

وزارة التعليم العالي والبحث العمي
جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-
كلية الحقوق



أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د.
تخصص: قانون خاص
بعنوان:

القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة

إشراف الأستاذ الدكتور:
بويندير عبد الرزاق

إعداد الطالبة:
حداد بديعة

أعضاء لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
بوعنافة السعيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-	رئيسا
بويندير عبد الرزاق	أستاذ التعليم العالي	جامعة صالح بويندير - قسنطينة 3-	مشرفا ومقررا
بوهنتالة عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	عضوا
مرمون موسى	أستاذ محاضر	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-	عضوا
بولمكاحل أحمد	أستاذ محاضر	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-	عضوا
كلو هشام	أستاذ محاضر	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1-	عضوا

السنة الجامعية 2019-2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وثناء

نشكر الله عز وجل الذي أنعم علينا بنعمة العلم ويسر لنا إتمام هذا العمل المتواضع.

أتقدم بخالص شكري وإمتناني لأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور " بوندير عبد الرزاق " على كل ما قدمه لي من توجيهات ونصائح من أجل إتمام هذا العمل المتواضع .

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفوني بقراءة ومناقشة هذه الرسالة

كما أتقدم بالشكر لكافة هيئة التدريس بقسم الحقوق.

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد وقدم لي يد العون لإتمام هذا العمل وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور " عبد الرحمن " من جامعة عنابة.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح أخي الطاهرة رحمه الله

إلى سلم نجاحي الوالدين الكريمين

إلى أفراد أسرتي الصغيرة والكبيرة

إلى أختي وإخوتي

إلى كل أحبتي وصدقاتي

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد

مقدمة

مقدمة:

يتصدر حق الملكية سلم الحقوق العينية الأصلية، نظرا لتشعبه واتساع نطاقه، كما يعد من أقدم ثلاث مواضيع قانون على الإطلاق - حرية، مساواة، ملكية- حيث أثارت الملكية إهتمام جميع الشعوب، إذ إشتد التنافس بين الناس على إكتسابها من العصور الأولى إلى يومنا هذا، وتزداد حدة التنافس خاصة إذا كان محل حق الملكية يرد على عقار، هذا الأخير الذي يعتبر أكثر قيمة مالية من المنقول بإعتباره الثروة التي لا تزول. ونظرا لهذه القيمة التي يتميز بها حق الملكية فقد نال تقديس مختلف الشرائع القديمة والحديثة، وسارعت ل حمايته المواثيق الدولية والداستير، كما حظي بإهتمام فقهاء القانون فأصدروا بشأنه جملة من النظريات منها ما هو متقارب ومنها ما هو متضارب.

هذا وقد خص المشرع الجزائري حق الملكية العقارية الخاصة بمنظومة قانونية واسعة، يستهدف من خلالها تنظيم هذا الحق وإحاطته بحماية وقائية وردعية في آن واحد تضمن الحفاظ على هذا الحق المقدس، الذي يتيح للمالك سلطات واسعة تضمن له الإستئثار به، وتسمح له بالإستفادة منه بكل الطرق والنشاطات القانونية المتاحة دون تعرض من أحد.

إن حق الملكية العقارية الخاصة الذي نحن بصدد دراسة قيوده القانونية، لا نعني به حدود ملكية فرد معين بل نقصد به تصنيف كم هائل من العقارات التابعة للخواص بعضها متلاصق والبعض الآخر متباعد، ضف إلى ذلك جزء كبير من هذه الملكيات تنقلها حقوق الغير. كما تجدر الإشارة إلى أن الواقع القانوني لهذه الأملاك العقارية وموقعها الجغرافي بالنسبة للأملاك الأخرى - سواء كانت العامة أو الخاصة- يخلق مجموعة من العلاقات، ترتب هذه الأخيرة بدورها مصالح مشتركة وحقوق متداخلة يتوجب حمايتها هي الأخرى، ذلك أن الهدف الأساسي من وضع القوانين يتمثل في حماية حقوق ومصالح جميع الأفراد على قدم المساواة وتنظيم العلاقات الإجتماعية بينهم، ومن ثم تقادي النزاعات والفوضى وكل الإنزلاقات التي تسفر على تفكك النسيج الإجتماعي.

وعليه فإن التطرق لأحقية الفرد في الإستثمار بعقاره لا يغنينا عن الحديث عن ما يقابل هذا الفرد وحقه في الملكية، حيث نجد على خط التوازي من ذلك المجتمع وما ينتج عنه من حاجات ومصالح إجتماعية مشتركة وكذلك أهداف تملئها المصلحة العامة، يستدعي تجسيدها ضرورة التلاحم والتعايش الإجتماعي، وهذا لا يكون إلا في إطار تنظيم قانوني عادل يخلق التقارب والموازنة بين المصلحة الخاصة للمالك والمصالح العامة للمجتمع.

كل هذه المعطيات تجعل من موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة موضوع ذا أهمية بالغة، تزداد هذه الأهمية لا سيما مع تطور المجتمع والحياة العامة وظهور إهتمامات و أهداف جديدة وليدة العصر الحديث، وهذا ما يجعل من قيود الملكية العقارية الخاصة غير مطلقة -غير دائمة- ذلك أن ما يعتبر اليوم قيد قانوني على حق الملكية قد يلغى بعد فترة زمنية معينة، وما يدخل اليوم في إطار الحرية المشروعة للمالك في إستعمال ملكه قد يكون لاحقا قيد قانوني يحد من حرية هذا الإستعمال.

كما يستمد موضوع الدراسة أهميته من حق الملكية العقارية الخاصة ذاته، هذا الأخير الذي تجتمع عنده جملة من المراكز القانونية تخص الأشخاص المعنوية العامة والخاصة وكذلك الأشخاص الطبيعيين، تختلف هذه المراكز القانونية في طبيعتها، فمنها ما يصنف على أنه حق عيني عقاري، ومنها ما يمثل رخصة إدارية، فيما يصنف جزءا آخر في خانة المصلحة المشروعة. علاوة على هذا نجد أن موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة هو الآخر يرتبط بعدة مواضيع قانونية، تظهر لنا في الوهلة الأولى أنها بعيدة كل البعد عن موضوع بحثنا، نذكر منها على سبيل المثال المصلحة العامة، الصحة العامة، السكنية والآداب العامة، المصير المشترك، مصالح الأجيال القادمة، إلتزامات الجوار... إلخ، كل هذه المواضيع تشترك مع موضوع دراستنا في أكثر من نقطة، بحيث إذا تمعنا في مضمونها و درسنا الأهداف المرجوة من فرض القيود القانونية على الملكية العقارية الخاصة نستنبط أنها تمثل أسس ومبررات لتقرير هذه القيود. وعليه فإن هذا الإتساع القانوني والفقهني لموضوع بحثنا يجعل منه موضوعا جديرا بالدراسة والتعمق من الجانب العلمي والعملية،

لاسيما إذا كان موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة يتراوح في أساسه القانوني بين القانون العام الذي يرمى المصلحة العامة للمجتمع، والقانون الخاص الذي يحمي المصالح الخاصة للغير وكذلك مصلحة مالك العقار.

هذا وتتعدد الدوافع الذاتية والموضوعية التي حفزتنا على القيام بدراسة هذا الموضوع، إذ نجد أن موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة رغم إمتداد آثاره ليمس جملة من حقوق الغير، ومجموعة من المصالح والممتلكات العامة والخاصة، وكذلك إتساع أبعاده فهو ينطوي على بعد إقتصادي، وبعد إجتماعي إضافة إلى البعد القانوني الذي يمثل جوهر الموضوع، إلا أنه لم يلاقي إهتماما كبيرا من الباحثين ولم يأخذ حقه من الدراسات السابقة. إذ نجد أن معظم الدراسات المقدمة في هذا الموضوع تفتقر إلى الإلمام بكل جوانبه، كما ينقصها التحديث، ذلك أن التطور السريع للقوانين بما يواكب الأهداف والمتطلبات العامة، يستوجب على الباحث في موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة الإضطلاع على جميع المستجدات المتعلقة بالموضوع، والتطرق لكل القيود المستحدثة بمقتضى هذه القوانين.

كما نستهدف من خلال هذه الدراسة إلى محاولة ضبط الواقع العملي لحق الملكية العقارية الخاصة، وكذلك الفصل في مفاهيم متقاربة تمثل علاقة تكاملية وذلك من خلال تسليط الضوء على جميع النقاط والحلقات التي تربط المصلحة الشخصية للمالك مع المصلحة العامة للمجتمع، فحق الملكية العقارية حتى ولو كان مفرزا للمالك ومحصنا بحماية واسعة فإن هناك ما يجعل له حدود تجتمع عندها حقوق الغير.

وفي سياق الأسباب الموضوعية أيضا، نحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على المضمون الإجتماعي للملكية العقارية الخاصة وتوضيحه، وبيان الأسس القانونية التي وضعها المشرع لتنظيم أحكامه، وشرح القواعد التشريعية التي وضعت لأجل التوفيق بين رغبات الفرد وحقوق الجماعة.

أما بخصوص الأسباب الذاتية لإختيار هذا الموضوع فتعود في أغلبها إلى ميولنا إتجاه هذا النوع من المواضيع الذي يتسم بإتساع الأساس الشرعي، حيث يتراوح موضوع دراستنا بين القانون العام والقانون الخاص، ذلك أن المشرع عالجه من خلال جملة من النصوص القانونية تختلف من حيث تصنيفها وطبيعتها، فمنها ما وردت في أحكام القانون المدني وقانون التوجيه العقاري اللذان يصنفان ضمن القانون الخاص، ومنها ما جاءت به مختلف القوانين الإدارية مثل قانون التعمير والتهيئة العمرانية، وكذلك قانون البيئة وعدة قوانين أخرى خاصة بالإرتفاقات الإدارية على مختلف أنواعها، حيث تصنف هذه القوانين في مجملها ضمن القانون العام. ضف إلى ذلك سعيا منا إلى الإسهام بهذه الدراسة البسيطة في إثراء البحث العلمي بمرجع جديد يستعمله الباحثين والقراء من الأجيال القادمة ويقيد فيما بعد كدراسة سابقة.

وبناء على ما تقدم نجد أن موضوع الدراسة متشعب، يجعل الباحث يغوص في أبعاده بما يتيح له إكتشاف تفاصيله ووضع فروضه، هذه الأخيرة التي تسهل عليه الوصول للإشكالية الدراسة والمغزى منها عموما. وعليه فإذا كنا نفترض أن حق الملكية العقارية الخاصة حق مقدس يتمتع بحصانة قانونية من جهة، و أنه من جهة أخرى حق ترتبط به مجموعة من الحقوق والمصالح و المراكز القانونية الخاصة بالغير، فما مدى تأثير القيود المفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة على الحد من هذا الحق و حمايته؟

تدخل في طيات هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية تشكل في مجملها العناصر الأساسية لهذا البحث نذكر منها ما يلي:

- فيما يتمثل حق الملكية العقارية الخاصة؟
- هل الطابع الحمائي لحق الملكية العقارية الخاصة يعفيه من التقييد؟
- ما هو الأساس القانوني و الفقهي لتقييد هذا الحق؟
- فيما تتمثل القيود القانونية المقررة على حق الملكية العقارية الخاصة؟

- ما مدى إلزامية هذه القيود وما الجزاء المترتب عن الإخلال بها؟

ومن أجل الإنجاز الحسن لهذه الدراسة إعتدنا في تحريرنا لها على عدة مناهج علمية، ولعل أكثرها إستعمالا في هذا البحث هو المنهج التحليلي الذي وظفناه لتحليل ومناقشة الأحكام القانونية، وكذا إستقراء الآراء الفقهية المتعلقة بحق الملكية العقارية الخاصة والقيود القانونية الواردة عليه، فيما يليه إستعملنا المنهج الوصفي لإيضاح كل ما يخص التعاريف المقدمة ، وكذلك لشرح وتفسير كل النقاط الجديدة التي تناولتها دراستنا وإزالة الإبهام عنها.

علاوة على المنهجين المذكورين أعلاه إعتدنا كذلك على المنهج التاريخي الذي يلائم السرد التاريخي، وكان ذلك فيما يتعلق بالتطور التاريخي لحق الملكية العقارية الخاصة، وظهور الوظيفة الإجتماعية للملكية، كما إعتدنا على المنهج المقارن لمقارنة بعض الأحكام القانونية والآراء الفقهية والتي جاءت متن في دراستنا.

للإجابة على الإشكالية وجميع التساؤلات الفرعية المطروحة والمتعلقة بالموضوع قسمنا بحثنا إلى فصلين نتناول فيهما ما يلي:

- الفصل الأول: حق الملكية العقارية الخاصة.

- الفصل الثاني: قيود حق الملكية العقارية الخاصة.

و ننهي بحثنا بخاتمة نضمنها أهم ما نخلص إليه من نتائج.

الفصل الأول

حق الملكية العقارية الخاصة

الفصل الأول

حق الملكية العقارية الخاصة

الملكية حق عيني أصلي يكتسب بصورة طبيعية لكل فرد، إذ تقر لجميع الأفراد حقوق طبيعية من بينها حق الملكية أو الحق في التملك، وكذا الحرية والمساواة، إذ يصنف حق الملكية ضمن الحقوق المدنية للفرد كما يعد كمطلب يندرج في إطار الحريات العامة للإنسان. تطور هذا الحق مع مرور العصور والأنظمة المتبعة في كل حقبة زمنية، وتم تنظيمه عن طريق كم هائل من القواعد والنصوص القانونية، مس مضمون هذه الأخيرة طبيعة حق الملكية، هل هي حق مطلق يخول صاحبه الإستثناء به بصفة مطلقة من غير تدخل أحد، وعليه تحدد حماية هذا الحق وفقا لطبيعته، أم أنه حق مقيد يخول لصاحبه الإستثناء به ولكن بصفة غير مطلقة، يجوز تقييده بالقوانين أو عن طريق الإتفاق، وما ينتج عن إقرار هذه القيود يكون عكس إعتباره حق مطلق، إذ يصبح على صاحب هذا الحق إحترام هذه القيود سواء كانت قانونية أو إتفاقية، تحت طائلة التعرض لعقوبة نظرا لأن هذه القيود ترتب في مجملها إلتزامات إيجابية وسلبية تقع على المالك لا يجوز له الإخلال بها لأن الإخلال بها يسبب ضرر للغير.

ولنعرض فيمايلي مفهوم الملكية العقارية الخاصة و ضماناتها في مبحث أول،
والوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة وآثارها في مبحث ثان.

المبحث الأول

مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة و ضماناتها

يتميز حق الملكية عن باقي الحقوق العينية الأخرى بإتساعه من حيث الخصائص والعناصر، اختلفت تعريفات هذا الحق في الفقه القانوني من تشريع لآخر، ومن دولة لأخرى، ولكنهم إتفقوا جميعا حول إقرار حماية خاصة لهذا الحق، على إعتبار هذا الأخير كان محل إهتمام كل تشريعات العالم إذ كان حق الملكية ولا يزال يستأثر بحماية خاصة أقرتها الإتفاقيات الدولية، ومواثيق وإعلانات حقوق الإنسان، والدساتير وغيرها من القوانين الوضعية المقررة لهذا الغرض، هذه الحماية كرسست حق الملكية الخاصة، ومنحته طابعا مقدسا خاصة عندما يقترن حق الملكية بالعقار. حيث رصدت لضمان هذا الصنف من الملكية مجموعة من الآليات، منها ما تعلق بالجانب القانوني ومنها ما تعلق بالجانب القضائي. وإذا تكلمنا عن الجانب القانوني فنكون أمام منظومة قانونية واسعة تحدد إطار الملكية العقارية الخاصة بوجه عام، وتحدد حقوق المالك وتحمي هذا الحق من كل مساس به أو تدخل غير قانوني.

إن إقرار المشرع لحماية نوعية لحق الملكية لم يكن عبثا، لأن هذه الحماية تمثل قاعدة تبنى عليها ضمان وحماية بعض الحقوق المرتبطة بالملكية، خاصة من خلال التنصيص على نقاط الترابط و الإختلاف بين هذه الحقوق العينية جميعا، كما يعد الجانب القضائي المجال الذي تطبق فيه قاعدة التشريعية، ذلك أن جميع الأفراد متساوين أمام القضاء، إذ يعتبر حق التقاضي من الحقوق العامة المقررة للجميع، فيجوز لكل فرد تعرض للتعدي أو الإعتداء أو المساس وحتى التدخل غير المشروع في ملكيته اللجوء للجهات القضائية المختصة للمطالبة بإستعادة حقه أو جبر الضرر، حيث يمثل القضاء جانبا ردعيا لكل فعل من شأنه المساس بالملكية الخاصة للأفراد.

ولنعرض فيما يلي مفهوم الملكية العقارية الخاصة وخصائصها في مطلب أول،
و ضمانات حق الملكية العقارية الخاصة في مطلب ثان.

المطلب الأول

مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة و خصائصها

لحق الملكية العقارية الخاصة مفهوم واسع بحكم قدم نشأته، وأهميته البالغة على
المستوى الفردي والإجتماعي، وإرتباط هذا الحق منذ الأزل بهويه الإنسان، ضف إلى ذلك
تشعبه من الناحية العلمية والعملية، حيث أنه إضافة إلى الإطار القانوني والذي يمثل مجال
نشأة هذا الحق فإنه يرتبط إرتباطا وثيقا بالبعد الإقتصادي والإجتماعي.

وعليه فإن دراسته موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة لا يتسنى
بدون الإشارة بالأول إلى مفهوم الملكية الخاصة، لكي نحيط إلى علم القارئ بماهية الملكية
وأخذ فكرة عامة حولها، وذلك من خلال رصد تعاريف لهذا المصطلح المركب من حق
ملكية، وعقار، وأفراد، سواء كما عرفها المشرع الجزائري، أو كما عرفها بعض مشرعي الدول
العربية والأجنبية، ونشير كذلك لخصائص حق الملكية وعناصرها التي تميز هذا الحق عن
باقي الحقوق العينية الأخرى وهي ما يطلق عليها سلطات المالك، مع التطرق إلى نطاق حق
الملكية أو مضمونها كما يطلق عليه بعض الفقهاء.

ولنعرض فيمايلي تعريف الملكية العقارية الخاصة في فرع أول و خصائص الملكية
العقارية الخاصة و نطاقها في فرع ثان .

الفرع الاول

تعريف حق الملكية العقارية الخاصة

تتعدد تعاريف حق الملكية، فكل يعرفها حسب وجهة نظره بحيث أنه لا يوجد تعريف
متعارف عليه يجمع عليه الفقهاء، يعرف حق الملكية بشكل دقيق، وإن كان تعريفها في اللغة
واحد إلا أنها من حيث الإصطلاح القانوني تختلف، حتى و إن كان الجميع عرف الملكية

عن طريق عناصرها، هناك من يصطلح على حق الملكية حق التملك وهناك من يعبر عنها بحرية التملك وإن كان تقارب بين هذه المصطلحات من حيث المحل إلا أنها تختلف وهناك فرق بينها.

ومن أجل الإحاطة بكل ما سبق، سنقوم بتوضيح ذلك في النقاط التالية:

أولاً/ تعريف حق الملكية العقارية الخاصة وتمييزها عن حرية التملك: إضافة إلى التعريف اللغوي لحق الملكية العقارية الخاصة، توجد تعاريف كثيرة في الفقه القانوني سوف نوجزها في هذا الفرع، كما أنه هناك من يطابق بين مصطلح حق الملكية وحرية التملك على أنهما معنى واحد وهذا ما سوف نحاول التمييز بين المصطلحين ونضبط المقصود بكل منهما وعليه سنتطرق إلى كل هذه النقاط فيما يلي:

1- تعريف حق الملكية العقارية الخاصة: يوجد تعريفان تعريف لغوي وتعريف إصطلاحي سنفصل فيهما على التوالي فيما يلي:

أ- التعريف اللغوي لحق الملكية العقارية الخاصة: يتكون مصطلح الملكية العقارية الخاصة من ثلاث ألفاظ ملكية، عقار و خاصة نستهل تعريفنا بالملكية.

الملكية كلمة مشتقة من ملك، يملك، ملكية، والمالك هو الله عز وجل وهو مالك يوم القيامة، ومليك الخلق أي ربهم، والمالك لغير الله أي عند البشر يعني ما ملكت اليد من مال وخول، كما تعني لفظة ملكية إحتواء الشيء والقدرة على الإستبداد به وتملكه¹.

كما أن لفظة عقار فهي تعني كل ما له أصل وقرار مثل الأرض والمنزل، أما كلمة خاصة فهي لفظة مشتقة من الفعل خصص، خصه الشيء يخصه، خصاً، خصوصاً، وإختصه، أي أفرده دون غيره، ويعني خاص به، ويقال إختص فلان بالأمر أي تخصص له إذا إنفرد².

¹- أبي الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 10، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ص ص 492-493.

²- أبي الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 07، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ص 24.

ب- تعريف حق الملكية العقارية الخاصة في الإصطلاح القانوني: لم يعرف القانون المدني الجزائري حق الملكية العقارية الخاصة كمصطلح مركب، و إنما ورد تعريفها متقطعا كل لفظ على حدى، حيث تم تعريف حق الملكية في المادة 674 من القانون المدني الجزائري¹ بقولها: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة " .

هذا وإذا أمعنا النظر في مضمون هذه المادة نجد أن المشرع لم يشر إلى أن الملكية حق مطلق ولا أنها حق مقيد بصفة مباشرة إلا أنه أشار إلى تقييدها بصورة غير مباشرة في عبارة " بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة " .

أما القانون الفرنسي هو الآخر لم يكن بعيدا عن هذا التعريف غير أنه جاء في تعريفه كلمة مطلقة ولكن في حدود القانون حيث جاءت المادة 544 من القانون المدني الفرنسي كالتالي: " الملكية هي حق الإنتفاع والتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة بشرط أن لا يستعمل هذا الحق إستعمالا مخالفا للقوانين واللوائح² " .

وعليه نلاحظ أن كلا المشرعين أغفل صفة الديمومة عند تعريفهما لحق الملكية، صف إلى هذا فإن المشرع الجزائري جاء بلفظة تمتع التي جمع فيها عناصر الملكية - الإستعمال و الإستغلال - على عكس المشرع المصري الذي حدد عناصر الملكية بشكل دقيق ونستطيع القول أنه عرفها عن طريق ذكر عناصرها حيث تنص المادة 802 من القانون المدني المصري على " لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه"³ .

¹ - الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بمقتضى القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

² - Article 544, code civil français, Créé par loi 1804-01-27, promulguée le 10 février 1804, la dernière modification 03/08/2018 .

³ - القانون رقم 131 لسنة 1948، المؤرخ في 16 جويلية 1948، المتضمن القانون المدني المصري، ج ر، عدد 108 مكرر، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 1948 .

أما فيما يخص العقار فقد جاء تعريفه في نص المادة 683 من القانون المدني الجزائري كما يلي: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار..."، ونستخلص من مضمون هذه المادة أن العقار يتمتع بميزتين الإستقرار والثبات وكذلك عدم إمكانية نقله دون تلف، وبذلك يختلف عن المنقول الذي يعد بطبيعته قابلا للنقل والحركة لذا نجد أن المشرع الجزائري بناء على ما تقدم قد ميز بينهما فيما يخص الإختصاص القضائي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أرجع ولاية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية إلى محكمة موطن العقار أما فيما يخص المنقول فالمحكمة التي يؤول إليها الإختصاص للنظر في القضايا المتعلقة به هي محكمة موطن المدعى عليه، لأن المنقول ليس له موقع ثابت بحكم طبيعته التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر¹.

هذا وينقسم العقار إلى قسمين عقار بطبيعته وهو الأصلي ويشمل الأرض وهذه الأخيرة هي التي تتميز بصفة الثبات والإستقرار الأبدي وكذا النبات والمنشآت التي تمثل الأرض قاعدة لها تستقر عليها، والعقار بالتخصيص هو النوع الثاني يعتبر منقول بطبيعته، صنف عقار لكونه رصد من طرف مالكة لخدمة أو إستغلال عقار مملوك له أيضا وهذا ما تنص الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني الجزائري بقولها: " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصد على خدمة هذا العقار أو إستغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص"، وعليه فلا تثبت صفة العقار بالتخصيص إلا للمنقولات التي يملكها صاحب العقار و التي يخصصها فعلا لخدمة العقار وليس لخدمة المالك.

مع تبني الجزائر للنظام الرأسمالي عن طريق دستور 1989² المؤرخ في 23 فيفري 1989 الذي ألغى الدساتير التي سبقته التي كانت تكرر النظام الإشتراكي، هذا الدستور

¹ - المادة 40 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ، عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

² - المرسوم الرئاسي 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989، المتعلق بنص تعديل الدستور الموافق عليه بإستفتاء 23 فيفري 1989 ، ج ر ، عدد 09 ، الصادرة بتاريخ 01 مارس 1989 .

غير في المنظومة القانونية وفي المبادئ والقواعد التي ساندت وكرس الملكية الخاصة وأعطائها حماية و صنفها، كما عرف الملكية العقارية الخاصة من خلال المادة 27 من قانون 90/ 25¹ المتضمن قانون التوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 حيث جاء فيها " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية العقارية من أجل إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها.

2- تمييز حرية التملك وحق الملكية: رغم التقارب الكبير الموجود بين حرية التملك وحق الملكية، بحيث نجد أن هناك بعض الفقهاء والقانونيين يستعمل كلا المصطلحين لدلالة على نفس المعنى غير أنه إذا كان المصطلحين يشتركان من حيث المعنى العام، فإن هناك فرق بينهما، فإذا تكلمنا عن حق الملكية، فنحن أمام حق مملوك يقع في دائرة الحقوق المالية يخول لصاحبه كل عناصر الملكية - إستعمال، إستغلال وتصرف- في حين لما نتطرق إلى حرية التملك فنحن نتكلم عن حق لا يزال في طريق الإكتساب قد يكتسب ويصبح حق ملكية وقد لا يكتسب.

وبمعنى آخر إن الحديث عن حرية التملك نقصد به الحق في أن يضيف الشخص لنفسه مالا، فإذا إمتلك هذا المال أصبح مالكا أي حائزا على حق الملكية.

أما لفظ التملك كمصطلح مستقل عن حق، وعن الحرية، فنعني به الحركة التي يقوم بها المالك على الحق المالي التي تمثل العلاقة المباشرة بين صاحب حق الملكية.²

ثانيا/ عناصر الملكية: يطلق على عناصر الملكية مضمون الملكية، وهي السلطات التي يمنحها القانون للمالك لكي يستأثر بالشيء المملوك، وهي ثلاث عناصر إستعمال وإستغلال وتصرف، ولكن عند المشرع الجزائري وكما أسلفنا القول فقد جمع الإستغلال والإستعمال في

¹- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، عدد 49، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

²- صنوبر أحمد رضا، "الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص04.

لفظة التمتع فيما أبقى على التصرف كما هو والذي يعد من أهم مميزات الملكية وعليه سنحاول التطرق لكل سلطة من سلطات المالك على حدى في النقاط التالية:

1- الإستعمال: يقصد بالإستعمال سلطة المالك في إستخدام ملكه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الإستخدام¹، حيث يتمتع المالك بالعقار بشخصه، أي أنه يستعمله إستعمالاً شخصياً، كما يمكنه أن يسمح لغيره بالتمتع به و لكن تبرعا منه بدون مقابل مالي²، وعليه فحق الملكية يخول لصاحبه أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه كما يشاء، فالأصل أن المالك حر في إستعمال ملكه إلا ما حرمه أو منعه القانون، وتكون بصدد إستعمال شخصي للملكية العقارية، في حالة ما إذا كان الشيء المملوك منزلاً فيسكنه المالك، أو حديقة فيأكل ثمارها، أما فيما يخص التبرع للغير بحق الإستعمال فيبرز خاصة في حالة إستضافة الغير في منزل المالك، أو في حالة إقامة ملجأ على وجه التبرع يستقبل فيه الغير دون مقابل، ويدخل في سلطة الإستعمال ما يتقرر للمالك من سلطة القيام بأعمال الحفظ والصيانة لملكه كترميم المنزل، أو إستصلاح الأرض وجعلها صالحة للزراعة أو حفر الآبار لغاية الزراعة والري وكذلك عملية تسييج العقار المملوك³.

وإذا كان حق الملكية يعطي للمالك سلطة إستعمال ملكه، فليس المالك مجبراً في الأصل على ممارسة هذه السلطة، إذ يستطيع أن يتوقف عن الإستعمال دون أن يتعرض لفقدان ملكيته، إذ يجوز للمالك عدم إستعمال ملكه بعدم سكن منزله، أو عدم زرع أرضه أو

¹ - حسن كيره، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص 74.

² - ليلي طلبة، "الملكية العقارية الخاصة"، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 25.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء 08، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 497.

بعدم التبرع للغير بإستعمال عقاراته ما لم يوضع المشرع قيودا في هذا الشأن¹، فالملكية على خلاف الحقوق العينية الأخرى الأصلية لا تسقط بعدم الإستعمال مهما طالت مدته.

2- الإستغلال: لا يقتصر حق الملكية على إعطاء المالك سلطة الإستعمال، بل يعطيه فضلا على ذلك سلطة الإستغلال، التي تندرج ضمن سلطة التمتع، ويقصد بالإستغلال تسخير المالك للعقار المملوك من أجل الحصول على مقابل مادي²، كما يعني كذلك الحصول على غلة الشيء، أي ما يتولد وينتج عن الشيء من ثمار، سواءً كانت هذه المنتجات تقتطع من أصل الشيء كالأحجار أو الأتربة المستخرجة من الأرض وكذلك ثمار الشيء التي يتحصل عليها في مواعيد دورية، أو لا تقتطع من أصل الشيء مثل الثروات المتجددة.³

والإستغلال قد يكون مباشرا، مثال ذلك أن يزرع المالك الأرض ويجني ثمارها وكذلك الصيد والقنص في أراضي المالك، كما يكون الإستغلال غير مباشر ويحدث هذا النوع من الإستغلال في حالة إذا سلم المالك حق إستغلال عقارات مقابل نظير مالي، كجعل الغير يجني ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك، كما يمكن للمالك أن يقوم بعمل قانوني من أعمال الإدارة من خلال تأجير منزله للغير، فيجني ثماره المدنية في صورة أجرة⁴، والثمار المدنية هي الأداء المالي الذي يحصل عليه المالك مقابل ترتيب حق للغير يتعلق بالشيء.⁵

كما يمتد الإستغلال إلى جميع ما يمتد إليه نطاق الملكية، سواء فيما يخص الثمار والمنتجات التي تحصل من الشيء، وكذلك تشمل العلو والعمق فلمالك العقار أن يستغل

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، "حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 08.

2- حسن كيره، المرجع السابق، ص 76.

3- ليلي طلبة، المرجع السابق، ص 25.

4- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 09.

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 499.

العلو فيأجره مثلا لمن يبني فيه ويتقاضى أجره من مالك المبنى، كما يمكن له أن يستغل العمق كما في حالة حفر الآبار والمحاجر مع مراعاة القوانين في هذا الشأن¹.

والأصل أن للمالك الحق في إستغلال ملكه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق الغير، وله أيضا الحق في الإمتناع عن إستغلال ملكه بترك منزله خاليا دون تأجير، فعدم البناء على أرضه، أو عدم زراعة أراضيه وتبويرها لا يحد من سلطته بالإستغلال أو عدمه إلا ما جاءت به القوانين، وفي كل الأحوال تبقى سلطة الإستغلال مقصورة على المالك².

3- التصرف: إن حق التصرف هو السلطة الأساسية للمالك التي تمكنه من التسلط على الحق الجاري على الشيء، وهو نوعان: تصرف قانوني ومفاده القيام بعمل من شأنه أن يؤدي إلى نقل الملكية فورا، أو مستقبلا عن طريق ترتيب حقوق عليها مثل عقد الرهن، أما التصرف المادي فهو يتداخل مع سلطة الإستعمال³.

بناءً على ما تقدم فإنه يجوز للمالك أن ينقل ملكية العقار إلى غيره، بمختلف التصرفات الناقلة للملكية سواء كان ذلك التصرف بمقابل أو بدون مقابل، أي من تصرفات التبرع، فبإمكانه نقل ملكيته ولا يستتقي منها شيء وبذلك يصبح غير مالك وتنتقل الملكية إلى غيره، ويصح له أن ينقل جزءا من ملكيته للغير، كذلك يجوز للمالك دون أن ينقل الملكية - أي الرقبة-، أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصرها، فله مثلا أن يرتب على المنزل المملوك له حق إنتفاع فينتقل بذلك إلى المنتفع به حق الإستعمال والإستغلال ويبقى لنفسه بحق الرقبة وحق التصرف فيها، وله أن ينقل لغيره حق الإستعمال دون السلطات الأخرى⁴.

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 499.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 500.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 501.

4- ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 26.

هذا ويختلف التصرف في الملكية ذاتها عن التصرف في إحدى عناصرها كما أسلفنا فالتصرف في الملكية ينقضي به حق المالك ويصبح غير مالك ولا يعود إليه إلا بناء على سبب من أسباب كسب الملكية، أما التصرف في أحد عناصرها فيكون مؤقت، وبإمكانه إسترداد هذا العنصر، فيعود له من جديد لكونه صاحب حق الرقبة وتستجمع من جديد عناصر الملكية في يد المالك وذلك بمجرد إنقضاء حق الغير¹.

الفرع الثاني

خصائص الملكية العقارية الخاصة ونطاقها

إن أهم ما يميز حق الملكية عن باقي الحقوق الأخرى، هي تلك الخصائص التي يستأثر بها هذا الحق عن غيره من الحقوق، خاصة في ظل إعتباره حق شامل من أوسع الحقوق العينية نطاقا، يمثل الأصل لباقي الحقوق العينية كونها مشتقة منه ومتفرعة عنه².

وحرصا منا على التوسع في الدراسة سوف نقوم بالتطرق لكل من خصائص ونطاق الملكية من خلال دراستنا لهذا الفرع.

أولا/ خصائص الملكية العقارية الخاصة: كما ذكرنا سالفًا أن للملكية مجموعة خصائص تتمثل في الصفة الجامعة، والصفة المانعة، والصفة الدائمة للملكية تختلف هذه الخصائص عن بعضها من حيث الأثر والمفهوم، لذلك سنحاول التطرق لكل خاصية على حدى من أجل الوصول إلى مفهوماها والنتائج المترتبة عن وجودها فيما يلي:

1- الملكية حق جامع: إن وصف الملكية بأنه حق جامع يعني أنه يخول صاحبه بحسب الأصل، السلطات التي تمكن من الحصول على كل منافع أو مزايا الشيء محل الحق، حيث تستجمع في يد المالك كل السلطات من إستعمال و إستغلال وتصرف، إذ لا تكون هذه السلطات مجتمعة إلا عند صاحب حق الملكية لأنه في باقي الحقوق العينية الأخرى

¹- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 10.

²- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 05.

تكون مجزئة¹، كما أن للمالك أن يضع بملكه ما يشاء، إلا ما منع عن طريق القوانين والأنظمة فالأصل في الملكية الإباحة هذا ويترتب على الصفة الجامعة لحق الملكية أمران نوجزهما فيما يلي:

أ- إثبات الحقوق المقررة على الملكية أو المدعى تقريرها لا يقع على المالك: إن الأصل في حق الملكية أن يكون جامعا لكل السلطات ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا، وإنما يقع عبء الإثبات على المدعي، فمن يدعي أن له حق على ملك الغير، كحق إنتفاع أو حق إرتفاق أو حق رهن، أو يدعي أن هناك قيد تقرر لمصلحته على ملك الغير كقيام شرط مانع من التصرف أن يثبت ذلك بالطرق المتاحة، ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات، فما لم يثبت أحد أن القانون أو الإتفاق خول له بعضها بقينا على حكم الأصل واعتبرنا الملكية جامعة أي خالية من أي قيد².

ب- إسترداد الملكية بعد إنقضاء الحقوق العينية المترتبة على الملكية: إن أي حق يتفرع عن حق الملكية يكون عادة مؤقت فحق الإنتفاع وما يلحقه من الإستعمال وحق السكن هي بالضرورة حقوق مؤقتة، ولا يجوز أن تتجاوز مدتها حياة أصحابها، وحقوق الإرتفاق ممكن أن تكون حقوق مؤقتة، وإذا لم تحدد مدة لها فإن هناك أسباب لإنقضائها ذكرها القانون، وحقوق الرهن والإختصاص والإمتياز أو ما تسمى بالتأمينات العينية تزول بإنقضاء الحقوق الشخصية التي تكفلها، ومتى تقرر أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هي حقوق مؤقتة فإن المالك يستطيع أن يسترد هذه الحقوق لملكيته بحكم القانون فيعود لحق للملكية ما كان قد أنتقص منه بسبب قيام الحقوق المتفرعة، أو الضمانات العينية، وتستجمع الملكية كاملة من رقبة وإنتفاع في يد المالك³.

¹ - حسن كبير، المرجع السابق، ص 64.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 529.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 530.

2- الملكية حق مانع: يطلق على خاصية الملكية حق مانع عدة تسميات منها الملكية حق إستثنائي، ومقصود على المالك، ويقصد بذلك أن المالك ينفرد بحق الملكية دون أن يشاركه فيه أحد، فالمالك يستأثر وحده بتلك السلطات دون تدخل من الغير¹.

ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوك لشخصين في وقت واحد، يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع ولكن كلا الشخصين لا يملك الشيء كله بل يملك جزءا من الشيء شائعا²، ويجوز أن يملك البناء أشخاص متعددون، ولكن دون أن يملك كل منهم البناء كله، ولو أمكن تصور أن يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد، على نحو ما نراه في الحق الشخصي عندما يكون له دائنان متضامنان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة للمدين³.

3- الملكية حق دائم: دوام حق الملكية ينظر إليه من زاويتين هما أن عدم إستعمال الملكية لا يسقطها، كما أن حق الملكية بطبيعته لا يقبل التأقيت أو الأجل وعليه سنفصل في هاتين النقطتين فيما يلي:

أ- حق الملكية لا يسقط بعدم الإستعمال: لم يرد أي نص بشأن حق الملكية يقضي بسقوطها عند عدم إستعمالها من قبل المالك، على خلاف باقي الحقوق المنقرعة عنها وكذلك الحقوق المقررة عليها مثل التأمينات العينية، حيث تخضع هذه الحقوق للأحكام التقادم المسقط وعليه فإن الملكية لا تزول عن صاحبها بعدم استعمالها⁴، و دوام الملكية صفة ثابتة سواء إستعمل المالك ملكه أو لم يستعمله و أيا كانت مدة عدم الإستعمال، كما أنه لا تسقط بالتقادم دعوى الإستحقاق المقررة للمالك لإسترداد ملكه ممن إغتصب عقاره الذي تركه المالك بدون إستعمال مدة طويلة حتى لو زاد عن خمسة عشر سنة، طالما أن الملكية تبقى للمالك رغم عدم إستعمالها ولكن إذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط،

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 10.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص 65.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 532.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 12.

فإن هذا لا يمنع من كسبه بالتقادم المكسب متى وضع الغير يده على العقار المملوك وذلك بمقتضى حيازة قانونية مستوفية لشروطها كاملة، وهذا لا يعني أن الملكية زالت بالتقادم المسقط، ولكن الملكية عندما تنتقل إلى الحائز تكون قد إكتسبت بالتقادم المكسب.

ب- حق الملكية لا يقبل التأقيت أو الأجل: حق الملكية لا يقبل التأقيت بفترة زمنية معينة متعلقة بثلاث نقاط:

- ❖ الملكية دائمة بدوام الشيء المملوك.
- ❖ الملكية دائمة بحكم طبيعتها.
- ❖ لا يجوز إقترانها بأجل واقف أو فاسخ.

فيما يخص النقطة الأولى فالملكية دائمة طالما أن الشيء محل حق الملكية باق ولم يزل¹، ولا تزول الملكية إلا بزوال الشيء المملوك وعليه فلا ينظر إلى ديمومة الملكية من باب مالكة فقد ينتقل حق الملكية إلى الغير وبطريقة من طرق إكتساب الملكية إلى أشخاص آخرين يصبحون مالكين بدلا عن المالك السابق وعليه فلا نستطيع القول أن الملكية زالت بل تبقى الملكية قائمة ولكنها تنتقل بين الأشخاص سواء كانوا هؤلاء الأشخاص طبيعيين أو معنويون.

وبالنسبة للنقطة الثانية فيفيد دوام حق الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير مؤقت، فالملكية على عكس باقي الحقوق الأخرى المقترنة بأجل أو يمكن أن تقترن بأجل للإقضاء مثل باقي الحقوق العينية و كذلك التأمينات العينية التي تنقضي بناءا على حلول أجلها أو وفقا للأسباب إنقضاءها في القانون، هذا الأخير الذي لم يحدد أجلا تنقضي فيه الملكية وعليه فالملكية حق أبدي بغض النظر عن إنتقالها بين الأشخاص².

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 13.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 534-535.

أما فيما يخص النقطة الثالثة فلا يجوز للملكية أن تقترن بأجل واقف أو فاسخ فالملكية باقية ما بقي الشيء المملوك، وإذا ربطنا حق الملكية بأجل هذا يعني أن حق الملكية حق مؤقت، فلا يجوز مثلا التعاقد حول نقل الملكية بين شخصين، ويحددان أجل فاسخا تنتهي بناء عليه ملكية المشتري للعقار المبيع وتعود الملكية بعد إنقضاء الأجل للبائع فلا يجوز ذلك باعتبار أن هذه الحالة تؤكد أن الملكية حق مؤقت على عكس طبيعتها الدائمة. فيما يجوز التعاقد حول حق الإنتفاع وبأجل فاسخ، حيث تبقى ملكية الرقبة للبائع وينتقل حق الإنتفاع للمشتري وبعد إنقضاء الأجل المتفق عليه يسترد البائع حق الإنتفاع، وتصبح الملكية كاملة في يد المالك الأصلي.

كما لا يجوز أن يقترن حق الملكية بأجل واقف حيث لا يمكن لشخص أن يشتري من آخر شيئا معيناً على أن لا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري إلا بعد إنقضاء أجل معين لأنه إذا إقترنت ملكية المشتري بأجل واقف كانت ملكية البائع في هذه الحالة مؤقتة تنتهي بإنقضاء الأجل الواقف. والأصح هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين، فيكون الإلتزام بنقل الملكية مؤجلاً وليس حق الملكية ذاته¹.

ثانياً: نطاق الملكية العقارية الخاصة: نطاق الملكية هو الوعاء أو المحل الذي يمارس عليه المالك سلطاته من إستغلال أو إستعمال وتصرف، وعموماً يكون هذا النطاق عبارة عن شئ مادي منقول أو عقارا، والذي يهم دراستنا هو هذا الأخير، حيث يصعب تحديده في بعض الحالات خاصة في حالة الإلتصاق سواء الطبيعي أو الإصطناعي نظراً لوجود مشاكل كثيرة في تعيين الحدود للملكيات المتجاورة وكذلك في حالة إنفصال ملكية المبنى عن ملكية السطح.²

هذا وقد حدد المشرع الجزائري نطاق الملكية في المادتين 675 و676 من القانون المدني حيث ذكرت المادة 675 منه العناصر الجوهرية للشيء وحددت معيار إعتبارها كذلك

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 539-540.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص 82.

وكان هذا في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فتحدد تحديدا دقيقا نطاق الملكية بقولها "... وتشمل الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا " وتبعتها المادة 676 من القانون المدني لتضيف إلى نطاق الملكية ثمار الشيء ومنتجاته وملحقاته، وسنتطرق إلى كل ماجاءت به هذه المادتين بالتفصيل في النقاط التالية:

1- الأرض وما فوقها وما تحتها: لا تقتصر ملكية الأرض على سطحها، بل تشمل كذلك ما فوقها من الفضاء وما تحتها من الأعماق، بمعنى آخر لم يجعل المشرع نطاق حق الملكية بشكل أفقي يستغرق مساحة العقار أو السطح، بل جعله أفقيا يشمل السطح وعموديا يمتد إلى العلو والعمق، وسنفصل فيما يلي:

أ- العلو: العلو هو الفضاء الذي يعلو سطح الأرض الوارد عليها حق الملكية، فمالك الأرض له أن يستخدم الفضاء الذي يعلوها في إقامة ما يشاء من منشآت أو مد الأسلاك أو تسييج الأرض، وله كذلك بإعتباره مالكا لما فوق الأرض أن يمنع غيره من إستخدامه¹، كأن يمنع الجار المجاور له بأن تمتد أغصان نباتاته إلى فضاء ملكيته، وبإمكانه مطالبة جاره بقطع هذه الأغصان، لأن القانون يحمي ملكيته ويخول له حق الإستئثار بها ومنع أي تعرض يحصل لها، ويتيح له التمتع بهذا العلو بكل الطرق والإستفادة من كل العناصر الحيوية مثل النور والهواء.

والمشرع الجزائري لم يحدد مقدار العلو، وإنما قال إلى الحد المفيد في التمتع، كما لم يرد مقدار العلو أيضا في القوانين الأجنبية، وبالعودة إلى القانون الدولي فنجد أنه قسم الفضاء إلى ثلاث أقسام:

❖ المنطقة القريبة من الأرض وتعتبر ملكية خاصة لأصحاب الأراضي.

❖ المنطقة التي تعلوها وهي مملوكة للدولة وتخضع لسيادتها.

¹ منصور مصطفى منصور، "حق الملكية في القانون المدني المصري"، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر، 1960، ص34.

❖ المنطقة الحرة وهي دولية.

وعلى العموم يعتبر هذا التقسيم غير مضبوط وغير مؤسس، ويحتاج إلى إعادة ضبط وتنظيمه عن طريق قوانين أو إتفاقيات مستحدثة¹.

ب- العمق: مالك السطح يملك ما تحت أرضه، فللمالك أن يستخدم ما تحت أرضه من طبقات فيستخرج منها الأحجار والأتربة ويحفر فيها الآبار ويمد فيها الأنابيب²، أو إقامة أسس لمنشآت، أو إنجاز خنادق لوضع قنوات وتميرير الأسلاك وله أيضا أن تمتد أشجاره ومغروساته إلى الأعماق التي تتطلبها من أجل نموها، كما يحق له قطع جدران مغروسات جاره إذا تجاوزت الحدود ودخلت إلى عمق ملكيته والمطالبة برد أي إعتداء على عمق ملكيته قد يحدث من طرف الغير.

2- ثمار الشيء ومنتجاته وملحقته: أضاف المشرع لنطاق الملكية ما يمثل فروعها لها، وهي الثمار والملحقات والمنتجات، حيث تنص المادة 676 من القانون المدني الجزائري " لملك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك " وعليه فتمثل كل من الثمار والمنتجات و الملحقات إمتداد لنطاق الملكية ونوجزها بإختصار فيما يلي:

أ- الثمار: هي غلة الشيء التي يمنحها الشيء بصفة دورية ومنظمة ومتجددة، أي أنها تجدد بدون إنقطاع في فترات متعاقبة، وهي تتفرع عن الشيء دون الإنقاص من أصله، بحيث لا تفسده ولا تغير منه، وهي ثلاث أنواع ثمار طبيعية تكون من عمل الطبيعة دون تدخل الإنسان، وثمار صناعية تكون من عمل الإنسان كالمحاصيل الزراعية وثمار مدنية وهي المبالغ المالية التي يتقاضاها مالك العقار مقابل إستغلال الغير ملكه

¹ دغوش عبد الرحمن، "حق الملكية والقيود القانونية والإتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري"، شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، دون سنة نشر، ص 33.

² منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 34.

والإنتفاع به مثل الأجرة في حالة كراء المالك لمنزله أو أرضه¹، حيث يدفع المستأجر مقابل نظير تمكينه من الإنتفاع بالعين المؤجرة، وتعتبر ثمار الشيء من حق المالك في الأصل ولكن لا يوجد مانع من أن تكون ملكا لشخص آخر عن طريق القانون أو الإتفاق.

ب- المنتجات: على خلاف الثمار، فالمنتجات تستخرج من العقار في مواعيد متقطعة غير منتظمة، مع الماس بأصل العقار وإنقاصها منه، بحيث لا يبقى على حاله، إلى الحد الذي يمكن أن يؤدي إلى نفاذ الأصل ذاته، ومن قبيل ذلك الأحجار المستخرجة من المحاجر، إضافة إلى المعادن التي تستخرج من المناجم²، كذلك الثروات الطبيعية الباطنية الأخرى مثل البترول والغاز التي تستخرج عن طريق الآبار.

ج- الملحقات: هي كل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال الشيء، طبقا لما تقتضي به طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين³، أو بعبارة أخرى هي كل ما يلحق أو يتبع العقار بصفة دائمة من أجل إستعماله دون أن تكون داخلة في أصل هذا العقار، ومنه فملحقات الشيء لا تمثل الأجزاء المكونة له، ولا تتولد عنه على خلاف الثمار والمنتجات، فهي أشياء مستقلة عن الأصل، وحسب المادة 887 من القانون المدني الجزائري تشمل ملحقات العقار كل من حقوق الإرتفاق، والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك⁴، وفي جميع الأحوال فإن ما يعد بصفة مؤقتة لإستعمال العقار، فإنه لا يدخل ضمن ملحقاته، كما يتعين الإعتداد في شأن تحديد ملحقات العقار بشروط الإتفاق، فإذا لم توجد وجب الأخذ بالإرادة الضمنية للمتعاقدين المستمدة من طبيعة الأشياء⁵.

¹ - ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 27 .

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 20.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 586.

⁴ - ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 27.

⁵ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 19.

المطلب الثاني

ضمانات حق الملكية العقارية الخاصة

إن الكلام عن ضمانات وحماية حق الملكية العقارية الخاصة لا يكون قبل التطرق لموضوع آخر هو المرجع العام لحماية كل الحقوق والحريات بصفة عامة وللملكية خاصة، باعتبار أن حق الملكية من أقدم الحقوق وأقدسها، ألا وهو دولة القانون هذا اللفظ الذي ظهر في العقدين الأخيرين من القرن الماضي، وأصبحت مقدسة عند القانونيين لأن دولة القانون ترتبط بالأساس بالدولة الحديثة الديمقراطية، غير أنه لا بد من القول أن دولة القانون التي نعيش تداعياتها اليوم، ليست وليدة الحاضر ولكنها نتيجة تراكمات خلقتها لنا الحضارات المتعاقبة والكتب السماوية، وأسهم في تطويرها المفكرين والفقهاء إلى ما هي عليه الآن.

هذا وعرف الدستوري الفرنسي لوري فافرو دولة القانون كمايلي: "يقصد بدولة القانون، النظام القانوني المتضمن المميزات التالية:

1- صيغ لقواعد قانونية دقيقة بما يكفي تطبيقها

أ- تكون واضحة لدى المعنيين بها.

ب- أن لا تترك أدنى حد للتعسف.

ت- بحيث يمكن لنا تحقيق من تطابقها مع القواعد المرجعة .

2- إجراءات تسمح بالمراقبة الفعلية لمدى تطابقها مع القواعد القانونية الأعلى منها في

تدرج القوانين، بمعنى أن الأمر يتعلق بالخصائص الشكلية وليس بالمضمون المرجو

من القواعد.¹

وعليه فدولة القانون تتميز بسيادة القانون فيها وإدانة أي تعسف، كما أن المحاكم فيها

تتمتع باستقلاليتها الحقيقية لما يضمن عدالة منصفة، وبناء على ما تقدم نجد أن دولة القانون

¹ - صالح دجال، "حماية الحريات ودولة القانون"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص ص 35-36.

ترتكز على جانبين جانب قانوني وجانب قضائي، هذان الجانبان يمثلان في مضمونها الحماية التي تقدمها دولة القانون للحقوق، وهي تنقسم إلى قسمين، ضمانات أو حماية قانونية، وضمانات قضائية.

ولنعرض فيمايلي الضمانات القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في فرع أول و الضمانات القضائية لحق الملكية العقارية الخاصة في فرع ثان.

الفرع الأول

الضمانات القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة

إصطفى الله الإنسان وميزه عن باقي المخلوقات، ووضعه في مركز لكسب الحقوق بطبيعته، وبالشرع والتشريع الوضعي، ومن أجل ضمان هذه الحقوق تتم حمايتها في إطار قانوني بما يكفل الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، ذلك أن مسألة الحماية هي الغاية المستهدفة من القوانين الوطنية والدولية، ورغم أن جميع الحقوق لها أهميتها ولها حيزها القانوني، إلا أن الملكية تعتبر من بين الثلاث مواضيع أو حقوق التي أخذت حصة الأسد منذ القدم إلى يومنا هذا، إذ أن أهميتها لم تبقى حبيسة الحدود الجغرافية للبلدان، ولكن أهمية هذا الحق تتعدى ذلك، إذ كان ولا يزال هذا الحق محل حماية وطنية ودولية، حيث صدرت في هذا الشأن منظومة قانونية واسعة منها ما يتعلق بالضمانات الدولية ومنها ما يتعلق بالضمانات الداخلية للبلدان، وهذا ما سنتناوله من خلال فرعنا حيث سنتكلم أولاً عن الضمانات الدولية فيما نتطرق ثانياً إلى الضمانات الداخلية الجزائرية.

أولاً/ الضمانات الدولية لحق الملكية العقارية: تتمثل الضمانات الدولية في الإعلانات والمواثيق الدولية المصادق عليها من طرف مجموعة من الدول، تعتمد كمصدر قانوني سامي، حيث تمثل مصدر من مصادر القانون الدولي، ومرجعاً أساسياً تعتمد الدول في سن دساتيرها.

ولعل أهمها ما يعرف بإعلانات حقوق الإنسان، وهو مصطلح يطلق على وثيقة تتضمن الحقوق والحريات العامة والتي يجب كفالتها¹، ظهر لأول مرة هذا النوع من الإعلانات عقب ثورة الفرنسية سنة 1789 تحت إسم إعلان حقوق الإنسان والمواطن، فيما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 01 ديسمبر 1948 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث تعد هذه الإعلانات من أقوى المواثيق الدولية وزنا من الناحية القانونية وأكثرها تطرقاً لحقوق الإنسان وحرياته، وما يهم دراستنا هو تطرقها لموضوع حق الملكية في إطار مستقل عن باقي الحقوق الأخرى وتخصيصها مجموعة أحكام تركز فيها الملكية وتحت على ضمانها، وللتفصيل فيما جاءت به هذه الإعلانات حول الملكية سوف نتناول كل إعلان على حدى في النقاط التالية:

1- إعلان حقوق الإنسان والمواطن: تم إصدار هذا الإعلان من طرف الجمعية الوطنية بتاريخ 26 أوت 1789، يعتبر الإعلان من وثائق الثورة الفرنسية الأساسية وتعرف فيه الحقوق الفردية والجماعية للأمة. ولقد جاء الإعلان متأثر بفكر التنوير ونظريات العقد الإجتماعي وكذلك بالحقوق الطبيعية التي تعد تقليدية، حتى وإن كان هذا الإعلان وليد الثورة الفرنسية فإن مطالبه وأحكامه تجاوزت حدود فرنسا بل وصل صداها إلى مختلف الدول وتأثرت بها في سن قوانينها الداخلية هذا ويتكون الإعلان من 17 مادة تكلمت المادة 17 منه على الملكية حيث نصت على ما يلي " بما أن حق الإمتلاك من الحقوق المقدسة التي لا تنتقض فلا يجوز نزع الملكية من أحد إلا إذا إقتضت المصلحة العمومية ذلك إقتضاء صريحاً وفي هذه الحالة يعطي الذي تنزع منه ملكيته تعويضاً كافياً"².

وعليه حرصت هذه المادة على تكريس مبدأ ضمان حق الملكية وحرية التملك كحق طبيعي أساسي.

¹- مجمع اللغة العربية، "معجم القانون"، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، ص 05.

² - https://ar.wikisource.org/wiki/le_02/09/2016_à_18:56 .

2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو وثيقة دولية تمثل الإعلان الذي أصدرته الأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948 في باريس، يتضمن هذا الإعلان الحماية التي أولتها الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، ويعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من بين الوثائق الدولية التي كان لها موقعا هاما في القانون الدولي¹، وقد أخذ هو الآخر جزء من مادته الخام من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، وإتفقت مع مضمونه معظم دساتير العالم بما في ذلك دستور الجزائر لسنة 1963² الذي أشار في مادته 11 إلى ذلك من خلال التنصيص على ما يلي " توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتتضم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمصالح الشعب الجزائري وذلك إقتناعا منها بضرورة التعاون الدولي ".

تضمن هذا الإعلان 30 مادة جاءت متنوعة المواضيع حيث تناول مختلف الحريات والحقوق، ومن بين الحقوق التي جاء بها حق الملكية، حيث نصت المادة 17 منه على قداسة الملكية بقولها "...ولكل فرد الحق في التملك بمفرده أو بالإشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسف".

ومنه نستخلص أن الملكية مظهر من مظاهر الحرية الفردية وضمانا للإستقرار، يتمتع بهذا الحق كل الأفراد على قدم المساواة، محمي من كل تعسف أو تعرض، كما يدخل حق الملكية العقارية الخاصة مع الأملاك العقارية والوطنية وكذا الأوقاف، ليشكل ثلاثتهم إقليم الدولة، هذا الأخير الذي يخضع لها وتمارس عليه سيادتها، بحيث تبسط حمايتها عليه من كل تدخل خارجي أو تعرض أجنبي.

ثانيا/ الضمانات الداخلية لحق الملكية العقارية الخاصة: إهتم المشرع الجزائري بضمان الملكية كحق وكحرية وحدى بذلك حدو المواثيق الدولية، إعلانات حقوق الإنسان في حماية

¹- hrlibrary.umn.edu/arab/b001.html / le 02/09/2016 à 16:58

²- دستور 1963 الموافق عليه بإستفتاء 08 سبتمبر 1963، ج ر، عدد 64، الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

الملكية الخاصة سواء عن طريق أحكام الدساتير المتعاقبة أو عن طريق القوانين والتشريعات الأخرى، سنحاول التفصيل في هذه الحماية حسب التدرج الهرمي فيما يلي:

1- الضمانات الدستورية: تجسد الحماية الدستورية أقوى ضمان يقدم للحقوق والحريات الفردية بحيث تكفل هذه الحقوق وتحمي كل تمتع بها، وتمنح لها الإحترام الواجب، كما تلزم قواعد الدستور الجميع بالإمتثال لهذه الأحكام دون إستثناء سلطات وشعبا وحتى تشريعا¹، فيجب أن لا تتعارض كل تشريعات وقوانين البلاد مع دستورها، لأن أحكام الدستور تسمو على جميع القوانين، وهذا ما تمت الإشارة إليه في مضمون ديباجتي دستور 1989 ودستور 1996²، حيث جاء فيهما ما يلي: " إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ إختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية."

هذا وإذا كان الدستور قد قدم حماية عامة لجميع الحقوق والحريات الأساسية إلا أنه قد خص الملكية الخاصة بأحكام مباشرة، ولم يجمعها مع باقي الحقوق وذلك نظرا لأهمية هذا الحق، حيث جاء في المادة 16 من دستور 1976³ ما يلي: " الملكية الفردية ذات الإستعمال الشخصي أو العائلي مضمونة"، كما أن دستور 1989 الذي حمل في طياته تغيير إيديولوجية النظام، من نظام إشتراكي يقوم على المشاركة الإجتماعية إلى نظام رأسمالي يكرس الملكية الفردية، ونص على ضمان حق الملكية في محتوى المادة 49 منه بقولها "الملكية الخاصة مضمونة"، كما حافظ دستور 1996 على نفس الصياغة التي

¹ - صالح دجال، المرجع السابق، ص 49.

² - المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور الموافق عليه بإستفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

³ - الأمر رقم 97/76 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر، عدد 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

جاءت بها المادة 49 مع تغيير في رقم المادة حيث نص المشرع على حماية الملكية في المادة 52 من هذا الدستور بقولها: " الملكية الخاصة مضمونة"¹.

وبهذا يكون المشرع قد كفل حق الملكية الفردية بحماية تليق بأهمية هذا الحق عن طريق قواعد سامية ودستورية.

2- الضمانات التي جاءت بها القوانين: عالج القانون المدني الجزائري موضوع الحقوق العينية في الكتاب الثاني منه وعلى رأس هذه الحقوق حق الملكية، الذي أولاه المشرع حيزا هاما من النصوص القانونية لأجل الإحاطة بهذا الحق من كل جوانبه، سواء من حيث نطاقه، أو من حيث طرق إكتسابه، وأهم جانب وسائل حمايته، إذ تكلم القانون المدني عن حماية حق الملكية وأنه لا يمكن تجريد أحد من ملكه تعسفا أو بطريقة غير قانونية، حيث نصت المادة 677 منه على أنه: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون" كما ضبط إطار الإكتساب بضوابط قانونية خاصة فيما يتعلق بالإستيلاء والتأميم ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة .

لم ترد حماية الملكية الخاصة في القانون المدني فحسب بل وردت أيضا في قانون التوجيه العقاري 25/90 هذا الأخير الذي يعتبر وليد التوجيهات الرأسمالية التي تبناها دستور 1989، إذ يعتبر أول قانون يصنف الملكية العقارية الخاصة تصنيفا صريحا، كما قدم هذا القانون في طياته حماية خاصة للملكية الفردية، فحرص على التذكير بالضمان الدستوري لها، مما أعطى لها دفع خاص وحررها من بعض القيود الإشتراكية، حيث نصت المادة 28 منه على ضرورة ضمان حق الملكية بقولها: " الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية يضمنها الدستور وتخضع للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه".

¹ قانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر، عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

الفرع الثاني

الضمانات القضائية لحق الملكية العقارية الخاصة

قبل الخوض في الضمانات القضائية المقررة لحق الملكية العقارية الخاصة يجب أن نشير إلى الضمانات القضائية العامة، والمقررة لجميع الحقوق والحريات دون إستثناء، ألا وهي حق التقاضي وإستقلالية القضاء، هذه الضمانات ترتبط إرتباطا وثيقا بمصطلح دولة القانون الذي تطرقنا له آنفا، بحيث يعتبر حق التقاضي من إحدى الدعائم التي تقوم عليها دولة القانون إذ يمنح لكل فرد في الدولة صلاحية الدفاع عن حقوقه وحرياته ضد جميع الإنتهاكات الماسة بهذه الحقوق عن طريق اللجوء للقضاء¹، هذا ويعرف حق التقاضي على أنه إمكانية كل فرد، إنتهكت حقوقه المكرسة قانونا اللجوء للقضاء لرد هذا الإعتداء والإقتصاص ممن إعتدى عليه².

وعليه تلعب السلطة القضائية دور هام في حماية الحقوق ورعايتها بحيث تحرص على تطبيق مبدأ المساواة بين جميع المتقاضين، إذ نصت المادة 139 من دستور 1996 على ما يلي: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

هذا ولا يمكن للقاضي تأدية مهامه على الوجه المطلوب إلا إذا كان مستقلا عن كل التبعيات ومتحررا من كل الضغوطات وهذا ما يعرف بإستقلالية القضاء هذه الأخيرة التي تمثل أساس من أسس دولة القانون، ويقصد بإستقلالية القضاء عدم خضوع القاضي في تأدية مهامه إلا للقانون طبقا لنص المادة 138 من دستور 1996، حيث يساعد هذا المبدأ في إرساء دعائم العدل والإنصاف بين جميع أفراد المجتمع، ويسهم في تأسيس دولة القانون الديمقراطية التي تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات.

1 - المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 - صالح دجال، المرجع السابق، ص 150.

كما تخضع السلطة القضائية لتنظيم خاص بها يسمى التنظيم القضائي، حيث ينقسم القضاء إلى هرمين: هرم القضاء العادي ويتضمن ثلاث درجات قضائية، وهرم القضاء الإداري ويتضمن درجتين، بحيث لا تخرج صلاحية النظر في القضايا المطروحة عن هذان الهرمين، وإذا كانت الملكية موضوع واسع بطبيعته فإنه من البديهي أن تكون القضايا المثارة بشأنها متنوعة يتراوح إختصاص النظر فيها بين الهرمين العادي والإداري، كما أن النظر في القضايا أمام القضاء العادي تتوزع في حد ذاتها إلى نوعين فمنها من ينظرها القضاء العقاري والمدني ومنها من ينظرها القضاء الجزائي.

هذا وسنتطرق إلى أنواع الضمانات فيما يلي:

أولاً/ الضمانات المدنية: تتمثل الحماية المدنية في دعاوى الملكية أو ما يعرف بالدعاوى المدنية وهي من أهم الوسائل التي وضعها المشرع لضمان حق الملكية العقارية الخاصة مدنياً، تسهم هذه الدعاوى في حفظ حق الملكية من كل مساس أو تعدي أو تهديد، وتمنح للمالك بواسطتها حق اللجوء للقضاء من أجل إستحقاق ملكيته وتثبيتها عن طريق دعوى إستحقاق الملكية وهذا في حالة المساس بأصل الملكية، كما يجوز للمالك في حالة إقتصار المنازعة على التعرض أو الإعتداء والتهديد فالملكية برفع دعوى منع التعرض للملكية، أما في حالة وجود تهديد للملكية جراء الشروع في إنجاز أعمال لم تتجز نهائياً فهنا وضع المشرع في يد المالك دعوى ثالثة يحفظ بها المالك حقه في الملكية وهي دعوى وقف الأعمال الجديدة، هذا ولكل دعوى من الدعاوى المذكورة خصائص تميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى حيث سنفصل في هذه الخصائص فيما يلي:

1- دعوى إستحقاق الملكية: دعوى الإستحقاق هي الدعوى التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء سواء كان منقولاً أو عقاراً، والذي يهتم في دراستنا هو ملكية العقار، إذ يرفع المالك دعوى الإستحقاق للمطالبة بملكه تحت يد الغير¹، كما تسمى أيضاً دعوى تثبيت الملكية وهي لا ترد إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملكية بمعنى آخر أن يكون

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 591.

