

جامعة غرداية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



صور التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة على ضوء
التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

في مسار الحقوق، تخصص: قانون عقاري

تحت إشراف الدكتور:

- بلقاسم بودينار

من إعداد الطالب:

- موسى رباحي

لجنة المناقشة

الصفة	الدرجة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذة مساعدة " أ "	نبات خديجة
مشرفا ومقررا	أستاذ مساعد " أ "	بودينار بلقاسم
عضوا مناقشا	أستاذ مساعد " أ "	أبصير طارق

السنة الجامعية: 2017/2016 - 1438/1437

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"

سورة المجادلة الآية رقم " 11 .

الإهداء

إلى القلب الذي يفيض بالحنان والشفاه لا تمل الدعاء.. إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها.. إلى بحر تعجز الكلمات أن ترسوا في شواطئه..... إلى من كانت الجنة تحت قدميها

والدتي العزيزة

إلى المشعل الذي أنار لي الطريق وعلمني الفضيلة والأمانة...والدي العزيز

إلى الورد التي ترعرعت في ظل ذاك الحنان وهذا العطاء...إخوتي و أخواتي

إلى محبي العلم وطالبيه...أساتدتي

إلى زملائي، ورفاق دربي.. طلبة العلم الأوفياء.

إلى كل قلب طاهر وضمير حي....



شكر وتقدير

فلا يسعني بعد إتمام هذه المذكرة إلا أن أحمده الله تبارك وتعالى صاحب الآلاء والإحسان، على نعمه وعوده وتوفيقه.

ثم إنني أتوجه بخالص شكري وتقديري لفضيلة الدكتور بودينار بلقاسم؛ على تكريمه بالإشراف على هذه المذكرة، وما أفادني به من علمه وتوجيهه ونصحه؛ وما تبع ذلك من كريم خلق وحسن تعامل.

كما أتقدم بالشكر لأعضاء اللجنة المناقشة؛ على ما بذلته من جهد ووقت في تنقيح هذه المذكرة وسدّ خللها؛ وأشكر كل أساتذتي الأفاضل على ما قدموه لنا طيلة هذه السنين.

كما لا يفوتني أن أرفع خالص شكري وامتناني لكل من قدم لي يد العون من أساتذة و أصدقاء سواء كان ذلك بتوجيه أو كتاب وإن كان الشكر لا يوفي حق هؤلاء إلا أنني أسأل الله تعالى لهم التوفيق والسداد وحسن الجزاء.



الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان صور التعسف الواردة على الملكية العقارية الخاصة في مختلف القوانين والمراسيم التنفيذية في التشريع الجزائري.

وقد تم معالجة الموضوع من خلال فصلين، وتمت بداية الدراسة بمبحث تمهيدي عرف فيه التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة، ومعايير وأساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

وبذلك فإن الدراسة عنيت ابتداء من صور التعسف في القانون المدني لتحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة وصورة مضار الجوار غير المألوفة مرورا لصور التعسف اخرى في القانون المدني مع عرض تعسف المالك في الحقوق المتعلقة بالمياه والعقارات المتلاصقة من الناحية التشريعية والتطبيقية، وصولا إلى عرض صور التعسف في القوانين الخاصة لتناول التعسف في مجال ملكية العقار الفلاحي لوصف صورة التعسف في قانون التوجيه العقاري وقانون التوجيه الفلاحي وذكر التعسف في مجال ملكية العقار الحضري مرورا إلى المنشآت المصنفة وعلاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي وبيان أحكامه وتطبيقاته القضائية.

Summary:

Study Summary This study, which is dedicated to the subject of abuse of private property rights, aims at showing the images of arbitrariness of private real estate in various laws and executive decrees in Algerian legislation. The subject was dealt with in two chapters.

The study started with a preliminary study in which the abuse of private property rights was defined, and the criteria for the use of the right and the legislator's position on penal and legal theory. In this way, the study began with the abuse of public law to define the concept of abuse in the use of private property rights and the image of the unusual neighborhood damage, and other forms of arbitrariness in the civil law, while presenting the arbitrariness of the owner in water rights and legislated and applied real estate, Arbitrariness in the special laws to address the abuse in the field of ownership of agricultural property to describe the image of arbitrariness in the law of real estate guidance and the law of agricultural guidance and the abuse in the area of ownership of urban real estate to the establishments classified and its relationship to the disadvantages of the neighborhood in the industrial estate and Its provisions and judicial applications.

مقدمة

يعد موضوع حق الملكية العقارية موضوعاً واسعاً ومتفرعاً و أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً، والقانون وضع معايير وضوابط تنظم هذا الحق، إذ يسمح لصاحب الحق سلطة الشيء تمكنه وحده على استغلال والاستعمال والتصرف فيه إلى الحد لا يضر الذي لا يسبب ضرراً لغيره.

مر نظام الملكية بعدة تطورات ويعتبر من أقدم الحقوق التي عرفها الإنسان منذ العصور القديمة، إذ استعمال حرية الملكية عرفت اختلاف المذاهب حول استعمال الملكية، أن صاحب الحق يتمتع بمطلق الحرية في استعمال حقه حيث لا يكون مسؤولاً عن ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، وقد انتشر هذا الاعتقاد في المذهب الفردي الذي كان ينظر إلى الفرد أساس المجتمع ومصحة الفرد وتعتبر الحق سلطة مطلقة تخول صاحبها الاستعمال، فهي ترى أن الحق مطلق و لا يقبل التقييد.

وتعرض هذا المذهب إلى انتقادات وأدى إلى نتائج، حيث أصبح صاحب الحق في ظل حرية التصرف والاستعمال والاستغلال التي تسمح بها أدت للظلم.

وقد تطورت المجتمعات الاشتراكية نتيجة تغيير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية وحيث يمارس المالك ملكيته في حدود ضيقة، وأن حق الملكية يعتبر وظيفة اجتماعية وأن المالك فيها يعتبر موظفاً لدى الجماعة.

وبذلك أصبح هذا الحق مقيداً بالوظيفة الاجتماعية، وأي استعمال يخرج به المالك عن الهدف الاجتماعي يعتبر استعمالاً غير مشروع، وهذا ما كان يهدف إليه المذهب الاجتماعي واتخذت جل التشريعات الحديثة مذهباً يتمثل في الوسطية، وتقيد حق الملكية بالوظيفة الاجتماعية، وأن الاستعمال الضار للملكية إذا لم يخرج المالك فيه عن الحدود الموضوعية يعد تعسفاً.

وهنا ظهرت نظرية التعسف في استعمال التي تقيم التوازن بين الفرد وصالح الجماعة وكما أن نظرية الوظيفة الاجتماعية هي الأساس التي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق في ضمان المشروع للملكية.

و بالرجوع إلى الجذور القديمة لنظرية التعسف في استعمال الحق حيث نجد القانون الروماني أين كان التعسف في استعمال حق الملكية محصوراً على نية الإضرار بالغير، و اقتصر على بعض تطبيقات لها ثم ذلك أن الفقيه إلبيان (ulpien) قرر أن حفر من حفر بثراً في أرضه و تعمق فيه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق من شأنه أن يسقط حائط جاره، و قد القانون البريطوري (droit pretorier) في تطبيق النظرية، حتى يخفف من حدة القانون القديم وصرامته، إلا أنها لم تصل إلى نظرية عامة.

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسي القديم، وذهب دوما (domat) إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير، ولم تكن له مصلحة في استعماله، و كذلك من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي تتحقق المسؤولية.¹

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فإن نظرية التعسف في استعمال الحق أقامت التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة وازدهرت على أيدي فقهاء الشرع الإسلامي كالغزالي و ابن القيم الجوزية، الذين انتهوا إلى وجوب تقييد الحقوق و استعمالها حسب الغرض الاجتماعي والاقتصادي منها، وأنه يعتبر استعمال غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله الإضرار بالغير، أو إذا لم يترتب على عمله نفع له و تولد عنه ضرر للغير، أو إذا أصاب الغير من جراء هذا العمل ضرر غير عادي.²

تعود اختيار أسباب الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، تتمثل الأسباب الذاتية، رغبة البحث في واقعنا كأفراد ومعاشتنا لهذا المجتمع لتعدد النزعات والقضايا والإشكاليات التي تقوم بحكم التمتع بالملكية واستغلالها، اهتمامي وميولي الخاص لدراسة التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة، الرغبة في جمع إعداد دراسة قانونية حول موضوع صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، ومساهمة في إثراء البحث العلمي المتصل بموضوعات القانون العقاري، أما الأسباب الموضوعية، تتمثل من أحد الموضوعات المهمة والحساسة، وجدية الموضوع لكثرة المنازعات القضائية الجوارية واهتمام الشريعة الإسلامية بموضع التعسف في استعمال الحق وتنظيمه بطريقة محكمة ولا تشبيها التشريعات الوضعية وأغلب الدول تقرر في قوانينها نصوص تتعلق بالتعسف في استعمال حق الملكية، وعرض موقف المشرع الجزائري لهذه النظرية و تطبيقها في استعمال حق الملكية الخاصة.

تتمثل أهمية الدراسة في كون موضوع صور التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة حيزا مهما في وقتنا الحالي وأصبح يكتسي أهمية قصوى في القانون المدني والقوانين الخاصة، لما له أهمية كبيرة سواء في الجانب النظري أو التطبيقي، والكشف عن الدور الذي تلعبه نظرية التعسف في استعمال الحق فيما يخص استعمال الملكية من خلال تحديد سلطات صاحب الحق، وأن الملكية العقارية الفلاحية الخاصة تزال أحد التحديات وتتطلب المزيد من استثمار الأراضي الفلاحية للنمو بالاقتصاد الوطني، وعدم استثمار الأراضي الفلاحية يعد عملا تعسفيا في استعمال هذا الحق و هذا نظرا للوظيفة الاجتماعية للملكية، وأن مزار الجوار غير المألوفة تنوعت تنوعا شديدا في المجتمع وأعطيت لها

¹ - محمد صبري سعيد، النظرية العامة للالتزامات، دار الكتاب الحديث، الجزء 2، 2003، ص 52.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الجزائر، 2008، ص 133.

في التشريعات الوضعية مكانة بارزة واهتماما في القوانين الخاصة، والمشرع الجزائري نص عليها في قوانين خاصة، وهي المنشآت التي تنتشر وسط الأحياء السكنية والتي تؤدي إلى التأثير على الحياة اليومية للجوار وتجعل من مالك المنشأة بالحصول على رخصة البناء.

تتمثل أهداف الدراسة في تحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية وتطبيقا لمعايير الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني¹، وعرض صورة التعسف في مضار الجوار غير المألوفة، وصور المنع في استعمال الحق، والوقوف ما ذهبت إليه القوانين الخاصة في استعمال حق الملكية العقارية.

الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع ليس بحوث عديدة في الموضوع ولقد ألفت بعض الكتب والبحوث التي تناولت الموضوع، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لـ "د. فتحي الدريني" حيث تناول الكاتب في كتابه بحثا علميا مقارنا نظرية التعسف وأصالتها في الشريعة الإسلامية والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم مبينا الدستور الذي يحكم مباشرة الحقوق بما يحقق حرية الفرد ومصالح الجماعة.

التعسف في استعمال الملكية العقارية، لـ "د. رشيد شمشم"، حيث تطرّق الكاتب في كتابه لدراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية، مع تقييم التوازن بين مصلحة المالك ومصالح الغير، وعلى الأخص التوفيق بين مصالح الجيران المتنازعة.

وقد استفدت من هذه الدراسة في مذكرتي، وهي تتوافق معها تقريبا إلا في بعض الزيادات في صور أخرى في القانون المدني.

التعسف في استعمال حق الملكية، لـ "شوقي سعدية"، وأصل هذه الرسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون تحت إشراف "أ. بغدادي ليندة"، مُقدّمة من جامعة أكلي محند أو لحاج - البويرة - قسم القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية عام 2013م.

نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، لـ "بلحوراي سعاد"، وأصل هذه الرسالة الماجستير في القانون تحت إشراف "د. كجار سي يوسف"، مقدمة من جامعة مولود معمري - تيزي وزو - فرع قانون المسؤولية المهنية، عام 2014م.

¹ - الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، جريدة رسمية، العدد 44، 2005/06/26.

حيث تناوَلت بلحورابي سعاد في رسالتها تبيان نقاط تلاقي وافتراق نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي.

فقد استفدت من الرسائلتين في مذكرتي، وهي تتوافق معها إلا في بعض الزيادات، التعسف في مجال ملكية العقار الفلاحي والتعسف في مجال ملكية العقار الحضري.

ومن أبرز الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذه الدراسة هي: ضيق الوقت وندرة المراجع المتخصصة حول موضوع التعسف في استعمال الحق الملكية الخاصة في التشريع الجزائري بصفة خاصة.

قد جاءت هذه الدراسة الموسومة بـ صور التعسف في استعمال حق في الملكية الخاصة"، محاولة للإجابة على جُملة من التَّساؤلات، أُوجِزها في ما يلي:

- فيما تتمثل صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية المَحَوْرِيَّة يَنْبَغِي الإجابة على الأسئلة الفرعية:

- ما هو مفهوم التعسف؟ وما هو تعريف الملكية ونطاقها في القانون؟

- ما هي صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في القانون المدني؟

- ما هي صور التعسف في القوانين الخاصة؟

اقتضت طبيعة الموضوع تنوع المنهج المتبع في الدراسة، حيث اعتمدنا فيها بشكل أساسي على المنهج الوصفي وذلك لأجل وصف صور التعسف في التشريع الجزائري والمنهج التحليلي و التاريخي.

وقد قسمنا هذه الدراسة في قالب مُكَوَّن من مقدمة، ومبحث تمهيدي وفصلين، وخاتمة، بحيث:

تضمَّنت المقدمة الإطار المنهجي للدراسة، بدءاً بأسباب الدراسة وأهميتها مع مراعاة الأهداف المتبغاة منها، مروراً بالدراسات السَّابِقة والصعوبات، إلى طرح إشكالية الدراسة وتساؤلاتها، فالخطة المتبعة فيها، ووصولاً إلى منهج الدراسة.

ثم جاء المبحث تمهيدي بعنوان: ماهية التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة، فقد تضمَّن مطلبين، أوَّله مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية، ويليه المطلب الثاني تحت مسمى معايير وموقف المشرع من النظرية الجزائية والقانونية.

أما الفصل الأول فكان تحت مُسمّى صور التعسف في الشريعة العامة، حيث تضمّن مبحثين أوّلها في تحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، ثم يليه بعد ذلك صور اخرى للتعسف في القانون المدني .

وقد خصّصنا الفصل الثاني والأخير للحديث عن صور التعسف في القوانين الخاصة، وذلك في مبحثين أوّلها التعسف في مجال ملكية العقار الفلاحي، وأخيرا وضعتُ مبحثًا ثانياً تحت مُسمّى التعسف في مجال ملكية العقار الحضري.

ومن ثمّ الخاتمة التي قد تضمّنت أهم النتائج والتوصيات المستخلصة من الدّراسة.

وفي الأخير أرجو أن يكون هذا الجهد المتواضع مقبولاً عند الله، فإن أصبّت فمن الله وحده، وإن أخطأتُ فمن نفسي، مع طمّعي في النّصح والإرشاد من أساتذتي الأفاضل.

مبحث تمهيدي: ماهية التعسف في استعمال حق الملكية
الخاصة.

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية
الخاصة

المطلب الثاني: معايير وموقف التشريعات من أساس
نظرية التعسف في استعمال الحق

مبحث تمهيدي: ماهية التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة

من خلال هذا المبحث سنتطرق إلى تحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية وذلك من خلال (المطلب الاول) وسنخرج على معايير التعسف وموقف المشرع من النظرية القانونية والجزائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية

لصاحب الملكية الخاصة حق استعمال واستغلال والتصرف في ملكه، وهذا الاستعمال يكون مقيدا باحترام ضوابط وحدود القانون، وإلا أصبح صاحبها متعسفا في الحق والخروج عن حدود ملكه، وبالتالي سوف نتطرق إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول سنتحدث حول تعريف حق الملكية ونطاقها وفي الفرع الثاني نتعرض إلى تعريف التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول: تعريف نطاق الملكية الخاصة

يمنح حق الملكية لصاحبه سلطات متكاملة على محل عيني، إذ يتمتع المالك بسلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.¹

أولاً- تعريف حق الملكية لغة واصطلاحاً

1- تعريف حق الملكية لغة:

جاء في لسان العرب لابن منظور: "والمملك ما ملكت اليد من مال، والمملك احتواء الشيء والقدرة على الإستبداد به"²، ومنه قوله تبارك وتعالى: "ولله ملك السموات والأرض وإلى الله المصير"³ وقوله سبحانه: "تبارك الذي بيده الملك وهو على كل شيء قدير"⁴

¹ - رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية، كلية الحقوق، جامعة بنها، ص 14.

² - ابن منظور، لسان العرب، مجلد3، ص 320.

³ - سورة النور الآية 42.

⁴ - سورة الملك، الآية الأولى

وقوله تعالى: " ولله ما في السموات وما في الأرض يغفر لمن يشاء ويعذب من يشاء والله غفور رحيم".¹

2- تعريف حق الملكية اصطلاحاً: يطلق لفظ الملك في الفقه الاسلامي ويراد به معنيان: أحدهما العلاقة التي أقرها الشرع بين الانسان والمال والتي تجعله مختصاً به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة شرعاً وفي الحدود التي بينها الشارع، والآخر الشيء المملوك.²

ثانياً- تعريف حق الملكية في الفقه القانوني والإسلامي

وسوف نتناول المقصود بحق الملكية في كل من التشريع والفقه القانوني.

1- تعريف حق الملكية في الفقه القانوني :

عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " إن حق ملكية الشيء هو حق الإستئثار باستعماله وباستغلاله أو بالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون".³

عرف الدكتور رمضان أبو السعود " الملكية هي ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء ويحول لصاحبه الإستئثار بسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في هذا الشيء وذلك في حدود القانون".⁴

2- تعريف حق الملكية في التشريع الاسلامي :

فالملكية هي العلاقة التي أقرها الشارع بين الانسان والمال، وجعله مختصاً بها بحيث يتمكن من الانتفاع بها بكل الطرق السائغة، وفي الحدود التي بينها الشارع، وللمالك سلطة للاستعمال والاستغلال والتصرف.⁵

¹ - سورة آل عمران، الآية 129.

² - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، دار الثقافة، الطبعة 11، عمان - الأردن 2014، ص30.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، الجزء 8 بيروت- لبنان ص493.

⁴ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 22.

⁵ - إدريس فاضلي، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية التاسعة، 2010.

3 - تعريف حق الملكية في التشريع

نص الدستور الجزائري المعدل في المادة 64 "على أن الملكية الخاصة مضمونة، وحق الإرث مضمون والأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها".¹

نصت المادة 674 من القانون المدني: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".²

إذا تمعنا في نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا دقيقا لحق الملكية وإنما اكتفى ببيان مدى السلطات التي يمنحها هذا الحق لصاحبه، كما بين حدود استعمال هذه السلطات إذ اشترط ضرورة استعماله في حدود القوانين والأنظمة، ومنه فلا يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا لحق الملكية، ولا يعتبر هذا تقصيرا من المشرع ذلك أن التعريف من اختصاص الفقه وليس التشريع.

والملاحظ أن المشرع الجزائري بما قضى في المادة 674 من القانون المدني لم يجعل حق الملكية حقا مطلقا بل نص على أن هذا الحق مقيد بما يفرضه القانون من قيود.

وبذلك يكون المشرع الجزائري كغيره من المشرعين قد ساير الاتجاهات الحديثة في نظرتة لحق الملكية إذ لم يجعله حقا مطلقا مثلما كان عليه في السابق، حيث نص صراحة بأن حق الملكية مقيد بما يفرضه القانون من قيود وحدود يجب على المالك ألا يستعمل هذا الحق إلا في حدود ما يسمح به القانون والأنظمة.

والملاحظ من نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري إغفاله لسلطة استعمال حق الملكية، وهذا تأثرا كذلك بالنص الفرنسي "المادة 544" من التقنين المدني الفرنسي والذي اقتصر هو الآخر عند تعريفه لحق الملكية على سلطتين فقط وهما سلطتي التمتع والتصرف.³

¹ - القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، لسنة 2016، المؤرخ في 2016/03/07.

² - المادة 674 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني.

³ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ص 10/9.

وقد تدارك المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون التوجيه العقاري "على أن الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية، من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها وغرضها"¹.

ثالثا- خصائص وعناصر حق الملكية: ينفرد حق الملكية بعدة خصائص يمكن إيجازها فيما يلي:

1- الملكية حق جامع مانع :

فحق الملكية حق جامع، بمعنى أنه يخول صاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء، فللمالك أن يستعمل الشيء وأن يستغله وأن يتصرف فيه على النحو الذي يريد، ولا يحد من سلطته في ذلك إلا قيد يفرضه القانون أو تشترطه الإرادة.

ومن ثم فهو حق مانع، أي حق مقصور على صاحبه، فللمالك أن يستأثر بجميع مزايا ملكه، ويمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا، حتى لو لم يلحقه من وراء هذه المشاركة أي ضرر. وهذا ما عبرت عنه المادة 674 مدني بقولها " الملكية حق التمتع والتصرف في الشيء...".

على أن حق المالك في الإستئثار بمزايا ملكه مقيد هو أيضا بما يكون للغير من حق في أن يفيد من بعض هذه المزايا بموجب الإتفاق أو بمقتضى القانون، فقد يخول المالك شخص من الغير حق الإنتفاع بالشيء أو يرتب له حق ارتفاق عليه، وهناك حالات يجيز فيها القانون للغير أن يستعمل الشيء من ذلك أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، يكون له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه وإستعمالها على الوجه المألوف "المادة 693 من القانون المدني"².

بقولها " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كافي للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الاضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك"³.

¹ - القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/25 المؤرخ في 25/09/1995.

² - عبد الرحمان ملزي، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ص 9.

³ - المادة 693 من الامر رقم 75-58.

2- الملكية حق دائم:

المقصود بهذه الخاصية أن الملكية لا ترتبط بمدة زمنية طالما أن موضوعها موجودا ولا تتأثر بمرور الزمن، أو تعاقب الملاك إذ أن الملكية تبقى الشيء قائما ولا تنقضي إلا بهلاكه فالملكية تنتقل من الخلف إلى السلف بعد وفاته بالميراث أو بالوصية أما في أثناء حياة المالك فتنتقل إلى غيره بكل التصرفات كالبيع والهبة وبذلك تتأبد الملكية بانتقالها،¹ حيث نجد لدوام حق الملكية ثلاثة معاني متمثلة في:

أ- حق الملكية يبقى مادام محله باقيا:

حيث تعد الملكية سلطة للمالك على الشيء، وعليه يمكن أن توصف العلاقة بين الملكية ومحلها بأن الملكية تبقى مدام المحل باقيا، وتنتهي بهلاكه، أما تغير المالك فلا يؤثر على وجود الحق، لكن بتغير المالك لا يؤدي إلى زوال هذا الركن حل محله خلفه العام، وهو بمثابة الامتداد له، ولو باع المالك الشيء حل المشتري محله خلف خاص، وهو أيضا امتداد له.

ولربما يقال أن العلاقة الموصوفة بين الملكية ومحلها تنطبق على سائر الحقوق العينية، ومع ذلك فإن هذه الأخيرة قابلة للتوقيت.

حيث يستثنى المنقول، إذ يزول حق الملكية على الرغم من بقاء محله، ويحصل ذلك عندما يتخلى المالك عن المال المنقول المملوك له.²

ب- أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال:

بغض النظر عن ممارسة المالك لسلطته على هذا المحل أو عدم ممارسته لها، فالمبدأ السائد في القانون لا يزول حتى لو تركه المالك فترة طويلة دون أن يستعمله، وعليه فحق الملكية لا يخض للتقادم المسقط، إذ المبررات التي شرع لأجلها التقادم المسقط غير متوفرة هنا، كما أن الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق

¹ - علال قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 17.

² - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 33.

وغيرها، تخضع للتقادم المسقط لأنها استثناء ولا بد أن يزول ليعود الأصل المتمثل في عودة جميع عناصر الملكية إلى المالك، وعليه فسقوط هذه الحقوق يستفيد منه طرف آخر في هذه العلاقة وهو المالك.¹

والعلة في سقوط هذه الحقوق بعدم استعمالها هو عدم السماح بتجزئة الملكية وتركيز كافة عناصر الملكية في يد المالك.²

ج- عدم جواز توقيت حق الملكية:

إذ أن الملكية لا تتأثر بمرور أو تعاقب الملاك بل تدوم بدوام المحل وتنقضي بهلاكه وهذا الدوام يميزها عن الحقوق العينية الأخرى أو الحقوق الشخصية، حيث نجد أن الحقوق الشخصية مؤقتة بطبيعتها و تاييدها يتعارض مع النظام العام.³

ولا يجوز أن يقترن حق الملكية بأجل فاسخ أو واقف، فمثلا لا يجوز الاتفاق على نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري لمدة معينة تعود بعدها إلى البائع، وهذا هو الأجل الفاسخ كما لا يجوز الاتفاق بينهما على أن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين من تاريخ العقد. حيث يرى غالبية الفقه أن التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية وجوهره.⁴

ج- الملكية حق غير مطلق:

كانت خاصية الإطلاق من أهم الخصائص حق الملكية في الماضي، فقد كانت حقا مطلقا من حيث المضمون ومن حيث الاستعمال، فكان للمالك كل السلطات المتصورة على الشيء كاملة غير منقوضة كما أن المالك حر في مباشرة هذه السلطات على النحو الذي يروق له وفقا لتقديره دون قيد.

¹ - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 34

² - علال قاشي، المرجع السابق، ص 17.

³ - علال قاشي، مرجع نفسه، ص 17.

⁴ - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 34/35.

هذه النظرة لحق الملكية تعكس سيادة المذهب الفردي السائد آنذاك، وقد ظهرت هذه النزعة الفردية بشكل واضح في التقنين المدني الفرنسي عند وضعه سنة 1804، فنصت المادة 544 منه على أن: "الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء والتصرف فيه بطريقة مطلقة."

وقد أخذت خاصية الإطلاق تنكمش تدريجياً أمام المذاهب الاجتماعية التي أسهمت في انتشار النظم الاشتراكية التي تراعي مصلحة الجماعة قبل كل شيء، وفي ظل هذه المذاهب كثرت القيود التي تحد من حرية المالك لمصلحة الجماعة ولمصلحة غيره من الأفراد وأصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب بل كذلك باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية.¹

وقد سلك المشرع الجزائري نفس المسلك وذلك من خلال نص المادة 674 من القانون المدني.²

رابعا : عناصر حق الملكية

تتمثل عناصر حق الملكية في ثلاثة سلطات قانونية وهي، سلطة الاستعمال، الاستغلال، التصرف.

