأرض المحصورة ومالك الأرض التي يمارس فيها المرور بشكل اتفاقي وسلمي يناسب الطرفين دون ضرر لأي منهما.

### ب) التعويض القضائي

وإذا لم يجد مالك الأرض المحصورة ومالك الأرض المجاورة اتفاقا موحدًا حول قيمة التعويض المناسب عن استعمال الممر، فلا بد من اللجوء إلى القضاء، والقاضي هو الذي المختص في تحديد قيمة التعويض، ويراعي في تقديره قيمة الضرر الذي يصيب مالك الأرض المجاورة التي عليها عبء الحق في المرور<sup>(2)</sup>.

ولا يعتبر القاضي شخصا فنيا حتى يقيم التعويض كما يجب، لذلك يستعين بأهل الخبرة لتقويم الضرر الحاصل بأرض الجار نتيجة استعمال حق المرور، وبناء على تقرير الخبير يحكم القاضي بالتعويض لصالح أرضه بشرط توافر شروط الحصر، ومتى حددت قيمة الضرر، ولا يجوز الحكم

(1) - علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010، ص 219.

(2) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 79.



بتعويض إضافي حتى لو كان الضرر الذي أصاب الجار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار في أرضه، وإنما يجوز الحكم بتعويض إضافي حتى ولو أدخل صاحب الأرض المحبوسة تعديلات في استغلاله لأرضه، وترتبت عليها زيادة في عبء حق المرور. (1)

وسبق للمشرع الجزائري أن فصل في طريقة دفع التعويض إما بصفة كاملة أو عن طريق أقساط متساوي كما سبق شرحه أعلاه.

أما المشرع المصري فلم يرد نص بشأن طريقة دفع التعويض، لذلك قرر الفقه فيه أن الأصل أن يدفع التعويض مقدما، ولكن يجوز أن يدفع على أقساط دورية ومنتجدة مدة بقاء حق المرور، ويحق للجار في جميع الأحوال أن يمنع صاحب الأرض المحصورة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته وذلك تطبيقا لقواعد الحق في الانحباس.

ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحصورة فعلا في أرض الجار قبل أن يدفع التعويض فإنه يكون مستعملا لحقه ولا يكون مسؤولا مسؤولية جزائية لدخوله في أرض الغير دون حق، وإنما يطالبه الجار بالتعويض المستحق، وقد يطالبه بتعويض إضافي إن مر في موضع غير الذي حدد له. (2)

ويتبين مما سبق، أن حق المرور من القيود القانونية التي تعد مظهرا للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة وعدم إطلاقها، فأصبح مناط حماية حق الملكية مباشرة كغرض ومضمون ونطاق في حدود القانون من غير إطلاق ولا تعسف، ومباشرة المالك لسلطته بهدف تحقيق مصلحته الخاصة لا بد ألا تتعارض مع الوظيفة الاجتماعية لهذه الملكية لتحصيل المصلحة العامة، أو حماية مصلحة خاصة أولى بالرعاية. وبما أن حق المرور هو قيد قانوني فإن مصدره التشريع وينتشر بشكل عام ومجرد بقوة القانون على نحو موضوعي على جميع الملكيات المتماثلة في الظروف المتطلبة قانونا لتقرير القيد، ولذلك يفرض حق المرور بقوة القانون على الأرض المتصلة بالطريق العمومي لصالح الأرض المحصورة عنه أو التي لا يصلها به ممر كاف بالقدر اللازم لتمكين الأرض المحبوسة من استغلالها واستعمالها على الوجه المألوف، وهو النطاق العادي لجميع الملكيات المتصلة بهذه الطريق. لكن إذا تم الاتفاق على ترخيص أحد الملاك لجاره صاحب الأرض الموجودة في حالة غير محصورة عن الطريق العام بالمرور عبر أرضه فإنه يحمل نفسه عبئا استثنائيا إضافيا لم يفرضه عليه القانون، وهو ما يمثل ارتفاق المرور لا قيودا قانونيا. (3)

(1) - وائل ومجد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص 73.

(2) - المرجع نفسه، ص 74.

(3) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 256، 258.



## الفصل الثاني: القيود الجوارية الخاصة

من المتفق عليه أن حق الملكية يخول لصاحبه جميع السلطات المحتملة على الشيء والتي تمكنه من الاستفادة الكاملة منه والحصول على منافع ومزايا الشيء محل الحق وهذه السلطات هي الاستعمال والاستغلال والتصرف.

ولم تبق الملكية العقارية الخاصة حقا مطلقا، بل أصبحت مرتبطة بقيود عديدة، لذا لم يعد ينظر لهذا الحق على أنه ميزة للمالك فحسب بل يعد وظيفة اجتماعية، ومن أهم مظاهر هذه الوظيفة وجود قيود تبادلية، أحدهما تقع على العقار غير المبني كالقيود الطبيعية التي لا دخل ليد الإنسان في إنشائها، وهي ثابتة غير متغيرة حسب خلقها، كحق المجرى والشرب والمسيل، والتي تعد من الموارد المائية بشكليها السطحي والجوفي ملكا للدولة، حيث ترتبط ملكية المياه في بعض الدول ببعض الأعراف والتقاليد أو بالأرض نفسها، وتكون الدولة بذلك هي المسؤولة عن المنشآت العامة، بينما يشرف القطاع الخاص على المنشآت الخاصة المتعلقة بالآبار السطحية، وشبكات الري والسدود.

وهناك قيود أخرى إرادية بفعل الإنسان، تقع هي الأخرى على العقار المبني، وتدخل في عملية البناء كجزء من حق الملكية العقارية، وهي حدود متغيرة بفعل عوامل البناء والهدم والتقسيم، ويكون نطاقها التلاصق في الجوار أو ما تحدثه الفتحات والكوات من نزاعات.

من منطلق ذلك، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يتطرق الأول منهما إلى قيود الانتفاع بموارد المياه، من قيد الشرب، المجرى والمسيل، والمبحث الثاني إلى قيود التلاصق في الجوار، المطلات والمناور.

## المبحث الأول: قيود الري والصرف

هناك العديد من الأطر القانونية المنظمة للموارد المائية في التشريعات محل الدراسة، إلا أنها تعاني من بعض الاختلالات والثغرات سواء في الاستعمال أو في أساليب وتقنيات إدارة هذه الموارد مع الطرق الحديثة، نظرا لصعوبة تحقيق الأمن المائي والفشل في إعداد استراتيجية متكاملة للقضاء على العجز المائي، وانعكاساته السلبية على السكان والبيئة والتنمية المستدامة.

وتتحكم التقاليد والأعراف في كيفية التعامل مع السيول، حيث يقوم الملاك بإنجاز السدود الترابية لدرء الفيضانات أو لغمر أراضيهم في بعض الحالات، نظرا لندرة المياه، ولكن يحدث ألا تصل المياه إلى أراضي الغير نتيجة لوجود عقارات أخرى تجاورها، مما جعل التشريعات تفرض قيودا على وصولها بإنجاز يحتل استعمال المياه أهمية خاصة بالنسبة للإنسان، للماشية، للملاحة، واستعمال القوة الكهربائية، حيث أن شروط الحياة والتنمية الاقتصادية في منطقة ما تتوقف على نظام المياه السائد فيها، وبالتالي تعتبر موارد المياه ثروة قومية.

ونظرا لأهمية تنظيم ملكية المياه واستعمالها وتوزيعها، فتم التوصل لقوانين تحكمها ضمن قيود مقررة للمصلحة الخاصة للجيران، تقرر حدود الانتفاع بالموارد المائية، وبالموازاة تقرير مدى التزام الملاك المجاورين بهذه الحدود.

وتظهر قيود الانتفاع بالمياه في حق الشرب (المطلب الأول)، حق المجرى (المطلب الثاني)، حق المسيل (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: حق الشرب

تهدف أحكام الري والصرف إلى تحقيق الاستغلال الأمثل للأراضي الزراعية، لما لمنتجاتها من أهمية قصوى في تطوير الاقتصاد الوطني، وأنها تفترض وجود حالة جوار بين هذه الأراضي التي في حاجة للري وبين المسقاة الخاص بأرض الجار، ولذلك فهي تهدف إلى تنظيم العلاقة بين الجيران بما يحقق مصالحهم الخاصة، وتمكين كل منهم الانتفاع بحقه بشكل متكامل.

وعليه، فالواجب تعريف حق الشرب (الفرع الأول)، وشروط ثبوت هذا الحق (الفرع الثاني)، والتعرض لآثاره (الفرع الثالث)

## الفرع الأول: تعريف حق الشرب

إن الماء مورد طبيعي محدود وأساسي للحياة والاستمرار، وحق الأرض فيه ثابت لا يمكن الاستغناء عنه، مما نتج عنه حق الشرب كقيد مقرر بالقانون حسب طبيعة الأماكن التي فرضته على الملاك المجاورين.

ويضمن حق الشرب الاستفادة من الإمدادات الموجودة للمياه اللازمة لإعمال حق شرب الأراضي الفلاحية البعيدة عن موارد المياه العامة من مساقى الملاك المجاورين لها.

وقد عرف الفقه حق الشرب على أنه:

" الحق في أخذ المياه اللازمة لري الأرض، من مجرى مائي مملوك لشخص آخر، أي هو استخدام مياه مسقاة خاصة مملوكة للغير في ري الأرض.<sup>(1)</sup>"

ولكن يجب التفرقة بين تسمية هذا القيد في المدينة والريف، فاحتياجات المياه في المدينة يطلق عليها مفهوم الري الحضري، بينما خارج المدينة بحق الشرب.

ويعرف حق الشرب بأنه: "...الحق في أخذ المياه اللازمة لري الأرض من مجرى ما في (مسقاة أو ترعة) مملوكة لشخص آخر، أي هو حق استخدام مياه مسقاة خاصة مملوكة للغير في ري الأرض"<sup>(2)</sup>.

كما قضت المادة (692) من ق م ج على أنه: " الأرض ملك لمن يخدمها، وتعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية.

تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة بالنصوص الخاصة بالثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستغلال المياه."

ويفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أحكام حق الشرب، ضمن ق م ج، وأبقى هذا النص دون تعديل، حيث تم إلغاء الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، بمجرد إلغاء التعامل بالنظام الاشتراكي في تسيير أملاك الجماعة الوطنية، مما يحتم مراجعة أحكام مواد ق م ج بما يتناسب والتطور القانوني والاقتصادي والسياسي، ويعطي أهمية للقيود الطبيعية التي تدخل ضمن صميم الملكية وجزء منها.

وأحيلت أحكام استعمال الموارد المائية لقانون المياه رقم 05-12<sup>(3)</sup>، الذي رسم عدة أهداف منها؛ تحديد المبادئ والقواعد المطبقة لاستعمال هذه الموارد، وتسييرها كونها ملكا للمجموعة الوطنية، كما رمى

(1)- جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1970، ص 98.

(2)- المرجع نفسه، ص 98.

(3)- قانون رقم 05-12، يتعلق بالمياه، المؤرخ في 2005/08/04، ج ر ج، العدد 60، المؤرخة في 2005/09/04.

إلى حق التزود بالمياه وحشدها وتوزيعها بكمية كافية تلبية للفلاحة والصناعة، والحق في الحصول على الماء لتحقيق التوازن الاجتماعي يحقق بالنتيجة حق كل شخص طبيعي أو معنوي في استعمال هذه الموارد في حدود المنفعة العامة واحترام النصوص التنظيمية لهذا القانون<sup>(1)</sup>، وكما نظم حدود استعمال المياه المتعلقة بالموارد الخاصة للأفراد، لكنه كيفها على أساس ارتفاعات وليس قيودا على الملكية العقارية الخاصة.

وأما بالنسبة للمشرع المصري فقد تطرق لقيود حق الشرب ضمن المادة (808/01) من م م ق م على أنه: " من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك، كان له حق استعمالها. ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فما تحتاجه أراضيهم من ري وصرف. "

وتظهر من خلال هذه المادة إجازة المشرع المصري حق الملاك الذين تربطهم صلة جوار مع الأراضي التي بها مسقاة أن يستعملوا مياهها بقدر الحاجة التي تطلبها أراضيهم الزراعية، لأن مناط الشرب وجود حاجة ملحة لمنتجات الأرض، فلو كانت الأرض مبنية، فلا حاجة لتقييدها بحق الشرب.

وخصص الفصل (182) من م م ح ع ت لتبيان مدلول حق الشرب على أنه:

" من أحدث ارتفاعاً فقد منح ضمناً ما هو لازم لاستعماله.

فحق الاستقاء من عين يتضمن حتماً حق المرور في العقار الذي تقع فيه العين"<sup>(2)</sup>

يلخص هذا الفصل عدة استنتاجات:

- لم يستعمل المشرع التونسي مصطلح الشرب، بل جعله استقاء، وهو نفس المعنى

- يعتبر المشرع التونسي حق الاستقاء نوع من الارتفاقات التي يحدثها الإنسان، وقد فرق بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر، فالمستمر هو ما يكون استعماله أو يمكن استعماله متواصلاً بدون حاجة إلى تدخل الإنسان بشكل حالي كمجاري المياه والميازيب والمنافذ وما شابه ذلك، واعتبر الارتفاق غير المستمر هو الذي يكون استعماله تدخل لفعل الإنسان بصفة حالية آنية كحق المرور واستقاء المياه وما شابه ذلك<sup>(3)</sup>.

وفيما تعلق بالمشرع المغربي فقد نص على حق الشرب في المادة (50) من م م ح ع م على أنه:

" حق الشرب هو نوبة من الماء ينتفع بها لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر. "، كما أضاف في المادة (51) من م م ح ع م ما يلي: " لكل شخص أن ينتفع من موارد المياه العامة بمختلف وجوه

(1)- أنظر المواد 1، 2، 3 من القانون رقم 05-12، المصدر نفسه، ص 4.

(2)- الفصل 182 من م م ح ع ت، المصدر نفسه، ص 37.

(3)- الفصل 181 من م م ح ع ت، المصدر نفسه، ص 36.

الانتفاع بما في ذلك ري أرضه على أن يتقيد في ذلك بالمقتضيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بنظام المياه."، ثم قرر في المادة (52/01) الحكم التالي: "إذا كان مورد الماء خاصا فلا يجوز لأحد أن يكون له حق الشرب عليه إلا برضى صاحبه."

نستقرأ من هذه النصوص النقاط التالية:

- جمع المشرع المصري بين حق الشرب وحق المصرف في نص واحد، وهذا لتوافر فيهما نفس الشروط القانونية لإقرار القيد على أرض الجار.

- جعل المشرع التونسي الانتفاع بالمياه مبرر لتوظيف ارتفاع حق الشرب، ولا يعترف بالقيد في الملكية العقارية الخاصة بشكل نهائي.

- كان المشرع المغربي الوحيد في التشريعات محل الدراسة الذي سطر تعريفا لحق الشرب، وقد استمده من التعاريف الفقهية لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر حق الشرب: "النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض."<sup>(1)</sup>

- تدرج المشرع المغربي في وضع مسطرة حق الشرب من إعطاء تعريف لها ثم التطرق لأنواع موارد المياه، فتستعمل الموارد العامة بشكل عادي بهدف الانتفاع وري الأراضي دون تعويض للدولة، ومدى الزامية تقييد حق الشرب كملكية عامة للدولة بمقتضيات نصوص قانون المياه، ثم تعرض للملكية العقارية الخاصة؛ التي تمثلها موارد المياه الخاصة، بحيث قرر تقييد الآخرين ومنعهم من حق الشرب إلا بشرط موافقة مالك الأرض على ذلك.

- اعتبر المشرع المغربي حق الشرب نوع من الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن، فورد هذا الارتفاق ضمن الفرع الثاني المعنون: أنواع حق الارتفاق من الفصل الأول: الارتفاقات، من الباب الثاني: الارتفاقات والتحملات العقارية من م ح ع م.

- لم يتطرق المشرع الفرنسي لحق الشرب ضمن أحكام القانون المدني، لكنه تناول مقتضيات حق المجرى والمسيل.

### الفرع الثاني: شروط ثبوت قيد الشرب

تمنح ملكية المسقى حق صاحبها في استعماله، وفي المقابل تفرض عليه حدودا استثنائية تقيد حريته في هذا الاستعمال لتسمح لملاك الأراضي المجاورة حق الشرب، ومناطق هذا القيد هو الواقعة المنشئة له وهي الانحصار عن موارد المياه، ومن ثم يفرض هذا القيد وفقا لشروط قانونية محددة.

وحدد المشرع المصري في مضمون المادة (808/02) من ق م م على ما يلي:

(1) - وهبه الزحلي، المرجع السابق، ص 4656.

"... ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها".

وقررت أيضا المادة (52) من م ح ع م على أنه:

"... ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين استغلال مورد الماء فيما تحتاجه أرضهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منه، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء وصيانة مورد الماء بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه، وكل ذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل".

ويستفاد من هذين النصين أنه لثبوت قيد الشرب للمالك الجار، يلزم توافر جملة من الشروط

التالية:

#### أولا: وجود مسقاة خاصة

نص على هذا الشرط بشكل صريح المشرع المغربي في مسطرة م ح ع م، أين فرق بين الموارد العامة التابعة للدولة والتي تخضع لنصوص قانون المياه، وتبيح حصريا حق انتفاع الجميع بها، وبين الموارد الخاصة التي تعود ملكيتها للملاك الخواص، والذين لديهم الحق في اقرار حق الشرب بشرط رضائهم<sup>(1)</sup>، وهذا يعني وجود اتفاق على هذا الحق الذي يكتسي تكييفه الارتفاق، فهو ليس قيد على سلطة المالك في استعمال ملكيته بالنظر للمشرع المغربي.

وتتكون الأملاك العمومية الطبيعية للمياه لدى المشرع الجزائري من المياه الجوفية؛ مياه المنبع والمياه المعدنية الطبيعية من مياه الحمامات، المياه السطحية المشكلة من الوديان والبحيرات والبرك، مياه البحر المحلاة<sup>(2)</sup>.

وقد قرر اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية هذا الشرط في القرار التالي:

"من المقرر قانونا أن مياه المنبع تشكل جزءا من الملكية العامة للري، كما أن جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية.

... حيث يستخلص من عناصر الملف بأن الطلب المقدم من قبل السيد (ع.م) وأمام محكمة أريس الرامي إلى أمر (ف.ن.ص) بعدم التعرض له في استغلال نصيبه في استغلال المنبع الكائن في ملكيتهم وأن المحكمة بموجب حكم مؤرخ بتاريخ 1993/11/23 عينت خبيرا بهدف تحديد موقع المنبع بالنسبة

(1)- أنظر المادتان 51، 52 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 11.

(2)- المادة 4 من القانون رقم 05-12، المصدر السابق، ص 4.



للأطراف، مصدره، وكيفية استغلاله ونصيب كل واحد في الاستهلاك أو السقي وتحديد الأراضي المتجاورة والمستفيدة والقول إذا ما كان للأطراف ينابيع أخرى لاقتناء الماء.

وأن الخبير قد أثبت من جهة بأن موقع النبع يوجد في أرض فريق (ن) ولكن ملكية النبع غير ثابتة، ومن جهة أخرى عاين وجود آثار لساقية قديمة تنطلق من حوض الماء إلى ملكية المدعي، وفي الأخير قد عاين بأن أطراف النزاع لا تتوفر على نبع آخر للماء، فإنه كان على قضاة الموضوع أن يقدروا نتائج الخبير من دون تحريف المضمون، وتطبيق المادة 692 من ق.م التي تحدد أن جميع موارد المياه للجماعة الوطنية، وأيضا المادة 02 من المرسوم 83-17 المؤرخ بتاريخ 16/07/1983 المتضمن قانون المياه التي تحدد بأن مياه النبع تشكل جزءا من الملكية العامة للري وأيضا مقتضيات المواد 09 وما يليها التي تركز حق المواطن في ... نظام الأولوية في استعمال الماء.

وبأنه برفض قضاة الموضوع لطلب المدعي فضلا عن أنهم تجاوزوا سلطتهم، وقد أخطأوا في تطبيق النصوص السالفة الذكر، فإنه يتعين نقض قرارهم.<sup>(1)</sup>

ويتضح من حيثيات هذا القرار، أن الاجتهاد القضائي الجزائري يفرض شرط الملكية العقارية الخاصة لصاحب المنبع، حتى يمكنه منع الملاك المجاورين من ري أراضيهم، وكذا يوجب خبرة للتحقق من توافر جميع الشروط المانحة لحق الشرب بما فيها عدم توفر منبع آخر للجيران يمكنهم من ري أرضهم، مؤكدا على أهمية المياه في الحياة الاجتماعية، وحق الأفراد في التموين منها وتحديد كيفية استعمالها، كما أكد على قواعد استعمال الأملاك العامة للجميع على قدم المساواة.

وقد ميز المشرع المصري بين المساقية الخاصة والترع العامة، هذه الأخيرة لا يمكن أن تكون محلا لهذا القيد، لأنها ملك للدولة لاتصالها المباشر بالنيل.

وقد اعتبر المشرع التونسي أنه تتبع الملك العمومي للمياه المتعلقة بمجاري المياه على اختلاف أنواعها والأراضي الداخلة في ضفافها الحرة، المياه المحصورة بالأودية، العيون المختلفة، طبقات الماء بباطن الأرض، البحيرات، قنوات المياه والآبار والأحواض المستعملة من طرف العموم، قنوات الملاحة والري<sup>(2)</sup>.

(1)- قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا الجزائرية، رقم 211512، المؤرخ في 25/07/2001، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 265، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد القضائي في القضاء العقاري، الطبعة الثانية، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 227، 228، 229.

(2)- أنظر الفصل الأول من قانون عدد 16 لسنة 1975 يتعلق بإصدار مجلة المياه التونسية، المؤرخ في 31/03/1975، ر ر ت، عدد 22، 01/04/1975، ص 7.

## ثانيا: صفة الجوار

يجب أن يكون من يطلب حق الشرب من المياه الفائضة من المسقاة جارا للمالك صاحب المسقاة. وهنا يطرح الاشكال التالي: هل يقصد بالجوار مفهوم موحد للحق في الشرب أم له مفهوم مركب؟

للإجابة عن هذا الاشكال لابد من تحديد صور الجوار في حق الشرب فيما يلي:

(1) تلاصق أرض الجار مع ضفة المسقاة، فتكون هذه الأخيرة حدا فاصلا بين الأرض التابعة للجار والأرض محل قيد الشرب، فيجوز للجار في هذه الصورة طلب حق الشرب، بشرط ملاصقة أرضه للمسقاة ذاتها.

(2) تتمثل الصورة الثانية في كون أرض الجار حدا فاصلا بين أرض المالك وبين مأخذ مياه المسقاة، فتعتبر هذه المياه أرض الجار في مجرى يحصل عليه المالك، حتى تصل المياه إلى أرض المالك، وفي هذه الصورة تعتبر أرض الجار ملاصقة للمسقاة، والعلة في ذلك مرور مياه المسقاة فيها، فيكون للجار الحق في الحصول على حق الشرب منها.

(3) إذا كان موقع المسقاة داخل أرض المالك دون وجود حالة تلاصق لأرض الجار، فلا تعتبر واقعة في حدود هذه الأرض، ولا حتى تعبرها حتى تصل أرض المالك، فتتعدم واقعة التلاصق للمسقاة ذاتها، ولكن يبقى التلاصق موجودا لأرض المالك المنشئة بداخلها المسقاة، مما أثار خلاف فقهي حول هذه المسألة. (1)

وذهب البعض من الفقهاء إلى أن للجوار مفهوم واحد كشرط لثبوت قيد الشرب، ويقصد به الجوار الملاصق للمسقاة الخاصة<sup>(2)</sup>، ولا يكفي التلاصق لأرض المالك فقط، بينما ذهب اتجاه آخر على كفاية الجوار لأرض المالك، ولا ضرورة لتلاصق المسقاة مع أرض الجار<sup>(3)</sup>.

ومن ثمة، فالجوار المثبت لقيد الشرب لا يشترط التلاصق بالمسقاة الخاصة، المهم تثبت صفة الملكية للطرفين، فلا يمكن لصاحب الحق الشخصي كالمستأجر لأرض فلاحية طلب حق الشرب من مالك الأرض صاحب المسقاة، فيفترض أن يقوم ذلك نيابة عنه مالك الأرض المؤجر.

وأضاف المشرع المغربي حالة أخرى تتعلق بالاشتراك في مورد المياه، فتمنع هذه الحالة على كل شريك ترتيب حق الشرب لفائدة الغير إلا بموافقة جميع الشركاء<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 719، 720.

(2) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 165.

(3) - عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المنفردة عنها وأسباب كسبها، مكتبة سيد وهبة، القاهرة،

مصر، 1968، ص 108.

(4) - أنظر المادة 53 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 12.

ولا يوجد ما يمنع من تعدد الملاك المجاورين، كل بحسب حالته بما يثبت للجميع على قدم المساواة الحق في الشرب سواء اتجاه مالك واحد للمسقاة أو تجاه ملاك متعددين يملكون مساقى خاصة، طالما تحقق الجوار في شأنهم.

وإن اسقاط الحق القانوني في الشرب عن الجار الملاصق للأرض وتمسك صاحب المسقاة بحقه في الاستثناء ومنع الغير من حق الاستقاء حتى بعد استيفاء حاجات أرضه، يعد تعسفاً في مباشرة حقه، لأن المنع كمظهر من سلطات المالك في حريته في استعمال والتصرف في ملكه يشكل انحرافاً عن الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة، والمنع فيه مضره للمالك الجار<sup>(1)</sup> يوجب تقييدها بالسماح له بحق الشرب في حدود القانون.

### ثالثاً: استيفاء مالك المسقاة حاجته من المسقاة

من ينشأ مسقاة خاصة طبقاً للقوانين، يكون مالكا لها، ويترتب على ملكيته لها أن له وحده حق استعمالها، وهذا تطبيقاً لخصائص حق الملكية من أنه حق جامع، ومزاياه مقصورة على صاحبه، لكنه لم يعد حقاً مطلقاً وإنما وردت عليه قيود كثيرة على عنصر الاستعمال أو الاستغلال، ويتقرر حق الشرب لغير صاحب المسقاة بعد استيفاء المالك حاجة أرضه منها، ليظهر معنى القيد المقرر لمصلحة الجيران، ليفرض على مالك المسقاة تمكينهم من استعمالها لري أرضهم من المياه التي تجري فيها<sup>(2)</sup>.

وهناك حالتان لمالك المسقاة تفيد امكانية إنقاص حق الشرب أو منعه، ستورد كما يلي:

### الحالة الأولى: المنع من حق الشرب

إذا كانت للمالك حاجة كبيرة لمياه المسقاة -والتي عادة تكون بئراً- ولم يبق منها ما يكفي لري أراضي الملاك المجاورين، نظراً لتزايد النشاط الفلاحي للمالك وتعدد محاصيله، فلا يمكن له الاستعانة بموارد أخرى لسد هذه الحاجة، فيكون منعه للملاك المجاورين من حق الشرب مشروعاً، لأن العبرة بحاجته الحقيقية من حصة الماء دون الوصول لإلحاق الضرر بأرضه، فيبطل التقييد لعدم توفر شرط الاستيفاء.

### الحالة الثانية: المنع أو امكانية الإنقاص من حق الشرب

يمكن أن يتوسع مالك المسقاة الخاصة في مساحة أراضيها، باقتنائها أرض ملاصقة، فيزيد طلبه للمياه بغية ربيها، مما يستهلك حصة الملاك الجيران من حقهم في الشرب، لكن يمكن لصاحب المسقاة إنقاص من حصة الشرب بكمية تروي حاجة قليلة للأراضي المجاورة، باعتبار أن حق الشرب هو قيد

(1) - المادة 37 من مشروع القانون المدني على ضوء الشريعة الإسلامية، نقلاً عن همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 173.

(2) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 54.

اجتماعي قبل أن يكون قانوني، يفرض واجب التضامن الاجتماعي بين الجيران، غير أن المشرع التونسي والمغربي يعتبران حق الشرب؛ ارتفاقاً طبيعياً ينشأ عن وضعية الأماكن، كما يعد عبء على العقار محل الشرب.

ويرجع المصدر التاريخي في استخلاص نصوص حق الشرب للتشريعات العربية محل الدراسة لأحكام الشريعة الإسلامية وأراء الفقه الإسلامي.

وحيث يجبر الفقه الإسلامي صاحب البئر الذي يسقي منها زرعه على اعطاء الفضل لجاره بتوافر أربعة شروط:

- 1- وجود فضلة (ماء زائد عن حاجة المالك) من الماء بعد سقي صاحب البئر لزرعه.
- 2- وجود جار له زرع أنشأه على أصل ماء وانهدمت بئر زرعته.
- 3- وجود خوف (ظن) على زرع الجار من الهلاك بسبب العطش.
- 4- شروع الجار في إصلاح بئره<sup>(1)</sup>.

كما ربط الفقه الإسلامي توافر هذه الشروط يجبر صاحب البئر على اعطاء الفضل (المتبقي) لجاره بصفة مجانية ولو وجد معه الثمن، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط يمتنع معه السماح بحق الشرب، خاصة في انعدام شروع في ترميم البئر المهتم للجار.

ولكن إذا لم يجبر على بذل المال للجار، فهل يجوز بيعه له؟

ويرى المالكية، أن الماء في البئر المملوك مملوك لصاحبه منعه وجواز بيعه، كما يرى أن البئر المحفورة في ملك يملك مأوها ويباح بيعه حتى يبين أنها للصدقة، لأن الظاهر أنه حفرها على الملك وإباحة البيع، أما البئر المحفورة في غير ملك لشرب، ولم يبين أنها للملكية، فيجب على من حفرها بذل الفاضل (المتبقي) من مائها للغير ولا يجوز بيعه، لأن عدم بيان الملكية تفسر نيته على ما تجري به العادة، والمعتاد في هذه الحالة هو التصديق بالفاضل<sup>(2)</sup>.

وهناك نوع من المياه موجودة في أرض مملوكة، تم استنباطها من عين في أرضه أو حفر بئراً في ملكه أو في أرض موته له حق احيائها، أو شق جدولاً في ملكه، وقد اختلف الفقه الإسلامي في ملكية هذه المياه، فبعضهم وسع دائرة البذل، وبعضهم ضيقها على حين كان موقف الآخرون متوسطاً.

ومن أهم أسباب الخلاف تأويلهم لأحاديث النهي عن منع الماء وبيعته، ومنها في الصحيحين وسنن ابن ماجة عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً"،

(1) - عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 594، 595.

(2) - المرجع نفسه، ص 598.

وروى عبد الله بن أحمد في المسند عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة في النخل: "ألا يمنع نفع البئر".

لذلك اختلف الفقهاء في ملكية الماء في أرض مملوكة على قولين:

الأول: يعتبر الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة هذا الماء حق، وصاحبه أحق به من غيره، لكونه في ملكه.

الثاني: أن الماء يملك إذا كان في أرض مملوكة، وهو قول المالكية.

واستدل القائلون بملكية هذا الماء بأن هذا الأخير نماء ملكية صاحبه؛ كالشجر النابت في ملكه، واستدل المدعون بعدم ملكيته، بأن الماء خلق في الأصل مباحا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار"، والشركة العامة تقتضي الإباحة، إلا إذا أحرز فيملك بالإحراز، وإذا لم يوجد هذا الأخير بقي على أصل الإباحة الثابتة بالشرع.

وإذا كان الماء في أرض مملوكة وفق كفاية صاحبه لشربه وسقي زرعه، فلا يجب عليه بذله لغيره إلا لمضطر على نفس:

(1) لأن صاحب الماء إما مالك له أو أن له حقا خاصا فيه لكونه واقع في ملكيته، فإذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به.

(2) توعده النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء.

(3) لأن عليه في بذله ضرارا، ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه.

وإذا اضطر الغير من الملاك المجاورين لحق الشرب، وجب بذله بالأولوية، قدم شربه للبشر على الماشية، وتقدمت الماشية عن حاجة صاحب الماء لزرعه.

أما إذا فضل الماء عن حاجة صاحبه واحتاج إليه الغير أو اضطر إليه، فلا يحل لصاحب الماء منعه من حق الشرب.

ويظهر فريقين بينا موقف التشريعات محل الدراسة والفقهاء الاسلامي في حق الشرب، هو أن الفقه الاسلامي لا يشترط صفة المالك للجار المحتاج لهذا الحق، فيكفي أن تتوافر صفة الجوار حتى يثبت الحق في الري.

وكذا يشترط بذل الجار سبيل الشروع في إصلاح بئر حتى يتمكن من الحصول على حاجته من بئر جاره، حتى لا يشكل عبئا على عاتقه، فما يجبر مالك المسقاة على تقييد سلطة استعماله لأرضه ما دام في وسع الجار الآخر ايجاد حل لمشكلة الري إلا في حالة وجود مخافة على هلاك أرضه، فيكون في المنع مضرة له، وهو نظام متكامل عادل يحقق المساواة بين الطرفين دون الاضرار بمصلحة مالك البئر، بينما اشترطت التشريعات محل الدراسة صفة المالك في صاحب المسقاة وصاحب الأرض المحتاجة لحق

الشرب، كما لم تشترط على هذا الأخير ايجاد سبل أخرى لسقي أرضه ما دامت حاجته في ذلك متحققة من مسقاة جاره، ويكون بذلك اجحاف في حق مالك المسقاة.

#### رابعاً: عدم وجود مورد مياه للمالك المجاور

لتحقق هذا الشرط لا بد أن يكون المالك المجاور بحاجة لسقي أرضه نظراً لعدم توفره لمورد مياه لري أرضه رياً كافياً.

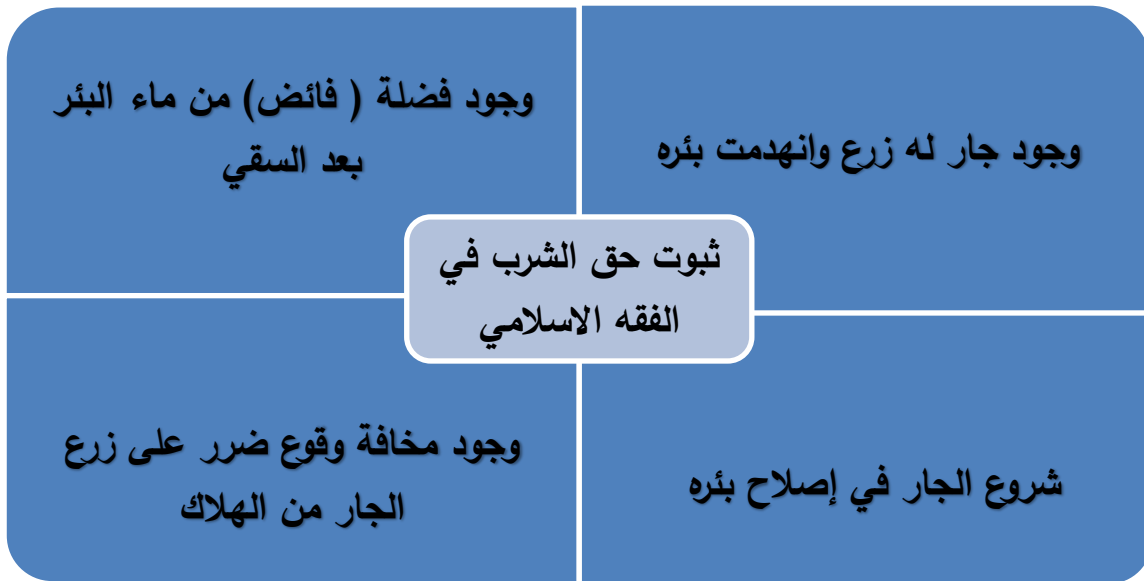
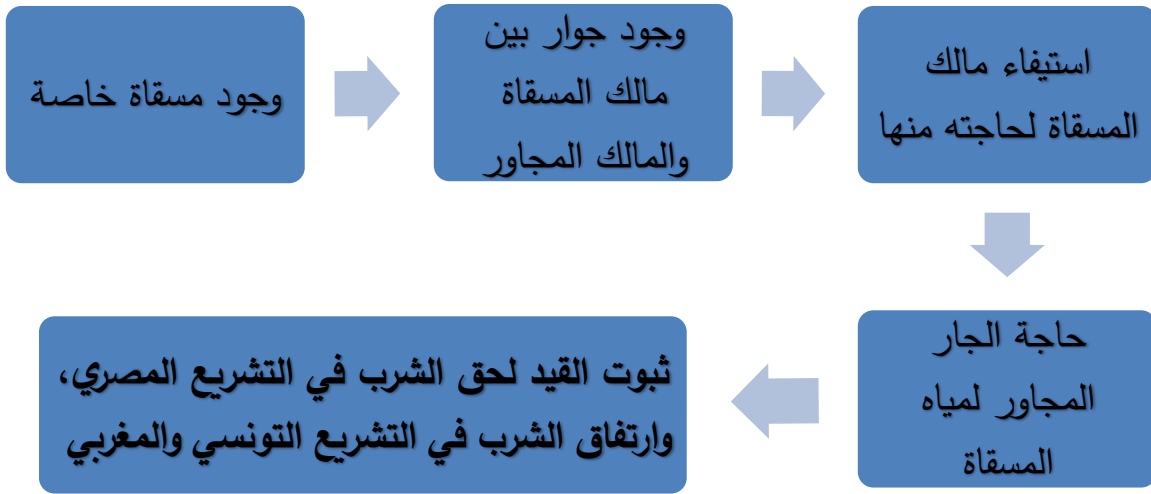
وأعطيت الأولوية لمالك المسقاة في استيفاء حقه من المياه، ثم بعد ذلك يأتي دور الملاك المجاورين، وفي حالة وجود تزامن فيما بينهم، قدم من كانت حاجته أشد، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة.

وإذا تعددت المساقى الخاصة لأرض المالك أو لأرض جاره، كان له أن يختار منها مسقاة أو أكثر لري أرضه بشرط عدم التعسف في استعمال حقه، فيختار المالك الذي يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أسير من الملاك الآخرين، فإذا عدل عن هذا المالك إلى مالك آخر يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أشد مشقة وأكثر كلفة دون مصلحة ظاهرة، فحينها تقوم إدارة الري بالتصرف واجباره على مسقاة المالك الأقرب والأسهل من جهته في استعمال حق الشرب،<sup>(1)</sup> وفي حالة النزاع يؤول الأمر للمحكمة المختصة، أين يحدد له قاضي الموضوع المسقاة محل حق الشرب الأصح للمالك المجاور.<sup>(2)</sup>

ويمكن تلخيص أحكام حق الشرب في التشريعات محل الدراسة والفقهاء الاسلامي فما يلي:

(1)- وائل محمد شحاتة الخطيب، ص 29، 30.

(2)- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 74، 75.



المصدر: إعداد الباحثة

## الفرع الثالث: آثار حق الشرب

يترتب على القيد الذي يقرره حق الشرب أثرتين، التزام الملاك المجاورين في الاشتراك في نفقات المسقاة وصيانتها، وتقييد حرية المالك في استعمال ملكيته.

## أولاً: الالتزام بالاشتراك في نفقات إنشاء وصيانة المسقاة

فرضت التشريعات محل الدراسة التزاماً إيجابياً على عاتق الملاك المجاورين مفاده الاشتراك في نفقات إنشاء المسقاة الخاصة والقيام على أعمال صيانتها بهدف الحفاظ عليها من خطر الهدم أو التآكل بفعل العوامل الطبيعية خاصة أن معظم المساقى الخاصة عبارة عن آبار، فعمليات إصلاحها تحافظ على وضعها في ضخ المياه لفترة طويلة، وكما تساهم في خفض التكلفة المادية في حال تلافي حدوث المشاكل المتعددة بسبب الإصلاح الدوري أو الوقائي، ونظراً للتطور السريع الذي يرافق الاقتصاد الفلاحي، لكن بقيت طرق وأجهزة حفر الآبار تقليدية، وحتى طرق علاج المياه، مما يضطر مالك البئر للاستعانة بمهندس خبير في الدراسات الهيدروليكية، إذ يقوم بإجراء تقييم هيدروليكي لموقع الأرض وتحديد نوعية التربة ومدى نفاذيتها ومساميتها، ويختار موقع البئر على حسب مواصفات التي يتطلبها استخدامه ( شرب، زراعة، صناعة)، ويتم تحديده بقياسات جيوفيزيائية، ويعتمد في حساب عمق البئر المراد حفره على عمق الخزان وعدد الطبقات المائية الخازنة للمياه وامكانية اختراقها بالكامل<sup>(1)</sup>.

ويعتبر البئر حفرة في باطن الأرض يستخدم لاستخراج المياه، ويمكن أن تتدفق للسطح طبيعياً بعد الحفر، كالبئر الارتوازي، أو بالضخ بواسطة المضخات، أما بشكل عمودي أو أفقي، مثل آبار الزراعة، ويحتوي البئر على طبقة حاملة للماء الجوفي؛ وهي طبقة التربة التي يتواجد الماء الجوفي في مسامها بين حبيبات التربة ويحدها من أسفل طبقة كثيفة من تربة غير منفذة للماء، وقد يتواجد الماء في طبقات عديدة تعول بعضها الآخر، كما يوجد مستوى سطح ماء الخزان الجوفي، الذي يقدر عمقه بمسافة ابتعاده عن سطح الأرض، وتتم عملية إنشاء البئر بحفره، إما بطريقة الحفر الدقاق؛ برفع وانزال فاس الحفر في البئر بشكل منتظم وتكسير الصخور إلى قطع صغيرة، وخلطها بالماء لتصبح كسائل الحفر، ثم يتم استخراجها بواسطة مضخة في فترات متفاوتة، أو حفر رحوي بسكين الحفر المتصل بعمود الحفر عن طريق دورانها ويتم تحطيم الصخور نتيجة التأثير الآني للحمل وعزم الالتواء على فاس الحفر، أو بطريقة الحفر الهوائي، حيث يستخدم الهواء بدلاً من سائل الحفر لإزالة القطع المحفورة.

ويعتبر البئر كامل الاختراق في حالة وصول الحفر لنهاية الطبقة الحاملة السفلى، أما عدم اكتماله يظهر بعمق محدد بمستوى سطح الماء الجوفي، وكذلك بسمك الطبقة الحاملة.

(1)- محمود السلاوي، المياه الجوفية بين النظرية والتطبيق، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، طرابلس، ليبيا، 1986، ص



ويسمى مستوى سطح الماء الجوفي قبل الضخ بالمستوى الأستاتيكي، وعند تشغيل الضخ من البئر يحدث هبوط في سطح هذا الماء على شكل مخروط مقلوب قاعدته لأعلى وقمته بداخل غلاف البئر، ويكون مقدار الهبوط مساويا للمسافة بين سطح الماء قبل الضخ وسطح الماء بعد ضخه.

وهناك فرق بين غلاف البئر ومصافيه، فغلاف البئر عبارة؛ عن أنبوب ذو طبيعة معدنية أو بلاستيكية مصمت، ويهدف لتدعيم جدران البئر، وكذا يستعمل كأنبوب لنقل الماء الذي يضخه هذا البئر، أما المصافي؛ تتضمن أنابيب تغليف ذات فتحات منتظمة، يتم تصميمها لمنطقة الخزانات الجوفية والطبقات الحاملة للمياه، وتصنع من معادن وسبائك مختلفة؛ تمنع وتحد من عمليات التطبع والتآكل، والضغط الداخلي عند منطقة الاستخدام.

ويبدأ الغلاف من عند بداية البئر عند سطح الأرض، ويمتد في البئر لأسفل حتى يصل إلى سطح الماء الأستاتيكي قبل الضخ، ويواصل امتداد لما بعد ذلك وحتى يصل لمستوى الهبوط لسطح ماء البئر بعد الضخ، ولا يتوقف عند هذا الحد بل يمتد بعدها لمسافة (5-10) متر كمسافة أمان للهبوط، تركب عندها مضخة الأعماق التي يتوجب فيها أن تكون مركبة بداخل غلاف البئر المصمت دون فتحات وإلا يحدث ما يسمى شلالات المياه بداخل البئر وتقلل من كفاءته، وتقلل كفاءة البئر مسببة عراقيل، لذلك يمتد الغلاف إلى مسافة أمان معينة، بحيث تؤمن وجود المضخة بداخل هذا الغلاف بعيدا عن المصافي ذات الفتحات المنفذة للمياه إلى البئر، وبعد هذا الحد ينتهي الغلاف، ويبدأ تركيب المصافي التي تمتد حتى نهاية المسافة التي يخترقها البئر.<sup>(1)</sup>

أما وسائل صيانة المساقى الخاصة فتكون أما بطرق ميكانيكية، عن طريق إنزال فرشاة أسفل البئر وتنظيف جدرانه من الرواسب العالقة به، أو يعالج بطريقة كيميائية، باستخدام الأحماض والمواد الكيميائية دون إخراجها من البئر، وإجراء عملية تعقيم شاملة قبل البدء بالضخ.

ورتب المشرع المصري أثر حق الشرب على الملاك المجاورين في المادة (808/02) من ق م م على أنه:

" وعلى الملاك المتجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بها"

وكذلك كان موقف المشرع المغربي في مضمون المادة (52) من م ح ع م في قولها:

" ... وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء وصيانة مورد الماء بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه. وكل ذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري العمل بها"

(1)- اسحاق فخر الدين يوسف آدم، نور الدائم موسى قادرية وآخرون، تصميم آبار المياه الجوفية، بحث من الموقع التالي:

(1)- <http://repository.sustech.edu/handle/123456789/9433>

ولا يفهم من هذين النصين أن واجب الاشتراك في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها، لا يعطي الحق للملاك المجاورين الحق في ملكية الأرض التي تقوم عليها المسقاة، ولا الاشتراك في دفع ثمنها وبذلك تظل ملكية الأرض خالصة لصاحب الأرض التي تمر فيها المسقاة، إذ لو جعل القانون لهؤلاء الملاك المجاورين الاشتراك في ملكية الأرض لصاروا شركاء فيها، ولما كانت حقوقهم في الشرب قيد على ملك الغير، وبقاء ملكية المسقاة لمنشئها على هذا النحو هو الذي يبرر تفضيله في أخذ حاجته منها أولاً قبل غيره.

ويتم اشتراك الملاك بنسبة حسب مساحة أرض كل واحد فيهم التي تنتفع من المسقاة، سواء بالنسبة لنفقات الإنشاء أو نفقات الصيانة.

وأكد المشرع المغربي على مراعاة القوانين الجاري العمل بها في مسألة الاشتراك في نفقات المسقاة وصيانتها.

والسؤال المطروح: هل يمكن لأحد الملاك المجاورين الاشتراك عينيا في نفقات الإنشاء والترميم؟، وما هو الأجل المحدد لدفع نفقات ذلك؟

وكما لم تحدد التشريعات محل الدراسة طبيعة الاشتراك في النفقات، وأجل توزيع نفقات الإنشاء والصيانة، لكن يفهم من مضمون النصين السابقين أن النفقة تكون نقدية، ولا يمكن قبول الاشتراك العيني، كالمعدات المخصصة لحفر المسقاة المملوكة لأحد الجيران، والهدف من ذلك أن الاشتراك النقدي يعرف منه بشكل دقيق نصيب كل مالك مجاور، أما بالنسبة لأجل دفع النفقة، فيكون في وقت واحد، ويمكن أن يتحمل أحد الملاك التسديد نيابة عن جاره بشرط رد هذا الأخير ما تأخر من اشتراك للمالك المسدد.

ويوجد اشكالان آخران تطرحهما مسألة الاشتراك في نفقات الإصلاح، هل المقصود بها بالإصلاحات الضرورية أم الإصلاحات بكل أنواعها؟ وما هو الاجراء المتبع في حالة عدم وجود اتفاق على القيام بإصلاحات المسقاة؟

ولقد حاولت المادة (54) من م ح ع م الاجابة على ذلك بقولها: " إذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالإصلاحات الضرورية لموارد المياه أو فروعها أو الجدول المشترك جاز إلزامهم بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها، وذلك بناء على طلب أي واحد منهم."

باستقراء هذا النص، فإن المشرع المغربي قصد بالصيانة الاشتراك في الإصلاحات الضرورية فقط، والتي عدم القيام بها يؤدي إلى هلاك المسقاة أو تلفها وتآكلها، أما بالنسبة للإجراء المتبع في حالة عدم الاتفاق على الصيانة، فإنه لم يحدد الجهة المختصة بإلزام المالك المجاور القيام بذلك.

وتقسم نفقات الصيانة والإصلاحات الضرورية على جميع المنتفعين بالمسقاة الخاصة، بما في ذلك مالكيها بنسبة مساحة الأرض المنتفع بها، ويدخل في مضمون الصيانة والإصلاحات الضرورية أعمال

التطهير، وإذا حدث اختلاف على كيفية اقتسام نفقات الإصلاح تولى القضاء توزيعها، وإذا قصر أصحاب الشأن في إجراءات أعمال الصيانة جاز للإدارة العامة للري القيام بها، بعد الحصول على التكاليف اللازمة لذلك من الأجهزة المحلية المختصة، والتي تقوم بتحصيلها بالطرق الإدارية من الحائزين كل بنسبة مساحة ما يحوز من الأراضي التي تنتفع بالمسقاة.

### ثانيا: حق الشرب مبرر لتقييد سلطة المالك

يعتبر حق الشرب قيد على سلطة المالك في استعمال المسقاة لصالح الملاك المجاورين، لكن ما طبيعة هذا القيد؟

هناك من الفقهاء من يرى أن حق الشرب قيد عادل، نظرا لحاجة الجيران تلك المياه لري أراضيهم، خاصة وأن المياه مصدرها القنوات والبحيرات ومجاري المياه وهي مباحة للكافة التمتع بها، ويتقرر على ما زاد من حاجة صاحب المسقاة<sup>(1)</sup>، وفي المقابل لا يسبب ضررا على مالك المسقاة، كون القانون أنقص على عاتقه مصاريف وتكاليف انشاء هذه المسقاة باشتراك الملاك المجاورين المقرر لهم حق الشرب.

غير أن حق الشرب قيد خطير بقدر ما هو عادل، ذلك أنه إذا كانت القاعدة أن كل من أنشأ مسقاة خاصة طبقا للقوانين الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها، باعتباره مالكا لها، فإنه ربط هذه الحرية باستيفاء حاجته من المياه لتقرير حق الشرب لأراضي الملاك المجاورين، وهذا قيد على سلطة المالك في استعمال المسقاة لصالح الجيران، يحد حتى سلطته في استغلال أرضه، ورغبته في توسيع أرضه والقيام بزراعات أخرى تحتاج لكميات معتبرة من المياه، لأن الاعتبار الانساني والاجتماعي يعيق سلطته في منع جيرانه من هذا الحق، حتى لو منح له القوانين شروطا لمنع حق الشرب، لأن قيود الانتفاع بالمياه بصفة عامة تتعلق بحق حياة الأرض، ونصيبيها من الري.

وكما يرى الفقه أن تقييد الحق في الشرب بواجب الاشتراك في نفقة إنشاء المسقاة مساس بهذا الحق، وحجتهم في ذلك، أن رغم المركز المتساوي في الانتفاع بمياه المساقى من إلزام الملاك المجاورين بالاشتراك في نفقات المسقاة وصيانتها معا، إلا أن تقرير حق الشرب لأراضيهم لا يقابله اشتراك في ملكية المسقاة، وحتى أن حقهم تبعي في الأخذ من مياه المسقاة، ومشروط بكفاية المياه حاجة مالكيها منها، فلا يبقى معنى لإشراكهم في نفقات الإنشاء، وكان المفروض الاكتفاء بإلزامهم الاشتراك في نفقات الصيانة وحدها.<sup>(2)</sup>

(1)- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 129.

(2)- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 98.

ويعد هذا الرأي سديدا، ويحتكم لطبيعة القيد القانوني المقرر للشرب، فهو من صميم حق الملكية العقارية الخاصة، ويفرض جبرا على مالك المسقاة، فإذا ربط بشرط أو بمقابل أصبح ارتفاعا. ويظهر أيضا أثر تقييد سلطة المالك في استعمال ملكيته، في إلزامه بعدم منعه لجاره من الري، والسماح له باستخراج المياه من مسقاته، وفي حالة رفضه ومنعه حق الشرب للملاك المجاورين بعرض شكاوهم على الجهة القضائية المختصة لتتخذ في شأنهم قرار بعد التحقيق والمعاينة على الطبيعة، وبحث المستندات المقدمة وسماع ذوي الشأن، وينفذ القرار بالطريق الإداري بعد أداء التعويض المقرر، وإذا عرقل أو منع صاحب المسقاة أصحاب الحق في الشرب من الانتفاع، جاز للجهة المختصة إذا ثبت لديها أن أرض الملاك المدعين كانت تنتفع بالحق المدعى به في السنة السابقة على تقديم الشكوى أن تصدر قرارا مؤقتا بتمكين الشاكي من استعمال الحق المدعى به<sup>(1)</sup>، ويستمر تنفيذ القرار حتى تفصل الجهة المختصة في الحق.

نستخلص من خلال ما تم دراسته، أن حق الشرب اتخذ طبيعة قانونية مختلفة بين التشريعات محل الدراسة، فكيفه المشرع الجزائري على أساس أنه ارتفاع وأخضعه لقانون المياه، رغم أن مرجعه الأصلي أحكام القانون المدني وما تضمنته المادة (692) من جعل حقوق الانتفاع بالمياه قيدا على الملكية العقارية الخاصة، واسناد تطبيق هذه المادة لقوانين استعمال المياه، مما يستدعي تغيير مضمونها لتوضيح التكيف القانوني الصحيح لحق الشرب كقيد قانوني، في حين جعل المشرع المصري حق الشرب ذو طبيعة تقييدية، بينما التشريع التونسي والمغربي والفرنسي، فقد اعتبروا هذا الحق ارتفاعا طبيعيا ناشئ عن وضعية الأماكن.

### المطلب الثاني: حق المجرى

تعود أسباب بناء المجاري المائية لاعتبارات عقلانية واجتماعية واقتصادية، بهدف إقامة صلة حاسمة بين التنمية العمرانية وامدادات المياه، وبين التنمية الفلاحية والأحقية في احتياج الأراضي لمنسوب المياه من أملاك الغير، ولكن التشريعات محل الدراسة كيفت حق المجرى على أساس قيد للملكية العقارية الخاصة، وعليه يتطلب معرفة هذا الحق وشروطه وآثاره في الفروع التالية:

#### الفرع الأول: مدلول حق المجرى

لم تختلف التعريفات حول مدلول واحد لحق المجرى، كونه من القيود المقررة للانتفاع بموارد المياه. ويقصد بحق المجرى؛ حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لري أرضه.

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 181.

أو هو "حق مالك الأرض في جريان ماء الري في أرض غيره لتصل من موردها البعيد إلى أرضه، فإذا ثبت لأحد هذا الحق فليس لمالك الأراضي التي تجري فيها هذه المياه منعه." (1)  
وكما يعرف حق المجرى بأنه: "إجراء الماء اللازم لري أرض بعيدة عن مورد الماء في أرض أخرى متصلة به" (2).

من خلال هذا التعريفات نستنتج المقاربة بين حق المجرى وحق الشرب فيما يلي:

#### نقاط التشابه:

- كل من حق الشرب والمجرى قيد قانوني وارد على موارد المياه.
- محل الحقين أرض مملوكة لمالك مجاور.
- كلا الحقين يتضمن الحاجة لري أرض تتعدم فيها المياه.

#### نقاط الاختلاف

- يتقرر حق الشرب على الأرض الملاصقة أو المجاورة القريبة من مورد الماء، عكس حق المجرى يفرض لري أرض بعيدة عن مورد المياه.
- يمنح الحق في الشرب في حالة انعدام مياه لري أرض المالك الجار، في حين يقرر حق المجرى في حالة وجود كمية مياه ضئيلة، بحيث لا تكفي لري الأرض ربا كافيا.
- مبرر التمييز بين حق الشرب وحق المجرى، أنه في الحالة الأولى لما كان لا يصيب مالك المسقاة الخاصة من تقرير الحق في الشرب للجار أي ضرر، لأن ثبوت الحق يكون بعديا على حق المالك في استيفاء حاجته كاملة من المياه، فيكفي لثبوته عدم وجود ما يكفي الجار من مياه ولو كان بإمكانه تحصيلها بطرق أخرى غير مكلفة ما دام حق الشرب هو الوسيلة الأسهل له، بينما يضر الجار من اقتطاع جزء من ملكه لتخصيصه كحق مجرى وصولا لأصل المياه، وإن حصل على تعويض عادل مقابله، فالأولى أن يكون الحصول على الحق في المجرى هو سبيل الجار الوحيد لسد حاجته للمياه، بحيث إذا كانت له بدائل أخرى لذلك ولو أكثر كلفة مما يتحمله الجار المراد تحميله بقيد المجرى، ما ثبت له هذا الحق، على اعتبار أنه لا فائدة من تحميل الجار بقيد لفائدة جاره قبل استنفاده لوسائله ولو كانت مكلفة بالنسبة له.

(1) - يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 241

(2) - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبادئ سلطات الإدارة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2007، ص 83.

## الفرع الثاني: شروط تقرير حق المجرى

قرر المشرع المصري شروط حق المجرى ضمن مقتضيات المادة (809) من ق م م التي قضت بأنه: " يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه...".

ولم ينص المشرع التونسي على حق المجرى ضمن م ح ع ت، ولكن أدرج الفصل (83) من مجلة المياه يقضي بأنه:

" إذا أخرج المالك مياها بأرضه بواسطة تنقيبات أو أشغال أنجزت بباطن الأرض وهي موضوع رخصة، فإن مالكي الأراضي السفلى يتعين عليهم السماح بمرور المياه حسب الاتجاه الأكثر معقولية والأقل أضراراً..."

وكان المشرع المغربي أكثر دقة في نص المادة (56) من م ح ع م، التي رأت أنه:

" حق المجرى هو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير."<sup>(1)</sup>

ونلاحظ من خلال هذه المادة، أن التشريع المغربي أعطى تعريفاً جامعاً مانعاً لحق المجرى، وكيفية ليس على أساس قيد قانوني على أنه حق ارتفاع قانوني، يبيح للغير الاستفادة من مياه المجاري أو المواسير، ولم يكتف بذلك بل أرفد في المادة (57) من م ح ع م على ما يلي:

" لكل مالك أرض يريد أن يسقيها من مورد له الحق في استعماله، أن يحصل على مرور المياه في الأراضي الواقعة بين أرضه وبين ذلك المورد..."

ومن خلال النصوص السابقة يمكن التوصل إلى شروط ثبوت حق المجرى، والمتمثلة في الآتي:

## أولاً: موقع الأرض بالنسبة لمورد المياه

يرتبط حق المجرى بشرط أساسي، هو ثبوت بعد الأرض المحتاجة للمياه عن موردها، ولا يقصد بالبعد في هذا المجال ما يفيد معناه اللغوي الضيق، لأن الأرض لو كانت قريبة عن مورد الماء تعتبر بعيدة عنه إذا حال دون الهدف المنشود منها، وهو وصول الماء إليها أرض لمالك آخر<sup>(2)</sup>، بمعنى عدم وجود اتصال بين هذه الأرض ومورد المياه.

ولكن هل يقصد بمورد المياه المملوك ملكية خاصة أم عامة؟

(1) - المادة 56 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 11.

(2) - سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 215.

قد يكون مورد المياه عاما كمنبع عام أو ساقية قديمة، وفي هذه الحالة ينبغي الحصول على رخصة، وهو ما اشترطته المشرع الجزائري في المادة (94) من القانون 05-12 في قولها:

" يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية من حق مرور المياه... عبر قنوات باطنية في الأراضي الوسيطة باستثناء الساحات والحدائق والأحواش المجاورة للسكنات..."

نستشف من هذا النص ما يلي:

- لا يمكن للملاك الحصول على المياه دون الحصول أو الخضوع لنظام امتياز استعمال موارد المياه، يسمح بإنجاز الحفر من أجل استخراج المياه في الأنظمة المائية الجوفية المتحجرة أو بطيئة التجدد من أجل استعمالات فلاحية أو صناعية، لا سيما في المناطق الصحراوية، التي تتميز بالجفاف طول السنة، وكذا إقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية عن طريق الربط بأنظمة توصيل المياه، لضمان التمويل المستقل.

- يسمح بتهيئة التنقيب عن المياه المعدنية الطبيعية ومياه المنبع أو إقامة هياكل، وتنفيذ العمليات الخاصة على مستوى الحواجز المائية السطحية طبقا للمواد 76-77-85-86-87-88 من القانون رقم 05-12.

- يمكن رفض منح هذه الرخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية بسبب مبرر خاصة، إذا كانت تلبيتها تمس بالحماية الكمية والنوعية للموارد المائية، أو كانت مخالفة لحقوق الغير المؤكدة قانونا، كما يمكن تعديل هذه الرخصة أو امتياز الاستعمال أو تقليصها أو الغائها من أجل المنفعة العامة، ويمكن أيضا الأمر بهدم المنشآت وإعادة الأماكن إلى حالتها عند فقدان الحق في الرخصة أو الامتياز<sup>(1)</sup>.

وكذلك اعتبر المشرع المصري في قانون الري والصرف أنه يجوز بقرار من وزير الري اعتبار أية مسقاة خاصة ترعة عامة إذا كانت متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة أو ببخيرة<sup>(2)</sup>.

ومن ثم، إذا كان مورد المياه مسقاة خاصة ثبت حق المجرى لمن كانت أرضه لا تلاصقها هذه المسقاة، فإذا كان مورد المياه تفصله عدة أراضي عن أرض طالب حق المجرى في جميع هذه الأراضي أرضا بعد أخرى حتى تصل المياه إلى أرضه<sup>(3)</sup>.

(1)- أنظر المادة 89 من القانون رقم 05-12، المصدر السابق، ص 13.

(2)- المادة 3 من القانون رقم 2 لسنة 1984 بإصدار قانون الري والصرف، المؤرخ في 22/02/1984، ج ر م، مؤرخة في 22/02/1984، ص 3.

(3)- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 76.

ويرى بعض الفقهاء أن تقرير حق المجرى مقيد بتقرير ارتفاق بالشرب من المسقاة الخاصة، وهو لا يثبت إلا بالتراضي مع مالكا أو بالتقادم<sup>(1)</sup>.

ومناط ثبوت الحق في المجرى أن يكون الوسيلة الوحيدة أمام طالبه للحصول على كفايته من الماء، بحيث إذا أمكنه سد حاجته من وسائل أخرى، كحفر منبع أو بئر ارتوازي خاص به، أو عن طريق الحصول على حق الشرب من مسقاة خاصة لأحد جيرانه، لم يكن له حق في طلب تحميل جاره بقيد المجرى لمصلحة أرضه.

ويوجد في الجزائر نظام مائي تقليدي لكنه متطور جدا في نظام سقي المحاصيل الزراعية في مدينة تيميمون، وهو الفقارة؛ وهي مجموعة آبار متصلة فيما بينها بواسطة قنوات، وهي تبدو من الخارج فتحات مغطاة، تبدأ من نقطة مرتفعة تتجمع بها المياه الجوفية وتسير في مجرى ذي فوهات لمسافات بعيدة، وهي عبارة عن مضخة تقليدية لاستخراج المياه الجوفية من باطن الأرض إلى سطحها، عن طريق قناة أرضية تتخلها آبار للتهوية والإضاءة والتنظيف، تبدأ من البئر الأم لتصل إلى المئات، أما المسافة الفاصلة بين البئرين تتراوح بين (06 إلى 10 متر) ويتراوح عمق البئر بين (10 إلى 12 متر أو 40 أو 60 متر)، وتتصل الآبار فيما بينهما بواسطة نفق أرضي قطره حوالي متر، يسمح بمرور المياه من بئر إلى أخرى<sup>(2)</sup>، مما يسهل من عملية جريان مياه الري من أعلى نقطة إلى المكان الذي تتواجد به البساتين، حيث يتم فيها جمع المياه الخارجة من الفقارة، ثم توزع عبر السواقي ومنها مباشرة إلى بساتين أصحاب الفقارة، كل حسب نصيبه.

كما نصت المادة (18) من قانون الري والصرف المصري على أنه:

" لملك الأراضي التي تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها وبنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من هذه الأراضي.

ويضع مفتش ري الإقليم المختص جداول المطاوعة للأراضي التي تنتفع بالمسقاة، ويكون التظلم من قرارات مفتشي ري الإقليم إلى مدير عام الري الذي يفصل في التظلم بقرار نهائي.

كما يختص مدير عام الري بالفصل في كل نزاع ينشأ عن كيفية استعمال حق الانتفاع المذكور.

ويظهر من مضمون هذه المادة أن المشرع المصري قرر حق الانتفاع بمسقاة الخواص ولكن ربط نصيب السقي بمساحة الأرض عن طريق المناوبة بجدول زمني محدد لذلك، وكما حدد الجهة الإدارية التي يتظلم فيها، وهو مفتش الري والصرف المختص إقليميا.

(1) - حسن كيره، المرجع السابق، ص 100.

(2) - محمد ساقني، الفقارة تراث أثري مندثر بقصور عين صالح بالتديكيات، مجلة آفاق علمية، مجلد 9، العدد الثاني، الجزائر، 2017، ص 177.



**ثانياً: عدم وجود ري كاف**

يتضمن هذا الشرط عدم وجود في الأرض ماء للري، فإذا كان فيها مجرى سابق أو عيون، فلا يحق لصاحبها الحصول على حق المجرى على أرض الغير، ولكن هل للمالك هذا الحق إذا كانت المياه الموجودة في أرضه غير كافية لريها؟

واختلف الفقهاء في هذا الأمر، فالبعض ذهب إلى أن للمالك في هذه الحالة أن يطلب مرور المياه إلى أرضه بحيث تكفي من المياه الموجودة فيها لريها، والمحكمة هي التي تعين عن طريق تقدير الخبرة إن كانت كافية أو لا<sup>(1)</sup>.

ويرى آخرون أن القانون يشعر بأن هذا الحق لا يعطى لصاحب الأرض حتى ولو كانت المياه الموجودة فيها لا تكفي لزراعتها أو ريها، لأن وصف المشرع للمياه بالكافية هو وصف للمياه التي تؤخذ بمقتضى حق المجرى لا المياه الموجودة في الأرض البعيدة عن مورد المياه<sup>(2)</sup>.

ويلزم هذا الشرط ألا يكون للأرض البعيدة عن مورد المياه ما يكفيها من حاجتها، فلو تم افتراض امتلاك المالك المجاور لبئر يستخرج منها الماء، ولكنها غير كافية لري أرضه وزراعتها على الشكل المعتاد، فإنه يتقرر له حق المجرى بهدف الحصول على المياه الكافية لسد متطلباته<sup>(3)</sup>.

**ثالثاً: الإخلال البين بانتفاع صاحب الأرض**

يجمع قيد المجرى بين حقين ومصليحتين، أولهما حق مالك المسقاة في استعمال مياهه الخاصة بالشكل الملائم، وبين حق المالك الجار في حق المجرى لأرضه، التي لا تتوفر على مياه كافية لريها، فإذا اصطدمت هاتين المصليحتين، فأى مصلحة الواجب تغليبها؟

ويفرض تقرير قيد المجرى آلية تنظيم الانتفاع بهذا الحق، بحيث يأخذ مالك مورد المياه كفايته من المياه، ويسمح بعدها للمالك المقرر له هذا الحق القدر الكافي لري أرضه دون الإخلال الجسيم بانتفاع صاحب الأرض المثقلة به، لأن الدافع إلى اقرار هذا الحق هو منع الضرر عن صاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه، والضرر لا يزال بمثله.

(1) - مصطفى حامد، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول الحقوق العينية الأصلية، دار النشر، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، مصر، 1964.

(2) - حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، العراق، 1954، ص 47، نقلاً عن سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 216.

(3) - سعيد جبر، المرجع السابق، ص 387.

وبناء على ذلك، إذا ادعى صاحب الأرض المقرر عليها وجود ضرر فاحش جراء اقرار هذا الحق، فتكون مصلحته هي أولى بالرعاية من المالك الذي يحتاج لحق المجرى، وبمجرد حصول الضرر العادي لا يمكنه من إقرار هذا الحق بشرط أن يعرض مالك الأرض عنه.<sup>(1)</sup>

ولم تنص التشريعات محل الدراسة على هذا الشرط، لكن نص عليه المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية في المادة (1390) على أنه:

" لكل مالك عقار يريد أن يروي أرضه من الموارد الطبيعية، أو الموارد الصناعية التي يكون له حق التصرف فيها أن يحصل على مرور المياه في الأراضي المتوسطة بينها وبين أرضه... على شرط أن لا يخل ذلك بانتفاع صاحب الأرض المتوسطة إخلالا بينها..."<sup>(2)</sup>

على ضوء الشروط السابقة، نخلص إلى أن حق المجرى هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في إجراء مياه الري في أرض الغير حتى تصل إلى أرضه، وهذا الحق مقرر بنص القانون، ربط القانونان المصري والمغربي هذا الحق بشروط أساسية، تتمثل في بعد الأرض الجار عن مورد المياه، عدم وجود ري كاف في أرض المالك الجار المقرر له حق المجرى، وعدم الإضرار بمصلحة صاحب المسقاة.

#### الفرع الثالث: آثار حق المجرى

يترتب عن حق المجرى آثار متعددة تحصر في مسألة التعويض، ومدى تقييد هذا الحق سلطة المالك في عقاره، وسيتم عرض مظاهر هذا القيد فيما يلي:

#### أولاً: دفع تعويض مناسب وعادل

يجب على المالك الذي له حق المجرى أن يعرض صاحب الأرض التي يمر فيها هذا القيد تعويضا عادلا، ولا يحق لذلك المالك أن يحصل على هذا الحق إلا بعد أداء التعويض الواجب، وهو ما نصت عليه المادة (94) من القانون 05-12 على أنه:

" ويجب أن يتم هذا المرور في ظروف أكثر عقلانية وأقل ضررا لاستغلال العقارات التي تم المرور بها شريطة تعويض مسبق وعادل."

وكذلك نص المشرع المصري في المادة (809) من ق م م على أنه:

" ... بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضا عادلا."

(1) - علي الهادي العبيدي، المرجع السابق، ص 243.

(2) - أنظر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987.

وعمد أيضا الفصل (84) من مجلة المياه التونسية إلى تقرير نفس الأثر لحق المجرى بنصه على الآتي: " يمكن أن يخول لكل مالك يريد أن يستعمل لري أرضه المياه السطحية الممنوح امتياز في شأنها أن يركز على ملك الجار المقابل له المنشآت اللازمة لمآخذ الماء على شرط أن يدفع لهذا الأخير غرامة عادلة ومسبقة."

وكما قررت المادة (57) من م ح ع م هذا التعويض بقولها:

" لكل مالك أرض يريد أن يسقيها، من مورد له الحق في استعماله، أن يحصل على مرور المياه في الأراضي الواقعة بين أرضه وبين ذلك المورد مقابل تعويض مناسب يدفع مقدما وبشرط أن يقام المجرى وما يلزم الانتفاع به في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر.

لا يجوز لملاك الأراضي منع من ثبت له هذا الحق من تمرير الماء بأراضيهم."

وفهمنا من هذه النصوص أن التشريعات محل الدراسة ربطت التعويض الناتج عن حق المجرى بتوافر شرطين أساسيين:

### 1-تعويض عادل ومسبق

وصف كل من المشرعين الجزائري والمصري التعويض الناتج عن حق المجرى أنه عادل، وهذا التكيف ملائم للحفاظ على حق أصحاب الأرض الذي حقق حق المجرى للغير من جيرانه، لكن المشرع الجزائري لم يكتف بعدالة التعويض بل جعله مسبق عن تقرير هذا القيد حتى لا يمكن للمالك الجار التهرب بعد الري من دفع التزاماته اتجاه صاحب الأرض، وهو ما قرره المشرع المغربي بالتعويض المعجل؛ أي يدفع مبلغ مالي كمقابل لما يسقي من مياه لمن تقرر له حق المجرى، ولم يصفه بالعادل، تاركا الأمر حسب مقتضيات المجرى وظروف السقي ومساحة الأرض وكمية المياه المنتفع بها.

ولقد قيد قانون الري والصرف المصري في المادة 26/04 من قانون الري والصرف حرية المالك في عدم قبول التعويض المقدم له، حيث يفرض عليه قبوله جبرا، عن طريق إلزام الجار المنتفع من المسقاة بإيداع التعويض من حق المجرى خزانة التفتيش المختص لحساب صاحب المسقاة مع اخطاره بذلك بكتاب موسى عليه بعلم الوصول، ويعتبر الإيداع في حكم أداء التعويض.

### 2-إحداث أقل ضرر

بمعنى ألا يتجاوز الضرر الناتج من حق المجرى أقل ضرر على صاحب الأرض وإلا يمنع منه. وهذا يعني أن القيد المفروض على مالك الأرض بالسماح بمرور المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه عبر أرضه، يقرر من جهة أخرى التزاما على عاتق صاحب الأرض التي تقرر لها هذا الحق بدفع تعويض عادل لصاحب الأرض المروية، ويعتبر هذا التعويض بمثابة مقابل حرمانه

من الانتفاع بالأرض التي بها المجرى بالإضافة إلى التعويض عن كل الأضرار التي تصيبه بسبب المجرى.

ولا يدخل ضمن عناصر التعويض ما يكون قد عاد بالنفع على الأرض المنتفعة بشق المجرى. كما يكون التعويض أيضا لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من تقرير هذا الحق، سواء كان هو الجار أو شخصا آخر.

ويتعين على الطالب أن يدفع مقدما وجملة واحدة التعويض المقرر، وقبل البدء في شق المجرى، وإذا لم يدفع التعويض مقدما جاز للمالك أن يرفع دعوى لمنع تعرض الطالب أو وقف الأعمال الجديدة. وعليه، فحق المجرى مقرر للضرورة فهو يدور معها وجودا وعدما، ويبقى طالما بقيت الضرورة ولا يزول بزوالها، وعليه يكون لصاحب الأرض المثقلة بهذا القيد أن يطلب رفعه عن أرضه إذا زالت الضرورة التي استوجبت تقريره على هذه الأرض، كما لو غير النهر مجراه، بحيث أصبح بإمكان صاحب حق المجرى أخذ الماء من النهر مباشرة، كما يجب ردم المجرى إذا حدث بدون وجه حق على أرض الغير، سواء أكان المجرى قد أحدث ضررا أو لم يحدث، وكذلك الحكم فيما لو أحدث المجرى في أرض الغير تجاوزا دون اتفاق أو حكم قضائي<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: تقييد سلطات المالك في أرضه

يتجسد مدى أثر تقييد حق المجرى سلطات المالك في استعمال واستغلال أرضه في السماح ببناء منشآت على أرضه، عدم التعرض للجار في تمرير المياه لأرضه.

#### 1) السماح ببناء منشآت على أرض المالك

نصت المادة (97) من قانون المياه الجزائري على أنه:

" يحق للجار الذي يطلب منه إقامة منشآت على أرضه أن يطلب بالاستعمال المشترك لهذه المنشآت، على أن يساهم بنصف تكاليف الإنجاز والصيانة، وفي هذه الحالة لا يستحق أي تعويض. وعندما لا يطالب باستعمال مشترك لهذه المنشآت، إلا بعد الشروع في الأشغال أو الانتهاء منها، فعلى صاحب الطلب أن يتحمل بمفرده المصاريف الزائدة المترتبة على التغييرات المحتمل إدخالها على المنشآت."

وكما نصت المادة (811) من ق م م على هذا الأثر في قولها:

" إذا لم يتفق المنتفعون بمسقة... على القيام بالإصلاحات الضرورية جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم."

(1) - سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 217.

وكما قضت المادة (58) من م ح ع م على أنه:

" يقع على المستفيد من المجرى عبء تعمييره، ويتعين عليه أن يتعهد بالإصلاح والترميم، ويتحمل وحده نفقات ذلك، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، فإذا امتنع عن الإصلاح والترميم كان لمن تضرر من هذا الامتناع الحق في التعويض."

ويتبين لنا من محتوى هذه المواد ما يلي:

- اتفق كل من التشريع الجزائري، المصري والمغربي على ترتيب أثر على حق المجرى، يتمثل في إلزام الجار الذي يقرر لأرضه هذا الارتفاق، الاشتراك في مصاريف بناء المنشآت التي يقام عليها مجرى المياه.

- رغم أن المشرع الجزائري جعل من حق المجرى ارتفاقا لا قيدا، لكنه كيفه كعبء عادل للطرفين، وأوجب الاستعمال المشترك للمنتفع بهذا الحق عن طريق المشاركة النصفية في مجمل مصاريف الإنجاز والصيانة دون تكليفه بدفع تعويض لصاحب الأرض، لكن هذا الأثر مرتبط بشرط بحاجة الجار للاستعمال المسبق لمياه المجرى قبل إنجاز منشأها، فإذا تم البدء في بناءها أو الانتهاء منها قبل طلب هذا الحق، يتحمل صاحب المنشآت وحده تكاليف بنائها وصيانتها.

- حدد م م م نصيب كل منتفع في المسقاة في الإصلاحات اللازمة فقط، وفي حالة اختلافهم جاز إجبارهم على ذلك، لكن لم يشترط المشرع المصري دفع تعويض مقدم، في حين اشترط قانون الري والصرف أداء تعويض لكل الأشخاص الذين لحقهم ضرر من حق المجرى، ويكون التعويض محسوبا بنسبة مساحة انتفاع كل أرض<sup>(1)</sup>.

- شدد المشرع المصري على تقييد سلطات المالك بإمكانية اعفاء الجار من مصاريف انشاء المسقاة، وذلك في حالة ما إذا تعذر على أحد الملاك ري أرضه على وجه كاف إلا بإنشاء أو استعمال مسقاة خاصة في أرض غيره وتعذر عليه الانفاق مع ملاكها، فيقوم بعرض شكواه على مدير عام الري المختص ليأمر بالتحقيق فيها، وعلى الإدارة أن تطلب جميع الخرائط والمستندات التي يستلزمها بحث الطلب في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إلى مدير عام الري، ويتولى مفتش ري الإقليم إجراء التحقيق في موقع المسقاة بعد أن يعلن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول كل ذي شأن ورئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالمكان والموعده للذين يحددها قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما على الأقل وتعرض نتيجة التحقيق على مدير عام الري ليصدر قرارا مسببا

(1)- أنظر الفقرتان الأولى والثانية من المادة 26 من قانون الري والصرف المصري، المصدر السابق، ص 10.

بإجابة الطلب أو رفضه، ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات، ويعلن القرار لكل ذي شأن بكتاب موسى عليه<sup>(1)</sup>.

وفي حالة ما إذا أجاز القرار الانتفاع بمسقاة خاصة موجودة، فيتوجب أن يشمل التعويض جزءا مما تساويه تكاليف الإنشاء وقت تقرير الانتفاع محسوبا بنسبة مساحة الأرض التي تنتفع من أيهما، وتكون مصروفات صيانة هذه المسقاة بنسبة مساحة الأراضي التي تنتفع بأي منهما<sup>(2)</sup>.

- كذلك وفق المشرع المغربي في الملائمة بين حق المستفيد الذي تقرر له حق المجرى بإنشاء مسقى في أرض جاره، مع إلزامه وحده بتكاليف انشاءها وبكل عمليات إصلاحه وترميمه، إلا في حالة وجود اتفاق بين المالك والمستفيد خلاف ذلك، وفي المقابل في حالة رفض المستفيد هذا الالتزام، فيكون مجبرا على دفع تعويضا لصاحب المنشأة.

## 2) عدم التعرض للجار في تمرير المياه لأرضه

يقيد حق المجرى حرية المالك في مسقاته، ويفرض عليه الامداد الاجباري لمياهه دون اشتراط حصول كفايته من منها، فبمجرد تحقق شرط عدم وجود ري كافي لمالك العقار الملاصق أو المجاور يثبت حق المجرى، ولا يمكنه الاحتجاج أن الأرض المستفيدة منه يأتيها أصلا من المياه ما يعتبر ضروريا أو لازما، مادامت هذه المياه ليست كافية لزراعتها على الوجه الأمثل.

وإذا لم يفلح التظلم الإداري ولم يتوصل إلى اتفاق ودي بين مالك المسقاة، والذي امتنع عن السماح بمرور المياه لأرض جاره، الذي تعذر عليه ري أرضه ربا كافيا، فيمكن لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء، حيث يقوم قاضي الموضوع بتعيين خبير ليقوم بزيارة الأرض محل المطالبة بحق المجرى، ويعاين الأماكن، ويحدد موقع مورد المياه ومدى قربه وصلته من أرض الجار المحتاج للمياه، ليكتب بالأخير تقرير خبرته بشكل مفصل ودقيق، وعلى أساسه يقوم القاضي إما بتقرير حق المجرى للمدعي أو رفضه لعدم توافر شروطه.

وأكد المشرع المغربي على عدم جواز تعرض مالك الأرض المار بها المجرى ومنع صاحب الحق فيه من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات الضرورية، وكل ضرر ينتج عن هذا المنع يتحمل مسؤوليته مالك الأرض<sup>(3)</sup>.

وعليه، يخضع حق المجرى للقواعد العامة التي تحكم حق الارتفاق، فيجب أن يستعمل على الوجه الذي لا ينتج إلا أخف ضررا بمالك العقار المرتفق به، وعلى مالك العقار المرتفق أن يمتنع عن كل ما

(1)- أنظر المادة 24 من قانون الري والصرف المصري، المصدر السابق، ص 9.

(2)- أنظر المادة (26/02) من قانون الري والصرف المصري، المصدر نفسه، ص 10.

(3)- أنظر المادة 59 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 61.

من شأنه إعاقة استعمال الارتفاق، فهو لا يستطيع ردم المجرى، وإلا التزم بإزالة ما أحدثه مما يكون من شأنه إعاقة استعمال هذا الحق من التعويض إذا كان له محل.

أما نطاق هذا التعويض، فيشمل كل ما يصيب هذه الأراضي من أضرار وقتية أو دائمة، دون النظر إلى ما عاد من نفع على الأراضي البعيدة المستفيدة من هذا المجرى، وعلى من تقرر له هذا الحق، وأنشأ مسقاة خاصة في أرض جاره أن يتعهدا بالتطهير والصيانة وحفظ جسورها وآبؤها وعيونها، وإلا كان مسؤولاً عن الأضرار الناشئة عن تقصيره في ذلك وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.<sup>(1)</sup>

ونصت المادة (810) من ق م م على أنه:

" إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء أكان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر."  
وإذا أراد صاحب الأرض التي تمر مسقاة المجرى منها أن يروي أرضه منها، كان له ذلك في حدود أحكام حق الشرب، وحينها يروي أرضه منها بعد أن يأخذ صاحب المجرى ما يكفي لري أرضه من المياه، على أن يشترك في نفقات إنشاء المجرى وصيانته بنسبة مساحة أرضه إلى الأراضي المنتفعة بالمجرى.

وتأثرت التشريعات محل الدراسة بأحكام الفقه الإسلامي، الذي تكفل بتعريف حق المجرى، وتفصيل مقتضياته واختلاف الآراء في تقييده.

ويعتبر حق المجرى إجراء الماء المستحق شرباً من أرض لأرض أخرى لسقيها، ويفترض ذلك عدة حالات:

**الحالة الأولى:** يكون فيها مجرى الماء ملكاً لصاحب الأرض التي اخترقتها، وليس للآخر إلا حق إجراء الماء.

**الحالة الثانية:** يكون مجرى الماء ملكاً لصاحب الأرض التي تسقى منه، وإن كان يخترق أرض غيره.

**الحالة الثالثة:** تفترض هذه الحالة أن يكون مجرى الماء مشتركاً بينهما، أو مشتركاً بينهما وبين آخرين.

ولهذه الأحوال الثلاثة أحكام عامة أهمها:

- دفع الضرر ما أمكن وبقاء القديم على قدمه فيما لا إثبات فيه.

(1)- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 76، 77.

- احترام ما يتفق عليه أصحاب هذه الحقوق فيما لا يخالف أوامر الشرع وقواعده، وفيما لا يقضي إلى المنازعة بسبب الجهل.

وتخص الحالة الأولى بالشرح لأنها هي التي يظهر فيها بوضوح تقييد الملكية عند من يرون إجبار المالك على اجراء الماء في أرضه ليصل إلى أرض رجل آخر<sup>(1)</sup>.

ومستند هؤلاء الفقهاء هو ما رواه الامام مالك في موطنه من أن عمر بن الخطاب قضى على محمد بن مسلمة بأن يجري ماء الضحاك في أرضه.

فقد قضى في هذا الأثر بإمرار الماء جبرا عن صاحب الأرض إذا لم يكن في ذلك مضرة وكان فيه منفعة<sup>(2)</sup>.

لكن اختلف الفقهاء في العمل بهذا الأثر:

فعمل بعض الفقهاء على تقييد حق المجرى وإجبار صاحب الأرض على تمكين غيره من ماء أرضه، وأدلتهم في ذلك قضاء عمر بن الخطاب بإجبار محمد بن مسلمة، ولم يثبت مخالفة أحد الصحابة له في ذلك.

أما أغلب الفقهاء فيرون عدم إجبار صاحب الأرض على إمرار الماء في ملكه، ومنهم قول الحنفية، لو أن رجلا حفر بئرا أو نهرا أو قناة في أرض لرجل بغير إذنه، فله أن يمنعه من ذلك وأن يجبره على طم ما أحدثه من عملية الحفر، فإذا ترتب على ذلك ضرر بأرضه ضمن قيمة الفساد وهو ما نقص من أرضه بالحفر<sup>(3)</sup>.

ويرى الشافعية أنه من احتاج إلى حق المجرى في أرض الغير لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض عليه بغير إذنه، وإن كان لضرورة ولم يتضرر المالك ولا أرضه بذلك<sup>(4)</sup>، وأدلة عدم الاجبار تكمن فيما يلي:

- ما ورد عن قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه"<sup>(5)</sup>،

واللبن يتجدد ويخلفه غيره، والأرض التي يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها.

- يعتبر حق المجرى تصرفا في أرض الغير دون إذن صاحبها، ومنه لا يجوز اقراره، وحاجة الجار لإمرار مائه لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يجوز له الزرع في أرض غيره، ولا البناء عليها ولا

(1)- عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 614، 615.

(2)- نقلا عن محمد أبي زهرة، المرجع السابق، ص 95.

(3)- الخراج، الطبعة الثانية، ص 108، نقلا عن عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 616.

(4)- فتح العزيز 327/10، مطبعة التضامن، نقلا عن عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 616.

(5)- البخاري عن ابن عمر 88/5 مسلم عن ابن عمر 1352/3 أبو داود 40/3 أحمد في المسند، ص 3، 4.



الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة، فيكون القول بعدم الإيجابار قياساً من باب أولى موافقاً للأصول.

- وأما قول عمر فيخاله قول محمد بن مسلمة، وقول محمد موافق للأصول فكان أولى، ويحتمل أنه كان للضحاك رسم إجراء الماء في أرض محمد فامتنع منه، فلذلك أجبره عمر وقيده بتمرير المياه، أو أن تكون أرض محمد إنما صارت إليه بعد أن أحيا الضحاك أرضه وملك ماءه<sup>(1)</sup>.

والرأي الراجح في كل ما سبق، هو قول الحنابلة بأنه ليس لصاحب الماء أن يجريه في أرض غيره لغير ضرورة، كأن يكون له سبيل آخر، مراعاة لحرمة الملك<sup>(2)</sup>.

وكما قضي لصاحب النهر بتحويله، إذا لم يكن في ذلك ضرر بصاحب الأرض وكان فيه منفعة. واختلف الفقهاء في حكم هذا التحويل، فيرى بعضهم جواز ذلك، ويرى أغلبهم عدم جوازه. وإذا أراد صاحب الأرض تحويل نهر أو طريق لغيره فيها إلى موضع هو أرفق به، فقد روى عن مالك في الطريق أنه ليس له ذلك إلا أن يكون الشيء القريب كقدر ذراع ولا مضرة فيه<sup>(3)</sup>.

ومن الفقهاء أجاز تحويل النهر بشرط إجازة أصحابه.

والرأي الراجح فيه أيضاً جوازية التحويل بشرط وجود منفعة لمن يريد التحويل، وعدم وجود ضرر لصاحب النهر.

بالنسبة لمسألة نفقات الإصلاح والترميم، فقد تناولها الفقه الإسلامي بالشرح أيضاً، فقرر أنه إذا احتاج مجرى الماء إلى إصلاح، فإن لم يمكن ترميمه إلا بدخول أرض غيره، ولم يأذن له صاحب الأرض أجبره الحاكم على الإذن له بالدخول بهدف الإصلاح أو يصلحه صاحب الأرض بماله.

وليس للمستحق دخول الأرض من غير إذن مالكيها إلا لتقوية نهر، وعليه يخرج من أرضه ما يخرج من النهر<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثالث: حق الصرف (المسيل)

تعددت القيود الواردة على حق الانتفاع بالمياه، فكان منها ما يلزم لحق الشرب، ولمجرى المياه، وحتى حق المسيل.

(1)- المغني 371/4 مطابع سجل العرب، نقلا عن عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 617.

(2)- عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع نفسه، ص 218، 219.

(3)- المنتقى 47/6، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، نقلا عن عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 620.

(4)- نهاية المحتاج 415/4، طبعة الحلبي الأخيرة، نقلا عن عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص 620.

ويقصد بحق الصرف، ويقال له أيضا حق المسيل؛ حق المالك مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه.<sup>(1)</sup>

ولمعرفة حق المسيل، لابد من التعرض لطبيعته القانونية، ومضمونه وآثاره في الفروع التالية:

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحق الصرف

اختلفت التشريعات محل الدراسة حول الطبيعة القانونية لحق الصرف، فمنها من اعتبره قيда على حق الملكية العقارية الخاصة، ومنها من اعتبره ارتفاق المسيل، وعلى حسب هذا الاختلاف لم تتفق الأحكام التي تتضمن هذا الحق.

#### أولاً: حق الصرف قيد على الملكية العقارية الخاصة

اعتبر المشرع المصري حق الصرف قيدا على الملكية العقارية الخاصة يتعلق فحسب على صرف المياه الزائدة عن حاجة الأرض، أما تصريف مياه الأمطار والمياه المنزلية لا يدخل ضمن نطاق حق الصرف القانوني، وإنما يتقرر كارتفاق المسيل بالنسبة إلى هذه المياه وقد نصت المادة (809) من ق م م على ما يلي: " يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا".

#### ثانياً: حق الصرف ارتفاق على الملكية العقارية الخاصة

بالنظر لأحكام المادة (692) من ق م ج، فإنها تعتبر حقوق انتفاع بالمياه قيدا على الملكية العقارية الخاصة، لكنها في نفس الوقت تحيل تحدد اجراءات تطبيق هذه المادة إلى النصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستعمال واستغلال المياه، وهو ما يمثله قانون 05-12 المتعلق بالمياه، لكن هذا الأخير أدرج أحكام حق الصرف ضمن الفصل الثاني المعنون بـ: الارتفاقات المرتبطة بنظامي الرخصة وامتياز استعمال الموارد المائية، حيث نصت المادة (98) منه على المحتوى الآتي: " يحق لكل مالك استعمال مياه الأمطار التي تسقط على أرضه والتصرف فيها...".

وهذا يوضح تناقض وغموض المشرع الجزائري في تكييف حق الصرف بين أحكام المادة (692) من ق م ج، وبين مضمون المادة (98) من القانون الخاص بالمياه، وحيث أن الخاص يقيد العام، فيعتبر حق الصرف هو ارتفاق وليس قيد الصرف، لأنه لا يحتوي مضمون القيد، بل الأحكام العامة لحق الارتفاق، مما يستوجب معه تعديل أحكام المادة (692) من ق م ج، وإدماج حقوق الانتفاع بالمياه بنصوص صريحة كقيود على الملكية العقارية الخاصة شأنها شأن المشرع المصري.

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 77.

وعبر المشرع التونسي على حق المسيل الطبيعي وفق مقتضيات الفصل (167) من م ح ع ت بما يلي: "الأراضي المنخفضة تتحمل إزاء الأراضي المرتفعة عنها سيلان مياهها إذا كانت المياه جارية بنفسها بدون فعل فاعل."

كذلك أدرجت المادة (60) من م ح ع م حق المسيل الطبيعي أو الصرف على أنه:

"تلتقي الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما في شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة"<sup>(1)</sup> وكما نصت المادة (640) من القانون المدني الفرنسي كالآتي:

«Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. »

باستقراء النصوص السابقة لاحظنا عدة نقاط:

- وردت المادة (60) من م ح ع م باللغة الفرنسية مماثلة تماما للمادة (640)، وكان النص العربي ترجمة حرفية كذلك، ولكن بصيغة قانونية صحيحة، وكذا أيضا ورد الفصل (167) من م ح ع ت مماثلا جزئيا للنص الفرنسي، وهذا يعني تأثر المشرعان المغربي والتونسي بأحكام القانون المدني الفرنسي.

- اتفق كل من المشرع الفرنسي، التونسي والمغربي على تكييف حق المسيل كارتفاق وليس كقيد قانوني وارد على حق الملكية، فجاءت المادة (640) في الباب الثالث: الارتفاقات أو الخدمات العقارية،(Des servitudes ou services fonciers) الفصل الأول: الارتفاقات عن الوضعية الطبيعية للأماكن،(Des servitudes établies par la loi)، وأيضا تم التطرق لحق المسيل في م ح ع ت، الباب الأول المعنون بـ: حقوق الارتفاق الناشئة عن طبيعة الأماكن، وكذلك وردت المادة (60)

(1) - «Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.  
Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.  
Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. »,  
L'article 60 du code des droits réels (traduction officielle)

ضمن الفصل الأول: الارتفاقات من الباب الثاني المعنون ب: الارتفاقات والتحملات العقارية (servitudes et charges fonciers)، وهناك فرق بين الخدمات والتحملات.

- أخذ المشرع التونسي بعين الاعتبار عند وجود أرض مرتفعة محاذية لأرض منخفضة إمكانية تدفق المياه بصورة طبيعية من الأولى إلى هذه الأخيرة، فأقر الارتفاق بسيلان المياه؛ وهو ارتفاق طبيعي، لأن مصدر نشأته طبيعة الأماكن، ويشترط للانتفاع به أن تكون المياه جارية بنفسها، أي بفعل الطبيعة وحدها وليس بتدخل الإنسان.

وأكد المشرع التونسي هذا الشرط بالفصل (34) من مجلة المياه، الذي لم يكتف بالنص على أنه: " يتعين على مالك الأرض السفلى أن يقبل المياه السائلة بصورة طبيعية من الأرض العليا"، بل أورد قائمة في هذه المياه خاصة: مياه الأمطار، الثلوج أو العيون غير المحصورة، ولا شك أن انطباق الفصل (167) من م ح ع ت على هذه المياه، باعتبار أن مصدرها الطبيعي يفيد سيلانها بطريقة طبيعية من الأرض المرتفعة إلى الأرض المنخفضة وعلى من يدعي تدخل يد الإنسان في ذلك السيلان إثباته.

### الفرع الثاني: مضمون أحكام حق الصرف (المسيل)

أثبت قيد الصرف على مالك المصرف الخاص لمصلحة الجيران لسد لاحتياجاتهم في صرف ما لديهم من مياه زائدة بعد استيفاء المالك لاحتياجات أرضه، بما ينشأ لهم بقوة القانون حقا في الصرف على المصرف الخاص لجارهم.

وتشمل أحكام حق الصرف التعرض لأنواعه وشروطه، والقيود المتعلقة بالمسيل الطبيعي لمياه الأراضي العالية.

### أولاً: أنواع حق الصرف

يمكن أن يتخذ حق الصرف في ملك الغير شكلين إحداهما تقابل حق المجرى ويتم فيها الصرف بطريق غير مباشر بتمرير المياه الزائدة عبر الأراضي المجاورة حتى تصب في مصرف عمومي، والأخرى تقابل حق الشرب، ويتم فيها الصرف مباشرة باستعمال مصرف الأرض المجاورة، والغاية من هذا التفريق معرفة علاقة حق الشرب بحق الصرف، وعلاقة حق الصرف بحق المجرى.

### 1) حق الصرف المباشر

نصت المادة (808) من م ق م م على أنه من قام بإنشاء مسقاة أو مصرفا خاصا طبقا للقوانين الخاصة بذلك كان له وحده حق استعماله، واستثناء على هذا المبدأ يمكن للمالك المجاورين استعمال المصرف في حالة ما إذا احتاجته أراضيهم من صرف، بشرط أن يستوفي مالك المصرف حاجته منه.

ويتبين أن ما يسري على حق الشرب يسري أيضا على حق الصرف المباشر، فمن ينشئ مصرفا خاصا يعتبر مالكة، ويكون بإمكانه صرف فيه مياه الري الزائدة عنده قبل الغير، ويتقرر حق الصرف

للغير من الملاك المجاورين لمالك المصرف سواء أكانت أراضيهم مجاورة للمصرف أم مجاورة لأرض صاحب المصرف الخاص، وإذا كانوا بحاجة لصرف مياه الري الزائدة لديهم وذلك مقابل اشتراكهم في تكاليف إنشاء هذا المصرف وصيانته بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بهذا الحق<sup>(1)</sup>.

ومن ثمة، يكون هناك صورة تقابلية بين الحقين؛ الري والصرف، فصورة استعمال المالك الجار لمسقاة جاره؛ فهو حق الشرب، أو الري الحضري، وصورة استعمال مصرف الجار لإزالة المياه القذرة؛ فهو حق الصرف، لتبقى صورة استعمال أخرى غير متعلقة لا بمسقاة الجار ولا مصرفه، وإنما عملية مرور مياه الري في أرض المالك وصولاً للجار لتصل إلى أرضه؛ فهو حق المجرى<sup>(2)</sup>.

## 2) حق الصرف غير المباشر

يتقرر حق الصرف غير المباشر لصاحب الأرض البعيدة عن المصارف، طالما كان بحاجة إلى صرف المياه الزائدة عن حاجة أرضه، وذلك مقابل دفع تعويض عادل ومسبق لمن تمر مياه الصرف بأرضه، وذلك كما هو الحال بشأن حق المجرى، غير أنه يشترط لذلك أن يقتصر تقرير حق الصرف على أراضي الجيران التي تمر بها مياه الصرف متجهة للمصب في مصرف عام لا في مصرف خاص.

### ثانياً: مدى أثر شروط حق الصرف في تقييد صاحب المصرف

فرضت التشريعات محل الدراسة على المالك الالتزام بعدم منع الجار من صرف المياه بالنسبة للأراضي البعيدة عن المصرف العمومي، بمعنى تقييد سلطته في الاستعمال والتصرف المادي في مصرفه، وإجباره على السماح بتصريف المياه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وحتى يثبت هذا القيد لابد من تحقق الشروط التالية:

#### 1) - استيفاء الحاجة من مياه المصرف

لا يستعمل صاحب حق الصرف إلا بعد أن يستوفي مالك المصرف الخاص حاجته، فهذا الأخير قد أنشأ المصرف على نفقته وفي أرضه، فتكون له الأولوية المطلقة في استعماله، بحيث لا يمكن إجباره على صرف ما يزيد من مياه قبل أن يستوفي الحاجة الكاملة لأرضه، على اعتبار أن هذا القيد لم يرد على حقه في منع غيره من الجيران من الاستفادة بسعة المصرف في صرف المياه الزائد وفاء بحاجة أراضيهم.

ولكن تقييد الحق في المسيل مرتبط بتمكين صاحب الأرض البعيدة عن المصرف العام حق إسالة المياه الزائدة عن حاجة الأراضي المجاورة التي تفرق بينها وبين هذا المصرف.

(1) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 58.

(2) - أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، شركة ناس للطباعة، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة،

## (2) - تحقق واقعة الجوار لصاحب الحق في الصرف

يتقرر حق الصرف للجار الملاصق للمصرف الخاص فقط، وعليه لا يستفيد منه الجار غير الملاصق لهذا المصرف حتى لو كان ملاصقا للأرض التي يمر فيها المصرف، لأن استفادة الجار في هذه الحالة الأخيرة من المصرف الخاص سيقضي تمرير مياه الصرف في أرض الجار التي يخترقها المصرف الخاص لتصل إلى هذا المصرف، بينما لم يتقرر حق تمرير مياه الصرف في أرض الجار إلا لكي تصب في أقرب مصرف عام وليس في مصرف خاص.

ولما كان القيد القانوني ينفرد المشرع بتحديد نطاقه انفرادا منه بتحديد مقتضاه، بما لا مجال للقياس عليه، فإنه رغم تطابق الحق في الصرف مع الحق في الشرب من حيث الطبيعة والعللة بما كان لازمه توحيد مفهوم الجوار المثبت للحق فيها؛ غير أن المشرع المصري فيما أورده في المادة (809) السالفة الذكر من أن الحق في المسيل المقرر للأرض البعيدة عن المصرف العام يخول هذه الأرض الحق في إنشاء مصرفا خاصا على نفقته في أرض الجار الملاصقة له أو فيها وفيما يليها من أراضي بلوغا للمصرف العمومي دون غيره من المصارف، فإن لزوم ذلك مع صراحة النص التي لا اجتهاد معها أن المشرع ميز بين الحق في الشرب وحق الصرف، فبينما اكتفى في الأول بجوار الأرض التي تمر بها المسقاة الخاصة فإنه تطلب في الثاني الجوار المباشر الملاصق للمصرف الخاص لثبوت الحق القانوني في الصرف، بدلالة أنه لم يثبت الحق في المسيل على الأرض المجاورة لصالح الأرض صاحبة الحاجة لصرف المياه الزائدة إلا بلوغا لمصرف عمومي ولم يثبت بلوغا لمصرف خاص سواء كان هذا المصرف لصاحب الأرض المطلوب إجراء المصرف عبرها إلا أن يكون الجار قد اكتسب حقا ارتفاقيا بالمرور عبر أرض جاره وبالصرف في مصرفه الخاص، كما لم يثبت على الأرض المجاورة بلوغا لمصرف خاص<sup>(1)</sup> لصاحب الأرض محل الحاجة للصرف إلا أن يكون قد اكتسب حقا ارتفاقيا بالمرور بمصرفه عبر أرضه وصولا لمصرفه الخاص، كما لم يثبت بلوغا لمصرف خاص للغير إلا أن يكون طالب الحق بالمرور قد اكتسب على أرض جاره الملاصقة وما يليها ارتفاقا بالمرور بمصرفه سواء عن طريق الاتفاق أو التقادم بلوغا لهذا المصرف الخاص المملوك للغير.

ولا يوجد ما يمنع من تعدد الملاك المجاورين كل حسب حالته بما يثبت للجميع على قدم المساواة الحق في الصرف؛ سواء اتجه مالك واحد للمصرف أو اتجه ملاك متعددين يملكون مصارف خاصة؛ طالما تحقق الجوار في شأنهم.

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 175.

والمناطق في المفاضلة تعيينا للأرض المحملة بقيد الصرف في حالة تتعددهم سواء انفراد المتمتع بالحق أو تعدد هو بأقلهم عنتا أو ضررا من جراء تحمل هذا القيد<sup>(1)</sup>.

3- إلزامية مشاركة الجار المستفيد من هذا الحق في مصاريف إنشاء المصرف الخاص وصيانته بنسبة مساحة أرضه إلى مجموع الأراضي التي تنتفع به.<sup>(2)</sup>

### 3) انعدام وسائل أخرى للصرف

لكي ينقرر حق المسيل للجار عن طريق أرض جاره أو في مصرفه الخاص، لابد ألا يتوفر الجار على أية وسيلة لصرف مياهه الزائدة عن الحاجة، مما يضطره لسك أرض هذا الجار لتحقيق هذا الحق، فانعدام الضرورة يمنع القيد، لأن الملكية العقارية الخاصة مكفولة لاستئثار صاحبها بها وحده، وتقرير القيد بالتزام سلبي مناطه الالتزام بعدم منع الجار من صرف مياهه في أرض صاحب المصرف.

وترتبيا على هذا المنطق، فإنه لا يكلف تمكينا للجيران من الاستفادة من المصرف أن يعمل على الاستعانة بمصارف أخرى لسد حاجته من المياه، سواء كان ذلك يمثل كلفة كبيرة أو ضئيلة عليه، بحيث أن حق الجيران في المصرف لا يتحقق سببه إلا من حيث يوجد فائض من المياه عن الحاجة العادية لصاحبه.

ويلاحظ أن حق الصرف لم يمنح بنفس السعة التي منح بها حق المجرى، وتبرير ذلك هو أن نطاق هذا الحق لا يتجاوز أقرب مصرف عمومي، ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للجار أن يطلب صرف مياهه في مصرف خاص جبرا على صاحبه، فيقتضي الاتفاق معه ويمكن له رفض طلبه.

والواقع إن إيراد هذا القيد على حق الصرف دون حق المجرى منتقد، فكل منهما يتم الآخر، زيادة على أن تقرير الحاجة إليهما وتحديد مكانهما وطريقة استعمالهما، يجب أن يخضع لخطة واحدة، وتعتبر أمثل الخطط هي التي تؤدي إلى التوسع في منح هذين الحقين وفقا لما تقتضيه مصلحة الأرض من فلاحتها؛ وهي مصلحة عامة يجب تغليبها على المصالح الخاصة.<sup>(3)</sup>

### ثالثا: القيود المتعلقة بالمسيل الطبيعي لمياه الأراضي المرتفعة

اتخذ التشريعان المصري الجزائري الحق المتعلق بالمسيل الطبيعي كقيد قانوني، لكن الفرق بينهما تطبيق نص ق م ج بأحكام قانون المياه التي تعتبر هذا القيد ارتفاق، بينما كان كل من المشرع التونسي، المغربي والفرنسي واضحين في اعتبار حق المسيل ارتفاق قانوني، بدون أن يكون ليد الإنسان دخل في

(1) - المرجع نفسه، ص 176.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 80.

(3) - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 416.

اسألة هذه المياه، وكان الأولى أن يعتبر قيد، وأساس المفاضلة أن الارتفاقات القانونية لا تخضع بطبيعتها للتعويض، وتأخذ مقتضياتها حكم القيد.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: ما هو نطاق المياه محل حق المسيل؟

لا تفرض الاجابة عن هذا التساؤل التطرق لأنواع المياه الواجبة الصرف، لأنها تتركز في نوع واحد وهي المياه الطبيعية، بحيث تعتبر مورد حيوي هام، وهي محل القيد في حق المسيل، وقد نصت عليها المادة (98/02) من قانون المياه الجزائري على أنه:

"... ويتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقى على أرضه المياه المتدفقة طبيعياً من العقار العلوي، ولا سيما مياه الأمطار أو الثلوج أو المنابع غير المجمعة."

وأورد أيضاً الفصل (33/01) من مجلة المياه التونسية مقتضيات المياه الطبيعية كما يلي: " لكل مالك الحق في استعمال مياه الأمطار التي تنزل بأرضه وفي التصرف فيها...»، ثم وضع أكثر في الفصل (34) من نفس المجلة على أنه: " يتعين على مالك الأرض السفلى أن يقبل بأرضه المياه السائلة بصورة طبيعية من الأرض العليا خاصة مياه الأمطار والثلوج أو العيون غير المحصورة." وكذلك أقرت المادة (61) من م ع ح م على أنه:

" لكل مالك الحق في استعمال مياه المطر التي تنزل في أرضه والتصرف فيها..."

يستشف من النصوص السابقة، أن المشرعان الجزائري والتونسي وسعا من أنواع المياه الخاضعة لتكون محلاً لحق المسيل في المياه الطبيعية؛ التي يكون مصدر سيلانها بشكل طبيعي دون تدخل عمل الإنسان في تعمد إسالتها، ومثالها المياه الناتجة عن الأمطار أو الثلوج، الينابيع الطبيعية، العيون، الفقارات، وقد ماثلاً المشرع الفرنسي في ذلك، بحيث أعطى الحق لكل مالك في استعمال مياه الأمطار التي تنزل بأرضيه والتصرف فيها، ويطبق نفس الحكم على مصادر المياه الناشئة من هذه الأراضي<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد حصر حق المسيل الطبيعي في مياه الأمطار دون التعرض لأنواع أخرى غيرها.

وهذا يعني أنه لا تدخل ضمن المياه الطبيعية كل المياه المتسبب في سيلانها تغيير مجرى نهر، كسر سد، أو المياه المخصصة للاستعمال الشخصي<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup>-L'article 641 du ccf: «Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. La même disposition est applicable aux eaux de sources nées sur un fonds. », Op.cit., voir aussi l'article L152-15 du code rural et de la pêche maritime français qui stipule: «Les propriétaires des fonds inférieurs doivent recevoir les eaux qui s'écoulement des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui peut leur être due. », Loi 92-1283 1992-12-11 annexe JORF 12/12/1992.

<sup>(2)</sup>- محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 463.



ومقتضى هذا القيد أن تتحمل الأرض الواطئة تلقي المياه السائلة سيلانا طبيعيا من الأرض المرتفعة، ولما كان الأمر يتعلق بارتفاع طبيعي ناتج عن وضعية الأماكن، فإن صاحب الأرض التي يرد عليها هذا الارتفاع يتحمله مقابل تعويض ذلك، مهما كان الضرر الذي يلحق به، ولكن اشكالية القيد تطرحها المادة (809) من ق م م؛ والسبب في ذلك إذا كان المشرع المصري الوحيد من بين التشريعات محل الدراسة الذي جعل حق الصرف قيذا قانونيا، فما التبرير في اشتراط تعويض عادل مقابل هذا القيد، خاصة أنه ينشأ عن ظروف طبيعية تملئها طبيعة الأرض ذاتها.

بالرجوع لأحكام الأرض المنخفضة التي تتحمل بعبء تلقي المياه السائلة سيلانا طبيعيا من الأراضي المرتفع، فيلزم أن يكون الأمر متعلقا بأرض منخفضة بالنسبة إلى أرض تعلوها، غير أن ذلك لا يعني أن يكون العقاران متلاصقين، فالقيد القانوني أو الارتفاع يتوافر حتى لو كان بينهما طريق عام، ولا يشترط أن تكون الأرض المنخفضة مملوكة ملكية خاصة أو عامة<sup>(1)</sup>.

ويمكن تلخيص شروط قيام القيد في المسيل الطبيعي للأراضي المرتفعة فيما يلي:

1- أن تكون المياه المراد اسالتها مياه طبيعية كمياه الأمطار، حيث لمالك الأرض بعد إرواء زرعها، أن يصرف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن حاجته على الأرض المنخفضة.

2- أن يكون جريان هذه المياه على الأرض المنخفضة طبيعيا من دون تدخل صاحب الأرض العالية، ولذلك لا يجوز لهذا الأخير تغيير مجرى هذه المياه، بحيث تسيل على الأرض المنخفضة<sup>(2)</sup>.

إذا أراد المالك إنشاء أبنية في أرضه أن يجعل سطوحها بحيث تسيل منها مياه الأمطار على أرضه أو على أرض الطريق العام لا على الأرض المجاورة، مع مراعاة القوانين والأنظمة الخاصة.

3- أن يدفع صاحب الأرض العالية تعويضا مناسباً لصاحب الأرض المنخفضة<sup>(3)</sup>.

فإذا توافرت الشروط أعلاه ثبت حق المسيل لصاحب الأرض العالية على الأرض المنخفضة.

إذا كانت القاعدة العامة لقيام القيد الواقع على الأرض المنخفضة لمصلحة الأرض المرتفعة، فقد فرقت التشريعات بين حالتين أجبر فيهما صاحب الأرض المنخفضة على تحمل المسيل في أرضه رغم أنه من صنع الإنسان، وذلك مقابل تعويض لصاحب الأرض المنخفضة.

ونصت المادة (60) من م ح ع م على الحالة الأولى المتعلقة بالتزام صاحب الأرض العالية باستعمال مياه الأمطار الساقطة في أرضه أو مياه العيون الطبيعية النابعة فيها، والامتناع عن كل

(1) - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 59.

(2) - يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 242.

(3) - سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 218.

استعمال لهذه المياه أو الاتجاه الذي توجه إليه بترتب عنه زيادة في العبء الذي تتحمله الأرض المنخفضة، فإنه يرجع التعويض لصاحبها في حدود ما يقابل هذه الزيادة في التحمل الواقع على أرضه. ولا يمكن لصاحب الأرض المنخفضة القيام بأي عمل من شأنه أن يبسط مسيل المياه، فيتخلف ما تحمله من رمال وحصى في الأراضي المرتفعة، وفي حالة قيام صاحب الأرض المنخفضة بتسوير أرضه بحائط، كان عليه ترك فتحات تكفي لمسيل المياه، ومع ذلك فإنه يحق له أيضا اتخاذ الاحتياطات اللازمة داخل أرضه بما يمنع الضرر عنها أو يخفف منه، طالما لا يعيق ذلك سيل المياه من الأراضي العالية في أرضه، ويمنع انتشارها<sup>(1)</sup>.

بالنظر لأحكام المادة السالفة الذكر، فيلاحظ أنها مطابقة تماما لمضمون المادة (641) من القانون المدني الفرنسي.

وحق المسيل قيد أمته الضرورة، فإذا كان من شأن استعمال صاحب الأرض المرتفعة للمياه أو طريقة توجيهها أن يزيد من عبء الأرض المنخفضة، فإنه يكون قد جاوز حدود الضرورة. والحالة الثانية التي يجبر فيها صاحب الأرض المنخفضة على تحمل المسيل في أرضه رغم تدخل الإنسان في ذلك، وهي حالة قيام مالك الأرض العالية بتفجير المياه في أرضه أو لقيامه بعملية حفر فيها<sup>(2)</sup>.

وإذا كان صاحب الأرض المنخفضة يجبر هنا أيضا على تلقي المسيل رغم أنه ليس طبيعيا، فإنه في المقابل يكون له الحق في التعويض عما يلحق به من ضرر بسبب سيل هذه المياه، فيشترط للحصول على التعويض في هذه الحالة حصول ضرر من سيل المياه المتفجرة من السبر أو الحفر<sup>(3)</sup>.

وإذا كانت التشريعات محل الدراسة قد سمحت بمقتضى الحالتين السابقتين بزيادة العبء الناشئ عن المسيل من الأراضي العالية، فقد نصت أيضا على حالات لا يمكن أن يزيد فيها العبء الناشئ عن المسيل، بل يجب أن يبقى على أصله فقط، أي في حدود المسيل الطبيعي من الأراضي العالية، دون تدخل من يد الإنسان.

ولقد حصر المشرع الفرنسي هذه الحالات في نص المادة (641/05) من القانون المدني الفرنسي أنه لا تجوز أن تخضع المنازل، الساحات، الحدائق، الحظائر، والأسوار المجاورة للمساكن لأي

(1)- Planiol et Picard, les biens, op.cit., p 500,501.

(2)- Voir l'article 02 et 04 /641 du ccf: «Si l'usage de ses eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640... lorsque, par des sondages ou des travaux souterrains, un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieures doivent les recevoir... », op.cit.

(3)- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60، 61.

زيادة في ارتفاع المسيل، وهو ما ماثله تماما مضمون (94) من القانون 05-12، وهو ما يؤكد عدم اجتهاد المشرع الجزائري، ونسخه للقانون الفرنسي دون تغيير. (1)

وأكدت الاجتهادات القضائية على عدم اعتبار المياه المنزلية محلا لحق المسيل، وهو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب التونسية في قرارها التالي:

" المياه التي يطلب المدعون تمريرها بأرض المعقب... ليست مياه جارية بنفسها بصورة تلقائية مثل سيلان مياه الأمطار، بل هي مياه منزلية مستعملة لا يمكن إخراجها وتصريفها إلا بفعل فاعل وبواسطة مد قناة يقع ربطها بالقناة الرئيسية بالطريق العام." (2)

ويتبين من هذه الحيثية، أن الاجتهاد القضائي التونسي يقصي المياه المنزلية من مجال الارتفاق الطبيعي المكرس بالفصل (167) من م ح ع ت السالف الذكر.

غير أن فقه القضاء الفرنسي من خلال قرارين مبدئيان لم يتخذ موقفا موحدا في خصوص المياه المنزلية لما طرح عليه تطبيق المادة (640) من القانون المدني الفرنسي، ففي أول قرار صرحت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا تم تطبيق المادتين (640، 680) من القانون المدني الفرنسي على المياه المنزلية، فإن الارتفاقات المقدمة في هذه النصوص لا تتعلق بالمياه التي تم تغييرها بفعل الإنسان، مثل المياه الصناعية والمستعملة والملوثة (3).

وهناك قرار آخر قضت فيه محكمة النقض أن المياه المقصودة بالمادة (640) المذكورة هي تلك التي يكون سيلانها النتيجة الطبيعية لهيئة الأماكن وخاصة مياه الأمطار مع إقصاء المياه المنزلية (4).

(1)- L'article 05/641 du ccf: «Les maisons, cours, jardins, parcs, et enclos attenants aux habitations ne peuvent être assujettis a aucune aggravation de la servitude d'écoulement. », op.cit.

-القرار التعقيبي المدني، عدد 30020، المؤرخ في 1995/06/25، محكمة التعقيب التونسية، نقلا عن ليليا بوسنة، الماء في مجلة الحقوق العينية، خمسينية مجلة الحقوق العينية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017، ص 565.

(3)- « Si l'application des articles 640 et 681 du code civil a été étendue aux eaux ménagères, les servitudes prévues par ces textes ne concernent pas les eaux qui été altérées par le fait de l'homme, telles que les eaux industrielles, usées, fétides ou insalubres. », cour de cassation, chambre civile 1, audience du 04/12/1963.

(4)- « Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé que la servitude imposée par l'article 640 du code civil, sur les dispositions duquel la commune de bersée a uniquement fondés sa demande, ne concerne que les eaux dont l'écoulement est le résultat naturel de la configuration des lieux et notamment les eaux pluviales, à l'exclusion des eaux ménagères ou résiduaires, les juges d'appel relèvent, à bon droit, que le propriétaire du fonds inférieur n'est tenu d'y faire disparaître les obstacles à l'écoulement naturel des eaux que s'ils sont la conséquence d'un fait qui lui est imputable et que, des lors, l'existence sur l'héritage de x... d'ouvrages exécutés par ses auteurs ne suffit pas à l'obliger à des opérations de curage... », Cour de cassation, chambre civile 1, n° de pourvoi 63-13582, du 01/06/1965.

وتجدر الإشارة إلى كون مياه الأمطار والثلوج والعيون التي لا خلاف في توظيف الارتفاق الطبيعي على العقار المنخفض في خصوصها تفقد صفتها كمياه طبيعية إذا ما اختلطت بمياه مستعملة فنقصى من مجال الارتفاق.

وعبارة "جارية بنفسها بدون فعل فاعل" الواردة في الفصل (167) تفترض زيادة على عدم تدخل يد الانسان في تغيير طبيعة المياه أن لا يكون جريانها إلى الأرض المنخفضة ناتجا عن فعل الإنسان؛ كقيامه بتعليق سكنه إلى حد أصبح معه مرتقعا عن المنزل المجاور، ففي هذه الحالة ذهبت محكمة التعقيب إلى أنه لا يخول حق الارتفاق الطبيعي بسيلان المياه<sup>(1)</sup>.

ولا يقتصر حق المسيل على الأراضي غير المبنية، بل يشمل أيضا الأراضي المبنية. وكما يجب مراعاة مصلحة العقار المرتفع الذي ليس له أي دخل في جريان المياه، مما جعل المشرع التونسي يقيد العقار المنخفض بإتقاله بارتفاق سيلان المياه، فيكون الماء بناء عليه سببا في تقييد الملكية<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: آثار حق الصرف

يكون للجار الذي ترتب على أرضه حق الصرف أو المسيل وإلزام الجار المستفيد من هذا الحق بصيانة المصرف وتحمل نفقاته، وكذلك لديه الحق في طلب تعويض.

#### أولا: تحمل نفقات الصيانة والإصلاحات الضرورية

يلتزم أصحاب الحق في الصرف بالقيام بتطهيره والعمل على كل أنشطة صيانته. وهو ما قرره المادة (95) من القانون 05-12 بقولها: "يجوز لمالكي أو مستغلي الأراضي الوسيطة ... أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة ... قصد تصريف المياه الداخلة إلى أراضيهم أو الخارجة منها، وفي هذه الحالة يتحملون ما يأتي:

- حصة نسبية من قيمة الأشغال التي يستفيدون منها.
- النفقات المترتبة عن التغييرات التي قد تجعل ممارسة هذه الاستفادة ضرورة.
- حصة للمساهمة في صيانة المنشآت التي أصبحت مشتركة."

كما جاء الفصل (39) من مجلة المياه التونسية بما يلي:

(1) - قرار تعقيبي مدني، عدد 26606، المؤرخ في 12/05/1992، محكمة التعقيب التونسية، النشرة المدنية التونسية،

1992، الجزء الأول، ص 220، نقلا عن ليليا بوستة، المرجع السابق، ص 566.

(2) - المرجع نفسه، ص 567.

" يخول لمالكي الأراضي المجاورة أو التي يعبرها الماء أن يستعملوا الأشغال الواقع إنجازها طبقاً للفصل السابق لسيلان المياه من أراضيهم. وفي هاته الحالة فإنهم يتحملون:

- 1) قسطا نسبيا من قيمة الأشغال التي ينتفعون بها.
- 2) المصاريف الناتجة عن التغييرات التي يمكن أن يحدثها هذا التحويل.
- 3) بالنسبة للمستقبل قسطا يساهمون به في التعهد بشؤون الأشغال التي أصبحت ذات صبغة مشتركة."

ويتبين من مقتضيات هذين النصين أن المشرعان الجزائري والتونسي عاملا المالك أو المستغل الأراضي المنخفضة المستفيدة من حق الصرف معاملة المالك، وأثقله بعبء الأشغال ونفقات صيانة المصرف والحفاظ عليه مع صاحبه، لكنهما لم يحددا حصته النسبية من معدل الأشغال محل الاستفادة من الصرف، أو حصته في مصاريف الصيانة المشتركة.

وكما تضمنت المادة (808/02) من ق م م في نفس الأثر المترتب عن حق الصرف: "على المالك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو الصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها."

ويظهر من سياق هذا النص أنه:

- يترتب على حق المصرف إلزام المنتفعين به من القيام بإصلاحات ضرورية له، وتشمل الصيانة أعمال التطهير وإزالة الحشائش الضارة والمعيقة لسير المياه وكذا حفظ الجسور بحالة جيدة.

لكن إذا حدث اختلاف على القيام بهذه الإصلاحات، ماذا يكون الحل الأمثل؟

وأجازت المادة (811) من ق م م إجبار المنتفعين بحق المصرف من الاشتراك في هذه الإصلاحات بناء على طلب أي واحد منهم.

- ساوى المشرع المصري حق المصرف بحق المجري في المضمون والآثار.

وأوجبت المادة (19) من قانون الري والصرف المصري على ضرورة تطهير المصارف الخاصة وإزالة الهايسنت وغيره من النباتات والحشائش.

ويجوز لمدير عام الري بناء على تقرير من مفتش ري الإقليم المختص أو شكوى من ذوي الشأن أن يخطر رجال الإدارة لتكليف الخزائن بتطهير المصرف أو إزالة ما يعترض سير المياه من عوائق أو صيانتها أو ترميم جسورها أو إعادة إنشاء الجسور في موعد معين وإلا قامت الإدارة العامة للري بإجراء ذلك بعد الحصول على التكاليف اللازمة من الحائزين كل حسب نسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمصرف ويحسب ضمن هذه التكاليف قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بسبب التطهير.

وإذا كانت الأراضي الواقعة على جانبي مصرف خاص في حياة عدة أشخاص اعتبر محور المصرف حدا فاصلا بين ما يجوزون بالنسبة لأعمال التطهير والصيانة، ما لم يقد دليل على خلاف ذلك<sup>(1)</sup>.

وقد ماثل المشرع المغربي موقف المصري، إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة (63) من م ح ع م على سريان مقتضيات حق المجرى على حق المصرف، مما يترتب عنه أنه يقع على عاتق المستفيد من المصرف عبء تعميره والتعهد بإصلاحه وترميمه والتحمل لوحده نفقات ذلك ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، وبنفس الوقت لا يجوز لمالك الأرض المار بها المصرف أن يمنع صاحب الحق فيه من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات اللازمة<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الحق في طلب تعويض

أقر قانون المياه الجزائري أحقية مالكي العقارات السفلى الاستفادة من تعويض في حالة حدوث ضرر ناجم عن تدفق هذه المياه<sup>(3)</sup>.

ومنح المشرع المصري لصاحب الأرض التي أصابها ضرر من مصرف يمر بها سواء كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من هذا الضرر. بالنسبة لقانون الري والصرف المصري، يطبق نفس أحكام التعويض الواقعة على حق المجرى لحق الصرف بالنسبة لمسألة التعويض والجهة المختصة للفصل في النزاع حوله، كما سبق شرحه أعلاه.

وأضاف الفصل (33/02) من مجلة المياه التونسية:

"...ويمكن له لهذا الغرض الانتفاع بحق المرور من الأراضي السفلى حسب الطريقة الأكثر إحكاما والأقل أضرارا إذا زاد استعمال هاته المياه أو الاتجاه الذي أعطي لها في حق الارتفاق الطبيعي المتعلق بسيلان المياه فإنه يجب دفع غرامة لصاحب الأرض السفلى".

وكما نصت المادة (61) من م ح ع م على أنه:

" لكل مالك الحق في استعمال مياه المطر التي تنزل في أرضه والتصرف فيها وإذا كان استعمال تلك المياه والاتجاه المعطى لها يزيد عبء الارتفاق الطبيعي لسيل المياه المبين في المادة أعلاه، فإن لصاحب الأرض المنخفضة الحق في التعويض، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل".

وتعرض الاجتهاد القضائي الفرنسي لمسألة التعويض في حق المسيل، على أن يكون تعويضا عادلا ومسبقا<sup>(1)</sup>.

(1)- أنظر المادتان 20، 21 من قانون الري والصرف المصري، المصدر السابق، ص 9،8.

(2)- أنظر المادتان 59،58 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 17.

(3)- المادة 99 من القانون رقم 05-12، المصدر السابق، ص 14.

ويقع على عاتق صاحب حق المصرف أن يتعهد المصرف بالتطهير وحفظ الجسور، بحيث إذا أصاب الأرض التي يمر بها المصرف ضرر، سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أو عن سوء الجسور، كان لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر.

فطبقاً لهذه النصوص القانونية، للجار الذي ترتب على أرضه حق الصرف أو المسيل، الحق في طلب تعويض كامل ممن ينتفع بالمصرف أو المسيل عن الضرر الذي لحقه.

وفيما يخص الاحتجاجات الناجمة عن تعويض حق المسيل، لم يوضح قانون المياه الجزائري المحكمة المختصة للفصل في ذلك، واكتفى في المادة (94) منه على عبارة ( من اختصاص المحاكم) دون تفسير.

وأما المشرع المصري فوضح الجهة المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالري والصرف من اختصاص لجنة الري، وفيما عدا هذه التعويضات تختص جهات القضاء العادي إذا ثار نزاع حول أصل الحق، ومع ذلك ينبغي أن يراعى أن المحاكم تعد صاحبة الاختصاص في كل ما لم ينص عليه باعتبارها صاحبة الولاية العامة لنظر المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص.