محلها حق عيني أصلي وهو الملكية ولا يكون المدعي حائزا لأن دعاوى الحيازة تختلف عن دعاوى الملكية، كما لا يصح أن يرفعها المدعي من أجل المطالبة بباقي الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية أو الحقوق الشخصية التي يكون محلها إلتزامات.

وعليه فدعوى الإستحقاق شأنها شأن باقي الدعاوى، لها طرفان أساسيان هما المدعي والمدعى عليه، المدعي في دعوى الإستحقاق هو من يطالب بملكيته العقار والمدعى عليه يكون عادة الحائز لهذا العقار أو الشيء، وهذا الوضع المألوف يرجع إلى أن المالك لا يطالب عادة بملكية شيء هو في حيازته وتحت يده، وإنما يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الإستحقاق مطالباً بالملكية ورد العقار إليه.

أما من حيث الإختصاص فتخضع دعوى الإستحقاق للقواعد العامة حيث ينعقد الإختصاص فيها للمحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها العقار، لكونها دعوى عينية متعلقة بحق الملكية العقارية ينظر فيها القسم العقاري التابع لمحكمة موطن العقار¹، تحت طائلة عدم قبول الدعوى في حالة الإخلال بقواعد الإختصاص طبقاً لما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا وترفع دعوى الإستحقاق في أي وقت شاء من يدعي الحق في الملكية رفعها فيه، فليس لها أجل محدد تزول بإنقضائه على خلاف الدعاوى الأخرى التي يكون موضوعها المطالبة بحق عيني آخر أو حقا شخصيا، والتي تقيد بأجال محددة قانونا تسقط الدعوى بتجاوزها، ذلك أن دعوى إستحقاق الملكية لايسقط بالتقدم نظرا لأن من خصائص الملكية الديمومة وعليه جاز لمن يدعي ملكية معينة رفع دعوى الإستحقاق في أي وقت شاء حتى ولو بمرور خمس عشر سنة، حيث أن دعوى إستحقاق الملكية تبقى متاحة ما بقي الشيء المدعى ملكيته².

¹ المادة 40 من القانون رقم 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 599.

تخضع دعوى الإستحقاق فيما يخص عريضتها للقواعد العامة في القانون حيث بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ضوابطها وبياناتها على نحو مفصل، يشترط أن ترفع الدعوى بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة ضبط المحكمة المختصة طبقاً لأحكام المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى البيانات التالية تحت طائلة عدم قبولها شكلاً:

✓ الجهة القضائية التي ترفع أمامها.

✓ أسماء الأطراف ولقبهم وموطنهم.

✓ عرض وجيز لوقائع الدعوى مع إلتماس الطلبات والوسائل المؤسسة عليها

الدعوى.¹

رغم أن دعوى إستحقاق الملكية وضعها المشرع في يد المالك لحماية حقه إلا أنه جعل عباً للإثبات فيها يقع على من يدعي ملكية العقار، فإن لم يقدّم بإثبات ملكيته رفضت دعواه وليس على المحكمة أن تنظر في ملكية المدعى عليه، هذا و يستوجب القانون على المدعي لإثبات ملكيته إستظهار سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وهذا ما نصت عليه المادة 29 من القانون 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري بقولها " يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

هذا ويعتمد القضاء الجزائري عدة طرق لإثبات في دعوى الإستحقاق الواردة على الملكية العقارية ولعل أهم وسائل الإثبات وأقواها حجية هو الدفتر العقاري والذي يسلم للمالك عند تمام عملية مسح الأراضي طبقاً لأحكام المادة 19 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري² هذا ويعرف الدفتر العقاري على أنه " ذلك

¹- بن زكري راضية، " الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2010/2009، ص 76.

²- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

السند القانوني الذي يعطي لمالك العقار الحق في التصرف فيه وإستغلاله بعد الإنتهاء من عملية المسح العقاري، والذي يدون فيه جميع التصرفات الناقلة للملكية والتي من شأنها إحداث تغيير في المركز القانوني للملكية العقارية " 1.

أما بخصوص الأملاك العقارية التي لم تمسها بعد عملية مسح الأراضي، فهي تثبت عن طريق المحررات الرسمية المشهورة في المحافظة العقارية، وتم تعريف المحرر الرسمي في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري بقولها " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه " ويقصد بالمحررات الرسمية إضافة إلى العقد، كل من الأحكام القضائية والسندات الإدارية وعقد الشهرة سابقا وحاليا سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري طبقا للقانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية، وفي حالة عدم وجود السندات الرسمية السالفة الذكر تثبت الملكية عن طريق محرر عرفي ثابت التاريخ قبل 1 جانفي 1971، ويمكن تعريف المحرر العرفي على أنه تلك الورقة المكتوبة والتي لا تخضع في تحريرها لشكلية معينة ما عدا إمضاء صاحب الشأن في تحريرها²، هذا ولا يعترف بالعقد أو المحرر العرفي إلا بثبوت تاريخه قبل تاريخ 01 جانفي 1971، فالعقود العرفية الثابت تحريرها بعد هذا التاريخ لا تكون لها حجية للإثبات ومسألة ثبوت التاريخ نص عليها المشرع في المادة 328 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت إبتداء:

✓ من يوم تسجيله.

¹ - رحمانية عماد الدين، " الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 250.

² - رحمانية عماد الدين، المرجع نفسه، ص 15.

✓ من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

✓ من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

✓ من يوم وفاة أحد اللذين لهم على العقد خط أو إمضاء. "

تنتهي دعوى الإستحقاق بإستصدار حكم بشأنها، فهو نتيجة منطقية لكل منازعة قضائية، حيث يحكم القاضي بناء على تكييفه للمنازعة وبعد النظر في كل الوثائق والإثباتات المقدمة وفي حالة كفايتها، بتثبيت الملكية للمدعي، وبإعادة العقار إلى أصله، إذا كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغيير، وفي نفس الوقت يحكم على المدعى عليه بتسليم العقار للمدعى¹.

يحوز الحكم الصادر في دعوى الإستحقاق على حجية الشيء المقضي فيه، وهذه الحجية تثبت لكل حكم قضائي قطعي، وتبقى له هذه الحجية إلى أن يزول هذا الحكم عن طريق إلغائه عند الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، غير أن هذا الحكم لا يكون له حجية إلا بين الخصوم أنفسهم وحول نفس المحل والسبب والموضوع، وفي حالة إستنفاد طرق الطعن يعطى للحكم حجية قوة الأمر المقضي فيه، وبذلك يكون حجة بما فصل فيه من حق ملكية ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة²، كما نشير إلى أن جميع الأحكام التي يكون موضوعها حقا عقاريا تشهر في المحافظة العقارية.³

2- دعوى منع التعرض للملكية: دعوى منع التعرض للملكية على خلاف دعوى الإستحقاق لا يكون موضوعها تثبيت الملكية، بل التعرض لسلطات المالك عن طريق المساس بها أو حرمانه منها من طرف الغير، بحيث يمنع هذا التعرض المالك من ممارسة حقه في إستعمال وإستغلال والتصرف في ملكيته الخاصة، كمحاولة منع المالك من حرث أرضه أو البناء فوقها أو إستعمالها في أي غرض آخر، هذا وقد يكون التعرض على كامل عقار المدعي

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 600.

² - بن زكري راضية، المرجع السابق، ص 81.

³ - المادة 15 من الأمر 74/75.

من خلال الإعتداء المادي على العقار، كما قد يكون التعرض على جزء فقط من ملكيته العقارية، كالمروور في أرض المدعي أو إنشاء في جزء منها حق الارتفاق أو تغيير في الحدود،¹ تقابل دعوى منع التعرض للملكية دعوى منع التعرض للحيازة وإن كان يشتركان في الهدف من رفع الدعوى وهو الحصول على حكم يمنع التعرض إلا أنهما يختلفان من حيث طبيعة ومحل كل منهما، فالدعوى في الملكية تحمي الحق في الملكية، أما دعوى الحيازة فتحمي المركز القانوني.

يتمثل أطراف دعوى منع التعرض للملكية في المدعي وهو المالك المتعرض لملكته والذي يرفع دعواه ضد المدعى عليه الذي يمارس فعل التعرض، وعلى المدعي أن يثبت حدوث التعرض للملكية سواء كان تعرضا ماديا أو قانونيا، بحيث يحول هذا التعرض بينه وبين ممارسته لسلطاته كمالك، ويستوى في ذلك أن يكون التعرض قد ألحق ضررا بالمدعي أو لم يلحق، فيكفي محاولة منعه من إستغلال ملكيته أو إستعمالها لكي يعتبر تعرض. كما يستوي في التعرض أن يكون نابعا عن سوء نية أو عن حسن نية، فالقاضي يحكم في كل الأحوال بمنع التعرض للمالك حتى لو كان المدعى عليه حسن النية.²

لا تختلف دعوى منع التعرض للملكية في الإختصاص القضائي عن دعوى الإستحقاق، إذ تختص المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار إقليميا بالنظر في هذه الدعوى طبقا لأحكام المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ ويختص القاضي العقاري في النظر في هذه الدعوى، أما من حيث الميعاد فطالما الدعوى المرفوعة مقترنة بتعرض على الملكية فالمشرع لم يحدد لها ميعاد لرفعها، فمتى ثبت التعرض للملكية يستطيع المالك رفعها دون التقيد بأجل في ذلك فله أن يرفعها متى أراد.

¹ - Alex Weill, Droit Civil, Les Biens, 2 éme éd , Dalloz, Paris, 1974, p 352 .

² - بن زكري راضية، المرجع السابق، ص 84.

³ - المادة 40 من القانون 09/08.

ترفع دعوى منع التعرض بعريضة تخضع للقواعد العامة كباقي الدعاوى الأخرى، ويحتوي مضمونها على عرض موجز لوقائع الدعوى يثبت فيها المدعي وقوع التعرض لملكيته العقارية جراء عمل مادي أو إجراء قانوني يمنعه من ممارسة سلطاته الثلاثة الإستعمال والإستغلال والتصرف في عقاره، كما يجب على المدعي أن يحدد في عريضة طلبه تحديدا دقيقا من حيث موضوعه وسببه، ويكون طلبه إما أصليا بالتماس منع للمدعى عليه من التعرض له في ملكيته العقارية، أو إحتياطيا بتعيين خبير لإثبات وجود تعرض فعلي في عقاره.

يستصدر القاضي حكما فيما يخص دعوى منع التعرض للملكية مستوفيا جميع بياناته الشكلية يفصل في قضية التعرض المطروحة أمامه، ويتعين على القاضي إذ لم تأكد له وقائع الدعوى وجود تعرض تعيين خبير من أجل المعاينة الميدانية للعقار محل التعرض والتحقق من وجود التعرض من عدمه، وإعداد تقرير بذلك وإيداعه لدى أمانة ضبط المحكمة، ففي هذه الحالة يفصل القاضي بحكم غير قطعي، ولكن في حالة ما إذا أثبت المدعي تعرض ملكيته للأعمال المادية من قبل المدعى عليه و التي من شأنها إعاقة ممارسته لسلطاته الثلاثة على ملكيته، وفي المقابل لم ينكر المدعى عليه ذلك، يحسم القاضي النزاع بعد ثبوت التعرض وإثبات الملكية للمدعي من خلال تقديم سند إثبات معترف بحجيته، وهذا بصفة قطعية¹، بحكم يتضمن منع التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل سواء بالإزالة أو عن طريق التعويض².

3- دعوى وقف الأعمال الجديدة: يرفع المالك دعوى وقف الأعمال الجديدة ضد المدعى

عليه في حالة تهديد هذا الأخير لملكية المدعي، عن طريق الشروع في أعمال من شأنها

حرمان المالك من ملكيته³، حيث يهدف المدعي من رفع الدعوى إلى منع الإستمرار في

¹ - بن زكري راضية، المرجع السابق، ص ص 90-91 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء 09، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 941.

³ - حمدي باشا عمر، " حماية الملكية العقارية الخاصة"، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 81.

هذه الأعمال التي لو تمت لشكلت تعرضا للملكية¹، فهي دعوى وقائية لأنها تقي من ضرر محقق، ودعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية من الدعاوى الإستعجالية التي ترمي إلى إتخاذ تدابير معجلة وقائية.

وعلى العموم تتميز دعوى وقف الأعمال الجديدة عن باقي دعاوى الملكية فيما يخص الجهة المختصة بالنظر فيها وفي شروطها، ولعل أهم شروط قيام هذه الدعوى ثبوت واقعة الشروع في الأعمال الجديدة بحيث يجب أن يثبت المدعي بداية الشروع في الأعمال وعدم إنتهائها بحيث لو إنتهت هذه الأعمال فلا يمكن للمدعي رفع هذه الدعوى، لأنه يتغير تكييف هذه الدعوى من دعوى وقف أعمال جديدة إلى دعوى منع التعرض بإعتبار أن الأعمال تمت والتعرض صار قائما وملموسا، أما فيما يخص الشروع في الأعمال فتمثل إعتداء على وشك الوقوع على الملكية والتي من شأنها لو تمت أن تحدث ضررا للمالك، ويمكن لهذا الأخير أن يثبت واقعة الشروع في الأعمال الجديدة عن طريق تحرير محضر إثبات ومعاينة من طرف المحضر القضائي لدعم صدق إدعائاته يثبت فيه أن المدعى عليه شرع في القيام بهذه الأعمال، والقاضي له أن ينتقل بنفسه للمعاينة أو الإستعانة بخبير لإثبات واقعة الشروع، فهي مسألة تقديرية له.

كما يشترط لصحة رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة بإعتبارها دعوى إستعجالية قيام مصلحة حالة ومستعجلة وقائمة²، هذا ولم يعرف المشرع الجزائري الإستعجال رغم أنه شرط جوهرى للإختصاص النوعي للقاضي الإستعجالي، بل إكتفى بتحديد نوع الدعاوى التي تكون محلا لدعوى قضاء الإستعجال والتي من بينها دعوى وقف الأعمال الجديدة، فيما ذهب الفقه والقضاء في تعريفهم للإستعجال مذاهب عدة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الإستعجال لا يتوافر إلا في الأحوال التي يترتب على التأخير فيها ضرر لا يحتمل الإصلاح، وساند المحكمة في قضائها هذا العديد من شراح القانون في فرنسا ومصر، هذا

¹- ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 95.

²- بن زكري راضة، المرجع السابق، ص 92.

وقد إستند رأي المحكمة إلى عبارة وردت في خطاب ألقاه المستشار ريال في 11-04-1860 بالمجلس التشريعي في الأعمال التحضيرية لباب القضاء المستعجل إذ قال: " يتردد رئيس المحكمة في الحكم في الدعاوي التي يترتب على أقل تأخير فيها ولو بضعة ساعات ضرر لا يقبل الإصلاح".¹

كما عرفه البعض بأنه " الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيدته".²

وبناء على ما تقدم فإن دعوى وقف الأعمال الجديدة تنظر أمام القضاء الإستعجالي، لتوفر الخطر المحقق بحق الملكية العقارية الخاصة، الذي يتطلب الحماية القانونية العاجلة لما قد تشكل هذه الأعمال الجديدة من ضرر يلحق بهذا الحق يصعب إصلاحه.

وعليه فلما يثبت المدعي في دعوى وقف الأعمال الجديدة وجود الشروع في أعمال تهدد ملكيته تكون مصلحة المالك بناء على ذلك ذات طابع إستعجالي حال، يقتضي إجراء وقائي يوجب درء التعرض قبل قيامه، فإذا تراخى المالك في رفع دعواه أو تجنب قاضي الإستعجال البث فيها بإعتبارها دعوى موضوعية، فإن إتمام الأعمال لا يحول دون رفع المالك لدعوى منع التعرض.³

ومما سبق يتبين أن أطراف دعوى وقف الأعمال الجديدة هو المدعي الذي يرفع دعواه في حالة تهديد ملكيته عن طريق الشروع في أعمال جديدة من شأنها أن تشكل مساس بالملكية من طرف المدعى عليه الذي يمثل الطرف الثاني في الدعوى وهو الشخص الذي يشرع في الأعمال الجديدة على ملكية المدعي.

¹ محمد سيد أحمد عبد القادر، "تحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 53.

² محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق كامل، "قضاء الأمور المستعجلة"، الكتاب الأول في إختصاص قاضي الأمور المستعجلة، ط 07، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1985، ص 30.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 941.

أما من حيث الإختصاص فكما أشرنا سالفاً، أنه على خلاف دعوى الإستحقاق ودعوى التعرض للملكية التي يعود الإختصاص فيهما للقضاء العقاري ومحكمة موطن العقار، فإن الإختصاص في دعوى وقف الأعمال الجديدة يعود للقضاء الإستعجالي، وذلك لمواجهة حالة الإستعجال بوقف الأعمال الجديدة على ملكية المدعي حماية لملكية هذا الأخير¹.

كما أن المشرع في دعوى وقف الأعمال الجديدة لم يقيدھا بميعاد معين لرفعھا، ولكنها متوقفة على شرط الشرع في الأعمال الجديدة، فلو تمت هذه الأخيرة، يسقط حق المالك في رفعھا، وتعتبر هذه الدعوى دعوى وقائية لأن الشرع في هذه الأعمال يمثل تعرض مستقبلی للملكية يستلزم البث فيها بأمر مؤقت قبل الإنتهاء منها وقاية وتقاديا لحدوث التعرض، غير أن آجال التكليف بالحضور يمكن تقليصها إلى أربع وعشرون ساعة، في حالة الإستعجال القصوى يمكن أن يكون أجل التبليغ من ساعة إلى ساعة، ويمكن تقديم الطلب إلى القاضي الإستعجال خارج ساعات وأيام العمل، وذلك بمقر الجهة القضائية حتى لو قبل قيد العريضة الإفتتاحية في سجل أمانة الضبط².

وككل دعوى تنتهي المرافعات في دعوى وقف الأعمال الجديدة بحكم قضائي يختلف عن الأحكام القضائية التي تصدر في دعاوى الموضوع، بحيث يقتصر هذا الحكم على مجرد وقف الأعمال أو الإذن بإستمرارها، ففي حالة إصدار حكم في صالح المدعي، يتعين على المدعى عليه الإمتناع على الإستمرار في الأعمال، كذلك يجوز للقاضي الحكم بإزالتها أي ما تم إقامته حيث يكون الحكم هنا بمثابة وقاية لحق المالك، أما في حالة ما إذا كان المدعي ليس له حق في دعواه لعدم توافر شروطها فيقضي القاضي برفضها، ومن ثم

¹ - بن زكري راضية، المرجع السابق، ص 93.

² - المادتين 301 ، 302 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يستمر المدعى عليه في الأعمال الجديدة التي شرع فيها إلى أن ترفع دعوى الملكية ويفصل فيها¹.

ثانيا/ الضمانات الجزائية: إضافة إلى الضمانات المدنية المذكورة آنفا قدم المشرع ضمانات جزائية لحماية الملكية العقارية الخاصة وهذا في حالة التعدي عليها أو المساس الخطير بها، فنظرا لأهميتها البالغة وقداستها الدستورية تختص الملكية العقارية الخاصة بهذا الضمان الإستثنائي، وعليه فقد خصها المشرع من خلال الأمر رقم 156/66² المعدل والمتمم والمؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات بعدة نصوص لحمايتها من كل تعدي ولعل أهم نص صدر بخصوص ضمان الملكية العقارية الخاصة هو نص المادة 386 من قانون العقوبات الذي جرم فعل التعدي ولنعرض جريمة التعدي فيما يلي:

1- محل جريمة التعدي وعناصرها: أثار نص المادة 386 من قانون العقوبات إشكال حول محل جريمة التعدي حيث جاء نصها كما يلي: " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة مالية من 2000 دج إلى 20.000 دج كل من إنتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس.

وإذا كان إنتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد أو بالعنف أو عن طريق التسلق أو الكسر من عدة أشخاص، أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشرة سنوات، والغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج".

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 948.

² - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/18 المؤرخ في 10 جوان 2018، ج ر، عدد 34، الصادرة بتاريخ 10 جوان 2018.

نستخلص من نص المادة 386 من قانون العقوبات باللغة العربية أن محل جريمة هو الملكية العقارية المملوكة للغير، أما في اللغة الفرنسية فقد جاءت ترجمتها على الشكل التالي " كل من إنتزع من الغير عقارا" أما النص الأصلي بالفرنسية فكان كما يلي:

« Quiconque pour surprise au fraude, dépossède autrui d'un bien immeuble ».¹

وعليه فمحل جريمة التعدي هي الحيازة وليس الملكية كما ورد في نص المادة 386 باللغة العربية وهذا جعل القانونيين والفهاء والقضاة ينقسمون في جدالهم إلى فريقين، فريق يعتمد في موقفه نص المادة 386 باللغة العربية فيجعل الحماية الجزائية مقررة للملكية العقارية الخاصة، فيما يذهب الفريق الثاني إلى القول بأن المحل المراد حمايته بنص المادة 386 من قانون العقوبات هو المركز القانوني لكل حائز معتمدين في ذلك على نص المادة 386 الوارد باللغة الفرنسية.²

ولما تكون الملكية محل حماية جزائية تردع كل تعدي عليها فمتى تتحقق جريمة التعدي؟ لكي نكون أمام جريمة التعدي على الملكية العقارية يجب توفر عناصر الجريمة في الفعل الإجرامي إضافة إلى الأركان العامة للجريمة والمتمثلة في الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي، وحسب نص المادة 386 نجد أن المشرع ذكر عنصران تختص بهما جريمة التعدي على العقارات الخاصة وهما: إنتزاع عقار مملوك للغير، وإقتران فعل الإنتزاع بالخلسة والتدليس.

أ- **عناصر إنتزاع عقار مملوك للغير:** هذا ويتمثل عنصر إنتزاع عقار مملوك للغير في فعل الإنتزاع ويستفاد من هذا اللفظ قيام الفاعل بسلوك إيجابي هو النزاع أو الإنتزاع وهو الأخذ بالعنف وبدون رضی المالك، ويجب أن يكون فعل الإنتزاع بفعل الجاني وتخطيطه، ويستوي في ذلك أن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الفعل أو أن يكلف أحد لتنفيذ فعل الإنتزاع، وفي حالة إذا ما تم تنفيذ الفعل المجرم من الغير نكون أمام مجرم أصلي وشريك في الجريمة، هذا ولم

¹ ريش محمد، " جريمة التعدي على الملكية العقارية"، المجلة الجزائرية، عدد خاص، دون سنة نشر، ص 86.

² حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 130.

يفرق المشرع الجزائري بين المجرم أصلي وشريكه فحسب نص المادة 44 من قانون العقوبات¹ يعاقب الشريك في الجريمة بنفس عقوبة الجاني الأصلي فما يخص الجرح والجنائيات².

إضافة إلى فعل الإنتزاع يستوجب أن يكون فعل الإنتزاع محله عقارا بحيث يخرج المنقول عن ما جاءت به المادة 386 من قانون العقوبات التي جاءت تحمي العقار فحسب من التعدي، هذا وقد تطرقنا إلى تعريف العقار سابقا من خلال نص المادة 683 من القانون المدني على أنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"، وعليه فيستوي في الجريمة أن يكون العقار، عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص، لأنه في حالة تخصيص منقول لخدمة عقار يصبح لصيق به وتسري عليه كل الأحكام التي تطبق على العقار³.

كما يشترط المشرع في هذا العنصر أن يكون العقار مملوكا للغير، بحيث لا يكون مملوكا للمعتدي بأي طريقة من طرق التملك كأن يكون تركة أو شيوخ، والغير في جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، إضافة إلى أن الغير المذكور في المادة 386 أعلاه قد يكون شخصا عاما أو خاصا، فالملكية الخاصة من البديهي أن يكون الغير شخصا خاصا لأنه لو كان الشخص عاما لكنا أمام التعدي على الملكية العامة وليس الملكية العقارية الخاصة.

ب- إقتران فعل الإنتزاع بالخلسة والتدليس: لم يعرف المشرع الجزائري الخلسة والتدليس رغم أهميتها وإعتبارهما قاعدة لفهم هذا العنصر، ويمكن تعريف الخلسة بأنها صورة الفعل الذي يقوم به الجاني ويؤدي إلى الإستيلاء على مال الغير بدون علم أو رضا صاحب المال

¹ - المادة 44 من قانون العقوبات.

² - خمار الفاضل، "الجرائم الواقعة على العقار"، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 15.

³ - خمار الفاضل، المرجع نفسه، ص 18.

أو صاحب العقار¹، فالخلسة هي القيام بفعل الإنتزاع خفية أي بعيدا عن أنظار المالك وبدون علمه²، وبعبارة أخرى يمكن تعريفها على أنها إنعدام عنصر العلم لدى الغير فإذا إقترنت الخلسة مع الإنتزاع كان المعني سلب العقار من المالك فجأة من غير موافقته ومن دون علمه بغير وجه حق³.

أما التدليس فهو مصطلح يستعمل في القانون المدني والقانون الجزائي على حد سواء ولكن مفهومه في القانون المدني يختلف عن معناه في القانون الجزائي، إذ يعتبر التدليس حسب القانون المدني عيب من عيوب الرضا أو الإرادة يكون نتيجة إستعمال طرق إحتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد أو القيام بالتصرف، وأن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد⁴ وقد نصت المادة 86 من القانون المدني على جواز إبطال العقد من طرف المدلس عليه إذا بلغت الحيل المستعملة من طرف المدلس جسامة كبيرة دفعت لتأسيس العقد أو القيام بالتصرف، إلا أن التدليس في القانون الجزائي غير التدليس المنصوص عليه في القانون المدني والذي مهما بلغت جسامته لا يكفي لقيام المسؤولية الجزائية، حيث أنه في القانون الجزائي يجب أن يبلغ التدليس من الجسامة درجة من الخطورة بفعل إستعمال الجاني لطرق تدليسية معينة ذكرتها المادة 372 من قانون العقوبات على سبيل الحصر وهي:

✓ إستعمال طرق إحتيالية.

✓ أن تتخذ هذه الأكاذيب نطاق معين يؤدي إلى التصرف في مال أو منقول ليس

ملكا للجاني وليس له الحق في التصرف فيه.

✓ بإتخاذ إسم كاذب أو صفة غير صحيحة.

1- خمار الفاضل، المرجع السابق، ص 24.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 88.

3- خمار الفاضل، المرجع السابق، ص 24.

4- خمار الفاضل، المرجع نفسه، ص 26.

وعليه يكون تدليسا في جنحة التعدي على الملكية العقارية كل إحتيال يلجأ إليه المعتدي لينتحل صفة الحائز أمام الناس ويكون الغرض منه تملك ملك الغير أو على الأقل منع الغير من ممارسة حقوقه الناشئة عن حيازته للعقار محل الإدعاء¹.

2- العقوبة في جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة: حسب نص المادة 386 من

قانون العقوبات تكون العقوبة في جنحة التعدي نوعين بحسب نوع الجنحة حيث تختلف

العقوبة في جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة البسيطة عن العقوبة في جنحة

التعدي على الملكية العقارية المشددة، فلكلاهما عقاب أو جزاء مناسب، ولتحديد عقوبة كلا

النوعين سنحاول دراسة كل نوع على حدى:

أ- العقوبة البسيطة في جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة: جاءت الفقرة الأولى

من المادة 386 من قانون العقوبات بعقوبتين أصليتين هما: الحبس والغرامة المالية، ونعني

بالحبس سلب الحرية لمدة معينة في حالة ارتكاب جنح ومخالفات وهو عقوبة رادعة تمس

بالحريات الفردية يجب أن توقع من طرف القضاء، وتراعى فيها شخصية مرتكب الجريمة،

وتخضع لمبدأ الشرعية²، أما الغرامة فهي تعد من أهم العقوبات التي تطبق على الأشخاص

الطبيعية والمعنوية ويقصد بها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة لدولة مبلغا من المال

مقدرا في الحكم، هذا الأخير الذي يراعى فيه مبدأ الشرعية، حيث لا يجوز للقاضي الحكم

بأكثر مما نص عليه القانون وإلا عد الحكم مخالفا للقانون³.

وعليه فتكون عقوبة المعتدي في جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة البسيطة

الحبس لمدة تتراوح بين شهرين كحد أدنى وخمس سنوات كحد أقصى إضافة إلى الغرامة

التي تعتبر كذلك عقوبة أصلية ويراد بها إلزام المحكوم عليه بدفع المبلغ، حيث يتراوح هذا

الأخير في جنحة التعدي على الملكية العقارية البسيطة ما بين 2000 دج كحد أدنى

¹- ريش محمد، المرجع السابق، ص 109.

²- خمار الفاضل، المرجع السابق، ص 41.

³- ريش محمد، المرجع السابق، ص 117.

و20.000 دج كحد أقصى، وهي عقوبة إضافية تضاف إلى عقوبة الحبس المشار إليها أعلاه.

ولما كانت المادة 386 من قانون العقوبات قد حصرت مبلغ الغرامة كعقوبة أصلية إضافية بين حدين أقصى وأدنى، ولا يجوز للقاضي أن يحكم على المتهم في جريمة التعدي على الملكية العقارية في صورتها البسيطة بتجاوز الحد الأقصى والمتمثل في 20.000 دج في حين يمكن له أن ينزل عن الحد الأدنى للغرامة إستعمالاً للظروف المخففة المنصوص عليها بالمادة 53 من قانون العقوبات.

وعموماً ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بإحدى العقوبتين المقررتين في نص المادة 386 من قانون العقوبات المذكورة أعلاه أي بالحبس فقط دون الحكم بالغرامة أو العكس الحكم بالغرامة دون الحكم بعقوبة الحبس وهذا حسب السلطة التقديرية للقاضي وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 112469 الصادر في 29 ماي 1994 حيث جاء فيه " ليس ثمة ما يمنع جهات الحكم إذا قررت إفادة المتهم بالظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات من الحكم عليه بالغرامة دون الحبس حتى وإن كانت العقوبة المقررة هي الحبس والغرامة"¹.

ب- العقوبة المشددة في جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة: نكر المشرع ظروف التشديد في الفقرة الثانية من المادة 386 من قانون العقوبات، بحيث لو إقترنت بفعل الإنتزاع رفعت العقوبة إلى الضعف فإذا قام الجاني بفعل الإنتزاع حاملاً لسلاح سواء كان قد إستعمله أو لم يستعمله وسواء كان مخبأً أو ظاهراً، فإن العقوبة تتضاعف بحيث تصبح عقوبة الحبس تتراوح ما بين سنتين كحد أدنى وعشر سنوات كحد أقصى، هذا وتختلف ظروف التشديد عن عناصر الجريمة، فالليل ليس عنصراً من عناصر جريمة التعدي ولكن يعتبر ظرفاً مشدداً، والعلة في جعل الليل ظرفاً مشدداً في جريمة التعدي على الملكية العقارية إلى كون الليل ظرف موحش يتسم الكون فيه بالهدوء عامة يخلد فيه الناس للنوم

¹- ريش محمد، المرجع السابق، ص 118.

والراحة، وهذا من شأنه أن يشغلهم عن مراقبة وحراسة أموالهم وعقاراتهم ومواجهة المعتدي، كما أن ظلمة الليل وسكونه تهيأ للجاني فرصة أكبر لإرتكاب الجرائم بعيدا عن أعين الضحايا ورجال الأمن والسلطة¹.

كما ذكرت المادة 386 من قانون العقوبات عدة ظروف لتشديد إضافة إلى الليل منها التهديد ويراد منه كل قول أو فعل من شأنه أن يصنع الرعب أو الخوف في قلب المعتدى عليه بغرض إنتزاع ملكيته وحرمانه من سلطاته²، أما العنف فهو وسيلة قصرية يقوم بها الجاني بغرض تعطيل قوة مقاومة المجني عليه وتسهيل عملية الإنتزاع³، وإذا كان الكسر والتسلق قد أشار إليهما المشرع على سبيل الذكر فقط في المادة 386 من قانون العقوبات كظرفان لتشديد عقوبة التعدي إلا أنه جاء تعريفها من خلال نص المادتين 356 و357 من قانون العقوبات حيث عرفت المادة 356 الكسر كما يلي: " يوصف بالكسر فتح أي جهاز من أجهزة الإقفال بالقوة أو الشروع في ذلك سواء بكسره أو بإتلافه أو بأية طريقة أخرى، بحيث يسمح لأي شخص بالدخول إلى مكان مغلق أو بالإستيلاء على أي شيء يوجد في مكان مقفول أو في أثاث أو وعاء مغلق"، ونستخلص من مضمون هذه المادة أن الكسر هو إستعمال العنف في الدخول إلى المكان المراد الدخول إليه عن طريق الكسر، أما التسلق فعرفته المادة 357 من قانون العقوبات بقولها " يوصف بالتسلق الدخول إلى المنازل أو المباني أو الأحواش أو حظائر الدواجن أو أية أبنية أو بساتين أو حدائق أو أماكن مسورة وذلك بطريق تسلق الحيطان أو الأبواب أو السقوف أو أية أسوار أخرى، والدخول عن طريق مداخل تحت الأرض غير تلك التي أعدت لإستعمالها للدخول بعد ظرف مشددا كالتسلق"، وعليه فالتسلق هو الدخول إلى الأماكن المحاطة بأسوار من غير الأماكن المخصصة للدخول إليه منها⁴.

1- ريش محمد، المرجع السابق، ص 119.

2- خمار الفاضل، المرجع السابق، ص 34.

3- ريش محمد، المرجع السابق، ص 120.

4- ريش محمد، المرجع نفسه، ص 121.

أما في حالة إرتكاب جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة من طرف عدة جناة فإن المشرع الجزائري شدد العقوبة، والحكمة من ذلك في أن إجتماع شخصان أو أكثر على إرتكاب جريمة يسهل إرتكابها ويشعر المجني عليه بالضعف ويشعر المعتدين بالتفوق، كما أن التعدد يوحي بأن الجناة قد إتفقوا مسبقا على إرتكاب الجريمة، إضافة إلى كل ما سبق ذكره من ظروف التشدد يعد حمل السلاح من أهم وأخطر الظروف المشددة لما يحدثه من رعب في قلب المعتدى على ملكيته¹.

إن ظروف التشديد المذكورة آنفا لا تسهم في مضاعفة عقوبة الحبس فقط وإنما ترفع كذلك في مبلغ الغرامة حيث رفع المشرع الحد الأقصى من الغرامة من 20.000 إلى 30.000².

3- صور التعدي على الملكية العقارية الخاصة: تعدد صور التعدي على الملكية العقارية الخاصة فمنها ما تمس بالعقارات المبنية ومنها ما تتعلق بالعقارات غير المبنية أو الأراضي أو الفضاء، والإحاطة بها تستوجب منا تخصيص جزء من الأطروحة لذلك وعليه سنحاول أن نتطرق لها بصفة عامة وبايجاز دون الخوض في تفاصيلها وسنتناولها في النقاط التالية:

أ- صورة التعدي على العقارات المبنية: من أهم الجرائم التي عددها المشرع في قانون العقوبات والتي ترد على الملكية العقارية الخاصة المبنية جريمة الإعتداء على حرمة المساكن هذه الجريمة تختلف عقوبتها باختلاف صفة مرتكب الجريمة، فلما يرتكب الجريمة شخص عادي يكون بصدد إنتهاك حرمة مسكن وهي جنحة تطرق لها قانون العقوبات من خلال نص المادة 295 منه حيث جاء فيها " كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000 إلى 10.000 دج، وإذا إرتكب الجنحة بالتهديد أو بالعنف تكون العقوبة بالحبس من خمس سنوات على الأقل إلى عشرة سنوات على الأكثر وبغرامة من 5000 إلى 20.000 دج " ويقصد بإنتهاك

¹ - خمار الفاضل المرجع السابق، ص 36.

² - خمار الفاضل، المرجع نفسه، ص 45.

حرمة منزل كل دخول بالقوة أو التهديد إلى منزل الغير، كما عرفتھا المحكمة العليا في قرارھا رقم 19988¹ المؤرخ في 18/03/1975 على أنها " الإقتحام بصفة غير شرعية والدخول إلى مسكن الغير بالعنف أو التهديد أو الغش".

وفي حالة ما إذا كان من إرتكب الجنحة ضابط أو موظف عام فنكون أمام الشق الثاني من إنتهاك حرمة المساكن، إذ يعد الإنتهاك في هذه الحالة جريمة من جرائم إساءة إستعمال السلطة، هذا ونصت المادة 135 من قانون العقوبات على هذه الجنحة بقولھا: " كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة، منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة مالية من 500 إلى 3000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107 من قانون العقوبات".

ومن بين صور الإعتداء على الملكية المبنية المجرمة في قانون العقوبات جرائم حرق المساكن والمحلات المعدة للسكن وتخریبھا وفي هذه الجرائم فرق المشرع بينها من حيث التكييف فمنھا ما كیفھا على أنها جنایة ومنھا ما كیفھا على أنها جنحة، حيث تعتبر جريمة وضع النار في المحلات المسكونة أو المعدة للسكن جنایة يعاقب علیھا القانون بالإعدام وهذا ما نصت علیھ المادة 395 فقرة 01 من قانون العقوبات بقولھا " كل من وضع النار عمدا في مباني أو مساكن أو غرف أو خيم أو أكشاك ولو متنقلة أو بواخر أو سفن أو مخازن أو ورش وذلك إذا كانت مسكونة أو تستعمل للسكن وعلى العموم في أماكن مسكونة أو مستعملة للسكنى سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة لمرتكب الجنایة يعاقب بالإعدام".

والحكمة في تسليط المشرع لأقصى عقوبة على المعتدي في هذه الجريمة - وهي الإعدام- هي خطورة هذه الجريمة لما قد تحدثه من خسائر في الأرواح وتلاف للعتاد وهلاك للعقار، أما في حالة حرق المباني غير المسكونة فقد جاء العقوبة المقررة لهذه الجريمة أقل

¹- خمار الفاضل، المرجع السابق، ص ص 47-48-52.

تشديدا حيث نصت المادة 396 فقرة 01 و 02 على: " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من وضع النار عمدا في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له مبان أو مساكن أو غرف أو خيم أو أكشاك ولو متنقلة أو بواخر أو سفن أو مخازن أو ورش إذا كانت غير مسكونة أو غير مستعملة للسكن".

كذلك صنف المشرع جريمة التخريب في تكييفها ضمن الجنايات وشدد عقوبتها لما فيها من خسائر قد تهلك العقار نهائيا حيث نصت المادة 400 من قانون العقوبات على ما يلي: " تطبق العقوبات المقررة في المواد من 395 إلى 399 حسب التقسيم المنصوص عليه فيما يلي على كل من يخرب عمدا مبان أو مساكن أو غرفا أو خيما، أكشاك أو بواخر أو سفنا أو مركبات من أي نوع كانت أو عربات سكة حديد أو طائرات أو مخازن أو أماكن أشغال أو توابعها وعلى العموم أية أشياء منقولة أو ثابتة من أي نوع كان كليا أو جزئيا أو يشرع في ذلك بواسطة لغم أو أية مادة متفجرة أخرى"، ويقصد بالتخريب كل ما من شأنه تعطيل الإستفادة بالشيء إلا أن الجديد في هذه الجريمة هو أداة التخريب المستعملة وهي الألغام والمتفجرات بمختلف أنواعها ولما تنتج هذه الوسائل من تخريب و قتل وإتلاف و حرق أيضا.¹

ب- صور التعدي على العقارات غير المبنية: من بين الجرائم الماسة بالعقار غير المبني جريمة وضع النار في ملك الغير وهذه الجريمة تطرقت لها المادة 396 في فقرتها الأولى والثانية تناولت العقارات المبنية كما تمت الإشارة له سابقا فيما أشارت فقرتها الرابعة 04 إلى الجريمة في العقارات غير المبنية بقولها " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من وضع النار عمدا في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له:

¹ - خمار الفاضل، المرجع السابق، ص ص 71-72.

- غابات أو حقول مزروعة أو أشجار أو مقاطع أشجار أو أخشاب موضوعة في أكوام وعلى هيئة مكعبات....."، وعليه كيف المشرع هذه الجريمة في خانة الجنايات لما فيها من خطر على العقارات بطبيعتها وحتى العقارات بالتخصيص.¹

أما فيما يخص الجرح التي ذكرها المشرع وجرمها فتتمثل في جريمة تخريب المحصولات حيث عاقب عليها بنص المادة 413 من قانون العقوبات بقولها " كل من خرب محاصيل قائمة أو أغراس نمت طبيعيا أو بعمل الإنسان يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 1000 دج، ويجوز أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون وبالمنع من الإقامة".

وجريمة التخريب المعنية بهذه المادة تختلف عن طريق الجناية المذكورة آنفا في درجة الخطورة وكذلك في محل الجريمة لأن هذه الجناية محلها المحصولات الزراعية والأغراس القائمة المملوكة للغير، وكما تجب الإشارة إلى أن قانون العقوبات قد جرم في المادة 413 مكرر من قانون العقوبات جريمة المرور على ملك الغير هذه الأخيرة لا تختلف في محلها عن جريمة التخريب إلا أنها تختلف عنها في وسيلة ارتكابها المتمثلة في المواشي.

هذا ويجب التنبيه إلا أن كل صور الإعتداء المذكورة سابقا ذكرناها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر لأن الإلمام بها يتطلب منا تخصيص حيز أكبر من الدراسة لها.

ثالثا/ الضمانات المتعلقة بدور القاضي الإداري في حماية الملكية العقارية الخاصة: أعطى المشرع الجزائري للقاضي دور كبير في حماية الملكية العقارية الخاصة من خلال عملية الرقابة على أعمال الإدارة، إذ تعد هذه الرقابة من أقوى الضمانات الموضوعة لحماية حقوق الأفراد في مواجهة تعسف الإدارة، فالمشرع وإن كان قد خول للإدارة حق التدخل في الملكية للأفراد من أجل تحقيق أهداف ومصالح عامة، إلا أنه لم يجعل هذا التدخل حقا مطلقا في يد

¹ - خمار الفاضل، المرجع السابق، ص ص 109-110.

الإدارة، بل إستلزم على الإدارة أن يكون التدخل في الحدود التي رسمها القانون وذلك ضمانا منه للموازنة بين متطلبات المصلحة العامة وكذلك المصلحة الخاصة للمالك، كما أتاح كل مالك تضرر من أعمال الإدارة اللجوء إلى القضاء الإداري والمطالبة بإنصافه.

هذا وسوف نتطرق إلى كل ما يتعلق بالرقابة القضائية الإدارية فيما يلي:

1- المحل التي ترد عليه رقابة القاضي الإداري: يراقب القاضي الإداري أعمال الإدارة وخاصة القرارات الإنفرادية التي تمس الممتلكات الخاصة للأفراد بما يضمن الموازنة بين مصالحهم وتحقيق المصلحة العامة، وعلى العموم يكمن محل الرقابة في عنصرين، الرقابة على عنصر المشروعية، والرقابة على عنصر الملائمة، ومن أجل دراسة هذه النقاط بأكثر توضيح سوف نتناول كل عنصر على حدى.

أ- رقابة القاضي الإداري على عنصر المشروعية: يتحقق القاضي الإداري عند الفصل في القضايا التي يكون موضوعها الطعن في القرارات الإدارية من خلو هذه الأخيرة من العيوب التي تجعل القرار الإداري¹ عرضة للإلغاء وذلك لا يكون إلا عن طريق الرقابة على المشروعية، الخارجية والداخلية للقرارات الإدارية.

إن المشروعية الخارجية للقرار الإداري لا تتحقق إلا إذا ثبت خلو هذا القرار من عيب الإختصاص، وكذا عيب الشكل والإجراءات، حيث لا تصح القرارات الإدارية إذا كانت صادرة عن هيئة إدارية غير مختصة إقليميا، كما يستلزم أن يكون القرار صادر عن موظف في حدود مهامه و صلاحيتها المخولة له قانونا دون تجاوز لها، وإلا كان القرار مشوبا بعيب عدم الإختصاص مما يجعله عرضة للإلغاء، لا سيما في ظل إعتبار عدم الإختصاص من النظام العام، بحيث يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه.

¹ عمر بوجادي، "إختصاص القاضي الإداري في الجزائر"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص ص 122-123.

أما من حيث الشكل والإجراءات فيستلزم على الإدارة إصدار القرار الإداري في شكل معين يمثل القالب القانوني التي تتخذه الإدارة لإصدار قراراتها ويتم ذلك وفقا لإجراءات محددة، وعليه فإن القرار الذي يخالف الشكل والإجراءات المقررة قانونا يعتبر مشوبا بعيب الشكل والإجراءات، يجوز لكل مالك متضرر الطعن في هذا القرار أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة.¹

كما لا يخفى على الجميع أن القانون الإداري الجزائري يستتبط معظم أحكامه من القانون الفرنسي الذي كان سابقا من حيث النشأة، وهذا الأخير كان في سابق عهده لا ينظر إلى الطعون المقدمة في العناصر الداخلية للقرار الإداري، لكن مع تطور الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي توسعت رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية لتشمل الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري²، وذلك لا يكون إلا بخلو هذه القرارات من عيب السبب والغاية، وكذا عيب مخالفة القانون.

هذا ويقصد بعيب السبب في القرار الإداري إنعدام الوقائع المادية والقانونية أو وقوع خطأ في تكييفها أو تقديرها، ومثال ذلك أن تصدر الإدارة المختصة قرار بهدم منزل بسبب أنه آيل للسقوط أو به وباء ثم يتبين أنه سليم أو خال من الوباء فهنا نكون بصدد خطأ في تقدير الواقع المادي، كما قد ينعدم السبب من الناحية القانونية وذلك في حالة أداء السلطة الإدارية المختصة أن هناك شروط وأسباب ووقائع قد توفرت وتستلزم إتخاذ أو إصدار قرار بسببها، ثم يثبت إنعدام وجود الأسباب القانونية.³

في حين أن عيب الغاية يتحقق عندما تستخدم الإدارة سلطتها لإصدار القرار الإداري لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو تخرج عن الغرض الذي يهدف له القرار، فالنشاط الإداري

¹ عمر بوجادي، المرجع السابق، ص ص 127-128.

² سكاكني باية، "دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 156.

³ عمار عوابدي، "عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 124.

عموما يستهدف تحقيق أهداف وغايات عامة لتحقيق مصلحة المجتمع، وكل خروج عن تحقيق هذه الأهداف، يعد إنحراف عن الغاية التي يستهدفها النشاط الإداري¹، ويسمى هذا العيب أيضا بعيب الإنحراف بالسلطة.

كما يخل عيب مخالفة القانون بالمشروعية الداخلية للقرار الإداري عن أحكام و مبادئ القانون في مضمونه وموضوعه أو محله - يطلق عليه عيب المحل أيضا- ويتخذ عيب مخالفة القانون صورتان، المخالفة الصريحة والواضحة لأحكام وقواعد قانونية، كما قد يتخذ صورة الخطأ أي يكون هناك خطأ في تفسير القانون، أو خطأ في تطبيقه²، وفي كل الأحوال يعد القرار الإداري معيبا، مما يعرضه للإلغاء.

ب- رقابة القاضي الإداري على عنصر الملائمة: الأصل أن القاضي الإداري لا يتدخل في عنصر الملائمة، لأن البحث في عنصر الملائمة من مهام الإدارة، فهي الوحيدة التي تملك السلطة التقديرية في ذلك، لا سيما في ظل سريان مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحل القاضي محل الإدارة في تقدير الملائمة، حيث أن رقابة القاضي الإداري تركز أساسا على فحص عنصر المشروعية للقرار الإداري ومراقبته مدى توافره على الشروط، وعليه يعتبر القاضي الإداري قاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة.

إلا أنه وكإستثناء على هذا الأصل قد يتجاوز القاضي الإداري المبدأ العام الذي يقضي بأن فحص الملائمة سلطة تقديرية للإدارة، ويتدخل في بحث ملائمة القرارات الإدارية، ويبني هذا الإستثناء أساسه وحجته على الفريق الفقهي القائل بأن الملائمة قد تكون في بعض الأحيان شرط من شروط مشروعية القرار الإداري، ويتحقق ذلك عندما يجد القاضي نفسه في موقف يملي عليه بحث الملائمة، وليس بعيد عن هذه الفكرة يرى فريق من الفقهاء أنه يجوز للقاضي الإداري أن يوسع أحيانا من دائرة مبدأ المشروعية على حساب

¹ - زايد سيد علي، "إختصاص القاضي الإداري في منازعات الملكية العقارية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص38.

² - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص127.

دائرة الملائمة المتروكة للسلطة الإدارية، فينقل من نطاق الملائمة المسائل التي يرى أنها من الأحسن خضوعها لرقابته ويعتبرها داخلة في نطاق مبدأ المشروعية لتسري عليها رقابته، فيما برر فريق ثالث من الفقهاء تدخل القاضي الإداري في عنصر الملائمة بأساس آخر حيث ربط هذا الفريق رقابة القضاء على عنصر الملائمة بنظرية التعسف في استعمال السلطة، فالسلطة التقديرية وإن كانت حق للإدارة إلا أنها تخضع لمبدأ عدم التعسف في استعمال السلطة أو الحق.¹

وعلى العموم نلاحظ أن كل هذه الإتجاهات الفقهية تبرر تدخل القاضي في مراقبة الملائمة على أساس أن الملائمة عنصر من عناصر مبدأ المشروعية و مقترنة به.

2- الدعاوى المتاح رفعها لمالك العقار للحفاظ على حقه: وضع المشرع في يد صاحب حق الملكية العقارية للحفاظ على حقه في مواجهة الإدارة، وسائل قانونية تسمح له بحماية هذا الحق المقدس، تتمثل هذه الوسائل في الدعاوى القضائية الإدارية، إضافة إلى الحق في التظلم السلمي الذي يقدمه المالك كإجراء أولي للطعن للإدارة المختصة، أتاح له القانون رفع دعويين للمطالبة بحقه، فله رفع دعوى الإلغاء في حالة ما إذا كان قرار الإدارة الماس بملكيته مشوبا بعيب من عيوب المشروعية- المذكورة آنفا- كما له أن يرفع دعوى التعويض في حالة تضرره من أي عمل إداري، وللإحاطة بهاتين الدعويين سوف نعرض إلى كل واحدة منهما على حدى:

أ- دعوى الإلغاء: دعوى الإلغاء هي الدعوى القضائية العينية أو الموضوعية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام جهة القضاء الإداري المختصة، طالبين فيها الحكم بإلغاء قرار إداري نهائي غير مشروع، تنحصر سلطة القاضي في دعوى الإلغاء في بحث وتقدير مشروعية القرار المطعون فيه من عدمها²، وكما عرفتها سعاد الشرقاوي

¹ سكاكني باية، المرجع السابق، ص ص 217- 218- 219.

² عمار عوابدي، "القانون الإداري"، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 155.

بأنها: " الوسيلة القانونية التي قررها المشرع للأفراد ذوي المصلحة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة بالقرارات الإدارية غير المشروعة وطلب إلغائها"¹.

يستفاد من هذه التعاريف أن لدعوى الإلغاء خاصيتين يميزانها عن باقي الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري، فهي الدعوى الأصلية والوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، فلا يمكن تقديم طعن بإلغاء قرار إداري غير مشروع إلا عن طريق هذه الدعوى، كما أنها تتميز أيضا بأنها دعوى موضوعية عينية لأن الغرض منها هو إلغاء القرار الإداري غير المشروع وليس السلطات الإدارية مصدره القرار، ضف إلى ذلك أن دعوى الإلغاء غايتها الحفاظ على المصلحة العامة تستهدف حماية سيادة ونفاذ مبدأ الشرعية القانونية رغم ما قد يتوافر فيها من أهداف شخصية تخص رافع دعوى الإلغاء.²

ب- دعوى التعويض: يطلق على هذه الدعوى بدعوى المسؤولية وهي الدعوى القضائية التي يحركها ويرفعها ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام الجهة القضائية المختصة وفي ظل الإجراءات والشكليات القانونية المقررة - مالك العقار - للمطالبة بالتعويض عما أصاب حقه - ملكيته - من ضرر بفعل الأعمال الإدارية غير المشروعة.³

وعلى خلاف دعوى الإلغاء التي تصنف أنها دعوى موضوعية - كما أسلفنا القول - نجد أن دعوى التعويض هي دعوى شخصية مرتبطة بالمركز القانوني لمحركها أو رافعها، كما أنها ترفع ضد السلطات الإدارية المتسببة في الفعل الضار، فمالك العقار المتضرر من فعل إداري يرفع دعوى التعويض ضد الإدارة المتسببة في الضرر الذي لحق بحق ملكيته ويطالب فيها بإصلاح الضرر الذي لحقه.

¹ - سعاد الشراوي، "المسؤولية الإدارية"، ط 02، دار المعارف، مصر، دون سنة نشر، ص ص 6-7.

² - عمار عوابدي، "عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص ص 106 - 105.

³ - عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص 132.

المبحث الثاني

الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة وآثارها

إن الكلام عن تقديس حق الملكية العقارية الخاصة، والحرص على تكريسها من خلال التنصيص على ذلك في المواثيق الدولية والأحكام القانونية والدستورية الداخلية لمختلف البلدان، وكذا تغطية هذا الحق بحماية قضائية تكفل ضمان حق المالك، هذا الأخير الذي يتمتع بكل عناصر الملكية على سبيل الإستثناء، كل هذا لا يجعل من حق الملكية حقا مطلقا لا في الفقه ولا في القانون الحديث، حتى وإن كان كذلك في الفقه التقليدي، ذلك أن مفهوم الملكية تغير مع مرور الزمن وتطورت الأفكار والنظريات والآراء الفقهية، حيث تم ترشيد فكرة الملكية حق مطلق بما يتوافق مع الأهداف الإجتماعية والإقتصادية للبلدان خاصة في ظل ظهور الفكر الإجتماعي الذي ينادي بضرورة التضامن الإجتماعي وحماية المصلحة العامة المشتركة بين جميع أفراد المجتمع، وذلك ما أدى إلى تلاشي فكرة الحق المطلق، إذ أصبح للملكية العقارية الفردية وظيفة إجتماعية تؤديها بطريقة حتمية، فالمالك غير مخير في أداء ملكيته لهذه الوظيفة، حيث لا يجوز تجريد الملكية الخاصة من وظيفتها الإجتماعية،¹ المنصوص عليها في معظم النظم القانونية الحديثة، كما أقرها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 674 من القانون المدني التي لم تذكر في طياتها عبارة الحق المطلق كما لم تجعل المجال مفتوحا أما سلطات المالك بل جاء فيها "بشرط أن لا تستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، وهذا يمثل دلالة كافية على أن حق الملكية يمارس في حدود القانون، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 28 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري بقولها "ويجب أن يتوافق إستغلال الخصائص المرتبطة الفائدة العامة التي أقرها القانون"، ويستخلص من هذه الفقرة أن المشرع صرح ضمنيا بوجوب أداء حق الملكية العقارية الفردية لوظيفة إجتماعية.

¹ - أنور أحمد رسلان، "الحقوق والحريات العامة في عالم متغير"، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 300.

وعليه فإن أداء حق الملكية لوظيفة إجتماعية فكرة وليدة العصر الحديث جاءت نتيجة إملاءات العصر ومتطلبات الحياة العامة أو الإجتماعية، مما يستوجب علينا التعمق في معناها ودراستها بشكل أدق، والتوسع في أسسها ومبرراتها وأثرها على حق الملكية العقارية الخاصة.

ولنعرض فيما يلي تطور الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة وأساسها في مطلب أول، وآثار الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة في مطلب ثان.

المطلب الأول

تطور الوظيفة الإجتماعية لحق للملكية العقارية الخاصة وأساسها

إن عبارة وظيفة إجتماعية تمثل مصطلح مركب من لفظين وظيفة وإجتماعية، ونقصد بالوظيفة في اللغة: الخدمة المعينة¹، أما لفظ إجتماعية فهو إسم مؤنث منسوب لإجتماع وهو مصطلح يشير إلى سيمة من سيمات التعايش والتفاعل بين الجماعات أو عدة أفراد²، هذا وعند إقتران لفظة وظيفة مع كلمة إجتماعية نتوصل إلى أنها خدمة أو عمل منظم يهدف إلى تطور وتقدم الظروف الإجتماعية لمجتمع ما.

أما من منظور علماء القانون فنجد أن حق الملكية من بين الحقوق التي تشكل مجال لتطبيق نظرية الوظيفة الإجتماعية، كما ذهب الفقهاء في تفسير معناها إلى أن أداء الملكية لوظيفة إجتماعية لا نعني به إلغاء عناصر حق الملكية، أو حرمان المالك سلطاته على هذا الحق، أو نفي القول بأن حق الملكية حق ذاتي، لكن أداء حق الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية يتجه في معناه نحو الرأي القائل: "إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتيا فإن إستعماله يجب أن يكون إجتماعيا، ومعنى ذلك أن على المالك أن يقيم في إعتباره وزنا لمصالح الغير، ويستطيع المشرع أن يرغمه على أن يفعل إذا كان قد نسي"³.

¹ - مجمع اللغة العربية، "المعجم الوسيط"، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 1042.

² - [http:// www.almaany.com/le/16/09/2019](http://www.almaany.com/le/16/09/2019) à 12 :07.

³ - علي كحلون، "الوظيفة الإجتماعية للملكية"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 04، 2011، ص 21.

هذا ولا يتسنى لنا الإحاطة بالمعنى الحقيقي لأداء الملكية لوظيفة إجتماعية دون التطرق لكل الظروف التي تزامنت مع ظهور هذه الفكرة، أو بمنى عن الإشارة إلى التطور التاريخي للملكية والذي أسهم بدوره في بلورة هذه الفكرة، وكذا كل حجج ومبررات وجودها. ولنعرض فيمايلي تطور الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة في فرع أول، و أساس الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة ومبرراتها في فرع ثان.

الفرع الأول

تطور الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة

تطورت نظرة الإنسان للملكية مع مرور الزمن، حيث كان في المجتمعات البدائية والقبلية صورة مشاركة، بمعنى آخر رابطة صوفية بين جماعة أو فرد من جهة وشيء من جهة أخرى، كما كانت لدى هذه الجماعات الأرض مملوكة للأحياء والأموات¹، تطورت بعد ذلك الملكية وظهرت ما يسمى بملكية الأسرة، كما برزت لأول مرة فكرة التمدن، فأصبح الأفراد يحبذون الإستقرار بالمدن وهذا ما أسهم زيادة قيمة الأرض، كما كانت الفكرة السائدة عند المجتمعات القديمة أن أصل ملكية الأراضي يرجع إلى الإستحواذ عن طريق الحيازة أو ما يسمى بوضع اليد²، أما عند الإغريق فعرف ما يسمى بنظام الإقطاعات الذي يرد على العقارات، حيث يتم منح العقارات كبديل للرواتب والخدمات³، هذا ولم يكن يختلف الأمر عند المجتمعات الرومانية عن سابقتها، فيما عدا ظهور حق التصرف في الملكية الأسرية المتمثلة في المساكن بالبيع والوصية، وظهر لأول مرة ما يسمى بالميراث، وعليه صار لكل فرد الحق في أن يمتلك نصيبه في التركة، وكان ذلك أولى بوادر الملكية الفردية، إستمر الوضع على هذا النحو إلى غاية مجيء الأباطور جاستينيان، حيث نحت الملكية منحى

¹ فاضلي إدريس، "نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص ص 09-10.

² - Friedrich Engels, l'origine de la famille de la propriété privée et de l'état, Paris éditions sociales, 1972, p253.

³ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 24.

آخر، فإضمحلت ملكية الدولة الرومانية وزال عنها الطابع القومي الجماعي وقامت الملكية الخاصة للأفراد،¹ حيث أصبحت الملكية في هذا العهد حق مطلق قاصر على المالك في متناول جميع الأفراد دون إستثناء وبدون قيود.

أما في القرون الوسطى ساد النظام الإقطاعي حيث قسمت الملكية إلى ملكية أصلية يستأثر بها الحاكم وطبقة النبلاء وملكية فعلية بيد المزارعين يستغلونه مقابل عطايا من السيد، وإستمر الأمر كذلك إلى غاية تحرير حق الملكية من كل القيود بعد الثورة الفرنسية، وعليه تعد فترة الثورة الفرنسية مرحلة جوهرية مرت بها الملكية تستدعي منا دراسة معمقة لكل المذاهب الفكرية التي كانت سائدة خلال هذه الفترة وما بعدها إلى غاية بلورة فكرة الملكية في معناها وإطارها القانوني الحالي، وهذا ما سنوجزه في النقاط التالية:

أولا/ المذهب الفردي المقدس لحق الملكية الفردية المطلقة: إنقسم الفقه القانون في العصر الحديث بين مؤيد لأفكار هذا المذهب وبين منتقد معارض لمبادئ المذهب الفردي وأفكاره ولذلك سنشير إلى الأفكار والمبادئ التي جاء بها هذا المذهب ثم نعرض على الإنتقادات التي وجهت له.

1- أفكار ومبادئ المذهب الفردي: يقيم أنصار المذهب الفردي القانون على أساس نظرية الحقوق الطبيعية، فيرى هؤلاء أن للفرد حقوقا طبيعية ومن بينها حق الملكية، يستمدها الفرد من ذاته باعتباره إنسان، ولدت معه وكان يتمتع بها مند الفطرة الأولى، فهي بذلك إمتيازات طبيعية مطلقة وسابقة في وجودها على القانون وعلى الجماعة، لأنها تستند إلى الحالة الطبيعية، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون، كما أن الجماعة مسخرة لخدمة الفرد.²

وعلى هذا الأساس يؤمن أنصار المذهب الفردي بأن الملكية الخاصة حق طبيعي مقدس، يعطى لصاحبه كافة السلطات من إستعمال وإستغلال وتصرف، والإستئثار بها بكل

¹ - علي كحلون، المرجع السابق، ص18.

² - فتحي الدريني، "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده"، دار الفكر، لبنان، دون سنة نشر، ص40.

حرية بما يحقق مصلحته الشخصية، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالغير، ومن هنا كان القول بأن الملكية حق مطلق،¹ وكان بذلك المالك متحررا من كل القيود، حيث يباشر سلطاته وفقا لتقديره ودون تدخل من أحد.²

إستند المذهب المقدس للملكية الخاصة لإثبات آرائه إلى عدة أسباب منها:

- أن الإنسان هو نقطة البداية وهو الأصل، والجماعة هي كائن مركب كما أن الحياة لا يمكن تصورهما في الجماعة، إلا إذا وجد الإنسان بشكل فرد، وبالتالي فلا قيمة للجماعة إلا بقيمة الفرد، ولا يعني ذلك أن الفرد منعزل عن الجماعة بل مصلحة الجماعة تتحقق من خلال مصلحة الفرد، ومن ثمة فالإعتناء بمصلحة هذا الأخير ينتج عنها بالتبعية تحقق مصلحة الجماعة.³

- إن أساس إكتساب الملكية هو الإستيلاء أو وضع اليد، فحق الملكية العقار يأتي من كون الإنسان قد وضع يده على جزء من الطبيعة، وأنه بمقتضى ذلك أصبح مالكا له وعلى الكافة إحترام ملكيته، وفي هذا الصدد قال الفقيه شيرون أن العالم وعناصر الطبيعة يشبه مسرح كبير به مقاعد وأن كل متفرج يكتسب حقه على المقعد بمجرد أسبقيته وشغله لهذا المقعد.⁴

- الملكية العقارية الفردية تقوم على جهد الإنسان وعمله، إذا من المنطق أن يمتلك الإنسان نتاج عمله فالأرض هي مصدر ثروته وأن العمل هو الجهد الوحيد المنتج والخالق، حيث يرى جون لوك: "أن الله منح الأرض بمجموعها للجنس البشري في حالة طبيعية، وأن الملكية الفردية أساسها العمل لأن الإنسان مالك نفسه، مما يستوجب معه أن يكون نشاطه

¹ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، "قيود الملكية للمصلحة العامة"، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص 121.

² - محمد حسين قاسم، "موجز الحقوق العينية الأصيلة"، جزء 01، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة نشر، ص 24.

³ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص ص 122-123.

⁴ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 98.

ملكا له، وما فاض عن حاجته يكون للأخرين وحتى يستطيع الفرد إستعمال منتوجات الأرض وثمارها يجب أن يحوزها ويستولي عليها.¹

وهذا وقد أيدت الثورة الفرنسية ما جاء به هذا المذهب وتبنت أفكاره وجعلت من حق الملكية حق مقدسا حيث نصت المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان الصادر عقبها على أن "الملكية حق مقدس لا يجوز إنتهاك حرمة ولا يجوز حرمان صاحبه منه، إلا إذا قضت بذلك ضرورة المصلحة العامة المثبتة قانونا وبشرط تعويض عادل يدفع مسبقا"،² كما برزت كذلك النزعة الفردية في القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة 544 التي تنص على أن الملكية "هي الحق في الإنتفاع بالشيء والتصرف فيه بطريقة مطلقة إلى أبعد حد"، وبذلك أعطى القانون الفرنسي لحق الملكية صفة الحق المطلق، وحدى حده بعض المشرعين من بينهم المشرع المصري في القانون المدني المصري السابق حيث نصت المادة 11 فقرة 07 منه على تعريف الملكية "بأنها الحق للمالك بالإنتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة".³

2- إنتقادات أفكار ومبادئ المذهب الفردي: لعل أهم إنتقاد وجه لهذا المذهب هو أنه إذا كان حق الملكية حق طبيعي كما نادى به أنصار هذا المذهب، فإنه يستلزم بالضرورة تحقق الملكية ووجودها لكل شخص وهذا ما يكذبه الواقع، فالموارد الطبيعية محدودة ومن ثمة يستحيل أن يصبح كل فرد مالكا لجزء من الثروة الطبيعية بمجرد ولادته، بحيث إذا كان بإمكان المجتمع توفير المساواة والحرية والأمن لجميع الأفراد، إلا أنه يستحيل عليه توفير الملكية لكل الأفراد.⁴

¹ - زيد قدرى الترجمان، "نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتها في حقل الملكية العقارية"، ط1، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2009، ص123.

