

جامعة زيان عاشور بالجلفة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

## حق الارتفاق في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية  
- تخصص قانون عقاري -

إشراف الأستاذ:  
أ.د - أسعد المحاسن لحرش

إعداد الطالب:  
- حمو آيت موهاب

السنة الجامعية 2014-2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كلمة شكر

الحمد لله الذي بفضلہ تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على سيد الكائنات ،

محمد بن عبد الله وآله وصحبه

الشكر الخالص للأستاذ المشرف السيد : أسعد لحرش

والشكر موصول إلى لجنة المناقشة على جهودهم المبذول

وخبرتهم ونصائحهم القيمة ،

كما نشكر الاستاذ الدكتور السبع زيان رئيس قسم الحقوق على كل الجهود

التي يبذلها من أجل الرقي بقسم الدراسات العليا

# الإهداء

نهدي هذا العمل المتواضع إلى كل طلبة الماستر

في القانون العقاري بجامعة الجلفة.

وخاصة الزوجة الغالية

وفلذات كبدي بناتي

ماريسا و تانيا وإلين

ولا انسى الأبوين الكريمين

الذين لهم الفضل والإمتنان

اللهم أحفظهما.

## مقدمة

منذ أن بدأ تطور المجتمع وإجتماع الناس في مكان واحد، ومعايشتهم لبعضهم البعض بتجاورهم في الأملاك والمساكن وخاصة في المدن والأرياف، فإن كل ذلك إستوجب منذ القديم لزوم إستحداث نظام يمنع تصادم الناس أو الأهل في إستغلال كل منهم لأملكه خاصة العقارية بصفة لا تضر بجاره.

وإذا كان نظام الملكية وحرية تصرف كل شخص في أملاكه هو نظام قديم فانه يختلف الأمر بالنسبة للحدود والضوابط التي تحكم وضع قواعد لإستغلال المالك للملكية العقارية وهو أيضا نظام عرف منذ زمان وتطور مع تطور نظام الملكية.

وقد عرفت الحضارة الإسلامية عرفت حقوق الإرتفاق منذ بداية قيامها إذ يوجد تأصيل فقهي لها يتمثل في قول سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حينما عرضت عليه مسألة تتمثل في: " أنه كان للضحك بن خليفة الأنصاري أرضا لا يصل إليها الماء إلا إذا مر ببستان محمد ابن مسلمة ، فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه ، فأتى الضحك، عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ، فقال لابن مسلمة : " عليك فيه ضرر؟ قال لا ، فقال له : " لما تمتع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشرب به أولا وآخرا لا يضرك ؟ " فقال محمد : " لا والله " ، فقال عمر: " والله لو لم أجد له ممر إلا على بطنك لأمرته، وقضى بتمكين الضحك من إمرار الماء في أرض محمد بن مسلمة وأمر بحفر القناة " .

وقد تطورت الإرتفاقات أكثر في الحضارة الإسلامية بتطور التمدن، كإرتفاقات السفلى والعلو، والممر والمجرى والمسيل كما جاءت به أحكام المجلة في عدة مواد .

فإنه بالرغم من أن نظام الملكية ورد بدون تفرقة بين الأشياء، إلا أن إهتمام المشرعين انصب على تنظيم الملكية العقارية خاصة بحكم أن العقار يوصف بالثبات ويعطي لصحابه نوعا من السيادة، وبالتالي يجب أن تخضع هاته السيادة لتنظيم ورقابة .( أشمل من جانب الدولة.

فإذا كان حق الملكية مطلق يمنح المالك سلطات التصرف، الاستغلال والاستعمال فالهدف الأصلي له إشباع حاجات شخصية، غير أن التطور الحاصل أدى لإمكان تصور توجهه لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية في سبيل المصلحة العامة للمجتمع، لأجل هذا كان لابد من تقييد هذه السلطات الثلاث وإحاطتها بحدود وقيد قانونية لأداء هذه الوظيفة

كما أن الفقه الغربي عرف بدوره حقوق إرتفاق أملتتها نفس الظروف تتمثل خاصة في التطورات الاقتصادية التي حدثت نتيجة الثورة الفرنسية وما صاحبها من أفكار أدت لإحداث فلسفة تشريعية معينة أثرت على تطور النصوص الخاصة بالارتفاق، وذلك باعتباره مقرر بالاستغلال فمن الطبيعي أن يتأثر بتغير وسائل الإنتاج.

وقد تطور هذا الفقه لاعتبار أن الارتفاق هو الفكرة العينة للالتزام التي مضمونها أن الارتفاق يقرر مباشرة على العقار بغير تدخل المالك.

أما عن حقوق الإرتفاق في القانون الجزائري - موضوع دراستنا - فإن المشرع سار على منوال القانون المدني الفرنسي، وحتى المصري.

فغاية دراستنا هي محاولة بيان المفهوم العام لحق الارتفاق في القانون الجزائري وذلك ببيان : شروطه وخصائصه، وأحكامه وآثاره.

ونحاول في البدء تناول العلاقة ما بين حق الارتفاق وبين مفاهيم متقاربة ونخص بالذكر علاقته بالقيود القانونية التي ترد على حق الملكية.

والمسألة المهمة التي أثارت بعض الخلاف لدى الفقه وما تزال مطروحة لحد الآن تتعلق خاصة بالقيود القانونية على حق الملكية، فهل هي بمثابة ارتفاقات أم لا ؟ وما طبيعتها القانونية ؟ وهو الأمر الذي سنحاول توضيحه.

وإن دراستنا تشمل أيضا محاولة مقارنة بعض المفاهيم التي تعتبر أحكامها قريبة جدا من حقوق الارتفاق العينية إذ نتولى بالدراسة جانبيين أو أمرين هامين في هذا المجال وهما : أولا : أحكام نظام الملكية المشتركة في العقارات، و ثانيا : أحكام بعض الالتزامات الخاصة في المحل التجاري.

ذلك أن النظرة السطحية لكل موضوع على حدى تطرح العديد من التساؤلات حول ما مدى علاقة كل منهما بموضوع، دراستنا الأصلي وهو حق الارتفاق التقليدي المعروف؟ وإن محاولة جوابنا على هذا الالتباس وتبديد مختلف التساؤلات هي غاية دراستنا هاته.

ومن ثم تبرز لنا الإشكالية الأولى التي تبدو في موضوع دراستنا ونطرحها كما يلي :

ما مدى إمكانية توسع المفهوم التقليدي لحق الارتفاق، وهل يمكن أن يشمل أحكام أخرى مقارنة له قد

ترتقي لمصافه ؟

من خلال هاته الإشكالية تبرز منها العديد من الأسئلة التي نطرحها كما يلي :

- هل يمكن ورود استثناءات على المفهوم التقليدي لحق الارتفاق ؟

- هل تعتبر القيود القانونية الواردة على حق الملكية بمثابة ارتفاقات عادية أم لا ؟

- هل يمكن أن ترتقي بعض التزامات الشركاء في الملك إلى التزامات عينية ومن ثم حقوق ارتفاق؟

- هل يمكن اعتبار بعض الالتزامات المترتبة عن التصرف في المحل التجاري، كالالتزام بعدم المنافسة التزامات عينية

كحق الارتفاق ؟ فإنه وعلى ضوء هذه التساؤلات التي تحدد إشكالية الموضوع يتحدد مجال دراستنا هذه والتي نرى

من الأولوية تناولها وفق الخطة والتقسيم الآتي :

وبالنظر لسعة الموضوع ولضرورة تناول كل جزء منه بتفصيل معين ارتأيتنا أن نقدمه في خطة من فصلين والتي

نقسمها على النحو التالي : نتناول في الفصل الأول تحديد المفهوم العام لحق الارتفاق، ونقسمه إلى مبحثين:

المبحث الأول يتعلق ببيان تعريفه وكذا خصائصه المميزة. والمبحث الثاني يخص تمييزه عن بعض الحقوق وبصفة

أخص علاقته بالقيود القانونية الواردة على الملكية.

أما في الفصل الثاني : نتوجه من خلاله لتوضيح أهم أحكام حق الارتفاق وآثاره ونقسمه أيضا إلى مبحثين:

الأول يتعلق بأحكام حق الارتفاق (النشأة والاستعمال) والثاني يتعلق بالآثار المترتبة (نفاذه وانتهائه).

# الفصل الأول

## الفصل الأول في المفهوم العام لحق الإرتفاق

يقتضي الحال لمعرفة أي موضوع تناول دراسته بيان وتحديد مفهومه بكل جوانبه، وهذا بتعريفه وتحديد خصائصه ومجالاته، والأمر سيان بالنسبة لموضوعنا المتعلق بحق الإرتفاق، فقبل الوصول لتبيان مدى إمكانية امتداده وتوسيعه يقتضي الحال معرفة ماهيته أصلاً في الفقه والقانون، وتناول مختلف أحكامه. ولإمكان تحديد المفهوم العام لحق الإرتفاق نتطرق ابتداءً إلى ماهيته وهذا بتناول تعريفه فقهاً وقانوناً في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فنخصصه لتوضيح شروطه وخصائصه. ومن خلال المبحث الثالث نتوجه لتوضيح أهم مميزاته وتصنيفاته مع التركيز على المقارنة بينه وبين القيود القانونية الواردة على الملكية لما أثارته هاته المسألة من جدل لدى الفقه.

### المبحث الأول

#### ماهية حق الإرتفاق

إن بداية أي موضوع تقتضي تناول تعريفه، وباعتبار ما سبق لنا التطرق له في المقدمة بأن حق الإرتفاق تطور منذ زمان بتطور حق الملكية ذاته، لذلك اهتم به الفقه وحاول إعطاء تعريفاً له. نتناول من خلال هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين : الأول يتعلق بالتعريف من جانب سواء الفقه الوضعي أو فقهاء الشريعة الإسلامية. ثم نخصص المطلب الثاني إلى التعريف القانوني له ونقصد به القانون المدني الجزائري.

#### المطلب الأول

##### التعريف الفقهي

لقد تناول الفقهاء حق الإرتفاق بالدراسة اللازمة، وبصفة أخص الفقه الفرنسي، ولهذا سنتناول ابتداءً معنى الإرتفاق اصطلاحاً لدى فقهاء القانون الوضعي، ثم نعرض لمعناه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، قبل أن نصل لتحديد تعريفه القانوني في المطلب الثاني.

##### أولاً : تعريفه في الفقه الوضعي

على حقوق الإرتفاق كما (1) servitude إن المتعارف عليه فقهاً هو إطلاق لفظ فعل المشرع الفرنسي، حيث سماها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من المجموعة المدنية servitudes service foncier

<sup>1</sup> إن الاصطلاح الفرنسي يطلق أحياناً على حقوق الإرتفاق العقارية عبارة (servitudes prédiales, ou foncières, ou réelles) التي يطلق عليها servitudes personnelles وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن ، . servitude personnelles أحياناً عبارة

## ثانيا: تعريفه في الشريعة الإسلامية

يقصد به في اللغة: بمعنى الاتكاء على مرفق اليد) المرفقة – المخدة أو الأريكة (ومنه قوله تعالى": ويهيء لكم من أمركم مرفقا (2) "أي ساءت النار متكاء لها وساءت مجتمعا، وقوله تعالى": وحسن مرفقا (3)" أي حسنت منزلا أو مجلسا ومجتما. وأما في الإصطلاح الفقهي: فإن حق الارتفاق هو نوع من أنواع الملك الناقص، وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر، وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظرا إلى الك، وهو ما تقرر على عين إلزامها، دون نظرا إلى مالكها والي الشخص المنتفع وأبرز هذه الحقوق حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق الجوار، وحق العلو. وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق هي تسمية حديثة أطلقها صاحب مرشد الجيران المرحوم": قدرني باشا" (4)

### المطلب الثاني

#### التعريف القانوني لحق الارتفاق

عرفت المادة 867 من القانون المدني حق الارتفاق بما يلي "الارتفاق حق يجد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال، أما النص الفرنسي من المادة فقد جاء كما يلي:

« La servitude est un droit qui limite la jouissance d' un fonds au profit d' un autre fonds appartenant à un autre propriétaire elle peut être constituée sur un domaine de l' état dans la mesure ou elle n' est pas incompatible avec l' usage auquel ce fonds est destine ».

فحسب هذا النص حق الارتفاق يشتمل على ثلاثة عناصر هي: العقار المرتفق). والمرتفق به ومنفعة يقدمها هذا الأخير إلى العقار الخادم(5)

فأهم الملاحظات التي نشير إليها بخصوص هذا التعريف الوارد بالمادة خاصة الاختلاف الصريح الحاصل بين النص الفرنسي وبين النص العربي فإننا نجد خطأين في:

(2) عليوان راضية، حق الانتفاع العيني العقاري في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، عقود (ومسؤولية، مناقش حديثا، السنة الجامعية، )

2001، (2000، ص) 03

<sup>2</sup> سورة الكهف، الآية) 16

<sup>3</sup> سورة الكهف، الآية) 24

<sup>4</sup> د/ بلحاج العربي بن أحمد، مرجع سابق، ص 669، (668

<sup>5</sup> عبد الرحمان دغوشني: حق الملكية والقيود القانونية التي ترد عليه في القانون الجزائري، بحث لنيل الدراسات)

العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، سنة 1977، ص 126

-الخطأ الأول في الشرط الأول:

إذ أنه وباعتبار أن النص الفرنسي هو النص الأصلي فإنه يجب اعتماد هذا النص إذ يشرط أن يكون العقار المستفيد من حق الارتفاق مملوك لشخص آخر فلا بد من إضافة عبارة "مملوك" وهي العبارة التي سقطت في النص العربي.

ونجد في أغلب القوانين العربية الأخرى تم ذكر هاته العبارة القانون المصري، إذ جاء في الشرط الأول من المادة 1015: "الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار فائدة عقار آخر يملكه شخص آخر..."

وفي نفس المجال يتفق معظم الفقهاء على معظم فقهي بأنه لا يجوز تقرير الارتفاق على العقارات بالتخصيص ولا على الحقوق عملاً بقاعدة رومانية معروفة في (هذا الشأن تنص على أنه " لا إرتفاق على إرتفاق<sup>6</sup> )  
« Servitude sur servitude ne valet »<sup>7</sup> وباللاتينية « Servitus servitutis non potest »

إن المشرع الجزائري في صياغته للنص العربي للمادة 867 قانون مدني، أغفل ، (كلمة هامة) مملوك (التي لها مدلولها ضمن تحديد تعريف حق الارتفاق وخصائصه)<sup>7</sup> ويتعين علينا بالتالي الرجوع إلى النص الأصلي باللغة الفرنسية.

-الخطأ الثاني في الشرط الثاني:

فالنص العربي منها لم ترد به عبارة) عام أو للدولة (أمام عبارة مال بينما النص ونعتبر ذلك خطأ هاماً له تأثير على ، un domaine de l'état الفرنسي تضمن عبارة ) المقصود بالنص<sup>8</sup> وكما سلف أن قلنا بشأن الملاحظة الأولى فإنه ما دام نص المادة باللغة الفرنسية هو النص الأصلي فيجب اعتماد التعبير الوارد به لفهم المقصود به تماماً.

كما يجب الإشارة أن المعروف فقها وقانوناً أن المال الذي لا يجوز ترتيب عليه أي حق أو التزام أو بالأحرى لا يجوز التصرف فيه هو المال العام.

وقد اتجه الاجتهاد القضائي في نفس مجال ما تضمنه النص الفرنسي بأن قرر إمكانية ترتيب الارتفاق على مال عام مع احترام الشرط القانوني، وهو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في ملف تحت رقم 228461 في 2002/06/28.

غير أن بعض القوانين الوضعية الأخرى كالقانون اللبناني نصت بأن يشتمل 2 منه نصت على أن / : التعريف لحق الارتفاق تحديد مضمونه بالمادة 56 << الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين

<sup>6</sup> عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج (9). أسباب كسب الملكية، سنة 1968 ، دار . ( النهضة العربية، القاهرة، ص1285

<sup>7</sup> علي علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ( سنة 1990 ، ص 180

<sup>8</sup> علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص( 180

جار في ملكية غير ملكية العقار الأول ويقوم هنا التكليف إما بتحويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه. >>  
ويذهب العديد من الفقهاء في تفسير عدم تطرق معظم القوانين الوضعية إلى تحديد مضمون حق الارتفاق في تعريف شامل، لكون من خلال بيان محل هذا الحق ليس ممكنا لكثرة أنواع الارتفاقات وإختلاف مضمون كل منها، فإذا كان مضمون حق الملكية هو التصرف، الاستعمال والاستغلال وحق الانتفاع وحق الانتفاع هو الاستعمال والاستغلال دائما، فإن مضمون حق الارتفاق لا يمكن حصره، فيوجد إرتفاق بالمرور، وبالمطل وبعدم تعلية البناء لحد معين (9)

وحسب الدكتور فرج الصده ... << : فإن مضمون حق الارتفاق قد يكون عملا إيجابيا ... و قد يكون عملا سلبيا ... وفي كلتا الحالتين يعتبر المضمون تكليفا يحد من منفعة العقار المرتفق به فيؤدي بالانتقاص من المزايا التي يخولها حق الملكية (10)

على خلاف من ذلك كله، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد المضمون كما فعل المشرعان المصري والفرنسي، وإعتمد رأي معظم الفقهاء.

ويجدر التذكير أنه على المشرع الجزائري تصحيح بصفة خاصة النص العربي بإعادة صياغته ليتطابق مع ما جاء في النص الفرنسي ويكون على النحو التالي:

<< الإرتفاق حق عيني من شأنه الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر، ويجوز ترتيب الإرتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال. >> بعد تطرقنا لتحديد تعريف حق الإرتفاق سنتناول فيما يلي توضيح شروطه  
وبيان خصائصه وهذا في المبحث الثاني ثم مميزاته وتصنيفاته في المبحث الثالث.

<sup>9</sup>عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانونين اللبناني و المصري، دار النهضة)

العربية بيروت ، سنة 1978 ، ص935

10عبد المنعم فرج الصده، نفس المرجع، ص( 936

## المبحث الثاني

### شروط وخصائص حق الارتفاق

إن بيان وتحديد أهم الشروط والخصائص المميزة لهذا الحق له غاية وأهمية في دراستنا لإمكان تحديد إطاره أولاً وهذا لأجل للجواب عن السؤال المطروح في المقدمة وهو : ما مدى إمكانية الإلتزام والتقيد بالشروط والخصائص العامة، وهل يمكن تجاوزها أحياناً، ومن ثم إمكانية القول بتوسيع مفهوم هذا الحق من عدمه ؟

### المطلب الأول

#### شروط أو عناصر حق الارتفاق

يتضح لنا من خلال التعريف السالف لحق الارتفاق وخاصة التعريف القانوني، أنه يشترط لوجوده توافر شروط هامة لا عنى عنها، لإرتباطها بوجود الحق ذاته.

وقد إتفق غالبية الفقهاء على شروط أربعة هامة نلي لبيانها فيما يلي:

أولاً : وجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين

الذي تعود " Fond Dominant " لقيام حق الارتفاق يستلزم وجود عقار مرتفق عليه الفائدة من حق الارتفاق ، لذا يسمى بالعقار المخدم، إذ الارتفاق يزيد من فائدته، وتتقرر هذه الفائدة للعقار لا للشخص مالكة، لذا فهي ترتبط به وتزيد من قيمته وتنتقل معه مهما كان المالك.

وهو العقار الذي يتحمل Fond servant كما يجب وجود عقار مرتفق به عبء الارتفاق ويسمى الخادم وينتقل حق الارتفاق معه إلى أي مالك جديد لأنه مقرر على العقار الذي ينقص من منفعة لفائدة عقار آخر وليس على الشخص، إلا أنه يحد من سلطات المالك على العقار بمنعه من القيام بأعمال معينة) كعدم البناء إلا بمسافة معينة أو عدم الارتفاع بالبناء إلا لعلو معين (فالارتفاق يضع قيوداً سلبية على المالك). في استعماله للعقار ولا يفرض عليه التزاماً إيجابياً يتمثل في القيام بعمل معين (11)

وأيضاً لقيام ذات الحق يستوجب أن يكون العقاران مملوكان لشخصين مختلفين لأن المالك لا يكون له حق إرتفاق على شيء ملك له، من هنا تظهر أهمية هذا الشرط). الذي أغفله المشرع الجزائري في النص العربي للمادة 867 من القانون المدني(12) وإن هذا الشرط الأخير يرد عليه إستثناء يسمى حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي حسب نص المادة 869 من القانون المدني، وستتطرق له لاحقاً عند بيان أسباب الإكتساب.

كما أن هذه القاعدة تستلزم أن يكون العقارين مملوكين لنفس المالك ملكية خالصة، ومن تم يصح أن يكون لأحد الملاك على الشيوع حق إرتفاق على العقار). الشائع لمصلحة عقار آخر مملوك له ملكية مفرزة، كما يجوز تطبيق العكس(13)

<sup>11</sup> محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2003، ص( 227

<sup>12</sup> أنظر في هذا الشأن ما تناولناه سابقاً بخصوص التعريف القانوني لحق الارتفاق، ص( 7

<sup>13</sup> عبد المنعم: فرج الصده، المرجع السابق، ص( 939

## ثانيا : أن يقرر التكاليف على العقار ولفائدة عقار آخر

جوهر حق الارتفاق هو التكاليف الذي يتقرر على عقار لصالح عقار آخر، فالعلاقة التي ينشئها حق الارتفاق لها وجهان: الوجه الأول : تحميل العقار المرتفق به بعبء أو تكليف عيني وهو عبء استثنائي، مما يميزه عن القيود القانونية للملكية كما سيلي بيانه ، والتكاليف مقرر على العقار وليس على مالكة ، مما يميز طبيعته العينية. الوجه الثاني : تحقيق فائدة أو منفعة عينية للعقار المرتفق وهو الوجه المقابل للعبء أو التكاليف العيني مما يجعل طبيعته واحدة، فالمنفعة تخص استعمال واستغلال العقار المخدوم وتقررت لفائدته ولا علاقة لها بشخص مالكة، فهي تنتقل لكل مالك للعقار)<sup>(14)</sup>

وإن كلمة " فائدة " الواردة في نص المادة 867 القانون المدني تفهم بمعناها العام فهي تشمل كل خدمة حالية أو مستقبلية تعود على العقار، فيجوز الإتفاق في أثناء بناء منزل على تقرير إرتفاق كحق مطل - لمصلحة هذا المنزل كما يصح أن تكون الفائدة احتمالية، فيكون صحيحا الإتفاق الذي يقرر حق إرتفاق لفائدة عقار لم يشيد بعد، أو لمصلحة عقار يزعم شخص شرائه<sup>(15)</sup>

ولتجنب أي ليس بين متى تكون الفائدة لمصلحة العقار أو لفائدة شخص قدم الفقه والقضاء عدة صور وأمثلة للتمييز.

فهناك مثال تطبيقي أورده القضاء الفرنسي هو إذا إتفق على أن يكون مالك منزل الحق في أن يأخذ من العقار المجاور الأخشاب اللازمة لتدفئة منزله، فإن هذا الحق يعتبر حق إرتفاق لأنه يتضمن تكليفا مقررا لفائدة المنزل. وكذلك تعهد مالك منزل مجاور محل عبادة بألا يقيم حفلات راقصة في منزله فهذا التعهد يعد منشئا لحق إرتفاق لفائدة محل العبادة على المنزل المجاور)<sup>(16)</sup>

ومن الأمثلة الحديثة المثال التالي : فإن مجرد إعطاء مالك عقار حق إيداع سيارته في حظيرة موجودة بأرض جاره لا يخوله على هذه الأرض حق الارتفاق بذلك، لأن المنفعة هنا شخصية لمالك العقار وليست منفعة عينية للعقار ذاته.

ولكن على العكس من ذلك، إذا كان هذا العقار فندقا وترتب له حق إيداع سيارات نزلائه في حظيرة موجودة في أرض جاره فإن هذا الحق يمكن أن يعتبر حق ارتفاق، حيث أن المنفعة هنا منفعة عينية مقررة للعقار باعتباره فندقا وليست مقررة لصاحبه)<sup>(17)</sup>

فمن خلال هذه الأمثلة يتبين لنا أهم شروط وعناصر حق الارتفاق ومن ثم تتحدد خصائصه.

<sup>14</sup> نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003 ، ص( 302

<sup>15</sup> محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق الأصلية، الجزء الثاني، المطبعة العالمية،

مصر، الطبعة الثانية، سنة 1951 ، ص626

<sup>16</sup> محمد كامل مرسي باشا : المرجع نفسه، ص( 942

<sup>17</sup> نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص( 302

### ثالثا : أن يوجد إرتفاق حقيقي

إن هذا الشرط أضافه البعض من الفقهاء من بينهم الفقيه الفرنسي "جوسران" وإن gène أو مضايقة charge إقرار هذا الشرط يقتضي في حق الإرتفاق وجود تكليف للعقار المرتفق به، فيترتب عليه نقص في حقوق مالك هذا العقار الذي يجب عليه أن يتحمل فعل الغير. إذ أن التكليف الذي يتحمل به العقار المرتفق به أو الخادم يعتبر عبء استثنائيا وهذا ما يميزه عن القيود القانونية التي ترد على الملكية والتي سنأتي لبيانها لاحقا.