وجعل المشرع التونسي النزاعات التي تترتب عن إقامة المنفعة عن حق المسيل وممارستها ودفع الغرامات الواجب أدائها لأصحاب الأراضي السفلى عند الاقتضاء من اختصاص المحاكم العدلية<sup>(2)</sup>.

(1) - « 1°) Alors que sont à tout le moins exclus de la servitude d'écoulement des eaux usées les habitations et les cours et jardins y attenants ; qu'en jugeant que le fonds cadastré AE n° 49 et 59 bénéficiait d'une servitude d'égout des eaux usées sur le fonds cadastré AE n° 47 et 48 sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée, si la nature de ce fonds n'excluait pas la reconnaissance d'une telle servitude.

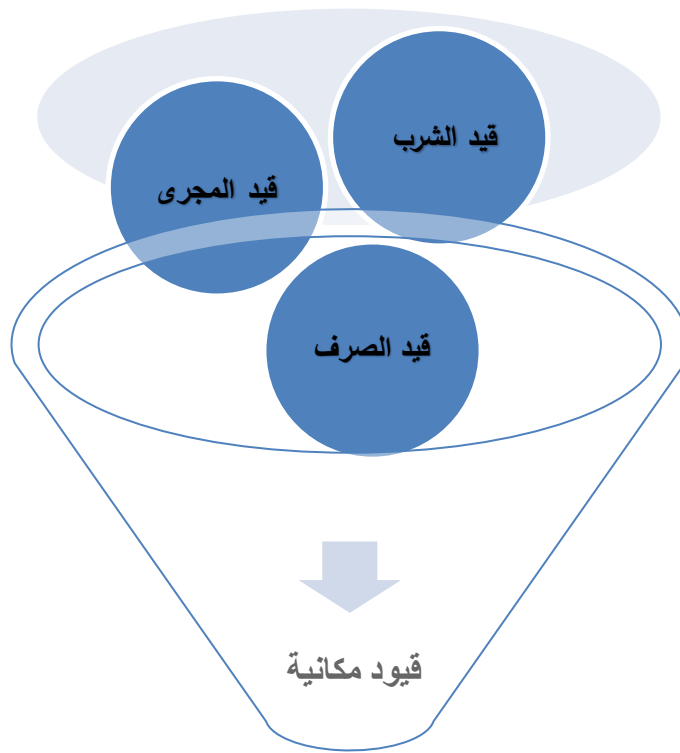
2°) Alors, que si les eaux usées provenant des habitations alimentées en eau potable peuvent être acheminées par canalisation souterraine vers des ouvrages de collecte et d'épuration, sur les fonds intermédiaires dans les conditions les plus rationnelles et les moins dommageables à l'exploitation présente et future de ces fonds à charge d'une juste et préalable indemnité, ce n'est qu'à la condition que ces eaux aient été acheminées par une servitude reconnue en application de l'article L 152-14 du code rural et de la pêche maritime ;

4°) Alors, qu'il ne peut être imposé qu'aux seuls propriétaires des fonds inférieurs de recevoir les eaux qui s'écoulent d'un fonds voisin, sauf l'indemnité qui peut leur être due ; qu'en faisant supporter aux parcelles cadastrées AE n° 47 et 48 une telle servitude, sans vérifier, ce qui était contesté, que le fonds cadastré AE n° 47 et 48 était inférieur au fonds cadastré AE n° 49 et 59, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 152-15 du code rural et de la pêche maritime ;

5°) Alors, qu'une servitude d'écoulement des eaux ne peut être reconnue que sous condition d'une juste et préalable indemnité ; qu'en reconnaissant une servitude d'égout des eaux usées au profit du fonds cadastré AE n° 49 et 59 à la charge du fonds cadastré AE n° 47 et 48 sans fixer aucune créance indemnitaire au profit des propriétaires de ce dernier fonds, », Cour de cassation, chambre civile 3, N° de pourvoi: 14-22259 , Audience publique du 31 mars 2016.

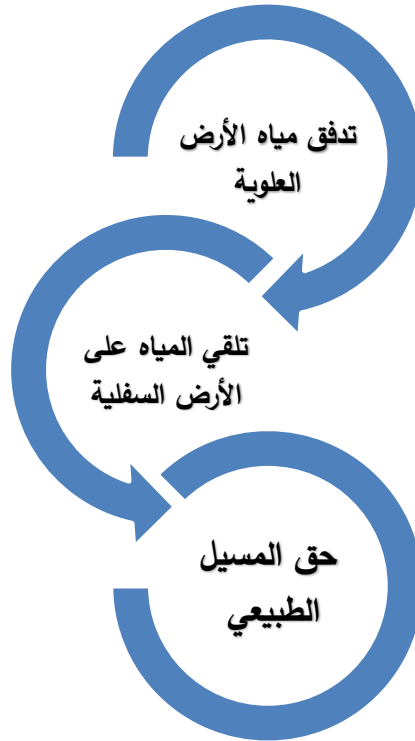
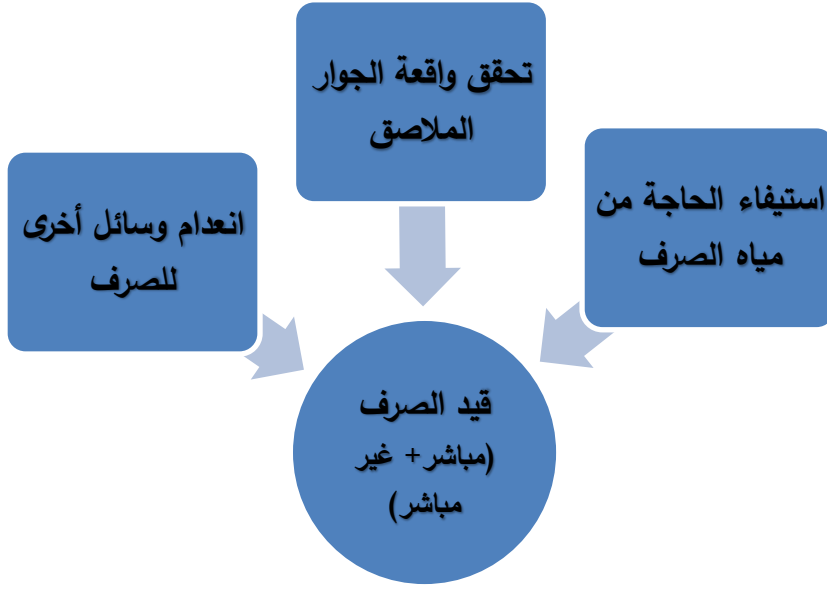
(2) - أنظر الفصل (33/03) من قانون المياه التونسي، المصدر السابق، ص 15.

أما القانون المدني الفرنسي فقد أحال النزاعات التي تترتب بسبب إنشاء وممارسة ارتفاق المسيل تمنح الحق في التعويضات المستحقة لمالكي الأراضي المنخفضة، ويتم عرضها على قاضي الموضوع، الذي يجب عليه التوفيق بين مصالح الفلاحة والصناعة مع احترام حق الملكية. وفي حالة وجود حاجة لإجراء خبرة، فيجوز تعيين خبير واحد فقط<sup>(1)</sup>. ويمكن تلخيص ما سبق، أن حق الشرب، حق المجرى وحق الصرف قيود ذات طبيعة واحدة، يرتبط تقريرها بالمكان، أي على واقعة الحيز الجغرافي المقترن بواقعة الجوار.



<sup>(1)</sup> Voir l'article (06/641) du ccf, op.cit.





## المبحث الثاني: قيود التلاصق في الجوار

يعتبر التلاصق في الجوار أحد أنواع الجوار الخاصة التي قرر لها المشرع نصوصاً قانونية وأحكاماً تضبطها لأن ملازمة وجودها ترتبط بوجود فضاء مبني وليس عقار فلاحي، فنطاق وجودها يتعين بحدود جغرافية مساحية خاضعة لقانون التهيئة والتعمير، ولكن أثار هذا التلاصق عدة نزاعات بين الجيران لأنه ينقل الملكية العقارية الخاصة سواء كانت على العقارات المبنية أو غير المبنية، مما استوجب جعل حدود تراعي مصلحة الجوار وتمثل أساساً في قيد وضع الحدود (المطلب الأول) وقيد الحوائط (المطلب الثاني)، وقيدي المطلات والمناور (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: قيد وضع الحدود

تثير مسألة تحديد نطاق حق الملكية بالنسبة للعقارات من الأراضي التي تتصل ببعضها اتصالاً وثيقاً عدة منازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم سلطاته كمالك على أرضه، ولذا من أجل تجنب هذه المنازعات، فقد أعطت التشريعات محل الدراسة الحق لكل مالك في اجبار جاره على وضع حدود لفصل أملاكهما المتلاصقة، بهدف اظهار هذه الحدود ومعرفة كل مالك حدود ملكه بشكل دقيق. وعليه، سيتم تبيان مفهوم قيد وضع الحدود (الفرع الأول)، ثم مناقشة مضمونه (الفرع الثاني)، وآثاره (الفرع الثالث)

#### الفرع الأول: مفهوم قيد وضع الحدود

إذا كان نطاق حق الملكية منقولاً فيسهل تحديده، نظراً لعدم ثباته، لكن طبيعة العقار وعدم إمكانية نقله منه، تحتم وجود حالة قانونية تلاصقية بين العقارين، وفقاً لشروط معينة حددها القانون، فما يعني المقصود بقيد وضع الحدود، وما هو مضمون هذا القيد وآثاره؟

#### أولاً: المقصود بقيد وضع الحدود

اتفقت التعريفات الفقهية في اعطاء مدلول واحد لقيد وضع الحدود.

ويقصد بوضع الحدود تحديد الخط الفاصل بين أرضيين غير مبنيتين، وإظهاره بعلامات مادية فاصلة؛ كالحديد ورس الحجارة أو الطوب أو غيره<sup>(1)</sup>.

ويعتبر أيضاً وضع الحدود بأنه؛ وضع علامات دالة وظاهرة تبين حدود كل ملك ملاصق وتمييزه عن ملك الجار، وتهدياً كل من الجارين الوسيلة للتعرف على حدود ملكه في وضوح<sup>(1)</sup>.

(1) - سعيد جبر، المرجع السابق، ص 396.

وكما عرف الفقه الفرنسي وضع الحدود (bornage) على أنه يفترض مسبقاً وضع الحدود بإنشاء علامات خارجية ظاهرة ودائمة، بما في ذلك الحدود التي تجسد الخط الفاصل بين الملكيات المعنية<sup>(2)</sup>. وليس المقصود من اجراء وضع الحدود التشكيك في ترسيم الحدود القائمة، ولكن لتعيين الحدود وفقاً للعناصر المنتجة لها<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للتعريفات الاصطلاحية، فيمكن استقراءها من خلال مضمون المادة (703) من ق م ج التي أوجبت أنه: " لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة...". ويتضح لنا من هذا النص ما يلي:

- اتفق المشرع الجزائري مع المشرع الفرنسي (المادة 646) من القانون المدني الفرنسي<sup>(4)</sup>، والمشرع المصري (813 من ق.م.م) في محل القيد وأشخاصه، وذلك في مدى الزامية وضع الحدود بين الملكين المتلاصقين لكل شخص يحمل صفة المالك؛ كاستثناء يفرض عليه من أصل حرته في ملكيته، يمنح له امكانية اجبار جاره على وضع علامات دائمة وظاهرة للعيان تهدف إلى معرفة كل حدود العقار بالنسبة لعقار الجار الملاصق له، ويكون للجارين أن يلزم الآخر بوضع حدود فاصلة بين أملكهما، فإذا لم توجد حالة تلاصق فلا مجال للالتزام بهذا التعيين، كما إذا كانت ملكيتهما منفصلة عن الأخرى بواسطة طريق عام أو مجرى مائي.

ولا يقصد بالملكين المتلاصقين أيضاً وجود حالة شيوخ، بل تعنى بالملكية المفترزة التي تكون متجاورة ومتلاصقة مع ملكية مفترزة لملك آخر.

- اتفق المشرع المغربي مع التشريعات محل الدراسة على محل القيد وهو عقاران متلاصقان، بينما اختلف معها في صفة أشخاص القيد، بحيث لم يحدد صفة المالك في فرض الجوار، وجاءت المادة (70) من م ع ح م عامة بلفظ (الجار<sup>(5)</sup>)؛ والتي قد تعني الجار المستأجر، بحيث يعتبر حائزاً لحق شخصي، وتقتصر حمايته على الحفاظ على حيازته.

(1)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 269.

(2)- Philippe Boulisset, Christian Couchet, Relations et conflits de voisinage: servitudes, mitoyenneté, bornage, permis de construire, nuisances, éditions Delmas, France, 2010, p 18.

(3)- Ibid, p 18.

(4)- L'article 646 du ccf: « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. », op.cit., **le bornage aussi**: une opération par laquelle les propriétaires de terrains contigus s'entendent pour reconnaître la limite commune de leurs propriétés respectives. L'opération matérielle consistant à poser des bornes se nomme « abornement », [www.juristudiant.com/forum/bornage-et-clôture=t19491](http://www.juristudiant.com/forum/bornage-et-clôture=t19491)

(5)- المادة (70) من م ع ح م: " للجار أن يجبر جاره على تعيين حدود لأملكهما المتلاصقة"، المصدر السابق.

- لم يتطرق المشرع التونسي لهذا القيد في مجلة الحقوق العينية، واكتفى بالقيود التلاصقية الأخرى.

### الفرع الثاني: مضمون قيد وضع الحدود

يعتبر وضع الحدود قيذا على الملكية العقارية الخاصة، ومضمونه أن كل جار من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة في هذا العمل، فنتقيد بذلك حريته في طريقة استغلاله لملكيته، فالأصل أنه حرا في تحديد أو عدم تحديد عقاره، وذلك يفرض طريقة لترسيم الحدود عن طريق شروط قانونية، صورا لهذه الحدود، تظهر إما بشكل رضائي بين المالكين على وضعها، وإما سلك طريق آخر لترسيمها قضائيا.

### أولا) صور وضع الحدود

هناك صورتان لوضع الحدود، إما بشكل ودي أو قضائي

#### 1) التحديد الاتفاقي:

إذا اتفق المالكان المتلاصقان على ترسيم الحدود الفاصلة بين أملاكهم، وهذا الاتفاق يكون بطريقة ودية دون الحاجة للجوء إلى القضاء، عن طريق الاستعانة بمهندس خبير عقاري، يتولى وضع الرسوم الطبوغرافية لسطح الأملاك العقارية وتحديدها ووضع معالم حدودها، ويمكنه أن يقيّمها من حيث القيمة التجارية أو الإيجارية.<sup>(1)</sup>

ويعتبر التحديد الودي عقدا مقررًا، يهدف إلى التأكيد بشكل قاطع على حدود الأملاك، ولا ينشأ في نزاع بين المالكين المتجاورين، إلا إذا رافقه أي تعديل من قبل أحدهما دون رضاه الآخر. ويرى الفقه الفرنسي أن اجراء وضع الحدود لا يستحق بملكية العقار، ذلك أن إقرار وضع الحدود الودي لا يتيح اكتساب الملكية، بل يسمح فقط بتعريف وتجسيد الحد، ويجب التمييز بين ثلاثة مفاهيم مختلفة: الحد الظاهر، الحد المسحي، والحد الحقيقي.

ويعبر مفهوم **الحد الظاهر**؛ عن الحد الذي يقرر ويثبت بجدار، من خلال العناصر الحقيقية للأرض، بالنسبة **للحد المسحي**؛ فلا قيمة له، بصرف النظر عن قيمته المالية لاعتباره عملية تقنية فقط، أما مفهوم **الحد الحقيقي**؛ فيعرف من قبل خبير عقاري ويضمنه اجراء وضع الحدود، وبالتالي إذا كان الحد العيني لا يتوافق مع الحد الظاهر أو الحد المسحي، فيكون للشخص الذي يدعي اكتسابه لحق الملكية دون وجود سند قانوني تقديم طلب للخبير العقاري بهدف تصحيح المخطط المسحي للعقار محل

(1) - أنظر المادة 02/02 من الأمر رقم 95-08 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، المؤرخ في 01/02/1995، ج ر ج، العدد 20، السنة الثانية والثلاثون، الصادرة في 16/04/1995، ص 5.

وضع الحدود، خاصة في الحالات التي يكون فيها الفرق بين الحد العيني المحدد والحد المسموح به ليس كبيرا، لكن بعد تقديم عقد توثيقي مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية، لإثبات الملكية وبالتالي نقلها له<sup>(1)</sup>.

## (2) التعيين القضائي للحدود

إذا تعذر التحديد الاتفاقي بين المالكين المتلاصقين، وهو اختلاف وارد لعدة أسباب، منها رغبة أحد الجارين في تجنب نفقات هذا التحديد، أو لخشيته ظهور زيادة في ملكيته نتيجة تعيين خاطئ من قبله، كان لجاره الحق في إجباره على سلك الطريق القضائي، من خلال رفع دعوى مفادها طلب تعيين الحدود بين ملكيته وملكية جاره، سواء كانت الأرضيتين مبنيتين أو غير مبنيتين، شرط أن تكون بفضاء عاري أو محل التلاصق بينهما فناءين ينتهيان به، وطبيعة هذه الدعوى هي عينية عقارية، لتعلقها بقيد عيني على عقار وليس بحق ارتفاق، وحتى تمتاز بعدم قابليتها للتقادم ما دام التلاصق كسبب لها ما زال قائما بين الأملاك المجاورة، وإذا انطمت الحدود التي تعينت ومضى على ذلك خمس عشرة سنة، تقادمت دعوى إعادة هذه الحدود إلى أصلها، ليتوجب رفع دعوى جديدة مفادها تعيين الحدود، كذلك إذا قامت حيازة متعارضة مع الحدود التي تعينت، جاز كسب ما يتعارض مع هذه الحدود بالتقادم المكسب، وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحيازة، كما تعتبر هذه الدعوى جزء الالتزام المفروض قانونا على كل مالك، بأن يشترك في وضع الحدود الفاصلة بين ملكه وملك جاره الملاصق، إذا رغب هذا الأخير في ذلك<sup>(2)</sup>، وإذا اقتضى تعيين الحدود أن تمسح أراضي أشخاص آخرين غير أطراف الدعوى، فإنه يجوز لأي من المتقاضين أن يطلب إدخال هؤلاء الأشخاص في الدعوى، كما يجوز للقاضي أن يأمر بإدخالهم من تلقاء نفسه، ويجب أن يبتعد في محل هذه الدعوى عن التعرض إلى أي نزاع حول الملكية، وإلا تصبح دعوى استحقاق، ويعتبر الفقه أنه إضافة إلى كون دعوى تعيين الحدود دعوى عينية عقارية، فهي دعوى حيازية رغم عدم التعرض للملكية<sup>(3)</sup>، وهي لا تسقط بالتقادم متى ظل التلاصق قائما بين الملكيات المطلوب تعيين الحدود بينها، مهما استطال زمن التلاصق بغير طلب تعيين للحدود، لما هو معلوم أن الدعوى كوسيلة لحماية الحق تظل قائمة ما بقي نفسه، وهذه الدعوى مقررة لكل صاحب ملك متلاصق، وكذا لكل صاحب حق عيني، ويسهم تعيين الحدود في تحديد النطاق المادي لحقه.

(1)- Ettwiller Johann, , (Vers la sécurisation juridique de la procédure de bornage amiable contradictoire et du procès-verbal normalisé ?), mémoire en vue d'obtenir le diplôme d'ingénieur, spécialité géomètre et topographe, école supérieur des géomètres et topographes, France, 06/07/2016, p 13.

(2)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 270، 721.

(3)-Jean louis Bergel, Marc Bruschu, Sylvie Cimamonti, op.cit., p 173, 174.

أما بالنسبة لنفقات هذا التحديد فتكون مشتركة بين الجارين طبقا لنص المواد (703) من ق م ج، (813) ق م م، (70) م ح ع م، (646) من القانون المدني الفرنسي.

### ثانيا: شروط قيد تعيين الحدود

هناك عدة شروط لثبوت الحق في وضع الحدود:

#### 1) وجود تلاصق بين الملكيات المتجاورة

يتم فرض الحدود على صاحب الأرض المجاورة، فهو اجباري يلزم به كل من الجارين اتجاه ملكيتهما، ولا يفصل بينهما عن طريق ملكية خاصة لشخص ثالث<sup>(1)</sup>، وبالتالي يربط الحق في وضع الحدود بالتلاصق في الملك المجاور، ولما كان التلاصق حالة واقعية، فإن مناط هذا الحق يثبت لكل من الجارين بقوة القانون لمجرد قيام هذه الحالة، ويظل باقيا ما دام التلاصق قائما، فتجوز المطالبة به في أي وقت مهما مضى من زمن على قيامه<sup>(2)</sup>.

وليس من الضروري لتحقيق وضع الحدود أن يتكون الحد الفاصل من مبنى، وإلا فإن هذه الحدود ليس لديها أي مبرر اضافي، لأنها يفترض فيها أن تكون بعلامات واضحة، دقيقة ومعترف بها، وهذا الشرط منصوص عليه في أكثر الفقه القانوني.

ولا يوجب تجاوز الأملاك تمييزا بين المباني الريفية والحضرية ما لم تلاصق المباني بعضها البعض، وشريطة ألا يكون هناك فاصل بينها مثل مجرى مائي، طريق عام، أو سكة حديدية. ويسمح بعض الفقهاء باتخاذ هذا الشرط من الضرورة الملحة للجوار<sup>(3)</sup>، وفي هذا السياق يجب النظر في ثلاث فرضيات، وجود خط فاصل مكون من مجرى مائي، أو خط فاصل مكون من طريق، أو خط فاصل بمبنى أو بساحة.

#### أ) خط فاصل مكون من مجرى مائي:

تعرف المجاري المائية الخاصة على أنها؛ قناة لها ضفتين يجري فيها كمية من الماء بشكل مستمر، وتكون ذات مصدر طبيعي أو صناعي، وهي مجاري غير تابعة للدولة، كما أنها غير قابلة للملاحة، مثل الجداول، القنوات، والأنهار الصغيرة.

وعندما يكون العقار المحوط مرتبطا بمجرى مائي، فإن تعريف حدود الأرض يعني ضمنا إنشاء حالة المجاري المائية المعنية، لذلك إذا كان المجرى المائي يعبر ملكية واحدة فقط، فإن مالك كلا

(1)-F.Mazuyer et P. Rigaud, Le bornage entre résolution et prévention des conflits, France, 2011, p 59.

(2)- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 269.

(3)- Philippe Boulisset, Christian Couchet, op.cit, p 19.

الضفتين يمتلك كامل المجرى الذي يعبر أرضه، أما إذا كانت كلتا الضفتين تنتمي لمالكين مختلفين، فلكل منهما ملكية نصف المجرى، يتبع بخط يفترض تحديده في منتصف المجرى المائي. ولا يمكن ممارسة دعوى تعيين الحدود عندما تكون الملكيات المجاورة مفصولة بجدول مائي مكون بينهما كحد طبيعي.

### ب) خط فاصل مكون من طريق: هناك ثلاث فرضيات للتمييز بينها:

- **الفرضية الأولى:** لا توجد صعوبة في تعيين الحدود في حالة ما إذا كان الطريق خاص بالعقارين المتجاورين.

- **الفرضية الثانية:** إذا كان الخط الفاصل عبارة عن طريق مخصصة للاستغلال، فإنها تستعمل حصريا كوسيلة اتصال بين الأملاك المختلفة، أو لاستغلالها، لكن في حالة عدم وجود سند ملكية، فيفترض أن هذه الطريق تنتمي إلى المالكين المقيمين على ضفتها، فيكون لكل واحد حق فيها، ولكن قد يتم منع استعمال هذه الطريق لمصلحة الجمهور.

- **الفرضية الثالثة:** تعكس هذه الفرضية وجود طريق ريفي؛ وهو كل طريق مخصص لاستعمال الجمهور، إلى أن يثبت تقديم دليل مخالف على أنه ينتمي للبلدية التي يقع على اقليمها، لذلك فهو جزء من المجال الخاص للبلدية، وبالتالي تعيين الحدود ممكن فيه، والأراضي التي تشكل جزءا من المجال الخاص للجماعات المحلية تخضع للقانون العام في تعيين حدودها، ويمكن لكل مالك يقع عقاره بمحاذاة هذه الطريق أن يطلب شهادة تعيين بينه وبين ملك جاره من رئيس البلدية الذي لا يمكنه رفض إصدارها، وتسمح هذه الشهادة إظهار الحدود على أرض الواقع، لا سيما في حالة عدم وجود مخطط جزئي، ولا ترسيم للحدود، أو إنشاء لمبنى أو إعادة بناء جدران أو التحويط عند حد الطريق الريفي<sup>(1)</sup>.

### ج) خط فاصل مكون من مبنى أو فناء

لا يشكل وجود المباني على الملكية المجاورة عائقا لتعيين الحدود.

والسؤال المطروح: كيف يمكن تعيين الحدود عندما تكون المباني المقترحة موجودة على حد الملكية؟

ولم يعد اجراء وضع الحدود مقبولا في حالة وجود مبنيين ملاصق أحدهما الآخر، والحل منطقي، لأنه من المفروض أن المالكان قد قاما بالبناء عند الحد الخاص بملكيتهما.

وكذلك لا يمكن تعيين الحدود في حالة ما إذا كان المبنى عبارة عن كوخ مهترئ ملاصق مقابل للمبنى المجاور، مما يعني أنه لا يوجد بناء بحدوده الخاصة، فيكون التعيين غير مقبول.

(1)- Ibid, p 20.

وعندما يتضمن الخط الفاصل مبنى، فمن الضروري تحديد ملكيتها، وموطنها المحتمل.

## 2) وجود ملكية خاصة لمالكين مختلفين

يتعلق اجراء تعيين الحدود بالأشخاص الذين يمكنهم بدء تعيين الحدود، وهم المالك ضد مالك مجاور له، ويترتب على ذلك بالضرورة أن عملية ترسيم الحدود لا يمكن تصورها إلا بين ملكيات خاصة لملاك مختلفين، وبالتالي، ويمكن لأحد الشركاء في الشيوخ أن يطلب تعيين الحدود في الأراضي الشائعة ضد شريكه فيها<sup>(1)</sup>، وحتى تكون الحصص مفرزة لابد من اجراء قسمة رضائية نهائية أو قسمة قضائية، بناء على رفع دعوى الخروج من الشيوخ، إذ يقوم على إثرها القاضي بتعيين خبير عقاري، مهمته الاستماع إلى الأطراف، ومعاينة الأراضي محل الشيوخ، ومن خلال تقرير خبرته، يقرر القاضي تحديد نصيب كل شريك في الشيوخ، وبعد صدور حكم نهائي يمكن طلب بعدها تعيين الحدود لكل مالك على حدى، في حين أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يرى أنه يجوز تعيين الحدود على ملكية شائعة، ويمكن لصاحب الملك المفرز لأحدى الملكيتين المتلاصقتين أن يرفع دعوى على أحد الملاك على الشيوخ للملك الملاصق<sup>(2)</sup>.

وإذا ما قام المالك الجار ببيع عقاره لشخص آخر، فلا يجوز لجاره المالك التصرف في وضع الحدود عندما يوقع محضر تحديد الحدود، والذي قبله البائع مع المالك الجار، بشرط ارفاق هذه الوثيقة مع عقد البيع.

## 3) خضوع الأملاك المتجاورة لنظام الملكية العقارية الخاصة

يجب أن تخضع جميع الأملاك المعنية بوضع الحدود لنظام الملكية العقارية الخاصة، أي تكون ملكا لمالكي القطاع الخاص أو تكون من الأملاك الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية، بخلاف ذلك فإن الأملاك العامة للدولة لا تدخل ضمن نطاق وضع الحدود بل لتحديد أحادي من قبل الإدارة، التي تستعمل سلطتها للحد من الملكية عن طريق إصدار قرار تصفيف فردي لأملاكها العامة، إما وفقا لمخطط تصفيف عام عند وجوده، أو عن طريق الإشارة إلى الحد الفعلي للمجال العام للطريق.

ويتم بشكل عام إعداد محضر تعيين حدود المجال العام الفعلي وتوقيعه من قبل أطرافه<sup>(3)</sup>.

## 4) عدم وجود تعيين سابق للحدود

إذا تم وضع مسبق للحدود سواء بشكل اتفاقي أو قضائي، وأودع هذا التحديد في محضر موقع عليه من المالكين أو مصادق عليه من المحكمة، فلا يمكن إجراء تعيين جديد عليها طبقا لمبدأ: لا

(1)- Philippe Boulisset et Christian Couchet, op.cit., p 19.

(2)- Cour de cassation française, chambre civile, 22/10/1980, j.c.p.81 IV.10.

(3)- Johann Ettwiller, op.cit, p 12.



يستحق وضع حدود على وضع حدود آخر (bornage sur bornage ne vaut)، لكن إذا تعرضت الحدود للطمس غير الإرادي لقدمها واهترائها، أو بفعل عوامل الطبيعة، أو تم إزالتها بفعل إرادي لأحد المالكين المجاورين، فيمكن إعادة معالمها إلى الحالة التي كانت عليها بناء على محضر التحديد السابق إما بطريقة ودية بواسطة خبير عقاري، يحدد البينة المستقبلية للعقار، أو عن طريق رفع دعوى إعادة ترسيم الحدود<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: إجراءات تعيين الحدود

هناك إجراءات لترسيم الحدود، منها ما هو تنظيمي وتنفيذي.

#### 1) الإجراءات التنظيمية لتعيين الحدود

لم ينظم القانون محاضر تعيين الحدود، ويمكن أن تتخذ أي شكلية، فقد أرادت هيئة المهندسين الخبراء العقاريين (OGEF)، أو ما يصطلح عليها في فرنسا (OGE)<sup>(2)</sup> باتخاذ نسقا موحدًا لمحضر تعيين الحدود، والذي يجب تقسيمه إلى ثلاثة أجزاء مختلفة: جزء تنظيمي، جزء خبرة وجزء بياني، ويجب أن يحتوي كل جزء منه على معلومات دقيقة، توضح فيما يلي:

#### أ) الجزء التنظيمي:

يقوم المهندس الخبير العقاري بإجراءات أولية تمهيدية ذات طابع تنظيمي قبل الشروع في تنفيذ عملية وضع الحدود، وتتخلص في رصد بيانات الأعباء المالية لعملية التحديد، تصميم العقارات محل التحديد، مع تبيان الحالة المدنية المتضمنة للمالكين المعنيين (تحديد هويتهم الكاملة، وبيانات محلهم ومكان إقامتهم، وإمكانية تجزئة حق الملكية)، بما في ذلك الإشارة إلى تواريخ سندات الملكية وجميع تفاصيلها، وفي حالة عدم تقديم سندات الملكية، يوصى بإجراء عمليات بحث عن معلومات موجزة، وإيجاد قائمة بالقطع المعنية بحد أقصى من الدقة.

#### ب) جزء الخبرة:

الهدف من هذا الجزء هو عرض مجمل نهج الخبرة الذي أدى إلى اقتراح الحد من التفسيرات لمبدأ النزاع المتناقض، ووضع قائمة الأشخاص المستدعين إلى اجتماع وضع الحدود، فحص قائمة الوثائق

(1)- Cour de cassation, chambre 3, numéro d'arrêt 15-29275, 30/03/2017, Légifrance, op.cit.

(2)- « Le géomètre –expert est un technicien exerçant une profession libérale qui, en son propre nom et sous sa responsabilité personnelle : réalise les études et les travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers,... les plans de bornage ou de délimitation de la propriété foncière... », voir l'article 01/02 du Loi n° 46-942 du 07/05/1946 instituant l'ordre des géomètres experts, JORF 12/07/1946, modifié par Loi 87-998, 15/12/1987, JORF 16/12/1987, modifié par Loi n°94-529 du 28/06/1994, modifie par Loi n° 2011-12 du 05/01L2011, modifié par Loi n° 2012-387 du 22/03/2012, modifie par loi n° 2014-366 du 24/03/2014, JORF n° 0072 du 26/03/2014.

التي تم تحليلها (سندات ملكية<sup>(1)</sup>)، المستندات المقدمة من قبل الأطراف، مخططات التحديد القديمة، الاتفاق الودي على وضع الحدود، سندات إثبات الملكية المشتركة، علامات الحيازة... إلخ.)، إضافة إلى بيانات الأطراف المعنية وهويتهم، تعريف الحد مع وصف تحليله ومدى توافقه مع الحد المتفق عليه في الاجتماع، كما يجب ذكر طبيعة العلامات المادية (على سبيل المثال زاوية بناية، زاوية ركن محاط)، تبيان الاجراء الواجب اتباعه عند تغيب أحد الجارين المتلاصقين وعدم تمثليه بأي وكيل في الاجتماع، شرح للخطوات التي سيتم وضعها في حالة وجود خلل في الاتفاق الودي، طرق استرجاع الحدود، وأخيرا تفسير النطاق القانوني لمحضر تعيين الحدود والخطوات الواجب اتباعها في حالة البيع أو التنازل عن إحدى القطع المعنية بوضع الحدود.

### ج) الجزء البياني:

الهدف منه؛ توضيح الحدود المعرفة، المخطط المنظم لوضع الحدود الذي يسمح بعرض الحدود واستعادتها بسهولة، ويجب أن يكون المخطط مؤرخ من يوم ترسيم الحدود، وموقع من قبل جميع الأطراف المعنية<sup>(2)</sup>.

– مسح الأراضي المتلاصقة محل وضع الحدود بينها بهدف التأكد من مدى مطابقتها مع المساحة الفعلية، بزيادة أو نقصان عن المساحة الثابتة بسند الملكية، وتحديد الجهة التي بها الزيادة، وتلك التي ورد عليها النقص، وقد يستلزم الأمر – سواء بناء على طلب أطراف الدعوى أو تقدير القاضي من تلقاء نفسه مسح الأراضي الأخرى المجاورة، إذا ما وجد عجز أو زيادة في مساحات الأراضي المتلاصقة، حيث يتبين أن هذا العجز أو الزيادة موجودة بهذه الأراضي المجاورة، خاصة إذا كانت هذه الأراضي تمثل مع الأراضي المتلاصقة كلا واحدا، ثم قسم أو جزء مع ما قد يحدث خلال ذلك، من ترحيل لبعض القطع المساحية، أو عدم دقة في تحديد نقطة بداية أو نهاية القياس أو انحراف في زاوية الحد.<sup>(3)</sup>

### 2) الاجراءات التنفيذية لوضع الحدود

بعد تعيين الحدود من قبل المهندس الخبير المساح، يتم وضع علامات مادية وثابتة بين الملكيات المتلاصقة، ولا بد أن تكون ظاهرة عند بداية الحد ونهايته، من الجهات الأربع للقطعة المساحية، وغالبا ما تتخذ العلامة المادية شكل زاوية مباني، تتم الكتابة عليها، أو وتد حديدي يتم زرعه في الأرض مع بروز ظاهر، ثم يتم اجراء تحرير محضر تعيين الحدود ومخطط الحدود، وهذا الأخير لم تتطرق التشريعات محل الدراسة عن تكييفه القانوني، ما عدا ما نص عليه قانون الريف الفرنسي، الذي يستشهد بوضع الحدود للطرق الريفية وإعداد محضر عن وضع حدودها في نهاية كل عملية من قبل الخبير المساح،

-Boullisset Philippe et Couchet Christian، op.cit.، p 39.

(2)- Johann Ettwiller، op.cit.، p 13.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 749.

ونتيجة لذلك لا يوجد نص قانوني يميز هذا المحضر؛ لذلك فهو اتفاقيه لا تخضع لأي شكل قانوني معين، لأن هذا المهندس المساح أثناء تعريفه لعملية وضع الحدود، يلخص تصميمه الهندسي مكتوباً لما تم تحقيقه، ويتم توقيع هذا المحضر من قبل الأطراف المعنية بالحدود أو من قبل الغير تم تعيينه كوكيل للمالكين<sup>(1)</sup>.

وأما بالنسبة لنفقات هذه العملية، فيمكن التمييز بين نفقات التحديد ذاته ونفقات مسح الأراضي، فتكاليف ونفقات هذا التحديد من فحص سندات التمليك، وتطبيقها على الطبيعة، ورسم الحدود الفاصلة بينها مع وضع معالم ثابتة، تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين، وتقسم مناصفة بين الرؤوس، وأما نفقات مسح الأراضي المتلاصقة فتقسم بين الملاكين المتلاصقين كل منهما بنسبة مساحة الأرض التي يملكها<sup>(2)</sup>، وفيما يخص نفقات الدعاوى إذا وقع نزاع في الملكية، فإنه بالاستناد إلى القواعد العامة فإن من يخسر دعوى النزاع في الملكية يتحمل نفقات تلك الدعوى.

ولما كان تعيين الحدود فيه حفظ للملكية العقارية فيكفي للمطالبة القضائية به أهلية الإدارة، وسواء تمت عملية وضع الحدود بطريقة رضائية أو قضائية، فإن نفقات التحديد تكون شركة بين الجارين، والمقصود هو التحديد بمعناه الحقيقي، أي بيان الحد الفاصل ووضع علامات مادية تدل عليه، حيث تقسم نفقاته بين الجيران على حسب الرؤوس، ولو اختلفت مساحة الأراضي، لأنهم يتساوون في الفائدة التي تعود عليهم من وضع الحدود، أما إذا اقتضى الأمر بحث سندات الملكية أو مسح الأراضي، فإن نفقات ذلك توزع على الجيران بالنسبة إلى مساحة الأرض التي يملكها كل منهم، وسواء بالنسبة إلى هذه النفقات أو تلك فإن الملاك الذين لم يكونوا في الأصل من أطراف الدعوى، ولكنهم أدخلوا فيها يتحمل كل منهم نصيبه في النفقات<sup>(3)</sup>، لأنهم يستفيدون من تحديد أراضيهم، ولأن الالتزام بوضع الحدود واجب عام مفروض على جميع أصحاب الأراضي المتلاصقة، أما مصاريف الدعوى فيتحملها من يخسرها من الجيران.

وبالنسبة لوضع الحدود فتتمثل مهامه؛ في التأكد من سندات ملكية الجيران المتلاصقين، ومدى مطابقتها للمساحة الواقعة لكل منهما بواسطة اجراء مسح فني بمخطط هندسي للتحقق من المساحة الإجمالية وأبعادها وحدودها ثم القيام بوضع الحدود الفاصلة بعلامات مادية ظاهرة للعيان وتحرير محضر بذلك، يتضمن كل البيانات التفصيلية لما تم تجسيده بسياج ثابت إما يكون طبيعياً من الأشجار أو اصطناعياً من الطوب والاسمنت أو الحديد والأسلاك، رغم أن التشريعات محل الدراسة اکتفت بمادة

(1)- Johann Ettwiller، op.cit، p 14.

(2)- عبد الوهاب عرفة، حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 75.

(3)- وائل محمد شحاته الخطيب، المرجع السابق، ص 44.

وحيدة في هذا القيد دون تفصيل لنوع الترسيم الواجب لتعيين الحدود، إلا الفقه الفرنسي أتاح الاختيار بين التسييج الطبيعي؛ الذي يعتبر الأصل لهذه العملية، نتيجة لسببين، أولهما مدى صلاحية وعمر الأشجار في عدم طمس المعالم مستقبلياً، وثانيهما هو الحفاظ على البعد البيئي في وضع هذه الحدود وإعطاء مظهر جمالي للمدن.

ويختم محضر التحديد بتوقيع الطرفين وختم الخبير، بحيث يعتبر هذا المحضر بمثابة عقد ملزم لطرفيه، ويمكن الاحتجاج به، كما يمكن الطعن فيه من وجود عيوب للإرادة كالتدليس والغلط والإكراه<sup>(1)</sup>. وعليه يستنتج، أن التشريعات محل الدراسة قررت وضع الحدود كقيد على الملكيات المتلاصقة المتجاورة، فلاجتتاب ما قد يثيره هذا التلاصق من مشاكل يتفق مع مالك الأرض المجاورة على وضع حدود فاصلة وواضحة بين الملكيتين من خلال تطبيق ما جاء في سندات الملكية المحددة للمساحة، وفي حالة عدم الاتفاق بشأن وضع الحدود، وليس بشأن الملكية، يمكن لأحد المالكين إجبار جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وذلك برفع دعوى تعيين الحدود.

### الفرع الثالث: آثار قيد وضع الحدود على سلطات المالك

يتم وضع الحدود إما بسبل ودية عن طريق الاتفاق بين أصحاب الشأن، لكن إذا تحول هذا الوضع إلى حد يعرقل الجار المتلاصق من ممارسة حقه في عقاره، فيحدث نزاع بينه وبين بقية الجيران، فيضطر كل من الطرفين للجوء إلى القضاء، ويكون الحكم القضائي هو الفاصل في ذلك، ولهذا فما هي آثار قيد وضع الحدود في تقييد سلطات المالك؟

وهناك آثار متعلقة بالتضارب في أنماط الإثبات متعلقة بالمالك، الحائز، وبالغير، وآثار أخرى متعلقة بعملية التحويط نفسها.

### أولاً: الآثار المتعلقة بالتضارب في طرق الإثبات

يوجد تسلسل هرمي لطرق الإثبات منصوص عليه في القانون المدني، لكن هذه الطرق عامة لا يمكن تطبيقها بشكل فعال في عملية وضع الحدود، لأنها تحتاج لأدلة يقينية وكاملة، ومن ثم يكون دور الخبير العقاري هو تعيين الحد القانوني للملكية وتجسيدها بشكل موضوعي بغض النظر عن مالكيها.

ويهدف هذا التسلسل الهرمي لتقدير كل دليل إثبات لملكية العقار محل قيد وضع الحدود، إذ ترتبط مهمة الخبير العقاري بجمع المعايير التي تمت دراستها مسبقاً وترتيبها حسب أهميتها، وتحليل القرائن الأخرى ذات القيمة الرسمية، والتي لها الأولوية على الأدلة ذات القيمة الأقل اثباتاً، كما يقوم بتعيين حدود الملكية العقارية وتبرير الأسباب التي دفعته إلى إعطاء الأولوية لاختيار نوع من أدلة الإثبات عن

(1) - عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 742، 743.

غيرها، خاصة عندما تتعارض هذه الأدلة مع بعضها، إما سند ملكية، أو سند حيازة، أو وجود تعارض بين أدلة إثبات متساوية القيمة القانونية.

### 1) سند ملكية في مواجهة طرق إثبات أخرى

يوضع سند الملكية في أعلى التدرج الهرمي لأدلة الإثبات، لأنه دليل صحيح، وتستند قوته الثبوتية إلى الكتابة الرسمية، فهو دليل موثوق فيه، وفي حالة نشوء نزاع بين طرفين حول حدود ملكيتهما، ويكون لأحدهما سند ملكية، فيمكنه الاحتجاج به في مواجهة الغير سواء بشكل عام أو بمخطط تعيين حدود موجود مسبقاً، أو يعارض بالحيازة أو بمستندات مسحية أو بقرائن فعلية أخرى.<sup>(1)</sup>

#### أ) سند ملكية معارض لسندات ناتجة عن وضع حدود مسبق

يجب أن يحتفظ الطرفان بالوثائق المتعلقة بعملية وضع الحدود، وفي نهاية العملية يتوجب على الخبير العقاري دعوة الأطراف للحفاظ على سندات ملكيتهم، وبالتالي في حالة نقل هذه الملكية، سيتم مبدئياً اعلام المشتري والموثق بذلك، ولا يعتبر إشهار محضر وضع الحدود إلزامياً، بحيث لا يمكن للموثق إيجاد أي أثر لهذه العملية خاصة إذا لم يكن البائعون هم المدعين لإجراءات وضع الحدود، لأنه في هذه الحالة لا يمكن إلا تعيين حد واحد للملكية في ذلك الوقت، لذلك في حالة وجود نزاع واعتراض أحد الطرفين على محضر تعيين الحدود الذي وقعه، فما نوع الدليل المتوقع؟

ولقد قرر الاجتهاد القضائي الفرنسي أنه لا يمكن الاعتماد بشكل حصري على محضر تعيين الحدود؛ فهو لا يشكل سنداً ناقلاً للملكية<sup>(2)</sup>، ولا يمكنه إسنادها لأحد، بل يقوم بتعريف بالحد الفاصل بين عقارين، ولهذا الغرض في حالة وجود نزاع حول الحدود، لا يوجد تعادل بين سند الملكية ودليل إثبات آخر أقل قوة ثبوتية منه.

#### ب) تعارض سند ملكية مع قرائن حيازة

يمكن نقل حق الملكية العقارية بطريقتين: إما عن طريق التصرفات القانونية الناقلة لها بموجب سند ملكية موثق كقرينة على ملكيته؛ كالبيع، الهبة وما إلى ذلك، وإما عن طريق الاكتساب المباشر عن طريق التقادم المكسب.

(1)- Katel Salaun, (La hiérarchie des modes de preuve dans la fixation de la limite de propriété : les difficultés pratiques et théoriques d'application), Mémoire présente en vue d'obtenir le diplôme d'ingénieur, spécialité Géomètre et topographe, école supérieure des géomètres et topographes, France, 09/07/2015, p 50

(2)- «...ne peut se fonder exclusivement sur un procès-verbal de bornage, qui ne constitue pas un acte translatif de propriété, pour attribuer la propriété d'un chemin.» L'arrêt de cour de cassation, chambre civile 3, du 10/11/2009, bull.civ.2009,III, n°247, légifrance.

وإذا استطاع الحائز إثبات حيازته الهادئة والفعلية في المدة القانونية المحددة، وتم الاعتراف بها بموجب عقد توثيقي أو حكم قضائي، فيمكنه وقتها الاحتجاج بسند حيازته أمام الغير، ولكن في حالة لم يتخذ هذا الحائز أي طرق لإثبات حيازته، فهذا يعني أن حق الملكية فعليا لم يكتسب، فهو حائز ولكنه لم يصبح مالك، ويفترض نشوء حالتين: إما يعترف المالك المجرد من ملكيته بالتقادم المكسب؛ الذي يعتبر أداة لإقرار الحدود التي تسمح بتنظيم وضع واقعي مقبول لكل الأشخاص المعنيين، وإما يعترض المالك الأصلي على حيازة دون سند ملكية يعين حد الملكية، ويجب في مثل هذه الحالة الثانية دراسة النزاع بين هذين الطريقتين من الإثبات؛ نزاع بين سند ملكية وحيازة، لذلك يوجد فرق بين المالك والحائز، والحائز العرضي، لأن هذا الأخير لا يستطيع الاحتجاج بالحيازة بهدف الاكتساب، ولا يوجد لديه نية التملك<sup>(1)</sup>.

وكما لا يعتبر نزاعا في الملكية التمسك بالحيازة، أو مجرد الاختلاف على تطبيق سندات الملكية، دون أن يكون هناك نزاع على تلك السندات ذاتها، وعلى العكس إذا نازع أحد الطرفين، مستندا في ذلك إلى سند أو إلى التقادم في ملكية أجزاء معينة من الأراضي المتلاصقة، فإن دعوى تعيين الحدود تنقلب إلى دعوى استحقاق<sup>(2)</sup>، ويوقف الفصل في دعوى تعيين الحدود لحين الفصل في دعوى الملكية.

ويمنع من طلب تعيين الحدود أن يتوسط الأرض مجرى ماء كبير ثابت، بحيث يعد هذا المجرى حدا فاصلا طبيعيا، أو إذا فصل الأرض طريق عام، أما إذا كانت الأرض ملاصقة للأمالك العامة أو الدومين العام، فإن جهة الإدارة هي التي تعين حدود الملك العام بقرار يصدر منها، لا عن طريق دعوى تعيين الحدود، ولصاحب الأرض الملاصقة الطعن في قرار الإدارة بالإلغاء أمام القضاء الإداري، إذا كان القرار مخالفا للقانون أو في غير صالحه، وطلب التعويض أمام المحاكم العادية<sup>(3)</sup>، كما أن دعوى تعيين الحدود يمكن أن ترفع في أي وقت<sup>(4)</sup>، وتكون المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقارات الملاصقة مختصة محليا.

## 2) قرائن حيازة في مواجهة أدلة إثبات أخرى

وفقا للهرم التدريجي لأدلة الإثبات لحق الملكية، وفي حالة عدم وجود سند ملكية، تكون الحيازة واحدة من أكثر طرق الإثبات الموثوق به، إذا كانت تتوفر على شروطها القانونية، وتتم دراسة قيام الحيازة أثناء رفع دعوى الاستحقاق لإمكانية الادعاء بالتقادم المكسب أثناء عملية تثبيت حد الملكية، ومن ثم يجب تحليل هاذين الوضعين لتحديد مكان الحيازة في التسلسل الهرمي لأدلة الإثبات، وعليه قد تتعارض قرائن الحيازة مع محضر تعيين الحدود السابق<sup>(أ)</sup>، أو مع الأدلة المسحية<sup>(ب)</sup>.

(1)- Katel Salaun, op.cit., p 48.

(2)- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 23.

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 638.

(4)- Bergle-jean-bruschi marc, Cima Monti Sylvie, op.cit., p 174

**(أ) تعارض الحيابة مع محضر تعيين الحدود**

لا يحسم اجراء وضع الحدود مسألة الملكية، والاتفاق على تنفيذ الحدود لا يعني ضمنا موافقة الطرفين على ملكية القطعة محل النزاع، وبالتالي لا يشكل محضر تعيين الحدود سندا يعترف به الحائز بصفة المالك الفعلي الذي يشغل الأراضي<sup>(1)</sup>، وتم تأكيد هذا المبدأ من قبل الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لها، لاسيما في سنة 1974، 1975، ومؤخرا في عام 2013<sup>(2)</sup>، مما يعني أن توقيع هذا المحضر لا يمكنه أن يمنع الحائز من اكتساب ملكية العقار محل النزاع، وسيسمح وجود محضر تثبيت حدود قديم بإعادة تعيين الحدود السابقة، ومع ذلك، إذا كانت حالة الأماكن التي يجب تغييرها بسبب تأثير التقادم المكسب، وليس بالضرورة أن يلغى المحضر القديم لتعيين الحدود، لأنه لن يعيق نقل حق الملكية العقارية، لذلك قد تكون هناك حاجة لوضع حدود الممتلكات بين جزء الأرض المكتسبة وتلك المتبقية للمالك الأصلي<sup>(3)</sup>.

**(ب) تعارض قرائن الحيابة مع الدلائل المسحية**

يتم إنشاء المخططات المسحية بطريقة تمثل الملكيات من خلال عناصرها المرئية، وعلامات انتماءها أو من آثارها المادية، ومع ذلك، يتم وضع هذه المخططات في تاريخ معين، ويتم تحديثها فقط عند الطلب، وبالتالي سيكون من المتصور التعامل مع نزاعات بين العلامات المسحية وعلامات الحيابة المعمول بها في يوم تثبيت حدود الملكية، وفي هذه الحالة ووفقا لأحكام المحكمة المختصة، يقوم الخبير المساح بالاستناد إلى الدلائل المسحية، التي لا تتوفر على قيمة إثباتية قطعية مقارنة بقرائن الحيابة وسندات التملك، التي تفوقها قيمة اثباتية، ويكون هذا الخبير مسؤول أيضا عن تحديث المخططات المسحية عندما يتعلق الأمر بملف وضع الحدود أو قسمة عقارية، وعلى الرغم من أن لهذه الدلائل قيمة إثباتية ضعيفة، إلا أنه يمكن استخدامها لتأكيد حالة الأماكن في تاريخ معين من يوم إنشاء مخطط المسح، كذلك في حالة غياب أدلة إثبات يقينية، يمكن للقضاة الرجوع للبيانات المسحية لتعيين حد الملكية<sup>(4)</sup>.

**ثانيا: آثار وضع الحدود بالنسبة للغير**

يمكن الاحتجاج بوضع الحدود أمام الغير، حيث يتيح محضر تثبيت الحدود حق الاحتجاج به لأولئك الذين وقعوا عليه ولخلفهم، ومن ثم فيعتبر هذا المحضر؛ اتفاق تحكيمي في عقد خاص، ولا يلزم

(1)-Katel Salaun, op.cit., p 48.

(2)-Cour de cassation 3° civile, N° de pourvoi: 12-13898, du 23/05/2013, Légifrance, op.cit.

(3)--Katel Salaun, op.cit., p 48,49.

(4)--Ibid, p 49,50.

بنشره، ومع ذلك، من الممكن الاعتراض عليه لا سيما في التوقيع، والادعاء بعدم معرفة الكتابة ولا توقيع أصحابه المزعومين.

ومن المقرر أن يقوم الخبير المساح بإيداع محاضر تثبيت الحدود لدى الموثق لتنتشر بعدها لدى المحافظة العقارية، لكن في بعض الحالات يبلغ عن وجود ارتفاقات خاصة على الأراضي محل وضع الحدود، فلا بد من إدراج هذه الارتفاقات ضمن محضر التثبيت وشهرها حتى يتم الاعتراف بها قانوناً، مما يسهل الحصول على محرر رسمي وموثق ومشهر، حيث يمكن الاحتجاج به أمام الغير، وينتج عن هذا المحرر الرسمي المكون لمحضر تثبيت الحدود ثلاث نتائج هي: (1) تاريخ معين: يسمح بتبسيط الدليل، لأن المحرر يعطي حسن نية تامة في التاريخ الذي تم فيه توقيعه، (2) القوة الثبوتية: لأن المحرر الرسمي هو دليل على محتواه، مما يصعب إجراء الطعن فيه وإثبات عكسه، (3) القوة التنفيذية: المحرر الرسمي قابل للتنفيذ من الناحية القانونية، أي أنه يتمتع بنفس القوة التي يتمتع بها القرار القضائي<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: وضع حدود مقابل وضع حدود

يمكن إجراء وضع الحدود بصفة كاملة، بمعنى أن كل الحدود مضمونة ويمكن معه حساب المساحة الفعلية، وكما يمكن أن يكون هناك تعيين جزئي للحدود، يتم فيه ترسيم واحد أو أكثر لها، أو يتم تنفيذها من خلال تهيئة شاملة، ولكل هذه الحالات المختلفة لها تأثير على المستندات، مما تؤدي إلى تعارضها أثناء البدء في عملية وضع الحدود أو استعادتها بعد طمسها، فلا يحق للخبير المكلف بالمسح الحد من أي قطعة التي تم تحديد معالمها من قبل، مما يثار تساؤل: ما العمل في حالة وجود وثيقتان متعارضتان معينة لحدود قطعة واحدة؟

### 1- تنازع تعيين حدود قديم مع تعيين جديد

لا يمكن لإعادة تعيين الحدود الجديد التشكيك في تعيين حدود سابق تم وضعه وتوقيعه من قبل أطرافه، خاصة أنه هو ترسيم واحد حتى لو انطمست هذه الحدود فيكفي استخدام محضر التحديد، وعند الاقتضاء الاستناد إلى الحكم القضائي المحدد له، من أجل إعادة تعيين أو تغيير الحدود، لذلك يعد هذا المحضر سنداً نهائياً للحدود ومحتوياتها خاصة عندما تكون مغلقة، ويكون توقيع أطرافه حجة في مواجهة المالكين الراضين لهذه الحدود خاصة في حالة وجود مصادقة من العدالة، وبالتالي، ينبغي ألا يتعارض محضران لتعيين الحدود، نظراً لأن علم الخبير الجيومتري بوجود حدود قديمة، يجعله يستعين بها للقيام بإعادة ترسيمها من جديد من خلال إعادة تطبيق أكبر قدر ممكن من الحدود النهائية السابقة<sup>(2)</sup>.

(1)--Ettwiller Johann, op.cit., p 12,13.

(2) -J.Parmantier et P.Clergeot، Bornage sur bornage ne vaut dit l'adage، revue Géomètre، n° 5، mai 2002، p 37، voir Katel Salaun، op.cit.، p 56



ومع ذلك، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي جعل التحديد القانوني للملكية وتجسيدها؛ هو مدى مطابقتها لمحضر تعيين الحدود، مع توقيع أطرافه، ومن ثم لإثبات طبيعة الترسيم لابد من تجسيد رؤوس الحدود في هذا المحضر، ويتم التجسيد عموماً عن طريق بناء الحدود، لكن يرى الفقه أن وضع الحدود يمكن تحقيقه بشكل صحيح من خلال جدار فاصل وفقاً لبيانات محضر التحديد<sup>(1)</sup>.

ولا يبرر وجود ترسيم معالم قديمة مدى صحة الحدود التي كان من الممكن تنفيذها، ويرى رأي فقهي آخر أنه حتى لو كانت الحدود مزروعة على الأرض، فإن وجودها لا يمثل سوى افتراض تعيين الحدود، ويمكن إيجاد دليل يخالفها<sup>(2)</sup>.

وبالتالي، فإن اكتشاف حدود سابقة يجعل من الحدود الثانية باطلة وملغية نتيجة لتجاهل التعيين الأول إلا إذا تم ابطال محضر التعيين الأول بموجب حكم قضائي ولا سيما التذرع بعدم وجود الرضاء، لذلك من المهم التأكد من أن حدود الملكية قد تمت بشكل قانوني، وفي أوضاع كثيرة يجد الخبير العقاري صعوبة في أداء مهمته خاصة عندما يتعلق الأمر بقطعة أرضية شملها مخطط تهيئة عمرانية، فلا يمكن بذلك قبول دعوى تعيين الحدود، لأنه من المفروض على المالكين المجاورين طلب تعيين الحدود قبل عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وهذا يعد خرقاً للملكية العقارية الخاصة، لأن المخطط العام لا يمكنه معارضة إجراء وضع الحدود لأنها ضمان لحدود الملكية الخاصة، ولكن التطورات العمرانية فرضت على عاتق الخبير بذل قصارى جهده للعثور على معالم الحدود القديمة لضمان قبولها من جديد، ومراقبة تطورات التهيئة العمرانية الإجمالية بشكل متزايد بهدف ضمان ترسيم منتظم يطابق مقتضيات التشريع تجنباً لكل نزاعات مستقبلية<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: الحائط الفاصل بين عقارين

إذا تلاصق ملكان فإن الحائط الفاصل بينهما إما أن تكون ملكيته مشتركة بين المالكين الجارين أو تكون خالصة لأحدهما، وقد نظمت التشريعات محل الدراسة فرضين، أولهما يعتبر صورة خاصة من صور الملكية الشائعة، إذ هو من قبيل الشيوخ الإجباري، ومع ذلك فإن معالجته تكون ضمن القيود الواردة على الملكية، أما الفرض الثاني فمخصص للحائط غير المشترك.

(1)-Cour de cassation, chambre 3°, pourvoi n° 11-24.602, audience publique 31/10/2012, Légifrance, op.cit.

(2)-Parmantier et Clergeot, voir Katel Salaun, op.cit., p 56

(3)-Katel Salaun, op.cit,p 57.

ويفرض الحائط الفاصل بين عقارين تحديد تعريفه (الفرع الأول)، وقد يكون مملوكا للجارين معا، وإما أن يكون مملوكا ملكية خاصة لأحدهما وحده، أي أنه قد يكون حائطا مشتركا (الفرع الثاني) وقد يكون حائطا غير مشترك (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف قيد الحائط المشترك

قبل التطرق للملكية المشتركة، من الضروري أولا التمييز بين الجدران عن الأنواع الأخرى من السياج (الأسوار النباتية، الحواجز... إلخ)، بالقدر ما تكون اللوائح مختلفة قليلا.

ويعرف الجدار المشترك على أنه؛ هيكل مبني يجب أن يحتوي على عناصر مختومة بالأرض، لذلك فهو فاصل ذو طابع دائم، لكنه يختلف عن كومة حجارة أو ألواح خشبية، ويجب أن يكون ارتفاعه متر واحد على الأقل.

كذلك يقصد بالحائط المشترك؛ الجدار الذي ينشأ بهدف الفصل بين بناءين متلاصقين كل منهما مملوكا لشخص غير الآخر.

وأما مفهوم الملكية المشتركة فيتعلق حصريا بالجدران أو الأسوار الواقعة على حدود الملكيات.

### الفرع الثاني: أحكام قيد الحائط المشترك

نتيجة لتشابك العلاقات الإنسانية وتطور العمران، أصبحت البناءات تأخذ شكلا أفقيا أو عموديا، وتجمع علاقات ملكية مشتركة في عقار واحد أو مجموعة عقارات، تعرف بالتجمعات السكنية المملوكة لمجموعة من الشركاء، بحيث لا يمكنهم التصرف فيها إلا طبقا للغرض الذي خصصت إليه، وإذا تم تقسيمها سيضر بباقي الشركاء، وتزول المنفعة التي خصص لها الحائط المشترك؛ والذي يعتبر إحدى تطبيقات الشيوخ الإجباري، ويمثل صورة من صور الملكية الشائعة، ويعد دعامة وستر للجيران.

وتثير المباني المتلاصقة مسألة الحائط الفاصل بين ملكيتين متجاورتين، وتوجب هذه الوضعية البحث عن ملكية هذا الحائط؛ هل هو ملكية مشتركة بينهما؟ أم هو ملكية خاصة لأحدهما دون الآخر؟ وما هي حقوق كل شريك؟

وفي ضوء ذلك تتم الإجابة عن السؤالين السابقين فيما يلي:

### أولا: إثبات الاشتراك في الحائط المشترك

إن الحائط الذي يفصل بين مالكين متجاورين، قد يكون مملوكا ملكية مشتركة بينهما، أو قد تكون ملكيته خالصة لأحدهم، فإذا ادعى أحد المالكين الاشتراك في ملكية الحائط، ولم يكن حقه مشهرا، أو كان في منطقة غير ممسوحة، فإن القاعدة العامة في الإثبات تقضي أن يقيم مدعي الاشتراك الدليل على ذلك، غير أن التشريعات محل الدراسة خرجت عن هذه القاعدة وأقامت قرينة على الاشتراك في الحائط

بين الجارين، تضمنتها المادة (707) من ق م ج على أنه: " يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركا حتى مفترقا، هذا ما لم يعم الدليل على عكس ذلك".

وكان موقف المشرع المصري مماثلا للمشرع الجزائري، حيث ورد مضمون المادة (817) من ق م م مطابقا لنص (707) من ق م ج.

وأدرج المشرع المغربي قرينة الاشتراك في نص المادة (28) من م ح ع م بقوله: " الحائط الفاصل بين عقارين يعد مشتركا بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك".

أما الفصل (72) من م ح ع ت جاء مطابقا حرفيا لنص المادة (653<sup>(1)</sup>) من القانون المدني الفرنسي على: " كل حائط في مدينة أو ريف فاصل بين بنائين إلى حد اتصالهما أو بين بنائين أو بساتين أو بين مزرعتين مسيجتين يعد حدا مشتركا ما لم يعم عرف أو دليل على خلافه".

ولقد استقرنا من المواد السابقة ما يلي:

- اتفقت التشريعات محل الدراسة على وضع قرينة قانونية مفادها أن الحائط الذي يكون منذ إنشائه فاصلا بين عقارين يعد مشتركا بينهما، حتى يثبت أحدهم أنه خاص به، ويتم الإثبات إما بالبينة الواضحة أو بالاستناد إلى قرائن الحال المتعارف عليها، ما لم يثبت عكس ذلك.

- تكون الملكية المشتركة للحائط الفاصل متى توفر أحد الأمرين التاليين:

#### الأول-ثبوت الملكية المشتركة للحائط الفاصل:

تكون ملكية الحائط الفاصل شائعة بيم ملاك البنائين، وذلك بموجب القرينة البسيطة القابلة لإثبات العكس؛ متى كان الحائط فاصلا بين هذين البنائين منذ نشأته، وتعذر على أي مالك منهما إقامة الدليل على ملكيته الخاصة له، ومن باب أولى تصبح كذلك، متى أقام أحدهما الدليل على ملكيته، فمتى قام هذا الدليل أو تلك القرينة على ملكية هذا الحائط لأكثر من شخص ملكية مشتركة بات لكل منهم الحق في مباشرة سلطات المالك عليه على نحو غير ضار بالآخرين.

#### الثاني-تعذر إقامة الدليل على الملكية الخاصة للحائط الفاصل

إذا لم يستطع شخص إثبات ملكيته للحائط الفاصل؛ أي تعذر نقض القرينة البسيطة على الملكية الشائعة لهذا الحائط بإقامة الدليل على عكسها، فإن الملكية تظل كذلك إلى أن يقوم على العكس<sup>(2)</sup>.

وإن قيام هذه القرينة مشروط بأربعة شروط:

(1)-L'article 653 du c c f: « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiment jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen s'il n'y a titre ou marque du contraire. », op.cit.

(2)- عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 104.

**الشرط الأول:** أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين، فلا يكفي أن يكون فاصلا بين أرض وبناء، كأن يكون فاصلا مثلا بين حديقة أحد الجارين وبناء الجار الآخر، أو من باب أولى بين أرضين، ومثاله أن يفصل بين حديقتي الجارين.

وبشكل عام، لا تقوم القرينة على الحائط المشترك إلا عندما يتعلق الأمر بملكيتين من نفس الطبيعة (بناءين، حديقتين، فناءين، حقلين... إلخ)، وبالتالي، عندما يتم بناء مبنى على حافة الملكية، ويطل على جزء غير مبني من العقار المجاور، يفترض أن الجدار الخارجي هو ملكية خاصة، وقرينة الاشتراك لا تمتد إلى الجدار الذي يفصل مبنى عن فناء أو حديقة، على أساس أن القرينة تفسير صارم<sup>(1)</sup>.

أما إذا تم تحويط تام لقطعة أرض بخلاف الأرض المجاورة، يفترض أن الجدار الفاصل ترجع ملكيته لمالك القطعة المحوطة.

**الشرط الثاني:** أن يكون الحائط فاصلا بين البنائين من وقت إنشائه، فإذا كان لا يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد، ثم أقيم بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بهذا الحائط، فأصبح الحائط في وضعه الجديد فاصلا بين البنائين، فلا تقوم القرينة وإنما يعتبر الحائط ملكا خالصا لصاحب البناء الأول الذي أقامه. وتعنى هذه القرينة أنه إذا ادعى أحد الجارين أنه شريك في ملكية الحائط الفاصل، فحسبه عندئذ أن يقيم الدليل على توافر الشرطين السابقين، فإذا وفق في ذلك، انطبق حكم القرينة، فيعتبر الحائط مشتركا بينه وبين جاره حتى مفرق البناءين، أي حتى قمة البناء الأقل ارتفاعا، أما الجزء الذي يعلو المفرق فيعتبر مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع الجار الآخر نقضها بأي طريق من طرق الإثبات؛ كتقديم سندا ملكية، أو إثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب، أو معارضة القرينة بقرينة أخرى؛ بإثبات أن الحائط كله مقام على أرض.<sup>(2)</sup>

وجعل التشريع التونسي العرف قرينة لهذا الحق، وإذا ما توافرت شروط قيام هذه العرف المعمول به أمام الجيران أمام القاضي، فإنه يستطيع أن يستخلص منها قرينة قضائية تساهم في إثبات الادعاء بالاشتراك في ملكية الحائط<sup>(3)</sup>، كما فصل القرار التعقيبي المدني في الحائط المشترك كما يلي:

" إنه من المسلم به قانونا أن اشتراك شخصين أو أكثر في ملكية بناء متكون من طوابق يفرض حتما بقاؤهم في حالة شيوع في ملكية بعض الأجزاء التي يشتركون في الانتفاع بها وعليه فطالما أن شراء المعقب انحصر في بعض أجزاء محدودة من العمارة وبقاء أجزاء أخرى على ملك البائعين، فإن بقاء

(1)-J-Hansenne, les biens, précis, faculté de droit de liège, T.II,France, 1996, p 1007.

(2)- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 135.

(3)- راجع الفصل 72 من م ح ع ت، ر ر ت، المصدر السابق.

بعض الأجزاء بحالة الشيوع لضرورة الانتفاع المشترك بها أمر طبيعي ولا يعتبر قانونا شيوعا يجب تنحيته<sup>(1)</sup>.

**الشرط الثالث:** أن يكون كل بناء مملوكا لشخص غير الآخر.

**الشرط الرابع:** أن يعجز الجار الذي يدعي ملكيته الخاصة للحائط عن إثبات ما يدعيه.

فتمتى توفرت هذه الشروط كانت ملكية الحائط الفاصل مشتركة وتخضع لأحكام الملكية الشائعة فيما يتعلق بالانتفاع والإدارة والتصرف<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: حقوق الشريك والتزاماته في الحائط المشترك

إذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط، كان مملوكا للشركاء على الشيوع، والشيوع هنا اجباري، وتبعاً لذلك لا يجوز طلب القسمة فيه، لأن الغرض الذي أعد له الحائط يوجب بقاءه على الشيوع، وللشركاء أن يستعملوا الحائط المشتركة، إلا أن سلطتهم مقيدة في استعماله على حقوق والتزامات، غير أن التشريعات محل الدراسة اقتصر على تنظيم هذه الحقوق؛ الحق في استعمال الحائط المشترك، الحق في البناء عليه، والحق في تعليته، والتزام واحد متعلق بإصلاح الحائط المشترك.

### 1) حق المالك في استعمال الحائط المشترك

قضت المادة (704) من ق م ج، والمادة (814/01) من ق م م على أنه: " لملك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته"

وأقر الفصل (80) من م ح ع ت للشركاء في الحائط المشترك ما يلي:

" لا يجوز للشريك أن يحدث ثقبا في الحائط المشترك، ولا أن يسند عليه غير البناءات الخفيفة من المنشآت إلا برضاء الشريك الآخر، فإن لم يوافق هذا الأخير على ذلك يرفع الأمر إلى المحكمة"

وأما المادة (29) من م ح ع م فتضمنت الآتي:

" لكل شريك في الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وله على وجه الخصوص أن يقيم بجانبه بناء أو أن يضع فوقه عوارض أو دعائم ليسند السقف لكن بالقدر الذي لشريكه، شرط أن لا يحمله فوق طاقته، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة."

ويتضح لنا من مقتضيات هذه النصوص النقاط التالية:

(1)- قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 20050، مؤرخ في 16/05/1989، المجلة القضائية التونسية عدد 7 لسنة 1990، ص 45، نقلا عن مصطفى صخري، مجلة الحقوق العينية محينة وفقا للقانون عدد 34 لسنة 2010، (د.د.ر)، تونس، 2013، ص 112.

(2)- عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 105.

- إن الأصل لمالك الحائط المشترك حرية استعماله وفقا للغرض المعد له، لكنه مقيد بعدم إيقاله بشكل يسبب له أضرارا ترجع على شريكه فيه.

- اتفقت التشريعات محل المقارنة أن استعمال المالك للحائط المشترك مقيد بوجود عدم معارضة استعماله مع الغرض المعد له، وهذا الغرض؛ هو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما، فلا يجوز لهذا الشريك أن يفتح في هذا الحائط مطلات أو مناور، ولكن يجوز له أن يهيب في حفرا للتدفئة أو خزانة أو نحو ذلك من مظاهر الاستعمال التي تتفق والغرض المعد له الجدار، ولكن أكد المشرع التونسي صراحة عدم جوازية فتح ثقب في الحائط المشترك إلا برضاء الشريك الآخر، وفي حالة رفضه يلجأ للقضاء.

- من مظاهر الاستعمال الجائزة على الحائط المشترك وضع فوقه عوارض لإسناد السقف، كما أضاف المشرع المغربي امكانية البناء بجانب ذلك الحائط، ووضع دعائم أيضا دون تجاوز الحد المقرر قانونا.

- يشترط ألا يتحمل الحائط فوق طاقته، وألا يحول هذا الاستعمال دون استعمال الشريك الآخر له، وألا يترتب عليه ضرر بالغير أو بذات الحائط، ومن أوجه هذه الاستعمالات التي تجوز تحميل الحائط ما لا يتحملة المباني، وتجاوز الفتحات نصف سمك الحائط، أو تجاوز العوارض الموضوعة عليه هذا الحد، فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمل الحائط، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه، وإذا وقع خلاف بين الشريكين في استعمال حق كل منهما جاز الالتجاء إلى القضاء.

ولما كان شيوع الحائط المشترك شيوعا إجباريا، نظرا للغرض الذي أعد له الحائط، فإنه لا يجوز لأي من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط، كما لا يجوز له التصرف في حصته الشائعة فيه، مستقلة عن العقار الذي يملكه، ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصّة الشائعة استقلالا<sup>(1)</sup>.

## (2) حق المالك في بناء الحائط المشترك

لم ينص على هذا الحق صراحة إلا المشرعان الفرنسي والتونسي، حيث منح هذا الأخير لكل شريك الحق إما في إقامة بناء على الجهة الموالية لعقاره في الحائط المشترك، أو غرز أخشاب فيه إلى حد نصف سمكه، بشرط عدم مجاوزة ذلك إلا برخصة كتابية من شريكه، أما القانون المدني الفرنسي فقد كان دقيقا ومحددا، وأجاز لأي مالك الحق في البناء على الحائط المشترك، وأن يضع عوارض أو دعائم في سمك الجدار كله بأربعة وخمسين مليمتر<sup>(2)</sup>، وهذا هو خط الطول الذي يترك لهذا المالك في الحائط

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 995.

(2)-L'article 657 du ccf: «Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur...» op.cit.

المشترك، لوضع عوارضه ودعائمه في نفس المكان، دون تعريضه للحق في المطالبة بتقليل هذه العوارض بشرط عدم المبالغة وتحميل الجدار فوق طاقته<sup>(1)</sup>.

وعليه، إذا كانت الملكية المشاعة تفرض حق البناء بشكل مقيد، فإن الملكية المشاعة الخاصة تقيد هذا الحق على نحو خاص.

### 3) حق المالك في تغطية الحائط المشترك

إذا اتفق الجاران المشتركان في ملكية الحائط على تغطيته، فإنهما سيشاركان في نفقات التغطية وملكية العلو، ولكن قد يرغب أحد الشريكين فقط في هذا الحق، فما هي شروط وآثار هذه التغطية؟

توجد الاجابة عن هذا السؤال في المادة (705) من ق م ج، والمادة (815) من ق م م بقولهما:

" للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تغطية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التغطية وصيانة الجزء المعلى، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية، دون أن يفقد شيئا من متانته، فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التغطية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المحدد في غير الجزء السفلي مشتركا، دون أن يكون للجار الذي أحدث التغطية حق في التعويض".

وأوجب الفصل (77) من م ح ع ت على: " لكل شريك أن يعلي الحائط المشترك، وعليه وحده مصاريف ما أنشأه مع مصاريف حفظه، كما عليه في مقابل ذلك تعويض جاره عن تكاليف الثقل الواقع على الجدار".

أما المادة (30/02) من م ح ع م، فقد جاءت مماثلة للتشريع الجزائري والمصري بقولها: " إذا كانت لأحد الشريكين مصلحة جدية ومقبولة في تغطية الحائط المشترك فإن له أن يعليه بشرط أن يتحمل وحده نفقات التغطية وصيانة الجزء المعلى، وأن يقوم بما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة الأعباء الناشئة عن التغطية دون أن يفقد ذلك شيئا من متانته، على ألا يلحق ضررا بجاره".

وهناك أحكام أخرى متعلقة بحالة عدم صلاحية الحائط المشترك لتحمل التغطية، وهنا على الجار الذي يريد التغطية، أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ويراعي عند إعادة البناء أنه إذا زاد سمك الحائط المشترك أن تكون له هذه الزيادة في السمك في ناحيته قدر المستطاع، ورغم أن الحائط الأصلي قبل التغطية تم تجديده على نفقة الشريك الذي قام بالتغطية، فإنه يظل مشتركا ولا يدفع الشريك الآخر تعويضا له، رغم أن هذا الجزء المحدد قد صارت قيمته أعلى مما كان عليه قبل التجديد.

(1)- Voir M. Fournel, Traité du Voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif, et dans ses rapports avec le code civil, Videcoq libraire, paris, France, 1834, p 14.

ويمكن للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يطلب جعله شريكا في الجزء المعلى، لكن بشرط، لا بد أن يدفع نصف النفقات التي صرفت على التعلية، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة. (1)

واعتبر التشريع الفرنسي أن المصلحة المشتركة؛ تشكل منفعة مجموعة من الأشخاص الخاصة مصلحة جميع المواطنين، أو المصلحة العامة للدولة، لذلك مصطلح (جماعي أو مشترك) وصف بسيط لمداول متقاسم ذو طبيعة خاصة. (2)

ومن خلال قراءة النصوص السابقة نستنتج النقاط التالية:

- اتفقت التشريعات محل الدراسة على حق أحد المالكين الشريكين في تعلية الحائط المشترك، لكن اشترطت لذلك شروطا معينة، أولها؛ وجود مصلحة جدية وضرورية ومقبولة في هذه التعلية، وثانيها ألا يترتب عنها إلحاق ضرر بليغ بالشريك الآخر، وثالثها اتخاذ الاحتياطات اللازمة بجعل الحائط المشترك يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون فقدان أي شيء من صلابته، وآخرها ضرورة تحمل الشريك الراغب في التعلية نفقاتها وتكاليف صيانة الجزء المعلى.

- لم ينص التشريع الجزائري، المصري، والمغربي على ضرورة أخذ موافقة شريكه الآخر لتعلية الحائط المشترك، أو حتى دون فرض تعويض للشريك الآخر على تحمله عبء الجزء المعلى، وعلّة ذلك أن تقرير هذا الحق في التشريعان الجزائري والمصري؛ هو قيد قانوني تبادلي على كلا الشريكين، لا يشترط فيه موافقة المالك الجار، بينما المشرع المغربي فقد نص على مسطرة الحائط المشترك ضمن الفرع الثاني من الفصل الثاني: الملكية المشتركة، القسم الأول المعنون ب: الحقوق العينية الأصلية، من م ح ع م، ومن ثم فلا يعتبر أحكام هذا الحائط حتى ضمن الارتفاقات أو التحملات العقارية.

- على عكس التشريعات السابقة اشترطت المادة (658) (3) من القانون المدني الفرنسي على من يرغب في تعلية الحائط المشترك بتعويض المالك المجاور عن جميع النفقات اللازمة الناتجة عن هذه

(1)- أنظر في ذلك للمواد 706 من ق م ج، 816 من ق م م، 30/3 من م ح ع م، 661 من القانون المدني الفرنسي، الفصل 79 من م ح ع ت، المصادر السابقة.

(2)-Marianne Rolain، Les limitations au droit de propriété en matière immobilière، droit، université site Nice Sophia Antipolis، France، 2015، p 62.

(3)-L'article 658 du ccf: « Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement et les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune ; il doit en outre payer seul les frais d'entretien de la partie commune du mur dus à l'exhaussement et rembourser au propriétaire voisin toutes les dépenses rendues nécessaires à ce dernier par l'exhaussement. », op.cit., et voir aussi L'article 77 du code des droits réels tunisienne en français: « Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations



التعليه، وقد ورد موقف المشرع التونسي مطابقا للفرنسي، ويظهر ذلك في نص الفصل (77) من م ح ع ت، الذي ورد بشكل حرفي لمضمون المادة (658)، وجعلت الشريك يتكبد الثقل الواقع على الجدار محل التعليه، لكن الاختلاف الموجود بين التشريعين، هو أن المشرع الفرنسي رتب أحكام الحائط المشترك ضمن الارتفاقات القانونية المنبثقة من إرادة المشرع، وهي ارتفاقات أقرب منها إلى قيود قانونية وردت على سلطات المالك، وتمثل عبء عيني، يحد من سلطة استعماله لعقاره، بينما قرر المشرع التونسي مقتضيات الحائط المشترك ضمن الباب الثاني المعنون بـ: الحائط المشترك والخندق المشترك من الجزء الثاني: الشيوخ من م ح ع ت، فيشارك بذلك مع المشرع المغربي في عدم تكييف هذا الحق كارتفاق قانوني.

- يتضح تأثر التشريعات محل الدراسة واضحا في أحكام تعليه الحائط المشترك بالمشرع الفرنسي، فقررت المادة (659) من القانون المدني الفرنسي، أنه إذا كان الجدار المشترك ليس في حالة مناسبة لتحمل التعليه، فيجب على من يرغب في تعليته إعادة بناءه كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته. (1)

- أجاز التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة للشريك في الحائط المشترك تحمل تكاليف تعليته لوحده في حالة رغبته لوحده دون الشركاء الآخرين، ويترتب عن هذا التصرف زيادة في سمك عقاره، لكن ما كان حائطا مجددا لا يدخل ضمن نطاق الشيوخ الإجباري، ولكن تكشف المصلحة المشتركة على وجود مصلحتين عامة وخاصة، التي تختلف عن المصالح الفردية الخاصة، لذلك حدد البعض طبيعتها القانونية على أنها مصلحة وسيطة بين المصلحة الخاصة والعامة، لكن واقعا يصعب تكييف العلاقة الموجودة بين المصلحة العامة والمشاركة.

#### 4) التزام المالك بإصلاح الحائط المشترك

إذا وهن الحائط المشترك وأصبح بحاجة للإصلاح والتجديد، نظرا لعدم صلاحيته لتحقيق الغرض الذي أقيم من أجله، فتكون نفقات ترميمه وإعادة بناءه على عاتق الشركاء كل حسب حصته، وهو ما

d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et, en outre, l'indemnité de la surcharge en raison de l'exhaussement. ».

(1) -L'article 659 du ccf: «Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté» op.cit.

نظمتها المادة (704/02) من ق م ج، والمادة (814/02) من ق م م، الفصل (74) من م ح ع ت، (29) من م ح ع م، والمادة (655)<sup>(1)</sup> من القانون المدني الفرنسي.

وتضمنت هذه المواد قاعدة قانونية واحدة شملت فرضا واحدا؛ وهو صيرورة الحائط غير صالح للغرض الذي خصص له، وحكم واحد؛ التزام الشركاء الجيران بتحمل نفقة الإصلاح وتجديد هذا الجدار، ويوزع عليهم بحسب حصة كل منهم، بمعنى لكل منهم إجبار الآخر على المساهمة في هذه النفقات، هذه الأخيرة وصفها المشرع المغربي على أنها ضرورية.

ولكن هناك استثناء على هذه القاعدة، أورده المشرع الفرنسي في مقتضيات المادة (655) من القانون المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>، والذي اتبعه فيه المشرع التونسي في نص الفصل (76) من م ح ع ت؛ مفاده إعفاء الشريك من دفع حصته من مصاريف إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بناءه في حالة تركه حقه فيه، بشرط ألا يكون له بناء مرتكز على ذلك الحائط.

وإذا تخلى الشريك عن نصيبه في ملكية الحائط نفسه فيصبح مملوكا لجاره ملكية خالصة، ويمتنع بعد ذلك عن استعماله طبقا للقواعد العامة، التي تجيز التخلي عن الحق العيني، ففتح لصاحب الحق أن يتخلص من الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق.<sup>(3)</sup>

وما يمكن استنتاجه أن الملكية الشائعة توصف على أنها؛ ملكية مشتركة إجبارية ولاحقة، فهي ملكية مشتركة؛ لأن حق الملكية على الحائط ينقسم بشكل عام إلى جزئين متساويين ومجردين، وتعد ملكية إجبارية إلى الحد الذي لا يمكن فيه طلب تقسيم الملكية الشائعة، ومن جهة أخرى يمكن لكل مالك إجبار جاره على المساهمة في بناء حائط فاصل، ويعتبر هذا الشكل من أشكال الملكية المشتركة الإجبارية مخصص للاعتبارات النفعية (الأمن والسكينة) واعتبارات خاصة من أجل منع كل جار من بناء جداره الخاص إلا في حدود ملكيته، وتعتبر ملكية مشتركة لاحقة؛ لأن الحائط المجاور يخدم العقارين، كل عقار مسيخ يخضع لحاجة الآخر، وبالتالي، فإن عزل الملك يستلزم بحكم الواقع حصة الملكية المشتركة على الجدار المشترك.

(1)-L'article 655 du ccf: « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. », op.cit.

(2)-L'article 656 du ccf: «Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.» , op.cit.

(3)- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 140، وكذلك راجع حسن كيره، المرجع السابق، ص 250.

## الفرع الثالث: قيد الحائط غير المشترك

يجوز للمالك من تلقاء نفسه أن يحيط ملكه بحائط متى ما كان له مصلحة في ذلك، غير أنه لا يجوز له إجبار جاره على تحويط ملكه، وهو ما نظمت المادتين (818/01) من ق م م، (708/01) من ق م ج أحكام الحائط غير المشترك، حيث نصت هذه الأخيرة بقولها: " ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697."

ولقد أغفل المشرع التونسي إدراج أحكام الحائط غير المشترك ضمن فصول م ح ع ت، وركز على الحائط المشترك والخندق المشترك، رغم أن الحائط غير المشترك يشكل قيودا جواريا على سلطات المالك الجار في استعمال ملكيته العقارية المبنية.

وكما قرر المشرع المغربي مقتضيات الحائط غير المشترك ضمن التحملات العقارية، ووردت المادة (76) من م ح ع م بما يلي: " يحق للمالك تسوير ملكه على أن لا يحول ذلك دون استعمال مالك العقار المجاور لحقوقه... ليس للجار أن يجبر جاره على تسوير أرضه إلا إذا تضرر من ذلك."

وبينما أدرج المشرع الفرنسي الحائط غير المشترك في المادة (685) من القانون المدني الفرنسي، وكيفها على أساس ارتفاق مقرر بموجب القانون.

ولم يختلف المشرع المغربي مع هذه التشريعات في نص المادة (76/02): " ليس للجار أن يجبر جاره على تسوير أرضه إلا إذا تضرر من ذلك"<sup>(1)</sup>

لمعرفة هذا القيد، لابد من التطرق لمذلول التحويط، ونطاق هذا القيد فيما يلي:

أولاً- المقصود بالتحويط: يختلط مفهوم التحويط، أو التسييج (clôture)<sup>(2)</sup> مع مفهوم وضع

الحدود، لذلك تتوجب المقارنة بينهما في النقاط التالية:

- يعتبر كل من التحويط ووضع الحدود قيد قانوني على الملكية العقارية الخاصة.

- يعتبر التحويط؛ قيد أحادي الجانب، يمكن للمالك أن يقرر لوحده، بأن يسيطر على أرضه، بينما وضع الحدود؛ قيد تبادلي، يحد بين ملكيتين، والتحويط يجسد هذا الحد.

- يعد وضع الحدود عملية متغايرة واجبارية، تشمل طرفين على الأقل من الجيران، وتتحقق إما وديا بين المالكين المجاورين أو تتحقق بشكل قضائي، في حين الأمر اختياري للتحويط.

(1)- المادة 02/76 من م ح ع م، المصدر السابق.

(2)- **La clôture**: est tout obstacle naturel ou fait de la main de l'homme qui, placé sur tout ou partie d'un terrain en fixe les limites en empêche l'accès.

- يتعلق نطاق التحويط بكل مساحة البناء أو بالغراسات المحيطة بالملك سواء كان مبني أو غير مبني، ويمكن أن يكون محل التحويط حائط أو سياج من أشجار فاصلة، أو حتى أسلاك.

### ثانياً: نطاق قيد الحائط غير المشترك

أكدت التشريعات محل الدراسة من جهة، أن سلطة مالك الحائط الفاصل في مباشرة سلطة التصرف القانوني على ملكه تظل على إطلاقها بغير قيد قانوني عليها، بحيث يجوز للجار إجباره على الاشتراك في ملكية الحائط أو جزء منه ولو مقابل دفع تكاليف إنشاء الحائط أو الاشتراك فيها، وهو ما يمثل إقرار للمالك بحرية التصرف من عدمه فيما يملك، ومن جهة أخرى أكدت التشريعات بطريقة سلبية على أن باقي سلطات المالك تظل على إطلاقها بغير قيود عليها لمصلحة الجار؛ بالنظر لأن الأصل هو استقلال المالك بسلطاته على ما يملك انتفاعاً استثنائياً مانعاً للغير فيما لم يحدد بشأنه قيد.

ومن ثمة، فله وحده الانتفاع بالحائط بما يراه من أوجه الانتفاع وأن يمنع جاره من الانتفاع بهذا الحائط بأية صورة، كما أن تقييد سلطة مالك الحائط في التصرف المادي فيما لا يضر بالمصلحة المعتبرة لجاره، لأن مناط تقييد هذه السلطة<sup>(1)</sup> هو توافر الشروط الآتية:

**1) تستر الجار بالحائط:** يكون للجار الحق في تقييد سلطة المالك في التصرف المادي على حائطه، إذا ثبت أن ملكه مستتر بهذا الحائط، وهو ما يقتضي أن يكون ملكه محوطاً من الجهات الثلاث الأخرى، بحيث يكمل هذا الحائط الحد الرابع لملكه بما يحقق له معنى الاستئثار، بحيث إذا لم يتحقق الاستئثار بهذا المعنى للجار، ولم يكن ثمة قيد على سلطو المالك في هدم الحائط سواء كانت له مصلحة في الهدم أو لم تكن، وسواء كانت مصلحته متناسبة مع ما يعود على الجار من ضرر من جراء هذا الهدم من عدمه.

**2) هدم الحائط يؤدي إلى الإضرار بالجار:** في حالة عدم وجود ضرر يعود على الجار نتيجة هدم الحائط لحائطه، فلا يكون ثمة قيد على حرية المالك في الهدم، وبغير أن يكون من الضروري استناد رغبته في ذلك لعذر أو مصلحة<sup>(2)</sup>.

**3) عدم وجود عذر قوي لهدم الحائط:** لا يكفي للمالك حتى يباشر سلطته في هدم الحائط أن تعود عليه مصلحة من ذلك بل لابد أن تكون مصلحته راجحة على ما يعود على الجار المستتر من ضرر جراء هذا الهدم، بحيث أن المالك لا يقر على مباشرته لسلطته إذا قصد من خلالها تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها<sup>(3)</sup>، حتى لا يكون تعسفاً في استعمال

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 225، 226.

(2) - سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 78.

(3) - عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 77.

الحق من قبله، ليبقى الأمر في سلطة قاضي الموضوع الذي يقدر هذه المسألة الموضوعية حسب كل حالة، وهذا الشرط أقرته المواد ( 818 / 02 ) من ق م م ، ( 76 ) من م ح ع م ، ( 684 )<sup>(1)</sup> من القانون المدني الفرنسي، ( 708/02 ) من ق م ج بقولها: " ... ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط".

ولكن الملاحظ أن المشرع الفرنسي اختلف مع بقية التشريعات محل الدراسة، حيث أجاز لأي شخص جاره في المدن والضواحي على المساهمة في بناء وإصلاح الجدار المحوط الفاصل بين منازلهم، ساحاتهم وحدائقهم بحيث يجب تثبيت ارتفاع هذا الجدار وفقا للتنظيم الخاص به أو للأعراف المستمرة والمعترف بها، بحيث يجب أن يكون الجدار الفاصل بين الجيران، والذي سيتم بناؤه أو تجديده في المستقبل على أعلى ارتفاع اثنين وثلاثين ديسمتر<sup>(2)</sup>. كما فرض نوعا من التحويط الإجباري الذي يهتم بالنظام الخاص للمدن ويحكمه قانون التعمير الفرنسي، والذي جعل التحويط اجراء اجباري في المناطق الأثرية والتاريخية والمناطق المصنفة طبقا لنص المادة 12-421 من قانون التعمير<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: قيدي حق المطل والمنور

تعتبر مقتضيات الجوار أساسا لفرض جملة من القيود القانونية التبادلية على حق الملكية العقارية الخاصة، تحد من مباشرة المالك لسلطاته في الانتفاع بملكه تحقيقا لمصلحة جيرانه.

ويقصد المطلات والمناور؛ النوافذ والفتحات التي يحدثها المالك في بنائه لعدة أغراض، منها ما يسمح بدخول الضوء والهواء، ونظرا لأن حالة الجوار بين الأبنية توجد فيما بين بعضها التلاصق أو التقارب على نحو يحدث تنازعا في المصالح؛ فمن مصلحة المالك ألا تفتح على ملكه نوافذ، ومن

(1)-L' article 684 du ccf: «Toutefois, le propriétaire ne peut le détruire volontairement sans motif sérieux, si sa destruction porte préjudice aux voisins dans la propriété est clause», op.cit.

(2)-L'article 663 du ccf: « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assises dites villes et faubourgs: la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus et, à défaut d'usages et de la règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente –deux décimètres de hauteur... », Op.cit.

(3)-L'article R-421-12 du c u f « doit être précédée d'une déclaration préalable l'édification d'une clôture située: dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable classé , dans un site inscrit ou un site classé ou en instance de classement, dans une commune ou partie de commune ou le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétant en matière de plu a décidé de soumettre les clôtures a déclaration », modifié par décret n° 2017-456 du 29/03L2017-art.15.

مصلحة الجار أن تكون لبنائه هذه النوافذ، ولما كانت المصلحتان معتبرتين في نظر التشريعات محل الدراسة، فقد وضعت قواعدا عامة في قوانين التعمير، تحدد فيها شروطا وضوابط معينة لتخطيط المباني ونوافذها، لكن هذا لم يمنع من تضمن القانون المدني لقيود تحد من سلطات المالك حرصا على العلاقات الجوارية، وتكون أيضا من مستلزمات المباني، ومن مقتضيات استخدام الملاك لها أن يكون في جدرانها فتحات إما مطلات أو مناور، بحيث لا بد من دراسة كلا مفهومهما والتمييز بينهما (الفرع الأول) ثم التعرض لمضمون أحكامهما (الفرع الثاني) وأخيرا الآثار المترتبة عنهما (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مفهوم المطلات والمناور

تعد المطلات والمناور واحدة من الاستعمالات المقررة للمالك على ملكه، والتي يخولها له حق الملكية العقارية، لكن هذا الاستعمال غير مطلق ومصحوب بجملة قيود تنقرر لعقار لمصلحة العقارات المجاورة مكيئا لأصحابها من الانتفاع بها واستغلالها، لذلك وجب عدم تعسف المالك في استعماله لحقه لحد يلحق الضرر بجيرانه وإلا تحققت مسؤوليته.

والقاعدة أن للمالك الحرية في بناء أرضه وفق كل جزء منها، وأن يفتح فيها ما يشاء من مطلات ومناور، لكن حدود هذه الحرية مرتبطة بمصلحة الجيران، ومن ثم يجب معرفة مفهوم هذه المطلات والمناور، أحكامها، وآثارها.

### أولا: المقصود بالمطلات

عرف الفقه المطلات؛ بمثابة فتحات يقوم صاحب البناء بإنشائها في الحوائط بغية النظر منها على الخارج في الوضع العادي للإنسان، سواء أكان واقفا أم جالسا؛ فضلا عن كونها منفذا مخصصا لدخول الضوء والهواء إلى الجزء الداخلي للبنائية، كالنوافذ والشرفات<sup>(1)</sup>.

ويقصد بالمطلات أيضا؛ الفتحات التي يحدثها المالك في بنائه للنظر منها إلى الخارج أو للتهوية والإضاءة مثل النوافذ أو الشرفات والخارجات<sup>(2)</sup>.

كما هناك من اعتبر إعداد هذه الفتحات لأغراض النظر، الهواء والضوء بمثابة مطل<sup>(3)</sup>.

ولم تتضمن النصوص القانونية للتشريعات محل الدراسة تعريفا اصطلاحيا لحق المطل، لكنها تضمنت فقط أحكاما عامة لهذا القيد.

(1) - عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 107، 108.

(2) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 166، راجع كذلك سعيد جبر، المرجع السابق، ص 403.

(3) - ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 119.

ومما لا شك فيه أن حق المطل قيد على العقارات المبنية دونها من غير المبنية، فلا يعقل مطل في عقار غير مبني، فالأصل المطل جزء من الضوابط التنظيمية لعملية البناء، وآلية لحفظ التهوية والإضاءة في المحيط العمراني وغيره.

واكتفى المشرع التونسي على منع كل مالك لحائط غير مشترك ملاصق لملك الغير بشكل مباشر فتح نوافذ أو كوات إلا إذا وضع عليها زجاجا ثابتا حيث لا يفتح.<sup>(1)</sup>

في حين اكتفى المشرع المغربي بالنص على: " لا يجوز لمالك عقار أن يفتح في حائط ملاصق لملك جاره نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات مماثلة إلا برضى صاحب الملك المجاور"<sup>(2)</sup>

وعليه، تعتبر المطلات في التشريعين الجزائري والمصري من القيود القانونية التي تحد من حرية المالك وضرورة التزامه بترك مسافة نص عليها القانون في حالة ما إذا فتح مطلا على جاره، ويتعلق بكل بناء أو منفذ يسمح لمالك العقار برؤية ملكية جاره، ويشمل على وجه الخصوص، النوافذ والشرفات، بينما تعتبر المطلات في التشريع التونسي، المغربي والفرنسي ارتفاقات.

#### ثانيا: مدلول المناور

تعددت التعاريف الفقهية التي تناولت حق المنور، غير أنها شملت مدلولاً واحداً.

ويقصد بالمناور؛ هي فتحات يقصد بها مرور الهواء ونفاذ النور، دون التمكن من النظر منها على العقار المجاور<sup>(3)</sup>.

ويعتبر المطل فتحة يقصد من إحداثها إدخال الضوء والهواء لا النظر إلى الخارج<sup>(4)</sup>.

وكما تعد كذلك منورا كل فتحة تعلو قاعدتها عن قمة الانسان المعتاد، وينحصر الغرض منها في إدخال وإنفاذ النور دون ان يستطيع الإطلال منها على عقار جاره<sup>(5)</sup>.

ويقصد بالمناور؛ فتحات صغيرة لا تسمح إلا بمرور الضوء، ويستحيل النظر من خلالها، تتكون هذه الفتحات من زجاج ثابت لا يمكن فتحه، وتتضمن زجاجا غير شفاف، ويجب أن تكون مجهزة بدرابيز

(1)-الفصل 173 من م ح ع ت، المرجع السابق، ص 35.

(2)- المادة 66 من القانون 39.08 المتعلق م ح ع م، المرجع السابق.

(3)- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 170، سعيد جبر، المرجع السابق، ص 403.

(4)- صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، مطبعة الرسالة، القاهرة، مصر،

1991، ص 139.

(5)- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 233.

حديدية بفتحات لا تتعدى أقصاها عشرة سنتمتر، ولا يمكن إنشائها إلا على جدران خاصة أو عن طريق ترخيص عندما يشترك الجيران في ملكية مشتركة<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت المناور عبارة عن نوافذ على مطل مواجه، فإنها تتحصر في مساحة تسعة عشر ديسمتر، ويقتصر حدها على ضمان أصغر جزء من المنور المحدد بموجب القانون، بحيث قرر حماية بهدف حماية هذه المطلات عن طريق فتحها معزولة بعيدا عن كل خلق ازعاج للمساكن أو الجدران، وعزلها عن كل عمل تضعف وتقلل من موافقة الجيران عن فتحها<sup>(2)</sup>.

وأما التعاريف القانونية لحق المنور، فقد جسدها المادة (711) من ق م ج على أنه:

"... ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور"، وجاء في نفس معناها لدى المشرع المصري في مضمون المادة (821) ق م م يفهم من نصي المادتين السابقتين:

- اقتصر التعاريف القانونية للتشريعيين الجزائري والمصري على التماثل مع المدلولات الفقهية في الاتيان بالمقصود بحق المنور.

- يعتبر حق المنور؛ فتحة مخصصة لوظيفتين فقط؛ الإنارة ومرور الهواء، دون وظيفة الرؤية.

وبينما اختلف المشرع التونسي نص الفصل (173) من م ح ع ت بما يلي:

" لا يجوز لمالك حائط غير مشترك ملاصق لملك الغير مباشرة أن يفتح به نوافذ أو كوات إلا إذا وضع عليها زجاجا ثابتا لا يفتح..."

يتجلى لنا من هذا النص:

- لم يعرف المشرع التونسي حق المنور بشكل مباشر، بل دل عليه بلفظ: (كوات)؛ وتعني خرق في الجدار، أو فتحة للتهوية والإضاءة، رغم أن النص الفرنسي لهذا الفصل جاء ليظهر أن المقصود هو المناور (jours)، وهو المصطلح العمراني المرادف لكوات.

- حدد نوع المادة التي تتضمن هذه الكوات، وهي زجاج غير شفاف ولا يتحرك.

ولم يتطرق المشرع المغربي لحق المنور ولا لأحكامه، لاعتباره نوعا من الفتحات والنوافذ وتخضع لنفس أحكام المطل.

<sup>(1)</sup>-Amélie fondimare, Servitudes: les vues et les jours, le figaro.fr particulier, vue le site: leparticulier.lefigaro.fr

<sup>(2)</sup>-François-Antoine Vazeille, Traité des prescriptions, suivant Les nouveaux codes français, doux fils, imprimeur-libraire, France, 1834, p 166.



وأما القانون المدني الفرنسي، فقد أجاز في نص المادة (676) منه للمالك أن يقيم حائطا على الحد الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور، وفتح فيه مناور أو نوافذ من الحديد المدجج أو الزجاج الثابت الذي لا يفتح، كما يجب أن تزود هذه النوافذ بدرابيز حديدية لا تزيد غرزها على ديسمتر، وتتكون اطاراتها من الزجاج الثابت.<sup>(1)</sup>

ولكن يتضح لنا من هذه المادة أن وظيفة المنور لدى المشرع الفرنسي هي الإنارة دون مرور الهواء، والتسبب اشتراط مادة الزجاج الثابت غير الشفاف في فتح منور لا يمكنه السماح بأي شكل من الأشكال لنفاذ الهواء للعقار الموجود به، كما أن الزامية جعل الإطار الخارجي من الشبكيات الحديدية المصغرة قرينة أخرى على المنع البات من الإطلال على ملك الجار، حفاظا على حماية سلطة المالك في الانتفاع بملكه واستعمالها واستغلالها بحرية تامة دون تدخل الغير.

### ثالثا: مشتملات المطلات

يشمل نطاق المطلات العقارات المتلاصقة والمجاورة أيضا، وتشمل المطلات: النوافذ، الشرفات، الأسطح، وغيرها من مرتفعات العقارات التي يمكن من خلالها رؤية العقارات المجاورة<sup>(2)</sup>، غير أن نطاق المنور أضيق يحتوي النوافذ غير المكشوفة فقط.

**1) النوافذ:** تشكل النافذة فتحة في الجدار أو في الباب أو في السقف، وظيفتها السماح للهواء والضوء بالعبور، وكما تسمح برؤية ما هو خارج البناء سواء بفتحها أو لا، وتساعد النافذة على نفاذ الضوء إلى الداخل إن كانت زجاجية، أما في حالة ما إن كانت خشبية أو حديدية، فلا يتم ذلك إلا عن طريق عمل فجوات بتصميم معين يساعد على إدخال ضوء بسيط.

**2) الشرفات:** هي عنصر معماري، ويقصد بها البناء الخارج عن السكن الذي يستشرف كل ما حوله، يتكون من أرضية مسطحة تخرج من جدار البناية، وقد تكون داخل البناية في غرفة كبيرة، أو في فناء مغلق لا يتصل مباشرة بالغرفة، وتعتبر رمزا للتواصل مع الآخرين.

<sup>(1)</sup>-L'article 676 du ccf: «Le propriétaire d'un mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres a fer maillé et verre dormant.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus et d'un châssis à verre dormant.», Op.cit.

<sup>(2)</sup>- les vues sont au contraire ouvrantes et libres, ... constituent des vues, les fenêtres et balcons, les terrasses, les plates formes, et autres exhaussements de terrains d'où une vue peut être exercée sur les fonds voisin, Jean-Louis Bergel, Traité de droit civil, les biens, édition delta, France, 2000 , p 376.

كذلك تعرف الشرفة على أنها؛ الامتداد للمسافة المسكونة والحيوية خاصة في المساكن، فتشكل العنصر الضروري لها لحمايتها والتأمين عليها من الاطلال عليها وعدم تسبب الضجيج من قبل الجيران<sup>(1)</sup>، وكما تعد بيئة صحية مريحة للملاك لممارسة استعمالاتهم لملاكتهم بكل حرية.

**3) الأسطح:** يشكل السطح الجزء الذي يغطي أعلى نقطة في أي مبنى، ويتم تحديد طريقه بناءه على أساس أسلوب دعمه، وكيفية توصيل الفراغ الموجود أسفل السطح وتحديد ما إذا كان قائماً أم لا، ودرجة الميل والانحراف؛ هي الزاوية التي يرتفع عندها وتتلاقى فيها أخفض نقطة مع أعلى نقطة.

#### رابعاً: الطبيعة القانونية للمطلات والمناور

هناك اختلاف فقهي حول التكييف القانوني لحق المطل، هل هو حق مطلق يمنح لصاحب العقار سلطة مباشرة في استعماله واستغلاله أم أنه مقيد بتحقيق الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة، وفي هذا الأمر اتجاهاً:

**1) الاتجاه الأول:** ذهب هذا الرأي إلى أن حق المطل قيد مقرر لحماية مصلحة خاصة هي الأولى بالرعاية، ونطاقه الوحيد هو العقار؛ باعتباره كل ما هو مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه، ونتيجة استقراره ينشأ حالة من التلاصق تستدعي تنظيم علاقات الجوار بوضع قيد المطل، للحد من سلطة المالك في عقاره لصالح عقار مجاور له، أو وضع قيود مشتركة تضمن تمكين جميع الجيران من استعمال حقوقهم بشكل متساوي<sup>(2)</sup>.

بالنسبة للتشريعات محل الدراسة، فقد أخذ بهذا الاتجاه القانونين الجزائري والمصري، في أحكام القانون المدني، واعتبرا حق المطل قيد وارد على حق الملكية العقارية، وأوردهما ضمن القيود التي ترد على حق الملكية.

**2) الاتجاه الثاني:** يعتبر أصحاب هذا الرأي أن حق المطل ما هو إلا حق ارتفاق حقيقي، يقوم بالحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، فيمثل حقاً مطلقاً لصاحبه في استعماله بالشكل الذي يناسبه.

واتفق المشرع التونسي، المغربي والفرنسي مع هذا الاتجاه، وجعلوا حق المطل حق ارتفاق.

ولكن بالطرح الذي جاء به الاتجاه الثاني، هل يمكن اعتبار حق المطل ارتفاق الرؤية؟

الاجابة على هذا السؤال توجب معرفة أنواع الارتفاق، والتي تنقسم بحسب موضوعها إلى حقوق ارتفاق ايجابية وسلبية، وحقوق ارتفاق مستمرة وغير مستمرة، فيكون الارتفاق مستمراً متى كان قائماً دون حاجة لتدخل مباشر وأني من قبل الانسان كارتفاق الرؤية، ويكون الارتفاق غير مستمر عندما تحتاج

(1) - مروة جبار عبد، أسس ومعايير تصميم المباني، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص 41.

(2) - محمد علي عرفة، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 1954، ص 239، أنظر كذلك محمد طه البشير، غني حسون طه، المرجع السابق، ص 81.

ممارسته لتدخل مستمر من قبل الانسان كحق المرور وحق المجرى، وتنقسم حقوق الارتفاق من حيث موضوعها إلى حقوق ارتفاق ظاهرة وغير ظاهرة، وحقوق الارتفاق الظاهرة؛ تلك التي يكون لها مظهر خارجي يرشد إلى وجودها كالتطبيق في حق المرور والمجرى والمسيل، أما الارتفاقات غير الظاهرة؛ فهي تلك التي لا يكون لها ذلك المظهر الخارجي الذي يدل على وجودها كارتفاق عدم التعلي في البناء وارتفاق الرؤية.

ويتبين أن ارتفاق الرؤية من حقوق الارتفاق المستمرة وغير الظاهرة التي لا يتطلب استعمالها تدخل الانسان بشكل آني، ويمنح المالك الحق في الاطلاع على عقار جاره والنظر إلى مدى بعيد بشكل لا يسمح للجار بالبناء في حدود هذا المدى بهدف عدم تعطيل حق المالك في النظر.

ويتشابه حق المطل وارتفاق الرؤية في الهدف؛ وهو تمكين المالك من النظر من الفتحة على عقار جاره، لكنهما يختلفان في أن ارتفاق الرؤية يعتبر؛ ارتفاق مستمر غير ظاهر، ولا يوجد لديه مظهر خارجي يدل عليه، بينما حق المطل ارتفاق مستمر ظاهر، فيكون وجوده بمجرد وجود فتحة تطل على عقار الجار، لكن هناك من الفقهاء من يرى تمييزا بين ارتفاق الرؤية وارتفاق المطل، يتمثل في أن ارتفاق الرؤية ارتفاق مستمر غير ظاهر لا يكتسب بالتقادم لاقتران الحياة فيه بعيب الخفاء، في حين ارتفاق المطل يكتسب بالتقادم.

وتم انتقاد هذا الرأي، لأنه أخلط في تفسير معنى الظهور الذي يقوم عليه تقسيم حقوق الارتفاق إلى ظاهرة وغير ظاهرة، والظهور باعتباره شرطا لصحة الحياة، في حين المعنيين مختلفين، فالارتفاق الظاهر تدل عليه الحياة الظاهرة غير الخفية، فهي التي يباشر الحائز الأعمال المادية المكونة لها على نحو ظاهر للجمهور، وعلى ذلك يمكن منطقياً أن توجد حياة ظاهرة لحق ارتفاق غير ظاهر، كما هو الحال لارتفاق الرؤية حين ينظر من خلاله المالك إلى الخارج وبشكل ظاهر دون أن يكون هناك مخطط للنظر من خلاله<sup>(1)</sup>.

لذلك، يوجد فرق بين ارتفاق الرؤية وحق المطل، لأن هذا الأخير قيد قانوني وارد على حق الملكية الخاصة، بينما ارتفاق الرؤية نوع من أنواع الارتفاقات، ولكل واحد منهما أحكامه الخاصة به، لكن التشابه بينهما يقترب في حالة فتح المطل دون مراعاة المسافة القانونية سواء كان مطلاً مستقيماً أو منحرفاً، وبقي خمسة عشر سنة، فيعطي لصاحبه حق ارتفاق المطل يكتسبه بالتقادم، فيتحول القيد إلى حق ارتفاق.

وعليه، نستنتج ما يلي:

- يعد حق المطل من القيود القانونية، وعلّة ذلك أنه يدخل ضمن التنظيم الطبيعي المألوف لحق الملكية، فإذا ما أراد صاحب العقار بيعه، يمكن له ضمان خلوّه من حقوق الارتفاق، لكن إن تبين وجود

(1) - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 439.

قيود قانونية ترد عليه من حق مطل، فإن هذا القيد لا يضمنه البائع، لأن مصدر القيد القانون، وعلى المشتري معرفة ذلك، لأنه لا يعذر أحد بجهل القانون.

- إن القيود القانونية باعتبارها الوضع العادي للملكية العقارية لا تعد الاستفادة منها تعديا على الملك الوارد عليه؛ كفتح مطل في حدود المسافة القانونية، ومن ثم في ظل هذا الوضع لا يصلح مبدأ حيازة مكتسبه لحق ارتفاق بالتقادم مهما طال الزمن، لكن لو فتح مطل بأقل من المسافة المحددة قانونا شمل معنى التعدي وبالتالي وضع اليد عليه وحيازته فترة التقادم تكسبه حق ارتفاق المطل، في حين حقوق الارتفاق تكتسب بالتقادم باعتبارها أعباء استثنائية تفرض التعدي على ملك الغير وهو ما يصلح أساسا للحيازة المسببة للارتفاق بالتقادم.

- على الرغم من عدم وجود اختلاف فقهي على الطبيعة القانونية للمناور، وعلّة ذلك عدم تأثيرها السلبي على سلطات المالك في مباشرة ملكيته، لكن تم تكييفها على أنها قيد قانوني في التشريعين الجزائري والمصري، وحق ارتفاق مطل لدى المشرع التونسي، المغربي والفرنسي.

#### رابعا - أنواع المطلات

هناك نوعان من المطلات، مطلات مواجهة أو مستقيمة (vues droites)، ومطلات منحرفة (vues obliques)

#### 1 - المطلات المواجهة (المستقيمة)

هي الشرفات أو البروزات التي تكون في واجهتين لبنائين متلاصقين لمالكين مختلفين، تأخذا شكل خط مستقيم، ولا يجوز لأيهما إنشاء مثل هذه المطلات على مسافة - يحددها القانون - من الحد الفاصل بين ملكيهما، وقد تناول المشرع التونسي هذا النوع من المطلات في الفصل (174) من م ح ع ت كالتالي:

" لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات على أرض مسيجة أو غير مسيجة للمالك المجاور ..."

يتضح من خلال هذا النص:

- استعمل المشرع التونسي عبارة مطل مستقيم بدلا من مطل مواجه، كترجمة حرفية فرنسية للفظ (droite): وتعني مستقيم، كتعريف لغوي فهو صحيح، لكن قانونيا لا يتناسب والمصطلحات العمرانية.

- منع احداث مطل على خط مستقيم على أرض تم تسيبها أو لم يتم، والعلّة في ذلك الحفاظ على حرمة مسكن الجار، ومنع لاعتداء عليه، سواء كان يستعمل هذا الأرض أو لا يستعملها، فالواجب احترام قيد هذا الحق دون تحديد معين لطبيعة العقار.

وأما التشريع الجزائري، المصري والمغربي استعملوا عبارة مطل مواجه، أو موجّه؛ أي يقع في جهة واحدة، وقد يتسع للعقارات المقابلة وغير الملاصقة لعقار الجار .

وحددت المادة 709 من ق م ج ما يلي:

" لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه..."<sup>(1)</sup>.

كما قرر المشرع المصري المطل المواجه في مضمون المادة (819) من ق م ج على أنه: " لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه... "

أما المشرع المغربي فقد جعل أحكام المطل في نص المادة (68) من م ح ع م كما يلي: "لا يجوز فتح مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مماثلة لمواجهة لملك الجار..."

وكذلك كرس المشرع الفرنسي مدلول المطل المواجه في مضمون المادة (678) من القانون المدني، على أنه لا يمكن لصاحب العقار الحصول على مطلات مواجهة أو نوافذ ظاهرة، ولا شرفات أو نتوءات أخرى مماثلة على ملك مسيج أو غير مسيج للمالك المجاور، ما لم تكن العقارات أو جزء منها الذي يمارس فيه المطل مرهون بالعقار المستفيد من ارتفاق المرور الذي يشكل مانعا لتشييد المباني<sup>(2)</sup>.

فهنا من هذه النصوص الملاحظات التالية:

- هدف المشرع من تقرير حق المطل هو ضمان الحياة الخاصة للأفراد، وكذلك توفير وجهة دقيقة لشروط مناسبة، يمكن من خلالها ممارسة هذا الحق في حائط يطل على عقار الجار .

- نظمت التشريعات محل الدراسة المطلات الموجهة كقيد على الملكية العقارية الخاصة الجوارية، ويقصد بهذه المطلات؛ الفتحات التي تمكن الجار من رؤية ملك جاره مباشرة دون ضرورة إلى الانحناء باتجاه اليمين أو اليسار، ويثبت ذلك بتلاقي الخط العمودي المقام على هذا الحائط من سطح الفتحة مع ملك جاره في أية نقطة منه<sup>(3)</sup>.

(1) - يقابل هذا النص المادة (97) من القانون المدني السوري: «لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ما لم يكن بين الحائط الذي يحدث فيه هذا المطل أو هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين»، أنظر في ذلك توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص166.

(2) -L'article 678 du ccf: « On ne peut des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres de distance entre le mur ou les pratique et ledit héritage, a mois que le fonds ou la partie du fonds sur lequel s'exerce la vue ne soit déjà grevé, au profit du fonds qui en bénéficie, d'une servitude de passage faisant obstacle à l'édification de constructions. », cette article créé par loi 1804-01-31 promulguée le 10/02/1804, modifié par Loi n° 67-1253 du 30/12/1967-art 35 jorf, 03/01/1968.

(3) - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 106.

- يعتبر قيد المطل عاما، ويسري نطاقه على المباني الحضرية والريفية، العقارات الملاصقة وغير الملاصقة، وميزة هذا المطل، هي منح امكانية الإطلال المباشر على ملك الجار، لأنه يسمح بالنظر المستقيم إلى ملك الجار، مما يسبب له المضايقة والحرج، والوضعية الفيزيائية لموقع بناية الجار كله أو بعضه في مواجهة الفتحات، تجعل الشرفات الخارجة عن البناء والبارزة منه مطلات مواجهة للبنىات المقابلة لها من ثلاث نواحي، تتيح امكانية النظر إليها دون الاضطرار إلى الانحناء إلى الخارج.

## 2) المطلات المنحرفة

المطل المنحرف؛ هو الفتحة التي لا يتسنى النظر منها بطريقة عمودية على ملك الجار، بحيث أن الإطلال منها على ملك الجار يحتاج إلى الالتفاف يمينا أو شمالا، أو الانحناء للخارج، وهو ما يتحقق حيث يفتح المطل في حائط يمثل زاوية مع حد الملك مع الجار، أو حيث يجري فتح نافذة في حائط يقع على خط واحد مع ملك الجار.<sup>(1)</sup>

وتتبع المناور نوعي المطلات، فيمكن أن تفتح مناور حسب اتجاه المطلات استقامة أو انحرافا، لكن ما دامت المناور غير متعلقة بالرؤية، فموقعها يكون وفقا لمقاييس تقنية لقانون التهيئة والتعمير حسب موقعها من البناية، وحسب زاوية الضوء وعامل التشميس.

## الفرع الثاني: أحكام حق المطل والمنور

لقد وضعت التشريعات محل الدراسة جملة من الأحكام القانونية التي تنظم بها حق المطل والمنور بالشكل الذي يحقق حماية كاملة للجوار، وما تقتضيه حالة العقارات المتجاورة، لأن حق الملكية لم يعد ميزة للمالك فقط، بل أصبحت له وظيفة اجتماعية محاطة بقيود عديدة تمنع المالك من استعمال حقه إذا كان هذا الحق يسبب ضررا للغير.

وعليه سيتم التعرض للأحكام الخاصة بالمسافة القانونية، والأحكام المتعلقة بالحالات غير المستوفية للشروط القانونية فيما يلي:

### أولا: الأحكام المتعلقة بقيد المناور

لم يشترط لقيد المناور أحكام متعددة، سوى ما تعلق منها بمسألة الارتفاع، ومدى قابليتها لتكون مطلا. نظرا لمدى كفايتها ليس كآلية مزدوجة للإنارة والتهوية، بل حماية لحقوق الجوار وما يترتب عنها من مضار.

### 1) حساب ارتفاع المنور

قررت المادة (711) من ق. م. ج على كيفية حساب ارتفاع المنور بقولها:

(1)- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 167.

" لا تشترط أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها... ".  
وقضت المادة (821) من ق.م.م على أنه: " لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة... "

وكما حدد الفصل (173) من م ح ع ت ارتفاع المنور بالآتي:

" ... وكانت على ارتفاع مترين ونصف متر من أرض البيت المراد إضاءته إذا كان الطابق سفليا وعلى ارتفاع مترين من أرض البيت إذا كان الطابق علويا. "

أما المشرع الفرنسي فضبط ارتفاع المناور في المادة (677) من القانون المدني الفرنسي، التي فرضت عدم جواز إنشاء نوافذ أو مناور سوى على ارتفاع ستة وعشرين ديسمتر (ثمانية أقدام) من أرض الغرفة المراد إنارتها إذا كانت في الطابق الأرضي، وعلى ارتفاع تسعة عشر ديسمتر (ستة أقدام) فوق الأرض إذا كانت طوابق علوية<sup>(1)</sup>.

ومن خلال استقراء نصوص هذه التشريعات يتضح لنا النقاط التالية:

- لم تتفق التشريعات محل الدراسة على ارتفاع موحد حق المنور، إذا اعتبره المشرع الجزائري بمترين، يبدأ حسابه من أرض الغرفة محل الإنارة دون تحديد دقيق لمستويات المنور بالنسبة للسكن ذو طوابق، لأنه كلما ينخفض الطابق يقل الارتفاع.

- لم يقيد المشرع المصري المناور بمسافات معينة، كما فعل مع المطلات المواجهة والمنحرفة، فسمح بفتح مناور في الحيطان على أية مسافة، بل يجوز للمالك إقامة حائط على الحد الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور ويفتح فيه ما يشاء من المناور، غير أن القيد الذي يمكن استخدامه في المنور، هو أن يكون ارتفاعه يعلو على قمة الانسان العادي، الأمر الذي لا يجعله يستخدم في الإطلال على العقارات المجاورة وإنما في نفاذ الضوء والهواء، فيكون ارتفاع المنور على مترين كما أورده المشرع الجزائري، أو مترين ونصف كالمشرع التونسي، ومترين وستين سنتيم مثلاً جاء في القانون الفرنسي. لكن عدم تحديد المطل بارتفاع معين، والاعتماد على القواعد العامة لمعيار الرجل العادي، وهو معيار غير ثابت ونسبي، ولذلك يبقى لقاضي الموضوع مسألة تقدير هذا الارتفاع عن القمة المعتادة، الذي قدرها الاجتهاد القضائي المصري بـ (1,80 متر)<sup>(2)</sup>.

(1)-L'article 677 du ccf: «Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs.» op.cit.

(2)-" نص المادة 821 لم يخصص معيار قمة الإنسان المعتاد بارتفاع معين، مما يدل على أنه ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب، وإذا كان الثابت بتقرير الخبير أن العرف جرى على احتساب القمة المعتادة بـ 180 سم، فإن

- كان المشرع التونسي دقيقاً في عملية حساب ارتفاع المنور تبعاً لوجود طابقين، فجعله بارتفاع مترين ونصف من أرض الطابق السفلي الذي يراد إنارته، ليقبل تدريجياً لارتفاع مترين من أرض البناية متى كانت ذات طابق علوي.

- يتم حساب ارتفاع المناور لدى المشرع الفرنسي بهذه العملية الحسابية الآتية

طابق أرضي 26 دسم = 2,6 متر

طابق علوي 19 دسم = 1,9 متر

وعليه، فهناك اختلاف بين مسافة المطل لدى المشرع الفرنسي والمقدرة بـ: 1,90 متر وارتفاع المنور نزولاً وصعوداً، وهذا راجع لاتباعه في ذلك المقاييس الفنية الموجودة في قانون التعمير.

### (2) حكم المنور القانوني

إذا قام المالك بإنشاء منور مستوفي لشروط الارتفاع القانوني المطلوب منه يكون هذا المنور جاهزاً لإعداده للإضاءة والتهوية دون امكانية النظر منه، فلا يجوز لصاحب العقار المجاور الاعتراض على وجوده أو طلب سده، وعليه ينشأ مبدأ الحرية في فتح المنور ما دامت لا تؤذي الجيران إلا إذا صدر من الجار تعسف في استعماله، كالتلصص والتجسس من خلال اعتلاء درج يمكنه من الاطلاع على حرمة الجار، فوقتها يجوز للجار المتضرر طلب إزالة هذا المنور وإعادة الحال إلى ما كان عليه وطلب التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية، غير أن اجراء المنور لا يمنع الجار من إقامة بناء ذو حائط صامت على حد ملكه رغم ما يؤدي إليه من سد المنور المفتوح ولو مضى على فتحه أكثر من خمس عشرة سنة، باعتبار أن كسب الارتفاع بالتقادم يقتضي حيازة تمثل تعدياً على حق الغير وليس بعمل يأتيه الشخص على انه مجرد رخصة من المباحات، وإتيان الرخصة لا يصلح أساساً للحيازة أو للتملك بالتقادم المكسب<sup>(1)</sup>.

ومن خصائص المنور القانوني؛ أنه حق تبادلي كالمطل، يمنح للجار الآخر الحق في إنشاء منورا في ملكه المقام على حد الملك.

### (3) حكم المنور المخالف لشرط الارتفاع

يحدث أن يتم فتح منور دون مراعاة الشرط القانوني للارتفاع المحدد حسب كل تشريع كما سبق ذكره، فإنه يعتبر مطلاً لا منورا، ومن ثم يجب التمييز بين حالتين:

الحكم المطعون فيه إذا قضى بإلزام الطاعن برفع قاعدة الفتحات موضوع الدعوى إلى العلو المشار إليه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. "، طعن مؤرخ في 31/01/1974، مجموعة الأحكام س 25، ص 272، نقلاً عن عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 71.

(1) - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 72.



**3-1) الحالة الأولى:** إذا تم مراعاة المسافة القانونية في المطل بنوعيه المواجه والمنحرف، فلا يمكن للمالك المجاور الاعتراض عليه، ولا على صفته كمنور أو مطل، وتسري عليه الأحكام المطبقة على قيد المسافة للمطلات كما سيأتي شرحه أدناه.

**3-2) الحالة الثانية:** يستدعي قيام هذه الحالة عدم مراعاة المسافة القانونية في المطل المنشئ، فيحق للجار الاعتراض عليه وطلب سده، ولا يجوز للمالك الذي فتحه الادعاء بخصائص المنور وليس المطل، وأنه هدف به الإنارة والتهوية دون الرؤية، وعليه ما دامت الفتحة ليست على الارتفاع المفروض قانوناً، فتعتبر مطلاً لا منوراً، وبناء عليه تسري عليه أحكام المطلات غير المستوفية لقيد المسافة القانونية، فإذا بقيت الفتحة على موقعها مدة خمس عشرة سنة، فقد كسب صاحبها حق ارتفاق المطل، ولا يجوز بعد ذلك للجار الاعتراض على بقاء الفتحة، ولا حتى طلب سدها، سواء تم اعتبارها منوراً أو مطلاً.<sup>(1)</sup>

وأكد الاجتهاد القضائي الفرنسي للغرفة المدنية على الزامية التفريق بين حق المطل وحق المنور، نظراً لاختلاف الوظيفة لكليهما<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 386.

<sup>(2)</sup> 1°) Alors que si, dans ses dernières conclusions d'appel n° 6, M X... avait sollicité, à titre principal, qu'il soit fait interdiction à la société ERI de procéder à la surélévation de l'annexe du bâtiment A du [...] en conséquence de la reconnaissance d'une servitude de vue au profit de son lot de copropriété, il s'était, en revanche borné, à titre subsidiaire, à réclamer la réformation du jugement déféré l'ayant débouté de sa demande indemnitare au titre d'un trouble anormal de jouissance, à demander la reconnaissance d'un trouble anormal de voisinage résultant de l'obstruction de la fenêtre et, en conséquence, la condamnation de la société ERI à lui verser une somme de 224.000 euros à titre de dommages et intérêts ; qu'en se fondant, après avoir expressément débouté Monsieur X... de sa demande principale tendant à voir dire que sa fenêtre donnant sur la cour du [...] est constitutive d'une servitude de vue, sur la seule demande subsidiaire de celui-ci invoquant l'existence d'un trouble anormal de voisinage pour dire que l'ouverture litigieuse est une fenêtre qui ne peut être obstruée par la société ERI sans causer un trouble anormal de voisinage, et interdire en conséquence à la société ERI de procéder à la surélévation de l'annexe du bâtiment,

2°) Alors que même lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions des articles 676 et 677 du code civil, une ouverture peut néanmoins constituer un jour de souffrance ; qu'en décidant le contraire;

3°) Alors que la circonstance qu'une ouverture permet d'éclairer l'appartement dans lequel elle a été pratiquée n'exclut pas de qualifier celle-ci de jour de souffrance ; qu'en retenant, pour considérer que l'ouverture litigieuse doit donc être qualifiée de fenêtre et non de jour de souffrance, « qu'elle participe de façon importante à l'éclairage, la luminosité et à l'aération de l'entrée » ou encore « à la luminosité générale des lieux », la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à écarter la qualification de jour de souffrance, a privé sa décision de base légale au regard des articles 676, 677 et 678 du code civil ;

4°) Alors qu'une ouverture ne peut être qualifiée de vue dont le risque d'indiscrétion créé est exclusif de la qualification de jour de souffrance que si elle permet à un individu de taille

## ثانيا: الأحكام الخاصة بالمطلات

هناك تعدد في الأحكام التي تضبط حق المطل، نتيجة لتأثيره على الملكية العقارية.