² - علي كحلون، المرجع السابق، ص19.

³ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص24.

⁴ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص98.

كما يؤخذ على هذا المذهب أنه لا يراعي الصالح العام، بسبب إفتراضه الخاطئ بأن المصلحة العامة تكون كحصيلة للمصالح الفردية الواقع يخالف ذلك، لأن معظم الأفراد لا يفكرون في تحقيق ورعاية المصلحة العامة، كما ثبت أن الشخص بمفرده لا يستطيع القيام بعمل المرافق العامة، أو القيام بمشاريع كبرى تحقق الصالح العام، ذلك ما يسفر على عدم التكافئ بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة للمجتمع.¹

كما يعاب على المذهب الفردي أنه غالى في إطلاق حرية التملك وحق الملكية بدعوى أن الحق وجد قبل القانون وأن القانون وجد لحماية الحقوق، لأن هذا المبدأ خاطئ لأن القانون هو الذي يحدد الحقوق ولا وجود للحق ما لم يقره القانون، والقانون في حد ذاته نشأ داخل المجتمع، وهذا معناه أن الحقوق لا توجد إلا حيث توجد الروابط الإجتماعية بين الأفراد، وهذا يستلزم وجوباً أن يكون صاحب حق الملكية كائناً إجتماعياً.²

ثانياً/ المذهب الشيوعي المنكر لوجود الملكية العقارية الخاصة: تعرضت الملكية الخاصة للإنتقاد على أساس أنها سبب الإنقسام في المجتمع الإنسان وظهور التمايز الطبقي الذي خلق تنازع وصراعات من أجل الحياة والبقاء بسبب رغبة الإمتلاك والسيطرة والنفوذ،³ وعلى هذا النحو ذهبت الشيوعية إلى القول بوجوب القضاء على الملكية الخاصة وإحلال الملكية العامة محلها تماماً.⁴

هذا وقد أقام أنصار هذا المذهب مبرراتهم على مجموعة من الأفكار والفرضيات، تعرضت هذه الأخيرة لنقد وعليه سوف نشير إلى هذه المبررات والإنتقادات الموجهة لها على التوالي.

¹ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص42.

² - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص127.

³ - زيد قدرى الترجمان، المرجع السابق، ص126.

⁴ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص126.

1- أفكار المذهب الشيوعي في إلغاء الملكية الفردية: أقام أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم كارل ماركس وفريدريك إنجلز حجتهم في إلغاء الملكية الفردية على مجموعة من المبررات ولعل أولها هو فائض القيمة وإستغلال عمل الإنسان ،حيث يهدف مالك وسائل الإنتاج إلى تحقيق أكبر ربح ممكن، ومن أجل ذلك فإنه يستغل العامل في إنتاج سلع تزيد قيمتها على قيمة الأجر الذي يتقاضاه دون أن يدفع مقابل لهذه الزيادة.¹

وكذلك يرى أنصار هذا المذهب أن الملكية العقارية كانت من أسباب تراكم الأموال في أيدي الأقلية المالكة للعقارات ووسائل الإنتاج التي تعتبر عقارات بالتخصيص، ضف إلى ذلك أنها المسؤول الأول عن إنتشار الأزمات الإقتصادية والركود في ظل النظام الرأسمالي القائم على الملكية الفردية للعقارات والمنقولات على حد سواء، حيث تتحكم الطبقة القليلة المالكة في مصادر الثروة والإنتاج على حساب الطبقة الضعيفة المحرومة مما يولد نزاعات وصراعات خاصة فيما يخص الوعاء العقاري باعتباره الثروة التي لا تزول،² كما تذهب هذه النظرية إلى أن إصلاح السلبيات التي نتجت عن الملكية الفردية والنظام الرأسمالي لا يكون إلا عن طريق التأميم ونزع الملكية الفردية لصالح نظام يقوم على الملكية الجماعية، وبالتالي يتم نقل الأموال وتركيزها في يد الدولة لتصبح هي المالك الوحيد لهذه الأموال، وما ينتج عن ذلك من إزالة للطبقة الرأسمالية³، وخلق مساواة وتكافؤ بين مختلف أفراد المجتمع.

2- إنتقادات أفكار المذهب الشيوعي: إنتقد هذا المذهب في أفكاره التي ينادي بها على إعتبار أن إلغاء الملكية الخاصة بهدف منع الإستغلال الذي تمارسه الرأسمالية على العمال فكرة وهمية، والواقع يخالف ذلك حيث أن الإستغلال لدى هؤلاء قد ظهر بصورة أوضح مما كانت عليه الحال في ظل الرأسمالية، وأن الإستغلال بقي موجود وما إختلف في الموضوع هو إستبدال الطبقة الرأسمالية بالطبقة الحاكمة، هذه الأخيرة التي تعتبر أكثر قسوة على

¹ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص107.

² - زيد قدرى الترجمان، المرجع السابق، ص127.

³ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص109.

إعتبار أن الملكية تحت يدها كما أنها تسيطر على كل الأمور وتستطيع إخضاع كل الأفراد لسلطانها.¹

كما أن مناداتهم بإلغاء الملكية الفردية يتعارض والطبيعة الإنسانية التي فطر عليها الإنسان في ميله إلى تملك ثمرة عمله، فالإلغاء الملكية الفردية يقضي على الحافز الفردي للعمل ذلك أن الإنسان لا يبذل كل عنايته وإهتمامه إلا لما يملكه بطريقة شخصية وفردية، وأن عنايته تنعدم لما يتعلق الأمر بملك ليس له،² وما ينتج عن ذلك من نقص في الإنتاج وتدهور المستوى الإقتصادي والإجتماعي.

ثالثاً/ المذاهب المبقية على الملكية العقارية الخاصة مع إصلاحها: إجتمعت هذه المذاهب حول ضرورة الإبقاء على الملكية العقارية الفردية مع إخضاعها لبعض التعديلات وتجريدها من صفة الإطلاق التي يدعوا لها أنصار المذهب الفردي، وحاولت في مجملها خلق توازن بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة لأفراد، فيما إختلفوا في وضع طبيعة لها ومنهم من جعل من حق الملكية مجرد وظيفة إجتماعية ومنهم من ترك لحق الملكية جميع خصائصها وعناصرها فيما نادى بضرورة تقييدها بأداء وظيفة إجتماعية تهدف لخلق توازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وعلى هذا الأساس سوف نبحت في كل هاته الآراء على حدى:

1- الملكية حسب نظرية برودون: تميز الفقيه برودون بالوسطية في آرائه وكتاباته بإتخاذ منهجا معتدلا لجمع محاسن المذهب الفردي والمذهب الماركسي معا، حيث كان موقفه يسعى لإصلاح سلبيات المذهب الفردي المتطرف الذي ينادي تقديس حق الملكية كما ذكرنا آنفا، والحد من مغالاة المذهب الشيوعي الذي يطالب بإلغاء حق الملكية الفردية، فيرى الفقيه

¹ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص 130-131.

² - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع نفسه، ص 131.

الإبقاء على الملكية الفردية مع تخليها من مساوئها وعيوبها، معتبرا في أن الملكية الخاصة دعامة تحد من إستبداد السلطة العامة وتعسفها.¹

وينتهي برودون إلى إقرار الملكية الخاصة، بعدما قام بإنقادها ووصفها بالسرقة، نادى بضرورتها لكن مع تجريدتها من صفة الحق وإستبدال هذه الصفة بالمركز القانوني المتمثل بالحيازة، حيث تعني هذه الأخيرة بمفهوم برودون الملكية المقيدة والمنظمة والمشروعة بواسطة المجتمع، أو الحق في إستعمال الشيء بدون إساءة أو تعسف، كما تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الحيازة عند برودون يختلف عن الحيازة كواقعة قانونية، فالحيازة التي قصدتها الفقيه هي أن الملكية الخاصة مقيدة لما تقوم به من وظيفة إجتماعية منعا للإستغلال والتعسف في إستعمالها، فالحيازة في نظره هي الحافز على العمل للمصلحة الشخصية والمصلحة الإجتماعية، وبدونها تنهار الحياة ويعم الكسل، كما يطالب بتعميمها على جميع المزارعين.²

2- الملكية وظيفية إجتماعية: تقيم المذاهب التي تقول بأن الملكية وظيفة إجتماعية مبرراتها على أساس أن الفرد كائن إجتماعي أي عنصر من عناصر المجتمع، كما أن شخصية الفرد تتصهر داخل المجتمع ومن هذا المنطلق يعتبر المجتمع هو صاحب الحق في تحديد واجبات وحقوق الأفراد،³ ومبرر ذلك أن الإنسان لا يملك أن يعيش إلا في وسط إجتماعي متضامنا مع أفراد مجتمعه في قضاء متطلبات حياته.⁴

حيث يرى الفقيه دوجي أن الملكية لم تعد حقا مطلقا كما عرفته المادة 544 من القانون المدني الفرنسي، ولكنها أصبحت وظيفة إجتماعية يجب على المالك أن يقوم بها كأنه موظف، لتحقيق مبدأ التضامن الإجتماعي بين أفراد المجتمع، لأن سبب وجود الملكية هو إشباع رغبات إجتماعية وإقتصادية للمجتمع، وعليه فكلما قام المالك بأداء تلك الوظيفة

¹ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص111-116.

² - زيد قدرى الترجمان، المرجع السابق، ص ص136-137.

³ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص135.

⁴ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص44.

الإجتماعية المنوطة بحق ملكيته بشكل يحافظ على التضامن الإجتماعي وتتميته إستحق الحماية، وبمفهوم المخالفة فالمالك لا يستحق تلك الرعاية والحماية إذا ما انحرف عن الهدف الإجتماعي، أو تقاعس عن أداء وظيفته الملزم بالقيام بها شأنه في ذلك شأن باقي الموظفين العاديين، مما قد يعرضه لفقدان حق ملكيته وتجريده منها، كما يرى دوجي أن الملكية كوظيفة إجتماعية تستدعي الرعاية والحماية ولا يجوز المساس بها حتى ولو كان المساس أو التدخل من السلطة العامة، وذلك لضمان بقائها.¹

كما يرى أنصار المذهب الذي يوظف الملكية أن الحقوق من الجماعة وللجماعة، فهي تدور مع التنظيم الإجتماعي والإقتصادي والسياسي تتأثر به ويتحكم فيها، ولهذا السبب تعد إختصاصات فقط، أصحابها موظفين عامون موكلون بإستعمالها على وجه يحقق الصالح العام، كما يوسع مذهب التضامن الإجتماعي من وظيفة الدولة حيث تشرف على رسم الغايات والأهداف وبيان الطريق الذي يجب أن يسلكه الفرد في مباشرة حقوقه مراعاة للمصلحة العامة، وعلى الدولة أن تتدخل في الوقت المناسب بالقدر الكافي لتحقيق العدالة الإجتماعية.²

3- الملكية حق يؤدي وظيفة إجتماعية: إن المذهب الإجتماعي القائم على التضامن الإجتماعي، ورغم وصفه بالمذهب المعتدل الذي يقف موقفا وسطا بين المذهب الفردي والشيعوي إلا أنه تعرض للإنتقاد خاصة فيما يتعلق بتوظيفه للملكية، حيث ذهب عدد كبير من الفقهاء إلى أن الملكية الخاصة ليست وظيفة إجتماعية، إذ يختلف مركز المالك عن مركز الموظف إختلافا كبيرا، لأن المالك له قدر كبير في الحرية والإرادة والسلطة على حقه، مما يخوله إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه في نطاق القانون وخدمة لمصلحته الخاصة، ومنه فإن الملكية تقوم بأداء وظيفتها الطبيعية لخدمة المالك ورغباته الخاصة، إعترافا لوجود

¹ - زيد قدرى الترجمان، المرجع السابق، ص138.

² - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص ص137-138.

الفرد وكيانه المستقل من جهة،¹ فيما يستوجب على المالك ان يستعمل ملكيته بشكل يحقق الصالح العام على إعتبار أنه كائن إجتماعي يعيش في مجتمع يسوده مبدأ التضامن الإجتماعي من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس نجد أن حق الملكية الخاصة حق يتراوح بين الذاتي و الإجتماعي، فهو حق مزدوج المنفعة حيث يعتبر ذاتيا من قبل تمتع المالك بكل عناصر الملكية بما يعود عليه بالنفع والفائدة ويلبي به كل إحتياجاته الضرورية، كما يعتبر إجتماعيا من باب أنه يؤدي وظيفة إجتماعية يسعى من خلالها لتحقيق الصالح العام للأفراد والمجتمع.

ونستخلص من كل ما تقدم أن حق الملكية الفردية عموما وحق الملكية العقارية الفردية خاصة لم يعد حق مطلق كما في السابق ولكنه أصبح حقا مقيدا بتحقيق الصالح العام وحماية بعض المصالح الخاصة الجديرة بالرعاية.²

هذا وقد تبنت مختلف تشريعات العالم في قوانينها فكرة أداء الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية، وما ينتج عن ذلك من تقييد لهذا الحق، بما في ذلك التشريعات العربية وعلى رأسها المشرع المصري الذي أشار لها في المادة 34 من دستوره لسنة 1971 بقولها: "الملكية الخاصة مضمونة وينظم القانون وظيفتها الإجتماعية".³

وكذلك المشرع الجزائري الذي سنشير إلى موقفه في ذلك بالتفصيل في النقاط القادمة من دراستنا.

الفرع الثاني

أساس الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة ومبرراتها

إن إنتفاف الفقهاء حول الإطار الجديد لحق الملكية الخاصة بمفهومها الحديث المقترن بأداء الوظيفة الإجتماعية وتأثرهم به، وإنتهاج المنظومات القانونية لفكرة الوظيفة

¹ - زيد قديري الترجمان، المرجع السابق، ص139.

² - محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 2000، ص15.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص15.

الإجتماعية للملكية لم يكن نابعا عن فراغ بل إقتناعا من المشرعين وفقهاء القانون بضرورتها، ضف إلى ذلك المبادئ والأسس التي قامت عليها، ففكرة الوظيفة الإجتماعية لم تكن مجرد فكرة منعزلة غير مؤسسة أو مجرد نظرية جاءت إعتباطا، بل لها مبررات أخذت بها معظم الدساتير والقوانين الحديثة، ولذلك إرتئينا أن نغوص في هذه الأسس والمبررات بشكل يثري دراستنا، بحيث نعرض أسس قيام الوظيفة الإجتماعية للملكية، ثم نعرض مبررات أداء الملكية للوظيفة الاجتماعية فيمايلي:

أولا/ أساس الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة: حتى ولو إنتقد الفقه الحديث المذهب الإجتماعي ولم يتوافق مع كل ما جاء به من أفكار، إلا أنه يبقي المذهب المعتدل وصاحب الفضل في ظهور فكرة الوظيفة الإجتماعية، كما أن مذهب التضامن الإجتماعي قام بتطوير الوظيفة الإجتماعية وجاء بأساس جديد لها، هذا وتقوم فكرة الوظيفة الإجتماعية سواء في الفقه الإجتماعي أو الفقه الحديث على أساسين هما مبدأ التضامن الإجتماعي وأن المالك مدين للمجتمع بما كسب، هذان الأساسين سنعرضهما على التوالي.

1- مبدأ التضامن الإجتماعي: لما كان لحق الملكية جانبان، حقا ذاتيا وإجتماعيا في آن واحد، فإن الجانب الإجتماعي يتمحور أساسا في مبدأ التضامن الإجتماعي، هذا الأخير الذي يقضي بوجود التعاون في المجتمع الذي يعيش فيه يأخذ منه ويعطيه¹، كما أن الفرد ملزم بالإمتناع عما يخل بالتضامن الإجتماعي وملزم كذلك بإنجاز كل فعل يؤدي إلى صيانته وتتميته، وهي قاعدة أساسية يجب أن يصاغ القانون على أساسها بحيث يكون تطبيقا لها على إعتبار أنها خلاصة القانون، حيث أن التضامن الإجتماعي هو أساس الحياة وأن القانون إنما صيغ بقواعده لتحقيق هذا التضامن، وإذا كانت مصلحة الجماعة هي أساس القانون، فإن الفرد مسخر لخدمة مصالحها²، وعليه فإن مالك العقار بقدر حرصه وإهتمامه بمصالحه الشخصية ورعايتها يتوجب عليه تقديم خدمات والإهتمام بالصالح العام

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " حق الملكية "، المرجع السابق، ص554.

² - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص45.

لفائدة كل أفراد المجتمع، ويكون ذلك بحكم أنه فردا في المجتمع إذ لا يمكنه التوصل من هذه العضوية، كما لا يمكنه التهرب من خدمة المجتمع، حيث أن القانون لا يحمي حق المالك في ملكيته إذا تقاعس في أداء حق ملكيته لوظيفتها الإجتماعية كما أسلفنا الذكر، وعليه فإن التضامن هو الأساس الأقوى والمعقول للقانون بإعتباره القاعدة الضرورية لحياة الجماعة.¹

2- المالك مدين للمجتمع بما كسب: يقصد بعبارة المالك مدين للمجتمع بما كسب أن عمله ليس وحده الذي أكسبه حق ملكيته²، فالملكية الخاصة لم تكن ثمرة لعمل وجهد المالك الشخصي فقط، وإنما هي نتيجة لجهده وعمله مع مساهمة المجتمع، حيث ساهم المجتمع مساهمة ملحوظة في جهود المالك حتى يحصل على ما أصبح مالكا له، وتعد هذه المساهمة على نفس مساهمة الأسرة أو تزيد على ذلك، فإذا كانت مساهمات الأسرة هي أحد مبررات الميراث، فلا شك أن مساهمة المجتمع تعتبر هي الأخرى أساسا من أسس قيام الوظيفة الإجتماعية للملكية، هذه الأخيرة التي تجعل من حق الملكية الذي يدعيه المالك حقا نسبيا مقيدا بأدائها، وعليه فإن المالك كما يسعى لتلبية إحتياجاته الخاصة من خلال إستعمال ملكه، يجب عليه إستعمال ملكه بما يفيد المجتمع³، من باب القيام بدوره نحو المجتمع الذي شارك في ملكيته، حيث يستلزم عليه توجيه ملكيته الخاصة لتحقيق الصالح العام لكل أفراد المجتمع⁴، كوفاء منه على مساهمات المجتمع في كسبه لملكته.

ثانيا/ مبررات أداء حق الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية: يحتج بأداء الملكية الخاصة لوظيفة إجتماعية بمبررين يتمثلان في المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، أجمع عليهما الفقه القانوني الحديث وعلى أساس هذان المبرران وضعت مجموعة من القيود على حق الملكية العقارية الخاصة، حيث نجد أن المشرع الجزائري حدا حدو المشرع المصري بالتنصيص على ذلك في القانون المدني الجزائري بنص المادة 690 بقولها "يجب على

¹ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص45.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "حق الملكية"، المرجع السابق، ص554.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص554.

⁴ - زيد قدرى الترجمان، المرجع السابق، ص139.

المالك أن يراعي في إستعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة...". وهذا تقريبا نقل حرفي عما جاء به القانون المدني المصري في مادته 806 التي تضمنت ما يلي: "على المالك أن يراعي في إستعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة...". وعليه نجد أن معظم التشريعات جعلت مبررات أداء الملكية لوظيفة إجتماعية تتمثل حصريا في المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهذا ما يستوجب علينا التطرق إلى هذا المبرر من أجل دراسة عميقة للموضوع حيث سنعرض تقييد الملكية بداعي المصلحة العامة، ثم نعرض تقييد الملكية بداعي المصلحة الخاصة.

1- تقييد حق الملكية العقارية الخاصة بداعي المصلحة العامة: إعتبر بعض الفقهاء في العصر الحديث أن فكرة المصلحة العامة يحوم حولها الكثير من الشك، وأنها تتجه إلى طريق الدكتاتورية لإهتمامها الزائد بمصالح المجتمع على حساب مصالح الفرد، في حين يرى أنصار هذه الفكرة أنها لا تستطيع وحدها أن تحدد الهدف النهائي للقانون في تأليف مقتضيات الحياة في المجتمع والإحترام الواجب تجاه الفرد، على أنه يجب محاولة تحديد مضمونها إلى حد ما، وحسب هذه الفكرة فإن القانون يحاول تسهيل إقامة العلاقات الإجتماعية وإزديادها،¹ هذا ويجب الإشارة إلى أن فكرة المصلحة العامة رغم مشروعيتها بل وإعتبارها المبرر الأقوى لأداء الملكية الخاصة لوظيفة إجتماعية إلا أنها أثارت الكثير من الجدل خاصة في ما يخص الإبهام الذي يشوبها.

إن المشرع الجزائري ورغم تقييده للملكية الخاصة بأداء وظيفة إجتماعية لأجل تحقيق مصلحة عامة والتنصيص على ذلك في المادة 690 من القانون المدني سألقة الذكر، إلا أنه لم يعرفها ولم يحدد نطاقها شأنه في ذلك شأن باقي المشرعين، وهذا ما جعل من مصطلح المصلحة العامة يتميز بالغموض، كما يعتبره الكثير من الفقهاء وسيلة مطاطية ومرنة لتدخل

¹ بوضياف محمد، "إرتباط المصلحة العامة بالملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، عدد 06، جزء 02، 2012، ص61.

الدولة في الملكية الخاصة للأفراد¹، حيث تتسم المصلحة العامة بالتطور إذ إنتقلت من نطاق ضيق محصور، إلى مفهوم من يتأثر بالإحتياجات العامة للدولة والمجتمع، وفي ظل غياب مفهوم دقيق للمصلحة العامة نجد أنه تم إستعمال عدة ألفاظ لدلالة على هذه الفكرة، إستخدمها الفقهاء للتعبير عن نفس المغزى، كما الصالح العام، النفع العام، المنفعة العامة، عرفها جميل الشرقاوي كما يلي: "المصلحة العامة هي المنفعة التي تتحقق لأكثر عدد من الناس دون تعيين لهم أو دفع الضرر عن جمهور الناس"، ويلاحظ من هذا التعريف أنه يأخذ موقفا وسطا فهو لا يوسع من نطاق المصلحة العامة كما أنه لا يحصرها،² وعليه فإن تبرير أداء الملكية الخاصة لوظيفة إجتماعية بداعي المصلحة العامة لا يستدعي تحقيق النفع العام لكل الناس، فيكفي أن يحقق النفع لأكثر عدد من الناس أو تدفع الضرر عن جمهور الناس.

وعلى هذا الأساس فإن المصلحة العامة تتخذ وجهان، أولهما إيجابي بتحصيل النفع العام لجماعة ما، ووجه ثاني سلبي وهو دفع ضرر عام عن جماعة إما برفعه قبل وقوعه وإما بإصلاحه بعد وقوعه، كما عبر الفقه الفرنسي عن المصلحة العامة بمصطلح المصالح العليا لإعتبارات إجتماعية و إقتصادية.³

إن تحقيق المصلحة العامة يعد هدف ومبرر يفتح المجال واسعا أمام المشرع ليضع من خلاله مجموعة من القيود على حق الملكية الخاصة ويفرض على المالك إحترامها والإلتزام بها، حتى ولو كانت هذه القيود تتعارض مع مصالحه الشخصية، حيث أنه إذا تعارضت المصلحة العامة مع حق الملكية العقارية الخاصة، فالمصلحة العامة هي التي

¹ - عمر البوبكري، "اللجوء للإنتزاع للمصلحة العامة"، سلسلة مجموعة دراسات 1973-2004، ص14.

² - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص216.

³ - معز جبر، "القيود التوجيهية المسطرة على حق التصرف في الملكية"، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2010، ص157.

تقدم، فلا ينبغي أن تقف الملكية الخاصة حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، حتى ولو بلغت هذه المصلحة في التعارض لحد إلغاء حق المالك أو تجريدته منه نهائياً.¹

كما لا يفوتنا القول أنه في ظل المرونة والتطور الذي تتسم به فكرة المصلحة العامة تزايدت القيود المفروضة على حق الملكية العقارية الفردية، لحد يكاد لا يمكن حصره، حيث مست مختلف أنواع العقارات المملوكة فردياً، سواء كانت فلاحية أو عمرانية وحتى سياحية وصناعية، كما وضعت أيضاً قيود لحماية البيئة، إن التطور الذي تعرفه المصلحة العامة ومن ثمة القيود المقررة لصالحها تتماشى مع الأهداف والإحتياجات العامة للمجتمع التي تسطرها الدولة وتسهر على إنجازها وحمايتها.

وعلى العموم سوف نتطرق إلى بعض هذه القيود بأكثر تفصيل في الفصل الثاني لكن على سبيل المثال لا على سبيل الحصر لأن القيود المقررة للمصلحة العامة كثيرة وتناولتها مجموعة من القوانين، بحيث يتعذر علينا دراستها والتفصيل فيها كلها.

2- تقييد حق الملكية العقارية الخاصة بداعي المصلحة الخاصة: إن من مبررات أداء الملكية لوظيفة إجتماعية نجد المصلحة الخاصة، فعلى المالك مراعاة هذه المصلحة شأنه في ذلك شأن المصلحة العامة، خاصة في ظل الحماية التي أولاها المشرع لحماية المصالح والأموال الخاصة للغير، ومن هذا المنطلق قرر المشرع مجموعة من القيود على حق المالك، ضمان منه للمصالح الخاصة للغير، لأنه وبصورة غير مباشرة حماية المصلحة الخاصة قصد ينتهي بالضرورة إلى حماية المصلحة العامة،² أو بعبارة أخرى حماية المصلحة العامة من حماية المصالح الخاصة للغير، وعليه فالمالك مجبر قانوناً بمراعاة المصلحة الخاصة للغير، ويسعى لتحقيقها وعدم المساس بها.

كما أنه عندما يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً،

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، " حق الملكية "، المرجع السابق، ص555.

² - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص268.

وهنا نجد أن القيد الذي يرد على حق الملكية قد تقرر لا للمصلحة العامة، بل للمصلحة الخاصة، وهذا المبرر في تقييد حق الملكية الفردية للمصلحة الخاصة هو أبلغ مظهر لمبدأ التضامن الإجتماعي،¹ الذي يرمي إلى الموازنة بين مصالح جميع الأفراد، إن تقديم المصالح يكون حسب الأولوية لا غير.

هذا ويرى إتجاه من المفكرين أن مجموع المنافع الخاصة يحقق المنفعة العامة، ومن أنصار هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي فونيزيا venezia الذي يعتبر أن المنفعة العامة هي مجموع مصالح الأفراد المكونة للمجتمع، وبمعنى آخر هي "حاصل جمع المنافع الخاصة"، فالعبرة هي بعدد الأفراد اللذين يتعلق بمصلحتهم أمر القول بتحقيق المنفعة العامة، ومن ثمة لا تتميز المنفعة العامة عن المنافع الخاصة المكونة لها.²

إن القيود التي وردت بداعي حماية المصالح الخاصة للغير، جاءت محدودة على سبيل الحصر عكس القيود المقررة لتحقيق المصلحة العامة التي لا يمكن حصرها، فهذه القيود تتمحور أساسا في القيود المترتبة لمصلحة الجوار، وكذلك القيود المقررة على إساءة إستعمال حق الملكية من تعسف وإضرار بالغير، وسوف نتعمق في دراسة هذه القيود في الفصل الثاني من بحثنا.

المطلب الثاني

آثار الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة

من نتائج إقتران حق الملكية العقارية الخاصة بوظيفة إجتماعية إنتفاء صفة الإطلاق عن حق الملكية وحرية التملك، فحق الملكية كما سبق الإشارة إليه حق مقيد بوظيفة إجتماعية يؤديها مقررة على الملكية بداعي المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، هذه القيود يلتزم المالك القيام بها سواء كانت إيجابية بفعل عمل ما أو سلبية بالإمتناع عن عمل

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "حق الملكية"، المرجع السابق، ص556.

² - نجم الأحمد، "المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الإستهلاك"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 02، المجلد 29، 2013، ص14.

ما، كما أن حرية التملك لم تبقى مطلقة بل أصبحت حرية نسبية، وعليه فإن على المالك الإلتزام بهذه القيود المقررة على حق ملكيته وإحترامها تحت طائلة تحمل المسؤولية، فالقانون لم يخير المالك في ذلك كما لم يترك له المجال مفتوح في إستعمال ملكه كما يشاء، وإنما نظم هذا الإستعمال بما يضمن الموازنة بين مصالح المالك ومصالح الغير، وكذا المصلحة العامة للمجتمع، فلا يجوز للمالك التنصل من القيود المفروضة لتحقيق المنفعة العامة، كما لا يمكن له التعسف وإساءة إستعمال حقه، وإن حدث ذلك فإن المالك يكون مسؤول عن كل إخلال أو تهرب أو تعسف أو إضرار بالغير أمام القانون، وعلى هذا الأساس يجدر بنا دراسة الآثار الناتجة عن أداء الملكية لوظيفة إجتماعية بشكل معمق بما يسمح بتوضيح والإحاطة بمجال تقييد حق الملكية العقارية الخاصة، وكذلك الحديث عن المسؤوليات المترتبة على مالك العقار.

حيث نعرض فيمايلي تقييد عناصر ونطاق حق الملكية العقارية الخاصة في فرع أول، و توسع مجال تدخل الدولة في الملكية العقارية الخاصة و إقرار مسؤولية المالك في فرع ثان.

الفرع الأول

تقييد عناصر و نطاق حق الملكية العقارية الخاصة

إذا كان حق الملكية أوسع الحقوق من حيث العناصر والنطاق فإن ذلك لا يجعل منه حقا مطلقا، لأن المالك يتمتع بكل عناصر الملكية في حدود القانون، إذ حدد هذا الأخير إطار إستعمال وإستغلال والتصرف في حق الملكية بما لا يترك للمالك خيار لمشيئته، كما أعطى المشرع للمالك حرية التمتع بملكيته علوا وعمقا، لكن هذه الحرية مقيدة بإستثناءات قانونية أو إتفاقية تفصل سطح الأرض عن علوها وعمقها، سنعرضها فيمايلي:

أولاً/ تقييد عناصر حق الملكية العقارية الخاصة: تتمثل عناصر الملكية كما أشرنا إليها في المبحث الأول في ثلاث عناصر، إستعمال وإستغلال وتصرف، تسمى هذه العناصر بسلطات المالك، هذا وقد إختصر المشرع الجزائري عنصرا الإستعمال والإستغلال في صياغة واحدة هي التمتع فيما أبقى على عنصر التصرف كما هو، كما حدد القانون والفقهاء إطار كل عنصر من عناصر الملكية بشكل دقيق، وبين للمالك طرق الإستثناء به، وحدد له كذلك القيود المقررة على كل سلطة من سلطاته كمالك للعقار، وعليه سوف نتطرق إلى تقييد كل سلطة على حدى فيما يلي:

1- تقييد سلطة الإستعمال: إذا كان حق الإستعمال سلطة جعلها القانون في يد المالك للإستثناء بحقه والتمتع به على النحو الذي يحقق له إحتياجاته ومصالحه، فإن ممارسة هذا الحق مقيدة بقوانين وقواعد تملئها الظروف والأهداف الإجتماعية الراهنة، إستدعت تدخل الدولة عن طريق وضع قيود قانونية حتمية ألزمت المالك بممارسة وإستعمال عقاره في حدود منطقية وعقلانية،¹ خاصة بعد التطور الذي عرفته الملكية في هذا العصر وظهور الوظيفة الإجتماعية للملكية كما أشرنا سابقا، التي تستلزم على المالك أن يراعي في إستعمال ملكيته العقارية الفردية تحقيق المصلحة العامة للمجتمع وكذا تحقيق ورعاية المصالح الخاصة للغير، طبقا لما جاءت به المادة 690 من القانون المدني السالفة الذكر، أما بخصوص العقارات الفلاحية للخواص وإذا كان الأصل أن للمالك حرية إستعمال ملكه من عدمه كما يشاء فإن هذا النوع من العقارات أورد عليه المشرع قيود تلزم باستعماله، فلا يجوز للمالك أن يقف موقفا سلبيا بأن لا يستعمل حقه ولا يقوم بالفلاحة والزراعة على أرضه لأن ذلك قد يعرضه إلى خسارة حقه وتجريده من ملكيته العقارية، ولعل أول قانون وضع هذا النوع من القيود على الملكية نجد قانون الثورة الزراعية² في مادته الأولى حيث جاء فيها ما يلي:

¹ - محمد كمال شرف الدين، "حق الملكية الفردية من حقوق الإنسان"، الندوة الوطنية المنتظمة بتونس 1998، مركز النشر الجامعي، 2000، ص ص 83-84.

² - الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 يتضمن الثورة الزراعية، ج ر، عدد 97، الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 1971، الملغى بموجب القانون 25/90.

"الأرض لمن يخدمها ولا يملك الحق في الأرض إلا من يفلحها ويستثمرها..."، ويستفاد من نص هذه المادة أن المالك يسقط حق ملكيته بعدم إستعمالها، كذلك جاء قانون التوجيه العقاري بنفس القيود رغم إغائه لقانون الثورة الزراعية، إلا أنه قيد سلطة الإستعمال عند المالك خاصة فيما يتعلق بالعقارات الفلاحية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 48 منه على ما يلي: "يشكل عدم إستثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في إستعمال الحق نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفة الإجتماعية المنوطة بهذه الأراضي" ونلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع كيف عدم إستعمال المالك لعقاره الفلاحي ضمن خانة الإستعمال التعسفي للحق، هذا الأخير الذي تم التنصيص عليه في القانون المدني في مادته 691 بقولها: "يجب على المالك أن لا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الغير..."، وعليه فعلى المالك عدم الإساءة في إستعمال حقه، كما لا يجوز له التعسف في إستعمال هذا الحق بشكل يضر بمصالح وأملاك الغير وهذا تحت طائلة التعرض للجزاء القانوني، نتيجة مخالفة القيود القانونية على حق الإستعمال.

2- تقييد سلطة الإستغلال: يرد على سلطة الإستغلال ما يرد على سلطة الإستعمال من قيود فيجب أن يستغل المالك عقاره في حدود القانون وبالقدر الذي يسمح به القانون، فإذا كان العقار مبنيا يجب أن يخصص لأداء نشاط قانوني مشروع، أما إذا كان العقار مسكنا مخصصا للإيجار فيجب أن يتقيد المالك بالأجر المتعارف عليه في التأجير، كما لا يجب على المالك طلب الإخلاء من المستأجر إلا لأسباب محددة في القانون،¹ أما بخصوص العقارات الفلاحية فيجب أن تستغل وفق الطبيعة المخصص لها، ولا يمكن للمالك إستغلال هذه العقارات بشكل آخر، حيث لا يمكن تغيير هذه الأراضي عن وجهتها الفلاحية كما يستلزم على المالك إستغلال هذه الأراضي بما يسهم في الإنتاج، سواء كان ذلك عن طريق الإستغلال المباشر بصورة شخصية، أو عن طريق الإستغلال الغير مباشر كتأجيرها أو توكيل شخص آخر يقوم بالإستغلال لأن إهمال هذه الأراضي يعرض المالك لسقوط حقه

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "حق الملكية"، المرجع السابق، ص 500.

وهذا ما جاءت به المادة 02 من قانون الثورة الزراعية بقولها: "لا حق فالأرض للمالكين الزراعيين الذين لا يسهمون فعليا في الإنتاج، ويسقط حق كل مستغل سواء كان مالكا أو غير مالك يهمل فلاحه أرضه...".

وتعتبر هذه القيود وغيرها من أهم مظاهر أداء حق الملكية لوظيفة إجتماعية التي يلتزم بها المالك عند إستغلال ملكيته التي لم تعد مجرد أداة فردية في يده يستغلها بالطريقة التي تحقق له أكبر قدر من المنفعة الشخصية، حيث منح المشرع للملكية الخاصة عن طريق هذه القيود دفعا جديدا للعقارات الزراعية ومن ثم للإنتاج وتحقيق النفع العام، وهو الهدف الشرعي الذي كان يصبو إليه لضمان توازن المجتمع وإستقراره،¹ والذي لا يكون إلا إذا كان إستغلال المالك لعقاراته الخاصة بشكل ينسجم مع المصلحة العامة للمجتمع.

3- تقييد سلطة التصرف: حتى وإن كانت سلطة التصرف هي أقوى عناصر الملكية إلا أن المشرع قد قيدها هي الأخرى بمجموعة من القيود تحد من حريتها تنقسم هذه إلى قيود مؤقتة على حق التصرف في الملكية، أي لا تتزع حق التصرف بل تحده لمدة معينة، وقيود دائمة تفقد بذلك الملكية عنصرا هام وهو التصرف ويصبح غير مالك.²

هذا وقد وضع المشرع الجزائري على حق التصرف في الملكية العقارية الخاصة مجموعة كبيرة من القيود وردت في عدة قوانين ومراسيم من بينها المرسوم المؤرخ في 20 جانفي 1964³ المتضمن حرية المعاملات، الذي وضع قيود إستهدف من خلالها المشرع الحد من المضاربة التي كانت سائدة في السوق العقارية، والتي تسيء إلى الثروة العقارية الوطنية، ومن أجل حماية الأراضي الزراعية إستوجب هذا المرسوم إصدار رخصة عند كل تصرف على النحو التالي:

¹ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 279.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "حق الملكية"، المرجع السابق، ص 503-504.

³ - المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 20 جانفي 1964، المتضمن حرية المعاملات، ج ر، عدد 07، الصادرة بتاريخ 21 جانفي 1964، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 344/83 المؤرخ في 21 ماي 1983، ج ر، عدد 21، الصادرة بتاريخ 24 ماي 1983.

- إذا كانت قيمة الملك المبيع تزيد عن (100.000 دج) في العقار، وتزيد عن (200.000 دج) في المحلات التجارية.

- الرخصة الإدارية لمن يريد إبرام أكثر من صفتين وتمنح هذه الرخصة بعد أخذ رأي مصلحة الدومين¹.

بلغت دروة القيود التي عرفتها الملكية العقارية الخاصة في الجزائر بعد إستصدار الأمر المتعلق بتكوين إحتياجات عقارية لمصالح البلديات حيث دمج هذا القانون جميع الأراضي الواقعة داخل المناطق العمرانية الزائدة عن الحاجات العائلية لمالكها في الإحتياجات العقارية البلدية، كما قيد هذا الأمر كذلك حرية نقل الملكيات المستعملة في حالة البيع إلا لصالح البلدية المعنية وهذا ما نصت عليه المادة 06 من هذا الأمر².

كما تجدر بنا الإشارة إلى قيد آخر جاء به القانون المدني وكذلك قانون التوجيه العقاري يتمثل في تقييد حرية المالك في إختيار المشتري، حيث وضع القانون في يد الشفيع رخصة تجيز له الحلول محل المشتري، حسب إرادته ورغبته هو، فإذا أعلن الشفيع رغبته بالشفعة فإن العقار ينتقل له، ولا يتحرر المالك من هذا القيد إلا إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة أو سقط حقه لسبب من أسباب سقوط الشفعة، وعلى العموم نفرق بين نوعين من الشفعة، شفعة مدنية نص عليها القانون المدني وشفعة إدارية تتقرر للدولة والجماعات المحلية، وسوف نفصل في هذان النوعان من الشفعة في الفصل الثاني.

في الأخير يجب التنبيه إلى أنه توجد شروط إرادية يقررها الأطراف على المعاملات تقيد حق الملكية بصفة عامة وسلطة التصرف بصفة خاصة تخرج عن نطاق بحثنا لأن موضوع بحثنا يتعلق بالقيود القانونية فقط.

¹- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص 282-283.

²-المادة 06 من الأمر 26/74 المؤرخ في 20 فيفري 1974، يتضمن تكوين إحتياجات عقارية لصالح البلديات، ج ر، عدد 19، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1974.

ثانيا/ تقييد نطاق حق الملكية العقارية الخاصة: الأصل أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها إلا أن هناك إستثناء على ذلك أوردته الفقرة 03 من المادة 675 من القانون المدني الجزائري في قولها "ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها"، ويستفاد من هذه الفقرة أنه يمكن أن تنقرر قيود على حق الملكية العقارية الفردية ترد على علو هذه الملكية أو على عمقها، سطرت هذه القيود في مجملها لتحقيق المصلحة العامة لكل أفراد المجتمع، و هذا ما سوف نفصل فيه فيمايلي:

1- تقييد علو الأرض: لا يسوغ للمالك أن يمنع أي عمل يقام فوق أرضه يستهدف تحقيق المصلحة العامة مثل تمرير أسلاك وموصلات التلغراف والهاتف إذا كانت هذه الأسلاك لا تضر صاحب الأرض ولا ملكيته، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال وإلا كان هذا المنع تعسفا في إستعمال حقه¹، كما لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات في فضاء أرضه حتى ولو كان على مسافة منخفضة، طالما أن هذا الطيران لا ينجم عليه خطر للمالك.²

فالمالك في كل الأحوال منح له القانون صلاحية التمتع بعلو ملكيته ولكنه قيدها في الحد المفيد للتمتع، وبمفهوم المخالفة ما عدا ذلك فهو ملكية مشتركة لا تعد ملكا لأحد، ولهذا فتكون الإستفادة منها للجميع، إلا أن تقدير الحد المفيد بالتمتع ليس أمر ثابت، ولهذا ينبغي أن يترك لقاضي الموضوع، فهو الذي يقدر مدى العلو الذي يعتبر مفيدا لصاحب الأرض وتبعاً لذلك يدخل في نطاق ملكه، أو لا يعد كذلك فلا يدخل في نطاق ملكيته، ومن ثم فيكون هذا العلو مشاعاً بين الجميع، ويراعي القاضي في سلطته التقديرية لتحديد العلو الظروف المحيطة والغرض الذي أعد له العقار وطبيعة الأشياء وعرف الجهة.³

¹- توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1966، ص97.

²- ليلي طلبية، المرجع السابق، ص28.

³- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص97.

2- **تقييد عمق الأرض:** في إطار الوظيفة الإجتماعية للملكية تم تقييد عمق الأرض، بحيث لا يمكن للمالك الإعتراض على كل الحفريات الخاصة بتوصيل أنابيب المياه والغاز وكذا قنوات صرف المياه طالما لا تشكل عليه أي خطر، وهذا من باب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمالك.

كما وضعت الأحكام السامية للدستور قيود أخرى على التمتع بعمق الملكية العقارية الخاصة، حيث نص دستور 1996 في مادته 17 على "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية، وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية، في مختلف الأسلاك الوطنية البحرية والمياه والغابات..."، ونلاحظ أن المشرع في هذه المادة قد أخرج ملكية باطن الأرض عن ملكية صاحب السطح، وعليه فإن جميع الثروات المتواجدة في جوف الأرض تخرج عن الملكية الخاصة للمالك، فلا يمكن لهذا الأخير المطالبة بملكيتها والإنتفاع بها على سبيل الحق المفيد في التمتع، حتى ولو كانت هذه الثروات متواجدة على مسافة قريبة من سطح الأرض، وحتى ولو كان له الفضل في إكتشافها ذلك أن القاعدة الدستورية واضحة وصريحة بهذا الشأن.

وفي هذا الصدد ورد في قانون الأملاك الوطنية قيد آخر يحد من تمتع المالك بعمق ملكيته نصت عليه المادة 18 فقرة 08 بقولها "تشمل الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة خصوصا على ما يلي:..... الأملاك التي تعود إلى الدولة عن طريق الهبات والوصايا والتركات التي لا وارث لها والأملاك الشاغرة والأملاك التي لا مالك لها وحطام السفن والكنوز..."¹، يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري إتخذ موقفا مختلفا عن باقي المشرعين فيما يخص الكنز، حيث أدخل الكنز في الملكية الخاصة للدولة، وبالتالي جرد المالك من حق التمتع بهذا الكنز حتى ولو وجد في عمق أرضه، على النقيض من ذلك كان موقف المشرع المصري، حيث جعل الكنز من نصيب صاحب الأرض ما لم يثبت أحد غيره

¹ المادة 18 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990.

حق تملكه، إذ تنص المادة 872 فقرة 01 من القانون المدني المصري على ما يلي "على أن الكنز المدفون المخبئ الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك الرقبة"، أما المشرع اللبناني فقد وقف موقف وسطا بين الموقف الجزائري والموقف المصري، فيما يخص ملكية الكنز، حيث لم يجعل ملكية الكنز من نصيب الدولة، كما لم يجعلها من نصيب مالك العقار وإنما قسمه بين مالك العقار ومكتشف الكنز والدولة، إذ جعل ثلاثة أخماسه للمالك، وأعطى خمس لمكتشفه، فيما جعل الخمس الأخير يؤول للخرينة العامة.¹

الفرع الثاني

توسع مجال تدخل الدولة في حق الملكية العقارية الخاصة وإقرار مسؤولية المالك

إن الإعراف بوجود وظيفة إجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة وإعتمادها في معظم النظم القانونية الحديثة، كان له الأثر الكبير في تطور دور الدولة وإتساع سلطانها، وهذا ما فتح المجال لتدخل في الملكية العقارية الخاصة للأفراد، كما منح لها الصفة القانونية لتحديد الأهداف العامة للمجتمع، ضف إلى ذلك فإن أداء الملكية لوظيفة إجتماعية ينتج عنها كما أسلفنا سابقا تقييد لحق الملكية الفردية، ومن ثم يكون المالك ملزما بأداء هذه القيود سواء كانت إيجابية أو سلبية، حيث يخضع مالك العقار للمسؤولية في حال إخلاله بأداء هذه القيود، ذلك أن المالك مجبرا وليس مخيرا للقيام بها.

ولنعرض فيمايلي توسع مجال تدخل الدولة في حق الملكية العقارية الخاصة أولا، و إقرار مسؤولية المالك ثانيا.

أولا/ توسع مجال تدخل الدولة في حق الملكية العقارية الخاصة: لم يكن مركز الدولة ثابتا أو مستقرا على وضع معين، بل كان ولا يزال يتغير وفقا للمذاهب والإيديولوجيات الموجودة أو المتبعة في الدول، فالنظام المنتهج في كل دولة هو الذي يحدد مركزها، هذا الأخير يعد

¹- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص 97-98.

معيارا تحدد من خلاله مهام الدولة ودورها في المجتمع، كما يبين حدود تدخلها في حقوق وممتلكات الأفراد، ومن ثمة فقد تراوح مركز الدولة عموما بين التضييق والتوسيع.

ولعل أهم تضييق بمركز الدولة هو التضييق الذي جاء عقب الثورة الفرنسية، حيث سعت هذه الأخيرة إلى توسيع حريات الأفراد وحماية حقوقهم على حساب تضييق مهام الدولة وتدخلها، متبنية بذلك مبادئ المذهب الفردي، كما تم الإشارة إليه سابقا، وعليه جعلت من دور الدولة أنذاك دور سلبيا محصور في عدم إعاقة مزاولة الأفراد لحقوقهم بصفة عامة،¹ ولحق الملكية العقارية الفردية خصوصا، حيث لا تتدخل الدولة في نشاط وممتلكات الفرد إلا بالقدر اللازم لمنع التعارض بينه وبين غيره من الأفراد، والحكمة في ذلك أن قيام الدولة جاء نتيجة لإتفاق الأفراد بإنشائها بهدف تنظيم القانون بما يكفل حقوقهم ويدافع عن ممتلكاتهم، فإذا تدخلت في حقوقهم فإنها تكون بذلك قد قضت على مبرر وجودها،² وهذا ما أشارت له المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1789 بقولها "غرض كل اجتماع سياسي حفظ الحقوق الطبيعية التي للإنسان والتي لا يجوز مسها وهذه الحقوق: حق الملك وحق الأمن وحق مقاومة الظلم والإستبداد".

ومع ظهور الفكر الإجتماعي، وفشل المبادئ التي جاء بها المذهب الفردي وقيام أزمات إقتصادية، نجاح الثورة الشيوعية الروسية أواخر عام 1918 بدأ مركز الدولة يتسع، وظهرت للدولة مهام جديدة، وتحول المرافق العامة لتحقيق إحتياجات الشعوب،³ كما خولت الدولة مهمة تحديد المصالح العامة للمجتمع، والسعي إلى إزالة التناقض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد وتحقيق العدالة الإجتماعية، وبدأت الدولة تتدخل في تنظيم العلاقات والروابط الإجتماعية، كما تم توسيع هذا التدخل ليمس الحقوق وعلى رأسها حق الملكية العقارية الخاصة، إذ أصبحت تشرف على بيان الطريق الذي يجب على الفرد إتباعه

¹ عبد الحميد متولي، "الحريات العامة"، منشأة المعارف، مصر، ص36.

² فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ص 40-41.

³ عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص36.

في مباشرة حق ملكيته بما يراعي مصلحة الجماعة،¹ خاصة في ظل ظهور الوظيفة الإجتماعية للملكية، حيث وسعت هذه الأخيرة من نطاق تدخل الدولة خاصة بعد تبنيها من طرف معظم تشريعات العالم، إذ أصبح من إختصاص الدولة تحديد الأهداف العامة والسهل على تحقيقها ولو على حساب المصلحة الخاصة، هذا ويكون تدخل الدولة عادة عن طريق وضع مجموعة من القيود القانونية على حق ملكية الأفراد سعيا منها لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع وضمانا للحقوق الخاصة للغير.

أما فيما يخص مدى تدخل الدولة في القانون الجزائري في الملكية العقارية الخاصة، فنجد أن الجزائر بعد الإستقلال قامت بإنتهاج النظام الإشتراكي إلى غاية 1989، هذا النظام يمجذ الملكية العامة ويقص من الملكية الخاصة، حيث سمح هذا النظام للدولة بالتدخل على إطار واسع في الملكية العقارية الفردية، حيث وضعت مجموعة من القوانين المقيدة لها، كما قامت بتأميم مجموعة من الأملاك يعود تصنيفها للملكية الخاصة للأفراد، ضف إلى ذلك ضم الأملاك التي لا مالك لها وأملاك الغائبين إلى الملكية الوطنية الخاصة، وتعد هذه التدخلات من أخطر أساليب التدخل في الملكية الخاصة، كذلك ما تخلف عن تطبيق قانون الثورة الزراعية من فقدان الملاك الغير مستغلين لعقاراتهم لحقهم في الملكية، إن النظام الإشتراكي وإن كان أكثر تأييدا للملكية الإجتماعية وأكثر صرامة في تقييد الملكية العقارية الخاصة، فإنه بعد التخلي عنه في سنة 1989 وتبني النظام الرأسمالي الذي يكرس الملكية الخاصة، لم يتم تحرير الملكية العقارية الفردية من القيود وإذ كان قد قلص نوعا ما منها إلا أنه أبقى على هذه القيود، كما أبقى على حق الدولة في التدخل في الملكية الخاصة لضمان المصلحة العامة، وهذا ما نلاحظه في القوانين الصادرة بعد تبني النظام الرأسمالي، فقانون التوجيه العقاري الصادر سنة 1990 وإن كان قد إستهدف تسوية وضعية بعض العقارات وصنف الملكية العقارية الخاصة وعرفها إلا أنه لم يزيح عنها القيود المفروضة عليها بل وضع قيود جديدة متعلقة بحق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة، كما أن قانون التعمير

¹ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص49.

وضع قيود جديدة وفصل في القيود الخاصة بالبناء والتعمير الواردة في القانون المدني، وعليه فإن تدخل الدولة كان ولا يزال مغطى بغلاف قانوني ولا يمكن الخروج عن نطاق المشروعية في التدخل في ملكية الأفراد، ونشير إلى أن تدخل الدولة في الملكية العقارية الفردية لا يعتبر مساساً أو تعدي عليها إلا إذا كان غير مؤسس قانوناً، وفي هذه الحالة يعد فعلاً تعسفياً أو إنحرافاً بالسلطة، فالقانون وإن كان قد خول للدولة صلاحية تسطير الأهداف العامة، إلا أنها مجبرة أن تأخذ بعين الاعتبار الإحتياجات العامة للمجتمع لأنها تعبر عن إرادة الشعب، وهذا ما جاء في المادة 11 من دستور 1996 بقولها "تستمد الدولة مشروعيتها وسبب وجودها من إرادة الشعب شعارها بالشعب وللشعب، وهي في خدمته وحده".

إن الدستور منح للدولة عن طريق سلطاتها صلاحية التشريع أو ما يسمى بالتدخل التشريعي، بغرض تنظيم الأمور العامة ومنح لها في ذلك السلطة التقديرية، إلا أنه لم يجعل لها المجال مفتوح فقد أخضع المنظومة القانونية الصادرة عنها لآلية الرقابة على دستورية القوانين، وذلك لحماية حقوق الأفراد وبالأخص حق الملكية العقارية الخاصة لما لها من أهمية بالغة، حيث لا بد من ضرورة الملائمة والتناسب لذلك التدخل التشريعي بما يتوافق والمصلحة العامة وما يستدعيه حق ملكية الأفراد من حماية¹ خاصة في ظل مسؤولية الدولة عن حماية أمن الأفراد وممتلكاتهم طبقاً لما جاءت به المادة 24 من دستور الجزائر لسنة 1996 على ما يلي "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص وممتلكاتهم...".

ثانياً/ إقرار مسؤولية المالك: إستقر الفقه والقانون على إقرار المسؤولية عن كل فعل يرتكبه الشخص من شأنه أن يسبب ضرراً للغير، ويستوي أمام إقرار المسؤولية كل الأشخاص لا سيما إذا كان الشخص مرتكب الخطأ مالكا، ذلك أن المالك مقيد بضرورة عدم الإضرار بالغير عند استعمال ملكه، وهذا ما تمليه الوظيفة الإجتماعية للملكية، وعليه فالمالك ملزماً

¹ حبشي لزرق، "أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص ص 165-166.

بأداء هذه الوظيفة تحت طائلة توقيع المسؤولية، هذه الأخيرة تعرف على أنها الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل آتاه، هذا العمل يفترض الإخلال بقاعدة.¹

وعلى العموم يسأل المالك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية في الحالة العادية، لكن قد تخرج مسؤولية المالك عن الحالة العادية فيصبح المالك مسؤولاً دون خطأ عن الأضرار غير المألوفة، ولنعرض فيما يلي كل مسؤولية على حدى:

1- مسؤولية المالك على أساس الخطأ: تعرف المسؤولية على أساس الخطأ بأنها الإخلال بموجب وتستنزم لقيامها طرفين أحدهما هو المتضرر والآخر هو الذي يحاسب عن الضرر الذي أحدثه، ومن ثم يتحمل عبئه في ماله، فيكون الملتزم قانوناً بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه.²

وإذا أمعنا في مضمون هذا التعريف نجد أنه قد عرف المسؤولية على أساس الخطأ - المسؤولية التقصيرية- من خلال الإشارة إلى أركانها والجزاء المترتب عن تحققها، وهذا ما سوف نفضل فيه من خلال التطرق أولاً للأركان العامة لمسؤولية المالك على أساس الخطأ، ثم نعرض للجزاء المترتب على قيام مسؤولية المالك على أساس الخطأ.

أ- الأركان العامة لقيام مسؤولية المالك على أساس الخطأ: تطرق المشرع الجزائري لأركان المسؤولية في المادة 124 مكرر من القانون المدني حيث جاء فيها ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلتزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع قد ذكر ثلاث أركان لقيام المسؤولية على أساس الخطأ تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

¹ - عاطف النقيب، "النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي"، ط3، منشورات عويدات، لبنان، 1984، ص15.

² - عاطف النقيب، المرجع نفسه، ص15.

وعلى العموم يعد الخطأ الأساس العادي لتوقيع المسؤولية على المالك مرتكب الخطأ،¹ هذا وقد تقاربت تعاريف الفقهاء فيما يخص الخطأ فهناك من عرفه على أنه العمل الضار الغير مشروع، فيما عرفه البعض بأنه الإخلال بالتزام سابق، كما يرى فريق آخر بأنه الإخلال بالثقة المشروعة، ويلاحظ من هذه التعريفات أنها كلها تتفق أن المقصود بالخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني،² ويطرح التساؤل متى يعد عمل المالك خطأ يستدعي توقيع المسؤولية؟.

يعد عمل المالك خطأ إذا كان مخالفا للقانون، كما لو خرق الأحكام الخاصة بقيود الملكية لمصلحة الجوار وحقوق الغير التي أوجب المشرع إحترامها طبقا لأحكام المادة 690 من القانون المدني - السالفة الذكر- ومن ثمة يكون المالك مسؤولا عن كل عمل غير قانوني قام به وسبب به ضررا للغير ويكون ملزما بجبر الضرر، كما يكيف العمل التعسفي للمالك بأنه خطأ فعلى المالك ألا يغلو في إستعمال ملكه لأن ذلك يمثل تعسف إستوجب القانون قيام مسؤولية المالك في حالة وجوده.

أما الركن الثاني لقيام المسؤولية فيتمثل في الضرر، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا يترتب التعويض مهما وجد من خطأ،³ وإنما يجب أن يكون الفعل الخاطئ قد ألحق ضررا بالغير، ومن ثم فالضرر شرط لازما لتحقيق المسؤولية، لأن المسؤولية ذاتها تستهدف إصلاح الضرر الواقع للغير، وعليه يعرف الضرر بأنه المساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له.⁴

هذا ولا يكفي لقيام مسؤولية المالك على أساس الخطأ وجود الخطأ والضرر بل لابد من وجود علاقة سببية بينهما، ومعنى ذلك أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي إرتكبه المالك والضرر الذي لحق بالغير، وهذا الركن مستقل عن الركنين السابقين، فإذا وجد الخطأ

¹ مروان كساب، "المسؤولية عن مضار الجوار"، ط 01، بيروت، لبنان، 1998، ص 29.

² عمرو عيسى الفقي، "الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية"، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 22.

³ يكن زهدي، "شرح مفصل جديد للملكية العقارية"، الجزء 01، ط 03، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ص 35.

⁴ عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 48.

والضرر وانتفت العلاقة السببية بينهما فلا تترتب المسؤولية، ويجب لتوافر العلاقة السببية أن يكون الخطأ في ظل الظروف التي أحاطت بالحادث ضروريا لتحقيق الضرر أو بتعبير آخر أن يتبين أنه لولا وجود الخطأ لما وقع الضرر.

ب- **الجزاء المترتب عن قيام مسؤولية المالك على أساس الخطأ:** إن الجزاء في حال قيام مسؤولية المالك يوقع وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، والذي يكون التعويض طبقا للمادة 124 من القانون المدني - آفة الذكر - التي ألزمت المالك بتعويض المتضرر عن الضرر الذي لحقه إثر الإستعمال الخطأ لحق ملكيته العقارية، كما يلتزم المالك بالتعويض مهما كان الضرر يسيرا طالما تحققت شروط المسؤولية.¹

ويعود تقدير التعويض للقاضي المختص، يحكم به بعد النظر في الشكوى المقدمة له وبعد الإضطلاع على كل الوقائع والحجج والدفع المقدمة مع الأخذ بمحاضر الخبرة إن وجدت، وفي حال توافر كل شروط المسؤولية يحكم القاضي بالتعويض حسب الحالة، فقد يحكم بالتعويض العيني كما قد يلزم المالك بالتعويض النقدي حسب ما يتناسب مع الضرر الذي سببه، فللقاضي السلطة التقديرية في إختيار الطريقة الأنسب لإصلاح الضرر وبراعي في ذلك جسامة الضرر.

2- **مسؤولية المالك دون خطأ:** على خلاف المسؤولية على أساس الخطأ التي تعتمد على القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وتترتب بمجرد وجود شروطها، نجد المسؤولية دون خطأ والتي تستلزم شرطان لقيامها هما الضرر غير المألوف و وجود علاقة الجوار، بحيث يكفي وجودهما لقيامها، كما أن هذه المسؤولية تختلف عن سابقتها في الجزاء، فالمشرع لم يقرر التعويض لإصلاح الضرر فيها بل رتب عند قيامها إزالة المضار، ومن أجل تفصيل أكثر في هذه الخصائص التي تمثل فروقات بين المسؤوليتين سوف نتطرق إلى شروط مسؤولية المالك دون خطأ والجزاء المترتب عن قيامها.

¹- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص114.

أ- شروط قيام مسؤولية المالك دون خطأ: تقوم مسؤولية المالك دون خطأ بمجرد تحقق ضرر غير المألوف أصاب الغير نتيجة إساءة إستعمال المالك لحق ملكيته العقارية، كما يستلزم كذلك قيام هذه المسؤولية وجود علاقة الجوار بين المالك و المتضرر هذا الشرط الذي يعتبر بديهياً.

أ-1- معيار الضرر غير المألوف: يعرف الضرر غير المألوف بأنه الضرر الذي يبلغ من الجسامته ما لا يمكن للمرء أن يعتاد تحمله أو يتسامح فيه،¹ كما يطلق عليه عدة تسميات مثل الضرر الغير عادي، الضرر الإستثنائي والضرر الفاحش.

هذا و قد تطرق المشرع الجزائري لمضار الجوار غير المألوفة في الفقرة الثانية من المادة 691 من القانون المدني التي جاء بها ما يلي: "وليس للجار أن يرجع على 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 للآخرين والغرض الذي خصصت له"، وهذا النص مطابق لما جاء به المشرع المصري في المادة 807 من القانون المدني المصري.

وعلى العموم يعد معيار الضرر غير المألوف معيار مرناً،² بحيث لا توجد قاعدة ثابتة لتحديد ما إذا كان الضرر غير المألوف بصفة مطلقة، ذلك أن ما يعتبر ضرر غير مألوف في منطقة ما وفي ظروف ما، قد يكون ضرراً عادياً ومألوفاً في منطقة أخرى، وعليه فإن القاضي ينظر إلى المسائل والحالات المتعلقة بالضرر غير المألوف كل حسب ظروفها وبكيفها كل واحدة على حدى، كما جاء في العبارة "يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له" من المادة 691 -السالفة

¹ محمد العربي مياد، "القيود الواردة على حق الملكية"، مجلة المنبر القانوني، عدد 04، 2013، ص30.

² مصطفى الجمال، "نظام الملكية"، الجزء 01، المكتب الحديث للطباعة والنشر، مصر، دون سنة نشر، ص113.

الذكر - ومثال ذلك ما يعتبر ضررا مألوا في منطقة مكتظة بالمصانع والمقاهي أو المحلات العامة يعتبر ضررا غير مألوف في منطقة أخرى خصصت لسكن فقط.¹

وعليه فإن القاضي يتقيد في تقدير مألوفية الضرر بالظروف الموضوعية ويستغني عن الظروف الشخصية للمضروب حتى ولو كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع أو مولد طاقة، وكان المضروب شخصا مريضا أو ضعيف أعصاب يلحقه ضررا جسيما من جراء ذلك، فلا مسؤولية للمالك إذا كانت هذه الضوضاء لا تلحق ضررا غير مألوا بالنسبة لشخص عادي، ولكن تجدر الإشارة إلى أنه يجب التفريق بين الظروف الشخصية للمضروب التي لا ترتب المسؤولية على المالك والغرض المخصص له عقار هذا الجار المضروب، فإذا كان هذا العقار مخصصا ليكون مستشفى مثلا فإن الضرر الناتج عن الضوضاء التي يحدثها المصنع المجاور يمكن أن يعد ضررا غير مألوف لصاحب المستشفى، ولو لم يكن كذلك بالنسبة لجار آخر يستعمل عقاره في غرض آخر.²

أ-2- وجود علاقة الجوار: تعد علاقة الجوار واقعة طبيعية واجتماعية، فالإنسان كما يقول ابن خلدون إجتماعي بالفطرة، بمعنى أنه لا يمكن له العيش بمعزل عن بقية أفراد المجتمع بحكم العلاقة التكاملية بينهم.³

و من البديهي أنه يشترط لقيام مسؤولية المالك على مضار الجوار غير المألوفة وجود علاقة الجوار بين المالك والمضروب، هذه العلاقة التي يختلف تحديد نطاقها بين الفقه التقليدي و الفقه الحديث، حيث تنحصر علاقة الجوار حسب أنصار الفقه التقليدي في الجوار المباشر الذي يستلزم وجود تلاصق مادي بين عقار المتسبب في الضرر و عقار

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص120.

² - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ص 114-115.

³ - عيبر عبد الله أحمد درباس، " المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة في فلسطين"، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014، ص 13.

الشخص المضروب، و حسب رأي هذا الإتجاه فإن المطالبة بإصلاح الأضرار غير المألوفة لا تكون إلا لصاحب العقار المتلاصق¹.

إلا أن الفقه الحديث جاء بمنظور جديد وسع فيه من نطاق هذه العلاقة بحيث لم تعد محدودة بالجوار المباشر و إنما تجاوزت ذلك إلى الجوار بمفهومه الواسع، حيث يرى الفقيه الفرنسي Stefani " أنه لا يجب الإعتقاد بأن التلاصق المطلق للعقارات يكون محتما من أجل القول بوجود إضطرابات الجوار، بل أن التجاور وحده يكون كافيا من أجل إضفاء صفة إضطرابات الجوار على المضايقات ، فالأدخنة السوداء و الروائح المقززة، و الغبار، و الضجيج الفاحش يتيح الفرصة للمنازعات بين الجيران بغض النظر عن المسافة الموجودة بين العقارات حيث أن المسافات الواجب تركها بين العقارات لا تكفي لمنع وقوع الضرر"².

