

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

ان دراسة نظرية التعسف في استعمال حق الملكية و بعد التعرض لإطارها النظري لا يكتمل دون التعرض لأحكام هذه الاخيرة ، ولقد حاولنا من خلال هذا البحث الموازنة بين احكام التعسف في استعمال الملكية وذلك من خلال التعرض لمجال تطبيق هذه النظرية مقتصرين في ذلك على اهم التطبيقات والتي جاء بها القانون المدني والمتمثلة في مضار الجوار غير المألوفة وقيود الارتفاق على اعتبار ان الاول من هاذين ناتج عن حق عيني هو حق الملكية الذي استفضنا في تبيان احكامه في الفصل الاول و ان الثاني في حد ذاته هو حق عيني يكون قيذا على عقار لخدمة عقار اخر ، وعليه فأن الاحكام العامة والمبادئ التي سبق التعرض اليها تكون مجردة وعقيمة ان لم تجد لها مجال تطبيق وهو ماتكفلت به مواد القانون المدني التي سنعالجها من خلال هذا الفصل في المبحث الأول .

كما ان القانون وباعتبار قواعده قواعد مجردة فانها تبقى دون حيوية تذكر دون الية الاجراءات وهذه الاخيرة كمكنة قانونية لا تتحرك الا في نطاق نزاع جدي امام العدالة بغية الوصول الى حماية فعالة للحقوق وعليه تعتبر المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية في مجال احد التطبيقات التي سنتناولها او غيرها الالية الوحيدة لحماية حقوق الافراد من بعضهم البعض سواء كان بسبب اعتداء ينطوي على سوء نية او قصد الاضرار و سواء كان بغية تحقيق مصالح غير مشروعة او غير متوازنة مع الاضرار الحاصلة .

وانطلاقا من ذلك سنتعرض من خلال هذا الفصل الى تطبيقات التعسف في استعمال الملكية في القانون المدني الجزائري من خلال المبحث الاول ثم .نتطرق بعدها للحماية القانونية من التعسف في استعمال الملكية من خلال المبحث الثاني .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

المبحث الأول: تطبيقات التعسف في استعمال الملكية في القانون المدني الجزائري.

ان مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق خصب جدا وتعتبر الملكية التي هي اوسع الحقوق اهم هذه المجالات على الاطلاق ، فيمكن القول ان بإمكانية وجود التعسف كلما وجدت الملكية فهما متناظران ووجود احدهما يقود للأخر وعليه لا يمكن حصر تطبيقات التعسف في مجال الملكية في اطار دراسة كالتى نحن بصددنا الان لذا فقد اقتصرنا لدراسة هذه التطبيقات في تلك التي نظمها القانون المدني¹ وتناول احكامها والتي وجدناها تتمثل في مضار الجوار غير المألوفة والتي سنعرض لها في المطلب الاول ، وقيود او حقوق الارتفاق والتي خصصنا لها المطلب الثاني .

❖ المطلب الأول: مضار الجوار الغير المألوفة.

➤ الفرع الأول : مفهوم مضار الجوار غير المألوفة.

➤ الفرع الثاني: أساس نظرية مضار الجوار غير المألوفة .

❖ المطلب الثاني : قيود الارتفاق

➤ الفرع الاول : القيود المتعلقة بالعقارات

➤ الفرع الثاني : القيود المتعلقة بالمياه

¹ - جاء قانون التوجيه العقاري بدفعة جديدة في مجال الاستثمار الفلاحي، ومن أهم أهدافه الأساسية مساهمة الدولة بكافة الوسائل المتاحة من أجل إعادة احياء المستثمرات وتنشيطها من خلال توفير الوسائل المادية والتقنية اللازمة ومتابعة الفلاحين الجدد ودعمهم وتصفية كافة المسائل المتعلقة بالعقار¹، بالإضافة الى ضمان استغلال الاراضي الفلاحية اذ ان المشرع بموجب المادة 48 منه قيد صاحب الارض أو المستثمر وجعل من عدم استغلال الأرض لموسم كامل فعلا تعسفيا.

انظر في ذلك : حاشي أمعر الأزهر: اشكالية العقار الفلاحي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر3، 2011، ص118.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

❖ **المطلب الأول: مضار الجوار الغير المألوفة.**

تفرض ظروف الحياة المشتركة على الجيران احترام بعضهم البعض واحترام ما قد يلحق بهم من أضرار ناشئة عن علاقات الجوار مادام انها من قبيل أضرار عادية و قد جرى التعبير عن هذه الالتزامات بما يعرف بالالتزامات الجوار¹.

وان كان الضرر الناشئ عن استعمال المالك لملكه شيء لا مفر منه فانه يجب أن يلحق بالجوار ضررا عاديا يمكن تفاديه و تحمله في الظروف العادية و هذا هو الضرر المألوف اما ان تجاوز الحد الطبيعي فانه يتحول الى ضرر غير مألوف يستوجب التعويض والضمان لمن لحق به الضرر وقد تعرضت لهذا النوع من المسؤولية عن الاضرار اغلب التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري وبين احكامه وهو ما سنعترض اليه من خلال هذا المطلب .

➤ **الفرع الأول : مفهوم مضار الجوار غير المألوفة.**

لقد أقر المشرع الجزائري في المادة 691 ق.م.ج مبدأ هاما جعله قيذا على الملكية الخاصة ألا وهو الضرر الغير المألوف مما يقتضي البحث في مفهومه و ضوابطه خاصة وان المشرع لم يحدد مفهومه مكتفيا بذكر ضوابط تحديده .

✓ **أولا : مدلول مضار الجوار غير المألوفة.**

1 - معنى الجوار.

مصطلح الجوار من بين اكبر المصطلحات التي تناولها الفقه بالتعريف نظرا لأهمية التجاور في الحياة الاجتماعية كما حاول الفقه كذلك تبيان انواعه ونطاقه .

¹ - عبير عبد الله احمد درباس : المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014 ص 9 .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

1 - 1 - تعريف الجوار.

1 - 1 - 1 - لغة : الجار المجاور والذي أجرته من أن يظلم و الشريك في التجارة و زوج المرأة و هي جارته و المقاسم وما قرب من المنازل و الحليف و الناصر، جيرة و جيران و أجوار و جاوره مجاورة و جوار وهي الإعتكاف في المسجد¹

1 - 1 - 2 - اصطلاحا : اذا كان من الصعب تحقيق نطاق الجوار إلا انه يمكن تعريفه من الناحية الاصطلاحية على النحو التالي : ذاك النطاق او حيز المكاني او الجغرافي الذي يتجاور فيه الاشخاص او الاموال اي كانت سواء كانت متلاصقة او غير متلاصقة و الذي يتحدد بالمدى الذي يمكن ان يصل اليه اذى الانشطة المجاورة والذي يختلف تبعا لذلك من حالة الى اخرى بحسب الانشطة².