## 1) قيد المسافة القانونية

هناك أحكام قانونية يتوجب مراعاتها حتى يتمكن المالك من فتح مطل بمسافة معينة، وذلك حسب

نوع المطل

1-1) مسافة المطل المواجه: اتفق التشريع الجزائري، التونسي والمغربي على المسافة القانونية المقيدة لحق المطل المواجه وملك الجار؛ وهي مترين<sup>(1)</sup>، وهي مسافة معقولة تترك حدا لضمان عدم رؤية الأجزاء الداخلية لبناية الجار، وذلك حفاظا على حرمة الحياة الخاصة له.

اختلف المشرع الفرنسي والمصري مع بقية التشريعات الأخرى في مسافة المطل، بحيث حددها الأول بـ: (1،90م)، والثاني بـ متر، وما يعاب على المشرع المصري أنه حدد أدنى مسافة، بحيث لا تساوي حتى قامة الانسان العادي، وتمكن من الاطلاع بشكل واضح على ملك الجار، مما يسبب نزاعات بين الطرفين، خاصة أن هذا القيد تبادلي بين الجيران، فكل جار مجبر على فتح مطل على ملك الآخر، وليس لديه الحق في الاعتراض، فضوابط البناء تفرض وجود مطلات بهدف الرؤية، الإضاءة، والتهوية.

ويبدأ قياس مسافة المطل بالنسبة للتشريع الجزائري بداية من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من النتوء<sup>(2)</sup>، وهو نفس الأمر للمشرع المصري، فإن كان الجار يطل على جاره من نافذة، فإن مسافة المتر تقاس ابتداء من ظهر الحائط الذي به هذه النافذة أي من حافة الحائط الخارجية المجاورة للجار، وليس من حافته الداخلية الموجودة ناحية صاب المطل، بمعنى لا يدخل سمك الجدار الذي به النافذة في حساب المتر، وفي حالة ما إذا المطل مشربة أو خارجة، فتحسب مسافة المتر من حافتها المواجهة للجار، بحيث لا يدخل سمك سور الخارجة أو المشربة في حساب المتر<sup>(3)</sup>، وهو ما

moyenne de regarder sans effort particulier et de manière constante et normale sur le fonds voisin ; qu'en affirmant, pour décider que l'ouverture litigieuse pratiquée dans l'appartement de M X... ne constitue pas un jour de souffrance mais une fenêtre que la société ERI ne peut pas obstruer, que cette ouverture créé un risque d'indiscrétion tout en constatant qu'elle n'offre pour une personne de taille moyenne située au milieu du couloir-entrée de l'appartement de M. Serge X... qu'une vue partielle sur les fonds voisins et, notamment, en vue droite, sur le toit et le dernier étage de l'immeuble du .. situé à 22,56 m de distance, ce dont il résulte qu'elle ne permet pas de regarder, sans effort particulier, de manière constante et continue sur les fonds voisins, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 678 du code civil. », cour de cassation, chambre civile, Arrêt n° 17-11288,2017, <https://www.legifrance.gouv.fr>, op.cit.

(1)- أنظر المادة 01/709 من ق م ج، والمادة 68 من ح ع م، والفصل 174 من ح ع ت، المصادر السابقة.

(2)- المادة 709 من ق م ج، المصدر السابق.

(3)- المادة 819 من ق م م، المصدر السابق، أنظر كذلك سعيد جبر، المرجع السابق، ص 405.

انتجه المشرع التونسي في بداية حساب المسافة من ظاهر الحائط الخارجي، حيث تكون النوافذ، أما بخصوص الشرفات وما سواها من النتوءات فابتداء من خطها الخارجي إلى الخط الفاصل بين العقارين، كذلك فعل المشرع المغربي بحساب المسافة من ظهر الحائط الذي فتحت فيه المظلات أو من خارج الشرفة، لتكون نقطة النهاية في جميع هذه التشريعات؛ هي الخط الفاصل بين الملكين، لكن مع ذلك وضعت الفقرة الثالثة من الفصل 175 من م ح ع ت قاعدة أخرى متعلقة بالبناء داخل المناطق البلدية تنظمه القوانين الخاصة بذلك، وعليه تحسب مسافات المظلات طبقا للترتيب العامة العمرانية وليس للأحكام الخاصة، وهو ما أكدته القرار التعقيبي في قوله: " إن القول بأن الترتيب البلدية المعمول بها بالمنطقة البلدية تفرض على المتجاورين مسافة يتراوح قدرها بأربعة أمتار ولئن يبدو ظاهريا يتماشى مع مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 175 من م ح ع ت الناصية على البناء داخل المناطق البلدية تنظمه القوانين الخاصة بذلك، غير أنه لا يكفي لتبرير ما ارتأته المحكمة في هذا الخصوص طالما أنها لم تحدد بالدقة المطلوبة السند القانوني الصحيح الذي يفرض على المتجاورين ترك مسافة قدرها أربعة أمتار.<sup>(1)</sup>"

وتقاس مسافة المظل المباشر أو المواجه في القانون المدني الفرنسي حسب نوع المظل وطريقة قياسه، فتحسب من الواجهة الخارجية للجدار الواقع المظل عليه، إذا كان المظل نافذة، وتحسب من الخط الخارجي للسور إلى الحد الفاصل بين العقارين المتجاورين، عندما تكون المظلات شرفات، أسطحا أو نتوءات مماثلة<sup>(2)</sup>.

ومن مقتضيات الأحكام السابقة يخلص إلى خصائص حق المظل:

- يعتبر قيد المسافة في حق المظل؛ قيذا تبادليا، فكلا الجارين ملزمين بتقبل فتح مظل مواجه لعقاره دون الاحتجاج بالرفض، فالحد يقيد حرية الاختيار، لأن متطلبات الجوار تفرض فتح مظلات بهدف الرؤية وإدخال الضوء والتهوية للعقار.

- يقرر حق المظل بالنسبة لكل مالك على حدى، فإذا منع القانون المالك من فتح مظل مواجه على بمسافة متر مثلا من ملك الجار، فإن حق الجار ملزم بهذا القيد كذلك، إذ ليس له أن يفتح مطلا إلا

(1)- قرار تعقيبي مدني لمحكمة التعقيب التونسية، عدد 37731، مؤرخ في 15/03/1993، نشرة 1993، ص 227، نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص 194.

(2)- Voir l'article 680 du ccf: «La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents se compte depuis le parement extérieur du mur ou l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.», op.cit.

على المسافة نفسها من حد جاره، وبهذا إذا افترض وجود مطلات مواجهة لكل من الجارين، فلا بد أن تكون المسافة بين حدي المباني مترين، وذلك متى كانت المطلات في العقارين نوافذ<sup>(1)</sup>.

- المنع في قيد المسافة منع نهائي يوجب إزالة الفعل الممنوع سواء أحدث ضرر أم لا، وهو ما نص عليه قرار محكمة التعقيب التونسية كما يلي: " اقتضى الفصل 174 من مجلة ح ع أنه لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات... إلا على مسافة مترين... ويؤخذ من مقتضيات هذا النص أن كلمة لا يجوز الواردة به معناها المنع البات والمنع يوجب إزالة الفعل الممنوع دون نظر إلى كونه أحدث مضرّة أو لا لأنه مع عدم الجواز يكون الضرر مفترضا قانونا"<sup>(2)</sup>.

- يرجع عدم جوازية فتح مطلات دون قيد للفقهاء الإسلامي، والذي يرى أن الجار الذي يفتح كوة (مطل) يشرف به على جاره، يكون عليه منعه من ذلك سواء كانت قريبة من العقار أم لا، أن في ذلك ضرر فاحش بالجار، خاصة إذا كان هذا المطل يقابل مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر<sup>(3)</sup>.

## 1-2 مسافة المطل المنحرف

قيدت التشريعات محل الدراسة فتح المطلات المنحرفة بمسافة قانونية متباينة.

وحدد التشريع الجزائري هذه المسافة حسب نص المادة (710) من ق م بقولها: " لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمترا من حرف المطل... " وتقلصت هذه المسافة بالنسبة للتشريع المصري في المادة 820 من ق م منه على أن: " لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتر من حرف المطل... "

وكذلك قرر المشرع التونسي المسافة المطلوبة في التشريع المصري في أحكام الفصل (2/174) من ح ع ت على أنه: " لا يجوز له أيضا أن يحدث مطلا جانبيا أو منحرفا على أرض مسيجة أو غير مسيجة للمالك المجاور إلا على مسافة نصف متر بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المجاورة "

(1) - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الحادي عشر، حق الملكية، دار محمود للنشر، القاهرة، مصر، 2014، ص 365.

(2) - قرار تعقيبي مدني، عدد 26031، مؤرخ 1992/10/12، محكمة التعقيب التونسية، نقلا عن مصطفى صخري، المرجع السابق، ص 192.

(3) - محمد بن محجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، المملكة المغربية، 1999، ص 93.

واختصر المشرع المغربي مسافة المطل المنحرف في المادة (68) من م ح ع م  
 "... وإذا كانت منحرفة فعلى مسافة متر واحد...".

بالنسبة القانون المدني الفرنسي فقد منع فتح مطلات جانبية أو منحرفة للملك المجاور إلا على مسافة ستة ديسمتر<sup>(1)</sup> (60 سم)، وعلة ذلك أن المطل المنحرف لا يمكن من النظر المستقيم المباشر على ملك الجار، بل يقتضي أن يميل الإنسان يمينا أو شمالا أو ينحني إلى الأمام. ويلاحظ من هذه النصوص النقاط التالية:

- هناك فرق واضح بين المسافة القانونية للمطل المواجه والمطل المنحرف، فكلما كان منحرفا تقلصت هذه المسافة، من مترين إلى متر، ستين سنتيمتر، ونصف متر، والسبب في ذلك، أن المطل المنحرف أقل مضايقة للجيران، لتطلبه الانحناء يمينا أو يسارا لرؤية عقار الجار.
  - قررا القانون المصري ومجلة الحقوق العينية التونسية نفس المسافة المحددة للمطل المنحرف بنصف متر، وتمثل هذه المسافة نصفها في المطل المواجه لدى المشرع المصري بمتر واحد، إلا أن المشرع التونسي جعل الفرق كبير بين المطل المواجه بمترين، ليقاصه لنصف متر للمطل المنحرف.
  - اتفق المشرع الجزائري مع الفرنسي في جعل مسافة المطل المنحرف بـ: (60) سم، رغم اختلافهما الطفيف في مسافة المطل المواجه المحددة بمترين عند الأول ومتر وتسعين سنتيمتر للثاني.
  - اختلف المشرع المغربي مع التشريعات السابقة في تمديد هذه المسافة لمتر، وهي مسافة قصوى بالنسبة لمطل منحرف، وغاية التشديد في التقييد هو ضمان حق الجار في استعمال ملكه كما يشاء دون رقابة أو ازعاج من الجار المجاور، وهو حق متبادل للطرفين.
- ويمكن كذلك تلخيص المطل المنحرف في الجدول التالي<sup>(2)</sup>:

(1)-voir l'article 679 du ccf: «On ne peut, sous la même réserve, avoir des vues par coté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres de distance», op.cit.

(2)- من إعداد الباحثة.

| نوع قيد<br>المطل              | نوع التشريع                 | المسافة القانونية<br>للمطل | حدود القيد  |
|-------------------------------|-----------------------------|----------------------------|---|
| منحرف                         | الجزائري (م 710 ق م ج)      | ستون سم                    | من ظهر الحائط الذي يوجد له<br>المطل، أو من الحافة الخارجية<br>للشرفة أو من النتوء   |
| منحرف                         | المصري (م 820 ق م م)        | خمسون سم                   | حرف المطل   |
| جانبي                         | التونسي (ف 2/174 م ح<br>ع ت | نصف متر                    | بين الحائط المحدث فيه المطل<br>وبين الأرض المجاورة  |
| منحرف                         | المغربي (م 68 م ح ع م)      | متر                        | من ظهر الحائط الذي فتحت فيه<br>المطلات أو من خارج الشرفة،<br>وذلك إلى غاية الخط الفاصل بين<br>الملكين   |
| Vue par<br>coté ou<br>oblique | Français (A 701/1 c<br>c f) | Six dc                     | Depuis le parement<br>extérieur du mur ou<br>l'ouverture se fait, et, s'il y<br>a balcons ou autres<br>semblables saillies, depuis<br>leur ligne extérieure<br>jusqu'à la ligne de<br>séparation des deux<br>propriétés |

## 2) الأحكام الخاصة بالمطلات المعفاة من قيد المسافة

هناك مطلات أعفيت من قيد المسافة، لأن تحديدها سيحول دون تحقيق الغرض من وجودها، لذلك يمكن فتحها على أي مسافة كانت من البناية المجاورة، وهذه المطلات هي:

### 1-2) الأبواب ومدخل العقارات

هي كل المخرجات للموضع المعين، جهة لإغلاق فتحة في جدار، ويتم عمل الفتحات في الهيكل الخارجي للمبنى، وذلك للسماح بوجود اتصال بين المساحة الخالية المحصورة والعالم الخارجي، وكذا للسماح بوجود صلة مع المساحة الخالية الخارجية حينما تكون الظروف الطبيعية مواتية وملائمة، ويتم عمل هذه الفتحات في القواطع الداخلية للسماح بالاتصال بين مختلف الأجزاء الموجودة في المساحة الخالية المحصورة، ومن ثم يمكن التحكم في الوصل أو الفصل في نوع التصميم الخاص بها على

الغرض الذي تم استهدافه منها<sup>(1)</sup>، وعليه يعتبر الفقه الأبواب؛ مطلات مستثناة من قيد المسافة، لأن الغرض من تخصيصها هو الدخول والخروج من العقار، ولم توجد للإطلال منها على الجار ولا يمكن تحديدها بمسافة تراعى فيها مع العقار المجاور، لأن ذلك سيمنعها من أداء الغرض الذي وضعت من أجله، لكن هناك اختلاف بين الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في ذلك، حيث قررت محكمة النقض المصرية خلاف ذلك في الحكم التالي:

"... أن الطاعن أقام دعوى على المطعون ضده بطلب الحكم بإلزامه بسد المطلات المبينة بصحيفة الدعوى، والتي قام هذا الأخير بفتحها على ممر خاص مملوك له - الطاعن - دون مراعاة المسافة القانونية، ندبت المحكمة خبيراً، وبعد أن أودع تقريره حكمت بالطلبات، استأنف المطعون ضده الحكم بالاستئناف... وقضت محكمة الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف إلى إلزام المطعون ضده بسد جميع المطلات المفتوحة على ذلك الممر **عدا باب العقار**، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، ... وحيث أن الطعن أقيم... على سند من أن الباب لا يعد مطلاً، مع أن نصوص القانون المدني حيث وضعت قيوداً على حق الملكية لم تفرق فيما يتعلق بالمطلات بين النوافذ والأبواب...

وحيث إن هذا النعي شديد، ... يدل على أن المشرع حرص على تقييد حق المالك في فتح مطلات على ملك الجار رعاية لحرمة الجوار، فحظر أن يكون للجار على جاره مطل مواجه ...، ويرتفع قيد المسافة عن كل مطل يفتح على طريق عام، حتى لو أمكن اعتباره في الوقت نفيه من المطلات المنحرفة بالنسبة إلى ملك الجار، وإذا جاءت النصوص الخاصة بوضع قيود مسافة على المطلات عامة دون تفرقة بين باب ونافذة، فإنها تسري على المطلات جميعاً متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقارين، ويكون للأخير طلب الحكم بسدها عند عدم مراعاة المسافة القانونية ولو كان العقار المطل أرضاً فضاء باعتبار أن فتح المطل في هذه الحالة اعتداء على الملك، يترتب على تركه اكتساب المعتدي حق ارتفاق بالمطل يلزم صاحب العقار المطل عليه مراعاة المسافة القانونية بين المطل وما يقيمه من بعد من بناء، وهي نتيجة تتأتى مع النظر القانوني الصحيح، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فخصص النصوص المتعلقة بقيود المطلات وجعلها مقصورة على النوافذ دون الأبواب، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يعيبه ويوجب نقضه.

<sup>(1)</sup><https://ar.m.wikipedia.org/wiki/باب>

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه، ولما تقدم ... من أن المطعون ضده فتح باباً في عقاره على الممر الخاص المملوك للطاعن دون مراعاة قيد المسافة المنصوص عليها قانوناً، فإنه يتعين القضاء في موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف<sup>(1)</sup>.

وما نستشفه من هذا القرار هو أنه أصاب في دفع عدم تفرقة بين نافذة وباب، طالما أن الباب يمكن الإطلال منه على ملك الجار، لكن ما يعاب على هذا القرار هو الوظيفة الأساسية لحق المطل الإطلال، فتسميته وصف إسنادي لوظيفته، كما أن هذا الحق متعلق بالبناء، وهذا الأخير يخضع لمقاييس تنظيمية وضوابط ترتيبية، وإنشاء الأبواب من الضروريات الأساسية في البناء، لكن وإن يشترك في امكانية الإطلال منه، لكن وظيفته التي أنشأ من أجلها تهدف للدخول والخروج منه، خاصة أنه يصنع من مادة الخشب أو الحديد ولا يمكن من الرؤية، باستثناء الأبواب ذات الزجاج غير الثابت والشفاف، فحكمها حكم المطل، ما دامت تساهم بشكل مباشر في اطلال الجار لملك جاره، والتعدي على حرمة وعرقته في ممارسة سلطاته في ملكيته، مما يؤدي إلى النزاعات والخلافات بين الجيران.

وهناك قرار لمحكمة النقض المغربية قررت فيه أن إقدام الشخص بفتح باب حديدي بشكل يضر بجاره لأنه يعتبر تعدي على حرمة السكن المجاور، ويجعل المحكمة مؤهلة بإزالة هذا الضرر بإغلاق هذا الباب المفتوح بصفة غير قانونية وبشكل يضر الغير<sup>(2)</sup>.

## 2-2) المطلات الكاشفة لحيطان مسدودة

تعد هذه المطلات غير كاشفة من العقار والمجاور إلا حيطاناً مسدودة، ما لم تهدم هذه الحيطان، أو لا تكشف إلا السطح أو التي لا يبصر الناظر منها إلا السماء، والعلة من استثناءها من قيد المسافة أنها ليست معدة أصلاً للنظر منها على البنايات المجاورة، لذلك يجوز فتحها في الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين، ثم أن فرض قيد المسافات على السطوح يؤول حظر البناء على حدود الأرض في كل جهة من جهاتها ولو لم يكن صاحبها يقصد إحداث مطل على العقار المجاور<sup>(3)</sup>. لكن هناك رأي فقهي يخالف الرأي الأول، بحيث اعتبر تحطم الحائط الذي يكشفه المطل، يرتب كشف الأجزاء الداخلية للعقار، مما يجيز لصاحب العقار المجاور طلب سد المطل حتى لو بقي المطل مفتوحاً على الحائط مدة

(1) - حكم مدني رقم 5895، المؤرخ في 2002/01/08، محكمة النقض المصرية، أحكام النقض، المكتب الفني، مدني، السنة 53، الجزء الأول، ص 121.

(2) - قرار مدني عدد 2359، مؤرخ في 2012/05/15، محكمة النقض المغربية، نقلاً عن ابراهيم صادق، عمر<sup>(2)</sup> - أزوكار، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد الثالث، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2013، ص 267، 268.

(3) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 697.



خمس عشرة سنة، ذلك لأن بقاء المطل مفتوحا لا يكسب صاحبه حق ارتفاق بالتقادم، إذ ليس في هذا العمل اعتداء يكسب قيامه حقا بالتقادم<sup>(1)</sup>.

**2-3) المطلات المواجهة للطريق العام:** اتفقت التشريعات محل الدراسة على إعفاء المطلات المواجهة للطريق العام من قيد المسافة بالنسبة للعقار المجاور، وهو ما أكدته المادة (710) من ق م ج بقولها: «... على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.»، وهو ما رصده المشرع المصري في المادة (820) من ق م ج م في نصها على أن:

"... ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام."

ومثال المشرع التونسي هذا الإعفاء في مضمون الفصل (1/174) الذي نص أيضا على أنه: "... ولا ينسحب ذلك التحجير على السطوح والمطلات المفتوحة على الطريق العام."<sup>(2)</sup>

وهو الأمر الذي استجاب له المشرع المغربي في أحكام المادة (68) من م ح ع م بما يلي: "... ولا يسري المنع على المطلات والشرفات المفتوحة على الطريق العمومية."

ومن خلال استقراء هذه النصوص يتضح ما يلي:

- وصف القيد في التحريم، الحظر، المنع، التحجير<sup>(3)</sup>، مع أن المشرع المغربي كان الأدق في استعمال مفهوم المنع، والذي يرادف التقييد.

- إذا كان الأصل أن المطل المنحرف يعد مقيدا بمسافة معينة، فإن الاستثناء الوارد عليه هو وضعية موقعه إذا كانت مستقيمة مع طريق عامة ولا يكشف عقارا مملوكا ملكية خاصة لأحد الجيران الملاصقين، وذلك أن القواعد العامة للطرق تخضع للسلطة العامة في وضع قواعد البناء وحساب المسافات في قوانين التعمير، ولا تحتاج لقيد المسافة.

- تتحدد كذلك مسافة القيد بالنسبة للشرفات والخرجات بنوع المطل الذي تكون فيه بغض النظر عن النافذة المتصلة بها، فقد تكون هذه النافذة مطلا منحرفا، بالنسبة إلى العقار المجاور، وهو يشكل

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 146.

(2) - كذلك قررت نفس الحكم محكمة التعقيب التونسية على أنه: " أنه يتعين على الجار الذي يريد فتح نوافذ أو فتحات بعقاره أن يحترم مسافة مترين بين الحائط المحدث والنوافذ والشرفات وبين الأرض التابعة لجاره وأنه لا ينسحب التحجير على المطلات المفتوحة على الطريق العام."، قرار تعقيبي مدني عدد 43632، مؤرخ في 10/03/2011، محكمة التعقيب التونسية، مجلة الأخبار القانونية، عدد 115/144، المؤرخة في جوان 2011، تونس، ص 46.

(3) - التحجير: من الحجر؛ المنع من التصرف، ومثاله الحجر على المجنون.

زاوية قائمة مع الحائط المفتوحة فيه، في حين أن الشرفة أو الخارجة تكون بالنسبة إليه مطلا مواجهها، لأنه يمكن النظر إليه منها دون الانحناء أو الالتفات، أما بالنسبة إلى العقار الذي تقع حدوده على ذات الخط الذي فيه الحائط فتكون الشرفة أو الخارجة مطلا منحرفا.

### الفرع الثالث: آثار حق المطل

إن عدم الاتفاق في تحديد الطبيعة القانونية لحق المطل بين قيد قانوني أفرز اختلافا في مدى تأثيره كقيد قانوني على الملكية العقارية للجيران، ومن ثم الحد من سلطات المالك في استعمال واستغلال ملكيته، أو أعباءه كارتفاق بين العقار المطل والعقار المطل عليه، مما جعل من الآثار المترتبة عن هذا الحق متباينة، منها ما هو متعلق به كقيد، ومنها ما تعلق به كحق ارتفاق.

### أولا: إشكالات قيد المسافة

إن كانت سلطة استعمال واستغلال الملكية العقارية الخاصة مرتبطة بمنح مالكة حق الاستئثار والانتفاع بعقاره دون مشاركة أحد في هذا الانتفاع، غير أن تقرير المسافة القانونية على حق المطل، جعل المالك المجاور ملزم بقيد تبادلي اتجاه جاره في اجبارية تحمل المضار الجوارية العادية التي يسببها فتح مطل، ما دام كل طرف تابع ومتبوع لنفس القيد، لكن هناك إشكالات المسافة في حالات لم تتطرق إليها التشريعات محل الدراسة، أو اختلفت عليها، منها ما تعلق بقوانين خاصة، أو بوجود عقار مسور بحائط مرتفع دون حائط، أو بأرض مشتركة، أو بأرض للغير.

**1) المسافة الخاصة بالتعمير:** تثار الكثير من النزاعات القضائية حول المسافة القانونية المطبقة في حق المطل المواجه، هل تطبق المسافة المحددة في القانون المدني أو المقررة في قانون التهيئة والتعمير؟

وأصدرت المحكمة العليا الجزائرية قرارين مهمين حول مسافة المطل، حيث قضى القرار الأول بما يلي:

" ... عن الوجه التلقائي: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون، حيث إنه بالفعل يتضح أن النزاع القائم بين الطرفين، والمعروض على القضاة هو يرمي إلى غلق ثلاثة مطلات مقامة وموجودة على بعد مسافة 2.20 م حسب الثابت في القرار.

حيث أن القضاة لفصلهم في الدعوى استبعدوا تطبيق أحكام المادة 709 من القانون المدني، المتعلقة بحق المطل وباحترام قواعد الجوار واعتمدوا في إصدار قرارهم محل الطعن على أحكام المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28/05/1991 المطبق لبعض مواد قانون التهيئة والتعمير.

حيث إنه من الثابت أن هذه المادة التي استند إليها القضاة هي متعلقة بإنشاء وإقامة العمارات وتعليتها وترك المسافة المطلوبة بين العمارات وهي تمثل مقاييس تقنية، فكلما زادت التعلية فيها تزداد ترك المسافة بما لا يقل عن أربعة أمتار وكلما انخفضت قلصت هذه المسافة إلى ما يقل عن 02 متر وهي تشكل ارتفاع المنظر.

وفضلا عن ذلك فإن هذه المادة هي مقرونة بالمواد 21، 22، 23 المذكورة في المرسوم قبلها، وبهذا المفهوم لا تعني حق المظل المنصوص عليه بأحكام المادة 709 من ق.م، والتي تظل هذه الأخيرة هي الواجبة التطبيق على مثل هذا النزاع.

وحيث إنه على ضوء ذلك يكون القضاة قد أساءوا فهم المادة 24 من المرسوم المذكور وأخطأوا في تطبيق القانون وهو الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للنقض والإبطال...

أما القرار الثاني فقد أورد المضمون الآتي:

" أوجه الطعن بالنقض:

الوجه الأول: مخالفة القانون حيث أن النزاع يتعلق بفتح المدعى عليه نافذة تطل مباشرة على ملكية العارضين وقد بناؤها سنة 1995 وعلى مسافة تقل عن 04 أمتار وعلى مسافة من الحد الفاصل بين الملكيتين تقدر بـ: 2، 10 متر.

حيث بناء النافذة من طرف المدعى عليه مخالف لقواعد العمران بموجب المرسوم 91-175 تشترط 04 أمتار. وحيث أن الخاص يقيد العام وبذلك يستبعد تطبيق المادة 709 ق م.

حيث يتبين من محضر المعاينة المحرر في 2000/12/03 والصور الفوتوغرافية أن النافذة محل النزاع حديثة البناء وقد بنيت في 1995.

حيث أن القرار المطعون فيه راح يطبق المادة 705 ق م، التي تتعلق بتعلية الحائط المشترك معتبرا أن النافذة بنيت على هذا الحائط، في حين الحائط المشترك هو الحد الفاصل، وأن البناية الموجودة بها النافذة تبعد بـ: 2، 10 متر فقط مما لا يمكن للمدعى عليه فتح أية نافذة في مواجهة العارض. وحيث أن المادة 709 ق.م لا يمكن تطبيقها لأن فتح النافذة مخالف لقواعد العمران.

وعليه قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق المادة 709 ق.م

... الرد على الأوجه:

عن الوجه الأول: حيث أن الطاعنين يعيرون على قضاة الموضوع سوء تطبيقهم للمادة 709 ق م لكون النزاع يتمثل في أن المطعون ضده فتح نافذة مباشرة على ملكيتهم مخالفا بذلك قواعد العمران المنصوص عليها بالمادة: 24 من المرسوم 91-175 المحتج به، وأن هذه النافذة فتحت بمسافة تقل عن 04 أمتار من الحد الفاصل بين الملكيتين.

لكن حيث أن قضاة الموضوع وما لهم من سلطة تقدير الوقائع وعلى ضوء ما تبين لهم من الخبرة أن المسافة هي 2،10 متر من حائط الطاعن أي ما يفوق المسافة المبينة في المادة 709 ق م. وحيث أن المرسوم 91-175 المحتج به وخاصة المادة: 24 منه فإنه لا تناقض فيه مع المادة 709 ق م، ذلك أن أربعة أمتار الأفقية المنصوص عليها في المرسوم ينبغي أن تحترم من جانب الطرفين كل على بعد مترين اثنين من الحد الفاصل بين الملكيتين.

ولما كان قضاة الموضوع وقفوا على كون النافذة محل النزاع لم تبين على الجدار الفاصل بينهما، بل داخله بمساحة 2،10 متر منه فقد طبقوا صحيح القانون، وهذا فضلا عن كونهم توصلوا إلى أن المبنى قديم وقد اكتسب المطل بالتقادم، ومنه فالوجه الأول غير مؤسس..."

من خلال قراءة واستقراء لهذين القرارين يمكننا التعليق عليهما واستخلاص عدة مسائل قانونية واستنتاجات كالاتي:

توجب معرفة مفهوم القرارين التفرقة بين المصطلحات القانونية الخاصة بالبناء:

**الإطار المبنى:** مجموعة بنايات ومساحات خارجية عمومية، يخضع تنظيمها لأحكام أدوات التعمير.

**مجموعة سكنية:** تمثل مجموعة من السكنات والبنائات الفردية أو الجماعية التي تستعمل بهدف السكن، وشيدت على قطعة أرضية واحدة أو على عدة قطع متلاصقة أو متجاورة في آن واحد أو بصفة متتالية من طرف المالك أو الملاك المشتركين في القطعة أو القطع المعنية.

**المساحة المبنية:** تشكل مساحة الأرض المبنية، مع اضافة إليها مسالك الدخول ومساحات التبعية الخارجية<sup>(1)</sup>.

**السكن:** كل مشيد قائم بذاته مثبت على اليابسة أو الماء بصفة دائمة أو مؤقتة، ويتكون من طابق أو أكثر، وله سقف يستخدم للسكن، ومدخل أو أكثر يؤدي إلى طريق عام أو خاص.

**-السكن الفردي:** بناية مستقلة تماما عن المساكن المجاورة لها عموديا، تتميز بوجود مدخل خاص بها، وهذا السكن نوعان؛ **سكن منعزل:** مفتوح على جميع واجهاته ومستقل عموديا وأفقيا، **وسكن مجتمع:** ينفرد بواجهات محدودة، ويكون مستقل عمودي فقط.

**- سكن نصف جماعي:** يجمع بين خصائص السكن الفردي والسكن الجماعي، يتكون من طابقين إلى ثلاثة، ويشكل مجموعة سكنية مركبة، ومتصلة ببعضها عن طريق الجدران أو السقف، يشترك في

(1)- أنظر المادة الثانية من القانون 08-15، يحدد قواعد مطابقة البنائات وإتمام انجازها، مؤرخ في 20/07/2008، ج ر ج، العدد 44، مؤرخة في 03/08/2008، ص 21، 22.

الهيكلية وفي بعض المجالات الخارجية كالساحات العمومية ومواقف السيارات، ولكنه سكن مستقل في مدخله.

- **سكن جماعي:** بناية عمودية تضم عدة مساكن، بما يعرف بالملكية المشتركة؛ وهي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة لحصص بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة، وتتمثل في العمارات التي تتكون من أجزاء مشتركة، كالأرض والأفنية والبساتين والجنان والمداخل، الجدران الأساسية في البناء... إلخ، كما تتشكل من أجزاء خاصة وهي الشقق؛ وهي أجزاء العقارات المبنية، أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص، كالأسقف والأحواش، الحواجز الداخلية وأبوابها، أبواب المساطح والنوافذ والأبواب النافذة ومغالق الشبابيك والمصارع أو الستائر وتوابعها، قضبان النوافذ والدرابيز الحديدية للشرفات... إلخ.

**عمارة سكنية:** المحلات المستعملة للسكن ليلا ونهارا ما عدا المساكن المعدة للحياة الجماعية مثل الفنادق والداخليات والمستشفيات والملاجئ والمدارس والمحلات المخصصة للحياة المهنية<sup>(1)</sup>.  
وكما نستنتج كذلك:

- وجود مقاربة وظيفية بين مسافة المطل الواردة في القواعد العامة التي نص عليها القانون المدني، وارتفاق الرؤية الذي جاء به قانون خاص وهو قانون التعمير والمرسوم التنفيذي له للأسباب التالية:

- يتعلق حق المطل بالواجهات والارتفاع، أما ارتفاق الرؤية فيتعلق بالارتفاع والزوايا عندما تكون البناية في آخر الشارع مثلا.

- تتعلق الفقرة الأولى من المادة (24) من المرسوم 91-175 بارتفاع البناية على حدود القطعة الأرضية، أين تكون المسافة أفقيا من كل نقطة في هذه البناية إلى نقطة حدود الأرض التي هي الأقرب، مع وجوب سريانها على الأقل لنصف العمارة المعتبرة دون أن تقل على أربعة أمتار.

- إذا فرض مخطط شغل الأراضي عدم البناء في قطاع معين يشمل عقار الجار، فهنا نكون أمام ارتفاق سلبي؛ المنع من البناء، لكن إذا تم تخصيص واجهة العمارة كواجهة تجارية فهي قيد إذن.

- هناك واجهات أساسية وواجهات ثانوية، وفي الواجهات الرئيسية يمكن أن تكون هناك واجهات تجارية، ويوجب أن تكون هناك واجهتان أساسيتان، وبالنسبة للبنى الخاصة تحسب فيها الواجهات

(1)- أنظر الفقرة الثانية من المادة 32، المرسوم التنفيذي رقم 91-175، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، مؤرخ في 1991/05/28، ج ر ج عدد 26، مؤرخة في 1991/06/01، ص 958.

الرئيسية دون الثانوية، لكن الواقع العملي يبين وجود واجهة فقط، نظرا لعدم احترام القواعد العامة للتهيئة والتعمير.

- تتعلق الفقرة الثانية من المادة (24) من المرسوم التنفيذي 91-175 باستعمال الفتحات كعامل لتحديد ارتفاع الرؤية، فعندما تكون الواجهات لا تحمل فتحات تستعمل لإنارة غرف المسكن، يمكن تقليص المسافة في الحدود الفاصلة إلى ثلث العلو مع أدنى حد قدره متران، وكمثال على ذلك: يفترض وجود عمارة ذات أربع طوابق (R+4) بارتفاع (24) متر، هناك جهة أساسية تضم المناور والفتحات، وجهة ثانوية أو خلفية لا تضم ذلك، فيحسب حق المطل أو ارتفاع الرؤية في الجهة الموازية بحساب ثلث العلو مع أدنى حد متران كالاتي:

2 متر  $24 \div 3 + 7 = 10$ ، وهي المسافة التي تكون بين العمارتين المتجاورتين، لكن هذه المسافة تنخفض وترتفع بسبب الإنارة وعامل الشمس.

- يختلف حق المطل كقيد وارتفاعه وحسب الطابع والشكل المعماري وطبيعة البناء، لكن الاجتهاد القضائي التونسي قضى بأحكام ارتفاع المطل ومدى التزامها ومطابقتها لتراتب التهيئة العمرانية، نظرا لأنه يعتبر حق المطل ارتفاع وليس قيد، فجاء قرار لمحكمة التعقيب يتضمن ما يلي: " قيام المعقب ضدهما بتشديد بناء بعقار خلافا للمواصفات والمقاييس والاستعمالات المقررة بمثال التهيئة العمرانية وعدم احترامها للمسافة القانونية مع جارهما يشكل اعتداء على حقوق الارتفاع العام الذي يرجع بالنظر للسلطة الإدارية المعنية ويشكل كذلك اعتداء على حقوق الارتفاع الخاصة لكل مالك على العقار المجاور طبقا لما اقتضاه قانون التهيئة العمرانية والفصل 174 من م.ح.ع.<sup>(1)</sup>

- نظرا للارتباط الوطيد بين قيد المطل وقيود البناء بوجه عام، وبين السياسة العمرانية التي تتطور بشكل ملحوظ، ونظرا للطابع الفني لقيود البناء، فإن الاكتفاء بإحالة هذه القيود إلى القوانين الخاصة بالتهيئة والتعمير أو البناء في التشريعات محل الدراسة، يغير من التكيف القانوني لها وطبيعتها من قيد لارتفاع مطل أو رؤية، خاصة أنها في التشريع التونسي، المغربي والفرنسي يعتد بحق المطل كارتفاع، فالأولى إحالتها لقانون خاص، حتى لا تختلف القواعد العامة مع الخاصة، فتطبق قانونيا الخاصة لمبدأ الخاص يقيد العام، لكن الاجتهاد القضائي الجزائري كان صريحا في استبعاد هذه الإحالة، لأن نطاق حق المطل هو المادة 709 من القانون المدني، حتى في عدم وجود اعتراض بينها وبين قواعد قانون التهيئة والتعمير بشأن حساب المسافة القانونية للمطل.

(1)- قرار تعقيبي مدني، عدد 51319، مؤرخ في 16/02/1998، محكمة التعقيب التونسية، نشرة 1998، الجزء الثاني، ص 308.

بناء على كل هذه الاستنتاجات، نستشف أن القرار الأول للمحكمة العليا جاء صائباً فيما قضى به، لأن حق المطل متعلق بقيد قانوني وارتفاع الرؤية مقياس تقني مرتبط بارتفاع سلبي، وهو عدم البناء على الارتفاع المذكور، ولا يمكن للقاضي التأسيس القانوني بناء على نص المادة (24) من المرسوم المذكور أعلاه واستبعاد نص المادة 709 من ق م ج، وجاء القرار الثاني مكملًا ومفسراً له.

## (2) قيد المسافة بالنسبة للعقار المسور بحائط:

يدور اشكال عملي حول: هل يسري قيد المسافة في حالة وجود عقار مسور بحائط مرتفع لا فتحات فيه؟

الاجابة على هذا السؤال كانت لفريقيين من الفقهاء، ذهب الرأي الأول فيه إلى أنه يجب مراعاة قيد المسافة، ولو كان الجار محاطا بسور فاصل (أصم) يمنع رؤية ملك الجار من المبنى الذي يفتح فيه المطل بسبب انخفاض المبنى أو ارتفاع السور، لأن استثناء هذه الصورة لا يستند إلى أساس في القانون<sup>(1)</sup>.

ولا يفرق القانون بين العقارات المسورة وغيرها ولا بين إذا كان السور أو الحائط يمنع من النظر أو لا يمنع.

بينما ذهب الرأي الثاني والغالب من الفقه إلى أن الغرض من قيد المسافة هو منع النظر القريب إلى ملك الجار، لذلك لا يكون هناك مبرر للتقيد بالمسافة القانونية إذا كان عقار الجار مسورا بحائط مرتفع أصم لا فتحات فيه من شأنه أن يمنع من وصول النظر إليه<sup>(2)</sup>.

وفي حالة ما تم هدم الحائط السائر لملك الجار، فما عليه إلا طلب سد المطلات التي فتحت دون تقيد بالمسافة أيا كانت المدة التي بقيت فيها تلك المطلات مفتوحة تطل على الحائط قبل هدمه، ذلك أن الإبقاء على تلك المطلات طوال تلك المدة لا يتضمن تعديا على ملك الجار، فقيد المسافة لم يكن منطبقا، وحياسة الارتفاع لا تقوم على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات<sup>(3)</sup>.

## (3) قيد المسافة بوجود أرض مشتركة

إذا كان يفصل بين العقاران المتجاوران أرض فضاء مشتركة، فحساب قيد المسافة بينهما يوجب التفرقة بين حالتين: الشيوخ العادي والشيوخ الإجباري.

(1)-عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، الحقوق العينية العقارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2011، ص 303.

(2)- محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 401.

(3)- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 61.

3-1) حالة الشيوخ العادي: تفرض هذه الحالة على من يفتح مطلا من المالكين مراعاة المسافة القانونية من حد الأرض المشتركة المجاورة لعقاره، وليس من منتصفها.

3-2) حالة الشيوخ الإجباري: إذا كانت الأرض مشتركة عبارة؛ عن فناء أو طريق معد للاستعمال الدائم للمالكين، فيرتفع قيد المسافة بشرط ألا يقل عرض هذه الأرض عن المسافة القانونية، وألا يتعارض فتح المطل مع الغرض الذي خصصت له<sup>(1)</sup>.

#### 4) المطلات التي يفصلها عن عقار الجار أرض لآخر<sup>(2)</sup>

لم يتعرض القانون لمسألة وجود أرض يقل عرضها عن المسافة القانونية مملوكة لشخص آخر بين العقار محل المطل وملك الجار، لكن أوجد الفقه نفس التقييد لمالك العقار الذي يفتح فيه مطل، فيكون مجبرا بمراعاة المسافة القانونية بالنسبة إلى عقار الجار، بمعنى أن حق المطل لا يفرض على الجار الملاصق فقط بل الجار المجاور غير الملاصق، على عكس المشرع المغربي حدد محل المطل بالعقار الملاصق للجار، أما التشريعات الأخرى فلم تحدد محل العقار الموجب للمطل، وهذا ما يفيد أنه نطاق التقييد واسع يسهل حتى الجيران المجاورين، مما يحد من حرياتهم في فتح مطلات، خاصة أن مناط التقييد في وظيفة الرؤية الحد من حرية الجار في استعمال ملكيته واستغلالها دون تدخل أو رقابة أحد، ووجود أرض بين العقارين يمنع حدوث هذا الضرر، لكن على اعتبار حق المطل قيادا قانونيا، فإنه يمثل الوضع العادي للملكية، ولا يزول هذا الحق بعدم الاستعمال، والعلة في ذلك هي طبيعته الدائمة التي ترد على حق الملكية، وتدوم بدوام هذا الحق<sup>(3)</sup>.

وعليه، مهما طال الزمن بوجود أرض بين العقارين المتجاورين يبقى حق المطل قيادا مرتبطا بوجود حق الملكية.

#### ثانيا: الاشكالات المتفرعة عن فتح مطلات

يحدث أن يقوم الجار بفتح مطل بزجاج شفاف أو يفتح عدة مطلات، أو مطل على حائط مشترك، فيحتج جاره بتقييده لحرية في ملكيته.

1) فتح مطل بزجاج غير شفاف: طرحت مسألة ما إذا كان في الإمكان الإبقاء على مطل سواء مواجه أو منحرف دون مراعاة المسافة القانونية ولكن بعد سده بزجاج محجر وثابت غير شفاف، فاعتمد الاجتهاد القضائي على حق المالك المجاور بمنع الرؤية بهدف المحافظة عليه باستعمال الزجاج المغشي،

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 146.

(2) - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 365.

(3) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 640.



وعدم تسهيل الاطلاع على عقار الجار، وطريقة استعمال الزجاج الشفاف توصل إلى هذه النتيجة ولا يحق للجار الاعتراض عليها، طالما أنه جرت المحافظة على حقه. (1)

**(2) فتح عدة مطلات:** منحت التشريعات محل الدراسة الحق في فتح مطل، لكنها لم تحدد معه عدد معين لها، فهل هذا يعني: هل يمكن للجار فتح أكثر من مطل في بنايته؟

واختلفت الاجتهادات القضائية حول الاجابة على هذه الاشكالية، فمنها من أجاز امكانية فتح أكثر من مطل، والتعليل أن حق المطل هو ارتفاق يخصص بهدف الانتفاع منه في الرؤية والنور ويمتد إلى الطوابق الأخرى، لأن منشئ حق الارتفاق كان عليه افتراض تقسيم العقار وانتقال ملكيته لشخص آخر، فلا يمكن حرمان الطابق الثاني وما بعده من حقوق الارتفاق للطابق الأرضي، وقضى الاجتهاد المصري القديم بهذا الرأي، وذلك في حالة إعادة بناء عقار قديم بعد هدمه، بعودة حق ارتفاق بالمطل للعقار الجديد.

حيث من المقرر قانوناً، أنه ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، وعليه فإذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه، فإن حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد، لكن "هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تنقيد بمضمون الارتفاق الأصلي، وإذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلي بالمطل لا يجاوز الدور الأرضي من العقار القديم، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التي تعلو الطابق الأرضي من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون (2)".

أما معظم الاجتهاد، فاعتبر أن حقوق الارتفاق هي قيود لحق الملكية، وبهذه الصفة يجب أن تفسر على سبيل الحصر، وعند الشك يراعى جانب العقار المكلف (3)، فإذا كان حق الارتفاق يعود إلى عقار معين أو قسم معين منه، فلا يمكن أن يمتد هذا الحق إلى عقار آخر في الحالة الأولى ولا إلى قسم آخر من نفس العقار في الحالة الثانية، وفي حالة ما إذا كان الارتفاق محصوراً بعدد معين من النوافذ، فإنه لا يحق تجاوز هذا العدد في الطوابق الأرضية أو العلوية.

لذلك، إذا أنشأ المالك طابقاً علوياً، فيتوجب عليه التقيد بفتح مطلات، لأن حقه الناجم عن فتح نوافذ في الطابق السفلي لا يمتد إلى الطابق العلوي المشيد.

(1)- قرار مؤرخ في 23 نيسان 1953، صادر عن محكمة استئناف بيروت، لبنان، المصنف العقاري، الجزء الأول، ص 397، نقلاً عن عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 291.

(2)- الطعن رقم 459 لسنة 35 قضائية، حكم محكمة النقض المصرية، مؤرخ في 15/01/1970، ص 112.

(3)- قرار مؤرخ في 09/12/1954، صادر عن محكمة استئناف الشمال، لبنان، المصنف العقاري، الجزء الأول، ص 398، نقلاً عن عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص 292.

واعتبر الاجتهاد القضائي المصري أن المطلات التي تفتح على المسافة القانونية من قبيل القيود القانونية، ولا تعد ارتفاعا للعقار المطل على العقار المطل عليه، ويترتب على دخول المطلات القانونية ضمن إطار القيود التي ترد على حق الملكية أنها لا تزول بعدم الاستعمال ولا يرد عليها التقادم، لأنها قيود دائمة تدوم بدوام حق الملكية<sup>(1)</sup>.

### 3) المطلات المفصولة بحائط مشترك

لم تنص التشريعات محل الدراسة على أحكام المسافة في حالة مطل مقيد بحائط مشترك، إلا القانونان الفرنسي والتونسي، فقرر هذا الأخير منع الجار من إحداث نافذة أو فتحة في الحائط المشترك على أي صورة كانت إلا بإذن كتابي من الجار، ولو وضع عليها زجاجا ثابتا لا يفتح، وقد تأثر المشرع التونسي بأحكام القانون المدني الفرنسي، الذي كان صريحا في النص على عدم جواز لأحد الجارين فتح أي نافذة أو فتحة في الجدار المشترك لهما دون موافقة الآخر، حتى مع وجود زجاج غير شفاف<sup>(2)</sup>.

### ثالثا: الآثار المتعلقة بجزء مخالفة أحكام المطلات

يترتب على مخالفة أحكام المطلات آثار مختلفة، أساسها تنفيذ عيني بسد المطل، أو اكتسابه بالتقادم.

**1) سد المطل:** إذا قام أحد الجارين بفتح مطلات في ملكه مراعى المسافة القانونية سواء مطلات مواجهة أو مطلات منحرفة فإنه يكون من حق جاره أن يبني عن الحد الفاصل بين ملكه وملك جاره مباشرة، غير أنه لا يكون لهذا الجار في هذه الحالة الحق في فتح المطلات، إلا إذا راعى هو الآخر المسافة القانونية المحددة مسبقا، تبعا لما إذا كان المطل مواجهها أو منحرفا<sup>(3)</sup>.

أما في حالة مخالفة الجار لأحكام المطلات وقيامه بفتح مطل سواء مواجهها أو منحرفا دون مراعاة المسافة القانونية، عد ذلك اعتداء على ملك الجار يخوله الحق في جزاء وهو التنفيذ العيني، وذلك في طلب إزالة هذا المطل وسده<sup>(4)</sup> على نحو يجعله وهو والجدار سواء، ولا يشترط في هذه المطالبة أن يكون الجار قد أصابه ضرر من فتح المطل، ويستوي في ذلك أن يكون ملك الجار المعتدى عليه، أرض فضاء

(1) - الطعن رقم 699 لسنة 47 قضائية، محكمة النقض المصرية، حكم مؤرخ في 15/01/1981، ص 207.

(2) - L'article 675 du ccf: « L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. », op.cit.

(3) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 128.

(4) - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 77.

أو مباني سكنية، وحتى في حالة وجود ملك للجار مسور بحائط مرتفع لا توجد به فتحات بحيث يمتنع النظر إليه من المطل الذي في حائط جاره.

## (2) أثر التقادم على اكتساب حق المطل

قرر القانون مؤيدات التقيد بحساب المسافة فإذا خالف المالك الأحكام المبينة سالفًا وذلك بفتحته مطلا أو بإنشائه شرفة على أقل من المسافة التي أجازها القانون له، كان للجار أن يطلب رفع هذه المخالفة ولم يصبه ضرر، وقد يترتب سكوته على تركه أن يكتسب صاحبه حق ارتفاق بالمطل، وعلى القاضي عندما ترفع الدعوى أمامه إن يحكم بهدم المطل أو الشرفة متى طلب الجار ذلك من غير البحث فيما إذا كان الجار قد أصابه ضرر أم لا، على أنه يجوز للقاضي أن يحكم بتحويل المطل إلى منور وذلك بسد الجزء السفلي إذا قدر أنه من الممكن إجراء مثل هذا التحويل، ومن آثار التقادم على اكتساب حق المطل النتائج التالية:

(أ) - **التسامح:** إذا كان عدم المطالبة بسد المطل المخالف نوعا من التسامح القائم على ترك المطالبة بإغلاق مطل جاره، بوصفه لا يحمل معنى التعدي الموجب لطلب إزالته، وتعد من قرائن التسامح في حالة وجود أرض جار مفتوح عليها المطل سواء كانت أرض فضاء أو مسورة بسور مرتفع أم يتعذر معه النظر من المطل إلى ملكه.

وإن تقرير التسامح يمنع التقادم المكسب، ومن ثم يعتبر فتح المطل دون المسافة القانونية مهما طال مدته لا يعطي الحق في اكتساب الجار ارتفاقا على ملك جاره المتسامح.

(ب) - **التقصير:** يتحقق التقصير متى كان عدم المطالبة بإغلاق المطل المخالف لقيود المسافة القانونية نوعا من الإهمال في المطالبة القانونية لحقه المعتدى عليه؛ على نحو يستنتج منه عدم اعتراضه وتنازله عن هذا الحق، وإذا استمرت هذه الوضعية مدة التقادم المقرر بخمسة عشرة سنة اكتسب الجار الذي فتح المطل المخالف حق ارتفاق بمرور الزمن المكسب<sup>(1)</sup>.

(ج) - **المطالبة القضائية لحق المطل:** إن تقرير حق المطل لا يجمد سلطات المالك بل يقيدها، ليمنحه القانون حق المطالبة القضائية برفع دعوى عينية لحماية ملكيته من أي اعتداء، فإذا فتح الجار مطلا غير مستوف لقيود المسافة بأن كان مفتوحا على مسافة أقل من مترين إذا كان مواجهها أو على مسافة أقل من ستين سنتمتر إذا كان منحرفا، جاز للجار طلب سده عن طريق رفع دعوى مفادها طلب إزالة المطلات المخالفة، وإن كان اقتصر أطراف هذه الدعوى على المالك لوحده دون الشاغل من المستأجرين، فذلك لأن مناط الإيجار حق شخصي<sup>(2)</sup>، فرغم أنه يملك سلطة الاستعمال وحتى الاستغلال

(1) - عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 111.

(2) - قرار رقم 206483، مؤرخ في 20/03/2001، مجلة المحكمة العليا، ص 291.

من العقار محل الإيجار، وفتح مطلا مخالف يسبب له نفس الضرر للمالك من مضايقة في انتقاعه، لكن بالنظر لطبيعة حقه الشخصي المرتب عن حق الإيجار لا يمكنه الحق في رفع هذه الدعوى العينية، لتعلقها بحق عيني أصلي؛ وهو حق الملكية.

**د) ارتداد الجار بالبناء:** اختلف الفقه حول مدى الأثر الذي يترتب على كسب ارتفاق المطل بالتقادم، فذهب فريق إلى أن كسب المطل بالتقادم يترتب عليه حرمان الجار من طلب سد المطل، ولكن يبقى له الحق في البناء على حدود ملكه ولو أدى ذلك إلى سد المطل، إذ أن صاحب المطل لم يكتسب ارتفاقا بعد البناء أو عدم التعلية.

وتم انتقاد هذا الرأي، على أساس أن جعل اكتساب المطل بالتقادم عديم القيمة، لوجود امكانية للجار بسد المطل عن طريق البناء على حدود ملكه، لنتجه اتجاه آخر بفرضية اكتساب المطل بالتقادم، يترتب عليه ارتداد الجار ببناؤه في ملكه بالقدر الذي تتوفر معه المسافة القانونية، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل<sup>(1)</sup>.

وقد ساير المشرع الجزائري مقتضيات هذا الرأي الثاني، حيث قضت المادة (02/709) بأحقية كسب التقادم في حق المطل المواجه كما يلي: "إذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على أقل من مترين، وتقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل".

ونفس الحكم جاء به المشرع المصري في نص المادة (02/819): "وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل لملك الجار على مسافة تقل عن متر فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر، يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل".

يقصد بهذين النصين، يخلف اكتساب ارتفاق المطل بالتقادم أثرين:

1- التحرر من قيد المسافة القانونية بحرمان الجار من طلب سد المطل المفتوح على أقل من هذه المسافة.

2- إلزام الجار بمراعاة المسافة القانونية بين المطل والبناء الذي يقيمه، والمقدرة بمتران على طول البناء الذي فتح فيه هذا المطل.

وأما التشريع التونسي، المغربي والفرنسي، فأخضعوا حق المطل لأحكام الارتفاق، إذ جعل الفصل (188) من م ح ع ت سقوط حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمسة عشرة سنة، ليضيف الفصل (190) على أنه يبدأ حساب مدة السقوط من يوم عدم استعمال الارتفاق إذا كان الحق غير مستمر، ومن يوم القيام بعمل معارض إذا كان الحق مستمرا، وما دام يعتبره ارتفاقا، فالتقادم المسقط للمالك يعد تقادما

(1) - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 380.

مكسبا لجاره، أما المشرع المغربي فلم ينص على أثر تقادم ارتفاق المطل سواء المكسب أو المسقط، بل قرر أسباب انقضائه فقط.

وكما قضى الاجتهاد المصري بارتفاق المطل الناتج عن التقادم المكسب بالقرار التالي:

" ... بقاء المطل مفتوحا على مسافة أقل من متر لمدة خمس عشرة سنة بجزية مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح، أثره اكتساب صاحبه حق ارتفاق بالمطل بالتقادم، له استبقاء مطله مفتوحا في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين..."

كذلك لعب الاجتهاد الفرنسي دورا كبيرا في منازعات حق المطل بالعديد من قرارات الغرفة المدنية لمحكمة النقض<sup>(1)</sup>.

**5) عدم امكانية فتح مطلات:** هناك الكثير من يعمد إلى فتح مطلات في الطابق الثاني أو الثالث بحجة أن اكتساب المطل الموجود بالطابق الأول عن طريق التقادم يمتد علوا إلى الطابق الذي يليه، لعدم تجزئة حق المطل المكتسب بالتقادم، مما يسبب نزاعات قضائية بين الملاك المجاورين، وهو ما أجابت عنه المحكمة العليا بقرار مفاده ما يلي:

" ... حيث يستخلص مما سبق أن قضاة الموضوع أعطوا تفسيرا خاطئا للمادة 2/709 من ق.م. التي تنص: " إذا اكتسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة لا تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح به المطل" مما مؤداه أن حق ارتفاق المطل المكتسب بمضي المدة طبقا للمادة 827 من ق.م، يقتصر على المطل الذي تتوفر فيه شروط المادة المذكورة، ولا يجوز لصاحبه أن يفتح مطلات أخرى في أية جهة من واجهة جاره مهما كان موقعها ما لم تراخ شروط المادة 709 من ق.م، ومن هنا يكون القضاة قد خالفوا القانون لما طبقوا على حق المطل الأحكام المتعلقة بنطاق حق الملكية

(1)- « 3°/ ET alors que le propriétaire d'un mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui ne peut pratiquer dans le mur que des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant ; que, pour débouter les époux X... de leur demande de suppression de la fenêtre créée sur le fond de la SCI des Fontaines, jouxtant leur fonds et créant une vue sur celui-ci, la Cour d'appel a retenu qu'une telle ouverture située à 1, 89m du sol ne permettait pas à un individu d'une taille moyenne de regarder sans effort particulier et de manière constante et normale sur le fonds voisin, ne constituait pas une vue ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si cette ouverture ne constituait pas un jour devant répondre aux exigences de l'article 676 du Code civil, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. », Arrêt n° 15-19055, 08/09/2016, chambre civile, cour de cassation, France, <https://www.legifrance.gouv.fr>, op.cit.

المنصوص عليها بالمادة 675 ق.م، ولم يعطوا لقضائهم أسنادا صحيحا، مما يعرضه للنقض والإبطال<sup>(1)</sup>..."

وتقتضي الدراسة المقارنة الرجوع إلى الأصل التاريخي لتطور هذه القيود، فقد وجدت هذه الأخيرة سندها في الفقه الوضعي فيما أحدثته الثورة الفرنسية من تغييرات جذرية في الأوضاع التي كانت تسود فرنسا، وبالتالي تعتبر مهد هذه الفكرة، والأساس في صياغتها وذلك راجع إلى الأحداث التاريخية التي سبقت مرحلة الثورة، الشيء الذي جعل قواعد وأحكام هذه القيود تنقيد كثيرا بأحداث سياسية واقتصادية، ثم تطورت هذه القيود في العصر الحديث بصفة عامة آخذة في الازدياد، ويرجع ذلك إلى أن حق الملكية أصبح يقوم على فكرة حديثة تخالف الفكرة الفردية، فقد أصبح ينظر إلى الملكية على أنها وظيفة اجتماعية، وأن على لكل فرد التصرف في ملكه بالطريقة التي تحقق الغايات الاجتماعية، وإن للمجتمع منعه من كل تصرف لا يتفق ورسالة الملكية، وله معاودة النظر في أمر الملكية العقارية الخاصة، إذا استعملت على نحو يلحق الضرر بالمصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن نستنتج من خلال ما سبق النقاط التالية:

- لم تجد التشريعات محل الدراسة مبررا لفرض أي قيد قانوني على انتفاع المالك بملكه من خلال البناء على حدوده أو على مسافة قريبة منه إذا هو لم يحدث بينائه أية فتحات على شكل مطلات، وفي المقابل تتحقق مدعاة فرض قيد قانوني على سلطة المالك حفاظا حرمة الحياة الخاصة لجيرانه من الاطلاع عليها من قريب، إذا رغب في كان فتح هذه المطلات فيما يزعم إقامته من بناء على حدود ملكيته أو على مسافة قريبة من حد الملك مع الجار.

- اتفقت التشريعات محل الدراسة في امكانية كسب حق المطل عن طريق التقادم، واختلفت في تحديد الطبيعة القانونية لحق المطل، فاعتبره المشرعان الجزائري والمصري قيدا قانونيا، لكن منحا هذا القيد ميزة من خصائص الارتفاق وهي امكانية اكتسابه بالتقادم، رغم أن القيد لا يمكن كسبه عن طريق التقادم، بينما اعتبره التشريع التونسي والمغربي والفرنسي ارتفاق مطل يمكن اكتسابه بالتقادم.

- ونرى من خلال اجتهادنا الخاص ثلاث تكييفات لحق المطل:

(1)- قرار رقم 499305، مؤرخ في 2009/01/14، الغرفة العقارية للمحكمة العليا الجزائرية، مجلة المحكمة العليا، عدد

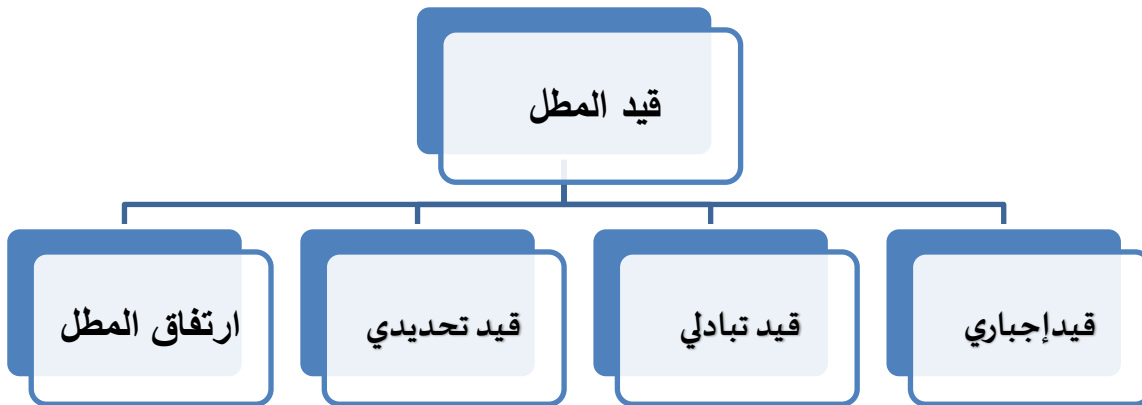
خاص، الجزء الثالث، الجزائر، 2010، ص 366.

(2)- منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص 84.

أ) يعتبر حق المطل قيذا تحديديا، لأن التشريعات محل الدراسة حددته بقيد مسافة قانونية بصفة نهائية، ولذلك فلا يمكن حسابها بشكل نسبي أو عشوائي، ومناطق هذا التحديد يوجب على المخاطبين بهذا القيد عدم الخروج عن هذه المسافة.

ب) يمثل حق المطل قيذا تبادليا؛ يؤدي إلى خلق التزام متبادل، فكل العقاران يتطلبان فتح مطلات مواجهة أو منحرفة، وكلاهما يستلزم فرض قيد المطل بالنسبة للآخر، ومن ثم فالقيد الذي يخلق علاقة تبادلية تكاملية، يترتب عنها قيد مركب فالعقار الذي له الحق في فتح مطل فيه، هو نفسه مطالب في المقابل احترام المطل المقابل له.

ج) يشكل حق المطل قيذا إجباريا، فلا يكون الجار حرا في اختيار فتح جاره لمطل من عدمه، وعلة ذلك أن كل من الجارين ملزمين بتقبل هذا القيد، وإجباري لهما، فلا يمكن لأحدهما رفض فتح مطلات في العقار المجاور له.



المصدر: المخطط من إعداد الباحثة

وأما ما يمكن أن نستخلصه بخصوص حق المنور فيظهر فما يلي:

- يعتبر حق المنور قيذا غير تحديدي، لأنه أضيف ليكمل حق المطل، ويتبعه بالمسافة، وعدم فتح قيد المنور لا يسقط حق المطل، فيرتبط به بعلاقة أفقية بالمسافة، وليس بعلاقة اسنادية لوظيفة الرؤية.

- يعد نطاق قيد المنور ضيقا لارتباطه بوظيفة الهواء والإضاءة دون الرؤية، بينما حق المطل يجمع بين الهواء، الإضاءة، والرؤية.
- اتفق المشرعان الجزائري والمصري في التكييف القانوني لحق المطل، إذ يعتبرانه قيودا قانونيا، على خلاف التشريع التونسي، المغربي والفرنسي الذين كيفوه على أساس ارتفاق مطل.



## ملخص الباب الأول

يفرض أخذ المصلحة الخاصة للغير بعين الاعتبار عددا من القيود القانونية على حق الملكية العقارية الخاصة، وذلك بما تمليه مقتضيات الجوار، من أجل ذلك تدخلت التشريعات محل الدراسة، وفرضت العديد من الحدود على الملاك المتجاورين، وهذه القيود رغم اشتراكها في اعتبارها قيودا خاصة، لكنها تختلف باختلاف حيزها المكاني بشكل أفقي أو عمودي، فهي إما قيود سلبية مناهة للإضرار غير المألوف بالجيران، سواء بالتعسف في استعمال حق الملكية العقارية أو بسبب الغلو فيها، وإما قيودا ايجابية أحادية تسببها الأرض المحصورة، فينشأ عنها حق المرور، الذي يمكن جعله حق ارتفاع المرور، وكلا القيدين طرحا توتر في العلاقات الجوارية، ووجود العديد من المنازعات القضائية، وقد تكون الحالة الفيزيائية للجوار في حالة طبيعية أو إرادية، فتخلق قيودا ايجابية تبادلية طبيعية؛ كالقيود الواردة على موارد المياه من سقي وشرب ومصرف، والتي نصت عليها معظم التشريعات المقارنة إلا المشرع الجزائري أغفلها ونظمها في قانون المياه، أما القيود غير الطبيعية، فتنشأ عن وضع التلاصق مع ملكية الغير، ولاجتتاب ما قد يثيره هذا التلاصق من مشاكل يتفق مع مالك الأرض المجاورة على وضع حدود فاصلة وواضحة بين المالكيتين من خلال تطبيق ما جاء في سندات الملكية المحددة للمساحة، وفي حالة عدم الاتفاق بشأن وضع الحدود، وليس بشأن الملكية، يجوز لأحد المالكين إجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة وذلك برفع دعوى تعيين الحدود، كما أن حالة التلاصق تفرض فتح مطل أو منور بمجموعة من الشروط تقيد سلطة الجار في استعمال واستغلال ملكيته، لكنها تتماشى وعنصر المسافة والغرض الذي وجدت الحماية من أجله أساسا، وذلك وفقا لنوعية القيد المزمع إنشاؤه فيما إذا كان مطلا أو منورا، ويعود سبب اختلاف المسافة بين نوعي المطل، إلى أن المطل المواجه هو أكثر مضايقة للجار من المطل المنحرف لكونه يطل بشكل مباشر على ملك هذا الأخير، بينما المطل المنحرف فيحتاج إلى أن يلتفت الناظر منه إلى اليمين أو الشمال أو حتى الانحناء إلى الخارج، ولم يتطرق المشرع المغربي لقيد المنور عكس التشريع الجزائري، التونسي، التشريع المصري والفرنسي، وعلة ذلك أن التشريع المغربي اعتبر المطل والمنور بنفس التكليف القانوني ولا فرق بينهما.

الباب الثاني:  
قيود الملكية المقررة مراعاة  
للمصلحة العامة

يعتبر حق الملكية العقارية الخاصة من أقدس الحقوق العينية التي ضمنت حمايتها كل الدساتير والمواثيق الدولية، بما لها من سلطات قانونية تخول لصاحبها سلطة استعمال واستغلال والتصرف في عقاره، بشكل يحقق مصلحته الخاصة دون الإخلال بمقتضيات المصلحة العامة كهدف سعى إليه المشرع الجزائري، وكل التشريعات محل الدراسة، وحفاظا على بقاء استمرارها في أداء مهامها.

غير أن نطاق حق الملكية العقارية تطور ليشمل هذه السلطة وقيود إدارية واردة عليها، والتي جاءت كحدود تضمن تطبيق مبدأ المصلحة عامة أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة، وضعت لتلائم الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة، ومدى مساهمتها في تنازل المالك عن بعض سلطاته بهدف تحقيق المصلحة العامة.

ولقد ترتب عن اتساع دور الدولة وتدخلها في الحياة الاقتصادية، وظهور مجالات جديدة في العمل الإداري اتساع مجالات السلطة التقديرية للإدارة، حيث يترك المشرع لهذه الأخيرة قدرا من الحرية في التصرف تستعمله طبقا للظروف، فيسمح لها بالتدخل في الملكيات العقارية الخاصة والاستيلاء عليها بشكل مؤقت، كما يترك لها تقدير كيفية ووقت التدخل، وبذلك يكون لها الحرية الكاملة في تقدير ملائمة قرارات الاستيلاء المؤقت التي تصدرها، وبالتالي، فالسلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقسط من حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة سواء بالنسبة لاتخاذ القرار أو عدم اتخاذه، أو بالنسبة لأسباب اتخاذه، حيث تملك تقدير ملائمة التصرف واختيار وقت التدخل والوسيلة الملائمة.

غير أن تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية لا يعني أنها تحكمية، فالإدارة تكون محاطة ببعض القيود من قبيل المصلحة العامة والمنفعة العامة وضرورات النظام العام.

وهكذا فالسلطة التقديرية للإدارة ضرورية في قراراتها، إلا أن الإدارة إذا تركت لها الحرية في تقييم ملائمة التصرف الإداري الذي تمارسه في إطار سلطتها التقديرية يمكن أن يؤدي ذلك إلى التعسف في استعمال هذه السلطة ضد حق الأفراد في ملكياتهم والحد من سلطاتهم فيها، مما يجعل ضرورة إلزام الإدارة باحترام حدود النظام القانوني المقرر.

ومن ثمة جسد هذا الباب قيودا إدارية، وتناول الفصل الأول فيه قيودا مقررة للأشغال العامة، تتضمن الشغل المؤقت للعقار (المبحث الأول)، والاستيلاء المؤقت (المبحث الثاني)، واشتمل الفصل الثاني قيودا تنظيمية، تمثلت في مخططات التعمير (المبحث الأول)، ورخص التعمير (المبحث الثاني).

## الفصل الأول: القيود المقررة للأشغال العامة

إن تطور الارتفاقات الإدارية واستقلالها، جاء بعد تطور دور الدولة في تأدية وظيفتها الاقتصادية، ومدى إيجابية ممارسة هذا الدور في تلبية الحاجيات الاقتصادية من العقار، الذي فرض عليها دورا بين الضرورة والقيود، بهدف التجديد والتحديث في قطاعات المصلحة العامة وتحقيق التنمية المستدامة، والعمل على ضمان الانتفاع بالعقار واستغلاله، لذلك أسندت للإدارة ضرورة الاتساع في الوعاء العقاري، مقابل وضع حدود للملكية العقارية الخاصة ضمن جملة من الارتفاقات الإدارية.

نظرا لتعدد للقيود المقررة للأشغال العامة، اقتصررت الدراسة على الشغل المؤقت للعقار، باعتباره قيذا عمليا، نشأ عنه عدة إشكالات قانونية مرتبطة بمدى تأثيرها على الملكية العقارية الخاصة، سيتم عرضه في (المبحث الأول)، وكذا قيد الاستيلاء المؤقت (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: الشغل المؤقت للعقار (ارتفاق الكهرباء والغاز نموذجاً)

يكتسي العقار أهمية بالغة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، حيث يعتبر الأرضية الأساسية لانطلاق المشاريع الصناعية والتجارية والسياحية، ووعياً من التشريعات محل الدراسة راهنت على احتياطها العقاري من أجل دفع التنمية في كل المجالات والقطاعات الحيوية.

وهناك تنوع في المخزون العقاري نتيجة لتعدد التركيبة البنوية في أصناف الملكية العقارية، منها ما هو عام وخاص.

وتشكل الملكية العقارية الخاصة حقاً مضموناً بموجب القانون، لكن يمكن للدولة حيازته بصفة مؤقتة للنهوض بالبرامج التنموية ولضرورة تدبيره متى كان ذلك لا يتعارض مع المنفعة العامة.

وتقتضي الضرورة استعمال العقارات الخاصة للمالكين بشكل مؤقت لمدة معينة من أجل القيام بأشغال أساسية لتسيير مهام المرفق العام، ومنه تحقيق منفعة عامة.

ويمثل الشغل العام للعقار ما يسمى بالارتفاقات الإدارية، والتي تتنوع بشكل كبير حسب طبيعتها ووظيفتها، فمنها من هو مجرد للملكية العقارية الخاصة، ومنها ما هو مقيد بنص القانون، وأبرز هذه الارتفاقات ارتفاق الكهرباء والغاز.

ويعد الكهرباء والغاز أحد المصادر الهامة للبشرية، فهما يساهمان في دفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويستخدمان بهدف تكثيف رأس المال، وتخفيض التكاليف الكلية والاحتكار الطبيعي لهذه الطاقة من أجل إشباع حاجات المستهلكين والرفع من مستوى معيشتهم، لكن تزايد الطلب على خدمات الكهرباء والغاز، أدى إلى اتساع شبكات نقلهما وتميرهما عن طريق أعمدة وقنوات وخطوط متعددة، مما فرض تنظيم جملة من الارتفاقات المتعلقة بالكهرباء والغاز، تفرض استعمال مساحة معينة من الملكيات العقارية الخاصة، مما رتب عليها آثاراً قانونية متعددة.

وعليه، يتوجب التطرق لمفهوم ارتفاقات الكهرباء والغاز (المطلب الأول)، أنواع ارتفاقات الكهرباء والغاز (المطلب الثاني)، إجراءاتها (المطلب الثالث)، وآثارها على الملكية العقارية الخاصة (المطلب الرابع).

## المطلب الأول: مفهوم ارتفاعات الكهرباء والغاز

إن الوصول إلى معرفة ارتفاعات الكهرباء والغاز يقتضي دراسة تعريفها (الفرع الأول)، والتعرض لخصائصها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: تعريف ارتفاعات الكهرباء والغاز

نظمت ارتفاعات الكهرباء والغاز في التشريع الجزائري في القانون رقم 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات<sup>(1)</sup>.

ويهدف هذا القانون إلى تحديد مجمل القواعد المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها، ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه عن طريق القنوات، ولا يمكن القيام بهذه النشاطات إلا أشخاص طبيعيين أو معنويين، يخضعون للقانون العام أو الخاص ويمارسونها في إطار المرفق العام<sup>(2)</sup>. بالرجوع لأحكام المادة الثانية من هذا القانون، نجد أنها قد وضعت عدة مفاهيم منها شبكة توزيع الكهرباء ونقلها، والتي تشمل " مجموعة المنشآت المتكونة من الخطوط الهوائية والأرضية والمحولات والمحطات، وكذا الملحقات والمنشآت الفرعية، هدفها توزيع الكهرباء.

وتعد شبكة نقل الكهرباء؛ مجموعة المنشآت المتكونة من الخطوط الهوائية، والكوابل الأرضية، وخطوط الربط الدولية، والمحولات وكذا تجهيزاتها الملحقة، مثل تجهيزات التحكم عن بعد والاتصالات السلكية اللاسلكية، وأجهزة الوقاية وأجهزة الرقابة، والضبط والقياس التي تستعمل لنقل الكهرباء نحو الزبائن والمنتجين والموزعين .... " <sup>(3)</sup>.

أما شبكة نقل الغاز، فقد تضمنتها الفقرة (26) من المادة الثانية سالف الذكر على أنها: " مجموعة المنشآت المتكونة من القنوات الهوائية والأرضية ومحطات الفصل وخفض ضغط الغاز، وكذا التجهيزات الملحقة مثل تجهيزات التحكم عن بعد، والاتصالات السلكية واللاسلكية وأجهزة الوقاية وأجهزة الرقابة والضبط والقياس التي تستعمل لنقل الغاز نحو الزبائن ومنتجي الكهرباء وموزعي الغاز، كما تستعمل في الربط بين شبكات الغاز " <sup>(4)</sup>.

(1)- قانون رقم 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، مؤرخ في 05/02/2002، ج ر ج، العدد الثامن، المؤرخة في 06/02/2002.

(2)- المادة (1) من القانون 01/02، المصدر نفسه، ص 5.

(3)- المادة (2) من القانون 01/02، المصدر نفسه، ص 6.

(4)- الفقرة (26) من المادة (2)، المصدر نفسه، ص 6.

ويستقرأ من هذه المادة، أن شبكات توزيع ونقل الكهرباء والغاز تحتاج لعدة تجهيزات وأرضيات بهدف ضمان الربط بكل هذه الشبكات وسد الحاجات من الطاقة لكل فئات المواطنين، وهو دور يسند للمرفق العام ليحقق مبدأ المساواة في المعاملة ولوصل المناطق المحرومة وإغاثتهم بالطاقة، مما يجعل هذا المرفق العام محتاجاً لأكبر قدر من الملكيات العقارية لاستغلال حيزها بجملة من الارتفاقات المتنوعة في مجال الكهرباء والغاز.

وأما بالنسبة للقانون المصري، فإنه لم يعرف شبكة نقل الكهرباء ولا توزيعها بشكل كافي، لكنه وضح المفاهيم التالية:

شبكة النقل هي: " الشبكات الكهربائية المرتبطة ببعضها على الجهود الفائقة والعالية."

شبكات التوزيع: " الشبكات الكهربائية المرتبطة ببعضها على الجهود المتوسطة والمنخفضة." (1)

أما الطاقات المتجددة فهي: " الصور الطبيعية للطاقة غير القابلة للنضوب، ويمكن استخدامها في إنتاج الكهرباء." (2)

وما يمكن ملاحظته أن المشرع المصري لم يربط الكهرباء والغاز بقانون واحد كما فعل التشريع الجزائري، بل أسس للغاز قانوناً خاصاً به، دون أن يدخل عليه تعديلات جذرية، ونظمه ضمن وزارة البترول المصرية، إذ نصت المادة الأولى من القانون رقم 217 على أنه:

" تتولى الهيئة المصرية العامة للبترول واحد من شركات القطاع العام للبترول إمداد وتوصيل وتسويق الغاز الطبيعي للمناطق السكنية..." (3).

يفهم من هذا النص أن الهيئة المصرية العامة للبترول، وإحدى شركات القطاع العام للبترول هي من تقوم بإمداد وتوصيل وتسويق الغاز الطبيعي بقرار من وزير البترول، لكنه ضبط التزامات للجهة القائمة على هذا الارتفاق.

فيكمن دور الجهات القائمة على إمداد وتوصيل الغاز الطبيعي في مراعاة الطرق السليمة، والأمانة لتمير هذه التوصيلات، والقيام بهذه الأعمال وتنفيذها دون تعريض سلامة العقار أو شاغله أو الغير للخطر.

(1)- المادة الأولى من قانون الكهرباء المصري رقم 87 لسنة 2015، ج ر م، العدد 27 مكرر (ج)، المؤرخة في 2015/07/08، ص 5.

(2)- المصدر نفسه، ص 5.

(3)- القانون رقم 217 لسنة 1980 في شأن الغاز الطبيعي، ج ر م، العدد 52 مكرر الصادر في 1980/12/28، ص 405.

وفي حالة ترتب أضرار لمالك العقار، أو واضع اليد عليه جراء مرور هذه التوصيلات، كان لهم الحق في طلب التعويض<sup>(1)</sup>.

ولا يجوز للجهة القائمة على تنظيم المباني الترخيص بإقامة منشآت أو إجراء أي تعديلات في العقار المركب عليه، أو تمرير عليه خطوط الغاز الطبيعي دون موافقة الجهة القائمة على إمداد وتوصيل الغاز الطبيعي<sup>(2)</sup>.

وكما تتولى الشركة المنفذة إخطار مالك العقار، أو شاغله أو واضع اليد عليه بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، أو بأي وسيلة أخرى تؤدي إلى ذات الغرض من إجراءات توصيلات مخصصة لنقل الغاز الطبيعي فوق العقار أو تحته أو من خلاله أو تحته أو أي أعمال لازمة لذلك، ويكون الإخطار خلال شهر واحد قبل البدء في تنفيذ الأشغال، ويبدأ حسابه من تاريخ الإرسال.

وتحدد مواصفات التوصيلات والتركيبات داخل المباني، والمنشآت بقرار صادر من مجلس إدارة الشركة المنفذة، وهذا لضمان كفاءة حماية المنتفع والغير والعقار، مع الالتزام التام بخطة، وتعليمات الهيئة المصرية للبترول.

وإذا لم توافق الجهة القائمة على إمداد وتوصيل الغاز الطبيعي، بهدف إقامة هذه الإنشاءات أو على الإجراءات المعدلة، وفي حالة مخالفة المالك أو واضع اليد ذلك، فإنه ينتج عنه اتخاذ إجراءات نزع الملكية للعقار للمنفعة العامة، وهذا تعدي صريح على الملكية العقارية الخاصة عكس التشريعات المقارنة التي لم تجعل من إرتفاق الغاز مبرر لنزع الملكية.

وعلى شاغلي أو مالكي العقارات الموجودين بالمناطق المقررة إمدادها بالغاز الطبيعي، تمكين العاملين المختصين بالجهة القائمة على إمداد وتوصيل الغاز الطبيعي من دخول ملكياتهم، بهدف إجراء دراسات ومعاينة للأجهزة والتركيبات الداخلية، ولا يشكل هذا الدخول أي تقييد لحرية المالك في استعمال أو استغلال عقاره<sup>(3)</sup>.

ونص المشرع المصري على ارتفاقات الكهرباء من خلال نص وحيد وهو المادة 53 من قانون الكهرباء المصري، حيث أقر بأحقية المالك في التصرف في عقاره، سواء كان مبنياً وفوقه وتحتة، وتتم

(1)- المواد 1، 2 من القانون رقم 217 لسنة 1980 المتعلق بالغاز الطبيعي، المصدر السابق، ص 405.

(2)- المادة (3) من المصدر نفسه، ص 405.

(3)- المادة (6) من القانون رقم 217 لسنة 1980، المصدر السابق، ص 406 .



عليه ارتفاعات إقامة وتشغيل أو صيانة شبكات هوائية أو كابلات أرضية<sup>(1)</sup> مصرح بها، لكن شريطة أن يكون هناك عقار للدولة بديل لهذه الأشغال العامة دون التوصل إلى التعرض للملكيات العقارية الخاصة. وكما تم حظر إقامة أو تشغيل أو صيانة الشبكات والكابلات في عقار مبني، إلا خارج الجدران أو الواجهات أو الأسقف أو الأسطح للمباني، لكن بكيفية يمكن الوصول إليها من الخارج دون الاضطرار إلى اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكن، وبطريقة لا تعرض سلامة الغير للخطر.

بالنسبة للمشرع التونسي فقد تطرق لتعريف الخط المباشر لنقل الكهرباء في الفصل الأول من القانون عدد 12 لسنة 2015، إذ اعتبر أن:

" الخط الكهربائي الذي ينجزه منتج الكهرباء من الطاقات المتجددة الذي يربط وحدة الإنتاج بالشبكة المركزية خارج التراب التونسي والذي يعتبر جزءا من الشبكة الوطنية للكهرباء " <sup>(2)</sup>

بالنظر إلى القانون المغربي نجد أن المكتب الوطني للكهرباء؛ وهو مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية تحت الوصاية الإدارية لوزير الأشغال العمومية، يناط بها التكفل بالمصلحة العمومية المكلفة بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وتهيئة كل الوسائل الإنتاجية للطاقة الكهربائية، وكذلك يقوم بدراسة كل الإمكانيات لتهيئة وسائل إنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها، والمصادقة على البرامج المتخذة لجميع التدابير قصد تهيئة موارد الطاقة الكهربائية لتزويد منشآت التوزيع والعمل على الازدهار الصناعي، وتنفيذ مختلف الأشغال المعهود بها إليه<sup>(3)</sup>.

ونلاحظ أن كلا من المشرعين التونسي والمغربي فصلا بين الكهرباء والغاز في قانونين مختلفين، فالمشرع المغربي وضع قانونا خاصا للكهرباء والماء الصالح للشرب، أي ربط بين ارتفاعات الكهرباء والمياه، رغم أن التشابه في النظام القانوني والعملي للكهرباء والغاز هو الأمثل لجمعهما في تنظيم قانوني واحد، وهذا على خلاف المشرعين الجزائري والفرنسي اللذين نظما ارتفاعات الكهرباء والغاز في تنظيم قانوني واحد، اصطلح عليه المشرع الجزائري بقانون الكهرباء والغاز، والمشرع الفرنسي جمعهما في

(1) - الكابلات: هي في الأصل كلمة إنجليزية (Câble)؛ تتكون من خيوط تدمج مع خيوط أخرى داخل القنوات، لكن المشرع المصري أخطأ في ترجمة المادة 53 من قانون الكهرباء، وبدلا من استعمال لفظ الموصلات (Conducteurs) عبر عنها بالكابلات، وعلّة ذلك أن الموصلات؛ سلك أو مجموعة أسلاك مجدولة وغير مجدولة، تصنع من خامّة لها خاصية التوصيلة الكهربائية العالية تسمح بمرور التيار الكهربائي، راجع في ذلك: المادة العلمية للخطوط الهوائية 14/08/2017, 17:62 [www.medco.gov.eg](http://www.medco.gov.eg)

(2) - قانون عدد 12 لسنة 2015، المؤرخ في 2015/05/11، يتعلق بإنتاج الكهرباء من الطاقات المتجددة، ر ر ت، السنة 158، العدد 38، 2015/05/12، ص 1243

(3) - الفصل الثاني من ظهير رقم 226، 163، بإحداث المكتب الوطني للكهرباء، ج ر م، العدد 2650، المؤرخ في 1963/08/09.

مفهوم واحد؛ وهو قانون الطاقة، وقد نص على عدة قطاعات تحكمهما في الباب الأول من هذا القانون، والتي تضم هي الأخرى أربعة نشاطات قائمة على قواعد منظمة وخاضعة لالتزامات مختلفة منها:

- أنشطة استغلال الشبكات العامة لنقل وتوزيع الكهرباء.
- أنشطة استغلال الشبكات، وتوزيع الغاز الطبيعي.
- أنشطة إنتاج وبيع للمستهلكين النهائيين.
- أنشطة إنتاج وبيع لمستغلي التوريد الناشطين في الأسواق<sup>(1)</sup>.

وهناك قيود عامة ترد مباشرة على سلطات المالك بالنسبة لكل ملكية في ظروف معينة<sup>(2)</sup>، وهي قيود واردة على الملكية العقارية دون المنقولة، ينتج عنها الحد من منفعة عقار لمصلحة منفعة عامة. وتستعمل عبارة الارتفاقات أو ارتفاقات المنفعة العامة للدلالة على الأعباء التي تتحملها العقارات الخاصة بموجب القوانين في مقابل تعويض، أو بشكل مجاني حسب كل نوع ارتفاق.

ويرى الفقه الفرنسي أنه يؤخذ الارتفاق الإداري لغرض المصلحة العامة على واحدة أو أكثر من الملكيات الخاصة، ويستند على المنفعة العامة، ويكون مصدر هذا الارتفاق في نص تشريعي أو تنظيمي. ويتعلق مفهوم الارتفاق الإداري دوماً بوجود ضرورة حالة، تقوم على مشاكل نظرية وعملية مهمة، تفرض على الدولة عبأً تمديد مجالات نشاطها، وزيادة مسؤوليتها اتجاه المرافق العامة، واحتياجاتها للارتفاق الإداري بهدف تحقيق المنفعة العامة لمشاريعها<sup>(3)</sup>.

أما المشرع المغربي فأطلق على الارتفاقات الإدارية: بارتفاقات المصلحة العامة؛ والتي تعد ذات طبيعة إدارية محضة، من خلال إنشائها وممارستها<sup>(4)</sup>، فإذا يقرر القانون تقرير إنشاء إرتفاق معين للمصلحة العامة دون تحديد للعقارات الخاضعة لهذا الارتفاق، أو دون تحديد آثاره، فإن القرار الإداري يتكفل بكل هذه الشروط والإجراءات.

### الفرع الثاني: خصائص ارتفاقات الكهرباء والغاز

ارتفاقات الكهرباء والغاز، هي ذات طبيعة إدارية، لذلك تنطبق عليها الخصائص العامة للارتفاقات الإدارية، والتي مناطها عقار مخدوم دون عقار خادم، ومنه تتميز بجملة من الخصائص كما يلي:

(1)- L'article L 111 – 1, Ordonnance n° 2011-504 du 09/05/2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, JORF n° 0108 du 10/05/2011.

(2)- توفيق فرج الصده، المرجع السابق، ص 111.

(3)- Marcel Piquenal، Droit des Servitudes Administratives، les servitudes traditionnelles، Edition Berger – levrault، Paris، France، 1967، P18.

(4)- محمد مومن، حقوق الارتفاق في القانون المغربي، مطبعة الوراقة الوطنية، المغرب، 2002، ص 148.

**أولاً: ارتفاقات تبادلية قانونية**

تفرض ارتفاقات الكهرباء والغاز التزاما سلبيا على صاحب العقار بعدم منعه للإدارة من استعمال واستغلال ملكيته، وفي المقابل تفرض على الإدارة التزاما إيجابيا بضرورة إنجاز أشغال عمومية والارتفاق بالعقار، والسماح لها القيام بعمل<sup>(1)</sup>، وهو ضرورة إنجاز أشغال عمومية، والقيام بتصرفات انفرادية لأشخاص القانون العام.

ولا يمكن للارتفاقات الإدارية أن تنتج بشكل طبيعي، بل مصدرها المباشر هو القانون أو نص تنظيمي، فهي ليست الوجه المألوف لحق الملكية العقارية، بل هي عبئ غي مألوف يتقل هذه الملكية، ولا يمكن أيضا أن تنشأ عن طريق الاتفاق بإنشاء ارتفاقات الكهرباء والغاز على الملكيات الخاصة.

**ثانياً: ارتفاقات الكهرباء والغاز التزامات عينية**

يتضمن نطاق ارتفاقات الكهرباء والغاز العقار المخدوم، والذي يؤهل الأشخاص العامة لحيازته واستعماله<sup>(2)</sup>، بهدف تحقيق المنفعة العامة، بحيث يتطلب الأمر فرض حدود على هذا العقار من أجل هذا الارتفاق، وهذا يعني أن هذه الأخيرة لا تنشئ لفائدة الإدارة، بل هي حق عيني على العقار.

**ثالثاً: الارتفاق الإداري أشد ضمانا**

يترتب على مخالفة الارتفاقات المدنية مجموعة من الجزاءات المدنية، المتمثلة في الإنهاء لعدم الاستعمال أو التقادم المسقط، غير أن مخالفة الارتفاقات الإدارية يترتب عنها عقوبات جزائية عديدة<sup>(3)</sup>، وبذلك تكون لها ضمانات أشد وأقوى من ضمانات الارتفاقات المدنية.

**خامساً: ارتفاقات الكهرباء والغاز قابلة للتعويض**

باعتبار أن الهدف من الارتفاق الإداري تحقيق مصلحة عامة، فإن الأصل أنه لا يقابله تعويض لصاحب العقار المرتفق به، والمثال على ذلك ارتفاقات التعمير فإنها لا يقابلها تعويض بإنشاء ما كان منها ماسا بحقوق مكتسبة، أو نتج عنها تغيير في الحالة الأصلية للأماكن، وتسبب ضررا مباشرا ذو طابع مادي<sup>(4)</sup>، لكن هناك ارتفاقات قابلة للتعويض، منها ارتفاقات الكهرباء والغاز، مما يعني أن طبيعة الجزاء في الارتفاقات مزدوج حسب كل حالة، وطبقا لما ينص عليه القانون.

(1)-Sophie Droffin، Bricca، Op، Cit، P201.

(2)-محمد معمر قوادري (الارتفاقات الإدارية كقيد من القيود الواردة على الملكية الخاصة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر، 2012 . 2013، ص 37.

(3)- المرجع نفسه، ص 38 . 39.

(4)- المرجع نفسه، ص 39.

## سادسا: ارتفاعات الكهرباء والغاز التزامات متغيرة

تنشأ الارتفاعات الإدارية على العقارات بمقتضى نصوص تشريعية يتم تنظيمها بموجب مرسوم؛ إذ يحدد شروطها وإجراءاتها وآثارها، لكن عن طريق قرار إداري أو عن طريق عقد إداري من أجل منفعة عامة<sup>(1)</sup>؛ ويترتب على هذه الأخيرة التزام سلبي، إذ يفرض عبئا على الملاك، ويحرمهم من حقهم في استعمال واستغلال جزء من عقاراتهم، كتحريم إقامة المباني على مسافات معينة، وكما يترتب عن الارتفاع الإداري التزام إيجابي بإجبار ملاك العقارات على القيام ببعض الأشغال على ملكيتهم كإزالة الجدران، والبنائيات في المساحات المحيطة وبأعمدة الكهرباء<sup>(2)</sup>، وهذا يعكس الطابع المزدوج للارتفاع الإداري، الذي يشمل صنفين منه ارتفاع سلبي وإيجابي، لا يمكن للملاك التملص منهما، خاصة أنهما متعلقة بتحقيق النفع العام.

من خلال ما سبق يتبين أن ارتفاع الكهرباء والغاز ذو طبيعة إدارية ومنه يختلف عن الارتفاع المدني في نقاط عديدة:

**1-** إذا كان الارتفاع المدني؛ هو حق مفروض لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، فإن ارتفاع الكهرباء والغاز هو ارتفاع إداري؛ حق مقرر لعقار للمنفعة العامة، تنظم أحكامه عن طريق قوانين خاصة طبقا لقواعد القانون العام.

**2-** لنشوء الارتفاع المدني لا بد أن تتوفر ثلاثة عناصر أساسية، وهي العقار المرتفق، والعقار المرتفق به، والمقرر عليه حق الارتفاع، فيحد من منفعته لصالح العقار المرتفق<sup>(3)</sup> في علاقة خادم ومخدوم، ومن ثمة وجود العقار الخادم هو قيد على استعمال العقار من قبل مالكه<sup>(4)</sup>، أما الارتفاع الإداري فلا يتطلب إلا عقار مرتفق به يقدم خدمة للمنفعة العامة للأشخاص المعنوية العامة، وهنا تنتفي علاقة الخادم بالمخدوم، والارتباط الوجودي بينهما.

**3-** يدوم الارتفاع المدني بدوام العقار الذي وجد من أجل الانتفاع به، لذلك يحمل صفة التأييد، إلا إذا انتهى بأحد الأسباب المذكورة بالقانون المدني، بينما الارتفاع الإداري مؤقت متعلق بمدى توافر

(1)- اسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص 255.

(2)- محمد فاروق عبد المجيد، المركز القانوني للمال العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 162-163.

(3)- منى مقالتي، النظام القانوني لحق الارتفاع في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 31.

(4)- اسماعين شامة، المرجع السابق، ص 256.

المصلحة العامة<sup>(1)</sup>، فإذا تم تغيير تخصيص هذه المصلحة إلى صفة الملك الخاص للدولة، زال هذا الارتفاق.

4- الارتفاق الإداري مقرر للمنفعة العامة؛ فلا يمكن أن يقوم دون وجود منفعة عامة مشروعة، حتى يمكن إثقال الملكيات العقارية الخاصة، إذ أن النصوص التشريعية والتنظيمية، أو الارتفاقات الفردية هي الأساس الوحيد لهذا النظام القانوني، لذلك فالمصلحة هي المعيار المشترك الذي يبرر التصنيف بين الارتفاق المدني المقرر للمصلحة الخاصة، والارتفاق الإداري المقرر للمصلحة العامة، حتى لو كانت نصوص القانون المدني قررت الارتفاقات المدنية، وبين النصوص الخاصة التي تشكل الأساس للقانون الإداري المنظم للمرافق العامة<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع ارتفاقات الكهرباء والغاز

تفرض ارتفاقات الكهرباء والغاز عدة حدود للملكية العقارية الخاصة، بحيث يقيد المالك في استعمال واستغلال والتصرف في عقاره، إما فوقه أو تحته أو من خلاله، عن طريق مجموعة من الارتفاقات في التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة، تتمثل في ارتفاق الارتكاز والإرساء (الفرع الأول)، تمرير الخطوط العلوية وارتفاق الغرز (الفرع الثاني)، ارتفاق قطع الأشجار والتشذيب وارتفاق الغمر (الفرع الثالث)، ارتفاق تمرير القنوات وارتفاق الدخول والمرور (الفرع الرابع).

#### الفرع الأول: إرتفاق الارتكاز والإرساء

قرر هذا الارتفاق في القانون رقم 01/02 السالف الذكر بهدف إقامة نهائية للأعمدة، والإرساءات للمواصلات الهوائية، وغيرها من قنوات عن طريق بناء منشآت لها، وذلك على سقوف المباني الجماعية؛ كالعمارات أو سطوحها أو من الإطار الخارجي للحيطان أو الواجهات المطلة على الطريق العام، لكن بشرط إمكانية الوصول إليها من الخارج<sup>(3)</sup>.

ويشمل هذا الارتفاق الإطار الخارجي للمباني من أسطح وشرفات لارتباط إقامة أعمدة الكهرباء بالأجزاء الظاهرة دون التعرض للإطار الداخلي للسكن، مما يجد من حرية ملاك العقار.

وإذا كان الهدف من إقامة المنشآت المتعلقة بالكهرباء والغاز المنفعة العامة، فإنه لا بد من وضع ضوابط قانونية واحتياطية لضمان السلامة العامة، حتى يثبت المرفق العام خلو المسؤولية الإدارية من أي أضرار محتملة.

(1) - محمد معمر قوادي، المرجع السابق، ص 29.

(2) - Marcel Piquenal, op.cit., P42.

(3) - المادة 159 من القانون 01/02، المصدر السابق، ص 23.

فالمرتفق هو الشخص الذي يستفيد من الأشغال العامة، أو الذي يستعمل الإنشاء العمومي، والمتسبب في الضرر بخصوص مرفق الكهرباء والغاز عبارة عن مشترك ذو وضعية خاصة؛ ذلك أن العلاقة المباشرة بين المتضرر، واستعمال المبنى تعتبر معيارا أساسيا في تحديد المرفق، وقد اعتبرت الغرفة الإدارية - سابقا - لمجلس قضاء الجزائر العاصمة في 16/10/1964 بشأن حادث وقع أثناء أشغال قامت بها شركة الكهرباء والغاز الجزائري، بأن الشركة لا يمكن اعتبارها مسؤولة في مواجهة العمال الذين كانوا حين وقوع الحادث يشاركون في أشغال الصيانة للمنشآت المذكورة، إلا أنه إذا كان الحادث قد نتج عن خطأ ينسب لتلك المؤسسة العمومية<sup>(1)</sup>.

ونص المشرع المصري على ارتفاعات الكهرباء من خلال المادة 53 من قانون الكهرباء، وهي نص وحيد أقرّ فيه بأحقية المالك في الاحتفاظ بالتصرف في عقاره، إذا ما كان مبنيا وفوقه وتحتة، أو تمت عليه إقامة أو تشغيل أو صيانة شبكات هوائية أو كابلات أرضية مصرّح بها، لكن شريطة أن يكون هناك عقار بديل مناسب لإقامة وصيانة هذه الشبكات أو الكابلات دون التوصل إلى الارتفاق على هذه الملكيات العقارية الخاصة.

وكما لا يجوز إقامة أو تشغيل أو صيانة الشبكات، والكابلات في عقار مبني إلا خارج الحوائط أو الواجهات والأسقف، أو الأسطح بكيفية يمكن معها الوصول إليها من الخارج دون الاضطرار إلى اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكن، وبطريقة لا تعرّض سلامة الغير للخطر<sup>(2)</sup>.

وتخضع عملية إرتفاق الارتكاز، والإرساء في قانون الكهرباء المصري، لعملية تصميم مسارات في المباني، والمنشآت لعدد من المعايير الأولية، وفقا للمواصفات القياسية الدولية كما يلي:

- وجوب مطابقة جميع المواسير وحوامل الكابلات للمواصفات الكهرو تقنية الدولية (I E C) المنظرة لها، وكذلك القانون المصري ومواصفات بنود أعمال التوصيلات والتركيبات الكهربائية في المباني.

- تمرير التوصيلات داخل الحوائط بقدر الإمكان عن طريق تركيب صندوق اتصال على جانبي الفاصل، ويركب بين هذين الصندوقين جراب من ماسورة التمديدات الكهربائية التي تتركب داخلها، ويترك بالكابلات طول إضافي مناسب داخل صناديق الاتصال.

- يحظر تحميل مواسير التمديدات الكهربائية بأي أعمال دائمة أو مؤقتة.

(1) - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 223.

(2) - الفقرة (1) و(2) من المادة 53 من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 30.

- يجب أن يكون نظام المواسير داخل أو خارج الحائط، والأسقف في خطوط منتظمة أفقياً ورأسياً موازية للمحاور الرئيسية للمبنى، على أن تقاطع مع بعضها على زوايا قائمة عند صناديق الاتصال، إلا إذا تعذر ذلك لوجود عوائق استثنائية.

- يراعى في خطوط المواسير الطولية ألا تزيد المسافة بين كل صندوقي اتصال متتالين عن عشرة أمتار، لتسهيل سحب الأسلاك أو الكابلات بداخلها.

بالنسبة للخنادق، فيراعى اختيار أنسب المسارات لمد الكابلات، بعيداً عن خطوط المياه والغاز، وتحديد أماكن التقاطعات ووضع المواسير المناسبة لقطاعات الكابلات، بحيث يكون مقطع الحفر للكابل الواحد (40 سم عرض × 80 سم عمق) في حالة الجهد المنخفض أو (10 سم عمق) في حالة الجهد المتوسط، ويزداد العرض بمسافة (20 سم) لكل كابل إضافي.

وأما قنوات الكابلات الأرضية؛ فهي عبارة عن خنادق من الخرسانة المسلحة تستعمل عادة في أرضيات غرف المحولات أو المصانع أو أسفل لوحات التوزيع، أو ما يماثلها لحماية كابلات القوى أو كابلات التحكم، وتخضع للمواصفات القياسية المصرية أو ما يقابلها من مواصفات قياسية عالمية.

وتصنع المجاري الأرضية من ألواح العلب الملحومة، وتكون مجهزة بفتاحات مناسبة على مسافات تتراوح بين (60) و(1000) مم لتركيب صناديق المخارج الخاصة بها من النوع ذي الغطاء المحكم المانع لتسرّب الرطوبة إلى هذه المجاري<sup>(1)</sup>.

وهناك حدود قانونية تعتبر قيوداً سلبياً، بالمنع من البناء على مسافات موضحة على محور المسار بالنسبة للخطوط الهوائية والكابلات كما يلي:

1) خمسة وعشرين متراً في حالة الخطوط الهوائية للجهود الفائقة.

2) ثلاثة عشر متراً في حالة الخطوط الهوائية للجهود العالية.

3) خمسة أمتار للخطوط الهوائية للجهود المتوسطة.

4) خمسة أمتار في حالة كابلات الجهود الفائقة والعالية.

5) متران في حالة كابلات الجهود المتوسطة والمنخفضة.

ويشكل إرتفاق عدم البناء على هذه الخطوط حماية صاحب العقار وللعقار ذاته من خطورة القوة الكهربائية، التي تمس بسلامة الصحة العامة والبيئة، وفي حالة عدم التزام المالك أو أصحاب الحقوق

(1)- أحمد يوسف المر، تصميم مسارات وتمديد الكابلات في المنشآت، 34: 7، 30/10/2015. com . كهرباء العرب

بهذه المسافات، فإن الجهة الإدارية تقوم بإزالة هذه المخالفة بالطريق الإداري على النفقة الخاصة لهؤلاء الملاك<sup>(1)</sup>.

بالنسبة للتشريع التونسي، فإنه أخضع ارتفاعات الكهرباء والغاز لعدة إجراءات، حتى يمكن الشركة التونسية للكهرباء والغاز من حق المرور بخطوطها الكهربائية على أملاك الخواص، بحيث لا بد من وجود ملف، يسمى ملف حيازة حقوق المرور يتضمن:

« إعداد ملف يتكون من:

- مسار الخط على مستخرج من الخريطة،
- مخطط المقطع الطولي لكل خط، محل برنامج التجهيز لكل مخطط.
- قائمة أصحاب الأراضي المتضررين من مرور مجمل خطوط (HT) المعنية ببرنامج التجهيز،
- مذكرات وصفية تقنية للمشروع.
- جداول الإحداثيات الجغرافية للأبراج<sup>(2)</sup>.

وهناك عدة احتياجات عقارية لمشاريع خطوط الكهرباء، والتي تحدد على ممرات الخطوط والمحطات الكهربائية، وتختلف هذه الاحتياجات في ثلاثة حصص؛

- **الكوابل تحت الأرضية:**<sup>(3)</sup>

أصبحت هناك تقنيات جديدة لوضع الكوابل تحت الأرضية، عن طريق فتح خنادق على أقسام صغيرة يتراوح طولها فقط بين أربعة وعشرين مترا، توضع فيها أعمدة مغلقة بالخرسانة، ومن ثمة يتم غلقها، ليتبعها سحب الكابلات من خلال الأعمدة.

- **الخطوط الكهربائية:**

تشمل الحصة الثانية والثالثة؛ إذ يمكن التمييز في مرحلة تنصيب الورشة بين مرحلة الهندسة المدنية، ومرحلة وضع الكوابل كما يلي:

(أ) **شغل الأراضي بأبراج وورشات بناء الطاقة الكهربائية:**

تتمثل مرحلة الهندسة المدنية في بناء أسس أبراج الطاقة الكهربائية، إذ يختلف كل برج بمساحته الإجمالية عن الأبراج الأخرى.

(1)- المادة 65 من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 31 . 32

(2)- الشركة التونسية للكهرباء والغاز، مشروع نقل الكهرباء، دراسات بيئية واجتماعية، دراسة الآثار الاجتماعية والاقتصادية، إطار الحيازة العقارية والتعويض، النسخة النهائية، Artillia / ملحق: 8512159، فيفري 2016، ص 55.

(3)- المرجع نفسه، ص 21، 22.



## (ب) شغل الأراضي في مرحلة تمرير الكوابل:

يتم تمرير الكوابل بعد انتهاء مرحلة الهندسة المدنية، بحيث يتم أولاً تركيب سحابة موجهة للكابل النهائي، ويمكن التسبب في أضرار متنوعة للأشجار والمحاصيل عبر مرور الآلات وسحب الكابل على الأرض.

## (ت) تقييد الاستعمال تحت الخطوط:

إن المعيار التونسي يقدم المسافات الواجب احترامها بين الخط الكهربائي، ومختلف استخدامات الأراضي للخط بضغط (225) كيلوواط، وبالتالي يجب أن تكون الخطوط على مسافة تفوق عشرة أمتار من الأرض وفوق مزارع الأشجار المثمرة، وعلى مسافة تفوق تسعة أمتار من الأرض بصفة عامة.

لذلك، فالقيود المفروضة على استعمال العقار تحت الخطوط محدود، وحتى الأشجار لا بد أن تكون مجردة من أغصانها عندما تتجاوز المسافة ارتفاعاً معيناً، وهو عمل تقوم به الشركة التونسية للكهرباء والغاز، وحتى أن البناءات ممنوعة في حدود مسافة أربعة عشر متر للخطوط وارتفاع البرج المجاور لها. وعليه، فتشييد الخطوط والكوابل يتطلب شغلاً مؤقتاً<sup>(1)</sup> للأراضي الخاصة، ولهذا فإن هناك أضرار محتملة الإلحاق بها، لن تتسبب في نزع ملكية هذه السطوح، لكن ستجعل الدخول لهذه الأراضي صعباً وأحياناً مستحيلاً لبعض الاستعمالات، مثل دخول الآلات الكبيرة كالجرارات.

وهناك مشاريع للكهرباء والغاز تتطلب إرتفاق جوي على متري الخطوط الكهربائية البرية على مستوى الكوابل تحت الأرضية والأبراج الكهربائية وحياسة عقارية لحق المحطات، ومنه سيترتب على الارتفاق والحياسة العقارية تقييد لاستعمال الأراضي الضرورية للمشاريع، مما يؤدي إلى فقدان حق الدخول للعقارات، ناهيك عن الأضرار التي ستلحق ممر الخط خلال الأشغال، وقد تصل إلى فقدان محدود للأسطح.

وكذلك هناك مرسومان يؤطران حق الارتفاق أو حق المرور في مجال الخطوط الكهربائية، وهما: المرسوم المؤرخ في: 1887/10/12؛ المتعلق بإنشاء خطوط التلغراف والهاتف وصيانتها وتشغيلها، والمرسوم المؤرخ في: 1922/05/30 المتعلق بإنشاء خطوط الكهرباء وصيانتها وتشغيلها.

ويمكن هذين المرسومين مشاريع خطوط الكهرباء من عبور الملكيات الخاصة دون الحاجة لإجراء حياسة عقارية، وبالتالي لا يوجد نقل أو نزع الملكية في إطار إنجاز خطوط الكهرباء، أو في الخط الرأسي أو في الحق في الأبراج الكهربائية.

(1) - الشغل المؤقت: عبارة عن تقييم محسوب على أساس طول مسار الخط وارتفاق المرور بـ 25 متراً على جانبي الخط بممر عرضه 50 متراً، أما الشغل على المدى الطويل عبارة عن تقييم محسوب على أساس تقدير عدد الأبراج على طول الخط مع تقدير البرج مسافة كل 450 متر وسطح 100 م<sup>2</sup> للبرج الواحد، أنظر المرجع نفسه، ص 24، 25.

وضمن المشرع التونسي عدم تقييد الملكية العقارية الخاصة بشكل يعيق المالكين في ممارسة سلطاتهم على عقاراتهم، وعلّة ذلك تقديسه للملكية الفردية وتقدير حمايتها بطريقة لا تمس المصلحة العامة.

وتعد حقوق إرتفاق الكهرباء قابلة للتعويض، إذا ما تسببت في أضرار على العقارات التي يتم عبورها، وتمس هذه التعويضات مالك العقار، وأصحاب الحقوق العينية الأخرى كذلك.

ويسقط حق مرور خط كهرباء عبر كل ملكية مسيجة، وتطل على المباني الموجودة، وبالتالي فإن المشرع التونسي يحاول قدر الإمكان التقليل من الآثار السلبية التي ترتبها مشاريع نقل الكهرباء<sup>(1)</sup>.

وأما المشرع المغربي فلم يتطرق لهذه الارتفاقات، وجاءت النصوص عامة دون تفصيل.

بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد منحت المادة 4 - 323 L صاحب الامتياز في إرتفاق ارتكاز وإقامة أعمدة، وإرساءات للموصلات الهوائية الكهربائية بشكل دائم، سواء خارج الجدران أو الواجهات المطلّة على الطريق العام، سواء على أسقف العمارات وأسطحها، لكن بشرط إمكانية الوصول إليها من الخارج، ولا يمكن ممارسة هذا الحق إلا في ظل شروط محددة بمراسيم مجلس الدولة، سواء من جهة الأمن أو ضمان راحة السكان.

ولابد أن تحد هذه المراسيم من ممارسة هذا الحق في حالة التيارات الكهربائية، خصوصا أن وجود موزعات كهرباء بالقرب من المباني هو أمر غير طبيعي حصوله، رغم مراعاة الاحتياطات المتخذة من قبل هذه المراسيم لدرء الأخطار الجسيمة الماسة بالأشخاص أو البنايات<sup>(2)</sup>.

ويستشف من هذه المادة أن المشرع الفرنسي جعل هذا الارتفاق حقا ممنوحا لصاحب الامتياز في إطار إعلان المنفعة العامة، بحيث يحق له كل الارتفاقات المقررة على الكهرباء.

ومن خلال تعريف ارتفاق الارتكاز والإرساء في المادة 4 - 232 L، والمادة (159) من القانون 01/02، نجد أن النص الجزائري ورد مطابقا لمضمون النص الفرنسي دون تغيير جزئي أو كلي، وهو

(1) - المرجع نفسه، ص 33، 35، 36

(2) - L'article L 323 - 4 du C.E.F: « D'établir à demeure des supports et ancrages pour conducteurs aériens d'électricité, soit à l'extérieur des murs ou façades donnant sur la voie publique, soit sur les toits et terrasses des bâtiments, à la condition qu'on y puisse accéder par l'extérieur, étant spécifié que ce droit ne pourra être exercé que les conditions prescrites, tout au point de vue de la sécurité qu'au point de vue de la commodité des habitats, par les décrets en conseil d'état ....., ces décrets doivent limiter l'exercice de ce droit au cas de courants électricité à proximité des bâtiments ne soient pas de nature à présenter, nonobstant les précautions prises conformément aux décret des dangers graves pour les personnes ou les bâtiments », op.cit.

نفس الأمر بالنسبة للمادة (53) من قانون الكهرباء المصري المماثل للنص الفرنسي، لكن الفرق هو الاختصار في التعبير وتنسيقها في لغة محكمة تدل على اقتباس غير مباشر، فقد لخص كل ارتفاقات الكهرباء في هذه المادة دون تفصيل لكل مجال على حدى.

وهذا ما يعكس تأثر المشرعان الجزائري والمصري بالتأصيل القانوني والتاريخي للتشريع الفرنسي في القانون الخاص العام، خاصة في ظل انعدام الآراء الفقهية في موضوع الارتفاقات الإدارية، نظرا لأن الفقه من المصادر التفسيرية للقانون، وله دور كبير في تحليل النصوص، وإجراء مقارنات ونقد وتقييم أعمال المشرع، والإسهام في إبراز النقائص والعيوب في التشريع.

ويبقى الفقه الفرنسي مرجعا في هذا المجال، وحتى اجتهاداته القضائية لعبت دورا في تكريس مقتضيات المصلحة العامة في استغلال بعض العقارات يخضع لتراخيص، وحظر واحتكارات، وهو ما ينطبق على استغلال إنتاج وتوزيع الطاقة الكهربائية والغاز على العقار الذي يتدفق منه مصدر الطاقة، ومن حيث المبدأ المالك حرّ في استعمال واستغلال ملكيته أولا، حتى لو كان امتناعه دائم، لكن هذه الحرية ليس كاملة، إذا كان عدم الاستغلال يهدد مصلحة عليا<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: إرتفاق تمرير الخطوط العلوية وارتفاق الغرز

تتطلب ارتفاقات الكهرباء والغاز ضرورة أخذ الحيطة والحذر في تطبيقها عن طريق المنع من تمرير الخطوط ذات الضغط العالي ( إرتفاق تمرير الخطوط العلوية)، وكذا الاهتمام بالبنية التحتية وإقامة قنوات باطنية للكهرباء والغاز ( إرتفاق الغرز)

#### أولا: إرتفاق تمرير الخطوط العلوية

يشمل نطاق هذا الارتفاق الملكيات المغلقة أو غير المغلقة<sup>(2)</sup>، غير المبنية وغير المحاطة بأسوار أو جدران.

وإن الهدف الرئيسي لجميع أنظمة الطاقة، هو الحفاظ على مستوى عالي من الاستمرارية والاستقرار والقدرة على عوامل متعددة لا يمكن التنبؤ بها كزيادة درجة الحرارة وتركيز المجال الكهربائي داخل أجهزة الشبكة، مما يجعل الخطوط العلوية للكهرباء ذات خطورة كبيرة ومعرضة لخطر الصواعق والرياح، مما ينتج عنها آثارا سلبية على العقار وبيئية على صاحب العقار، لذلك قرر المشرع الجزائري إرتفاق تمرير هذه الخطوط محصورا على الملكيات غير المبنية وغير محاطة بأسوار وجدران تجنب لجعل الملكيات

(1)-Cour de cassation, les limitations à l'exercice du droit de propriété, <http://www.cour de cassation.fr/publication-26/rapport-annuelle 36/rapport-2008, 14/08/2017-12: 41>.

(2)- الفقرة الرابعة من المادة 159 من القانون 01/02، المصدر السابق، ص 23.

العقارية الخاصة غير قابلة للاستعمال، وبالتالي حرمان المالك من حقه في استعماله واستغلاله، وحتى التصرف فيه، ويضطر إلى إجراءات نزع الملكية من قبل الجهة المستفيدة.

ونظرا لخطورة الخطوط العلوية للكهرباء، فإن فكرة تحويل الشبكات العلوية إلى خطوط أرضية عن طريق شبكات توزيع أرضية تقلل من نسبة الأخطاء، والحرائق التي يحدثها سقوط الأشجار.

ووضع قيود على هذا الارتفاق، بحيث يمنع تمرير خطوط ذات الضغط العالي جدا عبر المباني والمباني السكنية، وكذا المراكز المدرسية والرياضية، كما يمنع تمرير الخطوط الكهربائية الأرضية وقنوات الغاز عبر الأماكن الثقافية والمقابر<sup>(1)</sup>، احتراماً لقدسيتها.

وأشار المشرع المصري إلى إرتفاق تمرير الخطوط العلوية في الفقرة الثانية من قانون الكهرباء، حاصراً هو الآخر هذا التمرير على الملكيات التي ليست محل بناء أو المجردة من كل أنواع الجدران والأسوار.

ولم ينص الفصل (2) المكرر من قانون المكتب الوطني للكهرباء المغربي على إرتفاق تمرير الخطوط العلوية.

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة 4 - 323 L من قانون الطاقة الفرنسي على إرتفاق تمرير الموصلات الكهربائية على الملكيات الخاصة، لكن دون أن يشرح تفاصيل وشروط هذا الحق الممنوح لصاحب الامتياز، واقتصر على الإشارة إلى أحكام إرتفاق الارتكاز والإرساء المحددة في 1° أعلاه.

بمعنى أن القانون الفرنسي حصر هذا الارتفاق في نطاق الأراضي غير المغلقة أو غير المحاطة بأسوار، وفي حالة رغبة صاحب الامتياز في توسيع نطاق الارتفاق إلى الأراضي المحاطة أو المغلقة، فيخضع ذلك لإجراءات نزع الملكية، حتى يستفيد صاحب العقار المحروم من حقه في استعماله والتصرف فيه بتعويض عادل مقابل هذا النزع الجبري، بينما وسع المشرع الجزائري في نطاق هذا الارتفاق إلى الأراضي المغلقة والمحاطة<sup>(2)</sup>، مما يجعل من وصف التجريد تقييدا قانونيا دون تعويض، وهو انتهاك لحق الملكية العقارية الخاصة بلا عدالة ولا إنصاف.

### ثانيا: ارتفاق الغرز

يتعلق هذا الارتفاق بإقامة القنوات الباطنية، أو كل الأعمدة المتعلقة بالموصلات الهوائية بشكل نهائي، ويتحدد نطاقها داخل الأراضي غير المبنية التي لا تحيط بها أسوار أو جدران، أو أي تحويطات مماثلة<sup>(3)</sup>.

(1) - الفقرة الثانية من المادة 164 من القانون 01/02، المصدر نفسه، ص 24.

(2) - محمد معمري قوادي، المرجع السابق، ص 256.

(3) - الفقرة الخامسة من المادة 159 من القانون 01/02، المصدر السابق، ص 123.

واختصر المشرع المصري كل الارتفاقات المتعلقة بالكهرباء في المادة 53 من قانون الكهرباء السالفة الذكر، والذي أشار فيه إلى إرتفاق الغرز على أنه في حالة العقار المبني، فلا يجوز إقامة أو تشغيل أو صيانة شبكات هوائية أو كابلات أرضية مصرح بها إلا خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح بكيفية يتمكن معها الوصول إليها من الخارج دون اختراق بقية أجزاء العقار المخصص للسكن، ودون تعريض سلامة الغير للخطر.

أما الفقرة الخامسة من الفصل الثاني المكرر من قانون المكتب الوطني للكهرباء المغربي، فقد نصت على إرتفاق الغرز بقولها: " بصفة نهائية بوضع قنوات أرضية أو ناقلات كهرباء جوية مع دعائمها فيما يخص الأراضي غير المبنية وغير المحاطة بجدران أو ساحات مماثلة؛... " (1)

ويلاحظ التماثل بين هذا الفصل ونص المادة (159) من القانون 01/02 الجزائري المتعلق بهذا الارتفاق، والترابط التاريخي والقانوني للتأصيل الفرنسي في ذلك.

وكما نص قانون الغاز المصري على السماح بمرور التوصيلات المعدة لنقل الغاز الطبيعي فوق ملكية مالك العقار، أو واضع اليد عليه، أو تحت هذه الملكية أو من خلالها، بشرط إعلامه في ذلك طبقا للمواعيد، والإجراءات القانونية(2).

### الفرع الثالث: إرتفاق قطع الأشجار والتشذيب وإرتفاق الغمر

تقيد حرية المالك في استعمال عقاراته الطبيعية من مغروسات، بحيث يجبر على التخلص منها بهدف إرتفاق الكهرباء والغاز (إرتفاق قطع الأشجار والتشذيب)، وأحيانا يفرض عليها قيد ايجابي والالتزام بإقامة قنوات للغمر (إرتفاق الغمر)

#### أولا: إرتفاق قطع الأشجار والتشذيب

يعد هذا الارتفاق طريقة تدخل للقضاء على الأشجار، عن طريق قطع أفقي من الجذع في أقصى إرتفاع خمسة سنتمتر فوق أعلى الجذر(3).

وأقرت المادة (159/06) من القانون 01/02 إرتفاق قطع الأشجار بواسطة النزع الكلي لأغصانها أو تقليمها، وعلّة ذلك قريبا من الموصلات الكهربائية، مما تتسبب في إعاقة وضعيتها، أو حالات انقطاع

(1)- قانون المكتب الوطني للكهرباء، المصدر السابق، ص 1.

(2)- الفقرة الأولى من المادة (2) من القانون رقم 17 المتعلق بالغاز الطبيعي، المصدر السابق، ص 405.

(3)- Lignes de distribution، Elagage، déboisement et abattage، clauses techniques، 17/11/2015، www.hydroquébec.com-élagage – abattage، 15/08/2017، 07: 19.

التيارات الكهربائية، أو كل تلف لاحق للمنشآت أو محدث لخلل في استغلالها، وحتى يمكن قطع الأشجار المعيقة لاستغلال قنوات الغاز الباطنية<sup>(1)</sup>.

وهناك فرق بين القطع الذي يعني البتر النهائي، وبين التشذيب<sup>(2)</sup>؛ الذي ينحصر في تأقليم الأشجار وأغصانها بشكل لا يعيق أشغال المنشآت الكهربائية في طريقة استعمالها واستغلالها.

وباعتبار الأشجار عقار بطبيعته، فإن هذا الارتفاق يمس بملكية صاحب العقار، ويمنعه من استعمال واستغلال هذه الأشجار، خاصة إذا كانت مثمرة، أو منعه من ظلالها.

وأورد المشرع الجزائري القانون رقم 06/07 لتحديد قواعد تسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها في إطار التنمية المستدامة<sup>(3)</sup>، حيث قرر عدة إجراءات متعلقة بقطع الأشجار وتشذيبها.

وتعتبر الحديقة الخاصة<sup>(4)</sup>؛ ملحقة بسكن فردي تضم العديد من الأشجار والنباتات، إما بهدف تزييني أو ترفيهي لأصحاب العقارات، تحدد صراحة في رخصة البناء بعقد تصنيف<sup>(5)</sup>.

ومن ثم، تدخل ضمن المساحات الخضراء الواجب حمايتها، وهو ما نصت المادة (18) من هذا القانون على أنه:

«دون الإخلال بالأحكام التشريعية الأخرى... يمنع قطع الأشجار دون رخصة مسبقة»<sup>(6)</sup>.

بمعنى أن القطع غير المسبق برخصة يعد مخالفا للقانون، وتترتب عليه حتى أحكام جزائية في حالة التسبب في تدهور المساحات الخضراء أو قلع الشجيرات، أو الهدم الكلي أو الجزئي لهذه المساحات، مع نية الاستحواذ على الأماكن وتوجيهها لنشاط آخر<sup>(7)</sup>، إلا أن المشرع الجزائري جعل استثناء ذلك في نص المادة الثانية عشر من القانون السالف ذكره والتي أقرت أنه: " لا يمكن إعادة تصنيف أية مساحة خضراء، إذا لم يكن ذلك موضوع ما يأتي:

- دراسة تبين المنفعة العمومية للتخصيص المراد به، واستحالة استعمال عقار آخر غير المساحة الخضراء المعنية."

(1)- المادة 159/06 من القانون 01/02، المصدر السابق، ص 23.

(2)- هناك خطأ في استعمال لفظ (D'ébranchage) في ف 159/6 من باللغة الفرنسية للقانون 01/02، لأن المصطلح الأصح للتشذيب هو: (élagage): التأقليم.

(3)- القانون رقم 06/07 المؤرخ في 13/05/2007 المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج ر ج، العدد 31، المؤرخة في 13/05/2007.

(4)- المادة 03، المصدر نفسه، ص 8.

(5)- المادة 11، المصدر نفسه، ص 9.

(6)- المادة 19، المصدر نفسه، ص 10.

(7)- المادتان 39،40، المصدر نفسه، ص 11.

وكما منعت المادة (15) من هذا القانون كل بناء أو إقامة منشأة على مسافة تقل عن مائة متر من حدود المساحة الخضراء<sup>(1)</sup>.

وما يمكن استقراءه من خلال هذين النصين، أن المشرع الجزائري وسع من نطاق المساحات الخضراء بما فيها الحدائق الخاصة لسكن فردي للأفراد العاديين، ولذلك منع أي إعادة تصنيف لهم لهدف تغيير طبيعته لأغراض أخرى، مثلا سكنية أو أي أشغال بناء، والهدف من ذلك هو حماية هذا النوع من العقارات وتحسين الإطار المعيشي الحضري، ومنع خطر التدهور الطبيعي أو الاصطناعي الذي تتعرض له مكونات المساحات الخضراء.

لذلك يتضمن كل إنتاج معماري و/ أو عمراني ضرورة إقامة مساحات خضراء وفق المقاييس القانونية، ويتعين على المنجز سواء كان عمومي أو خاصا عند إنجاز كل مساحة خضراء الأخذ بعين الاعتبار لبلوغ التجانس الجمالي للمنظر لعوامل تتعلق بطابع الموقع والمناظر التي يجب المحافظة عليها والموارد الأرضية، الارتفاقات، العوائق المرتبطة بالجوار، نظام المياه، حق العبور، تسوية الأراضي، شبكة القنوات الباطنية والمنشآت الكهربائية الباطنية<sup>(2)</sup>.

وقرر المشرع المصري إرتفاق قطع الأشجار وتهذيبها، بهدف إزالة العوائق التي من شأنها اعتراض منشآت مرفق الكهرباء، والتي تسبب أضرار له، بحيث يحظر على مالك العقار أو حائزه الذي تمر فوقه أو بالقرب منه أسلاك الخطوط الكهربائية ذات الجهد الفائق أو العالي أو المتوسط إقامة مباني على الجانبين، في حالة ما إذا كان عقاره فضاء، أو يقوم بارتفاع في مبناه إذا كان عقارا مبنيا، أو يزرع أشجار خشبية في حالة العقار الفلاحي، وذلك كله في حدود المسافات الآتية:

- 1) خمسة وعشرين مترا في حالة الخطوط الهوائية للجهود الفائقة.
- 2) ثلاثة عشر مترا في حالة الخطوط الهوائية للجهود العالية.
- 3) خمسة أمتار للخطوط الهوائية للجهود المتوسطة.
- 4) خمسة أمتار في حالة كابلات الجهود الفائقة والعالية.
- 5) متران في حالة كابلات الجهود المتوسطة والمنخفضة.