1- سلطة الاستعمال:

وهو تتمتع المالك بالعقار بشخصه، أي أن يستعمله استعمالاً شخصياً كما يمكنه أن يسمح لغيره بالتمتع به،³ كأن يزرع المالك أرضه شخصياً، أو يسكن منزله وهذا ما يسمى بالاستعمال المادي للشيء المملوك، وقد لا يستعمل المالك الشيء شخصياً، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل.

ونجد أن المالك يتقيد في استعماله للشيء، بالقيود التي تفرضها الأنظمة والقوانين واللوائح، وللمالك أن يستعمل ملكه كما يشاء، وكذلك له أن لا يستعمله، إلا إذا فرض عليه القانون غير ذلك.⁴

¹ - وزارة عوطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 20.

² - "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة."

³ - ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة، دار هوم، الجزائر، 2010، ص 25.

⁴ - العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هوم، 2016 ص 81/80.

2- سلطة الاستغلال:

وهو أن يقوم المالك بالأعمال القانونية اللازمة في استعمال الشيء للحصول على ثماره ومنتجاته كأن يزرع العقار ويجني ثماره، أو تسخير المالك لعقار من أجل الحصول على مقابل مادي أو الثمار المدنية كما يسميه بعض الفقهاء، والاستغلال نوعان، مباشر وغير مباشر:

- أما الاستغلال المباشر: فهو استغلال المالك للعقار بنفسه كمن يملك قطعة أرضية فيزرعها بنفسه ويجني هو ثمارها.
- أما الاستغلال غير المباشر: فهو استغلال المالك للعقار عن طريق الغير، كم يأجر أرضه للغير الذي يزرعها ويجني ثمارها مقابل أجره التي يدفعها للمالك.¹

3- سلطة التصرف:

تعني التسلط على رقبة الشيء من طرف المالك الذي تكون له سلطة على الشيء، فالمالك يجمع بين منفعة الشيء ورقبته وهذا ما يميز الملكية عن الحقوق الأخرى، وسلطة التصرف في الشيء قد يكون ماديا وبذلك يقوم المالك بإحداث تغييرات في الشيء سواء كانت نافعة له كالبناء وتسوير الأرض أو ضارة كأن يهدم البناء وهذا النوع من التصرف يميز حق الملكية عن الحقوق الأخرى التي يمكن التصرف فيها ماديا.²

وللتصرف نوعان

أ- **تصرف مادي:** ويعني القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى القضاء على مادة الشيء ذاته كلياً أو جزئياً، أو تحويله إلى شيء آخر، أو تغيير صورته، كهدم البناء كله أو جزء منه.

ب- **تصرف قانوني:** وهو إتجاه إرادة مالك الشيء إلى أحداث أثر قانوني، إما بالقيام بعمل من أعمال التصرف، كإنشاء حق عيني عليه كبيعته أو رهنه، أو القيام بعمل من أعمال إدارته كالإيجار أو القيام بعمل من أعمال حمايته كرفع دعوى مثلاً.³

¹ - ليلي طلبة، المرجع السابق، ص 25.

² - غلال قاشي، المرجع السابق، ص 24.

³ - زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 27.

خامسا: نطاق حق الملكية العقارية الخاصة:

رائينا أن للمالك ثلاثة سلطات قانونية خولها له القانون، حيث سنحدد نطاق الملكية من أجل قيام المالك بسلطاته طبقا لملكيته العقارية وهيا على النحو التالي:

1- ملكية الشيء لذاته:

فحق الملكية العقارية يرد على الشيء ذاته وعلى عناصره الجوهرية، أي أجزائه المكونة له والتي لا يمكن فصلها عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، فمالك البناء مثلا يملك كل الأجزاء الداخلة في تكوينه من أحجار وحديد و خشب، وإن كان الشيء منقولاً فإن حدوده واضحة المعالم بحيث لا تواجه صعوبة في معرفة حدود حق الملكية على هذا الشيء، وتثور الصعوبة في تحديد العقارات وخصوصا الأراضي نظرا لحالة التلاصق بين الأراضي، فهيا ليست كالمنقول لها كيان منفصل عن غيره.

ومنها تبرز الحاجة إلى تعيين حدود لغرض تحديد محل الملكية العقارية الفاصلة، وذلك من خلال وضع العلامات الظاهرة على الخط الفاصل بين العقارات المتلاصقة.¹

2- ملكية ما يتفرع عن الشيء:

نصت المادة 676 من القانون المدني على أنه "المالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".²

ويشمل حق الملكية أيضا في القانون المدني الجزائري، ما يتفرع عن الشيء من ثمار ومنتجات أو ملحقات بأن ينتفع مالك الشيء وحده بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها.

¹ - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 37.

² - المادة 676 من الأمر 58/75.

وتبرز الاهمية القانونية للملحقات "وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، تبعا لما تقضى به طبيعة الأشياء والعرف الجاري في المنطقة، وقصد المتعاقدين"، في تبعيتها القانونية للشيء المملوك عند التصرف فيه، كالعقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق.¹

سادسا: الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

الملكية العقارية الخاصة هي حق فردي له وظيفة اجتماعية، أي أنه حق تهيمن عليه وظيفة اجتماعية حافزة لا تهدر سيادة المالك بل تعززها، توفق بين المبادرة الفردية المستمدة من تلك السيادة وبين مطالب الجماعة ويظهر هذا التنسيق بين المصالح في القيود التي يفرضها المشرع على الملكية وفي نظرية التعسف في استعمال الحق.

حيث أصبح العديد ينادى بالوظيفة الاجتماعية للملكية، حيث ذهب الفقيه جوسران إلى أن الأخذ بفكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية من شأنه تغير جوهرها على كيفية استعمال هذا الحق.

حيث ولتكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية يمكن القول بأن الاستعمال الضار للملكية إذا لم يخرج المالك فيه عن الحدود الموضوعية لهذا الحق يعد تعسفا في استعمال الحق، فنظرية التعسف تأتي هنا لتقييم التوازن بين عنصري الفردية والجماعية الذين يمتاز بهما حق الملكية، وهذا ما يجسد العلاقة التي تربط بين نظرية في التعسف في استعمال الحق ونظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية، حيث تعتبر هذه الاخيرة أساس للنظرية الأولى ومبررها فلا يمكن تكريس نظرية التعسف إذا ما اعتبرنا الملكية مجرد وظيفة اجتماعية، لأن الخروج عن الوظيفة هو مجاوزة وليس تعسف، ولا يمكن تكريسها أيضا إذا ما اعتبرنا أن الملكية حق مطلق.²

وتعددت القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة تلبية لمتطلبات النزعة الاجتماعية، التي أدت إلى إعادة النظر في مفهوم الحقوق والحريات، منها حق الملكية الذي تأثر بهذه النزعة تأثرا تبدو مظاهره في القيود التي فرضت على سلطات المالك.³

¹ - العربي بلحاج، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، 98.

² - رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار الخلدونية، الجزائر، (بدون تاريخ الطبع)، ص 20/19.

³ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

ونصت المادة 690 من القانون المدني بقولها " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ".¹

وأساس تقييد حق الملكية من أجل المصلحة العامة هو كون المصلحة العامة تعلو على أي مصلحة أخرى وكذلك كونها تشمل مصالح عدة أفراد يشكلون جماعة و الأرجح تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد مقابل تعويض هذا الفرد تعويضا عادلا.

وأهم ما يطلب من المالك هو الامتناع عن الإضرار بالجار سواء بأداء أعمال سلبية يمتنع بها عن الإضرار بغيره أو حتى بأعمال إيجابية لصالح الجار وهي أبلغ صورة تبرز الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية.²

الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال الحق

سنتطرق في هذا الفرع إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي، ودور موقف فقهاء القانون والشريعة

أولا - المقصود بالتعسف في استعمال الحق لغة واصطلاحاً:

1) المقصود بالتعسف لغة:

التعسف مأخوذ من فعل عَسَفَ، يَعْسِفُ، عَسْفًا الذي يعني السير بغير هدى، والأخذ على غير الطريق وكذلك التعسف والإعتساف.

ويقال عَسَفَ الطريق : أي سار فيه على غير هدى ولا وجادة و عَسَفَ عنه : مال وعدل ويقال عَسَفَ عن الطريق أي عدل وحاد، وعَسَفَ الأمر : فعله بلا روية ولا تدبر وعَسَفَ فلانا : أخذه بالقوة والعنف وظلمه، وعَسَفَ السلطان أي ظلم وتعسف، وتَعَسَّفَ فلان فلانا : إذ ركبته بالظلم ولم يصنّفه³.

¹ - المادة 690 من الامر 58/75.

² - وزارة عوطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 52.

³ - ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر للنشر الطبعة الرابعة، لبنان، 2005، ص 245.

(2) المقصود بالتعسف في استعمال الحق اصطلاحاً:

اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف بناء على اختلاف نظرهم إلى طبيعته، حيث عرف الفقيه سالي عرف بأنه " انتفاء الحق وليس إساءة استعماله".¹

ويرى الدكتور رشيد شمشم " أن التعسف في استعمال الحق هو انحراف عن غاية الحق لهذا وجب تحديد الغاية التي شرع من أجلها الحق في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، وغاية الحق ترتبط بمفهوم آخر هو طبيعة الحق، فإذا اعتبرنا الحق مطلق فإننا نعدم الغاية التي من أجلها شرع، بل سنعتبر الحق في حد ذاته غاية وإذا قلنا أن الحق مقيد ونسبي أفسح لنا المجال للتحدث عن غايته".²

وعرف " جوسران " الذي يرى بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية، فاستعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا كان متفقاً مع غاية الحق و روحه، وهو ما يخرج عن التعسف من مدلول الخطأ العادي، و يثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كما في الخطأ التقليدي. إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أنه يفتح المجال لتحكم القضاة عن الغرض الاجتماعي يخرجهم من نطاق وظيفته و هي تطبيق القانون إلى البحث في النواحي السياسية و الاجتماعية، وذلك لأن غائية الحق ترتبط بهذه المفاهيم.³

التعسف صورة من صور الخطأ: يرى هذا الجانب من الفقه بأن التعسف خطأ بدون الخروج عن الحدود الموضوعية للحق و يرون بأن للخطأ صورتين:

الأولى تقليدية: تتمثل في الإخلال بحق الغير و ذلك بالخروج عن حدود الرخصة التي أباحها له القانون أو الخروج عن حدود الحق و هذا هو المفهوم التقليدي للخطأ و بموجب هذه الصورة من الخطأ لا يسأل صاحب الحق إذا لم يخرج عن حدود حقه إذ هذه الصورة لا تستوعب التعسف.

الصورة الثانية حديثة: و تتمثل في الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه ملتزماً حدود هذا الحق.

¹ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، لبنان، 1977، ص 315.

² - رشيد شمشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص 10.

³ - رشيد شمشم، مرجع نفسه، ص 56.

فالمعيار في كلا الصورتين هو التقصير من عناية الرجل اليقظ، وفي الصورة الثانية وجه التقصير يتمثل في صاحب أثناء استعمال حقه لم يبذل عناية الرجل اليقظ في منع الإضرار بالغير، و لهذا اعتبر استعمال الحق خطأ تقصيري.¹

وعرف الأستاذ بلحاج العربي " التعسف في استعمال الحق هو انحراف في مباشرة السلطة من السلطات الداخلية في حدود الحق، أي كان صاحب الحق يعمل داخل نطاقه، ولكن يتعسف في استعمال هذا الحق فالشخص الذي يقيم بناء على أرضه، فيجاوز هذه ويبنى على جزء من أرض جاره، إنما يخرج عن حدود حقه، بينما الشخص الذي يقيم حائطا مرتفعا على أرضه يقصد حجب النور والهواء عن جاره، اضرارا به لا يخرج عن حدود حقه، ولكنه يتعسف في استعمال هذا الحق."²

المطلب الثاني: معايير وموقف التشريعات من أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

اجتهد الفقه القانوني و الإسلامي لتحديد المعايير، ولم يتفقوا على مفهوم موحد للتعسف في استعمال الحق ويرجع هذا الاختلاف في المدارس الفقهية وبتالي سوف نعرض في الفرع الأول معايير التعسف في الفقه القانوني والإسلامي، أما الفرع الثاني موقف المشرع من النظرية الجزائرية و القانونية.

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني و الاسلامي

هؤلاء الفقهاء يبدو لم يجمعوا على مفهوم واحد للتعسف، أي لم يتفقوا على معيار أو مقياس عام يتميز بيه التعسف عن غيره، ويتحقق به، و الواقع لنظراتهم في شأن هذا التحديد.³

أولا: معايير التعسف في الفقه القانوني

ثار جدال فقهاء المذاهب الغربية و الاشتراكية في وجهتهم و آراءهم للحق، و حدود كل معيار و تصرفاته التي ينظر إليها.

¹ - علال قاشي، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، اطروحة الدكتوراة، 2013-2014 ص 87.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 111.

³ - فتحي الذريفي، المرجع السابق، ص 317.

1- المعايير الشخصية " الذاتية "

يعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسف، ولذا فهو يمثل التعسف في صورته البدائية الضيقة.¹ و ذلك ناتج عن كثرة استعمال الأفراد لحقوقهم من القدم بهدف الإضرار بالغير ويكون الشخص متعسفا في حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، فالحقوق تتقرر لتحقيق المصالح لا الأضرار، فمعيار التعسف هنا قوامه وجود قرينة الإضرار لدى صاحب الحق حيث يكون قصد الإضرار وهو العامل الأساسي الذي دفع صاحب الحق غالى استخدام السلطات التي يتضمنها فيعتبر صاحب الحق متعسفا ولو نتج إذ استعمل منفعة غير مقصودة ولكن بصفة ثانوية، مثال ذلك المالك الذي يبني جدرا مرتفعا أو يزرع أشجارا كثيفة متعسفا في استعمال حقه حتى لو زادت منفعة الأرض، بل و لو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة مادام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار، و مادام أن الأصل في الإنسان حسن النية و أن يستعمل حقه بطريقة شرعية فيحجب إثبات أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الإضرار بالغير وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك بكل الطرق.²

2- المعايير الموضوعية " المادية "

يرى أصحاب هذا المعيار، أنه من العسير البحث عن القصد والنية أو تثبيتها فضلا عن ذلك، يفسح المجال أمام القضاء للتحكم كما لا يتوقع صاحب الحق أن يقر بقصد الإضرار، ومنه تقل أهمية الأخذ بالمعيار الذاتي. حيث اتجه الأستاذ سالي أن علة التعسف تتحقق في الاستعمال غير الطبيعي أو العادي للحق والظروف والبيئة بما فيها العرف التي تحدد ما إذا كان الاستعمال عاديا أم غير عادي، والمقصود أن الاستعمال يتنافى الغرض الاجتماعي والاقتصادي.

ويتفق الأستاذ جوسران مع الأستاذ سالي إذ يعتبر جوسران التعسف هو استعمال الحق على وجه يتنافى الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله.

¹ - فتحي الذريبي، مرجع نفسه، ص 318.

² - سعاد بلجورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانوني الوضعي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2014، ص 68.

يفهم من هذا إذ يعتبر الحق شرع وسيلة إلى ذلك الغرض، وليس غاية في ذاته.¹

ثانيا: معايير التعسف في الفقه الإسلامي

1- المعيار الشخصي أو الذاتي

يبحث هذا المعيار عن العوامل النفسية والبواعث الكامنة في ذات صاحب الحق، والتي تقف من وراء استعماله لحقه، وأطلق على هذا المعيار صفة المعيار الشخصي لأنه بشخص أو بذات صاحب الحق لا بالفعل، وعليه اعتبر الفقهاء التعسف قائما وفق هذا المعيار في حالتين:²

أ- معيار تمخض قصد الإضرار

والقصد بإضرار الغير ممنوع في الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه،³ يقصد به توجه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين، حتى لا تتوافر نية أخرى سوى الإضرار، أن يكون هذا الإضرار غاية راجحة قياسا بنية النفع التافهة، و الشريعة الإسلامية تمنع القصد إلى الإضرار، و تمنع الفعل المؤدي إلى ذلك بالتبعية،⁴ وقد ثبت هذا بالكتاب و السنة و لقوله تعالى: " و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، و أن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ".⁵

و قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرار ولا ضرار ".

وجه الدلالة: دل الحديث على تحريم الضرر بجميع أنواعه، بأي وجه كان إلا ما خص بدليل، ودل نفي جواز الضرر على النهي الشديد عنه، لأن النهي لطلب الكف عن الفعل، والفعل الضار يتعلق بكل تجاوز من شخص على آخر، سواء كان ذلك التجاوز المضر يلحقه في نفسه، أو ماله، أو كرامته غير أنه من لصعوبة الكشف عن نية الإضرار باعتبارها من الأمور السرية لا بد بالإستعانة من الأمور الظاهرة للكشف عنها، وهو ما يعرف بالقرائن وهي متعددة منها انتفاء المصلحة المشروعة، و ذلك بأن لا يكون الشخص منفعة من استعمال حقه و مع ذلك يترتب عليه ضرر

¹ - فتحي الذريبي، المرجع السابق، ص322.

² - رشيد شمشم، المرجع لسابق، ص175.

³ - فتحي الذريبي، المرجع السابق، ص243.

⁴ - سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أكلي محمد أولحاج، 2013، ص23.

⁵ - سورة البقرة، الآية، 280.

بالغير، وكذلك يمكن تبين قصد الإضرار من خلال تفاهة المصلحة التي يريد صاحب الحق الوصول إليها بالقياس إلى ما يترتب عن فعله من أضرار فاحشة.¹

ب- معيار المصلحة الغير المشروعة

عرفنا التعسف في تعريف وقلنا، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع، لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، و مخالفة قصد الشارع باطلة، و بالضرورة كل ما أدى يكون باطلا.

وتحقيق غرض غير مشروع يكون نتيجة حيلة يستعملها صاحب الحق، فيكون عمله باطلا لأنه ابتغى الوصول إلى غير ما شرعت له الأحكام، و في هذا يقول الإمام الشاطبي: " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد خالف الشريعة، و كل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل."²

ويكشف الغرض غير لمشروع عن طريق القرائن مثله مثل معيار تخض قصد الإضرار لأن كلاهما يعتبره الفقه الإسلامي معيار ذاتي، ومع ذلك فقد يبدو أن معيار الباعث غير مشروع معيار موضوعي إذ ينظر فيه إلى المصلحة غير المشروعة بغض النظر عن النية، و هذا صحيح إلا أن هذا المعيار ينظر أساسا إلى الباعث، فإذا كان غير مشروع اعتبر صاحب الحق متعسفا.³

2- المعيار الموضوعي

أ- معيار انعدام التناسب بين مصلحة الحق و الضرر للحق بغيره من الأفراد: في هذا المعيار نجد صاحب الحق لا يتمخض قصد الإضرار، بل قد يدعي أن له مصلحة مشروعة،⁴ إذ قصد صاحب الحق تحقيق مصلحة مشروعة له ولكن هذا الاستعمال ضرر بالغير أعظم من المصلحة التي يجنيها صاحب الحق اعتبر متعسفا في استعمال حقه عملا بالقاعدة الفقهية: "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"، و من باب أولى يعتبر التعسف قائما إذا كانت المصلحة التي

¹ - سعدة شرقي، المرجع السابق، ص 23.

² - فتحي الذريبي، المرجع السابق، ص 252.

³ - رشيد شمشم، المرجع السابق، ص 183/182.

⁴ - فتحي الذريبي، المرجع السابق، ص 266.

يجنيها تافهة وضيئلة مقارنة بما يلحق الغير من ضرر، و قد تكون ضالة المصلحة قرينة على قصد الإضرار، و في هذه الحالة يحكم الفعل المعيار الشخصي لا الموضوعي.

ومن المقرر شرعا أن الحقوق في الاسلام تصدر عن الشارع مقيدة، و أن الله تعالى عندما أعطى هذه الحقوق قيدها بعدم الإضرار، و لكن يجب ألا تكون المحافظة على دفع الضرر عن الغير مؤدية إلى الإضرار بصاحب الحق الذي ثبت له ابتداء، فإن هذا المعيار مبني أساسا على الموازنة بين مقدار الضرر الذي ينزل بالغير، و مقداره المصلحة التي يجنيها صاحب الحق أو الضرر النازل به من جراء منعه من استعمال حقه.

ومن تطبيقات ذلك ما جاءت في مجال الملكية، قضية سميرة بن جندب، حيث أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بقلع النخلة حينما رأى أن الضرر اللاحق بصاحب البستان أكبر من الضرر اللاحق بصاحب النخلة.¹

ب- معيار الضرر الفاحش: قرر الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة في العلاقات الجوارية،² إذا كان المالك وهو يستعمل حق ملكيته، قد أضر بجاره، فليس للجار أن يرجع على جاره في الضرر الفاحش التي لا يمكن تجنبها و إنما له أن يطالب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.³

وفي تعريف الضرر الفاحش تنص المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية لدولة لبنان الصادرة في 1991 "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء، كالسكن أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه،⁴ نستخلص أن نظرية التعسف ترتبط أساسا بالنتائج المترتبة على استعمال الحق لا بمضمونه، أي بالسلطات الممنوحة لصاحب الحق، لان من المفروض المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات لم يجاوزها، أو بعبارة أخرى، أن نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق.⁵

¹ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 158.

² - فتحي الذريفي، المرجع السابق، ص 269.

³ - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته، مجلة العدل، العدد الثاني و العشرون، السنة التاسعة، ص 34.

⁴ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 187.

⁵ - فتحي الذريفي، المرجع السابق، ص 269/ 270.

الفرع الثاني: موقف التشريعات من أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

اختلفت التشريعات في معايير التعسف و توضيح هذا الاختلاف هو جد ضروري لأنه يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف، فيما أخذت بعض التشريعات بالمعيار الشخصي، وتبنت تشريعات أخرى بالمعيارين الشخصي والموضوعي.¹

أولاً: موقف المشرع الفرنسي في نظرية التعسف في استعمال الحق

نص القانون الفرنسي في المادة 74 من القانون المدني:

" doit également réparation celui qui a cause un dommage a autrui en excédant dans l'exercice de son droit, les limites fixées par bonne foi ou par le but en vue du " quel ce droit lui a été conféré²

وترجمتها باللغة العربية: " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه، حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا للحق "، المشرع الفرنسي أخذ بالمعيارين الذاتي و الموضوعي حيث يعتبر الشخص متعسفا إذا استعمل حقه قصد الإضرار بالغير، هذا هو المعيار الذاتي، أو استعمله لغرض اجتماعي أو اقتصادي يخالف غرض الحق الذي من أجله شرع الحق، و هذا معيار مادي

ثانياً: موقف المشرع المصري من نظرية التعسف في استعمال الحق

نص المشرع المصري في المادة الرابعة على مبدأ عدم المسؤولية عن الضرر الذي يترتب عن الاستعمال المشروع للحق و في المادة الخامسة حدد المعايير التي على أساسها يكون استعمال الحق غير مشروع و بمعنى آخر التعسف في استعمال الحق.

¹ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 126.

² - Mazeaud: leçons de droit civil, obligation théorisée générale, 2^{ème}, éditions Montchrestie paris, 1978 p 451.

تنص المادة 4 و 5 من القانون المدني، ونصت المادة 4 على ما يلي: " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"، ونصت المادة 5 منه على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- إذا لم يقصد به سوء الإضرار بالغير.
 - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ."
- وينبغي ملاحظة أن التقنين المدني المصري وضع نصوص النظرية في الباب التمهيدي، ليجعل منها مبدأ يسود جميع نواحي القانون دون إقامة هذا المبدأ على غير أساسه القانوني وهو أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري وبذلك يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، والمعيار الذي أخذ به التقنين المصري معيار موضوعي مجرد وهو الانحراف عن سلوك الرجل العادي. غير أن هذا المعيار لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي عدتها نص المادة.¹

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من نظرية استعمال الحق :

1- الأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني 1975 .

أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني الجزائري² و هي "يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ."

كان هذا النص محل نقد من حيث الشكل و الموضوع كما يلي:

¹ - محمد صبري سعيد، المرجع السابق، ص 61/60.

² - القانون المدني 58/75

أ. من حيث الشكل:

نظم المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية" و تناول النظرية في المادة 41 من الفصل الأول تحت عنوان "الأشخاص الطبيعية و عنوان الفصل الثاني " بالأشخاص الاعتبارية " مما قد يفهم معه ولو ضمنا أن هذه النظرية لا تنطبق على الأشخاص الاعتبارية، مادام أنه خصص لها الفصل الثاني و النظرية مدرجة في الفصل الأول.

ويقول الأستاذ الدكتور علي علي سليمان: "إني أخذ على القانون المدني الجزائري، أنه حشر النص على التعسف بين أحكام الأهلية في حين أنه لا توجد هناك أي علاقة تربط بينهما"¹.

ب. من حيث الموضوع:

إن المشرع الجزائري و على خلاف المشرع المصري، الذي أستمد أحكام هذه النظرية من المشرع الفرنسي، و على خلاف كثير من التشريعات الأخرى لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه: "من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير" ، المادة 4 من قانون مدني مصري.

لأن نظرية التعسف هي استثناء من هذه القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة، كما أن المشرع حدد نطاق النظرية تحديدا حصريا في المعايير الثلاثة التي تناو لها و ذلك باستعمال عبارة تفيد ذلك و هي عبارة "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية " فعبارة الأحوال التالية تفيد أن المعايير واردة على سبيل الحصر و بذلك يكون المشرع قيد القضاء في العمل الاجتهادي عن معايير أخرى تنسجم من نظرية التعسف في استعمال الحق.²

2. تنظيم التعسف في استعمال الحق بعد تعديل سنة 2005

أورد المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة الالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2003، ص 222.

² - فاطمة الزهراء تبوب مولودة راجحي، المرجع السابق، ص 36 / 37.

10 / 05 حيث أن المشرع ألغى المادة 41 و نقلها إلى نص المادة 124 مكرر: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.¹

نص المشرع الجزائري في وضع المادة في القسم الأول الخاص بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية من الفصل الثالث تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لان التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير و يولد التزاما بالتعويض و بالتالي فإنه انسب للنظرية - إن لم يكن في النصوص الأولى من الباب التمهيدي - هو هذا المكان و لو من الناحية الشكلية،² و تم بهذا يحسم مسألة تأصيل التعسف في استعمال الحق، بحيث أعتبر شكلا و مضمونا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري. وإضافة كلمة "خطأ" للمادة 124 مكرر من القانون المدني لم يعد هناك مجال للشك في انطباق نظرية التعسف في استعمال الحق على الشخص المعنوي خصوصا بعدما عدل المشرع صياغة المادة الأخيرة و غير لفظ "المرء" الذي يفيد الإنسان أو الشخص الطبيعي بلفظ "الشخص" الذي يفيد الإنسان كشخص طبيعي و الأشخاص الاعتبارية.³

ولكن يلاحظ أن صياغة المادة 124 مكرر عند النص أن الشكل: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية": حملت معنى لم يقصده المشرع أصلا، ذلك لأنه يفهم من هذه الصياغة أن التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ في الأحوال التي ذكرها النص أما في غيرها من الأحوال التي لم تذكر فلا يشكل التعسف فيها خطأ و إنما يقوم على أساس آخر، و من ثم فهذه الصياغة جاءت مرتكبة⁴، وعليه فإن تكييف التعسف حسب هذا النص صار واضحا لا يدع أي شك فالتعسف هو خطأ تقصيري بوجه عام وعلى الأخص إذا اتخذ إحدى الصور الثلاث التي عددها المادة و هي مجرد أمثلة يستدل بها القاضي.⁵

¹ - الأمر رقم 58/75 المتعلق بالقانون المدني.