1 - 1 - 3 - فقها : لم يتناول المشرع الجزائري على غرار كل التشريعات الأخرى مفهوم الجوار و اكتفى بذكر الالتزامات القانونية الواردة عليه أما من الناحية الفقهية فقد حاول الفقهاء اعطاء تعريف لعلاقة الجوار من خلال تحديد ضوابط معينة حيث يعرف الجوار على أنه : "علاقة تقوم بين أشخاص تنشئ حقوقا و التزامات تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية لعدم و جود اتفاق بينهم ينظم هذه العلاقة³.

1 - 2 - أنواع الجوار.

يتفق الفقه في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية على وجود نوعين من الجوار.

¹ - مجد الدين الفيروزابادي : المرجع السابق ، ص 369

² - سليمي الهادي و شهيدة القادي : " احكام الضرر ضمن اليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري " مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد السابع العدد الثاني 2014 ص 91

³ - كمال محمد الامين : الاختصاص القضائي في مادة التعمير والبناء ، اطروحة دكتوراه في القانون العام ، جامعة تلمسان 2016 ، ص 230

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

1 - 2 - 1 - الجوار العلوي:

وهو ما يطلق عليه بحق التعلية ويكون في العقارات التي تتكون من أكثر من طابق و هذا الجوار أقوى من الجوار الجانبي نظرا لتعلق حق كل من الجارين بملك آخر و انتفاع كل منهما بملك الآخر أو ما يطلق عليه بالملكية المشتركة المنصوص عليه في المادة 743 ق م ج¹

1 - 2 - 2 - الجوار الجانبي :

ويتحقق هذا في العقارات المتلاصقة و قد اختلف بشأنه من حيث مدى منع المالك من التصرف في ملك بطريقة تضر بملك الجار² .

1 - 3 - 1 - نطاق الجار.

ان تحديد مصطلح الجار له أهمية بالغة سواء كان هو الطرف المتضرر أو المتسبب في الضرر ، لذا وجب تحديد مدلول الجوار وللذي يتحدد أما من حيث الأموال أو العقارات أو من حيث الأشخاص .

1 - 3 - 1 - من حيث الأموال:

اتفق الفقه و القضاء على ان التلاصق ليس شرطا لتحقيق الجوار والقول بوجود مضار الجوار الغير المألوفة فالتجاوز وحده كافي لإضفاء صفة الجوار على المضايقات ، وعليه استبعد كلا من الفقه والقضاء المفهوم الضيق للجوار و اعتمدوا على المفهوم الواسع الذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل فيه ضرر الأنشطة³ .

إلا أن الفقه اختلف حول نطاق الجوار ، و هل يشمل العقارات فقط او انه يشمل كلا من العقار و منقول .

¹ - بولقواس سارة : جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة ، رسالة ماجستير ، جامعة باتنة، 2014 ، ص 06

² - سليمي الهادي و شهيدة القادي : المقال السابق ، ص 93

³ - بولقواس سارة : الرسالة السابقة ، ص 10

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

• **الاتجاه الأول :** والذي يرى أن بأن الجوار قاصر على العقار دون المنقول على اساس ان العقار يتميز بالثبات و بذلك ينشئ حالة دائمة بين الجيران مما يستوجب وضع قيود على هؤلاء حتى لا يتسببوا في الاضرار ببعضهم كما يمكن الاخذ بمسؤولية مالك العقار بالتخصيص في بعض الحالات اذا لحق ضرر بالجار¹ .

• **الاتجاه الثاني :** يرى ان الجوار لا يقتصر على العقارات فقط بل يمتد ليشمل المنقولات لو كان ظاهر النص يبدوا انه ينطبق على العقارات فقط² .

و نية الفقه واضحة من خلال هذا الاتجاه لأنه يتماشى مع روح التشريع و الحكمة التي توخاها المشرع من خلال تقرير مبدأ المسؤولية عن مزار الجوار الغير المألوفة.

1 - 3 - 2 - من حيث الأشخاص:

حسب الاتجاه الحديث للفقه لم يعد المفهوم القانوني للجار يرتبط بفكرة الملكية بل يكفي ان يشغل الشخص عينا معينة ، فصفة المالك لم تعد ضرورية لقيام المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة بل يمكن أن يتعداه إلى المستأجرين أو الشاغلين بصفات مختلفة و حتى الأقارب و الزوار³ .

و عليه فالصفة اللازمة هي توافر صفة الجوار بغض النظر عن المالك وهذا أيضا تبيان للمفهوم الواسع لمفهوم الجوار من حيث الأشخاص في حين يبقى المعيار الأساسي هو عدم مألوفية الضرر .

2 - مفهوم الضرر غير المألوف.

إن مناط قيام المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة هو تحديد هذا الضرر غير المألوف لذا وجب تبيينه و محاولة إعطاء وصف دقيق له .

خاصة وأن المشرع الجزائري وعلى غرار أغلب التشريعات لم يضبط مفهوم الضرر غير المألوف مكتفيا بإعطاء الحق للجار بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه

¹ - زرة عواطف : مسؤولية مالك العقار عن مزار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه ، جامعة باتنة، 2013 ، ص 44

² - مراد محمود حيدر : التكييف الشرعي القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مزار الجوار غير المألوفة ، دط ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 2009 ، ص 108

³ - زرة عواطف : مسؤولية مالك العقار عن مزار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري : الاطروحة السابقة ، ص 46

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

إذا تجاوزت الحد المألوف ومن ثم كان واجب أن نتعرض إلى مفهوم الضرر المألوف ثم تبيان الضرر الفاحش أو غير المألوف .

2 - 1 - الضرر المألوف

يمكن تعريف الأضرار المألوفة بأنها تلك الأضرار التي تكون في نطاق العادة في وقت معين وفي مكان معين ويمكن للجار تلافيها.

كما تعرف أيضا على أنها " الضرر الذي من المعتاد أن يتحملة الجيران في منطقة معينة ووقت معين " ¹.

يلاحظ من خلال هاذين التعريفين أنهما تعرفان المضار على أساس الضرر في حين أن الضرر يعرف بأنه الأذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لأنه يمس حق من الحقوق أو مصلحة مشروعة سواء كان هذا الحق أو تلك المصلحة مادية أو معنوية ². فالضرر إذا يكون نتيجة مضار أو مضايقات يتسبب بها الجار فالمضار هي سبب وقوع الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لها، و ليس للمصطلحين نفس المعنى.

2 - 2 - الضرر غير المألوف :

يمكن تعريف الضرر غير المألوف بأنه "ما يترتب عليه وهن البناء أو هدمه حتى لا يستطيع معه الجار الانتفاع بداره" ³.