رابعا : ألا يكون مضمون حق الإرتفاق مخالفا للنظام العام

إن هذا الشرط يعتبر من الشروط العامة لأي تصرف قانوني أو إلتزام بحيث يشترط في المحل وجوب ألا يكون مخالفا للنظام العام، وقد أورده بعض الفقهاء ضمن شروط حق الإرتفاق، إرتأينا ضرورة إدماجه نظرا لأهميته، ويقصد به أنه يشترط لقيام حق الإرتفاق أن يكون التكليف الذي يتضمنه الإرتفاق مشروعاً، فسواء كان التكليف إيجابيا كقيام مالك العقار المرتفق بعمل معين أو سلبيا بامتناعه عن القيام بعمل معين، فإن هذا العمل والامتناع عن العمل يجب أن لا يكونا مخالفا للقانون أو النظام العام أو الآداب، وحسب الفقهاء من النادر إيجاد تطبيق عملي لحق إرتفاق غير مشروع، وكمثال : أنه إذا فرض أن المالك لعقار معين حول مال العقار آخر حق إرتفاق بالمرور في أرضه حاملا معه مخدرات مثل، فإن الإرتفاق يقع باطلا لمخالفته النظام العام.

### المطلب الثاني

#### خصائص حق الإرتفاق

من خلال تناولنا للمبحث الأول بتعريف حق الارتفاق والمطلب الأول من هذا المبحث ببيان شروطه وعناصره يستوجب الأمر منا توضيح خصائصه المميزة. إن تحديد خصائص حق الارتفاق مستمدة أصلا من تعريفه، ذلك أن الخصائص تضبط إطار هذا الحق وتجعله يختلف عن كثير من الحقوق والالتزامات الأخرى، وتتلخص خصائص حق الارتفاق فيما يلي:

#### أولا : حق عيني عقاري

لصاحبه الاحتجاج به قبل الكافة، ويخول droit réel فالإرتفاق هو حق عيني droit سلطة مباشرة لصاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به وهو حق عقاري ذلك أنه من شأنه أن يجد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر فهو من ثم لا يقرر إلا على عقار ولمصلحة عقار أيضا كما سلف بيانه (18) أنه من خلال بحثنا هذا نحاول فقط التأكيد هل أن هذه الخاصية واردة على إطلاقها أم أنه يمكن أن ترد عليها استثناءات وهو الأمر الذي سنبحثه من خلال هاته الدراسة.

<sup>18</sup> J.M – Pardessus : Traité des Servitudes ou Services Fonciers, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, P15 et suiv

## ثانيا :حق تابع

فحق الارتفاق ليس حقا قائما بذاته بل هو حق تابع للعقار المرفق أو المرتفق به ولا يمكن فصله عنه، ولذلك فهو ينتقل مع العقار المحمل به "Droit Accessoire" أو العقار المحمل لفائدته، من يد مالك إلى آخر. فإذا تم التصرف في هذا العقار فإن التصرف يرد عليه وعلى ملحقاته بما في ذلك حق الارتفاق الذي يعتبر من الملحقات الإيجابية للعقار المرتفق المخدوم.

كما يعد من الملحقات السلبية للعقار المرتفق به الخادم التي يتحملها وينتقل معه من مالك إلى آخر فلا يجوز التصرف في حق الارتفاق مستقلا إلى الغير أي كان droit inaccessible<sup>(19)</sup>،، التصرف : بيع أم إيجار أم رهن

## "ثالثا : حق دائم Droit Perpétuel"

وهو الحق الوحيد من الحقوق المتفرعة عن الملكية الذي له هاته الصفة أما الحقوق الأخرى فمؤقتة، وهو في ذلك مثل حق الملكية المتعلق به وهذا نتيجة كونه تابعا له فالإرتفاق يبقى ما بقي العقاران المرتفق والمرتفق به فيما يجري عليهما من تصرفات، فلا يجوز التصرف فيه مستقلا عن العقار إلا بالتخلي عنه، فحق الارتفاق يتبع العقار المرتفق بحيث يعتبر من ملحقاته وينتقل معه إلى من تنتقل إليه ملكية العقار، ونفس الشيء بالنسبة للعقار المرتفق به إذ يتبع حق الارتفاق هذا العقار ويعد من أعبائه أو التكاليف الملحقه به، فيظل مثقلا بالارتفاق وينتقل مع العقار إلى من انتقلت إليه ملكيته<sup>(20)</sup>

إن صفة الدوام ليست من مستلزمات أو جوهر حق الارتفاق بل من طبيعته فهي في حق الملكية تعني أن الحق يدوم بدوام الشيء وأنه لا يسقط بعدم الاستعمال، ولأن الاعتبار العملية تأبي توقيته بزمن معين، أما في حق الارتفاق فهي تختلف لأنها تعني أن الأصل هو دوام الارتفاق بدوام العقارين المرتق والمرتفق به وما لم يتم توقيته حيث يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال، ويجوز الإتفاق على توقيته بأجل معين فينتهي بانقضاء الأجل، كما ينتهي إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق<sup>(21)</sup> كما يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ.

## 1) رابعا : حق لا يقبل التجزئة "Indivisible"<sup>(22)</sup>

الأصل أن الارتفاق يتقرر لفائدة كل العقار وعلى كل العقار المرتفق به، ويقصد بعدم قابلية التجزئة أنه إذا جزء العقار المخدوم المرتفق، فإن الارتفاق يظل مقررا لكل جزء منه، وإذا جزء العقار الخادم المرتفق به (فإن الارتفاق يظل واقعا على كل جزء منه)<sup>(23)</sup>

<sup>19</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص( 229

/ <sup>20</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص( 300

<sup>21</sup> زهدي يكن :الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما وعملا، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة 2، سنة 1922 ، ص( 208

<sup>22</sup> J-M : Pardessus opcite, P 34.

<sup>23</sup> محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص( 229

وهذه الخاصية تنطبق سواء من حيث إنشائه أو من حيث زواله لكن بخصوص موضوعه فهو مثل الالتزامات يكون قابلا أو غير قابل للتجزئة على حسب ما تكون المنفعة الناشئة عنه قابلة للقسمة أولا، كما يجوز أن ينقضي بعض الحق بالتقادم كما إذا قسم العقار المرتفق فقد يضيع بعض الملاك المتقاسمين بعض الحق بالتقادم.

إن مبدأ عدم القابلية للتجزئة يثور النقاش بشأنه بخصوص التطبيقات الآتية :

إذا كان عقارا مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص فلا يجوز ترتيب حق إرتفاق له أو عليه دون موافقة باقي الشركاء، غير أنه إذا كان الإرتفاق مقررا على عقار مشترك فإن قسمته لا تخلي أي جزء منه، ويبقى الإرتفاق على كل أجزائه رغم القسمة، إلا إذا كانت طبيعته تسمح بجعله على بعض الأجزاء فقط ويمكن الاستعمال حسب العقد، كما أن نزول أحد الشركاء في الملك عن حق الإرتفاق لا ينقضي معها الحق، بل يستمر باقي الشركاء في استعماله<sup>(24)</sup>

ونفس هاته الأحكام نص عليها القانون المدني الجزائري سواء بخصوص العقار 877، وقد أفرد المشرع / المرتفق أو المرتفق به و ذلك ضمن نصوص المادتين 876 الجزائري مادتين كاملتين لهاته الخاصية بالنظر لأهميتها، وأوردهما ضمن الأحكام الخاصة باستعمال حقق الإرتفاق وسوف نعيد التطرق لهاته الخاصية حينما نتطرق لأحكام استعمال حق الإرتفاق حتى نعرف أكثر مدى إمكانية تعديل حق الإرتفاق وإمكانية تجزئة العقارين من عدمهما. إن هاته القاعدة أو الخاصية يقر بها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرار مؤداه أن : حق ارتفاق - عقار يحمل رقم 195764 المؤرخ في 26/04/2000 محصور - ممر - تغيير قاعدة الارتفاق " المادتان 875 و 698 من القانون المدني. "

من المقرر قانونا أنه " لا يجوز لمالك العقار المترفق به أن يعمل شيء يؤدي إلى انتقاص من استعمال حق الارتفاق... أن يغير من الوضع القائم ".... ومن المقرر كذلك" أنه لا يجوز لصاحب العقار المحصور تغيير قاعدة الارتفاق...".

<sup>24</sup> محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص( 630

## المبحث الثالث

### مميزات حق الارتفاق وتصنيفاته

إذا كان حق الملكية هو الحق الذي يخول لصاحبه سلطات التصرف، الاستعمال والاستغلال ويمكن المالك من الحصول على منافع الشيء محل الحق، إلا أن هذه السلطات يمكن أن تنقيد أو يجرم صاحبها منها كلها أو من بعضها، كما هو الحال بصدد حقوق الانتفاع الاستعمال السكني، التي يمنح فيها بعض السلطات ويحرم من البعض الآخر، أو بشأن حق الارتفاق الذي يترتب على وجوده الحد من سلطات المالك الكاملة.

حق الارتفاق كما سلف بيانه هو حق عيني كحق الملكية، غير أنه لما كان للملكية وظيفة اجتماعية يقصد بها تحقيق المصلحة العامة والخاصة، إذ القاعدة العامة التي يجب على المالك مراعاتها بأن يكون ذلك لا يتنافى مع ما تقضي به اللوائح والقوانين<sup>25</sup>، إذ ليس هناك ما يمنع المشرع من أن يتدخل ليفرض قيودا تحد من السلطات الجامعة للمالك وهي قيودا عامة ترد على سلطات المالك بالنسبة لكل ملكية توجد في ظروف معينة.

فالسؤال الذي يثور إذا : ما هي طبيعة هذه القيود القانونية ؟ وما علاقتها بحقوق الارتفاق؟ وهل أن التقابل الحاصل بينهما يجعلهما وجهان لعملة واحدة أم لا ؟ لأجل ذلك سنتناول محاولة إبراز أوجه المقارنة بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية الواردة على الملكية في مطلب أول، ثم نتصدى في مطلب ثاني لتمييز حق الارتفاق عن حقوق أخرى تقترب منه، وأخيرا نتصدى في المطلب الثالث لبيان تصنيفاته.

### المطلب الأول

#### القيود القانونية الواردة على الملكية وحق الارتفاق

يقصد بمعنى القيود القانونية الواردة على حق الملكية، أنه حينما ينص القانون على قيود تحد من سلطات المالك إذ يرسم الحدود التي يجب على المالك مراعاتها لمزاولة حقه وترفض لتراعي مصلحة عامة أو خاصة ويقرها القانون المدني أو أي نص قانوني آخر حتى بواسطة القوانين واللوائح<sup>26</sup>

ومن ثم فالقيود التي ترد على حق الملكية هي نوعان أولها، القيود التي تتقرر مباشرة بنص القانون أي القيود القانونية، وهي ما نتناوله بالدراسة نظرا لأهميتها ولورودها في القانون تفصيليا.

أما القيود الأخرى والمسماة الإرادية (وهي التي تتقرر بمقتضى تصرف قانوني ويرتب القانون عليه أثره في تقييد الملكية، ويقصد بها الشرط المانع من التصرف، وهذا الشرط لا يهتما كثيرا حاليا لكوننا سنقتصر على مدى علاقة القيود القانونية التي فرضها القانون على المالك بحق الارتفاق.

ومن ثم نحاول أولا معرفة طبيعة هذه القيود ومختلف الآراء الواردة بشأنها، مع تحديد موقف القانون الجزائري وذلك في فرع أول، أما في الفرع الثاني نتوجه لمحاولة تلخيص أهم القيود القانونية الواردة في القانون.

<sup>25</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص (27)

<sup>26</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانونين المصري واللبناني، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص 474

## الفرع الأول: طبيعة القيود القانونية الواردة على الملكية

لقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه القيود، لذا، سنتناول أولا تلخيص أهم هذه الآراء ثم نتطرق ثانيا لتنتائج التفرقة بين القيود وحق الارتفاق ثم نصل ثالثا لتوضيح موقف القانون الجزائري.  
أولا / اختلاف الآراء:

(.الرأي الأول : يعتبرها كحقوق إرتفاق وأخذ به العديد من الفقهاء الفرنسيين<sup>(27)</sup>)

وحجتهم أن الإرتفاقات تحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر وأن العقارين مملوكين لشخصين مختلفين ويعتبرونها كحقوق إرتفاق قانونية تقررت لصالح بعض العقارات على أخرى<sup>(28)</sup>  
وأن هذه القيود تقرر في الواقع تكاليف وأعباء على العقارات المقررة عليها فحق الشرب، وحق المجرى والمسبل وحق المرور كلها إرتفاقات بالمعنى القانوني وليست مجرد قيد يرد على المالك في إستعمال ملكه فهي تقرر للغير تكليفا على العقارات بالمعنى الصحيح.

الرأي الثاني : أخذ به فقهاء آخرون كعبد الرزاق السنهوري، يرى ضرورة إستبعاد هذه القيود من نطاق حق الإرتفاق رغم أن هناك من يسميها بحقوق الإرتفاق القانونية ويؤكد رأيه على " : فإذا كان حق الإرتفاق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر، فيخرج من ثم بكلا العقارين من النظام العام المألوف لحق الملكية، فحق الإرتفاق، هو كل قيد يتقرر على العقار من دون القيود التي تعتبر من التنظيم العام المألوف لحق الملكية والتي تعتبر ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية.

وفي رأيه، دائما أن القيود التي يفرضها القانون والتي تعتبر ذاتها هي التنظيم العام المألوف لحق الملكية كقيود الجوار أو الصرف بين الجيران ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح المطلات والمناور كلها ليست حقوق إرتفاق، فحق الإرتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية، كما يأخذ به بعض الفقهاء (.الفرنسيين كدومولومب وجوسران وأوبري ورو، وكايتان<sup>(29)</sup>)

**الرأي الثالث :** يعتبر هذه التكاليف كإلتزام عيني فرضه القانون على عاتق المالك، فهذه القيود التي فرضها القانون على الملكية هي بمثابة تكاليف تقيد من سلطات المالك إذا ما ورد حقه العيني على عين من الأعيان فبوصفه مالكا للعين التي أحاطتها ظروف إقتصادية خاصة إستلزمت على المشرع ضرورة جعل هذه الإلتزامات على عاتق أصحابها مستهدفا تحقيق التضامن الإجتماعي بين الملاك المتجاورين، فلا يهم بعد ذلك كون المشرع

<sup>27</sup> Jean Débeaurain : in Juris Classeur «civil », Fascicule 30, Sevitude légale généralité, Edition technique

5ème Année 1994.

<sup>28</sup> عبد الرحمان دغوشي : المرجع السابق، ص( 71

<sup>29</sup> عبد الرزاق السنهوري : الوسيط الجزء 9 ، ص( 1296

أطلق على هذه الإلتزامات العينية تسمية أخرى - كقيود الملكية - طالما أن الأوصاف القانونية ليست من وظيفة المشرع بل هي عمل فقهي فهو غير ملزم.

نصل إلى أن القيود التي ترد على الملكية العقارية دون المنقولة فتحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر مما يزيد من التقارب بينها وبين حقوق الارتفاق إلا أنه يظل هناك فارقا جوهريا قائما بينهما، يتجسد في أن حق الارتفاق هو ذلك الحق الذي يتقرر على عقار لفائدة عقار آخر يخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية.

بينما القيود القانونية هي تشكل التنظيم العام المألوف لحق الملكية إذ يتمثل هذا التنظيم في كون حق الملكية يعد حقا حاليا من كل قيد إلا تلك التي فرضها القانون، إقتضاءا للمصلحة العامة أو الخاصة، كقيود الجوار والري والصرف بين الجيران، ووضع حدود للأماكن المتلاصقة وحق المرور في أرض الجار والحق في فتح المطلات والمناور على ملك الجار.

كما أن مصدر كليهما يختلف، فالقيود القانونية الواردة على الملكية مصدرها المباشر دائما القانون، فهي حدود عامة لكل ملكية توجد في ظروف معينة.

أما حق الارتفاق فمصدره فعل الإنسان المادي أو الإرادي وصفته الخاصة ثابتة لتعلقه بملكية معينة بالذات مما يجعل منه عبئا استثنائيا<sup>(30)</sup>، ذلك أن حق الارتفاق هو عبء على الملكية ويتوجب بالتالي حصر مداه بما هو لازم لاستعماله دون أن يتعداه إلى أكثر من ذلك<sup>(31)</sup>.

### ثانيا : نتائج التفرقة بين القيود القانونية وحق الارتفاق

1. عدم خضوع القيود القانونية لقواعد الشهر والعلانية لكون مصدرها القانون وتمثلا لموضع العادي للملكية في ظروف معينة، خلافا لحقوق الارتفاق التي تخضع لذلك.
2. عدم ضمان خلو العين المتصرف فيها من تلك القيود لأن مصدرها القانون وتمثل الوضع العادي للملكية، وذلك خلافا لحقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق.
3. عدم جواز اكتساب القيود بالتقادم لأنها تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة المسك باستمرارها، ذلك لأن التقادم المكسب يفترض الحيازة، ولا تقوم الحيازة على مجرد رخصة.
4. لا تسقط القيود القانونية بعدم استعمالها مهما طال مدته، لأنها تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة، وذلك بخلاف حقوق الارتفاق<sup>(32)</sup>.

### ثالثا : موقف القانون الجزائري

<sup>30</sup> رمضان أبو السعد ، المرجع السابق ، ص( 475 )

<sup>31</sup> فؤاد ظاهر، حقوق الارتفاق في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان ، سنة 2002 ، ص76

<sup>32</sup> نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ص( 60 )

إن اختلاف الآراء الفقهية السالف بيانه ومدى التقارب بين القيود القانونية الواردة على الملكية وحقوق الارتفاق، جعل القوانين الوضعية تتردد في تناولها لهذه القيود.

ف نجد القانون الفرنسي يخلط بين المعنيين فيسمى القيود بالارتفاقات القانونية، وكذلك التقنين المدني المصري واللبناني.

أما القانون الجزائري فهو مجال دراستنا، نجد من الباحثين من تناول محاولة تحديد موقفه واعتبر أن هذه القيود هي كتطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي يلتزم المالك فيها بعدم الإضرار بجاره، حسب المادة 691 ق.م، فإن إخلال المالك بالجوار يعد تسعفا<sup>(33)</sup>

غير أن تحديد موقف المشرع الجزائري من المسألة وللجواب عن السؤال هل هي حقوق إرتفاق؟ أم هي مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية؟ يقتضي منا تحليل النصوص في كيفية تناولها، شكلا و مضمونا:

أ (من الناحية الشكلية : تطرق المشرع لهاته القيود من خلال تناوله لحق الملكية وخصص لها القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الأول تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية وتضمنها في حوالي 22 مادة من المادة 690 إلى المادة 712

فعند النظر من الناحية الشكلية نجد أن المشرع الجزائري فصل في المسألة واستبعد هاته القيود التي تلحق حق الملكية من نطاق حق الارتفاق، وهو تأكيد لموقف الرأي الثاني لبعض الفقهاء كما سبق الإشارة إليه.

ب (من ناحية المضمون : فعند تناولنا لبعض هذه القيود كحق المرور الذي تناوله المشرع ضمن هاته القيود نجد في بعض المواد كالمواد 698 و 699 و 700 يسميه إرتفاق حق المرور، وكذا مالك العقار المرتفق به.

فهل هذا يعني أن المشرع يعترف بخصوصية بعض القيود كحق المرور ويعتبرها حقوق إرتفاق و يميزها عن غيرها من بقية القيود الواقعة على حق الملكية؟ وهل من شأن ذلك أن يؤدي بنا أن نعتبر موقف المشرع الجزائري أنه يعتمد الرأي الفقهي الذي يفرق بين القيود المقررة للمصلحة العامة وأخرى المقررة للمصلحة الخاصة وأن هناك قيود قانونية ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق؟ لأجل هذا سنحاول التعرض لبعض القيود القانونية لمعرفة مدى إمكانية اعتبارها من قبيل حقوق الارتفاق أم لا؟

### الفرع الثاني: تقسيم القيود القانونية في القانون المدني الجزائري

إن القانون المدني الجزائري تضمن هذه القيود في جانب لاحق بحق الملكية وسمها تحت عنوان : القسم الثالث : القيود التي تلحق حق الملكية وهي متفرعة عن الفصل الأول : حق الملكية بوجه عام عن الباب الأول حق الملكية عن الكتاب الثالث: الحقوق العينية الأصلية وقد تناولها المشرع في المواد من 690 إلى 712 ونحاول

إدماج ما يتقارب منها تحت عنوان واحد كما يلي (1/): **القيود الخاصة باستعمال حق الملكية) التزامات الجوار -المواد 691 : 690**، إن المالك في استعماله لحقه يخضع للقيود التي تفرضها عليه القواعد العامة،

<sup>33</sup> عبد الرحمان دغوشوي ، المرجع السابق ، ص( 73

كعدم تجاوز حدود الحق، وعدم التعسف في استعماله، وإلى جانب ذلك فرض عليه القانون عدم الغلو في استعمال حقه وإلا كان مسؤولاً عن أضرار الجوار غير المألوفة<sup>(34)</sup>

## 2/ ) القيد الخاص بحق المرور القانوني) المواد 693 إلى 702

إن الأصل أن للمالك وحده أن يستأثر بالانتفاع بالشيء الذي يملكه، وبالتالي له أن يمنع غيره من المرور في أرضه، ولكن قد يكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام، مما يؤدي إلى تعطيل استغلالها إذا لم يتمكن مالكيها من الحصول على حق ارتفاق بالمرور من الأراضي المجاورة للوصول إلى الطريق العام<sup>(35)</sup>، فقرر له المشرع هذا الحق.

يعالج القانون المدني ارتفاق المرور في مقتضيات المواد 693 إلى 702 تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية، ومن جهة أخرى في المواد من 867 إلى 881 في الفصل المتعلق بحقوق الارتفاق بصفة عامة. ذلك أن حق المرور يعد من جهة قيوداً على الحق المطلق للملكية ويعد ارتفاقاً. قانونياً حسب التعريف الوارد في المادة 867 من القانون المدني<sup>(36)</sup>

## 3/ القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار:

إن التلاصق في الجوار يثير مشاكل عديدة بين الجيران من أجل ذلك تدخل المشرع وفرض العديد من القيود على الملاك المتجاورين، وهذه القيود تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المجاورة، فإما تكون قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الأملاك) المادة 703 ق.م، أو قيود تتعلق بالحائط الفاصل بين عقارين) من المادة 704 إلى 708 ق.م، أو قيود تتعلق بالمسافات الواجب مراعاتها عند فتح المطلات والمناور) من المادة 709 إلى 711 ق.م.

## \*/ في بعض التطبيقات لقضاء المحكمة العليا:

إن التطبيقات المختلفة للمحكمة العليا، وردت أحكامها تتردد بين إقرارها في مرات عدة كقيود على حق الملكية، وفي مرات أخرى كحقوق إرتفاق عادية، ومن أهم أمثلة ذلك بعض القرارات المنشورة في المجلة القضائية. ملف رقم 148810 جاء فيه " حق الممر - قرار صادر بتاريخ 1997/06/25 غلقه - تجاوز مضار الجوار المؤلف - قيود على حق الملكية المواد 690 و 691 من القانون المدني. من المقرر قانوناً أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه بعض التشريعات الجاري بها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار ويجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المؤلف.

<sup>34</sup> نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص( 61)

<sup>35</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص( 83)

<sup>36</sup> السيدة بلعربية فاطمة الزهراء، رئيسة قسم بالغرفة العقارية للمحكمة العليا، مقال بالاجتهاد القضائي للغرفة)

العقارية، الجزء الثاني، المحكمة العليا، سنة 2004 ، ص33

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما ألزمهم بالدخول إلى متر لهم مرورا بطريق بعيد، فإن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون (37).

ملف رقم 148511 جاء فيه حق إرتفاق على ملكية - ب - قرار بتاريخ 1997/06/25

-مطالبة المدعي بوضع حد نهائي للممر المؤقت المسموح من طرفه لفائدة المدعى عليه - الحكم بجعل المرفق مشترك تطبيق القانون الصحيح- المادة 868 من القانون المدني(38)

فمن خلال هذين القرارين الصادرين في نفس التاريخ نجد أن قضاة المحكمة العليا بينما إعتبروا في قرار أن حق الممر هو إرتفاق بالممر وفق نص المادة 868 من القانون المدني الواردة في الجانب المتعلق بالإرتفاقات، فإنهم في القرار الأخر وبخصوص نفس الحق وهو حق الممر يعتبرون من قبيل القيود الواردة على حق الملكية وتجاوز مألوف لمضار الحوار المألوفة ويطبقون المواد 690 و 691 المتعلقة بهذه القيود.