² - سعاد بلجورابي، المرجع السابق، ص 63.

³ - فاطمة الزهراء تبوب المولودة راجحي، المرجع السابق، ص 40.

⁴ - فاطمة الزهراء تبوب المولودة راجحي، مرجع نفسه، ص 41/40.

⁵ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 59.

الفصل الأول:

صور التعسف في القانون المدني

تمهيد:

التعسف في استعمال الملكية الخاصة يعتبر من أهم الصور في استعمال علاقات الجوار بين المالك والجار و بذلك يكون المشرع الجزائري قيد الملكية الخاصة بقواعد من القوانين التي ترد على حق الجوار وقد نظمها المشرع من المواد 691 إلى 711 من القانون المدني، حيث حول القانون لصاحب الحق سلطة الاستغلال و الاستعمال في ملكيته و أن لا يلحق الضرر بجاره و إلا اعتبر متعسفا في حقه، أما في مضار الجوار غير المألوفة التي أقر عليها المشرع وتقع مسؤولية الجار عند الاختلال بالتزامات الجوار و ينتج عنها تعويض مقابل الضرر الذي يلحق المالك بجاره، وتحقق مسؤولية المالك في تسببه لجاره ضرر غير مألوف¹.

إن مختلف صور التلاصق تتقرر بحكم الطبيعة و الضرورات الاجتماعية، و على ممالك أن يسمح لجاره بأن يجري الماء في أرضه للشرب والسقي، إذا كان المالك لا يستطيع المرور في الطريق العام إلا في ملك جاره جاز له إحداث طريق في هذه الملكية، و على كل مالك لا ينبغي له أن يظل على جاره بإحداث فتحات و نوافذ تكشف ما يدور في المنزل، وإذا أراد فتح مناور فعليه أن يراعى لشروط القانونية².

وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين أعرض في المبحث الاول إلى تحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، أما المبحث الثاني صور اخرى للتعسف في القانون المدني .

¹ - زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 54.

² - علاء قاشي، المرجع السابق، ص 133.

المبحث الأول: تحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

إن حق الملكية يعتبر من أوسع الحقوق نطاقا فيخول لصحابه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، بل المالك مقيد في ذلك حتى لا ينحرف عن الهدف المشروع ولا يلحق أضرارا بالغير وتتمثل في تأثير علاقات الجوار في فكرة التعسف في استعمال الملكية الخاصة، و سنتعرض في (المطلب الاول) مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، وصوره التعسف في مضار الجوار غير المألوفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق العقارية الخاصة

تطرقنا فيما سبق إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق من خلال المطلب الاول من المبحث التمهيدي، حيث إذا كان القانون يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه، فإنه يحميه طالما أنه كان يسعى إلى تحقيق المصلحة المشروعة من وراء هذا الاستعمال، فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلت عنه الحماية القانونية لأن الشخص حينئذ يكون متعسفا في استعمال لحقه مما يلزم صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر نتيجة الاستعمال المنحرف الذي يحيط به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي¹.

ومن هذا المنطلق رأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الفرع الأول معايير التعسف في استعمال الحق، الفرع الثاني إثبات و جزاء التعسف في استعمال الحق، الفرع الثالث المفهوم القضائي و تطبيقات نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة

1- قصد الاضرار بالغير

يعد هذا المعيار من أقدم معايير التعسف و أكثرها شيوعا لأنه كثيرا ما يسخر المالك حقه بمجرد تحقيق مأرب شخصي للإضرار بجاره،² يعتبر هذا المعيار معيارا ذاتيا، أو شخصيا بحتا لأنه يتعلق بالقصد والنية بمعنى أنه ينظر أساسا إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أي فائدة، كان متعسفا في هذا الاستعمال.³ مثل أن يغرس المالك اشجارا في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، ويؤخذ

¹ - منى مقلاتي، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، الجزائر 2014/2015 ص 11.

² - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني، مكتب دار الثقافة، عمان، 2005، ص 68.

³ - احمد الصويغي شليبيك، المرجع السابق، ص 29.

على قصد المالك الإضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق الجار. فيعتبر متعسفا المالك الذي يقيم حائطا في حدود ملكه بستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له.¹

إذا وقع ضرر وتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في الاستعمال، امكن اعتبار انتفاء المصلحة أو تفاهتها قرينة على توافر قصد الإضرار، فمعيار التعسف في هذه الحالة ذاتي، يقتضي الكشف عن نية صاحب الحق عند استعماله، فلما كانت النية أمرا نفسيا داخليا لا يمكن الكشف عنها إلا بالاستعانة ببعض المظاهر الخارجية، وعلى ذلك فقصد الاضرار يمكن الاستدلال عليه من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها.²

2- إذا كان يرمى للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير

هذا المعيار هو معيار موضوعي،³ وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الحق،⁴ ويتبين أن المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب النية مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ومن يفعل ذلك فهو إما عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضر الاضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها.⁵

وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات عديدة لهذا المعيار نذكر من بينها ما يلي:

1- هدم الحائط الفاصل

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 708 من القانون المدني " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط."⁶

¹ - عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، اجزاء 8، المرجع السابق، ص 690.

² - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 65/64.

³ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 128.

⁴ - عبد الرحمان ملزي، المرجع السابق، ص 34.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية الجزء 8، المرجع السابق، ص 691.

⁶ - الفقرة الثانية من المادة 708، من الامر 58/75.

والعذر القوي " و الاصح هو كلمة قوي كما ورد في النص الفرنسي بدلا من كلمة قانوني " كما ورد في المادة بين المصلحة الجدية والتي يرمى مالك الحائط الى تحقيقها ومصالحته هنا تقدم لأنه يتصرف في ملكه، إما إذا لم ستنند في ذلك إلى عذر قوي فيعد متعسفا وترجح مصلحة الجار.¹

ب- الالتصاق بالعقار

وردت في الأحكام المتعلقة بالالتصاق بالعقار، حالات عديدة استعمل فيها المشرع معيار الموازنة بين الضرر والصلح، من بينها:

نصت الفقرة الأولى من المادة 785 من القانون المدني على أنه " إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في اقامتها فليس لصحاب الأرض أن يطلب الإزالة، و إنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد و أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها "، فإذا طلب مالك الأرض نزع المنشآت يكون متعسفا وجزءا تعسف أنه لا يجاب في طلبه بل يمتلك المنشآت المعاوضة، وذلك لان الضرر الذي يصيب صاحب المنشآت أكبر من المصلحة التي يحققها.²

نصت عليه المادة 788 من القانون المدني " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل."، فيكون مالك الأرض متعسفا إذا طلب إزالة البناء لان هذا الطلب يترتب عنه ضرر أكبر من الضرر اللاحق لمالك الارض إذا ما تنازل عن جزء من أرضه، وبذلك فإن القاضي يجبر مالك الأرض على تمليك جزء مشغول من أرضه لصحاب البناء.³

ونصت المادة 790 من القانون المدني على ما يلي: " إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها و إنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الاجنبي كما له أن يرجع على مالك الارض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت."، فهذه المادة رجحت مصلحة مالك المنشآت ودفعت الضرر الذي سيلحقه من جراء نزعها لان هذا الضرر أكبر بكثير من الضرر الذي يلحق مالك المواد وقد لا يكون ثمة أي ضرر يلحقه لأنه سيتلقى تعويضا عن فقدها.

¹ - رشيد شمش، المرجع السابق، ص 129/128.

² - الفقرة الاولى من المادة 785، من الأمر رقم 58/75.

³ - المادة، 788، من الأمر رقم 58/75.

ومن التطبيقات القضائية، قضت محكمة كولمار الاستئنافية الفرنسية في 2 ماي 1800: بدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله، تواجه تماما جاره بقصد إيدائه، وقد قام قضاؤها على أسباب أهمها: من حيث المبادئ تقضي بأن حق الملكية هو حق مطلق، يبيح لصاحبه استعمال ما يملك استعمالا سليما أو إن يسئ استعماله، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يجب أن يكون لاستعماله ثمة مصلحة جدية مشروعة.

إذ تأبى قواعد الاخلاق، و العدالة، تأييد ما يصدر عن سوء طوية، وما يقترف عن مجرد هوى جائر ولم يحقق لصحابه منفعة شخصية، ولكن يحدث ضررا جسيما للغير، وقد تبع هذا الحكم أحكاما عديدة تقضي بذات المبدأ و الأسباب.¹

3- إذا كان الغرض من استعمال الحق تحقيق مصلحة غير مشروعة

يتضح أن هذا المعيار يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي باعتبار أن تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، و يأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مال الفعل، وما إن كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة، وتضمنت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يلي: إن معيار المصلحة غير المشروعة - وإن كان ماديا في مظهره - إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الاساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة.²

كما تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب، فإذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي المشروعية عن المصلحة ويتحقق ذلك في عدة صور كتخصيص المالك لمنزله لمقابلة مخالفة للآداب أو لتعاطي المخدرات.³

والمالك الذي أسلاكه شائكة، أو أعمدة عالية في حدود ملكه لعرقلة هبوط طائرات، حتى يفرض على شركة الطيران، التي تحبط طائرتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمان مرتفع، فليس وضع المالك الاسلاك الشائكة، أو الاعمدة العالية في أرضه لتحقيق مصلحة مشروعة، بل لإحراج شركة الطيران و التضيق عليها وحملها قصرا على شراء أرضه بمبالغ طائلة، فهذا تصرف في الحق بدافع غير مشروع ويستهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة.⁴

¹ - احمد الصويبي شليبيك، المرجع السابق، ص 39.

² - فتحي الدبرني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 574.

³ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 67.

⁴ - احمد الصويبي شليبيك، المرجع السابق، ص 59.

الفرع الثاني: إثبات وجزاء التعسف في استعمال الحق

إن التعسف في استعمال الحق أمر ممنوع شرعا وقانونا، باعتبار أنه يخالف ويناقض المقصد الذي من أجله شرعت الحقوق، كما أن هذا التعسف يزيل عن الحق صفة الشرعية، حيث يصبح صاحب الحق بتعسفه، في مركز غير محمي قانونا لذا فإن ثبت على صاحب الحق تعسفه في استعمال حقه- بما سيؤدي هذا في استعمال حقه بما سيؤدي إلى ترتب ضرر يلحق بالغير فإنه يترتب عليه الجزاء، أي أنه سيتحمل مسؤولية عمله وتصرفه ويؤاخذ عليه، متى أثبت المدعي تضرره جراء ذلك، وعليه حتى تكتمل دراسة التعسف في استعمال حق الملكية باعتباره قيذا على الملكية العقارية الخاصة¹.

أولا: إثبات التعسف في استعمال الملكية الخاصة

يقع إثبات التعسف على المدعي طبقا للقاعدة البينة لمن ادعي²، ذلك لأن الأصل في استعمال الحقوق هو المشروعية، وعلى من يدعي مشروعية استعمال إثبات ما يدعيه. وهذا ما كرسه القضاء المصري منذ زمن طويل حيث قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1946/11/28 بأن الأصل أنه لا يحتاج على من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً فلا يكون من ثم مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر³.

إذ يختلف الإثبات باختلاف الصورة التي اتخذها صاحب الحق في تعسفه، وتعد دعوى التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة دعوى عينية عقارية، لأنها تتعلق بحق عيني عقاري تحميه، لذلك فهي تخضع لاختصاص محكمة موقع العقار الذي صدر التعسف من صاحبه، كأن يكون صاحب مصنع استعمل الآلات الميكانيكية حتى في ساعات الليل في منطقة سكنية، فيحدث ضجيجا وصخباً لا يمكن تحمله من طرف الجيران، وإذا أمعنا النظر في هذه الدعوى نجد أنها تتصف بالطابع الشخصي لأنها تعتبر بالدرجة الأولى تقصيرية، فالتعسف قد ارتكب خطأ يسبب قيام مسؤوليته المدنية، لما أحدثه من ضرر للغير⁴.

فإذا ادعى شخص أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره- في عقار هذا الأخير- تعود عليه بضرر كبير يفوق ما يجنيه جاره من مصلحة؛ وجب عليه إثبات مقدار الضرر الذي لحقه، ومقدار المصلحة التي تعود على المالك كي يتنسى للقاضي

¹ - منى مقلاطي، المرجع السابق، ص 33.

² - محمد صبري سعيد، المرجع السابق، 72.

³ - رشيد شمش، التعسف في استعمال الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 137.

⁴ - منى مقلاطي، المرجع السابق، ص 34.

أن يوازن بينهما. أما إذا ادعى أن أعمال الحفر التي يقوم بها المالك في ملكه إنما هي بقصد الإضرار به، فإن الإثبات لا يكون سهلاً، لأن قصد الإضرار هو من البواعث النفسية التي يصعب الوصول إليها.

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

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

في ذلك اعتبر القضاء مثلاً أن المالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه، تضر بالجار، وكان في وسعه تخريب ملك الجار هذا الضرر، بإقامتها في مكان آخر من البناء، كان متعسفاً في استعمال حقه، وقرينة قصد الإضرار هنا، تتمثل في تخير أكثر الطرق إضراراً بالغير في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.

هاتان القرينتان وإن ذكرناهما على سبيل المثال، إلا أنه يصعب تصور قرائن أخرى تدل على نية الإضرار، بحيث يتبين عملياً أنه لا يمكن كشف نية الإضرار، إلا عن طريقها، وإذا أقام المدعي الأدلة على وجود التعسف، يكون للقاضي السلطة التقديرية في اعتبار الفعل تعسفاً، أو أنه غير ذلك¹.

ثانياً: جزاء التعسف في استعمال الملكية الخاصة.

إذا استعمل الشخص حقه استعمالاً غير مشروع، يكون بذلك قد ابتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق فالقانون منح الشخص المتضرر أن يطلب التعويض من صاحب الحق فهذا التعويض يمثل الجزاء على التعسف في استعمال

¹ - منى مقلاتي، المرجع السابق، ص 36.

الحق عن الأضرار المترتبة عليه¹، و هو الجزء الذي أوردته التشريعات المعتمدة و جعلته في صور ثلاث، فقد يكون وقائيا أو ماليا أو عينيا.

1- الجزء الوقائي: يعتبر هذا الجزء من خصوصيات نظرية التعسف، و يتخذ صورة منع وقع الضرر ابتداء عن طريق منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي، متى كان الضرر متوقعا أو محتملا احتمالا راجحا، و في ذلك تطبيق مسبق لنظرية التعسف، قد تم إلحاقه بنظرية العمل غير المشروع.

إن ربط التعسف بالجزء انطلاقا من البعد الوقائي، يعد من قبل التوسع و المجاز، لان حقيقة الجزء تقتزن بما ترتب على فعل قد وقع، غير أن الطابع الوقائي يهدف إلى منع حصول الضرر، ويعمل على تفاديه من خلال توفير الظروف و الإجراءات التي تمنع تحول السلوك إلى حالة الإضرار، أو بما يترتب عن اجتماع جملة من النتائج و الآثار التي تنتهي إلى إحداث الضرر بالآخرين، و يمكن أن نعرض لصور من الجزء الوقائي، و في مقدمتها حالة الالتصاق بالعقار، فإذا تعدى مالك الأرض و هو يقيم عليها بناءه بحسن نية، إلى جزء ضئيل من أرض جاره، و أصرا الجار على طلب هدم البناء الذي يشغل هذا الجزء فعلى المحكمة ألا تستجيب لطلبه، توكيا للضرر الذي ينجم عن الهدم، و تكتفي بالحكم على صاحب الأرض بالتعويض².

عند التطرق إلى التعويض يمكن أن نسجل أن المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض، وهو ما فعله المشرع الجزائري " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".

عند التطرق إلى التعويض يمكن أن نسجل أن المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض، وهو ما فعله المشرع الجزائري " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."³

2- الجزء المالي: و هو مبلغ يحكم به القاضي على المتعسف بأن يدفعه للمضرور، و القاضي هو الذي يقدر قيمة التعويض اعتمادا على حجم الضرر و أهمية المصلحة التي يدعيها المتضرر طالما أن القانون لا يلزم محكمة الموضوع بإتباع معايير محددة بشأن التعويض المالي.⁴

¹ - سعاد بلحوراي، المرجع السابق، ص 73.

² - منى مقلاطي، المرجع السابق، ص 38.

³ - المادة 124 من الأمر 58/75.

⁴ - علاء قاشي، المرجع السابق، ص 93.

3- الجزء العيني: يكون الحكم بالتعويض العيني كلما كان ذلك ممكناً، كالحكم بتحويل موضع المدخنة التي ترعج الجار أو الحكم بهدم الحائط الذي حجب الضوء و الهواء عن الجار، أو الحكم بإعادة بناء الجدار الذي هدم دون عذر قوي.

ويجوز للمحكمة الحكم بالتعويض بمقابل أي التعويض النقدي، و يكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق وتلافي الضرر اللاحق، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار تلافياً للضرر الذي سيلحقه، و الحكم بالتعويض النقدي عن ما أصابه من ضرر، و هذه الصورة من الجزء هي الغالبة في التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.¹

الفرع الثالث: المفهوم القضائي و تطبيقات نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

أولاً: دور القضاء في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق رغم انعدام الصوص القانونية

لقد لجأ القضاء الفرنسي إلى حل أقام بموجبه مسؤولية المالك أثناء تعسفه و بنى نظرية التعسف على أساس العدالة وحفظ السلام بين الملاك، عن طريق حمل كل مالك على استعمال ملكه لتحقيق الغرض منه و الذي تقرره العدالة، لا لإلحاق الأذى بالجيران، فقد قرر القضاء فكرة الغرض من حق الملكية، رغم أن القانون تأثر بالمذهب الفردي ينبذ فكرة غائية الحقوق و القضاء إذ لجأ إلى هذا الحل فإنه لم يخالف القانون بل لجأ أحد أهم مصادره و هو مبدأ العدالة و الإنصاف، كما أنه أعطى لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تفسيراً واسعاً، و بفضل هذا التفسير استطاع أن يعطي حلولاً لمعظم حالات التعسف فهذه المادة التي تنص على المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ، لم تفرق بين ما إذا كان الفعل الضار قد أتاه الإنسان أثناء استعماله للحرية وما تتضمنه من رخص، أم أثناء مباشرة لحق، فعناصر المسؤولية من خطأ و ضرر يمكن أن تتوافر في الحالة الأولى، إذ لا يمكن إنكار أن استعمال الحق بنية الإضرار أو بإهمال يعتبر خطأ، و القول بعكس ذلك فيه تضيق لنص المادة 1382 بدون مقتضى مما يؤدي إلى فوضى الحقوق و تنازعتها.²

وكان القضاء قد تأثر في ذلك بأقوال بعض الفقهاء فقد قال " إهرنج " في كتابه الحدود " الحدود المفروضة على ملاك العقارات لمصلحة الجيران " لو ترك كل مالك حراً يأتي ما يشاء في ملكه لاستطاع طرد جيرانه أو حملهم أن يبيعوه عقاراتهم بثمن تافه، أو يحفر بالقرب من حائط الجار بما يسبب سقوطه. و في هذه الأعمال فإن المالك لم يتخط حدود ملكه و لن يتعدى مباشرته على الحدود القانونية لملك الجار إذ العلاقات الاجتماعية و ضرورتها قد فرضت تحت اسم حقوق الارتفاق و تحت أسماء أخرى واجبات و ملتزمات و خدمات لا يمكن للمالك أن يتغافل عنها دون ان يخرج عن مبادئ

¹ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 140.

² - رشيد شمشيم، مرجع نفسه، ص 38.

العدالة ويعرض علاقات الجماعة للانقطاع لذا رأى القضاء أنه لا بد من تقييد حق الملكية اعتماداً على مبدأ العدالة و الانصاف في حقيقة الأمر أنه حسب بعض الفقه فإن هذا الأساس ما هو إلا نظرية التعسف و التي لا يمكن تفسير الأحكام القضائية التي صدرت في هذه الفترة إلا على أساسها. و من بين هذه الذي يستعد فيه جاره للصيد ضوئاً بقصد إرهاب حيوانات الصيد و تغييرها فوقها لهذا الحكم فإن أساس مسؤولية المالك هو الخطأ المتمثل في سوء نية المالك في استعماله لعقاره، فالوسيلة التي لجأ القضاء إليها لمواجهة حالات التعسف هي توسيع فكرة الخطأ لتشمل من جانب الخطأ في استعمال الاباحة الخطأ في استعمال الحق.¹

والخلاصة أن القضاء في فرنسا و في ظل انعدام النصوص القانونية التي تنص على التعسف، و في ظل التيار الفردي الذي يرفض نظرية التعسف، استطاع أن يوجه حالات التعسف التي كان يطرحها الواقع العملي بوسيلتين هما:

- إعطاء تفسير واسع لفكرة الخطأ حيث أصبحت المسؤولية التقصيرية تشمل نظرية التعسف في معيارها الشخصي المتمثل في نية الإضرار.

- اعتمد على العدالة، و أقام على أساسها مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة.

و بهذا يكون القضاء قد تصدى للفراغ القانوني، و توصل إلى حلول للمشكلات العلمية رغم عدم اعتماده لمصطلح التعسف صراحة و كانت نظرية التعسف تقوم في هذه الفترة على أساسين الأول تشريعي يتمثل في نصوص المسؤولية التقصيرية و الثاني هو مبدأ نسبية الحقوق و هو الذي يفرضه مبدأ العدالة.²

ثانياً- التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية

ازدهرت نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في القضاء، ومازالت في اتساع مستمر، بتقدم الأفكار الاجتماعية و الاقتصادية، و زيادة روح التضامن بين الافراد في الجماعة، و عرف القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة فاعتبرت المحاكم تعسفاً في جانب المالك الذي أقام على سقف منزله مدخنة كاذبة، أو حدود على ملكه فواصل خشبية،³ أو شجيرات كثيفة، أو

¹ - علال قاشي، المرجع السابق، ص 81.

² - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 41.

³ - العربي بلحاج، النظرية العامة للألتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 131.

حائط من الاسمنت المسلح، أو استبدال حائط بشبكة حديدية لمجرد النور أو الهواء أو الرؤية عن نوافذ الجار، وكذلك امالك الذي يخفر في أرضه ليقطع مجري مياه باطنية عن جاره.¹

المالك الذي يقيم الذي يقيم جدارا على حدود ملكه بقصد منع الغبار و تطلع الجيران ، في حين أنه كان في وسعه تشيده على نحو أقل ضررا بالجار، وذلك يجعل أجزاء الحائط المقابل لمطل الجار من زجاجا غير شفاف يسمح بتسرب الضوء. وفي هذه الحالة اعتمد القضاء على قرينة تخير الطرق الأكثر إضرار بالجار في استعمال الملكية للوصول إلى نية الإضرار.

المالك الذي وضع في النبع الواقع في أرضه فسحبت له دون أدنى فائدة كمية كبرى من مياه النبع المتفجرة في أرض جاره.²

بعد ما ذكرنا بعض التطبيقات في القضاء الفرنسي، وفيما يلي بعض تطبيقات في القضاء المصري إذا استعمل الملك حقه بنية الإضرار بالغير و يؤخذ قرينة على نية الاضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع عمله بالضرر الذي يلحق بالغير، فيعتبر متعسفا المالك الذي يقيم حائطا في حدود ملكه يستر النور و يمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له. وإذا استعمل المالك حقه دون حيطه، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادي وأضر بالجار ضررا بليغا كان مسؤولا مثل ذلك الذي من بيني في أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيرا وإهمالا فيضره جاره³ فيما بين الملاك حق كل مالك محدود بحق الآخر، و أنه حتى في غير حالة الاعتداء على حق مكتسب للجار، يعتبر استعمال حق الملكية تعسفي و غير مشروع وموجب للتعويض إذا قصد المالك منه مجرد الإضرار بجاره لأنه إذا انتفتت الضرورة و المصلحة الحقيقية أصبح استعمال حق الملكية وليد سوء النية ولا يحمي القضاء مثل هذا العمل.

أما في القضاء الجزائري نادرا ما نجد حكما قضائيا يتحدث عن نظرية التعسف في استعمال الحق، ومن بين ما حصلنا عليه؛ قرار مجلس قضاء عنابة الذي قضى بتأييد حكم القالة القاضي بتهديم الجدار الذي بناه المدعي عليه في ملكه وتسبب في منع التهوية العادية والدخول الطبيعي للمرحاض من قبل المدعي، وقرر المجلس أنه إذا كان للجار أ، يني ويرفع جداله كما يشاء، استعمالا لحق الملكية، فإن هذا الاستعمال إذا ألحق ضررا بالغير، يعتبر تعسفا يمنع منه صاحبه.⁴

¹ - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 56.

² - رشيد شميمش، المرجع السابق، ص 141.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المرجع السابق، ص 712.

⁴ - رشيد شميمش، المرجع السابق، ص 143.

المطلب الثاني: صورة التعسف في مضار الجوار غير المألوفة

إذا كان المالك وهو يستعمل حق ملكيته، قد أضر بجاره فليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن أن يتجنبها، وإنما له أن يطالب بإزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.¹

كما قيد المشرع الجزائري حرية المالك في استعمال ملكه وبعدم الإضرار وإحاق الضرر بجاره، ونص عليه المشرع في نص المادة 691 من القانون المدني والتي جاءت على ما يلي: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره.

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."²

ونستخلص أن المالك يستعمل ملكه في الحدود المحدودة قانونا ولا يتجاوز حدود ما لا يضر ملك جاره عليه أن يتحمل أي استعمال قد ينجم من مضايقات ومضار طالما كانت مضار عادية ، ولكن إذا غلا المالك في استعمال في حقه إلى حد الإضرار بالجوار ضرا غير مألوف فإن المالك يسأل عن الضرر.³

الفرع الأول: مفهوم و شروط مضار الجوار غير المألوفة

أولا - مفهوم مضار الجوار غير المألوفة

سننطلق إلى تحديد مفهوم الجوار كالتزام يشمل من القيود الخاصة وهذا القيد التي ترد على الملكية الخاصة ويحمي الجار من الضرر الذي يلحقه من استعمال المالك في ملكه والتمييز بين المضار الغير المألوفة والتعسف في الملكية الخاصة.

¹ - ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، العدد 22، السنة 9، ص 34.

² - المادة 691 من الأمر 75 / 58.

³ - رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر و احكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري اللبناني منشورات حلي الحقوقية، لبنان، بيروت ، 2002، ص 51.