كما عرف بأنه " الضرر الذي جاوز المضار العادية للجوار " كما حاول الفقه المدني العراقي إعطاء تعريف له كالتالي " ما يمنع الجار من الانتفاع بالمنافع الرئيسية لملكه " وعليه يمكن إعطاء التعريف التالي للضرر الفاحش أو غير المألوف ⁴ " هو ذلك

¹ - بولقواس سارة : الرسالة السابقة ، ص 20.

² - محمد بن عبد العزيز ابو عباة : التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي وعلاقته بتعويض اضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي ، رسالة ماجستير ، جامعة نايف العربية الرياض 2011 ، ص 46 .

³ - سليمي الهادي وشهيدة قادي : المقال السابق ، ص 94.

⁴ - من ناحية اطلاق التسمية يعتبر المشرع العراقي الوحيد الذي استعمل مصطلح الضرر الفاحش في حين استخدمت التقنيات العربية الاخرى مصطلح الضرر غير المألوف.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

الضرر الذي يتجاوز الحد المعهود فيما يتحملة الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار" ¹.

وقد سائر المشرع الجزائري في المادة 691 من القانون المدني الجزائري أغلب التشريعات في عدم تعريفه للضرر غير المألوف وذلك بنصه على ".....وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف " .

قد اكتفى المشرع ببيان معايير تحديد تجاوز هذا الحد المألوف والتي سنبينها في العنصر التالي ونحن نرى بصواب ما فعله المشرع إذ أحسن بتبيان المعايير حتى يدع للقاضي السلطة التقديرية في تحديد عدم مألوفية الضرر تاركا مهمة التعريف للفقهاء .

✓ **ثانيا : تحقق الضرر غير المألوف.**

1 - ضوابط تحديد الضرر غير المألوف.

يستأنس القاضي في تقدير عدم مألوفية الضرر أثناء نظره في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة بعدة معايير أو ضوابط قانونية نص عليها المشرع في المادة 691 بنصه ".....وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له " .

ومنه سنتعرض لهذه الضوابط معتمدين على الجانب الموضوعي والشخصي لهذه المعايير.

1 - 1 - المعيار الموضوعي.

وهي مجموعة الضوابط التي حددها التشريع والفقهاء والتي تتعلق بالضرر بحد ذاته أو بالظروف التي تحيط به بعيدا عن شخص الطرف المتضرر.

¹ - حوراء عزيز جبير الموسوي : " ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار "، مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء ، السنة الرابعة العدد الاول 2012 ، ص 203.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

1 - 1 - 1 - العرف .

العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته للطباع السليمة بالقبول¹ فالعرف إذن عادة مألوفة استقرت في نفوس أهل بلد ما و جرى العمل على الزاميتها .

فعلى المتجاورين أن يتحملوا الأضرار المتأتية من مجاورتهم إذا كان عرف البلد و عاداته تقضي بذلك فالأفراح والمآتم والأعياد و ما تحمله من عادات كلها يألفها الناس و يقرها العرف و الجار عليه تحملها من غير الاحتجاج على جاره أو مقاضاته² .

و يختلف العرف بالنظر إلى ظروف الزمان والمكان فمن حيث ظروف الزمان يختلف تقدير الضرر من كونه فاحشا أو متسامحا فيه فيختلف التقدير من الليل الى النهار . ومن فصل الى آخر فكل ما يعكر هدوء الليل يعد ضررا فاحشا ، وكل ما يحدث في أوقات الصباح الباكر ويكون متسامحا فيه قد ينقلب الى ضرر فاحش في أوقات الظهر ، ونفس المبدأ بالنسبة للفصول فما يعد متسامحا فيه في الصيف يكون ضررا غير مألوف في فصل الشتاء³ .

وأما عن ظروف المكان فما يعد متسامحا فيه في مكان ما يعتبر ضررا فاحشا في مكان آخر ، فأهل المدينة مثلا من حيث عاداتهم وتقاليدهم وحتى نمط بناءهم وعيشهم يختلف عن مثيله لدى أهل الأرياف ، وعليه فما يعتبره أهل المدن ضررا مألوفاً يمكن تحمله يكون في نظر أهل الأرياف غير مألوف يرتب مسؤولية المتسبب فيه ، والعكس صحيح .

1 - 1 - 2 - طبيعة العقارات:

من بين أحد المعايير التي يسترشد بها القاضي في تحديد قيمة الضرر الفاحش ووجوده من عدمه هي طبيعة العقارات ، فالعقار يختلف بطبيعته باختلاف الغرض الذي

¹ - احمد فهمي ابو سنة : العرف والعادة في رأي الفقهاء ، دط مطبعة الازهر مصر ، 1947 ، ص 07

² - نصير صبار لفته : التعويض العيني ، مذكرة ماجستير ، جامعة النهريين 2001 ، ص 201

³ - حوراء عزيز جبير الموسوي: المقال السابق، ص 204.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

انشأ من أجله ، فنجد العقار الحضري ، الفلاحي ، الصناعي ، الاجتماعي ، الصحي وغيرها من الأنشطة التي يقوم بها الفرد يوميا وتتحكم في العقارات التي يبنيتها.

وتبعاً لذلك فمضار الجوار المألوفة التي يمكن عادة تحملها تختلف من عقار الى آخر، فالأنشطة التي تكون في المصانع والمقالع تعد مألوفة وأكثرها يقال عنها أنها طبيعية غير أنها تعد صخبا وإزعاجا كبيرا بالنسبة للتجمعات الحضرية أو بالنسبة للمستشفيات والمدارس ، وعليه فإننا نلاحظ أنه في مخططات وأدوات التعمير تراعى مثل هذه الظروف والقيود .

1 - 1 - 3 - موقع كل عقار بالنسبة للآخر:

ان لموقع العقار بالنسبة للعقار الآخر أهمية كبرى في تحديد علاقات وموجبات الجوار تبعا لحالة موقع كل عقار من العقار الآخر ، وهذا الوضع يقتضي من صاحب الوطيفة¹ بحكم طبيعة هذا الموقع أن يتحمل من العلو ما لا يتحملة العلو من السفلى² .

1 - 2 - المعيار الشخصي.

يعرف الفقه الظروف الشخصية للجار المتضرر بأنها " الخصائص والصفات الذاتية اللصيقة والانفعالات النفسية التي فطر عليها أو التي طرأت عليها فيما بعد " ³ .

وإذا كانت هذه الظروف تتحكم في تقدير قيمة التعويض والتي يدخل فيها الحالة النفسية للطرف المضرور ، وكذا المهنة التي يزاولها إلا أن الفقه قد اختلف في كونها معيار في تحديد عدم مألوفية الضرر.