والخلاصة التي نصل إليها في هذا الشأن بإمكان القول بالتكييف القانوني الأنسب لهذه القيود والذي يمكننا من تقييم موقف القانون الجزائري على ضوء ما سلف أن وضوحه بخصوص النصوص القانونية للقانون المدني وبعض التطبيقات القضائية.

وبالتالي نميل إلى الرأي الذي إعتبر أن هذه القيود المفروضة قانونا على المالك هي بمثابة تكاليف تقييد من سلطاته إذا ما ورد حقه العيني على عين من الأعيان المجاورة له.

فإن هذه التكاليف هي إلتزامات عينية فرضها القانون على عاتق المالك، وفكرة الإلتزامات العينية هي الرابط المشترك ما بين القيود القانونية وبين حقوق الإرتفاق.

## المطلب الثاني

### التمييز بين حق الإرتفاق والحقوق الأخرى

بعد تطرقنا في المطلب السالف إلى التمييز بين حق الإرتفاق عن حق الملكية وبصفة خاصة المقارنة بينه وبين القيود القانونية الواردة على الملكية، فإننا سننتقل في هذا المطلب لمحاولة التمييز بين حق الإرتفاق وغيره من الحقوق. ومن أمثلتها الانتفاع والاستعمال والسكنى وهذا في الفرع الأول، ثم لنتقل في الفرع الثاني إلى التمييز بين حق الإرتفاق العيني والحق الشخصي.

### الفرع الأول : حق الإرتفاق وحقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى

إن كلا من حق الإرتفاق وحق الانتفاع يعتبران حقا عينيا مقررا على مال الغير وذلك أن جميع الحقوق العينية تنطلق من فكرة واحدة وهي أنها حق ثابت في العين أو في المال(39)

<sup>37</sup>الجملة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1997، العدد 1، ص 190

<sup>38</sup>الجملة القضائية، سنة 1997، العدد 1، المرجع السابق، ص 176

<sup>39</sup>عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث

غير أن هذين الحقين يختلفان وتوجد بينهما فروقا هامة تتمثل في:

**1- حق الارتفاق يقرر لمنفعة عقار معين، أيا كان مالكة لذا يسمى بحق الارتفاق العيني أو العقاري، بينما حق الانتفاع يقرر لمنفعة شخص معين لذا يسميه بعض الفقهاء : ارتفاق شخصي servitude personnelle**

**2- حق الارتفاق لا يكون إلا على عقار بينما حق الانتفاع يمكن أن يرد على عقار كما يمكن أن يرد على منقول.**

**3- حق الارتفاق حق دائم بطبيعته - بينما حق الانتفاع فمؤقت ينقضي بموت المنتفع.**

**4- حق الارتفاق أصلي لا يجوز رهنه ولا حجزه مستقلا عن العقار المرتفق في حين أن حق الانتفاع هو حق أصلي يجوز التصرف فيه مستقلا عن الشيء المرتفق به.**

**5- أن مضمون حق الارتفاق هو أضييق من مضمون حق الانتفاع، فهذا الأخير هو إستعمال وإستغلال الشيء المنتفع به، بينما الأول هو إستعمال العقار المرتفق كما هو محدد في السند.**

وبشأن حقي الإستعمال والسكنى فتوجد بشأتهما الفروق السالفة بشأن حق الارتفاق، هذا رغم تميزها بصفة عينية كمثلته - لكنهما يختلفان عن الإنتفاع في عدم جواز التنازل عنها أو رهنها<sup>(40)</sup> (وأثبت المشرع الجزائري هاتاه الميزة بنص صريح في المادة 856 من القانون المدني.

### **الفرع الثاني : أهم الفروق بين الحق الشخصي وحق الارتفاق العيني**

قبل التطرق إلى محاولة تمييز حق الارتفاق عن الحق الشخصي فإنه من اللازم أن نتطرق أولا لتحديد معنى كل من الحق الشخصي والحق العيني والفرق بينهما، ذلك أن الحق إما شخصي أو عيني وإن التفرقة بين كلا الحقين قديمة لدى الفقهاء.

وغايتنا من الإمام بهذه التفرقة لأجل وضع إطار كل حق أو إلتزام الذي قد نتطرق له في دراستنا عند محاولة التكييف ومعرفة مدى إمكانية التحويل.<sup>(41)</sup>

فالحق العيني : كما هو معلوم هو ذلك الحق الذي يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء معين بالذات، فتوجد بذلك علاقة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق (1) فيكون للشخص أن يستعمل الشيء إستعمالا مباشرا سواء قانونيا أو ماديا ولا يهم من يكون بيده هذا الشيء محل الحق<sup>(42)</sup>

العربي، المجلد 1، بيروت، سنة 1954، ص 30

<sup>40</sup> وحيد الدين محمد سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، جزء 1، مطبعة ألف باء (سنة 1969، ص 624)

<sup>41</sup> زهدي يكن : شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، دار الثقافة، الطبعة 3، ج 1، بيروت، ص 191 وما يليها

<sup>42</sup> عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 472

أما الحق الشخصي أو الإلتزام فهو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين نحو شخص آخر، وهو الدائن بأداء دين معين، وهذا الأداء يكون إما لقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو منح شيء. فأهم فارق بين الحقين هو المحل، إذ الحق العيني محله شيء معين بالذات، أما الحق الشخصي فمحله أداء خدمة أو عمل وهو واقع على عاتق شخص.

وقد حاول بعض الفقهاء التقريب بين الحقين، وهدم هاتاه التفرقة، إلا أن التفرقة ما تزال قائمة حتى اليوم ولا يمكن التسليم بزوالها و يجب حسب غالبية الفقهاء الإبقاء). عليها، التفرقة بين كل من الحق العيني والحق الشخصي وما يترتب عليها من نتائج<sup>(43)</sup>

**/نتائج التفرقة بين الحقين هي:**

أ (أن الحقوق الشخصية هي حقوق نسبية لا يمكن استعمالها إلا قبل شخص أو أشخاص معينين ويترتب عليها دعوى شخصية، ولا تمنح أصحابها لا حق التتبع ولا الأفضلية.

ب (وبالعكس الحقوق العينية فهي حقوق مطلقة يمكن التمسك بها قبل كل شخص وتمنح أصحابها الحق في رفع دعوى عينية وتمنحهم حقي التتبع والأفضلية.

ج (الحق العيني يجب أن يكون موضوعه شيئاً أو حقاً مالياً، أما الحق الشخصي قد يكون موضوعه تسليم شيء، أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء.

د (الحق العيني يفترض وجود الشيء ومن ثم يفترض أن يكون الشيء معيناً بالذات، بينما الحق الشخصي فقد يقع على شيء غير معين، فالمشتري لا يصبح مالكا وذا حق عيني إلا بالتعيين ويكون له قبل البائع حقاً شخصياً لإلزامه بتنفيذ إلتزامه)<sup>(44)</sup>

أما فقهاء الشريعة الإسلامية : لم يعرف أنهم تعرضوا لتقسيم الحق إلى عيني وشخصي وإنما التمييز الذي وقع في هذا الفقه هو بين الدين والعين إذا هم يجرسون على المقابلة بينهما، ويقيمون هذا التمييز على أساس التعلق بالذمة من عدمه، فالدين يتعلق بذمة المدين أما العين فلا تتعلق بالذمة، بل يكون الحق عينياً أم شخصياً متعلقاً بالعين ذاتها<sup>(45)</sup>

**/تحديد الفوارق بين حق الإرتفاق العيني والحق الشخصي:**

يوجد لمصلحة Le Droit Personnel ou Droit de Créance أ (الحق الشخصي

شخص أما حق الإرتفاق فلمصلحة عقار.

<sup>43</sup> محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 624 وما يليها).

<sup>44</sup> Jean Louis BERGEL, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti : traité de droit civil (les Biens), LGDJ, édition DELTA, Année 2000, Paris, P 32.

<sup>45</sup> محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص 637 وما يليها).

ب ( يوجد الحق الشخصي قبل شخص، أما حق الإرتفاق فيوجد على عقار.  
ج (الحق الشخصي يستلزم أن يقوم المدين بعمل إيجابي، ولكن حق الإرتفاق لا يخول مالك العقار المرتفق أن يطلب شيئاً من مالك العقار المرتفق به الذي يقوم بدور سلمي.  
د (لصاحب الحق الشخصي تحويل حقه، لكن لا يكون لمالك العقار المقرر لمصلحته حق الإرتفاق التنازل عنه لآخر، وعلى الأقل ليس له التنازل عنه لغيره إلا مع العقار المتعلق به الإرتفاق.  
/ \* ) :ومن الأمثلة التي قدمها الفقهاء ما يلي :

فإذا كان شخص يملك قصراً وآخر يملك غاية مجاورة، وكان الأول يحتاج كل سنة مقداراً من الخشب للتدفئة في القصر<sup>46</sup>)، فيمكنه الحصول عليها من الغابة بأحد هذه الاتفاقات:  
أ (يتفقان على أن يورد الثاني للأول مقدار معيناً من الخشب مقابل مبلغ محدد، فهذا الاتفاق أنشأ لمصلحة صاحب القصر حقاً شخصياً، وفرض على مالك الغابة التزاماً شخصياً.  
ب (يتفقان أنه مقابل مبلغ معين يمنح الأول الحق للثاني بأخذ كل سنة كمية الخشب اللازمة له ما دام حياً، وهذا الاتفاق ينشأ لمصلحة صاحب القصر حق استعمال على غابته.  
ج (يتفقان أنه مقابل مبلغ يدفعه الأول للثاني بأن يكون لقصره حق دائم لأخذ مقدار الخشب كل سنة من غابة الثاني، وهذا الاتفاق ينشأ لمصلحة عقاره حق إرتفاق على عقار الآخر.  
إنه من مختلف هذه الأمثلة البسيطة تتحدد المقارنة وأهم الفوارق المميزة لكلا من حق الإرتفاق العيني والحق الشخصي، وباعتبار هذا الأخير هو الإلتزام فإن تميزه بهذه الصورة يمكننا من وضع إطار له بما يجعله يتعد عن حق الإرتفاق أو يقترب منه في بعض الحالات، وهذا لإمكان الوصول للجواب عن السؤال : هل ممكن لبعض الإلتزامات الشخصية أن ترتقي بمثابة حقوق إرتفاق وتصبح تتميز بما يتميز به هذا الحق من الخصائص.

### المطلب الثالث

#### تصنيفات حقوق الإرتفاق

إن حق الإرتفاق يختلف عن غيره من الحقوق العينية الأصلية لكونه يتعدر تحديد مضمونه تحديداً قاطعاً، ويرجع ذلك لكثرة أنواعه، إذ يختلف المضمون باختلاف الأنواع أنواعه، إذ هناك إرتفاق المرور، وإرتفاق المطلق، وإرتفاق الجرى، وإرتفاق عدم تعلية البناء إلى ما يتجاوز ارتفاعاً معيناً...  
فنظراً لدقة التقسيمات حتى في القانون المدني الجزائري ولأن هذا الجانب من الموضوع لا يؤدي أهمية كبيرة نظراً لأن فائدته لا تخص إلا بعض الإرتفاقات التي نص عليها القانون المدني بكل وضوح كالإرتفاقات الظاهرة وإعتبار طرق اكتسابها وإنصراف بعض الآثار إليها دون غيرها.  
فكتفي بالإشارة إلى بعض الأنواع التي نعتبرها هامة في الدراسة و قد تنصرف إليها بعض الآثار فيما بعد.

<sup>46</sup> عبد العزيز أبو غنيمية : المرجع السابق، ص( 472

## أولاً : الإرتفاقات المستمرة وغير المستمرة

هذا التقسيم هو بحسب موضوع الإرتفاق وقد تطرق إليه التقنين المدني الفرنسي ولا نجد له مقابل في القانون المدني الجزائري، ورغم إنتقاد بعض الفقهاء له غير أن أهميته تبقى قائمة ومعيار التفرقة هنا يكمن في مدى الحاجة إلى تدخل الإنسان لممارستها.

### 1/ فيقصد بالإرتفاق المستمر هو:

الإرتفاق الذي يستعمل دون تدخل من فعل الإنسان، أو بمعنى آخر هي التي تعمل بصورة آلية كما في الإرتفاق بعدم البناء أو تعليته لحد معين، أو الإرتفاق بالرؤية أو المطل أو بالشرب أو بالجرى فهي كلها إرتفاقات مستمرة، وهي أيضا إرتفاقات سلبية كما سيأتي<sup>(47)</sup>

### 2/ أما الإرتفاقات غير المستمرة:

يحتاج في استعمالها إلى التدخل الحال لفعل الإنسان، أي تدخل صاحب العقار المرتفق، ويبدأ هذا التدخل عادة في صورة أعمال متكررة كما في حق المرور فإنه لا يستعمل إلا في كل مرة يراد فيها استعماله - والإرتفاق باستخراج الأحجار والإرتفاق بالرعي فكلها إرتفاقات غير مستمرة<sup>(48)</sup> وإنتقد بعض الفقهاء هذا التقسيم بدعوى ما الفائدة منه، لكن تظهر أهميته فيما يخص حساب مدة التقادم المسقط عند انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال<sup>(49)</sup> والمشرع الجزائري لم يأخذ به كما أخذ به المشرع المصري، إذ أن القانون الجزائري يعتبر أنه حتى الإرتفاق غير المستمر يمكن كسبه بالتقادم ما دام ظاهرا كحق المرور.

### ثانيا : الإرتفاقات الإيجابية والسلبية

وهو تقسيم لحق الإرتفاق بحسب مضمونه، فالإرتفاق الإيجابي *servitude positive* هو الذي يخول صاحب العقار المرتفق سلطة القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به، كالإرتفاق بالمرور والإرتفاق بالرعي أو الشرب... هو حينما يقتصر مضمون حق ، *servitude négative* أما الإرتفاق السلبي الإرتفاق على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لو لا وجود حق الإرتفاق، كالإرتفاق بعدم البناء و الإرتفاق بعدم التعليق إلى حد معين، والإرتفاق بالرؤية. والإرتفاق الإيجابي قد يكون مستمرا كالإرتفاق بالشرب أو المسيل أو غير مستمر كالإرتفاق بالمرور و بالرعي. كما قد يكون ظاهرا كالإرتفاق بالمرور أو بالشرب إذا وجدت له علامة خارجية أو غير ظاهر كالإرتفاق بالرعي أو بالمرور أو بالشرب عندما لا تكون له علامة.

<sup>47</sup> محمد كامل مرسي باشا : المرجع السابق، ص( 638

<sup>48</sup> محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص( 629

<sup>49</sup> نبيل سعد : المرجع السابق ، ص( 304

أما الإرتفاق السلي فهو دائما إرتفاق مستمر غير ظاهر)<sup>(50)</sup>

### ثالثا : الإرتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة:

ويكمن معيار هذا التقسيم فيما إذا كانت هناك علامة خارجية تدل عليه من عدمه، ولذلك فإرتفاقا معينا قد يكون ظاهرا في حالة ولا يكون في حالة أخرى.

ويقصد بمعنى الظاهر معنى خاص ليس كما هو معناه في الحياة، لأن الحياة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة، فيصح أن يكون حق الإرتفاق غير (الظاهر وهو الذي ليست له علامة ظاهرة تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة)<sup>(51)</sup>

وإن المشرع الجزائري نص بالمادة 868 قانون مدني على ما يلي " : ينشأ حق الإرتفاق... إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور."

1على " يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب / كما نص بالمادة 869 بالتخصيص من المالك الأصلي." فمن خلال كلا المادتين يتضح أن المشرع الجزائري نص خصيصا على الإرتفاقات الظاهرة وميزها عن غيرها ولو أنه لم يقم بتعريفها بل أوردها ضمن أسباب اكتساب الإرتفاقات لما تتميز به من خاصية تنفرد بها. وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي عرفها تعريفا مميذا عن غيرها من الإرتفاقات الأخرى، إذ اعتبر أن حقوق الإرتفاق إما ظاهرة أو غير ظاهرة وحقوق الإرتفاق الظاهرة هي التي تدل عليها أعمال خارجية، كالأبواب والشبابيك والقنوات.

وحقوق الإرتفاق غير الظاهرة هي التي ليس لها علامة خارجية تدل على وجودها، مثل المنع من البناء على أرض من الأراضي أو منع رفع البناء على إرتفاع معين.

فيتبين إذا أنه إذا كان تقسيم الإرتفاق إلى مستمر غير مستمر يرجع إلى طبيعة الإرتفاق في ذاته، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر قد لا يرجع إلى ذلك بل إلى أمر خارجي عارض هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة.

فالإرتفاق بالمرور يكون ظاهر إذا كان له طريق معين محدد، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض القائم عليها.

كما أن طبيعة الإرتفاق قد تساعد على أن يكن ظاهرا في العادة وذلك كالإرتفاق بالمطل فيصعب تصور وجوده دون علامة ظاهرة، تدل عليه كنافذة أو شفة.

وقد تقضي طبيعة الإرتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما كالإرتفاق بعدم البناء.

<sup>50</sup> عبد المنعم فرج الصدة :المرجع السابق، ص( 955

<sup>51</sup> عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، ج( 9

وتجب الإشارة أن هذا التقسيم لم يعرف في القانون الروماني، ولم يظهر إلا من خلال القانون الفرنسي وقد كان يتميز بالاختلاط مع تقسيم الإرتفاق إلى المستمر، وغير المستمر والتقنين المدني الفرنسي هو الذي ميز بكل وضوح ما بينهما وأن كلاهما مستقل عن الآخر ولا يختلط به.

فقد يكون الإرتفاق مستمرا ظاهرا كالإرتفاق بالمطل، وقد يكون غير ظاهر كالإرتفاق بعدم البناء، وقد يكون الإرتفاق غير المستمر ظاهرا كالإرتفاق بالمرور لوجود علامة ظاهرة وقد يكون غير ظاهر كالإرتفاق بالمرور الذي ليس له علامة ظاهرة والإرتفاق برعي المواشي<sup>(52)</sup>

### والخلاصة:

إن مختلف هذه التصنيفات ليست مستقلة تماما بعضها عن البعض بل هي متداخلة إذ قد تجتمع في إرتفاق واحد وذلك كما لو يكون الإرتفاق مستمرا وظاهرا أو مستمرا غير ظاهر.

والمشرع الجزائري كما سبقته الإشارة له لم يأت بنصوص صريحة كما فعل المشرع الفرنسي، بل أنه وفي سياق تطرقه لأسباب اكتساب حقوق الإرتفاق تطرق إلى الإرتفاقات وعدد مصادرها. حيث يجب التأكيد أن المشرع الجزائري ركز في تطرقه لأحكام حق الإرتفاق على تخصيص الإرتفاقات الظاهرة عن غيرها وذلك لما يشكله هذا النوع من الإرتفاقات من خصوصية حول طرق اكتسابها وإنفرادها بانصراف بعض الآثار الهامة.

ولقد أصدرت المحكمة العليا في هذا المجال عدة قرارات تتعلق بإرتفاق المرور نظرا لما يتسبب فيه هذا النوع من الإرتفاقات من منازعات بين الجيران وهو ما يبرز إعطائه حلول واضحة ومستقرة ولا سيما ما يتعلق منها بشروط الاكتساب والاستعمال والزوال، ونظرا للمتطلبات العلمية وللمعطيات القانونية، فإن الحلول المكرسة من طرف المحكمة العليا تسمح بتجنب الاختلاف وتوحيد الاجتهاد القضائي<sup>(53)</sup>، ونقدم قرارين هاميين:

يذكر أن إرتفاق المرور هو القرار رقم 226568 المؤرخ في 20/03/2002 إرتفاق ظاهر وغير مستمر، في حين أن الإرتفاقات الظاهرة والمستمرة هي وحدها التي تكون محلا للتقدم المكسب المادة 868 من القانون المدني (2) وإن الحل المكرس بهذا وكذا القرار رقم 39277 مؤرخ في 23/10/2002

القرار على أساس المادة 702 من القانون المدني جدير بالموافقة عليه، إذ يحق لصاحب حق الإرتفاق حتى ولو لم يكتسبه بالتقدم نهائيا ممارسة دعاوى الحيازة، فهو يحميه القانون بشرط توافر شرطي الظهور والاستمرار<sup>(54)</sup>

<sup>52</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 9 ص 1294 وما يليها .

<sup>53</sup> رمضان زرقين، جامعة باتنة، مقال بعنوان عن بعض جوانب إرتفاق المرور، ترجمة أمقران عبد العزيز،

الاجتهاد القضائي للقرعة العقارية للمحكمة العليا، سنة 2004، ص 51

<sup>54</sup> نفس المرجع، ص 74 و 78

## الفصل الثاني

## الفصل الثاني أحكام وآثار حق الإرتفاق

بعدها تطرقنا في الفصل الأول لمفهوم حق الإرتفاق بصفة عامة بتحديد تعريفه وبيان شروطه وخصائصه

التي تميزه كحق عيني عن غيره من الحقوق الأخرى، هذا لإمكان إبعاد كل لبس قد يكتنف مفهومه.

ثم ننتقل في الفصل الثاني لتناول أهم أحكام وآثار حق الارتفاق وهذا بتقسيمه إلى بحثين:

فنتناول في المبحث الأول : أحكام حق الارتفاق، والتي تنقسم إلى أسباب اكتسابه في مطلب أول، ثم إلى أحكام

استعماله في مطلب ثاني.

أما المبحث الثاني فنتناول فيه الآثار المترتبة على قيام هذا الحق، لنفصله في مطلبين: الأول يتعلق بكيفية

نفاذ حق الارتفاق ، والثاني يتعلق بأسباب انقضائه.

## المبحث الأول

### أحكام حق الارتفاق

سنتناول من خلال هذا المبحث المعنون (أحكام حق الارتفاق) بتقسيمه إلى مطلبين إثنين ففي المطلب الأول نتطرق من خلاله لأسباب إكتساب ونشأة حق الارتفاق لدى الفقهاء وفي القانون لنصل لتحديد ثلاث أسباب مهمة نولي لها دراسة خاصة وذلك بتخصيص فرع مستقل لكل منها. وأما المطلب الثاني فتتطرق فيه إلى كيفية إستعمال حقوق الارتفاق والتي ندرس أحكامها كما نص عليها القانون الجزائري من خلال ثلاثة فروع.

### المطلب الأول

#### أسباب إكتساب ونشأة حق الارتفاق

جاء في نص المادة 868 من القانون المدني الجزائري أنه " : ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور."

كما نصت المادة 869 من القانون المدني على " : يجوز أيضا في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي .."

إن المشرع الجزائري إعتد من خلال هذه النصوص طرقا محددة لإنشاء حق الارتفاق أو إكتسابه<sup>(1)</sup> وهي خمسة أسباب تتمثل : الموقع الطبيعي للأمكنة، العقد الشرعي، الميراث التقادم - تخصيص المالك الأصلي وسعود إليها لاحقا بعد أن نوضح آراء الفقهاء في تحديد الأسباب بإعتبار الفقه لم يستقر على رأي موحد في ذلك.

#### 1-موقف فقهاء القانون من أسباب الإكتساب:

يفرق بعض الفقهاء بصدد أسباب اكتساب حقوق الارتفاق بين كسبها انتقالا أو كسبها إبتداء. فبخصوص اكتسابها انتقالا، يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار فأينما تنتقل ملكية العقار ينتقل معها حق الارتفاق.

فالعقار الذي تقرر لفائده حق الارتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم وبالتالي ينتقل حق الارتفاق بنفس الأسباب.

ومن هنا يتم استبعاد الالتصاق والاستيلاء لأنهما سببان لكسب الملكية ويتعارضان مع طبيعة الارتفاق<sup>(2)</sup> أما حول اكتسابها إبتداء فبعدها تم إستبعاد الالتصاق والاستيلاء، لإستحالتها يستبعد أيضا الميراث والشفعة لأن حق الارتفاق يكتسب بها إنتقالا.

<sup>1</sup> يختلف الإنشاء عن الإكتساب لكون الأول يخص الموضوع الطبيعي للأمكنة بينما ينصرف الإكتساب إلى باقي الأسباب

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج9 ، المرجع السابق، ص( 1302

فيبقى إذا لأسباب الإكتساب إبتداء التصرف القانوني (العقد والوصية) وكذلك التقادم ويضاف له تخصيص المالك الأصلي لأنه يقوم على اتفاق ضمني أي على تصرف قانوني.