1- مفهوم الجوار لغة:

للجوار في اللغة معان عديدة، لا تخرج عن معنى الالتصاق و القرب، ومنها المجاورة في السكن ، فالجوار لغة بكسر الجيم مصدر فعل جاور ، بمعنى ساكن شخص شخصاً آخر أي أقام قرب مسكنه ، وتجاورا بمعنى جاور بعضهم بعضاً.¹

2- التعريف الاصطلاحي للجوار:

نصت المادة 02/691 من القانون المدني أنه : "... ليس للحار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف...".

فالمشرع الجزائري حين قرر مسؤولية المالك عن الأضرار التي قد يلحقها بجاره ، حدد نوع تلك الأضرار حين وصفها بالأضرار غير المألوفة ، أما إذا تجاوزت تلك الأضرار نطاق الضرر المألوف الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران ، فهو غير مسؤول.

فمسؤولية المالك تقوم فقط عند إلحاقه ضرراً غير مألوف بجاره ، ويعد ذلك اعترافاً من المشرع بوجود التسامح بين الجيران في حال الأضرار العادية والبسيطة أو كما يصفها المشرع بالمألوفة والتي يعد تحملها ضرورة يقتضيها التضامن الاجتماعي كما يعد ذلك استجابة لتطور الحياة في المجتمع ، وازدياد النشاط الصناعي والاقتصادي.²

لم يعمل المشرع الجزائري على ضبط مفهوم الأضرار التي تصيب الجار، حيث اكتفى بوصفها الغير الألوقة و منح الحق للحار في المطالبة بالتعويض عنها إذا تجاوزت الحد المألوف.

اختلف الفقهاء 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 المألوفة هي تلك الأضرار التي يستلزمها الجوار، وينبغي التسامح فيها مراعاة لمصالح الجيران و حفاظاً على حقوقهم المشرعة بالإضافة أنه لا يمكن تجنبها لكونها من ضرورات الجوار.

¹ - ابن منظر، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 617.

² - زرارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن ضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2012، ص 48.

أما بالنسبة للضرر غير المألوف عرف بأنه : " ما يترتب عليه وهن البناء أو هدمه حتى لا يستطيع معه الجار الانتفاع بداره".¹

وعرف أيضا "الأذى الذي يلحق الغير " أو " الأذى الذي يصيب الشص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروع و هذه المصالح إما أن تكون مادية أو معنوية".²

وعرف أيضا الضرر الغير المألوف هو الضرر الذي يزيد على الحد المعهود فيما يتحملة الجيران عادتكم في بعضهم البعض بحكم الجوار ، فإذا زاد الضرر على هذا الحد كان ضررا غير مألوف وجب التعويض عنه.³

و في هذا الشأن خصت المحكمة العليا في القرار رقم 90943 ، الصادر بتاريخ 16 / 06 / 1992 أنه :
" من المقرر قانون أنه على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه غلى حد يضر بملك الجار .

و لما كان الثابت - في قضية الحال - أن النزاع يتعلق بالضرر اللاحق بالمدعى عليه في الطعن النتائج من انتشار الغاز المحروق الآتي من مدخنة حمام المدعى في الطعن . و أن الخبرة أمر بما قصد تحديد الضرر و اقتراح حل لإنهائه عمد الاقتضاء . فضلا على أن شرعية البناءات و مطابقتها للمخططات الموقعة من طرف المصالح الإدارية لا تكون أساس النزاع، ولا يمكن أن تغطي الضرر الملحق - عند الاقتضاء - من أحد الجيران.

وما دام أن قضاة الاستئناف انتقلوا إلى عين المكان ليشاهدوا الضرر، و حرروا معاينة بتاريخ 1900/09/02

ركزوا عليه قرارهم ، وأن النتائج هذا المحضر لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

وعليه فإن قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر و مصدره، و قضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيدا بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك ، مؤسسين قرارهم على المعاينة المنجز المحضر عنها ، فإنهم بذلك طبقوا مقتضيات المادة 691 من القانون المدني التي هي واضحة و تنص على أنه غير مسموح للمالك أن يستعمل حقه في الملكية بصفة تعسفية إضرارا بملكية جاره ، و بالتالي يتعين رفض الطعن.⁴

¹ - سليمي الهادي-شهيذة قادة، أحكام الضرر ضمن أليات دفع المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات البحوث والدراسات جامعة غارداية، المجلد7، العدد2-2014، 89-101، ص94.

² - حوراء عزيز جبير الموسوي، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - مجلة رسالة الحقوق، جامعة كرناء، كلية القانون، السنة الرابعة، العدد الأول، 2012، ص202.

³ - عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية ، المرجع السابق ، ص 696.

⁴ - المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995، ص 101.

ثانيا: شروط مضرار الجوار غير المألوفة

شروط و تحقيق المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة هي:

- توافر صفة الجار .
- مشروعية التصرف من الجار .
- تجاوز المضرار أعباء الجوار أو تجاوز الضرر الغير المألوف .

1. توافر صفة الجار : يظهر من نص المادة 619 أن الجار يتكلم عما يحدثه جاره من أضرار الغير المألوفة ، إلا في

الأضرار الغير المألوفة ، فمن حق المضرور طلب التعويض و إزالة الأضرار التي لحقت به و المشرع اشترط المسؤولية بناء على نظرية مضرار الجوار، أن يملك كل من المضرور و المسؤول صفة الجار، فإذا لم تتم هذه الصفة في المسؤول فلا تنعقد مسؤوليته وفقا لنظرية مضرار الجوار غير المألوفة وبينت المادة 691 من القانون المدني "...و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضرار الجوار المألوفة...."¹، و كما أثار الفقه في تحديد الجوار للنطاق المكاني الذي يتجاوز فيه الأشخاص أو الأموال أيا كانت طبيعتها و سواء كانت متلاصقة أم غير متلاصقة.²

2. مشروعية التصرف من جانب الجار: إن مشروعية التصرف من جانب الجار من أهم شروط تطبيق نظرية مضرار الجوار و تتميز بحالة من حالة إلى حالة اخرى.

ويعني هذا الشرط لزوم إضفاء صفة المألوفية على سلوك الجار او تصرف الأشياء التي تكون تحت حراسته تحقيقا لمصلحة جديدة مشروعة ، متخذة جميع الاحتياطات اللازمة.

وبناء على ذلك إذا أضر الجار جاره و هو يستعمل حقه، و هو في هذا الاستعمال لم يرتكب أي خطأ، و ذلك بعدم مخالفة القوانين، و عدم انحراف سلوك المألوف للشخص العادي و لم يتعسف في استعمال حقه، و لم تكن له مصلحة بالنسبة للضرر الذي يصيب جاره ، فإن المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة تتحقق نتيجة أفعال غير مشروعة.

إذا نتجا ضرر في سلوك المالك، فإن المسؤولية تخرج عن نطاق نظرية مضرار الجوار غير المألوفة و تندرج في نطاق صورة من صور المسؤولية.

¹ - أسماء مكحي، المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر1، 2016/10/19، ص 146.

² - زارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضرار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 41.

إذا كانت الأضرار الناتجة عن سلوك مشوب بعيب لا تخضع لقواعد نظرية مضار الجوار غير المألوفة، بل تخضع لقواعد المسؤولية الأخرى، وأنه لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، لا بد أن يكون السلوك المسبب للضرر مألوف يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة وجدية، مع اتخاذ كافة الاحتياطات الممكنة لتجنب الإضرار بالجوار، و بهذا فإن المسؤولية تخرج عن نطاق فكرة الخطأ.¹

3. تجاوز المضار أعباء الجوار أو تجاوز الضرر غير المألوف:

لقيام مسؤولية، لا بد أن تشكل أضرار غير مألوفة و الضرر هو الأذى الذي يصيب في الشخص حق من حقوقه و مصلحة مشروعة أخرى، و هو الحد الذي يتجاوزه المالك و يدخل ضمن حدود جاره، و هذا راجع إلى عادات المجتمع والعرف، وهذه المسألة ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الموضوع، و مطالبا بالعودة إلى العرف و طبيعة العقارات و وقع كل عقار بالنسبة للأخر، والغرض الذي خصص له.

وتستمد جوهرها إلى ضمير الإنسان في المجتمع، و التي تخضع تطورها في كل زمان و مكان لتطور عوامل الأخلاق في حالة التماثل في عمله، فإن القاضي يكون قد خرق القانون وفي الضرر قوام المسؤولية فإذا لم يتوافر الضرر فلا مسؤولية و الضرر ضرران : مادي و معنوي.

فالضرر المادي قد يصيب الجار في جسمه كأن يصاب الجار المضروب بمرض معين نتيجة استنشاقه غازات ضارة أو أذخنة سامة، و قد يبلغ الضرر حدا بعيدا قد يصل إلى الموت، كما قد يصيب الضرر الجار في عقاره أو محتوياته كتصدع جدران منزله أو تلوثه، كما قد يمتد الضرر المادي إلى حرمان الجار من الانتفاع بملكه و يعد هذا الضرر البارز بين أنواع الأضرار في بيئة الجوار، هذا الضرر عن الضرر المادي، أما الضرر المعنوي فيصيب الشخص في غير ماله كالكرامة و لاشعور والراحة النفسية.²

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن الضرر غير المألوف

إن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة في فرنسا هي من عمل القضاء دون سند تشريعي تقوم.³ كما أن القضاء يرتب المسؤولية عن الغلو في استعمال الملكية، إذا ترتب عن ذلك مضار الجوار غير المألوفة، و هذا ما دعى الفقه المصري والفرنسي إلى البحث عن تكييف قانوني لالتزام عدم الغلو في استعمال الملكية، وبالتالي البحث في أساس مسؤولية مالك العقار في مضار الجوار غير المألوفة، غير أن الجدل الفقهي الذي في الفقه الفرنسي يختلف عن نظيره في الفقه العربي

¹ - أسماء مكي، المرجع السابق، ص 149.

² - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري المرجع السابق، ص 77/76.

³ - تبوب فاطمة الزهراء المولودة راجحي، المرجع السابق، ص 54.

وذلك لأن الفقه الفرنسي لم يستند صراحة إلى نص قانوني في ذلك، فأراد تبرير أحكام القضاء، وردها إلى أساس قانوني معين، ونصت التشريعات العربية إلى التزام المالك بعدم الغلو في استعمال ملكه بما يرتب مضارا غير مألوفة للجار ومن هذه التشريعات نصت المادة 807 من القانون المدني المصري، المادة 691 من القانون المدني الجزائري،¹ وسوف نتناول الآراء الفقهية بين الطائفتين هما رأي الفقه الفرنسي و المصري و موقف المشرع الجزائري:

1- الخلاف الفقهي الفرنسي في تأسيس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة:

أ- أساس عدم الغلو هو نظرية تحمل التبعية:

تقوم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس نظرية تحمل التبعية، فالمالك عندهم قد الحق بنشاطه وهو يستعمل حق ليلحقه ضررا غير مألوف بالجار و المفروض أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه، فيبقى أن يتحمل تبعة نشاطه في استعماله لحق ملكيته، فعليه الغرم كما كان له الغنم ولكن هذا الرأي على الرغم من وجاهته، إلا أنه يعتذر الأخذ به القانون الفرنسي، فالمسؤولية في هذا القانون يجب أن تقوم على الخطأ ثابتا أو مفترضا أما المسؤولية التي تقوم على أساس تحمل التبعية، فلا بد فيها نص قانوني، و النص القانوني يتعلق بمضار الجوار غير المألوفة معدوم.

أنه مادام لا يوجد نص قانوني يتعلق بمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، في التقنين الفرنسي فيكون القضاء الفرنسي الذي يلزم الملك بتعويض الضرر غير المألوف، هو الذي خلق هذا الالتزام، و هو في خلقه إياه كان قضاءً بربطوريا لا يستند إلى القواعد العامة ولا إلى نص تشريعي.²

ب- أساس عدم الغلو هو الالتزام القانوني للجوار

ذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير مألوفة هو وجود التزام نوعي يفرضه القانون على الجار بأن لا يلحق أضرار غير مألوفة، و يشكل خرق هذا الالتزام خطأً موجب للمسؤولية و أورد أصحاب هذا الرأي أن يؤسسوا هذا الالتزام على نص المادتين 651 و 1370 اللتين تنصان أن هناك التزامات معينة تنشأ بين الملاك الجاورين بحكم القانون دون أي اتفاق بينهم.³

وتعرض هذا الرأي إلى انتقاد شديد و تتركز أهم نواحي نقد هذه النظرية في أنه ليس صحيحا و أن نص المادتين 651 و 1370 مدني فرنسي يمكن أن يستخلص منهما مبدأ عام بالالتزام قانوني مضونه عدم الإضرار بالجار، لأن هذين

¹ - منى مقلاتي، المرجع السابق، ص 70.

² - سعدية شرقي، المرجع السابق، ص 45.

³ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 153.

النصين وردا في خصوص ما يسمى بالارتفاقات القانونية، و من ناحية أن الالتزام القانوني لا يصلح أن يكون بذاته أساس للمسؤولية لن الإخلال بذلك الالتزام هو الذي يشكل أساس المسؤولية.¹

ج - أساس عدم الغلو هو واجب الاعتدال في استعمال حق الملكية:

يذهب كثير من شراح القانون المدني الفرنسي إلى أن الغلو المالك يعتبر خطأ في استعماله لمالكه بطريقة تسبب ضررا بالجيران، لأن عليه الاعتدال و عدم الإفراط و المغالاة التي تؤدي إلى أضرار غير مألوفة تلحق الجيران والمعيان في ذلك هو سلوك الشخص الحريص، فكل فكل خروج يتبر عنه خطأ.

ولكن أخذ هذا الرأي أنه وإن كان من المستحب أن يرقى الاعتدال في استعمال الملكية إلى مرتبة الالتزام القانوني، إلا أنه لا يرقى إلى ذلك، وفي كثير من الحالات تترتب مضار الجوار غير المألوفة رغم اعتدال المالك في استعماله، و كما مثال لذلك أنه لا يوجد أي تطرف أو مغالاة في تشغيل مصنع أو مسرح في داخل المدينة، ولذلك يجب الاعتراف بأن الخطأ في حالات الغلو في استعمال الملكية خطأ غير ملموس أو غير محسوس فيجب البحث عن أساس آخر للمسؤولية.

هذه أهم الآراء التي جاءت لتكييف الغلو في استعمال الملكية، و تبرير أحكام القضاء، و التي لم تكن مدعومة بسند قانوني نظرا لافتقار القانون المدني الفرنسي لذلك.

2- خلاف الفقه المصري في تأصيل مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة:

على عكس ذلك ما دار في الفقه الفرنسي من جدل حول تأسيس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، فإن الفقه المصري لم يختلف سوى في تأصيل نص المادة 807 من القانون المدني المصري وردوه إلى وجه معين من وجوه المسؤولية،² وثار جدال واسع بين فقهاء مصر و انقسموا إلى رأيين.

أ- الرأي القائل باعتبار مضر الجوار غير المألوفة خروجاً عن حدود حق الملكية:

حيث يرى الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن مضار الجوار غير المألوفة ليست تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق و هو يقول في هذا "... إن المادة 807 من القانون المدني الجديد قد رست حداً لحق الملكية و ذلك بأن لا يغلو المالك في

¹ - فاطمة الزهراء تبوب المولودة راجحي، المرجع السابق، ص 59.

² - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 155.

استعمال لكة إلى حد يضر ملك الجار، فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعتبر خروجاً عن حدود الحق لا تعسفاً في استعماله.

ب- الرأي القائل باعتبار مزار الجوار غير المألوفة تطبيقاً لمعيار رابع من معايير التعسف في استعمال الحق:

هذا الرأي لا يعتبر المالك مخطئاً إذا غالى في استعمال ملكه، بل يعتبر ذلك الاستعمال ضمن النطاق الداخلي لحدود الحق، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه بأن مزار الجوار غير المألوفة تعتبر تطبيقاً لمعيار رابع من معايير التعسف في استعمال الحق، وهو معيار الضرر الفاحش، ذلك لأن الشريعة الإسلامية التي اعتمد المشرع المصري عليها في صياغة نظرية التعسف في استعمال الحق، تعتبر معيار الضرر الفاحش من معايير التعسف في استعمال الحق. و الرأي الراجح الذي ذهب إليه الأستاذين فتحي الزيني في كتابه " نظرية التعسف في استعمال الحق"، و حسن كيرة في كتابه "المدخل إلى القانون"، هو أن مزار الغير المألوفة ليست إلا تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق.¹

الفرع الثالث: مسؤولية مالك العقار عن مزار الجوار غير المألوفة

يترتب عن تسبب المالك في أحداث أضرار غير مألوفة لجاره، إذا تعسف في استعمال حقه حسب نص المادة 691 من القانون المدني، مسؤولية هذا المالك عما أصاب جاره من ضرر ولا تحقق المسؤولية إلا بتحقيق مزار الجوار، إذ يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالجار قد تجاوز أعباء الجوار المألوفة، وبعبارة أخرى يجب أن يتم هذا الضرر بقدر من الجسامه والخطورة، بحيث يتجاوز من يحدث شدته و استمراريته ما يسود في الحي من اعباء حتى تضىف عليه صفة الاضرار الغير مألوفة، ومن ثم فإذا لم يتجاوز هذا الضرر حد الضرر المألوف فإن الجار المتضرر يلتزم بتحملة دون تعويض.

والواقع أن فرض شروط الضرر غير مألوفة في نطاق العلاقات الجوارية هو أمر تفرطه الموازنة بين حق المالك في استعمال ملكه وبين حق جيرانه في عدم الإضرار بهم جراء هذا الاستعمال، فالعدالة تقتضي التمييز بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف بين الجيران وبالتالي تحميل المالك مسؤولية الاضرار غير المألوفة وحدها.

وتقوم مسؤولية المالك أساساً على تعسفه في استعمال ملكه الى حد الإضرار بغيره ضرار غير مألوف.

¹ - سعدية شرقي، المرجع السابق، ص 46.

ويعد معيار تقدير الضرر من حيث كونه مألوفاً أو غير مألوف معياراً مرناً ويستمد القاضي في تقدير الضرر إلى عدة اعتبارات يقدر من خلالها مقدار الضرر ومقدار التعويض اللازم لدرء ذلك الضرر وكذا كيفية دفع ذلك التعويض.¹

أولاً: تقدير الأضرار غير المألوفة

إن تحديد ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف مسألة موضوعية يترك فيها تقدير لقاضي الموضوع حيث ينظر القاضي في ظروف الحالة وبذلك تتيح مرونة هذا المعيار في مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور وما يستحدثه التقدم الصناعي من صور جديدة.

وفي بيان الظروف التي يعتد بها القاضي في تحديد الضرر غير المألوف، قضى المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 691 على أنه " ...يراعى في تقدير الضرر العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له."

فالحكم على الضرر من كونه مألوفاً أم غير مألوف مسألة تتوقف على ظروف الخاصة بكل حالة، بمعنى أن ضرار معيناً قد يكون مألوفاً في ظروف معينة ولكنه يعتبر غير مألوف في ظروف أخرى، فالمضايقات التي تنتج من دخان المصانع قد تكون ضراراً مألوفاً في حي مخصص للمصانع ولكنه لا يعد كذلك في حي سكني.²

1- العرف:

أي ما اعتاد الناس على تحمله من مضار ما لم يعتادوا عليه، كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر أو يرجع إليها في وقت متأخر فيحدث حركة محسوسة بسيارته، أو كأن تكثر في بيته مناسبات الأفراح والمآتم كل هذه الأضرار مألوفة لا يمكن تجنبها، على الجيران أن يتحملوها.

والنظر إلى العرف يؤدي إلى التفرقة بين ظرف المكان وظرف الزمان، فالأفراح والضجيج يتحملة الجيران في النهار ولا يتحملونه في الليل، وفي الريف يتحملون الجيران ضراراً لا يتحملة أهل المدينة ولا يتحملون ضرر يتحملة أهل المدينة.³

¹ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، المرجع السابق، ص 86.

² - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، المرجع السابق، ص 88.

³ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 148.

2- طبيعة العقارات:

لطبيعة العقارات أيضا اعتبار في تقدير الضرر غير المألوف، فإذا كان العقار محلا عاما أو مقهى أو فندق أو نحو ذلك يتحمل من الضوؤاء أكثر مما يتحملة المسكن الهادئ فما يعتبر ضررا مألوفا بالنسبة إلى هذه الأمكنة العامة يعتبر ضرار غير مألوف بالنسبة إلى المسكن الهادئ وما يعتبر ضرار مألوفا بالنسبة إلى مصنع تدور فيه الآلات ويحتشد فيه العمال وتشد فيه الضوؤاء، قد يعتبر ضرار غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو مستشفى، كما أن طبيعة العقارات تنصرف إلى ماهية العقارات وبالتالي فإن الاهتزازات التي تعد ضرار مألوفا بالنسبة إلى العقارات المشيدة بالإسمنت، قد تعد ضرار غير مألوف بالنسبة إلى العقارات المشيدة بالطين، كما أن الاهتزازات التي تعد ضرار مألوفا بالنسبة إلى العقارات غير المحتوية على جدران زحاجة قد تعد ضرار غير مألوف بالنسبة إلى العقارات المتضمنة جدرانا زحاجية كما في الفنادق والمحلات الحديثة.¹

3- موقع كل عقار بالنسبة للعقار الاخر

و أفضل مثال على ذلك شقق العمارات، فعلى صاحب الشقة الموجودة في الطابق السفلي أن يتحمل بطبيعة موقعه من صاحب الشقة الموجودة في الطابق العلوي ما لا يتحملة هذا الاخير منه.²

4- الغرض الذي خصص له العقار

فالرخصة تبيح إدارة المحل دون أن تكون مسؤولية جنائية على صاحبه، ولكنها لا شأن لها لعلاقة الجيران بعضهم البعض، فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إداريا، لم يمنع هذا الترخيص الجار من الرجوع على مالك المحل.³

ثانيا: أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري فكرة مضار الجوار غير المألوفة في المادة 691 من القانون المدني في قسم الثالث المعنون ب"القيود التي تلحق حق الملكية" من الفصل الأول حق الملكية بوجه عام من الباب الأول "حق الملكية" من الكتاب الثالث المعنون "الحقوق العينية الأصلية و جاءت الفقرة الأولى من نص المادة 691 كما يلي:

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

¹ - فاطمة الزهراء تبوب مولودة راجي، المرجع السابق، ص51.

² - ليلي طلبة، المرجع السابق، ص 51.

³ - زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

من خلال هذه الفقرة يظهر أن المشرع الجزائري ربط مضار الجوار غير المألوفة بالتعسف في استعمال الحق فالمالك الذي يلحق بجاره ضرر غير مألوف يكون متعسفا لاستعمال حقه، فالأساس القانوني الذي تركز عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق، فهو توفر خطأ شخصي في جانب المالك يتمثل في الحالة التي يلتزم فيها المالك الحدود المرسومة لحقه بحيث يستعمل حقه ضمن هذه الحدود و لكنه يتعسف في هذا الاستعمال.¹

هذا الاستعمال في التعسف يشكل خطأ يستتبع قيام مسؤولية، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 1994/11/30 " انصرف المياه القدرة أو وضع النفايات قرب الجار يعتبر استعمالا تعسفيا لحق ملكية و أسسته على المادة 691 و المادة 124 ق م في حين كان يجب أن تؤسس على المادة 41 / 1 من القانون المدني التي نقلها إلى المادة 124 مكرر بعد التعديل لأن هذا الفعل قصد إلحاق الضرر بالجار.

في حين أن المسؤولية المدار الجوار غير المألوفة، قد استبعدت عن هذا الاطار التي ترتسم فيه معالم المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق باعتبار أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أن تظهر في جانب المالك دون أن يستلزم ظهور تجاوز المالك في استعماله لحق الملكية و دون أن يكون قاصدا لإضرار بالغير و إنما يقوم بممارسة حقه بصورة طبيعية وفي حدود الممارسة الطبيعية قد ينشأ ضرر غير مألوف، هذه الممارسة هي التي نتج عنها الضرر و كان للجار أن يتحمل المألوف من المضايقات، و لكن ليس له أن يتحمل ما لا يتحمل الجار في علاقته بجاره.²

المبحث الثاني: صور اخرى للتعسف في القانون المدني

تعتبر الملكية الخاصة قيد من القيود التي أقرها المشرع فلمالك العقار أن يراعي في حدود ملكه بالقيود المتعلقة بالمياه وأن يسمح المالك بمرور المياه في أرضه وأن يراعي الطريق العام لجاره بالمرور. فلا يجوز للمالك أن يفتح نوافذ ويطل على جاره وللجار حق في طلب إزالة النوافذ وعلى الجار أن يراعي في فتح المناور بالشروط القانونية التي أقرها المشرع، و على المالك أن يراعي الحدود الفاصلة بين الملكيات والحائط المشترك و هذه الجوارات أثارت النزعات بين الجيران، حيث قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول تعسف المالك في الحقوق المتعلقة بالمياه، المطلب الثاني صور تعسف الملاصقة للجوار.

¹ - فاطمة الزهراء تبوب المولدة راجحي، المرجع السابق، ص 64.

² - فاطمة الزهراء تبوب المولدة راجحي، المرجع السابق، ص 65.

المطلب الأول: تعسف المالك في الحقوق المتعلقة بالمياه

تستند قيود الجوار الخاصة بالمياه التي فرضها المشرع الجزائري للحد من سلطة المالك لفائدة جيرانه من نصوص القانون المدني الجزائري وبالذات نص المادة 692 ق.م التي نصت على "الأرض ملك لمن يخدمها وتعتبر جميع موارد المياه ملك للجماعة الوطنية .

تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة بالنصوص الخاصة بالثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستعمال، واستغلال المياه".

حيث راعى المشرع تجاور الأراضي الزراعية وحاجياتها لمياه الري والتخلص من المياه الزائدة وذلك عن طريق أرض الجار، وسنتطرق إلى التعسف في المنع في حق الشرب (الفرع الأول)، والمنع في حق المجرى (الفرع الثاني) المنع في حق الصرف (الفرع الثالث).

الفرع الأول : المنع في حق الشرب

أولاً- تعريف حق الشرب

لم يذكر المشرع الجزائري نصا يتعلق بالشرب ويعتبر هذا الحق قيودا من قيود الملكية و يعد حق الشرب أو السقي أهم صورة من صور استعمال واستغلال موارد المياه، وتبرز أهميته من حاجة الأرض الزراعية للمياه وتوقف النشاط الزراعي على ما يتوافر له من موارد مائية.¹

وحق الشرب هو نصيب معين معلوم من النهر، أو نوبة انتفاع بالماء سقيا للزرع، أي زمان الانتفاع به.²

أو الحق في أخذ المياه اللازمة لري الأرض من مجرى مائي " مسقاة أو ترعة" ملوكة لشخص آخر أي هو حق استخدام مياه مسقاة خاصة مملوكة للغير في ري الأرض.³

فالأصل أن الري من المسقاة المملوكة ملكية خاصة هو لمالكها، ولكن لغير مالكة من الملاك المجاورين أيضا ري أرضهم وسقيها من مياه هذه المسقاة، وهنا يظهر قيد على ملكية صاحب المسقاة لمصلحة جيرانه، إذ يلتزم بتمكينهم من

¹ - منى مقلاطي، المرجع السابق، ص 307.