¹ - صاحب الوطيفة بمعنى صاحب الطابق السفلي

² - مروان كساب: المسؤولية عن مضار الجوار، الطبعة الأولى، د د ن، بيروت 1998، ص133

³ - حوراء عزيز جبير الموسوي: المقال السابق، ص207.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

1 - 2 - 1 - الاتجاه الأول يرى بالأخذ بالظروف الشخصية :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب الاعتداد بالظروف الشخصية للمتضرر عند تقدير التعويض وذلك عند قيام المسؤولية وفقا للظروف الموضوعية البحتة ولا ريب في أن الضرر يختلف من شخص الى آخر وفقا لظروفه الشخصية¹ .

غير انهم اختلفوا في الأخذ بالغرض المخصص له العقار في تقدير التعويض وكان لهم بهذا الشأن الرأيين التاليين .

- رأي يرى أن المقصود بالظروف الشخصية المتعلقة بالجار المتضرر لا تصدق على الغرض المخصص له العقار ، فتخصيص عقار الجار يعد من الظروف الموضوعية ولا يعد من الظروف الشخصية² .
- رأي يرى بأن الغرض المخصص له العقار يعد من قبيل الظروف الشخصية الخاصة بالمضرور ، ومن ثمة يجب الأخذ به في وجود مألوفية الضرر من عدمه.

1 - 2 - 2 - الاتجاه الثاني: الراض للأخذ بالظروف الشخصية للجار المتضرر.

يرى أصحاب هذا الاتجاه بعدم الأخذ بظروف الجار المتضرر الشخصية فحسب رأيهم فان الظروف الموضوعية وحدها كافية لتقدير وجود عدم مألوفية الضرر ويستندون في رأيهم الى :

- يرى الفقه الاسلامي بأن الحاصلة كمنع ما يضر الملك لا المال وعليه فان فقهاء المسلمين لا يعتدون بالظروف الشخصية للمتضرر.
- يرى الفقه الفرنسي في جانب منه أن جسامة الضرر لا يجري تقييمها بمقتضى الحالة الخاصة للجار المتضرر، فالحالة العصبية أو المرضية لا

¹ - مراد محمود حيدر: المرجع السابق، ص290.

² - المرجع نفسه ، ص291.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

تبرر الشكوى من الأصوات التي تحدث في الفجر، والتي لا تتجاوز معيار الأضرار العادية للجوار اذا كانت تمنح نوم الجار¹.

2 - الشروط الخاصة للضرر غير المألوف.

حتى يكون الضرر غير المألوف ضررا حقيقيا وجديا موجبا للتعويض فيجب ان تتحقق فيه جملة من الشروط وهي شرط الاستمرارية - نشاط ضار حكما - الجوار - تدخل المالك .

2 - 1 - الاستمرارية.

يجب توفر الضرر باستمرار بمعنى ان الضرر الظرفي لا يحقق شرط الاستمرارية اطلاقا ، والضرر المؤقت لا يشكل ازعاجا تجاه الجار ، غير انه بالمقابل يمكن القول بالضرر غير المألوف عند حصوله بطريقة غير مفاجئة تسبب ضررا كبيرا كفقْدان حاسة من الحواس رغم انها آنية وغير مستمرة ، فالمبدأ ان يكون الضرر مستمرا دائما².

2 - 2 - نشاط ضار حكما.

هناك بعض الأنشطة ضارة بحكم الممارسة ولا يمكن للمالك تلافى اضرارها باتخاذ كافة الاحتياطات مما يضعه امام امرين اما حدوث الضرر لا محالة ، وهنا يستوجب التعويض للجار المتضرر او التوقف عن ممارسة نشاطه³.

2 - 3 - التجاور في العقارات.

كما سبق ان اشرنا في نطاق الجوار فانه لا يشترط التلاصق بين العقارات لقيام المسؤولية هنا لأنها مسؤولية مستقلة ، فمن الناحية العملية يكفي التقارب في حد ذاته مما يثير منازعات بين المتجاورين بسبب هذه الاضرار غير المألوفة⁴.

¹ - حوراء عزيز جبير الموسوي: المقال السابق، ص208.

² - جاد يوسف خليل: مضار الجوار غير المألوفة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، بيروت لبنان، 2006، ص106.

³ - قاشي علال، الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر1، 2014 . ، ص120.

⁴ - مروان كساب: المرجع السابق، ص40.

2 - 4 - تدخل الجار .

لتقوم المسؤولية عن المضار غير المألوفة يجب ان يسند حدوث هذه الاضرار لشخص الجار الذي يتحمل التعويض اللازم.

وحاولت المحاكم عدم التوسع في نطاق المسؤولية بهذا الصدد فيما يخص الحادث الطبيعي المجرد الذي يلزم فيه الجار بالتعويض للجار المتضرر فقط دون ازالة او اقفال مصدر الضرر كالمصانع مثلا لضرورتها الاجتماعية¹ .

➤ الفرع الثاني: أساس نظرية مضار الجوار غير المألوفة .

ان مضار الجوار غير المألوفة استقرت في أغلب التشريعات اليوم وذلك نظرا لحساسية الموضوع الذي تعالج آثاره العديدة في مجال المسؤولية والتعويض ،

غير أن الفقه تباين في الطبيعة القانونية لهذه النظرية في محاولة منهم لوضع أسس عامة لها ، خاصة في ما يخص التعويض لأنه من بين أهم النتائج والآثار الناجمة عن دعوى المسؤولية عن مضار الجوار وعليه سنتعرض لمختلف هذه الآراء الفقهية المختلفة بشيء من الاختصار أولا ثم نتعرض لموقف المشرع الجزائري ثانيا.

✓ أولا : الآراء الفقهية في تأصيل النظرية .

1 - تأسيس النظرية على اساس شخصي .

كل فعل غير مشروع يرتكبه الشخص يكون مسؤولا فيه عن تعويض من لحقه ضرر من جراه ، ويعتبر الخطأ أهم ركن في المسؤولية التقصيرية بل يعد أساس قيام هذه الأخيرة ، مما جعل الفقه يجعل الخطأ أساس لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، وقد يكون هذا الخطأ واجب الاثبات أو قد يعد خروجا عن المؤلف وهو التعسف في استعمال الحق وقد يعد خطأ مفترضا وقد يكون بموجب الاخلال بالتزامات الجوار .

¹ - جاد يوسف خليل: المرجع السابق، ص108.

2 - تأسيس النظرية على اساس موضوعي .

ذهب فريق من الفقهاء الى البحث عن أساس المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة في موضوعها بعيدا عن شخص مسبب هذا الضرر فهي مسؤولية موضوعية تنتظر مدى وقوع الضرر وتقوم بمجرد وقوعه دون البحث في نية المتسبب به ، فالمهم هو تعويض المتضرر عما أصابه ، وقد اختلفوا في تأسيس هذه النظرية ارجاعها الى عدة نظريات هي:

- نظرية تحمل التبعة.
- نظرية المخاطر .
- نظرية التضامن الاجتماعي.
- ✓ ثانيا : موقف المشرع الجزائري.