ب- الجزاء المترتب عن قيام مسؤولية المالك دون خطأ: تكمن مسؤولية المالك دون خطأ في مسؤوليته عن مضار الجوار غير المألوفة وعليه إذا أحدث المالك لجاره ضررا غير مألوف فإنه يكون بذلك قد خالف القيد الذي يفرضه عليه القانون بأن لا يتعسف في إستعمال ملكه إلى حد يلحق بجاره أضرار غير مألوفة.³

وفي حال وقوع الضرر غير المألوف من المالك يجوز للجار المتضرر المطالبة بإزالة هذه المضار طبقا للمادة 691 من القانون المدني - المذكورة سابقا- كما لا يفوتنا القول إن إزالة المضار هو تعبير عام يصدق على منع هذه المضار في المستقبل، وهو ما يعتبر تنفيذا عينيا لإلتزام المالك، وفي نفس الوقت تعويض الجار المضروب عما لحقه فعلا من ضرر،⁴ كما نشير إلى أن إزالة المضار يمكن أن تتخذ أشكالا مختلفة بحسب ظروف كل حالة، فقد تتم هذه الإزالة من خلال منع الفعل الضار وإستئصال مصدر الضرر نهائيا كغلق المصنع، أو إزالة المحل المقلق للراحة العامة، وقد تتم هذه الإزالة من خلال

¹ عبد الرحمن حمزة، " مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها "، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2006، ص 67.

² عبير عبد الله أحمد درباس، المرجع السابق، ص 16.

³ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 99.

⁴ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 60.

إلزام المالك بإتخاذ تدابير تمنع إحداث الضرر غير المألوف للجيران كالإلزام المالك بتغيير موضع المدخنة التي تلحق ضرر غير مألوف بالجيران إلى موضع آخر في بنائه،¹ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 90943² المؤرخ في 16/06/1992 الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يجب على المالك أن لا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن النزاع يتعلق بالضرر اللاحق بالمدعى عليه في الطعن الناتج من إنتشار الغاز المحروق الآتي من مدخنة حمام المدعي في الطعن، وأن الخبرة أمر بها قصد تحديد الضرر وإقتراح حل لإنهائه عند الإقتضاء فضلاً على أن شرعية البناءات ومطابقتها مع المخططات الموقعة من طرف المصالح الإدارية لا تكون أساس النزاع، ولا يمكن أن تغطي الضرر الملحق عند الإقتضاء من أحد الجيران.

وما دام أن قضاة الإستئناف إنتقلوا إلى عين المكان ليشاهدوا الضرر، وحددوا محضر معاينة بتاريخ 02/09/1990 ركزوا عليه قرارهم، وأن نتائج هذا المحضر لا تخضع لرقابة المحكمة.

وعليه فإن قضاة الإستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر ومصدره وقضوا الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيداً عن مسكن المطعون ضده بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، مؤسسين قرارهم على المعاينة المنجز محضر عنها فإنهم بذلك طبقوا مقتضيات المادة 691 من القانون المدني التي هي واضحة وتنص على أنه غير مسموح للمالك أن يستعمل حقه في الملكية بطريقة تعسفية إضرار بملكية الجار وبالتالي يتعين رفض الطعن.

¹ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 99.

² - القرار رقم 90943 المؤرخ في 16/06/1992، م ق، العدد 01، 1995، ص 111، ورد لدى حمدي باشا عمر "القضاء العقاري"، ص 287.

كما قد يتم إلزام المالك بإدخال تعديلات فنية على عقار بالتخصيص مثل المحركات التي تحدث الضوضاء و من ثم الضرر، وللقاضي في جميع الأحوال السلطة التقديرية في الحكم بالإزالة عن غيره.¹

كما تجدر الإشارة إلى أن الجزاء يوقع على المالك بمجرد ثبوت مسؤوليته عن الضرر غير المألوف، أي بمجرد تقدير القاضي بأن هناك ضرر غير مألوف سببه المالك للغير دون أن يراعي في ذلك أسبقية الإستغلال لأنه حتى ولو ثبتت أسبقية إستغلال المالك فذلك لا يعفيه من المسؤولية، ومن ثم يوقع عليه الجزاء، حيث أجمع معظم فقهاء القانون على أن أسبقية التملك أو الإستغلال الفردي ليس من شأنها أن تعفي المالك من المسؤولية،² فيستوي أن يكون قيام الملك أو الإستغلال مصدر المضار سابقا أو لاحقا في التاريخ عن قيام ملك الجيران المتضررين منه، لأن العبرة في تحديد المضار وتقرير المسؤولية عنها تكون حسب موقع العقارات وطبيعتها والغرض التي خصصت له طبقا للعرف السائد في المنطقة لتحديد مدى إعتبار الضرر الواقع مألوف أو غير مألوف،³ وعليه فأسبقية الإستغلال لا تؤثر في مسؤولية المالك إلا إذا كانت أسبقية جماعية بحيث يكون من شأنها أن تصبغ الحي بطابع خاص كأن يصبح الحي حيا صناعيا - وعلى العموم يدخل ذلك في طبيعة العقارات والغرض الذي خصصت له- فمن يبني منزلا في حي صناعي وسببت له المصانع المجاورة لمسكنه ضررا غير مألوف لا يجوز له أن يطلب إزالة الضرر الغير مألوف حتى ولو أثبت وجوده.⁴

هذا ولا يختلف الأمر بالنسبة للحصول على ترخيص إداري مسبق، إذا تتفق معظم التشريعات حول أن الترخيص الإداري المسبق لا يعفي من المسؤولية ولا يحمي المالك صاحب الرخصة من الجزاء المقرر، هذا وقد تجاهل المشرع الجزائري التطرق إلى هاتين

¹ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 99.

² - جورج ن- شراوي، "حق الملكية العقارية"، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، دون سنة نشر، ص 47.

³ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 150.

⁴ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 59.

النقطتين - الترخيص المسبق والإستغلال المسبق- في نصوصه القانونية، فيما أشار
المشرع المصري لعدم تأثير الترخيص الإداري المسبق على إقرار مسؤولية المالك في
المادة 807 من القانون المدني المصري في قولها: "... ولا يحول التصريح الصادر من
الجهات المختصة دون إستعمال هذا الحق"، ويستفاد من نص هذه المادة أن التصريح
الإداري المسبق بمزاولة نشاط معين على عقار المالك، لا يحول دون تقديم شكوى من طرف
الجار المضروب ضررا غير مألوف يطلب فيها إزالة المضار التي لحقت من جراء هذا
الإستعمال، كما لا يمنع هذا الترخيص القاضي من إلقاء الجزاء المستحق على المالك
المرخص له، حسب ما يراه مناسبا وحسب سلطته التقديرية لهذا الضرر،¹ لأن الترخيص
حتى وإن كان إجراء وقائي يفرضه الصالح العام للحماية من أضرار مثل هذا الإستغلال، إلا
أنه ليس بالمانع لوجود الضرر بصفة حتمية، ولذلك فهو لا يرفع المسؤولية عن أصحاب هذا
الإستغلال إذا نشأت أضرار فاحشة غير مألوفة، فالإدارة وإن كانت تأخذ بالتصريح
بالإستغلال على سبيل الرقابة الوقائية اللازمة، فإنها لا تضمن إعفاءهم من الجزاء في حال
قيام مسؤولياتهم.²

وعلى العموم إستدرك القضاء الجزائري الفراغ القانوني فيما يخص مسألة التراخيص
الإدارية المسبقة من خلال الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، حيث جاء في قرارها رقم
443620³ الصادر بتاريخ 2008/03/12، الذي جاء فيه ما يلي: "... حيث يستخلص
من ملف الدعوى ومستندات الملف أن الدعوى ترمي إلى إزالة منشآت فلاحية أقيمت في
منطقة سكنية وأحدثت أضرار بيئية في المحيط وهذا الفعل أدى إلى وجود مضار الجوار
غير المألوفة.

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، "حق الملكية"، القاهرة، مصر، 2006، ص 68.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص 151.

³ - القرار رقم 443620 الصادر بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ص 257، ورد لدى
جمال سايس " الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري"، الجزء 02، ط 02، 2013، ص ص 666-667-668.

حيث أن المطعون ضده تمسك بوجود ترخيص يمنح له ممارسة نشاط تربية الحيوان والدواجن مع أن هذا الترخيص يمنح تحت التحفظ على حقوق الغير ويعدم إحداث مضار الجوار والحال أن تقريرى الخبرتين المنجزتين يكونون قد خالفوا القانون مما يحتم النقض، خاصة المادة 691 من ق. م ولم يعطوا لقرارهم أساسه القانوني".

كما قررت المحكمة العليا أيضا فيما يخص المالك المتحصل على رخصة البناء قرار يقضي بعدم إعفاء المالك صاحب الرخصة من مسؤوليته عن الأضرار غير المألوفة حيث جاء في قرارها رقم 404069¹ الصادر بتاريخ 2007/06/13 ما يلي: "... ولما تبين لقضاة الموضوع إستنادا لتقرير الخبرة، أن الجدار الذي شيده الطاعن قد تسبب في إلحاق ضرر بالغ بجيرانه إذ أدى إلى حجب النور والهواء عن مسكنهم، وجعله غير لائق للسكن، ولو تم ذلك طبقا لرخصة البناء والتصاميم، فإنه يعد من مضار الجوار غير المألوفة طبقا لنص المادة 01/691 من ق.م علما بأن رخصة البناء تسلم بشرط مراعاة حقوق الغير ويكون القضاة بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا صحيح القانون".

¹ - القرار رقم 404069 الصادر بتاريخ 2007/06/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008، ص 197، ورد لدى جمال سايس، "الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري"، الجزء 01، المرجع السابق، ص 631-632-633.

ملخص الفصل الأول

حق الملكية العقارية الخاصة هو حق واسع العناصر والنطاق، حيث يتضمن ثلاث عناصر تتمثل أساساً في - الإستعمال، الإستغلال، والتصرف - كما يخول لصاحب هذا الحق التمتع بعقار علوا وعمقا، هذا ويحظى حق الملكية بحماية بالمواثيق الدولية و الدساتير بنص الدستور، كما خصه المشرع بحماية قضائية تردع كل مساس غير مشروع به. حيث يجوز للمالك اللجوء إلى القضاء العادي لحماية ملكه من تعرض أو مساس يلحقه من الغير عن طريق رفع دعاوى الملكية أو ما تسمى بالدعاوى المدنية - دعوى الإستحقاق، دعوى منع التعرض، دعوى وقف الأعمال الجديدة - كما يمكنه اللجوء للقاضي الجزائي لردع كل تعدي يشكل مساس خطير بحق ملكيته العقارية.

هذا ولم يحصر المشرع الحماية القضائية الخاصة بحق الملكية العقارية للأفراد في القضاء العادي بل وسع منها، بحيث خول للقاضي الإداري صلاحية رقابة القرارات الإدارية والنظر في كل تدخل أو مساس إداري غير مشروع يلحق حق الملكية العقارية الخاصة، والفصل في دعاوى الإلغاء، ودعاوى التعويض المرفوعة بهذا الشأن.

ورغم الحماية الواسعة التي يتمتع بها حق الملكية العقارية الخاصة، إلا أنه لا يعتبر حق مطلقاً، بل هو حق مقيد بأداء وظيفة إجتماعية، هذه الأخيرة التي تقوم على أساسين: مبدأ التضامن الاجتماعي الذي يقضي بوجود التعاون في المجتمع الذي يعيش فيه الفرد - يأخذ منه ويعطيه - ومبدأ آخر يتمثل في أن المالك مدين للمجتمع بما كسب، يقضي هذا المبدأ بأنه ليس جهد المالك هو من أكسبه حق الملكية بل يضاف إلى جهده مساهمة المجتمع.

هذا وترجع مبررات أداء حق الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية إلى تحقيق المصلحة العامة من جهة، بحيث يخلق هذا المبرر عدة قيود على حق الملكية العقارية الخاصة، ومن جهة أخرى تحقيق المصالح الخاصة للغير، هذا الأخير ويعتبر هو الآخر قاعدة لفرض جملة من القيود على حق الملكية العقارية الخاصة.

يترتب على أداء حق الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية مجموعة من الآثار تتمثل أساس في تقييد سلطات المالك ونطاق حق الملكية، ضف إلى ذلك توسع تدخل الدولة في حق الملكية طبقا للمهام الموكلة لها والأهداف التي سطرتهها. هذا ونشير في الأخير أن المالك ليس مخيرا بخصوص أداء حق ملكيته لوظيفة إجتماعية، فهو مجبر على القيام بهذا الأداء سواء كان إيجابيا أم سلبيا تحت طائلة توقيع المسؤولية، هذه الأخير التي تنقسم إلى نوعين، مسؤولية على أساس الخطأ ومسؤولية دون خطأ.

الفصل الثاني

قيود حق الملكية

العقارية الخاصة

الفصل الثاني

قيود حق الملكية العقارية الخاصة

كما أسلفنا الذكر أن وجود الدولة كهيكل سياسي وإداري، يخضع لمبدأ سيادة القانون من مهامه السهر على قضاء حاجات المجتمع وتنظيم وتقرير الأهداف، بحيث سمح هذا المبدأ للدولة بشكل عام والإدارة بشكل خاص من التدخل في الملكية العقارية للأفراد عن طريق إقرار عدة قيود تمس جميع عناصر الملكية وكذا نطاقها، يمكن تسميتها بالقيود القانونية نسبة إلى مصدرها، لأنها مقررة بقوة القانون، في حين توجد قيود إدارية أو اتفاقية تتقرر بين الأفراد وفق إرادتهم ترتب إلتزامات فيما بينهم، هذه القيود تخرج عن نطاق دراستنا لأن موضوعنا يعالج القيود القانونية فقط، وعليه فإن دراستنا لهذا الفصل ستكون دراسة تطبيقية حيث نغوص من خلالها في بعض نماذج تقييد الملكية الفردية عن طريق الإحاطة بخصائص كل قيد على حدى، وذكر إطاره القانوني الذي يمثل الركن الشرعي للإحتجاج بالقيد في مواجهة الأفراد ذوي الحقوق، ذلك أن المشرع جاء بهذه القيود في قوانين متفرقة بحيث لم يستجمعها كلها في قانون خاص بها، كما تجدر الإشارة إلى أن هناك قيود وردت في أكثر من قانون وأقرتها القواعد السامية للدستور، كما نصت عليها المواثيق العامة وكذلك المصالح الخاصة للأفراد من جهة، ومن جهة أخرى دليل على مدى خطورة هذه القيود على الملكية العقارية الخاصة ومدى حساسية المساس بهذه الأملاك.

ولنعرض فيما يلي قيود حق الملكية العقارية الخاصة وسلطاته مراعاة للمصلحة الخاصة في مبحث أول، وقيود حق الملكية العقارية الخاصة مراعاة للمصلحة العامة في مبحث ثان.

المبحث الأول

قيود حق الملكية العقارية الخاصة وسلطاته مراعاة للمصلحة الخاصة

تكون هذه القيود مقررة لصالح الأشخاص المدنية - أشخاص القانون الخاص - ناتجة عن العلاقات الإجتماعية والمعاملات المدنية، تستمد هذه القيود أساسها الشرعي من القانون الخاص، ويعتبر القانون المدني المرجع الأول في تصنيف الحقوق وتقرير الإلتزامات، ولعل من أهم الحقوق التي نظمها نجد حق الملكية العقارية الخاصة، فخصص بعض أحكامه لتوضيح حدود إستثناء المالك بعقاره، فيما رتبت أحكام منه إلتزامات على عاتق المالك تعتبر قيود على حق ملكيته في أغلبها، تستوجب على المالك عدم الإخلال بها وإحترامها من باب الوفاء بإلتزامه القانوني من جهة، وحفاظا منه على حسن سير العلاقات الإجتماعية من جهة أخرى، لأن ما يكيف إلتزام للمالك يعتبر حق للمالك آخر أو للغير، وما يعد اليوم كإلتزام يأديه المالك للغير قد يكون غدا حقا للمالك يؤديه غيره من المالك، ومن ثم فالمالك مجبر بأداء هذه القيود بما يضمن تحقيق مصلحته الشخصية ومصالح الغير.

وكإستثناء على المرجع القانوني الأول - القانون المدني الجزائري-، ورد قيد آخر ينتمي في تصنيفه إلى القيود المدنية جاءت به أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية - قانون الإجراءات المدنية سابقا-.

ولنعرض فيمايلي قيود سلطات حق الملكية العقارية الخاصة في مطلب أول، وقيود حق الملكية العقارية الخاصة في مطلب ثان.

المطلب الأول

قيود سلطات حق الملكية العقارية الخاصة

تختلف القيود المدنية المقررة على سلطات المالك فمنها ما يرد على التصرف مثل الشفعة التي قيد فيها المشرع حرية المالك في إختيار المشتري ومنها ما يتعلق بحجية بعض التصرفات القانونية إتجاه فئة معينة من الأشخاص كما في حالة العقار المثقل بدين والمقررة

عليه ضمانات عينية مما يجعل منه عقارا مقيد نسبيا أما في حالات الحجز العقاري فقد يصل التقييد لدرجة فقدان الملكية العقارية الخاصة بشكل تام، كما أن سلطة إستعمال حق الملكية مقيد قانونا بقاعدة عدم التعسف في إستعمال الحق.

ولنعرض فيمايلي قيد الشفعة في فرع أول، و قيد الضمانات العينية و الحجز العقاري في فرع ثان، وقيد التعسف في إستعمال الحق في فرع ثالث.

الفرع الأول

قيد الشفعة

تعد الشفعة إحدى أهم القيود المفروضة على الملكية العقارية الخاصة التي تطرق لها القانون المدني، كما تعد طريقة من طرق إكتساب الملكية وضعها المشرع في يد الشفيع، هذا وتعرف الشفعة لغة على أنها عملية إضافة شيء إلى شيء آخر أي وترا ليصبح بعد الشفعة زوجا أي شفعا¹.

أما في الإصطلاح القانوني فقد اختلفت وجهات النظر حول تعريف الشفعة، كما عجز الفقهاء عن إعطاء طبيعة قانونية موحدة لها حتى ولو تقاربت وجهاتهم حول شروطها وإجراءاتها وآثارها، وعليه سوف نحاول إبراز الإختلاف الموجود حول الطبيعة القانونية للشفعة، ومن ثم نعرض إلى شروط الشفعة وإجراءاتها، ونختم دراستنا للشفعة بالتفصيل في آثار الشفعة وزوالها.

أولا/ الطبيعة القانونية للشفعة: تباينت تشريعات الدول في تعريف الشفعة حيث يعرفها القانون اللبناني في المادة 238 من القانون المدني بقولها "الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها....."².

¹ - ليلي طلبة، المرجع السابق، ص 57.

² - القانون رقم 0/1948، المؤرخ في 05 فيفري 1948، المتضمن قانون الملكية اللبناني، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 1948/02/11.

أما الشفعة في التقنين المغربي فقد عرفت المادة 292 على أنها: "الشفعة أخذ الشريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن و مصروفات العقد اللازمة و المصروفات الضرورية النافعة عند الإقتضاء " ¹.

أما القانون العراقي والأردني فقد عرفوا الشفعة بتعريف متطابق حيث نصت المادة 1128 من القانون المدني العراقي² وكذلك المادة 1150 من القانون المدني الأردني³ على "الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من ثمن ونفقات".

أما القانون المدني الجزائري فقد كان هو الآخر مطابق للقانون المدني المصري حيث نصت المادة 794 من القانون المدني الجزائري على أن "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية" وهو نص مقتبس من القانون المصري من المادة 935 من القانون المدني المصري على "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية...".

ونستنتج من كل ما سبق أن الطبيعة القانونية للشفعة تختلف حسب إختلاف التعاريف المذكورة سابقا فهناك من يعتبر الشفعة حق وهناك من يعتبرها مركز قانوني وهناك بعض الفقهاء يذهبون بالقول إلى أنها رخصة، وعليه سنوجز هذه الآراء في النقاط التالية على التوالي:

¹ القانون رقم 39.08 المؤرخ في 22 نوفمبر 2011، المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، ج ر، عدد 5998، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

² القانون رقم 40، المؤرخ في 09 أوت 1951، المتضمن القانون المدني العراقي، ج ر، عدد 3015، الصادرة بتاريخ 09/08/1951.

³ القانون رقم 43، المؤرخ في 01 أوت 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، ج ر، عدد 2645، الصادرة بتاريخ 01/08/1976.

1- الشفعة حق: رأى مجموعة من الفقهاء في تحديد طبيعة الشفعة أنها حق، فيما إنقسمت هذه المجموعة في حد ذاتها إلى إتجاهين، إتجاه يقول أنها حق عيني وآخر يرى أنها حق شخصي، وبلغ الخلاف حول ذلك أشده حيث أن الفريق القائل بعينية حق الشفعة يحتج في ذلك على أن الشفعة تتولد من حق ملكية العقار المشفوع به وينصب على العقار المشفوع فيه¹، وقد قصدوا من هذه الفرضية القائمة على إقتران الشفعة بالحق العيني الوصول إلى نتيجة أن دعوى الشفعة تنظر في المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار المشفوع فيه، ولم يكونوا في حاجة هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة، إذا كان يكفي أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع العقار المشفوع فيه وكل النتائج تترتب على ذلك بصورة آلية²، أما الفريق الذي يرى بشخصية الشفعة فهم يقصدون في ذلك أن هذه الشفعة متصلة بشخص الشفيع، ويخرجون بذلك عن حق الدائنية³ إذ يعتبرون أن الشفعة حق لصيق بالشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالة ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه بإسمه⁴.

2- الشفعة مركز قانوني: يذهب جانب من الفقه القانوني المعاصر إلى أن الشفعة واقعة مركبة إقترنت فيها واقعة الصلة المادية القائمة بين المشفوع فيه والمشفوع به من جهة وبينها وبين التصرف القانوني بالبيع وإعلان الشفيع لرغبة في الأخذ بالشفعة من جهة أخرى، وبعد أن غلبت الواقعة المادية على التصرف القانوني في هذه الواقعة المركبة، يرى هذا الإتجاه أن "الشفعة تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تنهياً أسبابه، ولا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك بل يتولد عنه حق الشفيع في أن يملك، كما يرى هذا الإتجاه أيضا أنه توجد بين الرخصة والحق منزلة وسطى أعلى من الرخصة وأدنى من الحق، فحق التملك وحق الملك، والأول

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 524.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 447.

³ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 524.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 447.

رخصة والثاني حق وبينهما منزلة وسطى هي حق الشفيع في أن يمتلك¹، أي أن هذه المنطقة الوسطى هي التي تمثل المركز القانوني للشفيع.

3- الشفعة رخصة: هناك من كيف الشفعة على أنها رخصة - كما ذهب في ذلك المشرع الجزائري في المادة 794 المذكورة آنفا- ويقصد بأن الشفعة رخصة أي خيار الشفيع له أن يستعمله أو لا يستعمله، ومن هنا تخرج طبيعتها عن وصف الحق وكذا عن المركز القانوني لأنها مجرد رأي أو مشيئة²، وبهذا الرأي أخذ جمهور الفقهاء ورتبوا على ذلك ان دائني الشفيع لا يجوز لهم طلب الشفعة بإسمه³.

على العموم فإن الإجتهد حول تكييف طبيعة الشفعة وتأصيلها لا يزال قائما لأن فكرة تحديد طبيعة الشفعة تعد من أكثر الأفكار القانونية غموضا، ورغم إستحسان فريق كبير من الفقهاء لإعتبار الشفعة خيار لشخص معين في إحداث أثر قانوني بإرادته المنفردة، ورغم أنها كان لها الفضل في إنقاص حدة الخلاف حول عينية الشفعة وشخصيتها⁴، إلا أننا لا نستطيع الجزم أن هذه الفرضية هي الأصلح بصورة مطلقة، لأن كل الأفكار والفرضيات نسبية.

ثانيا/ شروط الشفعة وإجراءاتها: رغم أن المشرع قيد حرية المالك في التصرف بنظام الشفعة، إلا أنه وضع ضوابط في ذلك، حيث لا يتسنى لشفيع الأخذ بهذه الرخصة إلا بتوافر مجموعة من الشروط، إذ لا تصح الشفعة لو تخلف شرط من هذه الشروط، كما لا يمكنه الأخذ بها إلا بإتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا، فالمشرع وإن كان قيد إرادة المالك البائع في إختيار المشتري وألحق ضررا بالمشتري، بحيث فوت عليه الصفقة ليدفع ضرر قد يلحق الشفيع، إلا أنه شدد في شروط وإجراءات الشفعة بما يمثل تضيقا من هذا النظام⁵،

¹ - أحمد أباش، "الأحكام العامة للشفعة"، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د س، ص 116.

² - حسن كيره، المرجع السابق، ص 525.

³ - أنور طلبة، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مجلد 05، ط 01، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 342.

⁴ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 526.

⁵ - حسن كيره، المرجع نفسه، ص 517.

ولتوضيح هذه الضوابط بما يبين حقوق الشفيع والتزاماته يجب علينا التفصيل في شروط الشفعة وإجراءاتها على التوالي.

1- شروط الأخذ بالشفعة: تنقسم شروط الأخذ بالشفعة إلى ثلاث أقسام، منها ما يتعلق بالمال المشفوع فيه، ومنها ما يتعلق بنطاق التصرفات التي تجوز فيها الأخذ بالشفعة، وهناك شروط متعلقة بشخص الشفيع سنعرض هذه الشروط فيما يلي:

أ- الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه: يشترط في المال المشفوع فيه أن يكون عقارا، ذلك أن الشفعة لا تكون إلا في العقار، أما بيع المنقول فيرد عليه حق الإسترداد، وهذا الأخير يختلف عن الشفعة من حيث القواعد والإجراءات والمواعيد¹، أما فيما يخص العقار بالتخصيص فهو منقول بطبيعته، رصد لخدمة العقار حيث تنص المادة 683 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص"، ومن ثم فإذا بيع هذا العقار بالتخصيص مستقلا عن بيع العقار المخدم، فإنه بذلك في حكم المنقول ولا تجوز فيه الشفعة، أما إذا بيع مع العقار فيعد قابلا للأخذ بالشفعة تبعا للعقار.

كما يشترط أيضا عدم قابلية الشفعة للتجزئة والمقصود به أنه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة فينبغي إستعماله بما لا يلحق الضرر بالمشتري بتفريق الصفقة عليه، بحيث تجب الشفعة في المبيع بأكمله طالما كان يمثل صفقة واحدة²، هذا وقد تجاهل المشرع الجزائري هذا الشرط وترك المسألة لإجتهد القضاة والسلطة التقديرية للقاضي.

ب- نطاق التصرفات التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة: لا تصح الشفعة إلا في حالة بيع العقار، وهذا ما أجمعت عليه القوانين وإتفق حوله الفقهاء، حيث أشار إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني الآنفة الذكر التي عرفت الشفعة في العبارة "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار...."، ونستنتج من هذه المادة أنه

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 481.

² حسن كيره، المرجع السابق، ص 596.

تستبعد كل التصرفات القانونية التي لا تدخل في تكييفها في إطار البيع، هذا وقد عرف
المشرع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني كما يلي "البيع عقد يلتزم
بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

ومن ثمة فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الأخذ بالشفعة في عقد المقايضة لأن
المقابل في عقد المقايضة قيمة الشيء بشيء آخر ومن ثمة فلا يحق للشفيع المطالبة
بالشفعة في مثل هذا التصرف القانوني.

كما إستثنى المشرع الجزائري بعض البيوع من الشفعة بقوة القانون حددتها المادة
798 من القانون المدني على سبيل الحصر كما يلي:

"لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.
- و إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة
الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل العبادة."

ومنه فكل البيوع التي تدخل في خانة البيوع المصنفة في المادة 798 أعلاه لا تصح
فيها الشفعة ولا يجوز للشفيع المطالبة بها.

كما لا تقوتنا الإشارة في نفس السياق إلى شرط يعد بديهي هو أن يكون هذا البيع له
وجود قانوني، حيث أنه لا يفتح المجال للأخذ بالشفعة إلا إذا كان البيع قائماً بحيث لا تصح
الشفعة في الوعد بالبيع، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 130337¹ المؤرخ في
10 جانفي 1995 إذ ورد في القرار ما يلي: "حيث أن قضاة الموضوع إستجابوا لطلب

¹ القرار رقم 130337 المؤرخ في 10/01/1995، م ق، عدد 01، 1995، ص 196، ورد لدى حمدي باشا عمر،
القضاء العقاري"، 2004، ص 181.

الطاعن وقضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع والقضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه في حين أن حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار.

فالمادة 794 من القانون المدني تنص أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا، ولم تنص على الوعد بالبيع. كما أن المادة 807 من نفس القانون نصت على سقوط حق الشفعة، إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع وليس الوعد بالبيع.

كما أن البيع الباطل بطلانا مطلقا لا تصح فيه الشفعة، حيث أن العقد الباطل عقد لا وجود له، والعكس من ذلك العقد القابل للإبطال، فإنه تجوز فيه الأخذ بالشفعة، لأنه عقد قائم وموجود منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله.¹

ج- شروط متعلقة بشخص الشفيع: من البديهي أنه لا تكون الشفعة إلا في حالة وجود الشفيع وهو كل شخص تثبت له رخصة الأخذ بالشفعة، حيث عدت المادة 795 من القانون المدني الجزائري الأشخاص الذين يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة كما يلي: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة،

- للشريك في الشيوخ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،

- لصاحب حق الإنتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

ونستخلص من هذه المادة أن الشفعاء ثلاث أصناف، مالك الرقبة ويكون في المرتبة الأولى ويكون هذا الفرض نادر الحصول ولكن يمكن تصوره في حالة ما إذا رتب مالك العقار حق الإنتفاع على عقاره لشخص آخر، فإذا باع صاحب حق الإنتفاع حقه، كان لمالك الرقبة المطالبة بالشفعة في حق الإنتفاع والحكمة في ذلك هو جمع شتات عناصر

¹- نبيل إبراهيم سعد، "الشفعة علما وعملا"، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص ص 54-55.

الملكية ومن ثمة تعود ملكيته ملكية تامة،¹ يأتي في المرتبة الثانية الشريك في الشروع والحكمة في تقرير الشفعة في هذه الحالة هي منع دخول أجنبي بين الشركاء في العقار الشائع،² فيما ختم المشرع أصناف الشفعاء بصاحب حق الإنتفاع، إذ يأدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى إنقضاء حق الإنتفاع ومن ثم تجميع كل عناصر الملكية بيد من كان له حق الإنتفاع فيصبح مالكا للعقار ملكية تامة.³

كما تجدر الإشارة إلى أنه في حالة وجود شفيع تثبت له الشفعة حسب الشروط والأصناف المذكورة أعلاه، يستوجب القانون إلى جانب ذلك الأهلية القانونية، لأنه بمجرد الأخذ بالشفعة في حكم شراء العقار المشفوع، فإن الشفيع يحل بتصرفه القانوني محل المشتري، لذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف القانوني وليس أهلية الإدارة باعتبار أن الشفعة من أعمال التصرف، وإذا كان الشفيع قاصر فإنه يجوز أن ينوب عنه بالأخذ في الشفعة وليه أو الوصي عنه.⁴

2- إجراءات الأخذ بالشفعة: إن الشفعة على إعتبارها وضع إستثنائي إستلزمت على المشرع أن يخصصها بإجراءات محددة ويربطها بمواعيد صارمة وقصيرة مراعاة منه لوضع المشتري و إرادة البائع، حيث ينبغي على الشفيع إحترامها والتقييد بها وإلا سقط حقه بالشفعة⁵، ومن أجل توضيح هذه الإجراءات القانونية سوف نتطرق لها بأكثر دقة في النقاط التالية:

أ- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة: تتم إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة عن طريق الإنذار الرسمي للشفيع الذي يمثل أول إجراء من إجراءات الشفعة، حيث يتم إحتساب مواعيد الأخذ بالشفعة سواء بإبداء الرغبة أو لتسجيل إعلان الرغبة وفقا لهذا الإنذار، وهذا ما أكدته المادة 799 من القانون المدني الجزائري بقولها "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص ص 598-599.

² حسن كيره، المرجع السابق، ص 540.

³ أحمد خالدي، "الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني"، دار هومه، الجزائر، د س، ص ص 80-81.

⁴ أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص ص 80-81.

⁵ حسن كيره، المرجع السابق، ص 606.

إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن إقتضى الأمر ذلك" ونستخلص من نص هذه المادة أن البائع أو المشتري ملزمان بتقديم إنذار رسمي للشفيع وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 64331¹ المؤرخ في 1990/04/30 الذي ورد فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يظل قائما.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعن الرامية إلى ممارسة حقه في الشفعة يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون".

ونشير إلى أنه في حالة تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة، يستوجب على البائع أو المشتري توجيه الإنذار إلى كل واحد منهم حتى يتسنى للجميع الأخذ بالشفعة كل حسب أحقيتهم بها.

هذا ويجب أن يتضمن الإنذار الرسمي على مجموعة من البيانات تخص العقار المشفوع فيه، والبائع والمشتري وثمان البيع تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 800 من القانون المدني الجزائري²، كما أن إعلان الرغبة يكون هو الآخر في شكل رسمي وإلا كان باطلا وهو ما أكدته المادة 801 من القانون المدني الجزائري بقولها " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا....."

¹ - القرار رقم 64331 المؤرخ في 1990/04/30، م ق، عدد 02، 1991، ص 28، ورد لدى حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري"، المرجع السابق، ص 183.

² - المادة 800 من القانون المدني الجزائري.

وإعلان الرغبة الرسمي يكون بعقد توثيقي خاضع للتسجيل والشهر العقاري فهو الذي تفتتح به إجراءات الأخذ بالشفعة، ويستقل عن رفع دعوى الشفعة بحيث يتم الإجراءين منفصلين،¹ يوجه إعلان الرغبة من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري وفي الآجال المحددة قانونا المتمثلة في ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار، وعليه فإن تأخر الشفيع في الإعلان أو حتى في حالة توجيه الإعلان عن الرغبة إلى أحدهم في الآجال المحددة وتخلفه عن الآجال بالنسبة للأخر يعتبر إعلانه لاغيا ويسقط حقه في الأخذ بالشفعة.

ب- إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق: تنص الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة"، وكما نرى في نص هذه المادة يبين لنا جليا أن المشرع كان حازما خاصة من حيث المواعيد أو الآجال، إذ يجب على الشفيع الذي يعلن رغبته بالأخذ بالشفعة أن يقوم بوضع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في الأجل القانوني المحدد بـ 30 يوما من تاريخ التصريح بالرغبة وقبل رفع دعوى الشفعة تحت طائلة سقوط حقه في الشفعة.

وفيما يتعلق بإيداع الثمن فإنه يقصد به الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، حتى ولو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري أو كان المشتري لم يدفع إلا جزءا منه فقط، ففي كل الأحوال يستوجب على الشفيع دفع الثمن كاملا وجزءا مخالفة ذلك هو سقوط حقه في الشفعة.²

أما فيما يخص المصاريف فيقصد بها رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم إستخراج الشهادات العقارية والتوثيقية، وكذا

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 209 - 210.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 651.

رسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت وشأنها في ذلك شأن إيداع الثمن حيث بتخلفها يسقط حق الشفيع بالأخذ بالشفعة.¹

ج- رفع دعوى الشفعة: تنص المادة 802 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط حقه"، يستشف من مضمون هذه المادة ثلاث عناصر هي أطراف الدعوى وكذلك المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة وإضافة إلى أجل رفعها.

ففيما يخص أطراف الدعوى، فدعوى الشفعة شأنها شأن باقي الدعاوى لها طرفان مدعي ومدعى عليه، أما المدعي في دعوى الشفعة فهو الشفيع تشتط فيه أهلية التصرف كما أشرنا سابقا بحيث يكون كامل الأهلية، وفي حالة كان قاصر أو محجور عليه يرفعها عنه وليه أو وصيه بإذن من المحكمة أو بغير إذن²، أما المدعى عليه في دعوى الشفعة فهو كل من البائع والمشتري، فرفع الدعوى على المشتري وحده أو البائع لا يكفي، إذ لا بد من رفع الدعوى على كلاهما تحت طائلة عدم قبول الدعوى.

تختص المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار بالنظر في دعوى الشفعة المقدمة وهذا ما يسمى بالإختصاص الإقليمي، حيث ترفض الدعوى المتعلقة بالشفعة إذا رفعت في محكمة أخرى يخرج عن دائرة إختصاصها العقار، مع العلم أنه يتوجب رفع الدعوى للقسم العقاري، وهذا ما يسمى بالإختصاص النوعي الذي يعتبر من النظام العام.

أما فيما يخص ميعاد رفع هذه الدعوى فقد وضع المشرع مدة ثلاثين يوما تحسب من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وفي حالة تفويت هذا الأجل المنصوص عليه في المادة 802 ق م ج يسقط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة.

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 225.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 671.

د- **طبيعة الحكم في دعوى الشفعة:** تقضي المادة 803 من القانون المدني الجزائري بأنه: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري" وتنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها، فإذا صدر لصالح الشفيع أعتبر هذا الحكم سندا لملكيته، حيث يعتبر الشفيع مالكا للعقار عن طريق الشفعة من تاريخ صدور الحكم القضائي.

ثالثا/ آثار الشفعة وزوال الحق فيها: لا يترتب على الشفعة آثار إلا إذا تمت وفقا لشروطها وإجراءاتها القانونية السابق ذكرها، بحيث إذا تخلف شرط من الشروط أو أحد الإجراءات يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، أما في حالة الشفعة صحيحة وسليمة قانونيا فإنها تخلف بالتأكيد مجموعة من الآثار تمس العقار المشفوع فيه وكذلك جميع الأطراف، وعليه سنعرض فيمايلي آثار الشفعة ثم زوال الحق في الشفعة أو ما يسمى بمسقطاتها .

1- آثار الشفعة: تنتج عن الأخذ بالشفعة وحلول الشفيع محل المشتري عدة آثار منها ما يتعلق بانتقال ملكية المشفوع فيه، ومنها ما يمس التصرفات الواردة عليه وأخرى تتعلق بالتزامات الأطراف سنعرض إلى كل ذلك فيما يلي:

أ- إنتقال ملكية العقار للشفيع: إن حلول الشفيع محل المشتري يخول له إكتساب الملكية، حيث تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه من بين يدي المشتري الذي إختاره البائع ليتصرف إليه إلى الشفيع الذي منح له القانون رخصة إكتسابه عن طريق الشفعة، ويكون ذلك بواسطة حكم قضائي يصدر في دعوى الشفعة يشهر في المحافظة العقارية، يعد هذا الحكم سندا لملكية الشفيع، إذ تنتقل الملكية إلى الشفيع من تاريخ صدور الحكم القضائي.

ب- التصرفات التي تقع على المشفوع فيه: تصح جميع تصرفات المشتري التي يقوم بها قبل إعلان الشفيع لرغبته من بناء وغراس، ويكون الشفيع ملزما بتعويض نفقات البناء أو الغراس أو أي عمل زاد في قيمة العقار، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 805 من القانون المدني الجزائري بقولها : " إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجار

قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقته أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس"، أما فيما يخص التصرفات التي يقوم بها المشتري بعد إعلان الشفيع رغبتة فهي متوقفة على رغبة الشفيع فإذا أراد طلب إزالتها وإذا شاء تركها ولا يكون ملزماً إلا بتعويض قيمة مواد البناء أو الغراس طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه.

وينطبق على الرهون والإختصاص التي يقوم بها أو يوقعها المشتري نفس الحكم الذي يطبق على الأعمال المادية والإنشاءات حيث لا يمكن الإحتجاج بها ضد الشفيع إذا تمت بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، فيما تبقى جميع الحقوق المترتبة قبل إعلان الرغبة قائمة في مواجهة المشتري ويتم إستفاء حقوقهم حسب الأفضلية من ثمن العقار.

ج- إلتزامات الأطراف: يترتب قيام الشفعة لصالح الشفيع تحويل الحقوق والإلتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع، وذلك يخلق إلتزامات في ذمة كل الأطراف من بائع وشفيع وكذلك المشتري سنتطرق لها على التوالي:

ج1- إلتزامات البائع: يلتزم البائع بتسليم العقار ونقل الملكية إلى الشفيع في حالة ما إذا كان لم يتم التسليم بينه وبين المشتري ويكون هذا الفرض في أخذ الشفعة بالتراضي، ويكون ذلك عن طريق الإقرار بتسليم الشفعة يوقع من المشتري في حالة إذا كان المشتري قد سجل عقده وأشهره، ومن البائع والمشتري والشفيع إذا لم يقم المشتري بتسجيل عقده، يسجل هذا الإقرار ويشهر ويؤشر بمضمونه على هامش عقد البيع، وعلى هامش عقد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، أما إذا كان الأخذ بالشفعة قد تم عن طريق القضاء، فالملكية تنتقل إلى الشفيع عن طريق الحكم الصادر في دعوى الشفعة المسجل والمشهر، ومن هذا الوقت يجوز للشفيع أن يتصرف في العقار المشفوع فيه بأي نوع من أنواع التصرفات باعتباره مالكا له.¹

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 286 - 287.

كما تدخل في إلتزامات البائع ضمان التعرض والإستحقاق للشفيع، ذلك أن من نتائج الحلول إختفاء المشتري وقيام علاقة مباشرة بين الشفيع والبائع، فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشتريا بضمان العيوب الخفية وكذلك ضمان التعرض ويستوي في ذلك أن يكون التعرض صادر منه أي من شخصه أو من الغير، فالبائع يكون ملزما بعدم التعرض للشفيع كيفما كان التعرض ماديا أو قانونا، أما بالنسبة لضمان التعرض الصادر من الغير، فتميز بين التعرض المادي والتعرض القانوني، ففي حالة التعرض المادي لا يكون البائع ملزما بضمان التعرض، فالتعرض الذي يلتزم بضمان البائع هو التعرض القانوني الصادر من الغير، ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا للبيع، أو يكون تاليا له ولكن مستمد من البائع، كما يقوم الإلتزام بضمان تعرض الغير على أساس التنفيذ العيني بأن يجعل البائع الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن إدعائه، فإذا عجز عن التنفيذ العيني بأن فاز الغير بإثبات ما يدعيه قضي له بالحق المدعى به، فقد وجب على البائع أن ينفذ إلتزامه بالضمان عن طرق التعويض، فيعوض البائع الشفيع عن الضرر الذي لحقه بسبب إستحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الإستحقاق.¹

ج2- إلتزامات الشفيع: يترتب عن أخذ الشفيع للعقار عن طريق الشفعة أن يلتزم بدفع ثمن المشفوع فيه للبائع، فإذا ثبت حق الشفعة وتعين مقدار الثمن أصبح الشفيع ملزم بالأداء²، حيث يلتزم الشفيع بإيداع الثمن والمصاريف لدى الموثق في الآجال المحددة، وعند تخلف الشفيع عن تسليم الثمن والمصاريف للبائع يفقد حقه في الأخذ بالشفعة.

أما فيما يتعلق بمدى إستفادة الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري للوفاء بالثمن في الحالتين سواء عن طريق التراضي أو عن طريق التقاضي فقد جرد المشرع الشفيع من ذلك، وخرج عن الأصل المقرر في الحلول، من حلول الشفيع مكان المشتري في جميع حقوقه

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 749.

² - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 331.

والتزاماته¹، إذ أقر أنه لا يحق للشفيع الإنتقاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضى البائع وفقا للمادة 804 من القانون المدني الجزائري²، ومرد هذا الإستثناء في عدم إستفادة الشفيع من الآجل المضروب بين البائع والمشتري للوفاء بالثمن يعود لإعتبارات الثقة فيما بينهم وإطمئنان البائع إتجاه المشتري للوفاء بالثمن، فإذا تحركت الصفقة إلى غيره بطل الإتفاق، غير أنه إذا رضا البائع بتأجيل دفع الشفيع للثمن كان للشفيع أن يسترد من الموثق محرر عقد بعض ما أودعه، متى ثبت أن البائع قد إرتضى إفادته من الأجل³.

ج3- إلتزامات المشتري: يلتزم المشتري إذا كان العقار بيده بتسليمه للشفيع كما تسلمه هو من البائع، أي أن المشتري يقوم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبالمقدار الذي عين له في العقد وبالملحقات التي تتبعه دون ملاحظة أو تأخير، ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث ينتفع بحيازته دون عائق، كما يتم التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة العقار موضوع الشفعة⁴، أما بخصوص مكان التسليم فيتم وفقا للقواعد العامة في المكان الذي يقع به العقار المشفوع⁵.

ولما كان الإلتزام بالتسليم متفرع عن الإلتزام بنقل الملكية، وهو إلتزام بتحقيق غاية فإن المشتري إذا لم يسلم المشفوع إلى الشفيع، حتى لو كان ذلك راجعا إلى سبب أجنبي، يصبح مسؤولا عن ذلك، ومن ثم تكون تبعة الهلاك أو التلف قبل التسليم على عاتقه، وإذا أذّر المشتري الشفيع ليتسلم العقار فإن هلك العقار المشفوع فيه قبل تسلّم الشفيع له، فإن تبعة هلاك هذا العقار تقع على الشفيع لأن التأخر في التسلم يعود له.

2- مسقطات الشفعة: مآل رخصة الشفعة حالتين، إما ثبوت الأخذ بها للشفيع سواء بالتراضي، أو عن طريق حكم قضائي، ومن ثم تحقق كل آثارها السابقة الذكر، وإما سقوط

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 661.

² - المادة 804 من القانون المدني الجزائري.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 292.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص ص 767 - 768.

⁵ - أحمد أباش، المرجع السابق، ص 334.

حق الشفيع في الأخذ بها وزوالها بما لا يغير شيء في المعاملة القائمة بين البائع والمشتري، ولا يترك مجال لتحقيق آثار الشفعة.

هذا وقد نص المشرع الجزائري على مسقطات الشفعة في المادة 807 من القانون المدني بقولها " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

- إذا مرت سنة من تسجيل عقد البيع....."، ومن مضمون هذه المادة نجد أن المشرع وضع حالتين لسقوط الشفعة، إضافة إلى تلك المتعلقة بمخالفة الشفيع لإجراءات و آجال الشفعة السابقة الذكر، و لنعرض هاتين الحالتين على التوالي فيما يلي:

أ- تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة: خلقت الفقرة القائلة بتنازل الشفيع عن حقه ولو قبل البيع إشكالا خاصة فيما يتعلق بنشأة الحق في الأخذ بالشفعة، ذلك أن حق الشفعة لا ينشأ ولو توافر سببه إلا بعد حصول البيع، ومن ثم فإن قبل حدوث البيع لا وجود لأي حق في الشفعة، ووفقا للأصول القانونية المسلمة من عدم النزول عن الحق إلا بعد نشوئه فإن التنازل الذي يسقط الشفعة لا يكون إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه وليس قبله¹.

إن وضع المشرع لمثل هذا السبب لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة كان يستهدف من خلاله التقليل من نظام الشفعة، هذا الأخير الذي يقيد حق الملكية العقارية الفردية، إذ تعد الشفعة قيда على حرية المالك في التعامل، كما يضر أيضا بمصلحة المشتري.

وعلى العموم فإن تنازل الشفيع عن الأخذ بالرخصة، يسقط حقه في كسب العقار عن طريق الشفعة، والتنازل المقصود من نص هذه المادة هو التنازل القانوني هذا الأخير قد يتم بمقابل، وقد يقع من غير مقابل، كما أنه قد يكون تنازلا صريحا عن طريق الكتابة

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص ص 641 - 642.

- الرسمية أو العرفية- أو شفاهيا، وقد يكون التنازل ضمنيا، وفي كل الأحوال يخضع في إثباته للقواعد العامة للإثبات فعلى كل من يتمسك به - بائع أو مشتري- أن يثبت حصوله.¹

كما أنا تنازل الشفيح عن حقه في الأخذ بالشفعة يظل جائزا للشفيح إلى حين إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فلا يكون للشفيح التنازل عن حقه بالشفعة بعد إعلان الرغبة، على إعتبار أن حق الشفعة من الحقوق النهائية الملزمة لمن أصدر الإرادة²، ولكن يمكن أن يسقط حقه فيما بعد بسبب الإخلال بالإجراءات، أو التأخر عن الآجال.

ب- مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع: الحالة الثانية التي وضعها المشرع هي مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وتكون هذه الحالة عندما لا يقوم البائع أو المشتري بتوجيه إنذار للشفيح، ويكون هذا الأخير يجهل بوجود البيع فمنح المشرع أجل سنة تحسب من تاريخ تسجيل العقد للشفيح كي يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة، فإذا مرت سنة من هذا التاريخ سقط حق الشفيح في الأخذ بالشفعة، ولا يمكن للشفيح بأي حال من الأحوال الإحتجاج بعدم علمه ببيع العقار محل الشفعة لأن ميعاد سنة كاف لإعلامه.

الفرع الثاني

قيد الضمانات العينية والحجز العقاري

إن الدين المرتب على مالك العقار قد يقيد حق ملكيته ويجعلها عرضة لترتيب الحقوق أو التأمينات العينية مما يغل يد المالك عن القيام ببعض التصرفات القانونية فيها، كما قد يصل هذا التقييد إلى درجة الحجز على ملكيته العقارية والتنفيذ عليها من خلال بيع عقاره في المزاد العلني، ومن ثم فقدان المالك لعقاره كوفاء بالدين المرتب عليه، ومن أجل التفصيل أكثر في هذا التقييد الإستثنائي الذي يمس الملكية العقارية للمدين، سنعرض فيمايلي الضمانات العينية، ثم نعرض الحجز العقاري.

¹- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 268- 269.

²- حسن كيره، المرجع السابق، ص 645.

أولاً/ الضمانات العينية: خصص المشرع الجزائري لموضوع الضمانات العينية أو التأمينات العينية الكتاب الرابع من القانون المدني، حيث نتناول من خلال هذا الكتاب كل أنواع التأمينات العينية، هذا الأخيرة التي تهدف في مجملها إلى ضمان الوفاء بالإلتزامات، والمدين هنا ملزم بالإستجابة لعنصر المديونية فيؤدي للدائن حقه طوعاً أو جبراً، فإذا نكل المدين إلتزاماته جاز للدائنين بصفة عامة ولأصحاب التأمينات العينية خصوصاً باللجوء للقضاء للتنفيذ على عقارات المدين، وعلى العموم فإن هذه الضمانات العينية وإن كانت تتشابه من حيث الآثار على ملكية المدين فإنها تختلف وتتوعد من حيث طبيعتها، ومن أجل التعمق في الدراسة سنعرض أنواع التأمينات العينية، ثم نعرض آثارها على الملكية العقارية الخاصة للمدين.

1- أنواع التأمينات العينية: ذكر المشرع الجزائري في المواد 882 إلى 1003 من القانون المدني أربعة تأمينات عينية وهي الرهن الرسمي وحق التخصيص، الرهن الحيازي وحق الإمتياز، سنعرض إلى كل تأمين - أو ضمان - على حدى:

أ- الرهن الرسمي: عرف القانون المدني الرهن الرسمي في المادة 882 منه بقولها "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"، يستشف من نص هذه المادة أن الرهن هو ضمان عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي، يخول للدائن إستيفاء دينه، ويلزم المدين بالوفاء بالإلتزام الدائنية، هذا ويعد عقد الرهن من العقود التي إستوجب فيها المشرع الرسمية حيث يحرر لدى موثق ويخضع لإجراءات التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية حتى يكون حجة على الغير، كما أن العبرة في إستيفاء الديون تقرر على أساس أسبقية القيد.

وعلى العموم فإن محل الرهن الرسمي هو العقارات طبقاً لنص المادة 886 من القانون المدني الجزائري التي جاء بها ما يلي: " لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، هذا وتدخل في وصف العقار، العقارات بطبيعتها والعقارات

بالتخصيص، ومن ثم فالعقار بالتخصيص يصلح كمحل للرهن الرسمي طبقاً لأحكام المادة 887 من القانون المدني الجزائري.

كما لا يفوتنا القول أن جوهر الرهن الرسمي هو حق الدائن المرتهن في الأفضلية في إستيفاء دينه من قيمة العقار المرهون، والمقصود بالأفضلية هو حق الدائن في التقدم على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة.¹

ب- حق التخصيص: حق التخصيص هو حق عيني تبعي ينشأ بموجب حكم قضائي وهذا ما أكدته المادة 937 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها ما يلي "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف.....".

هذا ويعرف حق الإختصاص- أو التخصيص- على أنه قدرة الدائن الذي بيده حكم موضوعي نهائي على أخذ أحد عقارات المدين ضمانا للحصول على حقه، بأمر من المحكمة المختصة.²

كما نشير إلى أن حق التخصيص لا يختلف كثيراً مع الحق في الرهن الرسمي فهما يتشابهان في أغلب الأحكام والقواعد فيما عدا المصدر المنشأ لهما، فإذا كان مصدر الحق في الرهن الرسمي هو العقد، فإن مصدر حق التخصيص هو حكم قضائي، وفيما عدا المصدر المنشأ فهما يشتركان حتى في التعريف فيمكن تعريف حق التخصيص على أنه حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار مملوك لمدينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد يكون³،

¹- سمير عبد السيد تناغو، "التأمينات الشخصية والعينية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 125.

²- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، " الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية"، مصر، 2001، ص 345.

³- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 309.

صف إلى كل ما تقدم فإن صاحب حق التخصيص يكتسب نفس الحقوق التي يكتسبها صاحب حق الرهن الرسمي طبقاً للمادة 947 من القانون المدني الجزائري.¹

ج- الرهن الحيازي: عرف القانون المدني الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 منه كما يلي: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفى الدين أو أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالبيين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"، ونستخلص من نص هذه المادة الرهن الحيازي شأنه شأن الرهن الرسمي ينشأ بواسطة عقد، في حين أن محل الرهن الحيازي يختلف عن محل الرهن الرسمي فحسب نص هذه المادة فإن محل الرهن الحيازي هو الشيء، علماً أن تصنيفات الأشياء تنقسم إلى منقولات وعقارات، ومن هنا نجد أن محل الرهن الحيازي قد يرد على منقول، كما قد يرد على عقار، هذا الأخير هو الذي يهم دراستنا، حيث يشترط في الرهن الحيازي الوارد على عقار لنفاده إتجاه الغير، إلى جانب إنتقال حيازة العقار من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، تقييد عقد الرهن الحيازي العقاري، حيث أن الحيازة لا تغني عن القيد كما أن القيد لا يغني عن الحيازة، وتتم عملية وإجراءات التقييد بالنسبة لعقد الرهن الحيازي العقاري بنفس طريقة تقييد الرهن الرسمي وهذا ما نصت عليه المادة 966 من القانون المدني بقولها "..... وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن".

د- حق الإمتياز: عرف المشرع الجزائري حق الإمتياز في المادة 982 من القانون المدني بقولها " الإمتياز أولوية يقررها القانون لدين معين، مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص قانوني" وإذا تمعنا في مضمون هذه المادة نرى أن المشرع أعطى لهذا النوع من الضمانات العينية الأولوية على غيره، فالعبرة في صفة الدين ذاته وليس في صفة الدائن، أي أن لدين أهمية بالغة تبرر إستفائه أولاً، وتجعل من صاحب حق الإمتياز يتقدم

¹ - المادة 947 من القانون المدني الجزائري.

على جميع أصحاب الضمانات العينية الآخرين في الحصول على دينه¹، كما يختلف أيضا حق الإمتياز عن باقي الحقوق العينية الآتفة الذكر من حيث مصدر المنشأ، فهذا الحق لا ينشأ إلا عن طريق نص قانوني، وعلى العموم نجد أن المصدر هو الذي يميز بين مختلف التأمينات العينية المختلفة حيث نجدها جميعا تتفق من حيث الجوهر والغاية²، وكلها تمثل ضمانات لدائن وتفيد بذلك حق ملكية المدين وتلزمه بالوفاء بديونه تحت طائلة التنفيذ الجبري على ممتلكاته.

2- آثار الضمانات العينية على الملكية العقارية للمدين: إضافة إلى الإمتيازات التي منحها القانون لأصحاب التأمينات العينية من حق التقدم والتتبع والأولوية على باقي الدائنين العاديين، وكذلك الحجية الممنوحة لهذه الحقوق في مواجهة الغير، فقد منح القانون أيضا لأصحاب هذه التأمينات حماية خاصة تضمن حقوقهم لدى المدين، تشكل هذا الحماية قيدا على بعض تصرفات المدين من جهة، وإلزاما له بالوفاء بديونهم من جهة أخرى، وهذا ما يجعل حريته في التصرف في عقاره مقيدة إلى حد ما، حيث غل المشرع يد المدين من القيام بأي تصرف يرد على عقاره المثقل بأحد الضمانات العينية بصورة تؤثر على مصلحة الدائنين، وحتى في حال قيام بمثل هذه التصرفات تعتبر غير نافذة إتجاه أصحاب هذه الحقوق حيث تنص المادة 894 من القانون المدني الجزائري على: " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن" وما يسري على صاحب الرهن الرسمي في هذه المادة يسري على أصحاب الضمانات العينية الأخرى، كما أن نص المادة 896 من القانون المدني الجزائري قيد المدين في التصرف في عقاره بالتأجير حيث جاء فيها ما يلي "الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أما إذا لم

¹ رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع اسابق، ص 354.

² سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 380.

يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التتبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن إعتبره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة.....".

كما يفقد المالك المدين حيازة عقاره وتنتقل إلى صاحب حق الرهن الحيازي ولا يستردها إلا بعد الوفاء له بالدين وفي الآجال المحددة.

كما أن أخطر قيد يقع على المالك المدين يعرضه إلى فقدان ملكيته العقارية بشكل جبري، هو إمكانية أصحاب هذه الحقوق وحتى الدائنين العاديين المطالبة بالتنفيذ على أملاك المدين بعد الحصول على سند تنفيذي من المحكمة حيث يتم الحجز على عقار المدين، وبيعها في المزاد العلني هذه النقطة سنفصل فيها في النقاط التالية من بحثنا.

ثانيا/ الحجز العقاري: جعل المشرع الجزائري مرحلة الحجز العقاري هي الحل الأخير لإستيفاء الدائنين لحقوقهم وضمانها، وذلك لما يخلفه هذا الإجراء من خطر على الملكية العقارية للمدين، فالحجز يقيد المالك المدين من التصرف في عقاره بصفة نهائية، كما يعرضه إلى إمكانية نزع ملكيته العقارية جبرا بقوة القانون، هذا ويعرف الحجز بأنه وضع المال تحت يد القضاء سواء كان المال عقارا أو منقولا تمهيدا لبيعه وإستيفاء الدائن لحقه من ثمنه.¹

وعلى العموم ينقسم الحجز العقاري إلى نوعان حجز تحفظي وحجز تنفيذي ولتفصيل أكثر في خصائص ومميزات كل منهما سنعرض نوع على حدى:

1- الحجز التحفظي: يشكل الحجز التحفظي على عقار المدين ضمانا كافيا لحقوق الدائنين لما يتميز به هذا الإجراء القضائي من صرامة وتشدد، وهذا ما سوف نشير إليه من خلال الإحاطة بتعريفه وخصائصه، ومدى أثر في تقييد الملكية العقارية للمدين.

أ- تعريف الحجز التحفظي: عرف المشرع الجزائري الحجز التحفظي في المادة 646 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي: "الحجز التحفظي هو وضع أموال

¹ - حمدي باشا عمر، "طرق التنفيذ"، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 217.

المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن"، يستشف من نص هذه المادة أن إجراء الحجز التحفظي يباشره الدائن عن طريق تقديمه طلبا للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار، لحصول على أمر قضائي على عريضة يسمح بالحجز على عقارات المدين، يتم تقييد الحجز على العقارات في المحافظة العقارية، ويستهدف هذا الإجراء إلى الحفاظ على حقوق الدائنين.¹

ب- خصائص الحجز التحفظي: يتميز الحجز التحفظي على العقار بخصائص تميزه عن غيره من الحجز والمصادرات، بحث إذا أخذنا مصطلح تحفظ المنسوب إلى كلمة تحفظي، نجده يدل دلالة واضحة على أنه إجراء وقائي يراد منه وضع العقارات المحجوزة تحت يد القضاء دون أن يؤدي ذلك أليا إلى البيع، فهو إجراء وقائي يتخذه الدائن لضمان حقه في إستيفاء حقه وإجبار المدين على القيام بالوفاء بدينه²، ومنعه من التهرب أو التصرف في عقاراته بشكل يضر بمصلحة الدائنين.

كما يتميز أيضا هذا الحجز بأنه إجراء مؤقت، أي أن الحجز التحفظي يرفع بمجرد سداد المدين لكامل دينه والمصاريف لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة، وفي حالة عدم الوفاء بالديون يبقى الحجز التنفيذي مؤقتا إلى أن يحصل الدائن على سند تنفيذي³، يستطيع من خلاله الدائن التنفيذ على عقارات مدينه وإستحقاق حقه.

ج- أثر الحجز التحفظي في تقييد الملكية العقارية للمدين: يترتب عن حصول الدائن على الأمر بالحجز التحفظي تنفيذه فورا طبقا لأحكام المادة 659 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم الحجز عن طريق وضع العقار المحجوز تحت يد القضاء وذلك لضمان وقاية وحماية حقوق الدائنين.

¹- ليلي طالبة، المرجع السابق، ص 121.

²- حمدي باشا عمر، "طرق التنفيذ"، المرجع السابق، ص 222.

³- حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 223.

إن القول بوضع العقار المحجوز تحت يد القضاء لا يعني نقل حيازته من المدين، فالعقار يبقى في حوزته ويستفيد من ثماره وهذا ما جاءت به المادة 660 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها "تبقى الأموال المحجوزة تحت يد المحجوز عليه إلى حين الحكم بتثبيت الحجز أو الأمر برفعه، وله أن ينتفع بها إنتفاع الأب الحريص، وأن يمتلك ثمارها مع المحافظة عليها".

هذا وقد منع المشرع المدين من القيام بأي تصرف قانوني من شأنه أن يضر بالدائن الحاجز تحت طائلة تعريضه للعقوبة حيث نصت المادة 661 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "كل تصرف قانوني من المدين في الأموال المحجوزة لا يكون نافذاً، ويترتب على التصرفات القانونية أو الأعمال المادية المضرة بالحاجز، تعرضه للعقوبة المتعلقة بجرائم الأموال المنصوص عليها في قانون العقوبات....."، ويتبين لنا من مضمون هذه المادة أن المالك المدين تغل يده عن القيام بأي تصرف قانوني أو مادي، إلا فيما يخص التأجير المرخص به من رئيس المحكمة، وهذا يمثل تقييد كامل لسلطة التصرف في الملكية العقارية المحجوزة.

2- الحجز التنفيذي على العقار: يعد الحجز التنفيذي على عقار المدين قمة التنفيذ الجبري، ولا يلجأ إليه إلا في حالات خاصة وإستثنائية¹، لما يمثل من خطورة على ملكية المدين حيث يترتب عليه لا محالة فقدانها، إلا أن الضرورة تستدعيه كوسيلة قانونية لضمان إستيفاء الدائنين لحقوقهم، ونظرا لقيمتة وأهميته القانونية سوف نحاول التعمق في دراسته من خلال الإحاطة بتعريفه، وشروطه وآثاره على التوالي فيما يلي:

أ- تعريف الحجز التنفيذي العقاري: هو وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري على أموال المدين، تمكن الدائن من وضع عقارات أو حقوق عينية عقارية مملوكة لمدينه أو لغيره تحت يد القضاء تمهيدا لبيعها بالمزاد العلني وإستيفاء الدائن لحقه من ثمنها².

¹ - بلقاسمي نور الدين، "الحجوز التنفيذية في النظام القانوني الجزائري"، الجزائر، 2006، ص 55.

² - حمدي باشا عمر، "طرق التنفيذ"، المرجع السابق، ص 279.

ب- شروط الحجز التنفيذي على عقار المدين: نظرا للأهمية البالغة التي يوليها المشرع بحق الملكية العقارية الخاصة كان أول شرط قانوني يضعه المشرع على عاتق الدائن الحاجز هو تقديم سند يثبت فيه عدم كفاية منقولات المدين لسداد الدين، حيث لا يجوز إجراء التنفيذ على عقار المدين في غياب هذا السند أو المحضر¹، لكن كإستثناء على هذه القاعدة يجوز لأصحاب الضمانات العينية -التي تطرقنا لها سابقا- الحائزين على سند تنفيذي توقيع الحجز على عقارات المدين مباشرة، حتى في حال كفاية المنقولات وحتى لو إنتقلت ملكيتها إلى الغير.²

ويشترط في الحجز التنفيذي أن يكون المال المحجوز عقارا سواء كان عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص وهو كل منقول رصد لخدمة العقار المحجوز، كما يجوز الحجز على الحقوق العينية العقارية لأن حكمها حكم العقار في التصرفات الناقلة للملكية، كما يوقع الحجز التنفيذي على العقار مفرزا أو مشاعا³.

ج- آثار الحجز التنفيذي على الملكية العقارية الخاصة: بعد إستصدار الأمر بالحجز من المحكمة المختصة يتم تبليغه للمدين ويسجل هذا الأمر ويشهر بالمحافظة العقارية خلال شهر من تبليغه ويصبح منتجا لآثاره⁴ التي تعتبر خطيرة على مالك العقار، حيث يمنح المدين المحجوز عليه من التصرف في عقاره الذي يوضع تحت يد القضاء، حيث لا يجوز له القيام بكل التصرفات الناقلة للملكية، أو إنشاء حقوق عينية عليه، وإلا كان تصرفه قابلا للإبطال⁵، طبقا لأحكام المادة 735 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ عبد الرزاق بوضياف، "أصول التنفيذ والحجز التنفيذي على العقار والمنقول وفقا لقانون 09/08"، دار الهدى، الجزائر، د س، ص 86.

² ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 122.

³ حمدي باشا عمر، "طرق التنفيذ"، المرجع السابق، ص 281.

⁴ ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 122.

⁵ حمدي باشا عمر، "طرق التنفيذ"، المرجع السابق، ص 289.

كما ينتج عن الحجز التنفيذي حبس العقار عن صاحبه، إذ تقيد أيضا سلطة الإستغلال والإستعمال ويمتد الحبس إلى التوابع كالثمار والفوائد وغيرها من الملحقات التي تنتج عن العقار المحجوز ويبقى المالك المدين مجرد حارسا للعقار¹.