² - على هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 141.

³ - منى مقلاطي، المرجع السابق، ص 308.

استعمال المسقاة لسقي أرضهم من الماء الذي يجري فيها، دون أن يتحمل أي ضرر بمصالحه، بل ينبغي أن يكون قد استوفى حاجته من المياه قبل أن يقوم بتمكين الجيران منها والملاحظ في هذا القيد أن مالك المسقاة له افضلية على باقي الجيران تتمثل في أخذ حاجته من مياه مسقاته قبل السماح لجيرانه بالانتفاع بها، نظرا لأهمية هذه الثروة في حياة كل إنسان.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها رقم 53572، الصادر بتاريخ، 11/05/1988 أنه "من المقرر قانونا أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه و بستانه من مجرى المياه المتنازع فيه، ويكونوا قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، ومتى كان كذلك، استوجب رفض الطعن."¹

ثانيا: شروط حق الشرب

إن إعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة راجحة على مصلحة مرجوحة، فمالك المسقاة مصطلحه في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملا دون شريك له في مسقاته، حتى ولو فاضت فيها المياه يرى أن يستأثر بها ولا يعطيها لجاره، ولن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجوحة ، تنطوي على أنانية لا مبرر لها، وتغلب على هذه المصلحة المرجوحة مصلحة راجحة للجار في أن يحل على حق الشرب من المياه الفائضة في المسقاة وهو في حاجة إليها في حين أن المالك قد أستوفى حاجته.²

ونستخلص من هذا القول ثلاثة شروط لقيام حق الجار في الشرب أو السقي وهي كالاتي:

1- أن يكون للمالك مسقاة خاصة

وهي مجرى ماء معدة للري وينشئه المالك في أرضه لريها، ويحدد القانون أن سلطة المالك مطلقة في الاستئثار بمسقاته بإعطاء الملاك المجاورين حق الشرب عليها لتمكينهم من أراضيهم، وهناك من وصف هذا القيد بالقيد الخطير على حق المالك في الاستئثار باستعمال مسقاته الخاصة.

¹ - وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 103.

² - عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية الجزء 8، المرجع السابق، ص 716.

2- أن يكون المالك قد استوفى حاجته من المسقاة :

لما كان المالك هو الذي أنشاء المسقاة الخاصة على نفقته وتكاليفه أو كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية وهو الذي يقوم بتطهيرها وصيانتها، فإن له ألوية في ري أرضه منها.

فلمالك المسقاة أن يستوفى حاجاته كاملة منها، فيروي أرضه منها ربا كافيا حتى إذا كانت له وسائل أخرى ممكنة للري كبر فهو غير مجبر للجوء إلى هذه الوسائل مادامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لري ملكه.

3- أن يكون الجار في حاجة إلى سقى أرضه

يجب أن يكون طالب حق الشرب من المياه الفائضة في مسقاة جارا للمالك صاحب المسقاة وقد يتعدد الملاك والجوارون، فالبعض يجاور المسقاة ذاتها والبعض يجاور الأرض التي فيها المسقاة ، أو كلهم يجاورن المسقاة ذاتها، فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين إلى هذه المياه، قدم على الآخرين و استوفى حاجته منها قبل غيره إذ يكفي الجوار للأرض التي أنشئت فيها مسقاة ولا ضرورة لأن تكون مسقاة نفسها ملاصقة لأرض الجار.¹

الفرع الثاني: المنع في حق المجري

أولا: تعريف حق المجري

هو حق مالك الأرض في جريان ماء الري في أرض غيره لتصل من موردها البعيد الى أرضه ، فإذا ثبت لاحد هذا الحق فليس لملاك الاراضي التي تجري فيها هذه المياه منعه ، و يتضح من خلال هذا التعريف أن حق المجري قيد قانوني يرد على حق ملكية الاراضي التي تتوسط بين مورد الماء و الارض البعيدة عنه.²

والمقصود به حق مالك الارض البعيدة عن مورد المياه في ان تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه وغرسه ، فيثبت حق المجري لصاحب الارض البعيدة ، بمرور المياه من مصدرها البعيد عبر أرض الجوار لتصل الى أرض صاحب المجري.³

¹ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 110/109.

² - على هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 242.

³ - العربي بلحاج، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 506.

ونستخلص من هذا التعريف ثبوت حق المجري وهي تحقق البعد عن مورد المياه من ناحية ، وعدم كفاية المياه لحاجة الارض البعيدة من ناحية ثانية.¹

ثانيا: شروط حق المجري

يتحقق حق المجري حين لا تكون للجار وسيلة أخرى لوصول مياه الري عن طريقهما، فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للري ، كأن يستطيع ري أرضه ربا كافيا عن طريق بئر أو مروى آخر، يحصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين، فليس ثمة حاجة إلى حق مجري في أرض الجار، إذ هو في غنى عنه بالوسائل الأخرى و بشرط أن تكون هذه الوسائل كافية لري أرضه ربا كافيا.

ينبغي على مالك العقار المستفيد أن يحفظ المجري بحالة جيدة بحيث لا ينشأ عنه ضرر للأراضي التي يمر فيها، وعلى مالك العقار الذي فيه المجري أن يسهل له الوصول لإجراء أعمال التعمير و الإصلاح.²

إذا قام مالك الأرض بمنع جاره من وضع قنوات للاستفادة من المياه ولا يوجد له مورد آخر أو كانت موارده غير كافية لري أرضه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، فعلى الرغم من مصلحته من الانتفاع بأرضه كاملة، لكن هذه المصلحة ضعيفة مقابل الضرر اللاحق بالجار.³

الفرع الثالث: المنع في حق الصرف

أولا: تعريف حق الصرف

حق الصرف أو المسيل وهو الذي بموجبه يحق لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره، بعد أن يستوفي الجار حاجته.⁴

والمقصود بحق الصرف هو الحق الذي يسمح لمالك الأرض البعيدة في تصرف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن حاجة أرضه، بمرورها في أرض الغير، وصولا إلى مصرف عمومي أو مصرف خاص مملوك لجاره، ومن ثم فإن حق الصرف هو أيضا

¹ - على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 242.

² - زارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، المرجع السابق، ص 113.

³ - سعاد بلحوراي، التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها) أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الانزراطية الاسكندرية، 2007 ص 44.

قيد قانوني مفروض على ملكية عقار لمصلحة عقار آخر وحكمه مثل حق مجرى ليس لأحد منعه إلا اذا حدث ضرر واضح، لان الضرر يزال ولو كان قديما.

فيثبت حق الصرف قانونا حق الصرف للمالك الذي لا يتوافر لديه مصرف كافي لصرف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة، بمرورها في حق الغير مقابل تعويض مناسب.¹

ويشمل حق الصرف أو المسيل من الناحية القانونية:

1- حق الصرف في الأراضي المنخفضة المملوكة للغير: فلا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا أو حاجزا

لمنع مسيل مياه الامطار والينابيع والعيون والثلوج الذائبة (وهي المياه الطبيعية) ؛ كما أنه لا يجوز لمالك الأرض المرتفعة أن يقوم بعمل يزيد في عبء الأرض المنخفضة بما يؤدي إلى الإضرار بها.

2- حق تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة: بمرورها في ملك الغير بإذنه وصولا لأقرب مصرف

عمومي، مقابل تعويض مناسب يدفع لمالك الأرض المثقلة بحق الصرف، على النحو السابق بيانه في حق المجرى، فقد يكون المجرى الذي تصرف فيه المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة يكون للمنتفع به، وقد يكون مملوكا للذي يمر المسيل في أرضه.

ومن ثم فإنه لا يجوز مرور مياه الصرف في الأراضي المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في أقرب مصرف عمومي بأن تكون الأرض بعيدة عن المصرف العام، أي لا يوجد لها اتصال مباشر به.

وعلى هذا، فإنه لا يجوز إجراء مسيل للمياه غير الصالحة دار في ملك الغير، أو الطريق العام، أو الطريق الخاص، لأنه لا ضرر ولا ضرار وإن الضرر يزال ولو كان قديما.

ويلتزم طالب حق المسيل في أرض جاره، لدفع تعويض مقابل تقرير الحق، لتعويض الأضرار التي تصيب المالك، من جراء الصرف أو بمناسبة الإنتفاع بالمسيل، وللمحكمة عند النزاع تحدد التعويض الكافي انطلاقا من ثمن الأرض الذي يشغلها المصرف الذي حرم منها المالك، عما أصاب من ضرر من جراء شق المسيل، و الأضرار المؤقتة والدائمة الناشئة عنها، كعجم تيسر الزراعة بها.

¹ - العربي بلحاج، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 509.

كما أنه لا يجوز قانوناً لأصحاب المنشآت الجديدة تصريف مسيلها إلى أراضي ملك الغير دون إذن منه ؛ إذ لا يثبت حق الصرف بالإباحة، على أن يتحمل كل منهم نفقات إقامة المنشآت الخاصة بالمسيل وصيانتها بنسبة ما يعود عليهم من فائدة، فإن نفقات اصلاح المسيل وصيانتته على المنتفع به دون غيره سواء أكان المنتفع صاحب الحق أو غيره.¹

المطلب الثاني: صور التعسف في العقارات الملاصقة للجوار

نتطرق إلى صور المنع في العقارات الملاصقة التي أقرها المشرع

الفرع الأول: منع المالك بإعطاء حق المرور للجار

لقد خص المشرع الجزائري أحكام قيد المرور من المواد 693 الى 701 ويعتبر قيد المرور من القيود التي ترد على حق الملكية العقارية، وسنخرج في هذا الفرع إلى مفهوم قيد المرور وشروط استعمال حق المرور.

أولاً: مفهوم حق المرور

نصت المادة 693 من القانون المدني على أنه " يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك."²

ونصت المادة 694 على أنه " يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف، أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار .

ويعتبر الممر عكس ذلك كافياً إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة، أو إذا وجد الممر على وجه الإباحة مادام لم يمنع استعماله."³

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفاً محدداً لحق المرور، حيث نستخلص من خلال هاتان المادتين أن حق المرور هو حق يتقرر لمالك العقار المحصور، أي العقار المحبوس الذي ليس ممر يصله بالطريق العام، مما يخوله طلب الحصول على ممر في الأراضي المجاورة، للوصول إلى هذا الطريق بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، وذلك مقابل دفع

¹ - العربي بلحاج، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 510-511.

² - المادة 693 من الأمر 58/75.

³ - المادة 694 من الأمر 85/75.

تعويض عادل يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك إلا إذا كان مروره على وجه الإباحة، أي عملا من أعمال التسامح.¹

ويجب على المالك أن يتحمل حق المرور، الذي أعطاه المشرع لصاحب الأرض المحصورة، وهيا الأرض التي لا يكون لها منفذ إلى الطريق العام بسبب إحاطة أراضي الجيران لها من جميع النواحي، فلا يكون أمام مالك هذه الأرض المحصورة إلا المرور عبر إحدى الأراضي المجاورة أو بعضها، على أن يفتح الممر من الجهة التي تحقق أقل ضرر ممكن، مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك وفتح هذا الممر يخضع لضوابط معينة حددها القانون المدني في المواد 693 إلى 702 منه.²

وفي هذا الشأن قررت المحكمة العليا في قرارها رقم 50516، المؤرخ في 15/03/1986، مجلة قضائية 1991، عدد 01. من المقرر قانونا أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر غير كافي للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل دفع تعويض.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لم يتحققوا من وجود ممر آخر للمدعى في الطعن يصله بمنزله و أمروا بغلق الممر بحجة أن المدعي لا يجوز على سند شرعي، فيكون بقضائهم كما فعلوا قد أساءوا تطبيق القانون.³

ثانيا: شروط استعمال حق المرور

وضع المشرع ضوابط وشروطا لممارسة حق المرور، إذ نص صراحة على هذه الشروط من حيث وجوب تحقق الحصر وضرورة الممر بحيث لا يمكن المرور إلى الطريق العام إلا من خلال هذا الممر، على أن لا يكون الحصر مفتعلا من صاحب الأرض المحصورة، كما اشترط القانون أن لا يكون هناك حق مرور اتفاقي أو مرور على سبيل الإباحة كذلك الزامية ملائمة لحق المرور للملاك الآخرين.

وفي المقابل حتى لا يتعسف صاحب الأرض المحصورة بدوره في استعمال حق المرور بأرض جاره، قيده المشرع بجملة من القيود والشروط وهي كما يلي:⁴

¹ - العربي بلحاج، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 493.

² - ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 118.

³ - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 291.

⁴ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 121/120.

1- أن تكون الأرض محصورة ليس لها ممر إلى الطريق العام أو أن يكون لها ممر غير كاف: وهو الشرط الذي جاءت به المادة 693 بقولها "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كافي للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك."

ويتحقق الحصر حسب المادة المشار إليها سابقا:

أولاً: ألا يصل بين الأرض و بين الطريق العام أي ممر، أي لا يوجد منفذ لهذه الأرض إلى طريق ، حيث تكون محاطة من جميع جهاتها بأرض مملوكة للغير أو بمجري مياه خاصة، إذ يضر مالك الأرض إلى المرور بأراضي جيرانه إذا اراد الوصول إلى الطريق العام المخصص للمنفعة العامة والذي يحق لكل فرد أن يسلكه دون قيد وهذا و الحصر الكلي أو المطلق.¹

ثانياً: قد وضحت المادة 694 معنى الممر غير الكافي بقولها "يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف، أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

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

فالممر الغير كافي هو الممر الذي لا يمكن المرور فيه إلا بدفع تكاليف باهظة ومشقة كبيرة

ويلاحظ من خلال نص المادة أعلاه، سقوط كلمة إلا في عبارة لا يمكن تسويتها .. ببذل أعمال باهظة " ، حيث يبدو النص باللغة الفرنسية أكثر وضوحاً، إذ ينبغي على المشرع مراجعة هذا النص و إدماج كلمة إلا، حتى يؤدي النص معناه، وبذلك بصياغته كما يلي:

"يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف، أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها إلا ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار."²

2- أن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار: فالقانون يخول الحق في المرور لتيسير استعمال العقار المحبوس واستغلاله، ومن هنا فإنه يخضع في وجوده وفي مداه لحاجات هذا الاستعمال والاستغلال.

¹ - زارة عواطف، المرجع نفسه، ص 121.

² - زارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 118.

و يؤخذ الاستعمال والاستغلال هنا بالمعنى الشامل، فيستوى في هذا الشأن أن تكون الأرض المحصورة للاستغلال الزراعي أو الصناعي أو التجاري أو أن تكون أرضا للبناء.

فالعبارة في استعمال الممر هو استغلاله بهذا المعنى في أن تكون في تقدير لزوم وضرورة الممر ومدى كفايته بطبيعة وأهمية الاستعمال والاستغلال الذي أعد له العقار.¹

3- أن لا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك: ففي هذه الحالة لا يكون العقار محصورا لوجود ممر يصله بالطريق العام، لكن المالك بفعله تسبب في تحقيق انحصار أرضه فلا يجوز له مطالبة جيرانه بحق المرور كأن يقوم ببناء مخزن على الممر فهذا يعتبر متعسفا في استعمال حقه.²

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في الملف رقم 24 335، بتاريخ 1985/03/06 فيما يلي:

" من المقرر قانونا أنه لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر غير كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان هذا الحصر ناتجا عن إراداته هو.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن الطاعن أكد أنه حفر الخندق المتنازع من أجله دون معارضة المطعون ضده قبل بنائه الممر آب و بعد بنائه المسكن، و أن عدم توفر هذا الأخير على فتحة تؤدي إلى البناء المذكور تكون بالتالي من فعل إراداته.

و بما أن قضاة المجلس لم يتطرقوا لهذه النقطة في عناصر الدعوى لاستخراج طابع الحصر المحتج به ولتطبيق النص القانوني المناسب، واكتفوا بالقضاء بحق الاشتراك في المرور، فإنهم بقضائهم هذا قد خرقوا القانون.³

4- أن لا يكون لمالك الأرض المحصورة حق مرور اتفاقي أو على سبيل الإباحة: ففي هذه الحالة لا يجوز لمالكه مطالبة جيرانه بممرات أخرى توصله إلى الطريق العام على أساس حقه في المرور فإذا قام بفتح عدة ممرات توصله إلى الطريق العام يعتبر متعسفا في حقه نتيجة قصد اضراره بالملاك الآخرين.

¹- وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

²- سعاد بلحوراي، المرجع السابق، ص 85.

³- عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 290.

5- ملائمة حق المرور للملاك الآخرين أي يجب اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها المرور أخف ضرراً على الجيران كأن يكون هناك أرض بور و أخرى زراعية فيتم اختيار الممر في الأرض البور، فإذا قام مالك العقار المحصور بفتح الممر بالأرض الحصبة فسيلحق بالمالك ضرراً بليغاً مقابل الفائدة المحققة للعقار المحصور.¹

وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 55985، الصادر بتاريخ 15 / 11 / 1989، المجلة القضائية 1991، عدد 01.

أنه من المقرر قانوناً يجب أن يؤخذ حق المرور من جهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرراً بأمالك المجاورين. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان ثابت -في قضية الحال- أن أرض الطاعن أصبحت محصورة بعد إنجاز الطريق الجديد من قبل مصالح الطرقات والجسور، وأن الخبير بين أن الجهة التي تؤدي إلى طريق لا تحدث ضرراً للجار، ومن ثم فإن قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم و بقضائهم الجديد برفض طلب الطاعن يكونوا قد خالفوا القانون، و متى كان ذلك كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.²

6- التعويض عن حق المرور: تقضي المادة 693 بأن يكون حق المرور في أرض الجار لمصلحة الأرض المحصورة في نظير تعويض مناسب للأضرار التي قد تنجم من جراء استعمال هذا الحق.

و الملاحظ أن العبرة في تقرير التعويض بالضرر و ليس المنفعة، فإذا انتفى الضرر انتفى الحق في التعويض وقد نصت المادة 701 من القانون المدني على إمكانية دفع التعويض دفعة واحدة أو أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم عن استعمال الممر.

و يسقط حق مالك العقار المرتفق به في المطالبة بالتعويض إذا سكت مدة 15 سنة حسب المادة 700 من القانون المدني و هي المدة الكافية لحصول صاحب الأرض المحصورة بالحيازة على حق المرور بالتقادم حسب نص المادة 699 من القانون أعلاه.³

¹ - سعاد بلحوراي، المرجع السابق، ص 85.

² - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 290.

³ - وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثاني: المنع في الحدود و الحائط المشترك

تتضمن الأحكام المتعلقة بالحدود و الحائط الفاصل بين ملكيتين ضمن المواد 703 إلى 708 و تنظم هذه الحدود الفاصلة بين الملكيات و الحائط المشترك و سلطات المالك في الاستعمال و التصرف و هذه الجوارات أثارت نزاعات عديدة بين الجيران.

أولاً: المنع في الحدود

تنص المادة 703 "لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، و تكون نفقات التحديد مشتركة بينهما".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع قيد استعمال حق لمصلحة الجار الملاصق، يلزم كل مالك بوضع حدود بين أملكهما المتلاصقة على أن يشتركا معا في تكاليف و نفقات هذا التحديد.¹

و من ثم يلتزم المالك قانونا عملا بأحكام المادة 703 من القانون المدني لتقيد الحدود المادية لملكه، و عدم مجاوزتها أو الخروج عليها بما يشكل اعتداء على الحدود المادية الفاصلة لملكه من الجيران.

و هذا ما اتخذت به المحكمة العليا في قرارها 29 234، المؤرخ في 1983/10/26، مجلة قضائية عدد 1989 العدد 03.

من المقرر قانونا بالمادة 703 من قانون المدني أن دعوى وضع معالم الحدود يجب أن تكون بين ملكيتين متجاورتين.

و لما كان في الثابت _ قضية الحال _ أن الدعوى التي أقامها الطاعنون أما محكمة الواد هي دعوى وضع معالم الحدود بين الملكيتين المتجاورتين.

فإن قضاء الأساس الذين أسسوا قرارهم على ما تضمنه تقرير الخبرة من نتائج مقنعة جعلتهم يتأكدون من عدم وجود الجوار بين ملكية الطرفين و يقررون بناء على ذلك رفض طلب الطاعنين وضع معالم الحدود بين الملكيتين، إذ لا يعقل أن توضع معالم الحدود للملكيتين غير متجاورتين، قد طبقوا صحيح القانون.²

¹ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 136.

² - عمر حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 295.

ثانيا: المنع في الحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين

أورد المشرع الجزائري أحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكيتين في المواد 704 إلى 707 من القانون المدني الجزائري، إما أن يكون الحائط الفاصل بين عقارين مملوكا للجارين معا، و إما أن يكون مملوكا ملكية خاصة لأحدهما وحده أي أنه قد يكون حائطا غير مشترك و قد يكون غير مشترك.

الحائط الفصل قد يكون مملوكا لواحد من الجيران الذي يفصل بين أملاكهم أو مملوك على الشيوع لعدد من الجيران.

فالنوع الأول نصت عليه المادة 1/ 708 من القانون المدني "ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على النزاع عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط...".

كما منع المشرع في المادة 2/708 من القانون المدني الجزائري "... غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط..".

أما النوع الثاني هو الحائط الفصل مملوك ملكية مشتركة بين الجيران فقد نظم المشرع أحكامه في المواد من 704 إلى 707 من القانون المدني حيث جاء في المادة 1/704 على أنه:

" لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته."

فاستعمال الشريك للحائط المشترك يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط و ألا يحول دون استعمال الشريك له.

و إذا أصاب الحائط المشترك خلل جعله غير صالح لغرض الذي خصص له، يتحمل الشركاء ترميمه، كل حسب حصته فيه، كما اجازت المادة 01/705 من القانون المدني عليا الحائط المشترك من طرف أحد الشركاء لمصلحة جدية، بشرط عدم الإضرار بالشريك الأخر ضررا بليغا، على أن يتحمل الشريك الراغب في تغطية الحائط وحده نفقة التغطية.¹

الفرع الثالث: المنع في المطلات و المناور

نظم المشرع الجزائري قيود الملكية المتعلقة بالمطلات و المناور ضمن المواد 709، 710، 711 من القانون المدني الجزائري و هي تتعلق بالمباني، أن الأصل لكل مالك في أن يبني على حافة ملكه ما شاء له و أن يفتح في هذا البناء ما شاء

¹ - زارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 118.

من فتحات للنظر أو التهوية أو الإنارة، غير أن القانون يفرض على المالك قيودا في هذا الصدد، يفرض عليه أن يترك مسافة معينة بين ما يقيمه من بناء و بين الطريق العام أو الملكيات المجاورة و هي قيود مشتركة تفرض على كل الملاك و أساسها توفير الحرية و السكنية لكل مالك،¹ و سنعرض في هذا الفرع المنع في المطلات و المناور.

أولا: المنع في المطلات

نصت المادة 1/709 من القانون المدني الجزائري بأنه "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه مسافة تقل عن مترين، و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من التتؤ ..."

المطلات هي فتحات المباني يمكن النظر من خلالها في خط مستقيم على ملك الجار

(La vue droite) ، دون حاجة إلى الالتفات يمينا أو يسارا؛ أما المناور

(L ouverture de simples jours)، فهي فتحات في الحائط تسمح بمرور الهواء ونفاذ النور فقط ، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور.²

يقصد بالمطلات الفتحات التي تمكن من النظر منها إلى الخارج كالنوافذ و الشرفات والخارجات، و المطل إما أن يكون مطلا مواجهها يمكن الاطلال منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة إلى الالتفات يمينا أو يسارا، و إما أن يكون المطل منحرفا، وهو المطل الذي لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار إلا بعد الالتفات يمينا او يسارا أو بعد الانحناء إلى الخارج.³

المطلات هي الفتحات التي نقبت في حيطان البناء لينفذ منها الضوء و الهواء ، بالإضافة إلى سماحها بالإطلال إلى الخارج ، كالنوافذ و الشرفات ، و هو يؤدي إلى التعدي على خصوصية الجيران إذا كانت هذه المطلات مفتوحة عليهم ، سواء كان المطل مواجهها أو منحرفا.⁴

¹ - رمضان أبو سعود المرجع السابق، 47.

² - العربي بلحاج، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 130.

³ - رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 47.

⁴ - ليلي طلبة، المرجع السابق، ص 119.

المادة 710 من القانون المدني حددت المطل المنحرف و المسافة الواجب تركها للفتحة، حيث تنص على أنه: " لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمترا من حرف المطل على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام. "

و من ثم لا يجوز للجار عملا بأحكام المادتين 709 و 710 من القانون المدني، أن يكون له نوافذ تطل على ملك الجار على مسافة تقل عن مترين بالنسبة للمطل المواجه، و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل، أو من الحافة الخارجية للشرفة، و لا تقل عن ستين سنتيمترا من حرف المطل بالنسبة للمطل المنحرف، على هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.¹

و في هذا الشأن اتخذت المحكمة العليا في قرارها رقم 33909، مؤرخ في 1985/05/29، المجلة القضائية 1992 عدد 4.

من المقرر قانونا أنه لا يجوز للجار أن يكون على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الخبير أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجهة لجاره تقل عن مترين، فإن قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن عن فتح النوافذ المطللة على جاره طبقوا صحيح القانون.

فقد حددت المادة 709 من القانون المدني، للمالك شروط استعمال حق المطل حتى يحترم قواعد الجوار و لا يضر الجار بعقار جاره لان المطلات قد تؤدي الجار بالإطلال على ملكه؛ غير أن تحديد الضرر و مدى تجاوزه للحد المألوف يعود لسلمة قضاة الموضوع التقديرية الذين يراعون في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منهما بالنسبة للآخرين عملا بأحكام المادة 2/691 من القانون المدني، و ليس للمحكمة العليا أية مراقبة على هذه الوقائع.²

ثانيا: المنع في المناور

لا تختلف المناور عن المطلات إلا من حيث إمكانية النظر أو عدمها، فهي فتحات في الجدران تسمح بنفاذ الهواء والضوء ولكن لا يمكن استعمالهما للنظر، حيث يجب أن تقام على ارتفاع بعلو إقامة الإنسان "ترين من أرض الغرفة التي

¹ - العربي بلحاج، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 130.

² - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 289.

يراد إنارتها " حتى لا يستطيع الإطلال منها على العقار المجاور، و لذلك ما عدا شرط العلو ، لا يوجد أي شرط احر لفتحها.¹

و نصت المادة 711 من القانون المدني "لا تشترك أي مسافة لفتح المناور، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، و لا يقصد بها مرور الهواء و نفاذ النور دون يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور."

و من هذا النص يتضح أن المشرع قد عرف المناور بأنها فتحات في الحائط تسمح بمرور الهواء و نفاذ النور و لا يمكن الإطلال على الجار.