(1)- المادة 15، المصدر نفسه، ص 9.

(2)- المادة 29، المصدر نفسه، ص 10.

وإذا خالف المالك هذه الحدود القياسية، فإنه يتعرض لمخالفة إدارية بإزالة هذه الأشجار وعلى نفقته الخاصة<sup>(1)</sup>.

ثم أضاف المشرع المصري في نفس المادة (80) على التزام ملاك العقارات أو أصحاب الحقوق عليها، بقطع أو تهذيب الأشجار إزالة أية عوائق تعرّض منشآت مرفق الكهرباء، التي ينشأ عن وجودها أو تركها أو سقوطها ضرر بهذه المنشآت، لكن بعد إخطار مالك العقار كتابية من المرخص لهم بالتوزيع أو الشركة المصرية لنقل الكهرباء، وفي هذه الحالة يتم تعويض أصحاب الشأن عما أصابهم من أضرار دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات نزع.

وأقر المشرع المغربي إرتفاق تشذيب الأشجار الخاصة وقطعها، والتي تكون مجاورة لمنشآت الطاقة الكهربائية، أو إذا اضطر الأمر استئصال جذورها، وذلك كله من خلال الفترة السابعة من الفصل (2) المكرر من قانون المكتب الوطني للكهرباء المغربي.

ويشكل تقليص الأشجار حول خطوط الكهرباء تحديا حقيقيا لشبكة الكهرباء الفرنسية؛ ذلك لاعتماده جودة نقل الكهرباء وسلامة العقارات والأشخاص على السواء، وكل شركة خاصة أو صاحب امتياز توكل إليه شغل ونقل الكهرباء أو إقامة منشآت على الأراضي الخاصة أخذ المعلومات اللازمة لذلك في الاعتبار بالنسبة لخطوط الضغط العالي، تتباين المسافة حسب نوع الخط، للخطوط ذات العوازل الصلبة، يجب أن لا يقل ارتفاعها عن ثلاثة أمتار وعرضها أربعة أمتار، في حالة العوازل المعلقة، يرتفع العرض ليتم احترامه إلى خمسة أمتار ويظل الارتفاع عند ثلاثة أمتار، وبالنسبة للقرب من خط معزول للضغط المنخفض، يجب أن لا يكون العازل أقل من متر واحد من الشجرة سواء في الطول أو العرض.

وتعتمد المسافات التنظيمية لخطوط الضغط المنخفض غير المعزولة على موقعها، فيجب في المناطق المبنية أن يفصل ما لا يقل عن مترين شجرة من عازل، أما بالنسبة للأجزاء الخارجية المبنية، فلكون المسافة ثلاثة أمتار، وبارتفاع مترين<sup>(2)</sup>.

ولذلك وضع هذه الارتفاع كحق لأصحاب الامتيازات؛ كشبكة نقل الكهرباء أو شبكة توزيع الكهرباء في قطع الأشجار، وفروعها القريبة من الموصلات الكهربائية العلوية، أو التي تعيق تركيبها بسبب تحركها أو سقوطها في وجود دوائر قصيرة تسبب أضرارا بالأشغال العامة والهياكل<sup>(3)</sup>.

(1)- المادة 55 من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 31، 32.

(2)- Elagage près des lignes électriques، <http://www.fournisseur-energie.com>, 14/08/2017, 08

(3)- l'article L 323-4 du cef: « de couper les arbres et branches qui, se trouvant à proximité des conducteurs aériens d'électricité, gênent leur pose ou pourraient, par leur mouvement ou leur chute, occasionner des courts-circuits ou des avaries aux ouvrages », op.cit.



وبينما لم يتطرق المشرع الفرنسي لارتفاق تشذيب الأشجار في هذه المادة، غير أنه يتحقق هذا الارتفاق من خلال قرار مسبق، يتم عن طريق اتفاق للمرور مع المالك لتحديد المساحات الممسوحة المعنية، وتوصف المسافات بمراسيم تقنية، التي تحدد المسافات الدنيا لهذا الارتفاق، وتأخذ بعين الاعتبار موازنة الموصلات الكهربائية وضغط الرياح، ويتم التفاوض على مناطق الإزالة مع مالك العقار للحصول على نوع من الأمن المرجح للتقليل من التدخلات اللاحقة لصاحب الامتياز.

ويعطي تقرير ارتفاق نقل الكهرباء والغاز للشركة المكلفة به الحق في إيصال هذه الموصلات عبر الطرق العامة والطرق الريفية وعلى طول مسار الخط دون التعرض للملكيات الخاصة، أما في حالة الإيصال الجانبي ينطبق هذا الارتفاق على العقار كاملا، بحيث تتكفل هذه الشركة بإبلاغ الملاك بمواعيد تدخلاتهم عن طريق النشر في البلدية أو بإعلان في الصحافة المكتوبة، لكن عمليا لا بد من تبليغ صاحب العقار كتابيا أم شفاهيا، حتى يتمكن هذا الأخير من أجل التقرب لممثليه المحليين وحماية مصلحته.

و لا تقع مسؤولية الأضرار الناجمة على عاتق شركة نقل الكهرباء بصفة جزئية أو كلية في حالة عدم وجود صيانة منسوبة لها، فإن المالكين هم الذين يتحملون ذلك، أما في حالة ما إذا كان هناك طرف ثالث ( المالك أو أصحاب الحقوق على العقار )، فستكون مسؤولية الشركة قائمة.

و ما يمكن ملاحظته من خلال المادة 5-323 L، أن المشرع الفرنسي أكد على وجود إرتفاق قطع الأشجار وفروعها فقط دون تقرير إرتفاق تشذيبها؛ ومناطق ذلك أن عملية التأقليم مفترضة في الأعمال اللازمة لصاحب العقار، ولا تستلزم إسنادها بارتفاق، لأنها لا تحتاج لإعلان المنفعة العامة، ولا تشكل قيودا على الملكية الخاصة، ومحل التأقليم لا يمس بأصل جذع الأشجار، أو التقليل من الاستفادة منها، بل يدخل ضمن الصيانة الدورية لهذا العقار النباتي، حيث أكدت هذه المادة على أن يطبق على ارتفاقات الارتكاز والإسناد والتمرير والمرور، وقطع الأشجار، على أنه يطبق إعلان المنفعة العامة للأشغال العامة على كل ارتفاقات الارتكاز، الإسناد، التمرير، قطع الأشجار والشغل المؤقت<sup>(1)</sup>.

وقد أحدث المشرع المغربي المكتب الوطني للكهرباء يهدف ضمان تسيير المصلحة العمومية ولإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها، ولذلك نص الفصل (2) المكرر من قانون المكتب الوطني للكهرباء على أنه:

(1)-Article L 323-5 du C.E.F: « les servitudes d'ancrage, d'appui, de passage, d'abattage d'arbres et d'occupations temporaire s'appliquent dès la déclaration d'utilité publique des travaux, » op.cit.

« يؤذن له في احتلال أراضي الملك العمومي اللازمة لإقامة منشآت إنتاج الطاقة الكهربائية، ونقلها وتوزيعها؛

- يجوز له تشذيب الأشجار العمومية المجاورة للمنشآت المذكورة أو قطعها أو استئصال جذورها.
- يؤهل فيما يخص المنشآت الواجبة إقامتها في الأملاك الخاصة:
- للقيام بصفة نهائية بوضع الأعمدة والإسناد الخاصة بناقلات الكهرباء الجوية، سواء خارج الجدران أو الواجهات المقابلة للطريق العمومية أو في سقوف وسطوح البنايات، ولوضع ناقلات الكهرباء الجوية نفسها، بشرط أن يتأتى الوصول إليها من الخارج فيما يخص القطع الأرضية المبنية أو المحاطة بجدران أو سياجات مماثلة.<sup>(1)</sup>

وما يمكن استنتاجه من خلال هذا الفصل، أن المشرع المغربي قرر قانون للكهرباء فقط دون الغاز، أي هذا الأخير يعتمد على ما يستورده من هذه الطاقة، وأقرّ للأملاك العامة صفة الاحتلال؛ والتي تعني الاستيلاء لغاية إنتاج الكهرباء واستغلالها في عمليات النقل وتوزيعه، وحتى قرر على هذه الأملاك إرتفاق قطع الأشجار وجذورها وتشذيبها.

وكما قرر إرتفاق الارتكاز والإسناد بنفس الكيفية والشروط المنصوص عليها في القانون الفرنسي، مما يبرز أيضا تأثر المشرع المغربي كمنظيره الجزائري والمصري، والمسار القانوني لهذه الارتفاقات، نظرا لكون المشرع الفرنسي هو السباق لإرساء القواعد الإدارية وكل ما يتعلق بأشغال المنفعة العامة.

### ثانيا: ارتفاق الغمر

نص على هذا الارتفاق المادة (159/06) من القانون 01/02 على أنه:

" تغمر الضفاف برفع مستوى سطح المياه، وتستثنى في هذه العملية المنازل أو الأفنية أو البساتين أو الحظائر المجاورة للمساكن "

من خلال استقراء هذه المادة، نلاحظ أنها جاءت مبهمة وغير مفسرة علاقتها بارتفاق الكهرباء والغاز، ووردت كذلك الفقرة ناقصة من المادة 8 - 512 L من قانون الطاقة الفرنسي المذكور أدناه؛ والمقصود بها كل استغلال وإنشاء قنوات توريد وتغويت المياه على عقارات غير مبنية، كما يلاحظ وجود خطأ في استخدام (أو) الاختيارية بدلا من الفواصل، كما وردت في النص الفرنسي صحيحة، وحتى لفظ (البساتين) قصد بها المشرع الحدائق (jardins)؛ لأن هذه الأخيرة ليست مثمرة، مما يتعين معه تعديل شكل ومضمون هذه المادة.

(1) - الفصل (2) من القانون رقم 201. 73. 1 المؤرخ في 1977/09/19 يغير ويتم بموجبه الظهير رقم 226.63.1 المؤرخ في 1963/08/05 بإحداث المكتب الوطني للكهرباء، ج ر م، العدد 87 33، المؤرخة في 1977/09/28، ص2.

واكتفى المشرع المصري بإلزام المرخص لهم بأعمال الكهرباء والغاز، بوضع علامات تحذيرية في كل مواقع موصلات الخطوط الكهربائية المعلقة فوق النيل، أو أحد مجاري المياه الملاحية وفي مواقع وجود الكابلات البحرية<sup>(1)</sup>.

وأما بالنسبة للمشرع التونسي والمغربي، فلم يقررا إرتفاق الغمر في نصوصهما القانونية.

ومنح المشرع الفرنسي لصاحب الامتياز الحق ضمن الخصائص الخاصة اللازمة لعقد امتياز إنشاء أو استغلال هياكل الحجز أو السحب لقنوات المياه أو الشرب، لأن طبيعة هذه القنوات تحت الأرض أو على فضاء مفتوح، وكذلك لديه الحق في غمر الضفاف برفع مستوى وسطح المياه، ويهدف استقرار الطاقة في شكلها الكهربائي لأبد من أن يستفيد صاحب الامتياز من إرتفاقات التمير والارتكاز والقطع، خاصة إذا كان مصنعه يحمل أكثر من 10.000 كيلو واط، فإن إعلان المنفعة العامة يمكن استثماره من قبل صاحب الامتياز لأداء كل أشغال المنفعة العامة، بواسطة كل هذه الارتفاقات طبقا للقوانين واللوائح، وكل هذه العمليات يستثنى منها نطاق المباني، الأبنية والحدائق المجاورة للمساكن<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الرابع: إرتفاق تمرير القنوات وإرتفاق الدخول والمرور

يرتبط إقامة القنوات الباطنية لهدف استعمال الغاز الطبيعي بضرورة دخول أعوان الإدارة من أجل ضمان صيانة وإصلاح المعدات.

#### أولا: إرتفاق تمرير القنوات

كرس المشرع الجزائري عدة إجراءات تقنية وقانونية لضمان تمرير قنوات الغاز ضمن الملكيات العقارية الخاصة فوق الأملاك المجاورة الوسيطة، لكن بشرط استعمال الكيفيات التي تضمن تسييرا عقلانيا، وأقل خسارة في استعمال الأعمدة في شكل ممرات علوية<sup>(3)</sup>.

وكان بالإمكان ضم هذا الارتفاق لمجال تمرير الخطوط العلوية للموصلات الكهربائية في الفقرة الرابعة من المادة 159 من القانون 01/02 السالف الذكر أعلاه، دون تقريره كإرتفاق إضافي لوحده، ما دام يخضع لنفس النظام القانوني.

ولم ينص المشرع المصري على هذا الارتفاق، لكنه حظر إقامة أو إنشاء أو مد خطوط الغاز أو شبكات المياه والصرف الصحي بالقرب من خطوط أو كابلات الجهود الفائقة العالية والمتوسطة

(1)- أنظر المادة 56 من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 32.

(2)- L'articles L 521 – 8 du C.E.F، op.cit. , p 160.

(3)- الفقرة السابعة من المادة 159 من ق 01/02، المصدر السابق، ص 23.

والمخفضة دون مراعاة المسافات المنصوص عليها في المادة ( 55 ) من قانون الكهرباء المصري، والالتزام بقواعد السلامة الصحية والبيئية وشروط الإنشاء والبناء<sup>(1)</sup>.

ما يلاحظ على قانون الكهرباء المصري أنه وضع مسافات أمنية لكل هذه الارتفاقات ضمانا للحفاظ على العقارات الخاصة وسلامة ملاكها.

ولم يتعرض المشرعان التونسي والمغربي لهذا الارتفاق، لأنه تحصيل حاصل لأشغال ارتفاعات الكهرباء.

ومنح حق تمرير القنوات في التشريع الفرنسي الحق لكل شخص طبيعي أو معنوي استخدام مياه الشرب، أو بصورة عامة كل احتياجاتهم في استغلالها والتصرف فيها، بحيث يمكن تمرير أنابيب باطنية لهذه المياه فوق الملكيات الوسيطة وفقا لشروط أكثر عقلانية وبأقل أضرارا حالية أو مستقبلية لهذه العقارات، والتي تخضع لتعويض عادل ومضبوط، ويستثنى من هذا الارتفاق المساكن، الأفنية والحدائق المجاورة لها.

#### ثانيا: إرتفاق الدخول والمرور

نصت المادة (159/07) من القانون رقم 01/02 على إرتفاق الدخول والمرور بقولها:

" يمكن الدخول إلى الملاك للقيام بالدراسات والرسوم، كما يمكن الدخول بحرية إلى الورشات والمنشآت، والإنشاءات المحصورة لمتابعة الأشغال أو لضمان حراسة المنشآت أو صيانتها أو إصلاحها." يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري جعل إرتفاق الدخول والمرور من صميم أشغال المتابعة وصيانة المنشآت المتعلقة بالموصلات والإنشاءات الكهربائية، ويسمح لأعوان صيانة الكهرباء والغاز بالدخول للأمالك العقارية الخاصة بهدف صيانة وإصلاح هذه الورشات بشكل لا يمكن لمالك العقار المرتفق عليه منعه، حتى لو كان ذلك يشكل قيда جزئيا وبسيطا على حريته في استعمال ملكيته، لكن في المقابل لا تمارس هذه الارتفاقات إلا ضمن الشروط الأمنية السلمية للسكان ضمان واستقرارهم، واحتراما للقواعد البيئية المعمول بها.

وبالنسبة للمشرع التونسي، فإنه لم ينص على هذا الارتفاق أيضا، لكن هناك قرار حكومي أقرّ بالترخيص لأعوان الشركة التونسية للكهرباء والغاز والمؤسسة المتعاقدة معها

بالدخول إلى ذي جهد عالي يربط بين محطتي التحويل ربانة وجرجس<sup>(2)</sup>.

(1)- المادة 56 من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 32.

(2)- قرار حكومي مؤرخ في 2016/08/16 يتعلق بالترخيص في انجاز خط كهربائي هوائي 2016/08/31.

قررت الفقرة الثامنة من الفصل (2) المكرر من قانون المكتب الوطني للكهرباء بالمغرب ما يلي:

ولم يتطرق قانون الكهرباء المصري لارتفاق الدخول والمرور، باعتباره أيضا يدخل ضمن مهام الأعدان المرخص لهم بصيانة وإصلاح المنشآت الكهربائية، لكن قانون الغاز نص على هذا الارتفاق، وألزم شاغلي أو أصحاب العقارات الكائنة بالمناطق التي صدر قرار بإمدادها بالغاز الطبيعي، تمكين العاملين المختصين بالجهة القائمة من دخول العقارات، بهدف إجراء الدراسات اللازمة، ومعاينة الأجهزة وجميع التركيبات الداخلية، طبقاً للأوضاع والشروط المحددة ضمن اللائحة التنفيذية<sup>(1)</sup>.

وباستقراء نصوص المشرع المغربي والفرنسي، فهي لم تتعرض لهذا الارتفاق، لاعتباره عمل متضمن متابعة أشغال الارتفاق، ولا يشكل ارتفاقاً بحد ذاته، لأن الدخول يقيد حرية المالك نفسه وليس عقاره.

### المطلب الثالث: إجراءات ارتفاقات الكهرباء والغاز

هناك عدة إجراءات قررتها التشريعات محل الدراسة لارتفاق الكهرباء والغاز، سواء متعلقة بالشكل أو الموضوع.

وحدد المشرع الجزائري جملة من ارتفاقات الكهرباء والغاز على الملكية العقارية الخاصة، مما يتوجب معه تحديد كيفية وطريقة إنشاء وتنفيذ هذه الارتفاقات.

وكما أعطى القانون 01/02 الصلاحية للوالي المختص إقليمياً لإصدار قرار الاستفادة، لاعتباره الجهة الإدارية المختصة بذلك.

وإن أول إجراء قبل البدء في تنفيذ قرار ارتفاقات الكهرباء والغاز، هو القيام بتحقيق عمومي بإشعار أصحاب الملكيات العقارية الخاصة وذوي الحقوق العينية أو المخصص لهم أو الغير من ذوي الحقوق أو المصالح المعنية، عن طريق استدعاء بهدف الإدلاء بملاحظاتهم خلال أجل مقدر بشهرين.

ولا يفهم من دور التحقيق العمومي الذي يرتب ملاحظات ملاك العقارات وذوي الحقوق والمصالح، إذا كانت النتيجة أنه لا أثر لاعتراضهم في اتخاذ قرار الاستفادة، فهي مجرد شكليات غير ملزمة للإدارة، ما دام الأمر متوقف على موافقة الوالي، وهنا تظهر عدم المقاربة التشاركية في تفعيل أصحاب الأملاك، وحتى المواطنين والمجتمع المدني في تقرير هذه الارتفاقات، ما دامت تخضع لنفس إجراءات نزع الملكية

« العمل على دخول أعوانه ومقاوليه المعتمدين بصفة قانونية وأجهزتهم لأجل بناء الخطوط الكهربائية والأعمدة الموضوعة بهذه الكيفية ومراقبتها وصيانتها وإصلاحها » يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي لم يقرر إرتفاق الدخول والمرور لأعدان هذا المكتب ومقاولين، بل وضع لهم حق البناء الأعمدة الكهربائية، ومن ثمة بالضرورة صيانتها وإصلاحها ليصبح هذا الارتفاق أكثر إعاقة وتقييد للعقار ولمالكه من استعماله واستغلاله بكل حرية

(1) - المادة 06 من القانون رقم 217 المتعلق بالغاز الطبيعي، المصدر السابق، ص 406.

بوجود تحقيق عمومي، وحتى بتعويض عما يترتب عنها من أضرار، لكن الفرق أن هذا التعويض تقريبي يودعه المتعامل قبل البدء في ممارسة الارتفاقات.

ووضع المشرع الجزائري ضمانات قبلية للمالكين، وأصحاب الحقوق العينية والمخصص لهم، وذوي الحقوق الآخرين، وذلك بالموافقة بالتراضي مع المتعامل للاستفادة من حيابة عقاراتهم بالتزام تعاقدية<sup>(1)</sup> مقابل تعويض سنوي، ورغم أن ظاهر هذه الضمانة هو حماية قانونية كافية للملاك للتفاوض مع الإدارة بهدف السماح لها لممارسة الارتفاقات على عقاراتهم، لكنها في حقيقة الأمر؛ هي امتياز للإدارة حتى تستفيد من حقوق الارتفاقات دون الحاجة لإصدار قرارات إدارية بذلك<sup>(2)</sup>.

ولم يتطرق القانون 01/02 للطبيعة القانونية لهذا الاتفاق الودي الذي يكون في شكل التزام تعاقدية، فهل هي اتفاق إداري يخضع لمقتضيات القانون العام أم عقد توثيقية؟

الجواب على هذا التساؤل يقتضي الرجوع إلى طبيعة الارتفاقات الإدارية التي تختلف عنها من المدنية، وتخضع اتفاقاتها الودية لأحكام القانون العام، لكن القانون رقم 01/02 أحال إجراء الاستفادة من الارتفاقات ذات المنفعة العامة إلى التشريع المعمول به، ويقصد بذلك أحكام قانون نزع الملكية 11/91؛ والذي يلزم على إجراء اكتساب الأملاك عن طريق التراضي قبل طلب فتح تحقيق عمومي مسبق<sup>(3)</sup>، رغم الاختلاف بين المفهومين، فالنزع وسيلة جبرية تستعملها الإدارة لاكتساب أملاكها، لكن إرتفاق الكهرباء والغاز لم يقرر بهدف نزع الملكية.

لذلك إذا لم يحصل اتفاق ودي بالتراضي بين المؤسسة والمعني، تمارس تلقائيا ارتفاقات الكهرباء والغاز، بحيث يأمر الوالي بقرار خلال ثمانية أيام من تاريخ استلام الطلب المقدم من قبل المؤسسة، بفتح تحقيق عمومي ينشر في البلديات محل مشروع المنشأة، ويتولى رؤساء هذه المجالس إبلاغ الملاك، وكل ذوي الحقوق الآخرين بالأشغال المزمع القيام بها بهدف إبداء ملاحظاتهم في سجل خاص يتولاه محافظ محقق، هذا الأخير بعد انتهاء التحقيق وإقفال سجل الاعتراضات، يرسل مذكرة جوابية مرفقة بملف

(1)- المادة 156 من القانون 01/02، المصدر السابق، ص 23.

(2)- مصطفى رياحي، النظام القانوني لارتفاقات الكهرباء والغاز، دراسة حول إجراءات إعداد الارتفاقات العامة في مجال الكهرباء والغاز في ظل القانون رقم 01/02، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 46، ديسمبر 2016، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2016، ص 253 - 254.

(3)- المرجع نفسه، ص 255.

التحقيق الكلي، وملاحظاته إلى الوالي، وبعدها يصدر قرار موضوعه منح الاستقادة من هذه الارتفاقات، مع تحديد تعويضات ذات طابع احتياطي عند الاقتضاء<sup>(1)</sup>.

ووضع المشرع الجزائري ضمانات قانونية أخرى عن طريق الشهر العقاري للقرار المتخذ من قبل الوالي في مكتب الحفظ العقاري، والعبرة من ذلك هو إعلام الغير بالحقوق، وقد نصت المادة (163) من القانون 01/02 على أنه:

"ينشر المقرر الذي يتخذ الوالي والقاضي بالترخيص بالارتفاقات في مكتب الحفظ العقاري الذي يكون العقار المثقل بالارتفاقات تابعا له."

يلاحظ من خلال هذا النص وجود خطأ، فبدلاً من استعمال لفظ (يشهر) استخدم مصطلح (ينشر)، والشهر العقاري (Publicité)؛ آلية لإعلام الغير بكل التصرفات الواردة على العقار لضمان المعاملات العقارية وذلك بالمحافظة العقارية، وبما أن الالتزام التعاقدية المتصل بالمرفق العام، يمكن أن يكون في صورة تنظيم واستغلال المرفق العام، كما هو الحال في عقود الامتياز، وعقود الأشغال العامة. وأما النشر (Publication)؛ فهي عملية إنتاج ونشر المعلومات بأشكال مختلفة، وقصد بها في مجال الارتفاقات النشر في الصحف.

وبالنسبة للمنازعات، فيحق لأصحاب العقارات، وكل ذوي الحقوق الآخرين الطعن في قرار الوالي أمام المحكمة الإدارية طبقاً للمادتين (17) و(519) من القانون رقم 09/08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لكن السؤال المطروح: ما الطبيعة القانونية لقرار إرتفاق الكهرباء والغاز؟ هل هو قرار إداري فردي أو قرار تنظيمي؟

الإجابة على هذا السؤال تقتضي النظر إلى ماهية هذا القرار ووظيفته، هل هو مجرد تصريح تسعى الإدارة من خلاله إلى الإعلان عن المنفعة العامة للمشروع، البعض اعتبره قرار فردي وأحياناً تنظيمي.

ولكن هناك رأي آخر من يعتبره تصرف تنظيمي غير منشأ لأية حقوق، وإذا كان المشرع الجزائري قضى بإمكانية الطعن في قرار الترخيص كممارسة الارتفاقات، فلم يحدد طبيعة القرار فردياً أو تنظيمياً<sup>(2)</sup>، لكنه أخضعه لتحقيق عمومي، كنوع يشابه إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

(1)- أنظر المواد 32 - 33 - 34 - 36 - 37 - 38 من المرسوم التنفيذي رقم 411/90 يتعلق بالإجراءات التطبيقية في مجال إنجاز منشآت الطاقة الكهربائية والغازية وتغيير أماكنها بالمراقبة، المؤرخ في 1990/12/22، ج ر ج، العدد 56، المؤرخة في 1990/12/26، ص 1818.

(2)- مصطفى رباحي، المرجع السابق، ص 262.

بالنسبة للمشرع المصري فقد خصص الفصل الثاني من قانون الكهرباء بعنوان: تصاريح وتراخيص مزاولة أنشطة الكهرباء على أنه:

" لا يجوز مزاولة أي من أنشطة إنتاج أو توزيع أو بيع الكهرباء دون الحصول على ترخيص من الجهاز ... وللجهاز قبل إصدار تراخيص مزاولة النشاط، أو تعديلاتها إصدار التصاريح اللازمة للبدء في إنشاء أو إجراء أية توسعات لأي من الأنشطة المشار إليها وفقا للضوابط والقواعد التي يحددها مجلس إدارة الجهاز، وتنتشر القرارات الصادرة من الجهاز بشأن التصاريح والتراخيص في الوقائع المصرية، وإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، وذلك على نفقة المصريح أو المرخص له حسب الأحوال.<sup>(1)</sup>"

ويتضح من خلال هذه المادة، أن الطبيعة القانونية لارتفاقات الكهرباء؛ هي تصاريح يصدرها الجهاز للبدء في إنشاء أو إجراء أية توسعات لأي من أنشطة الكهرباء أو تراخيص، وهي كل الوثائق التي يصدرها الجهاز للبدء في مزاولة أي من أنشطة الكهرباء بعد الحصول على التصريح عن طريق قرار إداري من جهاز تنظيم مرفق الكهرباء وحماية المستهلك.

وكما تعتبر الرخص قرارات إدارية، وليست عقد امتياز في مفهوم المشرع المصري.

وتقدم طلبات الحصول على التصاريح أو التراخيص على شكل نماذج موضوعة من قبل الجهاز متضمنة البيانات، والمعلومات اللازمة للبت في هذه الطلبات التي تكون مرفقة بالمستندات التالية:

- صحيفة الاستثمار تشتمل على نشاط الشركة ونظامها الأساسي.

- السجل التجاري.

- البطاقة الضريبية

- دراسة الجدوى المبدئية للمشروع، وسند حيازة الأرض المقام عليها المشروع، وموافقة شركة التوزيع المرخص لها، أو الشركة المصرية لنقل الكهرباء على الربط بالشبكة، بالإضافة إلى دراسات فنية وتقنية<sup>(2)</sup>.

ويصدر التصريح لمدة عام، ويمكن تجديده لعامين بعد تقديم طلب آخر خلال الخمسة عشر يوما الموالية لانتهاؤ مدة التصريح بواسطة نموذج يتضمن إقرار باستمرار سريان جميع المستندات المقدمة، وتقرير عما تم إنجازه خلال السنة السابقة، مع إرفاق برنامج زمني يتضمن نسبة التنفيذ وتقرير آخر عن

(1)- المادة 13 من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 15.

(2)- المادة 23 من اللائحة التنفيذية لقانون الكهرباء والغاز المصري، المصدر السابق، ص 14.



الأسباب الجدية للتأخر في هذا التنفيذ، مع وصل سداد رسوم تجديد التصريح، حيث يقرر المجلس موافقته أو رفضه التجديد لعدم جدية المصرح، وعدم التزامه في إنجاز مضمون التصريح<sup>(1)</sup>.

وأما إذا تمت الموافقة فيصدر الجهاز شهادة سنوية تقيد استمرار السريان بعد التحقق من التزام المرخص له بشروط الترخيص خلال تلك السنة، وفي حالة ارتكابه لمخالفة من شأنها الإخلال بأحكام قانون الكهرباء أو لائحته التنفيذية، وبعدها يقوم الجهاز بإخطار المرخص له كتابة بإزالة المخالفات خلال مدة محددة.

لكن الملاحظ أن القانون رقم 10 لسنة 1990 قرر تصنيف مشروعات الطاقة ضمن أعمال المنفعة العامة، ويقصد بمشروعات الطاقة؛ مشاريع الكهرباء والغاز.

وبالتالي، يمكن تطبيق أحكام هذا القانون على ارتفاقاتها، بحيث يشمل نزع الملكية العقارات اللازمة لأي مشروع أساسي، وأية عقارات أخرى ضرورية<sup>(2)</sup>، مما يعد خطراً يهدد المالك في عقاره في أية لحظة. ووفر المشرع المصري ضامنة قانونية أخرى، وهي حق الاعتراض، بحيث في حالة رفض مالك العقار أو حائزه على إقامة أو تشغيل أو صيانة الشبكات أو الكابلات، ما عليهم إلا الاعتراض على ذلك بشكل كتابي خلال مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطارهم بخطاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بأي من فترة الأعمال، وعلى الجهاز البت في هذا الاعتراض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه، وفي حالة رفضه، فلا يجوز إقامة أو تشغيل أو صيانة هذه الشبكات أو الكابلات إلا بموجب قرار يصدر من الوزير المختص يتضمن وصف الأعمال المراد إجرائها وبياناً تفصيلياً عن العقار محل تنفيذ هذه الأعمال فيه.

ويشمل هذا القرار ما يلي:

(1) كشف بهوية الملاك وأصحاب الحقوق في العقار، ومحل إقامتهم من خلال واقع عمليات الحصر التي تجريها الجهة الإدارية.

(2) الرسومات الهندسية الأعمال المراد تنفيذها.

(1) - المادة 23، المصدر نفسه، ص 14.

(2) - راجع المادة (2) من القانون رقم 10 لسنة 1990، بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، ج ر ج، العدد 22، المؤرخة في 1990/05/31، ص 01

ثم بعدها ينشر القرار وملحقاته في الجريدة الرسمية المصرية، ويودع مكتب الشهر العقاري المختص، والملاحظ أنه يترتب على الشهر والإيداع نفس الآثار المترتبة على شهر العقد المنشئ لحق عيني حسب نوعه<sup>(1)</sup>.

يستقرأ من خلال هذه المادة، أن المشرع المصري لم يحدد الجهة التي يمكن الاعتراض لديها، إذا استخدم عبارة (الجهاز)، وهنا يمكن الرجوع إلى المادة الأولى من قانون الكهرباء المصري التي عرفت الجهاز: "تنظيم مرفق الكهرباء وحماية المستهلك"<sup>(2)</sup>.

بمعنى وجود قائمة مفاهيم بمثابة مختصرات دون تكرار أو إطناب في صياغة النصوص القانونية، وحتى استعماله لعبارة (الجهة الإدارية) قصد بها الفقرة الخامسة من المادة الأولى من هذا القانون؛ وحدات الإدارة المحلية المختصة.

ووضع القانون المصري ضمانات قانونية وقضائية للمالك بهدف ضمان حماية ملكيته العقارية الخاصة، تتمثل في تعويض عادل، وحق الاعتراض على جميع أعمال إقامة أو تشغيل أو صيانة الشبكات والكابلات، بحيث يترتب على إرتفاق الكهرباء وشغل العقار وتقييده دون نزعه، لكن مع ذلك يتوجب على مالك العقار في حالة رغبته في إجراء عدة تغييرات أو تعديلات بملكته، إخطار جهاز تنظيم مرفق الكهرباء وحماية المستهلك قبل البدء فيها، للتأكد من مدى تأثير هذه التعديلات على منشآت مرفق الكهرباء.

وحيث يرد الجهاز خلال مهلة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار، والسكوت عن الرد بعد مضي هذه المهلة يعد بمثابة موافقة ضمنية على إجراء هذه التغييرات أو التعديلات؛ لكن في حالة الرد الصريح على برفضها، وإصرار المالك على إجراءها، يكون للجهاز حق اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار أو الجزء اللازم منه للمنفعة العامة<sup>(3)</sup>، وهذا يعني خطر تحول هذا التقييد إلى تجريد لحق الملكية العقارية الخاصة، وفي حالة تعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فتكون هذه الأخيرة الأولى بالرعاية وكان من المفروض الاكتفاء فقط بالجزء اللازم للمنفعة العامة، حتى لا يحرم مالك العقار من حقه في استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

(1)- الفقرة (4)، (5)، (6) من المادة 53، المصدر نفسه، ص 30، 31، والمادتين 74، 75 من اللائحة التنفيذية لقانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 39.

(2)- الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون الكهرباء المصري، المصدر نفسه، ص 5.

(3)- المادة 54، المصدر نفسه، ص 31، وكذلك المادة 78 من اللائحة التنفيذية لقانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 41.

ومن الالتزامات المفروضة على مالك العقار، أو أصحاب الحقوق عليه، هي إزالة كل العوائق التي من شأنها اعتراض منشآت الكهرباء.<sup>(1)</sup>

وتؤدي الحاجة إلى ضمان إمدادات الطاقة المتجانسة عبر الإقليم الوطني الفرنسي إلى إنشاء ارتفاعات لصالح منتجي الطاقة الكهربائية والغاز أو شركات نقلها وتخزينها ( القانون 15 جوان 1906، المادة 12 و 19، القانون رقم 1908/2000 المؤرخ في 13 ديسمبر 2000 المادة 5 منه ).

وتفرض الخصائص التقنية لهذه الأنواع من الطاقة إنشاء شبكات لنقلها، ويجوز لصاحب الامتياز بها أو موزعي الطاقة إنشاء ارتفاعات للمنفعة العامة على الملكيات الخاصة عن طريق خطوط وقنوات أرضية بشكل نهائي، ويستفيد من هذه الارتفاعات المختلفة كل الأعمال المعلنة للمنفعة العامة.

ولقد نص قانون 1906 على التعويض عن ارتفاعات الغاز، عن طريق جبر الضرر الصادر من صاحب الامتياز، والمحدد مسبقاً ضمن الاتفاق الودي بين ملاك العقار والمستفيد، أو في حالة عدم وجود اتفاق مسبق يقرر قاضي نزع الملكية، ويقدر احتساب التعويض عن الأضرار الناجمة أثناء تركيب الأنابيب والقنوات خاصة في نقل الغاز الطبيعي، فيستفيد صاحب الامتياز من الحق في الأملاك الخاصة، وقد تتجاوز حدود الارتفاع إلى الشغل المؤقت دود حدود زمنية داخل محيط التخزين، لكن يجب إبلاغ مالك العقار، ولا يمكن السماح بشغل مؤقت داخل المساكن المجاورة وغلق الجدران، وكذا يجب أيضاً إنشاء فتحات أعمال تحت الأرض على الأقل بـ ( 50 متراً ) من المساكن، ولرئيس الدائرة الحق في تنظيم وحظر على المالكين الأراضي المقيدة في محيط التخزين أو الحماية، وتنفيذ أي عمل قد يعيق استغلال تخزين الغاز تحت الأرض، ويجوز للإدارة الاشتراك في نزع ملكية الأراضي الخاضعة لارتفاع الشغل المؤقت إذا كانت المصلحة العامة تبرر هذا النزع، ولذلك يجب أن يحصل مالك العقار داخل منطقة التخزين، أو الحماية على تصريح مسبق من الدائرة لأي عمل يتجاوز عمقه للحدود المرسومة

(1) - المقصود بمنشآت مرفق الكهرباء في نص المادة 52 من قانون الكهرباء المصري:

أ . محطات إنتاج القوى الكهربائية من مصادرها المختلفة وملحقاتها.

ب . محطات المحولات الرئيسية ذات الجهد الفائق والعالي.

ج . الخطوط الهوائية والكابلات الأرضية والبحرية ذات الجهود الفائقة.

د . الخطوط الهوائية والكابلات الأرضية والبحرية ذات الجهود العالية.

و . الخطوط الهوائية والكابلات الأرضية والبحرية ذات الجهود المتوسطة.

هـ . الخطوط الهوائية والكابلات الأرضية والبحرية ذات الجهود المنخفضة.

المصدر نفسه، ص 29.

للترخيص، ويبقى للمالك خيار وحيد في حالة حرمانه من التمتع بعقاره لأكثر من سنة أو إذا تضرر ضررا كبيرا أو ضعفت تربة عقاره بسبب ممارسة حقوق الارتفاق الحق في طلب الحيانة الكاملة لعقاره<sup>(1)</sup>.

وأقر المشرع الفرنسي كل الأعمال اللازمة لإنشاء ونقل وتوزيع وصيانة امتياز الكهرباء بناء على طلب صاحب الامتياز، بحيث يتم إعلان المنفعة العامة من قبل السلطة الإدارية، ولكن يسبق ذلك دراسة تأثير، وإجراء تحقيق عمومي في الحالات المنصوص عليها في قانون البيئة، وفي الحالات العادية لا تخضع هذه الأعمال للتحقيق العمومي، فيتم تنظيم ملف إعلان المنفعة العامة في المجالس البلدية، وكل البلديات التي تعبر بها تلك الأعمال لمدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من أجل تقييم الأضرار التي يمكن أن تنتج عن المشروع إلى الملكية الخاصة.

وتتم عملية النشر لمدة شهر في جريدة محلية، وبملصقات في البلدية للإعلام عن الأيام والساعات لإعادة النظر عن طريق سجل يتيح للجمهور التعليق عليه، ووضع ملاحظاتهم، ثم تضع السلطة المتعاقدة ملخص تقرير مناسب لهذه الملاحظات، لكن إذا كان نزع ملكية، فإنه يقرر وفقا لأحكام قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة<sup>(2)</sup>.

وعندما تتطوي ارتفاقات الارتكاز والإسناد، التمير، القطع الواردة في المادة 4 . 323 . L على تعويض مباشر مادي، فإن يمكن لمصلحة الملاك وأصحاب الحقوق من استحقاق معين للتعويض بسبب الارتفاقات الثابتة، أو يمكنهم الاستفادة من هذا التعويض في حالة فشل الاتفاق الودي عن طريق القضاء<sup>(3)</sup>.

وتحدد إجراءات التعويض في غضون سنتين من تاريخ إعلان الأشغال، عندما يكون دفع التعويض من مسؤولية السلطة العامة<sup>(4)</sup>.

ويضبط مرسوم بمجلس الدولة شروط، وأشكال تطبيق هذه الارتفاقات، ويحدد بشكل خاص أشكال إعلان المنفعة العامة المنصوص عليها في المادة 3 . 323 . L، كما يحدد أيضا:

1. شروط إنشاء ارتفاقات المنفعة العامة، ولا تتطوي على استخدام نزع الملكية.
2. الشروط التي يجوز فيها للمالك تنفيذ الأشغال (المادة 6 - 323 L).<sup>(5)</sup>

(1)- Jocelyne Dubas Maury، Servitude d'utilité publique، 14/11/2013، Centres d'études et expertise sur les risques.

(2)- L'article L 323-3 du C.E.F، op.cit، P167.

(3)- L'article L 323-6، ibid، p 168.

(4)- L'article L 323-8، ibid، p169.

(5)- L'article L 323 - 9، ibid، p169.

وأكد الاجتهاد القضائي المصري على أن:

" امتياز الارتفاقات الإدارية المقررة لخدمة مال عام أو أموال عامة لتعلقها بالمال العام الذي تخدمه، عدم انقضائها إلا بانتهاء تخصيصها لهذه المنفعة، أو بتخصيصها لجهة نفع أخرى غير تلك التي من أجلها تقرر الارتفاق.

وكما تعتبر الارتفاقات الإدارية المقررة لخدمة مال عام؛ أموالا عامة لتعلقها بالمال العام الذي تخدمه، فيكون لها لذلك ما للأموال العامة من خصائص وحصانة، وتبقى ما بقي المال العام المخدوم مخصصا للمنفعة العامة، ولا تنقضي إلا بانتهاء تخصيصها لهذه المنفعة ... (1) "

ويتضمن تعديل إرتفاق الكهرباء بالتشريع الفرنسي؛ كل الأعمال الضرورية التي تتطلبها المنفعة العامة، بحيث يترتب عليها التعدي على حق استعمال الملكية العقارية الخاصة، مما يجعل من إعلان المنفعة العامة تبريرا قانونيا لهذا التعدي.

وتتوقف فائدة ارتفاقات الكهرباء مع إزالة الأعمال في حالة انتهاء الأشغال الخاصة بها، لكن تبقى التزامات المراقبة والصيانة قائمة.

أما بالنسبة للتعويض فهو منصوص عليه في المادة 7 - 323 L من قانون الطاقة الفرنسي، إذ يقرر سير الشبكة العامة لنقل الكهرباء التعويض عن الضرر الناشئ مباشرة عن ممارسة حقوق هذه الارتفاقات، لكن يبقى التعويض المناسب والثابت، يحدده القاضي المختص في حالة عدم الاتفاق الودي الذي يخضع لنصوص نزع الملكية وفقا لأحكام المادتين الثانية والثالثة الصادر في 1906، ويجب إصلاح الضرر الواقع أثناء الأشغال؛ مثل إصلاح الضرر الناشئ عن الأشغال العامة.(2)

وتبدأ إجراءات إرتفاق الكهرباء عن طريق إعلان المنفعة العامة لأعمال الكهرباء لإعطاء الحق لممارستها دون اللجوء إلى نزع الملكية، إذ يتم الحصول عليها وفقا لأحكام المرسوم 19 جوان 1970 المعدل، ويتم الإعلان عليها عن طريق قرار من المحافظ أو قرار من الوزير المكلف بالكهرباء وفقا لخصائص الأعمال المعنية، كما هي محددة في الفصول المختلفة، ابتداء من أبوابه، وفي عنوانه الأول المخصص للإجراء الخاص بتحديد حقوق الارتفاقات، أما في عنوانه الثاني، فيتناول الاتفاق الودي مع المالكين، إذ يتم البحث عن وجود اتفاقية بهدف الاعتراف بارتفاقات الأشغال بين صاحب الامتياز والمالك، ثم تحل محل الشكليات المذكورة في الباب الثاني على أصحاب الحقوق من الغير في ذلك

(1)- الطعن رقم 88 لسنة 35، محكمة النقض المصرية، 1969/03/27، أحكام النقض، المكتب الفني، العدد الأول، السنة 20، ص 495.

(2)- Dominique Bellenoue، Servitudes ou Voisinage d'une ligne électrique aérienne ou souterraine 23/09/2015.

www: driel: ile-de-France. Développement-durable-gouv.Fr, 08/08/2017, 11:11

العقار، فيخضعون لنفس الآثار المقررة عن قرار المحافظ المتضمن الموافقة على مشروع تفصيل التخطيطات، ويطبق الارتفاق من إعلان المنفعة العامة للأشغال ( المادة 6 . 323 L من قانون الطاقة الفرنسي ).

ويجب أن يظهر حجم الارتفاقات في المخطط المرفق بالاتفاق الودي، أو قرار المحافظ الخاص (المادة 13 من المرسوم رقم 432/70 المعدل لقانون الطاقة الفرنسي).

بالنسبة لارتفاقات الغاز، فقد نظمها المشرع الفرنسي في قانون البيئة؛ بما سمي بارتفاقات النوع 13، وتخضع لعدة إجراءات قانونية.

ويتكون ملف التحقيق العمومي مما يلي:

- 1) مذكرة توضيحية توضح الأسباب التي من خلالها تحددت هذه الارتفاقات.
  - 2) وثيقة توضيحية لطبيعة القيود، والمحظورات الناتجة عن هذه الارتفاقات، وآثارها على البيئة، وكذلك تحديد الفترة المسموح لها لتنفيذ هذه العملية.
  - 3) مخطط يبين فيه نطاق ممارسة الارتفاقات، وتفاصيل مختلف العوائق الناتجة عنها.
  - 4) قائمة الملاك الذين ترتبط عقاراتهم بحقوق الارتفاقات.
  - 5) مشروع قرار يتضمن تحديد وتعريف لهذه الارتفاقات.
- ويستكمل الملف عن طريق وثائق أخرى محددة بموجب المادة 3 . 11 . R من قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.<sup>(1)</sup>

ما يمكن استخلاصه من خلال ما سبق:

- تتفق اجراءات ارتفاقات الكهرباء والغاز في الجهة المصدرة لها؛ وهي الجهة الإدارية المحلية، إما الوالي في التشريع الجزائري، والوحدات الإدارية المحلية لدى التشريع المصري، المحافظ في القانون الفرنسي.

- تختلف ارتفاقات الكهرباء والغاز في الشكل القانوني لإصدارها، فالمشرع الجزائري قررها بموجب قرار إداري مسبق بتحقيق عمومي كإجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة

- اعتبر المشرع المصري هذه الارتفاقات بمثابة تصريحات وتراخيص ممثلة في قرارات إدارية محددة بزمان معين لمدة سنة قابلة للتجديد مع التسبب، أما المشرع التونسي فقد جعلها عقد امتياز

(1)- L'article R 211-69-R211-97 du code de l'environnement Français, le décret n° 2005-935 du 02/08/2005, modifié par le décret n° 2007-397 du 22/03/2007.

لمنتجي وموزعي وناقلي الطاقة الكهربائية والغازية، غير أن التشريع المغربي جعل ذلك حكرا على المكتب الوطني للكهرباء وإدارة مجلسه.

- جعل المشرع الفرنسي الطبيعة القانونية لارتفاقات الكهرباء والغاز في شكل عقد امتياز، يتيح لصاحبه عدة صلاحيات، مع الإعلان عن المنفعة العامة، وإجراء تحقيق عمومي لإعطاء الفرصة للمالك، ولذوي الحقوق على العقار لإبداء اعتراضاتهم، كل ذلك بموجب دفتر شروط، تحدد فيها حقوق وواجبات صاحب الامتياز في كيفية ممارسة هذه الارتفاقات.

### المطلب الرابع: آثار ارتفاقات الكهرباء والغاز

ينتج عن ارتفاقات الكهرباء والغاز عدة آثار، متعلقة بوضعية الملكية العقارية الخاصة (الفرع الأول)، ايجاد ضمانات للمالك (الفرع الثاني)، التكفل بالنفقات (الفرع الثالث)، وامكانية التعويض عن الضرر (الفرع الرابع).

#### الفرع الأول: وضعية الملكية العقارية الخاصة

لا يترتب على ممارسة ارتفاقات الكهرباء والغاز أي زوال لحق الملكية، وهذا ما قرره المادة 162/1 من القانون 01/02، وكذلك نفس موقف المشرع الفرنسي، فلا ينطوي إرتفاق الكهرباء والغاز على أي نزع للملكية الخاصة<sup>(1)</sup>.

غير أن التشريع المصري قرر أن ارتفاقات الكهرباء والغاز قد تؤدي إلى نزع ملكية العقار الخاص. أما التشريعان التونسي والمغربي فلا يوجد نص يوضح حقيقة آثار هذه الارتفاقات بالنسبة للملكية العقارية الخاصة هل هي تقييد أم تجريد؟

#### الفرع الثاني: ايجاد ضمانات للمالك

وضع المشرع الفرنسي ضمانات للمالك في وضع الدعامات أو الواجهات أو على أسقف وأسطح المباني، لا يشكل عائقا في حق المالك في هدم أو ترميم أو تعليية، وكذا وضع القنوات أو الدعامات في أرض مفتوحة أو مبنية، لا يعيق حق هذا الأخير في تحويطها أو بنائها<sup>(2)</sup>، وهو ما اتبعه حرفيا المشرع الجزائري في نص المادة (162/02) من القانون 01/02، والتي نصت على أنه:

(1)- l'article L 323-7 du C E F: «La servitude établie n'entraîne aucune dépossesion.», op.cit.

(2)- L'article L 323 – 6 du CEF: « la pose d'appuis sur les murs ou façades ou sur les toits ou terrasses des bâtiments ne peut faire obstacle au droit du propriétaire de démolir, réparer ou surélever. La pose des canalisations ou supports dans un terrain ouvert et non bâti ne fait pas non plus obstacle au droit du propriétaire de se clore ou de bâtir », op.cit.

" لا يمكن أن يشكل وضع الركائز على الحيطان والواجهات أو على سقوف المباني وسطوحها عائقا أما صاحب الملكية لممارسة حقه في هدم مبناه أو ترميمه أو الزيادة في علوه. وكما لا يمكن أن يشكل وضع القنوات أو الخطوط أو الأعمدة فوق أرض مفتوحة وغير مبنية، عائقا أمام صاحب الملكية لممارسة حقه في تسييجها أو بنائها".

وقد يترتب على أحقية المالك في القيام بالأشغال المتعلقة بالهدم أو الترميم أو الزيادة في العلو أو التحويط أو البناء حدوث أضرار تلحق منشآت المتعامل، مما يتوجب على المالك إخطاره عن طريق رسالة موصى عليها موجهة إلى مقر المتعامل، لكن بشرط في أجل شهر واحد قبل الشروع في الأشغال<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التكفل بالنفقات

إذا أثقلت ارتفاقات الكهرباء والغاز الممتلكات العقارية الخاصة، فيتوجب على المتعامل إدخالها على نفقته للتكفل بجميع التغييرات الضرورية على تجهيزاته، غير أن إذا كانت هذه التكاليف باهظة بالمقارنة مع الضرر اللاحق بصاحب العقار المرتفق عليه، ويمكن للمتعامل رفض القيام بها، وتبليغ المالك بكل الاقتراحات اللازمة بشكل ودي، وفي حالة عدم الاتفاق يرفع أحد الطرفين النزاع أمام مصلحة المصالحة أو غرفة التحكيم<sup>(2)</sup>، ويعتبر ذلك قييدا خطيرا على المالك، فتكون مصلحة المتعامل أولى بالرعاية من مصلحة صاحب العقار، وذلك لأن الأول مقيد بأشغال عامة للمنفعة العامة توجب تفضيلها عن المصلحة الخاصة.

### الفرع الرابع: امكانية التعويض عن الضرر

قرر المشرع الجزائري في المادة (161/01) من القانون 01/02 قاعدة مجانية الترخيص لممارسة الارتفاقات المذكورة في المادة (159) السالفة الذكر، وهذا يفيد عدم التعويض عما يصيب مالك العقار من أضرار، نتيجة حرمانه من حقه من استعماله واستغلاله، لكن بالرجوع لأحكام الفقرة الثانية من هذه المادة يوجد اقرار استثناء على هذه القاعدة، حيث في حالة وقوع ضرر يتقل الملكية العقارية الخاصة للأفراد أو الجماعات الإقليمية أو الأملاك التابعة للدولة، فإنه يصدر قرار تنظيمي من الوالي بتعويض عن الضرر الثابت أو المحتمل إثباته، فالضرر الثابت؛ ما كان يمس بالعقار فيسبب له ضررا مباشرا ومحققا، لا يحمل مجرد احتمال وقوعه بشكل آني، إذ تنصرف آثاره للحاضر لا المستقبل، غير أن الضرر المتغير؛ فهو أيضا ضرر مباشر محقق، لكن التغيير يكون في الضرر نتيجة مباشرة للأشغال

(1)- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 162 من القانون 01/ 02، المصدر السابق، ص 24.

(2)- أنظر الفقرات 2، 3، 4، 5 من المادة 162 من القانون 01/02، المصدر السابق، ص 24.



الناتجة عن ارتفاعات الكهرباء والغاز، فمضمون فكرة الضرر المباشر تنصرف إلى كون التغيير الحاصل في الضرر يرتبط بالفعل المسبب له برابطة السببية.

وإن الضرر المحتمل إثباته؛ فهو الضرر الذي يدور تحققه بين الشك والاحتمال، في أن أسباب الضرر المحتمل قد تؤدي إلى نتائجها، لكن يحتمل وقوعه مستقبلا، ولكن السؤال المطروح: حول قابلية التعويض عن الضرر المحتمل؟

ولقد طوّر القضاء الفرنسي فكرة الضرر المحتمل، وجعل لارتفاعات الكهرباء ضررا محتملا حول استحالة البناء والزراعة، واستحالة استعمال العقار في مجالات معينة تحد من حرية المالك في استعماله واستغلاله، لذلك أوجب المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المحتمل حتى يضمن عدم انتهاك الملكية العقارية الخاصة<sup>(1)</sup>.

وجعلت المادة (16) من القانون 01/02 التعويض احتياطيا بشكل تقريبي، يودعه المتعامل قبل الشروع في ممارسة ارتفاعات الكهرباء والغاز بموجب قرار من الوالي، وما على أصحاب الملكية والمخصص لهم وذوي الحقوق الآخرين إلا سبيل الطعن في هذا القرار طبقا لما سبق ذكره.

واعتبرت المادة الأولى من هذا القانون أن نشاطات المتعاملين المتدخلين في نشاط الكهرباء والغاز من منتج وناقل وموزع ومسوق تتم وفقا للقواعد التجارية وفي إطار المرفق العام، فالأكيد أنهم لو تعرضوا للإفلاس، لن يتحصل صاحب العقار المرتفق عليه على التعويض، لكن جعل المشرع الجزائري الدولة ضامنة للمرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي، بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة، مما يجعل على عاتقها المسؤولية في حالة إفلاس المتعامل أو حتى استبداله بأصحاب امتياز آخرين.

وإذا اختلف المالك على المبلغ الممنوح للتعويض، بإمكانه الطعن أمام الجهة القضائية المختصة. ويتشابه المشرع الجزائري مع المصري في أنهما لم يحددا الجهة القضائية محل الطعن، التي يمثلها القضاء الإداري، باعتبار القرار صادر من الوالي.

ولم يحدد القانون 01/02 أنواع الأضرار الموجبة للتعويض، لكن قسمها الفقه إلى ما يلي:

#### أولا: أضرار حالية

تمتاز الأضرار الحالية بطابع فوري وأني يؤدي بارتفاعات الكهرباء والغاز إلى أضرار بالعقارات أو جدرانها أو أسقفها، ويتكفل صاحب الامتياز المسؤولية عن أشغاله عن الخطأ أو على أساس المخاطر،

(1) - محمد معمر قوادي، المرجع السابق، ص 108.

باعتبار القاعدة العامة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، بحيث تجعل أي فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويتسبب في الإضرار بالغير بإلزام من تسبب في إحداثه بالتعويض<sup>(1)</sup>.

ويشترط أن تؤدي الأضرار الناجمة عن إرتفاق الكهرباء والغاز إلى إتلاف العقار جزئياً أو كلياً، ثم اعتبر الضرر مستحقاً إذا أدت تلك الأضرار إلى إنقاص القيمة الاقتصادية للعقار، ومنه الإنقاص من استعماله، كأن تؤدي الأشغال العامة إلى جعل مدخل العقار متعذراً أو مستحيلاً بحيث يصعب الاستفادة منه أو الدخول إليه، أو حرمان مالك العقار من حقه في البناء على عقاره المعد للبناء، أو سقوط الأسلاك الكهربائية على ملكيته لعدم توافر الصيانة اللازمة.

أما الضرر غير المادي؛ فهو الضرر الاستثنائي الذي يتجاوز الأضرار العادية، والمضايقات التي يتعرض لها مالك العقار وتعيق سلطاته فيه، فتتحمل الإدارة في هذه الحالة على أساس المخاطر، باعتبار أن الملاك لا بد من تحمل المضار المألوفة التي تمثل مبدأ التناسب بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فإذا ما اضطر صاحب العقار المرتفق عليه تغيير مدخل ملكيته بسبب إقامة الخطوط الكهربائية، فإنه يقع على عاتق الجهة المختصة لهذا الارتفاق تسديد تكاليف تغيير المدخل، وعلّة ذلك أن مالك العقار لم يحقق مصلحة عامة أكثر من تلك المحققة للمجموعة العامة.

ويمكن اعتبار الأضرار الناتجة عن الإقامة النهائية لخطوط الكهرباء فوق الملكية العقارية الخاصة أضراراً مستمرة، إذا ترتب عنها إصابة في أعماق الخطوط إلى الحد الذي يؤدي إلى نقص ثمنها للبيع أو الإيجار، واستمرارية الضرر تخرجه عن نطاق الأضرار العامة.

وهناك أضرار محتملة وتتمثل في الأضرار الناجمة عن المنع من البناء على الخطوط الكهربائية العالية الجهد، فتقيد المالك من تعليه بنائه أو استغلاله في مجالات أخرى، وهو ضرر محتمل مستقبلي.

### ثانياً: المطالبة بتعويض إعادة الاستعمال

إذا كانت إقامة ارتفاقات الكهرباء والغاز لا تؤدي إلى زوال الملكية، فيكون للملاك أو ذوي الحقوق الحق في طلب تعويض إعادة استعمال مقابل لقيمة المساحة محل الارتفاق<sup>(2)</sup>، وعلّة ذلك أن عناصر الملكية العقارية تتمثل في استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، فإذا كان الارتفاق يعيق بشكل نهائي أو غير محدد هذه العناصر، فتكون أمام نزع ملكية دون تعويض عادل ومسبق، وحتى دون إجراءات دقيقة.

(1)- معمر قوادري محمد، المرجع نفسه، ص 269، 271.

(2)- محمد معمر قوادري، المرجع نفسه، ص 272، 273.

ولم يقرر المشرع المصري القاعدة الأساسية التي مفادها أن: ارتفاعات الكهرباء لا تؤدي إلى زوال الملكية، وما يمكن ملاحظته من خلال استقراء مواد قانون الكهرباء وجود تناقض صريح بين الإجراءات المتبعة، وبين مصطلح الارتفاق؛ باعتباره عبئا متقلا للملكية الخاصة وبوقت محدد بتقادم.

وكذا لم ينص المشرع الجزائري على مدة تقادم ارتفاعات الكهرباء والغاز، مما يطرح السؤال التالي: هل تخضع هذه الارتفاقات للقواعد العامة للتقادم أم أنها مؤبدة على وجه التقييد؟

واتبع المشرع الجزائري خطى المشرع الفرنسي في ذلك، حيث هذا الأخير نص على أن ارتفاعات الكهرباء والغاز لا تؤدي إلى زوال الملكية.

وأما بالنسبة لتعويض نقص القيمة فقد نصت المادة (47) من المرسوم رقم 411/90 على أنه يترتب على الإجراء الاستعجالي الذي يقضي به البيان التصريحي للمنفعة العامة تقليص لأجال الإجراءات مع مراعاة حقوق الغير، ولهذا الغرض يمكن للسلطات المختصة الأمر بصورة متزامنة أو متوازنية تنفيذ إجراءات التحقيق المسبقة، ولاسيما الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة التي تسبق الترخيص بممارسة الارتفاقات.

ويطبق المشرع الجزائري إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة على ارتفاعات الكهرباء والغاز، وبالتالي يمكن للملاك المطالبة بالتعويض عن نقص القيمة الذي يلحق أملاكهم والحقوق غير المنزوعة، وهو ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية، والتي اعتبرت نقص القيمة عنصرا مستقلا عن الضرر، لكن بشرط أن يكون نقص القيمة ناجم عن عنصر واقعي محدد وثابت حتى يتسنى للقاضي الحكم بالتعويض عنه.

ولكن هناك حالات تؤدي ارتفاعات الكهرباء والغاز إلى ارتفاع قيمة العقارات المرتفق عليها، فهل يمكن المطالبة بفارق ارتفاع القيمة؟

ولم يجب المشرع الجزائري عن هذه الإشكالية، ليقرر الاجتهاد القضائي الفرنسي هذا الارتفاع في القيمة، لما نتج عن أشغال برفع أسعار العقار.

ولكن ارتفاع قيمة العقار لا يرجع لإرادة المالك في إنشاء هذا الارتفاق، ولم يرتكب خطأ يوجد التعويض<sup>(1)</sup>، فعلى أي أساس يتحصل على تعويض ثاني بعد التعويض الذي حصل عليه، وكذلك لا يمكن حساب وقت ارتفاع قيمة العقار، هل كان قبل القرار الصادر من الوالي بإنشاء هذا الارتفاق أو عند إعلان عن فتح تحقيق عمومي.

وفي ظل عدم وجود نصوص قانونية في ذلك يبقى هذا التعويض غير ممكنا.

(1) - محمد معمر قوادري، المرجع نفسه، ص 274، 275، 276.

وهناك آثار أخرى ناجمة عن ارتفاعات الكهرباء والغاز تتمثل في النقاط التالية:

- إذا كان هدف التحقيق العمومي في ارتفاعات الكهرباء والغاز إعلام الملاك وكل ذوي الحقوق على العقار بهدف إبداء ملاحظاتهم أو اعتراضهم خلال مهلة شهرين، لكن السؤال المطروح: ما القيمة الفعلية لهذا التحقيق في التأثير على قرار الترخيص بممارسة هذه الارتفاعات أو منعها؟

ولم يكن لموقف المشرع الجزائري رد عن هذا الإشكال، حيث لو كانت تلك الاعتراضات سلبية، وانتهى التحقيق بوجود ضرر يمس العقار محل مشروع الارتفاعات، لأن الوالي يصدر قراره ببداية الأشغال، ويصبح هذا التحقيق مجرد إجراء شكلي، حتى لو كان الهدف منه التأكد من وجود منفعة عامة، ومناطق ذلك أنه إذا كانت الأشغال العامة للكهرباء والغاز هي ارتفاع إداري، يقيد المالك في استعمال واستغلال والتصرف في ملكيته، وحتى يمنعه من حقه في تعويض مسبق وعادل، ما دامت الاستعمالات الدائمة لأعمدة الكهرباء لم تتقدم لوجودها بشكل نهائي.

وأدرج القانون 01/02 أول إجراء الزامي، وهو قرار التصريح بالمنفعة العامة عن طريق الوالي، حتى يتسنى للملاك وأصحاب الحقوق على العقار، ولكل من لديه مصلحة الطعن في هذا القرار إما بإلغاءه لعدم مشروعية وجود المنفعة العامة، لأن قرار التحقيق تمهيدي لا يمس بأصل الحق، ولا يمكن الطعن فيه.

- يعتبر قرار الترخيص بممارسة الارتفاعات العامة للكهرباء والغاز سنداً للارتفاع، بحيث تصبح الملكيات العقارية الخاصة مثقلة بها، وخاضعة لجملة من القيود والالتزامات الإيجابية والسلبية تحد من سلطات المالك، ولكنها لا تؤدي إلى زوال الملكية، بحيث يبقى له الحق في ممارسة صلاحياته من استعمال واستغلال، ولا يجبر على الخروج منه أو المطالبة بالتنازل عنه جبراً للإدارة مصدرة لقرار الارتفاع.

- لم يحدد المشرع الجزائري آجال معينة لإصدار قرار الترخيص بارتفاعات الكهرباء والغاز، على عكس المشرع المصري جعل التكييف القانوني لها مجرد تصريح زمني صالح لمدة عام، بحيث يمكن تجديده سنة أخرى، وأما المشرع الفرنسي فقد كيفه على أنه عقد امتياز محدد بآجال معينة، وحتى قرر في ارتفاعات قنوات الغاز أنه يبقى للمالك في حالة حرمانه من التمتع بعقاره ولمدة أكثر من سنة، أو إذا تضرر عقاره ضرراً كبيراً بسبب ممارسة حقوق الارتفاع، فله الحق في طلب الحيابة الكاملة لعقاره لصالح الجهة صاحبة الامتياز.

ويتم تقدير التعويض في قانون الكهرباء المصري، عن طريق تشكيل لجنة في كل محافظة بقرار من المحافظ برئاسة المجلس المحلي للمحافظة، وتشمل عضويتها كل من:

1) ممثل عن وزارة الإسكان في المجلس التنفيذي للمحافظة.

- (2) ممثل عن وزارة الزراعة في المجلس التنفيذي للمحافظة.
- (3) ممثل عن وزارة الكهرباء في المجلس التنفيذي للمحافظة.
- (4) ممثل عن وزارة المالية في المجلس التنفيذي للمحافظة.
- (5) ممثل عن الهيئة المصرية العامة للمساحة.

ومن مهام هذه اللجنة تقدير قيمة التعويض الناتج عن ارتفاعات الكهرباء حسب المستندات المرفقة، حيث يتم استدعاء الملاك، وأصحاب الحقوق للحضور بهدف الاتفاق على قيمة التعويض خلال مهلة شهر على الأكثر من تاريخ طلب التعويض عن طريق كتاب موسى عليه بعلم الوصول، ولا يعتبر انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور نصابها، وهو رئيسها وثلاثة أعضاء على الأقل، ويصدر قرارها خلال شهر من تاريخ أول جلسة بأغلبية الأصوات الحاضرين، وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس مع الطرف الذي ساندته<sup>(1)</sup>.

ولكن يخضع هذا التعويض لحالتين:

أ) في حالة ما إذا تم الاتفاق وديا على مقدار التعويض المستحق يؤدي المرخص له أو الشركة المصرية لنقل الكهرباء قيمته للملاك وأصحاب الحقوق، ويحرر بذلك محضر يودع مكتب الشهر العقاري المختص، مما يرتب على هذا الإيداع نفس الآثار المترتبة على شهر العقد، وهنا تتضح إرادة المشرع المصري في ضمان حقوق ملاك العقار وذوي الحقوق حتى يتم إعلام الغير بها، وضمانة أخرى للمرخص له أو الشركة المصرية بثبوت الوفاء بالتعويض<sup>(2)</sup>.

ب) في حالة عدم اتفاق على مقدار التعويض، أو غياب أحد الملاك وأصحاب الحقوق عن جلسات اللجنة رغم ثبوت استدعائهم لذلك، يقوم المرخص له أو الشركة المصرية لنقل الكهرباء حسب الأحوال بإيداع قيمة التعويض المقرر من اللجنة خزانة المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها العقار، مع إعلانهم بذلك الإيداع بواسطة خطاب موسى عليه بعلم الوصول ويبدأ فوراً في تنفيذ الأعمال<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة (86) من اللائحة التنفيذية على ما يلي:

" يجوز لأي من الطرفين المتنازعين الطعن في مقدار التعويض أمام المحكمة المختصة، وذلك من تاريخ إعلانهم بخطاب موسى عليه بعلم الوصول."

(1)- أنظر المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون الكهرباء المصري، المصدر نفسه، ص 43.

(2)- أنظر المادة 85، المصدر نفسه، ص 43

(3)- أنظر المادة 85 من المصدر نفسه، ص 44

ويستشف من هذا النص أن المشرع المصري قرر المنازعة في مقدار التعويض للطرفين، لكن السؤال المطروح: من هو الطرف الآخر؟

وإذا كان المتضرر من التعويض ملاك للعقارات وذوي الحقوق عليه، الذين يمكن لهم الطعن في قيمته بحسب الضرر اللاحق بملكيته، لكن المرخص له أو الشركة المصرية لنقل الكهرباء، فهي الأخرى يحق لها الطعن في قرار اللجنة المتعلق بتقديم التعويض، بحيث يمكن أن تراه مبالغ فيه، ولا يعبر عن الأضرار الفعلية الماسة بعقار المالك.

وتم استخدام عبارة: (بالمحكمة المختصة)، حيث لم يحدد الجهة القضائية التي يمكن الطعن فيها، ويمكن الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (10) من القانون رقم 47 التي نصت على أنه:

" اختصاص محاكم مجلس الدولة في المسائل الآتية: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر (1) "

وأما بالنسبة لوصف التعويض، فقد حدد أنه عادل من خلال المادتين (53) (55) من قانون الكهرباء، اللتان تبتدئان بجملة (مع عدم الإخلال بالحق في تعويض عادل).

وكما يتصف التعويض أنه مسبق قبل البدء في ارتفاعات الأشغال العامة للكهرباء، ويترتب على عدم الاتفاق الودي لهذا التعويض بين المالك والمرخص لهم أو الشركة المصرية لنقل الكهرباء حسب الحالة.

وكذلك من آثار ارتفاعات الكهرباء على الملكية العقارية الخاصة في التشريع المصري ما يلي:

**1:** إلزام المالك بتحمل كل الأشغال والإقامة العلوية والسفلية على عقاره سواء كان مبنيا أو غير ذلك من إقامة أو صيانة شبكات هوائية أو كابلات أرضية.

**2:** تقييد حرية المالك في إجراءه لتغييرات أو تعديلات لعقاره، إذا يستوجب عليه إخطار الجهاز بأشغاله قبل البدء فيها، إذا كان من شأنها التأثير على منشآت مرفق الكهرباء، وفي حالة رفض الجهاز إجراء هذه التغييرات، أو التعديلات وإصرار المالك على إجرائها، يكون للجهاز الحق في اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار كليا، أو الجزء اللازم منه للمنفعة العامة، وهو ما يشكل مساسا خطيرا بالملكية العقارية الخاصة.

وبالنسبة للاجتهاد القضائي الإداري المغربي، فقد قررت الغرفة الإدارية على أنه:

(1)- قانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، ص 5 - 6.

" المبدأ: إن الامتياز الممنوح للمكتب الوطني للكهرباء لا يمنع المالك من المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال عن المساس بجمالية الواجهة من جراء غرز الأعمدة الكهربائية فوق ملكه.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن محتوى الحكم المستأنف أنه قدم السيد... مقالا إلى المحكمة الإدارية بمراكش، عرض فيه أنه يملك الدار الكائنة بعنوانه أعلاه، وأنه فوجئ بالمكتب الوطني للكهرباء يضع عمودا كهربائيا داخل حديقة داره حارما إياه من استغلال محله، مما ألحق به الضرر، ملتصا بالحكم برفع حالة الاعتداء على عقاره، بإزالة العمود الكهربائي من حديقة منزله، والحكم تمهيديا بإجراء خبرة لمعاينة الأضرار وتحديد قيمتها، وبعد تمسك المدعى عليه في مذكرة جوابه بالامتياز الممنوح له بموجب الظهير المؤرخ في 19/9/1977 أصدرت المحكمة حكما تمهيديا بإجراء خبرة، إثر هذا حكما على المدعى عليه بأدائه للمدعي تعويضا إجماليا قدره 30,000 درهم مع رفض باقي الطلبات.

حيث يعيب المستأنف الحكم المستأنف بخرق الفصل الثاني من ظهير 1977/09/19 المتمم والمعدل للظهير المحدث للمكتب الوطني للكهرباء، وهو امتياز يؤدي إلى نزع الملكية، كما لا يحرم المالك من حقوقه على العقار، وبالتالي لا مجال للحديث عن الضرر، والعمود الكهربائي مدار الدعوى قد وضع في مكانه منذ ثلاثين سنة ومن قبل أن يشتري المستأنف عليه القطعة الأرضية، أضف إليه أنه لا يوجد داخل الحديقة وإنما في ممر بجوار المنزل.

في مناقشة الاستئناف مع الارتباط:

حيث إن الامتياز الممنوح للمكتب الوطني للكهرباء لا يمنع من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببها الأعمدة الكهربائية للغير. وحيث ومن جهة، فإن المستأنف لم قم الدليل على ما ادعاه من كون العمود الكهربائي مغروزا منذ ثلاثين سنة، ومن جهة أخرى فإن الثابت من تقرير الخبرة... أن العمود الكهربائي الذي وضعه المكتب يقع قبالة منزل المستأنف عليه وإحدى أضلاعه الأربعة مغروزة بحديقة نفس المنزل بشكل أثر على جمالية واجهته، وحرم المدعي من استغلال جزء من عقاره، حددت المحكمة الإدارية في إطار سلطتها الإدارية التعويض عنه في مبلغ 30,000 درهم وهو مبلغ يتسم بالاعتدال ومناسب لحجم الضرر الذي كانت معه أسباب الاستئناف غير جديرة بالاعتبار، والحكم المستأنف في محله ويتعين تأييده. (1)

(1) - قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى المغربي، القسم الإداري الثالث، عدد 182، ملف عدد 2006/3/4/1261، مؤرخ في 2007/04/11، نقلا عن ابراهيم زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي عن الملكية العقارية، مطبوعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 2010، ص 232.

ويفهم من حيثيات القرار أن ارتفاع الكهرباء امتياز يوكل للمكتب الوطني للكهرباء، بحيث يمكن لهذا الارتفاع أن يحرم مالك العقار المرتفق به من حقه في استغلاله بشكل جزئي، مما يترتب عنه تعويض نقدي يناسب الضرر الناتج عنه.

وما يعاب على هذا القرار عدم مناقشته لدفع المستأنف الأصلي المكتب الوطني للكهرباء، الذي ادعى أن هذا الامتياز يمنحه الحق في نزع ملكية العقار، وبالتالي لا يستوجب معه طلب التعويض من قبل المالك، وحيث أسس دفعه لأحكام الظهير بمثابة قانون رقم 1.73.201 المؤرخ في 19/09/1977 دون تحديد الفصل الذي تناول هذه المسألة.

حيث أن الدفع الأول من قبل المستأنف غير مؤسس قانوناً، بل يخالف ف/ 9 من الفصل 2 مكرر من الظهير المحتج به من قبله، والذي ينص على أن: " ولا تؤدي ممارسة الحق في الحرمات المبينة أعلاه إلى تجريد المالك من ملكيته بأي وجه من الوجوه..."، لذلك يحق للمستأنف عليه طلب تعويض نتيجة حرمانه من استعمال جزء من عقاره.

حيث أن الدفع الثاني المتعلق بالأسبقية في الوجود للعمود الكهربائي على مسكن المستأنف عليه (المستأنف الفرعي) يثير إشكالات: هل فعلاً يوجد نص قانوني يعطي الأسبقية في الوجود لصاحب الامتياز؟

وهذا الإشكال يثير سؤالاً فرعياً: هل يمكن للمستأنف الاحتجاج بأن المالك يعلم بوجود الارتفاع رغم ذلك اشتري قطعة أرضية وأقام عليها سكناه، مما يعني رضائه في قبول هذا الارتفاع ومضاره، الذي يحيل لأحكام مضار جوار غير مألوفة، وينتج عنه عدم قبول طلبه في التعويض؟

والإجابة عن كل ذلك ظهرت في منطوق الغرفة الإدارية، التي رفضت طلب المستأنف، نظراً لعدم وجود ما يدل على وجود الغرز الكهربائي منذ ثلاثين سنة، وهو إقرار ضماني أن الأسبقية في وجود ارتفاع الكهرباء يمنع الحق في التعويض، ما دام مالك العقار كان بكامل إرادته حين اشتراه وهو يعلم مسبقاً بوجود حرمان مستقبلي لاستغلاله لملكته، ورغم ذلك قبل أن يكون مجاوراً للمضار.

ويتضح من فحوى القرار أن الاجتهاد القضائي الإداري المغربي يعوض عن الأضرار الجمالية الناتجة عن ارتفاعات الكهرباء، مما يوسع من نطاق الأضرار المادية، ويظهر اهتمام بالمظهر العمراني العام للمدينة، ومدى تناسقه وانسجامه مع المحيط الحضري<sup>(1)</sup>.

(1)- يمكن الاستدلال باجتهاد القضاء الإداري اللبناني فيما يتعلق بمد الخطوط الكهربائية ذات التوتر العالي فوق الأملاك العقارية الخاصة للأفراد، والذي نص على أنه: " لا ينجم عن تنفيذ الأشغال أدنى نزع ملكية وأن الأعمال التي تقوم بها الإدارة سندا للقرار المذكور ليس من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المالك التصرف بملكه، على أن ينبه صاحب الامتياز قبل شهر من الشروع بالأعمال التي ينوي إجراءها على عقاره."



ويمنع على مالك العقار أو حائزه من إقامة مباني بالقرب من أسلاك الخطوط الكهربائية ذات الجهود الفائقة أو العالية أو المتوسطة، وهذا ما يقيد حرিতে في استعمال ملكيته، وحتى التصرف فيها، والعبارة من ذلك حمايته من الأخطار الكهربائية التي تمس سلامة عقاره وسلامته البدنية، وهذه الأسلاك قد تجعل العقار غير قابل للاستعمال والاستغلال فيه بشكل نهائي<sup>(1)</sup>.

وكما يجب إلزام أصحاب المباني أو المصانع أو الأراضي المقسمة المعدة للبناء بإنشاء حجرات لتخصيصها لمحولات التوزيع، أو الموزعات أو لوحات التوزيع المطلوبة لشبكات الجهود المتوسطة، وفقا للقواعد المحددة من قبل المرخص له ويعتمدها الجهاز، وذلك كله مقابل تعويض عادل في حالة استقادة الغير من تلك الحجرات<sup>(2)</sup>.

وأما في حالة ارتكاب المرخص له مخالفة من شأنها الإخلال بأحكام قانون الكهرباء أو بلائحته التنفيذية أو اشتراطات الترخيص، يقوم الجهاز بإخطار المرخص له كتابة بإزالة هذه المخالفات، فإن لم يلتزم تطبق عليه جزاءات إدارية؛ كالإنذار، الإزالة الوقف، أو الإلغاء بقرار مسبب صادر من مجلس الإدارة، وذلك دون تعريض مصالح المرخص لهم أو المستهلكين للضرر<sup>(3)</sup>.

لكن ما مصير المخالفة المرتكبة في حق مالك العقار، أو أصحاب الحقوق عليه؟،

وفي حالة ما إن تم توقيف هذا المرخص بأحد هذه العقوبات من الذي يحل محله؟

ولم يحدد المشرع المصري مصير المخالفة التي تمس صاحب العقار أو أصحاب العقار عليه، ولكنه وضع قاعدة عامة هي عدم الإخلال بقواعد قانون الكهرباء، ومن ضمنها ارتفاقات الكهرباء.

وأما بالنسبة لحالة وقف أو إلغاء الترخيص، يعطى الحق للجهاز تعيين أحد المرخص لهم من الأشخاص الاعتبارية بذات النشاط للقيام بإدارة النشاط الموقوف، أو الملغي ترخيصه بصفة مؤقتة، ضمنا لحماية مصالح المشتركين، كما يلتزم للمعين لإدارة النشاط ممارسة كافة الحقوق وتحمل الالتزامات الواردة في هذا الترخيص<sup>(4)</sup>.

وكذلك منح القانون اللبناني تعويض المتضرر من ارتفاقات الطاقة الكهربائية من عمليات مد الخطوط الكهربائية وتميرها فوق الأملاك الخاصة في سبيل تأمين مصلحة عامة، تعويض المتضرر صاحب العقار، لأن القانون يفرض نوعا خاصا من الارتفاق على هذه الأملاك، فإن ذلك محله عند حصول أي ضرر عليها يوجب التعويض، حيث لا ينجم عن هذه الارتفاقات أي تقييد وحد لحق المالك في هدم وتصليح أو رفع ملكه أو تسويره أو بنائه، راجع في ذلك نزيه كياره، المرجع السابق، ص 95-93.

(1)- أنظر المواد 53 وما يليها من قانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 41، 42.

(2)- المادة 60 من قانون الكهرباء المصري، المصدر نفسه، ص 33.

(3)- أنظر المادة 31 من اللائحة التنفيذية لقانون الكهرباء المصري، المصدر السابق، ص 19 . 20

(4)- أنظر المادتين 33، 34، المصدر نفسه، ص 20.

وكل الأشغال التي يقوم بها المكتب الوطني للكهرباء المغربي لضمان تسيير المصلحة العمومية لإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها لا تؤدي إلى تجريد المالك من ملكيته بأي شكل من الأشكال، بحيث إقامة الأعمدة على الواجهات والجدران والأسطح، لا يحول دون حقه في إقامة السياجات، أو البناء في حالة وضع قنوات أرضية، وأعمدة لناقلات الكهرباء الجوية في الأراضي غير المبنية وغير المحاطة بسياج<sup>(1)</sup>.

وعندما تؤدي ممارسة ارتفاقات الكهرباء عند المشرع الفرنسي إلى ضرر مباشر، مادي ومحدد، فإنه يمنح لمالكين العقار، ولأصحاب الحقوق العينية ولذويهم الحق في التعويض.

ويتم تحديد التعويض إما بطريقة اتفاقية بين الطرفين، وفي حالة عدم الاتفاق يتم تحديده من قبل القاضي المختص<sup>(2)</sup>.

وتحدد اجراءات التعويض في غضون عامين من تاريخ التصريح ببداية الأشغال، عندما يكون التعويض مسؤولية هيئة عامة<sup>(3)</sup>.

ويحدد مرسوم مجلس الدولة شروط وأساليب تطبيق القسم المتعلق المرور عبر الملكيات الخاصة من خلال أشغال النقل والتوزيع للكهرباء، ويحدد بشكل خاص أشكال تصريح المنفعة العامة، وتعيين شروط تأسيس حقوق الارتفاق التي تؤدي إلى أشغال معلنة ذات منفعة عامة والتي لا تعني اللجوء إلى نزع الملكية؛ وكذلك تحديد الشروط التي يمكن للمالك تنفيذها في الأشغال المتعلقة بحقه ضمن هذه الارتفاقات<sup>(4)</sup>.

وترتبط ارتفاقات الكهرباء والغاز بقانون 29 ديسمبر 1892، المتعلق بالأضرار الواقعة على الملكية الخاصة بسبب تنفيذ الأشغال العامة، والمعدل بالقانون رقم 526-2009، المؤرخ في 12 ماي 2009، والذي أورد مصطلح الشغل المؤقت في نص المادة الثانية منه، بحيث قررت عدم جواز أي شغل مؤقت للأراضي داخل الملكيات المجاورة للمساكن والمحاطة بالجدران أو السياج المماثلة وفقا لاستخدامات البلد<sup>(5)</sup>.

(1)- الفقرة التاسعة من الفصل (2) المكرر من القانون المتعلق بإحداث المكتب الوطني للكهرباء في المغرب، المصدر السابق، ص2.

(2)-L'article L 323-7 du C E F, op.cit.

(3)-L'article L 323-8 du C E F, Ibid.

(4)-L'article L 232-9 du C E F, Ibid.

(5)- «Aucune occupation temporaire de terrain ne peut être autorisée à l'intérieur des propriétés attenantes aux habitations et closes par des murs ou par des clôtures équivalentes, suivant les usages du pays», l' article 2 du loi du 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la

بحيث أقر هذا القانون أحكام وآثار الشغل المؤقت للعقارات الخاصة للأفراد فيما يلي:

- لا يمكن لأعوان الإدارة أو الأشخاص الذين تفوض لهم حقوقها عنهم الدخول إلى الملكيات الخاصة للقيام بتنفيذ العمليات اللازمة لدراسة مشاريع الأشغال العامة المدنية أو العسكرية، المنفذة لحساب الدولة والجماعات الإقليمية والمجموعات التابعة لها، وكذا لصالح المؤسسات العامة.

- يتم الشغل المؤقت بموجب قرار من ممثل الدولة (الوالي)، يحدد فيه اقليم البلديات المعنية بإجراء الدراسات فيها، وينشر القرار في مقر هذه البلديات قبل عشرة أيام على الأقل، ويجب أن تكون ممثلة عند كل استيلاء.

- لا يسمح بإدخال لأعوان الإدارة أو الأشخاص الذين تفوض إليهم حقوقها داخل المساكن، وكذا الملكيات المغلقة الأخرى إلا بعد خمسة أيام من إخطار المالك، وفي حالة غيابه يخطر حارس الملكية، لكن في حالة غياب هذا الحارس المقيم في البلدية، فتبدأ مهلة خمسة أيام من إعلام المالك في مقر البلدية، وتنتهي هذا الأجل إذا لم يسمح بدخول الأعوان أو من يمثلهم، فيتم الدخول بمساعدة قاضي المحكمة المختصة.

- لا يمكن قطع الأشجار المثمرة أو المخصصة للزينة قبل وجود اتفاق متبادل يقرر قيمتها، وفي حالة عدم الاتفاق، يصدر تقرير يهدف لتوفير العناصر اللازمة لتقييم الأضرار.

- في نهاية هذه العملية، يتم تحديد أي ضرر ناتج عن الدراسات بين المالك والإدارة بالطريقة المحددة قانوناً<sup>(1)</sup>.

- يشمل الشغل المؤقت استخراج أو جمع المواد من أرض، أو البحث أو ايداع ودائعها، أو أي شيء آخر متعلق بتنفيذ مشاريع الأشغال العامة المدنية أو العسكرية، وكما يخول هذا الشغل المؤقت بقرار من ممثل الدولة، يعين فيه اسم البلدية أو الاقليم الواقع فيه الشغل، وعدد الأجزاء المكونة للمخطط المسحي، واسم مالك الأرض، كما تحدد بدقة الأعمال محل الشغل المؤقت، والمساحات التي يجب أن تحملها، وطبيعة ومدة الشغل وكيفية انتهاءه، كما يتم تصميم مخطط جزئي تحدد فيه الأراضي محل الشغل<sup>(2)</sup>.

- يرسل ممثل الدولة نسخة من قرار الشغل المؤقت، والخطة المرفقة به إلى الرئيس المختص للمصلحة العامة ونسخة لرئيس المجلس الإقليمي، وحينها تبدأ الإدارة بشغل الأرض بنفسها، فإذا لم تكون

propriété privée par l'exécution des travaux publics، modifié par Loi n° 2009-526 du mai 2009, p 1.

(1)-Article 1, ibid, p 1

(2)-Article 3, ibid, p 2.

قادرة على ذلك، يقوم الرئيس المختص للمصلحة بإرسال نسخة مصادق عليها من القرار لفائدة الشخص المفوض إليه هذه الحقوق، ثم يأتي دور رئيس المجلس الإقليمي في تبليغ مالك الأرض، فإذا كان غير مقيم بتلك البلدية، يقوم بتبليغ نسخة من المخطط الجزئي للشغل لمستغل الأرض، سواء كان مزارع، مستأجر، أو الحارس على الملكية، فإذا كان هناك شخص مقيم بإقليم البلدية يحق له تلقي الإخطار نيابة عن المالك، فيتم تبليغه برسالة مضمونة موجهة لأخر موطن معروف للمالك، ويبقى قرار الشغل وما يرافقه من المخطط الجزئي مودعا لدى مقر البلدية ليتم ايصالهما للأطراف المعنية بناء على طلبهم<sup>(1)</sup>.

- بعد الانتهاء من الشكليات السابقة والفشل في التوصل لاتفاق ودي، يقوم رئيس المصلحة أو الشخص المفوض عن الإدارة قبل البدء في شغل الأرض المخصصة بإخطار مالكيها بذلك، عن طريق إخطاره برسالة مضمونة مع اشعار بالوصول، تشير إلى تاريخ وساعة المثول بموقع الشغل، ودعوته ليكون متواجدا هناك إما بنفسه أو من يمثله، لمراقبة بيان حالة الأماكن، وفي الوقت نفسه يبلغ كتابيا رئيس المجلس الإقليمي بالإخطار الموجه للمالك، ويشترط وجود فاصل زمني لا يقل عن عشرة أيام بين هذا الإخطار وزيارة الأماكن<sup>(2)</sup>.

- يتم وضع محضر العملية الذي يجب أن يزود بالعناصر اللازمة لتقييم الضرر واعداه في ثلاث نسخ، تودع واحدة منها بمقر البلدية، والاثنتين الأخرتين يتم تسليمها إلى الأطراف المعنية، وفي حالة قبول الأطراف أو من يمثلهم التوقيع على هذا محضر التبليغ، يرخص بشكل فوري بدء الأعمال المرخص بها بقرار الشغل المؤقت، أما في حالة رفضهم التوقيع على سواء منذ بداية الإجراء أو أثناءه، وبناء على طلب الإدارة، يقوم رئيس المحكمة الإدارية بتعيين خبير، وتبدأ مباشرة الأشغال بعد إيداع محضر التبليغ، وفي حالة عدم الاتفاق على حالة الأماكن، يحتفظ الطرف المتضرر الحق في الاستئناف أمام المحكمة الإدارية، دون أن يكون لهذا الاستئناف أثر موقوف على استمرارية الأشغال.

- تنتهي صلاحية أي قرار يأذن بإجراء دراسات أو شغل مؤقت تلقائيا إذا لم يتم متابعة تنفيذه في غضون ستة أشهر من تاريخ صدوره<sup>(3)</sup>.

- نصت المادة التاسعة من هذا القانون على أنه لا يمكن أن يأذن بشغل الأراضي اللازمة لتنفيذ الأشغال العامة لمدة تطول أكثر من خمس سنوات، وإذا وجب امتداد الشغل إلى ما بعد هذه المدة، وطالب المالك بملكته، وتعذر الاتفاق مع ذوي الشأن على ذلك، يجب على الإدارة المضي في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ومع ذلك، وفي الحالات التي يتدخل فيها أعوان الإدارة أو الأشخاص

(1)-Article 4, ibid, p 2.

(2)-Article 5, ibid, p 3.

(3)-Articles 7-8, ibid, p 4.

الذين تفوض إليهم حقوقها في الأراضي الخاصة من أجل تنفيذ أعمال التطهير أو الترميم التي تتم وفقا لقانون البيئة، فإن هذا الشغل يتجدد لمدة لا تزيد عن عشرين سنة مع احترام أحكام القوانين الأخرى<sup>(1)</sup>.

وتم انتقاد هذه المادة، وتعرضت لدعاوى قضائية كثيرة أمام المجلس الدستوري الفرنسي، لأنها تتجاهل المتطلبات الدستورية في حماية حق الملكية الخاصة؛ لاعتبار هذه الأخيرة واحدة من حقوق الإنسان المنصوص عليها في المادتين (02 و 17) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، بحيث تعتبر الملكية الخاصة حقا محرما ومقدسا، ولا يمكن حرمان أي شخص منه إلا عند الضرورة العامة والمعتبر بها قانونا، وتحت شرط التعويض العادل والمسبق، ومع ذلك فإن المتتبع للمادة الثانية من إعلان عام 1789 التي أقرت الحدود التي يجب أن تكون مبررا لممارستها من خلال المصلحة العامة.

- بعد نهاية الشغل المؤقت للأراضي مباشرة، وإذا كانت الأشغال تستغرق عدة سنوات، وفي حالة عدم الاتفاق الودي على التعويض، يمكن للطرف المتضرر رفع دعوى امام المحكمة الإدارية من أجل تحديد هذا التعويض بشكل قضائي.

- قبل الشروع في دفع التعويض، يطلب من المالك إبلاغ الطرف الخصم إما عن طريق إجراءات رفع الدعوى أو في غضون أسبوعين من التكليف الصادر إليه وللمزارعين والمستأجرين، وكل أصحاب حقوق الانتفاع أو أصحاب الحقوق العينية التي ينظمها القانون المدني الفرنسي، والذين يمكن لهم الادعاء بحقوق الارتفاقات الناتجة من عقار المالك أو غيرها من التصرفات، وإلا كان المالك لوحده المسؤول عن المطالبة بهذه التعويضات، ولكن في حالة إعسار المالك، يكون لأصحاب هذه الحقوق الطعن فرعيا ضد الإدارة أو الشخص الذي تفوض إليه حقوقها، ما لم يتم نشر القرار المقرر للشغل المؤقت في البلدية ويتم إدراجه في جريدة المنطقة الإدارية، أو جريدة الدائرة<sup>(2)</sup>.

وبالنسبة لتقييم التعويض:

يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كل الضرر الواقع سطح الأرض وقيمة المواد المستخرجة منها حسب الأسعار الحالية، بغض النظر عن وجود احتياجات الطريق التي يتم اتخاذها أو المباني المخصصة لها، مع الأخذ في الاعتبار تكاليف الكشف والاستغلال.

- إذا كان تنفيذ الأشغال يؤدي إلى زيادة فورية وخاصة في قيمة العقار، فسيتم الأخذ بالاعتبار بهذه الزيادة عند تقييم مبلغ التعويض، ولكن لا يترتب على البناءات، الغراس، والتحسينات أية تعويضات، بسبب الوقت الذي أنشئت فيه، أو أي ظرف آخر لغرض الحصول على تعويض أكبر.

(1)-l'article 9 du Loi du 29 décembre 1892، modifie par Loi n ° 2008-757 du 1 er aout 2008, p4.

(2)-Articles 12, ibid, p 5

- يتم تحديد الدعوى المتعلقة بتعويض المالكين أو غيرهم من ذوي الحقوق لأي شغل مؤقت للأراضي المأذون بها خلال مدة سنتين من لحظة توقف الشغل<sup>(1)</sup>.
- وحيث تم الطعن في عدم دستورية بعض مواد القانون 28 ديسمبر 1892 السالف الذكر، وناقش المجلس الدستوري الفرنسي أحكام هذا القانون بعد النظر في الدفوع المقدمة:
- الدفع بعدم دستورية المادة الأولى من هذا القانون، وذلك بالنظر لأحكامه فإنها تتجاهل المتطلبات الدستورية في حماية حق الملكية؛ لاعتبار هذه الملكية واحدة من حقوق الإنسان المنصوص عليها في المادتين (02 و 17) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، بحيث تعتبر الملكية حق محرم ومقدس ولا يمكن حرمان أي شخص منه إلا عند الضرورة العامة والمعترف بها قانوناً، وتحت شرط التعويض العادل والمسبق، ومع ذلك فإن المتتبع للمادة الثانية من إعلان عام 1789 التي أقرت الحدود التي يجب أن تكون مبرراً لممارستها من خلال المصلحة العامة.
- سمح هذا القانون تمكين الإدارة أو الأشخاص الذين تفوضهم من الدخول إلى الملكية الخاصة لتنفيذ العمليات اللازمة لدراسة مشاريع الأشغال العامة، كما يسمح لهم أيضاً بالشغل المؤقت للأرض لتنفيذ هذه العمليات، في حين لا يترتب عليها أي نتيجة حرمان من حق الملكية بالمعنى المقصود من إعلان حقوق الإنسان.
- ميز الفقه الفرنسي بين الشغل المؤقت للعقار الذي يتضمنه الارتفاق الإداري وإجراء نزع الملكية؛ لأن هذا الأخير ينتهك حق الملكية في ذاته، بينما الارتفاق الإداري يقيد بعض خصائص هذا الحق لصالح المصلحة العامة، وكما اتفق الفقهاء على رأي واحد؛ وهو أن الارتفاق بشكل عام لا يرقى حتى أن يكون شكلاً من أشكال النزع الجزئي للملكية<sup>(2)</sup>.

(1)-Articles 15-17، ibid، p7.

(2)-Sébastien Lamy-Willing، (La constructibilité des propriétés foncières: entre la règle et le contrat)، Thèse pour la doctorat en droit، école doctorale de sciences juridiques et politiques، AIX-MARSEILLE Université، France، 14/11/2016، p 24.

## المبحث الثاني: قيد الاستيلاء المؤقت

تعد الملكية العقارية الخاصة حقا طبيعيا للإنسان ارتبطت به منذ وجوده، وتشكل الوسيلة الفنية اللازمة لصياغة نظام الأموال العقارية، وما تخوله من سلطات يمارسها المالك، فهي من الحقوق المادية التي تعطي لصاحبها حق التصرف والاستعمال والاستغلال، لذلك حظي حق الملكية العقارية الخاصة باهتمام بالغ في معظم التشريعات والدساتير، وقد منح المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة هذا الحق للأفراد، وكرس من بين الحقوق المضمونة دستوريا، ويعتبر أي مساس به تعدي على الأمن والحرية في التملك، إلا أن حق الملكية أحيانا يتعارض مع المصلحة العامة، مما يورد عليه العديد من الاستثناءات المرتبطة بالمنفعة العامة؛ بحيث تقيد ملكية الفرد لصالح الجماعة؛ وهو ما يصطلح عليه بالاستيلاء المؤقت.

وانطلاقا من ذلك، سيتم دراسة مفهوم قيد الاستيلاء المؤقت (المطلب الأول)، وأحكام هذا القيد (المطلب الثاني)، ومدى تأثيره على الملكية العقارية الخاصة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: مفهوم قيد الاستيلاء المؤقت

إن لقيد الاستيلاء المؤقت عدة مدلولات فقهية (الفرع الأول)، مما يجعل له مميزات خاصة (الفرع الثاني)

#### الفرع الأول: تعريف الاستيلاء المؤقت

اختلف الفقهاء في وضع تعريف واحد للاستيلاء المؤقت، ومن أهم التعريفات يذكر منها: الاستيلاء المؤقت يكون في حالة احتياج الإدارة لعقار من العقارات لمدة مؤقتة لا تبرر نزع الملكية، وتستولي عليه الإدارة مع بقاء ملكيته لصاحبه ومع نية رده في نهاية المدة المحددة له حينما تستغني عنه<sup>(1)</sup>.

يعتبر الاستيلاء المؤقت أيضا: " منح الإدارة الحق في حيازة عقار خاص بالأفراد بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة في الحالات المحددة في القانون ومقابل تعويض عن مدة الاستيلاء."<sup>(2)</sup>

(1) - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 424.

(2) - سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص 663.

أو هو: " جواز الإدارة في الاستيلاء المؤقت للعقارات المملوكة للأفراد، وذلك في الحالات الطارئة أو المستعجلة بعد إتباع إجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل" (1).

وكما وصف على أنه إجراء مؤقت بطبيعته، يرخص للإدارة في أن تستولي على منقول أو عقار لمدة مؤقتة، بحيث تبقى ملكية العقار لصاحبه طيلة وقت استيلاء الإدارة عليه (2).

وأما الفقه الفرنسي فقد عرف الاستيلاء بنوعيه على أنه إجراء مخول للسلطات العامة، تجبر من خلاله شخص أو مجموعة أو واحدة أو أكثر من الشركات بأداء عمل؛ مفاده توفير أشياء منقولة، والتخلي مؤقتاً أو بشكل نهائي عن أملاك عقارية، ويبرر بصفة عامة هذا الإجراء المصلحة العامة، ويتم تنظيمه بموجب لائحة؛ ويمكن أن ترتبط بالأموال أو الخدمات (3).

وعرف الاستيلاء المؤقت أيضاً على أنه:

" وضع اليد على الملك الخاص من قبل السلطة المختصة، إما لغرض نزع الملكية فيما بعد وهو الاستيلاء الدائم، أو لإرجاعه إلى أصحابه بعد انتفاء الغرض الذي وضعت اليد عليه من أجله وهو الاستيلاء المؤقت" (4).

ما يمكن أن نستقرأه من خلال هذه التعريفات الفقهية أن:

- الاستيلاء المؤقت إجراء ذو طابع مؤقت ولا يحمل صفة التأييد، يتم حيازة العقار لمدة محددة ثم يرد إلى مالكه بعد الانتهاء من الغرض الذي تم اللجوء إليه.

- الاستيلاء المؤقت آلية استثنائية يتم اللجوء إليها عند احتياج الإدارة للوعاء العقاري الخاص بالأفراد.

- يتم الاستيلاء المؤقت بموجب تعويض يسلم لمالك العقار نتيجة حرمانه من الانتفاع به.

وأما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أورد التعريف القانوني الاستيلاء على أنه:

(1) - عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 620.

(2) - خالد حمادة الخريشا، دعاوى الاستملاك أمام القضاء، دراسة مقارنة، دار الفكر، الأردن، 2010، ص 32.

(3) - La réquisition est un acte des pouvoirs publics qui exige d'une personne, d'un groupe ou d'une entreprises une prestation de travail, la fourniture d'objets mobiliers, l'abandon temporaire ou définitive de biens immobilières. Cette mesure est généralement justifiée par de l'intérêt général et encadrée dans une réglementation ; elle peut porter sur les biens ou les services, Thierry Carb, les réquisitions immobilières, comment ça marche ?, www.immobpub.fr,10/01/2013:16:26

(4) - عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1985،



" يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون.

إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء

ولا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن".

وتطرح الناحية الشكلية لهذا النص عدة ملاحظات أساسية كالاتي:

- موقع النص القانوني هو المادة (679) من ق م ج، من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية، ومن الباب الأول: حق الملكية، ومن الفصل الأول: حق الملكية بوجه عام، ومن القسم الأول: نطاقه ووسائل حمايته، وهو نص تشريعي صادر من البرلمان بموجب الصلاحيات المخولة له طبقاً لأحكام المادة (140) من الدستور الجزائري.

- النص عبارة على ثلاث فقرات تبدأ من: " يتم وتنتهي عند فعلا للسكن".

- استعمل المشرع الجزائري مصطلحات قانونية بصياغة خاطئة، حيث أورد مصطلح الاستيلاء، وباستقراء هذه المادة باللغة الفرنسية، فقد وردت بلفظ: (Réquisition)، والذي يعني التسخير، والاستيلاء اصطلاحاً نوعين: استيلاء مؤقت (Réquisition temporaire)، أو التسخير المؤقت؛ حيازة مؤقتة للإدارة للأموال الخاصة أو العامة لمدة معينة بغية تحقيق المنفعة العامة، واستيلاء مكسب للملكية (Occupation)<sup>(1)</sup> كما ورد باللغة الفرنسية في القسم الأول<sup>(2)</sup> من ق م ج، والتي تعني أيضاً الشغل أو الاشتغال كما اصطلح عليها المشرع اللبناني.

ومن ثم، يعتبر الاستيلاء طريقة من طرق اكتساب الملكية، وعرفته المادة (773) من ق م ج على أنه:

" تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

وما توصلنا إليه أن المشرع الجزائري قد أخطأ في استعمال مصطلح الاستيلاء دون تقييد صفته، حتى يتسنى تقييد وظيفته، فتقييد الصفة (المؤقت) بالموصوف (الاستيلاء) يحدد علاقة الصفة بالموصوف، حتى لا يفهم منها صفة التأييد، وهو ما فعله المشرع المصري حين حدد الاستيلاء بالمؤقت،

(1)-Occupation: action d'occuper un lieu، un local، ou mode d'acquisition de la propriété par la prise de possession d'un bien sans maitre، Larousse، dictionnaire français

(2)-Chapitre II: DES MODES D'ACQUISTION DE LA PROPRIETE, Section 1: DE L'OCCUPATION ET DE LA SUCCESSION, Ordonnance n ° 75-58 du 26/09/1975, portant code civil algérien, modifiée et complété, j o a, 14/11/1998, p 129.

رغم امكانية تغيير الصفة عن الموصوف بتغيير الغرض الذي خصص له، فتحديد التأقيت لتبيان لوظيفته الحيازية لفعل الاستيلاء دون التملك، وذلك حتى يتم التفرقة بين الاستيلاء المكسب للملكية؛ وهو وضع اليد على عقار بدون سند مكتوب أي أنه يتم بطريقة غير مشروعة.

- جاء لفظ الحصول: غير واضح، فهو يقصد به إما إدراك الشيء وتملكه، أو التمكن من جعله في حوزته، فيفهم منها معنى النيل النهائي للأموال أو المؤقت، مما يصعب ايجاد تكييف قانوني محدد للموصوف به الحصول؛ وهو الاستيلاء.

- ما دام القسم الأول محدد من جهة بنطاق الملكية، والتي قصد بها ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، ومن جهة ثانية محدد بوسائل حماية هذه الملكية، فإن الاستيلاء بهذا التقسيم؛ يعتبر أحد وسائل الحماية للملكية بوجه عام، وهو تقسيم غير قانوني ولا منطقي، وكان المفروض تقرير قانون خاص بالاستيلاء المؤقت، ولا يتوجب أن تتبع أحكامه القانون المدني.

وباستقراء مضمون هذه المادة يمكن أن ننتج ما يلي:

- لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للاستيلاء المؤقت، وأقر أنه إجراء مؤقت، تتخذه السلطات المختصة بغية تحقيق مصلحة عامة، هي ضمان استمرارية المرافق العامة.

- جعل القانون المدني الجزائري نطاق الاستيلاء المؤقت واسعا، ليشمل الخدمات والأموال؛ وقصد بها المنقولات والعقارات.

- الاستيلاء المؤقت أسلوب استثنائي ذو صفة استعجالية، ولا يمكن اللجوء إليه إلا بعد اتباع الطرق الرضائية في الحصول على الأموال الخاصة.

- الاستيلاء المؤقت طريق جبري لحيازة الأملاك الخاصة بعد فشل السبل الودية في ذلك.

ويقابل المادة (679) من ق م ج المادة (15) من القانون رقم 10 لسنة 1990، والذي قرر أحكام الاستيلاء المؤقت على العقارات، في الباب الرابع من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري، وقد نصت هذه المادة على ما يلي:

" يكون للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة وذلك بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه."<sup>(1)</sup>

ويتضح من خلال ما سبق:

(1)- قانون رقم 10 لسنة 1990 المتعلق بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري، المؤرخ في 31/05/1990، ج ر م لسنة 1990، المعدل بتاريخ 2014/11/10، ج ر م رقم 22، ص 3 والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2015 المتعلق بتعديل أحكام القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، والمعدل بالقانون رقم 24 لسنة 2018، المؤرخ في 2018/04/21، ج ر م، العدد 16 مكرر (أ)، المؤرخة في 2018/04/21.

- ورود المادة (15) أعلاه بشكل متناقض، وعلة ذلك أنها قصدت بالاستيلاء المؤقت مدلول التسخير شأنها شأن المشرع الجزائري، لكنها استعملت مصطلح: الاستيلاء لتدل بها على نزع الملكية، وجمعها في الأحكام المتعلقة بالاستيلاء المؤقت، وبما أن العلاقة المادية للعقار في صورة الاستيلاء المؤقت ما هي إلا حيازة مؤقتة ومحددة، تفرض سيطرة قانونية ومادية على العقار، بينما نزع الملكية هو انتقال الملكية من المالك الأصلي للمستفيد بشكل مباشر، وهو كذلك من التصرفات النهائية الممنوحة للإدارة كطريقة استثنائية تلزم بموجبها أحد الخواص بالتنازل عن ملكيته العقارية لتحقيق أهداف النفع العام<sup>(1)</sup> مقابل تعويض عما يناله من ضرر.

- إذا كان مقصود المشرع المصري من الاستيلاء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فلماذا خصص الباب الرابع لأحكام الاستيلاء المؤقت، ما دامت الهدف مشترك مع إجراء نزع الملكية، وهي التجريد (Dépossession) من العقار.

- آلية نزع الملكية؛ اجراء منصوص عليه في قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على تكريس الباب الأول منه على تقرير المنفعة العامة ونطاقها دون تحديد لتعريف لعملية النزع، لكن نص الدستور المصري في المادة (35) منه على أنه:

" الملكية الخاصة مصونة ولا تجوز حالة نزعها إلا للمنفعة العامة، مع تقديم تعويض عادل يدفع نقدا لصاحب العقار المنزوعة ملكيته جبرا"<sup>(2)</sup>.

- إدراج نصوص الاستيلاء المؤقت ضمن قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، يفيد أنه يخضع في نهايته لأحكامه، وكان المفروض أفراد ضوابط الاستيلاء المؤقت ضمن نصوص القانون المدني أو بقانون خاص به.

- يهدف الاستيلاء المؤقت في التشريع المصري إلى تحقيق المنفعة العامة.

وأما مجلة الحقوق العينية التونسية، فلم تتطرق لأحكام الاستيلاء المؤقت على العقارات، واكتفى الفصل (24) من الباب الأول والمعنون بالاستيلاء، على إدراج أحكام الاستيلاء النهائي على المنقول فقط.

واصطلح المشرع المغربي على الاستيلاء المؤقت بالاحتلال المؤقت، والذي عرفه الفصل (50) من القانون رقم 7.81 على أنه: " يخول حق الاحتلال المؤقت الإذن في الحيازة المؤقتة لأرض... " ونستشف من هذا الفصل النقاط التالية:

(1)-Philippe Godfrain, Droit administratif des bien, domaine travaux, expropriation, 3 édition, France, 1987, p 249.

(2)- أنظر الدستور المصري الصادر في 2018/02/11 .

- استعمل المشرع المغربي مصطلح الاحتلال؛ والتي تعني لغة: يقال احتل المكان، نزل به، أخذه، استيلاء دولة على بلاد دولة أخرى، أما اصطلاحاً: فالاحتلال خاطئ في مفهوم الفقه الإداري، لأنه يندرج ضمن القانون الدولي: والذي يقصد به صورة من صور الاستعمار، ويقصد به سيطرة دولة معينة على جميع أراضي معينة خلال فترة حرب أو بعد انتهاءها، لكن مضمون تعريف الاحتلال المؤقت جاء بتكييف قانوني صحيح؛ وهو حيازة مؤقتة لأرض، والتي قصد بها السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على عقار معين أو على حقوق عينية مترتبة على شيء، بهدف ارجاعه بعد الانتهاء من الغرض الذي خصص له.

- هناك نوعان من الحيازة، حيازة استحقاقية؛ يقصد بها السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه<sup>(1)</sup>، وقد نظمتها أحكام المواد (239) إلى (257) من م ح ع م، وحيازة تصرف؛ وهي حيازة عرضية أو مادية تعطي الحق في الانتفاع بالشيء المحوز دون النية في تملكه، ومن ثمة تكون بمقابل على شرط يبقى صاحب العقار مالكا له، فتكون سلطة الحائز فيها مقتصرة على الاستعمال والاستغلال دون التقويت<sup>(2)</sup>.

- جاءت صياغة الفصل بصفة عامة، لم تحدد نطاق معيناً لطبيعة العقارات محل الاستيلاء المؤقت، هل يقع على العقارات المبنية أم غير المبنية، وكذلك هل يشمل فقط العقارات التابعة للأشخاص الطبيعية الخاصة أم يمتد للعقارات الخاصة بالدولة؟

ولكن مصطلح أرض، يوضح مدلول الفصل أنه يرد على عقار غير مبني، ثم جاء الفصل (53) من القانون رقم 81/07 ليفصل في ذلك.

وأما بالنسبة للعقارات الخاصة بالدولة، فالمنطق أنها تابعة لها، ويمكنها اتباع طريق آخر لحيازتها مؤقتاً عن طريق التخصيص.

واستقرت المحكمة الإدارية أغادير على اعتبار الاحتلال المؤقت؛ رخصة في شكل عقد إداري، وعلّة ذلك أن: "العقد يعتبر إدارياً إذا استجمع ثلاثة عناصر أساسية:

- أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام وأن يتعلق موضوع العقد بتدبير مرفق عام وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون المدني..."<sup>(3)</sup>

وبالنظر لأحكام التشريع الفرنسي، فإنه لم يعرف الاستيلاء المؤقت ضمن المادة الأولى من المرسوم رقم 63-59 قبل إلغائه بموجب المرسوم رقم 1374-2004، لكنها أكدت على توفير فوائد الأموال

(1)- أنظر المادة 239 من م ح ع م، المصدر السابق، ص 89.

(2)- يقابل التقويت: مصطلح التصرف في التشريع الجزائري

(3)- حكم إداري من المحكمة الإدارية بأكادير، ملف عدد 2013/7110/058، المؤرخ في 2013/05/30،

www. taagadir .ma، ص 4،

والخدمات اللازمة لتلبية احتياجات البلد يتطلب الحصول عليها ضمن الحالات المنصوص عليها قانونا إما عن طريق الاتفاق المتبادل أو عن طريق الاستيلاء وفقا للشروط المنصوص عليها في الباب الثاني من قانون 11 جويلية 1938<sup>(1)</sup>، لكن قبل هذا التاريخ صدر قانون 29 ديسمبر 1892، المتعلق بالأضرار الواقعة على الملكية الخاصة بسبب تنفيذ الأشغال العامة، والمعدل بالقانون رقم 526-2009، المؤرخ في 12 ماي 2009 والذي أورد مصطلح الاستيلاء المؤقت (الشغل المؤقت) في نص المادة الثانية منه، بحيث قررت عدم جواز أي استيلاء مؤقت للأراضي داخل الملكيات المجاورة للمساكن والمحاطة بالجدران أو السياج المماثلة وفقا لاستخدامات البلد<sup>(2)</sup>.

ويعتبر مصطلح الاستيلاء (emprise) باللغة الفرنسية هو المصطلح الصحيح في القانون الإداري، ويعتبر الفقه الفرنسي الاستيلاء؛ الأخذ الإجباري من قبل الإدارة للأموال الخاصة للأفراد بشكل مؤقت أو نهائي<sup>(3)</sup>، ولا يشكل تعديا خارجيا على حق الملكية فقط، بل هو حبس العقار للإدارة، والذي يحرم المالك من استعمال عقاره.

ولابد من توافر شرطين حتى يكون هناك استيلاء، أولهما وجوب تجريد حقيقي للحيازة، وثاني شرط هو أن يكون محل هذا الاستيلاء ملكية عقارية أو حق عيني محمي، كما يمكن أن يكون هناك استيلاء قانوني وغير قانوني.

ويكون الاستيلاء شرعيا، عندما يتم تحقيقه بموجب الصلاحيات الممنوحة قانونا للإدارة، بمعنى أن التجريد من حيازة العقار ناتج عن اجراء قانوني.

ويعتبر الاستيلاء غير قانوني، عندما يتم تنفيذه انتهاكا للنصوص، دون الاعتماد على أي سند قانوني؛ في هذه الحالة يفرض التعويض، وفي حالة عدم وجود نصوص قانونية، فإن القاضي يخضع الاستيلاء غير الشرعي لنظام قانوني خاص، يتمثل في التركيز على عناصر الاستيلاء غير المشروع وعلى نتائج الاستيلاء القانوني<sup>(4)</sup>.

ونستقرأ من خلال مجمل النصوص والمعطيات السابقة ما يلي:

(1)- L'article 1 du ordonnance n 59-63 du janvier 1959, relative aux réquisitions de biens et des services, abrogé par ordonnance n 2004-1374, 20 décembre 2004, jorf 24 décembre 2004.

(2)- «Aucune occupation temporaire de terrain ne peut être autorisée à l'intérieur des propriétés attenantes aux habitations et closes par des murs ou par des clôtures équivalentes, suivant les usages du pays», article 2 du loi du 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, modifié par Loi n° 2009-526 du mai 2009

(3)-Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif, 16 éme édition, Dalloz, Paris, France, 1996, p 155.

(4)-Ibid, p 156.

- أقر التشريعان المصري والمغربي إجراء الاستيلاء المؤقت كقيد على الملكية العقارية الخاصة.  
 \_ اتفق التشريع الجزائري، المصري والمغربي على جعل الغاية من فرض قيد الاستيلاء المؤقت على العقار هو تحقيق المنفعة العامة.

- اختلف التشريعان التونسي والفرنسي مع بقية التشريعات محل الدراسة، بحيث لم ينص الأول على أحكام الاستيلاء المؤقت على العقار ضمن القواعد العامة أو بقانون خاص، أو حتى إدراجه في قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، بينما الثاني قام بإلغاء أحكامه، والهدف من ذلك أن هذا التشريع يقدس الملكية الفردية، والتي حرصت على كفالتها الدساتير وحماها القانون.

- على الرغم من اشتراك التشريع الجزائري مع المصري والمغربي في نصهم على الاستيلاء المؤقت كقيد على العقارات، لكن بالمقابل اختلف المشرع الجزائري في مصدر هذا القيد، فقد كفلته أحكام القانون المدني ضمن القسم الأول: نطاقه ووسائل حمايته من الفصل الأول المعنون: بحق الملكية بوجه عام بموجب المواد من 679 إلى 681 مكرر 03، في حين أدرج كل من المشرعان المصري والمغربي مقتضيات الاستيلاء المؤقت ضمن قانون خاص؛ وهو قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

- جعل المشرع الجزائري نطاق الاستيلاء المؤقت الأموال المنقولة والعقارية والخدمات، بخلاف نظيره المصري والمغربي، اللذين حصراه في العقارات فقط.

وأما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي، فقد صدر المرسوم رقم 63-59، الذي قرر نطاق الاستيلاء المؤقت واقع على الأموال بنوعيتها المنقولة والعقارية والخدمات، ثم جاء المرسوم رقم 1374-2004؛ والذي ألغى المرسوم الأول، ليقوم بعدها بحصر نطاق الاستيلاء المؤقت على المنقولات والخدمات فقط.

### الفرع الثاني: خصائص قيد الاستيلاء المؤقت

يتميز مفهوم الاستيلاء المؤقت بخصائص تتشابه مع العديد من المفاهيم القانونية، كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، التأميم، والشغل المؤقت للعقار، يوضح كما يلي:

#### أولاً: الاستيلاء المؤقت ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة

يعتبر نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وسيلة استثنائية لاكتساب الأشخاص العامة للحقوق العينية العقارية، أو هو سلب اجباري وكامل للملكية العقارية الخاصة بهدف تحقيق المنفعة العامة، وفقاً لقواعد وشروط قانونية ومقابل تعويض عادل ومسبق<sup>(1)</sup>، وللتمييز بين المفهومين لابد من إجراء مقارنة بينهما كالآتي:

(1)-Luc Maufroy، L'expropriation un outil de maitrise foncière، Secrétariat régional au développement urbain، Bruxelles،2006، p 4.

**1- أوجه الاتفاق:****من حيث طبيعة الإجراء:**

كلاهما إجراء إداري تقتضيه المصلحة العامة في كل التشريع الجزائري، المصري والمغربي، وهذا الأخير يعتبر الاحتلال المؤقت حيازة مؤقتة لملكية عقارية خاصة من قبل السلطة العامة أو كل من يحل محلها خلال فترة زمنية محددة، وفي مقابل تعويض يؤدي إلى المالك الأصلي، ومن ثمة فالاحتلال المؤقت يشكل نوعا من الايجار الجبري الذي يفرضه القانون بهدف تحقيق المصلحة العامة.

**من حيث المحل:**

ينصب كل من الاستيلاء المؤقت ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة على الملكية العقارية الخاصة، وكلاهما لا يمكنهما أن يمسا المحلات ذات الطابع السكني، سواء ترجع لملاك أصليين أو مستأجرين<sup>(1)</sup>.

وهذا الحكم وإن كان منصوص عليه في المادة (02/679/02) من ق م ج، إلا أنه وارد في قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وهذا يعني أن المباني المسكونة فعلا يمكن أن يمسا إجراء نزع الملكية وذلك قياسا على المادة (679/30) من ق م ج، إضافة إلى أن الاستيلاء كإجراء مؤقت لا يمتد إلى المباني المشتركة، فالأولى أن ينطبق هذا الحكم في إطار نزع الملكية باعتباره إجراء نهائيا.

**- من حيث التعويض:**

كلا من الاستيلاء المؤقت ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة يكونان بمقابل تعويض، وذلك طبقا لمحتوى المادة (681) من ق م ج، التي جعلت تحديد تعويض الاستيلاء باتفاق الطرفين.

**- من حيث الجهة المصدرة للقرار:**

يشارك الاستيلاء المؤقت مع نزع الملكية من أجل المنفعة العامة باعتبارهما قرارين إداريين، أنهما يصدران من قبل الوالي المختص طبقا للمادة (680) من ق م ج، أين يتم توضيح قرار الاستيلاء ويتم تنفيذه بالقوة العمومية، وكذا يقوم الوالي بنفس المهمة بإصداره قرار نزع الملكية ويتم تبليغه إلى الشخص المنزوع ملكيته والمستفيد، أما بالنسبة للمشرع المصري، فيكون لرئيس الجمهورية قرار الاستيلاء المؤقت وحتى للمحافظ المختص في الحالات الاستثنائية، عكس المشرع المغربي، فيكون المقرر الإداري القاضي بالاحتلال المؤقت من قبل الوزير المعني<sup>(2)</sup> بالأمر يبين فيه نوع العمليات محل هذا الاحتلال، وتاريخ

(1)- أمر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 77.

(2)- الفصل 9 من المرسوم رقم 2.82.382 بتطبيق القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، المؤرخ في 16/04/1983، ج ر م، عدد 3685، مؤرخة في 15/06/1983، ص 2.

الشروع في انجاز العمليات والجهة المنجزة لها، أما نزع الملكية فتوجب بمقررين، أحدهما متعلق بإعلان المنفعة العامة، والآخر مقرر التخلي من طرف رئيس المجلس الجماعي إذا كان القائم بنزع الملكية جماعة حضرية أو قروية، أو عامل الإقليم أو العمالة إذا كان القائم بنزع الملكية إقليم أو عمالة، أو الوزير المعني بعد استشارة وزير الداخلية في غير الحالات السابقة<sup>(1)</sup>.

## 2- أوجه التقاطع:

### - من حيث النطاق:

نطاق اجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ضيق، يضم فقط العقارات وكل الحقوق العينية العقارية، بينما نطاق الاستيلاء المؤقت واسع، يشمل كل من المنقولات والعقارات<sup>(2)</sup> وحتى الخدمات بالنسبة للمشرع الجزائري، بينما يعتبر نطاق الإجراء ضيقاً في التشريعين المصري والمغربي، لأنهما قررا الاستيلاء المؤقت على العقارات فقط.

### - من حيث الهدف والغاية:

يعتبر نزع الملكية من أجل المنفعة العامة إجراء نهائي، يترتب عليه نزع تام للملكية العقارية الخاصة، بينما الاستيلاء المؤقت قيد إداري مؤقت على الملكية العقارية الخاصة، محدد بمدة ويبقى صاحب العقار مالكة، ورغم أن المشرعين المصري والمغربي وحدا موضوع كل من نزع الملكية والاستيلاء المؤقت (الاحتلال المؤقت) في قانون واحد، إلا أن الهدف يختلف، لأن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة تستلزم نقل الملكية لفائدة نازعها بصورة دائمة، في حين الاحتلال المؤقت لا يخول للسلطة العامة إلا الإذن في الحيازة المؤقتة، أما من حيث الغاية فمسطرة نزع الملكية هو تحقيق المنفعة العامة دون أن يذكر القانون أمثلة الأشغال أو عمليات معينة لذلك، أما بالنسبة للاحتلال المؤقت؛ فالمقصود منه مخصص إذ تضمن نوع الأشغال الذي يسمح بها من أجله كاستخراج بعض المواد والقيام بأعمال تحضيرية للأشغال العامة، أو ايداع مؤقت للآلات والمواد للأرض محل الاحتلال المؤقت، أو إقامة فيها أورشاً أو طرقاً ضرورية لإنجاز الأشغال أو منشآت أخرى<sup>(3)</sup>.

### - من حيث الضمان:

(1)- الفصل 2 من المرسوم 2.82.382، المصدر نفسه، ص 1.

(2)- Christian Mouly, Le droit de propriété et l'environnement, PUF, Paris, France, 1998, p 332.

(3)- أنظر الفصل 50 من القانون 7.81، المصدر السابق، ص 21.



إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أكثر ضمانا للخواص بالمقارنة مع إجراءات الاستيلاء المؤقت، لأن هذه الأخيرة تتسم بالبساطة والسهولة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: الاستيلاء المؤقت والتأميم

يقصد بالتأميم: " تحويل مال معين إلى ملكية جماعية أو نشاط جماعي بقصد استعماله في سبيل تحقيق المصلحة العامة"<sup>(2)</sup>.

وكانت الدولة تلجأ لعدة اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية إلى تأميم المشروعات الخاصة ذات النفع العام للجماعة؛ كتأميم النفط والمعادن والصناعات الأساسية، ويهدف هذا الإجراء إلى نقل ملكية المشروع المؤتمم إلى الدولة، مع امكانية منح تعويض مالك المشروع الخاص أو رفض تعويضه، عن طريق مصادرة هذا المشروع أو انتهاء عقد الملتزم للمرافق العامة مع تعويضه عن النفقات التي كلفته بناء المنشآت والمرافق، ومن ثم يعد التأميم أحد أسباب كسب الملكية للدولة لأموالها الخاصة سواء كان الانتقال بعوض أو دون عوض<sup>(3)</sup>.

وتظهر نقاط تشابه وتقاطع بين هذا النظام والاستيلاء المؤقت فيما يلي:

#### 1- أوجه الاتفاق

##### من حيث الغاية

يشترك التأميم والاستيلاء المؤقت في الوصول لتحقيق غاية واحدة، وهي المصلحة العامة. وكما يشترك الإجراءان في امكانية تخويلهما الحق للمخاطبين بهما الحق في طلب التعويض الملائم.

#### 2- أوجه الاختلاف

##### من حيث المحل:

يرد الاستيلاء المؤقت على العقارات والمنقولات والخدمات، في حين يرد التأميم على مشروع اقتصادي، ولا يعنى بالعقارات فقط، بل يمتد محله لجميع موجودات المنشأة وعناصرها المعنوية.

##### من حيث الرقابة:

(1)- أمير يحيوي، المرجع السابق، ص 78.

(2)- محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأول: الأموال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 38.

(3)- أحمد طلال عبد الحميد، المرجع السابق، ص 126، 127.

لا يخضع التأميم لرقابة القضاء، لاعتباره من أعمال السيادة، فهو أخطر من الاستيلاء المؤقت، بينما يخضع الاستيلاء المؤقت لرقابة القضاء الإداري<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الاستيلاء المؤقت والشغل المؤقت للعقار

يعتبر الشغل المؤقت؛ ضرورة ملحة تفرض استعمال العقارات الخاصة بالأفراد لزمن معين، بهدف القيام بإنجاز أشغال أساسية متعلقة بمهام المرافق العامة، كاستغلال قطعة أرضية بشكل مؤقت، وشق طريق عمومي فيها من أجل فتح المجال لتوقيف الآلات والشاحنات بها طيلة مدة سيرورة الأشغال العمومية<sup>(2)</sup>، ويصدر الترخيص بالشغل المؤقت في شكل قرار إداري صادر عن الوالي في مقابل تعويض يحدد بطريقة ودية اتقاقية أو بصورة انفرادية من قبل الإدارة، ومثاله إقامة شركة سونلغاز شغل مؤقت بارتفاقاتها على ملكية عقارية خاصة للأفراد.

#### 1- أوجه التشابه

##### من حيث طبيعة التصرف

كلا الشغل المؤقت والاستيلاء المؤقت اجراء استثنائي تقوم به الإدارة.

##### من حيث الهدف:

كلاهما يهدف لتحقيق المنفعة العامة.

##### من حيث الضمان:

كلاهما يضمن حق المالك في الحصول على تعويض ملائم.

#### 2- عناصر التقاطع:

##### من حيث النطاق

ينصب الشغل المؤقت للعقار على الملكية العقارية الخاصة فقط، بينما نطاق الاستيلاء المؤقت أوسع، ينصب على العقارات بكل أنواعها.

##### من حيث الآجال:

يحدد الاستيلاء المؤقت بآجال محددة قانوناً، لكنه في بعض الحالات يتحول إلى استيلاء نهائي وتطبق عليه أحكام نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، إذا ما كانت الإدارة في حاجة ماسة للعقار فترة

(1) - محمد يوسف المعداوي، المرجع السابق، ص 50، 51.

(2) - صونية بن طيبة، الاستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، مكتبة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 48.