بمجرد رسو المزاد يفقد المدين ملكية العقار المحجوز وتنتقل الملكية إلى الراسي عليه المزاد العلني، ويستفي الدائنون حقوقهم من ثم بيع العقار المنفذ عليه.

الفرع الثالث

قيد التعسف في إستعمال الحق

يعرف التعسف عموما بأنه إستعمال الإنسان لحقه بصفة غير مشروعة²، كما يعرف أيضا على أنه: "إستعمال صاحب الحق سلطته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير، بحيث أن الإستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه غير مقبولة"³.

ويستفاد من هذه التعاريف أن فكرة التعسف جاءت لتضع حدا للإستعمال غير المشروع، ومن ثم أثارت هذه الفكرة جدلا واسعا خاصة في ظل وجود أفكار النزعة الفردية التي تتكرر وجودها من الأساس، لما ينتج عن تطبيقها من تقييد للحقوق، ضف إلى ذلك الجانب الرقابي الذي تفرضه على إستعمال الحقوق، لاسيما مع بعث نظرية التعسف في إستعمال الحق التي خصت الحقوق وعلى رأسها حق الملكية العقارية الخاصة بمجموعة من القواعد والضوابط تحدد الإستعمال المشروع⁴، وجعلت شرط حماية وحصانة هذا الحق مقترنة بوجود مصلحة مشروعة، فإذا إنعدمت أو تم إستعمال حق الملكية العقارية الفردية عبثا أو بصورة غير مشروعة ترفع عنه الحماية القانونية وتسقط عنه الحصانة⁵، ذلك أن صاحب

¹ - ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 122.

² - العربي محمد مياذ، المرجع السابق، ص 28.

³ - رمضان أبو السعود، "النظرية العامة للحق"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 361.

⁴ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 137.

⁵ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 61.

العقار لا يملك الحرية المطلقة في ممارسة سلطات الملكية حيث ينتهي حقه عندما يبدأ التعسف.¹

إن فكرة التعسف ترجع في جذورها إلى العصر القديم، فهي ليست وليدة هذا العصر، حيث تطورت مع تطور الحقوق ونمو الفكر عبر الزمن، لتصبح على مفهومها الحديث الذي يمثل قيوداً قانونياً على استعمال الحقوق بصفة عامة وحق الملكية العقارية الفردية خصوصاً. وحرصاً منا على الإلمام بتطور هذه الفكرة، وكذا البحث في المعايير التي يقاس عليها الفعل التعسفي، سوف نفضل في ذلك فيما يلي:

أولاً/ تطور فكرة التعسف في استعمال الحق: مرت فكرة التعسف في استعمال الحق لتتطور على ما هي عليه الآن على عدة مراحل نستطيع أن نلخص أبرزها في ثلاث مراحل تتمثل في: فكرة التعسف في العهد الروماني، التعسف في استعمال الحق بعد نجاح الثورة الفرنسية، فكرة التعسف في العصر الحديث، سنتناولها بأكثر تفصيل في النقاط التالية:

1- فكرة التعسف في العهد الروماني: ثبت وجود فكرة التعسف - إساءة استعمال الحق - في النظم القديمة وتناقلتها هذه النظم وصولاً إلى التشريعات الحديثة، فالبعض كان يعتبر أن تجاوز صاحب الحق في ممارسته لهذا الحق حداً معيناً ينقلب ذلك إلى مخالفة للحق المذكور، حيث قيل عند الرومان "إن أقصى الحق هو الجور بالذات".²

غير أنه ورغم وجود ما يعبر عن فكرة التعسف عند الرومان إلا أنه لم يوجد نص قانوني صريح يفيد ذلك، أي كمنظرة عامة للتعسف في استعمال الحق لأن التشريعات القديمة لم تكن وليدة النظريات، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الحقيقية التي

¹ - Marie-Laure Mathieu-Izorche, Droit Civil, Les Biens, Edition Sirez, 2006, p 86.

² - جورج ن-شدرابي، المرجع السابق، ص 43.

تعرض على الفقهاء، وعليه ففكرة التعسف كانت تتجلى في تطبيقها فيما يخص تحريم تعمد الإضرار بالغير مما يجعلها أقرب إلى مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة.¹

2- فكرة التعسف في استعمال الحق بعد نجاح الثورة الفرنسية: إن الثورة الفرنسية بعد نجاحها إستهدفت تحرير الحقوق والحريات من جميع القيود- كما أسلفنا الذكر- فأعطت لكل الحقوق الصفة المطلقة بما في ذلك حق الملكية، ومكنت المالك من الإستئثار بملكه كما يشاء دون حد أو قيد، فكانت له الحرية التامة في ممارسة سلطاته الثلاث على حق ملكيته العقارية، و هذا من باب الأولوية التي توليها الثورة الفرنسية - القائمة على النزعة الفردية- للأفراد، بإعتبار أن العنصر الأهم في المجتمع هو الفرد، وأن القانون وجد لحماية حقوق الفرد وكفالة إستمتاعه بها على وجه ما يشاء، وبذلك كانت الحقوق الفردية مقدسة ولا سيما حق الملكية العقارية الفردية الذي كان يعتبر أكثر إطلاقا فلا يجوز التنازل عليه لأنه حق طبيعي للفرد بل ويعد الضمان الوحيد لحيته² وعليه ففكرة التعسف خلال هذه الفترة لم يكن معترف بها أساسا.

3- فكرة التعسف في العصر الحديث: إن التحرير المطلق لحق الملكية العقارية الفردية في الثورة الفرنسية، وإعفاء الملاك من المسؤوليات خلق هوة بين أفراد المجتمع بل وحتى بين الملاك أنفسهم، وإختفت المصلحة العامة في ظل طغيان المصالح الخاصة، وهذا ما أثار العديد من الإنتقادات وسبب الكثير من الأزمات، فظهر فكر جديد يدعو للحمة إجتماعية هذا الفكر أعطى لفكرة التعسف دفعا جديدا من خلال بعث نظرية التعسف في استعمال الحق، هذه الأخيرة ظهرت نتيجة التقدم الإجتماعي حيث تطورت الأفكار وأصبح ينظر للحق على أنه منح لخدمة الأفراد تحقيقا لغرض إجتماعي، فالضمير الإجتماعي لم يعد يسمح بإستعمال الحق أي كانت طبيعته بطريقة تنافي حكمته، ومن ثم فالهدف من هذه النظرية هو

¹- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ص 521 - 522 - 525.

²- فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 528.

الحاجة الإجتماعية إلى ترتيب جزاء على إستعمال الحق إستعمالاً سيئاً، فإساءة إستعمال هذا الحق تشكل إخلالاً بالوظيفة الإجتماعية التي أنيطت به.¹

ويعود الفضل في بعث هذه النظرية إلى الفقيه جوسران في كتابه De l'abus de droit الذي نشر عام 1905 ثم أعقبه بكتاب آخر عن روح القوانين ونسبها سنة 1927، توسع بهذا الكتاب في شرح أبعاد وأساس نظريته، حيث يرى هذا العالم أنه من الضروري الحد من حقوق الأفراد أمام الواجبات المفروضة عليهم لأن الحقوق نسبية وكل حق يواجه عنصرين، عنصراً شخصياً ذاتياً، وعنصراً إجتماعياً موضوعياً، كما يرى كذلك بأن المظاهر الذاتية لحق الملكية مهما كان إستثنائاً المالك بحقه، إلا أن هذا الحق يبقى مقيد بخدمة المجتمع، وأن كل مالك يجب أن يوجه إهتمامه في الإنتفاع بحقه بما لا يضر بالمجتمع، فالملكية في نظر جوسران وظيفة إجتماعية، فالملكية وإن كانت تقتصر على المالك إلا أنها لا تقوم إلا إذا قام المالك بإستعمال حقه بما يتفق مع ما خصص له هذا الملك من غرض، وينتج عن هذا أن المالك لا يمكن أن يتمتع بخصائص حق الملكية إلا في حدود التي تعتبر مفيدة له للقيام بوظيفته، فالملكية في نظره نظام وليس حق ولم تعتبر كذلك إلا لغايات إجتماعية.²

وهذه النظرية وجهت لها عدة إنتقادات خاصة فيما يخص إعتبارها لحق الملكية نظام وليس حق، وكذلك قولها بأن حق الملكية مجرد وظيفة إجتماعية يؤديها المالك، إلا أنها ورغم الإنتقادات التي وجهت لها، فإنها إعتمدت في التشريعات الحديثة إبتداءً من مطلع القرن العشرين إلى يومنا هذا، فقد نالت تأييد مجموعة كبيرة من فقهاء القانون خاصة في ظل إتفاق معظم فقهاء القانون حول مسألة تقييد حق الملكية بما تقتضيه العدالة وقواعد الأخلاق.³

¹ - يكن زهدي، "المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة"، ط 01، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، د س، ص 142.

² - يكن زهدي، المرجع نفسه، ص ص 142 - 181.

³ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ص 536 - 543.

إن المشرع الجزائري سار في الإتجاه المساند لأفكار هذه النظرية فيما يخص التعسف مع بعض الإصلاحات فيما يخص طبيعة حق الملكية، فالملكية ليست وظيفة إجتماعية، وإنما هي حق يؤدي وظيفة إجتماعية، وعليه قيد القانون الجزائري المالك بقاعدة عدم التعسف في إستعماله لحق ملكيته العقارية، فالمشرع وإن لم يتوسع في مفهوم التعسف إلا أنه ذكر حالات التعسف أو ما يسمى بمعايير التعسف والتي سوف نتعمق فيها فيما يلي:

ثانيا/ المعايير التي يقاس عليها التعسف: ذكر المشرع الجزائري معايير التعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: " يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

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

ويستفاد من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري إعتد ثلاث معايير لإعتبار الفعل الناشئ عن المالك تعسفاً، وعليه سوف نفصل في كل معيار على حدى في النقاط التالية:

1- قصد الإضرار بالغير: يعد هذا المعيار أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً في الشرائع لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ القدم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في النكاية والإضرار بالغير، ونعني بهذا المعيار أن يكون القصد الوحيد من إستعمال ملكه هو الإضرار بالغير، أي أن يتجه قصد المالك في إستعمال حق ملكيته لإضرار بالغير¹، وعليه فجوهر هذا المعيار هو توافر نية الإضرار بالغير، وتستوي في ذلك النية في الإضرار سواء كانت على نحو إيجابي بتعمد التوجه إلى الإضرار بالغير دون نفع يجنيه صاحب حق الملكية من ذلك

¹- حسن كيره، المرجع السابق، ص 138.

أو على نحو سلبي بالإستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر إثر إستعماله لحق ملكيته.¹

ويستخلص القاضي نية الإضرار المقصود بالغير من إنتفاء كل مصلحة للمالك من إستعمال ملكه، كما لا يغير الوصف التعسفي لهذا الإستعمال ما قد يحققه من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق.²

هذا ويعود عبأ الإثبات للمضرور حيث يجب عليه أن يثبت أن المالك قصد من إستعمال حق ملكيته الإضرار به فحسب، يكون الإثبات بجميع طرق الإثبات المتاحة.³

2- الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير: ويقصد بذلك إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة إبتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ويعتبر معيار مادي ولكن كثيرا ما نجده مقترن بتوافر نية الإضرار بالغير،⁴ وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ - معيار السلوك المألوف للرجل العادي - ذلك أن فكرة إساءة إستعمال الحق لا تتبع من دواعي الشفقة وإنما من إعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب.⁵

3- الحصول على فائدة غير مشروعة: يعتبر هذا المعيار موضوعي فليس للمالك أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حق ملكيته إلى تحقيق مصالح غير مشروعة، لأن من أجل إنتفاء وصف التعسف عن إستعمال حق الملكية لا بد من أن تكون المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها مصلحة ذات قيمة ومشروعة، ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا

¹ - إبراهيم سيد أحمد، "التعسف في إستعمال الحق فقها وقضاء"، ط 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 139.

² - محمد كامل مرسي باشا، "شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 346.

³ - عمرو عيسى الفقي، "الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية"، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 40.

⁴ - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 346-347.

⁵ - عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 41.

بقدر ما تحققه من أغراض ومصالح مشروعة، فالإنحراف عن ذلك وتسخير الحقوق لتحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون،¹ وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون، كما يعتبر فعلاً تعسفياً إذا كان المالك يسعى من وراء إستعمال ملكه إلى تحقيق مصلحة تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.²

وعلى العموم يعتبر معيار الحصول على فائدة غير مشروعة، معيار مرن يوسع من سلطة القاضي في الرقابة على مشروعية المصالح المستهدفة من إستعمال حق الملكية.³

المطلب الثاني

قيود حق الملكية العقارية الخاصة

ترد هذه القيود على العقار مباشرة وليس على عنصر من عناصر الملكية، فهي تثقل العقار بحقوق تمنح للغير وقواعد تحد من منفعة هذا العقار لفائدة الملاك المجاورين.

تنقسم هذه القيود إلى نوعين قيود متعلقة بحقوق الارتفاق، ولما نقول حقوق الارتفاق فنحن نقصد بها الارتفاقات المدنية - حيث نتطرق للارتفاقات الإدارية في المبحث الثاني - التي تتم بين أشخاص القانون الخاص، وقيود تتعلق بالتلاصق في الجوار تنشأ عن الواقعة المادية للتلاصق.

إن هذان النوعان من القيود رغم التشابه بينهما - فكثيراً ما نجد في بعض الكتب جمعها في صنف واحد - إلا أنهما يختلفان من حيث أن حقوق الارتفاق تمثل قيود إستثنائية، أما القيود المتعلقة بالجوار فهي قيود عامة.

ولنعرض فيمايلي قيود حق الارتفاق في فرع أول، وقيود الإلتصاق في فرع ثان.

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 142.

² - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 347.

³ - حسن كيره، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الأول

قيود حق الارتفاق

عرف القانون المدني حق الارتفاق في مادته 867 التي نصت على ما يلي:
"الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يرتب الارتفاق على المال، إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال".

إذا تمعنا في عبارة: "يجعل حدا لمنفعة عقار" في المادة أعلاه، فإننا نجد أن ذلك يعد تعبيراً صريحاً ويدل دلالة كافية على تقييد هذا الحق لمنفعة العقار الذي يرد عليه، ومن ثم فحق الارتفاق يمثل حقاً من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية من جهة وقيداً إستثنائياً على الملكية العقارية الفردية من جهة ثانية، بحيث أن حق الارتفاق يختلف عن باقي القيود والأعباء المفروضة على الملكية بقوة القانون التي تدخل ضمن الإلتزامات العينية وتخرج عن نطاق حقوق الارتفاق.¹

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كل أنواع الارتفاقات على عكس المشرع المصري الذي أوفى كل أنواع حق الارتفاق حظها من الأحكام، ومن ثم يطرح التساؤل حول أنواع حقوق الارتفاق وكذا مدى تقييد هذه الحقوق بصفة عامة لحق الملكية العقارية الفردية، وسنجيب على كل ذلك فيما يلي:

أولاً/ أنواع حق الارتفاق: إتفق فقهاء القانون على جملة من حقوق الارتفاق، هذه الأخيرة خصها المشرعون بأحكام خاصة تنظمها، وعلى رأسهم المشرع المصري الذي تطرق لهذه الأنواع بصورة تفصيلية، وعموماً تقسم هذه الحقوق إلى صنفين قيود متعلقة بالمياه وقيود متعلقة بحق المرور، حيث سنفصل في كل صنف على حدى فيما يلي:

1- القيود المتعلقة بالمياه: في غياب نص قانوني يحدد القيود المتعلقة بالمياه -حقوق إرتفاق المياه- في القانون المدني الجزائري سوف نتطرق إلى هذه القيود حسب ما أقره الفقه

¹ - Claude Renard, Les Droits Réelles Principaux, Paris, 1987, p 205.

على ضوء أحكام القانون المصري، ومن ثم تنقسم القيود المتعلقة بالمياه إلى ثلاث أنواع القيد الناتج عن حق الشرب، القيد الناتج عن قيد المجرى، القيد المتعلق بحق الصرف أو المسيل.

أ- **القيد الناتج عن حق الشرب:** يقصد بهذا القيد حق المالك في أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر، ويعتبر حق الشرب قيد خطير على حق الملكية، رغم أنه عادل بالنظر لحاجة الملاك المجاورين إلى تلك المياه لري أراضيهم.¹

أقر المشرع المصري هذا القيد في المادة 808 من قانونه المدني بقولها: " من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق إستعمالها.

ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد إستوفى حاجته منها....." ويستفاد من نص هذه المادة رغم أن المشرع المصري قد أعطى حق الأولوية في الإستعمال لمالك المسقاة إلا أنه قيد إستثنائه بها فهو مجبر على تمكين غيره من الإنتفاع بالمسقاة.²

ب- **القيد الناتج عن حق المجرى:** يقصد به حق صاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض جاره المياه اللازمة لري الأرض البعيدة عن هذا المورد، ومن ثم فحق المجرى يعد قييدا مقررا على الملكية العقارية الخاصة لمصلحة الغير، حيث خص المشرع المصري هذا القيد بنص قانوني إذ ورد في المادة 809 من القانون المدني ما يلي: "يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه..... بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضا عادلا"³، ورغم التعويض العادل لصاحب

¹- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص 128 - 129.

²- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 65.

³- محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 56.

الأرض التي تمر عليها قناة المياه فإن ذلك لا يغير شيئاً في أن حق المجرى يقيد سلطة إستثمار المالك ويحد من منفعة عقاره.

ج- القيد المتعلق بحق المسيل أو الصرف: يقصد بحق المسيل أو الصرف الحق في تصريف مياه الري الزائدة عن حاجة الأرض الزراعية في مصارف معدة لذلك، ولما كان الصرف مقابلاً تماماً للري فإنه يتخذ في أحكامه الأحكام المتعلقة بحق الشرب أو حق المجرى حسب الحالة، فإذا تم بطريق مباشر، أي بصرف الجار في نفس مصرف المالك المجاور يتخذ أحكام حق الشرب، أما إذا تم بطريق غير مباشر، أي بتمرير المياه عبر أرض المالك عن طريق إنشاء مصرف جديد ففي هذه الحالة تطبق الأحكام الخاصة بالمجرى على حق المسيل أو الصرف.¹

ويترتب على ذلك أن المقرر لصالحه حق المسيل وفقاً لأحكام حق الشرب تترتب عليه مصاريف الإشتراك في صيانة قناة المصرف، أما إذا كان حق المسيل مقرراً وفقاً لأحكام حق المجرى ففي هذه الحالة يلتزم المستفيد من المصرف بدفع تعويض عادل للمالك الأرض التي يمر بها المصرف.

2- القيود المتعلقة بحق المرور: حق المرور من حقوق الإرتفاق المقيدة للملكية تطرق له المشرع - دون غير من الحقوق المذكورة أعلاه- حيث خصه بأحكام تفصيلية تنظمه، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل عن الأهمية البالغة لهذا الحق و أثره في تقييد حق الملكية العقارية الخاصة بإعتباره يتقرر جبراً على إرادة المالك لفائدة الملاك المجاورين المحصورة أراضيهم عن الطريق العام.

وعموماً يطرح التساؤل حول أساس وحكمة تقريره وكذا عن شروط ترتيب هذا الحق، وهذا ما سوف نجيب عليه فيما يلي:

¹- حسن كيره، المرجع السابق، ص 101.

أ- أساس وحكمة تقرير حق المرور: يجد هذا القيد أساسه القانونية في المادة 693 من القانون المدني الجزائري التي جاء في مضمونها ما يلي: "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".

يستفاد من نص هذه المادة أن حق المرور يثبت بقوة القانون لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، ومن ثم يعد حق المرور قيد قانوني على الملكية العقارية التي يرد عليها الممر.

والحكمة من تقرير هذا الحق - القيد - تكمن في أن الفقه القانوني قدر أن منع مالك الأرض المحبوسة من المرور إلى الطريق العام لن يتيسر له إستغلالها، أو لن يتمكن من إستغلالها على الوجه العادي ولهذا فإن الجار مجبر قانونا بالسماح لجاره بالمرور عبر أرضه.¹

هذا وقد أكد الإجتهد القضائي الجزائري للمحكمة العليا ضرورة تقرير حق المرور لمصلحة الأرض المحصورة التي ليس لها ممر إلى الطريق العام في قرارها رقم 50516،² المؤرخ في 1989/03/15 الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر غير كاف 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 للمدعي في الطعن يصله بمنزله وأمروا بغلق الممر بحجة أن المدعي لا يحوز على سند شرعي، فيكونوا بقضائهم كما فعلوا قد أسأؤوا تطبيق القانون".

¹- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 150.

²- القرار رقم 50516 المؤرخ في 1989/03/15، م ق، عدد 01، 1991، ص 61.

ب- شروط تقرير حق المرور: نظرا للحظر الذي يشكله هذا القيد على حق الملكية العقارية الفردية، فإنه لا يتقرر إلا فالحدود التي يسمح بها القانون ولذلك يستلزم الأمر توافر الشروط القانونية التي سنوجزها فيما يلي:

ب-1- الإنحباس عن الطريق العام: ليس لمالك الأرض أن يحصل على مسلك - ممر - على أرض جاره إلا إذا كانت غير متصلة بالطريق العام وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام إذا لم يكن لها إتصال به، أي أن تحيط هذه الأرض بأملاك الغير، تمنعها هذه الأخيرة عن الإتصال بالطريق العام،¹ ولا يشترط أن يكون الإنحباس الذي يؤدي إلى ثبوت حق المرور كلياً، بل يكفي أن يكون جزئياً بمعنى آخر أن يكون هناك ممر إلى الطريق العام لكنه غير كاف للمرور، والعبرة في تقدير كفاية أو عدم كفاية الممر الذي يصل الأرض بالطريق العام تكون بحسب حاجة الأرض للمسلك وقت المطالبة بحق المرور، ويراعى في ذلك طريقة إستعمال الأرض أو إستغلالها، فإذا تغير الإستغلال أو الإستعمال قد يؤثر في وجود حق المرور، فإذا ترتب على تغيير الإستغلال أن أصبح الممر الموجود غير كافي للإستغلال الجديد، تصبح الأرض محبوسة بشكل جزئي ويجوز لمالكيها أن يطالبوا بحق المرور.²

وهذا ما أكده الإجتهد القضائي الجزائري للمحكمة العليا في قرارها رقم 179572³ المؤرخ في 17 مارس 1999 الذي جاء به مايلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك.

¹ - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص ص 399-400.

² - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ص 62-63.

³ - القرار رقم 179572 المؤرخ في 17/03/1999، م ق، عدد 01، 1999، ص 105.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا بأن ملكية الطاعنين غير محصورة لأن لهم ممر عرضه متر واحد، في حين بالرجوع إلى الخبرة المنجزة يتبين أن أرض الطاعنين محصورة وأن الممر الوحيد الموجود بها لا يسمح لهم بإيصال مواد البناء.

وعليه فإن قضاة المجلس برفضهم للدعوى يكونون قد حرّموا المدعين من حق الارتفاق وأساءوا تطبيق القانون".

ب-2- يجب أن لا يكون الإنحباس راجعاً لفعل المالك: إشتراط المشرع الجزائري أن لا يكون الإنحباس راجعاً لفعل المالك، للمطالبة بالحصول على ممر وهذا ما جاء في مضمون المادة 695 فقرة 01 من القانون المدني التي نصت على مايلي: "لا يجوز لمالك الأرض المحصورة والتي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجاً عن إرادته هو.....".

وهو شرط منطقي حيث لا يعقل منح حق المرور للجار إذا كان هو الذي تسبب بفعله في حبس أرضه عن الطريق العام، كأن يقيم مبنى في الجزء الذي يتصل بالطريق العام، وكذلك في حال كان له مسلك على أرض مجاورة أخرى ثم تنازل عنه أو تركه¹، وهذا ما يتفق وقرار المحكمة العليا رقم 33524² المؤرخ في 06 مارس 1985 الذي جاء به مايلي:

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

¹- محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 45.

²- القرار رقم 33524 المؤرخ في 06/03/1985، م ق، عدد 01، 1990، ص 30.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن الطاعن أكد أنه حفر الخندق المتنازع من أجله دون معارضة المطعون ضده قبل بنائه المرآب وبعد بنائه المسكن وأن عدم توفر هذا الأخير على فتحة تؤدي إلى البناء المذكور تكون بالتالي من فعل إرادته.

وبما أن قضاة المجلس لم يتطرقوا لهذه النقطة في عناصر الدعوى لإستخراج طابع الحصر المحتج به ولتطبيق النص القانوني المناسب، واكتفوا بالقضاء بحق الإشتراك في المرور، فإنهم بقضائهم هذا خرّقوا القانون".

ب-3- يجب إختيار الطريق المناسب: يشترط في تحديد الممر الذي يصل الأرض المحبوسة بالطريق العام إختيار أقرب سبيل وأقصر مسافة، كما يستلزم إختيار المكان الأقل ضررا لأننا بصدد قيد على ملك الجار¹ وهذا ما جاءت به المادة 696 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالأمالك المجاورة".

هذا وقد إستقر الإجتهد القضائي للمحكمة العليا على ذلك في قرارها رقم 255985 المؤرخ في 1989/11/15، الذي جاء به ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بأمالك المجاورين.

ولما كان الثابت - 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 الطريق لا تحدث ضررا للجار.

ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم وبقضائهم من جديد برفض طلب الطاعن يكونوا قد خالفوا القانون".

¹- محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 45.

²- القرار رقم 55985 المؤرخ في 1989/11/15، م ق، عدد 01، 1991، ص 27.

ب-4- يجب على المستفيد من حق المرور دفع التعويض المناسب: لا يتم الحصول على حق المرور بصورة مجانية بل يشترط لتمام ذلك تعويض مالك الأرض عن الأضرار التي تلحق أرضه نتيجة تقرير هذا الحق طبقاً لأحكام المادة 693 من القانون المدني الجزائري - أنفة الذكر- ويتم تقدير التعويض عن طريق الإتفاق بين الأطراف فإذا تعذر ذلك يمكن اللجوء للقضاء من أجل تقدير ذلك، وعلى العموم يمكن أن يستحق التعويض دفعة واحدة وكما يمكن الإتفاق على دفعه على أقساط وهذا ما جاء في المادة 701 من القانون المدني الجزائري بقولها: " إذا إستحق صاحب العقار المرتفق به تعويضاً، فإنه يمكن أن يحتوي ذلك التعويض على مبلغ مالي يسدد دفعة واحدة، أو على أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم من إستعمال الممر".

ثانياً/ مدى تقييد حق الإرتفاق لملكية صاحب العقار المرتفق به: قيد المشرع العقار المرتفق به بحق عيني يثقله يتمثل في حق الإرتفاق كما قيد مالكة بالتزامات أثرت على حرية إستثماره بهذا العقار، فبعد أن كان المالك يستحوذ على هذا العقار بطريقة إنفرادية، أصبح بعد تقرير حق الإرتفاق ملزماً بالتنازل عن جزء أو موقع من هذا العقار من أجل إقامة إرتفاق معين لصالح الغير مقابل تعويض، فيصبح الغير ينتفع مع المالك في عقاره، إن هذا لا يعني فقدان المالك لعقاره المرتفق به، فملكية العقار المرتفق به لا تنتقل لصاحب حق الإرتفاق، بل تبقى في حوزة مالك العقار المرتفق به يباشر على هذا الحق سلطاته، إلا أن القانون وضع إلتزامات على عاتق المالك يستوجب عليه آدائها، والأصل أن تكون هذه الإلتزامات سلبية لكن أورد القانون إستثناءات تكون فيها إلتزامات مالك العقار المرتفق به إيجابية، سنتطرق إلى كلاهما فيما يلي:

1- الإلتزامات السلبية: بما أن حق الإرتفاق قيد يرد على عقار وليس على المالك، كما يتقرر لخدمة عقار آخر وليس لصالح مالك العقار المرتفق، وعليه فهذه الإلتزامات السلبية ليست لها علاقة بمضمون حق الإرتفاق وإنما هذه الإلتزامات تعتبر إلتزامات تابعة لهذا المضمون، تطرق لها المشرع الجزائري في المادة 875 من القانون المدني التي جاء فيها

ما يلي: " لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الإنقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاقاً، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل الموضوع المعين أصلاً لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر....."، وإذا تمعنا مع الفقرة الأولى من هذه المادة نجد أن الإلتزامات التي كلف بها القانون مالك العقار المرتفق به هي إلتزامات سلبية محضة، فعلى مالك العقار المرتفق به الإمتناع عن أي عمل يؤدي إلى الإنقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو يجعله أكثر مشقة فإذا كان الإرتفاق حق مرور فلا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو يغرّس فيه الأشجار مما يعيق المرور في المسلك، أو يجعل المرور أكثر مشقة، وإذا كان الإرتفاق حق مجرى فليس لمالك العقار المرتفق به أن يعرقل وصول المياه للعقار المجاور.¹

كما ألزم المشرع الجزائري كذلك مالك العقار المرتفق به بعدم تغيير الوضع القائم أو يبدل الموضوع المعين أصلاً للإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر من تلقاء نفسه، أو بإرادته المنفردة، فذلك لا يكون إلا إذا توافرت شروطه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 875 - السابقة الذكر - بقولها "غير أنه إذا كان الموضوع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو على عقار آخر يملكه أجنبي إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذا متى كان إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق".

إن إخلال المالك بالإلتزامات القانونية المذكورة آنفاً يعد مخالفة يترتب عليها جزاء، ويتمثل الجزاء عموماً إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إرتكاب مالك العقار المرتفق به للمخالفة، كما قد يكون التعويض إذا إقتضى الأمر ذلك، هذا ويرجع تقدير ذلك للقاضي فهو

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "طرق اكتساب الملكية"، المرجع السابق، ص 1382.

الذي يبيث في موضوع المخالفة ويفصل في وجود الإخلال بالإلتزامات من عدمه، كما يقرر الجزء حسب الحالة وحسب ما يراه مناسب.¹

2- الإلتزامات الإيجابية: تعد الإلتزامات الإيجابية لمالك العقار المرتفق به إستثناءات عن القاعدة المذكورة آنفا، تطرق لها المشرع في الفقرة 02 من المادة 874 من القانون المدني بقولها "إذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته جاز له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق".

ويستفاد من نص هذه الفقرة أن التكليف يتحمل ومساهمة مالك العقار المرتفق به في النفقات يستمد مصدر من الإلتفاق وليس تكليف قانوني، أجاز له القانون التخلص منه بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق.

كما تطرق المشرع للإلتزام آخر يقع على عاتق مالك العقار المرتفق به، في الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي جاء بها مايلي "وإذا كانت المنشآت نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين بنسبة ما يعود على كل منهما من الفائدة" وهذه الفقرة تلزم المالك بمشاركة المستفيد من حق الإرتفاق في نفقات الصيانة إذا كان محل حق الإرتفاق يعود بالمنفعة على الطرفين ومثال ذلك عندما يكون الإرتفاق حق مرور مخصص للمستفيد من هذا الحق، في حين يشترك صاحب العقار المرتفق به في إستعمال والإنتفاع بالممر، ومن ثم تكون الفائدة مشتركة بينهما، مما يستوجب على مالك العقار المرتفق به المشاركة في مصاريف الصيانة، وعلى العموم فإن المساهمة في نفقات الصيانة لا يمكن التخلص منها بالتخلي عن العقار المرتفق به كما جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة - الآنفه الذكر - لأنها غير متعلقة بالإلتفاق وإنما ناتجة عن الإنتفاع بمحل حق الإرتفاق.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع السابق، ص 1374.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، "أسباب كسب الملكية"، المرجع نفسه، ص 1376-1377.

كما ألزمت المادة 873 من القانون المدني الجزائري مالك العقار المرتفق به أن يقوم بعمل إضافي حيث نصت على ما يلي: " لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها استعمال الإرتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك"، ويستفاد من نص هذه المادة أن صاحب العقار المرتفق به يلتزم بعمل ثانوي لا يكون هو أصل مضمون الإرتفاق، بل يكون عملا إضافيا تابعا له، ويقتضي استعمال الإرتفاق على الوجه المألوف فيجوز أن يتعهد مالك العقار المرتفق به بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه حق الإرتفاق بالمرور وينتقل هذا الإلتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه في العقار.¹

الفرع الثاني

قيود الإلتصاق

وضع المشرع الجزائري قيود على التلاصق في الجوار ضمانا منه لحماية عقارات الملاك المتجاورين، خاصة في ظل وجود نزاعات عديدة تصب حول التجاوزات الناتجة عن التلاصق في الجوار، و حرصا منه على تنظيم الملكيات المتلاصقة خصها بعدة قيود تشكل جانب وقائي لنشأة النزاعات وذلك التحديد المضبوط للملكيات وترك مسافات لازمة وملائمة للبناء بين العقارات المتجاورة، و محاولة منا للتعلمق في هذه القيود سوف نعرض فيمايلي القيود المتعلقة بالحدود أولا، والقيود المتعلقة بالمسافات ثانيا.

أولا/ القيود المتعلقة بالحدود: تنقسم هذه القيود بدورها إلى قسمين منها ما يخص وضع الحدود بين الملكيات المتلاصقة و منها ما يخص الحائط الفاصل وعليه سوف نتطرق إلى كلاهما على التوالي فيما يلي:

1- وضع الحدود: نص المشرع الجزائري على ضرورة وضع الحدود بين الملكيات المتلاصقة سعيا منه لتعيين الدقيق للملكيات، حيث جاء في المادة 703 من القانون المدني

¹- زيدان محمد، "حق الإرتفاق في القانون الجزائري"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 80.

ما يلي: " لكل مالك أن يجبر جاره على وضع الحدود لأملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"، ويلاحظ من مضمون هذه المادة أن تعيين الحدود يكون طواعية - بطريقة رضائية- بين المالكين المتجاورين وفي حالة رفض أحدهما ذلك، خول القانون لكل مالك أن يجبر جاره على وضع الحدود لأملاكهما المتلاصقة حتى يتسنى فصل ملكية الجارين عن بعض، ويتم تعيين الحدود عن طريق وضع علامات مادية ظاهرة تبين حدود كل منهما، كوضع فواصل الطوب أو قضبان الحديد أو أي علامة أخرى تقي بالغرض.¹

وعلى العموم يكون إجبار المالك بوضع الحدود على جاره في حالة فشل الإتفاق بالتراضي على ذلك، حيث يخول القانون للمالك رفع دعوى وضع الحدود - أو دعوى تعيين الحدود-، ومن ثم يكون التعيين بطريقة قضائية يجبر فيها المالك المجاور على وضع الحدود، حيث يقوم القاضي بتعيين الحدود طبقا لمستندات كلا الطرفين²، وتكون نفقات التعيين مشتركة بين المالكين المتجاورين.

2- الحائط الفاصل: خص المشرع الجزائري الحائط الفاصل بين العقارات المتلاصقة بأحكام خاصة تنظمه، سواء كان هذا الحائط مشتركا أو مملوك لجار واحد، رغم أنه لم يجعل الحائط الفاصل أمر إجباري بل تركه إختياري للمالكين المتلاصقين وهذا ما نصت عليه المادة 708 من القانون المدني " ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697....".

غير أنه يجوز لكل مالك أن يحيط ملكه بحائط خاص به، أو الإشتراك في إقامة حائط مشترك بين المالكين المجاورين، وفي حال إقامة حائط مشترك فإن إستعماله يكون مشتركا أيضا بين الطرفين، ويكون الإستعمال وفقا للغرض الذي أعد له، ودون تجاوز الحد المقرر في الإستعمال حيث تنص المادة 704 من القانون المدني " لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقتة".

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 50.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 159.

فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه" ومن ثم فالمشرع جعل نفقات الصيانة وترميم الحائط على عاتق كلا المالكين.

واصل المشرع في تحديد طريقة استعمال الحائط المشترك وتطرق إلى قيد آخر يتعلق بتعليه الحائط المشترك، حيث أجاز لكل من له مصلحة في التعليه بأن يعليه شرط أن لا يسبب لشريكه ضررا بليغا وفقا للمادة 705 من القانون المدني الجزائري التي جاء بها فيما يلي: " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليه الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعليه وصيانة الجزء المعلى وأن يقوم بالأعمال اللازمة بجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعليه دون أن يفقد شيئا من متانته.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعليه فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الإستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعليه حق في التعويض".

وعليه فإن المشرع قد رتب على عاتق الراغب في التعليه تكاليف ونفقات التعليه دون أن يلزم شريكه بذلك.

وعلى العموم أخذ الإجتهد القضائي للمحكمة العليا فيما يخص القيود المتعلقة باستعمال الحائط المشترك المذكورة في المادتين 704 و 705 - المشار إليهما أعلاه- حيث جاء في قرارها رقم 338735¹ الصادر بتاريخ 2006/03/15 الذي جاء فيه ما يلي: " حيث أن القرار المطعون فيه والتي تكفي لإعطاء القرار المنتقد أساسه القانوني من حيث أن الحكم الإبتدائي جاء معتمدا على عناصر تقرير الخبرة وما يحتوي عليه من معاينات مادية وتقنية و ذلك دون التطرق إلى المسائل القانونية و خص القضاة إلى أن النزاع المطروح يتعلق بالجدار الفاصل بين ملكيتي الطرفين والذي إعتبره القضاة مشتركا ولذا فإن المادتين 704 و 705 من ق.م تحددان كيفية استعمال الحائط المشترك من طرف الملاك مثل تعليه

¹ - القرار رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص 429.

أو إسناد السقف عليه دون إلحاق أي ضرر بشريكه إلا أنه لا يجوز للمالك القيام بفتوحات في الحائط المشترك أو الإنتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته وبالتالي لا يمكن للطاعنين التمسك بالمادة 827 من ق.م والأولية في إنجاز الفتوحات ما دام أنها غير مشروعة ومخالفة للمادتين المذكورتين أعلاه وعليه فإن الوجهين غير مبررين والطعن بالنقض جاء غير مؤسس ويتعين رفضه مع تحميل الطاعنين المصاريف القضائية".

أما فيما يخص الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين فأجاز المشرع لهذا المالك إستعماله والتصرف به بشرط أن لا يهدمه بدون عذر قانوني، وهذا ما جاء في مضمون الفقرة 02 من المادة 708 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط".

ونجد أن المشرع قد قيد حرية المالك في هدم الحائط الفاصل المملوك له من باب منع التعسف أو ما يسمى بقاعدة عدم التعسف في إستعمال حق ملكيته للحائط الفاصل - هذا وقد أشرنا للتعسف بالتفصيل سابقا-.

ثانيا/ القيود المتعلقة بالمسافات: رغم أن المشرع منح كل صاحب ملكية عقارية حق البناء عليها إذا كانت هذه الملكية تدخل ضمن الأراضي القابلة للتعمير، إلا أن الحياة الخاصة حرية مضمونة دستوريا لكل مالك مما يحتم ضرورة إحترامها ومن ثم تحتم على المشرع وضع قيد على إقامة المنشآت فيها خاصة بين الملاك المتجاورين والمتلاصقة عقاراتهم، حيث إستوجب على كل مالك منهما ضرورة ترك مسافة معينة عند عملية البناء فيما يخص المطلات والمناورة، والتي سنتطرق إلى كل قيد منهما على حدى فيما يلي:

1- قيد المطل: يقصد بالمطل كل نوع من أنواع الفتحات التي غرضها التمكين من النظر والإطلاع على خارج البناء المفتوحة فيه، مثل النوافذ والأبراج والشرفات،¹ وقد قيد المشرع الجزائري المالك في فتح مطلات على إختلاف أنواعها بضرورة ترك مسافة معينة عن حدود

¹ - حسن كيره، المرجع السابق، ص114.

ملكيتة، حيث نصت المادة 709 من القانون المدني على: " لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من النتوء.

وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك على مسافة تقل عن مترين، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل".

ويستفاد من هذه المادة أن المشرع تكلم على ترك مسافة مترين لإقامة أي مطل على الجار المتلاصق معه وهذا فيما يخص المطلات المستقيمة، أما المطلات المنحرفة فقيدها بستين سنتيمترا من حرف المطل حسب مضمون المادة 710 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها ما يلي: "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".

أما فيما يخص طبيعة هذه المطلات المفروضة على مسافة معينة قانونا فهي لا تعد حقوق إرتفاق، وإنما تعد قيود على حق ملكية صاحب المبنى،¹ تحد من نطاق الملكية العقارية الفردية.

وفي حال قيام المالك بفتح مطل دون التقيد بالمسافة القانونية المقررة، جاز الاعتراض عليها وذلك بطلب إزالتها ولو لم يصبه ضرر من جراء فتح المطل،² هذا وقد أكد الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا ذلك في قرارها رقم 33909،³ المؤرخ في 1985/05/29 الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للجار أن يكون على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، ومن ثم فإن النعي على المطعون فيه

¹ - محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 447.

² - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 91.

³ - القرار رقم 33909 الصادر في 1985/05/29، م ق، عدد 04، 1992، ص 22.

بخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الخبير أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجهة لجاره تقل على مترين، فإن قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن عن فتح النوافذ المطلة على جاره طبقوا صحيح القانون".

2- القيد المتعلق بالمناور: يقصد بالمناور الفتحات التي تسمح بمرور الهواء والضوء دون النظر من خلالها إلى عقار المالك المجاور، لإرتفاعها عن قامة الإنسان العادية مثل هذه الفتحات لا تمثل أدى للجار، ومن ثم يجوز فتحها دون التقيد بمسافة معينة،¹ وهذا ما أكدته المادة 711 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، التي تقوم من إرتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور"، ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع لم يقيد المالك فيما يخص المناور بمسافة، غير أنه قيده بالعلو فعلى المالك أن يقيم المناور على إرتفاع مترين فما فوق وأن يخصصها فعلا لمرور الهواء ونفاذ النور، وأن لا تخالف الغرض الذي أنشأت من أجله.

لذلك فإذا أساء الجار استخدام المناور المفتوحة على جاره، كما لو إعتاد أن يعتلي أو أن يتسلق سلالم أو أشياء ليطل على جاره، مما ينتج عنه من سوء إحترام لعلاقة الجوار، فيجوز للجار المتضرر من تصرفات هذا الجار المطالبة بسد المناور، وذلك لتقادي إستعمالها في غير الغرض الذي أعدت له.

وعلى العموم يختلف حكم التقييد بالنسبة للمناور عن التقييد الذي يفرض على المطلات فتقييد المناور يخضع للأحكام العامة المتعلقة بالتعسف في إستعمال حق الملكية أي مالك المناور يسأل عن المخالفة التي يقوم بها حتى ولو تقيد في البناء بالإرتفاع القانوني.²

¹- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص143.

²- محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص93.

المبحث الثاني

قيود حق الملكية العقارية الخاصة مراعاة للمصلحة العامة

القيود الإدارية هي القيود التي تفرض لأجل تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، يخول القانون صلاحية ممارستها للمصالح الإدارية - الدولة والجماعات المحلية - وهي قيود متنوعة وكثيرة ويعود هذا التنوع إلى توسع مفهوم المصلحة العامة وكذلك تطور الأهداف وتزايد الحاجات الإجتماعية.

وعلى العكس من القيود المدنية - المذكورة آنفا- والتي تجد أساسها التشريعي في القانون الخاص، فإن هذه القيود تستمد أساسها القانوني من عدة أحكام وردت في نصوص قانونية متفرقة، تصنف في معظمها في القانون العام، ويعود سبب تثارها في عدة نصوص قانونية لغياب تقنين إداري يلم بالقواعد الإدارية عموما وبالقيود الإدارية خصوصا.

هذا ونستطيع تقسيم هذه القيود حسب الغرض الذي فرضت لأجله إلى نوعين، قيود مفروضة لغرض توفير الوعاء العقاري، حيث تسعى الدولة من خلال مثل هذه القيود إلى توفير الأساس العقاري الذي يسمح لها بإنجاز مشاريع ومرافق عامة وتحقيق الأهداف الإجتماعية المسطرة، وقيود مقررّة لغرض تنظيمي وحمائي تهدف الدولة من خلالها إلى تنظيم إستغلال مختلف العقارات وحماية بعض القطاعات الحساسة.

ولنعرض فيمايلي قيود توفير الوعاء العقاري في مطلب أول، والقيود التنظيمية والحماية في مطلب ثان.

المطلب الأول

قيود توفير الوعاء العقاري

خول المشرع للدولة والجماعات المحلية عدة آليات لتوفير الوعاء العقاري من أجل إقامة مشاريعها، حيث تمثل هذه الآليات من جهة طرقا لإكتساب الملكية العقارية في القانون العام، ومن جهة ثانية تعد قيود على حق الملكية العقارية الخاصة، هذا وتشترك هذه القيود

فيما بينها في كونها تتم جبرا عن المالك بحيث تنتقل الملكية أو منفعة العقار من الأفراد إلى الإدارة إما بصفة دائمة وذلك لما نكون بصدد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وكذا الشفعة الإدارية والتأميم، أو بصورة مؤقتة كما في الإستيلاء المؤقت.

وإذا كانت هذه القيود تشترك من حيث بعض الأهداف والغرض التي وجدت من أجله إلا أنها تختلف من حيث مصدرها الشرعي وكذلك إجراءاتها وطبيعتها، وبناء على ذلك سوف نتناول هذه القيود بصورة مفصلة، بحيث نتطرق إلى كل قيد على حدى بما يضمن تحديد نقاط الاختلاف والتشابه فيما بينهم.

ولنعرض فيما يلي نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في فرع أول، والشفعة الإدارية في فرع ثان، والتأميم في فرع ثالث، و الإستيلاء في فرع رابع.

الفرع الأول

نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية

ورد في تعريف نزع الملكية عدة تعاريف فقهية وقانونية تتقارب في معناها، حيث عرفها عبد الحكيم فودة كما يلي: "نزع الملكية من الناحية القانونية هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه، للمنفعة العامة أو لتحسين الخدمات مقابل تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الحرمان".¹

كما لا يختلف التعريف كثيرا فالفقه الفرنسي حيث عرف الأستاذ André De Laubadère نزع الملكية من أجل المنفعة العامة كما يلي: "هي عملية إدارية بموجبها تجبر الإدارة شخصا على التنازل لها عن ملكيته العقارية لغرض المنفعة العامة وبتعويض عادل ومسبق".²

¹ - لدعش رحيمة، "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، ط 01، مطبعة رويغي، الجزائر، 2011، ص 11.

² - André De Laubadère, Traite élémentaire de droit Administratif, 4ème éd, Imprimerie, paris, 1967, p209.

أما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 02 من القانون 11/91¹ المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل والمتمم، حيث جاء في مضمونها ما يلي: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك وحقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى إنتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.

وزيادة على ذلك، لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذها لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية، والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية".

ويستفاد من مضمون هذه المادة أن المشرع عرف نزع الملكية عن طريق ذكر خصائصها التي تتميز بها وأشار إلى شروطها أو مبررات اللجوء لها، أما المواد التي تليها فقد تطرقت للإجراءات الواجب إتباعها خلال نزع الملكية، ومن ثم فتقسيم دراستنا لهذا الفرع سيتخذ التسلسل التالي، حيث سنعرض فيمايلي خصائص نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أولا، مبررات لجوء الإدارة لنزع الملكية ثانيا، إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ثالثا .

أولا/ خصائص نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية: يتميز قيد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بخاصتين أنه طريقة إستثنائية لإكتساب الأملاك، وأنه طريقة جبرية تقيد المالك، وعليه سوف نعرض إلى كل واحدة من هذه الخصائص على حدى فيما يلي:

1- نزع الملكية طريقة إستثنائية: تستمد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طبيعتها الإستثنائية من الخطورة التي يشكلها هذا الإجراء على الملكية العقارية للأفراد²، فرغم أنه حق مشروع للإدارة ينص عليه الدستور وترخص به القوانين إلا أنه يمنع على الإدارة اللجوء إليه قبل إستنفاد الطرق العادية لإكتساب الأملاك، وبعبارة أخرى يجب على الإدارة أن تحاول

¹ القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر، عدد 21، الصادرة بتاريخ 08 ماي 1991.

² لدعش رحيمة، المرجع السابق، ص12.

الحصول على الأملاك والحقوق العقارية بطريقة رضائية وتتفاوض مع الملاك المعنيين، ولا تلجأ إلى هذه الآلية إلا بعد التأكد من عدم وجود حلول أو بدائل أخرى للوصول إلى تلك المنفعة العمومية المراد تحقيقها، حيث لا ينبغي أن يتم هذا الإجراء الإستثنائي إلا في أضيق الحدود وكأخر حل فعلي.¹

وهذا ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي 93-186² المتضمن كفايات تطبيق القانون 11/91 حيث جاءت في فقرتها الأولى ما يلي: " يخضع تطبيق الإجراء الخاص بنزع الملكية لتكوين المستفيد ملفا قبل ذلك يشمل ما يلي: تقريراً يسوغ اللجوء إلى إجراء نزع الملكية ويبرز النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الإقتناء بالتراضي". وتجدر الإشارة إلى أن شرط التقرير المذكور أعلاه من النظام العام، لا يجوز للإدارة تجاوزه أو إغفاله، حيث يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.³

2- نزع الملكية إجراء جبري: يعتمد إجراء نزع الملكية على إمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، لما يترتب عن ذلك من مساس بالملكية العقارية للأفراد، لذلك يجب إخضاع هذا الإجراء لقواعد قانونية يحددها كل من الدستور والقانون قصد حماية ممتلكات الأفراد ضد التصرفات غير الشرعية وكذا في حال سوء إستعمال أو الإنحراف بالسلطة، ونشير إلى أن القانون الفرنسي في ظل أمر 1958 الذي كان يجرى به العمل في الجزائر قسم إجراء نزع الملكية إلى مرحلتين: مرحلة إدارية ومرحلة قضائية، فالقاضي بناء على هذا الأمر هو الذي يأمر بنزع الملكية بموجب أمر قضائي، أما في القوانين السارية المفعول الآن في الجزائر، فالقاضي ليس له صلاحية التدخل إلا إذا رفعت أمامه دعوى من طرف المتنازعين الشيء الذي يقلل من دوره في حماية الملكية العقارية الخاصة.⁴

¹ موسى بودهان، "النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 05.

² المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993، المتضمن كفايات تطبيق القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر، عدد 51، الصادرة بتاريخ 01 أوت 1993.

³ ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 104.

⁴ أحمد رحمانى، "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، 1993، ص 81.

وعلى العموم صفة الجبر المنوطة بهذا الإجراء أملتھا الطبيعة العملية التي قد تثير نزاعات غير جوهرية، مثل إعتقاد الفرد بظلم القانون له، أو تفكيره بأن الإدارة قد تجاوزت السلطة معه، لذلك أصبح المشرع صفة الإمتثال لإجراءات النزاع آخذ بعين الإعتبار الأهداف والغاية وليس والوسيلة لأن المقابل والتعويض حق قانوني للأفراد.¹

ثانيا/ مبررات لجوء الإدارة لنزع الملكية: إذا كان نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية قيد قانوني على حق الملكية العقارية الفردية من باب أن المصلحة العامة تعلق كل مصلحة خاصة، فإن المبدأ ينص على حماية حقوق الأفراد فلا يجوز التضحية بالمصلحة الخاصة ولو في سبيل المصلحة العامة إلا في حدود ضيقة وشرعية²، لذلك إستوجب المشرع على الإدارة ضرورة ربط إجراء نزع الملكية بالمنفعة العمومية كمبرر شرعي للتدخل والمساس بممتلكات الأفراد، هذا ويختلف المنظور حول فكرة المنفعة العمومية ونطاقها لدى فقهاء القانون، فمنهم من يحصرها في معناها الضيق ومنهم من يوسع نطاقها، لذلك سوف نعرض من خلال دراستنا إلى فكرة المنفعة العامة وتطورها، ثم نتطرق إلى نطاق المنفعة العمومية في التشريع الجزائري.

1- فكرة المنفعة العامة وتطورها: يتفق معظم فقهاء القانون حول أن المنفعة العمومية هي المبرر الوحيد للمساس بممتلكات الأفراد، فلا يجوز بأي شكل من الأشكال نزع الملكية العقارية للأفراد لغرض آخر غير تحقيق المنفعة العامة، إلا أن هناك تباين كبير في وجهات النظر فيما يخص تعريف المنفعة العامة حيث عجز الفقهاء على إيجاد تعريف موحد لها.

¹ - لدعش رحيمة، المرجع السابق، ص13.

² - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص219.

ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن المنفعة العامة ليست مفهوما شكليا له علاقة بتعريف محدد قانونا، لكنه مفهوم مادي له علاقة بمحتوى النشاط والأهداف المقررة، مما أضفى على المنفعة العامة مرونة كبيرة نظرا لقابليتها للتطور.¹

أما نطاق المنفعة العامة في ظل الفلسفة الليبرالية فيختلف عنه في ظل الفلسفة التدخلية، حيث أن المنفعة العامة من منظور الفكر الليبرالي كانت تقوم على التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فكان القضاء لا يعتبر العملية ذات منفعة عامة إلا إذا كان هناك توازن بين الموانع والمنافع، إذ يتأسس بطلان نزع الملكية في حال عدم وجود توازن بين المنافع والأضرار المترتبة عن هذا الإجراء الإداري، ثم تطور هذا النطاق لتصبح المنفعة العامة تبنى على أساس الدور الإقتصادي الذي تلعبه الدولة، وهذا ما وسع من سلطات الدولة في التدخل والتعسف أحيانا في إتخاذ إجراء نزع الملكية.²

حاول مجلس الدولة الفرنسي حصر نطاق المنفعة العامة من خلال وضع نظريات تحد من فكرة المنفعة العامة، ولعل أهمها نظرية السبب الدافع التي يقصد بها ذلك السبب الذي يدفع الإدارة إلى حرمان فرد من ملكيته العقارية في سبيل تحقيق المنفعة العمومية، ويشترط في هذا السبب أن يكون محددًا واضحًا ومتميزًا عن غيره من الأسباب التي قد تتطلبها المنفعة العمومية، وعليه يخضع قرار نزع الملكية لرقابة القاضي الذي يتقحص مشروعية الإجراء ويتأكد من وجود منفعة عمومية حقيقية، فإذا كان نزع الملكية يهدف إلى أغراض أخرى غير السبب الدافع يكون قرار التصريح بالمنفعة العامة مشوبًا بعيب الإنحراف بالسلطة.³

¹ - آسيا حميدوش، "طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص126.

² - وناس عقيلة، "النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006، ص10.

³ - براهيم سهايم، "التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية"، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص49.

أما نظرية المنفعة العمومية غير المباشرة فتختلف أفكارها عن سابقتها حيث يرى أنصار هذه النظرية بأن المنفعة العمومية المعترف بها لبعض العمليات الإدارية يعترف بها أيضا لكل العمليات الضرورية والمكاملة للعملية الأولى، وتخضع تبعية العمليات التي لم يصرح بمنفعتها العمومية لرقابة القضاء، هذا الأخير الذي يراعي في ذلك معيار إقتصادية العملتين¹، فيما تفترض النظرية الثالثة التي جاء بها القضاء الفرنسي تحت إسم نظرية الإجراءات الموازية أن المشروع الذي من أجله تنتزع الملكية إضافة لتحقيقه للمنفعة العمومية، يجب أن يتضمن أيضا إجراءات أخرى موازية مع إجراءات التخصيص بالمنفعة العمومية ومثال ذلك قواعد تنظيم المدن يستوجب وجود بناء الحضري، وعليه ترتبط عملية نزع الملكية بعدة إجراءات مختلفة لازمة لتنفيذها، على إعتبار أن تحقيق المنفعة العمومية والقيام بالإجراءات الأخرى عملية موحدة، ومن ثم فالإخلال بالإجراءات اللازمة يدل على عدم مشروعية التخصيص للمنفعة العامة.²

على العكس مما ذكرناه عن نطاق المنفعة العامة في الفلسفة الليبرالية نجد أنه بمجيء الفلسفة التدخلية توسعت فكرة المنفعة العامة، ذلك أن هذه الفلسفة إعتمدت على الأساس الإقتصادي في تقدير المنفعة، ومن ثم أصبحت المنفعة العامة لا تجد مشروعيتها في أغلب الأحيان إلا على أساس المنفعة الإقتصادية، كما شجعت هذه الفلسفة الدولة على إدماج العقارات بالتخصيص في أموالها وتخصيصها في أغلب الأحيان تخصيصا إقتصاديا محددًا، وقد سائر القضاء الإتجاه الذي ذهب نحوه الفلسفة التدخلية، إذ أصبح يعطي قيمة غير عادية للإعتبارات الإقتصادية الأمر الذي أدى إلى التأثير في عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية نتيجة إدخال الاعتبارات الإقتصادية، وعلى العموم فإن القضاء الفرنسي

¹ - وناس عقيلة، المرجع السابق، ص11.

² - براهيم سهايم، المرجع السابق، ص52.

طور فكرة المنفعة العمومية وإتجه بها نحو المنفعة الإقتصادية وأصبح يقر بعدم شرعية التصريح بالمنفعة العمومية إن هي جانبت الأغراض الإقتصادية.¹

2- نطاق المنفعة العمومية في التشريع الجزائري: إذا كان المبرر الشرعي المتعارف عليه لنزع الملكية العقارية للأفراد يتمثل في المنفعة العامة فإن القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية حصر في مضمون المادة 02 فقرة 02 منه المنفعة العمومية في العمليات المتعلقة بالتعمير والتهيئة العمرانية، وعمليات التخطيط المتعلقة بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى.

ومن ثم فلا يجوز للإدارة نزع ملكية الأفراد لغرض يخرج عن هذا النطاق المحدد في المادة 02 -المذكورة أعلاه- وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 157362 المؤرخ في 13/04/1998 الذي جاء به ما يلي: "من المقرر قانوناً أن نزع الملكية لا يكون ممكناً إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط وتتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن القطعة الأرضية محل نزع الملكية التي منحت للبلدية قد جزئت للخواص وسمحت لهم ببناء مساكن فردية مخالفة لأحكام المادة 02/02 من القانون رقم 11/91 الصادر في 27/04/1991 ومتى كان الأمر كذلك إستوجب إلغاء القرار المستأنف".

ونلاحظ من خلال القانون 11/91 أن المشرع قد وضع حدود للمنفعة العمومية على خلاف ما كان معمول به في الأمر 76/48 الذي كان يقتصر تبريره لعملية نزع الملكية على وجود المنفعة العمومية دون تحديد أو حصر لنطاقها، حيث كانت تستفيد من عملية نزع الملكية كل الجهات التي ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة، بما في ذلك المؤسسات

¹ - براهمي سهام، المرجع السابق، ص ص 54 - 55 - 56.

² - القرار رقم 157362 المؤرخ في 13 /04/ 1998، م ق، عدد 01، 1998، ص 188.

الإقتصادية، ذلك أن المقصود بالمنفعة العامة أنذاك هو كل عملية تستجيب لحاجات تتعلق بالصالح العام وتنفذ المخططات الوطنية والمحلية.¹

ثالثاً/ إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية: تخضع إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة إلى قواعد تهدف أساساً إلى حماية الملكية الفردية ضد التصرفات غير الشرعية للإدارة، حيث تمثل هذه الإجراءات المجال العملي لرقابة القضاء على عنصر المشروع، كما تعد هذه الإجراءات من المسائل المتعلقة بالنظام العام بحيث تؤدي مخالفتها لإبطال قرارات الإدارة.²

وإذا كان الأصل أن المشرع إستوجب على الإدارة إتباع جميع الإجراءات القانونية خلال عملية نزع الملكية، فإنه إستثنى بعض الحالات، حيث أجاز فيها للإدارة تقليص بعض الإجراءات وذلك في حالة الضرورة والإستعجال، وبناء على هذا سوف نتطرق من خلال دراستنا إلى إجراءات نزع الملكية في الحالات العادية ثم نعرض إلى إجراءات نزع الملكية في الحالات الإستثنائية.

1- إجراءات نزع الملكية في الحالات العادية: تضمنت المادة 03 من القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية الإجراءات التي تمر بها عملية نزع الملكية حيث ورد بها ما يلي: "يخضع نزع ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية من أجل المنفعة العمومية لإجراء يشمل مسبقاً ما يأتي:

- التصريح بالمنفعة العامة.

- تحديد كامل للأماكن والحقوق العقارية المطلوب نزعها، وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق المطلوب نزعها.

- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.

¹- لدعش رحيمة، المرجع السابق، ص 17.

²- أحمد رحمانى، المرجع السابق، ص 86.

يجب أن توفر الإعتمادات اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها".

ونستخلص من مضمون هذه المادة أن الهيئة المستفيدة من نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية تلتزم بإيداع التعويض قبل الشروع في الإجراءات المنصوص عليها، هذه الأخيرة يمكن تلخيصها في أربع مراحل تتمثل في التصريح بالمنفعة العمومية، التحديد الشامل لقائمة الأملاك المعنية، تقييم الأملاك والحقوق المراد نزعها، إقرار قابلية التنازل وإقرار نزع الملكية، هذه المراحل سنتناولها على التوالي فيما يأتي:

أ- **التصريح بالمنفعة العامة:** يستهدف هذا الإجراء تحديد الغاية من العملية المراد إنجازها وكذا فتح المجال أمام المواطنين لإبداء آرائهم حول المشروع.

ويتم إثبات المنفعة العمومية عن طريق تحقيق مسبق طبقاً لنص المادة 04 من القانون 11/91 التي جاء فيها ما يلي: "يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبقاً بتحقيق يرمي إلى إقرار ثبوت هذه المنفعة".

ويقصد من التحقيق تمكين المواطنين من الإطلاع على طبيعة ومحتوى المشروع وقوامه، هذا ويتم فتح التحقيق بموجب قرار فتح التحقيق الذي يصدر عن السلطة الإدارية المختصة في إجراء نزع الملكية -قرار الوالي أو قرار وزاري مشترك- يتضمن تعيين لجنة التحقيق، وفتح التحقيق.¹

حيث تقوم هذه اللجنة المعنية والمكونة من ثلاث أعضاء - رئيس اللجنة ومحققين- بالإستماع للمواطنين، والحصول على المعلومات اللازمة لأعمالها وإعداد إستنتاجاتها، وتدوين الملاحظات والتنظيمات المقدمة من طرف الجمهور بخصوص المنفعة العامة وذلك في دفتر التحقيق، ترسل اللجنة للوالي النتائج المتوصل إليها في غضون 15 يوماً.²

¹ - أحمد رحمانى، المرجع السابق، ص 87.

² - آسيا حميدوش، المرجع السابق، ص ص 146-147.

يتم إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية عن طريق قرار وزاري مشترك أو قرار من الوالي حسب الحالة طبقاً لأحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي 186/93، ويخضع هذا القرار لعملتي النشر والإشهار، ويبلغ لكل الأطراف المعنيين، ولعل أهم أثر ينتج عن صدور قرار التصريح بالمنفعة العمومية هو تقييد المالك عن القيام بإنجاز البناء والتحسينات على العقار الموضوع حيز تنفيذ عملية النزاع، وحتى وإن تمت فلا يمكن له الإحتجاج بها للمطالبة برفع التعويض.

ب- التحديد الشامل لقائمة الأملاك المعنية وهوية أصحابها: يتم هذا التحديد عن طريق التحقيق الجزئي الذي يقوم به المحافظ المحقق، هذا الأخير يتم تعيينه بقرار من الوالي في أجل 15 يوم من تاريخ صدور قرار التصريح بالمنفعة العمومية طبقاً للمادة 12 من المرسوم التنفيذي 186/93، يهدف هذا التحقيق بالأساس إلى توضيح هوية الملاك وأصحاب الحقوق وكذلك تحديد ممتلكاتهم وحقوقهم تحديداً دقيقاً وإثباتها، حيث نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 186/93 على ما يلي:

"يهدف التحقيق الجزئي، الذي يترتب عليه إعداد مخطط جزئي وقائمة المالكين وأصحاب الحقوق الآخرين، إلى تحديد محتوى الممتلكات والحقوق العقارية المذكورة تحديداً دقيقاً وحضورياً وبكل الوسائل، والغرض من هذا التحقيق هو توضيح هوية المالكين وأصحاب الحقوق المراد نزاع ملكيتهم والتحقق منهم إما عن طريق فحص المستندات القانونية للملكية أو بواسطة معاينة حقوق الملكية في العقارات المعنية في حالة عدم وجود تلك المستندات".

ويستفاد من نص هذه المادة أن التحقيق الجزئي يتم بحضور جميع الملاك وأصحاب الحقوق المراد نزاع ملكيتهم، والحكمة من ذلك ضمان فرصة متكافئة لجميع الملاك لإثبات ممتلكاتهم وحقوقهم، ومن ثم تعويضهم.

ج- تقييم العقارات والحقوق المراد نزعها: أوكل المشرع لإدارة أملاك الدولة صلاحية تقييم العقارات والحقوق المراد نزعها من ثم تقدير التعويض المستحق للملاك، وتستعين في ذلك بالمخططات والمستندات والمحاضر الناتجة عن إجراء التحقيق الجزئي طبقا لمضمون المادة 20 من القانون 11/91 التي جاء به ما يلي: "تعد مصالح أملاك الدولة تقريرا تقييميا للأموال والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها بعد إخطارها بواسطة ملف يشمل على ما يلي:

- قرار التصريح بالمنفعة العمومية.

- التصميم الجزئي المرفق بقائمة المالكين وذوي الحقوق المنصوص عليهم في المادتين 18 و19 من هذا القانون".

ولم يحدد المشرع مهلة قانونية لإجراء هذا التقرير، ولا الإجراءات التي تتبعها إدارة أملاك الدولة في تقييمها لهذه الأملاك والحقوق.