## 2- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية:

أما فقهاء الشرع الإسلامي فيعتبرون أن حقوق الارتفاق تثبت بالأسباب الآتية<sup>(3)</sup> :

الشركة العامة : ومثالها الطرق والأنهار... المخصصة للمنافع العامة وهي ليست ملكا خاصا لأحد، ذلك أن المرافق العامة تعتبر شركة بين الناس، فيباح للناس جميعا الارتفاق بها حيث أعدت لذلك بشرط ألا يضر بالعامه. التراضي : وذلك يثبت هذا الحق في عقد المعاوضة، كبيع أحدهم أرضا زراعية يشترط أن يكون عليها حق المرور لأرض أخرى فيثبت هذا الحق بهذا الشرط المتفق عليه.

### - باشرطاتها في عقود المعاوضة:

كاشترط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها أو حق شرب لأرض (مملوكة له، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط على الأرض المبيعة)<sup>(4)</sup>

- قضاء القاضي : الإيجاب (كما إذا تعين العقار لترتيب حق إرتفاق عليه لصالح آخر وسمح مالكة بتربيته بالتراضي، فيجب على القاضي عند عرض النزاع عليه، وظهور أن المصلحة تقتضيه أن يحكم بتقريره جبرا عنه. والاستناد في ذلك ما قاله به عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حينما عرض عليه الضحاك أن له أرضا بعيدة فاستأذن مالكةها، فرفض السماح له رغم محاورته فدعا عمر) رضي الله تعالى عنه (محمد بن مسلمة و أمره أن يستجيب لطلب الضحاك، ولكنه لم يدعن للأمر، فقال له عمر " : لم تمنع أحاك ما ينفعه وهو لك نافع تشرب به أولا و أخرا لا يضرك ؟ " فقل محمد : لا والله ، فقال عمر " : والله ليمرن ولو على بطنك " وأمر بحفر القناة.

فهنا تتجلى عدالة الإسلام ، فإن كان الإسلام يحد حرية الأفراد في أموالهم ، فإن ذلك فيه مراعاة لشؤون الدولة والصالح العام ، إذ المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، ولأنه لا ضرر وضرار كما يقول الرسول صلى الله عليه وسلم<sup>(5)</sup>

-التقادم : ويعتبر أحد أسباب ثبوت حق الارتفاق متى طال زمنه وابتعد، بحيث لا يمكن تحديد وقت ثبوته، كما إذا ورث شخص أرضا تسقي من أرض بجوارها ولا يعرف أحد متى تبت هذا الحق، حتى لو أراد صاحب العقار المرتفق الخادم أن يمنع صاحب حق الارتفاق، لم يستطيع ذلك لأن الحق تبت له بالتقادم، والظاهر أن سببه مشروع، حمل الحال الناس على الإفلاح إلا إذا أثبت صاحب العقار الخادم أنه ثبت بسبب غير مشروع فيحكم ببطلانه.

<sup>3</sup> أحمد فراج حسين : المرجع السابق، ص ( 91

<sup>4</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ( 666

<sup>5</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ( 665

فإن حق الارتفاق الدائم يثبت بأحد هاتيه الأسباب، ولا يملك أحد إبطاله إلا لدواعي المصلحة العامة أو بتراضي الطرفين، لا يثبت هذا الحق بمجرد الإذن أو الإباحة. ذلك أن اكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم يتنافى مع الإسلام والعدالة والخلق ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكا لقوله) ص: " (لا يبطل حق امرأ مسلم وإن قَدّم." غير أن الإمام مالك يرى عكس ذلك، فجاء من المدونة الكبرى بإمكانية تملك الشيء بالحيازة وترك تحديدها للحاكم<sup>6</sup>)

### 3- أسباب الإكتساب والإنشاء في القانون الجزائري:

لقد سبق لنا أن أشرنا في بداية المطلب إلى أن المشرع الجزائري عدد خمسة أسباب لاكتساب الارتفاق من خلال نص المادتين 868 و 869 من القانون المدني وهي: الموقع الطبيعي للأمكنة، العقد الشرعي) كما جاء بالنص - (الميراث-التقادم- تخصيص المالك الأصلي. وما يجب التذكير به هو أن المشرع الجزائري حدد أسباب اكتساب حقوق الارتفاق على وجه الدقة والحصر، فلا يمكن الزيادة عليه، أو إنشاء هذا الحق عن طريق القضاء. وإن قضاء المحكمة العليا يسري في نفس المجال وذلك من خلال بعض القرارات منها: جاء في القرار رقم 24886 مؤرخ في 31/03/1982 "متى نصت المادة 886 من القانون المدني على أن حق الارتفاق ينشأ عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث فإن ترتيبه قضاء يخضع لأحكام المادة المذكورة التي تعتبر الأساس القانوني. ومتى كان الأمر كذلك فإن المجلس القضائي الذي إعتمد في ترتيب حق إرتفاق على إقتراح الخبير الغير مؤسس على مبدأ من المبادئ لامن العرف ولا من القانون، فإنه يكون بقضائه هذا خالف نص المادة المذكورة، وأفقد قراره الأساس القانوني مما يترتب عليه نقض القرار"<sup>7</sup>) ومن خلال الأسباب الواردة في نص المادة 868 من القانون المدني، ونظرا لموقف المحكمة العليا السالف فإننا نستطيع ترتيب الأسباب حسب أهميتها وطبيعتها. وإبتداءا نعرض بإختصار لسببين، هما من قبيل الوقائع المادية وذلك لقلّة أهميتهما العملية وهما الموقع الطبيعي للأمكنة والميراث، ثم نتناول أهم ثلاثة أسباب ونفرد لكل منهما فرعا خاصا وهما - التصرف القانوني - التقادم و تخصيص المالك الأصلي.

<sup>6</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق).

<sup>7</sup> المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1989، العدد2، ص( 28

## -الموقع الطبيعي للأمكنة:

لقد أورده المشرع الجزائري كأول سبب من أسباب كسب حق الارتفاق وإن حاول في ذلك مجازاة المشرع الفرنسي لكن هذا الأخير تطرق في المادة 639 من القانون المدني إلى تقسيم حقوق الارتفاق إلى إرتفاقات طبيعية، وقانونية واتفاقية. وإن هذا السبب لا يبدو بالأهمية اللازمة ضمن أسباب الاكتساب الأخرى ذلك لأن أغلب الفقهاء ومنهم الفرنسيون يعتبرون مثل هاته الإرتفاقات نادرة الوقوع ولا يذكرون منه إلا إرتفاق المسيل الذي ذكرته المادة 640 من القانون الفرنسي. ونفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الجزائري، فقد ذكر هذا السبب ولم يبين حالاته أو أمثله.

## -الميراث:

وتحكمه القواعد العامة، إذ يعتبر كواقعة مادية تسري عليه القواعد المشار لها في قانون الأسرة، ولا يعتبره أغلب الفقهاء كسبب من أسباب اكتساب الارتفاق كالفقيه السنهوري، الذي يتساءل أنه لماذا لم يورد القانون الشفعي كسبب لكونها كالميراث يكتسب بها حق الارتفاق انتقالاً<sup>(8)</sup>، غير أن المشرع الجزائري جاء به من ضمن

05

أسباب للاكتساب ونحن نرتب هاته الأسباب حسب أهميتها ومدى التعامل بها في الواقع، ونظرا لكون الميراث والموقع الطبيعي للأمكنة قليلا الوقوع ليكتسب بهما الارتفاق، فإننا ننتقل بالدراسة لثلاثة أسباب هامة يقع بأحدها غالبا اكتساب حق الارتفاق، ونفرد لكل سبب منها فرعاً خاصاً.

## الفرع الاول : التصرف القانوني " Acte Juridique "

لقد أورد المشرع الجزائري عبارة العقد الشرعي في النص العربي للمادة 868 من القانون المدني الجزائري إذ نصت على... " : أو يكسب بعقد شرعي "... حيث أن إيراد هاته العبارة فيه غموض، فهل قصد المشرع هو العقد بحد ذاته أي تراضي الصادر عن المتعاقدين، أم يقصد عبارة : التصرف القانوني بمعناه الواسع. ثم أن المشرع أضاف عبارة " شرعي للعقد " فإن كان قصده هو العقد فقط فلماذا هذه العبارة ؟ لأن العقد الشرعي غير معروف في القانون، والصحيح هو التصرف القانوني كما ورد في النص الفرنسي<sup>(9)</sup> ومن ثم فإن قصد المشرع الجزائري لم يكن يقتصر على العقد بالمعنى الحرفي للكلمة فقط، إنما يمتد إلى معنى التصرف Acte juridique. القانوني بمعناه الواسع ويجب التذكير أن أغلبية الفقهاء يتكلمون عن التصرف القانوني بصفة عامة لا عن العقد فقط كسبب لاكتساب حق الارتفاق. ونتطرق فيما يلي إلى أنواع التصرف القانوني، ثم قواعده الموضوعية والشكلية.

<sup>8</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، الوسيط ج 9 ، ص( 1302

<sup>9</sup> علي علي سليمان : المرجع السابق، ص( 181

أولاً : أنواع التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق سبق ورأينا أن القانون يفرض بعض القيود القانونية على حق الملكية سواء للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة، هذه القيود تتحدد بنطاق معين وتطبق بشروط محددة. كما قد يلجأ الأفراد إلى تقرير هذه القيود وتضمينها اتفاقاتهم ، هنا تتحول من قيود قانونية إلى حقوق إرتفاق وتبدو أهمية هذا الاتفاق في حالة ما إذا غير الأطراف في الاتفاق مضمون القيد أو شروط تطبيقه<sup>(10)</sup> إن هذا التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق إما أن يكون اتفاقاً صادراً عن طرفين وذلك هو العقد، وإما أن يكون بإرادة منفردة صادرة من طرف واحد وتلك هي الوصية.

فالعقد هو السبب المألوف لكسب حق الإرتفاق ابتداءً وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقارين لإنشاء حق إرتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول.

فالوصية هي تصرف بإرادة منفردة نادر الوقوع بصدد الإرتفاق، إذ تصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به فيرتب بموجبها حق إرتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق الذي يسمى مالكة الموصى له.

أما عقود المعاوضة التي يكتسب بها حق الإرتفاق فهي متنوعة منها:

عن طريق المقايضة، أو عن طريق الوفاء بمقابل، كأن يرتب أحد على عقاره حق إرتفاق وفاءً للدين في ذمته لمالك العقار المرتفق.

وكذلك عقد التبرع أي الهبة، فينشأ به حق الإرتفاق ودون مقابل<sup>(11)</sup>

والقاعدة أنه أياً كان نوع التصرف القانوني عقد معاوضة - أو تبرع - أو وصية (فينشأ حق الإرتفاق من أي تقسيم كان - كالمستمر) حق الشرب - (أو غير المستمر) حق المرور (أو الظاهر) كحق المثل (أو غير الظاهر) كحق رعي المواشي)

أو الإيجابي) كالحق في أخذ الماء (أو السليبي كالحق في عدم البناء.

بينما على العكس من ذلك فإن الأسباب الأخرى لإنشاء حقوق الإرتفاق - كالتقادم وتخصيص المالك الأصلي فلا تنشئ من حقوق الإرتفاق إلا ما كان ظاهراً، وسيأتي بيان ذلك لاحقاً عند التطرق لهذه الأسباب.

ثانياً : القواعد الواجب التقيد بها في التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق نقصد هنا القواعد الشكلية والموضوعية المطلوب التقيد بها في التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق، كل ذلك مع مراعاة أحكام الشهر العقاري المستوجبة قانوناً في مثل هاته الحقوق.

### 1/ القواعد الموضوعية للتصرف القانوني:

نقصد بها القواعد العامة في القانون المدني، فإذا كان التصرف القانوني عقداً من عقود المعاوضة تسري

أحكامها، أما إذا كان التصرف القانوني من عقود التبرع تسري أحكامها أيضاً، فالأصل ضرورة توافر شروط الصحة في كل من الموصي والموصى له.

<sup>10</sup> محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص (240)

<sup>11</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 1304 وما يليها).

## \*شروط منشى حق الإرتفاق:

1- أن يكون مالكا للعقار الخادم : لأن إنشاء حقوق الإرتفاق فيه تقييد لحق الملكية، فلا يكون للمنتفع ولا للحائز تقرير حق الإرتفاق.

أما الشريك في الملك ليس له تقرير هذا الحق على العقار المشترك من غير رضا سائر الشركاء. فيمكن اعتبار حق الإرتفاق الذي يرتبه الشريك في الملك على عقار شائع من غير رضا باقي الشركاء في الملك كحق معلق على تحقق الشرط، فلا ينتج أثره إلا بعد تحقق الشرط والمقصود به هنا هو القسمة<sup>(12)</sup> أما مالك العقار المرهون فيصح له ترتيب حق الإرتفاق على العقار المرهون بشرط عدم الإضرار بحقوق الدائنين المرتهنين.

2- أن يكون أهلا للتصرف : فلا يكفي أن يكون مالكا للعقار فقط، بل يجب أن تكون له أهلية التصرف في العقار لترتيب حق الإرتفاق، فلا يكفي الأهلية العامة للتعاقد.

## \*شروط المنتفع بحق الإرتفاق:

يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق، لكن ليس من اللازم أن يكون أهلا للتصرف، فيكفي توافر أهلية التعاقد أو أهلية القبول بلا مقابل، وبما أن الإرتفاق يزيد في قيمة العقار المرتفق أو في منفعته فيجوز لناقصي الأهلية أو للمديرين لأموال الغير أو لواقعي اليد حسن النية أو سيئي النية أن يقبلوا إنشاء حقوق الإرتفاق لعقارهم على غيره<sup>(13)</sup>

## 2/ القواعد التي تحكم محل التصرف القانوني:

نقصد بمحل التصرف القانوني المنشى لحق الإرتفاق هو مضمونه وإن هذا المضمون يقصد به، قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين في العقار المرتفق به وهو إرتفاق إيجابي، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين في عقاره و هو إرتفاق سلبي. إن القواعد التي تحكم محل التصرف القانوني المنشى لحق الإرتفاق تحكمه دائما القواعد العامة، فالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يجب أن يكون طبقا للقواعد العامة مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام. إن هذا التكليف الذي يشكل مضمون حق الإرتفاق يجب التمييز بشأنه أنه إذا كان المراد به تعهد شخصي، فلا يكون هناك حق إرتفاق بخلاف ما لو كان التكليف منصرفاً إلى إرتفاق عيني دائم على عقار لمنفعة الصناعية أو الزراعة فإن الإرتفاق يكون عينياً وللقاضي سلطة التقدير حسب ظروف كل دعوى وإن نفس القواعد التي سبق وأن تكلمنا عنها عند تناولنا محل حق الإرتفاق هي التي تنطبق حالياً، كما أن شروط أو حدود هذا التصرف القانوني هي ذاتها شروط حق الإرتفاق التي سبق الإشارة إليها.

<sup>12</sup> / كمال مرسي باشا : المرجع السابق، ص 760 وما يليها .

<sup>13</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص( 1307

### 3/ القواعد الشكلية للتصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق:

من خصائصه حق الإرتفاق أنه حق عيني عقاري، وبالتالي فهو يستلزم لإنشائه توافر الشكل المطلوب قانونا، ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هل الشكلية مطلوبة في أي تصرف قانوني يكتسب به حق الإرتفاق أم في تصرفات محددة؟

إن الجواب على هذا السؤال يتضح من خلال تناولنا لموقف المشرع الجزائري في هذا الشأن سواء في إطار أحكام القانون المدني أو ضمن مراسيم متممة؟ كما أنه في إطار هاته القواعد الشكلية يستلزم الأمر التطرق لأحكام الشهر العقاري ومدى إلزاميته من عدمها لقيام حق الإرتفاق أو إنشائه و أيضا لنفاذه؟ وسوف نتناول كل جانب من هاته القواعد الشكلية في جزء خاص من خلال ما يلي:

#### أ/ شرط توافر الرسمية لقيام التصرف:

إن المشرع الجزائري كان صريحا بخصوص هاته المسألة منذ صدور القانون رقم 90/70 المتضمن تنظيم التوثيق المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 فتضمن في المادة 12 منه وأوجب أن يتم تحرير العقود الناقلة للملكية عقار أو حق عيني في شكل رسمي<sup>(14)</sup>.

وبقي هذا الشرط لازما لانعقاد أي عقد وارد على عقار رغم صدور القانون 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري ونصه على مبدأ الرضائية في العقود من خلال نص المادة 59 من هذا القانون.

غير أن المشرع الجزائري أدمج نص المادة 12 السالفة ضمن أحكام القانون المدني من خلال القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي / 1988<sup>(15)</sup>.

فرغم أنه أدمجها ضمن أحكام إثبات الالتزام فإنه تضمنها بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري وتنص هذه المادة على: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية. في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد."

ويتضح لنا أن المشرع الجزائري عندما أضاف ركن الشكلية في بعض العقود وتضمنها ضمن أحكام إثبات الالتزام، ولم يدرجها ضمن أحكام العقد بصفة عامة أي ضمن أركانه الواردة بالمادة 59 وما يليها من القانون المدني. فإنما يقصد المشرع أن الأصل في كافة العقود هو الرضائية، فيكفي توافق الإراديتين على طبيعة العقد ومحلله وسببه لقيامه.

بينما هناك إستثناءات ترد بخصوص عقود محددة، يشترط القانون زيادة على توافر الرضا أن يتم تحرير العقد ذاته في شكل معين، ويكون ذلك إما ركنا في العقد أو وسيلة لإثباته.

<sup>14</sup> الأمر رقم 90/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق (

<sup>15</sup> القانون رقم 88 المؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني

والشكلية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 في القانون المدني هي ركن رابع للانعقاد إلى جانب الأركان الثلاثة الأخرى الرضا، المحل، السبب<sup>(16)</sup> وبالتالي فإن تناول المشرع الجزائري الشكلية في بعض التصرفات كشرط للانعقاد ضمن أحكام إثبات الالتزام غايته التفرقة بين متى تكون الكتابة الرسمية) العقد الرسمي (شرط للانعقاد وركنا في العقد وبين متى تعتبر من أجل الإثبات فقط.

#### **/\*هدف المشرع من الشكلية والضمانات التي توفرها:**

الهدف من اللجوء لاشتراط الشكلية كركن في العقد يرجع لأهمية العقارات ولما تشكله من ثروة اقتصادية من جهة، ولتمكين الدولة من مراقبة جميع التصرفات الواردة على العقار من جهة أخرى. ومن جهة أخرى، وجود عدة منافع تعود على الأطراف أنفسهم، فهم يؤمنون على صحة التعاقد لأنه صادر من جهة مكلفة بذلك، ويتلقون النصائح والإرشادات من طرف الموثق<sup>(17)</sup> هذا إضافة لأن العقد الرسمي المتضمن للتصرف بعد وسيلة إثبات فشهادة الضابط العمومي الذي حرره تتميز بثقة خاصة تكفلها الشروط التي تطلبها القانون فيه.

وذلك أن المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني تعتبر العقد الرسمي حجة على الكافة حتى يثبت تزويره.

#### **/\*جزاء تخلف الشكلية:**

لقد جاء نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني صريحا في هذا المجال في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي في العقد الوارد على عقار أو حق عيني عقاري بطلان هذا العقد وإن ذلك يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية للانعقاد لا للإثبات.

ورغم عدم توضيح النص لطبيعة البطلان فإن المقصود به هو البطلان المطلق لأنه لو كان نسبي لبين المشرع لمصلحة من تقرر كما فعل مثلا في بيع ملك الغير.

والعقد الباطل هو عقد) معدوم (ولا يحتاج إلى حكم قضائي لتقرير بطلانه، فإن اقتضى الأمر استصدار حكم بالبطلان، فإن هذا الحكم يكشف عن البطلان ولا يقرره<sup>(18)</sup>

وإذا أبطل العقد زال كل أثر له ووجب إرجاع الطرفين إلى ما كان عليه قبل التعاقد كما تنص عليه أحكام المادة 103 من القانون المدني.

<sup>16</sup> موالك بختة : مقال بعنوان " المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وتطبيقها على البيع العقاري، في المجلة)

الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، سنة 1993 ، عدد 4 ، ص 862

<sup>17</sup> عبد العزيز نويري : الشكلية وآثارها على التعاقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، 1988 ، عدد 18 ، ص 21

<sup>18</sup> موالك بختة، المرجع السابق، ص 857

## ب /الإشهار العقاري لنفاذ التصرف القانوني:

إبتداء سوف لن نتوسع في التطرق لهذا الجزء لأننا سوف نرجع لدراسته بشكل مفصل في مطلب خاص من المبحث الثاني من هذا الفصل.

ولكن نظرا لأهميته ضمن أهم القواعد الشكلية الواجب التقيد بها بخصوص التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق سوف نتطرق إليه بشكل وجيز.

إن المشرع الجزائري كما تطرق لأحكام الشكلية لانعقاد التصرف تناول أيضا ضمن أحكام القانون المدني ضرورة الإشهار، لنفاذ هذا التصرف.

حيث جاء النص على ذلك ضمن المادة 793 قانون مدني على ما يلي " : لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

فمن خلال هاته المادة يظهر مدى استلزام المشرع لإجراءات الإشهار العقار حتى ينتقل أي حق عيني وارد على عقار سواء ما بين المتعاقدين أو في حق الغير .

وقد أضاف المشرع الجزائري فيما يخص الأحكام التي تضبط إجراءات الشهر الخاص بتأسيس السجل العقاري مؤرخ في 1974//11/12 فإنه تناول في الأمر رقم 74/ 75 في المادة 12 وفي المادتين 15 و 16 على وجه الخصوص جاء بالنص على ما يلي :المادة " 15 كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

أما المادة 16 نصت على " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية." فإن المبدأ / فمن خلال هاته الأحكام الصادرة بموجب الأمر 74/ 75 أعلاه<sup>(19)</sup>

-الذي بمقتضاه يكفي مجرد الاتفاق الرضائي لإنشاء سواء حق الملكية أو كل حق عيني آخر يتعلق بعقار - يكون قد تغير، لأن هاته الحقوق لا وجود لها سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من اليوم الذي يتم إشهارها في مجموع البطاقات العقارية، ونفس الشيء بالنسبة للعقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري<sup>(20)</sup>

فثابت إذا أن التصريحات المختلفة التي تؤدي إلى نقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، لا يكون لها أثر بين أطرافها ولا وجود لها إتجاه للغير إلا إذا تم قيدها في مجموع البطاقات العقارية<sup>(21)</sup>

<sup>19</sup> الأمر رقم: 74/ 75 المؤرخ 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.12

<sup>20</sup>عازب فرحات : محاضرة في مسح الأراضي والسجل العقاري، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة)

العدل، سنة 1995 ، ص61

وإن معنى الشهر في القانون الجزائري له وظيفتان وهما:

التسجيل والقيود، ونعني بالأول: التسجيل في المحافظة العقارية ويتعلق خاصة بنقل الملكية في الحقوق العينية الأصلية، ونعني بالثاني، ويتم القيد في مصلحة قيد رهون بالمحافظة العقارية ويتعلق بالحقوق العينية التبعية، إذ يحتاج صاحب الحق العيني التبعية بميزتي التبعية والأفضلية.

### ج/ التلازم بين للشكالية والشهر معا لقيام التصرف القانوني ونفاذه:

لقد جاء المرسوم رقم 63/76 ي 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري بحكم هام ضمن المادة 61 منه تنص على " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".<sup>(22)</sup>

إن المشرع الجزائري يكون قد ذهب بعيدا بخصوص إنشاء الحقوق العينية الأصلية وبخاصة حق الارتفاق حينما تطلب أن يتوافر ركن الشكالية في التصرف المنشأ له وربطها بضرورة إشهار نفس التصرف فإن المشرع يكون قد لازم بين الإجراءين نظرا لأهميتهما فلا يمكن القيام بأي إجراء دون الآخر وذلك لكي يكتمل قيام التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق و يرتب كامل أثره بأن يكون نافذا في مواجهة طرفيه وفي مواجهة الغير.

### الفرع الثاني: التقادم المكسب

لقد تضمنه نص المادة 868 من القانون المدني الجزائري في شقها الثاني، التي جاءت بما يلي << : إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.>>  
حيث ومن خلال النص ذاته نجد حده حدد بكل دقة حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم وهي الارتفاقات الظاهرة لا غير وخص بالذكر حق المرور الظاهر.  
فمن ثم فإن الشرط المفروض لكسب حق الارتفاق بالتقادم هو أن يكون هذا الحق ظاهرا بغض النظر إن كان مستمرا أم غير مستمر، وهو نفس موقف المشرع المصري، فنجدهما قد إستنيا الارتفاقات غير الظاهرة ولم يجزا كسبها بالتقادم، وإن السبب في ذلك أوضحه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي.  
وقد جاء بهذا الإستثناء كما يلي << : أنه إشتراط في كسب الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا حتى لا يشوب الحياة عيب الخفاء>>...<sup>(23)</sup>  
بينما نجد المشرع الفرنسي قد أقر أحكاما أخرى تختلف عن ما إتجه إليه المشرع الجزائري وإن للمشرع الفرنسي إعتبراته.