أطول، أما الشغل المؤقت للعقار، إذا كانت هناك حالة قصوى للعقار يتحول إلى شغل نهائي، ومن ثمة يصبح ارتفاعا إداريا، يقيد الملكية العقارية الخاصة دون زوالها من مالكها، مثل ارتفاعات الكهرباء والغاز.

### المطلب الثاني: أحكام قيد الاستيلاء المؤقت

يتضمن الاستيلاء المؤقت على أحكام قانونية محددة، حتى يمكن اعتباره قيда على الملكية العقارية الخاصة، تتمثل في تبيان شروطه (الفرع الأول)، ثم عرض إجراءاته (الفرع الثاني)

#### الفرع الأول: شروط الاستيلاء المؤقت

نصت الفقرة الثانية من المادة (679) من ق م ج على أنه: " إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء."

ويفهم من خلال هذا النص أن لتحقق الاستيلاء المؤقت بشكل مشروع، لابد من توافر شروط قانونية موضوعية معينة كالآتي:

#### أولاً: توافر ظروف استثنائية واستعجالية

لابد من توفر ظروف ذات صبغة استعجالية حتى تسمح للإدارة اللجوء إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات الخاصة بصفة استثنائية، أين تحول الظروف العادية دون تحقيقها لواجباتها والتزاماتها، لكن المشرع الجزائري لم يحدد الحالات الاستثنائية ولا مفهوم الاستعجال والضرورة، مما يفرض الاستناد إلى المدلولات الفقهية في ذلك، ليعرف الاستعجال أنه:

" الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم إبعاده عنه بسرعة...<sup>(1)</sup>"

وكذا تم تعريفه على أنه: " الحالة التي يكون من شأن التأخير فيها وقوع ضرر لا يمكن إزالته، أو حالة الخطر العاجل، الذي لا يجدي في اتقائه الالتجاء إلى القضاء العادي.<sup>(2)</sup>"

ويمكن الرجوع للقواعد العامة لتحديد هذه الظروف الاستثنائية؛ كحالة الحرب والكوارث الطبيعية أو الحصار، لكن هذا لا يعني أن دافع الحفاظ على النظام العام وضمان حسن سير المرافق العامة بشكل منتظم لا يقتصر تحقيقه في ظل الظروف العادية فقط، لكن عادة ما تلجأ السلطة المختصة قانونا بإصدار قرارات الاستيلاء المؤقت في ظروف استثنائية لكنها لا تهدد النظام العام واستقراره<sup>(3)</sup>.

(1)- نقلا عن بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1993، ص 32.

(2)- المرجع نفسه، ص 32.

(3)- خالد حمادة الخريشا، المرجع السابق، ص 33 .

وإن حالة الاستعجال هي من تفرض تحقق الاستيلاء المؤقت في الظروف الاستثنائية، وتمنح للإدارة تبرير تدخلها بسلطات أوسع نطاقا وأقل قيودا في الظروف العادية.

ولا يعد الاستيلاء المؤقت عملا سياديا، مما يجعله القانون خاضعا لرقابة المشروعية، كما يلزم عن تحقيقه تعويض لمالك العقار، وتبقى سلطة الإدارة مقيّدة برقابة القضاء فيما تتخذه إما إلغاء أو تعويضاً، ومن ثم يعتبر الظرف الاستثنائي الاستعجالي قيد مفروض على الإدارة وشرط أساسي لتحقيق مشروعية تصرفاتها في الاستيلاء المؤقت<sup>(1)</sup>، وهو نفس موقف المشرع المصري الذي جعل نطاق الاستيلاء المؤقت يشمل الحالات الاستثنائية المتعلقة بالطوارئ أين تتحلل الإدارة مؤقتاً من قيود المشروعية التي تحكم أعمالها في الظروف العادية، وتوسع سلطاتها لمواجهة الظروف الاستثنائية وحماية النظام العام.

ويجد إصدار قرارات الاستيلاء مؤقتاً على العقارات حده القانوني في قيام حالة طارئة مستعجلة تتطلب مواجهتها ضرورة الاستيلاء على عقارات بصفة مؤقتة لدرء خطر داهم أو لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية، رغم أن المشرع المصري لم يبين الأحوال الطارئة والمستعجلة التي قد تقتضي هذا الاستيلاء في القانون رقم 252 لسنة 1960، إلا أنه فيما أورده من أمثلة لتلك الحالات في المادة (17) من القانون رقم 577 لسنة 1954، كحصول غرق أو قطع جسر أو نقشي وباء.

ولم ينص المشرع المغربي بشكل مباشر على شروط الاستيلاء المؤقت كظرف استثنائي، بل يعتبر إجراء عادياً للإدارة مرتبطاً بمدى احتياجاتها للعقار بهدف تحقيق مشاريع المصلحة العامة، ومن ثمة يبقى مقترن بالسلطة التقديرية لهذه الإدارة في تقرير الاستيلاء، لكن في المقابل ما دامت أحكام هذا الأخير واردة بنفس القانون الذي ينظم إجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فهو يعد طريقة استثنائية على أصل تحريم المساس بحق الملكية العقارية الخاصة إلا بنص القانون.

### ثانياً: عدم وجود طريق قانوني

أجاز المشرع الجزائري تيسيراً للإدارة في القيام بتنفيذ المشروعات العامة دون انتظار اجراءات نزع الملكية الاستيلاء على العقار، وذلك في حالة وجود الحاجة إليه بصورة مؤقتة مرتبطة بالمنفعة العامة، وهذه الإجازة محلها عجز الإدارة لمواجهة الحالة الاستثنائية بالطرق العادية.

والسؤال المطروح: ما هو المعيار الذي تخضع له الإدارة في تكييف الظرف الاستثنائي لإباحة الاستيلاء المؤقت على العقارات الخاصة؟

ويصعب تعيين معيار محدد لتبرير تقييد الملكية العقارية الخاصة بوجود حالة استثنائية، ولكن تصرف الإدارة باللجوء إلى هذا الطريق على اعتباره الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف، وهنا على الإدارة

(1) - محمد زغداوي، (نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في القانون الجزائري، المفهوم والاجراءات)، رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 1998، ص 72، 73.

مراعاة مدى تلائم الإجراء وتناسبه دون تعسف في استعمال سلطتها في ذلك، على أن يقتصر دورها عملاً بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها.

وانطلاقاً من ذلك، فإذا وجدت وسيلة اتفاقية عادية، تلتزم الإدارة على اتباعها، نظراً لارتباط الاستيلاء المؤقت بتقييد الملكية العقارية الخاصة التي كفلتها كل الدساتير وحظيت بحماية القوانين، والأصل إن وجدت إمكانية الحصول على العقارات عن طريق وسائل القانون الخاص، فتقوم الإدارة بإبرام عقود الناقلة للملكية؛ كالبيع أو التبادل، أو غير الناقلة للملكية؛ كالإيجار، والاستثناء في حالة الخلاف وعدم نفاذ الطرق الودية، وكانت الإدارة في حاجة لضمان استمرارية المرافق العامة بالحصول على عقارات الأفراد، فتقوم بالاستيلاء عليها مؤقتاً وفق إجراءات قانونية حفاظاً على النظام العام<sup>(1)</sup>.

ودعم الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية في المجلس الأعلى سابقاً هذا الشرط في القرار الوارد في قضية عين فيكارين والدولة، حيث قررت الغرفة أن الاستيلاء لا يكون مشروعاً إلا عند عدم وجود طريق آخر يؤدي إلى تحقيق نفس الاحتياجات العامة، وبالتالي فإن التهرب من الدفع المسبق للتعويض لحيازة الأرض في إطار نزع الملكية الذي يحقق نفس الأهداف التي تسعى إليها الإدارة، ومن ثم فإن استعمالها للاستيلاء المؤقت هو بمثابة انحراف بالسلطة<sup>(2)</sup>.

ولا يوجد نص بالقانون رقم 10 لسنة 1990 يدل على وجود طريق اتفاقي للاستيلاء المؤقت في التشريع المصري، مما يعني أنه آلية جبرية لتقييد الملكية العقارية الخاصة.

وكذلك أقر المشرع المغربي الاتفاق الودي كإجراء مسبق قبل الشروع في إجراء الاحتلال المؤقت، وفي حالة عدم حصول اتفاق بين المستفيد من الاحتلال المؤقت وبين المالك المعني بتأشير بصفة حضورية معاينة لحالة الأماكن بواسطة خبيرين من قبل الجهة المستفيدة، لتحديد بعدها تحديد تاريخ البدء في إجراءات الاحتلال المؤقت<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: عدم جواز الاستيلاء على المحلات السكنية

تم النص على هذا الشرط صراحة في المادة (679) من ق م ج، بحيث يمنع منعاً باتاً وبأي حال من الأحوال الاستيلاء على المحلات المخصصة فعلاً للسكن، وهدف المشرع الجزائري من هذا المنع هو حماية الملكية المبنية، وضمان عدم ارتكاب الإدارة تصرف مشوب بعدم المشروعية، فيتحول الاستيلاء إلى تعدي على الملكية العقارية الخاصة.

(1) - صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص 54، 55.

(2) - قرار الغرفة الإدارية، المجلس الأعلى سابقاً، مؤرخ في 1965/07/02، نقلاً عن مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 394.

(3) - أنظر الفصل 53 من القانون 7.81، المصدر السابق، ص 22.

وصدر قرار من الغرفة الإدارية سابقا يقضي بهذا الشرط كما يلي:

" من المقرر قانونا أنه لا يجوز الاستيلاء بأي حال من الأحوال على المحلات المخصصة فعلا للسكن، ومن ثم فإن القرار الإداري المتضمن الاستيلاء على السكن يعد مشوبا بعبث خرق القانون."<sup>(1)</sup>

وكما صدر قرار من مجلس الدولة الجزائري قضي بنفس الشرط كالآتي:

" ... استولى الوالي المنتدب للشراكة على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية من طرف السيد ( ع س )، وأنه باتخاذ قرار الاستيلاء المشوب بمخالفة جسيمة وظاهرة، فإن الوالي المنتدب للشراكة ارتكب تجاوزا للسلطة، يجب أن يؤدي إلى إبطال هذا التسخير، وأنه زد على ذلك فإن السيد ( ع س ) أخرج من الأمكنة من طرف الدرك وأعوان لإقامة الساحل بناء على هذا التسخير غير القانوني، في حين أن السلطة القضائية هي الوحيدة المختصة للنطق بمثل هذه الإجراءات بالإخراج، وأنه يتعين الأمر إضافة إلى إبطال التسخير المتنازع عليه بإعادة إرجاع المستأنف إلى المسكن الذي كان يشغله في إقامة دولة الساحل."<sup>(2)</sup>

ولم ينص التشريع المصري على هذا الشرط، لكن المشرع المغربي كان أوسع نطاقا من المشرع الجزائري، بحيث لم يسمح أن يشمل الاحتلال المؤقت فقط دور السكنات، بل امتد المنع حتى للساحات والبساتين والحدائق المجاورة لهذه الدور، والمحاظة بسيارات، وكذا احترام العقائد الدينية بصيانة كل المباني الدينية والمقابر من كل مقرر احتلال مؤقت<sup>(3)</sup>.

غير أن المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 63-59 (الملغى)، كان يتيح الاستيلاء المؤقت بهدف الاستعمال على الأجزاء المتاحة من المباني السكنية دون المساس بالأجزاء التي لا يمكن الاستغناء عنها في الحياة العادية، وفي حالات الضرورة يجوز ممارسة حق الاستيلاء في شكل سكن فردي أو تجمع، وحتى قد تطلب الدولة استيلاء استعمال كامل مساحة السكن المشغول من قبل مالكه، بهدف تلبية احتياجات استثنائية، وفي ظل ظروف وشروط تحددها لائحة الإدارة العامة<sup>(4)</sup>.

#### رابعا: مدة الاستيلاء المؤقت

لم يحدد المشرع الجزائري الطبيعة القانونية للاستيلاء، هل يقصد به إجراء يحمل الصفة التأقتية، أو إجراء نهائي، وكذلك لم يحدد له مدة معينة تمكن المالكين من معرفة مصير عقاراتهم، ولا طريقة

(1)- قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا)، رقم 42136، المؤرخ في 12/07/1986، المجلة القضائية، العدد الرابع، ص 168.

(2)- قرار مجلس الدولة رقم 6460، مؤرخ في 23/09/2002، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2002، ص 89.

(3)- أنظر الفصل 53 من القانون رقم 7.81، المصدر السابق، ص 22.

(4)- L'article 2 du ordonnance n ° 59-63, op.cit,p1.

لإنهاء الاستيلاء المؤقت، ولكن الواقع العملي فرض على الإدارة المستفيدة تحديد مدة الاستيلاء في بيانات القرار.

وقيد المشرع المصري سلطة الإدارة في مدة الاستيلاء المؤقت، وجعله يحدد بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو بمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الاستيلاء الفعلي أيهما أقرب، بحيث تلزم هذه الإدارة وجوباً بإعادة العقار في نهاية هذه المدة بالحالة الأولى التي كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض المالك عن مختلف الأضرار اللاحقة من تلف أو نقص في قيمة العقار، لكن إذا استدعت الضرورة يمكن تمديد مدة الاستيلاء إلى أكثر من ثلاث سنوات<sup>(1)</sup>.

ودعما للنص القانوني صدر اجتهاد قضائي للمحكمة الإدارية العليا المصرية، يحدد مدة الاستيلاء المؤقت كما يلي:

" إن عناصر المنازعة تخلص أنه... أودع المطعون ضدهم في الطعن الأول قلم كتاب محكمة القضاء الإداري.

يتضح أن المشرع المصري يحدد دوماً مدة الاستيلاء المؤقت خاصة في المشاريع المخصصة للمنفعة العامة، ومثاله قرار وزير البترول والثروة المعدنية حول تنفيذ مشروع إنشاء عدد ثلاثة خطوط بترولية في المسافة ( خورشيد/ أبوقير ) بأقطار ستة متكفات، وثمانية بوتاجاز، 16 مازوت بأطوال 20 كلم لكل خط داخل نطاق محافظة الجيزة، وهذا بعد موافقة كل من وزير الزراعة واستصلاح الأراضي، ومحافظة الجيزة، ومنه تقرر الاستيلاء لمدة عامين أو بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أيهما أقرب على الأراضي اللازمة لتنفيذ هذا المشروع، ثم ينتهي العمل بهذا القرار الوزاري بعد انتهاء مدة الاستيلاء، وينشر في الوقائع المصرية، وينفذ من اليوم التالي لتاريخ نشره، وتأمّر الجهات المختصة بتنفيذه<sup>(2)</sup>."

وحدد المشرع المغربي الاحتلال المؤقت، وجعل الإذن بتقريره لا يتجاوز خمس سنوات، وهي مدة طويلة للحيازة المؤقتة لعقار الملاك، وتقييد سلطاتهم في استعمال واستغلال والتصرف في عقاراتهم.

وإن شرط تحديد الحد الأقصى لمدة الاستيلاء المؤقت ورد منعا لأي تعسف يمكن أن تصدره الإدارة المستفيدة، بحيث إذا دعت الضرورة تمديد هذه المدة عن طريق اتفاق ودي مع مالك العقار<sup>(3)</sup>.

وعليه، يمكن أن نستنتج الآتي:

(1)- المادة 16 من القانون رقم 10 لسنة 1990، المصدر السابق، ص 2

(2)- قرار رقم 1461 لسنة 2018، وزارة البترول والثروة المعدنية، مؤرخ في 2018/09/02، الوقائع المصرية، العدد

236، المؤرخة في 2018/10/21

(3)- حسين عثمان محمد، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2004، ص 373.

- عدم تحديد مدة أدنى أو قصوى للاستيلاء المؤقت من قبل المشرع الجزائري، يترك للإدارة المستفيدة الحرية المطلقة في تحديد مدته، وهو ما يفتح لها المجال في التعسف في حق المالكين، بحيث تمدد المدة القصوى للاستيلاء بشكل تحوله إلى تصرف ظاهره استيلاء مؤقت وحقيقته استيلاء نهائي، مما يشكل خطراً على العقارات الخاصة وامكانية نزعها من أصحابها، مما يتوجب تعديل نص المادة (679) من ق م ج وتحديد مدة قصوى للاستيلاء.

- اشترك كل من المشرعين المصري والمغربي في تحديد مدة معينة للاستيلاء المؤقت، وعدم ترك المجال للإدارة في أعمال سلطتها التقديرية في ذلك، ولكن بالمقابل اختلفا في المدة القصوى للاستيلاء، أين جعلها المشرع المصري ثلاث سنوات كأصل، ويمكن تمديدها في حالة الضرورة، وأوجب المشرع المغربي ألا تتجاوز خمس سنوات، في حين لم يحددها المرسوم الفرنسي الملغى بشكل صريح في نصوصه، لكن عادة ما كانت تتراوح من سنة إلى ستة سنوات، وأحيانا تصل المدة إلى اثني عشر عام، خاصة إذا قامت الإدارة بأعمال ترميم ضخمة للعقار المبني، بمعنى مالك العقار لا تنزع منه ملكيته، بل تقيد سلطاته لفترة محددة، وخلال فترة الاستيلاء المؤقت يتلقى بدل إيجار من الإدارة المستفيدة، ويتم تعيين الإيجار على مستوى أقل من مستويات الإيجار بالنسبة للسكن الاجتماعي، حتى ولم يحصل المالك على ما يعادل إيجار السوق النظري، فما دام يتلقى إيجاراً له كميزة مضمونة كتعويض عن ما كان يراه مناسباً لعقاره، لكن المهم يحسن ربحه في المدى القصير.<sup>(1)</sup>

والأصل الذي يجمع هذه التشريعات في فرض قيد الاستيلاء هو مبدأ شرعي أساسه: الضرورات تبيح المحظورات.

وإذا كانت الإباحة هي: الإذن بإتيان الفعل وفقاً لمشيئة الفاعل، وذلك في حدود الإذن، فإن الحكم العمل بالضرورة؛ هو وجوب فعلها كرخصة لرفع الحرج عن المضطر لها، أو ضرورة يجوز فعلها لوجود الإذن في ارتكاب المحذور، فالأولى رخصة سقوط التحريم، والثانية رخصة شرفية مع قيام الحظر لحق المالك.<sup>(2)</sup>

وتتمثل أهمية قاعدة الضرورات تبيح المحظورات من الخصائص العامة للشريعة الإسلامية، والتي أدت إلى سعة هذه الشريعة ومرونتها على المستوى النظري والتطبيقي؛ حيث راعت حاجات الأفراد وشرعت أحكاماً تتناسب والاتجاه العام للتشريعات الوضعية، وعليه تم وضع ضوابط لهذه الضرورات؛ منها تحقق الضرورة بالفعل، بشكل حقيقي وواقعي، لأن الرخص لا تتناط بالشك، ومن ثم فالضرورات تتناط

Thierry Carb, op.cit.-

(2)- حسن السيد خطاب، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني، مصر، رجب 1430، ص 161.



باليقين، كما يجب أن يتحقق الاضطرار في هذه الضرورة، بحيث لا يوجد مجال إلا لإباحة المحظور، بحيث يتعذر دفع هذه الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحظور، وأن تقدر الضرورة بقدرها، بشرط عدم ترتب عن العمل بها ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها طبقاً لقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر".<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: اجراءات الاستيلاء المؤقت

لم يخصص المشرع الجزائري للاستيلاء المؤقت قانوناً خاصاً به، أو يلحقه بقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، لكن أدرج نصوصه ضمن القانون المدني بصفة موجزة دون إبراز مفصل لإجراءاته، واكتفى بجعل نوعين من الاستيلاء الفردي؛ الذي يوقع على ملكية عقارية خاصة بمالك واحد، واستيلاء جماعي يضم عدة ملكيات عقارية، ويصدر القرار من طرف الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانوناً، مما يفتح المجال للتساؤل: ما هي مهام الوالي وهذه السلطة في إطار اجراء الاستيلاء المؤقت؟

ويعتبر الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية، كما يعتبر مفوضاً للحكومة، لذلك فإنه يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات، وبالموازاة مع ذلك يحرس أثناء ممارسة مهامه وفي حدود اختصاصاته على حماية حقوق المواطنين وحرّياتهم<sup>(2)</sup>، ومن ثمة كلفه المشرع بإصدار قرارات الاستيلاء المؤقت بشكل كتابي ويوقع من قبله.

وأما بالنسبة للسلطة المؤهلة قانوناً، فقد أغفل المشرع الجزائري تحديدها للقيام بالاستيلاء المؤقت سواء على سبيل الحصر أو المثال، فهل تشمل رئيس المجلس البلدي، خاصة أنه يعتبر جهة تنفيذية لإجراءات الاستيلاء المؤقت، أم يمكن لأي هيئة إدارية أخرى القيام بهذه الآلية التي تعتبر من امتيازات السلطة العامة، ليدع نطاق هذا الإجراء تحت سلطة الإدارة، مما يعد مساساً بالملكية العقارية الخاصة، المقدسة بنص الدستور والمحمية بموجب القانون.

ويهدف قرار الاستيلاء المؤقت إلى الحصول على الأموال بنوعها المنقولة والعقارية أو الخدمات، وحيث يجب تبيان طبيعة وصفة ومدة الخدمة، وعند الاقتضاء يبين أيضاً مبالغ التعويض التي ستدفع للملاك وطرق دفعه.

وينفذ الاستيلاء مباشرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي للعقار محل الاستيلاء المؤقت، وإذا تعذر عليه التنفيذ الاختياري، ينتقل إلى التنفيذ الجبري عن طريق القوة بطريقة إدارية دون الإخلال بالعقوبات المدنية والجزائية المقررة قانوناً.

(1) - حسن السيد خطاب، المرجع السابق، ص 175، 176، 177، 178، 179، 180.

(2) - أنظر المواد 110، 112، 113 من قانون الولاية رقم 12-07، المؤرخ في 21/02/2012، ج ر، مؤرخة في 29/02/2012، ص 18، 19.

والسؤال المطروح: ما هو الإجراء المتبع في حالة حيازة الإدارة للعقار قبل صدور قرار الاستفادة من الاستيلاء المؤقت؟

وتكون الاجابة عن هذا السؤال بالإجراء الذي تقوم به الإدارة التي قامت بحيازة قبلية قبل صدور قرار الاستيلاء المؤقت القيام بجرد مسبق على الاستيلاء، حتى بعد استعادة الحيازة من طرف الإدارة المستفيدة القيام بإعداد جرد.

وجعل المشرع المصري اجراءات الاستيلاء المؤقت بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر حاجتها للمنفعة العامة بواسطة قرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه في هذا المجال، حيث يشتمل هذا القرار بيانا اجماليا لمواصفات العقار وذكر مالكة الظاهر، والاشارة إلى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة، ثم ينشر قرار الاستيلاء بالجريدة الرسمية، ثم بعدها يتم تبليغه لذوي الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول<sup>(1)</sup>.

ولكن هل تقرر مهلة لمالك العقار حتى يقوم بإخلائه؟

بالنسبة للقانون المصري فقد قرر لمالك العقار محل الاستيلاء مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلائه<sup>(2)</sup> وهي مدة قصيرة جدا وقياسية، حيث فيها تعسف في حق الملاك الخواص، وكان المفروض تقريرها على الأقل بشهرين، خاصة إذا كان العقار محلا تجاريا محل إيجار لم تنته مدته بعد، وهو ما يطرح سؤالا فرعيا آخر: ما مصير المستأجر للعقار محل الاستيلاء المؤقت، خاصة إذا كانت مدة إيجاره طويلة؟ ورغم أن المشرع الجزائري لم يجد حلا قانونيا لهذه الحالة، لكن الاجابة تستدعي اقرار المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

ونصت المادة (15) من القانون رقم 24 لسنة 2018<sup>(3)</sup> على أنه:

" للمحافظ المختص بناء على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء، وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة، أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها، ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبي الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى."

ويفهم من هذا النص، أنه إذا كان الأصل أن السلطة المكلفة بإصدار قرار الاستيلاء هي رئيس الجمهورية، فهناك استثناء على هذا الأصل، وذلك في حالة كالغرق أو قطع جسر أو تفشي وباء معدي

(1)- الفقرة الأولى من المادة 14 من القانون رقم 10 لسنة 1990، المصدر السابق، ص 3.

(2)- الفقرة الثانية من المادة 14، المصدر نفسه، ص 3

(3)- القانون رقم 24 لسنة 2018، والخاص بتعديل أحكام القانون رقم 10 لسنة 1990، بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، المؤرخ في 2018/04/21، ج ر م، العدد 16 مكرر (أ)، المؤرخة في 2018/04/21، ص 10.

أو في بقية الحالات ذات طابع استعجالي أو طارئ، فإن المحافظ المختص هو من يقوم بإصدار قرار الاستيلاء بشكل مؤقت، دون أن يحدد المشرع المصري بقية هذه الحالات الاستثنائية، واستعمال مصطلحي الغرق أو قطع الجسر لا يعبران بشكل جدي عن الأحوال الطبيعية التي تشكل قوة قاهرة؛ كالزلازل والفيضانات.

وكما تم تعديل هذه المادة، والتي كانت في ظل القانون رقم 10 لسنة 1990 تستعمل عبارة (الوزير المختص) ليتم استبدالها بعبارة (المحافظ<sup>(1)</sup> المختص)، وذلك نظرا لما تتطلبه ظروف الحال من لجوء بعض المحافظين إلى إصدار قرارات الاستيلاء المؤقت على بعض العقارات لتمكين الجهة المختصة من وضع يدها بشكل مؤقت عليها بهدف تحقيق المنفعة العامة على ضوء حالة الضرورة، التي تستوجب قرارات لامركزية، حتى يمكن الطعن فيها بالبطلان بطريقة سريعة، وهذا التعديل يرجع سببه لقرارات الاستيلاء المؤقت الصادرة من المجلس المحلي للمحافظة قبل التعديل، لذلك رغب المشرع المصري في اضعاف المشروعية لهذه القرارات، ومن ثم الرجوع لنصوص القانون رقم 577 لسنة 1954 المتعلق بنزع الملكية، وكذا أحكام المادة الثانية من القانون المعدل له رقم 252 لسنة 1960، واللذين كانا يسندان صلاحيات هذه القرارات إلى المحافظ، وهو ما أيده حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، والذي جاء فيه ما يلي:

"... ومن حيث أن عناصر المنازعة تخلص أنه... أقام السيد يحي عن نفسه وبصفته وكيلًا عن أولاده الدعوى القضائية أمام محكمة القضاء الإداري ضد السادة محافظ الغربية ورئيس إدارة الشركة العربية لحلج الأقطان ومدير ملحج الشركة طالبا الحكم: وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار محافظ الغربية بالاستيلاء على ملكه المبين بالعريضة، وبإلغاء القرار المطعون فيه،... وقال المدعي شرحا لدعواه، أنه يمتلك قطعة أرض بزمام الجوهريّة... بطريق الضغط أستأجر المدعي عليهما الثاني والثالث هذه الأرض، ولما انتهت مدته استطاعا بوسائل الضغط والإجبار الحصول على عقد إيجار آخر،... وتطبيقا للبند الثالث من هذا العقد تم إنذار المدعي عليه الثالث بصفته بإنهائه، إلا أنه فوجئ بصدور قرار من محافظ الغربية بالاستيلاء على الأرض مؤقتا لمدة ثلاث سنوات لصالح الشركة العربية لحليج الأقطان بغرض استخدامها شونة لتخزين الأقطان، وأضاف المدعي أن هذا القرار جاء مجحفا بحقوقه ومخالفا للقانون... وصدور هذا القرار لا يحقق الصالح العام أو المنفعة العامة التي يتطلبها القانون لاستصدار مثل هذه

(1) - المحافظ: يكون لكل محافظة محافظ يصدر بتعيينه أو إعفائه من منصبه قرار من رئيس الجمهورية، ويعتبر المحافظ ممثلا للسلطة التنفيذية بالمحافظة ويراقب تنفيذ السياسة العامة للدولة، ومرافق الخدمات في نطاق المحافظة، ويتولى مراقبة وتنسيق أعمال جميع المرافق العامة، وفروع الوزارات التي لم تنقل اختصاصاتها للوحدات المحلية، ويكون للمحافظ السلطة المقررة للوزير بالنسبة للقرارات الصادرة عن مجالس إدارات الهيئات العامة والشركات القابضة التي تتولى مرافق عامة للخدمات في نطاق المحافظة، أنظر المادتين 13، 16 من مشروع قانون الإدارة المحلية المصري، 2017/04/30.

القرارات الخطيرة المقيدة لحرية التملك، ... أن القرار صدر معيبا ومشوبا بإساءة استعمال السلطة، وبعد أن تداول نظر طلب وقف التنفيذ بالجلسات أمام محكمة القضاء الإداري... أصدرت المحكمة حكمها المطعون فيه بوقف تنفيذ قرار محافظ الغربية آنف الذكر مع إلزام الجهة الإدارية بالمصروفات.

... ومن حيث أن البادي من ذلك-على ما جرى به قضاء المحكمة-أن المشرع حد من سلطة المحافظ في الاستيلاء على العقارات وقصرها على الاستيلاء المؤقت في الأحوال الطارئة والمستعجلة لإجراء أعمال الترميم والوقاية وما إليها، أما في غير هذه الأحوال فيصدر قرار الاستيلاء المؤقت على العقار من رئيس الجمهورية. وبناء على ذلك فإن سلطة المحافظ في إصدار قرارات الاستيلاء مؤقتا على العقارات تجد حدها القانوني في قيام حالة طارئة مستعجلة تتطلب مواجهتها ضرورة الاستيلاء على عقارات بصفة مؤقتة لدرء خطر داهم أو لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية. ومن حيث أنه ولئن الشارع لم يبين الأحوال الطارئة والمستعجلة التي قد تقتضي من المحافظ ممارسة سلطته في الاستيلاء المؤقت على العقارات طبقا للمادة الثانية من القانون رقم 252 لسنة 1960، إلا أنه فيما أورده من أمثلة لتلك الحالات في المادة 17 من القانون رقم 577 لسنة 1954 ومنها حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء... ومتى كانت هذه هي حدود السلطة الاستثنائية التي يمارسها المحافظ في الاستيلاء المؤقت على العقارات، فإنه يعد خارجا عن نطاقها الاستيلاء المؤقت على العقارات اللازمة لخدمة مشروع ذي منفعة عامة مهما بلغت أهميته والحاجة إليه لتحقيق المصلحة العامة، فذلك هو بعينه محل التعديل التشريعي الذي أتى به القانون رقم 252 لسنة 1960، وأناطه بقرار يصدر من رئيس الجمهورية بدلا من المحافظ الذي كان مخولا تلك السلطة من قبل هذا التعديل. ومن حيث أنه تأسيسا على ذلك، ... فإن هذا القرار لا يظاھر القانون لصدوره في غير الأحوال الطارئة والمستعجلة التي يجوز فيها للمحافظ الاستيلاء مؤقتا على العقارات، إذ ليس ثمة حالة طارئة وقعت فجأة ولم يكن بالوسع توقعها أو حالة مستعجلة لا تحتمل الانتظار حتى تحل بالطرق والاجراءات العادية، بل البادي أن الأمر على خلاف ذلك كما ذهب بحق الحكم المطعون فيه، لأن الشركة كانت على وجه اليقين على بينة من أمرها في انتهاء مدة عقد استئجارها لأرض المطعون فيه بحلول آخر يونيو 1983 وكانت تعلم بذلك من أمد طويل، وإذ كان ذلك فمن ثم يتحقق ركن الجدية في طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه. ومن حيث أنه عن الوجه الثالث من أوجه الطعن، فإن تنفيذ القرار يمثل عدوانا على أرض المدعي واعتداء على حق الملكية الذي حرص الدستور على حمايته وصيانته، وبهذه المثابة يتوافر ركن الاستعجال في طلب وقف التنفيذ. ومن حيث أنه متى

كان ما تقدم، فمن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب فيه فيما انتهى إليه من وقف تنفيذ قرار الاستيلاء، وبالتالي يغدو الطعن عليه في غير محله جديرا بالرفض وإلزام الطاعن المصروفات...<sup>(1)</sup>

ويظهر من حيثيات هذا الحكم، أن الاجتهاد القضائي المصري حدد شروط الاستيلاء المؤقت، ونطاق سلطات المحافظ في إصدار قرارات الاستيلاء المؤقت في الحالات الطارئة والمستعجلة لا غير، دون التعسف في استعمال هذه السلطة، كما حدد شروط وقف تنفيذ القرار الإداري محل الاستيلاء، وهي توافر عنصر الاستعجال والضرورة والجديّة، ليكون بذلك حكما شاملا جامعا مانعا.

وأما المشرع المغربي، فقد أدمج الاحتلال المؤقت في قانون نزع الملكية لعدة اعتبارات موضوعية وإجرائية، فمن جهة يشتركان في وحدة الموضوع أي تحقيق المنفعة العامة، ومن جهة أخرى تحكهما إجراءات قانونية واحدة.

لذا خول حق الاحتلال المؤقت إلى الأشخاص المعنوية الترابية؛ أي الدولة والجماعات الترابية، إضافة إلى المؤسسات العمومية، وبالتالي الجهات المخول لهم هذا الحق غير الدولة تمارس عليهم الوصاية.

وتبدأ إجراءات الاحتلال المؤقت بمجرد صدور مقرر إداري عن الأعوان الإداريين أو الأشخاص الذين تفوض لهم الإدارة هذا الحق، فيكون هذا المقرر القاضي بالاحتلال المؤقت من قبل الوزير المعني<sup>(2)</sup> بالأمر يبين فيه نوع العمليات محل هذا الاحتلال، وتاريخ الشروع في انجاز العمليات والجهة المنجزة لها، إلا أنه إذا تعلق الأمر بالعمليات المتعلقة أساسا بالإيداع المؤقت للآلات والمواد أو التي يقام فيها الورشات أو طرقا ضرورية لإنجاز أشغال عامة، وكذا المتعلقة باستخراج بعض المواد من تلك الأرض المحتلة، فإنه على القرار الصادر عن الأعوان الإداريين أن يتضمن العمليات الصادر الأمر بالاحتلال من أجلها، والمساحة التي يجب أن يشملها هذا الاحتلال ونوعه ومدته المحتملة، كما يبلغ رئيس المجلس الجماعي هذا المقرر إلى المالك أو الشاغل عند الاقتضاء<sup>(3)</sup>، وهنا أولى المشرع اهتمامه بمصلحة الشاغل رغم أنه حائز فقط، حتى يكون على دراية بوجود إخلاءه للعقار قبل الشروع في عملية الاحتلال المؤقت.

(1) - حكم رقم 1133 لسنة 30 قضائية، المحكمة الإدارية العليا المصرية، مؤرخ في 1985/06/29، مجلس الدولة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، العدد الثاني، ص 1367،

www.lawag.net/27/12/2016/15:05

(2) - نص الفصل 9 من المرسوم رقم 2.82.382 على ما يلي: " يتخذ الوزير المعني بالأمر المقررين الإداريين المنصوص عليهما في الفصلين 51 و 52 من القانون رقم 7.81 الأنف الذكر. «، المصدر السابق، ص 2.

(3) - أنظر الفصلان 51، 52 من القانون 7.81، المصدر السابق، ص 22.

ولم يحدد المشرع المغربي الأعوان الإداريين والأشخاص الذين يفوض لهم حق الاحتلال المؤقت، هل هم أشخاص معنوية عامة أم أشخاص معنوية خاصة، أو حتى أشخاص طبيعية؟، وإذا كان الوزير المعني هو السلطة المركزية المعنية بإصدار مقرر هذا الاحتلال، فهل يمكنه تفويض إصدار القرار أم تفويض تنفيذه فقط؟

تظهر الاجابة في طبيعة المقررات الإدارية الصادرة من هؤلاء الأعوان الإداريين، فيما أنها تحدد طبيعة الأشغال محل الاحتلال المؤقت، فإنها مقررات تنفيذية تخول ممارسة سلطة هذا الاحتلال للمقاولين في عقد الأشغال العامة، وحتى لم يقتصر الأذن بالاحتلال المؤقت على العقارات فقط، بل مدده المشرع المغربي حتى على المنقولات من خلال تخويل المتعاقد حق استخراج المواد من الأرض المستولى عليها، ليعطي المعنى الكامل للاحتلال المؤقت باعتباره يتضمن السيطرة على العقارات والمنقولات.

وتسلم إلى المستفيدين من الاحتلال المؤقت نسخة مطابقة للمقرر، ويتم عليهم تقديمها إلى ملاك العقارات أو شاغليها كلما طلبوا ذلك، كما يمكن لهؤلاء الملاك أو الشاغلين الحصول على نسخة من المقرر المذكور بعد ايداع طلب بذلك، أما إذا تعذر تبليغ المقرر الإداري في هذه الحالة إلى المعنيين بالأمر، اكتفى بتوجيهه إلى وكيل الملك التابع لنفوذه موقع العقار، ويعتمد على ذلك بالخصوص في حساب آجال الطعن عند الاقتضاء.

وكذلك الأصل في التعويض هو الاتفاق الودي بين مالك العقار أو الشاغل وبين الإدارة، فإذا لم يحصل اتفاق بشأن هذا التعويض يتم تحديده وفقا للمسطرة المقررة في الفصل (56) من هذا القانون رقم 7.81<sup>(1)</sup>.

وقرر المشرع المغربي اجراء تمهيدي في حالة عدم حصول اتفاق بين الطرفين، حيث تتم مباشرة حضورية لمعاينة حالة الأماكن من طرف خبيرين، ويكون للمستفيد الأحقية في تحديد تاريخ إجراء هذه المعاينة الميدانية، ويطلب من المالك تعيين خبيره، وإذا لم يقم بذلك، في هذه الحالة يقوم خبير الإدارة وحده بمعاينة حالة الأماكن موضوع الاحتلال المؤقت<sup>(2)</sup>.

وتوكل للخبيرين مهمة تحرير محضر لعملية الاحتلال المؤقت، يتضمن العناصر الضرورية لتقدير الضرر، وهنا يفترض حالتين:

#### أولاً: حالة اتفاق الطرفان

إذا حضر الخبيران من قبل الإدارة والخبير الممثل لمالك العقار، وتم الاتفاق بين الطرفين، يجوز الشروع في الأشغال بشكل فوري.

(1)- الفقرة 2 و3 من الفصل 51، المصدر نفسه، ص 22.

(2)- الفصل 54 من القانون 7.81، المصدر نفسه، ص 22.

## ثانيا: حالة اختلاف الطرفان

تفترض هذه الحالة عدم تعيين خبير يمثل مصالح المالك، فيقوم الخبير المعين من قبل الإدارة لوحده بمعاينة حالة الأماكن، مما يطرح تساؤلا: إذا كان الخبير الموكل له مهمة معاينة الأماكن لتقرير توافر المنفعة العامة للمشروع محل الاحتلال المؤقت معين من نفس الإدارة المستفيدة، فكيف تكون مهمته محايدة وموضوعية ما دام تابعا لها خاصة في حالة وجود اختلاف حول حالة الأماكن؟ في حالة وجود خلاف بشأن حالة الأماكن، يقوم الطرف المستعجل بعرض القضية على المحكمة الإدارية ليبت فيها قاضي المستعجلات المتمثل في رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه حسب المادة (19) من القانون رقم 41.90<sup>(1)</sup>.

ويلزم قبل انقضاء مدة الاحتلال المؤقت سواء خلال الشهر التالي لانتهائها أو الشهر الأخير من كل سنة للاحتلال، إذا كانت الأشغال تستغرق سنوات عديدة أخرى، وفي حالة عدم التوصل لاتفاق ودي مع مالك العقار بشأن مبلغ التعويض، أن يعرض الطرف المستعجل القضية على مستوى المحكمة الإدارية، وهذه الأخيرة تحدد التعويض استنادا إلى عدة عوامل؛ منها الضرر اللاحق بسطح الأرض، قيمة المواد المستخرجة، أو بناء على زائد القيمة الذي يمكن أن يطرأ على الأرض بسبب إنجاز الأشغال، باستثناء البناءات والأغراس ومختلف التحسينات التي قد تكون موجودة في الأرض محل الاحتلال، فلا يدفع عنها أي مبالغ تعويض، خاصة إذا ثبت تاريخ إنجازها كان لاحقا أو لأي وجه من الأوجه التي أنجزت بهدف الحصول على تعويض أكثر ارتفاعا من السعر الحقيقي للعقار<sup>(2)</sup>.

من مقتضيات ما سبق، يمكننا التوصل إلى ما يلي:

- ضم المشرع المصري اجراءات الاستيلاء المؤقت لقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وأخضعها لنفس الآثار القانونية، ليجعل من الاستيلاء المؤقت مرحلة أولية للتدرج في كسب الملكية العقارية الخاصة.

- يرجع تأثر النظام القانوني للاستيلاء المؤقت (الاحتلال المؤقت) بالنسبة للتشريعين الجزائري والمغربي للأحكام الإجرائية والموضوعية للمرسوم الفرنسي 63-59 (الملغى)، هذا الأخير الذي جعل نوعين للاستيلاء المؤقت فردي أو جماعي، ويتم مباشرته وتنفيذه من قبل رئيس البلدية؛ باعتباره سلطة مختصة، ويكون في شكل قرار إداري مكتوب، ويتم توقيعه من قبل سلطة تنظيمية مؤهلة لذلك، ويذكر في هذا القرار طبيعة محل الاستيلاء<sup>(3)</sup>.

(1)- أنظر الفصل 55 من القانون 7.81، المصدر نفسه، ص 22.

(2)- الفصل 57 من القانون 7.81، المصدر نفسه، ص 23.

(3)- L'article 3 du ordonnance n °59-63، ibid، p 1.

ويعين كل وزير الهيئات المختصة والمؤهلة للشروع في تسوية وتنظيم الاستيلاءات وحصر ادارتها المستفيدة منها، ويتم إخطار المحافظين بهذا التعيين، والذين بدورهم يبلغون به رؤساء البلديات.

وتوجد في كل إدارة لجنة تقييم الاستيلاءات المؤقتة، تتكون من عدد متساوي من ممثلي الإدارة العامة وممثلي المجموعات الاقتصادية، المهنية، الصناعية، التجارية والزراعية؛ بحيث يتم تحديد تكوينها، وعواملها وقواعد وظيفتها من خلال تنظيم الإدارة العامة.

بالإضافة إلى ذلك، يجوز إنشاء لجان تقييم خاصة لفئات معينة من الأملاك، بمبادرة من الوزير المختص، وذلك بموجب شروط يحددها تنظيم الإدارة العامة<sup>(1)</sup>.

وترسل السلطة المسؤولة عن التصفية، سواء بنفسها أو عن طريق رئيس البلدية بطلب التعويض المقرر لصاحب العقار، وتحديد أجل للرد، وفي حالة القبول يتم تعويضه بطريقة اتفاقية، أما في حالة عدم الرد خلال الأجل المحدد لذلك، أو في حالة النزاع يتم تقديم التعويض بالمعايير المفصلة أسفله، ثم يتم تقديم الحالة بشكل إلزامي من قبل الإدارة إلى لجنة تقييم الاستيلاءات المؤقتة، والتي بدورها ملزمة بإرسال رأي مسيب.

وتحدد قواعد الإدارة العامة طرق تطبيق هذا المرسوم، ولا سيما فيما يتعلق بالشروط التي يجوز بموجبها تفويض حق الاستيلاء المؤقت والسلطات التي سيتم تفويضها إليها؛ الشروط التي بموجبها سيتم إجراء بيان وصفي وجرى عند حيازة الأملاك المستولى عليها، وتبيان طرق تسوية الاستيلاءات المتعلقة باستعمال العقارات التي تنتمي إلى تجمع أو مؤسسة عامة؛ معدل الفائدة الممنوح<sup>(2)</sup>.

ولقد خصص العنوان الخامس من المرسوم 63-59 لنتائج الأشغال المنفذة من قبل الدولة خلال الاستيلاءات على المباني والمنقولات، بحيث قررت المادة (14) منه على أنه يجوز للدولة القيام بكل الأعمال المقررة لتلبية احتياجاتها في المباني محل الاستيلاء المؤقت، حتى لو كان لها أثر في تغيير وجهة هذه المباني، ويجوز أيضا للمستفيدين من هذا الاستيلاء طلب الاستناد إلى هذه الأحكام شريطة الحصول على موافقة السلطة الطالبة قبل تنفيذ هذه الأعمال، لكن لا يمكن المطالبة باستعادة المباني على حالتها السابقة.

والمفروض أن تنفيذ الأعمال التي تضمن الحفاظ على المبنى المستولى عليه تقع على عاتق مالكة، لكن يجوز للدولة أو المستفيد من الاستيلاء القيام بهذه الأعمال، لكن في هذه الحالة وقبل تنفيذ هذه الشروط، يجب إخطار المالك، أو على خلاف ذلك يجب إخطار رئيس البلدية في الحالات الاستعجالية.

(1)- L'article 23 du ordonnance n °59-63، ibid، p 6

(2)- Article 24,26، ibid، p 7.



ويلتزم المالك بعد انتهاء الاستيلاء المؤقت تعويض الدولة عن مبلغ النفقات التي تمت في محله ومكانه، لكن بالحد الذي كانت فيه هذه النفقات ضرورية للمبنى<sup>(1)</sup>.

ونستنتج من خلال ما سبق ما يلي:

- ضم المشرع المصري اجراءات الاستيلاء المؤقت لقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وأخضعها لنفس الآثار القانونية، ليجعل من الاستيلاء المؤقت مرحلة أولية للتدرج في كسب الملكية العقارية الخاصة.

- يرجع تأثر النظام القانوني للاستيلاء المؤقت (الاحتلال المؤقت) بالنسبة للتشريعين الجزائري والمغربي للأحكام الإجرائية والموضوعية للمرسوم الفرنسي 63-59 (الملغى)، هذا الأخير الذي جعل نوعين للاستيلاء المؤقت فردي أو جماعي، ويتم مباشرته وتنفيذه من قبل رئيس البلدية؛ باعتباره سلطة مختصة، ويكون في شكل قرار إداري مكتوب، ويتم توقيعه من قبل سلطة تنظيمية مؤهلة لذلك، ويذكر في هذا القرار طبيعة محل الاستيلاء

### المطلب الثالث: الآثار القانونية لقيود الاستيلاء المؤقت

هناك عدة آثار قانونية لقيود الاستيلاء المؤقت، تحصر في مدى تأثيره على الملكية العقارية الخاصة، وطريقة التعويض فيه، والمنازعات المترتبة عنه.

وتتمتلك الإدارة عدة أساليب لاستعمال الأملاك العقارية، منها الطرق الودية التي تتخذ الاتفاق مع الأفراد آلية للتنازل عن حيازة عقاراتهم بالتراضي، أو تلجأ إلى أسلوب الاستيلاء المؤقت مقابل تعويض للمالك، وذلك ضمانا لاستمرارية المرافق العامة بانتظام واضطراد ولاستقرار المعاملات في المجتمع. والسؤال المطروح: ما تأثير سلطة الإدارة في تقييد الملكية العقارية الخاصة عن طريق الاستيلاء المؤقت؟

الاجابة على هذا السؤال تقتضي تعداد الآثار التي يفرزها الاستيلاء المؤقت في الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: التأثير المزدوج للاستيلاء المؤقت

تحتاج الإدارة العمومية سواء تعلق الأمر بالدولة أو مؤسساتها العامة أو جماعاتها المحلية في تسييرها للمرافق العمومية إلى وعاء عقاري يخصص لتلبية حاجياتها الاستعجالية والحالة، ومن أجل الحصول على هذا الوعاء تلجأ إلى الاستيلاء المؤقت كإجراء استثنائي، لكن يترتب على هذا الاجراء آثارا للإدارة وأخرى متعلقة بالمالك.

(1)- Article 14، ibid، p 3.

## أولاً: حيازة مؤقتة للعقار

إن حيازة العقار في يد الإدارة بعد قيامها بالاستيلاء المؤقت نتيجة حتمية باعتباره الهدف المتوخى من الإدارة للوصول إليه، فيرتب الاستيلاء المؤقت تأثيراً إيجابياً بالنسبة للإدارة، حيث يحقق المشاريع والخدمات التي يكون محلها العقار المستولى عليه، وبالتالي الزيادة في إيرادات الدولة من خلال استعمال واستغلال الوعاء العقاري للمالك الخواص لفترة تناسبها لغاية ما تنتهي المدة المحددة لذلك.

وللإدارة سلطة تقديرية واسعة في الاستيلاء المؤقت على العقار لقاء تعويض، لكن وإن كان الأصل اتخاذ هذا الإجراء بموجب اتفاق بين الإدارة والمالك، لكن في حالة رفضه يتم التنفيذ مباشرة بالقوة بطريقة إدارية.

وتظهر حدود سلطة الإدارة المستفيدة من الاستيلاء المؤقت، أنها تستعمل امتيازات السلطة العامة، باعتباره إجراء جبري استثنائي، يتيح لها استعمال الملكيات العقارية الخاصة بشكل مؤقت لمدة محددة بين الطرفين، أو بطريقة انفرادية، بحيث تقييد سلطة صاحب العقار في استعمال واستغلال والتصرف في ملكيته خلال طيلة الاستيلاء المؤقت، ومن ثم تنتقل الحيازة من المالك الأصلي للجهة الإدارية المستفيدة.

ويعتمد الاستيلاء المؤقت على امتيازات السلطة العامة للإدارة العامة، ونتيجة المساس الشرعي بالملكية الخاصة، إذ تلجأ الجهة محل الاستفادة من هذا الإجراء للاستيلاء على عقارات الأفراد بموجب قرار من الوالي المختص إقليمياً قصد تحقيق المنفعة العامة ضمن الشروط المذكورة أعلاه، مما يجعل سلطة الإدارة محدودة بمقتضى القانون، ويعد تعسفاً كل استيلاء الغرض منه الانحراف بالسلطة لتحقيق فائدة خاصة سواء للإدارة نفسها أو لأشخاص آخرين.

وحصر المشرع التونسي الاستيلاء النهائي كسبب من أسباب كسب الملكية في المنقول دون العقار، فقد أباح الفصل (22) من م ح ع ت لكل واطع يده على منقول لا مالك له يصبح في ملكيته، دون التعرض لأحكام الاستيلاء المؤقت، وهو دليل صريح أن التشريع التونسي يمنع كسب ملكية العقارات الخاصة بمقتضى الاستيلاء المؤقت، واعتبر كل عقار لا مالك له ملكاً للدولة، وهذا الموقف يطرح الإشكال التالي:

ما الفرق بين الاستيلاء كسند وظيفته السيطرة المادية على العقار بنية تملكه وبين الشروط الذاتية لنشأة وضعية الحائز القانونية والتي تتمثل في ثنائية علاقة الحائز المادية والمعنوية بالعقار خاصة إذا ما كانت علاقة الحائز المادية به من قبيل السيطرة ابتداءً؟

الإجابة على هذا الإشكال تفترض علاقة الحائز المادية بالعقار ابتداء من السيطرة الفعلية عليه ما يفيد الاستيلاء بالاستحواذ الفعلي عليه، لذا تكون العلاقة المادية ابتداءً؛ هي ذاتها الاستيلاء عليه، ويكون هذا الأخير؛ العلاقة المادية ابتداءً، لأن كليهما يشترط وضع اليد على العقار بنية تملكه<sup>(1)</sup>. وتتطلب سلطة الإدارة في اللجوء إلى الاستيلاء توافر الضرورة والاستعجال في التشريع الجزائري، وكذا خدمة المشاريع ذات المنفعة العامة، غير أنه لم يبين هذه الحالات الاستثنائية والطارئة. وعلى العكس من ذلك، حدد المشرع المصري الظروف الطارئة؛ كالحروب والأوبئة وحالات الغرق وقطع الجسور.

وبالرجوع للتشريع المغربي، فإنه حصر المبرر القانوني للاستيلاء القانوني احتياج العقار لخدمة مشروع ذي منفعة عامة، إذ يحدث أثناء تنفيذه حاجة ملحة للاحتلال المؤقت لعقار مجاور لاستغلاله في اكمال المشروع طيلة مدة إنشائه، وبانتهاء الغرض الذي تم به تنتهي الحاجة إليه، يتم رد ذلك العقار لمالكه مع ضمان تعويضه بدلا من اللجوء لآلية نزع الملكية بصفة نهائية.

#### ثانيا: تأثير الاستيلاء المؤقت على حرية المالك

يرتب الاستيلاء المؤقت آثارا سلبية على حرية المالك، فيحسب هذا الأخير عن ممارسة سلطاته من استعمال أو استغلال أو تصرف في ملكيته لغاية انتهاء مدة الاستيلاء، وقد تمدد مدة الاستيلاء إذا كانت الإدارة بحاجة للعقار، ويمنع المالك مجددا من سلطاته الثلاث، وقد يصل القيد لدرجة تجريده من ملكيته، وتطبيق آلية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

#### الفرع الثاني: التعويض عن الاستيلاء المؤقت

وضع المشرع الجزائري طريقتان للتعويض عن الاستيلاء المؤقت، التعويض الاتفاقي والتعويض الجبري

#### أولا: التعويض الاتفاقي

يحدد تعويض الاستيلاء باتفاق بين الأطراف، حيث تستدعي الإدارة مالك العقار ويتم التعويض بشكل ودي، إذ يكون المبلغ مناسباً لتعويض صاحبه لحرمانه من استعماله واستغلاله خلال فترة الاستيلاء، وكذا ما يلحق العقار من ضرر أو نقص في قيمته.

وكذلك هو الأمر بالنسبة للمشرع المغربي إذن كأصل بالاحتلال المؤقت لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، لكن كاستثناء إذا امتد الاحتلال إلى أكثر من هذه المدة، لابد من الإدارة من اللجوء لاتفاق مع مالك العقار بهدف تجديد المدة.

(1)- نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 180.

ونادرا ما تحدث هذه الطريقة من التعويض الاتفاقي في الواقع العملي، نظرا لعدم احترام الإدارة للتقدير الملائم للتعويض، فتضطر للوصول إلى الطريقة الثانية.

### ثانيا: التعويض الجبري

أما في حالة عدم الاتفاق يحدد مبلغ التعويض عن طريق القضاء مع مراعاة ظروف وغرض الاستيلاء المؤقت دون أن يتضرر المستفيد، كما يمنح التعويض في حالة تسبب المستفيد من الاستيلاء في نقص القيمة.

وتقوم المسؤولية الإدارية عن عملية الاستيلاء المؤقت على أساسين:

#### أ- المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

إذا تعسفت الإدارة في استعمال سلطتها ومخالفة الشروط والإجراءات القانونية المتعلقة بالاستيلاء المؤقت، فتقوم مسؤوليتها الإدارية على أساس الخطأ، ومتى تحقق ذلك يمنح لصاحب العقار المتضرر طلب الحصول على تعويض عن طريق القضاء، وهو نصت عليه المادة 681 مكرر 3 من ق م ج على أنه: " يعد تعسفا كل استيلاء تم خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانونا خاصة أحكام المادة 679 وما يليها أعلاه، ويمكن أن يترتب عليه، زيادة على العقوبات الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به دفع تعويض يصدر عن طريق القضاء.

ويتعلق هذا التعويض بإصلاح الضرر المتسبب ومكافأة العمل والرأس مال وكذا بتعويض كل نقص في الربح."

يفهم من مقتضيات هذه المادة أنه يمكن لصاحب العقار المستولى عليه بطريقة غير شرعية طلب الحصول على تعويض، عن طريق رفع دعوى تعويض عن إعادة العقار مع حالته قبل الاستيلاء عليه، والمطالبة بجبر الضرر اللاحق به<sup>(1)</sup>، وحتى النقص في قيمة العقار، دون توضيح لطريقة حساب هذا النقص في حالة الزيادة في القيمة السوقية للعقار أو نقصان هذه القيمة بفعل قرار الاستيلاء المؤقت، أو حتى تحديد نسبة تعويض.

#### ب- المسؤولية الإدارية دون خطأ

بمجرد قيام فعل الاستيلاء المؤقت تقوم المسؤولية الإدارية حتى مع انعدام الخطأ لدى الإدارة المعنية، ومن ثم يقرر التعويض للمالك حتى لو لم يتعرض عقاره لأي ضرر، لأن العبرة ليست بوجود

(1) - سعاد ميمونة، الضمانات الإدارية والقضائية لحماية حق الملكية من قرار الاستيلاء المؤقت، مجلة التعمير والبناء،

العدد الأول، الجزائر، مارس 2017، ص 41، 42.

الضرر من عدمه، بل التعويض عن الحرمان من استعمال واستغلال الملكية العقارية طيلة مدة الاستيلاء المؤقت.

وجعل المشرع المصري تقدير التعويض عن الاستيلاء المؤقت بمعرفة اللجنة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض.

وكما أورد المشرع المغربي عدة حلول للتعويض في حالة عدم الاتفاق، حيث يلجأ الطرف المستعجل إلى المحكمة الإدارية، وهي الهيئة المكلفة بتحديد التعويض بناء على مقتضيات الضرر اللاحق بسطح الأرض جراء الأشغال، أو حسب قيمة المواد المستخرجة، أو يمكن أن يحدد التعويض حسب زائد القيمة الطارئ على الأرض نتيجة الأشغال المنجزة، غير أن التحسينات اللاحقة على العقار سواء كان بناءات أو أغراس، فلا يمكن التعويض عنها، لأن الهدف منها هو الحصول على ربح مرتفع خاصة إذا كانت بتاريخ لاحق على مقرر الاحتلال المؤقت.

وأما التعويض عن زائد القيمة فقد أورد له القانون 7.81 جزء كاملاً، بحيث إذا دخلت على قيمة بعض الأملاك الخاصة زيادة تتجاوز نسبة 20%، وذلك بسبب إعلان أو تنفيذ الأشغال أو العمليات العامة محل الاحتلال المؤقت، فإنه يتوجب على الأشخاص المستفيدين من هذه الزيادة أو ذوي حقوقهم على وجه التضامن بدفع تعويض يعادل نصف مجموع زائد القيمة الطارئ بهذه الكيفية إلى الجماعة المعنية بالأمر، وعند الاقتضاء يخفض التعويض عن زائد القيمة لا تقل عن نسبة 20% مبلغ الزيادة الذي لا بد أن يبقى كسبا للملزم<sup>(1)</sup>.

ولكن هل تنطبق على المناطق الواردة عليها زائد القيمة أحكام الاحتلال المؤقت أم نزع الملكية؟

تحدد المناطق التي تتضمن الأملاك العقارية الواردة بالفصل (59) بموجب مقرر إداري بمرسوم يتخذه اقتراح من وزير المالية والوزير المعني بالأمر،<sup>(2)</sup> خلال أجل سنتين يبتدىء من تاريخ المقرر المعينة فيه الأملاك المطلوب نزع ملكيتها أو عند عدمه ابتداء من يوم الشروع في الأشغال أو العمليات العامة<sup>(3)</sup>، ثم بمجرد نشر هذا المقرر الإداري وقبل أبعد تقدير قبل انتهاء أجل أقصاه ثماني سنوات يتم استدعاء المستفيدين من زائد القيمة أو ذوي حقوقهم للحضور لدى السلطة الجماعية أو وكيلها بهدف الاتفاق مع الإدارة على مبلغ زائد القيمة ومبلغ التعويض، ليحرر بعدها محضر عن كل حضور، وهنا أيضاً يفرق بين حالة الاتفاق وحالة عدم الاتفاق:

(1)- الفصل 59 من القانون 7.81، المصدر نفسه، ص 23، 24.

(2)- أنظر الفصل 10 من المرسوم رقم 2.82.382، المصدر السابق، ص 3

(3)- الفصل 60 من القانون 7.81، المصدر السابق، ص 24.

## الحالة الأولى:

في حالة الاتفاق على مبلغ زائد القيمة ومبلغ التعويض، يعتبر المحضر سند دين لفائدة الجماعة المعنية بالأمر، وعليه يسقط حق الإدارة في اللجوء لأحكام المسطرة المنصوص عليها في الفصل (61) من القانون 7.81.

## الحالة الثانية:

نص على هذه الحالة الفصل (62) من القانون 7.81 بقوله:

"إذا لم يقبل المعنيون بالأمر الاتفاق المنصوص عليه في الفصل السابق، تطلب الإدارة من المحكمة الإدارية تقدير زائد القيمة المكتسب في يوم الطلب وتحديد التعويض المستحق، ويجب أن تقدم الإدارة طلبها هذا خلال أجل أقصاه ثمانين سنوات من تاريخ نشر القرارات الإدارية المنصوص عليها في الفصل 60 أعلاه، وتطبق في هذا المجال القواعد الإجرائية المحددة في الفصلين 45 و 47 من هذا القانون. وتكون الأحكام الصادرة في هذا الصدد قابلة دائماً للاستئناف<sup>(1)</sup>"

ونفهم من هذا الفصل، أن الزيادة في قيمة بعض الأملاك الخاصة بسبب الإعلان أو تنفيذ الأشغال العامة محل الاحتلال المؤقت بنسبة تتجاوز 20% فتخول للإدارة امكانياتين، إما إلزام أصحاب هذه العقارات أو ذوي حقوقهم بدفع تعويض معادل لنصف مجموع زائد القيمة الطارئ، وفي حالة رفضهم يقدم طلب قضائي للمحكمة الإدارية لتقدير هذه المبالغ في أجل طويل المدة، بحيث يقيد الملاك من استعمال والتصرف في عقاراتهم طيلة ثمانية سنوات، ثم تطبق إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فيتحول التقييد المؤقت بموجب الاحتلال إلى تجريد نهائي للملكية العقارية الخاصة، حتى وإن كانت الأحكام الصادرة بهذا الشأن قابلة للاستئناف، لكن تبقى للإدارة سلطة واسعة في نزع الملكية.

وتعتد المحكمة باعتبار أصلية في تقدير مبلغ التعويض وكذا تحديد عناصره، تتمثل في حساب قيمة العقار قبل الإعلان عن الأشغال أو العمليات العامة أو الشروع فيها، أو قيمة العقار يوم تقديم الطلب.

واعتبار احتياطي متعلق بالزيادة في القيمة الناتجة عن عوامل زائد القيمة مجردة من الأشغال أو العمليات العامة.

(1)- تم نسخ وتعويض أحكام الفصل 62 من القانون 7.81 بمقتضى أحكام المادة 40 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، مؤرخ في 10/09/1993، ج ر م، عدد 4227، مؤرخة في 03/11/1993، المعدل بالقانون رقم 54.99، المؤرخ في 25 أغسطس 1999، والمعدل بالقانون رقم 68.00، المؤرخ في 14/11/2000، والمعدل بالقانون رقم 80.03، المؤرخ في 14/02/2006، والمعدل بالقانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المؤرخ في 25/10/2011.

ويباشر تحصيل التعويض الاتفاقي أو القضائي كالضرائب المباشرة، غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أو للطرفين في حالة الاتفاق تقسيط الأداء على عشر سنوات على الأكثر، وفي هذه الحالة يخول الاتفاق أو الحكم الإدارة المستفيدة بالأمر حق رهن في أحد الأملاك المحفوظة للملزم-صاحب العقار محل الاحتلال المؤقت-، والتي استفادت من الزيادة في قيمتها وترتب عنها منح التعويض، وفي حالة عدم أداء قسط عند حلول أجله يفقد الملزم بقوة القانون الاستفادة من تأجيل هذا الأداء، وبالتالي لا تدفع فوائد عن المبالغ غير المؤداة نقداً.

وأما الفصل (65) من القانون 7.81 فقد نص على التعويض العيني، بحيث خول للملزم بالتعويض تبرئة ذمته عن طريق التنازل عن مجموع أو بعض من عقاراته محل الاستفادة من زائد القيمة، وهو تعبير صريح عن المقاربة الوظيفية بين الاحتلال المؤقت ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فكل احتلال مؤقت يمكن أن يحول لاستيلاء نهائي بحجة زائد القيمة.

ويتوجب اسقاط من التعويض عن زائد القيمة المبلغ المقطوع من التعويض عن نزع الملكية، في حالة ما إذا كان زائد القيمة متعلق بعقار نزعت ملكية جزء منه<sup>(1)</sup>.

وما يمكن استنتاجه من خلال ما سبق، أن المشرعان الجزائري والمغربي قد تأثرا بأحكام المرسوم الفرنسي الملغى، والذي رتب آثار مختلفة حول آلية التعويض عن الاستيلاء المؤقت، والتي يمكن أن يكون لها تأثير على تخفيض القيمة السوقية للعقار أو زيادتها.

#### أولاً: التعويض في حالة انخفاض القيمة السوقية للعقار

إذا ترتب عن تنفيذ الأشغال العامة محل الاستيلاء المؤقت خفض في القيمة السوقية للعقار، فيحق لمالكه الحصول على تعويض نقص القيمة، ويتراكم هذا التعويض مع الذي قد تدفعه الدولة، على ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي لهذه التعويضات الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة (22)<sup>(2)</sup> من المرسوم 59-63.

#### ثانياً: التعويض في حالة زيادة القيمة السوقية للعقار

عندما يكون للأعمال المنفذة أثر على زيادة قيمة العقار في السوق، فيتوجب على المالك تعويض عن الزيادة في القيمة، ومع ذلك، وفي كل الأحوال، لا يمكن أن يكون هذا التعويض أكبر من قيمة الأشغال، والذي يتم تقييمه من يوم صدور القرار الإداري بالاستيلاء، ويتم احتسابه بتطبيق المبلغ الأكثر قيمة على التخفيضات التي تحدد من قبل التنظيم الإداري.

(1)- الفصول 63، 64، 65، 66 من القانون 7.81، المصدر نفسه، ص 24، 25.

(2)- L'article 16 du ordonnance n° 59-63, op.cit, p 3.

وفي حالة ما إذا كان مبلغ التعويض عن الزيادة في القيمة المدفوع من قبل المالك يتجاوز 50% من القيمة السوقية العادلة، مع الأخذ بعين الاعتبار الأشغال المنجزة، ما لم يكن لهذه الأخيرة تأثير على تغيير وجهة العقار، فيمكن للمالك أن يطلب من الدولة شراء عقاره، وفي حالة رفض هذه الأخيرة، يتم تخفيض دينها على المالك إلى 50% من القيمة السوقية للعقار.

وأما في حالة ما إن للأعمال المنفذة أثر تغيير في وجهة المبنى، وبغض النظر عن مبلغ التعويض عن الزيادة في القيمة، يمكن للمالك أن يختار بيع مبناه للدولة، والذي هو مستولى عليه بغية الحصول عليه<sup>(1)</sup>.

ويتم تقدير القيم السوقية للعقار محل الاستيلاء المؤقت في يوم القرار الذي يحدد فيه التعويض الأقل أو الأكثر قيمة، وفي غضون عام واحد من تاريخ الاستيلاء، يتم ارجاع العقار، ويتوجب على الدولة إخطار المالك لإبداء نيته في استرداد التعويض عن القيمة الزائدة.

وتقوم الدولة باسترداد ديونها وفقا للأحكام المنظمة لاسترداد الديون العامة، بحيث يكون لديها رهن قانوني خاص بالعقار المستفيد من القيمة الزائدة<sup>(2)</sup>.

وكما تتحمل الدولة المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالأمالك محل الاستيلاء بالاستعمال، والتي ترتبت بعد انتهاء الاستيلاء، ما لم يثبت أن هذه الأضرار ناتجة بفعل المستفيد أو المالك، أو في حالة القوة القاهرة المترتبة عن الحرب.

وبعد التعرض لمقتضيات التعويض في كل التشريعات محل الدراسة، أمكننا التوصل إلى ما يلي:

- أقر التشريع الجزائري والمصري والمغربي أحقية المالك في حصوله على تعويض نتيجة الاستيلاء المؤقت (الاحتلال المؤقت) على عقاره.

- لم ينص المشرع التونسي على أحكام الاستيلاء المؤقت في نصوصه القانونية.

- تم التطرق للمرسوم الفرنسي 59-63 الملغى؛ والذي نص على أحكام الاستيلاء المؤقت على العقارات الخاصة، والعبرة في إدراجه والتفصيل في نصوصه، هو مدى أهميته في موضوع الدراسة، والمقاربة بينه وبين التشريعات المقارنة ومدى تأثيرها بآليات التعويض الفرنسية في هذا المجال، وكذا التعرف على التطور القانوني للمشرع الفرنسي في مجال القيود الإدارية الواردة على الملكية العقارية، وتخليه عن مبدأ الوظيفة الاجتماعية لهذه الملكية، ليتضح تقديسه للملكية الفردية، والذي حدا حذوه التشريع التونسي، ليصبح الاستيلاء منحصر في مجال المنقولات والخدمات فقط.

(1)- L'article 17 du ordonnance n° 59-63، ibid، p 4.

(2)- L'article 18 du ordonnance n° 59-63، ibid، p 5.



- ما يعاب على التشريع الجزائري أنه لم ينص على تكييف مناسب للتعويض عن الاستيلاء المؤقت، وكان الأولى أن يجعله منصف وعادل ومسبق، شأنه شأن التعويض عن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ما دام الهدف مشترك؛ وهو تحقيق المنفعة العامة، لكن ما دام الاختلاف على الشكل الاتفاقي لهذا التعويض مرتبط بضمانة قضائية، وهي أن القضاء هو الفاصل في التحديد النهائي في تقرير تعويض عادل ومنصف ومناسب للأضرار التي قد تلحق الملكية العقارية الخاصة.

- طبيعة الضرر المعتد به في تقرير التعويض المعتد من الاحتلال المؤقت؛ هو الضرر الآني والحالي، والمحقق الناشئ مباشرة عن هذا الاستيلاء، دون الاعتبار بالضرر المستقبلي، عكس ما جاء في مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة المشرع المغربي حدد شروطا دقيقة للضرر الملزم للتعويض، تضمنتها أحكام الفصل العشرون من القانون 7.81، حيث أوله عدم شمول الضرر إلا الضرر الحالي والمحقق الناشئ مباشرة عن نزع الملكية، بمعنى استبعاد كل الأضرار المستقبلية المحتملة الوقوع وغير المباشرة، كتفويت فرصة استغلال العقار والحصول على ثماره مما يسبب خسائر فادحة وضررا بليغا للمنزوع ملكيته، وثانيهما تحديد مقدار التعويض حسب قيمة العقار يوم صدور قرار نزع الملكية مع عدم الأخذ بالاعتبار قيمة البناءات والتحسينات المنجزة من قبل المالك الأصلي بسوء نية دون موافقة نازع الملكية منذ تاريخ تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة المعين للعقارات المقرر نزع ملكيتها، وثالثها عدم تجاوز التعويض المقدر بهذه الكيفية قيمة العقار يوم نشر مقرر التخلي أو تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة، مع عدم مراعاة الزيادات في قيمة العقار المنزوع بسبب المضاربات الناجمة عن صدور مقرر التصريح بالمنفعة العامة.

وإذا كانت القاعدة الضمنية للتعويض أنه نقدي، فقد قرر القانون إمكانية تحصل المكتريين القانونيين على عقارات أخرى مقابل حرمانهم من شغل العقارات المنزوعة ملكيتهم<sup>(1)</sup> محل الكراء.

### الفرع الثالث: المنازعات المترتبة عن عملية الاستيلاء المؤقت

من بين الوسائل المتاحة للإدارة استعمالها في إطار تحقيق المنفعة العامة وإشباع الحاجات، اجراء الاستيلاء المؤقت؛ والذي يعتبر من الطرق الجبرية للحصول على الأموال، يمارس من طرف الإدارة في إطار القانون بهدف تحقيق المصلحة العامة، غير أن هذه العملية لا تتم إلا إذا استوفت الإدارة كل الوسائل الأخرى للحصول على الأموال.

(1)- أنظر الفصل 22 من القانون 7.81، المصدر السابق، ص 11.

يعتبر الاستيلاء المؤقت عملية استثنائية مشروعة إذا ما اقترنت بإجراءات وشروط قانونية محددة لحق ملكية الأفراد، لكن إذا لم تحترم الإدارة هذه الإجراءات ولم تنقيد بها، أصبحت قراراتها مشوبة بعيوب من عيوب البطالان، فيضطر الخواص للجوء للقضاء لحماية ملكيتهم.

ولكن السؤال المطروح: ما دور القضاء في حماية الملكية العقارية الخاصة من سلطة الإدارة في فرض الاستيلاء المؤقت؟

يشكل القضاء مصدرا أساسيا لحماية الملكية الخاصة، حيث يمكن للأفراد رفع دعوى بطلان قرارات الاستيلاء المؤقت غير المشروعة، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، مع إمكانية وقف تنفيذ قرار الاستيلاء، إذا تعلق الأمر بالتعسف في استعمال الحق أو مساس صارخ بالملكية العقارية الخاصة، وإمكانية طلب تعويض عن الضرر اللاحق.

ومن ثم، كل تجاوز من الإدارة يفسح المجال للقضاء للتدخل لحماية ملكية الأفراد.

لذا، تشكل رقابة القضاء على أعمال الإدارة في نظام الاستيلاء المؤقت أحد أهم الضمانات المفروضة في هذا النظام، خاصة وأن الإدارة تكون طرفا في هذا الموضوع، فهي القائمة بالاستيلاء المؤقت، وتتكفل بالإجراءات اللازمة لإتمام هذه العملية، وبالتالي تعد الرقابة القضائية ضمانا حقيقية للأفراد نظرا لما تخوله من حماية أكيدة.

وتعتبر دعوى الإلغاء وسيلة للرقابة على مشروعية القرارات الإدارية ليس بالنسبة لتجاوز الإدارة لسلطاتها واختصاصاتها فحسب، بل بالنسبة لبقية العيوب التي تشوب القرارات الإدارية<sup>(1)</sup>.

ويستلزم رفع دعوى الإلغاء عريضة مكتوبة، مؤرخة وموقعة من قبل محامي المدعي بشكل وجوبي، تتضمن بيانات أطراف الخصومة، وموجز للوقائع وأوده الدفاع والطلبات، وتتضمن بيان المحكمة المختصة؛ وهي المحكمة الإدارية المختصة، باعتبارها جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية طبقا للمادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وتختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، وتختص بالفصل أيضا في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة إما عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، وكذا بالفصل في دعاوى القضاء الكامل، والقضايا

(1) - حسين طاهري، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د. س. ط)،

المخولة لها بموجب نصوص خاصة<sup>(1)</sup>، غير أن المشرع الجزائري لم يخول للمحاكم الإدارية نصا خاصا للفصل في النزاعات الناشئة عن الاستيلاء المؤقت.

واختلف موقف المشرع المغربي عن الجزائري، حيث نصت المادة (37) من القانون رقم 41.90 المتعلق بالمحاكم الإدارية بالمغرب، أنه ينقل إلى المحاكم الإدارية اختصاص المحاكم الابتدائية فيما يتعلق بتلقي وثائق اجراءات نزع الاحتلال المؤقت، وكذا النظر في كل النزاعات الناشئة عن تطبيق القانون 7.81، وتتووع حماية القضاء المغربي للملكية العقارية الخاصة في هذا المجال عبر الدعاوى التي يرفعها الملاك ضد انحرافات الإدارة في مجال الاحتلال المؤقت، فقد تتمثل في دعوى إلغاء قرار المنفعة العامة، أو دعوى التعويض عن الاحتلال المؤقت.

وتتمثل أوجه دعوى إلغاء قرارات الاستيلاء المؤقت في مجموعة الحالات والعيوب التي قد تشوب القرار الإداري، وتجعله قرار غير مشروع، وتتمثل في عيب السبب، عيب الاختصاص، عيب المحل أو مخالفة القانون، عيب الشكل والإجراءات، عيب الانحراف في استعمال السلطة، فإذا ما توصل القاضي المختص بدعوى الإلغاء إلى حقيقة شرعية القرار الإداري من هذه العيوب، يتوجب عليه الحكم بعدم الاختصاص وإلغاء هذا القرار.

أما إذا وجد القرار الإداري المطعون فيه أمامه بعدم الشرعية بالإلغاء مشوب بعيوب من عيوب القرار الإداري المعروفة كلها أو بعضها، عليه أن يحكم بإلغاء هذا القرار.

ويشترط لمشروعية الاستيلاء المؤقت على العقارات باعتباره قيادا على حق الملكية الخاصة، أن يكون قد تقرر لضرورة قصوى استعجالية ينتهي الاستيلاء بانتهائها، وذلك باعتبارها اجراء مؤقت بطبيعته، ويلزم لمشروعية هذا الإجراء تحقيق الهدف الذي أراده المشرع، وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام، باعتبارها يؤدي خدمات للجمهور ويحقق النفع العام، وسلطة الاستيلاء مقررة تشريعا في ق م ج وقوانين إدارية مختلفة، حيث أعطت هذه القوانين سلطة إصدار قرار الاستيلاء المؤقت في الحالات الطارئة والمستعجلة.

ولم يصبح هناك جدل فقهي أو قضائي حول ضرورة تمتع الإدارة وهي تباشر اختصاصاتها ومسؤولياتها القانونية بسلطة تقديرية، والتي منحها قدرا من الحرية من أجل تحقيق الصالح العام، خاصة بعد تطور الدور الذي تلعبه الإدارة وتوسع وتداخل مجالات أنشطتها، لكن في نفس الوقت هذه السلطة التقديرية لا يجب أن تباشر خارج إطارها القانوني من أجل ضمان حماية الأفراد لممتلكاتهم العقارية، لذلك فهناك ارتباط وتلازم بين فكرة السلطة التقديرية ومبدأ سيادة القانون.

(1)- أنظر المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المصدر السابق.

وعلى هذا الأساس إذا قامت الإدارة باعتداء على الأملاك العقارية للخواص بطريقة مشروعة مدعية بذلك تحقيق منفعة عامة دون اثبات وجودها، فهل يمكن للسلطة القضائية التدخل لمراقبة تصرفات الإدارة والتأكد من صحتها أو من تكييفها القانوني للوقائع أو من الموازنة بين المنافع والأضرار التي تخلقها تصرفاتها المادية وقراراتها الإدارية في المجال العقاري؟

الاجابة على هذا السؤال توجب التطرق إلى أساليب الرقابة على القرارات الإدارية والتي بدأ نشوؤها لمجلس الدولة الفرنسي ليمتد إلى القضاء الإداري الجزائري، كما يلي:

### 1 أساليب الرقابة على القرارات الإدارية:

هناك أسلوبان عرفتهما الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، أسلوب تقليدي وأسلوب حديث.

#### 1-1 الأساليب التقليدية: وهي نوعان

##### أ) رقابة وقائع القرارات الإدارية:

هي رقابة كافة القرارات الإدارية سواء تلك التي يعتبرها القانون شرطا لاتخاذ هذه القرارات أو التي لا يعتبرها كذلك، وتدعيها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية، وبناء عليه يصبح القرار الإداري معرضا للإلغاء<sup>(1)</sup>، خاصة إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريرها إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية سواء بحسن نية أو بسوء.

##### ب) رقابة الوقائع من حيث تكييفها القانوني

لقد توسع نطاق الرقابة السابقة، وذلك بعد إخضاع وقائع القرارات الإدارية للرقابة من حيث وجودها المادي والتأكد من صحتها، أصبح لا بد من إخضاعها لحكم القانون ليقرر ما إذا كانت تتفق مع ما قصد إليه المشرع من عدمه، بمعنى مراقبة التكييف القانوني للوقائع، بحيث إذا لم يثبت تبريرها لذلك القرار قضي بعدم صحة الوصف القانوني من طرف القضاء الإداري.

#### 2-1 الأساليب الحديثة

تتمثل الأساليب الحديثة في مدى رقابة القرارات الإدارية على نوع مستحدث هي رقابة الملائمة للوقائع.

(1)- العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ص 199.

## رقابة الملائمة للوقائع:

لقد بادر مجلس الدولة الفرنسي إلى اتخاذ خطوة فعالة في وضع قيد على السلطة التقديرية للإدارة، إذ بعد أن انتهى إلى وجوب فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها قانونا اشترط مدى تناسب تلك الوقائع مع الإجراءات المتخذة أي رقابة الملائمة.

وعليه، جعل من القيد الأول المتمثل في رقابة الوجود المادي للوقائع مبدأ عاما يطبق في جميع الحالات، وجعل من القيد الثاني والمتمثل في رقابة التكييف القانوني للوقائع أصلا ترد عليه استثناءات، واعتبر القيد الأخير المتمثل في رقابة الملائمة استثناء من أصل عام يتمثل في عدم رقابة هذا التناسب أو تلك الملائمة، ورغم كل هذه القيود للحد من السلطة التقديرية للإدارة إلا أنها لم تكن كافية في الواقع لوقف تسلطها، إذ بقيت حالات كثيرة تدخل مطلق حرية تقديرها دون مباشرة رقابة القضاء عليها<sup>(1)</sup>.

وتتلاءم هذه القيود مع المنازعات التي تثور في المجالات التقديرية؛ كمنازعات الوظيفة العامة والضبط الإداري والإجراءات التأديبية، لكن لا يلائم وجودها مع المنازعات العقارية، إذ تتمتع الإدارة في مواجهتها بحرية أوسع وسلطة أكبر في التقدير خاصة في حالات اعتداء الإدارة على أملاك خاصة ليس لأصحابها سندات ملكية تثبت حقهم، فليس للمالك الظاهر الاحتجاج ومنازعتها لعدم وجود حماية قانونية كافية لملكيته الفعلية، فالعبرة ليست في تجمع سلطة الاستعمال والاستغلال لوحدهما، بل سلطة التصرف أيضا، وهو الأمر الذي أدى إلى خلق نظريتين للحد من سلطة الإدارة في مجال رقابة ملائمتها وهما نظرية رقابة الخطأ الفادح ونظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا:

## أ) رقابة الخطأ الفادح

تعتمد هذه الرقابة على ضرورة التزام رجل الإدارة التحلي بالمنطق والموضوعية عند إجراء عملية التكييف أو التقييم للوقائع التي يستند إليها في قراره التقديري بأن لا يرتكب خطأ جسيما أو فادحا وواضحا كان بإمكانه تفاديه.

## ب) رقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا

ظهر اتجاه قضائي آخر يتمثل في رقابة الاختبار الحر أو التقديري من قبل رجل الإدارة لمضمون القرار، أي رقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا المترتبة على القرار الإداري، فيعتبر معيبا، ويكون جديرا بالإلغاء، إذا كان مشتملا على عيوب وأضرار تحل بالمنافع المقصودة منه، ففي مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في القانون الفرنسي مثلا أصبح للقضاء دور أساسي، فلم يعد القاضي يكتفي بمجرد التحقق من مجرد وجود منفعة عامة فقط، إنما يباشر تقييما حقيقيا لتلك المنفعة على ضوء المعطيات أو

(1) - المرجع نفسه، ص 121.

الظروف التي تحيط بقرار النزاع، مثل التكاليف المالية، الأضرار التي تمس بالملكيات العقارية الخاصة، لكي يقرر بعد ذلك ما إذا كانت المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة لقرارها تعد حقيقية، ومن ثم تكون جديرة بالحماية أم أنها لا تتناسب كلية مع ما قد يترتب على هذا القرار من أضرار ومساوئ مالية أو اجتماعية أو بيئية أو مساس بحقوق الأفراد<sup>(1)</sup>.

وأما القضاء الجزائري المتمثلاً في مجلس الدولة، فقد اكتفى في رقابة السلطة التقديرية للإدارة بتبني الأساليب التقليدية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث اقتصر على رقابة وقائع القرارات الإدارية حينما تصدر عن سلطة الإدارة التقديرية ورقابة مدى صحة التكييف القانوني للوقائع، لكن الاتجاهات الحديثة السابقة الذكر فيمكن القول أنه بمراجعة قرارات مجلس الدولة الجزائري لم يوجد لها أثر كبير في تطبيقاته توحى بتبني ذلك لها، وهذا لعدم تأثر القاضي الجزائري بهذا التطور والاجتهاد القضائي خاصة فيما تعلق برقابة الملائمة، كذلك الأمر فيما يخص مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فإن هذا القرار لا يخضع لرقابة الملائمة من طرف القضاء ولو بطريقة ضيقة وفي نطاق محدود، وعلّة ذلك أن الإدارة منحت لها السلطة في تقدير المنفعة العامة، والذي يدخل ضمن سلطتها التقديرية، وتقتصر مهمة القاضي على مراقبة المشروعية، ولا يمكن أن تمتد إلى الملائمة، لتبقى مراقبة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع التي تدعيها وتستند إليها الإدارة، وإن كانت القاعدة العامة تقتضي في مجال القضاء الإداري أن رقابة القاضي فيه رقابة مشروعية أصلاً وملائمة استثناءً دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، لكن تبقى رقابتها للملائمة في حالات ضيقة جداً ومحدودة بما يتناسب وحقوق وحرّيات الأفراد الأساسية<sup>(2)</sup>.

وهناك من يرى أن للقاضي الرقابة الكاملة بهدف التحقق من توافر المنفعة العامة، وليس هناك ما يمنعه أن يأخذ بالنظرية التقييمية، ما دام هذا الأخير لا يتدخل في الملائمة، ولا يعمل على مراقبة المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، وما وظيفة القاضي الإداري إلا تكييف الوقائع فقط<sup>(3)</sup>.

لكن المشرع الجزائري ومواكبة منه للتطور القضائي في الرقابة على قرارات الإدارة وضمّاناً منه لحماية حقوق الأفراد تقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الغرامة التهديدية، فأصبح للقاضي

(1) - المرجع نفسه، ص 124، 125.

(2) - العربي زروق، الموازنة بين التكاليف والمزايا، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ص 138، 139.

(3) - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 10-18.

الإداري السلطة في الأمر بهذه الغرامة ضد الجهات الإدارية في حالة عدم تنفيذها للأحكام والقرارات القضائية.

وبالنسبة لمراقبة مشروعية مقرر الاحتلال المؤقت وضمان عدم انحراف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية، فقد أشار الاتجاه الحديث في القضاء الإداري أنه لا يمكن الاكتفاء بالنظر إلى تحقيق المنفعة العامة نظرة مجردة، وإنما يتجاوز ذلك إلى النظر فيما يعود به القرار من فائدة تحقيق أكبر قدر من المصلحة العامة، من خلال الموازنة بين الفوائد التي يحققها المشروع المزمع إنشاؤه والمصالح الخاصة التي سيمس بها، ومن ثمة تقييم مقرر الاحتلال المؤقت على ضوء إيجابياته وسلبياته، والمقارنة بين المصالح المتعارضة للإدارة والملاك الخواص كل ذلك في نطاق المشروعية المخولة لقاضي الإلغاء.

وإذا كان القانون منح للإدارة سلطة نزع ملكية العقارات إذا كانت حاجتها إليها دائمة ومستمرة وسلطة الاستيلاء المؤقت عليها إذا كانت حاجتها إليها مؤقتة، فإن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى الاستيلاء المؤقت وهي تقصد في الحقيقة الاستيلاء الدائم؛ والذي آليته نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ويتم على أساسها إلغاء قرارات الاستيلاء بناء على عيب الانحراف، لأنه في حالات عديدة تستغل الإدارة المستفيدة من الاحتلال المؤقت المرخص به قانوناً لخلق حالة النزاع غير المباشر لعقارات الخواص<sup>(1)</sup>.

وإن عمليات النزاع غير المباشر التي تقوم بها بعض الإدارات بعلّة أعمال المنفعة العامة، يعد استيلاءً وغصباً لعقار مملوك للغير بصفة مؤقتة أو دائمة خارج مقتضيات القانونية للاحتلال المؤقت وخارج أي اتفاق رضائي بينها وبين المالك، ويعتبر من قبيل الاعتداء الموصوف بعدم الشرعية لخرقه حق حرمة الملكية العقارية الخاصة، ويتحقق هذا الغصب سواء كان الاستيلاء نهائياً أو بصفة مؤقتة، كما يتحقق سواء كان كلياً أو جزئياً فقط.

والأساس القانوني للاعتداء؛ ليس العمل المادي التنفيذي الذي تقوم بها الإدارة على العقار المستولى عليه لأن ذلك، إنما هو مظهر خارجي له فقط، وإنما أساسه اعتماد هذه الإدارة في القيام به على قرار إداري معدوم، ما دامت مرجعيته لا يمكن أن تنسب إلى أي سند قانوني، لكن يمكن أن يتم تحويل الاستيلاء المؤقت إلى نزع ملكية من أجل المنفعة العامة في الحالتين التاليتين:

### الحالة الأولى

إذا احتاجت الجهة المستفيدة إلى العقار محل الاستيلاء مدة أطول عن تلك المحددة قانوناً، وتعذر إيجاد اتفاق ودي مع المالك، فتضطر إلى إجراء النزاع، وهو ما نص عليه المشرع المصري بشكل صريح في المادة (16/02) من القانون رقم 10 لسنة 1990، والتي قررت أنه:

(1) - محمد منتصر الداودي، مراقبة مشروعية مقرر نزع الملكية للمنفعة العامة، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد الأول، مركز النشر والتوثيق القضائي، المغرب، 2009، ص 16، 17.

" وإذا دعت الضرورة إلى مد مدة الثلاث سنوات المذكور وتعذر الاتفاق مع ذوي الشأن على ذلك، وجب على الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضي هذه المدة بوقت كاف إجراءات نزع الملكية، وفي هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء وطبقا للأسعار السائقة وقت نزع الملكية."

نستقرأ من هذه المادة أن المشرع المصري أقر الاستيلاء المؤقت كشكل آخر لكسب ملكية الدولة، فجرد هذا الإجراء من صفة التقييد الذي يلازم التآقيبت إلى النزع الملازم لصفة التأبيد، وحرم المالك من أهم ضمانات قانونية وهي التعويض المسبق والعاذل قبل النزع.

وبالمقابل لا يمكن الإذن بالاحتلال المؤقت لمدة تجاوز مدة خمس سنوات، فإذا امتد الاحتلال هذه المدة دون وصول لاتفاق ودي مع صاحب العقار، فيتوجب وقتها على الإدارة المستفيدة القيام بإجراء نزع الملكية طبقا للأشكال والكيفيات المقررة في القانون رقم 7.81.<sup>(1)</sup>

وفي كلتا الحالتين، فرض المشرع المغربي على المستفيد وجوب العمل على تبليغ انتهاء الاحتلال للمالك المعني بالأمر أو للشاغل من طرف رئيس المجلس الجماعي.

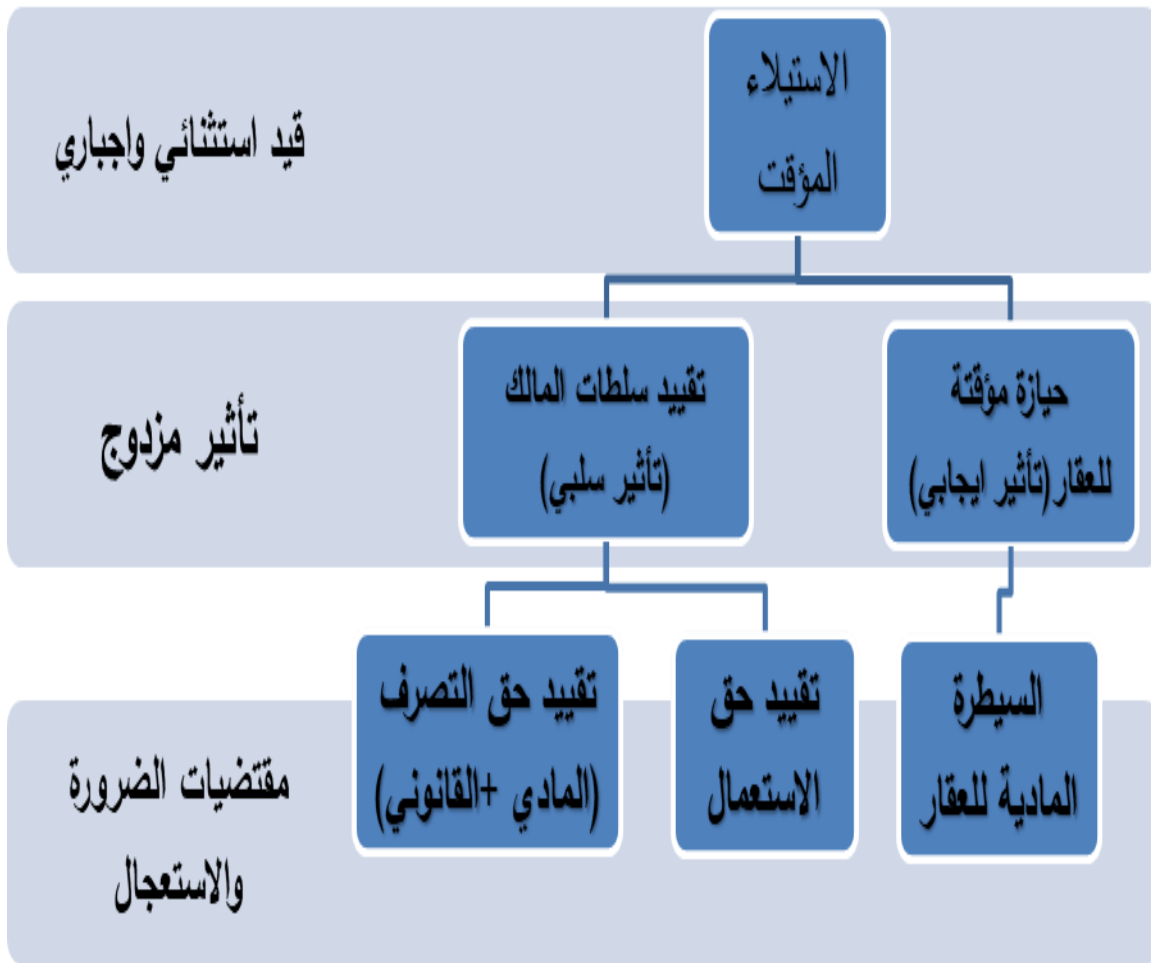
#### الحالة الثانية:

لم يتناول هذه الحالة إلا التشريع المصري في نفس الفقرة الثانية من المادة (16) من القانون رقم 110 لسنة 1990، والتي وضحت أنه:

" أما إذا أصبح العقار نتيجة الاستيلاء المؤقت غير صالح للاستعمال، وجب على الجهة المختصة أن تعيد العقار إلى حالته الأولى أو أن تدفع تعويضا عادلا للمالك أو صاحب الحق." يمكن تلخيص كل ما سبق في المخطط التالي:

(1) - الفقرة الثانية من الفصل 57 من القانون 7.81، المصدر السابق.





المصدر: إعداد الباحثة

## الفصل الثاني: القيود التنظيمية المفروضة على الملكية العقارية الخاصة

تعتبر المدينة مركز الدراسات العمرانية بمختلف تشعباتها واختصاصاتها؛ فهي المنتج الإنساني المعبر عن تطور المجتمع وآليات بنائه، وهذه المكانة جعلت منها عنصر جذب بشري، ومقرا لتطوره في السلم الاجتماعي، ليصبح نموها وتشكيلها ذو طابع تقني يخضع لتيار العمران الوظيفي القائم على المخططات، تجسدها جملة أدوات توجيهية وترتيبية للملكية العقارية، وهو الأمر الذي جعل الجزائر بعد الاستقلال تسارع لإنشاء سياسة عمرانية ومواجهة الوضعية العقارية الصعبة، لتواصل تطبيق المخططات الموروثة من الفترة الاستعمارية الفرنسية مع إضفاء نوع من التوازن الجهوي، وظهرت معالم هذه السياسة في مخططات اقتصادية، ترتب عنها نتائج سلبية وعكست عدم وجود عدالة اجتماعية بين المدن الكبرى والتجمعات الصغرى.

وهذا الأمر أدى إلى تأسيس وعي جديد بأهمية التهيئة الإقليمية والعمراني، وأنشئت وزارة التخطيط والتهيئة العمرانية، والوكالة الوطنية للتهيئة والتعمير؛ أين تولت إعداد المخطط الوطني لتهيئة الإقليم (SNAT) والمخططات الإقليمية للتهيئة والتعمير (SRAT) ومخططات تهيئة الولايات (PAW)، ثم شهدت الجزائر دستورا جديدا في سنة 1989، من أهم مخرجاته تبني الحرية الاقتصادية وفق الملكية الفردية في إطار الانفتاح على اقتصاد السوق، وهو ما أثر ايجابيا على مجال العمران، وظهر قانون التوجيه العقاري، وقانون التهيئة والتعمير لتبني آليات حديثة للعمران محددة لكيفية استعمال الملكية العقارية، ومنه تم تأسيس مخططين أساسيين على المستوى اللامركزي، يتمثلان في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، ومخطط شغل الأراضي، أو ما يسمى بالمخططات العمرانية (المبحث الأول)، وإنشاء أدوات لرقابة العمران مجسدة في رخص التعمير (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: المخططات العمرانية

أولت التشريعات محل الدراسة أهمية للتخطيط العمراني؛ باعتباره عملية مركبة ذات متغيرات وأبعاد سياسية، اقتصادية، اجتماعية وبيئية، تقوم على أساس وضع خطط وتنظيم للقوانين المتعددة العناصر والوظائف من أجل توجيه عملية التنمية العمرانية والرفي بالمستوى المعيشي للأفراد، وإشراكهم في تحقيق المصلحة العامة العمرانية، لكن ما أنتجه الواقع العملي أظهر تصادم هذه المصلحة مع المصلحة الخاصة لمالكي العقار، نظرا لما يترتب من قيود على حق الاستعمال والتصرف في الملكية العقارية الخاصة.

### المطلب الأول: المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير

يكمن دور التخطيط الحضري على إيجاد الظروف الاجتماعية والاقتصادية الملائمة لإنشاء المدن أو النطاقات الوظيفية للتوسع المجالي، ولتطبيق مختلف السياسات الحضرية لابد من اعتماد أداة لتحديد التصورات الحاضرة والمستقبلية الواجب تنفيذها مع مراعاة الضوابط التقنية والنصوص القانونية، ويعتبر المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير آلية للتسيير والتخطيط الحضريين، يتضمن مقارنة حديثة لتحقيق التنمية العمرانية يشارك فيه التخطيط والتنظيم للملكية العقارية الخاصة، لكن السؤال المطروح ما مدى فعالية هذا المخطط في تقييد سلطات المالك؟

والاجابة على هذا السؤال تتطلب معرفة مدلول هذا المخطط (الفرع الأول)، وإجراءاته (الفرع الثاني)، وآثاره (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير

يستوجب إحداث التوازن بين المعايير الكيفية والكمية لعملية التخطيط العمراني، الأخذ بالاعتبار التطورات المستقبلية لمتغيرات الإقليم واستعمالات الأراضي، النمو السكاني، وتأثير العوامل الطبيعية والشروط الجمالية الفنية الملائمة للمظهر العمراني وفق نزعة تجريدية توفق بين الماضي والحاضر واحتياجات المستقبل، يمثلها المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

وعرف المشرع الجزائري المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير من خلال المادة (16) من القانون رقم 29/90<sup>(1)</sup>، المتعلق بالتهيئة والتعمير على أنه:

" أداة للتخطيط المجال والتسيير الحضري، يحدد التوجيهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية والبلديات المعنية آخذاً في الاعتبار تصاميم التهيئة ومخططات التنمية، ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي".

يفهم من خلال هذا النص، أن المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير؛ هو آلية تقديرية ذات طبيعة توقعية على المدى البعيد، ينظم كيفية استعمال الأراضي على المستوى اللامركزي لبلدية معينة أو مجموعة بلديات، ويركز في مضمون تصاميم التهيئة العمرانية وكل ما يتعلق بمخططات التنمية بأنواعها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وحتى المستدامة.

وبالنظر إلى قانون البناء الموحد المصري رقم 119، فقد أوردت المادة (11) منه على أنه: " تحدد الإدارات العامة للتخطيط والتنمية العمرانية بالمحافظات، وفقاً لدلائل أعمال المخططات العمرانية التي تعدها الهيئة العامة للتخطيط العمراني وبمشاركة الوحدة المحلية والأجهزة التنفيذية المختصة وممثلي المجتمع المدني والأهلي، احتياجات وأولويات التنمية العمرانية على المستوى المحلي في إطار الأهداف والسياسات الإقليمية والمحلية، واقتراح المشروعات اللازمة وخطة العمل لتحقيقها، وتتولى المراكز الإقليمية للتخطيط والتنمية العمرانية إعداد مشروع المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية بواسطة من تعهد إليه من الخبراء والاستشاريين، والجهات والمكاتب الهندسية المتخصصة المقيدون لدى الهيئة العامة للتخطيط العمراني... "

وتعد المخططات بأنواعها القومية والإقليمية، وحتى على مستوى المحافظة عن طريق جهات مختلفة وشركاء للتنمية، لكن تحت مباشرة وإعداد الهيئة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية؛ التي تعد جهاز الدولة المسؤول عن وضع خطوط السياسة العامة للتخطيط، والتنمية العمرانية المستدامة<sup>(2)</sup> بمصر، وهي من تضع مخططات عامة للقرى والمدن.

(1)- القانون رقم 29/29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، المؤرخ في 1990، ج ر ج، العدد 152 الصادرة بتاريخ 1990/12/02، المعدل والمتمم بالقانون 05/04 المؤرخ في 2004/08/16، ج ر ج، العدد 51، المؤرخة 2004/08/15.

(1)- قانون رقم 119 المتعلق بالبناء الموحد المصري، ج رم، العدد 19 مكرر (أ)، المؤرخة في 2008/05، المعدل والمتمم.

(2)- المادة 05 من القانون رقم 119، المصدر نفسه.

وعليه، يتضح أن المشرع المصري لم يعرف المخطط العمراني المحلي، لكنه بين الجهات المنوطة بإعداده.

ونص المشرع التونسي في الفصل (12) من القانون عدد 122 لسنة 1994<sup>(1)</sup> على أنه:

" تضبط أمثلة التهيئة العمرانية على وجه الخصوص قواعد وارتفاقات استعمال الأراضي، وتحدد المناطق الترابية حسب الاستعمال الرئيسي المحدد لها كثافة البناء المسموح به في كل منطقة ترابية، رسم طرق الجولان مناطق حماية المعالم التاريخية والمواقع الثقافية والأثرية والفلاحية والطبيعية، المواقع المخصصة للمنشآت، قواعد التعمير المتعلقة بحق تركيز البناءات وبطبيعتها وبتخصيصها...".

وكما لم يعرف التشريع التونسي هو الآخر مفهوم أمثلة التهيئة العمرانية، لكنه يعتبرها آلية للتخطيط المحلي في مجال العمران، وضبط في عدة فقرات التوجيهات الأساسية لهذه الأمثلة في ضبط قواعد استعمال الأرض، وقواعد التعمير في مجملها.

وأما بالنسبة لمخطط توجيه التهيئة العمرانية في القانون رقم 90.12<sup>(2)</sup> المتعلق بالتعمير المغربي، فقد أوردت المادة (2) منه على ما يلي:

" يطبق مخطط توجيه التهيئة العمرانية على رقعة أرضية تستوجب تنميتها أن تكون محل دراسة إجمالية بسبب الترابط القائم بين مكوناتها في المجالات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية، ويمكن أن تشتمل الرقعة الأرضية على جماعة حضرية<sup>(\*)</sup> وعدة جماعات حضرية ومركز محدد أو عدة مراكز محددة، وإن اقتضى الحال على بعض أو جميع جماعة قروية أو جماعات قروية مجاورة".

يفهم من سياق هذه المادة، أن المشرع المغربي أولى اهتمام بتحديد نطاق تطبيق مخطط توجيه التهيئة العمرانية على المستوى اللامركزي الممثل في الجماعات الحضرية، وبين طبيعة هذا المخطط، على أنه دراسة غير تفصيلية، جاءت بشكل إجمالي تجمع مجالات التنمية، لكن يبقى التكيف القانوني لهذا المخطط هو وثيقة تعميمية ذات طابع توقعي مستقبلي.

(1)- قانون عدد 122 لسنة 1994، مجلة التهيئة الترابية والتعمير ونصوصها التطبيقية مؤرخ في 194/11/28، ر ر ت، المنقح بالقانون عدد 78، 2003 المؤرخ في 2003/12/29، والمنقح أيضا بالقانون عدد 71 لسنة 2005، المؤرخ في 2005/08/04.

(2)- ظهير رقم 31.92.1 الصادر في 1992/06/17، تنفيذ القانون رقم 90.12 المتعلق بالتعمير، ج ر م، العدد 4159، مؤرخة في 1992/07/17، المعدل والمتمم بالقانون 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 124.16.1، المؤرخ في 25 أغسطس 2016، ج ر م، العدد 6501، المؤرخة في 2016/09/19.

(\*)- الجماعة الحضرية أو القروية؛ وحدات ترابية معينة الحدود داخله في حكم القانون العام، وتتمتع بالشخصية المعنوية المدنية والاستقلال المالي، وتشمل الجماعات الحضرية على البلديات والمراكز الحضرية.

وفي ظل وثائق التخطيط اللامركزي، يعتبر المخطط المحلي للتعمر (PLU)<sup>(1)</sup> ضروري في التشريع الفرنسي، فإن معظم البلديات تتمتع بخطة عمرانية عديدة وفقا لتصور المشرع لها أول مرة سنة 1967، لكن في 2009/01/01 وصل عدد المخططات المحلية للتعمر المعتمدة إلى 16861 بفرنسا، إذ أصبحت تعبر عن المشروع الحضري للبلديات<sup>(2)</sup>، وتم تعديل المراسيم المتعلقة بهذه المخططات عدى مرات، آخرها 2015/12/29، حيث صدر مرسوم لتحديث المخطط المحلي للتعمر، الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2016/01/01، إذ سمح هذا المرسوم لوضعي المخطط بإعادة النظر في طريقة تصميم الوثائق التعمرية وفقا لدليل استخدام يوفر جميع الإمكانيات التنظيمية الجديدة، ويعرض مختلف الإصلاحات الممكنة لترجمة مشروع الإقليم، وخطط وبرامج والأهداف الوطنية لتوقعات مطوري مشاريع البناء<sup>(3)</sup>.

نستشف من خلال أحكام هذه التعريفات السابقة أنه:

- جاءت كل هذه التشريعات محل الدراسة لتحقيق نفس الأهداف والنتائج التخطيطية في مجال التعمر، وهو ما سعى إليه المشرع الفرنسي عن طريق المخطط المحلي للتعمر، وجعله أيضا أداة للتخطيط المجالي للأراضي وتنظيم استعمالها، لكنه كان متقدما على كل هذه التشريعات الأسبقية التاريخية في إعداد قانون التعمر، حيث شهد تطورا عمرانيا في مجال إعداد المخططات المحلية، وتعديلها بما يتوافق والتطور الاجتماعي والاقتصادي والبيئي لأقاليم دولته.

- على عكس التشريعات محل الدراسة، نص المشرع الجزائري على تعريف شامل للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمر، وأعتبره أداة للتخطيط والتسيير الحضري، وهنا فرق بين مفهومين التهيئة والتعمر؛ والذي يظهر فرقا بينهما في الوظيفة والنطاق، فالتهيئة (Aménagement) هي: مجموعة الأعمال المدروسة التي تهدف إلى تكريس نظام محكم، ومتناسق في توزيع السكان ومختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والبناءات والتجهيزات على امتداد رقعة جغرافية من الأرض كمفهوم واسع.

- أما التهيئة العمرانية فهي؛ مجموعة الإجراءات والأعمال الفنية والتشريعية والعقارية والجمالية، تهدف إلى تنظيم وتصميم المجال العمراني وحسن التصرف فيه، وهي نوعان تهيئة حضرية متعلقة بالمدينة وتهيئة ريفية متعلقة بالريف، بحيث تنقل من محيط المدينة إلى الريف.

(1)- PLU: Plan local d'urbanisme, la loi d'orientation foncière, 196:

(2)- Isabelle-Bourgeois, l'essentiel du droit dl l'urbanisme, 9<sup>eme</sup> édition, Gualino lescterso édition, Paris, France, 2012 – 2013, P 40, 41.

(3)- Ministre de la cohésion des territoires de la république française, <http://www.cohésion.territoires.gov.fr/plan.Local.durbanisme.07/07/2017/6:16>

- يعتبر التعمير هو مجموعة الخطط والإجراءات المتناسقة التي تسمح بتنظيم مثالي للوظائف التقنية، الاجتماعية والجمالية للمدينة، بمعنى أن نطاق التعمير هو النسيج العمراني للمحيط الحضري دون الريف.

- خصص المشرع المصري المادة الثانية من قانون البناء لشرح كل المفردات والمفاهيم العمرانية التي تضمنتها نصوصه، فأدرج مفهوم المخطط الاستراتيجي العام للمدينة والقرية، والذي يقابله المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير؛ على أنه مخطط المدينة أو القرية الذي يوضح التوسع العمراني واحتياجاته المستقبلية، وكل مشروعات وخطط التنمية في مجالاتها الاجتماعية والاقتصادية والعمرانية، وحتى البيئية يهدف الوصول لتنمية عمرانية مستدامة محلية على المستوى القريب والبعيد ضمن مخطط المحافظة التي تضم المدينة أو القرية، ثم أردف بقوله:

"... ويحدد الحيز العمراني للمدينة أو القرية، واستعمالات الأراضي المختلفة والاشتراطات التخطيطية والبنائية بالحيز العمراني، وبرامج وأولويات التنفيذ ومصادر التمويل."<sup>(1)</sup>

وهنا لم يفهم هل يقصد دور مخطط المحافظة أو مخطط المدينة أو القرية؟

لم تفسر واو العطف مضمون المادة، لكن يمكن أن يفسر النص على مخطط المدينة أو القرية وفقا لوظيفته في استعمال الأراضي.

- قصد القانون التونسي بأمثلة التهيئة العمرانية؛ أداة أو وسيلة لتحقيق أهداف التهيئة الترابية، من خلال جملة ترتيبات تقنية، وإجراءات تضبط ارتقاقات كيفية استعمال الأراضي وضمان تناسقه، وظهور قانون التهيئة الترابية والتعمير في تونس هو نتيجة حتمية لأهمية التخطيط الترابي والعمراني كقانون خاص لا بد له من قواعد تفصيلية تكمل النقائص التي عرضها النص السابق، بإدخال تغييرات جوهرية تحقق الشمولية العمرانية.

### الفرع الثاني: إجراءات مخططات التعمير

يتجسد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في الجزائر بنظام يصحبه تقويم توجيهي ومستندات بيانية مرجعية، وقد كلف المشرع رئيس المجلس الشعبي البلدي على السهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجال العقار، السكن، التعمير وحماية التراث الثقافي المعماري<sup>(2)</sup>، والالتزام بالتشريعات المتعلقة بها على كامل إقليم البلدية.

(1) - أنظر الفقرة السابعة من المادة (2) من القانون رقم 119، المصدر السابق.

(2) - المادتين 94 - 95 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 2011/06/22، ج ر ج، لسنة 2011.

ويقرر إعداد هذا المخطط عن طريق مداولة على مستوى المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية في حالة ما إذا كان المخطط مخصص لعدة بلديات<sup>(1)</sup>، وتتضمن هذه المداولة التوجيهات التي تمدها الصورة الإجمالية وكيفية تنميتها، وكيفية مشاركة الإدارة العمومية، الهيئات، المصالح العمومية والجمعيات في اقتراح وإعداد هذا المخطط، وقائمة بالتجهيزات ذات الفائدة العمومية، ثم تبلغ هذه المداولة للوالي المختص إقليمياً، ليتم نشرها لمدة شهر بمقر المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية<sup>(2)</sup>.

ويرسم إصدار قرار المداولة حدود تدخل المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير بالنسبة للوالي، للتراب التابع لولاية واحدة، وللوزير المكلف بالتعمير ووزير الجماعات المحلية، إذا كان المخطط يشمل عدة بلديات لولايات مختلفة، وأضاف المشرع إمكانية إعداد هذا المخطط من قبل مؤسسة عمومية مشتركة بين البلديات<sup>(3)</sup>.

وبعد صدور قرار الإعداد يتم إرساله كتابياً لكل من رؤساء غرف التجارة، الفلاحة، المنظمات المهنية والجمعيات المحلية لإبداء رغبتهم في المشاركة لإعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، لكن يعتبر رأيهم غير ضروري، فإن كان ردهم سلبياً وامتنعوا عن الإفصاح عن نيتهم في المشاركة، فذلك لن يؤثر على سير العملية، غير أنه في حالة الإيجاب فهم ملزمون بتعيين ممثلهم في ذلك<sup>(4)</sup>.

ويتم إصدار قرار من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي يتضمن قائمة الإدارات العمومية، الهيئات والمصالح العمومية أو الجمعيات التي تم طلب استشارتها.

وهناك مصالح تستشار إجبارياً، تتمثل في المديريات الولائية المكلفة بالتعمير، الفلاحة، الري والتنظيم الاقتصادي، النقل، الأشغال العمومية، المباني، المواقع الأثرية الطبيعية، البريد والمواصلات، البيئة، التهيئة العمرانية، السياحة وتوزيع الطاقة، النقل وتوزيع الماء وترقية الاستثمارات، كذلك تلتزم المصالح المحلية المكلفة بتوزيع الطاقة والنقل وتوزيع الماء والضبط العقاري<sup>(5)</sup>.

(1) - المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 177/91، مؤرخ في 1991/05/28، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج ر ج، العدد 26، 1991، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05 . 317، المؤرخ في 2005/09/10، ج ر ج، عدد 62، المؤرخة في 2005/06/01، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 148/54، المؤرخ في 2012/03/28، ج ر ج، عدد 19، المؤرخة في 2012/04/01.

(2) - المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 177/91، المصدر نفسه.

(3) - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 177/91، المصدر نفسه.

(4) - المادة (7) من المرسوم التنفيذي رقم 177/91، المصدر نفسه.

(5) - المادة (8) من المرسوم التنفيذي رقم 177/91، المعدلة بموجب المادة (08) من المرسوم 317/05.



والملاحظ أن مرحلة إعداد هذا المخطط لا تشترط رأي الجمعيات المدنية بشكل إجباري، رغم أن التمدد العمراني والتوسع الاجتماعي والاقتصادي والديموغرافي، يستلزم معه تنظيم تشاركي وتنسيق جهود بين جميع الفاعلين في إعداد السياسة العمرانية الناجمة التي تقوم على إشراك المجتمع المدني في الرؤى الحالية، المستقبلية للتخطيط المجالي والتسيير الحضري، مع الأخذ بالاعتبار بالتنمية البيئية المستدامة، وتطلعات المواطنين في خلق وسط عمراني منسجم ومتناسق.

وينشر القرار لمدة شهر في مقر المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية المعنية، ويتم تبليغه بعدها لمختلف الإدارات العمومية والهيئات والمصالح العمومية والجمعيات والمصالح التابعة للدولة، ولهذه الجهات مهلة ستين يوما لعرض ملاحظاتها أو آراءها إيجابا أو سلبا، وفي حالة عدم الرد طيلة هذه المدة، يعتبر سكوتهم موافقة ضمنية لمشروع المخطط، فيخضع هذه الأخير للتحقيق العمومي لمدة خمسة وأربعين يوما بموجب قرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وينشر بمقر البلدية، وتسلم نسخة إلى الوالي<sup>(1)</sup>.

ويوكل مفوض محقق، للقيام بفتح تحقيق عمومي عن طريق سجل مرقم وموقع من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، حيث يمكن لكل متضرر أو له مصلحة تدوين اعتراضاته أو تحفظاته، التي يحيلها رئيس المجلس الشعبي البلدي لمديرية التعمير لمراجعتها بقبولها أو رفضها، فإذا تم قبولها يرجع مشروع المخطط إلى مكتب الدراسات المعتمد، حتى يحدث فيها تعديلات أو تقديم اقتراحات تهيئة<sup>(2)</sup>، وبعدها يقفل سجل الاستقصاء بموجب محضر قفل يرسل إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني مصحوبا بالملف الكامل ومجموع الاستنتاجات المتوصل إليها<sup>(3)</sup>.

وتتطلب مرحلة المصادقة على هذا المخطط تكوين ملف يشمل مداولة المجلس الشعبي البلدي المعني وسجل الاستقصاء العمومي ومحضر قفله والنتائج المستخلصة وجميع الوثائق والبيانات المتعلقة بالمخطط، ويرسل هذا الملف مرفقا بالمخطط إلى الوالي المختص إقليميا خلال خمس عشر يوم الموالية لتاريخ استلام الملف.

ويصادق على المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، إما بقرار صادر عن الوالي بالنسبة للبلديات أو مجموعة البلديات التي يقل عدد سكانها عن 200 ألف نسمة، وبقرار مشترك بين الوزيرين المكلفين بالتعمير والجماعات المحلية بعد استشارة الوالي المعني أو الولاية المعنيين في الولايات التي يفوق عدد

(1)- أنظر المواد 9، 10، 11، المصدر نفسه.

(2)- نبيل قريون، مهندس معماري، رئيس المصلحة التقنية للعمران، مقابلة شخصية ببلدية عين مليلة، ولاية ام البواقي، 2017/10/26، 05: 11.

(3)- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 177/91، المصدر السابق.

سكانها ( 200 ألف نسمة ) ويقل عن ( 500 ) ألف ساكن أو بمرسوم تنفيذي يصدر بعد استشارة الوالي المعني أيضا، وبناء على تقرير الوزير المكلف بالتعمير بالنسبة للبلديات أو مجموعة البلديات التي يكون عدد سكانها (500) ألف فأكثر<sup>(1)</sup>، وبعدها يتم تبليغ للوزارات المعنية والمصالح المختلفة، ولا يمكن مراجعة هذا المخطط أو تغييره إلا بقرار من الوصايات التي صادقت عليه، وفي حالات محددة متعلقة بتطور أوضاع والمشاريع العمرانية لا تستجيب مع توجهات هذه المخططات أو كانت القطاعات المبرمجة للتعمير والقطاعات المعمره وقطاعات التعمير المستقبلية في طريق الإشباع<sup>(2)</sup>.

ومر العمل بالهيئة العامة للتخطيط العمراني المصري بالعديد من المراحل التي تطور خلالها الفكر ومستوى الأداء التخطيطي، ويمكن تقسيم هذه المراحل كالتالي:

- مرحلة تخطيط القاهرة الكبرى (1965 - 1973)
- مرحلة المنظر القومي للتنمية (1973 - 1982)
- مرحلة وضع تشريعات التخطيط العمراني (1982 - 1990)
- مرحلة اللامركزية والتخطيط الاقليمي (1990-1994)
- مرحلة آليات تنفيذ المخططات (1994-1999)
- مرحلة إعداد خريطة عمرانية (2017)

وتميزت آخر مرحلة باستمرار عمل الهيئة العامة في تنفيذ قانون التخطيط العمراني دون فاعلية كبيرة، وكثيرا ما تتدخل المجالس المحلية في تحديد مصير المدن الواقعة في حدودها، ثم بدأ تقرر إعداد خريطة عمرانية لمصر حتى سنة 2017، بالتعاون مع وزارة التخطيط والقوات المسلحة، وظهرت في شكل مخططات وتقارير تنقصها آليات التنفيذ من قوانين وتشريعات وسياسات<sup>(3)</sup>.

وتتولى المراكز الإقليمية للتخطيط والتنمية العمرانية في مصر في إعداد مشروع المخطط الاستراتيجي العام للمدينة والقرية، على أن يراعى عند وضع هذه المشروعات التي تتضمن مناطق ذات قيمة متميزة الأسس والمعايير والاشتراطات التي يصدرها المجلس الأعلى للتخطيط والتنمية العمرانية، وتبين اللائحة التنفيذية لقانون البناء قواعد وإجراءات إعداد هذه المخططات<sup>(4)</sup>.

(1)-المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 177/91.

(2)- المادة 28 من القانون رقم 19/90، المصدر السابق.

(3)- عبد الباقي ابراهيم، استراتيجية التنمية الحضرية في المدن المصرية، مركز الدراسات التخطيطية والمعمارية، القاهرة، مصر، 2000.

(4)- المادة (11/02) من القانون رقم 119، المصدر السابق، ص 20.

وعليه، وبالرجوع لمحتوى اللائحة التنفيذية لقانون البناء، فإنها تناولت الأحكام الموضوعية والإجرائية للمخطط الاستراتيجي العام للمدينة والقرية.

وتقوم الإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية بإعداد تقرير يرفع إلى المركز الإقليمي للتخطيط والتنمية بنتائج احتياجات وألويات التنمية العمرانية على المستوى المحلي واقتراحاتها للمشروعات اللازمة وخطة العمل لتحقيقها، وذلك بمشاركة الجهة الإدارية المختصة والمجالس الشعبية المحلية والأجهزة التنفيذية المختصة وممثلي المجتمع المدني والأهلي، بعد اعتمادها من رئيس المدينة أو القرية، وذلك وفقا لدلائل أعمال المخططات الاستراتيجية للمدن والقرى.

ويهتم المركز الإقليمي بدراسة التقارير الواردة إليه من الإدارات العامة للتخطيط والتنمية العمرانية، وبعدها يقوم بإعداد مشروع هذا المخطط بواسطة الخبراء والاستشاريين والجهات الهندسية الاستشارية المتخصصة المقيدون لدى الهيئة العامة للتخطيط العمراني وذلك وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، وتعتبر هذه التقارير جزءا من كراسة الشروط ومستندات التعاقد.

ويتطلب إعداد مشروع هذا المخطط مراعاة القواعد الضرورية التالية:

- أن يكون وفقا لدليل الأعمال الخاص بإعداد المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية.

- الضوابط وأسس التعامل مع المناطق ذات القيمة المتميزة الصادر بها قرار من المجلس ما ورد بتقرير الإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية<sup>(1)</sup>.

يتكون مشروع المخطط الاستراتيجي العام للمدينة والقرية من خرائط وتقارير، ويراعى في إعدادها الخطوات الآتية:

**1- الإعداد:** تقوم الهيئة بمخاطبة المحافظ المختص لتيسير مهمة التعاقد معه المكلف من قبل الهيئة لإمداده بكل البيانات السكانية والاجتماعية والعمرانية والاقتصادية والبيئية والبنية الأساسية المتاحة، بالإضافة إلى خرائط التطور العمراني للمدينة أو القرية، الحيز العمراني المعتمد، كردون المدينة أو القرية وغير ذلك من الخرائط الأساسية.

ويعد التعاقد معه برنامجا زمنيا لإعداد المخطط على أن تخطر به المركز الإقليمي والإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية ومجلس المدينة أو القرية المراد إعداد التخطيط لها، وذلك بالطرق المنصوص عليها في كراسة الشروط، على أن يرتبط البرنامج الزمني بالمدة الزمنية للتعاقد والمراحل الزمنية لإعداد المخطط الاستراتيجي العام.

(1)- أنظر المواد 10، 11، 12 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء الصادر بالقانون رقم 119 لسنة 2008، قرار وزاري رقم 144 لسنة 2009، الوقائع المصرية، العدد 82 تابع (أ)، الصادرة في 2009/04/08، ص 20، 21.

## 2-تحديد الوضع الراهن

يتم إعداد دراسات الوضع الراهن وفقا لما يلي:

(أ) **الدراسات العمرانية:** وتشمل الدراسات الخاصة بالتطور التاريخي واستعمالات الأراضي بما في ذلك تحديد العقارات ذات القيمة المتميزة والتي تم حصرها بمعرفة لجان حصر العقارات طبقا لأحكام القانون رقم 144 لسنة 2006 في شأن تنظيم هدم المباني والمنشآت الآيلة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري، واستعمالات المباني وحالتها وتوزيع الخدمات وتوزيع المؤسسات والأنشطة الاقتصادية وفقا للنوع والارتفاعات وتقسيم المناطق طبقا للكثافات السكانية ومكيات الأراضي الفضاء المتاحة للتنمية سواء الامتداد أو بالمناطق داخل المدينة.

(ب) **الدراسات الاقتصادية:** تشمل جوانب الاقتصاد المحلي المختلفة ومنها دراسة الموارد الطبيعية والإمكانات الإنمائية بها وتداول الخامات والموارد المختلفة، تحديد أهم الأنشطة الاقتصادية الرسمية وغير الرسمية، تقديرات فرص العمل والمؤسسات ومتوسطات الدخول والاتفاق، بالإضافة إلى رصد جميع القضايا الاقتصادية بالمدينة أو القرية.

(ج) **دراسات البنية الأساسية:** تشمل دراسة شبكات الطرق والكهرباء والتغذية بمياه الشرب والصرف الصحي وغيرها من المرافق والبنية الأساسية.

(د) **الدراسات الاجتماعية:** تتضمن دراسات الخدمات الاجتماعية والدراسات السكانية، ومنها تطور نمو السكان وخصائصهم والكثافات السكانية وتطورها والتركيب الاجتماعي والاقتصادي للمدينة أو القرية. تحديد أوجه القصور ومجالات التميز والبرامج الحالية والمشروعات الجارية في المجالات التنموية المتعددة، ويتم تحديد المشروعات والمبادرات المحلية المطلوب استمرارها وتعزيزها بالمستقبل.

## 3- صياغة الرؤية المستقبلية

يشمل التقرير صياغة رؤية مستقبلية للمدينة أو القرية على المدى الزمني للمخطط عمرانيا واجتماعيا واقتصاديا وبنية أساسية وبيئيا، وتحديد الأهداف والاستراتيجيات والبرامج والمشروعات ذات الأولوية التي تحقق هذه الرؤية آخذا في الاعتبار التقرير المقدم من الإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية.

## 4- مشروع المخطط الاستراتيجي العام

تتبع كافة الخطوات المبينة بدليل إعداد المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية المعد من الهيئة العامة للتخطيط العمراني، ويعتبر من أهم مخرجاته ما يلي:

أ) وضع المخطط الاستراتيجي على المدى القصير والمتوسط، والبعيد للجوانب التنموية المختلفة للمدينة أو القرية وموضحا على خرائط المخطط والحيز العمراني مناطق الاستعمالات المتنوعة.

ب) وضع الحيز العمراني للمدينة أو القرية حتى سنة الهدف.

ج) وضع مخطط استعمالات الأراضي لجميع الاستعمالات الحالية والمستقبلية حتى سنة الهدف موضحا الاستعمالات المسموح بها<sup>(1)</sup>.

ويقوم المركز الإقليمي للتخطيط والتنمية باستلام هذا المشروع المخطط، ومراجعته على كراسة الشروط المرجعية ودلائل الأعمال، وغير ذلك مما تتطلبه أعمال المراجعة، ثم يتم إرساله إلى الإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية لتقوم بدورها بعرضه على المواطنين والجهات المعنية والمجلس الشعبي المحلي وفقا للإجراءات التالية:

- دعوة شركاء التنمية بالمدينة أو القرية من مواطنين وممثلي المجتمع المدني والقطاع الخاص والجمعيات الأهلية والمجلس الشعبي المحلي المختص، وجميع الإدارات المعنية بالإدارة المحلية لاجتماع عام بحضور القائم على أعمال التخطيط، وبحضور ممثل عن المركز الإقليمي للتخطيط والتنمية العمرانية، وذلك لعرض مشروع المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية ومخرجاته. وتكون الدعوة بالطرق التالية:

- الإعلان في جريدتين يوميتين معروفتين وواسعتي الانتشار عن الانتهاء من المشروع الأول للمخطط الاستراتيجي حددا في الإعلان موعد جلسة الاستماع.