د- قرار قابلية التنازل عن الأملاك والحقوق وقرار نزع الملكية: بعد إصدار مصالح أملاك الدولة لتقرير تقييم الأملاك تصدر السلطة الإدارية قرارا إداريا يتضمن تحديد العقارات والأملاك والحقوق التي تكون محل نزع الملكية، يتم تحرير القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المراد نزعها، ويشمل هذا القرار تحت طائلة البطلان ما يلي:

- قائمة العقارات والحقوق المزمع نزعها.

- هوية الملاك وأصحاب الحقوق.

- تعيين العقارات.

- بيان مبلغ التعويض وقاعدة حسابه.

بعد صدور هذا القرار وفقا للشروط القانونية يتم تبليغه إلى كل الأطراف المعنية، ويتم إيداع التعويض المستحق للمنزوع ملكيته لدى الهيئات المختصة بالتوازي مع تاريخ التبليغ.

وبعد إستكمال كافة الإجراءات المذكورة آنفا - تصريح بالمنفعة العمومية، وجرّد الأملاك وحصر المالكين، وكذا تقدير مبلغ التعويض وحسابه وإيداعه- وإذا لم ترفع أي دعوى قضائية من شأنها أن توقف أي إجراء أو تأخر من عملية نزع الملكية وإنقضاء أجل الطعن المحدد أو صدور قرار قضائي أو حكم نهائي موافق لإجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية،¹ يحرر قرار نزع الملكية، هذا الأخير الذي يعد المرحلة الأخيرة التي تنهي إجراءات نزع الملكية، والذي يقضي بنقل الملكية للإدارة، وعلى العموم يتعين تبليغ هذا القرار إلى كل الأطراف ونشره وشهره بالمحافظة العقارية وهذا ما أكدته المادة 30 من القانون 11/91 بقولها: " يبلغ القرار الإداري الخاص بنزع الملكية إلى المنزوع منه وإلى المستفيد ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التحويل العقاري، وعندئذ يلزم المعنيون بإخلاء الأماكن"، ويستفاد من مضمون هذه المادة أن القرار نزع الملكية لا ينتج أثره إلا بعد خضوعه لإجراءات التبليغ والنشر والإشهار العقاري.

2- إجراءات نزع الملكية في الحالات الإستثنائية: أجاز القانون في بعض الحالات أن يتم نزع الملكية دون أن تحترم كافة الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك نظرا لطبيعة الأشغال كما في حالة نزع الملكية لمصلحة الدفاع الوطني، أو لظروف معينة نص عليها القانون مثل الأعمال المتعلقة بتوزيع الكهرباء والغاز، أو بسبب إستراتيجية المشروع، أو لأي ظرف طارئ يقدره القاضي.²

أ- نزع الملكية في الحالة الإستعجالية: لم يعرف القانون رقم 11/91 الحالة الإستعجالية وإكتفى بذكرها كمبرر لإختصار بعض الإجراءات من أجل تسهيل عملية نزع الملكية ويعود تقدير الظروف التي أدت بالإدارة إلى اللجوء لعملية نزع الملكية بصورة إستعجالية للقاضي حيث تنص المادة 28 من القانون 11/91 على ما يلي: " للسلطة الإدارية المخولة أن

¹ - لدعش رحيمة، المرجع السابق، ص73.

² - أحمد رحمانى، المرجع السابق، ص95.

تطلب عند الضرورة من الجهة القضائية المختصة الإشهاد باستيلاء الأموال ويصدر القرار القضائي حينئذ حسب إجراء الإستعجال.

ينشر القرار القضائي بإستلام الأموال بالسجل العقاري دون المساس بالموضوع".

ونستخلص من هذه المادة أن القاضي يجيز للإدارة عن طريق القرار القضائي الإستعجالي وضع اليد على الملكية المراد نزعها في إنتظار الفصل في موضوع القضية وتقدير التعويض، وفي جميع الأحوال يرجع الإختصاص في تقدير الحالة الإستعجالية للقضاء، وأي تجاوز يحصل من الإدارة لهذه القاعدة يعد خرقاً للقانون مما يبطل قرارها.

ب- نزع الملكية لأجل إنجاز البنى التحتية ذات البعد الوطني والإستراتيجي: على خلاف نزع الملكية في الحالات العادية والتي تستلزم التصريح بالمنفعة العمومية بواسطة قرار - قرار وزاري مشترك أو قرار من الوالي- فإن التصريح بالمنفعة العامة وكذا تحديد الأهداف المزمع إنجازها وتحديد الأملاك وأصحاب الحقوق وتقييم هذه الأملاك يكون عن طريق مرسوم تنفيذي وهو ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-248¹ المؤرخ بتاريخ 10 يوليو 2005 التي جاءت تتم المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 93/186 التي جاء بها ما يلي: " أما بالنسبة لعمليات إنجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة والبعد الوطني والإستراتيجي يصرح بالمنفعة العمومية بمرسوم تنفيذي.

يجب أن يبين المرسوم التنفيذي المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية ما يلي:

- أهداف نزع الملكية المزمع القيام بها.
- مساحة الأملاك العقارية و/أو الحقوق العينية العقارية محل نزع الملكية وموقعها.
- قوام الأشغال المراد الشروع فيها.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 248/05 المؤرخ في 10 جويلية 2005، المعدل والمتمم للمرسوم 186/93، ج ر، عدد 48، الصادرة بتاريخ 10 جويلية 2005.

- توفر الإعتمادات التي تغطي عمليات نزع الملكية المزمع القيام بها وإيداعها لدى الخزينة العمومية.

يتم إعداد قرار الحيابة الفورية من طرف الولاية المعنيون بعد نشر المرسوم التنفيذي في الجريدة الرسمية مباشرة¹، وبعد الحيابة تستكمل إجراءات نقل الملكية بعد إصدار الوالي المؤهل قرار نزع ملكية الأملاك والحقوق العينية المنتزعة يتضمن نقل الملكية لفائدة الدولة.²

الفرع الثاني

الشفعة الإدارية

قرر المشرع الجزائري على حق الملكية العقارية الخاصة قيد الشفعة الإدارية، هذا الأخير الذي يضع من خلاله حد لحرية المعاملات العقارية ومن ثم التحكم في السوق العقارية، حتى وإن كان أقل تطبيقا على أرض الواقع من القيود الأخرى المفروضة على الملكية الخاصة.

هذا وقد أثارت الشفعة الإدارية جدلا كبيرا من حيث تكيف طبيعتها، حيث اختلف فقهاء القانون وتباينت الإجتهدات القضائية حول تحديد طبيعة موحدة لها، وبلغ هذا الجدل أوجه في فرنسا خاصة، فهناك من إعتبرها نموذج آخر عن نزع الملكية للمنفعة العمومية، وهناك من أدرجها في إطار الإسترداد المدني، في حين يرى جانب من القضاء بأنه حق من نوع خاص إلا أن الرأي السائد بفرنسا يعتبرها من عمل السلطة العامة Un acte de *paissance public*.³

¹ - المادة 10 مكرر من المرسوم رقم 248/05.

² - المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 202/08 المؤرخ في 19 ماي 2008، يتم المرسوم التنفيذي رقم 186/93، ج ر، عدد 39، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2008.

³ - بونعامية زهير، "حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة بين التكيف والممارسة"، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، عدد 02، 2009، ص 126.

أما في القانون الجزائري فلا يوجد ما يفرق بين الشفعة الإدارية والشفعة المدنية من حيث التعريف فهي رخصة تجيز للإدارة الحلول محل المشتري في بيع عقار، إلا أنها تتميز بمجموعة من الخصائص، وتختلف في حيث الجهات الممارسة لها وكذا الإجراءات المتبعة عن الشفعة المدنية، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

أولا/ خصائص الشفعة الإدارية: تنفرد الشفعة الإدارية بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من القيود المفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة، بما في ذلك الشفعة المدنية المقررة في القانون الخاص - القانون المدني - وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1- من حيث الاستفادة: قرر المشرع حق الشفعة الإدارية لصالح أشخاص القانون العام أي الدولة والجماعات المحلية، وأعطى لهذه الأشخاص حرية إستعمال حق الشفعة أو النزول عنها حسب سلطتها التقديرية.

2- من حيث المرتبة: إذا كان القانون المدني ينص على ثلاث مراتب تقرر على أساسها أحقية الشفعاء في الأخذ بالشفعة المدنية، فإن المشرع قد جعل للإدارة إزدواجية في الرتبة، حيث تمارس الدولة والجماعات المحلية حق الشفعة في المرتبة تتقدم عن الحالات المتعلقة بالأشخاص المدنية - ما نصت عليه المادة 795 من القانون المدني السابقة الذكر - وهذا فيما يتعلق بالعقار المعمر والقابل للتعمير سواء كان عقار حضري أو عقار سياحي.

أما بخصوص العقار الفلاحي فقد جاءت أحقية أخذ الدولة والجماعات المحلية في الأخذ بالشفعة تلي مرتبة الأشخاص المدنية طبقا للفقرة من المادة 52 من 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.¹

3- من حيث التسبب: ألزم القانون الإدارة بتسبب موقفها بشأن الأخذ بالشفعة تسببا كافيا، على خلاف الشفعة المدنية التي لا يحتاج فيها الأشخاص المدنية للتسبب، ذلك أن المشرع جعل التسبب كقيد على السلطة التقديرية للإدارة من جهة، ومن جهة أخرى حتى يتمكن

¹ - ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 107.

القاضي إذا إقتضت الضرورة مراقبة توافر المنفعة العامة في المشاريع والأهداف المراد تحقيقها، ومن ثم النظر في مشروعية قرارها.¹

4- من حيث الأهداف: على خلاف الشفعة المدنية التي تهدف على جمع عناصر الملكية وكذا الحفاظ على اللحمة العائلية عن طريق محاولة منع الغريب من التملك معهم، فإن الشفعة الإدارية تهدف إلى التأثير مسبقا على المعاملات العقارية من أجل تقادي أي إرتفاع غير طبيعي في الأسعار بصفة عامة.

كما يتخذ الهدف من إنشاء حق الشفعة في العقار الفلاحي الطابع الحمائي حيث يهدف المشرع من خلالها إلى حماية الأراضي الفلاحية والمحافظة على طابعها الفلاحي وكذا تنمية النشاط الفلاحي وتدعيم الفلاحين والمستثمرين في المجال بما يضمن تحسين الإنتاج، والتقليص من عمليات التجزئة في الأراضي الفلاحية.²

أما فيما يخص الأراضي العمرانية يعود الهدف الأساس من إنشائها إلى إنجاز مشاريع سكنية تلبى الإحتياجات العامة، توفير الوعاء العقاري من تحقيق قواعد سكنية مستقبلية.

ثانيا/ الجهات المكلفة بممارسة الشفعة الإدارية والإجراءات المتبعة: تتخذ الشفعة الإدارية إجراءات موحدة بالنسبة لجميع أصناف العقارات إلا أنها تختلف من حيث الجهات التي تمارسها وكذا من حيث الأساس القانوني المقرر لها، وعليه سوف ندرس من خلال هذا الفرع الجهات الممارسة والإجراءات المتبعة في كل صنف على حدى كالآتي:

1- ممارسة حق الشفعة الإدارية في العقار الفلاحي: يعود الأساس القانوني لتقرير حق الشفعة على العقار الفلاحي لنص المادة 52 فقرة 03 من قانون التوجيه العقاري حيث تنص على ما يلي:

¹ - سماعين شامة، "النظام القانوني الجزائري لتوجيه العقاري"، دار هومه، الجزائر، 2004، ص242.

² - سماعين شامة، المرجع نفسه، ص243.

" وفي هذا الإطار، يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه".

هذا وتمارس الدولة والجماعات المحلية حق الشفعة في العقار الفلاحي عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية فهو المخول لممارسة حق الشفعة بإسم الدولة ولحسابها، أما بالنسبة للجماعات المحلية فلم يمنحها التنظيم أداة لممارسة هذا الحق¹، هذا وقد نصت المادة 04 من المرسوم 87/96² المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على تعريفه كما يلي " الديوان هيئة عمومية يكلف بالتنظيم العقاري كما هو منصوص عليه في المواد 52 و 56 و 60 و 61 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه".

أما المادة 05 من نفس المرسوم فقد نصت على المهام المنوطة بالديوان حيث جاء بمضمونها ما يلي " يتولى الديوان بإعتباره أداة تابعة للدولة ويتصرف لحسابها، تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية.

وبهذه الصفة يكلف بجميع المهام التي لها علاقة بهدفه كما هي محددة في أحكام القانون رقم 25/90...".

وتتم الشفعة في العقار الفلاحي وفقا لمجموعة من الإجراءات يتقدمها التصريح بنية التصرف، حيث يلتزم كل من البائع والمشتري قبل إتمامهما لتصرفهما في شكل عقد رسمي نهائي بالتصريح على نيتهما بالتعاقد إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ويفضل أن يكون التصريح المذكور في شكل محرر رسمي - رغم غياب النص القانوني الذي يلزم بذلك- يبلغ للديوان ويحدد فيه بدقة إسم ولقب ومهنة كل من الطرفين، وكذا موقع ومساحة

¹- ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 108.

²- المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 24 فيفري 1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1996.

الأرض موضوع التصرف، تحديد الثمن المتفق عليه إلى جانب كل المعلومات التي تسمح للديوان بتقدير المعاملة وأخذ قرار بشأنها.¹

وبعد تبليغ التصريح بنية التصرف للديوان يرد هذا الأخير إما عن طريق الرفض وإما بالقبول، فإذا قرر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية رفض الأخذ بالشفعة جاز للبائع والمشتري إتمام العقد الأصلي، أما في حالة القبول فيجب أن يكون الرد بالقبول صريحا لا ضمنيا ويجب أن يبلغ لكل الأطراف في الأجل المحدد، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أجاز للديوان الوطني للأراضي الفلاحية تغيير الثمن المتفق عليه بين البائع والمشتري - على خلاف قواعد الشفعة المدنية - فإذا تمت الموافقة على الثمن الأصلي فلا إشكال في الأمر حيث ينعقد العقد في شكله الرسمي بين البائع والديوان، أما في حالة رفض الديوان لهذا الثمن ويتم تغييره بثمن أقل وفي هذه الحالة يتصور فرضين، إما أن يقبل البائع بالثمن المقدم وينعقد العقد، وإما أن يرفض ذلك الثمن المعروض عليه ويتم اللجوء للقضاء لتحديد ثمن العقار المراد بيعه.²

2- ممارسة حق الشفعة الإدارية في العقار العمراني: يدخل في حيز العقار العمراني، القطاعات المعمرة والقطاعات القابلة للتعمير وقطاعات التعمير المستقبلية المصنفة في المخطط التوجيهي لتهيئة والتعمير، هذه العقارات تعد محل لممارسة الشفعة الإدارية، حيث خول المشرع للدولة والجماعات المحلية حق الشفعة في هذه العقارات من خلال نص المادة 71 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري والتي ورد فيها ما يلي " ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية.

تطبق حق الشفعة المذكور، مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم.

¹ - سماعين شامة، المرجع السابق، ص 251.

² - سماعين شامة، المرجع نفسه، ص 252.

يمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 58/75...".

ويستفاد من الفقرة الثانية من هذه المادة أن الشفعة الإدارية تمارس عن طريق هيئات عمومية، حيث تختص مديرية الأملاك بوزارة المالية بممارسة الشفعة لحساب الدولة،¹ أما بخصوص ممارسة حق الشفعة الإدارية لصالح الجماعات المحلية فيتم عن طريق الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 408/03 المؤرخ في 05/11/2003²، المتضمن إنشاء الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المعدل والمتم للرسوم التنفيذية 405/90، هذه الوكالات تعد أداة لسياسة العقارية الحضرية على مستوى الولايات، كما تصنف هذه الوكالات على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وذلك بحكم الصبغة التجارية التي تغطي عليها، حيث تتولى القيام بعدة مهام ولعل أبرزها تكوين المحفظة العقارية للجماعات المحلية وكذا تنظيم وتسيير العقار الحضري.

لم يذكر المشرع الإجراءات المتبعة في ممارسة الشفعة الإدارية فيما يخص العقار الحضري وبذلك يتم الرجوع إلى القواعد العامة، المذكورة آنفا حيث يلتزم كل من البائع والمشتري بالتصريح عن نيتهما لتعاقد إلى كل من مديرية أملاك الدولة وكذا الوكالات الولائية لتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، ويكون ذلك في شكل رسمي ويتضمن كل البيانات القانونية - السالفة الذكر في الشفعة المتعلقة بالعقار الفلاحي - يتم الرد على هذا التصريح بنفس الإجراءات والتصورات الخاصة بالشفعة في العقار الفلاحي.

وفي كل الأحوال فإن الإدارة ملزمة باحترام السبب المعلن عليه في قرارها إستعمال حق الشفعة، حيث يجوز لكل من البائع والمشتري اللجوء للقضاء لطلب التعويض عن

¹ - ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 108، ورد لدى سماعين شامة، المرجع السابق، ص ص 250-251.

² - المرسوم التنفيذي رقم 408/03 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يعدل ويتم أحكام المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، ج ر، عدد 68، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2003.

الضرر الذي لحقهم من جراء خسارة فرصة التعاقد، كما يجوز لهم المطالبة بإسترداد العقار المشفوع فيه من قبل الإدارة، ويفصل القاضي في القضية حسب سلطته التقديرية وحسب ما يراه مناسباً.

3- ممارسة حق الشفعة في العقار السياحي: يتشكل العقار السياحي من كل العقارات ذات المواصفات والميزة السياحية سواء كانت عقارات مصنفة في الأملاك الخاصة للأفراد أو كانت عقارات تنتمي للأملاك الوطنية وهذا ما نصت عليه المادة 20 من القانون 03-03¹ المؤرخ في 17 فيفري 2003، المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية التي تضمنت ما يلي " يتشكل العقار السياحي القابل للبناء من الأراضي المحددة لهذا الغرض في مخطط التهيئة السياحية ويضم الأراضي التابعة للأملاك الوطنية العمومية والخاصة وتلك التابعة للخواص" ويستفاد من نص هذه المادة أن مخطط التهيئة السياحية هو الذي يصنف ويحدد الطابع السياحي للعقارات.

أجاز التشريع الجزائري للخواص تملك العقار السياحي شأنه في ذلك شأن العقار الحضري والفلاحي، وخول له كل عناصر الملكية من إستعمال وإستغلال وتصرف إلا أنه قيد سلطة تصرف الأفراد في العقار السياحي بالشفعة الإدارية وهذا ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 21 من القانون 03/03 بقولها " يحق للدولة ممارسة حق الشفعة داخل مناطق التوسع والموقع السياحي".

ولعل الحكمة من منح الدولة حق الشفعة في العقار السياحي هي حماية هذا النوع من العقار الذي يعتبر ثروة تساهم في تنمية الإقتصاد الوطني، والمحافظة عليه من التلف والإندثار خاصة في ظل الأهمية التي يحظى بها هذا العقار سواء من حيث القيمة الجمالية وكذلك من حيث القيمة التاريخية والفنية والثقافية.

¹ القانون رقم 03/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003، المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، ج ر، عدد 11، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 2003.

وعليه أتاح المشرع للدولة التدخل في كل معاملة عقارية منسوبة على هذا النوع من العقار، أي كل التصرفات الناقلة للملكية بما في ذلك الهبة طبقاً للمادة 02/21 من القانون 03/03، ويتم ممارسة حق الشفعة لمصلحة الدولة عن طريق الوكالة الوطنية لتنمية السياحة المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي 70/98¹ المؤرخ في 21 فيفري 1998 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة وتحديد قانونها الأساسي.

وإذا كان الهدف الرئيسي من إنشاء الوكالة الوطنية للسياحة هو حماية العقار السياحي بواسطة الوسائل المتاحة لها والدور المنوط بها، بما في ذلك ممارسة حق الشفعة نيابة عن الدولة بغرض تكوين العقار السياحي ولتحقيق أهداف أبعد هو القضاء على المضاربة في العقار السياحي، إلا أن هذه الوكالة من الناحية العملية لم تقم بالدور المخول لها، وذلك بسبب أن النص التنظيمي المحدد للإجراءات المتبعة في ذلك لم يصدر، مما أبعد الوكالة الوطنية لتنمية السياحة عن هذا الدور المسند لها قانوناً.²

الفرع الثالث

التأميم

يعد التأميم من أخطر القيود القانونية المقررة على حق الملكية العقارية الخاصة على الإطلاق، وذلك لكونه عملاً سيادياً من الأعمال السيادية للدولة، حيث يخرج عن العمل الإداري العادي الذي يكون محلاً للطعن والرقابة القضائية، وردت في شأنه عدة تعريفات متقاربة في المعنى، فهناك من عرفه على أنه "إجراء تنقل به ملكية المشروعات الخاصة من الأشخاص الطبيعيين كانوا أو المعنويين إلى الشعب ممثلاً بالدولة مقابل تعويض عادل".³

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 21 فيفري 1998، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة وتحديد قانونها الأساسي، ج ر، عدد 11، الصادرة بتاريخ 01 مارس 1998.

² - زهية يهوني، "حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية في القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2005-2006، ص 148.

³ - إكرام فالح الصواف، "الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة"، ط 01، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 121.

كما يعرف بأنه " تحويل مال معين أو نشاط معين إلى ملكية جماعة أو نشاط جماعي بقصد إستعماله في سبيل تحقيق المصلحة العامة".¹

وعلى العموم يمكن تعريف التأميم و الإمام بجميع خصائصه كما يلي: التأميم عمل سيادي، تحول الدولة عن طريقه ملكا من الأملاك الخاصة للأفراد إلى الملكية العامة بعد إنتزاعه من صاحبه جبرا، فتأممه - تجعله ملكا للأمة- من أجل تحقيق المصلحة العامة.²

ونستخلص من هذه التعاريف أن نظام التأميم يتميز عن غيره من القيود الإدارية، فهو قيد ذا طبيعة خاصة، و لنعرض فيمايلي خصائص التأميم أولا، و دوافع اللجوء للتأميم ثانيا، و تطبيقات نظام التأميم في الجزائر ثالثا .

أولا/ خصائص التأميم: يستأثر التأميم بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من القيود المقررة على الملكية، سنحاول ذكرها في النقاط التالية:

1- التأميم عمل سيادي: يدخل نظام التأميم في أعمال السيادة التي تقوم بها الدولة، حيث يعد قيد على الملكية العقارية الخاصة مفروضا بقوة القانون، يسمح للدولة ببسط سيطرتها على عقارات الخواص جبرا دون أن يكون لهم الحق في الطعن في هذا الإجراء، لذلك يعد أخطر القيود لأنه يفضي إلى إلغاء الملكية العقارية الخاصة.

وحرصا من المشرع على محاولة تقديم حماية للملكية العقارية الخاصة إستوجب على الدولة أن لا تلجأ إلى هذا النظام إلا عن طريق القانون حيث أكد ذلك القانون المدني الجزائري في مادته 678 بقولها "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني، غير أن شروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

2- التأميم إجراء مباشر وسريع: على خلاف نزع الملكية للمنفعة العمومية والشفعة الإدارية التي تتميز إجراءاتها بالبطيء والتعقيد بحكم أنها إجراء إداري يخضع للرقابة القضائية على

¹ حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، المرجع السابق، ص 115.

² ليلي طلبية، المرجع السابق، ص 110.

عنصر المشروعية، فإن التأميم إجراء تشريعي يتميز بالسرعة واليسر¹، حيث يتم نقل الملكية المراد تأميمها بمجرد صدور القانون المتضمن ذلك، ووفقا لأشكال والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون.

3- يهدف التأميم إلى تحقيق المصلحة العامة: يشترك التأميم فيما يخص هذا الهدف مع كل من نزع الملكية والشفعة الإدارية والإستيلاء، حيث تجتمع كل هذه الأنظمة حول تحقيق المصلحة العامة إلا أنها تختلف من حيث الضمانات المقررة للمالك الأصلي، ذلك أن الصفة الإستثنائية للتأميم تجرد المالك الأصلي من حق الطعن في حال غياب هدف تحقيق المصلحة العامة - عكس الأنظمة الأخرى- ومن ثم لا يجوز له طلب الإسترداد، لأن إسترجاع الأملاك لا يتم إلا عن طريق نص قانوني يحدد في مضمونه شروط وإجراءات إسترجاع الأراضي المؤممة، ويكون من دون أن تتحمل الدولة أي عبء أو أي تعويض لصالح المالك الأصلي.²

ثانيا/ دوافع اللجوء إلى التأميم: إن تبني الدولة لنظام التأميم الذي يسمح لها بالتدخل والهيمنة على الملكية العقارية للأفراد - المحمية دستوريا- يرجع تبريره إلى عدة دوافع تتمثل أساسا في الدوافع السياسية، والدوافع الإقتصادية، ودوافع إجتماعية، والتي سنعرضها في النقاط التالية:

1- الدوافع السياسية: يستهدف المشرع من خلال إقرار نظام التأميم إلى تحقيق إستقلال الدولة السياسي من خلال تدعيم الدولة في نضالها ضد محاولات التدخل في أمورها الداخلية عن طريق إساءة إستعمال رؤوس الأموال الأجنبية،³ كما أن أي مجتمع منظم ومتحضر لا يمكن أن يعترف بالملكية إلا وفقا للشكل الذي يعترف به النظام السياسي للدولة، فهي التي

¹- إكرام فالح الصواف، المرجع السابق، ص124.

²- صونية بن طيبة، "الإستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص39.

³- وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص300.

تمارس سلطتها الأمرة على الأشياء والأشخاص،¹ وعند النظر إلى التأميم بمفهوم المقاربة نجد أنه أقرب إلى السياسة منه إلى النظرية القانونية ذلك أنه عمل سيادي.²

2- الدوافع الإقتصادية: يعتبر التأميم من أهم الآليات القانونية المخولة للدولة، والتي تسعى من خلالها إلى تحرير إقتصادها من الإحتكارات الأجنبية، وإستثمار رؤوس أموالها الوطنية في خدمة الخطة الإقتصادية، حيث يسهم التأميم في بناء إقتصاد الدولة وتنظيمه، ومن ثم رفع المستوى المعيشي للشعب.³

هذا وقد عرف نظام التأميم لإعتبارات إقتصادية إنتشارا غير مسبوق خاصة بعد الحرب العالمية الأولى والثانية، حيث أخذت به الدول المتأثرة بهذه الحروب وعلى رأسها إنجلترا وفرنسا، فقامت بتحويل وتأميم الملكيات الخاصة وإدراجها في الملكية العامة، ففي إنجلترا مثلا إتجهت الحكومة فيها سنة 1950 نحو سياسة التأميم، فبدأت بتأميم السكك الحديدية والكهرباء ومناجم الفحم، ثم أمت صناعة الغاز والحديد والطيران والملاحة الداخلية،⁴ أما في فرنسا فقد أمت الصناعات الرئيسية الكبرى حيث جاء في دستور الجمهورية الرابعة الصادر في 27 أكتوبر 1964 - في نص ديباجته - مايلي " كل مال أو كل مشروع يتميز إستغلاله حاليا بخواص المرفق العام القومي أو يكتسب هذه الخواص فيما بعد، يجب أن تؤول ملكيته للمجموع ".⁵

3- الدوافع الإجتماعية: تهدف الدولة من وراء تطبيق نظام التأميم إلى تحقيق العدالة الإجتماعية وإستقرار المعاملات وإزالة التناقضات والخلافات الإجتماعية، كما تسعى من خلاله إلى التقليل من الفوارق الطبقة في المجتمع عن طريق منع توسع أو بقاء الملكية العقارية الخاصة غير المستغلة، وإذا كان الهدف الأساسي من الدولة هو تلبية الحاجات

¹ - إكرام فالح الصواف، المرجع السابق، ص123.

² - هيمن قاسم بايز، "حماية الملكية الخاصة"، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص232.

³ - إكرام فالح الصواف، المرجع السابق، ص122.

⁴ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع السابق، ص301.

⁵ - وفاء سيد أحمد محمد خلاف، المرجع نفسه، ص301.

الفردية والإحتياجات الإجتماعية على السواء، فإن ذلك لا يكون إلا عن طريق خلق توازن بين الحقوق والحريات الفردية من جهة، والحقوق والحريات الجماعية من جهة أخرى.¹

ثالثا/ تطبيقات نظام التأميم في الجزائر: غداة الإستقلال لجأت الجزائر لإتباع أسلوب التأميم في أكثر من مناسبة حيث سعت من خلاله إلى إستعادة السيادة الوطنية على كل ترابها وثرواتها، ومن ثم كان نطاق التأميم واسعا حيث شمل المشاريع الإقتصادية، الثروات الطبيعية والمناجم، وكذلك العقارات الفلاحية الخاصة غير المستغلة، هذه الأخيرة التي تهم دراستنا، حيث طبق نظام التأميم على الأراضي الفلاحية عن طريق الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية²، هذا القانون الذي كان يمثل الأساس الشرعي للتأميم، ومن أجل التعمق في دراسة هذا القيد الخطير المقرر على الملكية العقارية الخاصة، سوف نحاول دراسة هذا النظام على نقطتين حيث نتناول واقع التأميم في ظل سريان قانون الثورة الزراعية، ثم نتعرض إلى مصير الأراضي المؤممة بعد إلغاء قانون الثورة الزراعية.

1- واقع التأميم في ظل سريان قانون الثورة الزراعية: طبق نظام التأميم من خلال قانون الثورة الزراعية على أوسع نطاقه، حيث رخص هذا القانون للدولة صلاحية تحويل الأراضي الفلاحية التابعة للخوادم، والغير مستغلة إلى صندوق الثورة الزراعية، ويرجع الهدف في ذلك إلى حرص المشرع على حماية العقار الفلاحي وكذا ضمان الإستغلال الأمثل له وإسهامه في تطوير وتنمية الإقتصاد الوطني، حيث جاء في مضمون المادة الأولى منه "الأرض لمن يخدمها" ويستفاد من هذه المادة أن المشرع قيد المالكين بضرورة إستغلال عقاراتهم الفلاحية، رغم أن الأصل المتعارف عليه يقضي بأن الملكية لا تسقط بعدم الإستعمال، إلا أن هذه المادة جاءت كإستثناء على هذا الأصل، حيث ربطت الملكية بالإستغلال المباشر

¹ - إكرام فالح الصواف، المرجع السابق، ص122.

² - الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية، ج ر، عدد 97، الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 1971.

والشخصي للعقار الفلاحي، فالحيازة حسب هذه المادة لا تكفي للمحافظة على حق الملكية العقارية الخاصة، بل لا بد من الممارسة الفعلية للنشاط الفلاحي وغياب هذه الممارسة سواء عن طريق التغيب عن فلاحة الأرض أو الإهمال المعتمد لها من طرف المالك الأصلي ينجر عنه سقوط حق الملكية¹، وهذا ما أكدت عليه المادة 22 من نفس القانون بقولها " يلغى حق الملكية في كل أرض زراعية أو معدة للزراعة بالنسبة لكل مالك لا يقوم بالإستغلال حسب أحكام هذا الأمر وأن وسائل الإنتاج وتحويله أو تعبئته تتبع مصير بتمامها والتي هي مرتبطة بها".

وتشير الإحصاءات أن الجزائر من خلال الأمر 73/71 إستطاعت تأمين حوالي 1 403 778 هكتار خلال الفترة ما بين 08 نوفمبر 1971 - تاريخ إصدار الأمر- و1973، تمت هذه التأميمات عن طريق حملة متسارعة وغير موضوعية، وغير مشروعة أحيانا نظرا لعدم دفع التعويض العادل والمنصف، مما خلف كم هائل من الطعون في قرارات التأمين وتوجيه تظلمات إلى كل من اللجان البلدية واللجان الولائية لإثبات عدم تغيبهم عن الأرض وتمسكهم بالإستغلال المباشر لها، وكذلك الإحتجاج عن عدم تناسب التعويض المقدم مع المساحة المؤممة، الأمر الذي جعل المشرع يفكر في إلغاء هذا القانون نظرا لثبوت فشله من حيث تحقيق الأهداف، وكذلك وجود تجاوزات من طرف الإدارة في تطبيق هذا القانون بصفة عامة، وفي الإخلال بإجراءات التأمين بصفة خاصة.

2- مصير الأراضي المؤممة بعد إلغاء قانون الثورة الزراعية: تم إلغاء قانون الثورة الزراعية بموجب أحكام المادة 75 من قانون التوجيه العقاري والتي جاء فيها ما يلي " تلغى أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر سنة 1971.

وتخضع الأراضي التي بقيت لأحكام المادة 83 أدناه، وتسوى طبقا للأحكام الآتية أدناه النزاعات حول الأراضي المؤممة"، وإذا كانت هذه المادة قد ألغت قانون الثورة الزراعية

¹ عجة الجيلالي، "أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأمين الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام"، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص ص48-49.

بصفة عامة فإنها بذلك ألغت الأحكام الخاصة بالتأميم، حيث رفع المشرع عن الملكية العقارية الخاصة هذا القيد، وحرر المعاملات العقارية من جميع القيود التي كانت مفروضة بأحكام هذا الأخير خاصة ما يتعلق بالحد الأقصى للإمتلاك الأراضي الفلاحية الذي كانت تنص عليه المادة 65 وما يليها من القانون 73/71.

كما أقر المشرع عن طريق قانون التوجيه العقاري حق إسترجاع العقار المؤممة لصالح المالكين الأصليين حيث نصت المادة 76 الفقرة 01 من هذا القانون على ما يلي: " تستبعد من الصندوق الوطني للثورة الزراعية الأراضي الفلاحية أو الأراض ذات الوجهة الفلاحية التي حافظت على طابعها الفلاحي وتبقى ملكا لملاكها الأصليين...".

وعليه يجوز لكل مالك أصلي أمت أراضي المطالبة إسترجاع أراضيها عن طريق تقديم طلب صريح إلى الوالي المختص إقليميا في أجل ستة أشهر من تاريخ نشر هذا القانون طبقا للمادة 80 من قانون التوجيه العقاري، وتتم دراسة الملفات عن طريق لجنة ولائية، وتقوم هذه اللجنة بإصدار قرار فيما يخص حق الإسترجاع ويكون قرارها في حالة ما إذا كان سلبيا قابل للطعن بالطرق القانونية.

الفرع الرابع

الإستيلاء

تخضع الملكية العقارية الفردية لقيد الإستيلاء المؤقت، حيث يجوز للإدارة في حالة الضرورة والإستعجال أن تتدخل وتقرر الإستيلاء على بعض الأملاك الخاصة بالأفراد، وتقوم بإستعمالها من أجل تحقيق المنفعة العامة لمدة زمنية معينة على أن تعيد هذه الأملاك إلى أصحابها بالحالة التي كانت عليها عند الإستيلاء وتعويضهم عن أي ضرر يصيب أملاكهم من جراء الإستيلاء أو ينقص من قيمتها.¹

¹ - إكرام فالح الصواف، المرجع السابق، ص 132.

هذا ويعرف الإستيلاء المؤقت على أنه "إجراء مؤقت تتخذه السلطة الإدارية المختصة (الوالي أو أي عون مؤهل آخر) قصد الحصول على خدمات أو أموال عقارية أو منقولة لضمان إستمرارية المرافق العامة، وذلك في حالات تقتضيها الظروف الإستثنائية أو الإستعجال".¹

ومن خلال هذا التعريف نستخلص أن الإستيلاء المؤقت يتميز عن القيود الأخرى الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة سواء من حيث الخصائص، وكذا من الأسباب التي تبرر اللجوء إليه، كما يتم تقريره وفقا لإجراءات خاصة، وهذا ما سنعرصه فيما يلي:

أولا/ خصائص الإستيلاء المؤقت وأسباب اللجوء إليه: يتميز الإستيلاء المؤقت بجملة من الخصائص تميزه عن غيره من القيود المشابهة، كما تبرر اللجوء إليه من قبل الإدارة أسباب قانونية وشرعية، تضي على قرار الإدارة طابع المشروعية، ومن أجل التعمق في هذه الخصائص والأسباب سوف نعرض إلى كل منهما على حدى فيما يلي:

1- خصائص الإستيلاء المؤقت: إن أهم ما يميز هذا القيد الإداري المقرر على الملكية الفردية هو خاصية التأقت، حيث ينفرد الإستيلاء المؤقت بهذه الخاصية دون غير من القيود - السابقة الذكر - وعليه فالإستيلاء إجراء ذو طبيعة مؤقتة يهدف إلى معالجة أوضاع إستثنائية ينصب على حق الإستعمال وهو غير ناقل للملكية²، فالإدارة ملزمة بإعادة المال العقاري إلى صاحبه الأصلي بعد إنقضاء المدة المعينة للخدمة والمحددة في المحرر الكتابي.

غير أن المشرع الجزائري ترك المجال مفتوح أمام الإدارة لتحديد المدة المناسبة للخدمة ولم يحددها في القانون على خلاف بعض التشريعات العربية التي أقرت ذلك في قوانينها، حيث حدد المشرع العراقي مثلا للحد الأقصى لمدة الإستيلاء المؤقت بسنتين من خلال نص المادة 26 التي ورد فيها ما يلي "... أن تقرر الإستيلاء المؤقت على أي عقار

¹ - عمر يحيوي، "الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية"، دار هومه، الجزائر، 2001، ص 77.

² - صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص 23.

مدة تتحدد بقرار الإستيلاء على أن لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار¹، في حين وضع المشرع المصري مدة أقصاها ثلاث سنوات لإعادة الأملاك المستولى عليها لأصحابها حيث تنص المادة 18 من القانون المصري على ما يلي " تحدد مدة الإستيلاء المؤقت على العقار بحيث لا تتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الإستيلاء الفعلي...".²

ونلاحظ أن المشرع العراقي أكثر إنصافا للمالك الأصلي من المشرع المصري والجزائري ذلك أن هذا الأخير لم يحدد المدة الأقصى للخدمة وترك ذلك للسلطة التقديرية للإدارة في حين أن المشرع المصري حددها بثلاث سنوات ولكن تحسب من تاريخ الإستيلاء الفعلي مما يسمح للإدارة بتأخير الإستيلاء الفعلي والتعسف في ذلك.

كما يعتبر الإستيلاء المؤقت طريق جبري تسلكه الإدارة للحصول على خدمات ممتلكات الأفراد والانتفاع بها لمدة محددة، حيث تعتمد الإدارة في ذلك إمتيازات السلطة العامة التي تسمح لها بإصدار قرار الإستيلاء المؤقت، هذا الأخير الذي يستهدف ضمان السير الحسن للمرافق العامة وكذا تحقيق المنفعة العامة.

ذهب المشرع الجزائري فيما يخص السلطة التقديرية لعنصر المنفعة العامة في الإستيلاء المؤقت عكس الإتجاه الذي سلكه في نزع الملكية والشفعة الإدارية، حيث جعل الإختصاص بها للإدارة وحدها، دون أن يكون للقضاء دور في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، حيث يمكن لهذه الأخيرة اختيار العقار الذي تراه مناسبا، كما لها كامل الحرية في تقدير المساحة التي تلزمها، دون أن يكون للمالك حق الإحتجاج أو الطعن.³

2- أسباب لجوء الإدارة للإستيلاء المؤقت: الأصل أن حصول الإدارة على الأملاك والخدمات يتم بطريقة رضائية، إلا أن المشرع قد خول لها الحق في الحصول على ما يلزمها عن طريق الإستيلاء المؤقت في الحالات الإستثنائية و الإستعجالية حيث نصت الفقرة 02

¹ - هيمن قاسم بايز، المرجع السابق، ص238.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "حق الملكية"، المرجع السابق، ص621.

³ - صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص ص 24-25.

من المادة 679 من القانون المدني على ما يلي: "إلا أنه يمكن في الحالات الإستثنائية و الإستعجالية وضمانا لإستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الإستيلاء " وإستنادا لهذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد حصر أسباب اللجوء إلى الإستيلاء المؤقت في حالتين هما الحالة الإستثنائية والحالة الإستعجالية.

هذا ويقصد بالحالة الإستثنائية قيام حالة الضرورة الملحة التي تنتج عن وجود ظروف طارئة وكثيرا ما تقترن الحالة الإستثنائية بالحالة الإستعجالية لأن كل حالة استعجال تعبر عن الضرورة الملحة فهي تقوم بقيام هذه الأخيرة¹، هذا وتمثل الحالات الإستثنائية الطارئة التي تكشف عن ظرف قهري يتطلب التدخل السريع، كما في حالات الغرق أو قطع الجسور، أو تقيي الأوبئة، أو أعمال الترميم والوقاية، أو حدوث كوارث طبيعية... وهذه الأمثلة وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، بإعتبار أن الحالات الإستثنائية والإستعجالية تكون نتيجة الظروف الطارئة فلا يمكن بأي حال من الأحوال حصرها أو نكرها على سبيل التعداد.²

حول المشرع للإدارة صلاحية تقدير الحالات الإستثنائية و الإستعجالية بصفة مباشرة دون اللجوء إلى لجان لتقدير هذه الحالات، والحكمة في ذلك هي أن هذه الحالات ترتبط أساسا بالضرورة الملحة المستعجلة وإحالة تقديرها إلى لجان أخرى غير الإدارة قد يفوت المنفعة المقصودة من الإستيلاء والتي تتطلب الإستعجال في التنفيذ، مما قد يلحق ضرارا بالمصلحة العامة المستهدفة من عملية الإستيلاء المؤقت³.

إلا أن المشرع الجزائري ألزم الإدارة بضرورة وجود الحالات الإستثنائية و الإستعجالية للجوء إلى مثل هذا القرار، وفي حالة إتخاذها قرار الإستيلاء المؤقت على الأملاك العقارية الخاصة دون إثبات وجود هذه الحالات يكون القرار مشوبا بعيب التعسف في إستعمال

1- أحمد جمال الدين، "نزع الملكية"، المكتبة العصرية، لبنان، 1966، ص 84.

2- صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص 60.

3- أحمد جمال الدين، المرجع السابق، ص 85.

السلطة وهذا ما أكدته المادة 681 مكرر 03 فقرة 01 بقولها "يعد تعسفا كل إستيلاء تم خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانونا وأحكام المادة 679 وما يليها أعلاه، ويمكن أن يترتب عليه، زيادة إلى العقوبات الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به، دفع تعويض يصدر عن طريق القضاء"، وما نلاحظ من هذا النص القانوني أن المشرع وإن كان قد ترك صلاحية تقدير المنفعة العامة للإدارة دون إخضاعها لرقابة القضاء، فإنه قد قيد الإدارة فيما يخص الحالات الإستثنائية و الإستعجالية بضرورة الإلتزام بوجودها فلا يمكن بأي حال من الأحوال الإستيلاء على أملاك المواطنين دون التأكد من وجود هذه الحالات ويكون ذلك تحت طائلة إلغاء قرار الإستيلاء وتقرير التعويض للمتضررين من جراء إصداره.

ثانيا/ إجراءات الإستيلاء المؤقت وتنفيذه: يستلزم المشرع على الإدارة إصدار قرار الإستيلاء المؤقت وفق إجراءات معينة تحت طائلة الإلغاء، ويستهدف المشرع من ذلك إضفاء المشروعية على قرارات الإدارة من جهة، وتقديم ضمانة لحق الملكية العقارية الفردية من جهة أخرى، خاصة أن تنفيذ هذا القرار لا يكون إلا بإتباع هذه الإجراءات القانونية وعليه سوف نتطرق إلى ذكر الإجراءات المتبعة لإصدار قرار الإستيلاء ومن ثم إلى تنفيذه على التوالي:

1- الإجراءات المتبعة في إصدار قرار الإستيلاء المؤقت: إشتراط القانون أن يتم إصدار قرار الإستيلاء في شكل مكتوب وأن يتضمن هذا القرار وجوبا البيانات المتعلقة بالعقار وصاحبه حيث نصت المادة 680 من القانون المدني فقرة 01 على ما يلي " يتم الإستيلاء بصفة فردية أو جماعية ويكون كتابيا".

وبعد أن يتم إصدار هذا القرار وفقا لشكل القانوني المطلوب يوقع من طرف الوالي أو من الجهة المختصة ويجب أن يتضمن كل الشروط والبيانات المنصوص عليها في الفقرة 02 من المادة 680 من القانون المدني والتي ورد فيها ما يلي " يوقع الأمر من طرف الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانونا ويوضح فيه إذا كان الإستيلاء يقصد الحصول على

الأموال أو الخدمات، ويبين طبيعة وصفة و/أو مدة الخدمة وعند الإقتضاء مبلغ وطرق التعويض و/أو الأجر".

يخضع قرار الإستيلاء المؤقت للقواعد فيما يخص التبليغ، حيث يتم بمجرد صدور القرار وفقا للشروط القانونية إجراء التبليغ، ذلك أن الإدارة تلتزم بتبليغ كل الأطراف المعنية تحت طائلة البطلان، وتظهر عملية التبليغ في إعطاء حجية للقرار الإداري إذ لا يمكن للإدارة المستفيدة أن تحتج بأي قرار ذا طابع فردي على المواطن المعني - المالك - إلا إذا سبق تبليغه بالقرار.¹

كما ألزم نص المادة 681 مكرر 01 من القانون المدني الطرف المستفيد من الإستيلاء بإعداد جرد قبلي وبعدي للعقار المستولى عليه، حيث جاء في مضمونها ما يلي " وفي حالة وجود حيازة من طرف المستفيد من الإستيلاء، يكون هذا الإستيلاء مسبقا بجرد وبنفس الطريقة، يترتب عن إعادة الحيازة من طرف المستفيد، إعداد جرد"، والحكمة من ذلك هو ضمان عقار المالك المستولى عليه وإعادته بنفس الحالة التي كان عليها يوم مباشرة الإستيلاء، وفي حالة نقصانه أو تلفه يمكن له المطالبة بالتعويض وإصلاح الضرر الذي لحق عقاره.

وعلى العموم تتسم إجراءات الإستيلاء المؤقت بالسهولة والبساطة التي تقتضيها الحالة الإستعجالية خاصة أن المشرع لا يستلزم على الإدارة فيما يخص الإستيلاء المؤقت دفع تعويض مسبق، وهذا ما جعل الإدارة تلجأ في بعض الأحيان إلى إستبدال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بالإستيلاء، الأمر الذي إستدعى تدخل القضاء والتصدي لهذا العمل وإعتبره إنحراف بالسلطة.²

¹ - صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص 63.

² - حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، المرجع السابق، ص 117.

2- تنفيذ قرار الإستيلاء المؤقت: أوكل المشرع الجزائري مهمة تنفيذ قرار الإستيلاء للهيئات المستفيدة أو لرئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث يكون التنفيذ بطريقة مباشرة ذلك أن الإدارة تتمتع بإميازات فيما يخص التنفيذ المباشر والآلي لقراراتها بحكم أنها سلطة عامة والأفراد ملزمون بالخضوع لهذه القرارات بطريقة إختيارية، إلا أنه وفي حالة إعتراض وإمتناع الأفراد عن تنفيذ قرار الإستيلاء يجوز للإدارة تنفيذ قرارها بطريقة جبرية وهذا ما أكدت عليه المادة 681 من القانون المدني بقولها " ينفذ الإستيلاء مباشرة أو من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ويمكن في الحالات التي تقتضي ذلك، تنفيذه بالقوة بطريقة إدارية دون الإخلال بالعقوبات المدنية والجزائية التي أقرها التشريع المعمول به"، ويستفاد من نص هذه المادة أن الأصل أن يكون التنفيذ إختياريا ومباشرا، إلا أنه عند إقتضاء الضرورة وتعنّت الأفراد بالإعتراض عن التنفيذ أجاز المشرع للإدارة اللجوء إلى التنفيذ عن طريق القوة العمومية كطريقة إستثنائية.

المطلب الثاني

القيود التنظيمية والحمائية

رصد المشرع الجزائري من أجل تنظيم الملكية العقارية الخاصة وحماية المحيط العام مجموعة من القيود يستهدف من خلالها فرض رقابة على نوعية النشاطات الممارسة من قبل الملاك من جهة، ومن جهة ثانية حرصا منه على ضمان إستمرارية المرفق العام وتحقيق الخدمات العامة، هذه القيود وإن تختلف فيما بينها - بحكم تنوعها- من حيث الأساس القانوني المنشأ لها وكذلك من حيث محلها والأثر الناتج عن ترتيبها، إلا أنها تلعب في مجملها دور حمائي وتسعى لتحقيق الصالح العام.

كما أن الأصل في هذه القيود أنها تفرض على الأفراد دون مقابل على العكس من تلك المفروضة بغرض توفير الوعاء العقاري- التي تتم مقابل تعويض عادل ومنصف -

ذلك أن هذه القيود لا تتم فيها نزع ملكية ولا حيازة عقار المالك وإنما ترد على حق الإستعمال والإستغلال وتخلف إلتزامات على عاتق المالك.

ولنعرض فيمايلي قيود التهيئة والتعمير في فرع أول، وقيود البيئة في فرع ثان، وقيود الإرتفاقات الإدارية في فرع ثالث.

الفرع الأول

قيود التهيئة والتعمير

أولت الدولة إهتمام خاص بالقطاع العمراني لما له من أهمية بالغة بإعتباره يمثل وجه الدولة وحضارتها¹، حيث أخضعت الأنشطة المتعلقة بالتعمير لمجموعة من القواعد التنظيمية تسعى من خلالها للمحافظة على طبيعة العقارات وكذلك ضبط وترشيد إستعمال الأراضي العمرانية وفقا للقواعد والمقاييس التقنية المنصوص عليها قانونا.

وعليه إستحدث المشرع مجموعة من الأدوات للتحكم في العقار الحضري، تسمح للدولة بالتدخل في الملكية العقارية للأفراد وممارسة آلية المراقبة سواء عن طريق المخططات أو عن طريق الرخص والشهادات.

ومن أجل التعمق أكثر في دراسة أدوات المراقبة على المجال العمراني سنعرض فيمايلي المراقبة عن طريق مخططات التهيئة والتعمير أولا، والمراقبة عن طريق الرخص والشهادات ثانيا.

أولا/ المراقبة عن طريق مخططات التهيئة والتعمير: تعد مخططات التهيئة والتعمير كأساس للرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير، فهي ترجمة شكلية وآلية لضرورة تنظيم التطور في المدن وفي نفس الوقت تعد أداة لتخطيط المجال، وتحقق فيه التوازن بين مختلف وظائف

¹ - منصورى نورة، " قواعد التهيئة والتعمير وفق التشريع"، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 05.

الأرض وأنواع البناء والنشاطات المختلفة¹، لا سيما إذا كانت تهدف لتحديد التوجهات الأساسية لتهيئة الأراضي على مستوى بلدية واحدة أو عدة بلديات.

هذا وتتمثل مخططات التهيئة والتعمير في نوعين المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، اللذان سنعرض كل منهما على حدى فيما يلي:

1- المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (PDAU): يعد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير من أهم المخططات التي تقوم على تحديد التوجهات الأساسية لتهيئة المناطق التي تغطيها²، فهو وثيقة ذا طبيعة محددة الهدف، ترمي لتحديد الخيارات التي يبنى عليها التطور العمراني.³

عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 16 من القانون 29/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير⁴، بقولها " أداة لتخطيط المجالي والتسيير الحضري يحدد التوجهات الأساسية للتهيئة ومخططات التنمية ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي".

يشمل هذا المخطط على تقرير توجيهي مرفق بمستندات بيانية مرجعية يهدف إلى تحديد التخصيص العام للأراضي على مجموع تراب البلدية أو مجموع البلديات، كما يبين طريقة توسع المباني السكنية وتمركز المصالح والنشاطات وطبيعة موقع التجهيزات الكبرى والهياكل الأساسية، كما يوضح وجوبا مناطق التدخل في الأنسجة الحضرية والمناطق الواجب حمايتها طبقا للمادة 18 من القانون 29/90.

¹ - ديرم عائدة، "الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري"، ط 02، دار قانة، الجزائر، 2011، ص 13.

² - Hubert Charles , "les principes de l'urbanisme ", Dalloz , 1993, P26.

³ - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 17.

⁴ - القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر، عدد 51، الصادرة بتاريخ 15 أوت 2004.

كما يسعى المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير لحماية الأراضي الفلاحية التي تستدعي السياسة الحالية ضرورة رفع منتوجها الفلاحي لتلبية حاجيات السكان المتزايدة باستمرار، هذه الحماية نصت على إلزامية وجودها التعليمية الرئاسية رقم 05/95 المؤرخة في 1995/08/14 التي تقضي بضرورة حماية الأراضي الفلاحية التي لا تزال تتعرض لتقلص كبير نتيجة القيام بأشغال تنموية أخرى أهمها التعمير وإخضاعها لرقابة.¹

إضافة إلى الأهداف المنوطة بالمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير يقوم هذا المخطط بتقسيم أراضي المنطقة التي يغطيها إلى أربع قطاعات، قطاعات معمرة عرفها قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري في مادته 20 بأنها "..... هي كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها، ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات".

وحسب المادة 20 من قانون التهيئة والتعمير فإن القطاعات المعمرة تشمل الأراضي وإن كانت غير مجهزة بجميع التهيئات التي تشغلها بنايات مجتمعة ومساحات خاصة ومساحات التجهيزات والنشاطات والأراضي غير المبنية كالمساحات الخضراء والحدائق والمساحات الحرة والغابات والقطاعات الحضرية الموجهة لخدمة هذه البنائيات، ضف إلى ذلك الأجزاء الواجب تجديدها وإصلاحها وحمايتها.

أما القطاعات المبرمجة للتعمير فلم يعرفها قانون التوجيه العقاري تعريف ضيق يخصصها ولكنه عرفها تحت عنوان الأراضي القابلة للتعمير وهو مصطلح مركب يتضمن كل من القطاعات المبرمجة للتعمير وقطاعات التعمير المستقبلية، حيث نصت المادة 21 منه على ما يلي " الأرض القابلة للتعمير في مفهوم هذا القانون، هي كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في آجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير".

¹ - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 21.

وطبقا للمادة 21 من قانون التهيئة والتعمير تشمل القطاعات المبرمجة للتعمير كل الأراضي المخصصة للتعمير على المدى القصير والمتوسط خلال 10 سنوات حسب الأولويات المنصوص عليها في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

في حين تشمل قطاعات التعمير المستقبلية حسب المادة 22 من قانون 29/90 على كل الأراضي المخصصة للتعمير على المدى البعيد في آفاق 20 سنة طبقا للآجال المحددة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

فيما تنص المادة 23 من قانون التهيئة والتعمير على أن القطاعات غير القابلة للتعمير هي القطاعات التي تكون حقوق البناء فيها منصوص عليها في القانون محددة بدقة وبنسب تتلائم مع الإقتصاد العام لهذه المناطق، حيث يعتبر حق البناء فيها مقيد وإن وجد يكون عن طريق نص قانوني.

2- مخطط شغل الأراضي (POS): هو الأداة الثانية للتهيئة والتعمير، يحدد بصفة دقيقة حدود إستعمال الأرض والبناء، يشمل في أغلب الأحيان تراب بلدية كاملة في إطار إحترام القواعد التي ضبطها المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.¹

ويهدف هذا المخطط من خلال ضبط إستعمال الأرض إلى بيان تخصيصها حسب وجهة إستعمالها ويقسمها إلى مناطق، ويحدد القواعد المتعلقة بحقوق البناء في كل منطقة وكذا وجهة وطبيعة المباني وكيفية إنجازها ومساحتها، إرتفاعها، وتوسعها، ومظهرها الخارجي، ومدى تأثيرها على البيئة، كما يبين أيضا بصفة مدققة حقوق إستعمال وشغل الأرض عن طريق توضيح قواعد العامة والإرتفاقات التي من شأنها تحديد وتقييد إمكانيات البناء وأحيانا منعها.²

¹ حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، المرجع السابق، ص 99.

² منصور نورة، المرجع السابق، ص 29.

وتجدر الإشارة إلى أنه بمجرد المصادقة على أدوات التعمير تصبح هذه الأدوات ملزمة للجميع بما فيه الإدارة التي أعدتها وصادقت عليها¹، حيث يستلزم على كل من الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية وأشخاص القانون الخاص المعنيون بهذه المخططات التقيد بأحكام هذه الأدوات².

ثانيا/ المراقبة عن طريق الرخص والشهادات: رغم الدور الذي تلعبه المخططات فيما يخص تنظيم عمليات التهيئة والتعمير، إلا أن المشرع الجزائري لم يغنيه وجودها عن وضع آليات أخرى للرقابة تتمثل في رخص وشهادات البناء والتعمير، هذه الأخيرة التي سمحت للإدارة بالتحكم في العقار العمراني عن طريق عملية الضبط الإداري³.

هذا وتختلف رخص التعمير والبناء عن الشهادات من حيث الدور والخصائص، لذلك سوف نحاول التعرض إلى الرخص أولا ثم نتطرق للشهادات فيما يلي:

1- الرخص المتعلقة بالبناء والتعمير: يعد مجال التعمير والبناء من الأنشطة التي فرض القانون الجزائري لمباشرتها الحصول على تصريح إداري مسبق، بحيث يدخل من قبيل مخالفة القانون كل عمل يتم دون الحصول على هذه الرخص، إذ يعتبر الترخيص الإداري - الرخصة الإدارية - وسيلة في يد الإدارة تمارس بواسطتها الرقابة السابقة وحتى اللاحقة على نشاط الأفراد، فهو إجراء له دور وقائي، يعطي للإدارة إمكانية المحافظة على النظام العام، ويقي المجتمع من أخطار النشاط الفردي⁴.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 99.

² - الشريف البقالي، "شرطة التعمير بين القانون والممارسة"، ط 01، المغرب، 2012، ص 125.

³ - يعرف الضبط الإداري حسب المعيار الموضوعي بأنه: "مجموعة الإجراءات والتدابير التي تقوم بها الهيئات العامة، أو النشاط الذي تقوم به الإدارة من أجل المحافظة على النظام العام"، ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 59، كما يعرف على أنه: "مجموعة قيود وضوابط تفرضها السلطة العامة على نشاط الأفراد خدمة لمقتضيات النظام العام"، عمار بوضياف، "الوجيز في القانون الإداري"، ط 02، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص ص 386 - 369.

⁴ - عزاوي عبد الرحمان، "الرخص الإدارية في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 150.

هذا وتوجد ثلاث رخص تمنح فيما يخص الأنشطة المتعلقة بالتعمير والبناء تتمثل أساسا في رخصة البناء، ورخصة الهدم، وكذا رخصة التجزئة سوف نعرضها على التوالي.

أ- رخصة البناء: من الحقوق المتاحة لصاحب حق الملكية العقارية حق البناء، هذا الأخير الذي يعد من أدوات إستغلال الأرض من جهة ومن جهة أخرى أداة لتغيير وجهتها، ونظرا لأهمية وخطورة هذا الحق فإن المشرع لم يترك حرية البناء مطلقة، بل وضع لها قيود وأحكام قانونية ملزمة¹، ولعل أهم قيد فرض على حق البناء هو وجوب الحصول على رخصة البناء قبل القيام بإنجاز أي بناء جديد وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون 29/90.

ورد في تعريف رخصة البناء عدة تعاريف فمنهم من عرفها على أنها: " قرار إداري تصدره جهة مختصة بتنظيم المباني تآذن فيه بإجراء معين يتعلق بالمبنى الذي يصدر بشأنه".²

كما تعرف على أنها: " القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه للشخص الحق في البناء، بمعناه الواسع طبقا لقانون العمران".³

ويستفاد من هذه التعاريف أن رخصة البناء تعد وثيقة إدارية تصدر بموجب قرار إداري، تمنح الإدارة لطالبيها بموجب هذه الرخصة الحق في إنجاز مشروعه، بعد التأكد من موقع الأرض وقابليتها للبناء ومطابقتها مع ما جاءت به مخططات التهيئة والتعمير.⁴

يتم الحصول على رخصة البناء عن طريق تقديم طلب للجهة الإدارية المختصة، يرفق الطلب بوثيقة يثبت فيها صفته - مالك أو وكيل، حائز، مستأجر-، وتصميم للمشروع المراد بنائه، بعد إيداع طالب رخصة البناء لملفه لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 39.

² - حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، المرجع السابق، ص 100.

³ - محمد الصغير بعلي، " تسليم رخصة البناء في الجزائر"، مجلة دراسات قانونية، عدد 13، 2006، ص 131.

⁴ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 39.

وحصوله على وصل الإيداع، تتم دراسة طلبه عن طريق تفحص الملف المقدم والتأكد من مدى مطابقة مشروع البناء لتوجيهات وقواعد أدوات التهيئة والتعمير، لاسيما فيما يتعلق بموقع البناء وحجمها ومظهرها العام وتناسقها وكذا مدى إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصحة والنظافة والأمن وحماية المحيط والبيئة،¹ وكل القيود و الإرتفاقات التي ترد على الملكية.

تختص مصلحة التعمير بالبلدية بدراسة الملف إذا كان الإختصاص في إصدار رخصة البناء يعود لرئيس البلدية ويمكنها أن تطلب لتكميل الدراسة معلومات من مصلحة التعمير بالولاية أو من أي مصلحة أخرى، ويصدر الرئيس قراره خلال أجل 03 أشهر، أما إذا كان إختصاص رئيس البلدية بصفته ممثلا للدولة فإن الملف يرسل في هذه الحالة إلى مصلحة التعمير على مستوى الولاية لإبداء رأيها حول المطابقة خلال 08 أيام، ويتبع برأي رئيس البلدية خلال شهر من إرسال الملف، تعد مصلحة التعمير بالولاية تقرير خلال شهرين من إستلامها الملف وترسله إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يتخذ قراره بناء عليه، أما إذا كان تسليم الرخصة من إختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير فإن مصلحة التعمير للولاية بعد إنتهائها من إعداد التقرير وترسله إلى المصالح الإدارية المكلفة بمنح الرخصة.²

بعد دراسة الملفات من الجهة المختصة يستلزم عليها الجهة المختصة البث في طلب البناء عن طريق إستصدار قرار يقضي بالموافقة إذا كانت أعمال البناء المطلوب الترخيص بها مطابقة لأحكام القانون أو بالرفض إذا كانت هذه الأعمال مخالفة لأحكام القانون ويكون قرار الرفض مسببا طبقا للفقرة 02 من المادة 62 من قانون 29/90 التي نصت على

¹ مجاجي منصور، "صور الفصل في طلب الحصول على رخصة البناء في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، عدد 02، 2006، ص 319.

² منصور نورة، المرجع السابق، ص ص 45-46.

ما يلي: " لا يمكن رفض طلب رخصة البناء أو التجزئة أو الهدم إلا لأسباب مستخلصة من القانون".

أما في حالة سكوت الإدارة عن الرد على طلب رخصة البناء فإن المشرع لن يتعرض لهذا الإشكال القانوني لا في القانون 29/90 ولا في المراسيم التنفيذية له، مما سبب إختلاف في وجهات النظر حول هذه النقطة، فهناك من يعتبر أن السكوت الذي تلتزم به الجهة الإدارية المختصة عن الرد على طلب رخصة البناء وإنقضاء المدة المحددة للبحث فيه، دون صدور قرار مسبب منها بالقبول أو بالرفض أو طلب إستيفاء وثائق ومعلومات مكملة يعتبر بمثابة قبول ضمني بالبناء ويعتبر جزاء إيجابي ناتج عن إخلال الإدارة بدورها الملزم بالرد¹، وهناك من لا يأخذ بالرخصة الضمنية ويعتبرها غير موجودة أصلاً.²

وعموماً يمكن لكل طالب رخصة بناء تضرر من القرار الإداري سواء كان قرار بالرفض أو قرار بالتأجيل.... أن يلجأ للقضاء للمطالبة بإلغاء القرار الإداري الصادر من الهيئة المختصة، حيث يكون للقاضي الإداري دور رقابي على هذا القرار من حيث النظر في مشروعية القرار عن طريق تفحص الأسباب - التسبب الإداري - وفي حالة خروج هذا القرار عن إطار المشروعية يحكم القاضي بإلغائه، ومن ثم يتسنى للمعني تجديد طلبه.³

ب- رخصة الهدم: تعتبر رخصة الهدم من بين أدوات الرقابة على العقار المبني خاصة المحمي منه⁴، فيشترط قبل القيام بأي عملية هدم الحصول مسبقاً على الترخيص بالهدم طبقاً للمادة 60 من قانون 29/90 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، وذلك لضمان إنجازها في الظروف الأمنية والتقنية المطلوبة، دون المساس بأمن وسلامة الغير، وتكون رخصة الهدم مطلوبة لا

1- مجاجي منصور، المرجع السابق، ص ص 329-330.

2- ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 78.

3- منصور نورة، المرجع السابق، ص 52.

4- منصور نورة، المرجع نفسه، ص 54.

سيما في الحالات التي نصت المادة 61 من المرسوم التنفيذي 176/91¹ المؤرخ في 1991/05/28 يحدد كليات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، حيث نصت هذه المادة على وجوب طلب رخصة الهدم عندما تكون البناية المراد هدمها واقعة في مكان مصنف أو في طريق التصنيف في قائمة الأملاك التاريخية أو المعمارية أو السياحية أو الثقافية أو الطبيعية، أو لما تكون البناية الآيلة للهدم سند للبنائيات المجاورة.

هذا وتعرف رخصة الهدم على أنها " ترخيص يفرض على الأشغال المتعلقة بإزالة البناء أو جزء منه في حالة ما لم يعد قابلا للاستعمال".²

تصنف رخصة الهدم في قائمة القرارات الإدارية التي تمارس عن طريقها الهيئة الإدارية عملية الرقابة على أعمال الهدم في العقار المبني، والحكمة من وجوب إصدار قرار الهدم قبل أي عملية هدم هو حماية البنائيات المجاورة من أي خطأ في تنفيذ عملية الهدم يلحق ضررا بالمبنى المجاور أو يهدمه وكذلك من باب الحفاظ على البنائيات المصنفة.