<sup>21</sup> صدافي أعمار، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية).

<sup>22</sup> المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 26 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

<sup>23</sup> زاوي فريدة: الحياة كسب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري مقارنا، رسالة)

الماجستير، فيفري سنة 1987، ص 137

فجاء المشرع الفرنسي في المادة 690 من القانون المدني، أنه << ترتب حقوق الإرتفاق المستمرة الظاهرة بسند أو بوضع اليد. >> ونصت المادة 691 من نفس القانون على أن << : حقوق الإرتفاق المستمرة غير الظاهرة وحقوق الإرتفاق الغير مستمرة أو الغير الظاهرة لا يمكن إنشائها إلا بسند. >> وبالتالي، فالقانون الفرنسي إشتراط الظهور والإستمرار لإمكان كسب حقوق الإرتفاق بالتقادم الطويل والسبب يعود إلى:

إشتراط الظهور راجع لقاعدة أن وضع اليد المؤدي لكسب بالتقادم يجب أن يكون ظاهرا لأن إستعمال حق الإرتفاق خفية لا يحقق هذا الشرط، لأنه يجب الظهور ووجود علامة تعلن عن وجود الإرتفاق حتى يسري التقادم ضد مالك العقار.

أما شرط الإستمرار، فلأن وضع اليد في حق إرتفاق الغير مستمر بالمعنى الذي إشتراطه القانون وهذا تطبيقا للقاعدة أنه مجرد أعمال التسامح لا يؤسس عليها وضع اليد ولا التقادم. فلو أجاز المشرع الفرنسي كسب حقوق الإرتفاق الغير المستمرة بالتقادم لترتب على ذلك أن المالك لا يسمح لجاره بالمرور على عقاره، وإن كانت هذه الأعمال لا تحدث له أي ضرر، لأنه قد يخشى أن يحتج عليه فيما بعد بهذه الأعمال لكسب حق الإرتفاق بالتقادم فتفسد العلاقات بين الجيران (24) وقد إنتقد بعض الفقهاء القانون الفرنسي في إشتراطه أن يكون حق الإرتفاق ظاهرا مستمرا حتى يمكن كسبه بالتقادم وقالوا أنه من الأصح أن تشمل كل الإرتفاقات ولا مبرر لهذا التعريف إلا لإعتبارات تاريخية، إذ كانت عادات باريسية تمنع التقادم في كل الإرتفاقات وعادات أخرى تميزه لكل الأنواع، فأراد المشرع الفرنسي أخذ الحكم الوسط بوضعه هذا الشرط.

**\*/موقف الفقه الجزائري من شروط هذا السبب:**

وكما سبق الذكر أعلاه يشترط في كسب حق الإرتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا (المادة 868 ق.م.ج ) وبغض النظر عن أي إعتبار آخر، وهذا الحكم ينطبق مع ما ذهب إليه المشرع المصري. ونتطرق فيما يلي إلى المقصود بشرط الظهور في القانون المدني وبالتالي ما هي الحياة المأخوذ بها لإمكان القول بكسب حق الإرتفاق بهذا السبب، ثم نتطرق إلى مدة التقادم المعمول بها في القانون المدني. أولا : شرط أن يكون حق الإرتفاق ظاهرا سواء كان مستمرا أو غير مستمر لكسبه بالتقادم: لإمكان تحديد معنى أن يكون حق الإرتفاق ظاهرا فيجب أولا أن نشرح معنى الظاهر وتمييزه من غير الظاهر. كما سبق أن بيناه من خلال تطرقنا لأنواع حقوق الإرتفاق فإن الإرتفاق الظاهر المقصود به هو الذي تكون له علامة خارجية تدل على وجوده، أما الغير الظاهر فهو الذي ليست له هذه العلامة الدالة على وجوده فإن معظم الفقهاء يرون أن الظهور يكون حيث تكون للإرتفاق له معالم ظاهرة (25)

<sup>24</sup> محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص (665)

<sup>25</sup> عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ج ص 1348 وما يليها).

ومعنى الظهور في حق الإرتفاق له مدلول خاص في رأي الدكتور السنهوري حسب ما نص عليه القانون الجزائري المطابق للقانون المصري، يختلف عن معنى الظهور في الحيازة وذلك لأن: قد تكون حيازة حق الإرتفاق بالمرور ظاهرة إذا تمت مباشرته في علانية وعلى ملاء من الناس وخاصة في مواجهة مالك العقار المرتفق به.

وفي رأي الأستاذ السنهوري دائما، أن ما إشتهرته القانون المدني المصري بأن يكون حق الإرتفاق ظاهرا بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم، فلم يكتف بظهور الحيازة بمعناه العام، فلا يجوز كسب حق الإرتفاق بالمرور بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة، حتى وإن كانت حيازته ظاهرة وتباشر بطريقة علنية.

ويرجع السبب في ذلك حسب الدكتور أن المشرع المصري لما أراد مخالفة القاعدة التقليدية للتقنين الفرنسي في إشتراط الظهور والإستمرار، عدل عن شرط لإستمرار لما فيه من تكلف لامبرر له، وإستبقى شرط الظهور لكن بمعناه الخاص الضيق، وهو نفس موقف المشرع الجزائري.

وعلى ذلك، فإن الدكتور السنهوري يرى أنه فيما يتعلق بالتقادم بالمنطق يقتضي بأنه يقوم على الحيازة، ويكفي الوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة دون الإعتداد بالمعنى الخاص لظهور حق الإرتفاق (26)

ونخلص إلى أن المشرع الجزائري ما دام أنه إتجه إلى تحديد معنى الظهور في حق الإرتفاق، تحديدا خاصا وأعطاه مدلولاً خاصا دون الإكتفاء بالأحكام العامة للحيازة، فإن ذلك راجع لكون حق الإرتفاق ذاته يقتضي -لما فيه من الدقة ولما يتميز به من خفاء- ظهوراً أوضح، مما إستوجب عدم الإكتفاء بالظهور بمعناه العام في الحيازة فثبت أنه يقصد المعنى الخاص للظهور، كما إتجه إليه معظم الفقهاء.

#### \*/ الآثار المترتبة على توافر شرط الظهور:

أنه إذا تحقق شرط الظهور بمعناه الخاص لحق الإرتفاق، فلا نقاش في جواز كسب الحق بالتقادم، فإذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية على حدود عقار جاره وبقي المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسب هذا الحق بالتقادم، فيكسب بالتقادم حق الإرتفاق بالمطل، ذلك أن المطل إرتفاق ظاهر وعلامته هي النافذة المفتوحة على ملك الجار وهو في الوقت نفسه إرتفاق مستمر إذ لا يحتاج في مباشرته إلى عمل الإنسان.

كما أنه بتحقيق شرط الظهور بمعناه الخاص، فلا يشترط أن يكون حق الإرتفاق مستمرا لإمكان إكتسابه بالتقادم، كما يشترطه القانون الفرنسي إلى جانب الشرط الأول فحق المرور، وهو إرتفاق غير مستمر لأنه يحتاج في إستعماله لعمل الإنسان، يجوز كسبه بالتقادم حسب القانون الجزائري ما دام ظاهرا، وما دام الطريق الذي يباشر عليه له معالم ظاهرة.

<sup>26</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ص (1349)

## ثانيا : حيازة حق الارتفاق المؤدية لكسبه بالتقادم:

في الأصل الحيازة تعني وضع مادي ينجم عن سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل فعلا حقا من الحقوق ويستوي هذا في حق الملكية أو غيره من الحقوق العقارية، والسيطرة الفعلية على الشيء تكون بإستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمونه<sup>(27)</sup> إن الشروط العامة للحيازة واحدة، سواء كانت الحيازة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق، فإن كانت واقعة على حق الارتفاق فيجب حتى تؤدي إلى كسب هذا الحق بالتقادم أن تكون مستمرة ظاهرة، وهادئة غير غامضة.

وقد سبق أن تكلمنا بأن شرط الظهور في حق الارتفاق له معنى خاص يختلف عن المعنى العام للظهور في الحيازة، فيتطلب القانون أن يكون لحق الارتفاق معالم ظاهرة حتى تؤدي الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم. ويشترط معظم الفقهاء أن يتوافر في الحيازة عنصرين المادي المعنوي ونفس الشيء ينطبق على حق الارتفاق<sup>(28)</sup> والمهم هنا العنصر المعنوي فهذا العنصر تنتفي معه أعمال التسامح وكذا إتيان الرخصة من المباحات وهو ما سوف نتطرق له فيما يلي:

### 1/ أعمال التسامح:

يرى العديد من الفقهاء أعمال التسامح بشأن حيازة حق الارتفاق أنها تنفع كثيرا، فهي أعمال تعتبر كإستعمال فعلي لحق الارتفاق وكحيازة مادية له. لكن صاحب العقار المرتفق به لا يعتبر ذلك بمثابة تعد على عقاره، بل يكون قد رخص لجاره القيام بها ترخيصا صريحا أو ضمنيا بالسكوت عنها، فيكون هذا تسامحا منه نحو جاره ومحافضة منه على حسن الجوار. فهاته الأعمال أباحها القانون ويكون هذا العمل إعتداء على حقوق الغير لأن الحيازة هنا تجردت من عنصرها المعنوي وهو عنصر القصد، ولذلك لا تقوم، ومن ثم لا تؤدي إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم<sup>(29)</sup> فإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام، لكن صاحبها مر في أرض الجار، نظرا لقرب مسافة الطريق العام، وثبت أن الجار سمح لجاره المرور على أرضه على سبيل التسامح فقط، فعند إذ تكون حيازة الجار لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي ولا يستطيع إكتساب حق المرور بالتقادم ولو بقي يمر بأرض جاره مدة 15 سنة أو أكثر.

<sup>27</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09، ص 1349 وما يليها).

<sup>28</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع نفسه، ج 09، ص 1349 وما يليها).

<sup>29</sup> زهدي يكن، الملكية العينية الأصلية علما وعملا، المرجع السابق، ص 224

أما قضاء المحكمة العليا فجاء بقرار في هذا الإطار تحت رقم 181874 مؤرخ في 28/10/1998 تضمن " من المقرر قانونا أنه ينشئ حق الإرتفاق الموقع الطبيعي للأماكن أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.

ولما ثبت في قضية الحال أن المدعى عليه لم يثبت إكتسابه لحق المرور لا بعقد شرعي ولا بالميراث ولا بالتقادم حتى ولو تبين أن والد المستأنف إستعمل الممر المتنازع عليه دون تحديد لمدة الإستعمال فإن ذلك لا يعدو أن يكون على سبيل التسامح ولا يصلح أن يكون وقائع يحتج بها للمطالبة بإكتساب حق المرور بالتقادم، ومتى كان الأمر كذلك، إستوجب نقض القرار المطعون فيه (30)

## 2- الرخصة من المباحات:

لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحث وليس لأحد منعه منها فهو في إثباتها لم يجز أي حق إرتفاق ولو حيازة مادية، ولم يتوافر لديه أيضا قصد إستعمال حق الإرتفاق. فلا تقوم الحيازة بإثبات هذه الرخصة لتخلف ركنيها المادي والمعني، بينما أعمال التسامح يتوافر ركنها المادي. فالرخص لا تتضمن في الواقع أي إعتداء على حق الغير ولذلك لا تعد من قبل وضع اليد لأن وضع اليد الذي يؤدي لكسب الحق هو المقرون بالإعتداء.

ومثاله : إذا فتح شخص مطلا مستوفيا لقيود المسافة فهو يستعمل رخصة في حدودها القانونية وبالتالي يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائط في حدود ملكه، لأن صاحب المطل لم يكسب حق الإرتفاق قبل جاره بفتحه المطل بل إستعمل رخصة فقط.

وإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها منه على سبيل التسامح، أو إستعمل مجرد رخصة من المباحث هذا ويجب التذكير أنه من الممكن أن تتحول الرخصة أو أعمال التسامح إلى حيازة صحيحة تتوافر فيها كافة عناصرها فتتغير صفتها.

## ثالثا : المدة القانونية اللازمة لإكتساب حق الإرتفاق بالتقادم

إن المدة القانونية لإكتساب الإرتفاق بالتقادم في القانون المدني الجزائري هي نفس المدة اللازمة لكسب الملكية، ذلك أن المشرع الجزائري لم يفرض أحكام خاصة ضمن أحكام حق الإرتفاق تتعلق بكيفية إكتسابه بالتقادم بل أنه وأثناء تناوله لطرق إكتساب الملكية في الفصل الخاص بهذا الجانب من الباب الثاني من الكتاب الثالث أورد

أحكام التقادم المكسب ابتداء من المادة 827 من القانون المدني (31)

<sup>30</sup>الجلسة القضائية، ديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1999، عدد 1، ص 76

<sup>31</sup>المادة 827 ق.م " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا)

به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع."

وقد جاء في رسالة الدكتوراة زاوي فريدة، أن المشرع الجزائري << قد إستقى حقوق الإرتفاق الظاهرة أنها تكتسب بالتقادم الطويل فقط >> (32)

وفي رأينا أن هذا الحكم مخالف لما جاء في مضمون المادتين 827 و 828 من القانون المدني، لكونهما يشيران لكافة الحقوق العينية العقارية.

ومن هنا فإن أحكام التقادم المكسب المطبقة بشأن حق الملكية في القانون المدني الجزائري، تنصرف لتنطبق على أحكام حق الإرتفاق وإن المشرع خص بالذكر حول مدة التقادم المكسب للحقوق العينية العقارية على مدتين إثنين تتناولهما أحكام المادتين 827 و 828 على التوالي والمدة الأولى هي 15 سنة والثانية 10 سنوات ولكل حالة من الحالتين أحكام وشروط إنطباقها.

### /\*إكتساب حقوق الإرتفاق بالتقادم الطويل والقصير في القانون الجزائري:

لقد نصت المادة 827 من القانون المدني على أنه << من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا إستمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع.>> وحسب نص هذه المادة يقصد بما التقادم الطويل الذي يكون بجيزة تدوم 15 سنة. أما المادة 828 فهي تخص التقادم القصير، ومدته 10 سنوات بشرط إقتران الحيازة بحسن النية ووجود سند صحيح كما يشترط إضافة إلى ذلك ضرورة إشهار السند المستند إليه لحيازة الحق المكتسب بالتقادم، وشرط الإشهار هذا مطلوب في كافة الحقوق العقارية حسب المادة 793 من القانون المدني. والمثال على ذلك أنه إذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه ورتب عليه حق إرتفاق بالمطل أو بالمرور بموجب إتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق فهذا الأخير لا يملك حق الإرتفاق بهذا الإتفاق لأنه صادر من غير المالك غير أنه إذا كان حسن النية بأن يعتقد انه تعاقد مع مالك وحاز الحق حيازة مستوفية لعناصرها وشروطها، وكان الحق ظاهرا ودامت حيازته 10 سنوات، فإنه يمتلك حق الإرتفاق بالتقادم القصير. ويختلف القانونان الجزائري والمصري في تحديد مدة التقادم القصير، وهي في القانون الجزائري 10 سنوات وفي القانون المصري 05 سنوات.

أما القانون الفرنسي فهو يعتمد على التقادم الطويل لكسب حق الإرتفاق، إذ نصت المادة 690 على " حقوق الإرتفاق المستمرة الظاهرة تكتسب بالتقادم مدة ثلاثين سنة."

فمعظم الفقهاء الفرنسيين يقولون أنه مادام المشرع قد حدد حقوق الإرتفاق ولم يعتمد على مدة التقادم القصير الذي هو في القانون الفرنسي مدته 10 سنوات، وكذا 20 سنة، فلا يمكن القول بإكتساب حقوق الإرتفاق بالتقادم القصير(33)

<sup>32</sup> زاوي فريدة : رسالة الماجستير الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 169

<sup>33</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ، ص 1348 وما يليها .

### الفرع الثالث : التخصيص من المالك الأصلي

الأصل أنه إذا كان للمالك واحد عدة عقارات فلا يكون لها قانونا حقوق إرتفاق Nemini res sua

Personne n'a de Servitude sur Servi : بعضها على البعض وهذا تطبيقا للقاعدة اللاتينية وهي

sa propriété وبالفرنسية :

لكن يرد على هذه القاعدة إستثناء وهو : أن المالك لهاته العقارات المتعددة يرتب عليها حقوق إرتفاق فلا توجد هاته الحقوق إلا إذا انفصلت ملكيتها وهو المعروف بتخصيص المالك الأصلي وإن هذا الإستثناء نص عليه المشرع الجزائري في المادة 869 من القانون المدني التي جاء فيها أنه << : يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بتخصيص من المالك الأصلي - يكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن، العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقار إلى ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما عند الإرتفاق مرتبين بين العقارين، بهما وعليهما مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك.>>

#### / أهمية التخصيص من المالك الأصلي في ترتيب حق الإرتفاق:

أن حق الإرتفاق الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي، إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين وقد جعل أحدهما لفائدة الآخر وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة، إلى حد لا يمكن أن يقوم حق الإرتفاق، لأن العقاران مملوكان لشخص واحد. غير أنه إذا أصبح العقاران مملوكان لمالكين مختلفين مع بقائهما على نفس الوضع، فالمفروض على مالكيهما الجدد بإستبقائهما على حالهما أراد إبراز حق الإرتفاق إلى الوجود بعدما كان كامنا في الوضع السابق للعقارين وكان يعطل ظهوره، أن كلا العقارين لمالك واحد فينشأ حق الإرتفاق من وقت إختلاف المالكين. ومثاله : إذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرضية فضاء مجاورة للمنزل وقد عبد طريقا، في هاته الأرض ليمر منه سكان المنزل، للوصول إلى الطريق العام وحدد معالم الطريق بعلامات ظاهرة فيكون قد خصص الأرض لخدمة المنزل فإذا باع الأرض وهي على هذا الوضع بالنسبة للمنزل فإن المشتري بإرتضائه الشراء دون أن يعترف، يكون قد إرتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود ضمنا حق إرتفاق بالمرور الذي كان كامنا، وقد نشأ هذا الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي (34)

#### / أساس قيام التخصيص من المالك الأصلي:

ينشأ الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي بموجب اتفاق ضمني بين المالكين المختلفين للعقارين، فأساس قيام حق الإرتفاق هو هذا الإتفاق الضمني الذي هو ليس إلا عقدا أي تصرف قانوني.

<sup>34</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ، ص (1336)

**\*الشروط الواجب توفيرها لترتيب الإرتفاق بتخصيص من المالك الأصلي:**

من خلال نص المادة 869 من القانون المدني فإنه يستلزم لتطبيق هذا السبب في ترتيب حق الإرتفاق أن تتوافر شروطا هامة تحددها فيما يلي:

### **1- عقارين منفصلين حالا كانا مملوكين لمالك واحد:**

غاية هذا الشرط هو أن يكون المالك الواحد للعقارين المنفصلين - إذ ليس بالضروري أن يكون هذان العقاران متلاصقين - لكن المالك مع ذلك هياً أحدهما لخدمة الآخر للمرور مثلا، وإن كان التلاصق يغلب وجوده.

كما يصح أن تترتب حقوق الإرتفاق بتخصيص المالك على أجزاء نفس العقار الواحد إذا أصبحت مملوكة لأكثر من مالك، فهياً مالك العقار في الأصل أحد القسمين لخدمة القسم الآخر (35) غير أن نص القانون واضح في أنه ذكر الإرتفاقات المرتبة بتخصيص المالك الأصلي على عقارين منفصلين، والظاهر أن المشرع يتكلم عن الحالة العادية، لأن العقار الواحد يمكن أن يتجزأ فيصبح أكثر من عقار، وإنفصال العقارات أو تجزئة العقار الواحد يحدث عادة بناء على إنتقال إختياري أو قسمة أو بالتقادم المكسب أو رسو المزاد العلني في البيع الجبري.

### **2- أن يكون التخصيص أو الوضع القائم من إنشاء المالك الأصلي للعقارين:**

يشترط أيضا أنه يجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذي أنشأ الوضع الفعلي القائم أو على الأقل أن يكون قد استبقى عليه كما هو عليه بعد أن تلقاه قائما، وهذا الفرض يتضح فيما إذا كان عقارين مملوكين لمالكين مختلفين وكان لأحدهما حق إرتفاق على آخر، ثم أصبحا مملوكين لمالك واحد، فزال حق الإرتفاق بإتخاذ الذمة

ومع ذلك إستبقى المالك الجديد الوضع الفعلي للإرتفاق قائما كما كان.

### **\*/وينتج عن هذا الشرط بعض الحالات الآتية:**

أ (فإن كان من أنشأ الوضع الفعلي ليس المالك أو نائبه بل أحد المستأجرين للعقار أو صاحب حق إنتفاع على كل منهما فذلك ليس بتخصيص المالك الأصلي لأنه للمالك الأصلي وحده إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق إرتفاق على أحد العقارين لفائدة الآخر لأنه يمثل مصلحتها معا.

ب (وإذا كان من أنشأ الوضع الفعلي هو المالك لأحدهم أو كلاهما لكن بسبب قابلللفسخ أو الإبطال، ثم فسخت ملكية أو أبطلت، فالأثر الرجعي لزوال ملكيته يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معا وقت إنشائه الوضع الفعلي ولا يعتد به.

<sup>35</sup> محمد كمال مرسي باشا : المرجع السابق، ص (674)

ج (عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين، وكان كلاهما أنشأ الوضع الفعلي القائم فلا يعتد به وقتما كانا على الشيوع لأنه لم ينشأ الوضع القائم لمالك واحد للعقارين معا، لأن الأثر الرجعي للقسمة جعل كلا الشريكين غير مالك للعقار الذي لم يختص به وقت إنشاء الوضع الفعلي (36))

### 3- وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي (الإرتفاق الظاهر):

تنص الفقرة الأولى من المادة 869 القانون المدني كانت صريحة وواضحة بأن نصت << يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي >>، فيشترط في إكتساب حق الإرتفاق بهذا السبب أن يكون إرتفاقا ظاهرا، أي أن تكون له علامة ظاهرة كما جاء في الفقرة 2 من نفس المادة 869 من القانون المدني أن << : ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين .. أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة. >> ..

ومثالا كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين في غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر، فتكون النافذة علامة ظاهرة على الإرتفاق بالمطل.  
ومثالا : تعبيد وتحديد معالم الطريق للمرور.

ويشترط في هاته العلامة الظاهرة أن تبقى إلى وقت أن يمتلك العقارين مالكين آخرين، فيجب بقاء العلامة إلى حين إنشاء حق الإرتفاق قانونا، بأن يمتلك العقاران مالكين آخرين وذلك لأن أساس هذا السبب لترتيب حق الإرتفاق هو وجود إتفاق ضمني بين المالكين لإنشاء هذا الحق لأن العلامة الظاهرة هي الشاهدة على وجود هذا الإرتفاق على عقاره، بأن رأى العلامة الظاهرة وإستخلص من ظهورها مغزاها ولم يعترض، فيجب بقاء هذه العلامة إلى وقت إنتقال ملكية العقار المرتفق به إلى المالك الجديد.

### 4- أن يصير كلا العقاران مملوكين لمالكين مختلفين:

فبعد أن كان العقاران مملوكين لمالك واحد، وصارا مملوكين لمالكين مختلفين، ينشأ الإرتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي، وقد رضي بهذا التخصيص المالك الآخر الذي تعاقد مع المالك الأصلي، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدوا معه، والرضاء هنا ضمني، لأن أحدهما لم يعترض على هذا التخصيص رغم ظهوره ورغم أن المقصود منه إنشاء حق الإرتفاق (37)  
فحق الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي ينشأ إذا إنتقلت ملكية أحد العقارين لشخص أو لشخصين مختلفين غير المالك الأصلي وبأي سبب من الأسباب إنتقالها، فيجوز إنتقالها بعقود المعاوضة (أو التبرع) الهبة الوصية).

كما يصير العقارين مملوكين لمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلي وإقتسم الورثة تركته.

<sup>36</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج ، ص (1346)

<sup>37</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج ، ص (1341 وما يليها) .

## 5- عدم وجود إتفاق صريح يقضي باستبعاد قيام هذا الحق:

لقد جاء في آخر الفقرة 2 من المادة 869 من القانون المدني الجزائري أنه << : ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك.>>

والشرط الصريح الذي يقضي بعدم نشوء حق الإرتفاق يكون موجودا في السند الذي جعل العقارين مملوكين للمالكين مختلفين، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو غيرها من الأسباب.