- الإعلان عن المخطط ومخرجاته في لوحات زجاجية بمكان واضح بمبنى الجهة الإدارية، ويتم الإعلان وعرض المخطط ومخرجاته لمدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ بدء الإعلان. يتولى القائم بأعمال التخطيط أثناء الاجتماع الرد على الاستفسارات، ويقوم ممثل المركز الإقليمي والتنمية العمرانية بتسجيل الملاحظات الواردة من الحضور<sup>(2)</sup>

ويتولى المركز الإقليمي خلال أسبوعين من تاريخ الاجتماع جميع الملاحظات الواردة إليه، وعرضها القائم بأعمال التخطيط لإبداء الرأي فيها، وإجراء التعديلات في ضوءها، ويجوز تشكيل مجموعة عمل من المشاركين في الاجتماع، وذلك بقرار من المحافظ المختص برئاسة رئيس الجهة الإدارية

(1)- أنظر الفقرة من 1 - 16 من المادة 13 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء، المصدر السابق، ص 65،66،67،68.

(2)- المادة 14 من اللائحة التنفيذية، المصدر نفسه، ص 68،69.

المختصة لمتابعة القائم على أعمال التخطيط والتأكد من استيفاء الملاحظات، وإجراء التعديلات الواردة على مشروع هذا المخطط<sup>(1)</sup>.

ويتقدم القائم على أعمال التخطيط بالمخطط الاستراتيجي العام ومخرجاته بعد إجراء التعديلات المطلوبة، وعرضها على مجموعة العمل على المركز الإقليمي للتخطيط والتنمية العمرانية لإتمام أعمال المراجعة الفنية الأولية خلال أسبوعين من تقديم المخطط، وطلب استكمال أية دراسات أو معلومات أو بيانات أو مخرجات، مع إجراء التعديلات المطلوبة وفق دليل العمل المرجعي المقدم للمشروع، ويصدر المركز الإقليمي للتخطيط والتنمية العمرانية خطاب صلاحية الإجراءات، والخطوات التي تمت لإعداد المخطط واستيفائه للدراسات طبقاً لدليل العمل.

وترسل الهيئة العامة للتخطيط العمراني مشروع المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية محددًا به على وجه الخصوص الحيز العمراني المفتوح لكل من:

- لجنة الأحوزة العمرانية لإبداء الرأي في الحيز العمراني المقترح، وتعديله أو الموافقة عليه طبقاً للقواعد والإجراءات الخاصة بذلك.

- الجهات المختصة بوزارة الدفاع لإبداء وجهة النظر العسكرية، ومقتضيات سلامة الدفاع عن الدولة، وذلك بالنسبة للمخططات الاستراتيجية للمدن والقرى التي بها تمرکزات عسكرية.

وتقوم الهيئة العامة للتخطيط العمراني بإرسال مشروع المخطط إلى المحافظ المختص لعرضه على المجلس الشعبي المحلي، وذلك بعد موافقة كل من لجنة الأحوزة العمرانية والجهات المختصة بوزارة الدفاع .

وكما تقوم الهيئة العامة للتخطيط العمراني بإتمام أعمال المراجعة النهائية وإقراره، ثم اعتماده من الوزير المختص، وينشر قرار اعتماد المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية في الوقائع المصرية.

وفي حالة عدم وجود مخططات عامة أو قبل اعتمادات المخططات الاستراتيجية العامة للمدن والقرى، وعند قيام الإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية بوضع اشتراطات مؤقتة لتنظيم العمران وخلال شهرين من صدور هذه اللائحة، يجب أن تكون الكثافات البنائية من بين ما يلزم مراعاته وفقاً لحد أقصى مرتان من إجمالي مساحة الأرض لقطاع الأراضي بالقرى، أو لحد أقصى أربع مرات من إجمالي مساحة الأرض لقطع الأراضي للمدينة<sup>(2)</sup>.

وتضمن الأمثلة التوجيهية للتهيئة في التشريع التونسي مآل الأراضي بصفة عامة، ورسم البنى الأساسية الكبرى ومواقع التجهيزات المهيكلية والمواقع الثقافية بما فيها المعالم التاريخية المحمية، كما

(1) - المادة 15 من اللائحة التنفيذية، المصدر نفسه، ص 69.

(2) - أنظر المواد 16، 17، 18، 19 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء، المصدر السابق، ص 69، 70.

تضمن السياسة العامة للتنمية العمرانية والبيئية<sup>(1)</sup>، وأيضاً بهدف توفير تناسق واندماج للنسيج العمراني للتجمعات السكانية وإحيائها على المستوى الاجتماعي والاقتصادي.

وتعد هذه الأمثلة بمبادرة من الجماعات العمومية المحلية أو من المتدخلين العموميين المؤهلين لذلك، بعد استشارة الجماعات العمومية المحلية المعنية، إذ يتم إعلام الوزير المكلف بالتهيئة الترابية بقرار إعداد المثل التوجيهي للتهيئة، وهو بدوره يمد المعطيات الكفيلة بإعداد هذا المثل للجماعة العمومية المحلية أو المتدخل العمومي المعني<sup>(2)</sup>.

ويتكون المثل التوجيهي للتهيئة من تقرير بياني، ومن خرائط عديدة توضح وتفصل هذا المثل ومخطط برنامج.

ويتضمن التقرير بصفة وجوبية تحليلاً قائماً للوضع الموجود مع الأخذ بالاعتبار المعايير الجغرافية، العمرانية، الاقتصادية والثقافية والمرافق الكبرى وشبكة الطرقات، وتحليلاً للوضع البيئي والموارد المتنوعة المتوفرة، ومدى تطابق المتطلبات العمرانية مع الضرورة البيئية والمحافظة عليها، كما يتضمن التقرير كل التوجهات الأساسية للتهيئة المحلية وآفاق التطور العمراني في الجهات المجاورة، وكيفية الحفاظ على التوازن بين التنمية العمرانية، وممارسة الأنشطة الفلاحية والاقتصادية، وتحديد المناطق المخصصة للتجهيزات الكبرى المهيكلة بالتجمعات السكنية لدمج انسجام نسيجها العمراني.

وكما أن دور الخرائط تحديد مآل الأراضي، مناطق توسع التجمعات العمرانية والمناطق الواجبة إعادة هيكلتها أو تهذيبها، تحديد المناطق الفلاحية والغابية والمساحات الحرة، تحديد أهم المواقع الثقافية والأثرية<sup>(3)</sup>، المعالم التاريخية والمشاهد الطبيعية الواجب حمايتها أو إحيائها من جديد، وتحديد الفضاءات من الأخطار الطبيعية والتكنولوجية المحتملة، أما مخطط البرنامج فيتضمن جملة من البرامج المتعلقة بالبنية الأساسية، التوسع العمراني، بالتجهيزات والمرافق الكبرى، إعداد لتهيئة المناطق الخضراء والفضاءات الطبيعية، وتحديد وإحياء المواقع الأثرية والتاريخية.

ويدمج هذا البرنامج في إطار مخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مع تبيان الانعكاسات المالية في ذلك، ويعتبر وزير البيئة والتهيئة الترابية هو المكلف رسمياً بتنفيذ كل ما يحتويه الأمر عدد 2468<sup>(4)</sup>.

(1)- الفصل (05) من القانون عدد 122، المصدر السابق.

(2)- الفصل (08)، المصدر نفسه.

(3)- الفصل الأول والثاني من أمر عدد 2468 لسنة 1997 المؤرخ في 22/09/1997 المتعلق بضبط الوثائق المكونة

للمثل التوجيهي للتهيئة والتعمير، ر.ر.ت، 22/12/1997.

(4)-الفصل (3) و(4) من الأمر رقم 2468، المصدر نفسه.

وحدد القانون رقم 90. 12 المتعلق بالتعمير المغربي إجراءات البحث على مخطط توجيه التهيئة العمرانية عن طريق مشروع يوضع بمبادرة من الإدارة وبمساهمة الجماعات المحلية، لكن الموافقة عليه تتم طبقاً لإجراءات حددها المرسوم رقم 832. 92. 2، حيث يتم إعداد مشروع هذا المخطط بمسعى من السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير وبمساعدة من الجماعات المعنية والمجموعة الحضرية في حالة وجودها.

وكما يتوجب على كل الإدارات والمؤسسات العامة المكلفة بالإعداد للمشروع تبليغ السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير بالوثائق المتعلقة بمشاريع التجهيز ذات المنفعة الوطنية أو الجهوية المراد إنجازها في نطاق المخطط التوجيهي المقترح، وذلك في أجل لا يزيد على ثلاثة أشهر، يبدأ حسابه من تاريخ الطلب السابق الذكر، ثم تحدث لجنة مركزية لمتابعة إعداد المخطط وبحث وتوجيه الدراسات المنجزة في مختلف مراحلها، مكونة من ممثل الوزير المكلف بالداخلية والمكلف بالأشغال العمومية، الفلاحة، التجارة والصناعة، المكلف بالسكنى، الشؤون الثقافية، الإحصاء، النقل، الأوقاف، والرياضة، التربية الوطنية، الصحة العمومية، الطاقة والمعادن، الدفاع الوطني، السياحة، الاتصالات السلكية واللاسلكية، مدير أملاك الدولة أو ممثله، الولاية وعمال الأقاليم والعمالات المعنية، رؤساء مجالس الجماعات المعنية ورؤساء المجموعات الحضرية المعنية، مدير الوكالة الحضرية في حالة وجودها.

ويمكن أن تستعين اللجنة بكل إدارة أو شخص ترى وجود فائدة في الاسترشاد برأيه، ويتولى رئيس اللجنة إعداد جدول أعمالها<sup>(1)</sup>.

وتقوم السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير بعرض مشروع المخطط التوجيهي المحدد من قبل اللجنة المركزية على لجنة محلية للنظر فيه، وتتكون هذه الأخيرة من الوالي أو عامل الإقليم أو العمالة المعنية بصفته رئيساً للجنة، أعضاء اللجنة التقنية المعنية التابعة للعمالة أو الإقليم، رؤساء مجالس الجماعات المعنية أو رئيس أو رؤساء المجموعة الحضرية المعنية، ويمكن أن يدعو رئيس اللجنة المحلية بهدف المشاركة في أعمالها كل شخص يكون أهلاً لذلك<sup>(2)</sup>.

ثم يحال مشروع المخطط إلى مجالس الجماعات المعنية وإلى مجلس المجموعة الحضرية لدراسته دراسة دقيقة وإبداء اقتراحات موجهة إلى السلطة المكلفة بالتعمير قصد دراستها، وعدم إبداء أية آراء يحمل موافقة ضمنية لموضوع المخطط، ليتم الموافقة على المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية بمرسوم ينشر

(1) - أنظر المادة الثالثة من المرسوم رقم 832. 92. 2 المطبق للقانون رقم 90. 012 المتعلق بالتعمير؛ الصادر في

1993/10/14، ج ر م، عدد 4225، الصادرة في 1993/10/20.

(2) - المادة الخامسة من المرسوم رقم 832. 92. 2، المصدر السابق.



بالجريدة الرسمية، ويصدر باقتراح من السلطة الحكومية بعد استطلاع رأي وزير الداخلية، وزير المالية، الوزير المكلف بالأشغال العمومية، والوزير المكلف بالفلاحة.

وتتم مراجعة هذا المخطط بنفس الإجراءات والشروط المقررة لوضعه والموافقة عليه<sup>(1)</sup>.

وما يمكن استقراؤه من خلال إجراءات إعداد هذا المخطط، هو عدم وجوده ضمن ضابط زمني محدد من بداية تحديد المشروع لغاية نهايته باستثناء مدة ثلاثة أشهر الممنوحة لرؤساء مجالس الجماعات لتوجيه اقتراحاتهم في المشروع، مما يجعل هذا الأخير في فراغ تشريعي يترتب عنه تأجيل مشاريع التهيئة العمرانية، وبالتالي يؤثر على الصورة المستقبلية للأجل الذي يمكن فيه مراجعة المخطط، هل أجل قصير أم طويل، يبقى السؤال مطروحا؟

ويعتبر المخطط المحلي للتعمير الفرنسي (Plu)؛ أداة تعميرية ذات تخطيط حضري تقوم على مستوى مجموعة بلديات أو بلدية واحدة، وتقوم بترجمة المشروع العام للتهيئة والتعمير، ويحدد بالنتيجة قواعد التهيئة واستخدامات الأراضي.

ويجب على المخطط المحلي للتعمير الامتثال واحترام المبادئ العامة المنصوص عليها في المادتين 2110. 121 L من قانون التعمير، وتحديد شروط تهيئة المجال الحضري، الذي يحترم كذلك مبادئ التنمية المستدامة من خلال توفير قدرات البناء والتأهيل الكافي لتلبية احتياجات الإسكان والمرافق العامة، الأنشطة الاقتصادية، التجارية أو السياحية والرياضية والثقافية<sup>(2)</sup>.

ويتضمن المخطط المحلي للتعمير تقرير تقديمي، ومشروع التهيئة والتنمية المستدامة وتعليمات عامة للتهيئة والبرمجة ولائحة تنظيمية تضم الارتفاقات المتعلقة بالمنفعة العامة وملاحق، وكل وثيقة من هذه الوثائق تضم وثائق طبوغرافية بيانية لكل منطقة مزعة للتطوير والمناطق في طور التطوير أو التي يتم إعادة هيكلتها أو تطويرها، كما تتضمن هذا الوثائق أحكام البرامج المحلية للإسكان وخطط المتغيرات العمرانية في حالة تطوير المخطط المحلي للتعمير في عدة بلديات<sup>(3)</sup>.

(1) - أنظر المادتين 7-8 من القانون 90. 12، المصدر السابق.

(2) - Le Plan local d'urbanisme (Plu) est un document d'urbanisme qui à échelle du groupement de communes ou de la commune, traduit un projet global d'aménagement et d'urbanisme et fixe en conséquence les règles d'aménagement et d'utilisation des sols.

Le Plu doit, sur son périmètre, respecter les principes généraux énoncés aux articles 2. 110 et 121 du code de l'urbanisme et déterminer les conditions d'un aménagement de l'espace et de culture, les documents d'urbanisme et les règles générales d'urbanisme ([www.collectives-locales.gouv.fr](http://www.collectives-locales.gouv.fr))

(3) - L'article L151 – 2 du c u f, op.cit.

ويشرح التقرير التقديمي المستند إلى دراسة إقليمية الخيارات التي تم اتخاذها لإنشاء تنمية عمرانية مستدامة والمبادئ التوجيهية والبرمجة والتنظيم، ثم بعدها يقدم تحليل لاستهلاك المجالات الطبيعية والفلاحية والغابية.

ويجب أن تبرز الأهداف المدرجة في التنمية المستدامة، ويحدد المبادئ التوجيهية العامة لسياسة التهيئة، التعمير، الطبيعة، ولحماية الفضاءات الطبيعية والفلاحية والغابية والحفاظ على الاستمرارية الإيكولوجية أو إعادتها، كما يحدد أيضا المبادئ التوجيهية العامة المتعلقة بالإسكان، النقل، شبكات الطاقة، تطوير الاتصالات الرقمية، المعدات التجارية، والتنمية الاقتصادية والترفيه، والحفاظ عليها للأراضي التابعة لبلدية واحدة أو عدة بلديات المتضمنة المخطط المحلي للتعمير أو المخطط المحلي للتعمير خارج البلدية ( Plui ).

ويتضمن مشروع التنمية المستدامة أهم هدف في ملف هذا المخطط، بحيث يهدف إلى تخفيف أعباء الفضاء ومكافحة الزحف العمراني<sup>(1)</sup>.

ولقد قسم قانون التعمير الفرنسي القطاعات إلى أربعة قطاعات معمرة، وقطاعات قابلة للتعمير وقطاعات فلاحية، وقطاعات طبيعية وغابية<sup>(2)</sup>.

وعندما يكون المجلس الشعبي البلدي هو المختص في إعداد المخطط المحلي للتعمير، أو المجالس الشعبية البلدية، فإن المبادرة بوضع وثيقة هذا المخطط تكون من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني عن طريق مداولة وبالتنسيق مع البلديات الأخرى الأعضاء، ويتم في هذه المداولة تحديد الأهداف المرجوة من المشروع بالإضافة إلى طرق التشاور مع الأشخاص العامة والمواطنين والجمعيات المدنية المحلية المحددة في المواد (7- L 132، 8 . L 132، 9 . L 132)، والمتمثلين في الدولة والأقاليم والأقسام، ومختلف السلطات المنظمة للتعمير والمؤسسات العامة المختصة في مجال البرنامج المحلي للإسكان ومنظمات تسيير المنتزهات الطبيعية والوطنية، الغرف التجارية والصناعية الإقليمية، غرف الفلاحة، الأقسام الإقليمية الساحلية والمنظمات المهنية، النقابات المختلطة، النقل، المؤسسات العامة المسؤولة عن إعداد وتسيير والموافقة على الترابط الإقليمي الحدودي، نقابات التكتلات الجديدة، المؤسسة العامة المسؤولة عن إعداد وتسيير على الخطة الإقليمية، ويتم تبليغ هؤلاء الأشخاص بهذه المداولة، حيث توكل مهمة لمكتب دراسات عن طريق دعوة لتقديم عطاءات، ثم يتم اختيار أحسن عطاء.

ويقوم المكتب المختار نيابة عن البلدية بإجراء دراسات فنية لازمة لإعداد مشروع المخطط لغاية الانتهاء منه، ومنح المشرع الفرنسي صلاحيات كبيرة للجمعيات المحلية وغيرها من النقابات السالفة الذكر

(1)- L'article L151 du c u f, ibid.

(2)- L'article R151 – 18, R151 – 20, R151 – 22, R151-24 du c u f, ibid.

في المشاركة في جميع أنحاء الدراسة لدرجة بإمكانها تغيير مواصفات الدراسة بما يتلاءم واحتياجات المواطنين ومحيطهم العمراني، ويبقى دور الأشخاص العامة في إعداد المشروع هو ضمان المراعاة السليمة للقوانين واللوائح والمصالح العليا للبلديات، وحتى للسلطة العمرانية البيئية صلاحية في اتخاذ قرار بشأن إجراء دراسة بيئية معززة من عدمها.

وتم تأتي مرحلة مراجعة التشاور في حالة وجوب تغييرات ليحال بعدها قرار المداولة والملف المتعلق بمشروع المخطط إلى رئيس الدائرة للإدلاء برأيه خلال ثلاثة أشهر، فإذا امتنع عن الرد عد سكوته موافقة ضمنية، ثم يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص مشروع المخطط إلى المداولة إضافة للملف، ويقدم للمحافظة في خمسة نسخ، كما يجوز إرسال نسخ أخرى في شكل قرص مضغوط مدمج باستثناء الوثائق البيانية التي يجب أن تكون في شكل ورقي<sup>(1)</sup>.

وهكذا يظهر دور التقرير التوجيهي في تشخيص التوقعات الاقتصادية، الديموغرافية، والاحتياجات المدرجة للتنمية الاقتصادية والتوازن الاجتماعي للسكان<sup>(2)</sup>.

ويعتمد الإجراء الثامن على طلب مقدم من المجلس الشعبي البلدي إلى المحكمة الإدارية بهدف تعيين محافظ محقق قبل شهر على الأقل من ابتداء التحقيق العمومي، ويشرع في فتح تحقيق أو مخطط استقصاء عمومي خلال واحد وثلاثين يوم على الأقل ليضع الجمهور ملاحظاته حول مشروع المخطط، بحيث تعلق آراء الأشخاص العامة، وكذلك آراء السلطة البيئية ومختلف لجان التحقيق لا بد من إبلاغهم بملف الاستقصاء العام، وللمحافظ المحقق مهلة شهر لوضع تقريره.

ويودع ملف الاستقصاء العمومي ونتائجه المنجزة، من خلال تقرير المحافظ المحقق للمداولة في المشروع مرة ثانية بالمجلس الشعبي البلدي، والموافقة على مراجعة المشروع باعتماد أي تغييرات عليه على أساس التشاور مع كل الهيئات المختلفة والجمعيات المحلية، وتقرير المحافظ المحقق الذي أرسى على وجود اعتراضات الغير ثم يحيله للمداولة، كما يحيل المشروع إلى المحافظ وإلى المجالس البلدية الأعضاء.

وتتم عملية نشر المداولة لمدة شهر بمقر البلدية المعنية أو البلديات الأعضاء، ثم تنشر في جريدة، ليتم توزيعها عبر القسم، إذا كانت عملية الإشهار للقرارات الإدارية للبلدية التي تضم (3500) من السكان، أما بالنسبة للبلديات التي يتجاوز عدد سكانها (3500) ساكن، فإن الإشهار يكون عن طريق البوابة الوطنية للتعمير.

(1)- L'article L153 – 8, L153 – 11 du C U F, op.cit.

(2)- Article L151 – 4,Ibid .

وتتم المراجعة عن طريق مداولة للمجلس الشعبي المعني بالتعاون مع المجالس الشعبية العضوة، وتحدد المداولة الأهداف المنشودة وطرق التشاور وإخطار الأشخاص المعنوية العامة والجمعيات المحلية، ثم يرسل الملف وفق عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في اجتماع مراجعة مشترك، لتأتي مهمة نشر مقرر المداولة لشهر واحد بمقر البلدية أو البلديات الأعضاء، ثم يشعر الجمهور بذلك في صفحتين توزع في قسم أول لأول مرة لمدة خمسة عشر يوم على الأقل قبل بداية التحقيق، والمرة الثانية في أول ثمانية أيام من ذلك، ويكون الإشهار أيضا في كل مكان مخصص لهذا الغرض إما بمقر البلدية أو لمقر البلديات الأعضاء أو في ساحة المدينة<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نستج من كل مراحل إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في الجزائر وفي التشريعات محل الدراسة ما يلي:

- تتفق التشريعات محل الدراسة في معظم الإجراءات الشكلية والموضوعية للمخططات التوجيهية للتعمير، فيتجسد مضمونها في نظام يصحبه تقرير توجيهي ومستندات بيانية.
- تتم المخططات التوجيهية التعميرية بموجب مداولة من السلطات المحلية ويتم نشرها بمقر البلدية أو بالجرائد الرسمية أو اليومية.
- تتفق كذلك المخططات التوجيهية في الأهداف المتوخاة من إنشائها في رسم البنى الأساسية الكبرى ومواقع التجهيزات وضمن السياسة العامة للتنمية العمرانية والاقتصادية والاجتماعية.
- تتشابه التشريعات محل الدراسة في عدم وضع آجال معينة لإعداد هذا المخطط، مما يفتح المجال للجهة المختصة بإعداده للتماطل في إكمال إجراءاته سنوات طويلة بحجة عدم اكتمال الدراسات بشأنه، مما يترتب عنه عرقلة سير سياسة التهيئة والتعمير.
- تتباين التشريعات محل الدراسة في السلطة المصدرة لهذه المخططات، فالمشرع الجزائري كلف الوالي بإصدارها أو الوزير المكلف بالتعمير، في حين المشرع الفرنسي أقتصرها على المجالس البلدية دون الهيئات المركزية، لأنها مخططات محلية ذات طابع لامركزي.
- تخضع السياسة العمرانية في التشريعات محل الدراسة لمقاربة تشاركية صورية لجمعيات المجتمع المدني في تحديد التوجهات الأساسية للمخططات العمرانية بكل أبعادها الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية وحتى البيئية، لكن الواقع العملي يثبت أن هذه المشاركة شكلية، نظرا لعدم وجوبية القاعدة القانونية التي نصت على هذه المشاركة، لتبقى استشارة المواطنين في التدخل للمساهمة في إعداد

(1)- Le guide du Plu, article dans le site de les services de l'état en Corrèze, <http://www.correze.Gouv.fr> 19/01/2018/16:43

المخطط العمراني مجرد قوانين على ورق، باستثناء المشرع الفرنسي، الذي جعل المخطط المحلي للتعمر وسيلة لإشراك كل الجمعيات المدنية في إنشاء مشروعه.

### المطلب الثاني: مخطط شغل الأراضي<sup>(1)</sup>

تتحكم التشريعات العمرانية باستعمالات الأراضي عن طريق التنظيم والتحكم بعناصر عمرانية معينة كنوعية المباني والكثافة السكانية، كما تنظم هذه التشريعات القواعد الخاصة في تقسيم الأراضي ضمن المناطق الحضرية، ويعتبر مخطط شغل الأراضي أحد الآليات التنظيمية ذات طابع تفصيلي للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمر<sup>(2)</sup>، لكنها بنفس الوقت تعد قيوداً على حق البناء؛ والذي يعد حقا متجزئاً من الملكية.

لذلك، سيتم التطرق لتعريف هذا المخطط (الفرع الأول)، ومراحل إعداده (الفرع الثاني)، لتعيين كيفية تحديده لطرق استعمال الأراضي.

#### الفرع الأول: تعريف مخطط شغل الأراضي

يعتبر مخطط شغل الأراضي الآلية الثانية للتهيئة والتعمر في القانون رقم 29/90، والذي بموجبه تحدد حقوق استخدام الأراضي والبناء طبقاً لتوجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمر.

ويعد مخطط شغل الأراضي وسيلة لتنفيذ التوجيهات الإجمالية الوارد في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمر<sup>(3)</sup>، إذ يعيد الكمية الدنيا والقصى من البناء المسموح به والمعبر عنه بالمتر المربع من الأرضية المبنية خارج البناء أو بالمتر المكعب من الأحجام، ويضبط القواعد المتعلقة بالمظهر الخارجي للبنىات، ويحدد الارتفاقات وكل المساحات العمومية والخضراء والمواقع المخصصة للمنشآت ذات المصلحة العامة، وكل تخطيطات طرق المرور<sup>(4)</sup>.

وكما يعتبر مخطط شغل الأراضي مخطط تفصيلي دقيق لارتباطه الوثيق بالملكية العقارية، وهو تطبيق عملي للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمر، ويكون قابلاً للاحتجاج به أمام الغير بالمعارضة<sup>(5)</sup>.

(1) - يقابل مصطلح شغل الأراضي مصطلح المثال التوجيهي للتهيئة العمرانية في القانون التونسي، وتصميم التهيئة في القانون المغربي.

(2) - الفقرة الأولى من القانون رقم 29/90، المصدر السابق.

(3) - بشير التيجاني، التحضر والتهيئة العمرانية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 69.

أنظر الفقرة الثانية من المادة (31) من القانون رقم 29/90، المصدر السابق.

(5) - صافية إقلولي أولاد رابح، قانون العمران الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 82.

وأطلق المشرع المصري على المخططات التنظيمية مفهوم المخطط التفصيلي، وقد عرفته الفقرة التاسعة من المادة (02) من قانون البناء على أنه:

" المخطط التنفيذي للاشتراطات البنائية والتخطيطية والبرامج التنفيذية لمناطق استعمالات الأرض والبنية الأساسية بالمخطط الاستراتيجي العام المعتمد للمدينة أو القرية، ويشتمل على جميع المشروعات التنموية المتكاملة من التصميم العمراني أو تقاسيم الأراضي أو تنسيق المواقع التي يقترح تنفيذها ضمن المخطط الاستراتيجي العام."

واستخدم المشرع التونسي مصطلح أمثلة التهيئة العمرانية للدلالة على مخطط شغل الأراضي في نص الفصل (12) من القانون عدد 122، والذي لم يعرف هذه الأمثلة، بل حدد وظيفتها في ضبط قواعد وارتفاقات استعمال الأراضي وتحديد المناطق الترابية حسب استعمالاتها الرئيسية المحددة لها أو طبيعة الأنشطة التي تباشر فيها بشكل ممكن والأنشطة المحظورة بهذه المناطق، كما تحدد هذه الأمثلة كثافة البناء المسموح بها في كل منطقة أو جزء منها، والأخذ بالاعتبار نوعية التربة في تلك المناطق وطبيعة المخاطر الطبيعية المحتملة الوقوع ومجمل العوامل البيئية واعتماد قاعدة عامة للبناء (R + 3)، بمعنى طابق أرضي وطابقين علويين، كما يهدف إلى حماية كل المعالم التاريخية والمواقع الأثرية والطبيعية، كل المواقع ذات المصلحة العامة، المساحات الخضراء، الساحات العمومية، واحترام جميع قواعد التعمير المرتبطة بحق تركيز البناءات وبطبيعتها وبتخصيصها<sup>(1)</sup>.

ويمكن اعتبار أن أمثلة التهيئة العمرانية هي أداة للتخطيط العمراني، تمكن الجماعة المحلية المعنية من ممارسة سياسة متناسقة لتنظيم استعمال مجالها الترابي وتحديد شروط استعمال كل قطعة أرضية.

واتبع المشرع المغربي نفس المنهج في وضع مسطرة تصميم التهيئة، بحيث لم يعطه تعريفاً، بل حدد نطاق تطبيقها في كل مجموعة عمرانية وكل أو جزء من الجماعات والمراكز والمناطق المشمولة بمخطط توجيه التهيئة العمرانية، أو جميع أو بعض أراضي جماعة قروية أو جماعات قروية تكتسي صبغة سياحية أو صناعية أو منجمية، بحيث تقتضي رقابة إدارية لتهيئتها العمرانية المرتقبة، وتحدد هذه المناطق المعنية بتصميم التهيئة بموجب اقتراح مجالس الجماعات المختصة أو يطلب من عامل العمالة المعنية أو الإقليم المعني في حالة عدم صدور اقتراح من هذه المجالس<sup>(2)</sup>.

وتتضمن وظيفة تصميم التهيئة تخصيص مختلف المناطق بحسب الغرض الأساسي الذي أنشأت من أجله أو حسب النشاط الوظيفي المعتاد عليه ممارسته فيها، وكما تهدف إلى تحديد المناطق المحظورة البناء فيها بجميع أنواعه، تحديد الطرق مسالكها ومواقف السيارات والساحات والمساحات الخضراء العامة

(1) - أنظر الفصل (12) من القانون عدد 122، المصدر السابق.

(2) - المادة 18 من القانون 90. 12، المصدر السابق.

والمواقع المخصصة للتجهيزات العامة والجماعية والمنشآت ذات المصلحة العامة والأحياء والآثار،  
والمواقع التاريخية والأثرية والمناطق الطبيعية.

وتعد أهم وظيفة لهذا التصميم هو تحديد ضوابط استعمال الأراضي وضوابط البناء بتحديد العلو  
الأدنى والأقصى للمبنى، طريقة وشروط إقامة العمارات وتوجيهها، تحديد الارتفاقات المحدثة لمصلحة  
النظافة والمرور ولأغراض جمالية أو أمنية، وكل التغييرات التي يمكن إدخالها في ذلك<sup>(1)</sup>.

ولكن المشرع المغربي عكس القوانين الأخرى محل المقارنة أقر تصميم آخر، اصطلح عليه بتصميم  
التطبيق؛ وهو وثيقة تعميمية مؤقتة توضع مباشرة بعد المصادقة على مخطط التوجيه للتهيئة العمرانية،  
حيث يعتبر نقطة وصل وترابط بين مخطط توجيه التهيئة العمرانية وتصميم التهيئة، وتتجلى أهميته في  
سد النقص الذي يشوب المخطط التوجيهي، بحيث يطبق على المناطق التي لا تتوفر على تصميم  
التهيئة، بحيث يمكن الجماعات المحلية من اتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة لمدة سنتين، على أساس أن  
تصميم التهيئة يتطلب إعداده وقتا طويلا، ويحدد تصميم التطبيق مختلف المناطق وتخصيصها للأغراض  
الموجبة لاستعمالها بصيغة أساسية بكل أبعادها السكنية، الصناعية، التجارية، السياحية والزراعية، وتحديد  
المناطق المحظور فيها البناء بجميع أنواعها<sup>(2)</sup>، بمعنى أنه يقوم بجميع مهام تصميم التهيئة.

### الفرع الثاني: مراحل إعداد مخطط شغل الأراضي

يتكون مخطط شغل الأراضي في التشريع الجزائري من وثائق بنائية ومستندات، ومذكرة تقديم يثبت  
فيها مدى تلاؤم أحكام مخطط شغل الأراضي مع أحكام وتوجهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

وتوكل مهمة إعداد مخطط شغل الأراضي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو رؤساء  
المجالس الشعبية المعنية عن طريق مداولة، تتضمن الحدود المرجعية للمخطط الواجب إعداده وفقا  
لتوجهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير المرتبط به، وبيان مفصل يوضح طرق مشاركة الإدارات  
العمومية والهيئات والمصالح العمومية والجمعيات في إعداد مخطط شغل الأراضي.

وتبلغ هذه المداولة للوالي المختص إقليميا، وتتم عملية الإشهار بالنشر لمدة شهر بمقر المجلس  
الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية<sup>(3)</sup>.

ويحدد ترسيم حدود المحيط الذي يتدخل فيه مخطط شغل الأراضي بقرار من الوالي إذا كان  
المخطط يشتمل على مجموعة من البلديات، ويكون بموجب قرار من الوزيرين المكلفين بالتعمير  
والجماعات المحلية إذا كانت الأراضي تابعة لعدة ولايات مختلفة<sup>(1)</sup>.

(1)- أنظر المادة 19 من القانون 90. 12، المصدر نفسه.

(2)- أنظر المادة 13 من القانون 90. 12، المصدر نفسه.

(3)- أنظر المواد 5، 6، 7 من المرسوم التنفيذي 91. 178، المصدر السابق.

وتعتبر عملية إعداد مخطط شغل الأراضي عملية تقنية هندسية بحتة، تحتاج إلى مختصين وطنيين، لذلك أتاح المشرع الجزائري لرؤساء المجالس الشعبية المعنية بتراب بلديتين أو عدة بلديات أن تسند مهمة إعداد مخطط شغل الأراضي لمؤسسة عمومية مشتركة بين البلديات، حيث تقوم بالدراسات وتقديم اقتراحات التهيئة.

وتقتضي الدراسة النظرية لاقتراحات مخططات شغل الأراضي جانبا تطبيقيا، يسهل فهم دور المؤسسات المشتركة في إنشاء قرارات التخطيط العمراني، لذا سيتم التعرض لنموذج عملي عن مخطط شغل الأراضي رقم (07) بلدية عين مليلة لسنة 2014<sup>(2)</sup>، بغية التعمق في تفاصيل محتوى اقتراحات التهيئة، وطبيعة علاقة هذه المخططات بالملكية العقارية الخاصة فيما يلي:

### أولاً: موقع مجال الدراسة

يمثل مخطط شغل الأراضي رقم (07) جزءا مهما يكمل النسيج العمراني للتجمع الرئيسي لمقر بلدية عين مليلة، ولاية أم البواقي، الجزائر، بحيث تقدر مساحته بـ(37) هكتار، يقع بالجهة الشمالية لمقر البلدية على طول الطريق الوطني رقم 03 باتجاه ولاية قسنطينة، وهو عبارة عن أراضي شاغرة في جزئه الشمالي، وبعض البنايات الموجودة وفي طور الانجاز في جزئه الجنوبي.

### ثانياً: طبوغرافية المجال

يستنتج أن أرضية مجال دراسة مخطط الرفع الطبوغرافي لمخطط شغل الأراضي رقم 07 تتميز بالانبساط على العموم خاصة بالجهة الشمالية، أما الجهة الجنوبية فتتميز بالتضرس الطفيف مع تسجيل انحدار معتبر.

### ثالثاً: جيوتقنية المجال

يغلب على المنطقة تشكيلات الزمن الرابع (قشور كلسية، غرين حجري من الهضاب) وتعتبر مستقرة، وفي بعض الأماكن معرضة للفيضانات، وبالتالي فإن القابلية للبناء تعتمد بالأساس على إمكانية صرف المياه السطحية، أما فيما يخص قابلية التحمل للتربة في المنطقة فهي تتراوح ما بين (1,00 و4,00 بار)، فهي صالحة للبناء، كما صالحة للزراعة<sup>(3)</sup>.

ويقدر الميل بالأرضية بـ (0-5 %)، فإن استعمالها بحمولتها الجيدة مقترن بدراسة استقرار التربة وانحدارها، اجتناب عمليات التسوية العميقة، شق الطرق بالأخذ بعين الاعتبار خطوط التسوية.

(1)- أنظر المواد 8، 9، المصدر نفسه.

(2)- دراسة مخطط شغل الأراضي رقم 07 لبلدية عين مليلة، ولاية أم البواقي، الجزائر، مركز الدراسات والإنجاز العمراني، سطيف، المديرية الجهوية بسكرة، سبتمبر 2014، ص 23 - 24.

(3)- دراسة مخطط شغل الأراضي رقم 07، المرجع السابق، ص 3، 4.



## رابعاً: الطبيعة العقارية للملكية العقارية

تم التحقق أن غالبية أراضي المنطقة ملك خواص بنسبة (81،04%)، بمساحة (299845.71 م<sup>2</sup>)، بينما أراضي ملك الدولة (18،96%) بمساحة (70154.29 م<sup>2</sup>).

## خامساً: توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير

لقد صنف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير لبلدية عين مليلة أراضي ضمن القطاعات القابلة للتعمير للمدى القريب والمتوسط، مع التأكيد على هذا ما سيؤول هذه المنطقة لأن تصبح قطبا هاما وفعالا بالمدينة.

## سادساً: البرنامج المقترح للتنظيم المجالي

يتضمن هذا البرنامج التوزيع المساحي لعناصر التهيئة، أين يتم حساب مساحات السكنات الموجودة، والتي في طور الانجاز والمبرمجة وكذلك المرافق الموجودة والمبرمجة بالإضافة للطرق وحساب المساحات الشاغرة ومقترحات التهيئة من شبكات التجهيزات، النسيج العمراني المجاور، الخصوصيات العمرانية للمدينة، وحساب نسب طاقة استيعاب المجال من سكنات فردية وجماعية<sup>(1)</sup>.

وتضمن أيضا مخطط شغل الأراضي رقم 07 بابا ميدانيا، حيث تم تقسيم هذا المخطط إلى مناطق متجانسة.

وتتضمن المذكرة البيانية القواعد المحددة لكل منطقة متجانسة، فيرمز لمنطقة السكن الفردي الموجود بالرمز (UA)، والسكن الفردي المبرمج بـ (UR)، منطقة السكن الجماعي المبرمج بـ (UCR)، منطقة السكن الجماعي المقترح بـ (UCB)، منطقة المرافق الموجودة بالرمز (UE)، منطقة المرافق المبرمجة بالرمز (UER)، منطقة المرافق المقترحة بـ (UEB)، منطقة المساحات الخضراء والمساحات العمومية المقترحة بالرمز (UVP)<sup>(2)</sup>.

## ثامناً: القيود التي تفرضها طبيعة شغل واستغلال الأرض

تضمن الباب الثالث من هذا المخطط بابا لتقنين تفصيلي للمناطق الكبرى للسكن، وتم تقييد منطقة السكن الفردي الموجود (UA) بضوابط طبيعة شغل الأرض، وقواعد استغلال محددة.

أ) طبيعة شغل الأرض: أورد الباب الثالث من المخطط 07 تقنين تفصيلي للمناطق الكبرى للسكن، ويشير هذا التقنين طبيعة شغل الأراضي إلى القوة الإلزامية لمخطط شغل الأراضي ومدى تأثيره على

(1) - المرجع نفسه، ص 8، 9، 10.

(2) - دراسة مخطط شغل الأراضي رقم 07، المرجع السابق، ص 23.

حرية المالكين في أراضيهم، فهو يسمح بالبناء في مناطق معينة بهذا المخطط 07، ويمنعها في مناطق أخرى كالآتي:

**طبيعة البناء المسموح به:** السكنات الفردية الموجودة المعنية بعملية إعادة هيكلة لنقص الشبكات وبسبب فتح طرق جديدة، والسكنات التي تحتوي على أنشطة حرة بالطوابق الأرضية لها.

**أنواع البناء الممنوعة:** البناءات المستعملة كمخازن مهما كان نوعها، المؤسسات الصناعية مهما كانت درجتها، المؤسسات المسببة للإزعاج ومضرة بالسكان، مواقف الآلات الثقيلة، البناءات الفوضوية<sup>(1)</sup>.

**ب) قواعد استغلال الأرض:** تشمل معامل استيلاء الأرض ومعامل شغلها.

**معامل استيلاء الأرض:** يقوم هذا القيد على منع المالك في حق التصرف المادي في عقاره، والحد من نسبة العقار المبني بفرض معامل استيلاء الأرض (CES) وهو؛ نسبة مساحة الأرض المبنية (SB) على المساحة العقارية (SF)، وتدخل ضمن مساحة الأرض المبنية، كل ظفر لا يتعدى عرضه 2، 1 م (الشرفات، أحجام خارجة عن البناءات)، وهو يختلف من قطعة أرضية إلى أخرى حسب المساحة العقارية والمبنية، ويحدد ما بين (0,60-0,80).

**معامل شغل الأرض:** تقييد المالك في طريقة استعماله لملكيته عن طريق فرض معامل شغل الأراضي (COS)؛ وهو نسبة مجموع مساحة السقوف على المساحة الإجمالية للقطعة العقارية، ولكل منطقة معامل معين، انطلاقاً مما هو موجود ومحاولة تكييفه حسب النظام العمراني المراد الوصول إليه في كل مخطط شغل أراضي، أو يقصد به تحديد الكثافة القصوى للبناءات في أجزاء البلدية الحضرية بالتعبير عنها بالتناسب بين المساحة الأرضية خارج البناء الصافي ومساحة قطعة الأرض، ويحدد هذا المعامل بشكل متباين بكل منطقة انطلاقاً مما هو موجود عليه بالشكل الآتي، ويتم دوماً تكييفه حسب النظام العمراني المراد الوصول إليه، ويمكن أن يحصر بين (1,85-1,1) (2).

**ج) تعيين علو البناءات:** تضبط حرية المالك في عدد الطوابق التي ينشئها في ملكيته، فيقوم بمخطط شغل الأراضي بتعيين علو البناءات التي عادة ما تكون طابق أرضي وطابقين علويين (R+2) عكس المشرع التونسي حدده بطابق أرضي وثلاث طوابق علوية (R+3)، وكذا تحدد كثافة البناءات، ومساحة وشكل القطعة والواجهات العمرانية.

وأما السكنات الجماعية فيقدر علو البناءات فيها عادة ب(R+5) حسب مخطط شغل الأراضي لكل بلدية، وحسب تعيين المناطق الحضرية، لإمكانية أن تصل لأكثر من خمس طوابق، أما الباب الخامس فشمّل تقنين عام لجميع المناطق، حيث قيد تثبيت البناءات الفردية الموجودة في (UR) بالنسبة للحدود

(1) - المرجع نفسه، ص 27.

(2) - المرجع نفسه، ص 27، 28.

الفاصلة للجيران باحترام مسافة تقدر بمترين على الأقل، وبمسافة ثلاثة أمتار بالنسبة للسكن الفردي المقترح (UB)، وتقييد تثبيت البناءات المتجاورة بالنسبة لبعضها البعض إما منفصلة بمسافة يجب أن تكون أكبر أو تساوي متوسط علو البنائتين، وإما متلاصقة الجدران، فيجب أن يكون هناك عازل الفراغ بين البنائتين المتلاصقتين، حماية لها من الحيوانات والأمطار، ويعمل كفاصل قطع على حدود الجيران، وتتفق هذه الضوابط التقنية بقيود الجوار المتلاصق.

وكما تخضع النوازل للقواعد التالية:

- يجب أن يكون لكل قطعة منفذ على طريق مهياً يسمح بدخول سيارات الحماية المدنية.
- يجب أن يكون لكل قطعة منفذ واحد إلا في حالة وجود القطعة على محورين.
- يكون المنفذ ممنوعاً على واجهة الطريق الوطني أو السريع إلا في حالة الضرورة القصوى.
- كل منفذ يجب أن يكون على بعد (80) م من مأخذ مياه الحرائق.

وبصفة عامة يجب أن لا يشكل المنفذ عائقاً أمام حركة المرور أو الأشخاص، وترفض رخصة البناء في حالة عدم احترام هذه القواعد، مما يعني الزامية مخطط شغل الأراضي بالنسبة لرخص التعمير. ويعمل أيضاً مخطط شغل الأراضي رقم 07 على تقييد حق الرؤية، ويسمح بها مباشرة على الجيران عن طريق كل فتحة (باب، نافذة) أو مكان مشغل (سطح، شرفة)، بثلاثة أنواع من الرؤية: رؤية مائلة عن طريق الفتحات المختلفة، أو رؤية مستقيمة عن طريق فتحات مختلفة، أو مستقيمة عن طريق السطوح المستغلة<sup>(1)</sup>، ولتفادي الرؤية المباشرة يجب احترام حالة الجوار، فإذا كان متجاور بشكل منفصل، فيجب أن لا تقل المسافة الفاصلة بين البناية وحدود الجوار عن المترين، وأن لا يقل الحاجز طوله العمودي، يستثنى من هذه القاعدة الحيطان للتجاور دون فتحات تسمح بالرؤية المجاورة.

ويتوافق هذا الضابط مع حق المطل كقيد على الملكية العقارية الخاصة.

ويستنتج بعد هذا عرض هذا النموذج، أنه يوجد اختلاف في دراسات المؤسسات المشتركة لمشاريع مخططات شغل الأراضي حسب طبيعة كل بلدية أو بلديات، وحسب طبيعة الملكية العقارية الموجودة فيها، الكثافة السكانية، القطاعات المبرمجة للتعمير، ومن ثم فإن علاقة هذه المخططات بالملكية العقارية الخاصة هي ذات طابع تنظيمي يقيد من سلطات المالك في استعمال والتصرف في عقاره، بحيث يحد من حقه في البناء بشكل مؤقت في بعض القطاعات، ويمنعه بصفة نهائية في بعض القطاعات المستقبلية حسب طبيعة المشاريع والتجهيزات والمرافق المزمع إنشاؤها، كما يقوم بتقنين عام لجميع المناطق عن طريق تثبيت البناءات بالنسبة للحدود الفاصلة للجيران وفرض بينها مسافات معينة، وتثبيت

(1)- المرجع نفسه، ص 39، 40، 41.

البنائيات بالنسبة لبعضها البعض، تحديد الرؤية المباشرة من المطلات بمسافة مترين، ضبط المظهر الخارجي للبنائيات، تحديد ارتفاعات السياج وفرض البعد البيئي في أنواع التشجير.

ولا تكون اقتراحات وقرارات المؤسسة المشتركة قابلة للتنفيذ إلا بعد مداولة المجالس الشعبية البلدية المعنية أو رؤساء هذه المجالس باطلاع مختلف الهيئات والمصالح العمومية والإدارات العمومية، رؤساء الجمعيات المحلية بالمقرر القاضي بإعداد هذا المخطط، ولهؤلاء المرسل إليهم مهلة خمسة عشر يوماً، يبدأ حسابها من تاريخ استلامهم الرسالة لإبداء رغبتهم في المشاركة في إعداد هذا المخطط أو الامتناع.

وفي حالة انقضاء هذه المهلة القانونية يقوم رؤساء المجالس الشعبية البلدية أو رئيس المجلس البلدي بإصدار قرار يشتمل قائمة مفصلة للإدارات العمومية والهيئات والمصالح العمومية والجمعيات التي طلب استشارتها بشأن مشروع مخطط شغل الأراضي.

ولكن هناك إدارات عمومية ومصالح تابعة للدولة على مستوى الولاية والبلدية تستشار وجوبا، ذكرتها المادة الثانية من المرسوم 317/05 المعدلة للمادة الثامنة من المرسوم التنفيذي رقم 178/91 على سبيل الحصر وهي: المديرية الولائية المكلفة بالتعمير، الفلاحة، التنظيم الاقتصادي، الري، النقل، الأشغال العمومية، المباني والمواقع الأثرية والطبيعية، البريد والمواصلات، البيئة، التهيئة العمرانية، السياحة، وأضاف المرسوم 166/12 الصناعة وترقية الاستثمارات، المصالح المحلية المكلفة بتوزيع الطاقة والنقل وتوزيع الماء والضبط العقاري<sup>(1)</sup>.

وينشر هذا القرار بمقر المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية لمدة شهر، حتى يعلم به الكافة، كما لا بد من تبليغه للإدارات العمومية والهيئات والجمعيات التي تمت استشارتها من قبل، وتمهل مدة ستين يوماً للإفصاح عن آراءها وملاحظاتها حول مشروع المخطط، فإذا امتنعت عن الإجابة خلال هذه المهلة أعتبر سكوتها موافقة ضمنية للمشروع<sup>(2)</sup>.

وتتضمن مرحلة الإعداد إجراء ضرورياً، هو الاستقصاء العمومي، يهدف من خلاله إلى الحرص على المشاورة والتنسيق، والارتقاء بمستوى ومردود مخطط شغل الأراضي كأداة من أدوات التهيئة والتعمير، وإعطاء المواطنين الفرصة في إبداء اعتراضاتهم خلال مدة ستين يوماً، إذ نصت المادة (36) من القانون 90-29 على أنه: "... يوضع مخطط شغل الأراضي المصادق عليه تحت تصرف الجمهور ويصبح فاقد المفعول بعد ستين يوماً من وضعه تحت تصرفه."

(1) - أنظر المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 166/12 المعدل والمتمم للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91، المصدر السابق.

(2) - المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91، المصدر السابق.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا النص خطئه في كتابة لفظ (نافذ) بدلا من فاقد، لتصبح العبارة على مثل هذا الشكل: (ويصبح نافذ المفعول بعد ستين يوما<sup>(1)</sup>).

وتدون الملاحظات في سجل خاص مرقم يحمل توقيع رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنية، ويتكفل مفوض محقق على حسن سير هذا الاستقصاء<sup>(2)</sup>.

وإذا كان الفاعلون في إعداد وتطبيق مخططات شغل الأراضي، هم السلطة التنفيذية؛ ممثلة في وزارة السكن والعمران والمدينة، المنتج والمنظم والمتحكم الأول في إعداد المجال وضبط توجيهات التنمية من خلال سن القوانين، والفاعل الرئيسي في تطبيق أدوات هذه المخططات، وإذا كانت الجماعات المحلية مطالبة بالقيام بتهيئة مجالها الجغرافي والاقتصادي والمشاركة في إعداد وتطبيق هذه المخططات، مع الاستشارة الاجبارية لرأي المديريات والهيئات المعنية في إعداد مشاريع هذه المخططات، فإن دور الجمعيات المدنية شكلي، حيث تقوم مديرية التعمير والهندسة المعمارية والبناء صاحبة المشروع بتحديد التهيئة ورسم معالمها دون الاهتمام بالملكية العقارية الخاصة، فغالبا ما تكون مخططات شغل الأراضي غير منسجمة مع المساحات الخاصة، فتقام المشاريع لتحرم الملاك من عقاراتهم بدافع المصلحة العامة، مما يبين المشاركة الفعلية لجميع الهيئات والإدارات، يترتب عنه وضع تصور غير متناسق في تطبيق هذه المخططات.

ولم يحدد المشرع الجزائري المدة اللازمة لإعداد مخطط شغل الأراضي من قبل الجهة المختصة، مما يفتح المجال أمامها للمماطلة في إعدادها، وبالتالي شل الحركة العمرانية وتهديد النظام العام العمراني<sup>(3)</sup>.

وعند انتهاء المدة القانونية للاستقصاء يقفل سجله بتوقيع من المفوض المحقق أو المفوضون المحققون، وخلال خمسة عشر يوما التالية يقومون بإرسال المحضر إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنية مرفقا بملف كامل للاستقصاء مع استنتاجاته<sup>(4)</sup>.

ويرسل مخطط شغل الأراضي مصحوبا بهذا السجل ومحضر قفله بنتائجه إلى الوالي المختص إقليميا لإبداء رأيه وملاحظاته في غضون ثلاثين يوما من تاريخ استلامه لملف المصادقة، وفي حالة عدم صدور أية ملاحظات من قبل الوالي، عد سكوته موافقة ضمنية ليصادق بعدها المجلس الشعبي البلدي

(1) - عايدة ديرم، المرجع السابق، ص 55.

(2) - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91، المصدر نفسه.

(3) - عايدة ديرم، الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، دار قانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، باتنة، الجزائر، 2011، ص 53.

(4) - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91 المعدل والمتمم، المصدر السابق.

على مخطط شغل الأراضي بموجب مداولة، لكن بشرط الأخذ بالاعتبار ملاحظات الوالي، ثم يتم تبليغ كل من الوالي المختص أولاً الولاية المختصون إقليمياً، والمصالح التابعة للدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، الغرف التجارية، الغرف الفلاحية<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أن الرأي والملاحظات المقدمة من الوالي لها أهمية كبيرة على مخطط شغل الأراضي رغم أنه يصدر رأياً وليس قراراً، لكن المشرع أوجب الأخذ برأيه قبل المصادقة على المخطط، مما يظهر مدى تدخل الإدارة في مضمون المشروع، وإمكانية تعديله إذا استلزم الأمر ذلك.

ولا يمكن مراجعة مخطط شغل الأراضي بشكل جزئي أو كلي إلا في حالة عدم إنجازه في الأجل المقرر له بثلاث حجم البناء المسموح به من المشروع الحضري، أو إذا استدعت ضرورة تجديد الإطار المبني المهترئ، أو تعرضه لتدهورات ناتجة عن ظواهر طبيعية، أو إذا طلبت المراجعة بعد مرور خمسة سنوات من المصادقة على مخطط شغل الأراضي، أغلبية ملاك البناءات، والذين لهم على الأقل نصف حقوق البناء المحددة بالمخطط الساري المفعول<sup>(2)</sup>.

وأغفل المشرع الجزائري حالة التعديل بعد المصادقة على مخطط شغل الأراضي، وحتى لم يحدد الحالات التي يستلزم فيها ذلك، كما فعل ذلك مع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير. ويتم التعديل قبل المصادقة على المخطط عكس المراجعة التي تتم بعدها<sup>(3)</sup>.

ويهدف المخطط التفصيلي في مصر إلى تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية والعمرانية بالمدينة أو القرية، وتوفير بيئة صحية وأمنة، ويكون من ضمن مكوناته ما يلي:

- الخرائط والتقارير الخاصة بالدراسات التخطيطية التفصيلية لشبكات الشوارع والنقل، المواصلات وشبكات المرافق العامة، توزيع الخدمات والمساحات الخضراء، الفراغات ومراكز العمالة والمناطق السكنية وغيرها.

- البرامج التنفيذية للقطاعات المختلفة من إسكان ومرافق وخدمات وما نقل وما إليه، وتوزيعها الزمني بما يكفل تكاملها وتوافق تنفيذها.

- الاشتراطات البنائية والتخطيطية للمناطق وفقاً للمخط الاستراتيجي العام<sup>(4)</sup>.

وبعد الانتهاء من إعداد المخطط الاستراتيجي للمدينة أو القرية، وطبقاً لنتائج هذا الأخير وأولوياته، تقوم الإدارات العامة للتخطيط والتنمية العمرانية بإعداد المخططات التفصيلية وفقاً لبرنامج زمني للمناطق

(1)- أنظر المواد 13 . 14 . 15 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91، المصدر السابق.

(2)- المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 178/91، المصدر نفسه، ص 51.

(3)- عايدة ديرم، المرجع السابق، ص 56.

(4)- المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 28.

المحددة بالمخطط الاستراتيجي العام، وذلك بواسطة من تعهد إليه من خبراء واستشاريين ومكاتب هندسية استشارية مقيدة لدى الهيئة العامة للتخطيط العمراني طبقاً لنموذج كراسة طرح المخطط التفصيلي ودلائل الأعمال المعدة باتفاق مع المركز الإقليمي للتخطيط والتنمية العمرانية التابع للهيئة، وبالنسبة للمناطق السياحية والصناعية، فيتم إعداد مخططاتها التفصيلية عن طريق الهيئة العامة للتنمية الصناعية والهيئة العامة للتنمية السياحية طبقاً لذات الإجراءات المتبعة في إعداد المخطط التفصيلي.

يراعى عند إعداد المخطط التفصيلي وضع الاشتراطات الخاصة التالية:

- أن يتوافق تقسيم المدينة أو القرية إلى مناطق مع الأهداف والأولويات الواردة بالمخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية.

- أن تغطي الاشتراطات البنائية جميع مناطق المدينة أو القرية.

- توحيد وتكامل الاشتراطات والقواعد داخل المنطقة الواحدة، وذلك طبقاً للقواعد العامة الواردة بالمخطط الاستراتيجي العام.

- أن تكون الاشتراطات الخاصة بأبعاد المباني ومساحة قطع الأراضي وغيرها متفقة مع الاشتراطات والمعايير الواردة بقانون البناء ولائحته<sup>(1)</sup>.

ويتم إعداد المخطط التفصيلي على أساس دراسة السكان وقوة العمل والخدمات، الأنشطة الاقتصادية واستعمالات الأراضي والدراسات البيئية، الاجتماعية، الاقتصادية، العمرانية المكونة للمخطط الاستراتيجي، بالإضافة إلى دراسات أخرى تفصيلية للوضع الحالي والمستقبلي، على أن تشمل هذه الدراسات ما يلي:

الاستعمالات لكل قطعة أرض خالية أو مشغولة بما فيها من استعمالات قائمة وملكيات ومعالم طبيعية من ترع ومصارف وغيرها، والمرافق القائمة من محطات مياه شرب أو صرف صحي وشبكات أرضية أو هوائية للكهرباء أو الاتصالات وشبكات الطرق الممهدة أو غير الممهدة وشبكة مياه الإطفاء العمومية مع بيان جميع أنواع المخالفات القائمة من مخالفات استعمال وجميع أنواع مخالفات البناء، الحد الأدنى لمساحة قطع الأراضي وأبعادها حسب نوعية الاستعمال، ارتدادات المباني الأمامية والجانبية، حالات المباني وارتفاعاتها، الكثافة السكانية ومعدل التزاحم، الكثافة البنائية، كما هناك شروط أخرى متعلقة بتطابق الحدود الفاصلة بين مناطق الاستعمالات مع حدود الملكيات القائمة كلما أمكن ذلك مع احترام الشكل المسيطر على الأرض<sup>(2)</sup>.

(1)- المادتان 21، 22 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 28، 29.

(2)- المادة 23 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 30.

ويظهر تقييد المخطط التفصيلي لحق البناء في اجبارية وجود اشتراطات المناطق من حيث استعمالات الأراضي وانشغالات المباني بمشروعات التخطيط التفصيلية للمناطق القائمة متماشية مع الاستعمالات الحالية والاشغالات بالمنطقة مع السماح بإبقاء الحالات المخالفة على ما هي عليه وقت اعتماد التخطيط التفصيلي بشروط معينة، تتمثل فيما يلي:

- عدم السماح بأية زيادة في المباني أو الاستعمالات أو الاشغالات المخالفة أيا كان نوعها أو سببها خلال مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ اعتماد مشروع التخطيط التفصيلي يوقف بعدها الاستعمال المخالف، ويجوز مد هذه المدة لمدة أخرى أو مدد لا يتجاوز مجموعها عشر سنوات من التاريخ المذكور، وذلك بعد موافقة الإدارة العامة للتخطيط والتنمية العمرانية.
- حظر الترخيص بإجراء أي تقوية أو دعم أو تعديل في المباني المخالفة للاشتراطات أيا كانت الظروف أو الأسباب التي تتطلب ذلك.

ويتم توضيح اشتراطات المخطط التفصيلي من خلال خرائط توضح المناطق المختلفة وتقرير مكتوب يختلف ترتيبه وتنظيمه من مدينة أو قرية لأخرى، ويشتمل على مقدمة لشرح الغرض من اشتراطات المناطق، الاشتراطات التفصيلية الواردة بالمخطط الاستراتيجي العام لهما، وكذا الاستعمالات غير المطابقة للمخطط التفصيلي، والتي تعد على سبيل المخالفات الموجودة عند البدء في إعداد المخطط<sup>(1)</sup>.

وتحدد الكثافة البنائية عند بداية إعداد مشروع المخطط التفصيلي للمنطقة، مع مراعاة الظروف المحلية لكل مدينة أو قرية ووفقا لإجمالي عدد الوحدات السكنية والخدمات المطلوبة لسنة الهدف والقيمة الاقتصادية للأراضي والاستعمالات المسموح بها، حيث توصف كل منطقة بالتفصيل وتوضع حدودها في المخطط التفصيلي، وينتج عنها تحديد الاستعمالات المسموح بها وفقا للائحة اشتراطات بنائية خاصة، ومن أهمها؛ اشتراطات المساحة والأبعاد، اشتراطات نسب التغطية، الارتفاعات، أنماط المباني السكنية المسموح بها ( فيلات، عمارات متوسطة الارتفاع، عمارات عالية)، كما تحدد طبيعة إشغال المباني بنوعية معينة من النشاطات داخل المباني السكنية الموجودة في المنطقة السكنية طبقا لاشتراطات المخطط الاستراتيجي العام للمدينة<sup>(2)</sup>.

ويظهر خطر المخطط التفصيلي على الملكية العقارية الخاصة في المناطق الخاضعة لإعادة التخطيط والمناطق غير المخططة.

(1)- المادتان 24،25 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر نفسه، ص 31.

(2)- المواد 26،28،29 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 31،32،33،34.



وتحدد مناطق إعادة التخطيط التي تنطبق عليها الحالات المنصوص عليها في القانون، والتي يقرها المجلس بناء على عرض المحافظ المختص كمناطق تخضع لتعديل استخدامات الأراضي عند إعداد المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية أو المخطط التفصيلي ووفقاً للأسس والمعايير التالية:

أ- أن تكون المنطقة واحدة من المشروعات ذات الأولوية التي اتفق عليها ذو الصلة وشملها المخطط الاستراتيجي العام كمناطق تم تغيير استخدامها وفق مخرجاته أو مخرجات المخطط التفصيلي في هذا الإطار.

ب- أن يعود تعديل استخدام الأرض بالنفع على هذه الأرض من جراء التعديل من جهة، وعلى الجهة الإدارية التي تقع المنطقة المعنية في نطاقها وعلى جموع مواطني المدينة أو القرية من جهة أخرى.

ج- أن يؤدي تعديل الاستخدام إلى تعظيم الفائدة على سكان المدينة والمنطقة، وأن يساهم التعديل في تنفيذ المخطط العام الاستراتيجي ومخرجاته.

د- أن تتوفر آلية تنفيذ التعديل.

وتتبع ذات الإجراءات الخاصة بإعداد واعتماد المخططات التفصيلية لمناطق إعادة التخطيط التي يتم تحديدها وإعلان بيان لها بقرار من المحافظ المختص ويقرها المجلس، ثم تتم خطوات وإجراءات التفاوض مع ملاك العقارات والأراضي داخل منطقة تعديل الاستخدام وإعادة التخطيط، ليتم الاعلان عن وصف منطقة التعديل وحدودها ومساحتها ليتقدم ملاك العقارات المبنية الواقعة داخل المنطقة المحددة أو الأراضي الفضاء بها خلال شهر من تاريخ الإعلان بالمستندات الدالة على إثبات الملكية لتلك الأرض وذات العقار، فتحرر الجهة الإدارية اتفاقاً بين الملاك الراغبين في ذلك على إعادة توزيع الملكيات طبقاً لما تسفر عنه أعمال إعادة التخطيط بذات الأنصبة وطبقاً لنسب الاستغلال المحددة بالمخطط، فإذا فشل الاتفاق الودي ورفض بعض الملاك على عدم المشاركة في إعادة توزيع الملكيات، فتقوم الجهة الإدارية بإجراءات نزع الملكية بهدف إعادة التخطيط وفقاً للإجراءات الخاصة بهذه العملية والتعويضات المحددة لها في القانون رقم 10 لسنة 1990، ثم تتولى إعداد حصر لوحدات الشاغلين من غير الملاك لهذه المنطقة لتدبير مسكن أو نشاط بديل للحائزين بذات المساحة وذات المستوى، أو بدفع قيمة إيجارية مناسبة لحين إتمام النقل للمسكن أو النشاط الجديد<sup>(1)</sup>.

وعليه، يكون ملاك العقارات مجبرين على قبول الاتفاق الودي، فتقيد سلطتهم في التصرف في عقاراتهم، ويتم استبدالها بعقارات أخرى وإلا يتحول التقييد إلى تجريد من ملكيتهم.

(1) - المادتان 64، 65 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 66، 67.

ويلاحظ أن محتوى المخطط التفصيلي يشابه مخطط شغل الأراضي من حيث وجود مذكرة بيانية وتقرير تفصيلي لاستعمالات الأرض.

وعلى غرار المشرع الجزائري، أسس قانون التعمير التونسي قواعد إعداد أمثلة التهيئة العمرانية وإجراءاتها؛ كأداة تخطيط عمراني تتولى الجماعة المحلية المعنية بالاشتراك مع مختلف المصالح المختصة ترابيا التابعة للوزارة المكلفة بالتعمير إعداد مشاريع هذه الأمثلة وطرق مراجعتها، بحيث كل بلدية ملزمة بأن يكون لها مثال تهيئة عمرانية وكل تجمع عمراني ريفي مهما كان حجمه، وتعطى الأولوية للتجمعات العمرانية الكبرى على حساب الأراضي الفلاحية أو المناطق الطبيعية المحيطة بها.

وتعد أول مرحلة من مراحل إعداد مشروع المثل هو إحالته على كل المؤسسات والمنشآت العمومية المعنية، وعلى المصالح الإدارية الجهوية لإبداء الرأي فيه كتابيا مع التسبيب القانوني في أجل أقصاه شهر واحد من تاريخ استلامها للمشروع<sup>(1)</sup> الذي يتضمن خريطة أو عدة خرائط معدة بسلم هندسي وترتيب عمرانية، وتقرير يحتوي كشف عن الأوضاع الاجتماعية، الاقتصادية، والديموغرافية الحالية للمنطقة المعنية، عرض التطورات المستقبلية للسكن والأنشطة الاقتصادية ومجمل التجهيزات العمومية، آفاق تطور المناطق العمرانية الحالية المبرمجة للتعمير في المستقبل، تحليل شامل لكل التأثيرات السلبية لتطبيق مثال التهيئة على المحيط الطبيعي والبيئي للمنطقة المعنية، كل الاحترازات والتدابير الواجب اتخاذها للمحافظة عليها وسبل إحيائها، وكذلك بيان ملائمة توجهات التطور العمراني مع آفاق المثل التوجيهي للتهيئة، واستقراء لكل النصوص التشريعية المنظمة للإرتقاقات العمومية في استعمال المجال الترابي المعني، تحديد مساحات مختلف المناطق بأنواعها وإبراز أهداف تطورها في حالة مراجعة مثال التهيئة، اقتراح وسائل علمية دقيقة لتطبيق مثال التهيئة والحفاظ على الوعاء العقاري<sup>(2)</sup>.

وفي حالة عدم رد المؤسسات والمصالح المعنية على مشروع المثل بعد انتهاء أجل شهر واحد، يعد سكوتهم موافقة ضمنية عليه، ثم يحال المشروع على الوزارة المكلفة بالتعمير للنظر فيه<sup>(3)</sup>، وإرجاعه خلال شهر من تاريخ استلامها له، ثم يعرض المشروع بعد ذلك على المجلس البلدي أو الجهوي حسب الحال ليأذن بعملية تعليقه بمقر البلدية أو بمقر المعتمدية أو الولاية بهدف أن يطلع عليه الجمهور، وينشر إعلان استقصاء بشأنه عبر وسائل الإعلام المسموعة والمكتوبة وبالرائد الرسمي لمدة شهرين، حيث يمكن لكل شخص يعنيه الأمر وضع ملاحظاته بدفتر استقصاء مفتوح لهذا الأمر، يودع بمقر البلدية أو المعتمدية أو الولاية المعنية.

(1)- أنظر الفصل 16 من القانون عدد 122 المنقح بالقانون عدد 29 سنة 2009، المؤرخ في 09/06/2009.

قرار وزير التجهيز والإسكان يتعلق بضبط الوثائق المكونة لمثال التهيئة العمرانية، مؤرخ في 03/10/1995.

(3)- الفصل 16 من القانون عدد 122 المعدل والمنقح، المصدر السابق.

وكما أتاح المشرع التونسي توجيه مذكرة اعتراض بواسطة مكتوب مضمون الوصول إلى السلطة الإدارية المعنية<sup>(1)</sup>، وبعد إنهاء أجل الاستقضاء، يقوم رئيس المجلس البلدي أو رئيس المجلس الجهوي حسب الحال بإحالة مشروع المصالح الجهوية المعنية بشكل مباشر مصحوبا بالمعارضات الإجمالية أو الملاحظات الناتجة عن الاستقضاء لإبداء الرأي فيها، كما يتولى إحالة المشروع إلى المصالح الجهوية التابعة للوزارة المكلفة بالتعمير، وعند الاقتضاء على المصالح المركزية لإدخال تعديلات جوهرية وأساسية عليه بهدف إيجاد تناسق وطيد مع بقية أمثلة تهيئة المناطق المجاورة والتجانس مع الترتيب العمرانية السارية المفعول.

وتمهل مدة شهر لإبداء الرأي بالتعديل أو الإبقاء، يبدأ حسابه من تاريخ إيصال لهذه المصالح بمشروع المصالح، ثم يعرض المشروع مرفقا بالاعتراضات، ورأي اقتراحات المصالح الإدارية، المؤسسات والمنشآت العمومية المستشارة، ورأي المصالح الجهوية على المجلس الشعبي البلدي أو الجهوي المعني للمداولة خلال شهر واحد<sup>(2)</sup>، لتتم المصادقة على أمثلة التهيئة العمرانية بأمر واقتراح من الوزير المكلف بالتعمير، ويعلق المصالح المصادق عليه بمقر البلدية أو الولاية المعنية، وتتم عملية إعلام العموم بذلك بواسطة الوسائل السمعية والمكتوبة للإعلام، بعدها يحق لكل شخص الاطلاع على مثال التهيئة عن طريق طلب نسخة مقابل مبلغ مالي مضبوط وفق التشريع الجاري العمل به<sup>(3)</sup>.

وجاءت مجلة الجماعة المحلية التونسية بأحكام متعلقة بالحوكمة المفتوحة، فأوجبت خضوع برامج التنمية والتهيئة الترابية إلى آليات الديمقراطية التشاركية، بحيث يضمن مجلس الجماعة المحلية لكافة المتساكنين وللمجتمع المدني مشاركة فعلية في مختلف مراحل إعداد برامج التهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها وتقييمها، وكذا إعلامهم مسبقا بكل مشاريعها، وأصبح يعتمد النشر بالمواقع الإلكترونية للجماعات المحلية وبكل الوسائل المتاحة، وتعلق بمقراتها مشاريع القرارات الترتيبية قبل عرضها للتداول على مجالسها المنتخبة<sup>(4)</sup>.

ومن آثار المصادقة على مثال التهيئة هو قيام الجماعة العمومية المحلية المعنية أو الوزارة المكلفة بالتعمير بكل الإجراءات الضرورية ذات طابع عملي لتحديد أنواع المناطق المخصصة لكل غرض، إما مساحات خضراء، طرق، ساحات عمومية، مساحات للتجهيزات الجماعية عن طريق وضع علامات ظاهرة، مع شرط عدم عرقلة هذه العلامات الاستغلال العادي للعقارات المعنية بالتحديد من طرف

(1) - الفقرة الرابعة من الفصل 16 من القانون رقم 122 المنقح والمعدل، المصدر السابق.

(2) - أنظر الفصل 17 من القانون رقم 122 المنقح والمعدل، المصدر نفسه.

(3) - الفصل 19 من القانون رقم 122 المنقح بالقانون عدد 71 لسنة 2005، المؤرخ في 04/08/2005.

(4) - الفصل 29 من القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018، المؤرخ في 09/05/2018، يتعلق بمجلة الجماعات المحلية التونسية، ص 4.

مالكيها، وإذا انجر عن مثال التهيئة فقدان الصيغة الوظيفية للمساحات الخضراء، فإن ذلك يكون بمقتضى أمر باقتراح من الوزير المكلف بالتعمير، لكن بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالبيئة والتهيئة الترابية<sup>(1)</sup>.

وتتم دراسة تصميم التهيئة في القانون المغربي وإجراءات بحثه والموافقة عليه بقرار أولي، يقضي باتخاذ تعيين حدود الرقعة الأرضية المشمولة بهذا التصميم وفق دراسة فنية، وتوكل مهمة إعداد مشروع تصميم التهيئة إلى مبادرة من الوزارة المكلفة بالتعمير ومساهمة الجماعات المعنية والمجموعة الحضرية في حالة وجودها، أو بمساهمة الوكالة الحضرية في ذلك إذ خول لها القانون هذه الصلاحية.

وتطبق نفس الإجراءات القانونية التي يمر بها المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية على تصميم التهيئة، هذا الأخير يعرض من قبل الوزارة المكلفة بالتعمير أو الوكالة الحضرية على لجنة محلية، وعناصرها هي نفس عناصر اللجنة السالفة الذكر المرصودة في نفس المادة ( 05 ) من المرسوم 832.392 السابق الذكر لإبداء رأيها في المشروع المزمع إنجازه، وبعد انتهاء أعمال هذه اللجنة المحددة بخمسة عشر يوما على الأكثر تعد بيانا مختصرا لمجمل أعمالها مرفقة بمحضر عنه، يوجه إلى الوزارة المكلفة بالتعمير أو إلى مدير الوكالة الحضرية حسب الحالة، بهدف اتخاذ قرار مناسب بشأن ذلك، ثم يحال المشروع إلى مجالس الجماعات، أو إلى مجلس الجماعة الحضرية حسب الحال<sup>(2)</sup>، ولهذه الأخيرة أن تبدي اقتراحاتها خلال شهرين، فإن سكت بعد هذه المدة، عد سكوتها موافقة ضمنية<sup>(3)</sup>.

ثم تبدأ مرحلة البحث العلني الذي يفتتح وجوبا من قبل رئيس مجلس الجماعة، لكن قبل ذلك لابد من نشر إعلان متضمن تاريخ افتتاح واختتام البحث، أين يمكن لكل من يعنيه الأمر الاطلاع على مشروع تصميم التهيئة، وتم عملية النشر في جريدتين يوميتين، وبمحل ملصقات مقر الجماعة، بمعدل مرتين تفصل بينهما ثمانية أيام، كما يمكن إعلام الغير بأي وسيلة إعلامية ملائمة، ويوضع سجل مفتوح بمقر الجماعة يسمح فيه بتسجيل الملاحظات مباشرة أو إرسالها في ظرف مضمون الوصول مع إشعار بالتسليم من قبل رئيس مجلس الجماعة المختصة<sup>(4)</sup>.

(1)- الفصل 20 من القانون عدد 122، المصدر السابق.

(2)- أنظر المواد 19 . 20 . 21 عدد 122 من المرسوم 832، 392، المصدر السابق.

(3)- المادة 24 من القانون رقم 90.12، المصدر السابق.

(4)- أحمد أجمعون، الدليل القانوني والقضائي للتعمير، الجزء الأول، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، 2013، ص 352.

وفي حالة وجود اقتراحات من طرف كل معني بالأمر، فيقوم رؤساء المجالس المذكورة بتوجيهها إلى السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير بهدف دراستها، بمعنى هناك دراسة أولية من قبل المجالس ثم دراسة أخيرة من السلطة الحكومية التي توافق على تصميم التهيئة بموجب مرسوم ينشر بالجريدة الرسمية. ويبقى دور مجالس الجماعات أو مجلس المجموعة الحضرية اتخاذ جميع التدابير والإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكام تصميم التهيئة واحترامها بالتشاور مع المصالح الخارجية، التابعة للسلطة الحكومية المكلفة بالتعمير أو الوكالة الحضرية حسب الحالة، والاتصال مع كل الإدارات المعنية بمشاريع التهيئة التي مصدرها تصميم التهيئة، والعمل على متابعة مدى تقدم تنفيذ الأحكام الواردة في هذا التصميم، ومدى تنفيذ الأشغال العامة<sup>(1)</sup>.

ونهجت حكمة التعمير والبناء بالمغرب أسلوب المقاربة التشاركية أحادية الطرف في إعداد السياسة التعميرية لمخطط توجيه التهيئة العمرانية، حيث تشارك كل الوزارات المختلفة كمتدخلين من الدولة في إعداد مشروع المخطط وإنجاز دراستهم فيه، لكن دور المواطنين مغيب في قانون التعمير، وحتى أوردت المادة الثالثة من المرسوم 832. 292 المطبق للقانون 12.90 عبارة: "ويمكن أن تستعين اللجنة بكل إدارة أو شخص ترى وجود فائدة في الاسترشاد برأيه".

وكما منحت المادة (05) من هذا القانون أيضا لرئيس اللجنة المحلية الحق في دعوة أي شخص يكون أهلا في أعمالها، وهذا الغموض الذي أضفته عبارة "كل شخص" بصفة عامة وغير محددة لا يعطي تفسيراً، بل يفتح المجال لنطاق مجهول غير محدد، وكان الأولى منح هذه المقاربة لمشاركة المواطنين في العملية العمرانية، أو يرجع السبب في عدم إشراكهم هي الفوضى العقارية التي عمت الأنسجة الحضرية وزيادة النمو الديموغرافي، مما يجعل الضوابط التنظيمية لتأطير المجال العمراني لا جدوى لها إلا بتدبير مركزي ولا مركزي محصور في الجهات الإدارية المختصة في إعداد أدوات التخطيط الحضري، والتي تضمن تخطيط عمراني سليم.

أما المشرع الفرنسي فقد وضع مخطط شغل الأراضي (le plan d'occupation des sols)؛ كتعبير عن قانون الأراضي، ويشكل جزء كبيراً من التدخلات على الفضاء الطبيعي المدمج، ويفرض على العقار المبني عدة قيود مرتبطة باستخدام الأراضي وارتفاعها، لذلك فهو أداة مرجعية يستخدمها المسؤولون المنتخبون المحليون للسياسة التنموية العمرانية وتطبيقاً لما ورد في المخطط المحلي للتعمير.

ويترجم مخطط شغل الأراضي التنظيم المكاني والفيزيائي استخدامات الأراضي بأكثر تفصيلاً عن المخطط المحلي للتعمير.

(1) - المرجع نفسه، ص 352.

وإن تطوير وتسيير مخطط شغل الأراضي مرفوضة لمجموعة واسعة من المشاركة المعلوماتية، واتحاد الشراكة المؤسساتية لمدة طويلة، وتقييم وتحديد الاستراتيجيات العمرانية في الوقت المناسب وفق ضوابط وأهداف موضوعة لإجراءات عمل موحدة تضمن تخطيط اقتصادي واجتماعي وثقافي متجانس لكل الفضاءات الحضرية.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي كانت بمنصف السبعينات فجوة معتبرة بين وثائق التعمير والواقع الاقتصادي، الاجتماعي، والسياسي لإنتاج المدينة<sup>(1)</sup>، فوضعت مخططات متعددة من (SDAU, LOF)، لكن رغم ذلك لم تتكيف المعايير الموضوعة في هذه المخططات مع خصائص كل إقليم بشكل كبير، ونتيجة لذلك، حرفت المخططات العمرانية حقيقة متباينة من خلال إجبارها على التكيف مع فئات غير مصممة لها<sup>(2)</sup>.

وكما عرف التعمير الفرنسي وجود تضاد بين التخطيط المركزي الذي يوصف أنه كمي ووظيفي، وهو جزء من منطقتي تصاعدي وتنازلي وبين التخطيط المحلي، الذي ينطلق من المنطق التصاعدي، رغم أن التخطيط المركزي أحد مكونات التخطيط المحلي، مما أدى إلى فشل أدوات العمراني التقليدي لعدم تناسبه مع القضايا الحضرية الجديدة، وكان لابد من آليات تخطيط حقيقية موازية للتطور والتنمية العمرانية، فاستحدثت أداتين آنذاك الخطة التوجيهية للتهيئة والتعمير (SDAU<sup>(3)</sup>) لتحديد التوجهات الأساسية للتهيئة للأقاليم المعنية من منظور تنبؤي، وتوقعات بإجراءات مختلفة، تتخذ على المدى الطويل، وقد حلت هذه الخطة محل الخطة التوجيهية (SD)، ثم مخطط شغل الأراضي (POS)؛ الذي يتكون من وثائق تنظيمية تحدد شغل الأراضي وكذلك القواعد التي تعلقها، لكن لم يتضمن مخطط شغل الأراضي أي توجيه أو برنامج محدد<sup>(4)</sup>.

وتميز الجانب العمراني بغياب عن التطور الذي شهده العالم، مما استلزم ضرورة إعادة توجيه المشروع الحضري، حتى لا يبقى دوره محصور في تطبيق قانون الأراضي، ليكون التخطيط العمراني الفرنسي القديم مجرد تراكم لقيود الحق في البناء.

(1)-Calame P, De la théorie à la pratique quotidienne de l'aménagement, la gestion des documents d'urbanisme, Les annales de la recherche urbaine, 1979, p 37,65, [https://www.persee.fr/doc/aru\\_0180-930](https://www.persee.fr/doc/aru_0180-930).

(2)-Ibid, p 38.

(3)-SDAU: Schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme.

(4)-Ingallina P, le projet urbain, presses universitaires de France, 2 éme édition, Paris, France, 2003, p127.

وإن مخطط شغل الأراضي بفرنسا ليس وثيقة تدمير مستقلة، بل هو مرتبط بعدة مخططات مثل (PAZ . ZAC)، وحتى أن وضع البلديات غير خاضعة لهذا المخطط، تطبق عليها قاعدة البناء المحدود، لذلك فمخطط شغل الأراضي هو أداة لتنظيم أو تسيير النزاعات المحلية<sup>(1)</sup>.

ويعتبر مخطط شغل الأراضي من أقدم الوثائق العمرانية المحلية، والتي تطبق عادة على البلدية، وتحدد القواعد العامة استخدام الأراضي، ويعين احتمالات البناء في مناطق معينة، ومنعها في مناطق محددة.

ويحتوي مخطط شغل الأراضي على المخطط المسحي البلدي، والمقسم بدوره إلى مناطق مصنفة حسب وظيفة وطبيعة الأراضي واستعمالاتها (منطقة فلاحية، طبيعية، صناعية)، وتحدد القواعد المرافقة لكل منطقة وشروط البناء.

ويخلص من خلال ما سبق:

اشتركت التشريعات محل الدراسة في طريقة تناول أحكام المخططات العمرانية والرخص العمرانية كقيود تنظيمية واسنادية بحسب وظيفتها في الحد من حق البناء، الذي هو حق متجزئ من حق الملكية، بحيث يعود السبب في ذلك للتأصيل التاريخي والقانوني للتشريع العمراني الفرنسي، الذي كان سابقا نحو الاستراتيجيات الحديثة في مجال التطور الحضري من سنة 1945 إلى غاية اليوم، بحيث عرف عدة مراحل مختلفة، بدء من مرحلة بين سنة 1945 إلى سنة 1955، وهي مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية، أين كان من الضروري إعادة بناء ما تهدم خلال الحربين، واتبعت سياسة عمرانية حديثة عن طريق الاعلان عن قانون التعمير والسكن سنة 1954.

ولقد حاول المشرع الفرنسي إيجاد طرق استعجالية لتلبية حاجات السكان، وتغطية العجز القائم في تهدم النسيج العمراني لمدة ستة عشر سنة، لتأتي مرحلة العمران القطاعي من سنة 1955 إلى سنة 1982، بحيث مع رجوع المعمرين من الجزائر في بداية 1960، ظهرت أزمة السكن من جديد بفرنسا، مما أدى إلى دعم الدولة للمراجع التشريعية والتنظيمية لحل هذه الأزمة، من خلال قانون 7 أوت 1957 المتعلق بالمناطق القابلة للتعمير بأولوية (ZUP)، ثم إنشاء المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير لمنطقة باريس (SDAURP)، ثم خلق مفوضية تهيئة الإقليم للتدخل الجهوي (DATAR) سنة 1963، بهدف وضع سياسة إدارية لخلق التوازن بين الأقاليم، ثم تكفلت الدولة بتشجيع إنشاء شبكات مهندسين، لوضع مظهر حضاري بسيط وسهل الإنجاز، تكون أولويته للسكن وإهمال بقية التجهيزات، ما أدى إلى الانتهاء إلى عمران المخططات الذي لا يأخذ بعين الاعتبار الحقائق الجغرافية والبشرية للمكان، لكن فشلت هذه

(1)-Plan d'occupation des sols: Orientation bibliographique, éditions villes et territoires, centre d'études et de prospective, direction de l'architecture et de l'urbanisme, paris, France, <http://www.cdu.urbanisme.developpement.durable.gouv.fr> 28/04/2016, 14:53.

السياسة العمرانية نتيجة تحسن المستوى المعيشي للسكان، فتوجه القادرون منهم مالياً إلى ما يوفره القطاع الخاص<sup>(1)</sup>، وبعدها جاءت مرحلة إعادة النظر في جميع المجالات الاقتصادية، السياسية، الاجتماعية، وعرف ما يسمى بالعودة إلى مقياس المدينة خلال سنوات 1970-1982، وارتفعت نسبة البطالة في فرنسا، وتضاءل عدد التجهيزات العمومية وتطورت أحكام البناءات الفردية، مما أدى إلى إخلاء التجمعات الكبرى من السكان ذوي الدخل المتوسط ودعمت الانعزال، مما اضطر إلى خلق وزارة البيئة سنة 1971، واعتماد مبدأ إعلام المواطن فيما يخص المشاريع الحضرية سنة 1973، ووضع سقف قانوني للكثافة في 1975، وإنشاء قانون تنظيم العمران ومنع نهائياً إنشاء (ZUP) سنة 1976.

وعرفت مرحلة التوجه نحو سياسة المدينة وعمران المشاركة من 1982 إلى 2000، ونتيجة تدهور الإطار المعيشي وفشل المقاربات القطاعية، أصبحت المقاربة الشاملة هي التوجه نحو سياسة المدينة لخلق روابط اجتماعية ومجالية بين مختلف أجزائها، ودعم دور الإعلام في معالجة المشاكل الحضرية، وجعلت اللامركزية لسنة 1982 الجماعات المحلية هي المسيطرة، وشريكة فعالة في مجال التعمير، فتم وضع قانون 1989/07/10 المقرر لمبدأ المشاركة في إعداد المشاريع الحضرية على شكل تعاقدية يسمى عقد المدينة، وتلاه القانون التوجيهي للمدينة (LOV) سنة 1991، الذي هدف إلى تحقيق تنمية متوازنة بين الأقاليم الحضرية<sup>(2)</sup>.

وكما عرفت الفترة من 2000 إلى 2010 عمران المشاريع، نظراً لأن وظيفة المخططات مقتصرة على تحديد، وضع، وصف، تشكيل، وتقدير وربط بين الأعمال والتدخلات، فقد أصبحت غير قادرة على تسيير وتنظيم المجال الحضري بمفردها، فكان لابد من الاستعانة بآليات أخرى أكثر مرونة وتفاعل مع المجتمع المدني، وهي الاستناد على المشاريع الحضرية الممولة من قبل الدولة.

وسمح مشروع عمران المشاريع الذي تم إطلاقه في جوان 2010 لكل من الفاعلين في العمران، التهيئة، والبناء والبيئة بالعمل معاً لتسهيل ظهور المشاريع، وللقيام بذلك لابد من تحرير وتقييم الإمكانات الحضرية غير المستغلة، ومن الضروري أيضاً تسهيل إكمال المشاريع المعقدة أو الطموحة، لتحقيق التخطيط الذكي من أجل المدن العمرانية المستدامة، وضمان التنسيق واتساق الإجراءات والأهداف، ويهدف عمران المشاريع إلى تغيير الممارسات التقليدية في التعمير، وإيجاد تكييف جديد على الإطار التشريعي والتنظيمي بطريقة أكثر تبسيطاً وتوضيحاً، حتى يتمكن أصحاب المصلحة من التركيز على

(1)-Amélie Darley، L'urbanisme de projet، Les cahiers de l'institut d'aménagement et d'urbanisme de la région d'Île-de-France، n° 162، Mai 2012، p 10,11.

(2)-Alain Hayot، op.cit.، p 98,101.



الضروريات ومستقبل المناطق والاستجابة للتوقعات من سكانها، مما أدى على مراجعة وثائق التخطيط العمراني، وتبسيط نظام رخص البناء.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث: آثار المخططات العمرانية على الملكية العقارية الخاصة

تتخذ المصلحة العامة وجهان أولهما ايجابي بتحصيل النفع العام للجماعة ما كان موجودا ووجهه ثاني سلبي وهو دفع ضرر عام عن الجماعة، إما برفعه قبل الوقوع أو برفعه بعد الوقوع. وهناك استثناءات مفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة باعتبارها حقا مطلقا وهو ما سيعطيها صبغة وظيفية أفرزت عدة قيود مسلطة على حق التصرف فيه، ويعتبر التحكم في المجال العمراني عن طريق المخططات العمرانية من الأمور التي شرعت تدخل الدولة بفرض عدة ضوابط حدثت من حرية المالك في استعمال سلطاته في عقاره بشكل واضح<sup>(2)</sup>، وحتى يحد من إرادة الإدارة في تسيير شغل الأراضي، وكما تقيد هذه المخططات مخططات أخرى. كل هذه الآثار سيتم تفصيلها في الفروع التالية:

#### الفرع الأول: القوة الإلزامية لمقتضيات المخططات العمرانية

أقرت التشريعات محل الدراسة جملة من التوجهات والإجراءات على المستوى المحلي لتنظيم استعمال المجال الحضري، والتي من شأنها ضمان التناسق على تركيز المشاريع الكبرى بين الأساسية والتجهيزات العمومية والتجمعات السكانية.

ولإمكانية الاستجابة لهذه التوجهات أوجب على الدولة أن تتخذ عدة وسائل تنظيمية لاستعمال المجالات، لكن السؤال المطروح: ما مدى تقييد هذه الآليات لأهم عنصر من عناصر الملكية العقارية الخاصة؛ وهو حق التصرف؟

وكذا يثور التساؤل حول مدى الزامية هذه المخططات؟، هل هي من قبل التدابير التوجيهية التي تفقد صبغتها الأمرة ولا ترتقي لدرجة القوانين رغم دورها الهام والمفروض في تحقيق التطور والتخطيط الأمثل للمجال الحضري، أم أنها قيد تنظيمي على الملكية العقارية الخاصة؟

ولا يوجد نص قانوني صريح في قانون التهيئة والتعمير يدل على إلزامية المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير في تقييد حرية المالك في التصرف في عقاراتهم، ولكن تظهر قوته الإلزامية في

(1)-Plan Bâtiment durable, [www.planbatimentdurable.fr](http://www.planbatimentdurable.fr)

(2)- معز جبر، القيود التوجيهية المسلطة على حق التصرف في الملكية، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص 157.

المخططات التي تنفذه، وهي مخططات شغل الأراضي، وكذا في رخص التعمير، فلا يمكن التصريح برخصة البناء، التجزئة أو الهدم إذا كانت غير متوافقة مع أحكام هذه المخططات.

وأوجب الفصل (10) من مجلة التهيئة الترابية أن تكون أمثلة التهيئة العمرانية، عمليات التهيئة وجميع برامج البنية الأساسية والتجهيز مطابقة لبيانات الأمثلة التوجيهية للتهيئة.

وهذا دليل قاطع على مدى إلزامية مطابقة جميع الوثائق العمرانية لأحكام الأمثلة التوجيهية للتهيئة.

وهو ما أضاف تأكيده الفصل (18) من نفس المجلة على ما يلي:

" تراعي أمثلة التهيئة العمرانية وجوبا التوجهات الصادرة بالأمثلة التوجيهية للتهيئة..."

وأقر الفصل (5) من مجلة التهيئة الترابية في إطار انتصاب المساحات التجارية الكبرى وجوبية الحصول على ترخيص مسبق من السلطة المعنية مع إلزامية وجود دراسة المؤثرات على المحيط الطبيعي وعلى الانعكاسات المحتملة لتركيز تلك المساحات على محيطها الاقتصادي والاجتماعي التي تشملها دائرة الاستقطاب الناجمة المتوقع منها، وهذا يعد قيودا على سلطة التصرف على الملكية، كما أن الترخيص شرط ضروري، يجعل من المالك مجبرا التقيد بشكليات إدارية تعد من صحة شروط التصرف القانوني في ملكيته.

ويكون المالك معرضا في الوقوع برفض مشروعه، لأنه تحت رقابة الإدارة التي لها صلاحيات في إجباره على إدخال التعديلات اللازمة للحد من التحفظات السلبية لهذا المشروع على المحيط الطبيعي وعلى توازن البيئة العامة<sup>(1)</sup>.

وخصص المشرع المغربي بقانون التعمير فرعا عنونه بالآثار المترتبة على مخطط توجيه التهيئة العمرانية، وجعل أول أثر قاعدة أمره مفادها إلزامية التقيد بأحكام مخطط توجيه التهيئة العمرانية، من قبل الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وأشخاص القانون الخاص المعنوية التي يكون رأسمالها بأجمعه مملوكا للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة<sup>(2)</sup>.

وكما ربط الإذن بإنجاز مشاريع التجزئة أو المجموعات السكنية أو مشاريع البناء مرهون بعدم مخالفتها للأحكام المقررة في مخطط توجيه التهيئة العمرانية المتعلق بالمناطق العمرانية الجديدة والأغراض العامة المخصصة لها الأراضي الواقعة فيها<sup>(3)</sup>.

واتسع نطاق إلزامية المخططات التوجيهية في المغرب من الأشخاص إلى الوثائق التعميرية الأخرى، لتلتزم أيضا التصاميم العمرانية؛ كتصاميم التنطيق وتصاميم التهيئة وتصاميم التنمية بالتقيد

(1) - معز جبر، المرجع السابق، ص 158، 159.

(2) - أنظر المادة 9 من القانون 90. 12، المصدر السابق، ص 8.

(3) - المادة 10 من القانون 12.90، المصدر نفسه، ص 8.

بمقتضيات مخططات توجيه التهيئة العمرانية، ولا يمكن أن تعارض أحكامها، لأنها عبارة عن مخططات تفصيلية تنفيذية لها<sup>(1)</sup>.

ويعتبر التشريع الفرنسي أن مخططات التعمير هي بمثابة ضوابط تريبية، ولكن رغم ذلك تثير تساؤل على المستوى الفقهي عن طبيعتها القانونية ومدى استجابة المالك إلى هذه الضوابط من عدمه؟

وكان المخطط المحلي للتعمير (PLU) في الثمانينات يفرض قيودا متعددة على صاحب العقار في البناء، تشكل منعا كبيرا لحرية استعماله وتمتعه بملكه، وحتى قانون التعمير الفرنسي حد بشكل كبير الحق في البناء بالنسبة لأصحاب الأراضي الواقعة في البلديات التي لا تملك بطاقة بلدية، لكن حاليا بعد ثلاثين سنة أصبح هذا المخطط أو أية وثيقة تعميمية أخرى تطورت بطريقة كيفية وكمية خففت الصعوبات العملية والمالية في تقييد الملكية العقارية الخاصة<sup>(2)</sup>.

وكذلك يشكل تقسيم المناطق قيودا لاحقة على الحق في البناء، في الحالة التي يقع فيها العقار في منطقة قابلة للتعمير، وتبقى قابلية البناء من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي في حالة النزاع، رغم أنه في سنة 2010 عزز مجلس الدولة الفرنسي سيطرة (PLU) من خلا دراسة مدى كفاية أهدافه مع تحديد المناطق بهدف الإنقاص من تقييده لحرية الأفراد في ملكيتهم العقارية، رغم أن حق البناء يبقى بشكل دائم محدود بالسلطات العمرانية<sup>(3)</sup>.

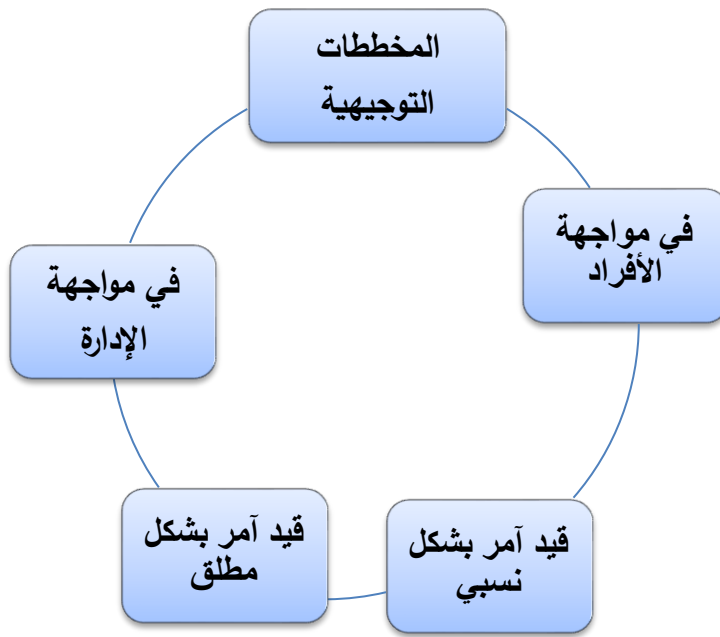
ومن حيث المبدأ لا يتم التعويض عن هذه القيود التي تحد من الحق في البناء، لاعتبارها بمثابة ارتقاقات عمرانية بموجب المادة (L 160-5) من قانون التعمير الفرنسي .

ولابد من التفرقة بين مخططات شغل الأراضي والمخططات التوجيهية، لأن هذه الأخيرة تمثل قيودا على حق التصرف في الملكية بصيغة أمر ذات طابع مزدوج، يختلف منه من الإدارة إلى الأفراد، كما مبين فيما يلي:

(1)- المادة 11 من القانون 12.90، المصدر نفسه، ص 8.

(2)- Marianne Rolain، op.cit. p 108.

(3)- Ibid., p 109.



المصدر: إعداد الباحثة

وبالنظر لطبيعة المخططات التوجيهية فهي في الأصل لم تشكل قيودا على حق المالك في التصرف المادي أو القانوني لعقاره، لأن أساس وظيفتها ضبط التوجهات الأساسية للتهيئة العمرانية البلدية أو البلديات مع الأخذ بالاعتبار تصاميم التهيئة واحتياجات وأولويات التنمية المحلية، وفي انعدام وجود نص قانوني يوقع جزاء عن مخالفة أحكام هذه المخططات، يبقى المالك حرا في عدم الاستجابة لهذه الأدوات، لكن غيرت التشريعات محل الدراسة طبيعة مشاريع مخططاته، لتنتقل من وظيفة التوجيه إلى التحكم وتسيير الملكية العقارية الخاصة، وإجبار المالك على عدم البناء في المناطق الطبيعية، الأثرية، التاريخية والأماكن المصنفة.

وكما منعت هذه المخططات البناء على المدى المتوسط والطويل في القطاعات القابلة للتعمير مستقبلا، وهذا يعد تطورا في الصبغة القانونية للمخططات التوجيهية نحو تقييد صريح، وحد لحق المالك في التصرف في ملكيته.

وإن شرعية تقييد حق التصرف في الملكية العقارية الخاصة هو تقييد مشروع لصالح المصلحة العام، لكنه لتطبيقه يتطلب إيجاد توازن بين الطرفين دون تعسف في استعمال السلطة.

وعليه، يعد تحول حق الملكية وخروجه من دائرة الفردية إلى صبغة عمومية، مما يبرر الوظيفة الاجتماعية والوعاء الجديد لحق الملكية الفردية<sup>(1)</sup>.

لكن بالنظر للواقع العملي، لوحظ منذ نشأة المخططات العمرانية بالجزائر اتسامها بالضعف الهندسي المتطور، فلم تكتسب الخبرة اللازمة لبناء نسيج عمراني حديث يتلاءم واحتياجات السكان، وحتى بمراجعة هذه المخططات أو إلغائها، وحالة انجازها مرة أخرى فهي تفتقد للتقديرات المستقبلية الصحيحة، التي تعتبر إحدى مميزات أدوات التهيئة والتعمير.

وأثبتت ظاهرة البناء الفوضوي عدم فاعلية تطبيق توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

وبما أن المخططات العمرانية عبارة عن قرارات تنظيمية، فإنها تخضع للرقابة باعتبارها صادرة من سلطة تنظيمية، لتكون محلا للطعن عن طريق دعوى فحص المشروع، حيث ينظر القاضي في مدى مشروعية هذه المخططات، فإذا ثبت له ذلك، فإنه يحكم بعدم مشروعيتها إذا كانت مشوبة بأحد عيوب القرارات الإدارية دون أن يتعدى حكمه إلى إلغائها.

ولكن من الناحية العملية، تعتبر دعوى فحص المشروع غير فعالة، وتعتبرها نقائص وإشكالات في التنفيذ، بسبب عدم امتثال الإدارة للأحكام القضائية بعدم مشروعية المخططات التي تعدها وتصادق عليها، لتكون دعوى الإلغاء هي الوسيلة الأنجع إلى جانب دعوى التعويض، في حالة ما إذا ألحقت المخططات ضررا بالأشخاص.

ولقد نصت المادتين (L600-1, L600-9) من قانون التعمير الفرنسي على طريقتين أساسيتين للطعن في مخططات التعمير هما؛ الطريقة المباشرة، والتي تتمثل في إمكانية رفع دعوى إلغاء ضد المخطط المعني خلال مدة شهرين من نشره، أما الطريقة الثانية تظهر في إمكانية إثارة عيب الشكل والإجراءات في مخططات التعمير المحلية بطرق غير مباشرة، وذلك أثناء رفع دعوى رخصة تم منحها على أساس مخطط غير مشروع<sup>(2)</sup>.

ويعتبر تطبيق عيب الشكل محدود بصفة ضيقة، ولا يأخذ به القضاء الإداري الفرنسي إلا في حالات معينة، تتعلق أساسا بالتسبيب، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (L600-1) من قانون التعمير على إمكانية إثارة عدم مشروعية مخططات التعمير بطريقة غير مباشرة على أساس انعدام التقرير التقديمي للمخطط المحلي للتعمير أو وثائقه البيانية، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي أن التقرير

(1) - معز جبر، المرجع السابق، ص 160.

(2) - Rozen Noguellou, L'illégalité du PLU, actualité de droit administrative N° 12, Paris, France, 2011, p 132.

التقديمي للمخطط يدخل ضمن شروط تسيبيه، وبالتالي فإن قصور التسيب يعد عيباً من العيوب الخارجية<sup>(1)</sup>.

وكما اشترطت المادة (L123-2) من نفس القانون تسبب قرار مخطط شغل الأراضي تحت طائلة البطلان، وهذا ما حكمت به محكمة الاستئناف الإدارية لفرساي، عندما ألغت قرار مراجعة مخطط شغل الأراضي على أساس قصور في تسيب مراجعته<sup>(2)</sup>.

وبالنظر لأحكام قانون التهيئة والتعمير، لا يوجد نص يعترف بحق المواطنين الطعن في مخططات التعمير سواء بشكل أصلي أو استثنائي، مما يبرز مدى قوتها الإلزامية وتأثيرها السلبي أحياناً على الملكية العقارية الخاصة.

### الفرع الثاني: مدى تأثير تطبيق مخططات شغل الأراضي على سلطات المالك

تتمثل وظيفة مخططات شغل الأراضي في التشريع الجزائري والفرنسي -وما يقابلها من مخططات تفصيلية في مصر، أمثلة التهيئة العمرانية في التشريع التونسي، وتصاميم التهيئة في التشريع المغربي- بالأساس في ضبط قواعد استخدام الأرض وتحديد المناطق العمرانية حسب الاستعمال الرئيسي ومساحة البناء المسموح بها.

فما مدى تأثير تطبيق مخططات شغل الأراضي في تقييد حق الملكية العقارية الخاصة؟

#### أولاً: مظاهر التقييد في أهداف المخطط

حددت المادة (31) من القانون 90-29 أهدافاً معينة لمخطط شغل الأراضي في إطار توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، تتمثل فيما يلي:

- يحدد بصفة مفصلة بالنسبة للقطاع أو القطاعات أو المناطق المعنية الشكل الحضري، والتنظيم وحقوق البناء واستعمال الأراضي.

- يعين الكمية الدنيا والقصى من البناء المسموح به المعبر به بالمتر المربع من الأرضية المبنية خارج البناء أو المتر المكعب من الأحجام، وأنماط البناء المسموح بها واستعمالاتها.

- يضبط القواعد المتعلقة بالمظهر الخارجي للبناءات.

- يحدد الارتفاقات.

(1)- Ce, 12 juin 1995, assoc, intercommunale le contre un projet de carrière, req, n° 139750, note de Bonichot, j,c, bidu, n° 4, paris, 1995, p 281,

نقلاً عن بوبكر بزغيش، (منازعات العمران)، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017/10/30، ص 45.

(2)- نقلاً عن بوبكر بزغيش، المرجع نفسه، ص 45.

والملاحظ لهذه الأهداف فيها تقييد لحقي الاستعمال والاستغلال الذين يتمتع بهما المالك كأصل عام، فوضع قيود على استعمال واستغلال الأراضي العمرانية المملوكة للخواص تحقيقاً للمصلحة العامة العمرانية، من خلال وضع حدود للكمية الدنيا والقصى المسموح بها في البناء، فليس لأحد أن ينزل عن الكمية الدنيا أو يتجاوز الكمية القصوى المعبر عنها بالمتر المربع من الأرضية.

وكما ليس لأي مالك أن ترك المظهر الخارجي للبناء التي شيدها مخالفاً للمظهر الجمالي للمدينة، لأن التناسق مع الأبنية المجاورة أو الملاصقة لها شرط مهم في تقييم البعد الجمالي، هذا فضلاً عن عدم الخروج عن الطراز المعماري الذي يشكل البيئة العمرانية لا سيما تلك الملاصقة لموقع البناء من حيث شرفاتها.<sup>(1)</sup>

وكذلك لا تخضع القواعد والارتفاقات المحددة بموجب مخطط شغل الأراضي لأي ترخيص بتعديل البناءات الخاصة التابعة للأفراد إلا إذا كانت تتعلق بالتكيفات الطفيفة التي تفرضها طبيعة الأرض أو طابع البناءات المجاورة<sup>(2)</sup>، لأن المدينة وسط يتجمع فيه الأفراد بشكل متقارب من خلال نسيج عمراني مشكل من بنايات ومرافق، ولأجل توفير الاحتياجات، لذا تبرز أهمية تنظيم هذا النسيج العمراني بما يضمن جمالية المدينة، الذي يعكس مظهرها مدى تطورها، وتحضر الأفراد الموجودين فيها، ويبرز دور الإدارة وسلطتها في تقييد المجال التنظيمي<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: تأثير تقسيم القطاعات على الحق في البناء

يتمثل هذا التأثير بالتقسيم الذي فرضه المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير على المناطق العمرانية إلى قطاعات محددة، منها القطاعات المعمرة، المبرمجة للتعمير، قطاعات التعمير المستقبلية، والقطاعات غير القابلة للتعمير.

ويشكل القطاع جزء ممتد من تراب البلدية يتوقع تخصيص أراضيه لاستعمالات عامة وآجال محددة للتعمير<sup>(4)</sup>.

وتشمل قطاعات التعمير المستقبلية جملة الأراضي المخصصة للتعمير على المدى البعيد، في آفاق عشرين سنة، حسب الآجال المنصوص عليها في هذا المخطط.

(1) - عدنان الزنكنة، سلطة الضبط الإداري في المحافظة على جمال المدن وروائها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 78، 79.

(2) - أنظر المادة 33 من القانون رقم 90-29، المصدر السابق.

(3) - أمير جلطي، (الأهداف الحديثة للضبط الإداري)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 119.

(4) - المادة 19 من القانون رقم 90-29، المصدر السابق.

ويظهر تقييد مخطط شغل الأراضي المالك في التصرف في ملكيته في أن كل الأراضي المتواجدة في هذه القطاعات خاضعة مؤقتا للارتفاق بعدم البناء ولا يرفع هذا الارتفاق في الآجال المنصوص عليها، إلا بالنسبة للأراضي التي تدخل حيز تطبيق مخطط شغل الأراضي المصادق عليه.

وكذلك في حالة غياب مخطط شغل الأراضي بهذه القطاعات تمنع كافة الاستثمارات التي تتجاوز مدة اندثارها الآجال المنصوص عليها للتعمير، وكذلك تمنع التعديلات أو الإصلاحات الكبرى للبنىات المعنية بالهدم.

ومنح هذا القيد استثناءات تتيح الترخيص في هذه القطاعات بـ:

- تجديد وتعويض وتوسيع المباني المفيدة للاستعمال الفلاحي.

- الترخيص بالبناءات والمنشآت الضرورية للتجهيزات الجماعية وإنجاز العمليات ذات المصلحة الوطنية.

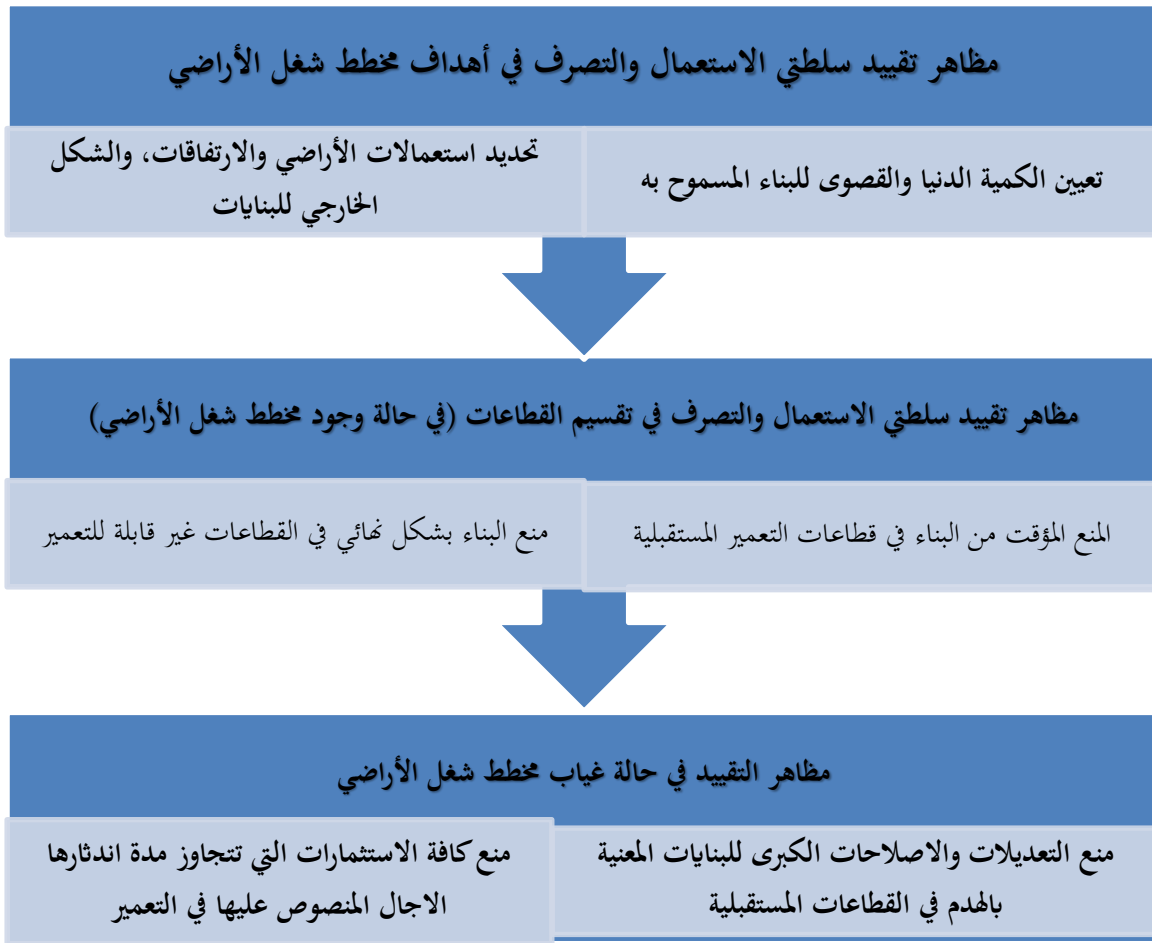
- الترخيص بالبناءات التي تبرر المصلحة البلدية والتي يقرها الوالي بناء على طلب معل من رئيس المجلس الشعبي البلدي<sup>(1)</sup>.

وأما بالنسبة للقطاعات غير القابلة للتعمير؛ فهي التي يمكن أن تكون حقوق البناء منصوصا عليها بشكل محدد ودقيق وبنسب تتلاءم مع الاقتصاد العام لمناطق هذه القطاعات، وبذلك تشكل القيد الحقيقي على منع المالك بشكل نهائي من البناء على عقاره أو التصرف فيه تصرفا ماديا ببنائه أو هدمه، وحتى تحديد سلطته في التصرف القانوني ومنعه من التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والتبادل أو حتى استغلال ملكيته بإيجارها للغير.

ونلخص هذه القيود في المخطط الآتي:

(1)- أنظر المادتان 21،22 من القانون رقم 90-29، المصدر نفسه.





المصدر: إعداد الباحثة

ونص المشرع المصري في المادة (17) من قانون البناء على يلي:

" تعتبر الإرشادات الواردة بالمخططات الاستراتيجية العامة والتفصيلية للمدن والقرى شروطاً بنائية يجب الالتزام بها ضمن الاشتراطات المقررة قانوناً في شأن تنظيم أعمال البناء، وعلى الوحدات المحلية مراقبة تطبيق الاشتراطات الواردة بجميع المحافظات والالتزام في مواجهة ذوي الشأن، واتخاذ جميع القرارات والإجراءات التي تكفل وضعها موضع التنفيذ، ووقف تنفيذ كافة الأعمال المخالفة لها. وفي جميع الأحوال لا يجوز للوحدات المحلية إصدار بيان بصلاحيه الموقع للبناء وإصدار الترخيص بالبناء دون وجود مخطط تفصيلي معتمد، وذلك دون الإخلال بأحكام المادة 15 من هذا الباب."

ونستقرأ من فحوى هذا النص أن المشرع المصري أقر بشكل صريح مدى إلزامية المخططات العمرانية العامة والمحلية في تقييد حرية المالك في حقه في البناء؛ وهو حق متجزئ من حق الملكية،

وفرض عليه شروطا قانونية واجبة الاتباع طبقا لرخص البناء، مع وضع آليات رقابية وجزاءات إدارية نتيجة مخالفة ذلك.

وكما أكد على ضرورة وجود المخطط التفصيلي، فيمنع منعا باتا في حالة غيابه إصدار رخصة بصلاحيات مشاريع البناء أو الرخص للشروع في عملية البناء.

ولم يكتف المشرع المصري بتقييد المالك فقط، بل استحدث في الفقرة الثالثة من المادة (17) المذكورة أعلاه قيودا أوسع، بحيث أعطى صلاحية كبيرة للمجلس الأعلى للتخطيط والتنمية العمرانية باتخاذ قرار مسبب تحقيقا لغرض قومي، تقييد مدينة أو منطقة أو جزء منها أو مبنى بذاته بكل أو بعض الاشتراطات البنائية الواردة في المخطط الاستراتيجي العام أو اعفاؤه منها أو بعضها، وللمجلس بناء على عرض المحافظ المختص الموافقة على تغيير استخدام الأراضي لمنطقة أو جزء منها أو مبنى بذاته، وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون البناء الشروط والإجراءات الواجب اتباعها في هذا الشأن وقواعد تحديد ما قد يستحق من تعويض، أو مقابل ما يطرأ على العقارات من تحسين بسبب المنفعة العامة.

ويعتبر تصميم التنطيق في التشريع المغربي مخطط استثنائي عن المخططات الموجودة في التشريعات محل الدراسة، لكن يترتب عليه هو الآخر آثار قانونية على الملكية العقارية الخاصة.

بالنسبة لآثار تصميم التنطيق اتجاه الإدارات العمومية، فلا بد أن تحترم التخصيص الذي قام به التصميم فيما يخص المنشآت، ولذلك يعتبر هذا التصميم وثيقة تنظيمية يتم اعتمادها للربط بين التنظيم التعميري والتنظيمي، كما يعد أداة تحفيزية من أجل المحافظة على تطبيق توجيهات تصميم التهيئة.

وفي هذا الصدد قرر القضاء المغربي قرارا إداريا مفاده:

" حيث يستفاد من محتوى الحكم المستأنف أنه تقدم الطاعن (المستأنف عليه) بواسطة دفاعه بمقال أمام المحكمة الإدارية بالدار البيضاء يعرض أنه قام بشراء قطعة أرضية بتجزئة ياسمين والتي تضم قطع أرضية مخصصة لبناء فيلات متوسطة...، وأنه بعد اتمام اجراءات الشراء ونقل الملكية تقدم بطلب إلى الجماعة الحضرية للمحمدية للترخيص له بالبناء، وأرفق طلبه بكل الوثائق اللازمة إلا أنه لم يتم الترخيص له بذلك على الرغم من مرور أجل الستين يوما المخول للإدارة قصد الجواب، علما أن عقار الطاعن هو عبارة عن قطعة أرضية تقع داخل تجزئة صدر بشأنها ترخيص وتصميم غير قابل للتغيير، وأنه لم يشتر القطعة الأرضية إلا بعد أن اطلع على تصميم التجزئة والتأكد من مواصفات البناء الذي يمكن انجازه فوقها، وأن كل هذه المعلومات كانت موضوع إشهار بمقر التجزئة طبقا للمواد 29 وما بعدها من القانون 25-90... ومن جهة أخرى فإن المادة 48 من القانون 25-90 المتعلقة بالتعمير تنص على أنه في حالة سكوت رئيس المجلس الجماعي تعتبر رخصة البناء مسلمة عند انقضاء شهرين من تاريخ إيداع

طلب الحصول عليها، وبذلك فإن سكوت الإدارة المطلوبة في الطعن وعدم جوابها على طلب الترخيص المقدم إليها يعتبر ترخيصاً ضمناً بالبناء، إلا أن الحصول على قرض بنكي لإنجاز البناء يستلزم بالضرورة الإدلاء بالترخيص، مما يعني أن حرمانه من الحصول عليه يعتبر عملاً مادياً غير مشروع ... فإنه من حق رئيس المجلس الجماعي تأجيل البت في جميع الطلبات المتعلقة بالبناء خلال دراسة مشروع تصميم التهيئة الجديد والانتهاه من البحث العلني...

... وبحسب المادة 22 من قانون التعمير فإنه ... يؤجل رئيس مجلس الجماعة البت في جميع الطلبات الرامية إلى إحداث تجزئة أو مجموعة سكنية أو لإقامة بناء في الرقعة الأرضية المعنية، ولا يمكنه أن يأذن في إحداث تجزئة ... بعد موافقة الإدارة إلا إذا كان المشروع المتعلق بذلك يتلاءم مع الأحكام الواردة بمخطط توجيه التهيئة العمرانية ... أو مع ما يصلح له فعلاً القطاع المعني في حالة عدم وجود المخطط الأنف الذكر.

حيث وإنه ولذلك ولما كان الثابت من خلال ... فحوى القرار المطعون فيه كون السبب في تأجيل البت في طلب المستأنف عليه يعود إلى هناك مشروعاً لتصميم التهيئة لمدينة المحمدية، وأن هذا المشروع لازال قيد الدرس، فإن ذلك يعني أن رئيس المجلس الجماعي ... قد تصرف طبقاً للقانون ... وليس في قراره أي تجاوز في استعمال السلطة ... لكون المقترحات المتعلقة بالتعمير تعتبر من النظام العام يتعين على الجميع الخضوع والامتثال لها إلى حين انتهاء المانع القانوني والواقعي الذي يحول مؤقتاً دون منح رخصة البناء تفادياً لعرقلة تصورات الجماعة بخصوص مشروع تصميم التهيئة الذي هو قيد الدراسة.

عندما قضت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار رئيس المجلس الجماعي بعلقة فقط تواجد موضوعه داخل تجزئة مرخص لها دون ان تأخذ في الاعتبار الضوابط المنظمة لمسطرة دراسة مشروع تصاميم التهيئة والزامية وقف منح أي ترخيص بالبناء إلى حين الانتهاء منها بصرف النظر عن طبيعة تخصيصه في إطار الضوابط التي كان معمولاً بها، لم تجعل لقضائها أساساً من القانون، مما قررت معه المحكمة التصريح بإلغائه، والحكم تصدياً بعدم قبول الطعن.<sup>(1)</sup>

ويفهم من هذا القرار، أنه بعد المصادقة على تصميم التنطيق ونشره بالجريدة الرسمية، يصبح ساري المفعول على مستوى كل المجال الذي يغطيه، ويكون ملزماً للإدارة وللأفراد، ويمنع كل عمل يعرقل توجهات ومضمون مخطط التنطيق، ويقوم بدور أساسي في ضبط رخص البناء والتجزئة، ويحافظ على النسيج الحضري، خاصة عندما لا تتوفر المنطقة على تصاميم تهيئة.

قرار إداري من محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 1552، ملف مدني عدد 1053-7205-2014، المؤرخ في 2015/04/07، قرارات محكمة النقض المغربية، 2017/08/07، 15:12، www.juris.courdecassation.ma

## الفرع الثالث: الآثار المتعلقة بالتعويض عن المنع من البناء

لم يتطرق المشرع الجزائري ولا المصري لمسألة التعويض عن المنع من البناء، لأن الارتفاقات العمرانية لا يترتب عنها تعويض لمالكي العقارات.

ومن آثار أمثلة التهيئة العمرانية التي أوردها الباب الثالث من مجلة التهيئة الترابية التونسية هي المنع وحظر البناء في مناطق معينة إلى درجة يصعب معها الاستغلال والتصرف العادي لتلك الأراضي، مما يجعل يقلص من مساحة العقارات، ويبقى جزء منها غير قابل للاستغلال، وهو ما ينتج عنه ضرر مادي ومباشر وثابت للملاك، وبالتالي يضطر الملاك تقديم مطلب إلى السلطة الإدارية المعنية قصد جبر الضرر الحاصل لهم وذلك في أجل الستة أشهر الموالية لتاريخ اعلامه بما يخضع إليه عقاره من ارتفاقات وإلا سقط حقه، ويتعين على السلطة الإدارية إجابته في غضون ثلاثة أشهر من تاريخ اتصالها بمطلب جبر الضرر، ويمكن لكل مالك تقديم دعوى في جبر الضرر لدى المحاكم المختصة إذا لم يقبل ما تعرضه عليه الإدارة في هذا الشأن أو إذا لم تقع إجابته خلال المهلة السابقة.

وتظهر صورة القيد في امكانية التنازل عن العقارات غير القابلة للاستغلال، بحيث لا يمكن لمالكي العقارات التي بقي جزء منها لا يصلح لاستغلاله وفقا لقواعد التهيئة الترابية المطالبة بجبر الضرر إلا بالنسبة لما زاد عن ربع مساحتها الإجمالية، ليبقى لهم خيار واحد لمليتهم عن طريق مطالبة الإدارة باقتنائها، لكن إذا ما عبر هؤلاء المالكون عن رغبتهم كتابيا في الاحتفاظ بعقاراتهم، فإنه لا يحق لهم المطالبة بأية غرامة بعد ذلك<sup>(1)</sup>.

وإن كان ذلك بالتراضي فإنه يعتبر إجبارا على البيع، وهذا ما يعبر على القوة الإلزامية لأمثلة التهيئة العمرانية، لذا تعتبر أمرا ترتيبيا ملزما اتجاه الإدارة وخاصة اتجاه الأفراد.

وإن الطابع الإلزامي لهذه الأمثلة تفرض على المالكين جملة من القيود والالتزامات كما سبق ذكره يصل إلى درجة تحديد مساحة البناء وموقعه وعلوه أو ترميمه<sup>(2)</sup>.

وبفحص الفصل (24) من مجلة التهيئة الترابية، يلاحظ أنها أعطت للوالي أو رئيس البلدية حسب الحال، وللوزير المكلف بالتعمير في جميع الحالات الحق في طلب تسجيل الأراضي غير المبنية وغير المسجلة الكائنة داخل المناطق التي صدر فيها مثال التهيئة أو داخل المناطق التي تقتضي إعداد هذه الأمثلة، وذلك بعد إعلام مالكيها، ويجوز لهم الحصول على التسجيل باسم المالكين الذين لا يمكنهم الاعتراض على ذلك، لكنهم يحتفظون بحق تقديم كل الوثائق والحجج المثبتة لمليتهم والإدلاء بالبيانات

(1) - أنظر الفصل 22 من مجلة التهيئة الترابية التونسية، المصدر السابق، ص 16.

(2) - معز جبر، المرجع السابق، ص 161.

والملاحظات المؤيدة لتلك الملكية، لكن لا جدوى من تقديم هذه الحجج ما دامت تقيد تصرفات المالك القانونية في إطار ما يترتب من المصادقة على أمثلة التهيئة العمرانية من نقل الملكية.

ويتحمل طالب التسجيل سواء كان الدولة أو الجماعة العمومية المحلية المعنية المصاريف الناتجة عن عملية التسجيل، والتي يقع إدراجها بالسجل العقاري كدين ممتاز لفائدته، أوجب على المالك أن يسترجع هذه المصاريف عند بيع كامل القطعة أو جزء منه أو عند تقسيمه أو عند طلب الترخيص في البناء عليه، وبالتالي تبقى كل تصرفات المالك معلقة على تسوية وضعية مع الإدارة، وهذا يعتبر قيودا مسلطا على تصرفاته القانونية.

وإنه من العوامل التي تجعل من القيود المفروضة على حق التصرف على الملكية تتجه نحو النسبية هو كون أن الدولة تتولى تعويض المالكين عند قيامها بعمليات الانتزاع من أجل المصلحة العامة العقار الذي سيصبح بأكمله ملكا للدولة أو الجماعات المحلية وفقا لمقتضيات هذه الأمثلة<sup>(1)</sup>.

وتشتمل تصاميم التهيئة انطلاقا من مقتضيات المادة (19) من القانون 12.90 على تحديد المناطق التي يحظر فيها البناء بجميع أنواعه، حيث أن صاحب الأرض الواقعة في هذه المناطق وإن كان يبقى محتفظا بملكه ولا تنزع ملكيته منه وإنما يحرم من البناء عليها، إلا أن هذا الحرمان يقيد حقه في استغلال عقاره، ويجعله مالكا صوريا، خاصة إذا كانت عملية بناء ذلك العقار هي الإمكانية الوحيدة لاستغلاله، وهنا يطرح التساؤل بخصوص مدى إمكانية التعويض المتعلق بالأراضي الممنوعة من البناء؟ جاوبت المادة (84/01) من القانون 12.90 على هذا السؤال بقولها:

" لا يستحق أي تعويض على الارتفاقات المحدثة عملا بأحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية الصادرة بتطبيقه، استجابة لمقتضيات الأمن والصحة والمتطلبات الجمالية..."

ومن استقراء هذا النص يتضح أن المبدأ العام أن كل ارتفاقات التعمير غير قابلة للتعويض، وما دام المنع من البناء ارتفاق، فيأخذ نفس الحكم المعفي من التعويض.

ولكن أردفت الفقرة الثانية من نفس المادة تبرر استثنائيين على هذا المبدأ العام، وتجعل التعويض مستحقا في حالتين:

- إذا نتج عن الارتفاقات المحدثة مساس بحقوق مكتسبة.
- إذا تسبب الارتفاق في إدخال تغيير على الحالة التي كانت عليها الأماكن من قبل
- نشوء ضرر مباشر ومادي محقق عن هذه الارتفاقات.