كما أن المشرع قد نص على قيد وحيد يراعى في الفتحة، و هو أن تفتح على ارتفاع معين لا يجب أن يقل عنه.²

فالمالك له فتح العدد الذي يشاء من المناور و ليس للجار أن يطلب غلق تلك المناور، غير أنه يستطيع أن يبني على حافة ملكه و أدى ذلك إلى سد المناور دون مسؤولية عليه من مجرد البناء.

على ألا يسئ مالك المنور استخدام منوره كإطلال منه على جاره، أو إلقاء مخلفات من منزله على جاره بواسطة هذا المنور، و إن فعل يعد متعسفا في استعمال حقه، فيجوز للجار أن يطلب سد هذا المنور تطبيقا للقواعد العامة في استعمال الحقوق.³

فلا تشترط المادة 711 من القانون المدني، أية مسافة لفاح المناور، غير أنه يجب أن تفتح على ارتفاع معين ، لا يجب أن تقل عنه؛ و هو الارتفاع الذي قدر المشرع الجزائري أنه يفيد المالك من جهة ، و لا يؤدي زوال الجار الذي يستطيع أن بزوال حقه في ملكيته من جهة اخرى، بفتح مناور تسمح بإدخال الهواء و نفاذ النور، دون أن يستطيع الإطلال منها على العقار المجاور.

وتبعا لذلك فإنه يشترط أن ترفع عن مترين من أرض الغرفة المراد إنارتها أو تھويتها، بحيث لا يمكن منها النظر أو الاطلاع على ملك الجار، فإذا قل ارتفاع قاعدة إحدى الفتحات عن هذا الارتفاع اعتبرت مطلا ووجب أن يراعى فيها عندئذ القيود المتعلقة بالمسافة الواردة في المادة 709 و 710 من لقانون المدني.⁴

في خلاصة القول يتضح بأن التعسف في استعمال حق الملكية تطبيقا للمعايير الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري وتكون في ثلاث حالات و هي حالة استعمال حق الملكية بقصد الاضرار بالغير، إذا كان يرمي

¹ - ليلي طبة، المرجع السابق، ص 120.

² - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

³ - وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 129.

⁴ - العربي بلحاج، الحقوق العينية الاصلية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 133.

للحصول على فائدة قليلة بالنسبة لضرر الناشئ للغير، وأيضا حالة الغرض من استعمال حق الملكية لتحقيق مصلحة غير مشروعة، و كما أورد المشرع الجزائري تطبيقا صورة اخرى للتعسف في مضار الجوار الغير المألوفة في استعمال حق الملكية العقارية ونصت عليها المادة 691 من القانون المدني.

أورد المشرع الجزائري صور اخرى في القانون المدني التي تمنع المالك بإضرار الجار وتحد سلطة المالك لفائدة جيرانه وذلك من المواد 692 إلى 711 من القانون المدني و هي الصور الواردة على منع المياه والمنع في المرور و المنع في العقارات المتلاصقة بالحدود و الحائط المشترك و المنع في المناور و المطلات التي أثارت نزاعات عديدة بين الجيران.

الفصل الثاني

صور التعسف في القوانين الخاصة

تمهيد:

بعد ما استعرضنا صور التعسف التي ترد على حق الملكية في الشريعة العامة، ونص المشرع الجزائري على القيود المقررة للمصلحة الخاصة في القوانين الخاصة التي تنظمها التي لا نكاد نحصيها، حيث يعتبر المالك إذا أحل بعدم استغلال الارض يعبر متعسفا في الحق، ويترتب على حق الرقابة المخول للإدارة التي تتمثل في سن مجموعة من الالتزامات التي يكون على عاتق الملاك العقاري احترامها من أجل الحفاظ على الاستغلال العقلاني للأراضي باختلاف أنواعها،¹ وكما ساهمت الدولة في وضع إطار تشريعي يضمن تطور محكم للتنظيم و أدوات تأطير قطاع الفلاحة قصد الحفاظ على القدرات الانتاجية. موازاة مع التطور التكنولوجي في كل المجالات وضع المشرع آليات قانونية كفيلة بتحقيق المصلحة العامة و إزالة الضجيج إذ حد من كيفية استعمال الآلات في المنشآت و ما يسمح به من الضجيج خوفا من تعسف الملاك في إنشاء ما يرغبون فيه أو فعل ما بدا لهم من الأفعال دون تحديد و مراعات لما يلحق الغير من ضرر.²

و لهذا ارتأينا أن نقسم الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأول : التعسف في مجال ملكية العقار الفلاحي
- المبحث الثاني : التعسف في مجال ملكية العقار الحضري

¹ - سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، درا هوم، الجزائر، 2002، ص 185.

² - علال قاشي، المرجع السابق، ص 213.

المبحث الأول : التعسف في مجال ملكية العقار الفلاحي

إذا كان القانون المدني يعطي حرية للمالك في استغلال ملكيته من عدمها، فإن قانون التوجيه العقاري جاء مبدأً جديد و هو الالتزام باستغلال الأراضي الفلاحية، و بالتالي قيد على الملكية الخاصة، وهذا نظراً للوظيفة الاجتماعية (الأرض لمن يخدمها) و الاقتصادية (ترك الأرض دون استغلال يؤثر سلباً على الاقتصاد) للأراضي الفلاحية، و التي كانت غاية الإرادة التشريعية من تقرير هذا المبدأ هو التحقيق و تحسين مستوى الاكتفاء الذاتي في الميدان الغذائي.¹

المطلب الأول: صورة التعسف الواردة في قانون التوجيه العقاري

رأينا فيما سبق أن التعسف في استعمال حق الملكية يعتمد على المعايير العامة المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني، غير أن المشرع نص على حالة خاصة يعتبر فيها الحق فعلاً تعسفياً و ذلك من خلال المادة 1/48 من قانون التوجيه العقاري: "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلاً تعسفياً في استعمال الحق نظراً إلى الأهمية الاقتصادية و الوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي...". وقد رتب المشرع جزاءً من نوع خاص يختلف عن الجزاء في القانون المدني وقبل الخوض في المعيار الذي تبناه المشرع بخصوص عدم استثمار الأراضي الفلاحية لذي يعتبر فعلاً تعسفياً و تحديد طبيعة الجزاء المترتب عن هذا الفعل ينبغي أن نشير أن نشير إلى قانون التوجيه العقاري حلقة من ضمن الإجراءات التصحيحية و الهامة و التي تقوم الدولة باتخاذها من أجل توضيح و تحديد الرابطة القانونية بين الإنسان و الأرض نتيجة لما لحق هذه الرابطة من انحلال الأمر الذي أدى بالمشرع إلى سن تشريع جديد للنظر في هذه العلاقة من جديد و نبين في النقاط الآتية:

- ضرورة إيجاد قواعد قانونية بموجبها يتم استغلال أمثل وعقلاني للأراضي الفلاحية من أجل النهوض بالقطاع الفلاحي في البلاد.
- وضع أحكام قانونية ترفع كل الحواجز و العراقيل و تسوية كل أنواع المنازعات العقارية، وبالتالي تطهير الملكية الفلاحية الخاصة و تحقيق الاستقرار المادي و النفسي للحائزين و المالكين بتثبيت ملكياتهم،² و منه فدراسة هذا المطلب ستكون في ثلاثة فروع، الفرع الأول مفهوم عدم استغلال الأراضي الفلاحية، الفرع

¹ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، درا هوم، الجزائر، 2004، ص 254.

² - علال قاشي، المرجع السابق، ص 94.

الثاني الجهاز المكلف بإثبات عدم الاستغلال، الفرع الثالث الجزاءات المترتبة عن عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

الفرع الأول: صورة عدم استغلال الأراضي الفلاحية

استغلال الأراضي الفلاحية تعد ثروة وطنية و لها دور كبير في الاقتصاد الوطني، وبما أن المشرع أعطى تعريفا محددًا لهذا الالتزام، و إنما نص عليها في قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و ذلك ضمن المواد 48 و 49 وكذلك من خلال القانون 10/03 و المرسوم التنفيذي له 326/10 المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2010، الذي يحدد كفاءات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.¹

1- تعريف الأرض غير المستغلة:

إذا كانت الأرض هي الثروة الخضراء، فلا بد من إحيائها و عدم تركها بورا فهذا يؤثر حتما على الاقتصاد، إن الشخص الملزم بالاستغلال قد يكون هو المالك أو صاحب الحق العيني، أو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس الحياة على الأراضي الفلاحية، وعليه فإن الالتزام باستثمار الأراضي الفلاحية منوط بكل شخص له حق الاستغلال مهما كان مصدر هذا الحق مالك، حائز، صاحب حق عيني،² و من دراسة المادة 49 من قانون التوجيه العقاري و التي نصت: "تعد أرضا غير مستثمرة في مفهوم هذا القانون كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تستغل استغلالا فلاحيا مدة موسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل...".

و من المادة 2/48 من قانون التوجيه العقاري نصت على مايلي: "... و في هذا الإطار، يشكل الاستثمار الفعلي المباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها ، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حياة ذلك عموما."

و من خلال النصين السابقين نلاحظ أن المشرع جاء بحالات تدل على مفهوم الأرض الفلاحية غير المستثمرة.

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 326/10، المؤرخ في 17 محرم 1432 الموافق ل 23 ديسمبر 2010، يحدد كفاءات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 79، المؤرخة في 2010.

² - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 255.

- من نص المادة 2/48 نلاحظ أنه اشترط الاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية، و على أساسه يجب أن يكون عد الاستغلال فعليا أيضا، فيتحقق عدم الاستغلال الفعلي أو الكلي.

- عدم الاستغلال يعني كل نشاط غير فلاحى ممارس على الأراضي الفلاحية من نشاطات تغير وجهة الأرض الفلاحية و تمس طابعها الفلاحى، وهذه المعاملات مراقبة على وجه صارم خاصة عمليات تجزئة الأراضي الفلاحية التي من شأنها تغيير الطبيعة الفلاحية.

- عدم الاستغلال يعني كافة الأراضي الفلاحية الخاصة بمختلف تصنيفاتها، حيث أن المشرع لم يحدد هذه الأراضي من حيث الطبيعة أو المساحة أو الموقع، فعدم الاستغلال يشمل جميع الأراضي و إمكانية أن يتعدى ذلك حتى إلى المزارع الصغيرة التي يمتلكها أصحابها لسد حاجياتهم الصغيرة.

- عدم الاستغلال مقترن بمدة زمنية، و هي إذا استمر فعليا مدة موسمين فلاحين متتالين، و هذا الحد الأعلى لان لا تستغل الأرض الفلاحية، وفي هذا وضع المشرع هذه المدة الزمنية هو إمكانية جعل الأرض الفلاحية في استراحة حتى ترتاح ويكون انتاجها أوفر في الموسم الموالي لموسم الانتاج.

- توفر العلنية في عدم الاستغلال، فكما يكون الاستغلال فعليا علنيا، فعدم الاستغلال أيضا بطبيعته علني وواضح للجميع.¹

منح المشرع للدولة صلاحيات واسعة لمراقبة الاستغلال الأراضي الفلاحية، حيث تم إحداث هيئة عدم الفعلي الأراضي حددتها نص المادة 50 من قانون التوجيه العقاري،² هي لجنة معتمدة خاصة يحدد تكوينها وضبط تشكيل وإجراءات إثبات الأراضي.

وحددت هذه الهيئة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 83/12 مؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير سنة 2012، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في 15 شعبان عام 1418 الموافق 15 ديسمبر سنة 1997 الذي يضبط تشكيلة الهيئة الخاصة و كذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، ويطبق إلا على الأراضي الخاصة.

¹ - فائزة فقير، واجب استثمار ملكية الأراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 25/90، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 2005/2004، ص 85/84.

² - أنظر المادة 50 من قانون 90/25.

الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على عدم الاستغلال

إذا كان الجزاء المقرر عن التعسف في استعمال الحق يتمثل في الحالة العامة في وقف الاستعمال غير المشروع و الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه، فإن الجزاء المقرر لعدم الاستغلال حسب نص المادة 51 من قانون التوجيه العقاري مختلف تماما، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه: "إذا ثبت عدم استثمار أرض فلاحية ينذر المستثمر ليستأنف استثمارها، وإذا بقيت الأرض مستثمرة لدى انتهاء أجل جديد مدته سنة تقوم الهيئة المخولة لهذا الغرض بمايلي:

- وضع الأرض حيز الاستثمار لحساب و على نفقة المالك أو الحائز الظاهر إذا كان المالك الحقيقي غير معروف.
- أو عرض الأرض للتأجير.
- أو بيعها إذا كانت خصبة جدا أو خصبة."

تشرف على توقيع الجزاءات التي تضمنتها المادة المذكورة أعلاه هيئة عمومية مخولة لهذا الغرض التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي 87/96 المؤرخ في 24 فيفري 1996 يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.¹ المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 393/09 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009.² وهي عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري و تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، يوضع هذا الديوان تحت وزير الفلاحة السياسة العقارية،³ ويتولى تنفيذ العقارية الفلاحية باعتباره أداة تابعة للدولة و يتصرف لحسابها.⁴

يدير هذا الديوان مجلس إداري و يسيره مدير عام الذي يتكون⁵ من:

- ممثل الوزير بالأملاك الوطنية.
- ممثل الوزير المكلف بالجماعات المحلية.

¹ - جريدة رسمية، العدد 15، الصادر بتاريخ 1996/02/28.

² - المرسوم التنفيذي رقم 393/09 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 يعدل ويتمم بالمرسوم التنفيذي 87/96 المؤرخ في 24 فيفري 1996، الجريدة الرسمية العدد 61، المؤرخ في 25 أكتوبر 2009.

³ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 87/96.

⁴ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 87/96.

⁵ - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 87/96.

- ممثل الوزير المكلف بالمالية.
 - ممثل الوزير المكلف بالتهيئة و التعمير.
 - ممثلان عن الغرفة الوطنية للفلاحة.
 - ممثلان عن المنظمات النقابية الأكثر تمثيلا.
- يتولى الديوان مهام الخدمة العمومية وفقا لدفتر شروط تضمنه الملحق التابع للمرسوم 87/96 و عليه يقوم الديوان بصفته أداة لتنفيذ السياسة العقارية للدولة¹ بما يلي:
- يقوم بتوقيع الجزاءات المترتبة على عدم الاستغلال و هذا تطبيقا لنص المادة 51 من قانون التوجيه العقاري.
 - يعد بطاقات المستثمرات الفلاحية و يضبطها باستمرار.
 - يمارس حق الشفعة لامتلاك الأراضي الفلاحية الموضوعة للبيع بسبب ثبوت عدم استغلالها.
 - ينشئ بنك المعطيات الذي يعني بالعقار الفلاحي و يسيره و يقوم بتطويره.
- و من خلال المرسوم 87/96 المعدل و المتمم يتبين أنه أعطى للديوان الاراضي الفلاحية صلاحيات واسعة يمارسها على كل الأراضي التابعة للخواص و الأراضي التابعة للأملاك الوطنية.

المطلب الثاني : التعسف في ظل القانون التوجيه الفلاحي

سعت الدولة إلى تحقيق الأمن الاجتماعي و تامين الوظائف الاقتصادية، وذلك عن طريق تفعيل دور استغلال الأراضي الفلاحية من طرف المستفيدين، و احترامهم لقواعد التنظيم المعمول بها في قانون التوجيه الفلاحي واستغلال الأراضي في الحدود التي سمح بها القانون، حيث من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى توضيح و إعطاء مفهوم لهذا القانون من خلال (الفرع الأول)، ثم نتعرض إلى استغلال الأراضي الفلاحية التي جاءت بها قواعد هذا القانون واحترام قواعد ومخططات التوجيه الفلاحي من خلال (الفرع الثاني).

¹ - المادة 2 / 2 من المرسوم التنفيذي رقم 87/96.

الفرع الأول : التعريف بقانون التوجيه الفلاحي

نصت المادة الأولى من قانون رقم 16/08، المتضمن قانون التوجيه الفلاحي بقولها "يهدف هذا القانون إلى تحديد عناصر توجيه الفلاحة الوطنية التي تسمح لها بالمساهمة في تحسين الأمن الغذائي للبلاد، وتأمين وظائفها الاقتصادية والبيئية والاجتماعية، وذلك بتشجيع زيادة مساهمتها في جهود التنمية الاقتصادية، وكذا التنمية المستدامة للفلاحة على الخصوص والعالم الريفي على العموم".¹

من خلال هذه المادة نرى أن المشرع جاء بهذا القانون من أجل تفعيل ومساهمة دور الفلاحة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، من أجل الوصول إلى تحسين وضع البلاد وتحسين الأمن الغذائي وتشجيع المستفيدين من أجل المساهمة في هذا الهدف.

حيث أن أهداف هذا القانون جسدت من خلال المادة 06 من القانون رقم 16/08، بنصها عليها والتي هي:

- أدوات التوجيه الفلاحي.
- أحكام تخص العقار الفلاحي.
- تدابير هيكلية تتعلق بالإنتاج الفلاحي.
- تأطير النشاطات الفلاحية والمهنة.
- التأطير العلمي والتقني والبحث والتكوين و الإرشاد والتمويل.²

ويهدف هذا القانون أيضا إلى تمكين القطاع الفلاحي باعتباره قطاعا استراتيجيا من الموارد المالية اللازمة لتحسيد وتنفيذ المخططات والبرامج من أجل ضمان ديمومة المستثمرات الفلاحية والمحافظة عليها بواسطة هياكل فلاحية ملائمة، تسمح بالتطور المطلوب.

تحسين مستوى واطار معيشة الفلاحين وسكان الريف عن طريق توفير الدولة لظروف ايجابية لإحداث ديناميكية تنموية مستدامة للفضاءات الريفية، والتشجيع على استقرار الشباب في الفلاحة وتطوير التشغيل فيها.

¹ - المادة 01 من القانون رقم 16/08، المؤرخ في أول شعبان 1429، الموافق ل 3 غشت 2008، يتضمن قانون التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية العدد 46.

² - المادة 06 من القانون رقم 16/08.

الوصول إلى المحافظة على خصوصيات الفلاحة المحلية وتأمين المناطق المحلية عن طريق وضع خرائط زراعية وتكييف أنظمة إنتاج تتناسب وقدرات هذه الأراضي، والمحافظة على الثروة العقارية و تأمينها عن طريق الدقة في التنظيم العقاري وتحديد النمط الملائم لاستغلال الاراضي الفلاحية.

الفرع الثاني : استغلال الاراضي الفلاحية عن طريق أدوات التوجيه الفلاحي

أولا : التعسف في استغلال الاراضي الفلاحية

جاء في نص المادة 14 من القانون رقم 16/08 المتعلق بالتوجيه الفلاحي على أنه: " يمنع بموجب أحكام هذا القانون، كل استعمال غير فلاحي لأرض مصنفة كأرض فلاحية ذات وجهة فلاحية ".¹

حيث يعد أي عمل يؤدي إلى تحويل الوجهة القانونية للأرض الفلاحية، عملا تعسفيا من طرف صاحب الالتزام عند قيامه بالإخلال بإحدى هذه الالتزامات.

حيث تتدخل الدولة لمراقبة الاستغلال من طرف المستفيدين، وذلك بواسطة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الذي يقوم بمعاينة عدم الاستغلال و الاشراف على فسخ عقد الامتياز بالنسبة إلى الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، أما إذا كانت الأراضي ملكية خاصة فإن هناك لجنة خاصة لمراقبة الخطأ المدني المرتكب بعدم الاستغلال أو تغيير الوجهة الفلاحية أو غير ذلك مما يعد تعسفا في استعمال الحق بمفهوم قانون التوجيه العقاري إذ يقوم الديوان بتطبيق الجزاء الواجب تطبيقه.²

وكما قلنا فإن كل مساس بالقواعد الآمرة الواردة في قانون التوجيه خاصة المواد 14 و 15 و 20 و 22 و 23 بعدم احترامها يعتبر اخلال بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي لإلزامية احكامه.³

¹ - المادة 14 من القانون رقم 19/08.

² - خالد جروني، استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1 2011/2012، ص 94.

³ - انظر المواد من 14، 15، 20، 22، 23، من القانون رقم 16/08.

ثانيا: دور ادوات التوجيه الفلاحي في استغلال الأراضي الخاصة

1- مخططات التوجيه الفلاحي:

تؤسس مخططات التوجيه الفلاحي على مستوى الولاية والمنطقة وعلى المستوى الوطني، وتشكل الاطار المرجعي لأعمال حفظ الفضاءات الفلاحية والمحافظة عليها، واستغلالها العقلاني واستعمالها الأفضل ضمن احترام القدرات الطبيعية.

وتحدد كفاءات المبادرة بمخططات التوجيه الفلاحي و اعدادها ومضمونها والمصادق عليها عن طريق التنظيم.¹

2- مخططات وبرامج التنمية الفلاحية والريفية:

حيث ينشأ مخطط وطني للتنمية الفلاحية والريفية يهدف إلى تحديد استراتيجية ووسائل التنمية الفلاحية والتخطيط النشاطات في الزمان والمكان.²

ويتشكل المخطط الوطني للتنمية الفلاحية من برامج تتضمن على وجه الخصوص مجالات تدخل وهي كالاتي:

(تكييف أنظمة الانتاج، تكييف الإنتاج الفلاحي، تحسين الإنتاج و الإنتاجية الفلاحين، تطوير أنشطة الفروع في المجال الفلاحي، تثمين الإنتاج الفلاحي، المحافظة على الموارد الوراثية الحيوانية والنباتية وتطويرها، استصلاح الأراضي، تشجير و إعادة التشجير، مكافحة التصحر، تنمية الفلاحة في المناطق الصحراوية، تنمية الفلاحة الجبلية، تنمية الرعي والمراعي السهلية وشبه الصحراوية وتوسيعها).³

3- أدوات تأطير العقار الفلاحي:

إذ أن أدوات تأطير العقار الفلاحي على الأراضي الفلاحية و الأراضي ذات الوجهة الفلاحية، تابعة للأحكام الخاصة لدولة وتلك التابعة للمليكة الخاصة.

¹ - المادة 08 من القانون رقم 16/08.

² - المادة 10 من القانون رقم 16/08.

³ - المادة 11 من القانون رقم 16/08.

ويحدد قدرات ممتلكات العقار الفلاحي أو للوجهة الفلاحية و ستعمل كأساس لتدخل الدولة، وخريطة تحديد الأراضي الفلاحية و الأراضي ذات الوجهة الفلاحية.

ويحدد كفاءات و شروط تمييز الاراضي الفلاحية و الأراضي ذات الوجهة الفلاحية وتصنيفها وكذا كفاءات تسيير الفهرس العقاري والقيود فيه، وخريطة تحديد الأراضي الفلاحية ذات الوجهة الفلاحية والتسجيل فيها عن طريق التنظيم.

المبحث الثاني : التعسف في مجال ملكية العقار الحضري

اهتم المشرع الجزائري بالمنشآت المصنفة ونص عليها في قوانين خاصة تحمي راحة المجتمع من الازعاج و ضجيج المصانع والمخازن ومشاريع البناء، وكل منشأة تستغل من طرف أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنوية عامة أو خاصة والتي يمكنها أن تحدث مشاكل على الصحة العامة و الأمن العام والأراضي الزراعية.

إذا توافرت شروط المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، ترتب عليها آثار، فوجب على الجار المسؤول تعويض الجار المضروب، فالتعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقق المسؤولية وهو جزاءها، ومنه ارتتبنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول المنشآت المصنفة وعلاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي، و نتناول المطلب الثاني أحكام مضار الجوار غير المألوفة وتطبيقاتها القضائية.

المطلب الأول: المنشآت المصنفة و علاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي

تكمن الدراسة في البحث عن أهمية المنشآت و علاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي خاصة تلك المنشآت التي تنتشر وسط الاحياء السكنية، و التي من شأنها أن تؤدي إلى التأثير على الحياة اليومية للجوار، و تكون خطر عليه يهدد حياته بعدد كبير من المخاطر الصناعية، و دور الترخيص الإداري هل يجد من ظاهرة مضار الجوار في المنشأة المصنفة.¹

¹ - مصطفى بن بجاز، مريم نعجة، مضار الجوار في العقار الصناعي، مذكرة في إطار مقتضيات لنيل شهادة الماستر في القانون العقاري، جامعة عمار ثليجي الأغواط 2012/2013، ص42.

الفرع الأول: تعريف المنشآت المصنفة و علاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي

أولاً: تعريف المنشآت المصنفة

1- تعريف الفقهي للمنشآت المصنفة

- المنشئة المقلقة للراحة هي التي ينشأ عن استغلالها ضرر أو إزعاج لمن يجاورها لذلك يسن لها نظام خاص يقتضي حصولها على رخصة تتضمن الشروط المتعلقة بتشغيلها.
- وفي تعريف آخر هي التي تنشأ عن استغلالها ضرر أو إزعاج لمن يجاورها لذلك يسن لها نظام خاص يقتضي لها رخصة خاصة ويحدد ساعات العمل فيها مواعيد ابتدائها وانتهائها.
- وكل استغلال صناعي أو زراعي يرجح أن يخلق مخاطر أو بسبب تلوث أو إزعاج، خاصة على أمن وصحة السكان.
- وأيضا المنشآت المصنفة: " في القانون الإداري " منشآت من كل طبيعة مثل ورشات، مصانع، استثمارات.
- يمكن أن تشكل أخطارا على راحة الجوار، الأمن، الصحة العامة، حماية البيئة أو المواقع و الآثار التاريخية إنشائها يكون محلا لترخيص أو تصريح، ويتم إخضاعها للتفتيش من أجل مراقبة احترامها للقواعد المطبقة عليها.
- وتعرف المنشآت المصنفة هي كل منشآت " المصانع، ورشات، مخازن، مواقع بناء" التي تشكل أخطارا أو إزعاج لراحة وصحة وسلامة الزراعية والبيئة والحفاظ على المواقع والمعالم التاريخية والتراث الأثري، والتي يتم تصنيفها وفقا لأهمية الأخطار والإزعاجات التي قد تسببها.
- وهي أيضا " المنشآت الخطرة هي منشآت صناعية أو تجارية تسبب مخاطر أو مضايقات فيما يتعلق بالأمن العام أو الصحة العامة أو راحة الجيران أو الزراعة، مما يستدعي خضوعها لرقابة خاصة من جانب ضبط خاص يهدف إلى منع مخاطرها أو مضايقتها التي أهمها خطر الانفجار والحريق والغبار والروائح والضجة و إفساد المياه.¹

¹ - أمال مدين، المنشآت المصنفة لحماية البيئة، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2012، 2013، ص 18، 19.