### المطلب الثاني

#### إستعمال حقوق الإرتفاق

تهدف من خلال هذا المطلب إلى التطرق لأهم أحكام إستعمال حق الإرتفاق التي تضمنها المشرع الجزائري في العديد من نصوص القانون المدني، ابتداء من المادة 871 منه وإلى غاية المادة 877 ، والتي لم يختلف كثيرا فيها عما جاء به المشرع المصري.

يبدو من حجم هاته النصوص والدقة التي أولاهها لها المشرع الجزائري لحقوق الإرتفاق، أن ذلك يرجع لمدى أهمية تنظيم أحكام الإستعمال، فبين الأحكام الخاصة بكل من مالك العقار المرتفق والأحكام المتعلقة بمالك العقار المرتفق به وذلك كله يعود لأهمية حق الإرتفاق ذاته بإعتباره من الحقوق العينية الواردة على عقار الملتصقة والتابعة دائما لحق الملكية.

بالتالي، نسعى من خلال هذا المطلب أن نلم بأهم أحكام الإستعمال ومن أجله نقسم المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية إتباعا بنفس التدرج الوارد في القانون المدني الجزائري.

#### الفرع الأول : نطاق حق الارتفاق

الأصل في تحديد هذا النطاق، جاء به نص المادة 871 من القانون المدني ينص على مايلي << : تخضع حقوق الإرتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها، ولما جرى به عرف الجهة، وللأحكام التالية.>> إن نطاق حق الإرتفاق يتحدد بالسند والسبب الذي أنشأ أو أسس حق الإرتفاق، فإليه يرجع لمعرفة ما يخوله الإرتفاق من حقوق لمالك العقار المقرر له الإرتفاق وما يفرضه من تكاليف يتحملها مالك العقار المقرر عليه الإرتفاق (38)

فتحديد مدى حق الإرتفاق يقصد به بيان الأعمال التي يحق لمالك العقار المرتفق أن يقوم بها، فما ورد في العقد أو الوصية بشأن الإرتفاق يجب إتباعه، لأن الإرادة هنا هي مصدر الإرتفاق وهي التي تبين مداه وترسم حدوده، وللقاضي سلطة تفسير إرادة المتصرف بخصوص ظروف التصرف ووضع الأماكن وحيازة الإرتفاق. وإذ كان قد تم كسب حق الإرتفاق بالتقادم، فإنه يكسب في نطاق الحيازة التي أكدت الإرتفاق بالتقادم، وفي ذلك تطبيقا لقاعدة في الشرع الإسلامي معروفة وهي << :

<sup>38</sup> زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، المرجع السابق، ص( 225

الأصل بقاء ما كان على ما كان<sup>39</sup> >> ، فنطاق الحق يتحدد بحسب ما وردت عليه الحياة، فيحدد نوع الإرتفاق ومداه وفقا لإرادة المالك التي تستفاد من الحالة الواقعية التي أقامها في هذا الشأن<sup>40</sup> ) هذا وإن نفس المادة السابقة تؤكد على أنه إلى جانب كل ذلك فتجب مراعاة عرف الجهة وذلك دون أن يكون هناك أي تعارض مع التقادم.

كما يشمل حق الارتفاق ما يعتبر من مسلتزماته أي ما يكون ضروريا لاستعماله، فالارتفاق باعتراف المياه من عين الغير، يتضمن بالضرورة حق المرور في هذه الأرض التي تقع فيها العين. والارتفاق بالشرف قد يتضمن حق المجرى لتوصيل المياه إلى الأرض المرتفعة<sup>41</sup> ) الأحكام القانونية المكملة للأصل : فبالنظر لما جاء في آخر المادة 871 من القانون المدني ... << : تخضع حقوق الإرتفاق .. وللأحكام التالية. >> ...

فإن القانون بخلاف القاعدة التي نص عليها في المادة 871 من القانون المدني، أورد أحكاما مكملة فيما يتعارض مع الأصل، والتي نوردها بتقسيمها لقسمين جانب خاص بالمركز القانوني لمالك العقار المرتفق، وجانب آخر خاص بالمركز القانوني لمالك العقار المرتفق به، ونخصص لكل منها فرع نظرا لأهميتها.

### الفرع الثاني: المركز القانوني لمالك العقار المرتفق

نتطرق في هذا الفرع إلى كل منه حقوق مالك العقار المرتفق من جهة وواجباته من جهة ثانية. وبالرجوع لنصوص القانون المدني في هذا الشأن وهي المواد 872 و 874 و 876 نجد أنها منحت لمالك العقار المرتفق حقوقا، وفرضت عليه واجبات لا يجوز له تجاوزها.

أولا : أهم الحقوق:

#### 1/ حق استعمال الارتفاق:

الحق في إستعمال الإرتفاق يقتضي هذا الحق أنه يكون لمالك العقار المقرر له الإرتفاق الحق في إستعمال العقار المقرر عليه هذا الحق ويتمثل هذا الإستعمال في الخدمة المقررة لعقاره سواء كانت إيجابية أم سلبية وذلك بحسب طبيعة الإرتفاق أو مضمونه وبحسب ما تضمنه سند تأسيسه وكذا ما يجري به العرف، وذلك كما جاءت به المادة 871 من القانون المدني السالف بيانها.

وإن هذا الحق تضمنه الشرط الأول من نص المادة 872 من القانون المدني إذ نص على << : لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لإستعمال حقه في الإرتفاق ويحفظه. >>

<sup>39</sup> مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، المادة (05)

<sup>40</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص (978)

<sup>41</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص (310)

فإن المشرع منح مبدئياً الحق لمالك العقار المرتفق لإستعمال حقه في الإرتفاق ومنحه الوسيلة ليتمكن من الإستفادة من هذا الإستعمال، والمطلوب منه أن يجري ما هو ضروري من الأعمال، وإن هذه الوسيلة تشكل رخصة منحها القانون.

## 2/ رخصة القيام بالأعمال الضرورية:

إن ما جاءت به المادة 872 من القانون المدني التي ترخص لمالك العقار المرتفق القيام ببعض الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق، وامتنالاً لنص المادة نفسها الذي تضمن هاته الوسيلة أو الرخصة، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق أن يجري على العقار المقرر عليه الإرتفاق الأعمال الضرورية اللازمة لاستعمال حقه وللمحافظة عليه، ذلك أن إجراءات أعمالاً على عقاره المملوك له لا يحتاج إلى نص خاص أو تقرير بذلك، ومن ثم تدخل المشرع ومنحه رخصة في إمكانية التدخل للقيام بهذه الأعمال الضرورية لاستعمال حقه. فمن تقرر له حق المرور يجوز له أن يعبد الطريق المعد للمرور، وعلى مالك العقار المقرر عليه الإرتفاق أن يتحمل هذه الأعمال.

ويؤكد الفقهاء أنه ليس لمالك العقار المرتفق به أن يشكو من المضايقة لأنه من طبيعة الإرتفاق المضايقة، فلا يكون صاحب العقار مسؤولاً بتعويض مالك العقار المرتفق به، عن ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات، لأنه لم يفعل أكثر من استعمال حقه في حدود القانون ما لم يقع من المالك خطأ في إجراء هذه الأعمال يترتب عليه ضرر بمالك العقار المرتفق به (42)

إلا أن أهم ما يتشترط في هذه الأعمال أن تكون ضرورية لاستعمال الحق ولازمة للمحافظة عليه، فلا يكفي أن تكون فيها زيادة الإنتفاع في الإرتفاق أو تسهيل استعماله.

ومسألة الضرورة : هي مسألة تقديرية يقدرها القاضي بعد استعانته بأهل الخبرة.

هذا وأن حق استعمال مالك العقار المرتفق لحقه على النحو السالف بيانه يقتضي التزامه بواجبات معينة نص عليها نص المادة 872 من القانون المدني في شقها الثاني وكذا المادة 874 فقرة 1 من نفس القانون وهو ما سنبينه لاحقاً في فقرة الالتزامات والواجبات.

## 3/ الدعاوى المنحولة له في حالة المساس بحقه:

عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته فإنه يخول لمالك العقار المرتفق استعمال بعض الدعاوى لحماية الحق

العيني (الارتفاق) والتي هي نفس وسائل الحماية المنصوص عليها في القواعد العامة بصدد حق الملكية وأهمها:

أ/ دعوى الإقرار بالارتفاق (action confessoire de servitude) :

<sup>42</sup> زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاء، المرجع السابق، ص (279)

وهي دعوى عينية يطالب فيها مالك العقار المرتفق من مالك العقار المرتفق به أو من أي حائز لهذا العقار، الإقرار له بحق ارتفاعه على العقار المرتفق ويقدم كإثبات لدعواه إحدى الطرق التي يكسب بها حق الارتفاق، وتقابل هذه الدعوى دعوى إذ يطالب المدعي في هذه (action en revendication) الاستحقاق في الملكية الدعوى تمكنه من استعمال حق ارتفاعه كما يطلب المدعي في دعوى الملكية تسليمه العين محل الحق، كما يجوز للمدعي أن يطلب هدم المنشآت المقامة مخالفة لحق الارتفاق، كإزالة المباني في حالة الارتفاق بعدم البناء، وكذا الحكم بغرامة تهيديدية.

### ب/ دعاوي الحيابة:

يمكن لمالك العقار المرتفق استعمال دعاوي الحيابة لحماية حيابة حق الارتفاق وتمثل هذه الدعاوي في: فله ابتداء استعمال دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة لكن في القانون الجزائري يتشترط شرط واحد وهو أن يكون الارتفاق ظاهرا، لأنه كما سلف أن بيناه، الارتفاقات الظاهرة وحدها يمكن كسبها بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي، عكس القانون الفرنسي الذي يؤكد ضرورة تلازم الظهور والاستمرار. أما بشأن دعوى استرداد الحيابة، فيرى الفقيه السنهوري أن لا مانع من اللجوء إليها في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن أي عمل من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيابة له، ومثله حق المرور إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه الحق.

إذ يجوز هنا لصاحب الارتفاق اللجوء لدعوى استرداد الحيابة بعد أن انتزعت حيابته لحقه بالتعدي (43)

### ثانيا : الالتزامات والواجبات العينية

1/ الإلتزام بعدم تجاوز مالك العقار المرتفق حدود الإرتفاق) قاعدة ثبات حق الإرتفاق: (

إن هذا الواجب نص عليه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 872 من القانون المدني وبالتحديد في آخر عبارة فقد جاء... <<: ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد (يُجد) (من حاجات العقار المرتفق، أي زيادة في عبيء الإرتفاق. >> فمن خلال المقارنة بين النصين العربي والفرنسي للمادة، إذ جاء النص الفرنسي

: « les besoins nouveaux du fonds dominatrice ne peuvent » كما يلي

» entraîner aucune aggravation de la servitude »

ويظهر لنا خطأ هام وارد في النص العربي الذي جاء بعبارة << على ما يوجد من حاجات للعقار المرتفق >>... >>.

وإن في ذلك خلط للمعنى الصحيح للكلمة ولا يؤدي حتما إلى المعنى المقصود من طرف المشرع.

" Les Besoins وإن الصياغة بالنص الفرنسي واضحة ووردت بعبارة وترجمتها الصحيحة تكون كما يلي :

.. << على ما يُجد من حاجات "Nouveaux >>

<sup>43</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09، ص 1379

وهاته الترجمة هي التي تؤدي إلى المعنى السليم للنص، فإن كل ما يجد من حاجات أي بمعنى كل حاجة جديدة بخلاف الحاجة الأصلية التي أنشأ من أجلها حق الإرتفاق (44)

وإن هذا الإلتزام غايته كما نصت عليه المادة بأن مالك العقار المرتفق ليس له إلا إستعمال حق الإرتفاق كما جاء في سند تأسيسه ولا يكون له الحق في أن يحدث على العقار المرتفق به أي زيادة في عين الإرتفاق، فهذا الواجب يشترط عدم تجاوز حدود الإرتفاق لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق إذ المجاوزة في حد ذاتها إخلال بالإلتزام.

أ) فمن حيث العقار لا يحق لمالك العقار المرتفق أن يتجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر كما لا يجوز له إستفتاء حاجات عقاره من غير العقار المرتفق به نفسه، وفي كلا الحالتين يعد ذلك تجاوزا لحدود الإرتفاق. ب) (أما من حيث مضمون الحق، فبالرجوع للشطر الأخير من المادة << : ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الإرتفاق. >> ومن أمثله : إذا تقرر حق إرتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكن، ثم إستعمل جانبا من هذا المنزل ناديا أو عيادة، فلا يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المنزل بسبب وجود النادي أو العيادة أية زيادة في عبء الإرتفاق، ويجب في هذه الحالة الإقتصار في حق المرور على ما كان عليه من قبل، أو الإلتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما يستجد من الحاجيات.

## 2/ الإلتزام بالألا يسيء إستعمال حق الإرتفاق:

إذ يجب على مالك العقار المرتفق إستعمال حقه على الوجه الذي لا ينشئ عليه إلا أقل ضرر ممكن فإذا إستعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق أي ضرر كان يمكن تجنبه لو أنه إستعمله على وجه آخر تتحقق مسؤوليته وهنا تكون المسؤولية عينية لا شخصية (45) أما إذا كان هناك خطأ إقتضى إجراء هذه الأعمال فإن نفقتها تكون على من إرتكب الخطأ والإلتزام بدفعها هو إلتزام شخصي لاعيني. إذ نصت المادة 872 الشطر الثاني منها على هذا الإلتزام كما يلي << : ويجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عليه أحف الضرر للعقار المرتفق به. >>...

فإن المشرع الجزائري أقام هذا الإلتزام على عاتق مالك العقار المرتفق، ويشترط وقوع الضرر على عكس الإلتزام بعدم تجاوز حدود الإرتفاق الذي لا يشترط فيه ذلك، وغايته أنه : يجب على مالك العقار المرتفق أن يتسعمل حقه في الإرتفاق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن.

## 3/ الإلتزام بتحمل نفقة الأعمال اللازمة لحق الإرتفاق والمحافظة عليه :

<sup>44</sup> علي علي سليمان : المرجع السابق، ص (181)

<sup>45</sup> عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص (333)

بالنظر للمادة 874 فقرة 1 من القانون المدني، فإن الأصل أو القاعدة تقتضيان أن نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على مالك العقار المرتفق لأنه هو من يستفيد من حق الارتفاق فيجب عليه تحمل نفقاتها.

كما يتحمل نفقات المحافظة على الاتفاق حتى ولو كانت النفقات اقتضى إجرائها عيب في العقار المرتفق به أو تغيير محل الارتفاق بسبب تعديل في وضع الأشياء طالما بادر هو بهذه الإصلاحات بإجراء الأعمال الضرورية لإمكان استعمال حقه.

أما إذا كانت هذه الأعمال قد اقتضى إجرائها خطأ سواء من جانب مالك العقار المرتفق أو من جانب لك العقار المرتفق به، فمن يتحمل نفقة هذه الأعمال هو من ارتكب الخطأ.

هذا واستنادا لما تضمنه نص المادة 874 الفقرة 1 في الآخر وهي عبارة ... "ما لم يشترط خلاف ذلك"... فإن القاعدة ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها بأن تكون نفقة الأعمال على عاتق مالك العقار المرتفق به.

### الفرع الثالث : مركز مالك العقار المرتفق به

أهم ما نتناوله من خلال هذا الفرع هي مختلف الالتزامات والواجبات المفروضة على مالك العقار المرتفق به والاستثناءات الواردة عليها، ولكن نود قبل ذلك التطرق لأهم الدعاوي المخول له استعمالها عند إخلال مالك العقار المرتفق بالتزاماته.

#### أولا : الدعاوي المخول له استعمالها:

إن إخلال مالك العقار المرتفق بالتزاماته كتجاوز حدود ارتفاقه أو إساءته استعماله - كما سلف بيانها - فإن لمالك العقار المرتفق به حق استعمال بعض الدعاوي للمحافظة على حقوقه وتمثل في:

#### 1/ دعوى إنكار حق الارتفاق:

كما سبق ذكره بشأن العقار المرتفق أن له دعوى عينية هي الإقرار بحق الارتفاق على العقار المرتفق به، فإن لمالك العقار الذي يدعي الغير أن له عليه حق الارتفاق دعوى عينية أيضا وهي دعوى إنكار حق الارتفاق، بأن عقاره خال من هذا التكليف.

إذ يكفي في هذه الدعوى أن يثبت المدعي مالك العقار ملكيته للعقار، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق، ذلك لأن المفروض أن الملكية خالية من أي تكليف يثقلها، ما لم يثبت من يدعي وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف.

كما يجوز رفع هذه الدعاوي، ليس للمطالبة بالحكم أن العقار خال من حق الارتفاق أصلا، بل أيضا للمطالبة بانتقال حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود.

## 2/دعاوي الحيازة:

يحول لمالك العقار المرتفق به أيضا استعمال دعاوي الحيازة، بصفته حائز متى توافرت شروطها، ليحمي حيازته للعقار المملوك له ممن يدعي أن له حق ارتفاق عليه.

ويتعلق الأمر بدعويان خاصة:

- دعوى منع التعرض للعقار.

- دعوى الاسترداد عند حصول التعدي.

ثانيا : الإلتزامات السلبية العينية لمالك العقار المرتفق به يتفق الغالبية من الفقهاء أن واجبات مالك العقار المرتفق به وإلتزاماته ليست إلا واجبات سلبية محضة أي أنه ملزم بالإلتزام سلبى فقط وهو الإمتناع عن مباشرة الأعمال المنافية لحق الإرتفاق، وهو أي عمل يؤدي للإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق وجعله أكثر مشقة وهو إلتزام عيني يُجملُ مالكة، بحيث لو أحل به وأتى عملا يؤدي للإنتقاص من إستعمال الإرتفاق يلزم بإعادة الحال إلى ما كان عليه ، ويشكل ذلك جزاء مقابل إخلاله بالإلتزام العيني (46)

وإذا كان المشرع الجزائري عند تطرقه لها أخذ بمهاته القاعدة بنصه على عدم الجواز وعدم إلتزام مالك العقار المرتفق به إلا بالإمتناع عن الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق.

غير أنه نص على إستثناءات أهمها ما جاء في المادة 873 من القانون المدني بشأن مباشرته أعمالا إضافية يقتضيها الإستعمال أو دفع نفقات الأعمال اللازمة للإستعمال وهي كلها إلتزامات إيجابية على عاتق مالك العقار المرتفق به، وإذا كنا قد تكلمنا فيما سبق عن مسألة دفع النفقات عند التطرق لواجبات مالك العقار المرتفق.

فإننا حاليا نتطرق بالإشارة إلى القاعدة التي تتمثل في الإلتزام السلبى الواقع على عاتق مالك العقار المرتفق به، ثم نتطرق إلى بعض الإلتزامات الإيجابية لما تشكله من إستثناء على الأصل.

/الإلتزام بامتناع مالك العقار المرتفق به عن أي عمل يعوق إستعمال حق الإرتفاق:

1من القانون المدني على ما يلي << : لقد نصت المادة 875 لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاقا، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل الوضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر. >> ...

أنه بالفعل فإن المشرع الجزائري جسّد القاعدة الفقهية السالف بيانها من خلال قراءة الفقرة الأولى من المادة 875 من القانون المدني، بحيث لم ينص ضمنها بخصوص واجبات وإلتزامات مالك العقار المرتفق به إلا على إلتزامات سلبية محضة، وتعتبر بالتالي كإلتزامات عينية.

<sup>46</sup> عبد العزيز أبو غنيمية : المرجع السابق، ص( 334

والغاية من ذلك هي أن حق الإرتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله وكل ما يطلب من هذا الأخير الإمتناع عن أي عمل يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو جعله أكثر مشقة، فإذا أحل بهذا الواجب السليبي منع من ذلك وأجبر على التعويض إن كان له سبب (47)

أما القضاء الجزائري : فقد سار في نفس النطاق من خلال قرار للمحكمة العليا مؤرخ 30/04/1997 رقم 148546 جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ومن المقرر أيضا أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاق، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو يبدل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدئين يعد مخالفة للقانون" (48)

**ثالثا : الالتزامات الإيجابية الواردة كاستثناءات**

بالفعل ترد عدة إستثناءات على قيام قاعدة الإلتزام السليبي المتمثل في إمتناع مالك العقار المرتفق به عن أي عمل يعوق إستعمال حق الإرتفاق وهي تمثل إلتزامات إيجابية ويكون هذا العمل في جميع الأحوال عملا إضافيا ينزل من إستعمال حق الإرتفاق منزلة التابع من المتبوع، وتتمثل في الإلتزامات الثلاث الآتية:

1/ تحمل ومساهمة مالك العقار المرتفق به في النفقات حسب المادة 874 لقد نصت الفقرة 2 من نص المادة : 874 القانون المدني على أن << : وإذا 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.>>

فحسب هذه الفقرة يتبين مدى إمكانية جعل هاته النفقات على عاتق مالك العقار المرتفق به ويكون ذلك طبعا بحصول الإلتفاق على ذلك، أن الإلتزام الواقع على عاتق مالك العقار المرتفق به هو إلتزام عيني، ونظرا لعبء هذا التكليف، فإن المشرع منح بمقتضى نفس الفقرة من المادة 874 من القانون المدني إمكانية التخلص من هذا العبء، وذلك بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق، ويكون بنوعين هما:

1. التخلي الكلي وصورته أن يكون حق الإرتفاق منصبا على كل العقار المرتفق به كالإرتفاق بإستخراج الأحجار من محجر.

2. التخلي الجزئي بالتخلي عن الجهة فقط التي يباشر فيها حق الإرتفاق.

وقد جاء المشرع الجزائري بالفقرة 3 من المادة 874 من القانون المدني إذ نص على << : وإذا كانت المنشآت نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة لا لصيانة على الطرفين بنسبة ما يعود على كل منهما من الفائدة.>>

<sup>47</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ، ص (1372)

<sup>48</sup> المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، السنة 1997 ، العدد 1 ، ص (187)

ومثالها : الإرتفاق بالمرور ويكون الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضا مالك العقار المرتفق به، ويعود عليه من المرور فيه قدر متساوي وللفائدة التي تعود على مالك العقار المرتفق، كانت نفقة الصيانة مناصفة بين المالكين.

وإن الإلتزام بمساهمة مالك العقار المرتفق به، ليس إلتزاما عينيا كما هو الأمر حين وجود إتفاق خاص، بل أن طبيعته تحدد لأن ينتفع بالأعمال إنتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما إنتفع به ولا يمنح له إمكانية التخلي بأن يتخلص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن العقار المرتفق به، وتلك هي طبيعة كلا الجزئين حسب رأي الدكتور السنهوري (49)

## 2/ الإلتزام الإيجابي بالقيام بعمل إضافي يقتضيه إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف:

تنص المادة 873 من القانون المدني على << : لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك.>>

فعلى أساس هذه المادة يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي، لا يكون هو أصل مضمون الإرتفاق، بل يكون عملا إضافيا تابعا له ويقتضيه إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف. فيجوز أن يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه حق الإرتفاق بالمرور وينتقل هذا الإلتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه في العقار.

## 3/ إمكانية نقل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق:

نص المشرع الجزائري صراحة على هاته إمكانية في المادة 875 الفقرة 2 من القانون المدني على << : غير أنه إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عيب الإرتفاق أو أصبح الإرتفاق مانعا من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو على عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذا متى كان إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسورا به في وضعه السابق>> الأصل أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير من تلقاء نفسه الموضع الأصلي لحق الإرتفاق، بل يجب عليه أن يفاوض مالك العقار له المرتفق بشأن هذا التغيير.

كما يجب على مالك العقار المرتفق به تقديم موضعا آخر ينتقل إليه استعمال حق الإرتفاق على أن يكون الموضع يتيسر فيه الاستعمال بالقدر الذي كان ميسورا به في الموضع السابق وقاضي الموضوع هو من يقدر ذلك (50) فإذا كان إرتفاقا بالمرور وأراد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذي يستعمل فيه حق المرور، فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التي يريدتها.

<sup>49</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09 ص (1321)

<sup>50</sup> محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص (258)

وإن هاته الرخصة كما نص عليها أيضا القانونين الجزائري، الفرنسي والمصري.