لقد طرحت مسألة التكييف القانوني لمسؤولية المالك عن مزار الجوار وأساسها القانوني ففي القانون الفرنسي مثلا لا تجد اي نص قانوني لهذه المسؤولية مما جعل الفقه يتباين في موقفه بخصوص هذه المسألة ، اما المشرع المصري فقد اعتمد اساسا معيارا وهو الغلو في استعمال الحق مما اثار جدلا فقهايا بشأن تكييفها القانوني.

اما بخصوص موقف المشرع الجزائري فقد كان واضحا ان أسس هذه الأخيرة عن نظرية التعسف في استعمال الحق ، إلا ان بعض الفقه لم يساير هذا التأسيس مستندا الى موقع المادة 691 التي تتعلق بمزار الجوار غير المألوفة.

وجعلها مسؤولية منفردة لها أحكامها الخاصة وسناقش هذين الرأيين انطلاقا من موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة السالفة الذكر.

1 - اسناد المسؤولية عن مزار الجوار الى نظرية التعسف.

كما رأينا في الفصل السابق فان المشرع الجزائري قد اعتبر التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ وهذا على رأي اغلب الفقه في الجزائر ونظرا ايضا لموقع المادة 124 مكرر ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية ، وحددت المادة 124 مكرر معايير

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

محددة للتعسف¹، حيث يرى بعض الفقه أن عدم مألوفية الضرر والتي تعتبر اساسا قيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة معيارا رابعا لنظرية التعسف.

وهو معيار مرن ليس جامدا نظرا لأن المشرع الجزائري قد حدد معايير لتحديد مألوفية الضرر من عدمه في الفقرة الثانية من المادة 691 التي نصها " وعلى القاضي أن يراعي في ذلك"²

وعلى هذا الأساس يعتبر بعض الفقه أن مضار الجوار غير المألوفة صورة من صور التعسف على اعتبار أن المشرع اورد في المادة عبارة "يجب على المالك الا يتعسف" وهو اتجاه يوافق الرأي الفقهي بأن تطبيقات نظرية التعسف تخضع للتشريع ويمكن للمشرع أن يسن معايير جديدة لها ويحدد مجال تطبيقها ، فهو اذن معيار خاص بالملكية العقارية فحسب³ ، ويمكن أن نعيب على القول ما يلي:

-وقوع المشرع في تناقض :

إن اعتبار المشرع الجزائري للتعسف صورة من صور الخطأ التقصيري يجعل من المسؤولية لا تقوم الا بعد إثبات وقوع احد معاييره وفي ذات الوقت جعل مضار الجوار تقوم على التعسف وهذا يعني ضرورة اثبات الخطأ في جانب المالك وهذا غير صحيح اذ ان المسؤولية عن مضار الجوار تقوم بمجرد حدوث الضرر واثباته.⁴

- كما ان اعتبار مضار الجوار غير المألوفة احد معايير التعسف فيه مغالطة :

لان معايير التعسف تتطوي كلها على نية الاضرار في حين ان مضار الجوار لا تتطوي على نية الاضرار فهي استعمال عادي ومشروع لحق الملكية.

¹ - سبق التوسع في معايير التعسف سابقا فنكتفي بالإشارة اليها للرجوع اليها وهي ثلاثة معايير

² - أسماء مكي: المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1، اكتوبر 2016 ، ص 231 .

³ - رشيد شمشم : المرجع السابق ، ص 161.

⁴ - بولقواس سارة : الرسالة السابقة ، ص 39.

فلا يشترط في الفعل ان يكون تعسفيا حتى تقوم مسؤولية المالك لأنه قد يصدر منه تصرف عادي ولا يحمل في طياته صفة التعسف ، وذلك بسبب استعمال ملكه فبسبب لجاره ضررا بخطأ او بدون خطأ ، والخطأ ليس تعسفيا فالعبرة بالضرر هنا بقيام المسؤولية لا بالخطأ.

2 - اسناد المسؤولية عن مضار الجوار الى قيود الملكية.

بالرجوع الى موقع المادة 691 ق م ج نجدها تقع تحت القسم الثالث الذي يحمل عنوان القيود الواردة على الملكية ، اي ان المشرع الجزائري قد تبنى في أساس المسؤولية عن مضار الجوار النظرية القائلة بكون الملكية وظيفة اجتماعية والتي يترتب عليها ما يلي:

- عند قراءة النص وتحليل صياغته من الناحية الفنية نلاحظ انه يتكلم عن التزام المالك دون غيره بأن لا يتعسف في استعمال حقه الى حد يضر بجاره . وهذا الالتزام كما عرفناه سابقا في نطاق الجوار من حيث الاشخاص يشمل غير المالك ايضا كالمستأجر والمنتفع وغيره.
- عدم الإضرار بالجوار التزام حدده المشرع صراحة بقوله "يجب" ورتب جزاء على الإخلال بهذا الالتزام والذي يتمثل في التعويض.¹
- هذه الالتزامات القانونية التزامات متبادلة ، وهي التزام بامتناع ، فهي اذن التزامات سلبية اختلف الفقه في كونها اما التزامات عينية ام شخصية.²

وعليه نرى أن المشرع قد اخطأ أو ربما بالغ في استعمال لفظ التعسف وأنه لا يقصد من وراء إدراج هذا اللفظ في المادة 691 ق م ج الى تأسيس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة على نظرية التعسف في استعمال الحق وربما الدليل على ذلك موقع المادة 691 التي لو أراد المشرع جعلها تطبيقا لنظرية التعسف لإدراجها ضمن معيار رابع من معايير التعسف ولا شيء يمنع المشرع من تعديل القانون المدني خاصة

¹ - زرارة عواطف: مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، الاطروحة السابقة ، ص246.

² - مكني أسماء: الاطروحة السابقة ، ص161 .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

بعد الجدل الفقهي الكبير الذي طرحته مسألة تأسيس المسؤولية عن مضار الجوار، فمسؤولية المالك هن مضار الجوار بما تملكه من مبادئ وأحكام تستحق ان تستقل بنظرية مستقلة بعيدا عن فكرة الخطأ التصيري وعن التعسف في استعمال الحق نظرا لطابعها المتميز وكونها مسؤولية منفردة تقوم على اساس الضرر وليس الخطأ .

❖ **المطلب الثاني: قيود الارتفاق.**

ان للملكية وظيفة اجتماعية تقوم بتأديتها ولعل أهم ما يقال عن هذه الوظيفة هي تحقيق المصلحة العامة ، غير انه لا يجب ولا يمكن بأي شكل تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة ، ومن هنا جاء منع التعسف في استعمال الملكية في بعض الحالات التي تعد قيودا على الملكية .