2- التعريف التشريعي للمنشآت المصنفة

اهتم المشرع الجزائري بالمؤسسات المصنفة في إطار القانون 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، و نص عليها من المواد 18 إلى 28 من الفصل لخامس و الذي جاء تحت عنوان الانظمة القانونية الخاصة.¹

لم يعرف المشرع المنشآت المصنفة في القانون 10/03 بل اكتفى بذكر المصانع و الورشات و المشاغل و مقالع الحجارة و المناجم، و بصفة عدة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، و التي تتسبب في أخطار على الصحة العمومية و النظافة و الأمن و الفلاحة و الانظمة البيئية و الموارد الطبيعية و المواقع و المعالم السياحية، أو قد تتسبب في المماس براحة الجوار.²

تطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 198/06 المؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 31 ماي سنة 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة.³

عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06 على ما يلي:

" المنشئة المصنفة : كل وحدة تقنية ثابتة يمارس فيها نشاط أو عدة أنشطة من النشاطات المذكورة في قائمة المنشآت المصنفة، المحددة في التنظيم المعمول به.

المؤسسة المصنفة : مجموع منطقة الإقامة و التي تتضمن منشأة واحدة أو عدة منشآت مصنفة تخضع لمسؤولية شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، يجوز المؤسسة و المنشآت المصنفة التي تتكون منها أو يستغلها كل استغلالها إلى شخص آخر...".

من خلال هذين التعريفين أن التنظيم و إن عرف المنشئة المصنفة، إلا أنه لم يعتمد في ذلك على معيار موضوعي معين أو حتى اتبع المنهج الوصفي الذي كان يتبعه من قبل لتعريف المنشأة المصنفة و لم يحدد شروط موضوعية لتكون المنشأة مصنفة، بل أحال بطريقة غير مباشرة في تعريف المنشآت المصنفة إلى التعداد القانوني لها أو قائمة المنشآت

¹ - الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 يوليو سنة 2003، العدد 43.

² - المادة 18 من القانون رقم 10/03.

³ - الجريدة الرسمية العدد 37.

المصنفة التي يتم تحديدها بموجب التنظيم، و بالفعل قد صدر مرسوم تنفيذي رقم 144/07 مؤرخ في 19 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد، 34 لسنة 2007، يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة.¹

ثانيا: تقسيم المنشآت المصنفة

قسم المشرع الجزائري المنشآت المصنفة إلى 4 أصناف، و صنف المنشآت خاضعة للترخيص و أخرى خاضعة للتصريح، حيث تخضع المنشآت المصنفة، حسب أهميتها و حسب الأخطار أو المضار التي تنجز عن استغلالها، لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة و الوزير المعني عندما تكون هذه الرخصة منصوصا عليها في التشريع المعمول به، و من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

و تخضع لتصريح لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، المنشآت التي لا تتطلب إقامتها دراسة تأثير و لا موجز التأثير.²

بالعودة إلى التنظيم الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة فقد قسم المشرع المؤسسات المصنفة إلى أربع فئات:

- مؤسسة مصنفة من الفئة الأولى: تتضمن على الأقل منشأة خاضعة لرخصة وزارية.
- مؤسسة مصنفة من الفئة الثانية: تتضمن على الأقل منشأة خاضعة لرخصة الوالي المختص إقليميا.
- مؤسسة مصنفة من الفئة الثالثة: تتضمن على الأقل منشأة خاضعة لرخصة رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا.
- مؤسسة مصنفة من الفئة الرابعة: تتضمن على الأقل منشأة خاضعة لنظام التصريح لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا.³

وبالتالي نجد أن هناك صنفين من المنشآت، منشآت خاضعة للترخيص و منشآت خاضعة للتصريح، حيث تمثل المنشآت الخاضعة للترخيص الصنف الأكثر خطورة على المصالح من تلك الخاضعة للتصريح.

¹ - أمال مدين، المرجع السابق، ص 22.

² - المادة 19 من القانون رقم 10/03.

³ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

وقد أصدر المشرع الجزائري بدوره عدة تشريعات في شكل قوانين و مراسيم منذ الاستقلال ابتداء من قانون البلدية الصادر سنة 1967 الذي بين حماية النظام العام ثم تبعتها عدة قوانين لم تكن واضحة في هذا المجال إلى غاية 1983 حيث صدر قانون حماية البيئة و المحيط الذي يتضمن المبادئ العامة لمختلف جوانب حماية البيئة و المحيط الحضري، ثم تبعه القانون الصادر سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة و البيئة و المحيط الحضري، والذي بدا فيه اهتمام بحماية السكن، ثم تلاها المرسوم التنفيذي رقم 339/98 الذي ضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة، ثم صدر قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة سنة 2003، وأخيرا القانون الصادر في 2006، بعد اطلاعنا على هذه القوانين و المراسيم نلاحظ أن المشرع الجزائري ابدى اهتماما متزايدا بحماية البيئة و ما تسببه المنشآت المصنفة من مخاطر على الصحة العمومية و الأمن العام و السكنية، فقام بدوره بوضع آليات قانونية للحد من هذه المخاطر تتمثل في الترخيص الإداري و الصريح و ربط بين قوعد التهيئة و التعمير من جهة و بين قواعد حماية البيئة.¹

الفرع الثاني: الترخيص و التصريح الإداري وعلاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي

الترخيص ذلك الإذن الصادر عن الهيئة الإدارية لممارسة نشاط معين، حيث أن الشخص سواء طبيعي أو معنوي حيث لا يستطيع الشروع في إنجاز عمله إلا إذا تحصل على ترخيص مسبق من طرف السلطات المركزية في حالة المشاريع الكبرى كالمنشآت المصنفة من الصنف الأول و الثاني أو ترخيص من السلطات المحلية للمنشآت الأقل خطورة كالصنف الثالث و الرابع.²

يسبق كل طالب رخصة استغلال مؤسسة مصنفة حسب الحالة و طبقا لقائمة المنشآت المصنفة:

- دراسة أو موجز التأثير على البيئة يعدان و يصادق عليهما، حسب الشروط المحدد في التنظيم المعمول به.
- دراسة خطر تعدد و يصادق عليها، حسب الشروط المحدد في المرسوم.
- تحقيق عمومي يتم طبقا للكيفيات المحددة في التنظيم المعمول به.³

أن يكون هناك مصنع قبل إنشاء منزل حتى لا يسأل صاحب المصنع و إنما يلزم في هذه الحالة أن يكون صاحب المصنع قد أنشأه في المنطقة المناسبة، لا شك أن الترخيص الإداري الصادر من الجهات المختصة، لا يمنع في

¹ - مصطفى بن نهاز، مريم نعجة، المرجع السابق، ص 47.

² - مصطفى بن نهاز، مريم نعجة، مرجع نفسه، ص 48/47.

³ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

إزالة المضار غير المألوفة، لا يحق لمالك العقار التمسك بالرخص و مطابقة الأشغال لقواعد العمران قصد إعفائه من مسؤولية مضار الجوار حيث تسلم هذه الرخص تحت شر مراعاة حقوق الغير.¹

الواقع أنه لا بد من فرض رقابة القانون على جميع الأنشطة، لأن فتح مجال ممارسة نشاطات بدن ترخيص قد تؤدي إلى تجاوزات نظرا لعدم رقابة القانون، كما أن صاحب المنشأة الذي لم يحصل على رخصة عند إلحاقه بضرر غير مألوف بجاره يصبح معرضا للمسؤولية الجنائية إلى جانب المسؤولية المدنية المترتبة عند إضرار بجيرانه.²

- فيما يخص الإجراءات الحصول على رخصة استغلال المنشأة المصنفة.

إن استغلال المنشأة المصنفة يتطلب الخضوع لمجموعة من الإجراءات للحصول على إذن بإنشاء المؤسسة المصنفة ويستوجب تقديم ملف حيث أنه تختلف لوثائق المطلوبة في ملف إنشاء منشأة مصنفة الخاضعة لترخيص عن تلك الخاضعة لتصريح.³

يتم إيداع الطلب مرفقا بالوثائق المطلوبة، إسم صاحب المشروع ولقبه و عنوانه إذ تعلق الأمر بشخص طبيعي التسمية أو اسم الشركة و الشكل القانوني و عنوان مقر الشركة و كذا صفة موقع الطلب.

طبيعة وحجم النشاطات المنشأة التي تصنف صاحب المشروع.⁴

دراسة أولية لملف طلب رخصة الاستغلال من طرف اللجنة.

أما في حالة الاستثمارات الجديدة يجب أن تكون عناصر تقييم المشروع

منح مقرر بالموافقة المسبقة لإنشاء المؤسسة المصنفة و الصادر على أساس دراسة ملف الطلب في أجل لا يتعدى 3 أشهر ابتداء من تاريخ الطلب.

- المرحلة النهائية لتسليم الرخصة:

¹ - فاطمة الزهراء تبوب المولودة راجحي، المرجع السابق، ص 53.

² - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

³ - أمال مدين، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

زيارة اللجنة للموقع بعد إتمام إنجاز المؤسسة المصنفة بغرض التحقيق من مطابقتها للوثائق المدرجة في ملف الطلب.

إعداد مشروع قرار رخصة استغلال المؤسسة المصنفة من طرف اللجنة و إرسالها إلى السلطة المؤهلة للتوقيع.

تسليم رخصة استغلال المؤسسة المصنفة حسب الشروط المحددة.¹

ملف الطلب يجب أن يتضمن قائمة المنشآت المصنفة، حيث يتم تقديم طلب واحد لرخصة استغلال، أما

لمجموعة مؤسسات مستغلة بطريقة منسجمة من طرف صاحب رخصة الاستغلال.²

تخضع المنشآت المصنفة، حسب أهميتها و حسب الأخطار أو المضار التي تنجر عن استغلالها، لترخيص من الوزير بالبيئة و الوزير المعني، وتخضع لتصريح الوالي المختص إقليمياً، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

و تخضع لتصريح لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، المنشآت التي لا تتطلب إقامتها دراسة تأثير و لا موجز التأثير.³

تقييم دراسة التأثير أو موجز التأثير، و تحقيق عمومي و دراسة تتعلق بالأخطار و المصانع و الانعكاسات المحتملة للمشروع.⁴

كما يتم الإعلان للبلدية للجمهور في مقر البلدية التي سوف تقام المنشئة بإقليمها و ذلك بل 8 أيام على الأقل من الشروع في التحقيق، و تفتح على مستواها سجل تجمع فيه آراء الجمهور، بعدها يتم تقديم نسخة من طلب الرخصة للمصالح المحلية المكلفة بالبيئة و الري الفلاحة و الصحة والشؤون الاجتماعية و الحماية المدنية و مفتشية العمل و التعمير و البناء و الصناعة و السياحة من أجل إبداء رأيها في أجل 60 يوماً و إلا فصل في الأمر، و عند انتهاء التحقيق يقوم المحقق باستدعاء صاحب الطلب خلال 8 أيام، و يبلغه بالملاحظات الكتابية والشفوية و يطلب منه تقديم مذكرة إجابة خلال مدة حددها المشرع 22 يوماً.

¹ - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

² - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

³ - المادة 19 من القانون رقم 10/03.

⁴ - أنظر المادة 21 من القانون رقم 10/03.

و آجال التبليغ تختلف حسب الأصناف الثلاثة للمنشآت، فإذا كانت المنشأة تنتمي إلى الصنف الثالث فإن التبليغ يتم عن طريق رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال مدة لا تتجاوز شهر، أما بالنسبة للمنشآت من الصنف الثاني فإن التبليغ يتم في مدة أقصاها 45 يوم، في حين أن المنشآت من الصنف الأول في مدة لا تتجاوز 90 يوما.

يجب على الإدارة المختصة أن تبرر موقفها في حالة رفض تسليم الرخصة، و يمكن للمعني في هذه الحالة أن يتقدم بطعن.

أما إذا تعلق الأمر بمنشأة غير مدرجة في قائمة المنشآت المصنفة و كان استغلالها يشكل خطرا و ضررا على البيئة، فالوالي وبناء على تقرير من وصايا البيئة يقوم بأعداد المستغل محمدا له أجلا اتخاذ التدابير الضرورية لإزالة الأخطاء أو الأضرار المثبتة، و إذا لم يمثل المستغل في الأجل المحدد يوقف سير المنشأة إلا حين تنفيذ الشروط المفروضة.¹

المنشآت الخاضعة للتصريح: و هي تلك المنشآت التي لا تسبب أي خطر ولا يكون لها تأثير مباشر على البيئة ولا تسبب مخاطر أو مساوئ على الصحة العمومية والنظافة والموارد الطبيعية و المناطق السياحية، لهذا فهي لا يستلزم القيام بدراسة التأثير أو موجز التأثير، و يسلم هذا التصريح من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد أن يقدم صاحب المنشأة طلب يشمل على كافة المعلومات الخاصة به سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا و المعلومات الخاصة بالمنشأة " الموقع، طبيعة الاعمال المقرر، ..".

أما إذا رأي رئيس المجلس الشعبي البلدي بأن المنشأة تخضع لنظام الرخصة فيقوم بإشعار صاحب المنشأة في أجل 8 أيام لكي يتخذ الإجراءات اللازمة.

- الترخيص الإداري و دوره في الحد من مضار الجوار المتفق عليه فقها و قضاء أن الترخيص الإداري لا يحول دون قيام مسؤولية المالك عن الأضرار غير المألوفة تجاه الجوار، إذ غالبا ما يكون الاستعمال للملكية من طرف المالك مسببا أضرارا غير مألوفة تجاه الجار مرخص به من الجهة الإدارية،² كالنفايات الناتجة عن النشاطات المنزلية والتي بفعل ضخامة حجمها لا يمكن جمعها مع النفايات المنزلية.

¹ - مصطفى بن بھاز، مريم نجة، المرجع السابق، ص 54.

² - مصطفى بن بھاز، مريم نجة، مرجع نفسه، ص 56.

كل النفايات الناتجة عن النشاطات الصناعية و الزراعية و العلاجية و الخدمات.¹

يتم تحديد الموصفات التقنية الخاصة بالقواعد الخاصة و العامة لتهيئة و استغلال منشآت معالجة النفايات، كما تخضع تشغيل منشآت معالجة النفايات إلى شرط اكتتاب تأمين يغطي كل الأخطار بما فيها أخطار التلوث.² حين يتم تشغيل مؤسسة لمعالجة اخطار النفايات، حيث تأمر الإدارة المختصة باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإصلاح الوضع.

أما في حالة امتثال المعني بالأمر، تتخذ السلطة المذكورة تلقائيا الإجراءات التحفظية اللازمة على حساب المسؤول.³

أما في المرسوم التنفيذي رقم 198/06 نجد أن المادة نصت 37 على ما يلي: " إذا تضررت المؤسسة المصنفة أو المنشأة المصنفة من جراء حريق أو انفجار أو نتيجة لكل حادث آخر ناجم عن استغلال يتعين على المستغل أن يرسل تقريرا عن ذلك لرئيس اللجنة.

يحدد هذا التقرير ما يأتي :

- ظروف و أسباب الواقعة أو الحادثة.
- آثاره على الأشخاص و الممتلكات و البيئة.
- التدابير المتخذة أو المزمع اتخاذها لتفادي أي واقعة أو حادث مماثل و التخفيف من آثار ذلك على المدى المتوسط أو الطويل."

تهدف دراسة الخطر إلى تحديد المخاطر المباشرة أو غير المباشرة التي تعرض الأشخاص و الممتلكات و البيئة للخطر من جراء نشاط المؤسسة، سواء كان السبب داخليا أو خارجيا.

¹ - المادة 2 من القانون رقم 19/01 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتسيير النفايات و إزالتها، و مراقبتها و إزالتها، الجريدة الرسمية، العدد 77.

² - المادة 45,44 من القانون رقم 19/01.

³ - أنظر المادة 48 من القانون رقم 19/01.

يجب تسمح دراسة الخطر بضبط التدابير التقنية للتقليل من احتمال وقوع الحوادث و تخفيف آثارها و كذا تدابير التنظيم للوقاية من الحوادث و تسييرها.¹

تنجز دراسة الخطر على نفقة صاحب المشروع من طرف مكاتب دراسات و مكاتب الخبرة أو مكاتب استشارات مختصة في هذا المجال و معتمدة من قبل الوزير المكلف بالبيئة بعد الاطلاع على رأى الوزير المعين عند الاقتضاء.²

و نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06: " يجب ان تتضمن دراسة الخطر العناصر الآتية:

- وصف الأماكن المجاورة للمشروع و المحيط الذي قد يتضرر في حالة وقوع حادث، و يشمل ما يأتي:
 - 1- المعطيات الفيزيائية: الجيولوجية و الهيدرولوجية و المناخية و الشروط الطبيعية
 - 2- المعطيات الاقتصادية ، الاجتماعية و الثقافية: السكان و السكن و نقاط الماء و الالتقاط و شغل الأراضي النشاطات و الاقتصادية و طرق المواصلات أو النقل أو المجالات المحمية.
- وصف المشروع و مختلف منشآته " الموقع و الحجم و القدرة و المداخل و اختيار المنهج المختار و عمل المشروع و المنتوجات و المواد اللازمة لتنفيذه..".
- تحديد جميع عوامل المخاطر الناجمة عن استغلال كل منشأة معتبرة، يجب أن لا يأخذ هذا التقييم في الحسبان العوامل الداخلية فقط بل و العوامل الخارجية أيضا التي تتعرض لها المنطقة.
- تحميل الآثار المحتملة على السكان في حالة وقوع حوادث بما فيهم العمال داخل المؤسسة و البيئة و كما الآثار الاقتصادية و المالية المتوقعة.

كيفية تنظيم أمن المواقع و كيفية الوقاية من الحوادث الكبرى و نظام تسيير الأمن و وسائل النجدة."

في الأخير نلخص أن الترخيص الإداري لم يمنح إلا مع التحفظ لجهة ما يتعلق بحقوق الغير و أن هذا التخليص الإداري المعطى في هذا المجال، ليس من شأنه أو هدفه إزالة مجمل المخاطر الي تتأذى من المؤسسة، بل أنه يرمي إلى

¹ - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

² - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 198/06.

إزالة المخاطر التي تعتبر أشد ضرارا بالنسبة للغير، و بمعنى أوضح لا يضع الرجل الصناعي في مركز مميز، بل على العكس فإنه يحرص على ابقاء نظام المسؤولية في إطار القانون العام.¹

المطلب الثاني: أحكام و تطبيقات القضائية لمضار الجوار في العقار الصناعي

إن توافر شروط المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وهي التي تنشأ المضار في محيط الجوار، وأن تتجاوز تلك المضار الحد المألوف، يترتب عليه آثار تلك المسؤولية، التي تلزم المسؤول بإصلاح ذلك الضرر غير المألوف. ويعد التعويض الاثر الذي يترتب عليه تحقق المسؤولية وهو جزائها.²

ونستهل في هذا المطلب للحدوث عن التعويض المستحق للجوار " الفرع الاول " وتطبيقات هذي المسؤولية من خلال الأحكام التي صدرت من القضاء " الفرع الثاني ".

الفرع الأول: التعويض المستحق للجوار

نصت المادة 691 من القانون المدني التي نظمت مضار الجوار غير المألوفة وجاءت في فقرتها الثانية:

" ليس للجوار أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعى في ذلك العرف و طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الآخرين، والغرض الذي خصصت له."

من خلال نص هذه الفقرة متى أحدث الجار هو يستعمل حقه مضارا غير مألوفة لجاره. كان مسؤولا عن تعويض تلك المضار.

لذا يمكن القول بأن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تدور حول الضرر وجودا و عدما، فمتى تجاوز الضرر الحد المألوف التعويض.

والتعويض هو وسيلة لإصلاح الضرر وعلى وجه التحديد يقصد به الاصلاح و ليس المحو التمام و الفعلي للضرر الذي وقع.

¹ - مصطفى بن بجاز، مريم نعجة، المرجع السابق، ص 62.

² - وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 55.

وطبقا للقواعد العامة الأصل فيها أن يكون التعويض نقديا، أما بالنسبة للمسؤولية عن مضار الجوار فالأصل فيها أن يكون التعويض عينيا، يتمثل في إزالة المضار، لأن الغاية من التعويض هو الإصلاح.

وعليه فعلى القاضي ألا يتأثر وقت تقديره للضرر المطلوب إصلاحه ليكون ما يقضي به من التعويض متكافئا مع ما ثبت لديه من ضرر، وله السلطة التقديرية في طريقة التعويض لا يتقيد فيها إلا بنوع الضرر، وطبيعته، ودرجة الجسامة.

فقد يحكم القاضي بالتنفيذ العيني مع التعويض النقدي عن الضرر السابق مع إزالة الضرر اللاحق، كالحكم على المالك بإزالة المدخنة الي أقامها و التي أضرت بالجوار مع تعويض هذا الجار عن الخسارة التي لحقته من الأدخنة المتصاعدة. أو يقضي بالتنفيذ العيني، كالحكم على المالك بتعليق جدار الشرفة لإزالة المظل على الجار المجاور. أو يحكم بالتعويض النقدي لتعارض التنفيذ العيني مع طبيعة العمل المخالف للقانون. كحالة الأضرار الناتجة عن صعود وهبوط الطائرات على مدار اليوم والتي تلحق مضار غير مألوفة للسكان المجاورين للمطار.

فالتعويض جزاء الإخلال، فلا يتصور إلا بعد وقوع هذا الإخلال تحقق المسؤولية.¹

أولا: التعويض العيني

يعرف التعويض العيني بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أذي إلى وقوع الضرر، وبمقابل التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، و الذي يلزم المدين بالوفاء بما التزم به عينا.

فالمالك المسؤول عن مضار الجوار غير المألوفة قد أحل بالتزام قانوني مضمونه عدم الإضرار بالغير دون وجه حق، وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل يمكن إزالته ومحو آثاره، كما يمكن إذا بنى شخص حائطا في ملكه ليسد على جاره الضوء و الهواء تعسفا منه، ففي هذه الحالة يكون المالك مسؤولا نحو الجار بتعويض ما أحدثه من ضرر، و يجوز هنا أن يكون التعويض عينيا بهدم الحائط على حساب المالك الباني، وكون بذلك قد قام بإرجاع الحالة التي أي ما كانت عليه.²

والأصل في الشريعة الاسلامية أن يكون التعويض عينيا، فإذا كان الشيء الذي أتلف أو أعدم بمثله، ولا يصار إلى التعويض النقدي إلا إذا كان الشيء الذي أتلف أو أعدم شيئا قيما، لتعذر تعويضه بمثله.

¹ - أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 252.

² - زرارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير غير المألوفة، المرجع السابق، ص 160.

ولا شك أن التعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر، فإذا شخص جدار عاليا مجرد حجب النور و الهواء عن جاره أو أقام بناء ضخما خلافا للقوانين و اللوائح أو لحقوق ارتفاع الجار أو المبنى.¹

فهناك اتجاه رافض لمصطلح التعويض العيني يعتبره أثر المسؤولية المدنية ويؤدي إلى إزالة الضرر بصفة نهائية أو التقليل منه في المستقبل، إلا بعض الفقهاء اعترضوا على أن إزالة الضرر هي تعويض عيني، وإنما إصلاح الشيء التالف لأن القاضي لا يعوض، وإنما بإزالة المخالفة مثلا منع الاستعمال غير القانوني لأسماء الآخرين وألقابهم، لا تترتب المسؤولية في هذا الاستعمال الغير المشروع إلا إذا أدى إلى ضرر.

ويرى هذا الجانب أيضا أن التعويض العيني يتمثل في إصلاح تلف مثل إبطال الغش بين محلات التجارية المجاورة، وأن التعويض العيني ملائم فقد للتدابير و الاحتياطات التي ترمي منع تحقق الضرر كالأمر بوضع عازلات للضجيج من آلات المصنع لتقليل من ازعاج السكان المجاورين.²

كما يجوز للقاضي بما له من سلطة تقديرية أن يحكم بالتعويض النقدي رغم إمكانية التعويض العيني، وذلك في حالة كون هذا الأخير مرهقا للمالك، أو لما يمكن للتعويض العيني من إلحاق ضرر بالمالك لا يتناسب في جسامته مع ما يعود من فائدة من موقف الاستعمال الضار عن الجيران، فعندئذ يحكم القاضي بالتعويض النقدي حتى يوازن بين مصلحة الخصوم.

كما يجوز للقاضي أن يعطي للمضروب الخيار بين التعويض العيني والتعويض بمقابل، و الملاحظ مما سبق أن القاضي يتمتع بسلطات واسعة في مجال تحديد طريقة التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة، لأن المشرع لم يكن واضحا في تحديدها، ويبقى التعويض العيني هو الأصل الذي يتم القضاء به كوسيلة لجبر الضرر مادام ممكنا وغير مرهق للمالك المدعى عليه.³

فإذا كان التعويض العيني ممكنا، جاز للقاضي، يحكم به، وإذا كان الضرر ناجما مثلا عن إقامة المالك لحائط، جاز الحكم بهذا الحائط، ويجوز كذلك الحكم باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر في

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المجلد الأول، توزيع مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الخامسة ص 528.

² - سارة بولقواس، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة لحاج لخضر، باتنة 2013/2014، ص 81.

³ - وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 162.

المستقبل، مع الحكم بتعويض نقدي عن الضرر الذي حدث في الماضي، إذ يتخذ التنفيذ العيني صوراً شتى بحسب ظروف كل حالة وطبقاً لما يراه القاضي مناسباً فقد يحكم بمنع الاستعمال جزئياً أو مجرد منع الضرر مع بقاء الاستعمال في صورة غير ضارة، وقد يقتضي منع ضرر الجيران منع لاستعمال الضار منعا باتاً إذ تبين للقاضي أن الضرر لا يمكن إزالته إلا بوقف النشاط تماماً كغلق مصنع تماماً، ولكن قد يتبين أن مجرد تعديل طريقة الاستعمال من حيث مكانه أو زمانه يكفي لرفع الضرر عن الجار، كتحديد زمان تشغيل المصنع مثلاً في الصباح فقط ومنعه في الصباح الباكر أو الليل أو أيام الراحة.¹

وعليه إذا ما كان يشكو منه الجار من مضايقات غير العادية الناتجة عن الجوار فإن القاضي أن يحكم بالتنفيذ العيني بإزالة الضرر. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25/06/1997 بأن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة القاضي بوجود فتح الممر الذي تم غلقه من قبل المالك المؤدي إلى منزل الجيران المتضررين الذين لا يتمكنوا من دخول منزلهم بفعل غلقه مما ألزمهم مرورا بطريق بعيد و الذي مضارا تجاوزت مضار الجوار المألوفة يكونوا قد طبقوا القانون مما يعرض الطعن.²

ثانياً: التعويض النقدي

التعويض النقدي أن يكون مبلغاً معيناً يدفعه المسؤول للمضرور دفعة واحدة.³ ويعتبر التعويض النقدي كجزءاً للمسؤولية التقصيرية.⁴

التعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجر الضرر الذي لحقه بالمضرور، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً محمداً يدفع للمضرور دفعة واحدة أو أقساطاً،⁵ ويلجأ إليه القاضي عند وجود مانع من الموانع الحكم بالتعويض العيني، ويقدره وفقاً لعناصره، ويمكن أن يكون في صورة مبلغ إجمالي يعطى دفعة واحدة أو مقسط حسب الظروف.

¹ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 98.

² - ملف رقم، 148810 المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1997، مشار إليها بمذكرة أسماء مكي، ص 190.

³ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 533.

⁴ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 262.

⁵ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 266.