#### 4/ الالتزام بمراعاة قيود الملكية والشركة والجوار:

يجب أن تراعى في الارتفاق الأحكام الخاصة بالقيود التي ترد على الملكية وحقوق الجوار المشتركة. فلما كان الارتفاق فرع من حق الملكية، وكان القانون قد نص على قيود ترد على الملكية للمصلحة، وحقوق الجوار والشركة، فإن هذه القيود والحقوق يجب أن تراعى في استعمال حق الارتفاق تبعا (51)

#### 5/ أهم الآثار التي تترتب على الإخلال بالالتزامات:

يترتب نفس الجزاء عن الإخلال بالواجبات من مالكي كلا العقارين، فإذا أحل مالك العقار المرتفق به بواجباته، بأن قام بأعمال تعوق إستعمال حق الارتفاق وتنقص من هذا الإستعمال أو تجعله أكثر مشقة. فيلزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ويقوم بها مالك العقار المرتفق به الذي إرتكب المخالفة وكذا كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية العقار نفسه، لأن هذا الجزاء هو تكليف عيني ويتبعه في أي يد يكون، وذلك يعود لأن مختلف الإلتزامات الأصلية السالفة هي التزامات عينية. كما يلزم بالتعويض إن كان له سبب، والتعويض يلزم به مالك العقار نفسه مرتكب المخالفة أو الخطأ لأنه إلتزام شخصي في ذمة.

#### الفرع الرابع : إمكانية تجزئة العقار المرتفق والمرتفق به

الأصل أن الارتفاق لا يتأثر نتيجة تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به، فيبقى بوضعه الذي بدأ به دون تغيير، أي يبقى مقررا لمنفعة كل جزء من العقارين. غير أن المشرع الجزائري تناول إمكانية تجزئة كل من العقارين في نصين مختلفين وهما المادتين 876 : و 877 من القانون المدني ولهذا نتطرق للموضوع بتقسيمه إلى قسمين:

#### أولا : تجزئة العقار المرتفق:

جاء نص المادة 876 من القانون المدني بما يلي:

<< إذا جرىء العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك عيء تكاليف العقار المرتفق به.

غير أنه إذا كان الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الارتفاق على الأجزاء الأخرى >>

<sup>51</sup> محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص( 259

يستخلص من هذا النص أن مضمون حق الإرتفاق يبقى في موضعه عند تجزئة العقار المرتفق وهاته التجزئة تتم بعدة طرق، كقسمة العقار قسمة مفردة، هنا يتعدد حق الإرتفاق بتعدد الأجزاء، ويكون لكل جزء مفرز نفس الحق الإرتفاق على العقار المرتفق به، ولكن يشترط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عيى حق الإرتفاق الأصلي.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه، تتضح من خلال إذا كان مضمون حق الإرتفاق أخذ كمية من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد الأرض المرتفقة، ثم تجزئت هذه الأرض الأخيرة إلى جزئين متساويين، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل، فإذا كانت الأرض المرتفقة قد تجزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي إختص به مصنعا ويستبقي الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت، فإن حق الإرتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة، فتأخذ من الأرض المرفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تأخذ من قبل، أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة للسماذ فيكون لمالك العقار المرتفق به، في هذه الحالة أن يطلب زوال حق الإرتفاق بالنسبة لهذا الجزء (52)

#### ثانيا :تجزئة العقار المرتفق به

وقد نص المشرع الجزائري بالمادة 877 من القانون المدني على:

"إذا جزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على جزء منه.

غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء وكان لا يمكن أن يستعمل عليه، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الجزء الذي يملكه."

مقتضى هذا النص في فقرته الأولى : أن تجزئة العقار المرتفق به، لأي سبب من الأسباب، لا تؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى محمل على كل جزء من أجزائه، ومثاله أنه إذا كان الارتفاق بعدم البناء على مساحة معينة من الأرض المترفق بها، فإن الوضع لا يتغير في حالة تجزئة هذه الأرض، حيث يظل كل جزء من هذه الأجزاء محملا بحق الارتفاق (53)

أما في الفقرة الثانية، فمقتضاه أنه إذ تبين بعد التجزئة انحصار موضع الارتفاق في جزء من العقار دون باقي الأجزاء ، فلمالك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن إستعمال حق الإرتفاق عليها أن يطلب زوال حق الإرتفاق عن الجزء الذي يملكه، إذ يصبح حق الإرتفاق على هذه الأجزاء في هذه الحالة غير ذي موضوع. فإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور أو بالمجرى وجزء العقار المرتفق به، فلا يبقى الارتفاق واردا إلا على الجزء الواقع به الممر أو المجرى وحده.

<sup>52</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09 ، ص (1367

<sup>53</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص (312

## المبحث الثاني

### الآثار المترتبة على قيام حق الإرتفاق (نفاذه وإنتهائه)

بعد دراستنا في هذا الفصل لمختلف أحكام إنشاء وإكتساب حق الإرتفاق وأيضاً إلى كيفية إستعماله وأهم القواعد التي تحكم كيفية قيامه ومباشرته.

نتقل بالطبع لدراسة أهم الآثار التي تترتب على ذلك، وبتناولها في هذا المبحث بتفصيله إلى مطلبين الأول يخص كيفية نفاذه، أو بالأحرى مدى الإحتجاج به سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير، كما نتطرق في المطلب الثاني لتوضيح أهم أسباب إنقضائه.

## المطلب الأول

### كيفية نفاذ حق الإرتفاق

لقد سبق لنا أن تناولنا من خلال تطرقنا إلى أسباب كسب حقوق الإرتفاق وبالتحديد إلى التصرف القانوني كسب لإنشاء حق الإرتفاق، أنه يشترط فيه علاوة على الشروط الموضوعية العامة شروطاً شكلية تتمثل أهم الإجراءات والقواعد الشكلية التي تحكم إنشائه.

وما دام سبق لنا أن تطرقنا للرسمية كركن لانعقاد التصرف القانوني المنشأ لحق الإرتفاق، ولتأكيد المشرع على ضرورة التلازم بين الرسمية والشهر كما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 63/76، فبالنظر لذلك أكد المشرع على ضرورة التلازم بين ركن الرسمية لانعقاد العقد أو التصرف المنشأ لحق عيني وارد على عقار بين ضرورة تسجيل هذا الحق أو العقد المنشأ له، فلا نستطيع القول بوجود حق ارتفاق وقيامه دون توافر كلا الإجراءين معاً، فالرسمية تكمل انعقاد العقد، والشهر يرتب انصراف الآثار على العقد، بانتقال الحق فيما بين طرفيه وفي مواجهة الغير، وما دمنا نتكلم عن الآثار وكيفية النفاذ، فإننا سنخصص فرعين: الفرع الأول: يتعلق بانتقال حق الإرتفاق بالشهر والفرع الثاني: يتعلق بآثار الشهر.

### الفرع الأول: إنتقال حق الإرتفاق بالشهر

في البدء تجب الإشارة لنص المادة 792 من القانون المدني على: << تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 وذلك مع مراعاة للنصوص التالية >> (54)

<sup>54</sup> لقد ورد خطأ في هاته المادة سواء في النص العربي أو الفرنسي فكان يجب ذكر << طبقاً للمادة 165 وليس المادة >> 164 ذلك أن المادة 164 لا علاقة لها بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر بينما المادة 165 هي التي تنص على << الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم قانون الملكية والحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري >> فإن هاته . المادة هي المقصودة بنص المادة 792

وحسب نص هاته المادة فإن إنتقال الملكية في العقار يكون أصلا بمجرد العقد إذا كان الشيء مملوكا للمتصرف والمقصود هنا الشيء المعين بالذات حسب نص المادة 165 من القانون المدني المشار إليها بالهامش. أنه كان من اللازم النص على العقار والمنقول كما جاء في النص المصري 932 من القانون المدني، ولعل قصد المشرع كان في نص المادة 792 يتجه إلى عبارة (في المنقول (لا) في العقار (كما ورد في النص، لأن المنقول هو الذي يتضمن شيئا معيننا بالذات كما جاء في نص المادة 165 من القانون المدني.

كما يتضمن شيئا معيننا بالنوع، فالإلتزام بنقل الحق العيني عليه لا ينتقل إلا .بالإفراز حسب نص المادة 166 من القانون المدني فقرة 1

فالأصل في المنقول إنتقال الملكية أو الحق العيني فيه بالعقد فقط مع إستثناء الإفراز عندما نكون بصدد شيء معين بالنوع.

أما بخصوص العقار فإن أحكامه تضمنتها المادة 793 من القانون المدني وحسب رأينا، فإن كل ما جاء في نص المادة 792 من القانون المدني، لا علاقة له بإنتقال الملكية أو الحق العيني بصدد العقار.

**أولا :ضرورة شهر حق الإرتفاق:**

نصت المادة 793 من القانون المدني على << لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهره العقار >>

ومن ثم، كان إنتقال الحقوق العينية في العقار تختلف عنها في المنقولات ذلك لأن قواعد التسجيل تحول دون تنفيذ الإلتزام بنقل الحق العيني فيها فور التعاقد.

ولأن الإلتزام بنقل الحق العيني على العقار يقتضي القيام بالإلتزام بعمل يتمثل في وجوب إشتراك مالك العقار في تسيير إجراء التسجيل ولا سيما في قيامه بالتصديق على إمضائه.

إن تنفيذ الإلتزام بنقل الحق العيني يبقى متراخي لفترة من الزمن إلى غاية التسجيل وهذه على التفرقة بين مجرد الإلتزام بنقل الملكية وبين الإلتزام الفعلي لها (55)

فإن عدم تسجيل أو الإشهار لا يمكن معه إنتقال الحق العيني فيما بين المتعاقدين ولا يحتج به إتجاه الغير، فالعقد المنشئ للحق العيني يبقى صحيحا منتجا لجميع آثاره ما عدا إنتقال الحق فعلا.

إن عملية شهر العقد التوثيقي في القانون الجزائري يتولاها الموثق، إذ أنه هو الذي يقوم بالإجراءات ومهمة البائع تنتهي بمجرد توثيق العقد.

<sup>55</sup> محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد ( شهر التصرفات العقارية (العقد كسب لكسب الملكية،)

المطبعة العلمية، القاهرة سنة 1949 ، ص7

## ثانيا :معنى الإشهار، التسجيل والقيّد

إن القانون الجزائري كما سلف تقديمه ينص على إجراء الإشهار العقاري.

ويقصد به هو إشهار التصرفات الواردة على العقار أو كل حق عيني عقاري في مجموع البطاقات العقارية التي تمسكها وتديرها مصلحة المحافظة العقارية.

وإن هذا الإجراء نص عليه القانون المدني في المادة 793 منه، كما تضمنه الأمر رقم 75/ 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري منه المواد 15 و 16 اللذان نصا على ضرورة النشر في مجموع البطاقات العقارية.

فهو مصطلح معمول به خاصة في القانون (56) Transcription أما التسجيل المصري وغير معروف في القانون الجزائري اللهم إلا التسجيل الذي يتم القيام به لدى مصالح الضرائب.

فهو إجراء يحصل بعض الحقوق بذكر بيانات (Inscription) أما إجراء القيد (57) معينة على الهامش.

هذا الإجراء لم يتناوله القانون الجزائري إلا بصدد تطرقه لآثار وكيفية نفاذ الحقوق العينية التبعية وعلى وجه أخص الرهن الرسمي، فلا مجال لذكر عبارة قيد خارج إطار ما تناوله المشرع.

## الفرع الثاني : آثار الشهر

فإن الحقوق العينية الأصلية الواردة على عقار ومنها حق الإرتفاق بالنظر لأحكام الشهر التي تنظمه، فهي لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول إلا بالتسجيل في مجموع البطاقات العقارية بالمحافظة العقارية، كما أنها وبمجرد إنعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له، ما عدا إنتقال الحق العيني فإنه يتراخى الإنتقال إلى غاية حصول التسجيل (58)

وإن كافة هاته الآثار التي تترتب على القيام بإجراء التسجيل أو الشهر العقاري تحكّمها بالإضافة إلى أحكام القانون المدني السالفة، أحكام النصوص الخاصة التي تخص تنظيم مصالح السجل العقاري مكن ضمنها على وجه الخصوص الأمر رقم 75 - 74 : المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

وكذا المرسوم رقم 63/ 76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

حيث وبالنظر لإختلاف آثار إجراءات الشهر العقاري ومدى أهميتها في إنتقال ثم في نفاذ التصرف المنشئ لحق الإرتفاق فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير فإننا نتناولها فيما يلي:

<sup>56</sup> حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية، دار هومة ، الجزائر، الطبعة الثانية ، سنة 2001 ، ص ( 122

<sup>57</sup> فيلاي علي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية في العلوم القانونية)

الاقتصادية والسياسية، الجزء 42 ، رقم ( 02 ) ، سنة 2000

<sup>58</sup> صدقي أعر : المرجع السابق، ص 96 وما يليها) .

## أولاً: إنتقال حق الإرتفاق فيما بين المتعاقدين

سبق أن أشرنا لنص المادة 793 من القانون المدني التي نصت على أنه << لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان فيما بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.>>

- وإن هذا النص الوارد في القانون المدني، تم تجسيده بصدور الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري<sup>59</sup> وذلك من خلال نص المادة 16 منه والتي نصت صراحة على <<: إن العقود والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر رجعي بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.>> فأهم أثر ينتج عن عدم الشهر للحق العيني فيما بين المتعاقدين حسب نص المواد السالفة يتمثل في عدم إنتقال أو إنشاء أو حتى تعديل أو إنقضاء هذا الحق العيني إطلاقاً، كما سبق تفسيره. فأهمية الشهر بالغة من حيث نشأة أو تغيير أو إنتهاء الحقوق عن طريق الشهر فقط، طبقاً لنظام الشهر العيني مع العلم أن الحقوق في غير هذا النظام تنشأ وتتغير وتزول بمختلف التصرفات والوقائع القانونية في ظل نظام الشهر الشخصي.

وهو الأمر الذي يجعل من الشهر في ظل نظام الشهر العيني المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية، وهو النظام الذي أخذ به القانون الجزائري، فنصت المادة 15 من الأمر 74/75 على ما يلي <<: كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له..إلا من تاريخ إشهاره.>>... وكذلك المادة 16 من نفس الأمر السالف بيانها.

فمن خلال كل هاته المواد فإن عملية إنتقال ملكية عقار والحقوق العينية الأخرى المتعلقة به لا تتم بصفة تلقائية بمجرد تكوين العقد، وإنما يجب إتباع إجراءات معينة تتعلق بمحتوى القوانين المنظمة للشهر العقاري.

### ثانياً : نفاذ حق الإرتفاق إتجاه الغير

حيث أن نفس نص المادة 793 من القانون المدني أكدت على ضرورة القيام بإجراء الشهر حتى يمكن الإحتجاج بإنتقال الحق العيني الوارد على عقار في مواجهة الغير.

إن هذا المبدأ جسده أيضا الأمر 74/75 السالف ذكره بنص المادة 15 منه - حيث نصت على <<: كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.>>

74<sup>59</sup> المذكور سالفا (1) - أنظروا الأمر رقم 75

## \*تحديد مفهوم الغير:

إن مفهوم الغير يختلف من موضوع إلى آخر إذا مفهومه غامضا في القانون المدني، فالغير في الشهر يختلف عنه في الصورية ويقصد بالغير في الشهر: كل شخص غير المتعاقدين، أما في الصورية يقصد به الخلف الخاص والدائن العادي للمتعاقدين إلى جانب كل شخص لم يشارك في العقد. والمقصود بالغير عموما، هو الشخص الذي لم يشارك في إبرام العقد<sup>(60)</sup>، أي الشخص الذي لم يلتزم لا بشخصه ولا بواسطة نائب والذي يعتبر العقد بالنسبة إليه غير ملزم. إذا فإن المفهوم المقصود بالغير هنا هو: الذي يتعلق بأحكام الشهر، ومن ثم هو كل شخص أجنبي عن العمل القانوني الذي يهدف إلى تغيير المحيط القانوني لشخص معين وبالتالي فباعتبار الشخص لم يشارك في إبرام العقد ولم يوافق عليه فهو لا يحمله إلزاما ولا يكسبه حقا. وبالتالي من خلال نص المادتين في القانون المدني، والأمر 74/75 فإن المشرع الجزائري لم يقصر أثر عدم الشهر للحق العيني العقاري في عدم إنتقاله أو إنشائه فيما بين المتعاقدين، بل أن هذا الأثر يمتد إلى الغير الخارج عن العقد، في أن الحق العيني العقاري لا ينفذ في مواجهة الغير.<sup>(61)</sup> أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي فسواء بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو التبعية فإن عدم شهر الحق العيني العقاري يترتب عليه عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير، وهو ما جاء في المرسوم 04 جانفي 1955 المتضمن تعديل نظام الشهر العقاري وما تضمنته المادة 30 أما بالنسبة للمتعاقدين فيظل العقد نافذا مرتبا لجميع آثاره، ومن ضمنها نقل الملكية. إن المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن الملكية تنتقل بمجرد العقد والجزء الأساسي على عدم شهر الحقوق التي تطلب المشرع شهرها هو عدم). نفاذها في مواجهة الغير أما في مصر فالمشرع أخذ بنظام الشهر العيني وإستوجب أن الحقوق العينية أصلية أو تبعية لا تكتسب أو تنتقل بين المتعاقدين أو الغير إلا بالتقيد في السجل العقاري وهو النظام الذي أخذت به أغلب التشريعات العربية. ونخلص في الأخير إلى نفس الرأي الذي ذهب إليه الدكتور زواوي فريدة من خلال رسالتها حيث إنتهت إلى : << ويلاحظ أنه في قانونا) القانون الجزائري (لا يمكن الإحتجاج بالحقوق العينية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد تسجيلها، ولكن العقود المنشئة لحق عيني تظل صحيحة منتجة لجميع آثارها ما عدا نقل الملكية.

<sup>60</sup> حسين عبد اللطيف حمدان : أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة ، ص 295

<sup>61</sup> زواوي فريدة: مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر معهد الحقوق، بن عكنون، سنة 1993 ، ص (97

### ثالثا: نفاذ بعض الحقوق الشخصية في حق الغير .

فإذا كان الأصل أن الحقوق الشخصية لا تخضع بصفة عامة للشهر لأنها تتعلق بالشخص<sup>(62)</sup> أكثر من تعلقها بالعين أو الشيء (فلا يمكن إخضاعها لنظام الشهر؟ لكن السؤال الذي يتبادر؟ هل كل الحقوق الشخصية لا تخضع للشهر؟ وبصدد موضوع دراستنا، لماذا يتكلم المشرع الجزائري ضمن أحكام الشهر، على لزوم إخضاع بعض الحقوق الشخصية للشهر العقاري؟

وما يهمننا نحن هو نظام الملكية المشتركة إذا إستوجب المشرع الجزائري ضرورة الشهر بصدها. كذلك بعض الحقوق والإلتزامات الشخصية المتعلقة بأموال منقولة أصلا، لكن لأهميتها إستوجب المشرع ضرورة إخضاعها الرسمية<sup>(63)</sup> أولا.

وبالضرورة ونظرا لتلازم الشكلية والإشهار العقاري، فإن هاته الحقوق والإلتزامات رغم خصوصيتها إستوجب المشرع إخضاعها للأمرين معا) الشكلية والشهر (وتقع خصوصا بصدد إنتقال المحل التجاري. وسوف نتناول من خلال الفصل الثالث المعنون في توسيع مفهوم حق الإرتفاق إلى هاته الإستثناءات المتعلقة خصوصا بنظام الملكية المشتركة وأحكام المحل التجاري لنصل إلى الجواب على السؤال الأساسي وهو ما مدى إمكانية توسيع مفهوم حق الإرتفاق بأحكامه العامة التقليدية ليشمل حقوقا وإلتزامات أخرى تشكل خروجاً عن القاعدة؟

### المطلب الثاني

#### أسباب إنقضاء حقوق الإرتفاق

لقد تناول المشرع الجزائري في آخر الأحكام الخاصة بحق الإرتفاق، أسباب إنقضاء وإنتهاء هاته الحقوق وتضمنها في مواد متتالية إبتداء من المادة 878 وما يليها من القانون المدني، التي حدد فيها ثلاثة أسباب. وستتطرق لتفسير كل سبب من أسباب الإنقضاء هاته بنفس الترتيب الوارد في أحكام القانون المدني ولم يذكر القانون المدني سببين آخرين، إكتفاء منه بتطبيق القواعد العامة وهما 1. : تحقق الشرط الفاسخ ، 2. ونزول صاحب حق الإرتفاق عن حقه.

وبإعتبار أن معظم هاته الأسباب لا تختلف كثيرا عن الأسباب العامة لإنقضاء الإلتزام وبإعتبار عدم وجود فائدة كبيرة ترجى من التعمق في دراستها فإننا سوف نتطرق إليها كما جاء بها المشرع بشكل مختصر ومركز.

#### أولا : إنقضاء الأجل المحدد

لقد نصت المادة 878 من القانون المدني في شطرها الأول على <<: ينتهي حقوق الإرتفاق بإنقضاء الأجل المحدد >> ...

<sup>62</sup> المنظمة العربية للتربية والثقافة، وثائق ونصوص مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلدان العربية، معهد البحوث والدراسات

العربية، سنة 1973، ص

<sup>63</sup> زاوي فريدة : المرجع السابق، ص( 97

من خصائص حق الإرتفاق أنه حق دائم، وذلك نظرا إلى كونه تابعا لحق ملكية العقار فيدوم بدوامه، والدوام يقصد به أنه من طبيعة حق الإرتفاق ولكن ليس من جوهره، ويعني ذلك أن الأصل هو دوام الإرتفاق بدوام العقارين.

غير أنه رغم ذلك لا يوجد ما يمنع من توقيت الإرتفاق بمدة معينة ينتهي بإنتهائها، وهو أمر نادر، إذا رتب حق الإرتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة، . كبناء يقيمة المستأجر في العين المؤجرة (64)

### ثانيا : هلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما

فجاء في نص نفس المادة السالف بأنه << :وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما>>

وقد إكتفى المشرع الجزائري بخصوص هذا السبب على هلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما ولم يتطرق لهلاك العقار المرتفق كما فعل المشرعان المصري والفرنسي.

ومعني هذا السبب أنه إذا هلك العقار المرتفق به هلاكا تاما، كأن يكون بناء فيتهدم أو يحترق، فينتهي حق الإرتفاق بزوال المحل، فإذا جدد البناء عاد حق الإرتفاق ما لم يكن قد إنتهى بعدم الإستغلال. ومثل الهلاك يكون نزع الملكية للمنفعة العامة فينتهي حق الإرتفاق، لكن يتقاضى صاحب حق الإرتفاق التعويض .

وكذلك ينتهي حق الإرتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما بنفس الطريقة (65)

وكان يستلزم على المشرع الجزائري إضافة هذا الجانب ذلك لأن حق الإرتفاق يفترض وجود عقارين، عقارا مرتفقا به وعقارا مرتفقا، فإذا هلك أحدهما إنتهى حق الإرتفاق.

### ثالثا : اتحاد الذمة

فقد جاء في نفس المادة 878 من القانون المدني أنه << :أو بإجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق

في يد مالك واحد، ويعود حق الإرتفاق إذا زال إجتماع العقارين.>>

إن غاية هذا السبب للإقضاء هو القاعدة المعروفة : أنه لا يكون للإنسان حق إرتفاق على شيء يملكه، وأنه من خصائص حق الإرتفاق أنه لا يقوم حق إرتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد، وحالة إجتماع العقارين في يد مالك واحد بأن تنتقل ملكية العقار المرتفق إلى مالك العقار المرتفق به بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو العكس، أو يتملك أجنبي هذين العقارين أو بأن يتخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من إلتزام عيني يقع عليه، فتنقل ملكيته لمالك العقار المرتفق، ففي كل هذه الحالات ينتهي حق الإرتفاق لإتحاد الذمة في شخص مالك العقارين.

لكن الأمر ليس نهائي فقد يزول إتحاد الذمة فيعود الإرتفاق ويجب التمييز بين حالتين:

<sup>64</sup> عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص( 1001

<sup>65</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ص( 1391

أ (إذا كان لسبب الانفصال أثر رجعي، كأن يشتري مالك أحد العقارين العقار الآخر، ثم فسخ عقد البيع، فيكون للفسخ أثر رجعي، فيعتبر البيع كأن لم يكن، فيعود حق الارتفاق إذ يعتبر كأنه لم ينته أبداً.

ب (إذا لزوال إتحاد الذمة بدون أثر رجعي، فإن حق الارتفاق لا يعود كما في الفصل الأول، ومثاله : أن يشتري مالك أحد العقارين عقار آخر ثم يبيع أحدهما، حيث بقي ما ترتب عن البيع الأول من إنتهاء الارتفاق بإتحاد الذمة، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن إنتهى.