(1) - معز جبر، المرجع السابق، ص 161، 162.

وفي حالة عدم الاتفاق على مبلغ التعويض، يتم اللجوء إلى القضاء، أين يتم تحديد التعويض بحكم قضائي.

وإذا كان حق الارتفاق حسب مدلول المادة 108 من الظهير الصادر في 12/06/1915، المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة هو تكليف مقرر على عقار من أجل استعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر غير مالك للعقار الأول، فإنه يمكن الجزم بأن المنع من البناء المقرر في بعض المناطق حسب تصميم التهيئة يمكن أن ينسحب عليه هذا التعريف إذا اعتبر المنع من البناء تكليف ينصب على بقع أرضية لفائدة بقع أخرى استجابة لمقتضيات الجمالية كما هو الشأن بالنسبة لمنع البناء لعدم حجب الرؤية على الآثار التاريخية، أو لمقتضيات الصحة والأمن إذا كان من شأن البناء أن يشكل خطراً على الصحة والأمن.

وبالتالي، نخلص إلى أن المنع من البناء يعتبر مشمولاً بمقتضيات المادة (84) من القانون 12.90<sup>(1)</sup>.

وفي حالة اعتبار هذا المنع غير مشمول بوصف الارتفاق غير القابل للتعويض المنصوص عليه في هذه المادة وإنما هو فقط من قبيل القيود الواردة على حق الملكية التي لا ينطبق عليها وصف الارتفاق بمعناه العقاري، فإن ذلك يثير الإشكال الذي تطرحه المادة (30) من قانون التعمير، المتعلقة بكيفية تحديد التعويضات المستحقة لأصحاب الأراضي اللازمة لإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في الفقرات (3، 4، 5، 6) من المادة (19) من نفس القانون، أي أنه فيما يخص الطرق باعتبار العناصر المحددة في المادتين (37 و38) من القانون المذكور، وفيما يتعلق بغير الطرق من التجهيزات وفق الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة والاحتلال المؤقت.

وهناك قراءة أخرى لمقتضيات المادة (30) المذكورة، ذلك أنه يمكن أن تنسحب فقط على التجهيزات التي يستلزم إنشاؤها سلوك مسطرة نزع الملكية، أما قيود المنع الواردة على بعض العقارات بمقتضى تصميم التهيئة والتي لا تستوجب نزع ملكيتها كما هو الشأن بالنسبة لحالة منع البناء، فإن مقتضيات هذه المادة لا تخصها بالذكر، وعليه لا يمكن أن يستخلص منها قاعدة رفض التعويض.

وفي جميع الأحوال، فإن منع مالكي الأراضي من البناء في بعض المناطق بمقتضى تصميم التهيئة، خاصة إذا كان البناء هو الإمكانية الوحيدة لاستغلالها، وإن كان يستهدف تحقيق المنفعة العامة، فإن ذلك لا يستساغ أن يتحقق على حساب فئة فقط، بل لا بد من تحقيق التوازن بين مبدأ وجوب مشاركة المواطنين في التكاليف العامة ومبدأ مساواتهم في تحمل هذه التكاليف.

(1) - عبد العزيز يعكوبي، قانون التعمير ومسألة التعويض، قراءة في بعض الإشكالات، مجلة القضاء والقانون، العدد 149، السنة الواحدة والثلاثين، المملكة المغربية، 2004، ص 240، 241.

ولكن هناك إشكالية أخرى تطرح نفسها: هل يمكن تعويض ملاك العقارات في حالة عدم تفعيل مقتضيات تصميم التهيئة؟

بمجرد المصادقة على تصميم التهيئة تنشأ مجموعة من الحقوق والواجبات تجاه أشخاص القانون العام، وتعتبر هذه الموافقة بمثابة إعلان للمنفعة العامة من أجل تنفيذ مقتضيات هذا التصميم لمدة عشر سنوات، وهذا ما يحيل إلى إشكال آخر يتعلق بأمد سريان التصميم:

هل يتم تحديد سريان هذا التصميم في آجال عشر سنوات حسب مقتضيات قانون التعمير الحالي أم عشرين سنة كما هو محدد في قانون التعمير لسنة 1952، لأنه هو القانون الواجب التطبيق لكون جل تصاميم التهيئة تمت المصادقة عليها في إطاره؟

وتنص مقتضيات المادة (31) من القانون 12.90 على ضرورة اتخاذ كافة التدابير اللازمة لتنفيذ واحترام تصميم التهيئة، ولذلك فإن الأشخاص العموميون يخضعون لمقتضيات التصميم من زاويتين:

- زاوية تنفيذ توجهات التعمير الواردة في التصميم والعمل على ترجمتها على أرض الواقع.
- زاوية السهر على احترام مقتضياته شأنهم في ذلك شأن الخواص<sup>(1)</sup>.

كما أنه بالرجوع إلى المادة (28) من نفس القانون، فإنها تؤكد أن النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة يعتبر بمثابة إعلان بأن المنفعة العامة تستوجب القيام بالعمليات اللازمة لإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في المادة (19) سالف الذكر، وتنتهي الآثار المترتبة على إعلان المنفعة العامة عند انقضاء أجل عشر سنوات يبتدىء من تاريخ نشر النص المذكور في الجريدة الرسمية.

إذن السؤال المطروح في هذا السياق هو مدى إمكانية تعويض ملاك الأراضي اللازمة لإنجاز التجهيزات العمومية في حالة عدم تفعيل تصميم التهيئة داخل الأمد القانوني أي في حالة عدم القيام بعملية نزع الملكية؟

وهل استعادة هؤلاء الملاك لحق التصرف في أراضيهم يمكن أن يغنيهم عن إمكانية المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال؟، وفي هذه الحالة هل يحتسب التعويض منذ تاريخ نشر النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة في الجريدة الرسمية أم يتم الاكتفاء بما زاد عن مدة عشر سنوات المبررة بتصميم التهيئة؟

لم يتعرض القانون 12.90 لأحكام التعويض عن الأضرار عن الحرمان من الاستغلال، واكتفى بالنص على القيود الواردة على حق التصرف بالنسبة للعقارات اللازمة لإنجاز التجهيزات سالف الذكر، مع تأكيده على أحقية الملاك في استعادة حق التصرف بعد انصرام أجل عشر سنوات على نشر تصميم

(1) - الهادي مقداد، المرجع السابق، ص 140، 141.

التهئية، ونظرا لكون هذه القيود واردة بمقتضى التشريع نفسه، فإن الحسم في هذه النقطة يحيل إلى مسألة مدى مسؤولية الإدارة عن الأعمال التشريعية.

واختلفت الاجتهادات القضائية في هذه المسألة، وأثيرت ثلاثة آراء كالاتي:

**1-الرأي المخالف لاستحقاق التعويض:** يرى أن المبرر في حرمان المالك من التصرف في ملكه هو نص القانون، ويترتب عليه بالنتيجة عدم استحقاق هذا الأخير لأي تعويضا عن أي ضرر يحصل له جراء ذلك.

**2-الرأي المؤيد لاستحقاق التعويض:** يقتضي مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة والتكاليف العامة إقرار حق المالك المتضرر في الحصول على التعويض.

### 3-الرأي الوسط:

يتبنى موقفا وسطا للموازنة بين التوجهين السابقين، أي أن المالك لا يستحق أي تعويض خلال مدة سريان تصميم التهئية (10 سنوات أو 20 سنة عند المضاعفة وفقا لشكليات محددة)، ويستحق المالك التعويض عما زاد عن ذلك.

وأكد قرار إداري للمجلس الأعلى سابقا أن: "إعداد تصميم التهئية ونشره بالجريدة الرسمية لا يعطي الحق لأي كان بالاستيلاء على الأراضي المشمولة بهذا التصميم وغصبها، بل لا بد من الاتفاق مع ملاك هذه الأراضي أو إتباع مسطرة نزع الملكية لإحداث الطريق"<sup>(1)</sup>.  
وكما صدر حكم إداري عن المحكمة الإدارية بمكناس بأن:

"... المنع ينتهي بمرور عشر سنوات على نشر المرسوم المصادق على تصميم التهئية إذا لم يقع نشر مقرر التخلي داخل الأجال، وبالتالي يستعيد مالكي القطع الأرضية المخصصة لهذه الغاية حرية التصرف في أملاكهم ... ومن تم لا يبقى أي مبرر للمطالبة بالتعويض على أساس المرسوم المؤرخ في 16.7.1974"<sup>(2)</sup>

ونخلص في هذا السياق، أن المشرع المغربي طالما لم يمنع صراحة التعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بالأفراد جراء عدم تفعيل تصميم التهئية، فإنه لا يمكن إنكار مبدأ التعويض طالما تحقق الضرر، لأن مجرد القيد من التصرف في العقار لا يعطي الحق في التعويض.

(1)- قرار المجلس الأعلى سابقا، عدد(127) المؤرخ في 2003/02/27، في الملف الإداري عدد 2002/1/4/533، نقلا عن محمد لفروجي، المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والإدارية، سلسلة دلائل عملية، العدد الثالث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، ص 231.

(2)- حكم إداري، محكمة مكناس، المملكة المغربية، عدد 13/97/1ش المؤرخ في 1997/10/09، نقلا عن عبد العزيز يعقوبي، المرجع السابق، ص 249.



## المبحث الثاني: رخص التعمير كقيد على الملكية العقارية الخاصة

للمحافظة على العقار الحضري من الناحية الجمالية والعمرانية للمدن وهندستها، وتكييف الهندسة العمرانية مع المحيط الاجتماعي والبيئي، ولوضع حد للاعتداءات الواقعة على المحيط العمراني أورد التشريعات محل الدراسة جملة من القيود التنظيمية، الهدف منها إيجاد حلول نهائية لظاهرة الاستغلال الفوضوي للأراضي المعدة للبناء، ففرض أدوات تعميم من أجل فرض رقابة قبلية وبعديّة على عملية البناء والتوسيع العمراني تؤثر على الحق في البناء، وحق التصرف المادي للمالك في عقاره من خلال رخص ثلاث؛ رخصة البناء (المطلب الأول)، رخصة التجزئة (المطلب الثاني)، ورخصة الهدم (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: رخصة البناء

تعدّ المصلحة العمرانية ضمن أوجه المصلحة العامة، التي تتخذ وجهان أولهما إيجابي بتحقيق المنفعة العامة للمجتمع، ووجهه الثاني سلبي، يتمثل في دفع ضرر عام عن المجتمع، إما قبل الوقوع أو دفعه قبل الوقوع<sup>(1)</sup>.

وتفرض مقتضيات المصلحة العمرانية وجود آليات رقابية للعقار المبني تتمثل في رخصة البناء كأول رخصة يحصل عليها المالك في بداية مشروعه البنائي. غير أن هذه الرخصة أحدثت عدة إشكالات قانونية بين إرادة المالك وحرية في طريقة استعمال ملكيته، وبين ما توجبه عليه من قيود استثنائية في ملكيته. لذلك فما المقصود بهذه الرخصة، وما مدى تقيدها لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة.

### الفرع الأول: المقصود برخصة البناء

يرتبط حق الملكية بحق آخر هو حق البناء، والذي وضع له المشرع الجزائري والتشريعات محل الدراسة عدة ضوابط، أهمها خضوعه لنظام الرخص؛ كرخصة البناء التي عنيت باهتمام كبير من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية التي رافقت تطورها في المشروع الحضري.

(1) - عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، 1972، ص 26.

وقد عرف الفقه الإسلامي الرخصة بصفة عامة؛ ما جاز فعله لعذر مع قيام السبب المحرم، وهو غير جامع، وقد تكون الرخصة بالفعل، أو بترك الفعل<sup>(1)</sup>.

ويتخذ الترخيص الإداري عدة صور ومسميات، كالاتماد والرخصة والتأشيرة، كما له عدة استعمالات في الحياة الإدارية تتخذ منه السلطة الإدارية وسيلة لمراقبة ممارسة الأشخاص لنشاطاتهم وبعض حرياتهم<sup>(2)</sup>.

وعليه، فالمدلول القانوني للرخص العمرانية، هي قرار إداري صادر عن جهة إدارية منحها القانون سلطة الإصدار طبقا لشروط وإجراءات، منها رخصة البناء، رخصة التجزئة، رخصة الهدم.

وتصدر الرخص العمرانية بإرادة منفردة، أي عمل إداري أحادي الطرف صادر من جانب واحد، ذو صيغة فردية صادرة من سلطة مؤهلة لذلك قانونا، ولا تحجب عنها هذه الخاصية حتى ولو كانت بطلب من المعني وبسعي منه، وترتب هذه الرخص أثرا قانونيا إما بإنشاء حق البناء أو تعديله أو إنهائه.

وتعتبر رخصة البناء الضمانة القانونية المعتمدة لاحترام قواعد التهيئة والتعمير، وأحد آليات الضبط الإداري في مجال الملكية العقارية الخاصة.

ويقصد برخصة البناء قرار إداري صادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه للشخص الحق في البناء بمعناه الواسع لقانون العمران<sup>(3)</sup>.

وعرفت أيضا بأنها القرار الإداري الصادر من سلسلة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق للشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناءات التي يجب أن تحترم قواعد التعمير<sup>(4)</sup>.

وعليه، تعد رخصة البناء وثيقة إدارية تصدر في شكل قرار إداري لكل شخص متحصل على ملكية عقار يريد إنجاز بناء جديد أو تغيير بناء موجود شريطة تقديم ملف كامل مدعم بكل النسخ التي تثبت الصفة.

(1)- المادة 6 من القانون رقم 91-10، المصدر السابق، ص 132.

(2)- حنان جديد، شول بن شهرة، الرخص الإدارية كوسيلة لضبط قطاع المحروقات، دفاثر السياسة والقانون، مجلة دولية متخصصة في العلوم السياسية والقانونية، جامعة ورقلة، العدد 19 جوان 2018، الجزائر، ص 84.

(3)- محمد الصغير بعلي، تسليم رخصة البناء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي التبيسي، تبسة، الجزائر، العدد الأول، 2007/03/01، ص 18.

(4)- الزين عزري، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص 12.

وأصدرت الجزائر منذ الاستقلال عدة نصوص قانونية وتنظيمية للبناء والعمران، إذ صدر الأمر 67-75 المتعلق برخصة البناء ورخصة التجزئة، ثم تلاه القانون رقم 82-02 المؤرخ في 06 فبراير 1982 المتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء، وبعدها صدر القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، وصدر تطبيقاً لأحكامه المرسوم التنفيذي رقم 91-176 الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، والذي ألغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المحدد لقواعد رخص التعمير<sup>(1)</sup>.

باستقراء النصوص القانونية الواردة بقانون التهيئة والتعمير، يتضح أن التشريع الجزائري لم يتضمن تعريفاً دقيقاً لرخصة البناء، حيث حددت المادة (52) من القانون 29/90 نوع البنائيات الواجب فيها استصدار رخصة بناء بقولها:

" تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنائيات الجديدة مهما كان استعمالها ولتجديد البنائيات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة أو الواجهات المفضية على الساحات العمومية، ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج"<sup>(2)</sup>

كما أن القانون 15/08 لم يعط مدلولاً لرخصة البناء، بل أكدت المادة السادسة منه على ما يلي: " يمنع القيام بتشييد أي بناية مهما تكن طبيعتها دون الحصول المسبق على رخصة البناء، مسلمة من السلطة المختصة في الأجل المحددة قانوناً"<sup>(3)</sup>

ما يمكن فهمه من خلال هذه المادة، أن رخصة البناء هي آلية أولية مسبقة قبل البدء في أي عملية بناء مهما كان نوعها وغرضها، لكن المشرع الجزائري في هذا القانون لم يحدد السلطة المختصة بإصدار هذه الرخصة، وترك التفصيل فيها للقانون 29/90 ومرسومه التنظيمي.

وكما حددت المادة (52) من القانون 29/90 أشغال البناء المستوجبة لرخصة البناء، وتتمثل في الآتي:

#### (أ) إنشاء المباني

هي عملية البدء في بناء جديد عن طريق التعاون مع مهندس معماري أو مدني، يحدد المعماري التوزيع الداخلي للمباني والمساحات اللازمة لكل عنصر أو فراغ والارتفاعات المطلوبة، ويحدد المهندس

(1)- المرسوم التنفيذي 15-19، المؤرخ في 25/01/2015، المحدد لكفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر ج، العدد السابع، المؤرخة في 07/02/2015.

(2)- المادة 52 من القانون 29/90، المصدر السابق.

(3)- المادة 06 من القانون 15/08 المؤرخ في 20/07/2008، المحدد لقواعد مطابقة البنائيات وإتمام إنجازها، ج ر ج، العدد 44، المؤرخة في 30/08/2008.

المدني طريقة الإنشاء ومواضع الأعمدة والنظم الابتدائية لأجزاء المبنى المختلفة حتى يضمن الاقتصاد في الإنشاء مع سهولته وسلامته.

### ب) تمديد البناءات الموجودة

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بتمديد البناءات، هل هو تمديد أفقي أو عمودي كالتعليق في البناء، لكن تتصرف أعمال التجديد إلى تمديد البناءات أفقياً، بمعنى العمل على توسيعها<sup>(1)</sup>، وقد تتضمن أعمال التمديد البناء العمودي بتعليق طابق على السكن، مما يستوجب الحصول على رخصة بناء للقيام بها.

### ج) تغيير البناء

حددت المادة (41) من المرسوم 15-19 المقصود بتغيير البناء، وهو تغيير في مشتملات البناء الذي يمس الحيطان أو الجدران الضخمة للمبنى، ومشتملات الأرضية ومقاس البناية والواجهة أو استعمال المبنى أو الهيكل الحامل للبنانية والشبكات المشتركة العابرة للملكية.

### د) إقامة جدار للتدعيم أو التسييج

يهدف تدعيم البناء إلى تقويته وإزالة ما به من خلل أو عيوب، والزيادة في عمر البناء، أما التسييج فهو إقامة جدار يحيط بالفناء الخارجي<sup>(2)</sup>، وقد خصها المشرع بوجود الحصول على رخصة بناء، رغم بساطة عملياتها، والسبب في ذلك فرض رقابة عمرانية على كل الأعمال البسيطة في البناء للحفاظ على المظهر الجمالي للعمران.

ونظم المشرع المصري تراخيص البناء من خلال القانون رقم 119 في الباب الثالث منه، والمعنون بتنظيم أعمال البناء، إذ ضبط سياق التخطيط الحضاري والتطور العمراني بهدف الهدف على المظهر الجمالي للمدن والقرى والحفاظ على الوعاء العقاري، إذ نصت المادة (39) منه على أنه:

" يحظر إنشاء مبان أو منشآت أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو تدعيمها ... دون الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم وفقاً للاشتراطات البنائية وقت إصدار الترخيص ولما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون، ويصدر الترخيص بالمباني أو الأعمال المشار إليها في الفقرة الأولى إذا كانت مطابقة لأحكام هذا القانون، والاشتراطات التخطيطية والبنائية المعتمدة، وأسس التصميم وشروط التنفيذ بالكودات المصرية، ومتفقة مع الأصول

(1)- الزين عزري، المرجع السابق، ص 17.

(2)- عايدة ديرم، المرجع السابق، ص 66، 67.

الفنية، والمواصفات العامة ومقتضيات الأمن والسلامة والقواعد الصحية وأحكام الإضاءة والتهوية والأفنية واشتراطات تأمين المبنى وشاغليه ضد أخطار الحريق...<sup>(1)</sup>

نستقرأ من هذه المادة أن المشرع المصري شأنه شأن المشرع الجزائري، حدد أشغال البناء المستوجبة لرخصة البناء منها؛ إنشاء المباني، إقامة أعمال، عمليات التوسيع، التعلية، التعديل، التدعيم. ورغم أن المادة الثانية من هذا القانون جاءت بمفاهيم تعريفية لكل المخططات العمرانية في مصر، لكنها أغفلت إدراج تعريف لرخص البناء، واكتفت على غرار المشرع الجزائري بذكر الشروط الواجب توفرها بهدف الحصول على هذه الرخصة، غير أن المشرع المصري أفاض في هذه الشروط وربط صحة رخصة البناء بمدى تطابقها مع القواعد العمرانية والشروط المعمارية والهندسية والبيئية.

وكذلك وضعت اللائحة التنفيذية لهذا القانون تعاريف قانونية لكل مشتزمات البناء من خط البناء وارتفاعه وارتداده ومن مرافقه، لكنها لم تورد مدلولاً لرخصة البناء، وجاءت المادة 93 منها توجب بمنع إصدار ترخيص بناء لأي بناية تكون على أية قطعة أرضية إلا في حالة مطابقتها للشروط القانونية المتعلقة بالمخططات العمرانية.<sup>(2)</sup>

كما حدّ المشرع التونسي حدو المشرعين الجزائري والمصري، ولم يعرف رخصة البناء وحدد في الفصل 68 من مجلة التهيئة العمرانية ما يلي:

" على كل من يروم البناء أو إجراء أشغال ترميم لتدعيم بناية موجودة أو إدخال تغييرات عليها، الحصول على ترخيص في ذلك من رئيس البلدية داخل المناطق البلدية ومن والي الجهة بالنسبة لبقية المناطق، ويقع اعداد رسم مشروع البناية من طرف مهندس مرسوم بجدول هيئة المهندسين المعماريين للبلاد التونسية إلا بالنسبة للحالات التي يقع إنشاؤها بقرار من الوزير المكلف بالتعمير"<sup>(3)</sup>

وما يمكن أن نستخلصه من هذا النص أن القانون التونسي أعطى الحق لطالب رخصة البناء متعلقة القيام بعملية بناء، واستخدام لفظ (يروم)، مع أنها لا تعني عملية بناء جديدة، ولكن قصد بها كل من يريد طلب البناء، كما حدد السلطة المختصة بإصدار هذه الرخصة كمنظيره المشرع المصري.

لذلك فهي وثيقة رسمية يمكن بموجبها تشييد بناية جديدة أو توسيع أو تهيئة وترميم مبنى موجود بهدف استغلاله للسكن أو للتجارة أو للصناعة.

المادة 39 من قانون البناء رقم 199 لسنة 2008، المصدر السابق.

(2)- أنظر في ذلك المادة 92 من القرار الوزاري رقم 144 لسنة 2009 المتعلق باللائحة التنفيذية لقانون البناء الصادر بالقانون رقم 119 لسنة 2008، ج ر م، العدد 82، تابع (أ) المؤرخة في 8 /04/ 2009، ص 5-6.

(3)- الفصل 68 من القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28/11/1994، المتعلق بإصدار مجلة التهيئة الترابية والتعمير، الجمهورية التونسية، ر ر ت، عدد 96 المؤرخ في 6/12/1994، نسخة محينة سنة 2017.

ولم يعرف المشرع المغربي هو الآخر رخصة البناء في القانون رقم 012.90 المتعلق بالتعمير، لكنه منع البناء دون الحصول على رخصة بناء في عدة دوائر وارتفاعات إدارية متعلقة بالمرافق العامة، غير أن المادة الأربعون من هذا القانون أوجبت ما يلي:

" يجب الحصول على رخصة البناء كذلك في حالة إدخال تغييرات على المباني القائمة إذا كانت التغييرات المزمع إدخالها عليها تتعلق بالعناصر المنصوص عليها في الضوابط المعمول بها، كما يجب الحصول على رخصة البناء على كل تغيير كيفما كانت طبيعته يهم واجهة بناية".<sup>(1)</sup>

ولقد خضع النظام القانوني لرخصة البناء بالتشريع الفرنسي لمجموعة ضوابط وقائية تحفظ الأمن والسلامة العامة، مع جعل رخصة البناء آلية إلزامية تتطلبها كل عملية انشاء بنايات جديدة مهما كان غرض استعمالها، حتى ولم تقم على أساسات، أو تحويل في أحجام البنايات القائمة أو تعديلها أو إضافة مستويات ثانوية، فتعتبر اجراء ضروري قبلي عن عملية البناء.<sup>(2)</sup>

وأوجب القانون التعمير الفرنسي على كل شخص يريد انشاء بناء من أجل استعماله للسكن أو لغيره، حتى دون أن يكون لديه أساسات لبنائه الحصول مسبقا على رخصة بناء، وهذا الالتزام يفرض حتى على المرافق العامة وأشخاص امتيازات المرافق العامة للدولة والمحافظات والبلديات، وحتى كذلك للأشخاص الخاصة.<sup>(3)</sup>

وهناك أصناف أخرى من البناءات تستلزم إصدار رخصة البناء في التشريع الفرنسي كالأبنية الثقافية والمباني التاريخية التي ينبغي لها دقة في الانجاز والتعمير، ما يسهل استعمالها واستغلالها وفقا لمعايير منسجمة، وحتى البنايات المخصصة لغرض السكن أو التجارة أو الصناعة أو خدماتية. وتشمل رخصة البناء أيضا أشغال التوسعة والترميم والتعلية بهدف التعديل أو التدعيم أو التقوية<sup>(4)</sup>.

(1)- المادة 40 من القانون رقم 012.90 المتعلق بالتعمير، المتممة والمغيرة بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الصار بتنفيذه الظهير رقم 124.16.1، المؤرخ في 25 أغسطس 2016، ج ر م، عدد 6501، المؤرخة في 2016/09/19، ص 6630.

(2)- منى مقلاتي، المرجع السابق، ص 151.

(3)- L'article 421/01 du c u f: «Quiconque désire entre prendre ou implanter une construction a usage d'habitation ou non, même ne comportons pas de fondations, doit au préalable, obtenir un permis de construire, cette obligation s'impose aux services publics et concessionnaires de services publics de l'état, de département et de communes comme aux personnes privées»

(4)- Henri Jacquot, François Priet, Droit de l'urbanisme, 3 éme édition, Dalloz, France, 1998, p 558.

## الفرع الثاني: شروط الحصول على رخصة البناء

حصرت المادة (42) من المرسوم التنفيذي 15-19 الأشخاص الذين يمكن لهم التقدم بطلب رخصة البناء فيما يلي:

## أولاً: الأشخاص المعنيون برخصة البناء

اختلفت التشريعات محل الدراسة في تعيين الأشخاص الذين لديهم الحق في طلب رخصة البناء، بين المالك والحائز، كما سيبين في الآتي:

## 1- مالك العقار أو موكله

يفرض في التشريع الجزائري على كل مالك أو من يمثله قانوناً تقديم عقد ملكية عقاره لإثبات صفته قبل تقديم ملف رخصة البناء، وإذا كان الأصل أن يقدم الطلب من قبل المالك، أو القيام بذلك من قبل موكله بموجب وكالة طبقاً لأحكام المادة (574) من ق م ج، فالاستثناء امكانية منح هذه الرخصة للحائز عن طريق تقديم شهادة حيازة<sup>(1)</sup> تثبت وضع يده على العقار المدة القانونية اللازمة، فقد عامل المشرع الجزائري صاحب شهادة الحيازة معاملة المالك الحقيقي، وسمح له بالقيام بتصرفه، مما يمكنه القيام بالبناء والاستثمار في العقار، وما دام المالك الحقيقي للعقار في حالة شهادة الحيازة غير موجود أو لم يظهر، فإن الحائز يستند في طلبه لرخصة البناء على وضعية قانونية صحيحة، له فيها السيطرة القانونية على العقار.

## 2- المستأجر من مالك العقار

منح المشرع الجزائري للحائز كمستأجر العقار أن يطلب هو الآخر رخصة البناء، بشرط حصوله على موافقة مالك العقار بذلك، غير أن شاب المادة (42) نقص في تحديد الوثائق الواجبة تقديمها من قبل هذا المستأجر لإثبات علاقته بالعقار، والإجابة تكون منطقياً تقديم عقد الإيجار، وكذا وثيقة أخرى تثبت موافقة المالك على طلبه.

والعلة في توسيع نطاق المستفيدين من رخصة البناء من المالك إلى الحائزين، هو تطور عملية البناء وعدم انحصارها في شخص المالك، فيمكن للحائز أن يستثمر في العقار، وبالتالي تمكينه من حق البناء ببسط إجراءات هذه العملية.

(1)- المادة 42 من المرسوم التنفيذي 15-19، المصدر السابق.

## 3-المستفيد من تخصيص العقار

يعتبر التخصيص من آليات تسيير الأملاك الوطنية الخاصة، ومع ذلك منح المشرع الجزائري للمستفيد من تخصيص العقار حق طلب رخصة البناء شريطة إثبات صفته بموجب نسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو البناية.

وعلى عكس المشرع الجزائري، منح المشرع المصري صفة المالك لكل من يحق له طلب رخصة البناء أو ممثله القانوني سواء كان شخصا طبيعيا كامل الأهلية أو غيره، إذ يمكن تقديمه من ممثله القانوني إذا كان قاصرا أو عديم الأهلية كالولي الطبيعي والولي الشرعي أو الوصي أو القيم بالنسبة للمحجور عليه، أو تقديمه عن طريق محام نيوب عنه.<sup>(1)</sup>

وتمت الإشارة الصريحة إلى طالب الترخيص من خلال العبارة الواردة في نص المادة 53 من قانون البناء جاء فيها: " يجب على المالك أو من يمثله قانونا".

مما يعني أن الحائز في التشريع المصري ليس لديه الحق في طلب رخصة البناء، وهذا يعتبر اجحاف في حقه، خاصة لتطور المشاريع التي توفرها الإيجارات، فلجوء المستأجر للمالك بغية الحصول على هذه الرخصة يعد إطالة في الإجراءات الإدارية وعائقا في وجه الاستثمار.

وكما وضع المشرع المصري في نفس القانون عنوانا مخصصا للالتزامات طالب الترخيص، يضم جملة القيود التي تقع على المالك نظير استفادته من رخصة البناء، بحيث يقتضي عدم توفيرها سحب تلك الرخصة، وجاء في مواد الفصل الخامس، والمتعلقة بالزام طالب الترخيص بتوفير مرأب مع اشتراطات الحماية من الحريق، وتوفير العدد اللازم من المصاعد بما يتناسب مع ارتفاع المبنى وعدد أدواره.<sup>(2)</sup>

ولم يحدد المشرع التونسي صفة طالب رخصة البناء ولم يقيد بها مالك أو غيره، وترك المجال واسعا لطلب هذه الرخصة، لكنه بين الجهة المختصة بتقديم الطلب أمامها، وتتمثل في رئيس البلدية أو الوالي بعد انجاز معاينة تقوم بها المصالح المختصة التابعة للولاية أو البلدية حسب الحال قصد التثبت من مدى مطابقتها للأمثلة الملحقة برخصة البناء.

ولم يضع المشرع المغربي ضمن القانون 12.90 إطارا قانونيا للأشخاص الذين يتوجب عليهم طلب رخصة البناء، سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية، مما يفسر أن طالب هذه الرخصة يودع طلبه مرفقا بملفه لدى مجلس الجماعة المختصة، وهي التي تفرض عليها ملفا إداريا بوثائق تثبت صفته، وما دام لا يوجد نص قانوني يحدد المركز القانوني لطالب رخصة البناء، فيفتح المجال للمالك والحائز.

(1)- السيد أحمد مرجان، تراخيص أعمال البناء والهدم بين تشريعات البناء والأوامر العسكرية والقرارات الوزارية وأحداث أحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، 168.

(2)- أنظر المواد 48-49-50 من القانون رقم 119 لسنة 2008، المصدر السابق.



بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإنه قد وضع آليات إدارية لمنح رخصة البناء لمالك الأرض بنفسه، أو يمكن أن ينوب عليه مهندس معماري أو المقاول المخول له أعمال البناء، أو مهندس البناء، حتى المستأجر بصفته حائز والذي يكون هدفه ايجار البناء محل الأرض المستأجرة، وكذا أصحاب الامتيازات على العقار، إذ بإمكانه تنفيذ كل أعمال الترميم والبناء على العقار المستأجر لكن لا بد من موافقة صاحب العقار.

### ثانيا: الشروط المتعلقة بملف رخصة البناء

فرض المشرع الجزائري على المالك أو موكله قيودا تنظيمية بهدف الحصول على رخصة البناء، أولها التقدم بطلب هذه الرخصة مرفقا بنسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحيازة أو توكيلا أو نسخة من العقد الإداري، فإذا كان طالب الرخصة شخصا معنويا فنسخة من القانون الأساسي له، كما يرفق ملفا إداريا يحتوي مراجع رخصة التجزئة بالنسبة للبنىات المبرمجة على قطعة أرضية واقعة ضمن تجزئة مخصصة، قرار ترخيص بإنشاء أو توسيع مؤسسات صناعية وتجارية مصنفة في فئات المؤسسات الخطيرة وغير الصحية والمزعجة، شهادة قابلية الاستغلال، وثانيتها تقديم ملف متعلق بالهندسة المعمارية؛ يحتوي مخططات بيانية وحدود القطعة الأرضية ومساحتها وكل الارتفاقات الواجبة فيها، وملف تقني شامل يضمن توافر البعد البيئي في جميع المشاريع والبنىات ذات الاستعمال الصناعي والتجاري والمؤسسات المخصصة لاستقبال الجمهور، ويرسل الطلب والملفات المرفقة به إلى رئيس المجلس البلدي لمحل وجود قطعة الأرض.<sup>(1)</sup>

ويرسل طلب رخصة البناء والملفات المرفقة به في ثلاث نسخ بالنسبة لمشاريع البنىات الخاصة بالسكنات الفردية، وفي ثمانية نسخ بالنسبة لبقية المشاريع التي تحتاج لرأي المصالح العمومية وإلى رئيس المجلس الشعبي البلدي لمحل وجود قطعة الأرض، ويسجل تاريخ إيداع الطلب مقابل وصل يسلمه رئيس البلدية في نفس اليوم، لكن بعد التحقق من الوثائق الضرورية ومدى مطابقتها لتشكيل الملفات.<sup>(2)</sup>

وتبدو لنا مظاهر تقييد المالك في رخصة البناء من خلال ما يلي:

1- إلزامية مطابقة مشروع البناء لتوجيهات مخطط شغل الأراضي أو، في حالة عدم وجوده، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و/أو للتعليمات المنصوص عليها تطبيقا للأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير.

2- ينبغي مراعاة في تحضير رخصة البناء موقع البناية أو البنىات المبرمجة ونوعها ومحل إنشائها وخدماتها، حجمها، مظهرها العام وتناسقها مع المكان، مع الأخذ دوما بعين الاعتبار توجيهات التعمير

(1)- أنظر المواد 41،42،43،44 من المرسوم 15-19، المصدر السابق، ص 13،14.

(2)- المادة 45 من المرسوم 15-19، المصدر نفسه، ص 15.

والارتفاقات الإدارية المطبقة على الموقع المعني، وكذا التجهيزات العمومية والخاصة الموجودة أو المبرمجة.

3- يلزم مراعاة عند تحضير رخصة البناء مدى احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في ميدان الأمن والنظافة والبناء، الفن الجمالي، وفي مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي<sup>(1)</sup>.

وكما تجمع المصلحة المختصة المكلفة بتحضير طلب رخصة البناء لكي تفصل باسم السلطة المختصة، الموافقات والآراء تطبيقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها لدى الأشخاص العموميين أو المصالح، ولدى الجمعيات المعنية بالمشروع، ويتم الرد خلال مهلة ثمانية أيام ابتداء من تاريخ استلام طلب الرأي، كأنهم أصدروا رأياً بالموافقة، بعد تذكير مدته ثمان وأربعون ساعة بالنسبة للمشاريع التي تراعى فيها ضوابط الأمن بالدرجة الأولى.

وتتم دراسة الطلب من قبل الشباك الوحيد للبلدية إذا كان تسليم رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي، هذا الأخير يرسل نسخة من ملف الطلب إلى المصالح المستشارة من خلال ممثليها في الشباك الوحيد في أجل ثمانية أيام التي تلي تاريخ إيداع الطلب، ويفصل في طلبات هذه الرخص في أجل خمسة عشر يوماً التي تلي تاريخ إيداع الطلب، ثم يبلغ رأي مصالح الدولة المكلفة بالعمران على مستوى الدائرة من خلال ممثل قسمها الفرعي.

وأما إذا كان تسليم رخصة البناء من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالعمران، يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي ملف الطلب مرفقاً برأي مصالح التعمير التابعة للبلدية في سبع نسخ إلى مصلحة الدولة المكلفة بالعمران بهدف إبداء رأي مطابق، وذلك في أجل ثمانية أيام الموالية لتاريخ إيداع الطلب، ويتم تحضير الملف من طرف الشباك الوحيد للولاية، ثم ترسل نسخة من الملف إلى المصالح المستشارة من خلال ممثليها، ويفصل الشباك أيضاً خلال أجل خمسة عشر يوماً الموالية لتاريخ إيداع الطلب، ويبلغ القرار الإيجابي الذي يرفق بنسخة من ملف الطلب من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفة إلزامية خلال العشرين يوماً الموالية لتاريخ إيداع الطلب<sup>(2)</sup>.

وتبدأ إجراءات إصدار الترخيص بالبناء في التشريع المصري بالتزام الجهة الإدارية بإعطاء أصحاب الشأن بياناً بصلاحيات الموقع للبناء من الناحية التخطيطية والاشتراطات البنائية الخاصة بالموقع، ويقدم طلب الحصول على الترخيص من المهندس أو المكتب الهندسي إلى الجهة الإدارية المختصة

(1) - المادة 46 من المرسوم 15-19، المصدر نفسه، ص 15.

(2) - أنظر المواد 48، 49، 51 من المرسوم 15-19، المصدر نفسه، ص 15، 16.

بشؤون التخطيط والتنظيم مرفقا به المستندات اللازمة، ويكون من يصدر الترخيص باسمه مسؤولا عما يقدمه من بيانات ومستندات متعلقة بحقه في الترخيص.

ويكون المهندس أو المكتب الهندسي مسؤولا عن استيفاء المستندات، وعن أعمال التصميم، وعليه الالتزام عند مراجعة الرسومات وتعديلاتها بالاشتراطات التخطيطية والبنائية الخاصة بالأصول الفنية والمواصفات القياسية المصرية المعمول بها وقت التقدم بطلب الترخيص<sup>(1)</sup>.

ويصدر المحافظ المختص بعد موافقة المجلس الشعبي المحلي للمحافظة قرار يحدد فيه الرسوم المستحقة عن إصدار الترخيص، ويؤدي طالب الترخيص تأمينا بنسبة (2 و 5%) من قيمة الأعمال المطلوب الترخيص بها تخصص لمواجهة ما قد يلزم من النفقات والمتطلبات كإزالة الأعمال المخالفة أو تصحيحها ورفع الإشغالات بالطريق ورفع مخلفات البناء وإصلاح ما قد يتلف بالمرفق أو الشوارع.

ويتقدم المواطن بطلب إلى الجهة الإدارية للحصول على بيان بصلاحيه الموقع للبناء من الناحية التخطيطية والاشتراطات البنائية، ويحدد بالطلب عنوان وحدود الموقع، ويرفق بالطلب رسم كروكي يبين الموقع والطرق المؤدية إليه، يوقع عليه مقدم الطلب، وصورة من بطاقة الرقم القومي لطالبه، والإيصال الدال على سداد الرسوم المستحقة، وذلك دون المطالبة بأية مستندات أخرى، وعلى إثرها تقوم الجهة الإدارية بإعطاء طالب البيان ما يفيد استلام الطلب يوم التقديم.

ويلتزم مهندس الجهة الإدارية بإصدار البيان خلال أسبوع من تاريخ تقديم الطلب وفقا للنموذج المرفق، وفي حالة وجود موانع بالموقع، يجب على الجهة الإدارية إصدار بيان يذكر به هذه الموانع التي تمنع إصدار بيان الصلاحية<sup>(2)</sup>.

وكما يجب أن تشتمل جميع الرسومات الهندسية على البيانات الآتية: اسم المشروع واسم مالكة وعنوان الموقع، اسم المهندس أو المكتب المسؤول عن التصميم وعنوانه ورقم قيده في نقابة المهندسين، مقياس الرسم، تاريخ إعداد الرسم، التعديلات اللاحقة وتواريخها وملخص لهذه التعديلات، وتوضيح مكانها على الرسم بعد عمل التعديلات، ويجب على المهندس المشرف على التنفيذ حفظ نسخة من الرسومات قبل وبعد كل تعديل للرجوع إليها عند الحاجة.

وتتمثل المستندات المطلوبة في استخراج ترخيص بناء في تقديم طلب بذلك إلى الجهة الإدارية على النموذج المرفق باللائحة التنفيذية للبناء من المهندس أو المكتب الهندسي مرفقا بالمستندات التالية:

- المستندات الدالة على ملكية الأرض موضوع الترخيص.

- صورة من بطاقة الرقم القومي لمن سيصدر الترخيص باسمه.

(1)- الفقرة (1،2،4) من قانون البناء المصري، المصدر السابق.

(2)- المادتان 109،110 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 85.

حضور من سيصدر باسمه الترخيص أو من يمثله قانونا لتفويض المهندس أو المكتب الهندسي للسير في إجراءات استخراج الترخيص.

- حساب قيمة الأعمال طبقا للنموذج المرفق باللائحة.

- شهادة صلاحية الأعمال للترخيص طبقا للنموذج المرفق والمنصوص عليه بهذه اللائحة مرفقا بها صورة بيان صلاحية الموقع للبناء من الناحية التخطيطية والاشتراطات البنائية الصادر عن الجهة الإدارية المختصة موقعة من المهندس أو المكتب الهندسي.

- ثلاث نسخ من الرسومات الهندسية معتمدة، وفي حالة المباني التي تخضع لوثيقة التأمين يتعين اضافة مستندات أخرى<sup>(1)</sup>.

ويقع البت في مطلب الترخيص في التشريع التونسي في أجل يتعدى خمسة وأربعين يوم من تاريخ ايداع ملف في الغرض تام الموجبات، ويمكن أن يرفع الأجل إلى ستين يوم إذا كان مثال التهيئة بصدد الإعداد وإلى تسعين يوما في صورة وجود البناية المزمع انجازها في حدود 200 متر حول المواقع الطبيعية، المواقع الثقافية والأثرية، المناطق المصانة والمعالم التاريخية.<sup>(2)</sup>

وتتم عملية المعاينة بطلب من المعني أو بمبادرة من البلدية أو الولاية أو من مصالح الوزارة المكلفة بالتعمير عند الاقتضاء، وتشفع بمحضر في الانتهاء من الأشغال على الوجه المطلوب من عدمه، ويسلم محضر المعاينة لطلبه في مدة شهرين ابتداء من تاريخ اجراء المعاينة إذا تمت بمبادرة من السلطة المعنية.

وعرف مجال التعمير بالمغرب الآخر توسعها كبيرا بفعل ارتفاع نسبة التمدن، حيث ازداد بذلك توسع المناطق الحضرية على حساب المناطق القروية، وتكاثر استهلاك الأراضي بالمدن وضواحيها وتعددت مشاكل العقار والبناء غير المنظم، وأصبحت عملية البناء تتم دون مراعاة لأبسط قواعد التعمير ولحاجيات الجماعة، فكان لا بد على الإدارة أن تتحمل مثل هذه الحاجيات لتدارك المشكل، وبالرجوع إلى قوانين التعمير المعمول بها يتضح أن المشرع المغربي استعمل مجموعة من المصطلحات والألفاظ العامة من البناء، عمليات البناء، العمارات، دون أن يحدد معنى ومدلول هذه المصطلحات لا في القوانين ولا في الدوريات المعمول بها.

وأما الضوابط العامة والخاصة بالبناء، وطبقا للما(59) من القانون 12.90 المتعلق بالتعمير، فبين شكل وشروط تسليم الرخص وغيرها من الوثائق المطلوبة بمقتضى قانون التعمير والنصوص التشريعية المتعلقة بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والنصوص الصادرة لتطبيقها،

(1)- أنظر المادتان 111،112 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 85،86،87.

(2)- أنظر الفصول 69، 73 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير ونصوصها التطبيقية 2017، ر ر ت، 2017

ثم ضوابط السلامة الواجب مراعاتها في المباني والشروط الواجب توافرها فيها لما تستلزمه متطلبات الصحة والمرور والمتطلبات الجمالية ومقتضيات الراحة العامة<sup>(1)</sup>

وقد وسع القانون 90.12 من نطاق تطبيق إلزامية رخصة البناء، حيث نصت المادة (40) منه على:

" يمنع القيام بالبناء دون الحصول على رخصة لمباشرة ذلك داخل الدوائر المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه وفي المناطق المشار إليها في (ب) من المادة 18 من هذا القانون التي تكتسي صبغة خاصة تستوجب تهيئتها خضوع لرقابة إدارية خارج الدوائر المنصوص عليها في البند السابق والتجمعات القروية والموضوع لها تصميم تنموية، على طول السكك الحديدية وطرق المواصلات غير الطرق الجماعية إلى غاية عمق يبلغ كيلومترا ابتداء من محور السكك الحديدية والطرق السالفة الذكر، وعلى طول الملك العام البحري إلى غاية عمق يبلغ خمس كيلومترات داخل التجزئات المأذون في إحداثها عملا بالتشريع المتعلق بتجزئة الأراضي وتقسيمها وإقامة المجموعات السكنية".

أما عن الدوائر المشار إليها في المادة الأولى، فهي الجماعات الحضرية والبلديات والمراكز المستقلة والمراكز المحددة، التي تعد أجزاء من جماعة قروية تعين حدود السلطة التنظيمية بناء على اقتراح من وزارة الداخلية، ثم المناطق المحيطة بالجماعات الحضرية والمراكز المحددة، أي الأراضي القروية المجاورة لتلك الجماعات والمراكز، وتمتد المناطق المحيطة بالمدن إلى مسافة خمسة عشر كيلومترا تحسب من الدوائر البلدية، وتعين المناطق المحيطة في النص التنظيمي المتعلق بتحديد دائرة كل مركز من هذه المراكز.

ونصت المادة (42) من قانون 90.12 على ما يلي:

" يجوز فرض الحصول على رخصة البناء خارج الدوائر المنصوص عليها في المادة 40 أعلاه".  
يفهم من هذا النص، أن المشرع المغربي لم يحدد طبيعة ملف رخصة البناء ولا الوثائق المرفقة به، وفي غياب وجود نص قانوني، فإن الملف يودع لدى مكتب التصميم أو مصلحة التصميم بدراسة ملفات طلبات رخص البناء المودعة لدى السلطة المختصة، في حالة سكوت مجلس الجماعة شهرين من تاريخ ايداع طلب الحصول على رخصة البناء تعد مسلمة.<sup>(2)</sup>

وتوكل مهمة تسليم رخصة البناء لرئيس مجلس الجماعة، وذلك بتوجيهه إلى السلطة الإدارية المحلية المعنية نسخة من رخصة البناء مباشرة بعد تسليمها للمعني.

(1) - الشريف البقالي، رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص 241.

(2) - المواد 41، 48 من القانون رقم 012.90، المصدر السابق.

وإن عدم وجود نص قانوني واضح يبين طبيعة الأشغال التي تستلزم رخصة البناء سيخلق باستمرار للمهتمين عدة صعوبات عند تحديدهم لنوع البناء أو الأشغال الخاضعة لرخصة البناء، وكذلك بالنسبة للأشخاص الراغبين في القيام ببناء أو عمل مرتبط به سيتعذر عليهم معرفة ما إذا كانوا ملزمين بتقديم طلب رخصة البناء أم لا، ولتفادي هذه الثغرة من الواجب إصدار نصوص تنظيمية أو دوريات تحدد فيها نوع الأشغال التي تخضع لرخصة البناء بشكل دقيق<sup>(1)</sup>.

وبعد الإيداع، يقوم مكتب التصميم التابع للجماعة بدراسة الملفات، وتوجيه نسخ منها إلى الجهات المختصة الأخرى سواء التابعة للجماعة أو الدولة أو غيرها، كتلك المكلفة بتوزيع الماء والكهرباء، وبعد ذلك يوجه نسخا من الملف إلى المصالح العمومية من أجل الحصول على التأشيرات اللازمة، وتبقى فعالية المسطرة المتبعة في الدراسة مرهونة بمدى تأطير مصالح التصميم بالأطر التقنية والإدارية الكفاءة القادرة على دراسة الملفات بسرعة ودراية.

وإذا كان الغرض المخصص له الأراضي غير محدد في تصميم التهيئة أو في تصميم التطبيق، فإنه يجوز لرئيس الجماعة بعد استطلاع رأي الإدارة المكلفة بالتعمير أن يقوم داخل الجماعة الحضرية والمراكز المحددة والمناطق ذات الصبغة الخاصة إما بتأجيل البت في طلبات رخص البناء أو تأجيلها مسبقا في أجل لا يتعدى سنتين، ولكن يمنع تسليم رخصة البناء في حالة ما إذا كانت الأرض المزمع إقامة المبنى عليها موصولة بشبكة الصرف الصحي وشبكة توزيع المياه الصالحة للمشرب<sup>(2)</sup>.

وأعطى لرئيس المجلس إمكانية تفويض هذا الاختصاص بقرار مكتوب إلى مساعد أو عدة مساعدين، ويتم نشر القرارات أو تبليغها إلى علم الأفراد بجميع الوسائل الملائمة، وإذا كان رئيس المجلس الجماعي من حيث المبدأ هو المختص في تسليم رخص البناء، فهناك مجموعة من الحالات تخرج بنص القانون من اختصاصه، وذلك بإعطاء عدة جهات أخرى الاختصاص في منح الإذن في الترخيص نظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا البناء، أو حسب النظام القانوني المطبق في المنطقة التي يراد إقامة البناء عليها.

وبعد دراسة الملف من طرف الجهات المخول لها ذلك، تتخذ السلطات التي لها الحق في منح رخصة البناء إما قرار قبول طلب الرخصة، أو رفض طلب الرخصة.

وكما تضمنت المادة (12-431.R) من قانون التعمير الفرنسي محتوى ملف طلب الحصول على رخصة بناء كما يلي:

(1) - محمد بوجيدة، رخصة البناء، الجزء الأول، دار الجيل الطبعة الثانية، المغرب، 2000، ص، 41

(2) - المواد 45، 47 من القانون رقم 12.90، المصدر السابق.

المعلومات المذكورة في المادة (R.431-5) إلى (R.431-12)، الوثائق التكميلية المذكورة في المواد (R.431-13) إلى (R.431-33)، كما يحدد طلب الرخصة مساحة أرضية المباني المحمية، وتساوي مساحة الطابق في المبنى مجموع مساحات الأرضيات في كل مستوى محوط ومغطى، ويتم حسابها من واجهات داخلية عارية، كما تتضمن رخصة البناء مساحات أرضية الأقبية أو المخازن، ملاحق المساكن<sup>(1)</sup>.

ومنح قانون التعمير الفرنسي للشخص المتحصل على وعد بالبيع قطعة الأرض له الصفة القانونية في الحصول على رخصة البناء، وحتى الأشخاص العامة الذين تحصلوا على عقار بطريقة استثنائية محل نزع ملكية من أجل المنفعة العامة؛ مثل وحدات الإدارة المحلية والبلديات والمحافظات والأقاليم بإمكانهم الحصول على رخصة بناء<sup>(2)</sup>، وهذا التوسع لم تدرجه التشريعات العربية محل الدراسة. ومن خلال ما سبق استنتجنا ما يلي:

(1)- «En premier lieu» aux termes de l'article R. 431-4 du code de l'urbanisme» dans sa rédaction en vigueur à la date du permis de construire attaqué: " La demande de permis de construire comprend: a) Les informations mentionnées aux articles R. 431-5 à R. 431-12 ; / b) les pièces complémentaires mentionnées aux articles R. 431-13 à R. 431-33 ; c) Les informations prévues à l'article R. 431-34. / Pour l'application des articles R. 423-19 à R. 423-22, le dossier est réputé complet lorsqu'il comprend les informations mentionnées au a et au b ci-dessus. " Aux termes de l'article R. 431-5 du même code : " la demande de permis précise : / f) la surface de plancher des constructions projetées (...) ". En vertu de l'article R\* 112-2 alors en vigueur du code de l'urbanisme, " la surface de plancher de la construction est égale à la somme des surfaces de planchers de chaque niveau clos et couvert, calculée à partir du nu intérieur des façades après déduction : (...) 7° Des surfaces de plancher des caves ou des celliers, annexes à des logements.

L'autorité administrative saisie d'une demande de permis de construire peut relever les inexactitudes entachant les éléments du dossier de demande relatifs au terrain d'assiette du projet, notamment sa surface ou l'emplacement de ses limites séparatives, et, de façon plus générale, relatifs à l'environnement du projet de construction, pour apprécier si ce dernier respecte les règles d'urbanisme qui s'imposent à lui. En revanche, le permis de construire n'ayant d'autre objet que d'autoriser la construction conforme aux plans et indications fournis par le pétitionnaire, elle n'a à vérifier ni l'exactitude des déclarations du demandeur relatives à la consistance du projet à moins qu'elles ne soient contredites par les autres éléments du dossier joint à la demande tels que limitativement définis par les dispositions des articles R. 431-4 et suivants du code de l'urbanisme, ni l'intention du demandeur de les respecter, sauf en présence d'éléments établissant l'existence d'une fraude à la date à laquelle l'administration se prononce sur la demande d'autorisation », . Conseil d'État, N° 401384, ECLI : FR : CESEC : 2019 :401384.20190215, Légifrance, op.cit.

-Patric Gérard« Pratique de droit de l'urbanisme» urbanisme règlementaire individuel et opérationnel, 3 éme édition Eyrolles« Paris« France» p 82, 83,84.

- اتفقت التشريعات محل الدراسة على الجهة الإدارية التي يودع فيها ملف رخصة البناء، وهي بمقر البلدية، أين يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي (رئيس الجماعة) بإصدار هذه الرخصة وفق طلب مرفق بملف إداري وتقني.
- توسع المشرعان الجزائري والفرنسي في نطاق الأشخاص الذين لديهم الحق في طلب رخصة البناء، فلما يكتفيا بالمالك لوحده، فمنح المشرع الجزائري هذا الحق للمستأجر، الأشخاص المعنوية وحتى أصحاب الحقوق العينية الأخرى.
- اقتصر المشرع المصري على المالك لوحده لطلب رخصة البناء دون الحائز من المستأجرين.
- لم يحدد المشرعان التونسي والمغربي صفة الأشخاص الذين لديهم الحق في طلب رخصة البناء، هل يشترط صفة المالك أو المستأجر.
- لم يعين المشرع المغربي مسطرة خاصة لإجراءات طلب رخصة البناء، ولم يحدد الجهة الإدارية التي يوضع فيها الملف.

### الفرع الثالث: آثار رخصة البناء في تقييد حق الملكية العقارية الخاصة

تمثل رخصة البناء قيودا على حق البناء؛ الذي هو حق متجزئ من حق الملكية، فتقييد المالك في سلطة استعماله والتصرف في ملكيته.

ويترتب على هذه الرخصة عدة آثار قانونية في تقييد حق الملكية العقارية المبنية، وتظهر هذه الآثار إما في المخططات العمرانية، أو بمخالفة أحكام رخصة البناء، وإما بتقييد الحق في البناء.

#### أولا: مدى تأثير المخططات العمرانية على رخص البناء

يعتبر النظام العام العمراني من أهم الأغراض الحديثة لسلطات الضبط الإداري من خلال تقييد حق الملكية العقارية الخاصة في تشييد بناية، بحيث يكون المالك مقيد باحترام الشروط والضوابط الخاصة بالعمران وأدواته.

ولا يمكن أن تتم عملية البناء بصفة عشوائية، بل تفرض على مالك العقار أو الحائز أو من له الحق في الحصول على رخصة البناء الالتزام بقيود تنظيمية، تتمثل في احترام معايير التعمير سواء تعلق الأمر بالسكنات الفردية الأفقية أو الفردية العمودية.

ويهدف التشريع في مجال العمران إلى الحد من التجاوزات في مجال البناء، لذلك تم الاعتماد على الرخص العمرانية كقيود على سلطة المالك في استعمال واستغلال حقه في البناء، وهذه الرخص مقيدة أيضا باحترام المخططات العمرانية كالتالي:



- لا يمكن الترخيص بالبناء إلا إذا كان المشروع المتعلق به موافقا لأحكام مخطط شغل الأراضي المصادق عليه، أو مخطط شغل الأراضي في طور المصادقة عليه، والذي تجاوز مرحلة التحقيق العمومي أو مطابقا لوثيقة تحل محل ذلك، مما يجعل لهذا المخطط دور في رسم السياسة العمرانية قبل وبعد المصادقة عليه.

- يمكن أن يمنع الترخيص بالبناء في البلديات التي لا تمتلك الوثائق التعميرية إذا كان مشروع البناء غير مطابق لتوجيهات مخطط التهيئة والتعمير، لكن تبقى قاعدة مكملة غير ملزمة لمنحها امكانية تجاوز ما ورد في هذا المخطط، وهو ما عكسه الواقع العملي في عملية البناء الفوضوي في الجزائر بعدم خضوع الملاك لقيود التعمير.

- يمنع الترخيص بالبناء في البلديات التي لا تمتلك الوثائق التعميرية إذا كان مشروع البناء غير مطابق للتوجيهات المنصوص عليها تطبيقا للأحكام المحددة في القواعد العامة للتهيئة والتعمير<sup>(1)</sup>.  
وعندما تمنع رخصة أو تكون مشمولة بتحفظات، فإن القرار الذي تتخذه السلطة المختصة يجب أن يكون مبررا.

وبالنسبة للمشرع المغربي، واستنادا إلى مقتضيات المادة (25) من القانون رقم 25.90، يمكن رفض الترخيص بالبناء في المناطق التي تكون موضوع مشروع تصميم تهيئة ابتداء من تاريخ انتهاء البحث العلني إلى غاية نشر النص المصادق عليه، إذا كانت هذه الطلبات غير مطابقة لتوقعات مشروع التصميم، غير أنه إذا لم يتم نشر النص المشار إليه خلال شهرا يبتدىء من تاريخ اختتام البحث العلني المتعلق به، فإن أحكام المشروع تصير غير لازمة التطبيق.

ويجب أن يكون قرار رفض الترخيص مبنيا على أسس قانونية أو تنظيمية واضحة، بحيث يبين الأسباب التي جعلت السلطة المكلفة بمنح المخالفات للمقتضيات التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وخصوصا الأحكام الواردة في تصاميم التهيئة والتطبيق، ويكون الأفراد ملزمين باحترام أحكام تصميم التهيئة ومقتضياته من أجل الحصول على رخصة البناء، وفي المقابل تكون الإدارة ملزمة بالنقيد بمحتوى هذا التصميم، وعليها رفض جميع المشاريع المخالفة له تحت طائلة ترتيب مسؤوليتها، وهو ما ذهب إليه حكم المحكمة الإدارية بالرباط:

" إن القرار البلدي القاضي برفض الترخيص بالبناء للطاعن بدعوى أن القطعة الأرضية ممنوع فيها البناء، في حين أن تصميم التهيئة لا يشير إلى هذا المنع، يجعل القرار المذكور مشوبا بتجاوز السلطة

(1)- المادة 52 من المرسوم 15-19، المصدر نفسه، ص 16.

لعيب انعدام السبب وكذلك لعيب الانحراف في استعمال السلطة بعد أن ثبت وقوع الترخيص بالبناء في نفس المنطقة لأشخاص آخرين وبالتالي يكون مآل القرار الإلغاء.<sup>(1)</sup>

- من آثار المخططات التنظيمية أنها تقيد تخصيص العقار وتعيق المالك من استعماله وكيفية استغلاله لعقاره، وهو ما وضحته قضية أخرى للمحكمة الإدارية بالرباط، مفادها: " تقدم طاعن بطلب إلى الوكالة الحضرية بالرباط بقصد الحصول على إيضاحات بشأن عقارين يملكهما، فتوصل بجواب يفيد بأنهما مهنيان للاستعمال التجاري، وقام على إثر ذلك بتكليف مكتب الهندسة المعمارية بإنجاز تصاميم لبناء مركز تجاري، ثم بادر لتقديم طلب الحصول على رخصة البناء من طرف رئيس الجماعة الحضرية باليوسفية، واندحش حينما أخبر بكتاب إلى أن المنطقة مخصصة للسكنى فقط وليس للتجارة... فأكد أنه صرف مبالغ مهمة وحصل على القروض اللازمة وضم إليه مجموعة استثمارية أجنبية لإعطاء المشروع أهمية عمرانية وتجارية على مستوى دولي.

وعلى الرغم من عدم جواب الأطراف المطلوبة في الإلغاء، فإن المحكمة قضت في تظلم الطاعن، بأنه وقع تغيير في تصميم التهيئة وأصبحت بمقتضاه (د4)، التي يتواجد بها عقار الطاعن مخصصة للسكنى من نوع فيلا، وأقرت بأحقية الإدارة في إحداث التغييرات اللازمة على مشروع تصميم التهيئة خدمة للمصلحة العامة، مما لا يبقى معه للمتضرر سوى المطالبة بالتعويض دون إمكانية الحصول على رخصة البناء."

ولم ينته الحكم إلى نتائج صائبة للأسباب التالية:

- عدم إثارته لمقتضيات الفصل (366) من المسطرة المدنية المغربية، والتي تعتبر عدم رد الإدارة يعتبر موافقة ضمنية منها على ما جاء في عريضة الطعن، واكتفاء قاضي الموضوع بالبت في الملف بمجرد حيثيات المقرر المطعون فيه، وجواب الإدارة على تظلم المعني بالأمر أن هاتين الوثيقتين لا تتضمنان بيانات أو شرحا يمكن الاعتماد عليها في عملية الترجيح بين مبررات الإدارة في وجود مصلحة عامة، وما قدمه الطاعن من دفع.

- يعتبر القاضي الإداري قاض متحرك؛ يعطي لنفسه دورا ايجابيا في النزاع، مما يلزمه أن يكون حريصا على دراسة حقائقه والتعمق في معطياته.

ومن ثم، كان على المحكمة الحكم بإجراء تحقيق في الوقائع المادية للقضية، والتوصل من معطياتها والتأكد من كون التغييرات الطارئة على مشروع تصميم التهيئة تخدم فعليا المصلحة العامة،

(1) - حكم المحكمة الإدارية للرباط، رقم 879، ملف عدد 37/439 غ، مؤرخ في 1998/10/01، نقلا عن الشريف البقالي، شرطة التعمير بين القانون والممارسة: دراسة عملية على ضوء اجتهاد القضاء الإداري، دار القلم، الرباط، المملكة المغربية، 2012، ص 138، 139.

ووجه هذه المصلحة الذي كان وراء إجراء التغيير والملازمات المحيطة به، علما أن الشهادة الممنوحة لطالب الرخصة من طرف الوكالة الحضرية مدة صلاحيتها ستة أشهر، وطلب الترخيص قدم قبل انقضاء هذه المدة<sup>(1)</sup>.

وهناك استثناء على منع استعمال الأراضي فيما معدة له بموجب تصميم التهيئة، أوردته المادة (28) من القانون 12.90، بحيث أجازت بمقتضى إذن من رئيس الجماعة استعمال الأراضي بصفة مؤقتة لغير الغرض المنصوص عليه في تصميم التهيئة، بشرط أن يكون هذا الاستعمال بشكل مؤقت دون أن يكون عائقا في انجاز التجهيزات المقررة بالتصميم، وهنا تقييد صريح للمالك في التصرف المادي لعقاره وكيفية تخصيصه، ويفرض عليه في جميع الحالات بعد مباشرة إنجاز هذه التجهيزات إعادة أرضه إلى الحالة التي كانت عليها من قبل.

### ثانيا: آثار مخالفة أحكام رخصة البناء

تعتبر رخصة البناء قيادا رقابيا على حق البناء، فرضها المشرع الجزائري والتشريعات محل الدراسة لإلزام المالك وتقييد حريته في التصرف باستعمال ملكيته العقارية وفقا لضوابط قانونية محددة، مما يترتب على مخالفة الأحكام الموضوعية والإجرائية لهذه الرخصة عدة آثار قانونية متعلقة بالبناء دون رخصة، أو عدم مطابقة البناء مع الرخصة.

#### 1) البناء دون الحصول على رخصة بناء

منعت المادة (06) من القانون رقم 08-15 القيام بتشييد أي بناية، مهما كانت طبيعتها، دون الحصول المسبق على رخصة بناء مسلمة من السلطة المختصة في الأجل المحددة قانونا، وتصبح هذه الرخصة غير صالحة إذا لم يشرع في البناء في أجل سنة ابتداء من تاريخ تسليمها.

وكما يتعين على كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي والأعوان المؤهلين قانونا التزام الزيارة الميدانية لكل البنايات في طور الانجاز والقيام بالمعاينات الضرورية وطلب الوثائق التقنية الخاصة بالبناء والاطلاع عليها في أي وقت، فإذا ما تبين أثناء عملية القيام بدورية أو بناء على شكوى من المتضررين وجود عملية بناء دون رخصة، فإنها تعتبر مخالفة لأحكام التعمير، وبعد سماع الشخص المخالف والمشتكى منه والتثبت من وجود المخالفة، يقوم العون المختص بتحرير محضر معاينة مخالفة التشريع والتنظيم تحت عنوان أشغال دون رخصة بناء، يتضمن الإشارة إلى طبيعة الأشغال المنجزة بدقة والتصريحات التي تلقاها أثناء المعاينة، ويتم إرسال نسخة من المحضر إلى كل من الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي ومدير التعمير والبناء، في أجل لا يتعدى اثنان وسبعون ساعة<sup>(2)</sup>.

(1)- الشريف البقالي، شرطة التعمير بين القانون والممارسة، المرجع نفسه، ص 139، 140.

(2)- أنظر المواد 63، 64، 65، 66 من القانون رقم 08-15، المصدر السابق، ص 27.

وعلى إثرها يصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص قرارا بالهدم في أجل ثمانية أيام ابتداء من تاريخ استلام محضر المخالفة.

ويتم تنفيذ القرار الإداري على نفقة المخالف، وفي حالة عدم تحصيل نفقات الهدم، تتولاها مصالح البلدية، وفي حالة عدم وجودها بواسطة الوسائل المسخرة من قبل الوالي. وتتمثل مظاهر تقييد رخصة البناء في الحق في البناء في التشريع المصري من خلال النقاط التالية:

- إذا لم يبدأ المرخص له بالبناء خلال سنة من تاريخ استلامه الترخيص وجب عليه استصدار شهادة من الجهة الإدارية مصدرة الترخيص تفيد استمرار سريان الترخيص لمدة سنة واحدة من هذا التاريخ.

- لا يتم البدء في أعمال الحفر أو سند جوانب الحفر إلا بعد صدور ترخيص البناء، فإذا شرع المرخص له في تنفيذ الأعمال دون إخطار الجهة الإدارية تقوم هذه الأخيرة بتحرير قرار إيقاف ومعاينة الأعمال التي تمت لتحديد مدى مطابقتها للترخيص المنصرف والسماح للمرخص له باستئناف الأعمال في حالة مطابقتها للترخيص أو إصدار قرار تصحيح أو إزالة في حالة مخالفتها.

- قيام الجهة الإدارية قبل استئناف الأعمال بإلزام المالك باستيفاء عقد المقاوله وشهادة الإشراف طبقا للنماذج المعدة والمنصوص عليها باللائحة التنفيذية لقانون البناء.

- يقيد المالك المستفيد من رخصة البناء حتى في التعديلات البسيطة، التي تقتضيها الضرورة أثناء التنفيذ، ولا تمس الناحية الإنشائية للمبنى (مثل انحراف بعض مواضع الفتحات، ترحيل بعض الحوائط) إلى الاستعانة بتوقيع مهندس مشرف على تلك التعديلات وعلى الرسومات المعتمدة للترخيص بعد اعتماد مهندس إنشائي خبرته لا تقل عن سبع سنوات، وتقدم بعد ذلك للجهة الإدارية المختصة في بشئون التخطيط والتنظيم، على أن تعتمد الرسومات بعد التعديل وإرفاقها بملف الترخيص<sup>(1)</sup>.

## 2) عدم مطابقة أشغال البناء مع الرخصة

يقع على عاتق المستفيد من رخصة البناء مطابقة أشغال البناء مع هذه الرخصة، إذ يتعين عليه عند الانتهاء من عملية البناء استخراج شهادة مطابقة الأشغال المنجزة مع أحكام رخصة البناء، من خلال إيداع تصريح بذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ الانتهاء في نسختين، ويودع بمقر المجلس الشعبي البلدي

(1) - المواد 119، 120، 121 من اللائحة التنفيذية لقانون البناء المصري، المصدر السابق، ص 90، 91.

لمكان البناء مقابل وصل إيداع يسلم له في نفس اليوم، ويقوم بتسليم هذه الشهادة رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً أو الوالي أو الوزير المكلف بالعمران حسب كل حالة<sup>(1)</sup>.

وتعتبر شهادة المطابقة قيماً ترتيبياً للحق في البناء، حيث تلزم المستفيد من مطابقة الأشغال المنجزة مع أحكام رخصة البناء إقامة البناية ومقاسها، استعمالها، وواجهاتها، ويتم التحقق منها من طرف لجنة تضم ممثلين مؤهلين قانوناً عن رئيس المجلس الشعبي البلدي والمصالح المعنية.

وإذا بينت عملية الجرد التي تقوم بها لجنة المراقبة عن عدم إنجاز الأشغال طبقاً للتصاميم المصادق عليها ووفق أحكام رخصة البناء، تعلم السلطة المختصة المعني بعدم إمكانية تسليم شهادة المطابقة له، وأنه يجب عليه العمل على جعل البناء مطابقاً للأحكام المطبقة وفقاً لرخصة بناءه تحت طائلة العقوبات<sup>(2)</sup>.

ومخالفة تحقيق المطابقة تتحقق في عدة صور:

أ- **بناية برخصة بناء غير مطابق لها:** تفترض حالتين؛ بناية غير متممة تتطلب الحصول على رخصة بناء على سبيل التسوية، بالإضافة إلى رخصة إتمام الإنجاز، فإذا كانت بناية متممة فتقتضي استخراج شهادة مطابقة على سبيل التسوية.

ب- **بناية بدون رخصة بناء:** تفترض أيضاً حالتين، بناية متممة تستوجب الحصول على رخصة بناء على سبيل التسوية، أو بناية غير متممة تحتم الحصول على رخصة إتمام الإنجاز على سبيل التسوية<sup>(3)</sup>.

ج- **بناية بدون سند ملكية:** للحصول على سند الملكية على سبيل التسوية، لا بد من الحصول على شهادة المطابقة.

ولقد صدر قانون مطابقة البناء لوضع حد لحالات عدم إنهاء البناءات وتحقيق مطابقة البناءات المنجزة أو التي هي في طور الإنجاز، وقد حددت مدة سريانه بخمس سنوات من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، لكن تماطل الأفراد في إيداع ملفاتهم وتقاعس الإدارة عن تسوية جميع الملفات أدى بالمشروع الجزائري إلى تمديد هذه المدة بموجب قانون المالية لسنة 2014 بثلاث سنوات إضافية تنتهي في 2016/08/03، لكن لم يتغير الوضع العقاري، بل ازداد تعقيداً نتيجة عدم تحكم الإدارة في تطبيق آليات هذا القانون، وفي انعدام ثقافة عمرانية بخصوص أهمية المظهر الجمالي للمدينة ومدى مطابقة البناءات لرخص التعمير أدى إلى فوضى عمرانية وتزايد السكنات الفوضوية، الأمر الذي اضطر إلى

(1)- المادة 63 من المرسوم 15-19، المصدر السابق، ص 19.

(2)- المواد 66، 67، 68 من المرسوم 15-19، المصدر السابق، ص 19، 20.

(3)- المادة 15 من القانون رقم 08-15، المصدر السابق، ص 22.

إصدار مراسلة وزارية مشتركة بين وزير السكن والعمران والمدينة، وزير الداخلية والجماعات المحلية، ووزير العدل حافظ الأختام تهدف إلى تعليق تطبيق القانون رقم 08-15 إلى أجل غير محدد، وتم تبليغ الموثقين بذلك، وتراجعوا عن طلب شهادة المطابقة كألية بعدية لإعداد عقود الإيجار، لينتهي الأمر بصدور قانون المالية لسنة 2017<sup>(1)</sup>، حيث نصت المادة (113) منه على ما يلي: " يمكن تسوية وضعية البناءات المزودة برخصة البناء التي تم إنجازها أو التي هي قيد الإنجاز، غير المطابقة لتعليمات رخصة البناء المسلمة، وذلك شريطة احترام:

- حق الجوار، فيما يخص تحديد موقع البناء والانفتاح،

- معايير البناء والأمن،

- آجال إنهاء الأشغال المحددة بموجب رخصة البناء المعدلة بعنوان التسوية الممنوحة بعد موافقة اللجنة المشكلة من أجل الفصل في طلبات التسوية.

وتتم التسوية مقابل دفع غرامة تتراوح ما بين 10% و 25% من قيمة العقار، وحسب طبيعة المخالفة، ويسري مفعول هذا الحكم ابتداء من أول يناير سنة 2018.

وتفيد هذه المادة عن إيجاد حل لتسوية وضعية البناءات التي أنجزت أو في طور الإنجاز، مع فرض قيد ضريبي على كل تسوية من قيمة العقار.

وأقر المشرع المغربي بعدم السماح لمالك المبنى أن يستعمله بعد انتهاء الأشغال فيه إلا إذا حصل على شهادة المطابقة إذا تعلق الأمر بعقار مخصص لغرض آخر غير السكن، ويسلم هذه الشهادة رئيس مجلس الجماعة وفق الإجراءات والشروط التي تحددها السلطة التنظيمية، بعد وضع طلب من المالك يصرح فيه بانتهاء عملية البناء، وتحرر الشهادة بعد اجراء معاينة للتحقق من أن الأشغال أنجزت وفق ما يجب، فإذا تولى مهندس معماري إدارة الأشغال يمكن الاكتفاء بشهادته عن المعاينة، ويتعين على رئيس المجلس الجماعي لتسليم شهادة المطابقة الاكتفاء بالشهادة المسلمة من قبل هذا المهندس، يشهد فيها أن الأشغال التي تم إنجازها وفقا للتصاميم المرخصة، وتغني عن المعاينة، ثم تسلم نسخة من هذه الشهادة إلى السلطة الإدارية المحلية مباشرة بعد تسليمها إلى المعني بالأمر<sup>(2)</sup>.

### ثالثا: تقييد الحق في البناء

ينتج عن رخصة البناء باعتبارها قرار إداري أحادي الطرف صادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي حقوق وواجبات قيودية ملزمة للمستفيد منها.

(1)- قانون رقم 16-14 المؤرخ في 28/12/2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر ج، مؤرخة في 29/12/2016، ص 47.

(2)- أنظر المادة 55 من القانون 12.90، المصدر السابق، ص 27.

ويعد وجها من أوجه ممارسة حق الملكية للأرض، ويرتب للمالك جميع عناصر حق الملكية العقارية من استعمال واستغلال وتصرف، لكن استعمال حق البناء ليس أمرا مطلقا بضرورة التوفيق بين المقاربة بين حجم الأراضي والحاجة المطلوبة لبنائها وتنظيمها، وبهدف الموازنة بين مختلف الوظائف يفرض حتمية تنظيم حق البناء، والذي عرف على أنه هو: " كل عملية تشييد بناية و/ أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"<sup>(1)</sup>

ويتضمن البناء إما إقامة أعمال على الأرض أو القيام بعمليات توسعة أو تغطية أو ترميم، لكن المادة (41) السالفة الذكر من المرسوم 19/15 أضافت لنطاق حق البناء كل عملية تتضمن تشييد لبناية جديدة أو كل تحويل لبناية تتضمن أشغالها تغيير مشتملات الأرضية والمقاس والواجهة والاستعمال أو الواجهة والهيكل الحامل للبناية والشبكات المشتركة العابرة للملكية.

لكن هذا الحق في البناء مقيد بعدة قيود عمرانية تخضع للقانون 05/04 المعدل والمتمم للقانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، وهي ضوابط تفرض على كل مالك متحصل على رخصة البناء بعدم المساس بالسلامة والأمن العمومي في كل البناءات المزمع انجازها من جراء موقعها أو حجمها أو استعمالها، أو معرضة للأخطار الكبرى كالمخاطر الطبيعية كالزلازل والفيضانات وانجرافات التربة، والمخاطر التكنولوجية، كما يحظر على الباني عدم المساس بالمحيط البيئي والحفاظ على الوسط الطبيعي من أجل تحقيق التنمية العمرانية المستدامة، وقد حرص المشرع الجزائري وكل التشريعات المقارنة على إدراج البعد البيئي في كل النصوص القانونية المتعلقة بالتهيئة والتعمير للارتباط الوثيق بين البيئة والعمران، فلا تمنح رخصة البناء الواقعة في المساحات الخضراء أو الواقعة على الأراضي الفلاحية أو التي تؤثر على المجال البيئي وتشكل أخطارا على المدى القريب أو البعيد.<sup>(2)</sup>

ولقد قيد المشرع الجزائري عملية البناء في ولايات الجنوب بجملة من القيود التنظيمية في تصميم البنايات وتوجيهها، وأفرد لها قواعد أمر، يلتزم بها المالك في تصميم سكنائه، وقواعد ناهية تمنعه من القيام بعدة أعمال فيها، تتمثل في توجيه البناية طبقا للتوجيه شمال/جنوب، حتى تتوافق مع تكون الواجهة الشرقية والغربية لها من جدران مشتركة، ويتوجب عليه تقليص مساحة النوافذ الموجهة غربا وشرقا<sup>(3)</sup>؛

(1)- المادة 03 من القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/04/2011، المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، ج ر ج، العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.

(2)- صافية اقلولي ولد رابح، قانون العمران الجزائري، أهداف حضرية ووسائل قانونية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2014، ص 45.

(3)- أنظر المادة 12 من المرسوم رقم 27/14، المؤرخ في 01/02/2014، يحدد المواصفات العمرانية والمعمارية والتقنية المطبقة على البنايات في ولايات الجنوب، ج ر ج عدد 06، المؤرخة في 12/02/2014، ص 5.

بمعنى توجيه المحور الطولي للبناء في اتجاه شرق غرب وتوجيه النوافذ شمال جنوب<sup>(1)</sup>، والهدف من ذلك ضمان للتقليل من تعرضها لأشعة الشمس والحد من التسرب الحراري إليها، وتحقيق بعدا اقتصاديا للمالكين، بإنقاص استهلاكهم للكهرباء، واستغلال الإضاءة الطبيعية بتوافر عناصر الرفاهية الصوتية والتهوية المناسبة، كما ينبغي تقليص أبعاد النافذة وشكلها إلى أقصى حد على مستوى الواجهات الغربية والشرقية وتزويدها بواقيات أفقية وعمودية أو اعتماد أسقف فائضة أو المصارح من النوع القابل لتعديل الستائر الثابتة أو الحاجب<sup>(2)</sup>.

وكما قرر المشرع الجزائري ارتفاعات عمرانية ذات طابع تقييدي لحق البناء، وأهمها حق الارتفاق، وقد سبق تعريفه وعناصره وأحكامه من خلال الباب الأول من هذه الرسالة، غير أنه هناك اختلاف واسع بين الارتفاق المدني والارتفاق الإداري العمراني، وخصوصية هذه الأخيرة أنها تعد قيود قبلية سابقة على عملية البناء؛ كالارتفاعات المتعلقة بالصحة والأمن العموميين وتفرض احترام مسافات الطريق، فلا يمكن للشخص المستفيد من رخصة البناء أن يقوم بتشديد بناء داخل الأجزاء المعمرة للبلدية إلا إذا ابتعد أربعة أمتار على الأقل من محور الطريق المؤدي إليه، ويمنع عليه البناء على مسافة تقل عن خمسين مترا من جانبي الطريق السريع<sup>(3)</sup>.

وأهم قيود تعرقل سلطات المالك في استعمال عقاره هي ارتفاعات عدم البناء، وهي تشكل عقبة حقيقية في مواجهة الإدارة، بحيث تمارس امتيازات السلطة العامة في فرض هذه الارتفاعات خاصة إذا لم يتم إرفاقها في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، أو لم يتم إبلاغ أصحاب الشأن بوجود مشروع لهذه المخططات، تشمل ارتفاعات مانعة للبناء تكون في محل عقاراتهم مثل ارتفاع الكهرباء والغاز، والتي عادة ما تكون في مشاريع التهيئة الحضرية الواقعة في المناطق الحضرية للولاية، فيجد المالك عقاره غير قابل للبناء بسبب توزيع خطوط الكهرباء ذات الضغط العالي جدا أو توزيع شبكات مياه الصرف الصحي العمومي تحت عمق أرضيته حتى دون اتخاذ معه اجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وتعويضه تعويضا عادلا ومنصفا عن تجريده لحقه في البناء وحتى من عقاره بصفة كلية أو جزئية<sup>(4)</sup>.

(1)- المادة 16 من ملحق المرسوم رقم 27/14، المصدر نفسه، ص 7.

(2)- أنظر المادتان 21، 22 من ملحق المرسوم 27/14، المصدر السابق، ص 7.

(3)- المادة 10 من المرسوم 175/91، المصدر السابق.

(4)- عبد المولى العمري، قراءة في آليات التهيئة والتعمير، محاضرة أقيمت ضمن فعاليات اليوم التكويني: آليات التهيئة والتعمير ولاية أم البواقي نموذجا، إعداد وتنظيم بن زكري راضية وطلبة ماستر 2 تخصص منازعات عمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، بالتنسيق مع مديرية التعمير والهندسة المعمارية لولاية ام البواقي، 2017/11/27.



وهناك عدة ارتفاعات مانعة للبناء منها: الارتفاعات العسكرية، الارتفاعات المتعلقة بحماية المواقع الأثرية والطبيعية، الارتفاعات المتعلقة بحماية الساحل، الارتفاعات المتعلقة بنقل الطاقة، الارتفاعات المرتبطة بالاستغلال الخاص المتعلق بمخاطر المناجم، الفضلات وبعض الصناعات الثقيلة، والارتفاعات المترتبة بالموارد التي تضمن سلامة الصحة والنظافة، كحماية الماء الشروب والتفتقيات المتعلقة بالبحث عن الماء الصالح للشرب، والعديد من ارتفاعات السكك الحديدية التي تمنع البناء على مسافة ثمانون متر على طول حافة السكة الحديدية، وارتفاعات الطرق بأنواعها والمتعلقة بشبكات صرف المياه والضغط العالي، والتي أصبحت بفعل وظيفتها قيودا اسناديا، رغم أن القانون أورد القيود المقررة على الملكية العقارية الخاصة والمقررة للمصلحة الخاصة ضمن أحكام ق م ج، والمتمثلة في مزار الجوار غير المألوفة، القيود المتعلقة بمرور المياه، وحق المرور والقيود المتعلقة بالتلاصق في الجوار والمطلات والمناور، لكن هذه الارتفاعات تعددت بتطور المجال العمراني، لدرجة أنها أصبحت كأصل للملكية وليس تكليفا عليه.

ويقيد الباني بوضع لافتة مرئية من الخارج طيلة مدة البناء وخلال فترة عمل الورشة، تشمل رقم رخصة البناء وتاريخ صدورهما والجهة المانحة لها، تاريخ افتتاح الورشة والتاريخ المرتقب لإنهاء الأشغال، نوع البناء المرخص بإقامته؛ بمعنى ذو طابع سكني أو تجاري أو صناعي، عدد البناءات المراد تشييدها، العدد المخصص منها للتأجير أو للبيع أو المباع قبل التشييد، مستوى البناء من حيث طوله، عرضه، ارتفاعه وتعليته وفقا للمقاييس العمرانية.

وكما يقع على عاتق الباني المرخص له قبل الشروع في الأشغال، أن يقوم بوضع سياج لملكيته وفقا للشروط القانونية.

وكذلك يقيد الباني بعد الشروع في عملية البناء.

وقد ربط المشرع المصري منح تراخيص البناء بعدم المساس بالملكية العقارية الخاصة، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (40) من قانون البناء أنه في جميع الأحوال لا يترتب على منح الترخيص أو تجديده أي مساس بحقوق ذوي الشأن المتعلقة بالملكية.

### المطلب الثاني: رخصة التجزئة

لقد فرض المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتتابعة، جملة من القيود على تجزئة الأراضي، فأى تجزئة في المحيط العمراني يجب أن تخضع وتستجيب لمجموعة من المقاييس والقواعد التقنية المحددة مسبقا من قبل المشرع ومضبوطة بقواعد تنظيمية، بحيث تنشأ كل تجزئة بناء على ملفات ومخططات قانونية وتقنية، ويمنح الترخيص بالتجزئة من جهات إدارية مختصة، وذلك للمحافظة على

العمران ومجالاته وتحسين الوجه الجمالي للمدن والتجمعات السكانية الحضرية، وكذا مكافحة البناء الفوضوي وما يصاحبه من أخطار.

والسؤال المطروح: ما تعريف رخصة تجزئة الأراضي، وما هي اجراءات الحصول عليها، وما هي آثارها؟

تتم الاجابة عن هذا السؤال في الفروع التالية.

### الفرع الأول: تعريف رخصة التجزئة

رخصة التجزئة؛ هي ثاني القرارات المتعلقة برخص التعمير، ودورها لا يقل أهمية عن دور رخصة البناء في المحافظة على النسق والنسيج العمراني وكذا محاربة البناء الفوضوي.

ورد في مضمون المادة (57) من القانون 90-29 السالف الذكر، المعدل والمتمم، وكذا المادة (07) من المرسوم التنفيذي 15-19 ما يلي:

" تشترط رخصة التجزئة بالنسبة لكل عملية تقسيم ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها إلى قطعتين أو عدة قطع إذا كان يجب استعمال احدى القطع الناتجة أو عدة قطع أرضية لتشبيد بناية "

ويتضح من هذا النص أنه بالنسبة للمشرع الجزائري، ليست كل عملية تقسيم تعتبر تجزئة، بل هناك معايير تضبط العملية حتى تكون خاضعة للرخصة، فلا بد من تقسيم ملكية عقارية واحدة تشكل وحدة عقارية أو عدة ملكيات مهما كان موقعها إلى قطعتين أو عدة قطع وتستعمل هذه القطع الناتجة لتشبيد بناية.

وكما عرف القانون 08-15 السالف الذكر في المادة (08/02) رخصة التجزئة كما يلي:

" التجزئة هي: القسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير".

وتصدر هذه الرخصة في شكل قرار إداري ومنه فإنه يعترها ما يعترى القرار الإداري بوجه عام من النشر والتعديل والإلغاء، ويصدر عن جهات إدارية محددة قانونا بعدما تتحقق من مدى مطابقة مشروع التجزئة مع قواعد التعمير التنظيمي ومخالفة ذلك تؤدي إلى قابلية الرخصة للإلغاء، وهي وثيقة متعلقة بذات الأرض وليس طالبها.

ولا بد من مراعاة المعايير التالية في رخصة التجزئة:

- وجوب تشكل الملكية العقارية المراد تجزئتها في وحدة عقارية محددة إما بطرق عامة أو ملكيات للغير، ويستوي أن تكون ملكية عقارية واحدة، أو عدة ملكيات، ويشترط في هذه الأخيرة أن تكون متلاصقة وتشكل وحدة واحدة.

- تجزئة الأرض تكون من أجل إنشاء بناية وليس لغرض آخر.

- وجوبية تعلق رخصة التجزئة بقطعة أرض ولا يكون موضوعها عقار مبني، حيث هذا الأخير عند قسمته يخضع لقرار شهادة التقسيم.

وتطرق المشرع المصري لأحكام رخصة تقسيم الأراضي، والتي يقابها مصطلح رخصة التجزئة، واعتبرها من أدوات التعمير القبلية في السياسة العمرانية، ووسيلة رقابة على مدى تنظيم المجال الحضري للفضاء، إذ نصت المادة الثانية من قانون رقم 2008/119 المعدل والمتمم على إعطاء تعاريف لمصطلحات عمرانية، ومنه عرفت تقسيم الأراضي:

" تقسيم الأراضي هو كل تجزئة لقطعة أرض إلى أكثر من قطعة واحدة "

ولهذا تم التركيز على مجمل الإجراءات الإدارية المتعلقة بها والتي تضمنتها المواد من (18 إلى 22) من ذات القانون، حيث يمنع أي اعلان من مشروعات تقسيم الأراضي أو التعامل على قطعة أرض من أراضي المشروع أو جزء منه إلا بعد أن يودع طالب هذه الرخصة أمام مديرية المساحة ومكتب الشهر العقاري المختص صورة مصادق عليها من القرار الإداري الصادر باعتماد المشروع ومرفقاته من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم.<sup>(1)</sup>

وواكب المشرع التونسي التشريع الفرنسي وحتى المصري، فلم يطرح مصطلح التجزئة على هذه الرخصة، بل خصص الباب الرابع من مجلة التهيئة الترابية والتعمير، الفصل (58) على أنه:

" يقصد بالتقسيم كل عملية تجزئة قطعة أرض إلى مقاسم يساوي عددها ثلاثة أو أكثر معدة بعد التهيئة لبناء محلات سكنية أو مهنية أو صناعية أو سياحية أو تجهيزات مشتركة اجتماعية وثقافية حسب مقتضيات هذه المجلة "

ونستقرأ من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري كان دقيقا في التفريق بين شهادة التقسيم ورخصة التجزئة، لأن شهادة التقسيم تكون على العقارات غير المبنية، والتجزئة على العقارات التي ستبنى بالمستقبل بعد استصدار رخصة التجزئة.

(1)- المادة 18 من القانون رقم 2008/119، المصدر السابق.

وعرف المشرع المغربي رخصة التجزئة من خلال المادة الأولى من القانون رقم 25.90 على أنها؛ كل تقسيم لعقار عن طريق البيع أو الإيجار إلى بقعتين أو أكثر لتشييد مباني للسكنى أو لغرض صناعي أو تجاري أو سياحي أو حرفي كيفما كانت مساحة البقعة.

وعليه، تستوجب التجزئة معايير محددة، إضافة إلى الحصول على الترخيص الإداري لإنجازها وتصنيفها ضمن التجزئات القانونية.

لهذا فرخصة التجزئة تعتبر من أهم الوسائل الرقابية للتحكم بشكل أفضل في لعمليات العقارية التي تعتبر مصدرا لخلق تجزئات غير قانونية، حيث حدد القانون رقم 25-90 في مادته الثانية إلزامية الحصول على إذن إداري مسبق.

وتمت الموافقة على ضابط البناء العام رقم مرسوم رقم 2.13.424 لسنة 2013 المحدد لشكل وشروط تسليم الرخص والوثائق المقررة بموجب النصوص التشريعية المتعلقة بالتعمير والتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والنصوص الصادرة لتطبيقها، حيث حدد في المادة الأولى من الباب الأول المتعلق بالغرض، ونطاق التطبيق على أن هذا الضابط يحدد شكل وشروط إيداع ودراسة وتسليم والأذن المتعلقة بإحداث التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات ورخص البناء ورخص السكن وشواهد المطابقة.

ولم يضع المشرع الفرنسي تعريفا محددًا لرخصة التجزئة، لكنه عرف التجزئة في حد ذاتها بأنها؛ العملية التي تهدف إلى أو ينتج عنها تقسيم لملكية أو استغلال وحدة عقارية أو عدة وحدات عقارية متجاورة لغرض إنشاء قطعة واحدة أو أكثر بهدف بنائها.<sup>(1)</sup>

لذلك، تعتبر رخصة التجزئة عملية عقارية لا تتم إلا بموجب قرار إداري صادر عن سلطة مختصة بناء على طلب المستفيد منها، الذي يتوجب عليه تقديم ملفا مفصلا، يحتوي على تصاميم بيانية لموقع القطعة الأرضية محل طلب التجزئة، ومدى تأثير هذه التجزئة على حقوق الملكية لجيرانهم.

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية، أنه وفقا للمادة ( 9- 442 L ) من قانون التعمير، تصبح قواعد التعمير الواردة في الوثائق المعتمدة في تجزئة باطلة وملغية بنهاية عشر سنوات من تاريخ إصدار تصريح التقسيم، لأنه في ذلك التاريخ تكون التجزئة كـمجال مفتوح مشمول بالمخطط المحلي للتعمير، ويكون دفتر الشروط قد تم ضمه الى قرار المحافظ الصادر في 28 سبتمبر 1968، والذي يتضمن

(1)- L'article 1 442-1 du cuf ,modifie par Ordonnance n 2011-1916 du 22 décembre 2011-art 2 « constitue un lotissement la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un en plusieurs lots destines à être bâtis »

الموافقة على التجزئة الفرعية والذي انقضى بمرور أكثر من عشر سنوات بعد هذا الإذن، ... لذلك يرفض طلب السيد والسيدة. X<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: اجراءات الحصول على رخصة التجزئة

رخصة التجزئة هي لازمة في كل تقسيم لملكية عقارية أو عدة ملكيات مهما كان موقعها إذا كان يجب استعمال احدى القطع الناتجة أو عدة قطع أرضية لتشييد بناية، وعليه فيمكن الترخيص لأي مالك لقطعة أرض أو أكثر يريد تقسيمها إلى أجزاء بغرض إقامة بنايات عليها.

ومع هذا فإن المشرع الجزائري وحماية للمصلحة العامة العمرانية، فرض عدم منح رخصة التجزئة إذا لم تكن الأرض المجزئة موافقة لمخطط شغل الاراضي المصادق عليه أو تجاوزت مرحلة التحقيق العمومي، أو مطابقة لوثيقة التعمير التي تحل محل ذلك.

ويجب الالتزام باستصدار رخصة التجزئة، عن طريق تقديم صاحب الملكية أو موكله بطلب وفقا للنموذج التنظيمي ويوقع عليه، كما يجب عليه أن يدعم طلبه إما بنسخة من عقد الملكية، أو بتوكيل، أو بنسخة من القانون الأساسي إذا كان المالك أو الموكل شخصا معنويا.

ويرفق طلب رخصة التجزئة بملف يشتمل على الوثائق التالية:

- تصميم للموقع، يعد على سلم مناسب يسمح بتحديد موقع القطعة الأرضية، التصاميم الترشيدية المعدة على سلم 200/1 أو 500/1، التي تشمل حدود القطعة الأرضية ومساحتها، منحنيات المستوى وسطح التسوية مع خصائصها التقنية الرئيسية ونقاط وصل شبكة الطرق المختلفة، تحديد القطع الأرضية المبرمجة مع رسم شبكة الطرق وقنوات التموين بالمياه الصالحة للشرب والحريق وصرف المياه المستعملة، وكذا شبكات توزيع الغاز والكهرباء والهاتف والإنارة العمومية، تحديد موقع مساحات توقف السيارات والمساحات الحرة، مساحات الارتفاقات الخاصة، موقع البنائيات المبرمجة وطبيعتها وشكلها العمراني، بما في ذلك البنائيات الخاصة بالتجهيزات الجماعية.

(1)- La cour de cassation française، troisième chambre civile، a rendu l'arrêt suivant:

. 14 septembre 2017 « Attendu que, pour rejeter la demande, l'arrêt retient qu'en application de l'article L 442-9 du c de l'urbanisme, les règles d'urbanisme contenues dans les documents approuvés d'un lotissement deviennent caduques au terme de dix années à compter de la délivrance de l'autorisation de lotir si, à cette date, le lotissement est, comme en espace, couvert par un plan local d'urbanisme, que le cahier des charges a été annexe a l'arrête préfectoral du 28 septembre 1968 approuvant le lotissement et qu'il s'est écoulé plus de dix ans après cette autorisation sans qu'une majorité de coltis .... » [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr): 14 septembre 2017

- وكذا يحتوي مذكرة توضح التدابير المتعلقة بطرق المعالجة المخصصة لتقنية المياه الراسبة الصناعية من جميع المواد السائلة أو الصلبة أو الغازية المضرة بالصحة العمومية والزراعية والبيئة، والضارة بالصحة العمومية.

كذلك مذكرة تشتمل على قائمة القطع الأرضية المجزأة، ومساحة كل قطعة منها نوع مختلف أشكال شغل الأرض، مع توضيح عدد المساكن، مناصب الشغل والعدد الإجمالي للسكان المقيمين، طبيعة الارتفاقات والأضرار المحتملة، دراسة التأثير في البيئة، عند الاقتضاء، دراسة جيوتقنية، يعدها مخبر معتمد، وهي أهم إجراء استحدثته المرسوم 19/15 بهدف دوما إدراج البعد البيئي في المجال العمراني، وحماية المالك والغير من المخاطر التكنولوجية والطبيعية.

وتتميز رخصة التجزئة بوجود وجود دفتر شروط يحدد الالتزامات الارتفاقات الوظيفية وذات المنفعة العامة المفروضة على الأراضي المجزأة، وكذا الشروط التي تنجز بموجبها البناءات، يحدد دفتر الشروط، زيادة على ذلك، حفظ الملكيات والمغارس والمساحات الخضراء والأسيجة.

ويمكن لطالب رخصة التجزئة أن يحدد إنجاز أشغال التهيئة الخاصة بكل جزء على حدى.

ويتم إعداد الملف البياني والتقني من طرف مكتب دراسات في الهندسة المعمارية أو التعمير، ويؤشر على الوثائق المذكورة أعلاه المهندس المعماري ومهندس مسح الأراضي اللذان يمارسان نشاطاتهما حسب الأحكام القانونية المعمول بها.

ويرسل طلب رخصة التجزئة والوثائق المرفقة به، في جميع الحالات، في خمس (5) نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويودع مقابل وصل تسليم عند الشباك الوحيد (المصالح التقنية للبلدية).

ويمكن لصاحب طلب رخصة التجزئة الذي لم يرضه الرد الذي تم تبليغه به، أو في حالة سكوت السلطة المختصة في الأجل المطلوبة، أن يودع طعنا مقابل وصل إيداع لدى الولاية ثم طعنا ثانيا لدى وزارة السكن، كما بإمكانه اللجوء إلى العدالة بعد إجراء التظلم الإداري.

وتمنح رخصة التجزئة من طرف الوالي حسب المادة (15) من المرسوم التنفيذي 15-19 بالنسبة للمشاريع ذات الأهمية المحلية، (كانت في المرسوم التنفيذي 176/91 الملغى: المشاريع الواقعة في المناطق الخاصة)، بالنسبة للمشاريع الواقعة في مناطق غير مغطاة بمخطط شغل أراض مصادق عليه.

وكما تمنح رخصة التجزئة من طرف الوزير المكلف بالعمران حسب ما تضمنته المادة

(15) من نفس المرسوم التنفيذي بالنسبة للمشاريع ذات الأهمية الوطنية.

ويمنح رئيس المجلس الشعبي البلدي رخصة التجزئة بالنسبة لبقية المشاريع طبقا للمادة (15) من

المرسوم التنفيذي 15-19.

وكما تسلم رخصة التجزئة خلال شهرين من تاريخ إيداع الطلب عندما يكون التسليم من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلاً للبلدية أو الدولة، أو خلال ثلاثة أشهر، عندما يكون التسليم من اختصاص الوزير المكلف بالعمران أو الوالي.

وأما بالنسبة لإجراءات رخصة التجزئة في التشريع الجزائري فإنها تتشابه مع الإجراءات المتبعة في التشريع المصري مع بعض الاختلافات التنظيمية، حيث في هذا الأخير يقدم طالب المشروع ملفاً للتقسيم في المناطق التي تحتوي على مخططات عمرانية معتمدة من المالك إلى الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم بالوحدة المحلية، مصحوباً بكل المستندات الملكية والرسومات البيانية للموقع والمساحة ونوع البناء، والتي تحدد حسب الأشكال التنفيذية للاتحة لقانون البناء الموحد، ويجب أن تكون الرسومات أو أية تعديلات فيها معتمدة من قبل المهندسين أو المكاتب الهندسية المتخصصة وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من الوزير المختص، وتتضمن هذه القواعد الشروط اللازم توافرها في المهندسين تبعاً لحجم وأهمية مشروعات التقسيم المطلوب اعتمادها، وبيان مستويات التقاسيم ذات الطابع الخاص التي يقتصر إعدادها على المهندسين الاستشاريين المتخصصين، حيث تلتزم الجهة الإدارية بالبت في طلب الاعتماد في موعد أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم البيانات والمستندات والرسومات، بعد اعتماد التخطيط التفصيلي للمناطق الصناعية والحرفية<sup>(1)</sup>.

وبالنسبة لإجراءات التقسيم لدى المشرع التونسي، فإنه تضبط الوثائق المكونة للملف المقدم من صاحب الشأن من قبل رئيس البلدية أو الوالي حسب مرجع النظر، وتضبط صيغ المصادقة عليها، وكذلك الوثائق المكونة لملف التقسيم بما في ذلك كراس الشروط بمقتضى قرار من الوزير المكلف بالتعمير<sup>(2)</sup>.

وفي حالة ما إن تعلق الأمر بتجزئة قطعة أرض إلى قسمين اثنين، فإن هذه العملية تخضع للمصادقة المسبقة من قبل رئيس البلدية أو الوالي بعد أخذ رأي اللجنة الفنية المنصوص عليها بالفصل (60) من مجلة التهيئة الترابية.

ويعد تقسيماً كل عقد إيجار أو بيع يهدف إلى إعادة تجزئة قطعة إلى جزئين أقل من عشر سنوات بعد تجزئة أولى إن لم تكن هذه تقسيماً.

(1) - المادتين 22، 23 من القانون رقم 2008/119، المصدر السابق.

(2) - الفصل 59 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير التونسية، المصدر السابق.

وكما يعد أيضا تقسيما بيع جزء أو أجزاء مشاعة من عقار معد للبناء حسب الترتيب الجاري العمل بها باستثناء العمليات المتعلقة بانتقال الملكية عن طريق الإرث أو بيع منابات على الشيوخ من عقار من شأنه عدم الترفيع في عدد المالكين<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن رخصة التجزئة

يترتب عن رخصة التجزئة عدة آثار متعلقة بالإشهار العقاري، تنفيذ الأشغال المتعلقة بالأرض المجزأة ومراقبتها، وانقضاء رخصة التجزئة، وسيتم التعرض لها في النقاط التالية:

#### أولاً: تقييد رخصة التجزئة بالإشهار العقاري

تظهر معالم تقييد رخصة التجزئة بقيد شكلي وإجرائي، أوجبه المشرع الجزائري على إلزامية شهر قرار رخصة التجزئة بالمحافظة العقارية المختصة من طرف السلطة المصدرة لها تبعا للمادة (15) من المرسوم التنفيذي 19-15.

وإن الشهر عن طريق المحافظة العقارية يشكل ركيزة قانونية يعتمد عليها لتفادي عمليات التدليس والتلاعب في العقارات محل الشهر، لذلك أولى المشرع الجزائري اهتماما برخصة التجزئة عن بقية الرخص، والزم الإدارة بشهرها على نفقة صاحبها خلال الشهر الموالي من تاريخ تبليغه بها وفقا لنص المادة (22) من المرسوم 19/15 مرفقا بمخطط تجزئة تأشر عليه لجنة الشباك الوحيد؛ بوصفها جهة مختصة بالرقابة التقنية لجميع رخص التعمير، لكن السؤال المطروح: كيف يمكن اجراء الشهر في حالة تجزئة عقار غير ممسوح أو في طريقه للمسح؟

وتقتضي الإجابة تبيان أن نظام الشهر الشخصي لا يظهر الملكية العقارية الخاصة، مما يجعل العقار محل التجزئة بخطر التعدي عليه، وأن التزام الإدارة القيام بعملية الشهر، وذلك بهدف الحفاظ على حقوق الملاك، ولا يمكن الحصول أصلا على رخصة تجزئة دون تقديم عقد ملكية مشهر شهرا عينيا.

#### ثانياً: تقييد تنفيذ الأشغال المتعلقة بالأرض المجزأة ومراقبتها

تعد مرحلة تجهيز التجزئة مرحلة حاسمة وهي تنتقل من المأمول إلى المعمول، بحيث يطبق الجزئ أحكام رخصته وفق الشروط القانونية الواردة في دفتر شروطها، ومن ثم تبدأ هذه الأشغال بالتهيئة العمرانية للتجزئة من خلال جملة اشغال متعددة مرتبطة بمختلف الشبكات ووضع عليها علامات دالة عليها لتحديد طبيعة التجزئة ونوع الأعمال الواردة عليها، أما آجال انجاز اشغال التجزئة تستمر لمدة ثلاث سنوات، غير أن الواقع العملي يظهر عدم وجود انصاف وعدل في تحديد مدة محددة وثابتة، نظرا

(1)- أنظر الفقرة 2،3،4 من الفصل 60 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير التونسية، المصدر نفسه.



لاختلاف أشغال التجزئة حسب نوع البناء وضخامة المشروع من صغره<sup>(1)</sup>، بعكس التشريع المصري الذي أخضع هذه العملية التقنية المحضة لمكتب دراسات هندسية أو لمهندس معماري، هو الذي يعين المدة القصوى لهذه الأشغال، حتى أن قانون البناء المصري منحه سلطات واسعة، وذلك من خلال اعتماد محضر صلاحية المبنى للبناء، عن طريق محضر يعد من قبل مهندس معماري معتمد أو مكتب هندسي، حيث يكون دور السلطة الإدارية المختصة بالتخطيط والتنظيم مجرد المصادقة على هذا المحضر، مما يسهل عملية انجاز التجزئة وفقا لضوابط معمارية من ذوي الخبرات الفنية. ولكن محكمة النقض المصرية في قرار لها حظرت التعامل في الأراضي المقسمة قبل صدور قرار الموافقة على التقسيم لتعلقه بالصالح العام، ومقتضى ذلك ترتيب البطلان المطلق جزاء مخالفة هذا الحظر، ولكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ونقض المحكمة بذلك من تلقاء نفسها طبقا للمادة (22) من قانون التخطيط العمراني الصادر بالقانون رقم 3 لسنة 1982<sup>(2)</sup>.

ونتح عن عملية التقسيم وتجزئة الأراضي بالتشريع التونسي عدة آثار مقيدة لسلطة المالك في استعمال واستغلال ملكيته العقارية، إذ لا يمكنه انشاء تقسيمات أو تمنيتها أو تحويلها إلا داخل المناطق التي شملها مثال التهيئة العمرانية أو مثال التهيئة التفصيلي إن وجد أو داخل المناطق المحددة وفق مقتضيات مجلة التهيئة الترابية والتعمير بعد التثبت من وجود التجهيزات الأساسية الضرورية سواء منها المتوفرة أو المتوقع أنجازها في هذه المناطق، وحددت عدة ارتقاقات عمرانية يمنع التجزئة في نطاقها المتعلقة بارتقاقات الكهرباء والغاز، الطرق، السكك الحديدية، المتعلقة بالبيئة.

ولا تكون لوثائق التعمير المغربي آثار ملزمة إزاء الأفراد إلا إذا تعرفوا عليها بمعرفة محتواها من خلال البحث العلني الجاد، الذي يهدف إلى تبيان إيجابياته وسلبياته، وهو ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون 012.90، وميزت بين حالتين:

**الحالة الأولى:** لا يمكن الإذن بإنجاز كل مشاريع تجزئة سكنية أو مشاريع بناء، في حالة عدم وجود تصميم التهيئة أو تصميم التنطيق.

**الحالة الثانية:** إذا لم يتوفر تصميم التهيئة ولا تصميم التنطيق، فلا تمنح رخص التعمير إلا إذا كانت المشاريع لا تتنافى مع الأحكام المقررة في مخطط توجيه التهيئة العمرانية المتعلقة بالمناطق الجديدة والأغراض العامة المخصصة لها في الأراضي الواقعة فيها.

(1)- كمال تكواشت، (التعمير والبناء في التنظيم وإعادة التنظيم)، رسالة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، السنة الجامعية 2016-2017، ص 186، 187، 188.

(2)- الطعن رقم 2008 لسنة 60 القضائية، أحكام النقض لمحكمة النقض المصرية، المكتب الفني، مدني، الجزء الثاني، السنة 45، ص 1618.

ويقدم المصريح تصريحاً للجهة المعنية، وتخضع التجزئة العقارية للمراقبة والتحقق للتأكد من مدى تنفيذ المجزئ لالتزاماته، ثم يصدر تسليم التجزئة عبر مرحلتين: وهما التسليم المؤقت والتسليم النهائي الذي يصدر بعد مضي سنة على منح التسليم الأول.

ولكن قد يثور اشكال حول ما إذا قامت السلطة المختصة بمنح تسليم مؤقت لصاحب التجزئة، وياشر هذا الأخير ببيوعه مع الغير لا صلة له بما حدث أو سيحدث مستقبلاً، ثم ظهر في النهاية، عندما تكون السلطة المعنية بالأمر بصدد التحقق من أن الطرق ومختلف الشبكات لا يشوبها أي عيب، وأن التجزئة يشوبها عدة عيوب، في الوقت الذي يكون فيه صاحب التجزئة قد فوت كل البقع المجزئة الى الغير؟

ويمكن للجنة أن توافق على المشروع دون أن تبدي أي تحفظ، كما يمكنها أن توافق مع إبدائها لتحفظات ليس لها وقع كبير على المشروع، كما يمكنها أن ترفضه، أو توقف البث في شأنه شريطة تعليل ما توصلت إليه

وأما بالنسبة لمسطرة المشاريع الكبرى، فتطبق هذه المسطرة على مشاريع إحداث التجزئات العقارية، والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، والأبنية المحددة بالملحق، وتوجه الملفات المعنية بعد إيداعها بالجماعة داخل أجل لا يتعدى ثلاث أيام من تاريخ إيداعها بالوكالة الحضرية، وإلى المصالح والمؤسسات المعنية الأخرى، ويرفق كل ملف بنسخة من الوصل الذي يسلم الى صاحب الطلب.

وتتم دراسة هذه الطلبات من طرف المصالح والمؤسسات المعنية كل في مجال تخصصه، وبعد ذلك تجتمع لجنة يترأسها مدير الوكالة الحضرية، أو من يمثله وتقوم بدراستها داخل أجل لا يتعدى 10 أيام من تسلّم الوكالة للمشروع، وتقتصر الدراسة التي تقوم بها الوكالة الحضرية في هذا الصدد زيادة على النقط المشار لها سابقاً في المشاريع الصغرى على الجودة العمرانية للمشروع.

وتتكون هذه اللجنة بالإضافة إلى الأعضاء المشار إليهم في مسطرة المشاريع الصغرى من:

ممثل الجهة المكلفة بالتطهير، وتوزيع الماء والكهرباء، ممثل عن الوقاية المدنية، ممثل عن الجهة المكلفة بالاتصالات السلكية واللاسلكية.<sup>(1)</sup>

ويجوز الاتصال بكل مصلحة أو لجنة أخرى، بإمكانها إفادتها برأيها بخصوص المقترحات التقنية الخاصة بالمشروع.

ولا تختلف قرارات اللجنة عن القرارات المتخذة في إطار مسطرة المشاريع الصغرى، فإما أن تقبل المشروع بدون تحفظ أو مع إبداء تحفظ أو أكثر، ويمكنها أن ترفض المشروع حسب الحالة.

(1) - عبد الرحمان البكريوي، وثائق التعمير بين اختصاص الدولة والجماعات المحلية، مجلة الإدارة المحلية المغربية والتنمية، العدد الاول، أكتوبر ديسمبر 1992، المغرب، ص 35

وحسب المادة الخامسة من هذا المرسوم، ووفقا لأحكام الضابط العام للبناء، فالرخصة تمثل الإذن المنصوص عليه في المادة الثانية من القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، حيث يتوقف إحداث هذه التجزئات على الحصول على إذن سابق يتم تسليمه من طرف الجهات المختصة وفقا للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل، ثم الإذن بالتجزئة المنصوص عليه في المادة العاشرة من الظهير رقم 379 1.60.063 بشأن توسيع نطاق العمارات القروية، وإحداث المجموعات السكنية المنصوص عليه في المادة 57 منه.

أما المشروع فيظل كل مشاريع البناء، إحداث التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات التي يقوم بها كل شخص ذاتي أو معنوي، خاص أو عام، ويخضع إنجازها للحصول المسبق على الأذن والرخص المنصوص عليها في هذه الضابطة. وصاحب الشأن فهو شخص ذاتي أو معنوي، تقدم بطلب الحصول على رخصة تتعلق بمشروع معين.<sup>(1)</sup>

وأعطى المشرع المغربي في الفصل الأول من الباب الأول من قانون التجزئات العقارية الإذن بإحداثها لرئيس مجلس الجماعة الحضرية والقروية، وأكثر من ذلك، يفصل المشرع في مقتضيات هذا الإذن المخول للرئيس، بالنص على ثلاثة أنواع من قرارات الترخيص، إما رخصة صريحة، وهي الحالة التي يمنح خلالها رئيس المجلس الجماعي رخصة البناء بشكل صريح بعد التأكد من احترام الطلب لجميع المقتضيات التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وهناك الرخصة الضمنية، أي تخول لطالبا البناء عند انقضاء مدة شهرين من تاريخ إيداع طلب الحصول على رخصة البناء يعتبر بمثابة قبول ضمني لها، ثم الرخصة المقيدة، التي يلجأ إليها رئيس المجلس بعد دراسة الملف، هذا الوضع في الإذن بالترخيص، سرعان ما يزول بإصدار مرسوم تطبيقي من الجهة المخول لها الإذن بإحداث التجزئات العقارية في عدد من اللجان والهيئات، إذ أصبح الفاعلين العقاريين أمام لجان، مما أدى إلى عدم إظهار دور رئيس الجماعة والسلطة المنتخبة في الترخيص بالتجزئة العقارية، مما يفتح المجال لسلطات أخرى في الإذن والترخيص.

ونظرا للأهمية التي عرفها قطاع التعمير كأداة نحو تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، فقد خص المشرع المغربي الجهاز القضائي اختصاصات هامة في هذا المجال، تتجسد في مراقبة تنفيذ قانون التعمير وقيوده، وهي رقابة مشتركة بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، كل في حدود اختصاصه.

وبالنظر أيضا لما يعرفه قطاع التعمير من تدخلات مركبة ومتداخلة العناصر نتيجة التقاطع الذي يحصل بين ما هو عقاري وتقني مع ما هو مالي واجتماعي وسياسي، بالإضافة إلى تعدد النصوص

(1) - أحمد جعون، الدليل القانوني والقضائي للتعمير والبناء، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الخامس، مارس 2013، المغرب، ص 291، 300.

القانونية المنظمة له وتداخلها مع نصوص قانونية أخرى وتعدد المتدخلين وعدم وضوح مجال تدخلهم، فإنه غالبا ما تثار منازعات في هذا الصدد، إذا كانت بعضها تكتسي صفة جنحية صرفة، وبالتالي يكون القضاء الجنحي هو المختص بالبت فيها، فإن البعض الآخر غالبا ما يكتسي صبغة مدنية، وبالتالي فالقضاء المدني هو المختص للبت فيها، وقد تكتسي في النهاية منازعات التعمير صبغة إدارية تختص المحاكم الإدارية في البت فيما جاء فيها، ومحاكم الاستئناف الإدارية درجة ثانية للنظر في النزاع القائم الذي قضت فيه المحكمة الابتدائية الإدارية حول الرخصة مبدئيا .

إن فالتجزئة غير القانونية عكس التجزئة القانونية؛ فهي كل تجزئة أنجزت أو تم تمديدها من غير الحصول على الإذن المطلوب في الفصل (2) من قانون 2590، أو أحدثت بدون إنجاز أشغال التجهيز وفق ما تنص عليه المستندات التي سلم على أساسها الإذن المذكور طبقا للقانون المنظم لها القانون رقم 90-25، ووفقا لما نصت عليه المادة (6) من نفس القانون المتعلقة باحترام الشروط المقررة في الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، خصوصا الأحكام التي تتضمنها تصاميم التطبيق<sup>(1)</sup> وتصاميم التهيئة، وكذا الحصول على تأشيرة الإدارة المعنية.

ويمكن التوصل إلى أن المجزئ أو الإدارة المعنية المانحة للرخصة بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية أنهما ملزمين باحترام بنود قانون رقم 90-25، وفي حالة خرق بند من البنود فإن لكل طرفي المصلحة الحق في اللجوء الى القضاء الإداري لإرجاع حقوقها، لأن المشرع رغم ما سنه من قوانين، وما أحاط به من عناية للتجزئة، فقد ترك الباب واسعا للاجتهاد القضائي لسد بعض الثغرات القانونية، منها الاجتهاد القضائي الصادر عن محكمة النقض المتعلق بقرارها عدد 72 الصادر بتاريخ 2007/01/30 في الملف الإداري عدد 2000/1/4/15 جاء فيه:

" ... إحداث تجزئات سكنية رخصة المجلس البلدي، وبهذا يكون قرار الإدارة الوصية عن المآثر التاريخية القاضي بوقف أشغال التجزئة المراد إنشاؤها فوق عقار مصنف تبث ترتيبه منذ سنة 1922 في إطار ظهير 13 فبراير 1914 المتعلق بالحفاظ عن المناطق التاريخية المشروعة فهو يتمتع بالحماية الواجبة للتراث الوطني، مما يقتضي ضرورة الحصول على إذن من الجهات المختصة وفق التشريع المعمول به، غير أنه في الواقع العملي هناك بعض الرؤساء لا يعمدون إلى هذه التقنية احتكارا للسلطة باستثناء مشاريع الدولة<sup>(2)</sup>".

ونتوصل من خلال ما سبق إلى النتائج التالية:

(1) - أحمد الوجدي، المرجع السابق، ص 96.

(2) - الهادي مقداد، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2014، ص 99.

- أثرت رخصة التجزئة في التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة بشكل فعال على الملكية العقارية الخاصة، وقيدت سلطات المالك في استعماله لعقاره، من خلال وضع ضوابط تنظيمية وترتيبية وحتى توجيهية، تحدد مسار البناء من بدايته حتى نهايته وفق شهادة مطابقة تثبت مدى توافر الضوابط العمرانية المقررة من أجل المصلحة العامة في تكريس حق في البناء منظم ومتجانس مع الوسط الطبيعي والجمالي.

- بالنسبة للتشريع المغربي، فإن لرخصة التجزئة العقارية عدة آثار باعتبارها تشكل نقطة تحديد معالم المدن العصرية، وهي مجال خصب لتطبيق وثائق التعمير، حيث شرعت الإدارة في مراقبة عمليات التجزئة العقارية، وإعطاء شروط خاصة لكي يأخذ فيها بمعيار السكن النظامي، وهذا وقد قيد المشرع المغربي رخصة التجزئة بمجموعة من القيود، حتى تتم المراقبة بشكل جيد على أشغال التجهيز<sup>(1)</sup>، وبمجرد انتهاء هذه الأشغال، يجب على المجزئ أن يقدم تصريحاً إلى الجهة المعنية، يشعرها فيه بذلك، ويشترط توجيه هذا التصريح إلى السلطة المختصة بتسليم الإذن بواسطة رسالة مضمونة، مع الإشعار بالتوصل، أو إيداع تصريح المذكور بمقر هذه السلطة مقابل وصل، طبقاً للمادة (22) من القانون 90-

25.

- منع المشرع المغربي تحرير عقود مختلفة كالبيع، الإيجار، والقسمة؛ وهي عقود تتعلق بالتجزئة العقارية من لدن العدول أو الموثقين، ومنع تسجيلها بالمحافظة العقارية، وكذا بإدارة التسجيل إلا إذا أدلى المجزئ بنسخة مشهود بمطابقتها لأصل محضر التسليم المؤقت طبقاً للمواد 23، 24، 25 من القانون نفسه، أو بشهادة تثبت أن هذا العملية لا تدخل في إطار هذا القانون.

### ثالثاً: انقضاء رخصة التجزئة

يتعلق الأثر الأخير برخصة التجزئة في انقضائها، حيث تعد رخصة التجزئة ملغاة في التشريع الجزائري وفقاً للحالات التالية:

- إذا لم تتم مباشرة الأشغال خلال أجل ثلاثة سنوات.

- إذا لم تستكمل الأشغال خلال أجل (ثلاثة سنوات كحد أقصى).

وأما المادة 11 من القانون 25.90 فنصت على أنه:

(1) - المادة 4 من القانون رقم 25/90، المصدر السابق.

" يسقط الإذن في القيام بالتجزئة سواء كان صريحا أو ضمنيا إذا انقضت ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ تسليمه أو من تاريخ انتهاء أجل ثلاثة أشهر المشار إليها في المادة الثامنة أعلاه، دون أن يكون المجزئ قد أنجز أشغال التجهيز المشار إليها في المادة 18 من هذا القانون"

### المطلب الثالث: رخصة الهدم

يفرض احترام قواعد العمران جملة من القواعد التي تنظم عملية البناء والتغييرات التي تطرأ عليها وتسبب خطرا على الملكية العقارية الخاصة، كعمليات الهدم، مما تستوجب رخصة تبيح هذه العمليات وفقا لأحكام قانونية منظمة، بهدف تحقيق المصلحة العمرانية؛ والتي لن تتأتى إلا بالمحافظة على النظام العام العمراني، وأيضا تلبية حاجيات الأفراد المختلفة في حرته في القيام بكل الأعمال المادية على بناؤه، دون تعريض ممتلكات الغير للخطر والضرر.

وعليه، لمعرفة وظيفة رخصة الهدم كقيد على هذه الملكية، لابد من التعريف بها (الفرع الأول)، والتفصيل في اجراءات تسليمها (الفرع الثاني)، وآثارها (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: المقصود برخصة الهدم

نظم المشرع الجزائري الأحكام العامة لرخصة الهدم في القانون رقم 29/90، والذي حاول توضيح مدلول هذه الرخصة في نص المادة 60 هذه الرخصة بأنها:

" يخضع كل هدم كلي أو جزئي للبناء لرخصة الهدم في المناطق التي تتوفر إما على مجموعة من المميزات الطبيعية الخلابة والتاريخية والثقافية وإما على مميزات ناتجة عن موقعها الجغرافي والمناخي والجيولوجي."

أما الأحكام الخاصة برخصة الهدم، فقد اعتنى بها المرسوم 15-19، بحيث جاءت المادة (70) منه بما يلي:

"... لا يمكن القيام بأي عملية هدم، جزئية أو كلية، لبنانية دون الحصول مسبقا على رخصة الهدم، وذلك عندما تكون هذه البنائة محمية بأحكام القانون رقم 98-04 المؤرخ في 20 صفر عام 1419 الموافق 15 يونيو سنة 1998..."

ويستنتج من المادتين السابقتين النقاط التالية:

- لم يعط القانون 90-29 ولا المرسوم 15-19 تعريفا لرخصة الهدم، بحيث جعلها هذه الرخصة إجراء إلزامي مسبق قبل الشروع في أي عمليات هدم، ثم بين نطاق هذا الأخير، إما هدم كلي أو جزئي.

- ربطت المادة (60) نطاق رخصة الهدم بوجود بناية ذات طابع تاريخي وطبيعي وثقافي، وهو ما اختصرته المادة (70)؛ بالبنائية المحمية بالقانون رقم 04-98، والمتعلق بحماية التراث الثقافي، لي طرح سؤال جوهري: حول مصير البنايات العادية وغير المحمية، فهل رخصة الهدم فيها جوازية؟
- أدرج المشرع الجزائري لفظ (وذلك) بدلا من لفظ (وخاصة)، حتى يفهم أن الحصول على رخصة الهدم ليس اجباريا في البنايات الموجودة في مناطق عمرانية عادية، ولكن نطاقها محدود، وملزم في البنايات الموجودة بالمناطق المحمية ثقافيا.
- استدرك المشرع الاجابة على هذا السؤال في التعليمات الوزارية رقم 004<sup>(1)</sup>، التي أقرت رخصة الهدم كوسيلة رقابة بعدية صارمة، ووسعت من نطاق تطبيقها، وحددت المشاريع التي تتطلب عمليات هدم، وتشكل خطر بالنسبة للمحيط المباشر، خاصة في الحالات الآتية:
- وجود بنايات مجاورة محاذية للبناية محل طلب الهدم؛
- وجود البناية محل الهدم ضمن الأنسجة العمرانية القديمة، والتي تمتاز بهشاشة مواد البناء وامكانية تحطمها بمجرد تنفيذ أشغال الهدم؛
- تواجد شبكات محاذية أو باطنية للمشروع؛
- قرب البنية التحتية للبناية محل طلب الهدم للطرق والشبكات العامة؛
- أرضية ذات شكل غير منتظم و/ أو منحدر شديد؛
- وجود البناية محل الهدم بين طريقتين على مستويين مختلفين، بحيث يكون الفارق بينهما أكبر أو يساوي ستة أمتار؛
- وجود حفر بعمق أكبر أو يساوي مترين.
- وعليه، لابد على المشرع الجزائري تعديل المادة (70) من المرسوم 15-19، بجعل نطاق رخصة الهدم محدد بحالتين: بناية محمية ثقافيا، أو بناية تشكل خطرا للمحيط المباشر كالاتي:
- ولا يمكن القيام بأي عملية هدم، جزئية أو كلية، لبناية دون الحصول مسبقا على رخصة الهدم، وذلك عندما تكون هذه البناية إما محمية بأحكام القانون رقم 04-98، وإما تشكل هذه البناية خطرا على محيطها المباشر.

(1)- تعليمات وزارية رقم 004، التي تحدد التدابير الخاصة لإعداد ملف رخصة البناء ورخصة الهدم للمشاريع التي تشكل أشغال التسطيح و/أو الحفر و/أو الهدم خطرا على محيطها المباشر، المؤرخة في 2017/09/07، وزارة السكن والعمران والمدينة، ص 7.

وبالنسبة للمشرع المصري فلم يتناول أحكام رخصة الهدم بالدراسة، واقتصر على تنظيم قرار الهدم؛ كقرار إداري جبري للبنائيات الآيلة للسقوط أو التي تمثل خطرا على أمن وحياة الجيران، وهو يختلف في تكييفه القانوني عن رخصة الهدم.

وهو نفس الأمر بالنسبة للمشرع التونسي، فلم تتضمن مجلة التهيئة العمرانية فصولا لرخصة الهدم، ولكن تضمن قانون الجماعات المحلية عدة فصول لصلاحيات رئيس البلدية باعتباره مسؤولا عن مصالح البلدية وممثلها القانوني، منها اختصاصه بإسناد كل التراخيص المتعلقة بالاستعمال العقاري وخاصة قرارات التقسيم ورخص البناء ورخص الهدم، إذ يتولى هذا الأخير تسليم رخصة الهدم في حدود قانونية لا تتعارض مع مبدأ التدبير الحر، وبناء على رأي اللجان الفنية المختصة في الهندسة المعمارية<sup>(1)</sup>.

وكذا نظم المشرع التونسي أحكام قرار الهدم في القانون المتعلق بتسوية وضعية المباني المنجزة والمخالفة لرخص البناء<sup>(2)</sup>.

ولم ينص القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير المغربي على رخصة الهدم ضمن أحكامه، لكن استدرك ذلك القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، حيث استحدث مادة وحيدة، وهي المادة 63-1، والتي تناولت رخصة الهدم على أنها: " يتوقف كل هدم كلي أو جزئي لبنانية من البنائيات على الحصول على رخصة للهدم، يسلم رخصة الهدم رئيس المجلس الجماعي داخل أجل شهر."