لأن تقدير التعويض يكون بناء على الضرر الحاصل للمضرور وليس على درجة الخطأ كما أن هناك أنواع المسؤولية التي تقوم على أساس الضرر دون إثبات الخطأ، إضافة إلى أن المشرع لم يضع قواعد خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية. كما أنه لا أخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ يجعلنا نقترّب إلى مفهوم العقوبة الجزائية، فهي شيء ذاتي يراعى فيه جسامة الخطأ في حين التعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر، إلا أن القضاة يدخل عادة في اعتبار جسامة الخطأ في تقديره، فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان فيه خطأ يسير.¹

وقد سبق بيان إمكانية الجار المضرور نقداً. رغم إمكانية التعويض بالموازنة بين مصلحة الطرفين، فيمكن المفاوض أن حالت التعويض عن مزار الجوار غير المألوفة هي حالة استثنائية من حالات التعويض، وفي أغلب الحالات، لا يحكم بالتعويض بالمقابل إذا كان بالإمكان التعويض العيني للجار المضرور.

ويلجأ القاضي للتعويض بمقابل في حالتين هما:

1- إذا تعذر عليه بالحكم بالتعويض العيني بسبب قيود تمنع إزالة الضرر، قد تتمثل في مصالح اقتصادية واجتماعية للأنشطة الجوارية المتنازعة، كحالة إزالة الأضرار الناجمة عن مصنع يشكو منها الجيران، وتتمثل الإزالة في هذه الحالة في غلق المصنع والذي قد تكون له آثار سلبية نظراً لأهمية وحيوية منتوجه. وكذا العدد الهائل من العمال الذي يشغلهم ذلك المصنع، مما يجعل القاضي يفضل الحكم بتعويض نقدي للجيران المتضررين قد يدفع مرة واحدة وقد يقسط في شكل إيراد طوال المدة وجود المصنع مقابل الجيران وتعایشهم إلى جانب ذلك المصنع.

2- الحالة الثانية التي يلجأ القاضي فيها غالباً إلى الحكم بتعويض الضرر بمقابل هي الحالة التي يكون فيها الهدف من الدعوى المرفوعة بشأن تعويض الضرر غير المألوف للجوار هو مضايقات حصلت في الماضي، مما يعني أن التعويض العيني أصبح مستحيلًا لأنه في هذه الحالة غالباً ما يكون مصدر الضرر غير موجود وبالتالي تصبح الدعوى الرامية إلى إزالته بغير وجه.

والأصل في تعويض مزار الجوار غير المألوفة هو التعويض العيني كما سبق بيانه وهو موقف المشرع الجزائري الواضح من خلال نص المادة 01/691 عند قوله " غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار..." كما يتضح من خلال نفس المادة ان المشرع أقر التعويض بمقابل، وجعل له ضوابط ومعايير تساعد في تمديد قيمة

¹ - سارة بولقواس، المرجع السابق، ص 105.

ذلك التعويض النقدي وذلك ما يطه في قول المشرع " وعلى القاضي أن ذلك العرف وموقع كل منها بالنسبة الآخرين والغرض الذي خصصت له.

فالقاعدة العامة في تحديد قيمة التعويض جعلها المشرع فيما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، كما حدد المشرع معايير خاصة لتحديد قيمة التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة، حتى يتمكن القاضي من إنصاف الجار المتضرر هذه المعايير تتمثل في جملة من الظروف قد تؤثر بشكل أو بآخر في تقدير الضرر غير المألوفة وفي قيام المسؤولية من عدمها وبالتالي تحديد استحقاق التعويض أم لا.

والملاحظ أن المشرع اعتدّ بظروف موضوعية تتعلق بالعقار نفسه أو باستعماله في الصور المعتادة لا الظروف الشخصية للجار، وقد أورد المشرع هذه الاعتبارات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، مما يعني أن القاضي يمكنه الاستعانة في تحديد قيمة التعويض باعتبارات أخرى لم يذكرها النص، فإذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع ولو كان المضرور شخصا مريضا وضعيف الأعصاب يلحقه ضرر جسيم من جرّاء ذلك، فلا مسؤولية على المالك إذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عنها إلا ضرر مألوف بالنسبة لشخص عادي.¹

وعلى ذلك فقد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2011/03/10 بأن قضاة الموضوع وما لديهم من سلطة تقديرية، رأوا أن تلك المضار التي لحقت سكن الطاعنة مضار الجوار غير مألوفة ولها قراروا جبر الضرر المادي الذي أصاب مسكنها من جراء الأشغال التي قام بها الجار وذلك بمنحها تعويضا مناسباً للضرر الذي أصابها وبقضائهم هذا يكونون قد رفضوا ضمينا طلبها الخاص بهدم ما أنجزه الجار من أشغال التعلية في مسكنه، وبقائهم على هذا النحو يكونون قد أعطوا لقرارهم الأساس القانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

وأيضاً قررت المحكمة الإدارية dijon بتاريخ 1969/11/14 انعقاد المسؤولية عن الأضرار الجوار عن حرق النفايات الصناعية التي تلقيها الجهات الطبية والصيدلية ومخلفات المستشفيات في المزرلة العمومية والتي يتسبب عنها تلوث الفضاء الجوي على أن يشمل التعويض كل الأضرار المادية مثل الآلام الجسمانية للأفراد، وهلاك الحيوانات المحاصيل وإفساد نوعية الألبان وتكاليف البيطرة للحيوانات.²

¹ - وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 165.

² - أسماء مكي، المرجع السابق، ص 260.

الفرع الثاني: تطبيقات مزار الجوار غير المألوفة في العقار الصناعي

من أهم مزار الجوار غير المألوفة الناتجة عن التجاور هي الأضرار الناتجة عن أضرار تلوث البيئة.

ولا شك أن التلوث يعد من الأخطار الرئيسية التي تهدد البيئة في محيط الجوار، خاصة مع تقدم المجتمعات فيحدث أضرار غير مألوفة بالجوار نتيجة تلوث الهواء، أو الضوضاء التي تضر بسمع الجيران.

أولاً: مزار الجوار غير مألوفة الناتجة عن تلوث الهواء.

- قضى بمسؤولية مستغل المنشأة الصناعية عن الأدخنة المتصاعدة منها لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة وذلك بسبب النقص في المواد العازلة.¹
- قضى بمسؤولية صاحب مصنع الطوب عن الأدخنة السوداء الصادرة عنه و التي أدت إلى تلوث غسيل الجيران.
- وقضى بمسؤولية صاحب المصنع للكيمياويات عن الغازات المتسربة منه ولتي أدت إلى موت احد الأشخاص.
- ما قضت محكمة Toulouse 1970/03/17، j.c.p 1970.11.16534 بإلزام شركة الألمنيوم التي تنتشر منها بعض الغازات الضارة على المحاصيل الزراعية المجاورة، وذلك بتركيب أجهزة ومعدات فنية لمنع بث هذه الغازات في الجو، كما ألزمتها بأن تدفع للمزارعين تعويضات سنوية، بقدر الضرر الذي يصيبهم على أساس الأسعار السنوية للحاصلات الزراعية.
- قضى بمسؤولية صاحب مصنع الفحم الحجري عن الدخان والغبار المتطاير منه والذي أدى إلى تعذر سكنى المنازل المجاورة، وموت النباتات الموجودة في المزارع والحدائق المجاورة.
- قضى بأن استغلال محطة لخدمة السيارات والذي ينتج عن تسرب للمواد البترولية في باطن الأرض المقامة عليها المنزل المجاور وكذلك انبعاث الأبخرة والروائح الضوضاء الشديدة، مما يتيح لجيران تلك المحطة الفرصة في طلب التعويض عن الأضرار التي يحدثها استغلالها.²

¹ - أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 293.

² - أسماء مكي، مرجع نفسه، ص 294.

ثانياً: أضرار الجوار غير المألوفة الناتجة عن التلوث الضوضائي

1- الأضرار الناتجة عن الوجود المنبعثة من المنشآت الصناعية والتجارية

قد ينتج عن ممارسة الأنشطة التجارية والصناعية حدوث ضوضاء نتيجة تشغيل الآلات والمحركات في هذه المنشآت، كالمصانع والورش الميكانيكية، تجعل من الصعب على الجيران أن ينعموا بالراحة والهدوء. الأمر الذي يمكنهم من المطالبة بالتعويض، إذا ارتكب مستغل هذه المنشأة خطأ نتيجة إهماله بعدم أخذ الاحتياطات اللازمة لمنع أو تقليل هذا الضجيج، أو يكون قد خالف القوانين المعمول بها لسير العمل بتلك المنشأة، مما يبرر الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأصوات الصاخبة، بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية. وهنا تنعقد المسؤولية مهما كان من شأن الضرر ولو كان يسيراً أو مألوفاً، طالما تحققت شروط المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

وتطبيقاً لذلك:

- قضى بأن مستغل المنشآت الصناعية والتجارية، قد اقترف خطأً، إذا تعاون في اتخاذ الاحتياطات اللازمة، من أجل تفادي حدوث أضرار للجيران.
- قضى بمسؤولية المالك الذي سبب للعمارات المجاورة أضراراً، ببنائه مصنعا واستخدامه الآلات الثقيلة، دون أخذ الاحتياطات الكافية لحالة الأرض من حيث كونها صلبة أو رخوة، وحكم عليه بالتعويض، علاوة على ضمان الأضرار التي يمكن حدوثها في المستقبل.
- قضت بمسؤولية الشركة عن مضار الجوار غير المألوفة عن الضوضاء التي تحدثها ليلاً والتي لا يمكن تحملها حتى في النهار والناتجة عن محركات شاحناتها خلال عملية شحن البضاعة لمدة تفوق ثمانية سنوات.
- قضى بمسؤولية صاحب مدرسة للرقص عن الضوضاء الشديدة الصادرة منها، والتي أضرت بساكني العقار التي توجد فيه.
- قضى بمسؤولية صاحب المركز التجاري الذي سبب مضايقات للجيران بسبب التشغيل المستمر أثناء الليل والنهار لأجهزة التبريد وضوضاء الثلاجات التي تزيد قوتها عن الحد المتسامح به.¹

¹ - أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 312.

2 الأضرار الناتجة عن الضوضاء المنبعثة من أعمال التشييد والبناء.

قد ينتج خلال أعمال البناء والتشييد ضوضاء نتيجة أصوات الآلات المستخدمة للبناء مثل آلة الحفر وجرافة وأصوات المطارق وكذا حركة الشاحنات وما ينتج عنها من تحمل الأنقاض وإنزال مواد البناء، والتي تعيق حركة المرور، علاوة على الصخب و الضجيج الذي يحدثه العمال والذي يعاني منه الجيران بسبب عملية البناء والتي تكون طوال اليوم ليلاً ونهاراً.

وعليه إذا كانت هذه الأضرار نتيجة اقرار خطأ من جانب المالك نفسه حين يقوم بعملية التشييد والبناء بنفسه، أو من جانب المقاول، كأن تكون نتيجة عيب في المحركات أو تشغيل الآلة و المعدات، أو يكون الخطأ في مخالفة القوانين المنظمة للتشغيل، ومن ثم تتعدد المسؤولية التقصيرية.

وفي المقابل قد تحدث هذه المضار رغم أخذ محدثها الاحتياطات الضرورية وعدم مخالفته للقوانين وتنظيمات المعمول بها ومع ذلك فإنها تتيح للمضور المطالبة بالتعويض إذا تجاوزت هذه المضار الحد المألوف.

وتطبيقاً لذلك:

- قضى بأنه لا يصح لقضاة الموضوع استنتاج وجود مضار الجوار غير المألوفة لمجرد وجود مخالفة إدارية، دون البحث فيما إذا كانت الأضرار تتجاوز الحد المألوف أم لا.¹
- قضى بأنه لا يشترط لتعويض مضار الجوار الناتجة عن أعمال البناء، أن تكون دائمة أو مستمرة، بل يمكن قيام المسؤولية عنها، ولو كانت عارضة أو طارئة، كتلك المصاحبة لأعمال البناء والتشييد، مثل الأتربة المتصاعدة نتيجة أعمال الحفر والردم، والضوضاء المفرطة نتيجة استعمال آلات ومعدلات البناء.
- قضت بمسؤولية صاحب ورشة بناء المتواجدة في منطقة سياحية عن مضار غير المألوفة الناتجة عن الضوضاء والغبار والأوراق المتناثرة أثناء مزاولته لنشاطه خلال الفترة المخصصة للراحة والسياحة.²

¹ - أسماء مكي، مرجع نفسه، ص 313.

² - أسماء مكي، مرجع نفسه، ص 314.

وفي الاخير يتضح أن التعسف في العقار الفلاحي يعد صورة من صور الخطأ و نص المشرع في قانون التوجيه العقاري على حالة يعتبر فيها الحق فعلا تعسفيا و ذلك من عدم استئثار الأراضي الفلاحية، و أن استغلال الأراضي الفلاحية يعود بالفائدة و الانتاج الوطني، و رتب جزاءات على عدم استغلال الأراضي الفلاحية و بحيث تقوم هيئة تسهر على على المراقبة و منح حق تدخل الدولة في تسيير القطاع و تقوم لجنة إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية حرمان المالك إذا ما أحل بالالتزامات المفروضة عليه، وكما تسعى الدولة إلى تحسين الأمن الغذائي و توفير قدرات الإنتاج الفلاحي و هذا في إطار مخططات التوجيه الفلاحي، بحيث يتم تطبيق أدوات تأطير العقار الفلاحي على الأراضي الفلاحية التابعة للملكية الخاصة، ويتم تعيين لجنة خاصة لمراقبة عدم استغلال أو تغير الوجهة الفلاحية و ذلك يعتبر تعسفا في استعمال الحق.

ولهذا تدخل و قيد المشرع لحماية الجار عن الأضرار التي تلحقه من تعسف مالك من مؤسسته الصناعية و طالبه بالحصول على ترخيص إداري يتضمن استغلال العقار الصناعي وفق الشروط المحددة.

الختامة

بعد دراستنا لموضوع صور التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة ويتضح لنا أن حق الملكية من أوسع الحقوق العينية والأوسع على الإطلاق ويحول لصاحبه سلطات حق الاستغلال وحق الاستعمال وحق التصرف في حدود ما تسمح به الانظمة و القوانين، و المشرع الجزائري من خلال تعريفه لحق الملكية في المادة 674 من القانون المدني ذكر سلطتين فقط و هما سلطة التمتع و التصرف ولم يذكر سلطة الاستغلال، وهذا تأثر بنص المادة 544 من القانون المدني الفرنسي.

نظرية التعسف في استعمال الحق ترتبط بالحق و غايته، وحق الملكية من أبرز مجالات التعسف في استعمال الحق، فهو نموذج كامل للحقوق الفردية لأنه يحول لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال و التصرف، وهذا بدون أن يشاركه أحد ولهذا قيد استعماله بعدم الاضرار بالغير و هو ضمن حدوده، لأن ذلك يكون مخالفا للغرض الذي من أجله منح الحق، وصاغ الفقه الإسلامي أن التعسف في الحق هو مناقضة لقد الشارع في تصرف مأذون شرعا، ومن هنا صاغ الفقه القانوني نظرية التعسف في استعمال الحق و أن فكرة التعسف في القانون مستنبطة من الشريعة الإسلامية.

النتائج

التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة تم تصنيفها ضمن حالات الخطأ التي ترتب على المتعسف المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض، وهذا من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني فتظهر لنا من المادة ثلاثة معايير، وتتجسد هذه المعايير بالإضرار بالغير، وحالة انعدام التناسب بين الفائدة و الضرر، وعدم مشروعية المصلحة، وبتوافر هذه المعايير يكون صاحب الفعل متعسفا، مما يستوجب توقيع الجزاء.

صورة التعسف في مضار الجوار الغير المألوفة فقد أورها المشرع الجزائري تطبيقا خاصا للتعسف في حق الملكية والتي تعتبر قيد من قيود الملكية، التي تشترط وجود الضرر الغير المألوف وتعسف المالك في حقه، فالتعسف يشترط الضرر الغير المألوف في علاقات الجوار، وهناك من اعطاه تسمية معيار الضرر الفاحش وهو معيار مأخوذ من الفقه الإسلامي.

يعد تعسف المالك في الحقوق المتعلقة بالمياه، وأن حق المياه ملك للجماعة الوطنية والمياه ملك لمن يخدم أرضه ويسقيها، وللجار أيضا ري وسقي أرضه بالمياه، للجار حق الشرب وسقي أرضه، وحق المجرى هو حق المالك بجري المياه فوق أرض غيره لسقي أرضه حق الصرف هو الحق الذي يسمح للمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام أن

يستعمل الصرف الخاص للجار، إلا إذا منع المالك الجار بعدم السماح له بسقي أو مرور المياه من أرضه، يعتبر متعسفا في استعمال الحق.

حق المرور لمالك الارض المحصورة في أرض جاره وصولا للطريق العام، وهذا حتى لا يمنع مالك العقار جاره وأن الملكية وظيفة اجتماعية. لكل مالك الحق أن يجبر جاره على وضع حدود لأماكهما المتلاصقة، وتوضيح الحدود بينهما، والحائط المشترك هو الذي يكون مشترك بين ملكيتين، وقيد المشرع فتح المطلات المواجهة بمسافة تقل عن مترين، أما المناور حددها المشرع بمسافة مترين.

مع الاقتصاد الجديد والنظام الليبرالي الذي جسده الدولة لتحقيق سياستها الاجتماعية و الاقتصادية، وهذا من خلال قانون التوجيه العقاري الذي كرس واجب استغلال الاراضي الفلاحية والذي لا يستغل الارض يعتبر متعسفا، ورتب جزاءات على من يترك الارض بورا قد تصل إلى حد البيع الجبري.

مضار الجوار التي ترد على الملكية ونظرا لأهمية الجار في الحياة اليومية، وأن كل استغلال في العقار الصناعي يزعج ويقلق الجار بأصوات الآلات و المحركات و يحدث له أضرار، أما المصانع التي لها الترخيص الإداري دائما تحتمي بالحماية القانونية.

المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تدور حول الضرر وجودا وعدما، فمتى تجاوز الضرر الحد المألوف يوجب التعويض والتعويض هو وسيلة لإصلاح الضرر وعلى وجه التحديد يقصد به الإصلاح، وطبقا للقواعد العامة الأصل فيها أن يكون التعويض نقديا، أما بالنسبة للمسؤولية عن مضار الجوار فالأصل فيها أن يكون التعويض عينيا، يتمثل في إزالة المضار، لأن الغاية من التعويض هو الإصلاح، وعلى قاضي الموضوع ألا يتأثر وقت تقديره للضرر المطلوب إصلاحه، والسلطة التقديرية تعود للقاضي ليكم بالتعويض النقدي أو العيني.

التوصيات

- على المشرع الجزائري أن يغير في نص المادة 708 الفقرة الثانية من القانون المدني "... ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط." نلاحظ أن المشرع الجزائري صاغ لفظ قانوني دون لفظ قوي، وفي رأينا الاصح كلمة قوي.
- إضافة مادة إلى جانب المادة المتعلقة بوسائل دفع المسؤولية القائمة على الخطأ تتعلق بوسائل دفع المسؤولية القائمة على الضرر ومن خلالها يتم تحديد الاعفاء من الالتزام بالتعويض على الضرر.
- لا بد تفعيل دور الهيئات المنصوص عليها في القانون التوجيه العقاري بخصوص عدم استغلال الاراضي الفلاحية و تشديد في العقوبات لمن يخالف أحكام المادة.

قائمة المراجع

● قائمة المصادر

○ القرآن الكريم

● الدساتير

● القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، لسنة 2016، المؤرخ في 2016/03/07.

● القوانين

● القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/25 المؤرخ في 1995/09/25.

● القانون رقم 16/08، المؤرخ في أول شعبان 1429، الموافق ل 3 غشت 2008، يتضمن قانون التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية العدد 46.

● القانون رقم 19/01 المؤرخ في 27 رمضان 1422 الموافق 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتسيير النفايات و إزالتها، و مراقبتها و إزالتها، الجريدة الرسمية، العدد 77.

● القانون 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 يوليو سنة 2003، العدد 43.

● الأوامر

● الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، جريدة رسمية، العدد 44، 2005/06/26.

● المراسيم

- المرسوم التنفيذي 87/96 المؤرخ في 24 ف يفرى 1996 يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر بتاريخ 1996/02/28.
- المرسوم التنفيذي رقم 393/09 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 يعدل ويتمم بالمرسوم التنفيذي 87/96 المؤرخ في 24 فيفري 1996، الجريدة الرسمية، العدد 61، المؤرخ في 25 أكتوبر 2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 198/06 المؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 31 مايو سنة 2006 يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 20 يوليو سنة 2003.

● قائمة المراجع

● مراجع خاصة

- تبوب فاطمة الزهراء المولودة راجحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
- الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة لبنان، 1977.
- شمشم رشيد، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، دار الخلدونية الجزائرية، بدون تاريخ الطبع.

● مراجع عامة

- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2016.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الجزائر، 2008.
- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، الجزء 2، الطبعة، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2006.
- حسن قدارة خليل أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء احداث الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2003.
- رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري اللبناني، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، 2002.
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية، كلية الحقوق، جامعة بنها.
- زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة، الجزائر، 2009.
- زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومه، الجزائر. 2005.
- سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، الجزائر، 2002.
- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المجلد الأول، توزيع مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الخامسة.
- سعيد محمد صبري، النظرية العامة للالتزامات، دار الكتاب الحديث، الجزء 2، 2003.
- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في الشرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال دار إحياء التراث العربي، الجزء 8، بيروت - لبنان

- سوار محمد وحيد الدين ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتب دار الثقافية، عمان 2005.
- طلبة ليلي، الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2010.
- علي علي سليمان، النظرية العامة الالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2003
- العبيدي علي هادي ، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، دار الثقافة، الطبعة 11، عمان الأردن 2014.
- فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية التاسعة، 2010.
- ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر للنشر الطبعة الرابعة، لبنان، 2005.
- ابن منظور، لسان العرب، مجلد3
- منصور محمد حسين ، الحقوق العينية الاصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها) أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، الإسكندرية ، 2007.

● رسائل الدكتوراه

- وزارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2012-2013
- قاشي علال، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2013-2014.
- مكّي أسماء ، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 1 2016/10/19.
- مقالاتي مني، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، الجزائر، 2014/ 2015.

• رسائل الماجستير

- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي، القانوني الوضعي مذكرة الماجستير جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014.
- بولقواس سارة، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، قسم الحقوق، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2014/2013.
- جروني خالد، استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للاملاك الوطنية، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.
- خالد محمد، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة و المقررة للعامة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير. جامعة الجزائر 1، 2014/2013
- شرقي سعدية، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة ماجستير، جامعة أكلي محمد أولحاج، 2013
- فقير فائزة، واجب استثمار ملكية الأراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 25/90، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2004-2005.
- مدين أمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة تلمسان، 2013، 2012.
- بن بهاز مصطفى، نعجة مريم، مضار الجوار في العقار الصناعي، مذكرة في إطار مقتضيات لنيل شهادة الماستر في القانون العقاري، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2013/2012.

✓ مجلات

- ابراهيم، عبد الرحمن ابراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، العدد 22، السنة 9.
- حوراء عزيز جبير الموسوي، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون السنة الرابعة، العدد الأول، 2012.
- سليمي الهادي- شهيدة قادة، أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، جامعة غارداية، المجلد 7، العدد 2-2014، 89-101.
- المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995.

✓ محاضرات

- ملزي عبد الرحمان، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر
- نبات خديجة، محاضرات السنة الثانية عقاري، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، 2013-2014.

✓ مراجع أجنبية

- Mazeaud: leçons de droit civil, obligation théorise générale, 2^{eme} édition, éditions Montchrestien, paris 1978.

الفهرس

II	الإهداء
IV	الملخص:
V	Summary:
ب	مقدمة
8	مبحث تمهيدي: ماهية التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة
8	المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية
18	الفرع الأول: تعريف نطاق الملكية الخاصة
8	الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال الحق
20	المطلب الثاني: معايير وموقف التشريعات من أساس نظرية التعسف في استعمال الحق
20	الفرع الأول: معايير التعسف في الفقه القانوني و الاسلامي
25	الفرع الثاني: موقف التشريعات من أساس نظرية التعسف في استعمال الحق
8	الفصل الأول: صور التعسف في القانون المدني
30	تمهيد:
31	المبحث الأول: تحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة
31	المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق العقارية الخاصة
31	الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة
35	الفرع الثاني: إثبات وجزاء التعسف في استعمال الحق
38	الفرع الثالث: المفهوم القضائي و تطبيقات نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة
41	المطلب الثاني: صورة التعسف في مضار الجوار غير المألوفة
41	الفرع الأول: مفهوم و شروط مضار الجوار غير المألوفة

- 45 الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن الضرر غير المألوف
- 48 الفرع الثالث: مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة
- 51..... المبحث الثاني: صور اخرى للتعسف في القانون المدني**
- 52..... المطلب الاول: تعسف المالك في الحقوق المتعلقة بالمياه
- 52 الفرع الأول : المنع في حق الشرب.....
- 54 الفرع الثاني: المنع في حق الجرى.....
- 55 الفرع الثالث: المنع في حق الصرف.....
- 57..... المطلب الثاني: صور التعسف في العقارات الملاصقة للجوار.....
- 57 الفرع الأول: منع المالك بإعطاء حق المرور للحجار.....
- 62 الفرع الثاني: المنع في الحدود و الحائط المشترك.....
- 63 الفرع الثالث: المنع في المطلات و المناور.....
- 86..... الفصل الثاني: صور التعسف في القوانين الخاصة**
- 70..... تمهيد:**
- 71..... المبحث الأول : التعسف في مجال ملكية العقار الفلاحي**
- 71 المطلب الأول: صورة التعسف الواردة في قانون التوجيه العقاري.....
- 72 الفرع الأول :صورة عدم استغلال الأراضي الفلاحية.....
- 74 الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على عدم الاستغلال.....
- 75..... المطلب الثاني : التعسف في ظل القانون التوجيه الفلاحي.....
- 76 الفرع الأول : التعريف بقانون التوجيه الفلاحي.....
- 77 الفرع الثاني : استغلال الاراضي الفلاحية عن طريق أدوات التوجيه الفلاحي.....

79	المبحث الثاني : التعسف في مجال ملكية العقار الحضري
79	المطلب الأول: المنشآت المصنفة و علاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي
80	الفرع الأول: تعريف المنشآت المصنفة و علاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي
83	الفرع الثاني: الترخيص و التصريح الإداري وعلاقتها بمضار الجوار في العقار الصناعي
89	المطلب الثاني: أحكام و تطبيقات القضائية لمضار الجوار في العقار الصناعي
89	الفرع الأول: التعويض المستحق للحار
95	الفرع الثاني: تطبيقات مضار الجوار غير المألوفة في العقار الصناعي
	الخاتمة: Erreur ! Signet non défini.
104	قائمة المصادر