وقد يحصل أن ينشأ بيع أحد العقارين حق إرتفاق بتخصيص المالك الأصلي كما في القانون المدني وتوافر شروطه، غير أن الفقهاء لا يعتبرون ذلك أنه بصدد عودة الارتفاق الذي إنتهى بإتحاد الذمة بل بصدد إرتفاق جديد<sup>(66)</sup>

#### رابعا : عدم استعمال حق الارتفاق مدة معينة) التقادم المسقط

نصت على هذا السبب المادة 879 من القانون المدني، ونشير إبتداءا إلى الفقرة الأولى منها << : ينتهي حق الارتفاق بعدم إستعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة إذا كان الارتفاق مقرا لمصلحة مال مورث تابع لعائلة، وكما يسقط الارتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن

يعدل من الكيفية التي يستعمل بها.>>... فحق الارتفاق إذا ينقضي بعدم الإستعمال المدة القانونية، وقد إفترض القانون في ذلك أن مالك العقار المرتفق قد نزل عن حقه ببقائه زمنا طويلا من غير أن يستعمله. والمقصود هنا هو التقادم المسقط الذي يترتب عليه إنتهاء حق الارتفاق، وذلك وفقا لقاعدة عامة قررتها مختلف القوانين بما فيها القانون الجزائري والمطبقة على جميع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية أنها كلها تنتهي بعدم الإستعمال، أي تنقضي بالتقادم المسقط، وبذلك فإن هذه الحقوق تختلف عن حق الملكية الذي لا يسقط بعدم الإستعمال، ويسمى سبب الإنقضاء هنا بعدم الإستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الإنتفاع، أما إذا كان يتعلق بإسقاط الحقوق الشخصية فإنه يسمى بالتقادم المسقط<sup>(67)</sup>

وإن سقوط حق الارتفاق بعدم الإستعمال يرد بالنسبة لكافة أنواع حقوق الارتفاق في القانون الجزائري، فسواء كانت مستمرة أو غير مستمرة، ظاهرة أم خفية، إيجابية أو سلبية، كلها تزول بعدم الاستعمال، وذلك خلافا للتقادم المكسب لحق الارتفاق الذي لا يكون إلا بالنسبة إلى حقوق الارتفاق الظاهرة كما تقدم.

#### أ (مدة التقادم المسقط:

هي في القانون الفرنسي محددة بثلاثين سنة لإنقضاء حق الارتفاق بعدم الإستعمال.

أما في القانون الجزائري فزوال حق الارتفاق بالتقادم المسقط مدته عشر سنوات ( 10 بخلاف القانون المصري الذي جعلها ( 15 ) خمسة عشر سنة ) .

<sup>66</sup> عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص( 1009

<sup>67</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ص( 1395

أما إذا كان الإرتفاق مقرر لمصلحة مال مورث تابع لعائلة، فإن مدة التقادم المسقط لزوال حق الإرتفاق هي ثلاثة وثلاثين سنة في القانون المدني الجزائري، وهي نفسها في القانون المصري.

### ب) وقت بدأ سريان مدة التقادم المسقط:

يختلف باختلاف نوع الإرتفاق، فالإرتفاقات الظاهرة يبدأ حسابها من وقت إتيان أي عمل إيجابي، يخالف لحق الإرتفاق وفي غير المستمر منذ آخر عمل إنقطع بعده صاحبه عن إستعمال حقه في الإرتفاق. فمثلا في الإرتفاق بعدم البناء يبدأ سريان المدة من الوقت الذي يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به بإقامة بناء في عقاره، فيستوي أن يكون العمل المتعارض مع حق الإرتفاق قد قام به صاحب العقار المرتفق به، أو قام به الغير، أو وقع بقوة قاهرة

### ج) (التقادم المسقط الجزئي لحق الإرتفاق) سقوطه جزئيا: )

حيث جاء في الشطر الأخير من نص المادة 879 من القانون المدني على << : ... وكما يسقط حق الإرتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها. >> ... ذلك أن عدم الإستعمال الجزئي لحق الإرتفاق ينقص من نطاقه بالقدر الذي لم يستعمل فيه إذا تواصل الإستعمال الجزئي مدة 10 سنوات، فبعد مضي المدة لا يجوز العودة لإستعمال حق الإرتفاق بحدوده الكاملة في الأصل، فإذا كان الإرتفاق بالمطل يمنح الحق لصاحبه فتح ثلاث نوافذ على ملك الجار، لكن صاحبه إقتصر على فتح نافذتين فقط ومضى على هذا الوضع 10 سنوات، فلا يجوز له بعد ذلك أن يفتح نافذة أخرى كما كان مقررا أصلا.

وإن الفقرة السابقة جاءت مطلقة كما في القانون الفرنسي ولا يفرق بين الإرتفاقات المستمرة و الغير مستمرة، غير أن المحاكم الفرنسية لا تطبقها، إلا على الإرتفاقات المستمرة، كما في الإرتفاق بالمطل السالف. أما الإرتفاقات الغير المستمرة، ميزت بين فرضين:

أن يكون صاحب الإرتفاق بإختياره وفقا لحاجته، كما إذا كان له حق المرور راجلا أو راكبا، فظل صاحبه راجلا مدة 10 سنوات دون أن تقتضي حاجته للمرور راكبا، هنا حق الإرتفاق يظل بكامل حدوده دون إنقاص. لكن إذا وجد عائق مادي يحول دون إستعمال حق الإرتفاق بكامل حوده، كما إذا أصبح يتعذر المرور راكبا بسبب تضيق الطريق، فاضطر صاحب حق المرور الإقتصار على المرور راجلا ولمدة ( 10 ) عشر سنوات، فحق المرور أي نطاق الحق ينقص بسبب عدم الإستعمال الجزئي وإن هاته التفرقة يؤديها كل من الفقه . والقضاء (68)

<sup>68</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص( 268

## د (إنقطاع و وقف التقادم المسقط :

تضمنت الفقرة 2 من المادة 879 من القانون المدني الإشارة لهاته الأحكام كما يلي <<... >> : وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع، فإنقطاع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقيين. >>..

فإن إنقطاع التقادم يكون بمعاودة الإستعمال، وعموما فإنه ينقطع ويقف سريانه بالأسباب ذاتها التي تسري على التقادم المسقط للديون.

وليس من اللازم أن يستعمل مالك العقار المرتفق حقه بنفسه ليمنع إنقضاء الإرتفاق (69)

### /\* بعض تطبيقات القانون الجزائري لوقف وإنقطاع التقادم:

1. تطبيق الإنقطاع : من خلال المادة السالفة يتبين هذا التطبيق هو أن إستعمال الإرتفاق بواسطة أحد الشركاء في الملك، يحفظ حق الإرتفاق للعقار نفسه، وبالتالي لسائر من لهم حق فيه، فإذا كان العقار المرتفق شائعا بين شركاء متعددين، فإن بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقيين منتفعا بحق الإرتفاق، لا يجعل المدة تسري في حقه بدهاءة ويقطع في الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقيين فقطع أحد الشركاء التقادم يفيد الباقيين فيقطعه بالنسبة إليهم.

2. تطبيق الوقف : فحسب ما ورد بآخر الفقرة 2 من المادة أعلاه، فبالنسبة للوقف تنطبق عليه نفس أحكام الإنقطاع، فإذا وجد بين الشركاء قاصر ليس له ممثل، فإن التقادم يوقف بالنسبة له ويوقف بالنسبة للآخرين.

### خامسا : إستحالة إستعمال حق الإرتفاق

لقد جاء نص المادة 880 من القانون المدني بما يلي << : ينتهي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال الحق، إلا أن يكون قد إنتهى بعدم الإستعمال. >>

وإن هذه الإستحالة تنشأ بسبب تغيير الوضع المادي للأشياء، سواء حدث هذا التغيير في العقار المرتفق أو في العقار المرتفق به، كأن يكون هناك إرتفاق بالمطل، ثم ينهدم المنزل المرتفق ويصبح معها غير مشتمل على مطلات، فيصير إستعمال حق الإرتفاق بالمطل مستحيلا أو إرتفاق بالمرور ثم يجبس العقار المرتفق ويصبح لا يمكن الوصول منه للطريق العام فينقضي الإرتفاق لإستحالة إستعماله.

والإستحالة هي الإستحالة المطلقة، فلا يكفي أن يكون من شأن ذلك التغيير في الوضع المادي للأشياء أن يصبح الإرتفاق أكثر مشقة، وتحقق الإستحالة أيا كان سبب نشوئها، فيستوي أن ترجع لقوة قاهرة، أو لفعل صاحب العقار المرتفق أو العقار المرتفق به أو لفعل الغير.

<sup>69</sup> عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج ص (1398)

فتحقق الإستحالة، يعني قيام مانع مادي يحول وإستعمال حق الإرتفاق، لكن الحق ذاته يبقى والتغيير الوارد بالمادة بأنه.. << : ينتهي حق الإرتفاق.>>

لأن الصحيح أن حق الإرتفاق لا ينتهي بإستحالة الإستعمال، بل يوقف إستعماله إلى أن تزول هذه الإستحالة. وهو ما نصت عليه المادة في شطرها الثاني أنه << : إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال الحق .>>..

فيمكن إستعمال حق الإرتفاق من جدي إذا زال المانع المادة بعودة الأشياء لوضعها السابق ، والنص لا يجتم أن تعود إلى الوضع الأصلي تماما بل أن تعود إلى وضع يمكن معه إستعمال حق الإرتفاق مع مراعاة أن لا يكون هذا الإستعمال أكثر مشقة.

وقد جاء بأخر المادة 880 أنه << : إلا أن يكون قد إنتهى بعدم الإستعمال>> وتعني أنه إذا ظلت إستحالة الإستعمال قائمة مدة 10 سنوات، فإن الإرتفاق ينتهي فلا يمكن أن يعود حتى لو عادت الأشياء لوضع يمكن معه إستعماله، وفي هاته الحالة لا يتم إنتهاء حق الإرتفاق بسبب إستحالة إستعماله، بل بسبب عدم الإستعمال) أي التقادم المسقط (المادة 879 من القانون المدني.

#### سادسا: زوال فائدة الإرتفاق

حسب ما تضمنه نص المادة 881 من القانون المدني كما يلي << : يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبقى له سوى فائدة محدودة، لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.>>

يخلص من النص أن حق الإرتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة منه للعقار المرتفق، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب إطلاقا مع العيب الذي يلقيه على العقار المرتفق به، ومثاله حق المرور وتفتح للعقار سبل أخرى على الطريق العام أقرب وأيسر، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يطلب تحرير عقاره من حق الإرتفاق ودون موافقة مالك العقار المرتفق وقاضي الموضوع هو من يقدر إنعدام الفائدة أو مدى نقصانها، وله أن يحكم بتعويض مناسب لصاحب العقار المرتفق.

ويعتبر ذلك تطبيقا لقاعدة التعسف في إستعمال الحق، إذا وازن المشرع بين مصلحة صاحب العقار المرتفق ، إنعدمت منفعته أو أصبحت ضئيلة، ومصلحة صاحب العقار المرتفق به في زوال الإرتفاق الذي يحمل عقاره بعيب ثقيل، فتم ترجيح مصلحة، هذا الأخير لأنها تفوق الاولى لحد ينعدم التناسب بينهما (70).

<sup>70</sup> عبد المنعم فرج الصدة : المرجع نفسه، ص 1010 وما يليها

الخاتمة

## الخاتمة

من خلال بحثنا هذا، وبالنظر إلى الإشكالية والأسئلة التي طرحناها في بدايته نصل إلى بعض الاستنتاجات المهمة التي وقفنا عليها خلال مختلف مراحل الدراسة.

أنه نظرا للوظيفة الاجتماعية التي أصبحت تعرف بها الملكية نتيجة التطورات فباتت القوانين تتدخل لوضع قيود وضوابط في شكل التزامات عينية.

هذا ورغم أن الفقه الإسلامي كان قد عرف فكرة الالتزام العيني منذ زمان ونادى بها تحقيقا للمصلحة العامة ولسلامة المجتمع بمنع وقوع الضرر واعتبر فقهاءه الالتزامات والارتفاقات كقيود على الملكية.

وإن المشرع الوضعي عليه أن يعيد النظر في أحكام الارتفاق، إذ أصبحت غير مرغوب فيها لكونها جاءت كحد لإطلاق سلطات المالك وكاستثناء لمضايقة حرته.

ولأجل ذلك توصلنا في دراستنا إلى بعض النتائج:

أولا : القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية باعتبارها تحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر، مما يزيد من التقارب بينها وبين حقوق الارتفاق الذي يعرف بنفس الشكل، كما أنها التزامات عينية يجب إخضاعها لأحكام هذا الالتزام.

أما أوجه الاختلاف عن حق الارتفاق ترجع لكون هذا الحق يتقرر على عقار وفائدة عقار آخر، فيخرج بكلا العقارين المرتفق والمرتفق به عن النظام المؤلف لحق الملكية.

أما القيود الواردة على الملكية، فهي تدخل ضمن النظام المؤلف المفروض قانونا، اقتضاء المصلحة عامة أو خاصة كقيود الجوار، الري، الصرف، وضع الحدود، حق المرور.

ثانيا: انتهينا أيضا أن بعض الالتزامات يمكن تحويلها سواء العينية أو الشخصية كما اتجه إليه القضاء، الفرنسي وذلك عندما تشكل ارتفاقا فعليا، أو تعد من ملحقات حق الارتفاق، أو كالتزامات سلبية تختلط مع حق الارتفاق وتندمج معه كالتزامات عينية بإعتبارها امتدادا للحق العيني أو من ملحقاته.

ثالثا: توصلنا أيضا إلى تطبيقين هامين بصددهما يمكن تحويل التزاماتهما أو التكاليف التي تفرض إلى حق إرتفاق أو فيما معناه وهما:

أ /التزام الشريك في الملكية المشتركة : إذ يفقد حقه لينتقل إلى الجماعة، وتقوم عليه مجموعة التزامات مشتركة وقيود سلبية) كالتزام بعدم القسمة - الالتزام بالصيانة - الإلتزام بعدم المساس بحقوق الملاك المجاورين.

وإن هذه القيود والإلتزامات تعتبر عينية، ومن ثم يمكن تحويلها إلى ارتفاعات تحقيقا للمصلحة الجماعية لأن محلها هو العقار كما هو محل حق الإرتفاق، ويمكن إدراجها في نظام الملكية المشتركة في شكل ارتفاعات لتكون ملزمة للجميع بشرط احترام شروط شكلية هامة خاصة الشهر لإمكان الإحتجاج بها.

ب / الإلتزام بعدم المنافسة في التصرف بالمحل التجاري:

لم تكن من دراسة هذا الإلتزام الدخول في متاهات موضوع المحل التجاري، بل لإبراز مدى خصوصيته، لأن المحل التجاري هنا هو الشيء الذي يرد عليه هذا الإلتزام، وإن القواعد التي تحكمه هي قواعد خاصة يتطلب المشرع فيها الشكلية وكذا الإعلان أو الإشهار كما يتطلبه في العقار.

كما أن الإلتزام بعدم المنافسة باعتباره وارد على المحل التجاري ، فإن غايته هي الحد من منفعة محل تجاري لفائدة محل تجاري آخر، وهو نفس تعريف الإرتفاق.

فإذا لم يمكن تحويله إلى إرتفاق ذو الطبيعة والقواعد الخاصة المحددة فيمكن تحويله على الأقل إلى حق عيني من نوع خاص، كما نادى به القضاء الفرنسي خاصة، وكل ما يستلزم وهو ضرورة توافر الشروط الشكلية والشهر، وإلزام إدراجه كشرط في العقد حتى يكون حجة على الكافة وملزما لهم.

المراجع

## الكتب والرسائل:

### أ /باللغة العربية:

1. /أبو السعود رمضان : مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانونين المصري . واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، سنة2002
2. أبو غنيمة عبد العزيز عبد القادر : الالتزام العيني بين الشريعة والقانون، دار . النهضة العربية، الطبعة الأولى ، القاهرة ،1972
3. أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بدون سنة.
4. أحمد سلامة : الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة1980
5. أحمد محرز محمد : الحق في المنافسة المشروعة ، سنة1997
6. أحمد محرز محمد : القانون التجاري الجزائري، ج 01 ، د . م . ج الجزائر ط2 ، سنة1980
7. البارودي علي : مبادئ القانون التجاري والبحري، دار المطبوعات . الجامعية، الاسكندرية سنة1977
8. باشا عمر حمدي : نظام الملكية العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، سنة2001.
9. جوزيف نخلة سماحة :المزاخمة غير المشروعة( دراسة قانونية مقارنة، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى ، سنة1991
10. حمدان حسين عبد اللطيف : أحكام الشهر العقاري ، المكتبة القانونية، الدارالجامعية، بيروت.
11. دغوشي عبد الرحمن : حق الملكية والقيود القانونية التي ترد عليه في القانون . الجزائري، بحث لنيل الدراسات العليا، جامعة الجزائر، سنة1977
12. زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية علما وعملاء، المكتبة العصرية، صيدا،بيروت.
13. زهدي يكن : شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، الجزء الأول، دارالثقافة، الطبعة الثالثة، بيروت.
14. زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقدن رسالة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر، سنة1993.
15. زواوي فريدة : الحياة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني .مقارنا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، فيفري1987
16. سمير الشرفاوي : القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة، سنة1975
17. صداقي عمر : شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.
18. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، .أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة،1968
19. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق . الملكية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة1968

20. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968
21. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة 1954
22. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في مصادر الالتزام، مطبعة النهضة، مصر 1984
23. علي سليمان علي : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1990
24. عبد الناصر توفيق العطار : تمليك الشقق والطبقات، مطبعة السعادة، القاهرة، 1977
25. عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني. والمصري، دار النهضة العربية، بيروت سنة 1978
26. فؤاد ظاهر : حقوق الارتفاق في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2002
27. فضيل نادية : القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001
28. محمد حسين منصور : الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة. للنشر، الإسكندرية، سنة 2004
29. مصطفى كمال طه : القانون التجاري، الدار الجامعية، سنة 1988
30. محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد، شهر التصرفات. العقارية، العقد كسب لكسب الملكية، المطبعة العالمية، القاهرة، سنة 1949
31. محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الحقوق الأصلية المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، مصر ، سنة 1951.
32. مجلة الأحكام العدلية : المطبعة العثمانية، القسطنطينية، الطبعة الثانية 1305 هـ.
33. نبيل ابراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، سنة 2003
34. نزيه محمد الصادق : الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة.
35. النشار جمال خليل : تصرف الشريك في المال الشائع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999
36. وحيد الدين سوار محمد : شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مطبعة ألف باء، سنة 1969
37. وافي عبد الله : امتياز بائع المحل التجاري، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر سنة 1989

1. BERGEL Jean Louis, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti :  
Traité de Droit Civil (les Biens), LGDJ, Edition DELTA, Année  
2000, Paris, P 32.
2. BERGEL Jean Louis : Les Servitudes de Lotissement à Usage  
d'habitation Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,  
Paris, 1993.
3. HANSENNE Jacques & RENARD Claude : La Propriété des  
Choses et les Droits Réels Principaux, Volume III, Presse  
Universitaire, de Liège.
4. DEBEAURAIN Jean : in Juris Classeur «Civil» Servitude légale  
généralité, fascicule 30, Edition Technique, 5ème Année 1994.
5. J.M PARDESSUS : Traité des servitudes ou services foncières,  
Librairie de la cour de cassation, Paris.

#### المقالات والدوريات:

1. البارودي علي ،المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، مقال منشور في مجلة الحقوق، للبحوث القانونية  
والاقتصادية، العدد الثالث، السنة العاشرة 1960
2. عليوان راضية : بحث لنيل شهادة الماجستير تحت عنوان حق الانتفاع العيني العقاري في القانون  
الجزائري، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2001/2000.
3. مرسي باشا محمد كامل : قيود البناء الاتفاقية، هل تعتبر ارتفاعات أم التزامات شخصية ؟ بحث منشور  
في مجلة القانون والاقتصاد المصرية العدد الرابع، السنة التاسعة، 1939
4. محسن شفيق : المحل التجاري، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد .المصرية، العدد الثالث والرابع،  
السنة العاشرة، دار الطباعة المصرية 1940
5. موالك بختة : المادة 324 مكرر من القانون المدني، وتطبيقها على البيع العقاري، مقال منشور في المجلة  
الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية .والسياسية، جامعة الجزائر، 1993
6. نويري عبد العزيز : الشكلية وآثارها على التعاقد في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة  
الشرطة، 1988
7. الندوة الوطنية للقضاء العقاري الصادرة عن مديرية الشؤون المدنية لوزارة العدل، ديوان الأشغال التربوية  
1995
8. المجلة القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، ديوان الأشغال التربوية .: أ - سنة 1989 عدد 02  
سنة 1997 عدد 01 - سنة 1999 عدد 01
9. زواوي فريدة : مقال بعنوان ضرورة إعادة تسيير الملكية المشتركة م.ج.ع.ق الجزء 37 رقم 02 ، سنة  
1999

10. فيلاي علي : مقال بعنوان الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري م.ج.ع.ق، الجزء 42 رقم 02 ،  
سنة 2000
11. فيلاي علي : مقال بعنوان الشكلية في العقود م.ج.ع.ق الجزء 35 رقم 03 ، سنة 1997.
12. بلحاج العربي : مقال بعنوان حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، م.ج.ع.ق جزء 34 رقم 04 ، سنة  
1996

### القوانين والمراسيم:

1. الأمر رقم 58/ 75 مؤرخ في 20 /09/ 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
2. الأمر رقم 59/ 75 مؤرخ في 20 /09/ 1975 يتضمن القانون التجاري
3. الأمر رقم 74/ 75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل  
العقاري
4. الأمر رقم 06/ 95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة .
5. المرسوم التشريعي 03/ 93 المؤرخ في 03/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري
6. المرسوم 146/ 76 الصادر في 23/01/1976 المتضمن النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية  
ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء المعدل والمتمم
7. المرسوم رقم 83/ 666 المؤرخ في 12/11/1983 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير  
العمارات الجماعية.
8. المرسوم رقم 62/ 76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم  
بالمرسوم 84/ 400 المؤرخ في 24/12/1984.
9. المرسوم رقم 63/ 76 المؤرخ في 25 مارس 1996 المعدل والمتمم بالمرسوم 80-210 المؤرخ في 13  
سبتمبر 1980 .
10. المرسوم التنفيذي رقم 91/ 175 المؤرخ في 28 ماي 1991 المتعلق بالقواعد عامة للتهيئة والتعمير  
والبناء.
11. المرسوم التنفيذي رقم 94/ 69 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد الإيجار.

## الفهرس

1	المقدمة.....
5	الفصل الأول : في المفهوم العام لحق الارتفاق.....
5	المبحث الأول : ماهية حق الارتفاق.....
5	المطلب الأول : التعريف الفقهي .....
6	المطلب الثاني : التعريف القانوني لحق الارتفاق .....
9	المبحث الثاني : شروط وخصائص حق الارتفاق .....
9	المطلب الأول : شروط أو عناصر حق الارتفاق .....
11	المطلب الثاني : خصائص حق الارتفاق.....
14	المبحث الثالث : مميزات حق الارتفاق وتصنيفاته .....
14	المطلب الأول : القيود القانونية الواردة على الملكية وحق الارتفاق .....
19	المطلب الثاني : التمييز بين حق الارتفاق والحقوق الأخرى.....
22	المطلب الثالث : تصنيفات حقوق الارتفاق .....
27	الفصل الثاني : أحكام وآثار حق الارتفاق .....
28	المبحث الأول : أحكام حق الارتفاق .....
28	المطلب الأول : أسباب اكتساب ونشأة حق الارتفاق .....
31	الفرع الأول : التصرف القانوني .....
37	الفرع الثاني : التقادم المكسب.....
43	الفرع الثالث : التخصيص من المالك الأصلي.....
46	المطلب الثاني : استعمال حقوق الارتفاق .....
46	الفرع الأول : نطاق حق الارتفاق .....
47	الفرع الثاني : المركز القانوني لمالك العقار المرتفق .....
51	الفرع الثالث : مركز مالك العقار المرتفق به.....
55	الفرع الرابع : إمكانية تجزئة العقار المرتفق والمرتفق به .....
57	المبحث الثاني : الآثار المترتبة على قيام حق الارتفاق) نفاذه وانتهائه.....
57	المطلب الأول : كيفية نفاذ حق الارتفاق .....
57	الفرع الأول : انتقال حق الارتفاق بالشهر .....

59.....	الفرع الثاني : آثار الشهر
62.....	المطلب الثاني : أسباب انقضاء حقوق الارتفاق
62.....	الفرع الاول : انقضاء حقوق الارتفاق بالأجل المحدد
63.....	الفرع الثاني : انقضاء حقوق الارتفاق بهلاك العقار
64.....	الفرع الثالث : انقضاء حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال لمدة معينة
66.....	الفرع الرابع : استحالة استعمال حق الارتفاق و زوال فائدته
69.....	الخاتمة
72.....	المراجع
76.....	الفهرس