ومن بين هذه القيود التي تمنع اطلاق المالك في استعمال ملكه حق الارتفاق الذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 867 ق م ج على انه حق يجعل حد المنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر.

حيث ان من الفقه من يرجع أساس حقوق الارتفاق الى التعسف في استعمال الملكية ، فالتعسف مرتبط بالحق واذا انتفت النية كنا في نطاق التعسف في استعمال الحق¹ .

وعليه سنتعرض من خلال هذا المبحث الى بعض القيود الارتفاقية او التطبيقات لحق الارتفاق في مجال الملكية والتي يشكل سوء استعمالها تعسفا في استعمال الحق والتي نجد ان بعضها يرتبط باستغلال العقار مباشرة وهي قيود او ارتفاقات لا تكون إلا في العقارات والتي يكون بعضها اراضي فلاحية وبعضها مبنيا كما قد تكون هذه القيود متعلقة بمورد اساسي لحياة الانسان وهو الماء .

¹ - مقالاتي منى: الرسالة السابقة ، ص66.

➤ الفرع الاول : القيود المتعلقة بالعقارات .

ان العقار هو كل شيء ثابت بمكانه ولا يمكن نقله منه دون تلف وعليه فأن اهم خاصية تميز العقار هي الثبات والاستقرار بغض النظر عن طبيعته سواء كان مبنيا او غي مبني ، إلا ان هذه الطبيعة تتحكم في بعض الارتفاقات التي تكون في الاراضي الفلاحية المحبوسة وبعضها يكون في حالات الجوار والتي تم فرضها لأجل حماية حرمت المساكن المطلات والمناور والحيطان المشتركة وهو ماستنتاوله من خلال هذا الفرع .

✓ أولا : حق المرور.

ان المرور على الطريق العام حق مكفول للجميع ، فالطريق مخصصة لخدمة الكافة ومن البديهي ان لكل العقارات المجاورة له حق المرور فيه دون قيد أو شرط غير انه قد يحصل قد يحصل وكثيرا ما يكون عقار محصور بعيدا عن الطريق العام ، لذا أقر المشرع الجزائري بموجب المادة 693 ق م ج بتمكين صاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام او أي صاحب اي حق عيني آخر عليها المرور على أرض جاره ليصل ليصل الى الطريق العام غير أنه لا لمالك الأرض أن يطلب حق المرور على أرض الغير اذا كان الحصر ناتجا عن ارادته¹ .

ولهذا فان حق المرور له شروط وأحكام نظمها القانون المدني في المواد من 693 الى 702 فأعطاه بذلك مساحة أوسع للاهتمام نظرا لشيوعه وكثرة المنازعات فيه.

1 - شروط حق المرور.

ان الشروط القانونية التي وضعها المشرع في حق المرور لفائدة الأرض المحصورة شروط لمنع التعسف في استعمال الحق بالنسبة لكل من الطرفين حتى لا يتعسف الجار في منع صاحب الأرض المحصورة من المرور بأرضه الى الطريق العام ،

¹ - المادة 695 : القانون المدني 75 - 58 ، السابق ذكره .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

وبالمقابل حتى لا يتعسف الجار باستعمال حقه بالمرور على وجه غير مألوف ومضر بجاره .

1 - 1 - الانحباس على الطريق العام

حتى يتقرر الحق في المرور لأرض معينة يجب أن تكون هذه الأرض سواء كانت زراعية أو أرض بناء أو أرض معدة للاستغلال الصناعي محصورة عن الطريق العام ، وقد يكون هذا الحصر كلياً أو جزئياً¹ .

1 - 1 - 1 - الحصر الكلي:

ان الأرض المحصورة هي الارض المحاطة من جميع الجهات بأراضي الجيران دون ان توجد منها منفذ للوصول الى الطريق العام² .

1 - 1 - 2 - الحصر الجزئي.

وهي الأرض المحصورة تتصل بالطريق العام بممر غير كاف ويعتبر الممر غير كاف اذا كان لا يتيسر الوصول الى الطريق العام الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة³ .

1 - 2 - أن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله.

ان الضرورة لاستعمال الممر هي الدافع من وراء حق المرور القانوني ويعتبر هذا الحق قيذا خطيرا على ملك الجار ولذلك فهو لم يتقرر الا لضرورته ، ويتقرر حق المرور

¹ - مقالاتي منى: الرسالة السابقة ، ص98.

² - فحتى يتحقق الحصر الكلي أو المطلق يجب أن تكون هذه الأرض المحصورة محاطة من جميع جهاتها بأرض مملوكة للغير أو بمجري مياه خاصة، حيث لا يجد المالك للوصول الى الطريق العام الى المرور بأرض جيرانه .

- انظر: زرارة عواطف : عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية ، الرسالة السابقة ، ص90.

³ - وهو ما نصت عليه المادة 694 ق م ج وتعتبر مسألة عدم كفاية الممر مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع انظر : نبيل ابراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003، ص86.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

في الأراضي المجاورة للأرض المحبوسة سواء كانت هذه الأرض من الأملاك الخاصة أو العامة¹.

وقد أقرت هذا الحكم المادة 693 ق م ج بقولها أن مالك الأرض المحصورة يكون له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف.

1 - 3 - يجب أن لا يكون الحصر راجعا لفعل المالك.

لا يعتقل اعطاء حق المرور للجار اذا كان هو الذي تسبب بفعله في حبس أرضه عن الطريق العام كأن يقيم مبنى في الجزء الذي يتصل بهذا الطريق ، أو يكون له ارتفاع فيتنازل عنه أو يكون له عقار فيقوم بتجزئته بتصريف قانوني مما يؤدي الى انحصار جزء منه رغم أنه كان قادرا على تلافي ذلك ، فهنا يعتبر هذا الحصر بسببه ويحرمه القانون في هذه الحالة من حق المرور².

1 - 4 - ان لا يكون هناك حق مرور اتفاقي أو على سبيل الاباحة.

وهذا ما جاء به المشرع في نص المادة 695 الفقرة الثانية بحيث لا تجوز المطالبة بالحق القانوني اذا كان لمالك الأرض حق ارتفاع بالمرور الى الطريق على أرض غيره ولم يزل هذا الحق³.

1 - 5 - ملائمة حق المرور للملاك الآخرين.

ان مالك الأرض المحصورة ليس له مطلق الحرية في اختيار الجار الذي يطلب حق المرور فوق أرضه ، بل يجب أن يكون المرور في العقار الذي يختار أخف ضررا وتقدير ذلك مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي وفقا لظروف كل حالة ، كما يمكنه

¹ - نبيل ابراهيم سعد : المرجع السابق ، طبعة 2003 ص 87 .