ويفهم من هذا النص أن المشرع المغربي مائل التشريعات محل الدراسة في عدم تعريفه لرخصة الهدم أو تبيان تكييفها القانوني، واعتبرها كل عملية هدم سواء بشكل جزئي أو كلي ولكنه خالفها في نطاق هذه الرخصة، فوردت المادة عامة بعبارة: (لبنانية من البنائيات)، ولم تحدها بمنطقة محمية، ولكنه قررها لجميع البنائيات، مهما كانت طبيعتها، وعلّة ذلك أنه خصص قانون خاص متعلق بحماية الأماكن الثقافية، وطريقة استصدار رخصة الهدم فيها، وقانون متعلق بالبنائيات الآيلة للسقوط.

وسبق قانون التعمير الفرنسي التشريعات محل الدراسة في تناول أحكام رخصة الهدم، وهو الآخر لم يجعل لها تعريفا دقيقا ليؤكد أنه: يجب أن يسبق كل أعمال هدم كلي لبنانية أو جعل جزء منها غير

(1)- أنظر الفقرة الأولى والثانية من الفصل 258 من القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018، مؤرخ في 2018/05/09،

يتعلق بمجلة الجماعات المحلية، ر.ر.ت، العدد 39، المؤرخ في 2018/05/15، ص 1743

(2)- قانون عدد 11 لسنة 2015، مؤرخ في 2015/04/27، يتعلق بتسوية وضعية المباني المنجزة والمخالفة لرخص

البناء، ر.ر.ت، السنة 158، المؤرخ في 2015/05/05.



صالح للاستعمال يقع في بلدية أو في ولاية أو في جزء منهما لرخصة هدم أو يقرر المجلس الشعبي البلدي إنشاء هذه الرخصة<sup>(1)</sup>.

وأضافت المادة (28-421) من هذا القانون على الزامية رخصة الهدم في البناية أو جزء منها الواقعة في المناطق الواقعة داخل محيط موقع أثري استثنائي مصنف في قانون التراث أو تقع بالمناطق المحيطة من المعالم التاريخية المحددة في قانون التراث، أو المدرجة كأثار تاريخية، أو في نطاق عملية استعادة الأملاك العقارية المكونة لعمليات ترميمها وإعادة تأهيلها وإقامة تحسينات عليها، أو هدمها، أو إذا كانت تقع في موقع مصنف أو في طور التصنيف وفقا لقانون البيئة أو الأماكن المحمية المحددة داخل محيط المخطط المحلي للتعمير أو بوثيقة تعميم، فإذا لم تكن موجودة في منطقة مغطاة بهذا المخطط والوثيقة، فيتم تحديدها بموجب تحقيق عام ومداومات المجلس الشعبي البلدي على أنها منطقة ذات طبيعة تراثية أو طبيعية أو ايكولوجية.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: اجراءات رخصة الهدم

خصص التشريعات محل الدراسة عدة اجراءات لمنح رخصة الهدم، منها ما يتعلق بالطلب، ودراسة الملف، ثم إصدار القرار .

### أولا: الاجراء المتعلق بملف رخصة الهدم

قرر المشرع الجزائري عدة اجراءات تتعلق بإعداد ملف الرخصة في الحالات العادية، بداية بإيداع طلب رخصة الهدم مع طلب رخصة البناء، وهو أمر جوازي إذا تعلق الأمر بالمشاريع المخصصة للسكن

(1)- «Doivent être précédés d'un permis de démolir les travaux ayant pour objet de démolir ou de rendre inutilisable tout ou partie d'une construction située dans une commune ou une partie de commune ou le conseil municipal a décidé d'instituer le permis de démolir» l'article R 421-27 du c u f, op.cit.

(2)- «a) Située dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable classé en application de l'article L-631-1 du code du patrimoine ;  
b) Située dans les abords des monuments historiques ... ou inscrite au titre des monuments historiques ;  
c) Située dans le périmètre d'une opération de restauration immobilière définie à l'article L-313-4 ;  
d) Située dans un site inscrit ou un site classé ou en instance de classement en application des articles L-341-1 et 341-2 du code de l'environnement ;  
e) identifiée comme devant être protégée en état située à l'intérieur d'un périmètre délimité par un plu ou un document d'urbanisme en tenant lieu en application de l'article L151-19 ou de l'article L151-23, ou, lorsqu'elle est située sur un territoire non couvert par un plu ... en tenant lieu, identifiée comme présentant un intérêt patrimonial, paysager ou écologique, en application de l'article L111-22 par une délibération du conseil municipal prise après l'accomplissement de l'enquête publique prévue à ce même article. », L'article R421-28 du c l f, op.cit.

الفردى، لكن إذا كان محل الهدم بنايات موجودة تحت الأرض، فيلزم اجباريا إيداع طلب رخصة الهدم في وقت واحد مع رخصة البناء.

ويتم منح رخصة الهدم بناء على طلب وفقا لنموذج مرفق بالمرسوم 15-19، ويكون موقع من قبل مالك البناية الآيلة للهدم أو موكله، إما بواسطة تقديم نسخة من عقد الملكية أو شهادة الحيازة، أما إذا كان طالب الرخصة شخص معنوي، فيقوم ارفاق الملف بنسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص البناية المعنية، وكذا نسخة من القانون الأساسي.

وكما يتوجب ارفاق ملف الرخصة بملف تقني يعده مكتب دراسات في الهندسة المعمارية، ويؤشر عليه مهندس معماري والمهندس المدني، ويتكون هذا الملف من عدة وثائق:

- تصميم الموقع على السلم المناسب، يهدف إلى التحديد الدقيق لموقع المشروع.
- مخطط للكتلة معد على سلم 500/1 أو 200/1 من البناية الآيلة للهدم.
- مخطط على سلم 100/1 للبناية، يوضع في حالة الهدم الجزئي، ويسمح بتحديد الجزء محل الهدم، والجزء المحتفظ به.
- تقرير مصحوب بتعهد؛ على القيام بعملية الهدم في مراحل وجملية وسائل يضمن استعمالها عدم ترتيب خطر يهدد استقرار المنطقة.
- مخطط مراحل الهدم مع تحديد آجاله.
- التخصيص المحتمل للمكان بعد شغوره، إما بناؤه سكن فردي أو جماعي.
- ارفاق محضر خبرة مؤشر عليه من قبل مهندس مدني، يشير فيه لطرق الهدم التقليدية أو الحديثة للهدم، وتبيان العتاد المستعمل سواء كان يدوي أو ميكانيكي، وذلك في حالة تواجد البناية محل طلب رخصة الهدم على بعد أقل من ثلاثة من البنايات المجاورة، والهدف من كل هذه الاحتياطات ضمان استقرار المباني المجاورة<sup>(1)</sup> وتقاديا لمضار الجوار غير المألوفة.
- وبعد استيفاء جميع الوثائق المطلوبة، يرسل المالك أو موكله ثلاث نسخ من طلب رخصة الهدم مرفقة بالملف إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص اقليميا بمحل موقع البناية، ويتم تسجيل تاريخ الإيداع بواسطة وصل يثبت ذلك، يسلم لصاحب الطلب، ثم يتوجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي بإلصاق هذا الوصل بمقر المجلس الشعبي البلدي خلال كامل فترة تحضير رخصة الهدم.

(1)- أنظر المادتان 71، 72 من المرسوم 15-19، المصدر السابق، ص 21.

وأما بالنسبة للتعليمية الوزارية رقم (1)004، فقد حددت تدابير تقنية خاصة لدراسة رخصة الهدم، تتمثل فيما يلي:

### 1- التصريح بهشاشة الموقع:

يعتبر التصريح بهشاشة الموقع نتيجة حتمية لأشغال التسطیح والحفر، فيلزم المهندس المعماري والمدني اللذان قاما بإعداد رخصة الهدم بملء استمارة التصريح بهشاشة الموقع الناجم عن أشغال التسطیح و/ أو الحفر و/ أو الهدم، وذلك حسب النموذج المرفق بهذه التعليمية، ويرفق بملف طلب رخصة الهدم، كما يمكن لهما إدراج المعلومات المتضمنة بنموذج التصريح ضمن البيان الوصفي لرخصة الهدم.

### 2- الدراسة التكميلية:

يجب أن تتضمن ملفات الهدم إجباريا دراسة تكميلية بالنسبة للمشاريع التي تم التصريح بها بأن أشغالها تشكل خطرا على المحيط المباشر، تتضمن ما يلي:

- يقوم مكتب الدراسات بدراسة تهدف لضمان استقرار موقع إقامة البنايات والمنشآت المتاخمة، والمرتكزة على دراسة أرضية ملائمة بتجارب مخبرية، ثم تصادق على هذه الدراسة الهيئة الوطنية للمراقبة التقنية للبناء.

- بيان وصفي لمنهجية إنجاز أشغال التسطیح وإنجاز المنشآت التحتية و/أو الفوقية التي تشكل خطرا على المحيط المباشر، ويشترط تقيد هذا البيان بجدول زمني يحدد مراحل الأشغال المختلفة، ويتم تحيينه إذا اقتضى الأمر عند تسليم رخصة الهدم.

### ثانيا: دراسة ملف طلب رخصة الهدم

تتم دراسة طلب رخصة الهدم من طرف الشباك الوحيد للبلدية، ثم يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإرسال نسخة من ملف الطلب إلى المصالح المستشارة المتمثلة في الأشخاص العموميين التاليين:

- مصالح الدولة المكلفة بالعمران على مستوى الولاية،

- مصالح الحماية المدنية،

- المصالح المختصة بالأماكن والآثار التاريخية والسياحة، عندما تكون رخصة الهدم موجودة في

مناطق أو مواقع مصنفة في إطار التشريع المعمول به،

(1)- تهدف هذه التعليمية إلى تحديد مجال تطبيق رخصة الهدم والتدابير التكميلية في تكوين ودراسة ملف طلب هذه الرخصة للمشاريع دون المساس بالموصفات التقنية المعمول بها في منطقة وموقع إقامة هذه المشاريع، تعليمية وزارية رقم 004، تحدد التدابير الخاصة لإعداد ملف رخصة البناء ورخصة الهدم للمشاريع التي تُشكل أشغال التسطیح و/أو الحفر و/أو الهدم خطرا على محيطها المباشر، المؤرخة في 2017/09/07، وزارة السكن والعمران والمدينة، ص 1-2.

- المصالح المكلفة بالبيئة على مستوى الولاية،

- مصالح الدولة المكلفة بالفلاحة على مستوى الولاية.

ويرسل هذا الطلب لممثلي هذه المصالح في الشباك الوحيد في أجل الثمانية أيام التالية لتاريخ إيداع طلب الهدم.

ويحدد أجل التحضير لدراسة الملف خلال شهر يبدأ حسابه من تاريخ إيداع ملف الطلب من قبل الشباك الوحيد.

وتقوم مصلحة التعمير التابعة للبلدية المكلفة بتحضير طلب الهدم، بجمع الآراء أو الموافقات أو القرارات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها لدى الأشخاص العموميين والمصالح وكل الهيئات المعنية بالهدم المبرمج، لكن السؤال المطروح، هل رأي هذه الهيئات كلها استشاري أو إلزامي لإصدار قرار الهدم؟

ولم توضح أحكام المرسوم 15-19 طبيعة هذه الآراء ذات طابع إجباري أم استشاري، لكن ما دام استصدار رخصة الهدم إلزامي بالنسبة للمناطق التاريخية والطبيعية والثقافية، فتكون جميع آراء المصالح ملزمة لرئيس المجلس الشعبي البلدي حين إصداره لرخصة الهدم، وعليه، تم تحديد أجل خمسة عشر يوم للأشخاص العموميين أو المصالح والهيئات المعنية بإبداء رأيها قبولاً أو رفضاً بطلب الهدم، مع وجوبية تعليل رأيها بشكل قانوني، ويبدأ حساب هذا الأجل ابتداء من تاريخ استلام طلب إبداء الرأي، مع ضرورة إعادة الملف في الأجل نفسه.

ويوكل الشباك الوحيد للولاية بدراسة ملف رخصة الهدم في المشاريع التي تشكل أشغالها خطراً على المحيط المباشر، حيث يرسل المهندس المعماري أو المهندس المدني نسخة من هذه المشاريع إلى ممثلي مصالح الدولة المكلفة بالتعمير ومصالح البلدية على مستوى هذا الشباك، واللذين يقومون بإعداد في ظرف ثمانية أيام بعد زيارة ميدانية للموقع، محضر معاينة حسب النموذج المرفق بالتعليمية رقم 004، ليؤكد التصريح بالوجود الفعلي للخطر، ليوجه المحضر إلى رؤساء الشباك الوحيد للولاية والبلدية المختصين إقليمياً.

بالنسبة للمشرع التونسي فقد تناول قانون الجماعات المحلية الهيئة المختصة بإسناد ملفات الهدم، إذ يقوم رئيس البلدية بتكليف لجان فنية خاصة لتقوم بدراسة ملفات رخص بدراسة ملفات رخص التقسيم والبناء والهدم، والمتكونة من رئيس البلدية أو من ينوبه رئيساً، خمسة أعضاء يعينهم المجلس البلدي من بينهم مهندس معماري أو مختص في التعمير، خمسة أعضاء ممثلين عن الوزارات المكلفة بالتجهيز والبيئة وأمالك الدولة والنقل والثقافة وممثل عن الحماية المدنية يعينهم الوالي المختص ترابياً على أن يكون من بينهم مختص في التعمير، مهندس معماري ممثل عن الهيئة المهنية للمهندسين المعماريين،

وتتم دعوة ممثل عن كل وزارة أو منشأة عمومية معينة بالترخيص، ويتخذ رئيس البلدية قراره في أجل أقصاه شهر من تاريخ توصله برأي اللجنة، ويكون قرار الرفض معللا، ويتم نشر قرارات التقسيم ورخص البناء والهدم مصحوبة برأي اللجنة الفنية على الموقع الإلكتروني للبلدية<sup>(1)</sup>.

ولقد تناول القانون رقم 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء تعريف رخصة الهدم في مادة وحيدة، لتبقى أحكامها الموضوعية والإجرائية تنتقص لنص تنظيمي ينفذها ويطبقها، إلى غاية صدور مشروع مرسوم رقم 2.18.475 يتعلق بتحديد إجراءات وكيفيات منح رخص الإصلاح والتسوية والهدم تمهيدا لعرضه على اجتماع لمجلس الحكومة المغربية، أين قدم وزير إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة مذكرة تقديمية بخصوص مشروع المرسوم، جاء في ملخص مفادها ما يلي:

" لقد عرفت المنظومة القانونية المنظمة لمجال التعمير والبناء تعديلا تشريعيا، تمثل في القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء...، وجاء ليتم ويغير وينسخ بعض مقتضيات القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير...

... وفيما يخص رخصة الهدم، فقد حصر مشروع هذا المرسوم الحالات الموجبة لرخصة الهدم في البنائيات الواقعة داخل المناطق الخاضعة لإلزامية الحصول على رخصة البناء، ونظرا لأهميته وخطورة أشغال الهدم، سواء على المباني المجاورة أو على مختلف الشبكات وعلى المكلفين بتنفيذه، نص مشروع هذا المرسوم على وجوب إرفاق ملف طلب الرخصة بدراسة تقنية يعدها مهندس مختص ...<sup>(2)</sup>"

وصادقت بعد ذلك الحكومة المغربية على هذا المشروع بتاريخ 2018/12/27.

ومن خلال هذا المرسوم استدركت المادة العاشرة منه المادة 63-1 من القانون رقم 12.90، العاشرة، واقتراح تعديل نطاق رخصة الهدم على أنها:

" يتوقف كل هدم كلي أو جزئي لبنائية من البنائيات المتواجدة داخل المناطق الخاضعة لإلزامية رخصة البناء، على الحصول على رخصة للهدم".

أما فيما يتعلق بملف طلب رخصة الهدم، فإنه يودع بمكتب ضبط الجماعة من طرف صاحب الشأن أو من يقوم مقامه، أو بمكتب ضبط الشباك الوحيد في حالة وجوده، وهنا لم يحدد هذا المرسوم صفة صاحب الطلب، هل هو صاحب الملكية أو الحائز؟ لأن استعمال عبارة: (صاحب الشأن) تعطي

(1) - أنظر الفقرة الثالثة، الرابعة، الخامسة من الفصل 258 من قانون الجماعات المحلية، المصدر السابق، ص 1743.

(2) - مشروع مرسوم رقم 2.18.475، يتعلق بتحديد إجراءات وكيفيات منح رخص الإصلاح والتسوية والهدم، مؤرخ في 2018/10/01، الأمانة العامة للحكومة، المملكة المغربية، ص 2-3.

تفسيرا واسعا لمن له الحق في الحصول على هذه الرخصة، مما يتعين معه تعديل المادة (11) من هذا المرسوم.

ويتضمن ملف طلب رخصة الهدم وجوبا دراسة تقنية تتجز من قبل مهندس مختص، وفق مقتضيات ضابط البناء العام المحدد لشروط تسليم الرخص العمرانية<sup>(1)</sup>.

وما يعاب على المادة الخامسة عشر من هذا المرسوم أنها اقتضت اجراءات رخصة الهدم بشكل عام دون التعرض للأحكام الموضوعية والإجرائية لرخصة الهدم، وأحالت الوثائق المكونة لملف طلبات رخصة الهدم، وباقي اجراءات وشروط تسليمها بمقتضى ضابط البناء المحدد لشكل وشروط تسليم الرخص والوثائق المقررة بموجب قوانين التعمير والتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والنصوص الصادرة لتطبيقها.

ولم ينص قانون التعمير الفرنسي على اجراءات رخصة الهدم، وربطها مع اجراءات رخصة البناء المذكورة في المطلب الأول من هذا المبحث أعلاه.

### ثالثا: تسليم رخصة الهدم

يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي في التشريع الجزائري السلطة المخولة قانونا لتسليم رخصة الهدم بعد أخذ رأي الشباك الوحيد الذي تم فتحه على مستوى البلدية لتسهيل الإجراءات للأفراد، وتلبية حاجياتهم في التصرف المادي في ملكيتهم العقارية الخاصة.

وإذا تم قبول طلب رخصة الهدم مرفقا بملف سليم وقانوني، يقوم بعد ذلك رئيس المجلس الشعبي البلدي بتبليغ رخصة الهدم إلى صاحب الطلب.

وبالنسبة للمشرع المغربي فتسلم رخصة الهدم من طرف رئيس المجلس الجماعي في أجل شهر ابتداء من تاريخ إيداع ملف الطلب، ثم يقوم هذا الأخير بتوجيه نسخة من الرخصة إلى السلطة الإدارية المحلية وإلى مصالح الوقاية المدنية داخل أجل يومين مفتوحين من تاريخ تسليمها للمعني بالأمر.

### الفرع الثالث: آثار رخصة الهدم

تترتب عن رخصة الهدم مجموعة من الآثار منها ما هي متعلقة بصاحب الطلب، ومنها ما يتعلق بالغير.

#### أولا: الآثار المتعلقة بصاحب الطلب

هناك آثار قانونية قررتها المادة (79) من المرسوم 15-19، تنجم عن حالتها التحفظ على رخصة الهدم أو رفض تسليمها، فتؤدي إلى الطعن ورفع دعوى قضائية.

(1)- أنظر المادتين 11، 12 من مشروع المرسوم رقم 2.18.475، المصدر السابق، ص 4.

## 1-التحفظ على رخصة الهدم

إن منح رخصة الهدم مع التحفظ؛ هو قبول مبدئي لكن مع تعديل جزئي أو كلي من أجل مراعاة مقتضيات خاصة، بمعنى تعليق الطلب لحين الالتزام بتنفيذ التحفظات، فيقع على عاتق رئيس المجلس الشعبي البلدي تبليغ الرأي المتحفظ عليه لصاحب الطلب بشكل معلل قانوناً، ومثالها وجود شروط لا بد من الالتزام بها إما في طريقة الهدم والطرق المستعملة فيه، حتى يتمكن من استعمال حقه في الاعتراض.

## 2-رفض طلب رخصة الهدم

يمكن أن يترتب على ايداع طلب رخصة الهدم صدور قرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي برفضها.

وحدد القانون الحالات التي توجب رفض تسليم هذه الرخصة فيما يلي:

- انعدام الصفة لدى صاحب الطلب، وذلك في حالة ارفاق الطلب بسند الملكية للعقار، أو انعدام سند التوكيل.

- تخلف أحد الوثائق التقنية المحددة بموجب المادة (72) من المرسوم التنفيذي 15-19.

- عدم وجود انسجام في الوثائق التقنية المرفقة بالطلب مع قواعد التهيئة والتعمير.

ويتوجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي تبليغ القرار معللاً إلى صاحب الطلب، وإلا كان قراره مشوباً بعيب القصور في التسبيب، ليمنح امكانية الطعن فيه سلمياً أو عن طريق القضاء.

وهناك مسألة استبعد المشرع الجزائري ادراجها ضمن أحكام رخصة الهدم، وهي تأجيل البت في طلب رخصة الهدم، وعلّة ذلك ما دام ارتباط رخصة الهدم بالمناطق المحمية بموجب القانون، فلا يمكن المخاطرة بجعل أجل لتمديد الفصل فيها، مما قد يسبب أضراراً يصعب تداركها في المستقبل، ومن ثمة فرئيس المجلس<sup>(1)</sup> الشعبي البلدي مجبراً على الرد سواء بالقبول أو الرفض بسبب أهمية هذه الرخصة وآثارها على الأملاك المجاورة، خاصة إذا كانت آيلة للسقوط.

## 3-الطعن السلمي:

منح المرسوم 15-19 لصاحب الطلب المتحفظ عليه أو الذي رفض تسليمه رخصة الهدم مكنة الطعن السلمي على درجتين:

(1)- عبد الله لعويجي، النظام القانوني لرخصة الهدم في ظل المرسوم التنفيذي 15-19، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد التاسع، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر 1، جوان 2016، ص 383،384.

**3-1 الطعن على المستوى اللامركزي:**

يمكن لصاحب طلب رخصة الهدم، الذي لم يرضه الرد المبلغ به من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو في حالة سكوت هذا الأخير عن الرد في الآجال القانونية، أن يودع طعنا أوليا لدى مصالح التعمير الخاصة بالولاية مقابل وصل باستلام، ليحدد بعدها أجل التسليم أو الرفض المبرر في أجل خمسة عشر يوم من ايداع الطعن، ويعتد بالتاريخ الثابت في الوصل كدليل اثبات.

**3-2 الطعن على المستوى المركزي**

في حالة انقضاء أجل خمسة عشر يوم، وهي المدة المحددة للفصل في الطعن الأول، وسكوت السلطة المختصة عن الرد، يمكن لصاحب الطلب إيداع طعن ثان لدى الوزارة المكلفة بالعمران، وفي هذه الحالة تقوم مصالح الوزارة المكلفة بالعمران بأمر مصالح التعمير بالولاية باتخاذ الاجراء اللازم مع صاحب الطلب، وذلك إما الرد ايجابيا وتسليمه رخصة الهدم، أو إخطاره بالرفض المعلل في أجل خمسة عشر يوما، يبدأ حسابها ابتداء من تاريخ إيداع الطعن الثاني.

**4-الطعن القضائي**

إذا لم يستطع الطعن الإداري على درجتيه من منح الطاعن رخصة الهدم، يمكن له رفع دعوى قضائية، لكن هل ترفع الدعوى أمام القاضي العادي أو القاضي الإداري؟

نصت الفقرة السادسة من المرسوم 15-19 على أنه:

" يمكن رفع دعوى لدى الجهة القضائية المختصة."

حيث لم توضح هذه الفقرة الجهة المختصة برفع الدعوى، هل هي دعوى تخص القضاء العادي، أم الإداري؟

وبما أن رخصة الهدم هي قرار إداري صادر من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا، إذن فالجهة القضائية للنظر في منازعاتها هي القضاء الإداري.

**ثانيا: الآثار المتعلقة بالغير**

نصت المادة (81) من المرسوم 15-19 على أنه:

" يمكن المواطنين الاعتراض كتابيا على مشروع الهدم لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا .

ولا يقبل هذا الاعتراض إذا لم يكن مبررا أو مدعما بوثائق قانونية ترفق بعريضة الاعتراض"

ويستقرأ من هذه المادة ما يلي:



- وسع المشرع الجزائري من مجال المتدخلين للاعتراض على مشروع الهدم، فاستخدم لفظ (المواطنين) سواء كان من الملاك المجاورين لصاحب طلب رخصة الهدم أو من الغير، بهدف الحفاظ على النظام العام العمراني، خاصة في جانبه البيئي، فيحق حتى للجمعيات المكلفة بحماية البيئة والمحافظة على إطار المعيشة رفع دعاوى نيابة عن الأطراف المتضررين، حيث نصت المادة (37) من القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أنه:

" يمكن للجمعيات المعتمدة قانونا ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بخصوص الوقائع التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصالح الجماعية التي تهدف إلى الدفاع عنها، وتشكل هذه الوقائع مخالفة للأحكام التشريعية المتعلقة بحماية البيئة وتحسين الإطار المعيشي وحماية الماء والهواء والجو والأرض وباطن الأرض والفضاءات الطبيعية والعمران ومكافحة التلوث".

### ثالثا: الآثار المرتبطة بتنفيذ أشغال الهدم

لا يمكن لصاحب طلب رخصة الهدم القيام بأي شغل من أشغال الهدم إلا بعد الحصول على تصريح بفتح الورشة.

ويتوجب على كل شخص مستفيد من الأشغال، وخلال مدة عمل الورشة، وضع لوحة مستطيلة الشكل تتجاوز أبعادها ثمانون سنتمتر ومريئة من الخارج حسب النموذج المرفق بالمرسوم، وتتضمن هذه اللوحة عدة بيانات:

- مراجع رخصة الهدم الممنوحة.
- مساحة البناية أو البنايات محل الهدم.
- تاريخ افتتاح الورشة والتاريخ المرتقب لإنهاء الأشغال فيها.
- اسم صاحب المشروع ومكتب الدراسات، أو اسم المؤسسة المكلفة بأشغال الهدم، عند الاقتضاء.

### رابعا: انقضاء رخصة الهدم

هناك حالات تؤدي بموجبها لانقضاء رخصة الهدم، حددها المشرع الجزائري في نص المادة (85) من المرسوم 15-19 على سبيل الحصر:

- الغاء رخصة الهدم صراحة بموجب قرار قضائي.
  - توقف الأشغال المتعلقة بالهدم خلال سنة واحدة.
  - مرور خمس سنوات دون القيام بعملية الهدم، وتحسب هذه المدة من يوم صدور قرار الهدم.
- ولكن بالمقابل بالاطلاع على النموذج المرفق بالمرسوم، والمتعلق بمضمون رخصة الهدم، فإنه يقضي بانقضاء هذه الرخصة بعدم حدوث عملية الهدم في أجل ستة أشهر.

مما يثير التساؤل: بأي أجل يمكن اتباعه، الأجل الطويل المقدر بخمس سنوات، أم الأجل قصير المدى ستة أشهر؟

الجواب الأقرب للمنطق، أن الهدف من الحصول على رخصة البناء، هو الجدية والرغبة في هدم جزء أو كل البناية، فإن مهلة خمس سنوات غير معقولة، وتعطي الحق لصاحب الرخصة في الإضرار بملك الغير.

ومدد المشرع المغربي صلاحية رخصة الهدم لمدة ستة أشهر بشرط عدم قابليتها للتجديد<sup>(1)</sup>.

#### خامسا: الحالات المعفاة من رخصة الهدم

أعفى المشرع الفرنسي حالات محددة من رخصة الهدم، نظرا لخصوصيتها وتعلقها بقوانين خاصة بها لا تخضع لقانون التعمير، تتمثل فيما يلي:

أ) عمليات الهدم التي تغطيها سرية الدفاع الوطني؛

ب) عمليات الهدم المنفذة على بناية آيلة للانهدام وفقا لقانون البناء والإسكان، أو على بناية مقررة أنها غير صحية وفقا لقانون الصحة العامة؛

ج) عمليات الهدم المقررة بموجب حكم قضائي نهائي؛

د) عمليات الهدم الواقعة على المباني المقررة لارتفاع مستقبلي وفقا لتنفيذ خطط موائمة معتمدة بموجب الفصل الأول من الكتاب الأول من قانون شبكة الطرق؛

هـ) عمليات الهدم المتعلقة بالخطوط الكهربائية، والقنوات<sup>(2)</sup>.

(1) - المادة 14 من مشروع المرسوم 2.18.475، المصدر السابق، ص 4.

(2) - L'article R421-29 du C I F , op.cit.

## ملخص الباب الثاني

يكتسي موضوع التعمير أهمية بالغة في الوقت الحالي، نظرا للتوسع الحضري والنمو الديمغرافي المتزايد اللذين تعرفهما المدن والتجمعات العمرانية في الدول، وخاصة منها النامية، هذه المتغيرات أصبحت تستوجب البحث عن سياسة تعمرية في مستوى هذه التحديات لملائمة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

ويعد العمران أحد مقومات الحضارة التي عرفت البشرية منذ مختلف العصور، والتي أدت إلى اهتمام المجتمعات بضرورة اعتماد سياسات عمرانية تهدف إلى التخطيط الحضري والتنظيم الهندسي، وتجسد المنطق الإداري للدولة في تنمية المجال العمراني، من خلال مجموعة آليات قانونية، تعبر عن التطور الذي يمليه الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

وتتمثل القيود المقررة للأشغال العامة في الشغل المؤقت للعقار، والاستيلاء المؤقت.

وإن معيار تطور دولة ما أو تخلفها الحضاري هو العمران، حيث تسهر جميع الدول بوضع مقاييس وقواعد تستجيب لها البناءات، لغرض إظهارها بمظهر ونسق جمالي، فكلما كانت الدول متطورة كان مستوى العمران فيها راقيا، والعكس في حالة الدولة المتخلفة، فتخلفها ينعكس سلبا وفوضى على بناءاتها ومجالها العمراني.

إن الغاية من وضع قيود توجيهية متمثلة في المخططات العمرانية هو المحافظة على عدم مخالفة المقننات المنصوص عليها في قانون التعمير، كما أنها تشكل الفرصة السانحة لترجمة قواعد التعمير على مستوى الواقع، حيث تخلق تنظيما منسجما وتطبيقا حاسما لاحترام جمالية المظهر العمراني وتحقيق المصلحة العامة.

خاتمة

جاءت هذه الدراسة لرصد مضمون القيود المدنية والإدارية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وبيان المقاربة الوظيفية بين مفهومي القيد والارتفاق في الحد من سلطات المالك في ممارسته لعناصر ملكيته من استعمال واستغلال والتصرف فيها في التشريع الجزائري مقارنة مع التشريع المصري، التونسي، المغربي والفرنسي، وهو ما ترتب عنه جملة من النتائج والاقتراحات كالآتي:

### النتائج:

1- تعتبر القيود حدودا قانونية مسلطة على سلطات المالك للحد من اطلاقية حق الملكية العقارية الخاصة، بهدف تحقيق المصلحة العامة، والتي تكون أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة.

2- إذا كانت الملكية العقارية الخاصة حق مانع، فإن هذا هو الأصل الذي ترد عليها استثناءات من شأنها أن تقيد من شمول هذا الحق ومن قصرها على المالك، فهناك قيود قانونية تحد من سلطات المالك في عقاره، بل وتبيح تدخل الغير في ملكه، ومن ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور، وما يفرضه على الجار في ألا يجاوز مضار الجوار المألوفة، وفي مراعاة مسافة معينة في فتح مطل على جاره.

ومن ذلك جواز تقرير أشغال عامة، ومدى تأثيرها على سلطة استعمال الملكية العقارية الخاصة دون اللجوء لنزع هذا الحق. ومن ذلك احتياج الدولة لحيازة العقارات الخاصة بهدف تحقيق المنفعة العامة من خلال الاستيلاء المؤقت مقابل تعويض عادل، ومن ذلك ما تقتضيه المصلحة العامة العمرانية في تقرير قيود تنظيمية تنظم المجال الحضري وطرق استعمال الأراضي من مخططات عمرانية، وقيود رقابية على حق البناء كجزء لا يتجزأ من حق الملكية بواسطة رخص التعمير.

3- إذا تعارض حق الملكية العقارية الخاصة مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هي التي تقدم، فإذا كان يباح المالك حرية التصرف في عقاره باستعماله واستغلاله والتصرف فيه كما يشاء، فإن هذه الحرية تقابلها مراعاة الغير والالتزام بما جاءت به القوانين المتعلقة في ذلك.

4- حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حقه، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم، بعد أن يعرض المالك تعويضا عادلا، وهنا القيد قد تقرر لا للمصلحة العامة، بل للمصلحة الخاصة، تكريسا لتحقيق الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة، وهو ما اختلفت في تقريره التشريعات محل الدراسة، فأورد المشرعان الجزائري والمصري ضمن نصوصهما القانونية قيودا على الملكية في حين رجح المشرع التونسي، المغربي والفرنسي تقديس الملكية الفردية ومحاولة التوفيق بين المصلحة الخاصة للملاك والمصلحة العامة عن طريق فرض ارتفاقات قانونية تماثل وظيفتها لدور القيد،

في الحد من سلطات المالك، لكنها ارتفاقات تسقط بعدم الاستعمال، نظرا لطبيعتها غير العادية وغير المألوفة لحق الملكية، فهي تشكل عبئا عليه ولا تدوم بدوامه، غير أن تعدد الارتفاقات في الواقع العملي جعلها تقترب من مفهوم القيد، لتتحكم في حرية المالك في جميع المجالات العقارية.

5- اختلفت التشريعات محل الدراسة في وضع تعريف موحد لمضار الجوار غير المألوفة، واهتم المشرع الجزائري بتحديد شروط هذه المضار دون تعيين مدلولها، وهو ما ماثله فيه المشرع المصري والتونسي، هذا الأخير أدرج أنواع هذه المضار، وجعلها مادية ومعنوية، بينما أسبغ القانون المغربي صفة الجسامة على الضرر الوارد على الجيران، في حين لم يتناول المشرع الفرنسي نظرية مضار الجوار غير المألوفة ضمن نصوص قانونه المدني، وترك المجال للاجتهاد القضائي الفرنسي في تأسيس هذه النظرية. وأما وجه الشبه فيمكن في التشريعات العربية محل الدراسة في ارتباط نظامها القانوني لمضار الجوار غير المألوفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في إقرار فعل المضار، والضرر المترتب كأثر له والذي يوجب إزالته.

6- اختلفت التشريعات محل الدراسة، والفقهاء القانوني في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، فأخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق تأصيلا لهذه النظرية، بينما تبنى المشرع المصري نظرية الغلو في استعمال الملكية، واتخذ الخطأ الشخصي أساسا لذلك، بينما جعل القانون التونسي المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع) كأساس للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، وهو الأساس القانوني الذي جاء به المشرع المغربي، بحيث أقر بالخطأ كأحد صور من الفعل الضار (غير المشروع)، الذي إذا ارتكب من غير عمد، وأدى إلى الإضرار بالغير يترتب عليه التعويض. بينما في غياب نص تشريعي يؤسس نظرية مضار الجوار غير المألوفة قام الاجتهاد القضائي الفرنسي بتأسيس هذه النظرية، ولعب الفقهاء القانوني دورا فعالا في تحديد المسؤولية الناتجة عن هذه المضار، لذلك اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية، فالبعض منهم أسسها على حالة الضرورة الاجتماعية التي لا بد من تحملها، وهناك فريق جعل هذه المسؤولية على أساس الخطأ؛ وهو خروج عن السلوك المعتاد، ثم تراجع عن موقفه وجعل مضار الجوار غير المألوفة ناتجة عن نشاط استثنائي أو غير طبيعي من حق الملكية، وبالتالي تكون المسؤولية موضوعية ذات طبيعة خاصة.

7- تعتبر مضار الجوار غير المألوفة تقييدا للملكية العقارية الخاصة بهدف منع الضرر، حيث كيف التشريعاتان الجزائري والمصري مضار الجوار غير المألوفة كقيد تبادلي مقرر للمصلحة الخاصة للمالكين المجاورين في استعمال ملكيتهم، فكلاهما مقيد بالتزام سلبي بعدم الإضرار بجاره ضررا يتجاوز وصف الحد المألوف. بينما لم يكيف التشريعاتان التونسي، المغربي مضار الجوار غير المألوفة كقيد

قانوني، أو حتى الاعتراف بقيود الملكية العقارية الخاصة، فقد اعتبرهما حقوق ارتفاق وحتى المشرع الفرنسي لم يقنن هذه المضار ضمن نصوصه القانونية، لأن هذه التشريعات تقر بالملكية الفردية، وحرية الأفراد في سلطاتهم، فيكون لهم حق استعمال واستغلال والتصرف في عقاراتهم إلا ما استثني منه بنص القانون.

8- اختلفت التشريعات محل الدراسة في التكييف القانوني لحق المرور، فاعتبره المشرعين الجزائري والمصري قيودا على الملكية العقارية الخاصة، باعتبار القيد ناتج عن الوضع العادي والمألوف للملكية ويدوم بدوامها، فحق المرور؛ حق قانوني في شكل حالة واقعية، وهي انحصار العقار وجعله ثابت بمجرد قيام الانحصار، ويظل باقيا ما دام الانحصار قائما، لكن إذا تم الاتفاق بين المالكين المجاورين على عبء آخر يزيد عن حق المرور بين صاحب الأرض المحصورة وصاحب الأرض محل المرور، تحول قيد حق المرور إلى ارتفاق المرور، لكن بالنظر لموقف المشرعين التونسي والمغربي فقد جعلنا حق المرور ارتفاق ناشئ عن القانون، متبعين أثر المشرع الفرنسي في ذلك، لأنه لا يعترف بحق المرور إلا ضمن قسم الارتفاقات الواردة بنص القانون المدني الفرنسي، و مناط الارتفاق؛ وجود تكليف على عقار لمصلحة عقار آخر، فهو عبء استثنائي يخرج بكل من العقارين المرتفق به والمرتق عن النظام العادي المؤلف لحق الملكية، إذا الأصل خاليا من القيود المفروضة بموجب القانون، وكل ما يتقرر غير القيود يعتبر حق ارتفاق.

9- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حق الشرب ولا وحق المجرى وحق الصرف في أحكام القانون المدني بشكل واضح، بل أحالها لقانون المياه، و حتى الأمر المتعلق بالثورة الزراعية قدتم إلغاؤه، بمجرد إلغاء التعامل بالنظام الاشتراكي في تسيير أملاك الجماعة الوطنية، وهو نفس التكييف الذي قرره المشرع التونسي على ارتفاق مقرر على موارد المياه، بحيث لم يفرق بين حق الشرب والمسيل، بل كيفها كلها على أساس مصطلح " حق الاستقاء". كما اعتبر أيضا المشرع المغربي حق الشرب، المجرى، والصرف نوع من الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن، بينما لم يتطرق المشرع الفرنسي لحق الشرب ضمن أحكام القانون المدني، وعلى خلافهم ضمن المشرع المصري أحكام حق الشرب، المجرى، والصرف ضمن القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

10- يرجع المصدر التاريخي في استخلاص نصوص حق الشرب، المجرى، الصرف للتشريعات العربية محل الدراسة لأحكام الشريعة الإسلامية وأراء الفقه الإسلامي، حيث يجبر الفقه الإسلامي صاحب البئر الذي يسقي منها زرع على اعطاء الفضل لجاره بتوافر أربعة شروط، وجود فضلة من الماء بعد سقي صاحب البئر لزرعه، وجود جار له زرع أنشأه على أصل ماء وانهدمت بئر زرع، وجود خوف على زرع الجار من الهلاك بسبب العطش، وشروع الجار في إصلاح بئره.

11- قرر المشرع المصري حق المجري كقيد على مالك الأرض، ويتجسد مدى أثر تقييد حق المجري سلطات المالك في استعمال واستغلال أرضه في السماح ببناء منشآت على أرضه، وعدم التعرض للجار في تمرير المياه لأرضه، ومناط ثبوت الحق في المجري أن يكون الوسيلة الوحيدة أمام طالبه للحصول على كفايته من الماء، بحيث إذا أمكنه سد حاجته من وسائل أخرى، غير أن المشرعان الجزائري والتونسي لم ينصا على هذا القيد ضمن مقتضيات ق م ج أو م ح ع ت، بل تطرقا إليه في كارتفاق قانوني في قانون (مجلة) المياه، بينما اعتبر المشرع المغربي حق المجري ارتفاق طبيعي.

12- اعتبر المشرع المصري حق الصرف قيذا على الملكية العقارية الخاصة يتعلق فحسب على صرف المياه الزائدة عن حاجة الأرض، أما تصريف مياه الأمطار والمياه المنزلية لا يدخل ضمن نطاق حق الصرف القانوني، وعلى خلاف ذلك وقع المشرع الجزائري في تناقض قانوني، فبالنظر لأحكام المادة (692) من ق م ج، فإنها تعتبر حقوق انتفاع بالمياه قيد على الملكية العقارية الخاصة، لكنها في نفس الوقت تحيل تحدد اجراءات تطبيق هذه المادة إلى النصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستعمال واستغلال المياه، وهو ما يمثله قانون 05-12 المتعلق بالمياه، لكن هذا الأخير أدرج أحكام حق الصرف ضمن الفصل الثاني المعنون بـ: الارتفاقات المرتبطة بنظامي الرخصة وامتياز استعمال الموارد المائية، هذا الغموض في تكييف حق الصرف بين أحكام المادة (692) من ق م ج، وبين مضمون المادة (98) من القانون الخاص بالمياه، فرض تطبيق القواعد العامة، واعتبار أن الخاص يقيد العام، وبالتالي، حق الصرف هو ارتفاق وليس قيد الصرف، لأنه لا يحتوي مضمون القيد، بل الأحكام العامة لحق الارتفاق.

13- اتفق كل من المشرع الفرنسي، التونسي والمغربي على تكييف حق المسيل كارتفاق وليس كقيد قانوني وارد على حق الملكية، وفرضت هذه التشريعات على المالك الالتزام بعدم منع الجار من صرف المياه بالنسبة للأراضي البعيدة عن المصرف العمومي، بمعنى تقييد سلطته في الاستعمال والتصرف المادي في مصرفه، وإجباره على السماح بتصريف المياه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وحتى يثبت هذا القيد لا بد من تحقق نفس شروط حق الشرب.

14- يوصف وضع الحدود كقيد على الملكية العقارية الخاصة؛ ومفاده أن كل جار من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة في هذا العمل، فتتقيد بذلك حريته في طريقة استغلاله لملكيته، فالأصل أنه حرا في تحديد أو عدم تحديد عقاره، وذلك يفرض طريقة لترسيم الحدود عن طريق شروط قانونية، صورا لهذه الحدود، تظهر إما بشكل رضائي بين المالكين على وضعها، وإما سلك طريق آخر لترسيمها قضائيا، ويتم وضع الحدود إما بسبل ودية عن طريق الاتفاق بين أصحاب الشأن، لكن إذا تحول وضع الحدود إلى حد يعرقل الجار المتلاصق من ممارسة حقه في عقاره، فيحدث نزاع بينه وبين بقية الجيران، فيضطر كل من الطرفين اللجوء إلى القضاء، ويكون الحكم القضائي هو الفاصل في ذلك، وهناك آثار



متعلقة بالتضارب في أنماط الإثبات المتعلقة بالمالك، الحائز، وبالغير، وآثار أخرى متعلقة بعملية التحويط نفسها.

15- تم تقرير الحائط المشترك في التشريعين الجزائري والمصري كقيد قانوني تبادلي على كلا الشريكين، ولا يشترط فيه موافقة المالك الجار، بينما نص المشرع المغربي على مسطرة الحائط المشترك ضمن القسم الأول المخصص للحقوق العينية الأصلية من م ح ع م، وتناول المشرع الجزائري ومختلف التشريعات محل الدراسة أحكام الحائط المشترك، وذلك ضمن مختلف نصوصها، واعتبرته صورة من صور الملكية الشائعة، باستثناء التشريع التونسي، فقد أورد أحكامه بين أحكام حقوق الارتفاق القانونية، وتم الاتفاق على وضع قرينة قانونية مفادها أن الحائط الذي يكون منذ إنشائه فاصلا بين عقارين يعد مشتركا بينهما، حتى يثبت أحدهم أنه خاص به، ويتم الإثبات إما بالبينة الواضحة أو بالاستناد إلى قرائن الحال المتعارف عليها، ما لم يثبت عكس ذلك.

16- يعتبر قيد المسافة في حق المطل؛ قيذا تبادليا، فكلا الجارين ملزمين بتقبل فتح مطل مواجه لعقاره دون الاحتجاج بالرفض، فالحد يقيد حرية الاختيار، لأن متطلبات الجوار تفرض فتح مطلات بهدف الرؤية وإدخال الضوء والتهوية للعقار. وهناك اختلاف فقهي حول التكييف القانوني لحق المطل، هل هو حق مطلق يمنح لصاحب العقار سلطة مباشرة في استعماله واستغلاله أم أنه مقيد بتحقيق الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة، وعليه اعتبرا كل من القانونين الجزائري والمصري حق المطل قيد قانوني، وأوردهما ضمن القيود التي ترد على حق الملكية، في حين اتفق المشرع التونسي، المغربي والفرنسي مع هذا الاتجاه، وجعلوا المطل حق ارتفاق.

17- يقرر حق المطل بالنسبة لكل مالك على حدى، فإذا منع القانون المالك من فتح مطل مواجه على بمسافة متر مثلا من ملك الجار، فإن حق الجار ملزم بهذا القيد كذلك، إذ ليس له أن يفتح مطلا إلا على المسافة نفسها من حد جاره، وبهذا إذا افترض وجود مطلات مواجهة لكل من الجارين، فلا بد أن تكون المسافة بين حدي المباني مترين، وذلك متى كانت المطلات في العقارين نوافذ، وإن كانت سلطة استعمال واستغلال الملكية العقارية الخاصة مرتبطة بمنح مالكةا حق الاستئثار والانتفاع بعقاره دون مشاركة أحد في هذا الانتفاع، غير أن تقرير المسافة القانونية على حق المطل، جعل المالك المجاور ملزم بقيد تبادلي اتجاه جاره في اجبارية تحمل المضار الجوارية العادية التي يسببها فتح مطل، ما دام كل طرف تابع ومتبوع لنفس القيد، لكن هناك إشكالات المسافة في حالات لم تتطرق إليها التشريعات محل الدراسة، أو اختلفت عليها، منها ما تعلق بقوانين خاصة، أو بوجود عقار مسور بحائط مرتفع دون حائط، أو بأرض مشتركة، أو بأرض للغير.

18- يعتبر حق المطل قيذا تحديديا، لأن التشريعات محل الدراسة حددته بقيد مسافة قانونية بصفة نهائية، ولذلك فلا يمكن حسابها بشكل نسبي أو عشوائي، ومناطق هذا التحديد يوجب على المخاطبين بهذا القيد عدم الخروج عن هذه المسافة، كما يمثل حق المطل قيذا تبادليا؛ يؤدي إلى خلق التزام متبادل، فكل العقاران يتطلبان فتح مطلات مواجهة أو منحرفة، وكلاهما يستلزم فرض قيد المطل بالنسبة للآخر، ومن ثم فالقيد الذي يخلق علاقة تبادلية تكاملية، يترتب عنها قيد مركب فالعقار الذي له الحق في فتح مطل فيه، هو نفسه مطالب في المقابل احترام المطل المقابل له، وأيضا يشكل حق المطل قيذا إجباريا؛ فلا يكون الجار حرا في اختيار فتح جاره لمطل من عدمه، وعلة ذلك أن كل من الجارين ملزمين بتقبل هذا القيد، وإجباري لهما، فلا يمكن لأحدهما رفض فتح مطلات في العقار المجاور له.

19- تعد القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة من صميم حق الملكية، والصورة العادية والمألوفة لها، تدوم بدوام هذا الحق، بينما يعد الارتفاق ثقل وعبء على هذا الحق، لكن يشهد الواقع العملي ارتفاع أنواع الارتفاقات على العقارات المبنية، مما جعلها تقترب من مفهوم القيد وحتى أكثر تأثيرا منه، خاصة أن هذه الارتفاقات أصبحت تقوم بنفس وظيفة القيد وتحد من سلطات المالك في استعمال واستغلال والتصرف في ملكيته.

20- تقرر القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية في نظر التشريعات محل الدراسة، انطلاقا من فكرة الموازنة بين المصالح الخاصة المتعارضة وترجيح بعضها على بعض، فحيث يتعارض حق الملكية العقارية الخاصة مع مصلحة خاصة، غير أن التشريع الجزائري والمصري غلب المصالح الخاصة للغير على مصلحة المالك لمنع الضرر عنهم، فإقامة التوازن بين المصلحتين الخاصتين، ترتب عنه تقييد سلطة المالك في استعمال ملكيته لفائدة مصلحة جيرانه، لأنها أولى بالرعاية في نظره.

21- تقتضي الضرورة استعمال العقارات الخاصة للمالكين بشكل مؤقت لمدة معينة من أجل القيام بأشغال أساسية لتسيير مهام المرفق العام، ومنه تحقيق منفعة عامة، ويمثل الشغل العام للعقار ما يسمى بالارتفاقات الإدارية، والتي تتنوع بشكل كبير حسب طبيعتها ووظيفتها، فمنها من هو مجرد للملكية العقارية الخاصة، ومنها ما هو مقيد بنص القانون، وأبرز هذه الارتفاقات ارتفاق الكهرباء والغاز.

22- لا يترتب على ممارسة الشغل المؤقت المتعلقة بارتفاقات الكهرباء والغاز أي زوال لحق الملكية، وكذلك هو نفس موقف المشرع الفرنسي، فلا ينطوي إرتفاق الكهرباء والغاز على أي نزع للملكية الخاصة، بينما أوضح التشريع المصري أن ارتفاقات الكهرباء والغاز قد تؤدي إلى نزع ملكية العقار الخاص، أما التشريعان التونسي والمغربي فلا يوجد نص يوضح حقيقة آثار هذه الارتفاقات بالنسبة للملكية العقارية الخاصة، هل هي تقييد أم تجريد، بينما وضع المشرع الفرنسي ضمانات للمالك في وضع

الدعامات أو الواجهات أو على أسقف وأسطح المباني، لا يشكل عائقا في حق المالك في هدم أو ترميم أو تغطية، وكذا وضع القنوات أو الدعامات في أرض مفتوحة أو مبنية، لا يعيق حق هذا الأخير في تحويرها أو بنائها، وهو ما اتبعه حرفيا المشرع الجزائري في نص المادة (162/02) من القانون 01/02.

23- يعتبر الاستيلاء المؤقت؛ قيادا إداريا في شكل إجراء ذو طابع مؤقت، يتم حيازة العقار لمدة محددة ثم يرد إلى مالكه بعد الانتهاء من الغرض الذي تم اللجوء إليه، كما يشكل آلية استثنائية يتم اللجوء إليها عند احتياج الإدارة للوعاء العقاري الخاص بالأفراد، ويتم بموجب تعويض يسلم لمالك العقار نتيجة حرمانه من الانتفاع به.

24- لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للاستيلاء المؤقت، وأقر أنه إجراء مؤقت، تتخذه السلطات المختصة بغية تحقيق مصلحة عامة، هي ضمان استمرارية المرافق العامة، وحتى أخطأ في استعمال مصطلح الاستيلاء دون تقييد صفته، حتى يتسنى تقييد وظيفته، فتقييد الصفة (المؤقت) بالموصوف (الاستيلاء) يحدد علاقة الصفة بالموصوف، حتى لا يفهم منها صفة التأييد، وهو ما فعله المشرع المصري حين حدد الاستيلاء بالمؤقت، رغم امكانية تغيير الصفة عن الموصوف بتغيير الغرض الذي خصص له، فتحديد صفة عدم الديمومة يدل على أن فعل الاستيلاء لديه وظيفة عرضية ذات طابع حيازي لا تغيد التملك، وذلك حتى يتم التفرقة بين الاستيلاء المكسب للملكية؛ وهو وضع اليد على عقار بدون سند مكتوب أي أنه يتم بطريقة غير مشروعة.

25- لم يتطرق المشرع التونسي لأحكام الاستيلاء المؤقت ضمن نصوصه القانونية، بينما أخطأ المشرع المصري حين ربط الاستيلاء بعملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، حيث خصص الباب الرابع لأحكام الاستيلاء المؤقت، ووحده الهدف المترتب عنه مع إجراء نزع الملكية، وهي التجريد (Dépossession) من العقار، وإدراج نصوص الاستيلاء المؤقت ضمن قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة يفيد أنه يخضع في نهايته لأحكامه، وكان المفروض أفراد ضوابط الاستيلاء المؤقت ضمن نصوص القانون المدني أو بقانون خاص به. في حين استعمل المشرع المغربي مصطلح الاحتلال ليبدل به على الاستيلاء المؤقت، وهو مصطلح يندرج ضمن القانون الدولي؛ والذي يقصد به صورة من صور الاستعمار، ويقصد به سيطرة دولة معينة على جميع أراضي معينة خلال فترة حرب أو بعد انتهاءها، لكن مضمون تعريف الاحتلال المؤقت جاء بتكييف قانوني صحيح؛ وهو حيازة مؤقتة لأرض، والتي قصد بها السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على عقار معين أو على حقوق عينية مترتبة على شيء، بهدف إرجاعه بعد الانتهاء من الغرض الذي خصص له.

26- اختلف التشريعان التونسي والفرنسي مع بقية التشريعات محل الدراسة، بحيث لم ينص الأول على أحكام الاستيلاء المؤقت على العقار ضمن القواعد العامة أو بقانون خاص، أو حتى إدراجه في قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، بينما الثاني قام بإلغاء أحكامه، والهدف من ذلك أن هذا التشريع يقدس الملكية الفردية، والتي حرصت على كفالتها الدساتير وحماها القانون.

27- اشترك كل من التشريع الجزائري مع المصري والمغربي في نصهم على الاستيلاء المؤقت كقيد على العقارات. لكن بالمقابل اختلف المشرع الجزائري في مصدر هذا القيد، فقد كفلته أحكام القانون المدني، في حين دمج كل من المشرعين المصري والمغربي مقتضيات هذا القيد ضمن قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. بينما تم التطرق للمرسوم الفرنسي 59-63 الملغى؛ والذي نص على أحكام الاستيلاء المؤقت على العقارات الخاصة، والعبرة في إدراجه والتفصيل في نصوصه مدى أهميته في موضوع الدراسة، والمقاربة بينه وبين التشريعات المقارنة ومدى تأثيرها بآليات التعويض الفرنسية في هذا المجال، وكذا التعرف على التطور القانوني للمشرع الفرنسي في مجال القيود الإدارية الواردة على الملكية العقارية، و تخليه عن مبدأ الوظيفة الاجتماعية لهذه الملكية، ليتضح تقديسه للملكية الفردية، والذي حدا حذوه التشريع التونسي، ليصبح الاستيلاء منحصر في مجال المنقولات والخدمات فقط، وعليه يرجع تأثير النظام القانوني للاستيلاء المؤقت بالنسبة للتشريعين الجزائري والمغربي للأحكام الإجرائية والموضوعية للمرسوم الفرنسي 59-63 (الملغى).

28- يرتب الاستيلاء المؤقت آثارا مزدوجة أولها متعلقة بالإدارة وثانيها مرتبطة بحرية التملك، فمن جهة تظهر حدود سلطة الإدارة المستفيدة من الاستيلاء المؤقت في استعمالها لامتيازات السلطة العامة، ويتيح لها استعمال الملكيات العقارية الخاصة بشكل مؤقت لمدة محددة بين الطرفين أو بطريقة انفرادية، بحيث تقييد سلطة صاحب العقار في استعمال واستغلال والتصرف في ملكيته خلال طيلة الاستيلاء المؤقت، ومن ثم تنتقل الحيازة من المالك الأصلي للجهة الإدارية المستفيدة، ومن جهة ثانية ينتج عن الاستيلاء المؤقت آثارا سلبية على حرية المالك، فيحبس هذا الأخير عن ممارسة سلطاته من استعمال أو استغلال أو تصرف في ملكيته لغاية انتهاء مدة الاستيلاء، وقد تمدد هذه المدة إذا كانت الإدارة بحاجة للعقار، ويمنع المالك مجددا من سلطاته الثلاث، وقد يهدد القيد الملكية، وتطبق آلية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

29- يكمن دور التخطيط الحضري على إيجاد الظروف الاجتماعية والاقتصادية الملائمة لإنشاء المدن أو النطاقات الوظيفية للتوسع المجالي، ولتطبيق مختلف السياسات الحضرية لآبد من اعتماد أداة لتحديد التصورات الحاضرة والمستقبلية الواجب تنفيذها مع مراعاة الضوابط التقنية والنصوص القانونية، وتعتبر المخططات العمرانية المحلية في، المتمثلة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، والذي يقابله

في التشريع المصري المخطط الاستراتيجي العام للمدينة أو القرية، أمثلة التهيئة العمرانية في التشريع التونسي، مخطط توجيه التهيئة العمرانية لدى المشرع المغربي، والمخطط المحلي للتعمير في التشريع الفرنسي، ومخطط شغل الأراضي، المخطط التفصيلي لدى المشرع المصري، أمثلة التهيئة العمرانية لدى المشرع التونسي، مسطرة تصميم التهيئة لدى المشرع المغربي، آليات للتسيير والتخطيط الحضريين، تتضمنان مقاربة حديثة لتحقيق التنمية العمرانية، تشارك في التخطيط والتنظيم المقيد للملكية العقارية الخاصة.

30- جاءت التشريعات محل الدراسة لتحقيق نفس الأهداف والنتائج التخطيطية في مجال التعمير، وهو ما سعى إليه المشرع الفرنسي عن طريق المخطط المحلي للتعمير، وجعله أيضا أداة للتخطيط المجالي للأراضي وتنظيم استعمالها، لكنه كان متقدما على كل هذه التشريعات الأسبقية التاريخية في إعداد قانون التعمير، حيث شهد تطورا عمرانيا في مجال إعداد المخططات المحلية، وتعديلها بما يتوافق والتطور الاجتماعي والاقتصادي والبيئي لأقاليم دولته، وكما اشتركت التشريعات محل الدراسة في طريقة تناول أحكام المخططات العمرانية والرخص العمرانية كقيود تنظيمية واسنادية بحسب وظيفتها في الحد من حق البناء، الذي هو حق متجزئ من حق الملكية.

31- تخضع السياسة العمرانية في التشريعات محل الدراسة لمقاربة تشاركية صورية لجمعيات المجتمع المدني في تحديد التوجهات الأساسية للمخططات العمرانية بكل أبعادها الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية وحتى البيئية، لكن الواقع العملي يثبت أن هذه المشاركة شكلية نظرا لعدم وجوبية القاعدة القانونية التي نصت على هذه المشاركة، لتبقى استشارة المواطنين في التدخل للمساهمة في إعداد المخطط العمراني مجرد قوانين على ورق، باستثناء المشرع الفرنسي الذي جعل المخطط المحلي للتعمير وسيلة لإشراك كل الجمعيات المدنية في إنشاء مشروعه.

32- تتخذ المصلحة العامة وجهان أولهما إيجابي بتحصيل النفع العام للجماعة ما كان موجودا ووجهه ثاني سلبي وهو دفع ضرر عام عن الجماعة، إما برفعه قبل الوقوع أو برفعه بعد الوقوع، وعليه هناك استثناءات مفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة باعتبارها حقا مطلقا وهو ما سيعطيها صبغة وظيفية أفرزت عدة قيود مسطرة على حق التصرف فيه، ويعتبر التحكم في المجال العمراني عن طريق المخططات العمرانية من الأمور التي شرعت تدخل الدولة بفرض عدة ضوابط حدثت من حرية المالك في استعمال سلطاته في عقاره بشكل واضح، وحتى يحد من إرادة الإدارة في تسيير شغل الأراضي، وكما تقيد هذه المخططات مخططات أخرى.

33- لا يوجد نص قانوني صريح في قانون التهيئة والتعمير يدل على إلزامية المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير في تقييد حرية الملاك في التصرف في عقاراتهم، ولكن تظهر قوته الإلزامية في

المخططات التي تنفذه، وهي مخططات شغل الأراضي، وكذا في رخص التعمير، فلا يمكن التصريح برخصة البناء، التجزئة أو الهدم إذا كانت غير متوافقة مع أحكام هذه المخططات.

34- لابد من التفرقة بين مخططات شغل الأراضي والمخططات التوجيهية، لأن هذه الأخيرة تمثل قيودا على حق التصرف في الملكية بصيغة أمر ذات طابع مزدوج، يختلف منه من الإدارة إلى الأفراد، بالنظر لطبيعة المخططات التوجيهية فهي في الأصل لم تشكل قيودا على حق المالك في التصرف المادي أو القانوني لعقاره، لأن أساس وظيفتها ضبط التوجهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات مع الأخذ بالاعتبار تصاميم التهيئة واحتياجات وأولويات التنمية المحلية، وفي انعدام وجود نص قانوني يوقع جزاء عن مخالفة أحكام هذه المخططات، يبقى المالك حرا في عدم الاستجابة لهذه الأدوات، لكن غيرت التشريعات محل الدراسة طبيعة مشاريع مخططاته، لتنتقل من وظيفة التوجيه إلى التحكم وتسيير الملكية العقارية الخاصة، وإجبار المالك على عدم البناء في المناطق الطبيعية، الأثرية، التاريخية و الأماكن المصنفة. كما منعت هذه المخططات البناء على المدى المتوسط والطويل في القطاعات القابلة للتعمير مستقبلا، وهذا يعد تطورا في الصيغة القانونية للمخططات التوجيهية نحو تقييد صريح، وحد لحق المالك في التصرف في ملكيته.

35- إن شرعية تقييد حق التصرف في الملكية العقارية الخاصة هو تقييد مشروع لصالح المصلحة العام، لكنه لتطبيقه يتطلب إيجاد توازن بين الطرفين دون تعسف في استعمال السلطة، وعليه، يعد تحول حق الملكية وخروجه من دائرة الفردية إلى صبغة عمومية، مما يبرر الوظيفة الاجتماعية والوعاء الجديد لحق الملكية الفردية.

36- وضعت أهداف مخطط شغل الأراضي في التشريعات محل الدراسة كقيود ترتيبية على استعمال واستغلال الأراضي العمرانية المملوكة للخواص تحقيقا للمصلحة العامة العمرانية، من خلال وضع حدود للكمية الدنيا والقصى المسموح بها في البناء، فليس لأحد أن ينزل عن الكمية الدنيا أو يتجاوز الكمية القصوى المعبر عنها بالمترا المربع من الأرضية، ويظهر تقييد مخطط شغل الأراضي المالك في التصرف في ملكيته في أن كل الأراضي المتواجدة في هذه القطاعات خاضعة مؤقتا للارتفاق بعدم البناء ولا يرفع هذا الارتفاق في الأجل المنصوص عليها، إلا بالنسبة للأراضي التي تدخل حيز تطبيق مخطط شغل الأراضي المصادق عليه. كذلك في حالة غياب مخطط شغل الأراضي بهذه القطاعات تمنع كافة الاستثمارات التي تتجاوز مدة اندثارها الأجل المنصوص عليها للتعمير، وكذلك تمنع التعديلات أو الإصلاحات الكبرى للبنىات المعنية بالهدم.

37- نظم المشرع الجزائري قيود إجرائية على حق الملكية العقارية تمثلت في رخص التعمير من أهمها رخصة البناء والتجزئة، وشملتها بأحكام مضبوطة شكلت قيودا تنظيميا على حرية المالك في حقه في البناء، والذي هو جزء لا يتجزأ من حق الملكية العقارية.

38- لم يعرف التشريع الجزائري ولا التشريعات محل المقارنة مفهوم رخصة البناء، لكنهم اتفقوا على أنها رخصة صادرة بموجب قرار إداري تضم بناء بناية جديدة أو تغطية أو ترميم سكن موجود وفق شروط قانونية صارمة نتج عنها آثار على حق صاحب الرخصة في منعه من البناء عن طريق الارتفاقات المتعددة وتقليص من سلطة استعماله واستغلاله لعقاره، وحتى تهديده بتجريدته منها، ومنه فإن هذه الرخصة تعد قيودا رقابيا على الملكية المبنية.

39- تبدو مظاهر تقييد المالك في رخصة البناء من خلال إلزامية مطابقة مشروع البناء لتوجيهات مخطط شغل الأراضي أو، في حالة عدم وجوده، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و/أو للتعليمات المنصوص عليها تطبيقا للأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير، كما ينبغي مراعاة في تحضير رخصة البناء موقع البناية أو البنائيات المبرمجة ونوعها ومحل إنشائها وخدماتها، حجمها، مظهرها العام وتناسقها مع المكان، مع الأخذ دوما بعين الاعتبار توجيهات التعمير والارتفاقات الإدارية المطبقة على الموقع المعني، وكذا التجهيزات العمومية والخاصة الموجودة أو المبرمجة، وأيضا يلزم مراعاة عند تحضير رخصة البناء مدى احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في ميدان الأمن والنظافة والبناء، الفن الجمالي، وفي مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي.

40- كان المشرع الجزائري دقيقا في وضع مصطلح تجزئة في التفريق بين شهادة التقسيم ورخصة التجزئة، لأن شهادة التقسيم تكون على العقارات غير المبنية، والتجزئة على العقارات التي ستبنى بالمستقبل بعد استصدار رخصة التجزئة، غير أن المشرع التونسي التشريع الفرنسي وحتى المصري لم يطرحوا مصطلح التجزئة على هذه الرخصة، بل اصطالحوا عليها رخصة التقسيم؛ كعملية تجزئة قطعة أرضية أو عدة قطع.

41- يترتب عن رخصة التجزئة في التشريعات محل الدراسة عدة آثار مقيدة لسلطة المالك في استعمال واستغلال ملكيته العقارية، إذ لا يمكنه انشاء تجزئات أو تنميتها أو تحويلها إلا داخل المناطق التي شملتها المخططات العمرانية المحلية إن وجد أو داخل المناطق المحددة وفق مقتضيات قوانين التعمير، بعد التثبت من وجود التجهيزات الأساسية الضرورية سواء منها المتوفرة أو المتوقع انجازها في هذه المناطق، وحددت عدة ارتفاقات عمرانية يمنع التجزئة في نطاقها المتعلقة بارتفاعات الكهرباء والغاز، الطرق، السكك الحديدية المتعلقة بالبيئة.

42- أثرت رخصة التجزئة في التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة بشكل فعال على الملكية العقارية الخاصة، وقيدت سلطات المالك في استعماله لعقاره من خلال وضع ضوابط تنظيمية وترتيبية وحتى توجيهية، تحدد مسار البناء من بدايته حتى نهايته وفق شهادة مطابقة تثبت مدى توافر الضوابط العمرانية المقررة من أجل المصلحة العامة في تكريس حق في البناء منظم ومتجانس مع الوسط الطبيعي والجمالي.

43- يفرض احترام قواعد العمران جملة من القواعد التي تنظم عملية البناء والتغييرات التي تطرأ عليها وتسبب خطرا على الملكية العقارية الخاصة، كعمليات الهدم، مما تستوجب رخصة تبيح هذه العمليات وفقا لأحكام قانونية منظمة، بهدف تحقيق المصلحة العمرانية؛ والتي لن تتأتى إلا بالمحافظة على النظام العام العمراني، وأيضا تلبية حاجيات الأفراد المختلفة في حريته في القيام بكل الأعمال المادية على بناؤه، دون تعريض ممتلكات الغير للخطر والضرر.

44- لم يتضمن القانونون 90-29 ولا المرسوم 15-19 تعريفا لرخصة الهدم، بحيث نص المشرع الجزائري فيهما على أن هذه الرخصة؛ إجراء إلزامي مسبق قبل الشروع في أي عمليات هدم، ثم بين نطاق هذا الأخير إما هدم كلي أو جزئي. بينما التشريع المصري، التونسي، والمغربي لم ينصوا على رخصة الهدم ولا على أحكامها القانونية، وإنما تطرقوا فقط لقرار الهدم؛ الذي يعد قرارا إداريا يصدر من قبل رئيس البلدية وفقا لشروط معينة تفرضها مخالفة رخصة البناء أو أيولة المبنى للسقوط وتشكيله خطر على حياة الجيران والمواطنين.

45- ربطت المادة (60) من المرسوم 15-19 نطاق رخصة الهدم بوجود بناية ذات طابع تاريخي وطبيعي وثقافي، وهو ما اختصرته المادة (70)؛ بالبناية المحمية بالقانون رقم 98-04، والمتعلق بحماية التراث الثقافي، ليبقى مصير البنايات العادية وغير المحمية غير واضح بوجود إصدار رخصة الهدم فيها أم الأمر جوازي، وحتى أدرج المشرع الجزائري لفظ (وذلك) بدلا من لفظ (وخاصة)، حتى يفهم أن الحصول على رخصة الهدم ليس اجباريا في البنايات الموجودة في مناطق عمرانية عادية، ولكن نطاقها محدود، وملزم في البنايات الموجودة بالمناطق المحمية ثقافيا، لكن استدرك المشرع الاجابة على هذا السؤال في التعليمات الوزارية رقم 004، التي أقرت رخصة الهدم كوسيلة رقابة بعدية صارمة، ووسعت من نطاق تطبيقها، وحددت المشاريع التي تتطلب عمليات هدم، وتشكل خطر بالنسبة للمحيط المباشر، خاصة في الحالات الآتية: وجود بنايات مجاورة محاذاة للبناية محل طلب الهدم؛ وجود البناية محل الهدم ضمن الأنسجة العمرانية القديمة، والتي تمتاز بهشاشة مواد البناء وامكانية تحطمها بمجرد تنفيذ أشغال الهدم؛- تواجد شبكات محاذاة أو باطنية للمشروع؛ قرب البنية التحتية للبناية محل طلب الهدم للطرق والشبكات العامة؛ أرضية ذات شكل غير منظم و/ أو منحدر شديد؛ وجود البناية محل الهدم بين طريقتين



على مستويين مختلفين، بحيث يكون الفارق بينهما أكبر أو يساوي ستة أمتار؛ وجود حفر بعمق أكبر أو يساوي مترين.

### الاقتراحات

1- ضرورة وضع تعريف دقيق ونافي للجهالة للجار في التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة.

2- يتوجب على المشرع الجزائري تحديد نطاق الجوار، فلا بد أن يحمل صفة الجار المستأجر بصفته حائزا للعقار، وملزم بعد الاضرار بعقار جاره، وكذا صاحب حق الانتفاع.

3- تحديد نطاق الجوار في التشريع الجزائري، وعدم حصره بالعقارات فقط، ومناطق ذلك أن النطاق القانوني لحق الملكية بوجه عام يشمل الأشياء المنقولة والعقارية، وكذا ملكية الأرض وما فوقها وما تحتها.

4- ضرورة وضع مدلول ومعايير واضحة للضرر المألوف لتفرقة عن الضرر غير المألوف في التشريع الجزائري والتشريعات محل الدراسة.

5- إدراج أثر الترخيص الإداري الصادر من الجهات المختصة ضمن القانون المدني الجزائري كشرط لممارسة الأنشطة القانونية دون الاضرار غير المألوف بعقار الجار.

6- جرى بالمشرع التونسي عدم اسقاط واغفال أحكام الحائط غير المشترك، ويدرج له نصا خاصا مسائرا في ذلك موقف التشريعات الأخرى.

7- اقتراح وضع نصوص قانونية متعلقة بالمناور وأحكامها الموضوعية والإجرائية لدى المشرعين التونسي والمغربي.

8 - ضرورة تحديد مسافة المناور في التشريع التونسي والمغربي، حتى يتسنى حسابها بشكل فيزيائي صحيح، وبالتالي معرفة كل جار بحدود قيوده من هذه المناور وكيفية فتحها دون تسبب ضرر لغيره من الجيران، وعند المنازعة القضائية في هذا الشأن يمكن للخبير المعين من قبل القاضي وضع خبرته بدقة حسابية، ومنه فصل النزاع لصاحب الحق.

9- اقتراح إدراج المشرع الجزائري نصا خاصا بحق الشرب، المجرى، الصرف ضمن نصوص القانون المدني، أو تعديل أحكام المادة (692) من القانون المدني الجزائري، وإدماج حقوق الانتفاع بالمياه بنصوص صريحة كقيود على الملكية العقارية الخاصة شأنها شأن المشرع المصري، نظرا لاعتباره يعد أهم صورة من صور استعمال واستغلال موارد المياه، وهو ضروري للأرض الزراعية، مما يحتم مراجعة

أحكام مواد القانون المدني الجزائري بما يتناسب والتطور القانوني والاقتصادي والسياسي، ويعطي أهمية للقيود الطبيعية التي تدخل ضمن صميم الملكية وجزء منها.

10- تقنين الشغل المؤقت في قانون خاص بأحكام موضوعية وإجرائية واضحة، وكذا تحديد مدة الشغل المؤقت حتى يمكن للأفراد حماية عقاراتهم من سلطة الإدارة في استعمال ملكيتهم الخاصة.

11- تخصيص المشرع الجزائري قانون خاص بالاستيلاء المؤقت أو الحاقه بقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، لأن إدراج نصوصه ضمن القانون المدني بصفة موجزة لا يبرز أحكامه وإجراءاته.

12- اقتراح فصل نصوص الاستيلاء المؤقت المصري من قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وتنظيمه ضمن قانون خاص به بهدف عدم ادماج المفهومين، وتغيير وظيفة الاستيلاء المؤقت من التجريد إلى تقييد الملكية العقارية الخاصة بصفة غير دائمة.

13- يجدر بالمشرع المغربي تغيير مصطلح الاحتلال، لأنه مفهوم يدخل في نطاق القانون الدولي، واقتراح استبداله بمصطلح الاستيلاء المؤقت حتى يتناسب والغرض المخصص له قانونا.

14- وضع قواعد قانونية أمرة للمخططات العمرانية في التشريعات الجزائرية بهدف فرض إلزاميتها على أصحاب الرخص العمرانية، وتطويعهم جبرا لأحكام المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، ولتعليمات قواعد التهيئة والتعمير على غرار التشريعات الأخرى محل المقارنة، والذي يشهد المنظر العمراني لديهم طابعا جماليا مميز بطابع تقليدي وعصري يخضع للمقاييس الفنية الراقية.

15- توسيع نطاق التبليغ في نشر مشاريع المخططات العمرانية بهدف إعلام الغير من ملاك العقارات التي ستكون محل ارتفاقات عمرانية، وضمان تعويضهم تعويضا عادلا عن منعهم من حرية استعمالهم واستغلالهم والتصرف في عقاراتهم.

16- حوكمة القرارات العمرانية، بإصلاح عملية اتخاذها، وإشراك الفاعلين (المنتخبون، الفاعلون الاقتصاديون، الجمعيات المدنية، المواطنون) في مشاريع تخطيطية جماعية، وتجاوز البنى الإدارية التقليدية، واستبدالها بهيئات دراسة وتسيير مرنة تكلف بمهام خاصة، يسمح لها حجمها وطرق تسييرها المرنة بالتصحيح الرجعي والاستشارة لتحسين هذه المشاريع، فلا يكون التخطيط عملية فوقية أحادية الاتجاه، ويتجاوز الضوابط المورفولوجية والوظيفية التي تفرضها أدوات التخطيط التوجيهية والتنظيمية.

17- تحديد تعريف دقيق وموحد لرخصة البناء في قانون التعمير الجزائري والمرسوم التنفيذي 19/15.

18- التطبيق الفعلي لأحكام القانون 15/08 المتعلق بمطابقة البناءات في التشريع الجزائري، وتنفيذ الجزاءات الإدارية والجزائية المقررة في هذا القانون على مخالفتي رخصة البناء، رخصة التجزئة، ورخصة الهدم، لأنه منذ سنة تاريخ صدور هذا القانون 2008 لغاية اليوم لم تسو الملفات العالقة بالشباك الموحد

للبلديات، ومديريات التعمير نظرا لكثرة المخالفات، وعدم وجود ثقافة عمرانية للمواطنين تظهر لهم أهمية المنظر الجمالي في البيئة الاجتماعية والثقافية.

19- إدراج فصول قانونية تنظم مفهوم رخصة الهدم، وجعل أحكامها الإجرائية ضمن في مجلة التهيئة العمرانية التونسية بدلا من مجلة الجماعات المحلية.

20- إدراج نصوص قانونية تنظم رخصة الهدم ضمن قانون التهيئة والتعمير المغربي.

21- وجوب تعديل المادة (70) من المرسوم 15-19، بجعل نطاق رخصة الهدم محدد بحالتين: بناية محمية ثقافيا، أو بناية تشكل خطرا للمحيط المباشر كالاتي: لا يمكن القيام بأي عملية هدم، جزئية أو كلية، لبناية دون الحصول مسبقا على رخصة الهدم، وذلك عندما تكون هذه البناية إما محمية بأحكام القانون رقم 98-04، وإما تشكل هذه البناية خطرا على محيطها المباشر.

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: النصوص القانونية

(1)-النصوص التشريعية

(1-1) التشريع الأساسي

1- دستور 1996 الجزائري، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 76، المؤرخة في 08/12/1996 المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10/04/2002 الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 25، المؤرخة في 14/04/2002، والمعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15/11/2008، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 63، المؤرخة في 16/11/2008، والمعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 14، المؤرخة في 07/03/2016.

2-الدستور المصري الصادر في 15/11/2008 الجريدة الرسمية المصرية، المعدل بدستور 2014، المؤرخ في 18/01/2014، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 03، لسنة 2014.

(1-2) التشريع العادي

القوانين الجزائرية

1) قانون رقم 25/29 المتعلق بالتوجيه العقاري، المؤرخ في 18/11/1990، ج ر ج، العدد 49، الصادرة بتاريخ 19/11/1990، المعدل والمتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 25/09/1995، ج ر ج، العدد 55، المؤرخة 27/09/1995.

2) قانون رقم 29/29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، المؤرخ في 01/12/1990، ج ر ج، العدد 52، الصادرة بتاريخ 02/12/1990، المعدل والمتمم بالقانون 05/04 المؤرخ في 14/08/2004، ج ر ج، العدد 51، المؤرخة 15/08/2004.

3) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر ج عدد 21 لسنة 1991، المعدل والمتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، والقانون رقم 02-10 المؤرخ في 14/12/2002.

4) قانون رقم 02/01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، مؤرخ في 05/02/2002، ج ر ج، العدد الثامن، المؤرخة في 06/02/2002.

5) قانون رقم 06/07 المؤرخ في 13/05/2007 المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج ر ج، العدد 31، المؤرخة في 13/05/2007.

6) قانون 08-15، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام انجازها، مؤرخ في 20/07/2008، ج ر ج، العدد 44، مؤرخة في 03/08/2008.

7) قانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/04/2011، المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، ج ر ج، العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.

8) قانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22/06/2011، ج ر ج، لسنة 2011.

### الأوامر

1-الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26/09/1975، ج ر ج، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 20/06/2005، ج ر ج، العدد 44، المؤرخة في 26/06/2005، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007.

2-الأمر رقم 08-95 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، المؤرخ في 01/02/1995، ج ر ج، العدد 20، السنة الثانية والثلاثون، الصادرة في 16/04/1995.

### 3-1 المراسيم التنظيمية

1-المرسوم التنفيذي رقم 411/90 يتعلق بالإجراءات التطبيقية في مجال إنجاز منشآت الطاقة الكهربائية والغازية وتغيير أماكنها بالمراقبة، المؤرخ في 22/12/1990، ج ر ج، العدد 56، المؤرخة في 26/12/1990.

2-المرسوم التنفيذي رقم 91-175، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، مؤرخ في 28/05/1991، ج ر ج عدد 26، مؤرخة في 01/06/1991.

3-المرسوم التنفيذي رقم 177/91، مؤرخ في 28/05/1991، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج ر ج، العدد 26، 1991، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05 / 317، المؤرخ في 10/09/2005، ج ر ج، عدد 62، المؤرخة في 01/06/2005، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12/148، المؤرخ في 28/03/2012، ج ر ج، عدد 19، المؤرخة في 01/04/2012.

4-المرسوم التنفيذي رقم 178/91، مؤرخ في 28/05/1991، يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، ج ر ج، العدد 26، الصادرة في 01/06/1991، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05 / 318، المؤرخ في 10/09/2005،

- ج ر ج، عدد 62، المؤرخة في 11/09/2005، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-166 المؤرخ في 05/04/2012، ج ر ج عدد 21، الصادرة في 11/04/2012.
- 5- المرسوم رقم 27/14، المؤرخ في 01/02/2014، يحدد المواصفات العمرانية والمعمارية والتقنية المطبقة على البناءات في ولايات الجنوب، ج ر ج، عدد 06، المؤرخة في 12/02/2014.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المؤرخ في 25/01/2015، المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر ج، عدد 07، 12/02/2015.

#### القرارات الوزارية

- قرار وزير الصناعة مؤرخ في 06/09/2012، يتعلق بضبط القواعد العامة المتعلقة بشروط تهيئة المؤسسات الخطرة أو المخلة بالصحة أو المزعجة من الصنف الثالث واستغلالها، ر س ت، عدد 076، المؤرخ في 25/09/2012.

#### التعليمات الوزارية

- تعليمات وزارية رقم 004، التي تحدد التدابير الخاصة لإعداد ملف رخصة البناء ورخصة الهدم للمشاريع التي تشكل أشغال التسطیح و/أو الحفر و/أو الهدم خطرا على محيطها المباشر، المؤرخة في 07/09/2017، وزارة السكن والعمران والمدينة.

#### القوانين المصرية

- 1- قانون رقم 131 لسنة 1948، المتضمن القانون المدني المصري، المؤرخ في 12/07/1948، الجريدة الرسمية المصرية العدد 108 مكرر (أ) 29/07/1948، المعدل بالقانون رقم 4 لسنة 1992، المعدل بقانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 14/0/2011، الجريدة الرسمية المصرية العدد 28 مكرر، المؤرخة في 16/0/2011.
- 2- قانون رقم 217 لسنة 1980 في شأن الغاز الطبيعي، ج ر م، العدد 52 مكرر الصادر في 28/12/1980.
- 3- قانون رقم 2 لسنة 1984 بإصدار قانون الري والصرف، المؤرخ في 22/02/1984، ج ر م، مؤرخة في 22/02/1984.
- 4- قانون رقم 10 لسنة 1990 المتعلق بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري، المؤرخ في 31/05/1990، الجريدة الرسمية المصرية لسنة 1990، المعدل بتاريخ 10/11/2014، ج ر م رقم 22، والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2015 المتعلق بتعديل أحكام القانون رقم 10 لسنة 1990 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

5-قانون رقم 137 لسنة 2002، المعدل بالقانون رقم 106 لسنة 2011، الصادر بتاريخ 2011/07/14، ج ر م، العدد 28 مكرر، مؤرخة في 2011/07/16.

6-قانون رقم 119 المتعلق بالبناء الموحد المصري، ج ر م، العدد 19 مكرر (أ)، المؤرخة في 2008/05/، المعدل والمتمم.

7-قانون الكهرباء المصري رقم 87 لسنة 2015، ج ر م، العدد 27 مكرر (ج)، المؤرخة في 2015/07/08.

8-قانون رقم 24 لسنة 2018، والخاص بتعديل أحكام القانون رقم 10 لسنة 1990، بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، المؤرخ في 2018/04/21، ج ر م، العدد 16 مكرر (أ)، المؤرخة في 2018/04/21.

#### القرارات

- قرار رقم 1461 بسنة 2018، وزارة البترول والثروة المعدنية، مؤرخ في 2018/09/02، الوقائع المصرية، العدد 236، المؤرخة في 2018/10/21.

#### القوانين التونسية

1-قانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 1965/02/12، المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، ر. ر. ت، عدد 10، المؤرخ في 19 و 1965/02/23.

2-قانون عدد 16 لسنة 1975 يتعلق بإصدار مجلة المياه التونسية، المؤرخ في 1975/03/31، ر. ر. ت، عدد 22، 1975/04/01.

3-قانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/11/28، المتعلق بإصدار مجلة التهيئة الترابية والتعمير، الجمهورية التونسية، ر. ر. ت، عدد 96 المؤرخ في 1994/12/6، المنقح بالقانون عدد 78، 2003 المؤرخ في 2003/12/29 والمنقح أيضا بالقانون عدد 71 لسنة 2005، المؤرخ في 2005/08/04.

4-قانون عدد 87 لسنة 2005، مؤرخ في 2005/08/15، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ر. ر. ت، العدد 68، مؤرخ في 2005/08/26.

5-قانون عدد 11 لسنة 2015، مؤرخ في 2015/04/27، يتعلق بتسوية المباني المنجزة والمخالفة لرخص البناء، ر. ر. ت، السنة 158، مؤرخ في 2015/05/05.

6-قانون عدد 12 لسنة 2015، المؤرخ في 2015/05/11، يتعلق بإنتاج الكهرباء من الطاقات المتجددة، ر. ر. ت، السنة 158، العدد 38، 2015/05/12.



7- قانون عدد 53 لسنة 2016 المؤرخ في 11/07/2016 المتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية، ر. ر. ت، العدد 62، مؤرخ في 29/07/2016.

8- قانون أساسي عدد 29 لسنة 2018، مؤرخ في 09/05/2018، يتعلق بمجلة الجماعات المحلية، ر. ر. ت، العدد 39، المؤرخ في 15/05/2018.

### الأوامر

- الأمر المؤرخ في 15/12/1906 المتعلق بمجلة الالتزامات والعقود، ر. ر. ت، ملحق عدد 10، المعدل بالقانون عدد 87 المؤرخ في 15/08/2005، والمعدل أيضا بالقانون عدد 39، المؤرخ في 26/07/2010.

- أمر عدد 2468 لسنة 1997 المؤرخ في 22/09/1997 المتعلق بضبط الوثائق المكونة للمثال التوجيهي للتهيئة والتعمير، ر. ر. ت، 22/12/1997.

### القوانين المغربية

1- ظهير رقم 12 أغسطس 1913، المتعلق بقانون الالتزامات والعقود، والمتمم بالظهير بمثابة قانون رقم 1.93.345 المؤرخ في 10/09/1993، والمتمم بالقانون رقم 09.15 المؤرخ في 19/02/2015، ج ر م، عدد 6344، المؤرخة في 19/03/2015.

2- الظهير الصادر في 12 أغسطس 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، المغير والمتمم بالقانون 14.07، ج ر م، العدد 5998، الصادرة في 24/11/2011.

3 - ظهير رقم 226، 163، بإحداث المكتب الوطني للكهرباء، ج ر م، العدد 2650، المؤرخ في 09/08/1963.

4- القانون رقم 7.81، المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، ج ر م، عدد 3685 المؤرخة في 15/06/1983، المعدل بالقانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.170 المؤرخ في 25/10/2011، ج ر م، العدد 5989 مكرر، الصادرة في 26/10/2011.

5- القانون رقم 90. 012 المتعلق بالتعمير، ج ر م، العدد 4159، مؤرخة في 17/07/1992، المعدل والمتمم بالقانون 12. 66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.16. 124. 1، المؤرخ في 25 أغسطس 2016، ج ر م، العدد 6501، المؤرخة في 19/09/2016.

6- القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، مؤرخ في 10/09/1993، ج ر م، عدد 4227، مؤرخة في 03/11/1993، المعدل بالقانون رقم 54.99، المؤرخ في 25 أغسطس 1999،

والمعدل بالقانون رقم 68.00، المؤرخ في 14/11/2000، والمعدل بالقانون 80.03، المؤرخ في 14/02/2006، والمعدل بالقانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المؤرخ في 25/10/2011.  
7- القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.178 الصادر في 22/11/2011، المتمم بالقانون 69.16 الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.17.50 المؤرخ في 30/08/2017، ج ر م، عدد 6604، المؤرخة في 14/09/2017.

#### المراسيم التنفيذية

1- المرسوم رقم 832.92.2 المطبق للقانون رقم 90.012 المتعلق بالتعمير؛ الصادر في 14/10/1993، جريدة رسمية مغربية عدد 4225، الصادرة في 20/10/1993.  
2- المرسوم رقم 2.18.475، يتعلق بتحديد إجراءات وكيفيات منح رخص الإصلاح والتسوية والهدم، مؤرخ في 01/10/2018، الأمانة العامة للحكومة، المملكة المغربية.

#### ثالثا: الاجتهادات القضائية

##### الاجتهادات القضائية الجزائرية

1- قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا)، رقم 42136، المؤرخ في 12/07/1986، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر.  
2- قرار رقم 90943، المؤرخ في 16/06/1992، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995.  
3- قرار مجلس الدولة رقم 6460، مؤرخ في 23/09/2002، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر، 2002.  
4- قرار للغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 229229، مؤرخ في 22/05/2002، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، الجزائر، 2004.  
5- قرار المحكمة العليا رقم 303259، المؤرخ في 23/03/2005، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر.  
6- قرار المحكمة العليا رقم 3450069، المؤرخ في 12/04/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2006.  
7- القرار رقم 2036442/03/2008، الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.

8-قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 443620، المؤرخ في 12/03/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.

9-قرار رقم 499305، مؤرخ في 14/01/2009، الغرفة العقارية للمحكمة العليا الجزائرية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، الجزائر، 2010.

10-قرار المحكمة العليا رقم 506915 مؤرخ في 08/04/2009، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، قسم الوثائق، الجزائر، 2010.

11-قرار للغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 410719، مؤرخ في 12/09/2007، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، قسم الوثائق، الجزائر، 2010.

#### الاجتهادات القضائية المصرية

1- الطعن رقم 88 لسنة 35، محكمة النقض المصرية، 27/03/1969، أحكام النقض، المكتب الفني، العدد الأول، السنة 20.

2- الطعن رقم 459 لسنة 35 قضائية، حكم محكمة النقض المصرية، مؤرخ في 15/01/1970.

3- الطعن رقم 699 لسنة 47 قضائية، محكمة النقض المصرية، حكم مؤرخ في 15/01/1981.

4- حكم مدني رقم 5895، المؤرخ في 08/01/2002، محكمة النقض المصرية، أحكام النقض، المكتب الفني، مدني، السنة 53، الجزء الأول.

5- الدوائر المدنية المصرية، الطعن رقم 70/2146، مؤرخ في 22/05/2011.

#### الاجتهادات القضائية التونسية

1- قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 20050، مؤرخ في 16/05/1989، المجلة القضائية التونسية عدد 7 لسنة 1990.

2- قرار تعقيبي مدني لمحكمة التعقيب التونسية، عدد 37731، مؤرخ في 15/03/1993، نشرة 1993.

3- قرار تعقيبي مدني، عدد 51319، مؤرخ في 16/02/1998، محكمة التعقيب التونسية، الجزء الثاني، نشرة 1998.

4- قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 76506، مؤرخ في 06/01/2000، المجلة القضائية التونسية، العدد الثالث، 2000.

5- قرار تعقيبي مدني، محكمة التعقيب التونسية، عدد 2172، مؤرخ في 21/11/2005.

6- قرار تعقيبي مدني تونسي، عدد 3607، المؤرخ في 2006/12/21، النشرة الرسمية التونسية، 2006.

7- قرار تعقيبي مدني عدد 43632، مؤرخ في 2011/03/10، محكمة التعقيب التونسية، مجلة الأخبار القانونية، عدد 115/144، المؤرخة في جوان 2011.

#### الاجتهادات والقرارات القضائية المغربية

1-قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى المغربي، القسم الإداري الثالث، عدد 182، ملف عدد 2006/3/4/1261، مؤرخ في 2007/04/11.

2-قرار محكمة النقض المغربية، عدد 1408، ملف مدني عدد 2011/5/1/727، المؤرخ في 2012/03/20، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد الثالث، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2013.

3-قرار إداري من محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، عدد 1552، ملف مدني عدد 1053-7205، المؤرخ في 2015/04/07، المملكة المغربية.

#### المراجع باللغة العربية

##### أولاً: المؤلفات

- 1) أبو السعود، رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" أحكامها ومصادرها"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 2) القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 3) أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.
- 4) أبو قرين، أحمد عبد العال، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، مكتب الرسالة الدولية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1999.
- 5) أجعون، أحمد، الدليل القانوني والقضائي للتعمير، الجزء الأول، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2013.
- 6) أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها)، (ب، د، ن)، 2004.

- (7) أحمد طلال، عبد الحميد، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- (8) اسماعيل عبد النبي، شاهين، الانحباس المنشئ لحق المرور في الأراضي الزراعية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2013.
- (9) اقلولي ولد رابح، صافية، قانون العمران الجزائري، أهداف حضرية ووسائل قانونية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2014.
- (10) الإمام، الذهبي، حقوق الجار، الطبعة الأولى، دار البصيرة، الاسكندرية، مصر، (د. س. ن).
- (11) البدرابي، عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المنقرعة عنها، أسباب كسبها، الطبعة الثانية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1968.
- (12) البقالي، الشريف، رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
- (13) البقالي، الشريف، شرطة التعمير بين القانون والممارسة: دراسة عملية على ضوء اجتهاد القضاء الإداري، دار القلم، الرباط، المملكة المغربية، 2012.
- (14) البكري، محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الحادي عشر، حق الملكية، دار محمود للنشر، القاهرة، مصر، 2014.
- (15) التيجاني، بشير، التحضر والتهيئة العمرانية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- (16) الجربي، سامي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والقانون المقارن، الطبعة الثانية، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2015.
- (17) الخطيب وائل محمد شحاتة، القيود الواردة على حق الملكية على ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب، المينا، مصر، 2003.
- (18) الخريشا، خالد حمادة، دعاوى الاستملاك أمام القضاء، دراسة مقارنة، دار الفكر، الأردن، 2010.
- (19) الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

- (20) الخيال، محمود، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، مصر، 1992.
- (21) الدريني، فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، سوريا، 1995.
- (22) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997.
- (23) القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- (24) الأمدي، أبو الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1982.
- (25) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1997.
- (26) الشوكاني، محمد، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1999.
- (27) الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلتها، الجزء الرابع، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989.
- (28) أحمد فراج، حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د. س. ن).
- (29) الزروقي، عبد المجيد، الأموال (الحقوق العينية الأصلية)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013.
- (30) الزنكنة، عدنان، سلطة الضبط الإداري في المحافظة على جمال المدن وروائها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- (31) السرميني، عبد الجواد، الترماني، عبد السلام، القانون المدني، الحقوق العينية، لجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، (د، س، ن).
- (32) السعدي، محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

- (33) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1967.
- (34) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- (35) السيد أحمد، مرجان، تراخيص أعمال البناء والهدم بين تشريعات البناء والأوامر العسكرية والقرارات الوزارية وأحداث أحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- (36) الشرقاوي، جميل، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 1970.
- (37) الصده، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1968.
- (38) الصلوي، منير محمد أحمد، منصور قاسم حسين، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني، الجزء الأول، حق الملكية في ذاته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- (39) العبيدي، علي الهادي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- (40) العبيدي، علي الهادي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، (د. د. ن)، عمان، الأردن، 2009.
- (41) العطار، عبد الناصر توفيق، شرح أحكام حق الملكية، توزيع دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- (42) العمروسي، أنور، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، شركة ناس للطباعة، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة، 2015.
- (43) العوضي، عبد الهادي فوزي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- (44) الفضل، منذر عبد الحسين، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- (45) الكراي الوريي، نبيلة، حائز العقار، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

- 46) الكزبري، مأمون، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، (ب. س. ن.).
- 47) الكشور، محمد، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة: الأسس القانونية والجوانب الإدارية والقضائية، المغرب، 1989.
- 48) الكناني، يوسف، بالكناني، فوزي، قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.
- 49) الماسي، ابراهيم زعيم، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي عن الملكية العقارية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، المغرب، 2010.
- 50) المعداوي، محمد يوسف، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأول: الأموال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 51) المهدي، نزيه محمد الصادق، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 52) الناهي، صلاح الدين، محاضرات عن القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، مطبعة الرسالة، القاهرة، مصر، 1991.
- 53) بدران، أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية، مؤسسة شهاب الجامعية، 1998.
- 54) بدوي، حنا، موسوعة القضايا العقارية، حق المرور، الجزء الأول، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، 2011.
- 55) براهيمي، محمد، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 56) برهام محمد، عطا الله، مدخل إلى حق الملكية والحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، مصر، 1996.
- 57) بشير، محمد عثمان، المدخل إلى فقه المعاملات المالية "المال، الملكية، العقد"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- 58) بلحاج، العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د، س، ن.).
- 59) بن طالب، أحمد، التقويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، 2004.
- 60) بن طيبة، صونية، الاستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، مكتبة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.



- 61) بن محجوز، محمد، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، المملكة المغربية، 1999.
- 62) بوجيدة، محمد، رخصة البناء، الجزء الأول، دار الجيل الطبعة الثانية، المغرب، 2000.
- 63) جابر محجوب، علي، حق الملكية في القانون المدني المصري: دراسة نظرية وعملية مقارنة، دار طيبة للطباعة، الجيزة، مصر، 2007.
- 64) جاد يوسف، خليل، مضار الجوار غير المألوفة، الميدان، المعيار والاجتهادات الحديثة المدنية، الجزائرية، والإدارية، دراسة مقارنة، دار العدالة، بيروت، لبنان، 2006.
- 65) جبار عبد، مروة، أسس ومعايير تصميم المباني، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.
- 66) جبر، سعيد، حق الملكية، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، مصر، 2001.
- 67) جمال الدين، زكي محمود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
- 68) حسين عثمان، محمد، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2004.
- 69) حمدي باشا، عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2004.
- 70) حمزة، عبد الرحمان علي، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 71) حنبولة، محمد علي، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة: دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار بورسعيد للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1973.
- 72) حواس، عطا، محمد سعد، شروط المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
- 73) داودي العبادي، عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقبورها، دار النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
- 74) دربال، عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، 2004.
- 75) ديرم، عائدة، الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، دار قانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، باتنة، الجزائر، 2011.

- (76) زواوي محيي، فريدة، الحياة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- (77) زواوي محيي، فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- (78) زيدان، عبد الكريم، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، 1972.
- (79) سرور، محمد شكري، تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، (د، س، ن).
- (80) سعد، محمد سعد، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثانية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، اليمن، 2002.
- (81) سعد، نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- (82) سعيد عبد الكريم، مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، المكتبة الوطنية، الأردن، 1995.
- (83) سعيد، جبر، حق الملكية، الدار الجامعية للمطبوعات، القاهرة، مصر، 2001.
- (84) سلامة، أحمد، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1970.
- (85) سلطح، حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطات الإدارة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2007.
- (86) سوار، محمد وحيد، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1993.
- (87) شاكر، ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 2008.
- (88) شامة، اسماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- (89) ش دراوي، جورج ن، حق الملكية العقارية، مع ملحق عن حق التصرف-حق الانتفاع، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.
- (90) شمشم، رشيد، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية، الجزائر، (د. س. ن).

- 91) شيهوب، مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 92) طاهري، حسين، شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د. س. ن.).
- 93) طلبه، أنور، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار الفكر الجامعي، مصر، 1998.
- 94) طلبه، ليلي، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 95) عبد الباقي، ابراهيم، استراتيجية التنمية الحضرية في المدن المصرية، مركز الدراسات التخطيطية والمعمارية، القاهرة، مصر، 2000.
- 96) عبد الحميد، عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني البحريني، أحكام حق الملكية، منشورات جامعة البحرين، البحرين، 2005.
- 97) عبد السلام، سعيد، حق الملكية فقها وقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994.
- 98) عبد الرحمان، أحمد شوقي محمد، الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها)، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.
- 99) عبد الرحمان، علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 100) عبيدات، يوسف محمد، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، الأردن، 2011.
- 101) عرفة، عبد الوهاب، حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 102) عرفة، محمد علي، حق الملكية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 1954.
- 103) عزوي، عبد الرحمان، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة، عالم الكتاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 104) عزري، الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.

- 105) عطا سعد، محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن).
- 106) عفيف، شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، الحقوق العينية العقارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2011.
- 107) علي، حيدر، درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.
- 108) غني، حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1977.
- 109) فاضل، إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 110) فايز، أحمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية والتبعية: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- 111) فرج، توفيق حسن، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعة، لبنان، (د.س.ن).
- 112) فيلاي، علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- 113) كحلون، علي، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الثالثة، تونس، 2015.
- 114) كحلون، علي، القانون العقاري الخاص، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010.
- 115) كساب، مروان، المسؤولية عن مزار الجوار، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، بيروت، 1998.
- 116) كيرة حسن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1958.
- 117) لفروجي، امجد، القانون العقاري الجديد والنظام الضريبي للعقار وفق القوانين الجديدة الصادرة في إطار مخطط إصلاح الترسانة التشريعية المتعلقة بالعقار في المغرب، نصوص قانونية محينة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2014.

- (118) لفروجي، احمد، المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والإدارية، سلسلة دلائل عملية، العدد الثالث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، (د.س.ن).
- (119) محبوبي، محمد، أساسيات في الحقوق العينية العقارية وفق القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، المملكة المغربية، (د.س.ن).
- (120) محمد حسن، قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- (121) محمد حسين، منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المنفردة عنها-أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- (122) محمد عثمان، بشير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية "المال، الملكية، العقد"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- (123) محمد فاروق، عبد المجيد، المركز القانوني للمال العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- (124) محمد كامل، مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
- (125) محمد، رياض، نظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المملكة المغربية، 1992.
- (126) محمود، عبد الرحمن، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، (د س ن).
- (127) محيو، أحمد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- (128) مراد محمود، حسن حيدر، التكييف الشرعي القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الحقوق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د. س. ن).
- (129) مصطفى، منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1965.

- (130) مقداد، الهادي، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2014.
- (131) مقالاتي، منى، النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2014.
- (132) مصطفى، حامد، الملكية العقارية في العراق، الجزء الأول الحقوق العينية الأصلية، دار النشر، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، مصر، 1964.
- (133) مومن، محمد، حقوق الارتفاق في القانون المغربي، مطبعة الوراقة الوطنية، المملكة المغربية، 2002.
- (134) همام محمد، محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية - أحكام حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- (135) هيمن، قاسم بايز، حماية الملكية العقارية الخاصة في ضوء الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013.
- (136) يكن، زهدي، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1990.
- ثانياً: المجالات والدوريات**
- (1) أبوزيد، عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد الثاني، 1983.
- (2) البكريوي، عبد الرحمان، وثائق التعمير بين اختصاص الدولة والجماعات المحلية، مجلة الادارة المحلية المغربية والتنمية، العدد الأول، المملكة المغربية، أكتوبر ديسمبر 1992.
- (3) الداودي، محمد منتصر، مراقبة مشروعية مقرر نزع الملكية للمنفعة العامة، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد الأول، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، 2009.
- (4) العربي محمد، مياد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية، المنبر القانوني، مجلة نصف سنوية، العدد الرابع، المملكة المغربية، 2013.
- (5) الهنداوي، ابراهيم، نظرية اساءة الحق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة العدالة، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، العدد الثلاثون، السنة التاسعة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 1982.

- (6) بلحاج، العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، الجزائر، 1992.
- (7) بلعربية، فاطمة الزهراء، ارتفاق المرور، ترجمة المستشار عبد العزيز أمقران، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- (8) بن عاشور، صليحة، نظرية الملكية بين التشريع الإسلامي والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد التاسع، مارس، 2006.
- (9) بعلي، محمد الصغير، تسليم رخصة البناء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي التبسي، تبسة، الجزائر، العدد الأول، 2007/03/01.
- (10) بوسنة، ليليا، الماء في مجلة الحقوق العينية، خمسينية مجلة الحقوق العينية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017.
- (11) بولقواس، سارة، أثر الترخيص الإداري على المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 01، العدد الثامن، الجزائر، جانفي 2016.
- (12) تواتي، طارق، التونسي، فايزة، تمثلات علاقات الجيرة داخل البناءات المعمارية العمودية بالمدن الصحراوية بين التقليد والحداثة، دراسة ميدانية بمدينة بريان-غرداية-، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر.
- (13) جعيعة، محمد السعيد، قيود الملكية الواردة لحماية المصلحة الخاصة، مجلة الميادين، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد الأول، وجدة، المملكة المغربية، 1986.
- (14) جديد، حنان، بن شهرة، شول، الرخص الإدارية كوسيلة لضبط قطاع المحروقات، دفاتر السياسة والقانون، مجلة دولية متخصصة في العلوم السياسية والقانونية، جامعة ورقلة، الجزائر، العدد 19 جوان 2018.
- (15) جير، معز، القيود التوجيهية المسطرة على حق التصرف في الملكية، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010.
- (16) حسن السيد، خطاب، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني، مصر، رجب 1430.

- (17) رباحي، مصطفى، النظام القانوني لارتفاقات الكهرباء والغاز، دراسة حول إجراءات إعداد الارتفاقات العامة في مجال الكهرباء والغاز في ظل القانون رقم 01/02، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 46، ديسمبر 2016، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2016.
- (18) زرقين، رمضان، عن بعض جوانب ارتفاق المرور، ترجمة المستشار أمقران عبد العزيز، المجلة القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي بالغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- (19) زروق، العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، الجزائر.
- (20) زروق، العربي، الموازنة بين التكاليف والمزايا، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، الجزائر.
- (21) زروقي، ليلي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر، 2003.
- (22) زكي زكي، زيدان، الضرر الذي يوجب المسؤولية عن مزار الجوار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد الواحد والأربعين، أبريل، مصر، 2007.
- (23) سعيد، ليلي عبد الله، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق، مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية، السنة السادسة، العدد الرابع، الكويت، 1982.
- (24) سليمي، الهادي، شهيدة، قادة، أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد السابع، العدد الثاني، الجزائر، 2014.
- (25) ساقني، محمد، الفقارة تراث أثري مندثر بقصور عين صالح بالتديكلت، مجلة آفاق علمية، المجلد التاسع، العدد الثاني، الجزائر، 2017.
- (26) عباس، فاضل، صبر، شروق، علوان، أسماء، مزار الجوار غير المألوفة: دراسة تطبيقية، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، الإصدار (16،17)، الجامعة المستنصرية، 2012.
- (27) عوينات، نجيب، الحقوق العينية في الدستور، خمسينية مجلة الحقوق العينية 1965-2015، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017.



(28) فريد عبد المعز فرج، التزامات الجوار في القانون المدني: دراسة مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، العدد السادس عشر، مصر، 2001.

(29) محمد محي الدين، إبراهيم سليم، الظروف الخاصة بالجار المضروب ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض، دراسة مقارنة في إطار نظرية مضار الجوار الغير المألوفة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، الجامعة المنوفية، العدد السادس، السنة الثالثة، مصر، أبريل 1994.

(30) ميمونة، سعاد، الضمانات الإدارية والقضائية لحماية حق الملكية من قرار الاستيلاء المؤقت، مجلة التعمير والبناء، العدد الأول، جامعة ابن خلدون، الجزائر، مارس 2017.

(31) لعويجي، عبد الله، النظام القانوني لرخصة الهدم في ظل المرسوم التنفيذي 15-19، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر 1، الجزائر، جوان 2016.

(32) يعكوبي، عبد العزيز، قانون التعمير ومسألة التعويض، قراءة في بعض الإشكالات، مجلة القضاء والقانون، العدد 149، السنة الواحدة والثلاثين، المملكة المغربية، 2004.

#### ثالثاً: رسائل الدكتوراه

(1) المطيري، مسلط قويعان محمد الشريف، (المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين، دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2007.

(2) بزغيش، بوبكر، (منازعات العمران)، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017/10/30.

(3) تكواشت، كمال، (التعمير والبناء في التنظيم وإعادة التنظيم)، رسالة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.

(4) جلطي، أمير، (الأهداف الحديثة للضبط الإداري)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

(5) زغداوي، محمد، (نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في القانون الجزائري، المفهوم والإجراءات)، رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 1998.

6) قوادي، محمد معمر، (الارتفاقات الإدارية كقيد من القيود الواردة على الملكية الخاصة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب البلدية، الجزائر، 2012 . 2013.

7) مقالاتي، منى، (القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 01، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.

8) منصور صابر، عبده خليفة، (القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2011.

#### رابعاً: الملتقيات العلمية

- العمري، عبد المولى، مخططات التعمير في ولاية أم البواقي (نماذج تطبيقية)، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات اليوم التكويني: آليات التهيئة والتعمير، ولاية أم البواقي نموذجاً، إعداد وتنظيم بن زكري راضية وطلبة الماستر 2: منازعات عمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، بالتنسيق مع مديرية التعمير والهندسة المعمارية لولاية أم البواقي، 2017/11/27.

#### المصادر والمراجع باللغة الفرنسية

### Les sources

#### 1) Les lois et législatives

1- Loi n° 46-942 du 07/05/1946 instituant l'ordre des géomètres experts, JORF 12/07/1946, modifié par Loi 87-998, 15/12/1987, JORF 16/12/1987, modifié par Loi n°94-529 du 28/06/1994, modifie par Loi n° 2011-12 du 05/01L2011, modifié par Loi n° 2012-387 du 22/03/2012, modifie par loi n° 2014-366 du 24/03/2014, JORF n° 0072 du 26/03/2014.

2- Loi du 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, modifié par Loi n° 2009-526 du mai 2009.

3- Loi 92-1283 1992-12-11 du code rural et de la pêche maritime, annexe JORF, 12/12/1992.

4- Code de l'environnement Français, décret n° 2005-935, du 02/08/2005, modifie par le décret n° 2007-397 du 22/03/2007.

5- Code civil français, créé par loi de 21/03/1804, modifié par loi n° 2002-305, JORF, 05/03/2002.

6 - Code de l'urbanisme, modifié par l'ordonnance n° 2005-1527 du 08/12/2005, JORF n° 286, 09/12/2005, modifié, JORF n° 0297 du 24/12/2014.

## Les Ordonnances

1- Ordonnance n° 59-63 du janvier 1959, relative aux réquisitions de biens et des services, abrogé par ordonnance n° 2004-1374, 20 décembre 2004, JORF ,24 /11/ 2004.

2- Ordonnance n° 2011-504 de la 09/05/2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, JORF n° 0108 du 10/05/2011.

### **2- LES JURISPRUDENCES**

1) Cour de cassation, chambre civile 1, N° 535, audience du 04/12/1963.

2) Cour de cassation, chambre civile 1, n° de pourvoi 63-13582, du 01/06/1965.

3) Cour de cassation, chambre civile, j.c.p.81 IV.10, 22/10/1980.

4) Cour cassation, chambre 6 civile n° du 10/11/2009, bull, civ, III, n° 247,2009.

5) Cour de cassation, chambre civile 3, N de pourvoi 11-24602, du 31/10/2012.

6) Cour de cassation, chambre civile 3, N de pourvoi 12-13898, du 23/05/2013.

7) Cour de cassation, chambre civile 3, arrêt n° 15-19055 du 08/09/2016 .

8) Cour de cassation, chambre 3, arrêt n° 15-29275, 30/03/2017.

9) Cour de cassation, chambre civile 3, du 14/09/2017.

10) Cour de cassation, chambre civile 3, N de pourvoi 17-11063.

, Audience publique de 15/02/2018.

### **LES OUVRAGES**

#### **1. LES LIVRES**

1) Bergel, Jean-Louis, Traité de droit civil, les biens, édition delta, France, 2000.

2) Boulisset, Philippe, Couchet, Christian, Relations et conflits de voisinage : servitudes, mitoyenneté, bornage, permis de construire, nuisances, éditions Delmas, France, 2010.

3) Bourgois, Isabelle, l'essentiel du droit d'urbanisme, 9<sup>ème</sup> édition, Gualino lescterso édition, Paris, France, 2012 – 2013.

4) Charpentière, Elise, Benoit, Moore, Responsabilité civile et rapports de voisinage, Responsable ou obligé ?, éditions Thémis ,France, 2009.

5) F, Mazuyer et P, Rigaud, Le bornage entre résolution et prévention des conflits, France, 2011.

6) Godfrain, Philippe, Droit administratif des biens, domaine travaux, expropriation, 3 édition, France, 1987.

7) Hansenne, J, les biens, précis, faculté de droit de liège, T.II, France, 1996.

8) Jacquot, Henri, Priet, François, Droit de l'urbanisme, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, France, 1998.

9) M. Fournel, Traité du Voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif, et dans ses rapports avec le code civil, Videcoq libraire, paris, France, 1834.

10) Maufroy, Luc, L'expropriation un outil de maîtrise foncière, Secrétariat régional au développement urbain, Bruxelles, 2006.

11) Mouly, Christian, Le droit de propriété et l'environnement, PUF, Paris, France, 1998.

12) Noguellou, Rozen, L'illégalité du PLU, actualité de droit administrative N° 12, Paris, France, 2011.

13) P, Ingallina, le projet urbain, presses universitaires de France, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, France, 2003

14) Patric, Gérard, Pratique de droit de l'urbanisme, urbanisme règlementaire individuel et opérationnel, 3<sup>ème</sup> édition Eyrolles, Paris, France.

15) Piquenal, Marcel, Droit des Servitudes Administratives, les servitudes traditionnelles, Edition Berger levrault, Paris, France, 1967.

16) Planiol, Marcel, Georges, Ripert, Traite de droit civil français, Obligations, Tome VI, Revue internationale de droit comparé, France, 1954.

17) Planiol, Marcel, Georges, Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens, 2<sup>ème</sup> édition, revue internationale de droit comparé, Paris, France, 1952.

18) Rivero, Jean, Waline, Jean, Droit administratif, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, France, 1996.

19) Rolain, Marianne, Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, droit, université site Nice Sophia Antipolis, France, 2015.

20) Vazeille, François –Antoine, Traité des prescriptions, suivant Les nouveaux codes français, doux fils, imprimeur- libraire, France, 1834.

## **2. Thèses et mémoires**

### **Thèses de doctorat**

1- Willing, Sébastien Lamy, (La constructibilité des propriétés foncières : entre la règle et le contrat), Thèse pour le doctorat en droit, école doctorale de sciences juridiques et politiques, AIX-MARSEILLE Université, France, 14/11/2016.

### **Mémoires**

1- Salaun, Katel, (La hiérarchie des modes de preuve dans la fixation de la limite de propriété : les difficultés pratiques et théoriques d'application),

Mémoire présente en vue d'obtenir le diplôme d'ingénieur, spécialité Géomètre et topographe, école supérieure des géomètres et topographes, France, 09/07/2015.

2- Ettwiller, Johann, (Vers la sécurisation juridique de la procédure de bornage amiable contradictoire et du procès- verbal normalisé ?), mémoire en vue d'obtenir le diplôme d'ingénieur, spécialité géomètre et topographe, école supérieur des géomètres et topographes, France, 06/07/2016.

#### المواقع الإلكترونية:

1 موقع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

<https://www.joradp.dz>

2 موقع الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية

[www.cc.gov.eg/garida.aspx](http://www.cc.gov.eg/garida.aspx)

3 بوابة التشريع-تونس، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية

[www.legislation.tn](http://www.legislation.tn)

4 الجريدة الرسمية، الأمانة العامة للحكومة للمملكة المغربية

[www.sgg.gov.ma](http://www.sgg.gov.ma)

5 journal officiel de la République française.

[https://www.legifrance.gouv.fr\(jorf\)](https://www.legifrance.gouv.fr(jorf)) site web officiel du gouvernement français

# فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

شكر وتقدير

إهداء

|    |  |
|----|--|
| 1  | مقدمة  |
| 8  | الباب الأول: قيود الملكية المقررة مراعاة للمصلحة الخاصة                  |
| 10 | الفصل الأول: القيود الجوارية العامة                                      |
| 11 | المبحث الأول: قيد مضار الجوار غير المألوفة                               |
| 12 | المطلب الأول: مفهوم قيد مضار الجوار غير المألوفة                         |
| 13 | الفرع الأول: مفهوم القيد   |
| 21 | الفرع الثاني: مدلول الجوار   |
| 25 | الفرع الثالث: نطاق الجوار  |
| 32 | الفرع الرابع: شروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة                         |
| 42 | المطلب الثاني: ضوابط تقدير قيد المضار غير المألوفة                       |
| 43 | الفرع الأول: ضابط العرف  |
| 45 | الفرع الثاني: ضوابط مرتبطة بالعقار                                       |
| 48 | الفرع الثالث: الاعتبارات المتعلقة بالأسبقية في الاستغلال والترخيص        |
| 53 | المطلب الثالث: الأساس القانوني للمسؤولية عن قيد مضار الجوار غير المألوفة |
| 53 | الفرع الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية                                       |
| 58 | الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق                                     |
| 67 | الفرع الثالث: جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة                      |
| 69 | المبحث الثاني: قيد حق المرور   |
| 69 | المطلب الأول: مفهوم حق المرور  |
| 69 | الفرع الأول: تعريف حق المرور   |
| 73 | الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق المرور                               |
| 81 | المطلب الثاني: الشروط المقيدة لحق المرور                                 |
| 81 | الفرع الأول: الانحصار المشترط لوجود حق المرور                            |
| 84 | الفرع الثاني: الممر المتاح غير متناسب ومتطلبات الاستعمال والاستغلال      |
| 85 | الفرع الثالث: مراعاة نفي الضرر قدر الإمكان                               |

|     |  |
|-----|--|
| 87  | الفرع الرابع: عدم رجوع الحصر لإرادة المالك         |
| 93  | المطلب الثالث: أحكام حق المرور                     |
| 94  | الفرع الأول: الأشخاص المعنيون بطلب حق المرور       |
| 98  | الفرع الثاني: الحماية المدنية لحق المرور           |
| 111 | الفصل الثاني: القيود الجوارية الخاصة               |
| 112 | المبحث الأول: قيود الري والصرف                     |
| 112 | المطلب الأول: حق الشرب                             |
| 113 | الفرع الأول: تعريف حق الشرب                        |
| 115 | الفرع الثاني: شروط ثبوت قيد الشرب                  |
| 124 | الفرع الثالث: آثار حق الشرب                        |
| 128 | المطلب الثاني: حق المجرى                           |
| 129 | الفرع الأول: مدلول حق المجرى                       |
| 130 | الفرع الثاني: شروط تقرير حق المجرى                 |
| 134 | الفرع الثالث: آثار حق المجرى                       |
| 142 | المطلب الثالث: حق الصرف (المسيل)                   |
| 142 | الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحق الصرف           |
| 144 | الفرع الثاني: مضمون أحكام حق الصرف (المسيل)        |
| 152 | الفرع الثالث: آثار حق الصرف                        |
| 158 | المبحث الثاني: قيود التلاصق في الجوار              |
| 158 | المطلب الأول: قيد وضع الحدود                       |
| 158 | الفرع الأول: مفهوم قيد وضع الحدود                  |
| 160 | الفرع الثاني: مضمون قيد وضع الحدود                 |
| 168 | الفرع الثالث: آثار قيد وضع الحدود على سلطات المالك |
| 173 | المطلب الثاني: الحائط الفاصل بين عقارين            |
| 174 | الفرع الأول: تعريف قيد الحائط المشترك              |
| 174 | الفرع الثاني: أحكام قيد الحائط المشترك             |
| 183 | الفرع الثالث: قيد الحائط غير المشترك               |
| 185 | المطلب الثالث: قيدي حق المطل والمنور               |
| 186 | الفرع الأول: مفهوم المطلات والمناور                |



|                  |  |
|------------------|--|
| 194.....         | الفرع الثاني: أحكام حق المظل والمنور                                       |
| 206.....         | الفرع الثالث: آثار حق المظل  |
| <b>221</b> ..... | <b>ملخص الباب الأول</b>  |
| <b>222</b> ..... | <b>الباب الثاني: قيود الملكية المقررة مراعاة للمصلحة العامة</b>            |
| <b>224</b> ..... | <b>الفصل الأول: القيود المقررة للأشغال العامة</b>                          |
| 225.....         | المبحث الأول: الشغل المؤقت للعقار (ارتفاق الكهرباء والغاز نموذجاً)         |
| 226.....         | المطلب الأول: مفهوم ارتفاقات الكهرباء والغاز                               |
| 226.....         | الفرع الأول: تعريف ارتفاقات الكهرباء والغاز                                |
| 230.....         | الفرع الثاني: خصائص ارتفاقات الكهرباء والغاز                               |
| 233.....         | المطلب الثاني: أنواع ارتفاقات الكهرباء والغاز                              |
| 233.....         | الفرع الأول: إرتفاق الارتكاز والإرساء                                      |
| 239.....         | الفرع الثاني: إرتفاق تمرير الخطوط العلوية وارتفاق الغرز                    |
| 241.....         | الفرع الثالث: إرتفاق قطع الأشجار والتشذيب وارتفاق الغمر                    |
| 247.....         | الفرع الرابع: ارتفاق تمرير القنوات وارتفاق الدخول والمرور                  |
| 249.....         | المطلب الثالث: اجراءات ارتفاقات الكهرباء والغاز                            |
| 259.....         | المطلب الرابع: آثار ارتفاقات الكهرباء والغاز                               |
| 275.....         | المبحث الثاني: قيد الاستيلاء المؤقت  |
| 275.....         | المطلب الأول: مفهوم قيد الاستيلاء المؤقت                                   |
| 275.....         | الفرع الأول: تعريف الاستيلاء المؤقت  |
| 282.....         | الفرع الثاني: خصائص قيد الاستيلاء المؤقت                                   |
| 287.....         | المطلب الثاني: أحكام قيد الاستيلاء المؤقت                                  |
| 287.....         | الفرع الأول: شروط الاستيلاء المؤقت   |
| 293.....         | الفرع الثاني: اجراءات الاستيلاء المؤقت                                     |
| 301.....         | المطلب الثالث: الآثار القانونية لقيد الاستيلاء المؤقت                      |
| 301.....         | الفرع الأول: التأثير المزدوج للاستيلاء المؤقت                              |
| 303.....         | الفرع الثاني: التعويض عن الاستيلاء المؤقت                                  |
| 309.....         | الفرع الثالث: المنازعات المترتبة عن عملية الاستيلاء المؤقت                 |
| <b>318</b> ..... | <b>الفصل الثاني: القيود التنظيمية المفروضة على الملكية العقارية الخاصة</b> |
| 319.....         | المبحث الأول: المخططات العمرانية   |

|  |            |
|--|------------|
| المطلب الأول: المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير .....                     | 319        |
| الفرع الأول: تعريف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير .....                | 319        |
| الفرع الثاني: إجراءات مخططات التعمير .....                               | 323        |
| المطلب الثاني: مخطط شغل الأراضي .....                                    | 337        |
| الفرع الأول: تعريف مخطط شغل الأراضي .....                                | 337        |
| الفرع الثاني: مراحل إعداد مخطط شغل الأراضي .....                         | 339        |
| المطلب الثالث: آثار المخططات العمرانية على الملكية العقارية الخاصة ..... | 357        |
| الفرع الأول: القوة الإلزامية لمقتضيات المخططات العمرانية .....           | 357        |
| الفرع الثاني: مدى تأثير تطبيق مخططات شغل الأراضي على سلطات المالك .....  | 362        |
| الفرع الثالث: الآثار المتعلقة بالتعويض عن المنع من البناء .....          | 368        |
| المبحث الثاني: رخص التعمير كقيد على الملكية العقارية الخاصة .....        | 373        |
| المطلب الأول: رخصة البناء .....  | 373        |
| الفرع الأول: المقصود برخصة البناء .....                                  | 373        |
| الفرع الثاني: شروط الحصول على رخصة البناء .....                          | 379        |
| الفرع الثالث: آثار رخصة البناء في تقييد حق الملكية العقارية الخاصة ..... | 388        |
| المطلب الثاني: رخصة التجزئة .....  | 398        |
| الفرع الأول: تعريف رخصة التجزئة .....                                    | 398        |
| الفرع الثاني: إجراءات الحصول على رخصة التجزئة .....                      | 401        |
| الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن رخصة التجزئة .....                      | 404        |
| المطلب الثالث: رخصة الهدم .....  | 410        |
| الفرع الأول: المقصود برخصة الهدم .....                                   | 410        |
| الفرع الثاني: إجراءات رخصة الهدم .....                                   | 413        |
| الفرع الثالث: آثار رخصة الهدم .....                                      | 418        |
| <b>ملخص الباب الثاني .....</b>   | <b>423</b> |
| <b>خاتمة .....</b>   | <b>424</b> |
| <b>قائمة المصادر والمراجع .....</b>                                      | <b>440</b> |
| <b>فهرس المحتويات .....</b>  | <b>466</b> |

## ملخص

يعتبر حق الملكية العقارية الخاصة من أقدم الحقوق العينية التي ضمنت حمايتها كل الدساتير والمواثيق الدولية، بما لها من مكنات قانونية تخول لصاحبها سلطة استعمال واستغلال والتصرف في عقاره بشكل يفرض مقارنة مركبة بين تحقيق مصلحته الخاصة دون الاخلال بمقتضيات المصلحة العامة كهدف سعى إليه المشرع الجزائري وكل التشريعات محل المقارنة، أيا كان توجهها السياسي وأيدولوجياتها الاقتصادية والقانونية، وحفاظا على بقاء استمرارها في أداء مهامها، غير أن نطاق حق الملكية العقارية تطور ليشمل السلطة والقيود الواردة عليها، والتي جاءت كحدود تضمن تطبيق مبدأ المصلحة عامة أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة، وتنوعت في قيود قانونية بطبيعتها، وقيود إدارية اسنادية بوظيفتها، وضعت لتلائم الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة ومدى مساهمتها في تنازل المالك عن بعض سلطاته كشرط لقيام القيد الذي يسعى لتبرير مشروعية المصلحة العامة، وهذه الأخيرة نتج عنها عدة إشكالات، نظرا لعدم التفريق بين مضمون القيد وحقوق الارتفاق، التي تطورت من تكليف على الملكية العقارية إلى خطر التجريد في سبيل مصلحة الجيران والغير، مما يجعل الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة في إقامة قيود الملكية العقارية الخاصة مصدر اهتمام تشريعي وقضائي لتحليل ودراسة أحكامها وآثارها والتوصل لنظام قانوني مناسب لحل النزاعات القضائية الواردة في هذا المجال.

### **ABSTRACT:**

The right of private property is one of the holiest rights in the form of which all international constitutions and charters have been protected. They have the legal tools that empower the owner to use, exploit and dispose of his property in a manner that requires a complex approach to achieve his own interests Without prejudice to the requirements of the public interest as a goal sought by the Algerian legislator and all legislation to be compared regardless of their political orientation and economic and legal ideology, and in order to keep it in the performance of its functions. However, the scope of the right of real property has evolved to include the authority and the restrictions contained therein, which came as a framework to ensure the application of the principle of public interest, which is the most caring of the private interest.

They were diversified in legal restrictions by nature, administrative restrictions were established in their function, they were designed to suit the social function of the private real estate property and their contribution to the concession of the owner of some of his powers as conditions for the registration that seeks to justify the legitimacy of the public interest, The latter resulted in several problems, as there was no distinction between the content of the restriction and the rights of subordination, which evolved from assigning real estate ownership to the risk of abstraction for the benefit of neighbors and others, thus balancing the private and public interest in the establishment of private property restrictions. Legislative and judicial analysis and study of its provisions and effects and to arrive at an appropriate legal system to resolve judicial disputes in this area.