يتم طلب رخصة الهدم من صاحب البناء المراد هدمه، يكون الطلب بإسمه أو من طرف موكله، كما يمكن أن يقدم الطلب من الهيئة العمومية التي تعين البنائيات المهتدة بالإنهيار، ويرفق الطلب بنسخة من عقد الملكية أو شهادة الحياة، يخضع طلب الحصول على رخصة الهدم لنفس الإجراءات التي تخص رخصة البناء فيما يخص إيداع ملف الطلب ودراسته ولنفس الآجال، وفي حالة وقوع المبنى في منطقة التوسع السياحي يستلزم إخطار وزارة السياحة.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر، عدد 26، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1991.

² - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 89.

أتاح المشرع لطالب الرخصة اللجوء للقضاء من أجل الطعن في القرار الإداري وفي حالة الرفض بقرار صريح، وله أن يطلب من القاضي إعادة النظر في مشروعية القرار، وفي حالة السكوت يمكن للمعني تقديم تظلم سلمي للإدارة وبعد مرور 30 يوم دون الرد يجوز له اللجوء للقضاء ويرفع دعوى ضد الإدارة لإلغاء قرارها الضمني، كما أجاز المشرع للغير المتضرر من رخصة الهدم الاعتراض عليها أمام الجهات الإدارية المختصة طبقاً للمادة 70 من المرسوم التنفيذي 176/91، وفي حالة تجاهل الإدارة لإعتراضه أو عدم أخذه بعين الاعتبار يمكن لأي متضرر اللجوء للقضاء للمطالبة بإلغاء قرار الهدم.¹

ج- رخصة التجزئة: تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع في ملكية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، يستهدف صاحب الطلب من خلال هذه التجزئة القيام بعملية بناء.²

عرفت المذكرة رقم 1479/2000 المؤرخة 2000/03/28 تتضمن دور المحافظ العقاري في نظر بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير والبناء رخصة التجزئة بأنها: " وثيقة تفصح عن الرخصة الممنوحة من قبل السلطات الإدارية المختصة لإجراء قسمة قطعة أرض معينة تشكل وحدة عقارية إلى وحدتين أو أكثر"، وعليه تعد رخصة التجزئة من أدوات الرقابة القبلية التي تقوم بها الهيئات الإدارية المختصة على عمليات التعمير والبناء، بحيث ألزم المشرع كل راغب في إحداث تجزئة على ملكه بغرض البناء بضرورة طلب هذه الرخصة من الهيئات المختصة، ومنع تشييد البناءات في كل تجزئة غير مرخصة.³

وللحصول على هذه الرخصة يتعين على كل راغب في ذلك أن يقدم طلب ترخيص بالتجزئة مرفقا بكل الوثائق التي تثبت ملكيته، أو الوكالة إذا كان المالك ممثلا بوكيله وكذلك

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 58.

² - حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، المرجع السابق، ص 102.

³ - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص ص 79-80.

كل التصاميم البيانية والإيضاحية للعقار المراد تجزئته، كما يرفق بمذكرات إيضاحية بمدى تأثير التجزئة على أملاك الغير والبيئة، إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي في خمس نسخ تنظر المصلحة المكلفة بالتعمير بالتحقيق في الملف ومدى مطابقته لأدوات التهيئة والتعمير¹، كما يرسل الملف للمصلحة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في أجل ثمانية أيام إذا كان رئيس البلدية مكلفا بصفته ممثلا للدولة، تتم الرد على الطلب خلال أجل ثلاث أشهر إذا كان رئيس البلدية مختصا كممثل للبلدية، أما في حالة إختصاصه كممثل للولاية فقد أعطى المشرع مدة شهرين لمصلحة التعمير لإصدار تقريرها وبناء على هذا التقرير يصدر رئيس البلدية قراره بخصوص طلب التجزئة سواء بالقبول أو بالرفض.

يجوز للمعني اللجوء إلى القضاء للطعن في القرار الإداري الصادر من البلدية برفض الترخيص وفي حالة سكوت الإدارة - يعتبر تصريح ضمني بالرفض - حيث ينظر القاضي في مشروعية قرار الإدارة ويحكم حسب ما يراه مناسبا سواء بتأييد القرار أو بإلغائه، وفي حالة الإلغاء يجوز للمعني إعادة تجديد طلبه للهيئات الإدارية.

2- الشهادات المتعلقة بالتهيئة والتعمير: وضع المشرع مجموعة من الشهادات في يد لإدارة تراقب من خلالها المجال العمراني منها ما تمثل الرقابة القبليّة كما شهادة التعمير وشهادة القسمة ومنها ما يتعلق بالرقابة البعدية مثل شهادة المطابقة، ولأجل التفصيل في هذه الشهادات سوف نعرض كل واحدة على حدى فيما يلي:

أ- شهادة التعمير: نص المشرع على شهادة التعمير في مضمون المادة 51 من القانون 29/90 والتي جاء فيها ما لي: " يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي معني قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء والإرتفاقات التي تخضع لها الأرض " أما المادة 02 من المرسوم التنفيذي 176/91 فقد عرفتها على أنها " الوثيقة التي تسلم بناء على طلب من كل شخص معني تعين حقوقه في البناء والإرتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعنية".

¹ - المادة 11 من المرسوم التنفيذي 176/91.

هذا وتختلف تعريفاتها لدى الفقهاء ورجال القانون فهناك من يعرفها على أنها "الوثيقة التي تمنح من قبل الإدارة للمعني، تبين فيه حقوق البناء والإرتقاقات التي تقع على العقار"¹، فيما تعرف أيضا على أنها " شهادة معلومات تحدد للمعني حقوقه في البناء والإرتقاقات التي تخضع لها الأرض المعنية وتزوده بهذه المعلومات من أجل أن يتصور لأي مدى تتسجم غايته من البناء مع أحكام رخصة البناء التي قد يطلبها بعد ذلك"².

يعود أصل هذه الشهادة إلى القانون الفرنسي أين كانت كل الشهادات المتعلقة بالتعمير تدخل ضمن الممارسات الإدارية إلا أنها لم ترقى إلى رتبة قرار إداري إلا في ظل القانون الصادر في 1971 الذي أعطى لهذه الشهادة القاعدة الشرعية وجعل منها قرار إداري منشأ للحقوق.³

تصنف شهادة التعمير ضمن أدوات الرقابة على عملية التعمير بصفة مسبقة قصد التحكم الأكيد والمستمر فيها، ومن ثم ضبط التوسع العمراني حسب المقاييس والمواصفات المعمارية المرخص بها من طرف الإدارة المختصة وكذا توفير محيط عمراني متجانس، فهي تتضمن إمكانية البناء على الأرضية وشروط تجزئتها، والإمداد بالمعلومات عن المساحة المتبقية على الأرض، كما تبين حقوق البناء على الأرضية طوال مدة صلاحيتها وتضمن للمالك عدم تعرضه للإعتراض عند إقامة الأشغال في الحدود المقررة فيها، وتسمح له بتنفيذ الإنجاز في الوقت الكافي لذلك.⁴

تسلم شهادة التعمير بناء على إلتماس أي شخص يودع طلب يرفقه بملف تقني يحدد العنوان والمساحة إن وجدت، ومخطط الأرض إلى المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا مقابل وصل إيداع⁵، و يدرس الملف حسب الأشكال المتعلقة برخصة البناء وتسلم شهادة

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 62.

² - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 95.

³ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 62 - 63.

⁴ - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 96.

⁵ - حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، المرجع السابق، ص 96.

التعمير خلال الشهرين المواليين لإيداع الملف طبقاً للمادة 04 من المرسوم التنفيذي 176/91، إذا كان رئيس البلدية ممثلاً للبلدية أما إذا كان رئيس بلدية ممثلاً للدولة يتم إرسال الملف لمصلحة التعمير في الولاية في أجل 08 أيام تحسب من تاريخ الإيداع، ويؤدي رئيس البلدية رأيه خلال أجل شهر أما المصلحة المختصة بالولاية فيكون لها أجل شهرين لدراسة الملف، وفي حالة ما إذا كان الإختصاص يعود للوالي أو الوزير فيتم تسليم الملف وفقاً للإجراءات السابقة ويرسل لمصلحة التعمير بالولاية حيث يكون أمام الوالي أو الوزير أجل شهرين لإصدار قراره.¹

تحدد مدة صلاحية هذه الشهادة بسنة واحدة ابتداءً من تاريخ التبليغ وفي حالة عدم إقتناع الطالب بالرد الذي يبلغ له من قبل الإدارة أو حالة سكوتها عن الرد خلال الآجال المطلوبة، فيمكن للمعني أن يتقدم بتظلم سلمي للإدارة، كما يجوز له أن يرفع دعوى لدى الجهات القضائية المختصة.

ب- شهادة القسمة: نص عليها المشرع من خلال المادة 59 من القانون رقم 29/90 والمادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 على أنها وثيقة تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو مجموعة أقسام، ومن ثم تعتبر شهادة القسمة وثيقة إدارية تمنح بموجب قرار إداري تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام، حيث تخص هذه الشهادة العقارات المبنية فقط²، ذلك أنها وثيقة تمنح في إطار تنظيم عمليات البناء تخول للمستفيد منها القيام بعمليات التقسيم للعقارات المبنية.

يودع الملف وتصدر شهادة التقسيم وفق الإجراءات المتبعة في إصدار رخصة البناء وتسلم لمالك العقار المبني في شكل قرار صادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي حالة سكوت الإدارة يعتبر سكوتها رد بالموافقة.³

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 64 - 65.

² - منصور نورة، المرجع نفسه، ص 69.

³ - منصور نورة، المرجع نفسه، ص 69 - 70.

ج- شهادة المطابقة: يتعين على المستفيد من رخصة البناء بعد الإنتهاء من إنجاز البناء أو المنشآت المراد إنجازها - المرخص له بإنجازها- والقيام بكل أشغال التهيئة، إستخراج شهادة مطابقة للأشغال المنجزة مع الأحكام المنصوص عليها في رخصة البناء.¹

وعليه تعتبر شهادة المطابقة وسيلة للرقابة البعدية للتعيمير، تثبت إنجاز الأشغال طبقا للتصاميم المصادق عليها وفقا لبنود وأحكام رخصة البناء، كما تعد هذه الشهادة وسيلة قانونية لإستيلام المشروع وتأكيد مطابقتها مع أحكام رخصة البناء وإحترام قواعد التعيمير ومخططات التهيئة والتعمير²، كما أن الحصول عليها يعتبر ترخيصا رسميا من طرف الهيئة الإدارية المختصة بإستعمال وإستغلال العقار الذي تم بناؤه دون أي خطر على من يشغله، تسمح هذه الشهادة للمعني من الإستفادة من بعض الإمتيازات العامة مثل الربط بالطرقات وشبكات الصرف وقنوات المياه الصالحة لشرب والغاز³.... طبقا للمادة 61 من القانون 15/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها⁴، الذي يهدف لتسوية البناءات غير القانونية أو المخالفة لأحكام رخصة البناء.

من أجل الحصول على هذه الشهادة يقوم المستفيد من رخصة البناء خلال ثلاثون يوما من إنتهاء الأشغال بتقديم تصريح على نسختين يشهد بمقتضاه على إنتهاء أشغاله المقررة في رخصة البناء، ويودع التصريح بمقر البلدية لمكان البناء مقابل وصل إيداع وفقا لأحكام المادة 56 من المرسوم التنفيذي 176/91، يرسل رئيس البلدية نسخة من التصريح إلى مصلحة التعيمير على مستوى الولاية، وتشكل لجنة لدراسة مطابقة الأشغال لرخصة البناء ويخطر رئيس البلدية المعنيون بالمطابقة قبل 08 أيام من فحص المطابقة وحسب المعاينة تقوم اللجنة بإبداء رأيها فيما يخص مدى مطابقة الأشغال، ففي حالة الموافقة يصدر

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 103.

² - منصور نورة، المرجع السابق، ص 70.

³ - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - القانون 15/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008.

رئيس البلدية قرار إداري يتضمن شهادة المطابقة، إما إذا كان رأي اللجنة سلبي فيما يخص فحص المطابقة فإن رئيس البلدية يصدر قرار رفض منح شهادة المطابقة¹، ويلزم المعني بضرورة إجراء المطابقة في أجل ثلاث أشهر تحت طائلة التعرض للعقوبة المنصوص عليها في قانون التعمير.²

أما في حالة سكوت الإدارة عن الرد فقد أتاحت المادة 60 من المرسوم التنفيذي 176/91 للمعني بالأمر التقدم بتظلم سلمي للهيئة الإدارية المختصة، هذه الأخيرة ملزمة بالرد على هذا الطعن أو التظلم خلال شهر واحد، وفي حالة عدم الرد تعتبر الشهادة ممنوحة، لأن سكوتها يعتبر تصريح ضمني بالموافقة على منح شهادة المطابقة.

الفرع الثاني

قيود البيئية

تناولنا في تطور الملكية لدى المجتمعات القديمة - في الفصل الأول- أن الملكية عبارة عن صورة مشاركة إجتماعية يملك فيها الأحياء والأموات، ومع تطور القانون والمذاهب الفكرية والحضارات ظهر مفهوم جديد للملكية وظهرت الملكية الفردية ولكن في ظل أداء الوظيفة الإجتماعية حيث أن الملكية لم تعد كما في سابق عهدها، فلا هي تخص الأحياء والأموات ولا هي تخص الفرد وحده، وإنما أصبحت حق مقرر للأفراد مع مراعاة مصالح الأجيال القادمة، ذلك أن الفرد يسعى لتحقيق مصالحه من خلال التمتع بحق ملكيته، أخذا بعين الاعتبار المصلحة العامة للأجيال الحاضرة وعدم الإضرار بمصالح وإحتياجات الأجيال القادمة، وهذا ما يعبر عنه بالتنمية المستدامة.

حيث أن معظم دول العالم كانت تولي إهتمام كبير بالتنمية الإقتصادية والإجتماعية وتحاول النهوض بإقتصادها الوطني والسباق نحو تكوين الثروة دون إعتبار لما يخلفه

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 71.

² - ديرم عائدة، المرجع السابق، ص 111.

نشاطها الإقتصادي من أخطار على البيئة، مما تسبب في وجود أضرار جسيمة بالبيئة تمس كل الشعوب بدون إستثناء وإن صح القول كل الكائنات الحية.

هذا ويعد موضوع القيود المقررة على لحماية البيئة في منظورنا أكثر القيود تحقيقا للمنفعة العامة للأجيال الحالية والمستقبلية، وذلك لإرتباطه بالجانب الإقتصادي والإجتماعي وبمسار التنمية عموما .

ولنعرض فيمايلي علاقة البيئة بمصطلح التنمية المستدامة أولا، والقيود القانونية الدولية المقررة لحماية البيئة ثانيا، والقيود المقررة لأجل حماية البيئة في التشريع الجزائري ثالثا.

أولا/ علاقة البيئة بمصطلح التنمية المستدامة: لا يمكن الوصول إلى العلاقة التي تربط بين التنمية المستدامة والبيئة دون التطرق إلى المقصود بمصطلحي البيئة والتنمية المستدامة، وكذا الإحاطة بكل أبعاد هذه الأخيرة - التنمية المستدامة- التي تعتبر مصطلح جديد ومستحدث يجهله الكثير من القراء، وعليه سوف نحاول أولا التعريف بالبيئة والتنمية المستدامة ثم نعرض أبعاد التنمية المستدامة.

1- تعريف البيئة والتنمية المستدامة: لا يوجد تعريف شامل لهما معا ولذلك سوف نتطرق إلى تعريف كل مصطلح على حدى فيما يلي:

أ- تعريف البيئة: عجز الفقهاء ورجال القانون عن إعطاء تعريف موحد للبيئة، ذلك أنه لم يرد حتى اليوم تعريف وافي يمكن إعماده والتسليم به، حيث أن كل التعريفات التي وضعت للبيئة عرفت من خلال ذكر عناصرها.

ومن بين هذه التعاريف ما جاء به الباحث ريكاردوس الهبر مؤسس جمعية أصدقاء الطبيعة والذي عرف البيئة على أنها: "مجموعة العوامل الطبيعية المحيطة التي تؤثر على

الكائن الحي، أو التي تحدد نظام حياة مجموعة من الكائنات الحية المتواجدة في مكان وتؤلف وحدة إيكولوجية مترابطة".¹

كما تعرف أيضا بأنها: " الوسط الذي يحيا فيه الإنسان، والتي تنظم سلوكه ونشاطه فيه مجموعة من القواعد القانونية المجردة ذات الصبغة الفنية على نحو يحفظ عليه حياته ويحمي صحته مما يفسد عليه ذلك الوسط والآثار القانونية المرتبطة على مثل هذا النشاط".²

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف البيئة واكتفى بذكر مكوناتها من خلال مضمون المادة 04 في فقرتها السابعة من القانون 10/03³ المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والتي نصت على ما يلي " البيئة: تتكون من الموارد الطبيعية اللاحوية والحيوية كالهواء والجو والماء والأرض وباطن الأرض والنبات والحيوان، بما في ذلك التراث الوراثي، وأشكال التفاعل بين هذه الموارد، وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية".

ب- تعريف التنمية المستدامة: ورد في التنمية المستدامة عدة تعريفات متقاربة نوعا ما وتصيب كلها في معنى واحد ومن أكثر التعاريف المتداولة حول التنمية المستدامة ما يلي: " توفير إحتياجات الجيل الحالي دون الإضرار بإحتياجات المستقبل" كما عرفت السيدة رغو برونتلاند رئيس وزراء النرويج خلال إنعقاد اللجنة العالمية للبيئة والتنمية في تقريرها بأنها " التنمية التي تلبي إحتياجات الحاضر دون الإنقاص من قدرات الأجيال القادمة على الوفاء بإحتياجاتها".⁴

¹- سهير إبراهيم حاجم الهيتي، "الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 26.

²- نبيلة عبد الحلیم كامل، " نحو قانون موحد لحماية البيئة "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 17.

³- القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

⁴- سهير إبراهيم حاجم الهيتي، المرجع السابق، ص ص 109-110.

نلاحظ من هذه التعاريف أن هناك نقلة نوعية في التفكير فبعدما كان العالم مشغول بالتفكير في سبل تلبية الحاجات العامة للأجيال الحاضرة مستعملا في ذلك كل الأساليب التي تحقق النفع العام، بما في ذلك فرض قيود قانونية على الملكية العقارية الخاصة لأجل تحقيق المصلحة العامة، جاء هذا المصطلح أو المفهوم الجديد للتنمية لينقلنا إلى التفكير في مصالح الأجيال القادمة، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا عن طريق إتخاذ عدة إجراءات وفرض جملة من القيود على الثروات والأموال الوطنية والخاصة تضمن إستمراريتها وإستدامتها للأجيال اللاحقة.

2- **أبعاد التنمية المستدامة:** تنطوي التنمية المستدامة على ثلاث أبعاد، بعد بيئي وبعد إجتماعي وبعد ثالث إقتصادي، هذه الأبعاد تشكل تكامل فيما بينها، وتستدعي لنجاحها وجود سياسة إستراتيجية متوازنة تهتم بهذه الأبعاد بقدر متكافئ ومتساوي، يهتم كل بعد من هذه الأبعاد بمجال حيوي معين، من أجل التطرق لذلك سوف نتعرض لكل بعد على حدى.

أ- **البعد البيئي:** ترتبط التنمية بالبيئة بحيث لا تتحقق التنمية إلا من خلال الحفاظ على الأنظمة البيئية، والتسيير الراشد للموارد والثروات الطبيعية بما يلبي حاجات المجتمعات الحالية ويضمن إحتياجات الأجيال القادمة، ويستوجب هذا الأمر قيام مسؤولية كل الأطراف - أنظمة، شعوب، جمعيات، مؤسسات- بخصوص حماية التراث البيئي من جهة، ومن جهة ثانية الوصول إلى سياسة إستراتيجية للحد من إستنزاف الثروات الطبيعية - خاصة الغير متجددة منها- دون أن يؤثر ذلك في إستمرارية ونمو الإقتصاد الحالي للدول.

فالإنسان مرتبط بالبيئة ويتأثر بها بصورة حتمية وإستمراريته في العيش بصحة وسلامة ورفاهية مرهونة بالحفاظ على كل مكونات هذه البيئة البيولوجية والإيكولوجية ومحاربة التلوث، وتجنب كل الأخطار التي تلحق البيئة والتي تنتج عن فعل الإنسان.

ب- **البعد الإقتصادي:** يهدف البعد الإقتصادي للتنمية المستدامة إلى تحقيق الرفاهية الإجتماعية والرفع منها إلى أقصى حد ممكن، وتحسين المستوى المعيشي والقضاء على الفقر من خلال الإستغلال الأمثل للموارد الطبيعية والإستعمال المثالي للموارد البشرية،¹ والسعي للحفاظ على إستمرارية تطور الإقتصاد من خلال التحكم في عنصري الإستهلاك والإنتاج.

ج- **البعد الإجتماعي:** تشير التنمية الإجتماعية للعلاقة بين الإنسان والطبيعة وإلى النهوض برفاهية الإنسان، وتحسين سبل الحصول على الخدمات الصحية والتعليمية الأساسية، والوفاء بالحد الأدنى من معايير الأمن وإحترام حقوق الإنسان،² وكذا محاولة ضبط العلاقات الإجتماعية بما يضمن إسهام كل أفراد المجتمع في الحفاظ على البيئة وحمايتها من الأخطار بإعتبارها ملكية مشتركة لكل الشعوب والأجيال، خاصة إذا كان مصير الأجيال اللاحقة مرتبط بالأجيال الحالية.

ثانيا/ **القيود القانونية الدولية لحماية البيئة:** تأخر المجتمع الدولي في وضع آليات قانونية لحماية البيئة، ولم يولي إهتمام بالبيئة إلا بعد الكوارث والأضرار الجسيمة التي لحقت بالبيئة بسبب الحروب وما صاحبها من إستعمال الأسلحة ومواد كيميائية فتكت بكل عناصر البيئة، ضف إلى ذلك المخلفات الناتجة عن الثورة الصناعية، حيث لم تأخذ في الحسبان معظم دول العالم بالأولوية البيئية، وتجاهلت فكرة العلاقة التكاملية بين البيئة والمجتمع والإقتصاد، والتي تقضي بأنه لا توجد تنمية إقتصادية وإجتماعية في غياب سلامة بيئية.

هذا وقد كان الطرح الأول لمسألة البيئة يعود لعلماء الطبيعة وجاءت مساندة رجال القانون لهذا الطرح متأخرة، حيث لم تتوسع الدراسات القانونية لهذا الموضوع إلا بعد إعلان

¹ -زروخي فيروز، أنساعد رضوان، "إشكالية التنمية المستدامة وتحدياتها"، مجلة نماء، عدد خاص، مجلد رقم 02، 2008، ص 69.

² - زروخي فيروز ، أنساعد رضوان، المرجع نفسه، ص 69.

ستوكهولم بتاريخ 16 جوان 1972¹ هذا الأخير الذي كان له الفضل في زيادة الإهتمام بالبحث في طرق حماية البيئة، إلا أن المجتمع الدولي حاول تدارك هذا التأخر الملحوظ من خلال العمل على وضع آليات قانونية وبشرية تعمل على ضمان السلامة البيئية، تهدف إلى إلزام المجتمع الدولي والمجتمعات المدنية بإحترام القواعد البيئية، والتثبت من أن الأنشطة الممارسة داخل أقاليم الدول وخارجها لا يآثر سلبا على البيئة، والعمل المشترك على حمايتها، حيث تم إصدار قوانين دولية تهدف إلى حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة يتقيد بها الجميع، كما تم إنشاء منظمات دولية تسهر على تطبيق هذه القوانين-على غرار إنشاء جهاز برنامج الأمم المتحدة للبيئة-، يرمي من خلالها المجتمع الدولي إلى تحريم كل النشاطات المضرة بالبيئة بإعتبارها ملكية مشتركة للجميع، تطبيقا لمبدأ الوقاية من الضرر².

ولنعرض فيمايلي الآليات الدولية المسطرة لحماية البيئة ثم نتطرق إلى تقدير فعالية الآليات الحمائية الدولية:

1- الآليات الدولية المسطرة لحماية البيئة: تتمثل الحماية القانونية الدولية للبيئة في المعاهدات والإتفاقيات والمؤتمرات المتعلقة بقضايا البيئة، حيث تعتبر هذه الإتفاقيات والمعاهدات مصدر من مصادر القانون، وهي قيود قانونية تسري على جميع الدول المصادقة عليها، ذلك أن هذه الآليات تستأثر بعنصر الإلزامية في التطبيق، خاصة في ظل الدور الذي تلعبه في حياة الجماعة الدولية، حيث تعتبر الوسيلة لحل القضايا الدولية، المشتركة والتغلب على المشكلات العالمية³.

ولعل أهم القضايا البيئية العالمية المطروحة هي قضية تلوث البيئة والأضرار التي لحقتها بفعل الإنسان، هذه القضية التي تستدعي تضافر الجهود الدولية من أجل الوصول

¹ رباحي قويدر، "القضاء الدولي البيئي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص02.

² رباحي قويدر، المرجع نفسه، ص ص 120 - 121.

³ داود عبد الرزاق الباز، "الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث"، ط 01، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص 119.

إلى حلول وقائية عن طريق خلق إجراءات لازمة تتخذ للحيلولة دون وقوع الأخطار من جهة، ومن جهة أخرى العمل المشترك على علاج كل الأضرار والأخطار البيئية الموجودة عن طريق القضاء على كل الأسباب التي تؤثر سلبا على عناصر البيئة.

وفي هذا الصدد عقدت العديد من المؤتمرات بخصوص قضايا البيئة ولعل من أهمها مؤتمر ستوكهولم (بالسويد) الذي نظم بناء على إقتراح المجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع للأمم المتحدة، حيث دعت الجمعية العامة بتاريخ 1968/12/03 إلى عقد مؤتمر دولي حول البيئة الإنسانية، وتم عقد هذا المؤتمر في الفترة ما بين 05 إلى 16 جوان 1972 بستوكهولم تحت شعار "فقط أرض واحدة" مستهدفا توحيد الرؤى وتحقيق مبادئ وطرق مشتركة لإرشاد شعوب العالم إلى حفظ البيئة البشرية وتنميتها، وكذا بحث سبل تشجيع الحكومات والمنظمات الدولية للقيام بما يجب لحماية البيئة، وفي ختام أعمال هذا المؤتمر صدر إعلان عن البيئة الإنسانية متضمنا أول وثيقة دولية حول مبادئ العلاقات بين الدول في شأن البيئة وكيفية التعامل معها، والمسؤولية الدولية عما يصيبها من أضرار.¹

وفي النصف الأول من شهر جوان عام 1992 تم إنعقاد مؤتمر "البيئة والتنمية" في مدينة ريو دي جانيرو بالبرازيل، إشتهر هذا المؤتمر بتسمية "مؤتمر قمة الأرض" هذا الأخير الذي يعد أكبر إجتماع عالمي في التاريخ بحكم الدول المشاركة.²

حيث حظي بمشاركة 178 دولة، وترجع دوافع إنعقاد مؤتمر ري ودي جانيرو إلى تقرير برننتلاندا، الذي بين أن البيئة التي تمثل المكان الذي نعيش فيه، والتنمية التي نعمل من خلالها على تحسين نظم الحياة ورفع المستوى المعيشي كلاهما مفهومان متلازمان يتعذر فصلهما، يتم الإنسجام بينهما بتطبيق مفهوم التنمية المستدامة، إن المبادئ والأفكار

¹ سهير إبراهيم حاجم الهيتي، المرجع السابق، ص ص 452 - 453.

² ماجد راغب حلو، "قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة"، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 20.

التي وردت في هذا التقرير أقرت الأمم المتحدة بوجود إرتباط وثيق بين البيئة والتنمية مما جعلها تتخذ قرار بعقد هذا المؤتمر.¹

خرج المؤتمر عند إختتام هذا المؤتمر بثلاث إتفاقيات وقع عليها ممثلي 150 دولة من الدول المشاركة في المؤتمر تتمحور هذه الإتفاقيات أساسا في إتفاقية مناخ الأرض تقضي بضرورة العمل المشترك على إيجاد حلول للإنحباس الحراري وإرتفاع درجات الحرارة كما توصي بتعهد الدول الموقعة على تخفيض إنبعاث الغازات المضرة بالبيئة والمسببة للحرارة، وإتفاقية التنوع الحيوي التي ترمي إلى حماية الكائنات الحية الحيوانية والنباتية المهددة بالإنقراض، وإتفاقية ثالثة - مختلف فيها- ترمي لحماية القطاعات الغابية.²

وعلى العموم شاركت الجزائر في هذه القمة وأخذ المشرع الجزائري بنتائج هذا المؤتمر عند سنه للقانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.³

كما نظمت هيئة الأمم المتحدة مؤتمر آخر باليابان ينسب إلى المدينة التي إنعقد فيها حيث يسمى مؤتمر كيوتو، أقيم هذا المؤتمر في الفترة ما بين 01 إلى 11 ديسمبر 1997، وكان الهدف الأساسي من إنعقاده هو تحديد الطرق والمبادئ التوجيهية لمعرفة كيفية إحتواء النشاطات التي يقوم بها الإنسان، والمتصلة بالتغيرات المناخية من جراء إنبعاث الغازات الدفينة،⁴ حيث خرج المؤتمر ببروتوكول لتخفيض هذه الغازات بنسب متفاوتة ويشمل التخفيض ثلاث أنواع من الغازات تتمثل أساسا في أكسيد الكربون، الميثان، أكسيد النيتروجين وثلاث أنواع من المركبات الفلورية مع تحمل الدول الصناعية مسؤولية نقل التقنيات الملائمة إلى الدول النامية و مساعدتها ماليا وتقنيا، إلا أن الدول المعنية بهذا

¹- سهير إبراهيم حاجم الهيبي، المرجع السابق، ص 460.

²- ماجد راغب حلو، المرجع السابق، ص ص 22-23-24.

³- سمير بن عياش، "السياسة العامة البيئية في الجزائر وتحقيق التنمية المستدامة على المستوى المحلي"، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 54.

⁴- عامر طراف، "التلوث البيئي والعلاقات الدولية"، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 162.

الإتفاق تحاول دوما تعطيل كل ما يؤدي إلى فرض الإلتزامات عليها، بسبب تعارض تلك الإلتزامات مع الشركات متعددة الجنسيات وجماعة الضغط بهذه الدول، وبالنسبة للجزائر فمصادقتها على بروتوكول كيوتو، يؤكد إهتمامها بالإتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة، إضافة إلى مشاركتها في المؤتمرات الدولية وإثراء النقاش فيها.¹

وفي 2002 إنعقدت بجوهانسبورغ قمة العالمية للتنمية المستدامة وتم الإتفاق فيها على تأمين مياه الشرب وإيجاد النظم الملائمة لمعالجتها وتحقيق التنمية البشرية والقضاء على آفة الفقر.²

كما نشير في الأخير إلى أننا ذكرنا هذه المؤتمرات على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ذلك أنه عقدت مؤتمرات كثيرة حول البيئة ووقعت عدة إتفاقيات فيما يخص حماية البيئة لا تتسع الدراسة لذكرها جميعا.

2- تقدير فعالية الآليات الحماية الدولية: رغم الكم الهائل من الإتفاقيات الموقعة والمؤتمرات المنعقدة فيما يخص حماية البيئة تبقى هذه القواعد القانونية تقف لعنصر الإلزامية المطلوب وكذا إلى الجزاء الرادع وإلى السلطة الدولية المهيمنة،³ وذلك رغم الدور والجهود الذي تلعبه الأمم المتحدة والوكالات المتعلقة بها التي أسهمت صياغة القانون الدولي للبيئة من خلال تنظيم المؤتمرات وإنشاء اللجان والبرامج الخاصة بالبيئة، وكذا تشجيع التعاون الدولي لصيانة مواردها عن طريق إصدار القرارات والتوصيات،⁴ إلا أن هذه التوصيات وإن كانت قد رحبت ببعضها الدول النامية، إلا أن الدول الكبرى قد عارضتها، ونلاحظ ذلك من خلال الموقف السلبي للولايات المتحدة الأمريكية التي إمتنعت عن التوقيع على إتفاقية إنقاذ كوكب الأرض وأنواع الحيوانات التي خرج بها مؤتمر قمة الأرض، كما

¹ - سمير بن عياش، المرجع السابق، ص 54.

² - سمير بن عياش، المرجع نفسه، ص 54.

³ - ماجد راغب حلو، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - مندرين أشرف، "القانون الدولي الإنساني والعلاقات الدولية"، مذكرة ماجستير، الاكاديمية العربية في الدانمارك، 2011، ص 55.

حاولت شطب تغيير المناخ من جدول أعمال مؤتمر كيوتو، علما أنها تتسبب بحوالي 35% من تصاعد الغازات الملوثة في العالم الناتجة عن تجارب أسلحة الدمار الشامل والصناعات الحربية، وعلى العموم رفضت التوقيع على كل الإتفاقيات البيولوجية وإتفاقيات تغير المناخ¹، وإستمرت في تطوير الصناعات الكيماوية وإجراء التجارب النووية وتصدير النفايات الذرية الخطيرة لدفنها في أراضي الدول الفقيرة ضاربة بذلك القوانين الدولية وإتفاقيات حماية البيئة عرض الحائط.²

ونلاحظ من خلال ما تقدم أن الحماية البيئية الدولية تفتقر إلى الفعالية المطلوبة حتى وإن أخذت بها الدول النامية في سن قوانينها الداخلية إلا أن البيئة العالمية تبقى عرضة للأخطار والتهديدات التي تمس سلامتها وتقضي على كل عناصرها الحيوية ومصالح الأجيال القادمة.

ويرجع السبب في عدم فعالية هذه الحماية إلى غياب هيئات دولية ردعية تتصف بالحيادية وقادرة على إلزام كل الدول بالأخذ بالقرارات والتوصيات المتوصل إليها في المؤتمرات، فالبيئة بحاجة إلى قرارات بيئية ملزمة للمجتمع الدولي تحميها وليس إلى عقد كم هائل من المؤتمرات والخروج بتوصيات تبقى حبر على ورق أو تطبق في حيز ضيق يتمشى ومصالح الدولة المطبقة، ومن ثم نستخلص في الأخير أن الحماية الدولية لا تشكل قيود فعلية على المجتمع الدولي ولا على المجتمعات الداخلية حتى وإن كانت تقر بمسؤولية الدول في ذلك.

ثالثا/ القيود المقررة لأجل حماية البيئة في التشريع الجزائري: بعد أن دق ناقوس الخطر مؤتمر ستوكهولم سارعت الجزائر كغيرها من الدول النامية إلى تدارك الأمر عن طريق فرض حماية بيئية وذلك بسن قواعد قانونية ترمي للحفاظ على البيئة، تستهدف أساسا وقايتها

¹ - عامر طراف، المرجع السابق، ص ص 161-162.

² - ماجد راغب حلو، المرجع السابق، ص 26.

من الأخطار التي تهددها، وكذا إقامة الإعتبار للبعد البيئي في التنمية من خلال تبني فكرة التنمية المستدامة.

وعليه ألزم المشرع الجزائري الهيئات المختصة قبل القيام بأي مخطط إقتصادي تنموي أو مخططات التهيئة الإقليمية، وكذا مخططات التهيئة والتعمير ضرورة إدراج البعد البيئي في عملية التخطيط وإخضاع هذه العملية لتقييم، ضف إلى ذلك إخضاع كل النشاطات التي قد تشكل خطر على البيئة لعملية الرقابة عن طريق أسلوب الضبط الإداري، ومن أجل الإحاطة بذلك سوف نتطرق إلى إدراج البعد البيئي في عمليات التخطيط ثم نعرض إلى الضبط الإداري كآلية وقائية لحماية البيئة.

1- إدراج البعد البيئي في عمليات التخطيط: إن الموازنة بين التنمية والبيئة يستدعي ضرورة مراعاة المخططات الإقتصادية والعمرانية وكذا الإقليمية لقواعد حماية البيئة وتجنب كل ما من شأنه أن يلحق آثار سلبية بالبيئة وهذا ما يتطلع له التشريع البيئي من خلال عملية التخطيط، وهذا ما سنفصل فيه فيما يلي:

أ- إدراج البعد البيئي في المخططات الإقتصادية: رغم الإرتباط الوثيق بين البيئة والتنمية الإقتصادية ورغم الوعي الوطني بذلك، إلا أنه لم يتم إدراج البعد البيئي في المخططات الإقتصادية في الفترة ما بين 1972- تاريخ إنعقاد مؤتمر ستوكهولم - و1989 وحتى بعد إصدار القانون رقم 03/83 المؤرخ في 05 فيفري 1983 المتعلق بحماية البيئة¹، الذي نص على إدراج البعد البيئي ضمن المخططات الوطنية التنموية، حيث جاء المخطط الوطني الخماسي لفترة ما بين 1985 إلى 1989 مجردا من ذلك ولم يأخذ بعين الإعتبار البعد البيئي، ولم نلمس هذا البعد في المخططات الوطنية الإقتصادية إلا بعد صدور تقرير لجنة الأمم المتحدة للبيئة والتنمية الذي مهد لإنعقاد مؤتمر ريو دي جانيرو سنة 1992 حيث أدرجت الحماية البيئية ضمن الأهداف المسطرة للمخطط الوطني لفترة ما بين 1993 إلى

¹ القانون رقم 03/83 المؤرخ في 05 فيفري 1983، المتعلق بحماية البيئة، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1983، الملغى بالقانون رقم 10/03.

1997، هذا الأخير الذي حدد الأنشطة المصرح بأولويتها في المعالجة والتصفية والتخلص من النفايات الصلبة والمواد السائلة والغازية، كما حفز هذه الأنشطة عن طريق بعض الإجراءات التشجيعية مثل القروض والإعانات المالية والإعفاء من الضرائب أو التخفيض منها، وخفض سعر الفائدة.¹

وسعى من الدولة إلى إيجاد آلية تساعد على إعطاء دفعا جديدا للتخطيط البيئي الإقتصادي تم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 465/94 بتاريخ 25/12/1994² الذي تضمن إستحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة، هذا الأخير الذي لم يحقق الأهداف المرجوة منه بسبب غياب النص التنظيمي له.

ب- إدراج البعد البيئي في مخططات التهيئة والتعمير: لا تزال عملية إدراج البعد البيئي في مخططات التهيئة والتعمير منقوصة، رغم الإرتباط الوثيق الثلاثي الأبعاد بين مخططات التهيئة والتعمير وحماية البيئة وتحقيق التنمية الإقتصادية المستدامة، كما أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 15 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضرورة إنجاز دراسة مسبقة لتأثير على البيئة قبل القيام بإنجاز المخططات الخاصة بالتهيئة والتعمير، وغيرها من الإنجازات والمنشآت التي قد تؤثر على البيئة، إلا أن هذا النص لم تكن له فعالية حقيقية، ذلك أن واقع التهيئة والتعمير في الجزائر يوحى بعكس ما تمليه النصوص القانونية الخاصة بالبيئة وبالتهيئة والتعمير عل سواء، فعلى الرغم من وجود ما يفيد الحرص على حماية البيئة في القانون 29/90 المتعلق بأدوات التهيئة.

¹ - يوسف نور الدين، "جبر ضرر التلوث البيئي"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص 101.

² - المرسوم الرئاسي رقم 465/94 المؤرخ في 25 ديسمبر 1994، المتضمن إحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة ويحدد صلاحياته وتنظيمه وعمله، ج ر، عدد 01، الصادرة بتاريخ 08 جانفي 1995.

إلا أننا نلاحظ أن التهيئة العمرانية والتعمير في الجزائر تمر بأزمة حادة أثرت سلبا على المحيط العمراني¹ من جهة وعن البيئة من جهة أخرى.

إن الدور المنوط بهذا القطاع يستدعي تفعيل كل النصوص القانونية والأدوات التنظيمية من أجل الحرص على حماية البيئة وتغادي كل الأخطار والأخطاء التي تلحق أضرارا غير قابلة للإصلاح بعد وقوعها، حيث أن حماية المحيط البيئي قيد قانوني على الجميع الإلتزام به.

أمام فشل مخططات التهيئة والتعمير في تقديم حماية كافية للبيئة قام المشرع بإستحداث مخططات تهيئة الإقليم من خلال القانون رقم 20/01² المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة سعيا منه لإضفاء حماية أفضل للمحيط البيئي من خلال محاولة خلق مخطط وطني للتهيئة والإقليم، والذي يقوم على مجموعة من التوجيهات الغاية منها ضمان الإستغلال العقلاني للفضاء الوطني، وذلك بالتوزيع المحكم للسكان والأنشطة الإقتصادية على كافة الإقليم الوطني، وكذا تثمين الموارد الطبيعية وحماية التراث الوطني بمختلف أنواعه.

إلا أن مخططات تهيئة الإقليم لم يتم بعد إستكمالها وبقيت مجرد مشروع تخطيط رغم وجود النص القانوني الذي يضع الإطار التنظيمي لها.³

2- الضبط الإداري كآلية وقائية لحماية البيئة: يعد الضبط الإداري وسيلة من الوسائل التي تتبناها الدولة من أجل الحفاظ على سلامة المحيط البيئي الداخلي، حيث تعتبر آلية وقائية تهدف لتصدي لكل الأخطار والأضرار التي تلحق البيئة جراء الإستعمال السيئ لمختلف الثروات الطبيعية، أو التنفيذ الخاطئ لبعض المشاريع.

¹ علي سعدان، "الحماية القانونية للبيئة من التلوث بالمواد الخطيرة في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 220.

² قانون رقم 20/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج ر، عدد 77، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001.

³ يوسف نور الدين، المرجع السابق، ص 106.

هذا وإذا كانت الغاية الأساسية للضبط الإداري هي الحفاظ على النظام العام، فإن هذا الأخير لا يكون بمنى عن محيط بيئي سليم ولأجل ذلك أوكل المشرع الجزائري مهمة الضبط الإداري في المجال البيئي إلى مجموعة من المصالح والسلطات منها ما هي مختصة بالضبط بشكل عام ومنها ما هي مكلفة بالضبط الإداري البيئي.

أ- **سلطات الضبط الإداري بشكل عام:** أوكل المشرع الجزائري سلطة الضبط الإداري إلى الجماعات المحلية، حيث يمارس الوالي عملية الضبط الإداري على كامل إقليم ولايته، فيم يخول رئيس المجلس الشعبي البلدي سلطة الضبط فوق إقليم البلدية التي يمثلها.

ومن ثم يختص الوالي بصفة ممثلا للولاية بحماية البيئة بناء على مداوات المجلس الشعبي الولائي ويستمد الأساس التشريعي لهذه الحماية من مضمون المادة 77 من قانون الولاية¹ التي تنص على ما يلي: " يمارس المجلس الشعبي الولائي إختصاصات في إطار الصلاحيات المخولة للولاية بموجب القوانين والتنظيمات ويتداول في مجال: حماية البيئة "

كما تختص أيضا الولاية بدراسة وتجميع المعلومات حول مختلف القطاعات الإقتصادية والإجتماعية والبيئة بهدف الوقوف على مستوى النمو وتطور هذه القطاعات حيث جاء في المادة 81 من قانون الولاية ما يلي " ينشأ على مستوى كل ولاية بنك معلومات يجمع كل الدراسات والمعلومات والإحصائيات الإقتصادية والإجتماعية والبيئية المتعلقة بالولاية، وتعد الولاية جدولا سنويا يبين النتائج المحصل عليها في كل القطاعات ومعدلات نمو كل قطاع....."

أما فيما يخص البلدية فهي جماعة محلية قاعدية تعنى بحماية البيئة والحفاظ على عناصرها، حيث ألزم المشرع الجزائري من خلال قانون البلدية² المجلس الشعبي البلدي

¹ - قانون رقم 07/12، المؤرخ 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج ر، عدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

² - قانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر، عدد 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

بالمشاركة في عملية تهيئة الإقليم والتنمية المستدامة من جهة، وألزم من جهة أخرى أصحاب المشاريع والمستثمرين بالضرورة أخذ رأي المجلس الشعبي البلدي قبل القيام بأي مشروع من شأنه أن يآثر على البيئة وهذا ما ورد في المادة 109 من قانون البلدية بقولها: " تخضع إقامة أي مشروع إستثمار و/أو تجهيز إقليم البلدية أو أي مشروع يندرج في إطار البرامج القطاعية للتنمية، إلى الرأي المسبق للمجلس الشعبي البلدي ولاسيما في مجال حماية الأراضي الفلاحية والتآثير في البيئة".

وحرصا من المشرع على ضرورة حماية البيئة أورد في قانون البلدية أكثر من نص قانوني يلزم المجالس الشعبية البلدية بدراسة التآثير على البيئة ويلقي إليها بمهمة المصادقة على كل مشروع من شأنه أن يلحق أضرار بالبيئة، حيث أكدت المادة 114 ما جاء في المادة 109 بقولها " يقتضي إنشاء أي مشروع يتحمل الإضرار بالبيئة والصحة العمومية على إقليم البلدية موافقة المجلس الشعبي البلدي، بإستثناء المشاريع ذات المنفعة الوطنية التي تخضع للأحكام المتعلقة بحماية البيئة "، ويستفاد من هذه المادة أن المشرع أتاح للبلدية التدخل سواء كطرف إستشاري أو كسلطة مصادقة وخول لها صلاحية فرض القيود حسب ما تراه مناسبا للحرص على السلامة البيئية، بحيث تتمتع بالسلطة التقديرية في إصدار القرارات.

ب-السلطات المكلفة بالضبط الإداري البيئي: أوكل القانون مهمة الضبط الإداري البيئي إلى مجموعة من الهيئات تعني بحماية البيئة، منها ما تقوم بعملية الضبط الإداري البيئي بصفة مباشرة، ومنها ما تساعد هذه الأخيرة - سلطة الضبط الإداري البيئي - على أداء مهمتها، وتتجلى أساسا هذه السلطة في الوزير المكلف بالبيئة، هذا الأخير الذي يسهر على الحفاظ على النظام العام في مجال البيئة.

وعلى العموم يختص وزير البيئة بعدة صلاحيات تضمنها المرسوم التنفيذي 88/16¹ المؤرخ في 01 مارس 2016 الذي يحدد صلاحيات وزير الموارد المائية والبيئية، حيث يختص هذا الوزير طبقا للمادة 04 من المرسوم المذكور أعلاه بما يلي" يكلف وزير الموارد المائية والبيئية، في ميدان البيئة بما يأتي :

- يبادر بالإتصال مع الهياكل والقطاعات المعنية، بالقواعد والتدابير الخاصة بالحماية والوقاية من كل أشكال التلوث وتدهور البيئة والإضرار بالصحة العمومية وبإطار المعيشة، ويتصور ويقترح ذلك ويتخذ التدابير التحفظية الملائمة.

- يبادر مع القطاعات المعنية بإعداد كل دراسة وبحث من شأنه التحديد والوقاية من التلوث والأضرار في الوسط الحضري والصناعي، ويساهم في ذلك.

- يبادر بالبرامج ويطور أعمال التوعية والتعبئة والتربية والإعلام في مجال البيئة، بالإتصال مع القطاعات والشركاء المعنيين ويشجع على إنشاء جمعيات حماية البيئة ويدعم أعمالها.

- يقوم بترقية وتطوير البيوتكنولوجيا بالإتصال مع القطاعات المعنية.

- يقوم بالتقييم المستمر لوضعية البيئة.

- ينجز دراسات إزالة تلوث البيئة، لاسيما في الوسط الحضري والصناعي.

- يقوم بتحديد الدراسات المتعلقة بالتعرف والوقاية من التلوث والأضرار، لاسيما في الوسط الحضري والصناعي.

- يتصور إستراتيجيات ومخططات العمل المتعلقة بالمسائل الشاملة للبيئة، ولاسيما التغيرات المناخية وحماية التنوع البيولوجي وطبقة الأوزون والتأثير على البيئة وينفذ ذلك بالإتصال مع القطاعات المعنية.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 88/16، المؤرخ في 01 مارس 2016، يحدد صلاحيات وزير الموارد المائية والبيئة، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 09 مارس 2016.

- يتصور الأنظمة وشبكات الرصد والمراقبة وكذا مخابر التحاليل والمراقبة الخاصة بالبيئة، ويقترحها ويضعها ويضمن سيرها.
- يتصور كل الأعمال التي ترمي إلى تنمية الإقتصاد البيئي ويبادر بها من خلال ترقية النشاطات المرتبطة بحماية البيئة.
- يعد أدوات التخطيط للأنشطة المتعلقة بالبيئة ويسهر على تطبيقها.
- يقترح الأدوات الرامية إلى تشجيع كل التدابير الكفيلة بحماية البيئة وردع كل الممارسات التي لا تتضمن التنمية المستدامة.
- يساهم بالإتصال مع القطاعات المعنية في حماية الصحة العمومية وترقية الإطار المعيشي.

إضافة إلى المهام المذكورة أعلاه يختص وزير البيئة بصفته يحمل حقيبة وزارية بما جاء في المادة 13 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، التي تضمن ما يلي " تعد الوزارة المكلفة بالبيئة مخططا للنشاط البيئي والتنمية المستدامة يحدد هذا المخطط مجمل الأنشطة التي تعزم الدولة القيام بها في مجال البيئة ."

إن صلاحية الضبط الإداري البيئي التي يتمتع بها الوزير المكلف بالبيئة تعد مهمة صعبة وثقيلة الوزن، بحيث لا يمكن له القيام بها بمنى عن أجهزة مساعدة، لذلك أنشأ المشروع ما يسمى بالمفتشية العامة للبيئة، هذه الأخيرة التي تلعب دورا هاما في مجال حماية المحيط البيئي بكل عناصره، وتسهر على تطبيق القانون البيئي المعمول به، حيث تقوم بأعمال التدخل والمراقبة والتفتيش وتعد تقارير بذلك وترسل إلى وزير البيئة طبقا للمادة 06 من المرسوم التنفيذي 190/16¹، حيث يقوم الوزير على أساس هذه المحاضر والتقارير بتقييم وضعية البيئة، وكذا الفصل بمنح أو عدم منح التراخيص لبعض الأنشطة.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 90/16 المؤرخ في 01 مارس 2016، يتضمن إنشاء المفتشية العامة لوزارة الموارد المائية والبيئة وتنظيمها وسيرها، ج ر، عدد15، الصادرة بتاريخ 09 مارس 2016.

الفرع الثالث

قيود الإرتفاقات الإدارية

قيد المشرع الجزائري ملكية الأفراد بقيود تختلف في خصائصها مع ما سبقها من أنظمة، تتمثل في الإرتفاقات الإدارية، هذه الأخيرة التي يطلق عليها بعض الفقهاء إرتفاقات المصلحة العامة، إكتسبت هذا الإسم بحكم غرضها أو الهدف الذي ترمي إليه.

يمكن تعرف الإرتفاقات الإدارية على أنها حقوق الإرتفاق التي تمتلكها الدولة على عقارات الخواص قصد تحقيق المصلحة العامة، بحيث تنشأ هذه الحقوق قيما يتمثل في الإلتزام العيني الذي تفرضه الإدارة على عاتق مالك العقار الخادم أو المثقل بحق الإرتفاق¹.

هذا وتظهر الطبيعة الإدارية في هذا النوع من الإرتفاقات خاصة من حيث السلطة المنشأة لها، وكذا وسيلة الإنشاء، فإذا كان القانون هو الأساس الشرعي لتقرير الإرتفاقات وحجيتها، فإن تحديدها وإنشائها يكون عن طريق القرار الإداري الذي يصدر مطبقا للقانون المقرر لها، وفي حالة النزاع يعود إختصاص الفصل فيها للقضاء الإداري².

إن خصوصيات هذا القيد يتطلب منا الإحاطة بالإرتفاقات الإدارية ودراستها من كل الجوانب وذلك من خلال النقاط التالية:

أولا/ مميزات وأصناف الإرتفاقات الإدارية: تتميز الإرتفاقات الإدارية عن باقي حقوق الإرتفاقات الأخرى بعدة مميزات تجعل منها نظاما خاصا قائم بذاته، كما يمكن تصنيفها طبقا للمعايير المعتمدة عند فقهاء القانون إلى عدة أصناف، ومن أجل الإطاحة بهذه المميزات والأصناف سوف نحاول التطرق إليها بأكثر تفاصيل فيما يلي:

¹ - ليلي طلبية، المرجع السابق، ص111.

² - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص151.

1- تمييز الإرتفاقات الإدارية عن باقي حقوق الإرتفاق المدنية:

أ- يتحقق الإرتفاق المدني بوجود عقارين أحدهما مرتفق والآخر مرتفق به¹، بحث يمثل الإرتفاق المدني عبء يثقل عقار لمصلحة عقار آخر دون مالكة²، في حين أن إنشاء الإرتفاق الإداري لا يستلزم بالضرورة وجود عقار مخدوم، فالعبرة هي وجود العقار الخادم، أي المثقل بأداء خدمة، مما يجعل هذه الخدمة تمثل قيда على إستعمال العقار المرتفق به من طرف مالكة، فالإرتفاقات المقررة لصالح التعمير تمنع المالك من البناء على جزء من ملكيته أو كلها وهذا في غياب عقار مخدوم³.

والحكمة من عدم إلزامية وجود العقار المرتفق في الإرتفاقات الإدارية، أن هذه الأخيرة فرضت لتحقيق المصلحة العامة وليس لمصلحة العقار⁴.

ب- تختلف كذلك الإرتفاقات الإدارية عن المدنية من حيث الأثر الذي ينتج عن تحققها فإذا كان الإرتفاق المدني ينشأ لفائدة مالك العقار المخدوم حقا عينيا تبعا لحق ملكيته الأصلي، فإن الإرتفاق الإداري لا ينشأ حقا عينيا تبعا لعدم وجود حق عيني أصلي (العقار المخدوم)، وإنما ينشأ إلزاما عينيا يقع على عاتق مالك العقار الخادم⁵، مثال ذلك الإمتناع عن البناء على مسافة معينة من الطريق الوطني.

ج- تتميز أيضا الإرتفاقات الإدارية بإستقلالية الأساس القانوني المنظم لها عن ذلك المطبق على الإرتفاقات المدنية، بحيث تخضع هذه الأخيرة للقانون الخاص، إذ ينظمها القانون المدني وفي حال التنازع بين مالكي العقارين يفصل في المنازعة القائمة القضاء العادي - القاضي العقاري- فيما تخضع الإرتفاقات الإدارية للقانون الإداري، وتجد أساسها الشرعي في مجموعة من القوانين نذكر منها على سبيل المثال قانون التهيئة العمرانية

¹ - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 256.

² - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 149.

³ - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 256.

⁴ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 149.

⁵ - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص ص 256-257.

والتعمير، قانون الكهرباء والغاز، قانون الأملاك الوطنية، قانون المناجم...، ويفصل في المنازعات التي يكون موضوعها إرتفاق إداري القضاء الإداري.

د- يختلف الإرتفاق الإداري جوهريا عن الإرتفاق المدني من حيث المصلحة المستهدفة والمستفيد من المنفعة، بحيث يقوم الإرتفاق المدني على أساس إقتطاع جزء من منفعة عقار لفائدة عقار آخر، ومن ثم يرمي إلى تحقيق المصلحة الخاصة لصاحب العقار المخدوم، أما الإرتفاق الإداري فلا يقوم على أساس قاعدة الإقتطاع، وإنما يرتب إلتزامات أو قيود وتكاليف على صاحب العقار المخدوم من أجل تحقيق المصلحة العامة¹.

2- أصناف الإرتفاقات الإدارية: تفرق الفقهاء حول تصنيف الإرتفاقات الإدارية بسبب الإختلاف الحاصل في مسألة الأخذ بمعيار موحد لتقسيمها، ذلك ما أدى إلى وجود عدة تصنيفات، يتبنى كل تصنيف فقهي معيار خاص به، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

أ- التصنيف القائم على المعيار الزمني للإرتفاقات الإدارية: يقسم هذا المعيار الإرتفاقات الإدارية إلى صنفين، إرتفاقات إدارية مؤقتة تكون محددة بمدة زمنية معينة، وعند إنقضاء هذه المدة ينقضي معها الإرتفاق الإداري، بحيث يكون أثر الإرتفاق الإداري محصور بالمدة الزمنية المخصصة له في القرار الإداري المنشأ له، أو في النص القانوني الذي أقره، وإرتفاقات دائمة تمثل الصنف الثاني، تكون هذه الإرتفاقات مفتوحة في المجال الزمني وغير محددة بمدة معينة.

ب- التصنيف القائم على معيار طبيعة التكاليف (الأثر): صنف هذا المعيار الإرتفاقات الإدارية إلى صنفين، إرتفاقات سلبية وتسمى أيضا بإرتفاقات الإمتناع، تلزم هذه الإرتفاقات مالِك العقار المرتفق به بالإمتناع عن أي عمل من شأنه أن يخل بالخدمة التي يقدمها عقاره²، ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من الإرتفاقات، ما ورد في قانون الكهرباء والغاز، الذي ألزم

¹ رباحي مصطفى، "الإرتفاقات الإدارية في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015، ص84.

² سماعيل شامة، المرجع السابق، ص260.

أصحاب الملكيات التي ترد عليها إرتفاقات إدارية للمنفعة العامة في مجال الكهرباء والغاز بالإمتناع عن أي عمل قد يعيق مهام المتعاملين المرخص لهم بذلك¹، كما منع كل تعرض لهم أثناء دخول الملكيات المعنية بالإرتفاق لإنجاز الدراسات الميدانية والمعاينات الخاصة بالكهرباء والغاز.

وضع كذلك هذا المعيار صنف آخر للإرتفاقات الإدارية يتمثل بالإرتفاقات الإيجابية، والتي يلتزم بمقتضاها مالك العقار الخاضع لها، ببعض الأعمال والتصرفات التي تعتبر تكليفا على عاتق هذا المالك، مثل إلزام الملاك المجاورين للطريق العام بالقيام بهدم الجدران الواقعة على قارعة الطريق، وقطع الأشجار المعرقلة للرؤية في مفترقات الطرق والأماكن الخطرة.²

ثانيا/ محل الإرتفاقات الإدارية: وفقا للقاعدة العامة ترد الإرتفاقات الإدارية على العقارات التابعة للخواص، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين³، كما سمح المشرع بتقرير هذه الإرتفاقات حتى في حالة غياب علاقة الجوار بين الخواص والإدارة، بحيث لا يمنع عدم وجود العقار المخدوم من ترتيبها، فالعبرة من الإرتفاقات الإدارية لا تكون في الخدمة التي يقدمها العقار الخادم للعقار المخدوم فحسب، وإنما قد تكون في التكاليف أو الإلتزام الذي يقع على صاحب العقار الخادم أيضا.

وبناء على ما تقدم نستطيع تقسيم المحل الذي ترد عليه الإرتفاقات الإدارية إلى صنفين، عقارات مجاورة للأمالك الوطنية وعقارات غير مجاورة لها، أي عقارات دون وجود عقار مجاور مخدوم، ومن أجل التعمق في دراسة محل الإرتفاقات الإدارية سوف نحاول التطرق إلى كل صنف على حدى فيما يلي:

¹ - رياحي مصطفى، المرجع السابق، ص 201.

² - رياحي مصطفى، المرجع نفسه، ص 220.

³ - الشخص المعنوي هو عبارة عن كيان يتشكل من مجموعة أشخاص أو أموال تتحد من أجل تحقيق غرض معين، يعترف له بالشخصية القانونية وله ذمة مالية مستقلة، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 141-142.

1- عقارات مجاورة للأملاك العامة: تكون هذه العقارات عبارة عن وعاء أو مجال ترد عليه مجموعة من الإرتفاقات الإدارية لصالح العقار العام المجاور، منها ماهي إيجابية ومنها ما تعد سلبية ومن أمثلة ذلك الإرتفاقات التي تضمنها قانون الأملاك الوطنية 30/90¹ في مادته 67، التي تنص الفقرة 01 منها على مايلي " يترتب على حماية الأملاك الوطنية نوعان من التبعات هما:

- أعباء الجوار لصالح الأملاك الوطنية العمومية، التي يقصد بها، علاوة على أعباء القانون العام، الإرتفاقات المنصوص عليها لفائدة الطرق العمومية، ومصبات الخنادق، والرؤية، والغرس، والتقليم وتصريف المياه، مكس الأسواق والإرتكاز، أو أعباء أخرى ينص عليها القانون....."

ويستفاد من نص هذه المادة أن العقار المرتفق موجود، بحيث يعود السبب الأساسي لفرض هذه الأعباء لعلاقة الجوار القائمة بين العقارات العامة وعقارات الخواص، ويهدف المشرع من خلال تقرير هذه الإرتفاقات إلى إضفاء طابع حمائي للأملاك الوطنية من جهة، وخلق حماية وقائية للأصحاب العقارات المجاورة من بعض الأخطار التي تنتج عن إستعمال الأملاك العامة، حيث قيد المشرع المجاورين للطرق العامة بضرورة الإلتزام بالمسافات القانونية، وذلك بالإبتعاد عن الطريق، وعدم البناء إلا على مسافة محددة قانوناً²، هذه الأخيرة التي حددها القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير بأربعة أمتار بالنسبة للأجزاء المعمرة داخل البلدية، إذ لا يمكن للخواص تشييد بناء أو تثبيت سياج داخل الأجزاء المعمرة، إلا إذا إبتعد صاحب العقار المجاور بأربعة أمتار على الأقل من محور الطريق المؤدي، وإذا كان هذا البناء مشيداً من قبل فإنه يفترض وكأنه يبتعد بأربعة أمتار.³

¹ - القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990.

² - منصور نور، المرجع السابق، ص 16.

³ - المادة 05 من القانون 29/90.

فيما حدد المرسوم التنفيذي 175/91¹ المسافة اللازمة بالنسبة للمنشآت الخواص المجاورين للطريق السريع والطرق الوطنية بحد أطول من المسافة المحددة للطرق المذكورة أعلاه، حيث أكد المشرع على عدم منح رخصة البناء إلا في حالة الإبتعاد عن الطريق السريع بخمسين متر عن جانبي الطريق²، أما فيما يخص الطرق الوطنية فقد إستلزم الإبتعاد عنها بثلاثين متر من كلا الجانبين.³

ومن بين الإرتفاقات المقررة على هذا المحل الإرتفاقات المتعلقة بعدم البناء بسبب وجود عارض قانوني يقضي بمنع إنجاز أشغال في بعض المناطق نظرا للخطر الذي ينجر عن ذلك الإنجاز، ومثال هذه الإرتفاقات ما ورد في القانون 02-01⁴ المؤرخ في 2002/02/05 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الذي منع كل عملية بناء في المناطق التي تمر منها أسلاك الكهرباء ذات الضغط العالي.⁵

علاوة على عقارات الخواص الواقعة على الحدود مع الأملاك العامة المدنية، هناك عقارات أخرى قابلة لأن تكون محلا لترتيب الإرتفاقات تتمثل في الأملاك المجاورة للعقارات العامة المتعلقة بالدفاع الوطني، ترد على هذه العقارات إرتفاقات لصالح مراكز حيوية وإستراتيجية تعنى بالأمن والدفاع الوطني، مثل الإرتفاقات المقررة لصالح الثكنات وميادين الرماية، ومخازن الدخيرة، وكذلك تلك المتعلقة بالحصون والأبراج المخصصة لحماية السواحل الوطنية.⁶

¹ - المرسوم التنفيذي 175/91 المؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ج ر، عدد 26، الصادرة بتاريخ 01 جويلية 1991.

² - المادة 10 من المرسوم التنفيذي 175/91.

³ - المادة 11 من المرسوم التنفيذي 175/91.

⁴ - القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر، عدد 08، الصادرة بتاريخ 06 فيفري 2002.

⁵ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 16.

⁶ - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص 263.

2- عقارات دون وجود عقار مجاور مخدوم (مرتفق): تعد هذه العقارات أيضا موضوعا لبعض الإرتفاقات الإدارية، فقد قيد المشرع الجزائري الملكية العقارية الخاصة بمجموعة من الأعباء دون أن ينتظر منها تقديم خدمة للعقار العام المجاور، لأنه بالأساس لا توجد علاقة جوار بينهما، ولكن يهدف المشرع من هذا التقييد ترتيب جملة من الإلتزامات على عاتق أصحاب الملكية العقارية الخاصة لأجل تحقيق المنفعة العامة.

ولعل أهم الإرتفاقات الإدارية التي ترد على هذا المحل تلك المتعلقة بحماية الصحة العمومية، هذه الأخيرة التي تعتبر مصطلح حديث النشأة من حيث التسمية، ووردت بخصوصه عدة تعاريف، من أهمها وأكثرها دقة تعريف العالم الإنجليزي "winslow"¹ الذي جاء به مايلي: " الصحة العمومية هي علم وفن الوقاية من الأمراض والإطالة من عمر الإنسان وتطوير صحته ونشاطه الذهني والجسدي عن طريق مقاومة الأمراض المهمة لخطورتها على المجتمع، وتربية الفرد على قواعد النظافة الذاتية، وتنظيم المصالح الطبية ومصالح التمريض لأجل التشخيص المبكر والعلاج الوقائي بالإضافة إلى وضع الشروط الإجتماعية الكفيلة بضمان لكل فرد وعضو من الجماعة مستوى من العيش منسجم وملائم لحفظ الصحة، فالهدف الأخير يكمن في السماح لكل إنسان من التمتع بحقه الفطري بالصحة ويطول العمر".

ونلاحظ من خلال هذا التعريف أنه كان أوسع نطاق ومجال فيما يخص الصحة العمومية على خلاف بقية التعاريف الأخرى الواردة بخصوص هذا المصطلح، إلا أن المشرع الجزائري وسع أكثر الجانب الإجرائي الإداري فيما يخص تعريف الصحة العمومية، وعرفها كالآتي: " يعني مفهوم الصحة العمومية، مجموع التدابير الوقائية والعلاجية والتربوية

¹ عمر شنيتر رضا، "النظام القانوني للصحة العمومية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012-2013، ص 08.

والإجتماعية التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها¹ ونستشف من مضمون هذا التعريف أن الإرتفاقات الإدارية التي فرضها المشرع لحماية الصحة العمومية تدخل في صميم الإجراءات الوقائية التي تتخذها الإدارة لضمان سلامة وصحة أفراد المجتمع.