² - محمد حسنين منصور: الحقوق العينية الأصلية، دط، الدار الجامعية، بيروت، 2000 ، ص 45.

³ - زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال حق الملكية، الرسالة السابقة ، ص 94 .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

الاستعانة بالخبرة في تحديد أي الممرات ملائمة من حيث عدم الحاقه ضررا بالجيران الآخرين¹.

2 - أحكام حق المرور.

عند توافر شروط الحصر القانونية السابقة يجوز لصاحب الأرض المحصورة المطالبة بحق المرور مقابل تعويض للجار على ما يصيبه من ضرر، وعليه سنتناول أحكام هذا الحق في ما يلي:

2 - 1 - ثبوت حق المرور بقوة القانون.

ان الحصر الذي تتوافر شروطه على النحو السابق بيانه يثبت بقوة القانون بمجرد توافر حالة الانحباس ويظل قائما ما بقيت حالة الانحباس قائمة ، فهذا الحق يوجد قبل المطالبة بتعيين الممر وطريقة المرور وقبل تقدير التعويض المستحق ولا يترتب على عدم المطالبة بالحق في المرور أن يسقط بعدم الاستعمال فهو باق ما دامت حالة الانحباس قائمة وتجاوز المطالبة به في أي وقت².

2 - 2 - من له الحق في المرور.

للمالك وحده طلب تقدير المرور وهذا حسب ما نصت عليه المادة 693 ق م ج الا انه من المتفق عليه فقها وقضاء ان هذا الحق ليس قصرا على المالك وحده ، انما لكل من له حق عيني على العقار المحصور المطالبة به كصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال وليس لصاحب الحق الشخصي كالمستأجر والحائز العرضي هذا الحق³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص767.

² - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، طبعة 2003 ، ص92.

³ - المرجع نفسه ، ص85.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

2 - 3 - تعيين الممر وطريقة المرور.

ان مسألة تعيين الممر بدقة وكيفية المرور تحتاج الى تنظيم واقعي ، لذا لم ينص عليها القانون مقدما لذا فهي من القواعد المكملة بل من أشهرها وفي حالة عدم الاتفاق يرجع الى القضاء لتحديد حق المرور وكيفيته.

وقد وضع المشرع الجزائري لذلك أحكام يستهدى بها القاضي لتعيين المرور وهي:¹

• نص المادة 693 الذي يقضي بأن حق المرور لفائدة الأرض المحصورة يكون على الاملاك المجاورة فلم يحدد المشرع اذن طبيعة هذه الاملاك بل يمكن حتى تقرير حق المرور على الأراضي الوقفية.

• نص المادة 696 والذي يقضي بأن حق المرور يكون من الجهة الملائمة ومعيار الملائمة هنا هو أقل الاضرار والتي يمكن ان تلحق بالاملاك المجاورين.

والملائمة هنا قد تكون بالمسافة الأقصر وهذا غالبا وقد تتحقق كذلك بالمسافة الأبعد اذا كانت أقل تكاليفا.

• نص المادة 697 والذي يقضي بأن حق المرور في العقارات المجزأة بتصرفات قانونية لا يكون الا على تلك الأراضي التي تشملها التصرفات.

كما يستوي أن يمارس حق المرور على سطح الأرض أو باطنها أو حتى في الفضاء، كما أن تغيير أو تعديل طريقة الاستعمال أو الاستغلال قد يستتبع ثبوت الحق في المرور أو الحد من حق المرور قائم أو انقضاء كتوسيع ممر أو تضيقه حسب الحاجة الطارئة وكل ذلك مع مراعاة حدوث أخف الاضرار للملكيات المجاورة².

¹ - منى مقلاتي: الرسالة السابقة ، ص103.

² - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، طبعة 2003 ، ص88-89.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

2 - 4 - التعويض.

حسب نص المادة 701 ق م ج والتي حددت كيفية دفع التعويض المستحق للجار المتضرر والذي يكون اما دفعة واحدة ام عبر اقساط تتناسب مع الاضرار الناجمة عن الضرر الحاصل فان المشرع بذلك قد اعترف بوجود التعويض للجار المتضرر.

فدفع التعويض اذن التزام يقع على عاتق صاحب الأرض المحصورة والمستفيد من حق المرور، ويكون هذا التعويض بقدر الضرر اللاحق بالجار ويكون باتفاق الأطراف أو عن طريق المحكمة¹.

3 - انقضاء حق المرور.

جاء المشرع الجزائري بقاعدة استثنائية حسب المادة 699 ق م ج مفادها عدم زوال الحصر بانقضاء أسبابه .

3 - 1 - أسباب زوال الحصر.

وهي الأسباب التي ينقضي بها الحق عموماً² :

- نزع ملكية الأرض المجاورة للمنفعة العامة وتحويلها الى طريق عام.
- اتحاد الذمة باجتماع العقار المحصور والعقار الذي يباشر فيه حق المرور في يد مالك واحد.
- تجزئة الأرض المحصورة كأن تصبح بعض الأجزاء غير محصورة نتيجة قسمتها بين الشركاء.
- انعدام الفائدة من الحق، كأن تقوم البلدية بإنشاء طريق عام محاذيا للأرض المحصورة.

¹ - محمد حسنين منصور: المرجع السابق، ص46.

² - خوادجية سميحة حنان: قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008، ص170.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

3 - 2 - بقاء حق المرور رغم زوال الحصر.

أقر المشرع الجزائري في المادة 699 ق م ج ببقاء حق المرور رغم زوال الحصر وذلك عن طريق اكتسابه بالتقادم المكسب واستمرار الحيازة لمدة 15 سنة .

✓ ثانيا : حقوق المظل .

من البديهي في العقارات المبنية بل من الأمور اللازمة والتي نص المشرع الجزائري على وجوب التقيد بها في قوانين التهيئة والتعمير¹ ، هي فتح المظلات ومنابع التهوية والضوء .

إلا أنه قيد ذلك بمسافات وشروط قانونية لمنع تعسف الملاك وتجنب المنازعات التي تشهد المحاكم كثيرا منها، فإذا كانت الفتحة معدة للضوء والهواء والنظر اعتبرت مطلا، أما إذا اقتصر على الضوء والهواء دون النظر اعتبرت مناورا² .

1 - المظلات.

تعرف المظلات بأنها الفتحات التي نقبت في حيطان البناء ينفذ منها الضوء والهواء بالإضافة الى سماحها بالإطلال الى الخارج كالنوافذ والشرفات ، وهو ما يؤدي الى التعدي على خصوصية الجيران اذا كانت هذه المظلات مفتوحة عليهم.³

1 - 1 - أنواعها.

والمظلات على نوعين ، المظلات الموجهة والمظلات المنحرفة.