ومن القيود التي أقرها المشرع في هذا الصدد على عقارات الخواص بعض الإجراءات والتدابير اللازمة للوقاية من الأوبئة ومحاربتها كعمليات القضاء على الحشرات الضارة، بحيث تتمتع المصالح الإدارية المختصة بصلاحيات الدخول لأراضي الخواص بكل الأشغال التي تراها مناسبة دون أي تعرض أو عرقلة من طرف هؤلاء الملاك، خاصة في ظل تصنيف هذه القيود في خانة الإرتفاقات الإدارية الملزمة للأصحاب الملكية العقارية الخاصة، ضف إلى ذلك إرتباطها الوثيق بالقيود والتدابير المقننة لأجل حماية البيئة، التي تعتبر مسؤولية الجميع.²

إضافة إلى الإرتفاقات المذكورة أعلاه تكون عقارات الخواص موضوعا لترتيب قيود أخرى تعنى بإنجاز الأشغال العامة، تمثل هذه القيود إرتفاقات مؤقتة مقررة على الملكية الخاصة لصالح الإدارة، تسمح لهذه الأخيرة بالدخول والتنقل على عقارات الأفراد من أجل تنفيذ المشاريع وكل العمليات الخاصة بالأشغال العامة، وتستفيد أيضا بعض المصالح والوكالات المكلفة بإعداد مسح الأراضي من بعض الإرتفاقات المشابهة لأجل أداء وأنجاز مهامها على أكمل وجه.³

ثالثا/ آثار الإرتفاقات الإدارية على الملكية العقارية الخاصة: طالما تصنف الإرتفاقات الإدارية المقررة على حق الملكية العقارية الخاصة على أنها قيود ملزمة، فإنه بالتأكيد يكون

¹ - المادة 25 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، عدد 08، الصادرة بتاريخ 17 فيفري 1985، والمعدل والمتمم بالقانون 13/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008.

² - سماعين شامة، المرجع السابق، ص ص 263-264.

³ - سماعين شامة، المرجع نفسه، ص 263.

أثرها الأساسي والمباشر هو الحد من عناصر هذا الحق، شأنها بذلك شأن باقي القيود الأخرى، إلا أنه وإذا كان المشرع الجزائري قد أقر بالزامية التعويض العادل كمقابل لترتيب القيود الإدارية الماسة بالملكية، مثل نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية والشفعة الإدارية والإستلاء فهل إستوجب التعويض عند تقرير الإرتقاقات الإدارية؟

وبناء على ما تقدم سوف نفضل في آثار الإرتقاقات الإدارية على الملكية العقارية الخاصة على نقطتين.

1- الحد من عناصر الملكية العقارية الخاصة: تقلص الإرتقاقات الإدارية من حجم الإنتفاع بالملكية العقارية الخاصة، مهما كان موقع هذه الأخيرة، سواء كانت مجاورة للأماكن العامة أو بعيدة عنها، فطالما تحقق وجودها القانوني، وإستصدر بشأنها قرار إداري سليم من العيوب، فإنها تؤدي لا محالة إلى تقييد العقارات الواردة عليها، وإذا كان موقع العقارات لا يعتد به لإنتاج الأثر، فإنه يمثل محور الفصل بين صورتين الحد من المنفعة.

فبالنسبة للعقارات المجاورة للأماكن العامة يكون الحد من عناصر الملكية العقارية الخاصة عن طريق إقتطاع جزء من منفعة العقار المملوك للأفراد لصالح الملك العام المجاور، بحيث تتمثل المنفعة المقتطعة في الخدمة التي يقدمها العقار الخاص الخادم للعقار العام المخدوم، وهذا لا يختلف كثيرا عن الأثر الذي ترتبه حقوق الإرتفاق المنصوص عليها في القانون المدني.

أما بخصوص العقارات غير المجاورة للملك العام، فإن الحد من منفعتها يكون عن طريق تقييد صاحب حق الملكية بمجموعة من التكاليف والإلتزامات، تفرض بدافع تسهيل السير الحسن للمرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة التي تملئها الوظيفة الإجتماعية للملكية.

إن القول بالحد من منفعة عقارات الخواص محل الإرتفاقات الإدارية لا يعني فقدان الملكية أو نزعها من مالكيها¹، فالملكية بجميع عناصرها تبقى بذمة أصحابها، ويحتج بها على الكافة بما في ذلك الإدارة لأن التقييد يستهدف الأداء الإجتماعي لا غير، ذلك أن الأثر الذي ينجم عن الإرتفاقات الإدارية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتجاوز إيقالها ببعض الأعباء²، ولا يخرجها من ذمة أصحابها لأن الإرتفاقات الإدارية ليست سبب من أسباب كسب الملكية.

2- مدى إلزامية التعويض عند تقرير الإرتفاقات الإدارية: يثير موضوع التعويض في الإرتفاقات الإدارية الكثير من الجدل والغموض³، إذ أن المبدأ العام يقضي بعدم وجوب التعويض عند تقرير الإرتفاقات الإدارية، نظرا لما تضيفه هذه الإرتفاقات على عقارات الخواص من قيمة ترفع بالأساس من ثمنه التجاري⁴، فهي بذلك تحقق فائدة غير مباشرة لأصحاب هذا الحق، ومن ثم فلا يتطلب ذلك تعويض، طالما توافر عنصر التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للملاك.

ويجد هذا المبدأ أساسه القانوني في التشريع الجزائري في القانون رقم 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة قنوات، والذي أكد المشرع من خلاله على عدم وجود تعويض لأصحاب العقارات المقررة عليها إرتفاقات الكهرباء والغاز حيث نصت المادة 161 فقرة 01 على ذلك صراحة بقولها " ترخص مجانا ممارسة الإرتفاقات المذكورة في المادة 159 بقرار يتخذه الوالي بناء على طلب المتعامل....."، كما أن القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة العمرانية والتعمير لم يقدم ما يفيد أحقية الملاك المثقلة عقاراتهم بالتعويض.

¹ - المادة 162 فقرة 01 من القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز، والمادة 162 من القانون 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، عدد 48، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

² - رباحي مصطفى، المرجع السابق، ص392.

³ - Pierre Subra de Bieusses, « Les Servitudes Administratives », berger levrault, 1976, pp166-170.

⁴ - سماعيل شامة، المرجع السابق، ص257.

إلا أن تطور الإجتهد لدى فقهاء القانون - خاصة بفرنسا - جاء بإستثناءات على هذا المبدأ، وإن صح القول بمبررات تعتمد كأساس للحكم بالتعويض¹، تدخل في مجملها تحت إطار المسؤولية الإدارية، التي تعرف على أنها " الحالة القانونية التي تلتزم الإدارة أو المؤسسات والمرافق والهيئات العامة الإدارية نهائيا بالتعويض عن الضرر أو الأضرار التي تتسبب بها للغير بفعل الأعمال الإدارية الضارة سواء كانت هذه الأعمال الإدارية الضارة مشروعة أو غير مشروعة، وذلك على أساس الخطأ المرفقي أو الخطأ الإداري أساس، وعلى أساس نظرية المخاطر وفي نطاق النظام القانوني لمسؤولية الدولة والإدارة العامة".²

وعليه فمن باب المسؤولية الإدارية تلتزم كل هيئة أو إدارة أو مؤسسة مستفيدة من هذه الإرتفاقات بتعويض الأضرار، التي قد تتجم عن بعض الأخطاء الإدارية في تنفيذ المشاريع أو الأشغال، بحيث تسأل الهيئات الإدارية المكلفة بإنجاز الإرتفاقات الإدارية على أساس نظرية المخاطر، إذ يكفي وجود الضرر لتقع المسؤولية، ومن ثم إستحقاق المالك الذي لحق عقاره ضررا من جراء تلك الأشغال للتعويض، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 161 من قانون الكهرباء وتوزيع الغاز التي تضمنت ما يلي " غير أنه في حالة وقوع ضرر ناجم عن الإرتفاقات التي تثقل الممتلكات العقارية التابعة للخواص أو الجماعات الإقليمية، أو تثقل الأراضي التابعة لأملاك الدولة، يحدد القرار التنظيمي الذي يتخذه الوالي تعويضا يحسب على أساس الضرر المثبت أو المحتمل إثباته"، كما أكد ذلك قانون البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مادته 43 فقرة 07 التي جاء فيها ما يلي " يكون المستفيد من حق الإرتفاق مسؤولا عن كل الأضرار الناجمة عن تجهيزات الشبكة، ويلزم بتعويض كافة الأضرار المباشرة الأكيدة المترتبة، عن أشغال التركيب والصيانة أو عن وجود أو سير المنشآت".

¹ - سماعين شامة، المرجع السابق، ص ص 257-258.

² - عمار عوابدي، "نظرية المسؤولية الإدارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 24.

وبناء على كل ما تقدم فالتعويض في الإرتقاقات الإدارية لا يكون إلا في حالة وجود أضرار ناجمة عن أعمال متعلقة بالإرتقاقات الإدارية لا غير.

نشير في الأخير إلى أن دراستنا للقيود المتعلقة بالإرتقاقات الإدارية كانت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، خاصة في ظل إتساع نطاق الإرتقاقات الإدارية، نظرا لتطورها المرتبط بالأساس بالتطور المستمر للمصلحة العامة وزيادة الإحتياجات العامة التي تقتضي إنشائها.

ملخص الفصل الثاني

قيد المشرع حق الملكية العقارية الخاصة بمجموعة من القيود منها ما قرر مراعاة للمصلحة الخاصة ومنها ما فرضت مراعاة للمصلحة العامة، حيث نظم القانون الخاص القيود المقررة لمصلحة الأشخاص المدنية عن طريق تنظيم العلاقات الاجتماعية والمعاملات المدنية بينهم. ولأجل ذلك حاول المشرع وضع حدود سلطات حق الملكية العقارية الخاصة من خلال وضع قيد الشفعة الذي يقيد من خلال سلطة من خلال سلطة وحرية المالك في التصرف، وكذلك قيد الضمانات العينية هذه الأخيرة التي تحد نسبيا من صلاحية المالك من التصرف في حق ملكيته. هذا وقد يصل التقييد إلى درجة الحجز على الملكية والتنفيذ عليها فيفقد بذلك المالك حق ملكيته كما قيد المشرع سلطة الإستعمال حيث فرض قاعدة عدم التعسف في إستعمال الحق.

وضمن القيود المفروضة مراعاة للمصلحة الخاصة قيد القانون الخاص حق الملكية العقارية الخاصة بمجموعة من القيود، ترد على حق الملكية العقارية الخاصة مباشرة على غرار القيود المتعلقة بحق الارتفاق، هذا الأخير الذي يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر، وكذلك قيود الارتفاق التي فرضت بداعي تنظيم الجوار وحماية الملكيات المتلاصقة.

أما القيود المقررة للمصلحة العامة فقد إستهدفت في أغلبها تحقيق الصالح العام والأهداف العامة الاقتصادية والاجتماعية، فمنها ما جاءت بقصد توفير الوعاء العقاري، على غرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والشفعة الإدارية، إضافة إلى التأميم والإستيلاء ومنها ما قررت بداعي تنظيمي وحمايي، مثل القيود المتعلقة بالتهيئة والتعمير التي تستهدف تنظيم القطاع العمراني وفقا للقواعد والمقاييس التقنية القانونية. أما الجانب الحمايي فيتجسد في القيود المتعلقة بحماية البيئة، هذه الأخيرة التي تعد إرثا مشتركا للأجيال الحاضرة والمستقبلية، كما قرر المشرع على حق الملكية العقارية الخاصة قيد آخر يتمثل في الارتفاقات الإدارية هذه الأخيرة التي تحقق إلى جانب المصلحة العامة مصلحة صاحب العقار.

الختمة

الخاتمة:

توصلنا في ختام بحثنا إلى أن القيود المفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة تعد حدودا قانونية لهذا الحق، فرغم المكانة التي يحظى بها حق الملكية العقارية الخاصة والإمكانيات الممنوحة لصاحبه لاسيما من حيث الحماية الدستورية المنوطة به، إلا أنه ليس بالحق المطلق، فالمالك وإن كان القانون قد خوله حق التمتع والتصرف بعقاره والإستفادة منه بكل الطرق المتاحة إلا أن ذلك لا يكون إلا في إطار القانون، فهذا الأخير الذي وجد ليحمي حقوق ومصالح جميع أفراد المجتمع. ومن ثم فلا يجوز للمالك مهما كانت حصانة حقه أن يخل بالإلتزامات والتكاليف الملزم بها بصفته صاحب حق ملكية العقار، كما لا يحق له بأي حال من الأحوال أن يتجاوز في إستعمال حقه حدوده القانونية، لأن القاعدة القانونية تقول " كل حق يقابله واجب".

هذا ونشير إلى أن سمو القاعدة الدستورية فيما يخص حماية وضمنان حق الملكية العقارية الخاصة لا يصنع الفارق في مجال التقييد، فرغم الوجود الدستوري لمبدأ ضمان حق الملكية الخاصة إلا أن ذلك لا يشفع له من تقرير قيود تحد منه، فرضت بموجب قوانين عادية. فالدستور وإن كان لم ينص صراحة على تقييد حق الملكية العقارية الخاصة إلا أنه تضمن نماذج عن القيود، على غرار نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وقيد إلزامية حماية البيئة، وهذا ما يفيد التقييد بصورة ضمنية.

إن الحياة العامة للمجتمع والأهداف المسطرة لإستمراريته وكذا العلاقات القائمة بين الأفراد، كلها عوامل تحتم على المشرع من جهة والجهاز الإداري للدولة من جهة أخرى التدخل من أجل تنظيم العلاقات والمصالح القائمة في المجتمع. حيث نجد أن المشرع سارع لإستصدار نصوص قانونية ترمي لتحقيق المصلحة العامة وحمايتها، فيما إستوجب على الجهاز الإداري ولكل المصالح المختصة القيام بكل الإجراءات والتدابير التي من شأنها تنفيذ ما تمليه هذه الأحكام والقواعد القانونية. ومن هذا المنطلق نلاحظ أن المشرع الجزائري حتى وإن كان موقفه يرمي للموازنة بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للمالك فإنه

قد أعطى الأولوية للمصلحة العامة على حساب المصالح الخاصة للفرد، مؤسسا موقفه هذا على نظرية الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية، هذه الأخيرة التي جاء بها الفكر الإجتماعي وتطورت على يد الفقهاء والقانونيين حتى أصبح بصفتها الحالية، التي تبناها معظم مشرعي العصر الحديث.

إن هذا الأساس الفقهي والقانوني - للملكية وظيفية إجتماعية- يعد خلفية لكل القيود المفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة دون إستثناء، إلا أننا نلمس من خلال دراستنا أنه يقترن أكثر بالقيود القانونية المقررة للمصلحة العامة، مثل القيود القانونية التي تهدف إلى توفير الوعاء العقاري من أجل إنجاز المشاريع ذات المصلحة العامة وكذلك تسيير المرافق العامة، والمتمثلة في نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الشفعة الإدارية، التأميم والإستيلاء المؤقت.

كما يظهر أداء الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية بشكل جلي فيما يخص القيود التنظيمية والحمائية، وعلى رأسها القيود المتعلقة بالبيئة، هذه الأخيرة التي تعتبر إرثا مشتركا بين جميع أفراد المجتمع يخص الأجيال الحاضرة والأجيال القادمة. وعليه فمالك العقار ملزم بمراعاة كل القواعد الخاصة بحماية عناصر البيئة والمحيط أثناء إستعماله لحق ملكيته العقارية، وذلك من باب الحفاظ على الصحة والسلامة العامة.

وبالعودة إلى النصوص القانونية التي أصدرها المشرع والتي ذكر فيها هذا الأساس بعبارة صريحة، نجد نص المادة 48 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، هذه المادة تعد النص الوحيد الذي تطرق فيه المشرع لهذا الأساس القانوني بطريقة صريحة ومباشرة، وهي تخص القيد المتعلق بحماية العقار الفلاحي وعدم تغيير وجهته الفلاحية وتستوجب على الملاك ضرورة إستعمال عقاراتهم الفلاحية وإستثمارها نظرا لأهميتها والوظيفة الاجتماعية المنوطة بها.

تعتمد أيضا فكرة الوظيفة الإجتماعية للملكية كأساس لتقرير القيود المدنية والإدارية الأخرى على غرار القيود القانونية المفروضة لصالح الجوار، والقيود المتعلقة بالبناء

والتعمير، التي يستهدف المشرع من خلالها الحفاظ على علاقات الجوار، وحماية حقوق الغير من خلال الحد من حرية إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة لمصلحة الملاك المجاورين والمستأجرين. كما دعم هذا الأساس بمبدأ آخر لا يقل أهمية عنه يتمثل في مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق، فالمالك ملزم بأداء بعض التكاليف التي تملها التزامات الجوار، إضافة إلى إحترام حقوق الغير المقررة على ملكيته مثل حقوق الإرتفاق، وهو مقيد على سبيل الإلزام بالأخذ بجميع القواعد القانونية والتقنية الخاصة بالبناء والتعمير، سواء تلك المتعلقة بالمسافات أو بشرعية البناء في حد ذاته.

وعلى العموم فإن دراستنا لموضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة والتعمق فيه يقودنا للنتائج المحققة من تقييد هذا الحق، أو بمعنى آخر لتقدير مدى فعالية هذه القيود القانونية في تحقيق الأهداف التي فرضت من أجلها، والتي نرى من خلال إستقرائنا لهذا الموضوع وإحاطتنا بأهم عناصر أن المشرع والسلطات الإدارية المختصة نجحت في وضع قيود قانونية فعالة حققت من خلالها الغايات المسطرة، وأنجزت بفضلها جملة من المشاريع الكبرى ذات المنفعة العامة، كما أولت إهتماما كبير بالمصلحة العامة وإعطائها دفعا جديدا. ضف إلى ذلك إسهام هذه القيود في الحفاظ على المصالح الخاصة للأفراد وكذلك لمالك العقار نفسه، وحقق تقرير هذه القيود خفض في كم النزاعات والصراعات بنسب ملحوظة.

إن التطرق إلى الإيجابيات التي حققتها القيود القانونية للملكية العقارية الخاصة لا يغنينا عن الحديث عن الجانب السلبي الذي فشلت في تحقيقه، فهناك بعض القيود حتى ولو كان أساسها الشرعي موجودا وملزما، إلا أنه من الناحية العملية لم نلمس لها فعالية ولم تحقق الغرض الذي فرضت من أجله هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ وجود ثغرات قانونية ونقص واضح سواء في التأسيس القانوني أو في الأحكام الإجرائية تحسب على المشرع، فيما يسجل الباحث لهذا الموضوع وجود إهمال وتقاعس في أداء المهام بالنسبة للسلطات الإدارية المختصة القائمة على رقابة وتنفيذ هذه القيود. وعليه سوف نتطرق إلى

كل هذه النقائص من خلال عرضنا لبعض الملاحظات والانتقادات الهادفة المرفوقة بإعطاء الحلول المقترحة والتوصيات فيما يلي:

- كان أولى بالمؤسس الدستوري أن لا يكتفي بذكر قيد أو قيدين على الملكية العقارية الخاصة بل كان يستوجب عليه التطرق في أحكامه إلى أن حق الملكية حقا مقيد، كما كان من الضروري أن يشير إلى الأساس القانوني الذي قيد هذا الحق من أجله - الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة-، ويترك ذكر وتعداد القيود القانونية الواردة على هذا الحق للمنظومة القانونية أو للنصوص القانونية الأقل منه درجة.

- رغم أخذنا بعين الإعتبار الطابع السيادي لقيد التأميم، إلا أنه لا يوجد ما يبرر غياب قانون خاص به ينظم أحكامه وإجراءاته، حيث أن هذا القيد رغم الخطورة التي يشكلها على حق الملكية العقارية الخاصة ، نجد أن أساسه الشرعي لا يتجاوز مادة أو مادتين في القانون المدني. كما أن الأحكام التنظيمية له غائبة تماما في مضمون القوانين العامة والخاصة فيما عدا التنصيص على بعض أنواع التأميم في قانون الثورة الزراعية الملغى، وقانون الأملاك الوطنية، ضف إلى ذلك تجدر بنا الإشارة إلى التساؤل الذي يبقى مطروح والمتمثل فيما يلي:

- إذا كان التأميم يصنف ضمن القيود العامة الإدارية، فلماذا نجد أساسه القانوني موجود في القانون الخاص المدني وليس في القانون العام الإداري، صحيح أنه كنا في وقت مضى نعتبر القانون المدني مرجعا أو شريعة عامة في ظل غياب القانون الإداري، أما الآن وفي ظل إستحداث القانون الإداري وجملة من القوانين العامة تهتم بالأمور الإدارية والقيود الإدارية فكان جدير بالمشرع أن يخصص للتأميم جزء من هذه القوانين أو نص خاص به.

- أما بخصوص القيد المتعلق بحماية البيئة فقد جاءت الحماية الدستورية متأخرة كثيرا، حيث لم يتطرق لها المشرع إلا في التعديل الدستوري لسنة 2016 رغم الأهمية البالغة لهذا القيد، كما نلاحظ من خلال نظرتنا للواقع العملي وجود خرق واضح للقواعد الخاصة بحماية البيئة من طرف العديد من الملاك، وذلك بسبب عدم كفاية الرقابة المخصصة للبيئة وفي بعض الأحيان عدم وجودها بالكامل، الأمر الذي فتح المجال لأصحاب العقارات للتصرف

في ممتلكاتهم بشكل يضر بالبيئة والمحيط مما يسفر على الإضرار بالصحة العامة للمجتمع. وعليه فلا بد على المشرع وكذا السلطات الإدارية المختصة من إتخاذ كافة الإجراءات من أجل الوقوف على تحقيق حماية لائقة بالبيئة، وذلك لا يكون إلا عن طريق تفعيل القانون الخاص بالبيئة وكذلك توسيع صلاحيات الإدارة فيما يخص الضبط الإداري البيئي بطريقة تردع كل إخلال بالقواعد البيئية مما يكفل ضمان الحماية البيئية للأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية.

- لا يختلف الأمر كثيرا فيما يخص القيود المتعلقة بالتهيئة والتعمير عن سابقتها حيث نلاحظ وجود تجاوزات كثيرة من طرف الملاك بخصوص عمليات البناء، سواء من حيث تحويل وجهة الأرض الفلاحية والبناء عليها أو البناء غير الشرعي في حال غياب التراخيص الخاصة بالبناء، أو إقامة منشآت عمرانية مخالفة لأحكام رخص و شهادات التعمير المسموح بها، هذه التجاوزات عجزت المصالح المختصة للبناء والتعمير وكذلك المصالح التقنية على مستوى البلديات والولايات عن إيجاد حل لها وأصبحت ظاهرة يصعب إحتوائها وذلك نتيجة إهمال الجهات الإدارية المختصة وتقاعسها في أداء مهمة الرقابة القانونية والتقنية على البناءات المنجزة فوق أراضي الخواص من جهة ،ومن جهة أخرى وجود فراغ وتعثرات في قوانين التسوية فعند إستقراءنا للقانون 15/08 الذي جاء بقصد تسوية البناءات الغير المطابقة وإتمام إنجازها، نجد أنه عالج بعض الحالات دون أخرى، كما أنه ورغم تمديد العمل به لم نرى منه نتائج واقعية و فعلية لاسيما من جانب التدابير الردعية التي يستهدفها المشرع في المادة الأولى من هذا القانون.

فيما نشير إلا أنه رغم الفوضى الموجودة في مسألة البناء والتعمير في الجزائر وتسجيل كم هائل من المخالفات والقضايا، إلا أننا لا نستطيع الحكم بعدم جدوى القوانين الصادرة بخصوص التهيئة والتعمير والبناء، لأنه بتقديرنا لهذا القانون نرى أنه ساهم كثيرا في القضاء على الصراعات التي تنشأ عن تجاوز أحكام ومقاييس البناء بين الملاك المجاورين، ووضع في يد السلطات القضائية الوعاء القانوني الذي يساعدهم على الفصل في النزاعات

والقضايا المرفوعة أمامهم، ويؤسسون بناء عليه أحكامهم بشكل عادل ومضبوط يراعي حقوق جميع الأطراف ويعتبر حكم ذا حجية.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

I- الكتب:

1. أبي الفضل جمال الدين ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 10، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان.
2. إبراهيم سيد أحمد، "التعسف في إستعمال الحق فقها وقضاء"، ط 02، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر
3. أحمد أباش، "الأحكام العامة للشفعة"، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
4. أحمد جمال الدين، "نزع الملكية"، المكتبة العصرية، لبنان، 1966.
5. أحمد خالدي، "الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني"، دار هومه، الجزائر.
6. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، "حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها"، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2004.
7. إكرام فالح الصواف، "الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة"، ط 01، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
8. أنور أحمد رسلان، "الحقوق والحريات العامة في عالم متغير"، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
9. أنور طلبية، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مجلد 05، ط 01، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
10. براهيم ساهم، "التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية"، دار الهدى، الجزائر 2012.
11. بلقاسمي نور الدين "الحجوز التنفيذية في النظام القانوني الجزائري"، الجزائر، 2006.
12. توفيق حسن فرج، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1966.

13. جورج ن- ش دراوي، "حق الملكية العقارية"، ط 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، دون سنة نشر.
14. حسن كيره، "الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
15. حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، دار هومه، الجزائر، 2003 .
16. حمدي باشا عمر، "طرق التنفيذ"، دار هومه، الجزائر، 2013.
17. خمار الفاضل، "الجرائم الواقعة على العقار"، دار هومه، الجزائر.
18. داود عبد الرزاق الباز، "الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث"، ط 01، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
19. ديرم عائدة، " الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري"، ط 02، دار قانة، الجزائر، 2011.
20. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، " الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية"، مصر، 2001.
21. رمضان أبو السعود، "النظرية العامة للحق"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
22. زيد قدرى الترجمان، "نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتها في حقل الملكية العقارية"، ط 1، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2009.
23. سعاد الشرقاوي، "المسؤولية الإدارية"، ط 02، دار المعارف، مصر، دون سنة نشر.
24. سماعيل شامة، "النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري"، دار هومه، الجزائر، 2004.
25. سمير عبد السيد تناغو، "التأمينات الشخصية والعينية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
26. سهير إبراهيم حاجم الهيبي، "الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

27. الشريف البقالي، "شرطة التعمير بين القانون والممارسة"، ط 01، المغرب، 2012.
28. صونية بن طيبة، "الإستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2010.
29. عاطف النقيب، "النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي"، ط 03، منشورات عويدات، لبنان، 1984.
30. عامر طراف، "التلوث البيئي والعلاقات الدولية"، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
31. عبد الحميد متولي، "الحريات العامة"، منشأة المعارف، مصر.
32. عبد الرحمن حمزة، "مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها"، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2006.
33. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء 08، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
34. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء 09، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
35. عبد الرزاق بوضياف، "أصول التنفيذ والحجز التنفيذي على العقار والمنقول وفقا لقانون 09/08"، دار الهدى، الجزائر.
36. عجة الجيلالي، "أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خصصة الملك العام"، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.
37. عمار بوضياف، "الوجيز في القانون الإداري"، ط 02، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
38. عمار عوابدي، "عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.

39. عمار عوابدي، "نظرية المسؤولية الإدارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
40. عمار عوابدي، "القانون الإداري"، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
41. عمر البوبكري، "اللجوء للإنتزاع للمصلحة العامة"، سلسلة مجموعة دراسات، 1973-2004.
42. عمر يحيوي، "الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية"، دار هومه، الجزائر، 2001.
43. عمرو عيسى الفقي، "الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية"، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
44. فاضلي إدريس، "نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
45. فتحي الدريني، "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده"، دار الفكر، لبنان، دون سنة نشر.
46. لدعش رحيمة، "نزاع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، ط 01، مطبعة رويغي، الجزائر، 2011.
47. ليلي طلبية، "الملكية العقارية الخاصة"، دار هومه، الجزائر، 2011.
48. ماجد راغب حلو، "قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة"، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
49. مجمع اللغة العربية، "معجم القانون"، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر.
50. مجمع اللغة العربية، "المعجم الوسيط"، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

51. محمد حسين قاسم، "موجز الحقوق العينية الأصلية"، جزء 01، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون سنة نشر.
52. محمد حسين منصور، "الحقوق العينية الأصلية"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 2000.
53. محمد سيد أحمد عبد القادر، "نحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
54. محمد عبد الظاهر حسين، "حق الملكية"، القاهرة، مصر، 2006.
55. محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق كامل، "قضاء الأمور المستعجلة"، الكتاب الأول في إختصاص قاضي الأمور المستعجلة، ط 07، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1985.
56. محمد كامل مرسي باشا، "شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
57. محمد كمال شرف الدين، "حق الملكية الفردية من حقوق الإنسان"، الندوة الوطنية المنتظمة بتونس 1998، مركز النشر الجامعي، 2000.
58. مروان كساب، "المسؤولية عن مضار الجوار"، ط 01، بيروت، لبنان، 1998.
59. مصطفى الجمال، "نظام الملكية"، الجزء 01، المكتب الحديث للطباعة والنشر، مصر، دون سنة نشر.
60. منصور مصطفى منصور، "حق الملكية في القانون المدني المصري"، مكتبة عبد الله وهبة، عابدين، مصر، 1960.
61. منصور مصطفى منصور، "حق الملكية في القانون المدني المصري"، مكتبة عبد الله وهبه، مصر، طبعة 1960.
62. منصور نورة، "قواعد التهيئة والتعمير وفق التشريع" دار الهدى، الجزائر، 2010.

63. بوهان موسى، "النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، دار الهدى، الجزائر، 2012.
64. نبيل إبراهيم سعد، "الشفعة علما وعملا"، منشأة المعارف، مصر، 1997.
65. نبيلة عبد الحليم كامل، "نحو قانون موحد لحماية البيئة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
66. هيمن قاسم بايز، "حماية الملكية الخاصة"، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
67. وفاء سيد أحمد محمد خلاف، "قيود الملكية للمصلحة العامة"، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.
68. يكن زهدي، "شرح مفصل جديد للملكية العقارية"، الجزء 01، ط 03، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.
69. يكن زهدي، "المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة"، ط 01، منشورات المكتبة العصرية، لبنان.

II - الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1. حبشي لزرق، "أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها"، أطروحة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
2. رياحي قويدر، "القضاء الدولي البيئي"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
3. رياحي مصطفى، "الإرتفاقات الإدارية في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015.
4. رحمانية عماد الدين، "الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

5. سكاكني باية، "دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
6. صالح دجال، "حماية الحريات ودولة القانون"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010.
7. صنوبر أحمد رضا، "الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
8. عزوي عبد الرحمان، "الرخص الإدارية في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
9. علي سعدان، "الحماية القانونية للبيئة من التلوث بالمواد الخطيرة في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
10. عمر بوجادي، "إختصاص القاضي الإداري في الجزائر"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
11. عمر شنيتر رضا، "النظام القانوني للصحة العمومية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012-2013.
12. يوسف نور الدين، "جبر ضرر التلوث البيئي"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012.

ب- رسائل الماجستير:

1. آسيا حميدوش، "طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010.
2. بن زكري راضية، "الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2009-2010.

3. زايد سيد علي، "إختصاص القاضي الإداري في منازعات الملكية العقارية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
4. زهية يهوني، "حق الشفعة للدولة والجماعات المحلية في القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005-2006.
5. زيدان محمد، "حق الإرتفاق في القانون الجزائري"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.
6. سمير بن عياش، "السياسة العامة البيئية في الجزائر وتحقيق التنمية المستدامة على المستوى المحلي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.
7. عبير عبد الله أحمد درباس، "المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المؤلفات الناجمة عن تلوث البيئة في فلسطين"، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014.
8. مندرين أشرف، "القانون الدولي الإنساني والعلاقات الدولية"، مذكرة ماجستير، الاكاديمية العربية في الدانمارك، 2011.
9. وناس عقيلة، "النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006.
10. دغوش عبد الرحمن، "حق الملكية والقيود القانونية والإتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري"، شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، دون سنة نشر.

III - المقالات:

1. أحمد رحمانى، "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، 1993.

2. بوضياف محمد، "إرتباط المصلحة العامة بالملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، عدد 06، جزء 02، 2012.
3. بونعامية زهير، "حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة بين التكييف والممارسة"، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، عدد 02، 2009.
4. ريش محمد، "جريمة التعدي على الملكية العقارية" المجلة الجزائرية، عدد خاص، دون سنة نشر.
5. زروخي فيروز، أنساعد رضوان، "إشكالية التنمية المستدامة وتحدياتها"، مجلة نماء، عدد خاص، مجلد رقم 02، 2008.
6. علي كحلون، "الوظيفة الإجتماعية للملكية"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 04، 2011.
7. مجاجي منصور، "صور الفصل في طلب الحصول على رخصة البناء في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، عدد 02، 2006.
8. محمد الصغير بعلي، "تسليم رخصة البناء في الجزائر"، مجلة دراسات قانونية، عدد 13، 2006.
9. محمد العربي مياد، "القيود الواردة على حق الملكية"، مجلة المنبر القانوني، عدد 04، 2013.
10. معز جير، "القيود التوجيهية المسلطة على حق التصرف في الملكية"، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2010.
11. نجم الأحمد، "المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الإستهلاك"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 02، مجلد 29، 2013.

IV- النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

1. دستور 1963 الموافق عليه بإستفتاء 08 سبتمبر 1963، ج ر، عدد 64، الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1963.
2. الأمر رقم 97/76 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر، عدد 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.
3. المرسوم الرئاسي 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989، المتعلق بنص تعديل الدستور الموافق عليه بإستفتاء 23 فيفري 1989، ج ر، عدد 09، الصادرة بتاريخ 01 مارس 1989.
4. المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور الموافق عليه بإستفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.
5. قانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر، عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

ب- القوانين:

ب-1- القوانين الجزائرية:

1. القانون رقم 03/83 المؤرخ في 05 فيفري 1983، المتعلق بحماية البيئة، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1983، الملغى بالقانون رقم 10/03.
2. القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر، عدد 08، الصادرة بتاريخ 17 فيفري 1985، والمعدل والمتمم بالقانون 13/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008.
3. القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، عدد 49، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

4. القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر، عدد 51، الصادرة بتاريخ 15 أوت 2004.
5. القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990.
6. القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر، عدد 21، الصادرة بتاريخ 08 ماي 1991.
7. القانون 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، عدد 48، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.
8. قانون رقم 20/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج ر، عدد 77، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001.
9. القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر، عدد 08، الصادرة بتاريخ 06 فيفري 2002.
10. القانون رقم 03/03 المؤرخ في 17 فيفري 2003، المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، ج ر، عدد 11، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 2003.
11. القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.
12. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.
13. القانون 15/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2008.
14. القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر، عدد 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

15. القانون رقم 07/12، المؤرخ 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج ر، عدد 12،
الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

ب-2- القوانين الأجنبية:

1. القانون رقم 0/1948، المؤرخ في 05 فيفري 1948، المتضمن قانون الملكية اللباني، ج ر، عدد 06، الصادرة بتاريخ 11/02/1948.
2. القانون رقم 131 لسنة 1948، المؤرخ في 16 جويلية 1948، المتضمن القانون المدني المصري، ج ر، عدد 108 مكرر، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 1948 .
3. القانون رقم 40، المؤرخ في 09 أوت 1951، المتضمن القانون المدني العراقي، ج ر، عدد 3015، الصادرة بتاريخ 09/08/1951.
4. القانون رقم 43، المؤرخ في 01 أوت 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، ج ر، عدد 2645، الصادرة بتاريخ 01/08/1976.
5. القانون رقم 39.08 المؤرخ في 22 نوفمبر 2011، المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، ج ر، عدد 5998، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

ج- الأوامر:

1. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/18 المؤرخ في 10 جوان 2018، ج ر، عدد 34، الصادرة بتاريخ 10 جوان 2018.
2. الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية، ج ر، عدد 97، الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 1971، الملغى بموجب القانون 25/90.
3. الأمر 26/74 المؤرخ في 20 فيفري 1974، يتضمن تكوين إحتياطات عقارية لصالح البلديات، ج ر، عدد 19، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1974.

4. الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بمقتضى القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

5. الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

د- المراسيم:

1. المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 20 جانفي 1964، المتضمن حرية المعاملات، ج ر، عدد 07، الصادرة بتاريخ 21 جانفي 1964، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 344/83 المؤرخ في 21 ماي 1983، ج ر، عدد 21، الصادرة بتاريخ 24 ماي 1983.

2. المرسوم التنفيذي 175/91 المؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ج ر، عدد 26، الصادرة بتاريخ 01 جويلية 1991.

3. المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991، يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر، عدد 26، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1991.

4. المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993، المتضمن كفايات تطبيق القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر، عدد 51، الصادرة بتاريخ 01 أوت 1993.

5. المرسوم الرئاسي رقم 465/94 المؤرخ في 25 ديسمبر 1994، المتضمن إحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة ويحدد صلاحياته وتنظيمه وعمله، ج ر، عدد 01، الصادرة بتاريخ 08 جانفي 1995.

6. المرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 24 فيفري 1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1996.
7. المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 21 فيفري 1998، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة وتحديد قانونها الأساسي، ج ر، عدد 11، الصادرة بتاريخ 01 مارس 1998.
8. المرسوم التنفيذي رقم 408/03 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003، يعدل ويتم أحكام المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، ج ر، عدد 68، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2003.
9. المرسوم التنفيذي رقم 248/05 المؤرخ في 10 جويلية 2005، المعدل والمتمم للمرسوم 186/93، ج ر، عدد 48، الصادرة بتاريخ 10 جويلية 2005.
10. المرسوم التنفيذي رقم 202/08 المؤرخ في 19 ماي 2008، يتم المرسوم التنفيذي رقم 186/93، ج ر، عدد 39، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2008.
11. المرسوم التنفيذي رقم 88/16، المؤرخ في 01 مارس 2016، يحدد صلاحيات وزير الموارد المائية والبيئة، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 09 مارس 2016.
12. المرسوم التنفيذي رقم 90/16 المؤرخ في 01 مارس 2016، يتضمن إنشاء المفتشية العامة لوزارة الموارد المائية والبيئة وتنظيمها وسيرها، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 09 مارس 2016.

٧- القرارات والأحكام القضائية:

1. القرار رقم 33524 المؤرخ في 1985/03/06، م ق، عدد 01، 1990.
2. القرار رقم 33909 الصادر في 1985/05/29، م ق، عدد 04، 1992.
3. القرار رقم 50516 المؤرخ في 1989/03/15، م ق، عدد 01، 1991.
4. القرار رقم 55985 المؤرخ في 1989/11/15، م ق، عدد 01، 1991.

5. القرار رقم 64331 المؤرخ في 1990/04/30، م ق، عدد 02، 1991، ورد لدى حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري".
6. القرار رقم 90943 المؤرخ في 1992/06/16، م ق، العدد 01، 1995، ورد لدى حمدي باشا عمر "القضاء العقاري".
7. القرار رقم 443620 الصادر بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ورد لدى جمال سايس " الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري"، الجزء 02، ط 02.
8. القرار رقم 130337 المؤرخ في 1995/01/10، م ق، عدد 01، 1995، ورد لدى حمدي باشا عمر، " القضاء العقاري"، 2004.
9. القرار رقم 157362 المؤرخ في 1998/04/13، م ق، عدد 01، 1998.
10. القرار رقم 179572 المؤرخ في 1999/03/17، م ق، عدد 01، 1999.
11. القرار رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006.
12. القرار رقم 404069 الصادر بتاريخ 2007/06/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008، ورد لدى جمال سايس، "الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري"، الجزء 01.
13. القرار رقم 443620 الصادر بتاريخ 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2008، ورد لدى جمال سايس " الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري"، الجزء 02، ط 02.

ثانيا- باللغة الفرنسية:

I- Les Ouvrages :

1. Alex Weill, Droit Civil, Les Biens, 2 éme éd, Dalloz, Paris, 1974.
2. André De Laubadère, Traite élémentaire de droit Administratif, 4éme éd, Imprimerie, paris, 1967.
3. Claude Renard, Les Droits Réelles Principaux, Paris, 1987.

4. Friedrich Engels, L'origine De La Famille De La Propriété Privée et De L'état, Paris, éditions sociales, 1972.
5. Hubert Charles, "Les principes de l'urbanisme," Dalloz, 1993.
6. Marie-Laure Mathieu-Izorche, Droit Civil, Les Biens, Edition Sirez, 2006.
7. Pierre Subra de Bieusses, « Les Servitudes Administratives », berger levrault, 1976.

II- Texte juridique :

1. code civil français, Créé par loi 1804-01-27, promulguée le 10 février 1804, la dernière modification 03/08/2018.

ثالثا - المواقع الالكترونية:

1. [http:// www.almaany.com](http://www.almaany.com) / le 16/09/2019 à 12 :07.
2. <https://ar.wikisource.org/wiki/> le 02/09/2016 à 18:56.
3. [hrlibrary.umn. edu /arab / b001.html](http://hrlibrary.umn.edu/arab/b001.html) / le 02/09/2016 à 16:58

فهرس
الموضوعمات

المقدمة.....1

6..... الفصل الأول: حق الملكية العقارية الخاصة

7..... المبحث الأول: مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة وخصائنها

المطلب الأول: مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة وخصائنها.....8

الفرع الأول: تعريف حق الملكية العقارية الخاصة.....8

أولاً: تعريف حق الملكية العقارية الخاصة وتمييزها عن حرية التملك.....9

1- تعريف حق الملكية العقارية الخاصة.....9

أ- التعريف اللغوي لحق الملكية العقارية الخاصة.....9

ب- تعريف حق الملكية العقارية الخاصة في الإصطلاح القانوني.....10

2- تمييز حرية التملك وحق الملكية.....12

ثانياً: عناصر الملكية.....12

1- الإستعمال.....13

2- الإستغلال.....14

3- التصرف.....15

الفرع الثاني: خصائص الملكية العقارية الخاصة ونطاقها.....16

أولاً: خصائص الملكية العقارية الخاصة.....16

1- الملكية حق جامع.....16

أ- إثبات الحقوق المقررة على الملكية أو المدعى تقريرها لا يقع

على المالك.....17

- ب- إسترداد الملكية بعد إنقضاء الحقوق العينية المترتبة على الملكية.. 17
- 2- الملكية حق مانع..... 18
- 3- الملكية حق دائم..... 18
- أ- حق الملكية لا يسقط بعدم الإستعمال..... 18
- ب- حق الملكية لا يقبل التأقيت أو الأجل..... 19
- ثانيا: نطاق الملكية العقارية الخاصة..... 20
- 1- الأرض وما فوقها وما تحتها..... 21
- أ- العلو..... 21
- ب- العمق..... 22
- 2- ثمار الشئ ومنتجاته وملحقاته..... 22
- أ- الثمار..... 22
- ب- المنتجات..... 23
- ج- الملحقات..... 23
- المطلب الثاني: ضمانات حق الملكية العقارية الخاصة..... 24**
- الفرع الأول: الضمانات القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة..... 25
- أولا: الضمانات الدولية لحق الملكية العقارية..... 25
- 1- إعلان حقوق الإنسان والمواطن..... 26
- 2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان..... 27
- ثانيا: الضمانات الداخلية لحق الملكية العقارية الخاصة..... 27
- 1- الضمانات الدستورية..... 28
- 2- الضمانات التي جاءت بها القوانين..... 29
- الفرع الثاني: الضمانات القضائية لحق الملكية العقارية الخاصة..... 30
- أولا: الضمانات المدنية..... 31

- 1- دعوى إستحقاق الملكية.....31
- 2- دعوى منع التعرض للملكية.....35
- 3- دعوى وقف الأعمال الجديدة.....37
- ثانيا: الضمانات الجزائية.....41
- 1- محل جريمة التعدي وعناصرها.....41
- أ- عنصر إنتزاع عقار مملوك للغير.....42
- ب- إقتران فعل الإنتزاع بالخلسة والتدليس.....43
- 2- العقوبة في جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة.....45
- أ- العقوبة البسيطة في جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة...45
- ب- العقوبة المشددة في جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة..46
- 3- صور التعدي على الملكية العقارية الخاصة.....48
- أ- صورة التعدي على العقارات المبنية.....48
- ب- صور التعدي على العقارات غير المبنية.....50

ثالثا: الضمانات المتعلقة بدور القاضي الإداري في حماية الملكية

- العقارية الخاصة.....51
- 1- المحل التي ترد عليه رقابة القاضي الإداري.....52
- أ- رقابة القاضي الإداري على عنصر المشروعية.....52
- ب- رقابة القاضي الإداري على عنصر الملائمة.....54
- 2- الدعاوى المتاح رفعها لمالك العقار للحفاظ على حقه.....55
- أ- دعوى الإلغاء.....55
- ب- دعوى التعويض.....56

المبحث الثاني: الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة

وآثارها.....57

- المطلب الأول: تطور الوظيفة الإجتماعية لحق للمكية العقارية الخاصة وأساسها.....58

- الفرع الأول: تطور الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة..... 59
- أولاً: المذهب الفردي المقدس لحق الملكية الفردية المطلقة..... 60
- 1- الأفكار ومبادئ المذهب الفردي..... 60
- 2- إنتقادات أفكار ومبادئ المذهب الفردي..... 62
- ثانياً: المذهب الشيوعي المنكر لوجود الملكية العقارية الخاصة..... 63
- 1- أفكار المذهب الشيوعي في إلغاء الملكية الفردية..... 64
- 2- إنتقادات أفكار المذهب الشيوعي..... 64
- ثالثاً: المذاهب المبقية على الملكية العقارية الخاصة مع إصلاحها..... 65
- 1- الملكية حسب نظرية برودون..... 65
- 2- الملكية وظيفية إجتماعية..... 66
- 3- الملكية حق يؤدي وظيفية إجتماعية..... 67
- الفرع الثاني: أساس الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة ومبرراتها..... 68
- أولاً: أساس الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة..... 69
- 1- مبدأ التضامن الإجتماعي..... 69
- 2- المالك مدين للمجتمع بما كسب..... 70
- ثانياً: مبررات أداء حق الملكية العقارية الخاصة لوظيفة إجتماعية..... 70
- 1- تقييد حق الملكية العقارية الخاصة بداعي المصلحة العامة..... 71
- 2- تقييد حق الملكية العقارية الخاصة بداعي المصلحة الخاصة..... 73
- المطلب الثاني: آثار الوظيفية الإجتماعية لحق الملكية العقارية الخاصة..... 74**
- الفرع الأول: تقييد عناصر ونطاق حق الملكية العقارية الخاصة..... 75
- أولاً: تقييد عناصر حق الملكية العقارية الخاصة..... 76
- 1- تقييد سلطة الإستعمال..... 76
- 2- تقييد سلطة الإستغلال..... 77

- 783- تقييد سلطة التصرف
- 80ثانيا: تقييد نطاق حق الملكية العقارية الخاصة
- 801- تقييد علو الأرض
- 812- تقييد عمق الأرض
- الفرع الثاني: توسع مجال تدخل الدولة في حق الملكية العقارية الخاصة وإقرار مسؤولية المالك82
- 82أولاً: توسع مجال تدخل الدولة في حق الملكية العقارية الخاصة
- 85ثانيا: إقرار مسؤولية المالك
- 861- مسؤولية المالك على أساس الخطأ
- 86أ- الأركان العامة لقيام مسؤولية المالك على أساس الخطأ
- 88ب- الجزاء المترتب عن قيام مسؤولية المالك على أساس الخطأ
- 882- مسؤولية المالك دون خطأ
- 89أ- شروط قيام مسؤولية المالك دون خطأ
- 89أ-1- معيار الضرر غير المألوف
- 90أ-2- وجود علاقة الجوار
- 91ب- الجزاء المترتب عن قيام مسؤولية المالك دون خطأ
- 96.....ملخص الفصل الأول

98 الفصل الثاني: قيود حق الملكية العقارية الخاصة

المبحث الأول: قيود حق الملكية العقارية الخاصة وسلطاته مراعاة للمصلحة الخاصة.....99

- 99المطلب الأول: قيود سلطات حق الملكية العقارية الخاصة
- 100الفرع الأول: قيد الشفعة
- 100أولاً: الطبيعة القانونية للشفعة

102	1- الشفعة حق
102	2- الشفعة مركز قانوني
103	3- الشفعة رخصة
103	ثانيا: شروط الشفعة وإجراءاتها
104	1- شروط الأخذ بالشفعة
104	أ- الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه
104	ب- نطاق التصرفات التي تجوز فيها الأخذ بالشفعة
106	ج- شروط متعلقة بشخص الشفيع
107	2- إجراءات الأخذ بالشفعة
107	أ- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة
109	ب- إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق
110	ج- رفع دعوى الشفعة
111	د- طبيعة الحكم في دعوى الشفعة
111	ثالثا: آثار الشفعة وزوال الحق فيها
111	1- آثار الشفعة
111	أ- إنتقال ملكية العقار للشفيع
111	ب- التصرفات التي تقع على المشفوع فيه
112	ج- إلتزامات الأطراف
112	ج1- إلتزامات البائع
113	ج2- إلتزامات الشفيع
114	ج3- إلتزامات المشتري
114	2- مسقطات الشفعة
115	أ- تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة

- 116ب- مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع.
- 116الفرع الثاني: قيد الضمانات العينية والحجز العقاري.
- 117أولاً: الضمانات العينية.
- 1171- أنواع التأمينات العينية.
- 117أ- الرهن الرسمي.
- 118ب- حق التخصيص.
- 119ج- الرهن الحيازي.
- 119د- حق الإمتياز.
- 1202- آثار الضمانات العينية على الملكية العقارية للمدين.
- 121ثانياً: الحجز العقاري.
- 1211- الحجز التحفظي.
- 121أ- تعريف الحجز التحفظي.
- 122ب- خصائص الحجز التحفظي.
- 122ج- أثر الحجز التحفظي في تقييد الملكية العقارية للمدين.
- 1232- الحجز التنفيذي على العقار.
- 123أ- تعريف الحجز التنفيذي العقاري.
- 124ب- شروط الحجز التنفيذي على عقار المدين.
- 124ج- آثار الحجز التنفيذي على الملكية العقارية الخاصة.
- 125.....الفرع الثالث: قيد التعسف في إستعمال الحق.
- 126أولاً: تطور فكرة التعسف في إستعمال الحق.
- 1261- فكرة التعسف في العهد الروماني.
- 1272- فكرة التعسف في إستعمال الحق بعد نجاح الثورة الفرنسية.
- 1273- فكرة التعسف في العصر الحديث.

129	ثانيا: المعايير التي يقاس عليها التعسف
129	1- قصد الإضرار بالغير
130	2- الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
130	3- الحصول على فائدة غير مشروعة
131	المطلب الثاني: قيود حق الملكية العقارية الخاصة
132	الفرع الأول: قيود حق الارتفاق
132	أولا: أنواع حق الارتفاق
132	1- القيود المتعلقة بالمياه
133	أ- القيد الناتج عن حق الشرب
133	ب- القيد الناتج عن حق المجرى
134	ج- القيد المتعلق بحق المسيل أو الصرف
134	2- القيود المتعلقة بحق المرور
135	أ- أساس وحكمة تقرير حق المرور
136	ب- شروط تقرير حق المرور
136	ب1- الإنحباس عن الطريق العام
137	ب2- يجب أن لا يكون الإنحباس راجعا لفعل المالك
138	ب3- يجب إختيار طريق المناسب
139	ب4- يجب على المستفيد من حق المرور دفع التعويض المناسب
139	ثانيا: مدى تقييد حق الارتفاق لملكية صاحب العقار المرتفق به
139	1- الإلتزامات السلبية
141	2- الإلتزامات الإيجابية
142	الفرع الثاني: قيود الإلتصاق
142	أولا: القيود المتعلقة بالحدود

- 1- وضع الحدود 142
- 2- الحائط الفاصل 143
- ثانيا: القيود المتعلقة بالمسافات 145
- 1- قيد المطل 145
- 2- القيد المتعلق بالمناور 147

المبحث الثاني: قيود نزع الملكية العقارية الخاصة مراعاة للمصلحة العامة 148

- المطلب الأول: قيود توفير الوعاء العقاري 148
- الفرع الأول: نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية 149
- أولا: خصائص نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية 150
- 1- نزع الملكية طريقة إستثنائية 150
- 2- نزع الملكية إجراء جبري 151
- ثانيا: مبررات لجوء الإدارة لنزع الملكية 152
- 1- فكرة المنفعة العامة وتطورها 152
- 2- نطاق المنفعة العمومية في التشريع الجزائري 155
- ثالثا: إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية 156
- 1- إجراءات نزع الملكية في الحالات العادية 156
- أ- التصريح بالمنفعة العامة 157
- ب- التحديد الشامل لقائمة الأملاك المعنية وهوية أصحابها 158
- ج- تقييم العقارات والحقوق المراد نزعها 159
- د- قرار قابلية التنازل عن الأملاك والحقوق وقرار نزع الملكية 159
- 2- إجراءات نزع الملكية في الحالات الإستثنائية 160
- أ- نزع الملكية في الحالة الإستعجالية 160

ب- نزع الملكية لأجل إنجاز البنى التحتية ذات البعد الوطني

- 161 والإستراتيجي.
- 162 الفرع الثاني: الشفعة الإدارية.
- 163 أولاً: خصائص الشفعة الإدارية.
- 163 1- من حيث المستفيد.
- 163 2- من حيث المرتبة.
- 163 3- من حيث التسبيب.
- 164 4- من حيث الأهداف.
- 164 ثانياً: الجهات المكلفة بممارسة الشفعة الإدارية والإجراءات المتبعة.
- 164 1- ممارسة حق الشفعة الإدارية في العقار الفلاحي.
- 166 2- ممارسة حق الشفعة الإدارية في العقار العمراني.
- 168 3- ممارسة حق الشفعة في العقار السياحي.
- 169 الفرع الثالث: التأميم.
- 170 أولاً: خصائص التأميم.
- 170 1- التأميم عمل سيادي.
- 170 2- التأميم إجراء مباشر وسريع.
- 171 3- يهدف التأميم إلى تحقيق المصلحة العامة.
- 171 ثانياً: دوافع اللجوء إلى التأميم.
- 171 1- الدوافع السياسية.
- 172 2- الدوافع الإقتصادية.
- 172 3- الدوافع الإجتماعية.
- 173 ثالثاً: تطبيقات نظام التأميم في الجزائر.
- 173 1- واقع التأميم في ظل سريان قانون الثورة الزراعية.

174	2- مصير الأراضي المؤممة بعد إلغاء قانون الثورة الزراعية.....
175	الفرع الرابع: الإستيلاء
176	أولاً: خصائص الإستيلاء المؤقت وأسباب اللجوء إليه
176	1- خصائص الإستيلاء المؤقت.....
177	2- أسباب لجوء الإدارة للإستيلاء المؤقت.....
179	ثانياً: إجراءات الإستيلاء المؤقت وتنفيذه.....
179	1- الإجراءات المتبعة في إصدار قرار الإستيلاء المؤقت.....
181	2- تنفيذ قرار الإستيلاء المؤقت
181	المطلب الثاني: القيود التنظيمية والحماية
182	الفرع الأول: قيود التهيئة والتعمير
182	أولاً: المراقبة عن طريق مخططات التهيئة والتعمير
183	1- المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (PDAU).....
185	2- مخطط شغل الأراضي (POS)
186	ثانياً: المراقبة عن طريق الرخص والشهادات.....
186	1- الرخص المتعلقة بالبناء والتعمير.....
187	أ- رخصة البناء
189	ب- رخصة الهدم.....
191	ج- رخصة التجزئة.....
192	2- الشهادات المتعلقة بالتهيئة والتعمير
192	أ- شهادة التعمير
194	ب- شهادة القسمة.....
195	ج- شهادة المطابقة.....
196	الفرع الثاني: قيود البيئة.....

أولاً: علاقة البيئة بمصطلح التنمية المستدامة.....	197
1- تعريف البيئة والتنمية المستدامة.....	197
أ- تعريف البيئة.....	197
ب- تعريف التنمية المستدامة.....	198
2- أبعاد التنمية المستدامة.....	199
أ- البعد البيئي.....	199
ب- البعد الإقتصادي.....	200
ج- البعد الإجتماعي.....	200
ثانياً: القيود القانونية الدولية لحماية البيئة.....	200
1- الآليات الدولية المسطرة لحماية البيئة.....	201
2- تقدير فعالية الآليات الحمائية الدولية.....	204
ثالثاً: القيود المقررة لأجل حماية البيئة في التشريع الجزائري.....	205
1- إدراج البعد البيئي في عمليات التخطيط.....	206
أ- إدراج البعد البيئي في المخططات الإقتصادية.....	206
ب- إدراج البعد البيئي في مخططات التهيئة والتعمير.....	207
2- الضبط الإداري كآلية وقائية لحماية البيئة.....	208
أ- سلطات الضبط الإداري بشكل عام.....	209
ب- السلطات المكلفة بالضبط الإداري البيئي.....	210
الفرع الثالث: قيود الإرتفاعات الإدارية.....	213
أولاً: مميزات وأصناف الإرتفاعات الإدارية.....	213
1- تمييز الإرتفاعات الإدارية عن باقي حقوق الإرتفاق المدنية.....	214
2- أصناف الإرتفاعات الإدارية.....	215
أ- التصنيف القائم على المعيار الزمني للإرتفاعات الإدارية.....	215

215	ب- التصنيف القائم على معيار طبيعة التكليف (الأثر).....
216	ثانيا: محل الإرتفاقات الإدارية.....
217	1- عقارات مجاورة للأملك العامة.....
219	2- عقارات دون وجود عقار مجاور مخدوم (مرتفق).....
220	ثالثا: آثار الإرتفاقات الإدارية على الملكية العقارية الخاصة.....
221	1- الحد من عناصر الملكية العقارية الخاصة.....
222	2- مدى إلزامية التعويض عند تقرير الإرتفاقات الإدارية.....
225	ملخص الفصل الثاني.....
226	الخاتمة
232	قائمة المراجع
	الملخص

المخلص

الملخص:

تمحورت دراستنا حول موضوع القيود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة، الذي يتسم بالتشعب خاصة من حيث إمتداده لعدة مواضيع قانونية أخرى كما يمس بالحياة الإجتماعية والإقتصادية للملاك وغير الملاك على السواء هذا ويطرح موضوع بحثنا الإشكالية التالية: ما مدى تأثير القيود المفروضة على حق الملكية العقارية الخاصة على الحد من هذا الحق وحمائته؟

ومحاولتا منا للإجابة على هذه الإشكالية عرضنا موضوعنا على فصلين، فصلنا بالأول في حق الملكية العقارية الخاصة من خلال الإحاطة بمفهومه وكذا الحماية والضمانات الواسعة والتي يحضى بها هذا الحق، حيث منح المشرع لمالك العقار سلطات واسعة وخوله صلاحية ممارستها في حدود ما تسمح به القوانين والأنظمة ومن ثم نجد أن المشرع لم يجعل من حق الملكية العقارية الخاصة حقاً مطلقاً، بل حده بمجموعة من القيود القانونية منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ومنها ما يتعلق بالمصلحة الخاصة.

ويرجع أساس هذا التقييد إلى الوظيفة الإجتماعية المنوطة بحق الملكية العقارية الخاصة، حيث يتوجب على المالك أن يسعى إلى تحقيق إحتياجاته و مصالحته الخاصة دون أن يجرّد الملكية من أداء الوظيفة الإجتماعية، و في حال إخلال المالك بهذه الوظيفة يتعرض لأحكام المسؤولية، هذه الأخيرة تنقسم إلى نوعان مسؤولية المالك على أساس الخطأ التي تقوم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، و مسؤولية المالك دون خطأ و تقوم في حال إرتكاب المالك خطأ غير مألوف.

وعرضنا في الفصل الثاني قيود حق الملكية العقارية الخاصة، هذه القيود التي قسمناها حسب مبررات وجودها إلى قيود فرضت مراعاة للمصلحة الخاصة، وهي قيود في مجملها تخص أشخاص القانون الخاص وتعنى بتنظيم العلاقات والمصالح الخاصة بينهم، وكذا بعض المعاملات التي تقوم بينهم فيما قررت بعض هذه القيود بداعي المصلحة العامة إستهدف المشرع من خلال تقريرها إلى تحقيق مجموعة من الأهداف على غرار توفير الوعاء العقاري لإنجاز المشاريع الكبرى ذات المنفعة العامة، وكذلك تنظيم المجال العمراني

بواسطة مجموعة من التراخيص الإدارية والقواعد القانونية والتقنية تعد قيودا على حق المالك في البناء، إضافة إلى ذلك القيود التي خص بها المشرع حماية البيئة هذه الأخيرة التي تعتبر إرثا مشتركا للأجيال الحاضرة والمستقبلية تستلزم على الجميع المحافظة عليها. وختمنا هذه القيود المفروضة مراعاة للمصلحة العامة بقيود الارتقاقات الإدارية هذه القيود التي تحقق المصلحة العامة من كل المستفيدين منها وتحقق المصلحة الخاصة للمالك كذلك.

Résumé :

Notre étude porte sur le sujet des restrictions juridiques du droit de propriété immobilière privée qui se caractérise par sa division jusqu'à la couverture de plusieurs sujets juridiques, il touche également la vie socioéconomique des propriétaires et des non propriétaires. Le sujet de notre étude soulève la problématique suivante : à quel point les restrictions imposées au droit de propriété immobilière privée impacte la limitation de ce droit et sa protection ?

Afin de répondre à cette problématique, nous avons divisé notre étude en deux chapitres ; le premier porte sur le droit de propriété immobilière privée, et ce en cernant son concept ainsi que sa protection et les larges garanties confiées à ce droit ; puisque le législateur a accordé au propriétaire de l'immeuble de larges pouvoirs en les exerçant dans la limite des lois et réglementations, de ce fait, le législateur n'a pas fait du droit de propriété immobilière privée un droit absolu, mais en le limitant par un ensemble de restrictions juridiques : des restrictions qui concernent l'intérêt public et d'autre concernant l'intérêt privé.

La base de restrictions revient à la fonction sociale qu'assume le droit de propriété immobilière privée, le propriétaire devrait satisfaire ses besoins et son intérêt personnel sans que la propriété ne soit pas dans l'impossibilité d'exercer la fonction sociale, et en cas de violation de cette fonction par le propriétaire, ce dernier subira les dispositions de la responsabilité, une responsabilité qui inclut

deux types: responsabilité du propriétaire pour cause de faute survenant lors de la responsabilité de négligence et responsabilité du propriétaire sans faute survenant lorsque le propriétaire commet une erreur inhabituel.

Nous avons abordé au deuxième chapitre les restrictions du droit de propriété immobilière privée qui se divisent selon les justifications de leur existence à des restrictions imposées en considération à l'intérêt privé et qui concernent les personnes de droit privé ; elles se chargent de la réglementation des relations et intérêts des personnes ainsi que les transactions effectuées entre eux, quant aux restrictions en considération à l'intérêt public imposées par le législateur afin de réaliser certains objectifs tels que la provision de l'assiette foncière pour l'installation des grands projets d'intérêt public ainsi que la régulation du domaine urbain à travers des autorisations administratives et les règles juridiques et techniques comme restrictions imposées au droit du propriétaire à la construction et enfin les restrictions qui concernent la protection de l'environnement, ce dernier qui est un patrimoine commun entre les générations d'aujourd'hui les générations futures qui implique son sauvegarde par tout le monde.

Enfin, nous avons évoqué les restrictions imposées en considération à l'intérêt public, telles que les restrictions de servitudes administratives qui réalisent l'intérêt public à tous les bénéficiaires ainsi que la réalisation de l'intérêt privé au propriétaire.

Abstract:

This study deals with the subject of legal restrictions on the right to private real estate property, which is complex, mainly because it includes many other legal questions and concerns the social and economic life of both owners and non-owners. The subject of our study raises the following problem: To what extent do restrictions on the right to private property influence the limitation and protection of this right?

To answer this problem, we presented the subject of our study in two chapters. In the first one, we detailed the right to private real estate property: its concept, the protection and the broad guarantees that this right enjoys. In fact, the legislator granted the property owner broad powers, and empowered him to exercise them within the limits permitted by laws and regulations. Hence, we find that the legislator did not make the right to private real estate property an absolute right, but rather limited it using a set of legal restrictions including those related to the public interest, and those related to the private interest.

The basis of this limitation is due to the social function entrusted to the right to private real estate property. In fact, the owner must strive to achieve his own needs and interests without stripping private property of the social function. In the event that the owner violates this position, he is subject to the rules of liability. The latter is divided into two types: the responsibility of the owner on the basis of the error, which is the responsibility that is carried out according to the rules of exclusive responsibility, on the one hand, and the responsibility of the owner without error, which is the responsibility that occurs in the event that the owner commits an unaccustomed error, on the other hand.

In the second chapter, we presented the restrictions of the right to private real estate property. We divided these restrictions according to the justifications of their existence into restrictions imposed in consideration of the private interest, which, in general, are restrictions on private law persons, and they are concerned with regulating private relations and interests between them, and regulating some transactions that take place between them. While the other category of these restrictions are decided due to the public interest, the aim of which is to achieve a set of goals, such as providing the real estate for the completion of major projects of public benefit, as well as organizing the urban field through a set of administrative licenses and legal and technical rules that are restrictions on the owner's right to construction. Also among those restrictions are the restrictions imposed by the legislator for environmental

protection, because the latter is a common heritage for present and future generations, so it is everyone's duty to preserve them.

We concluded our presentation of the types of restrictions imposed in consideration of the public interest by mentioning the restrictions of administrative agreements. These restrictions achieve the public interest of all beneficiaries, and also achieve the private interest of the owner.