¹ - المادة 22 من المرسوم 91 - 175 المؤرخ في 28 ماي 1991 والذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء ج ر عدد 26 مؤرخة في 01 - جوان 1991 والتي تنص على " يجب أن يستفيد النصف على الأقل من الواجهة المتقوية بالفتحات المستعملة لئلا تارة غرف السكن من الشمس ساعتين في اليوم على الأقل في السنة".

² - خوادجية سميحة حنان، الرسالة السابقة ، ص 143 .

³ - زرارة عواطف: مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، الاطروحة السابقة ، ص 119 .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

1 - 1 - 1 - المطلات المواجهة.

وهي التي تسمح بالنظر الى ملك الجار مباشرة وهذا يفترض أن عقار الجار كله أو بعضه يقع في مواجهة الفتحات¹.

وقد نص المشرع الجزائري على عدم جواز فتح مطل مواجه على الجار على مسافة تقل عن مترين وتقاس هذه المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد به المطل أو من المسافة الخارجية للشرفة أو عن النتوء، وفي حالة كسب الجار حق مطل بالتقادم على مسافة تقل عن مترين فلا يجوز للجار أن يبني على مسافة تقل عن المترين² تقاس بالطريقة نفسها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل³.

1 - 1 - 2 - المطلات المنحرفة.

هو على العكس مما سبق لا يسمح بالنظر الى الجار الا بالاتفات الى اليمين او الى اليسار أو بالانحناء الى الخارج⁴.

وقد قيد المشرع الجزائري فتح المطلات المنحرفة أيضا بعدم جواز أن يكون للجار مطل منحرف على مسافة تقل عن 60 سم من حرف المطل ويسقط هذا المنع اذا كان هذا المطل المنحرف في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام⁵.

1 - 2 - 1 - حكم المطلات المفتوحة دون مراعاة المسافة القانونية .

في حالة فتح المالك لمطلات في ملكه سواء كانت مواجهة أو منحرفة دون مراعاة المسافات التي حددها القانون فيكون للجار حق الاعتراض عليها والمطالبة بسدها ولو لم

¹ - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، طبعة 2003 ، ص 110 .

² - وهذه المسافة هي 4 أمتار بموجب المرسوم 91 - 175 المتعلق بقواعد التهيئة والتعمير السابق ذكره وهو قانون خاص ، والخاص يقيد العام .

³ - المادة 709 من القانون المدني 75 - 58 ، السابق ذكره .

⁴ - محمد حسنين منصور: المرجع السابق ، ص 57 .

⁵ - المادة 710 من القانون المدني 75 - 58 ، السابق ذكره .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

يصبه ضرر من جراء فتحها، ويمكن للمحكمة في هذه الحالة تحويل المظل الى منور¹ . ويجوز للمالك كسب هذا الحق بالتقادم بمرور 15 سنة اذا سكت الجار وتوافرت شروط الحيابة لأنه من حقوق الارتفاق² .

2 - المناور.

المناور هي التي تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتاد ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الاطلاع منها على العقار المجاور، ولا يشترط فيها أي مسافة قانونية³ .

وقد قيد المشرع الجزائري⁴ فتح المناور بشرط وحيد هو ارتفاعها عن قاعدة الغرفة بمترين ، وهو ارتفاع يفوق قامة الانسان المعتاد حتى لا يستطيع الاطلاع منه ولا يمكن للجار الاعتراض على هذه المناور لأنها لا تؤذيه في حرمة الشخصية⁵ .

✓ ثالثا : قيود الحائط المشترك.

كما أن المشرع قد وضع نظاما متميزا فيما يخص الحيطان المشتركة والفاصلة لأنها تقع بين ملاك مختلفين عادة مما يثير العديد من المنازعات .

فعادة ما تكون بين الملكيات المبنية المتجاورة حيطان مشتركة وفاصلة بينهم فهي بمثابة تحويط للملك وليس للجار بموجب نص المادة 708 ق م ج اجبار جاره على تحويط ملكه ولا اجباره على التنازل عن جزء من الحائط المشترك ، إلا أن المشرع قد راعى مصلحة الجار في حالة ما اذا أراد مالك الحائط المشترك هدمه وقيد سلطته في ذلك حتى لا يكون متعسفا في استعمال حقه اذا كان عمله هذا دون عذر قانوني من شأنه

¹ - منى مقلاتي: الرسالة السابقة ، ص120.

² - زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة السابقة ، ص111.

³ - عبد الرزاق السنهوري: المجلد الثامن، (حق الملكية)، المرجع السابق، ص780

⁴ - أنظر المادة 711 من القانون المدني 75 - 58 ، السابق ذكره .

⁵ - خوادجية سميحة حنان: الرسالة السابقة ، ص146.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

أن يضر بهذا الجار الذي يستتر ملكه بالحائط. وشروط تقييد سلطة المالك لمصلحة الجار في الحائط المشترك هي :

- أن لا يكون له عذرا قوي في هدمه .
- أن يكون الجار مستترا بهذا الحائط .
- أن يعود الهدم بضرر على جاره .

➤ الفرع الثاني : الحقوق المتعلقة بالمياه.

اهتم المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات بحقوق لازمة وضرورية لفائدة الأراضي المجاورة بتحويل ملك تلك الأراضي حق الشرب والمجرى والمسيل، وهي قيود على الملاك المجاورين في أراضيهم ومنع الجار من هذه الحقوق يعتبر فعلا تعسفيا.

✓ أولا : حق الشرب.

ان الماء اساس الحياة وبدونه تتوقف الحركية الكونية لقوله عز وجل في كتابه العزيز " وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلَا يُؤْمِنُونَ " ¹

وعليه فإن حق الشرب من بين اهم وأعظم الحقوق على الاطلاق وتاريخ البشرية في حروبها الطاحنة يشهد على ذلك فاعلم الحروب قديما كانت بسبب المياه والأنهار لاهمية هذا المورد الحيوي في حياة الانسان لذا فقد اهتمت كل القوانين بكيفية الشرب وبينت احكامه حتى تتفادى النزاعات وحفاظا على حياة الغير من تعسف الاخرين في احتكارهم لعصب الحياة .

1 - تعريفه .

الشرب في اللغة هو النصيب والحظ من الماء لقوله تعالى " قَالَ هَذِهِ نَافَةٌ لَهَا شَرْبٌ وَلَكُمْ شَرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ " ² .

¹ - سورة الانبياء الاية 30

² - سورة الشعراء الآية 155.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

وفي الشريعة هو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر وحق الشرب خاص بالنبات والزرع وحق الشفة خاص يسقي الحيوان والانسان،¹ والمياه في حق الشرب والشفة اربعة أقسام وهي² :

- الماء الذي يكون في الأواني والظروف.
- الماء الذي يكون في الآبار والحياض.
- الماء الذي في الأنهار الصغرى التي تكون لقوم مخصصين.
- الماء الذي يكون في الأنهار العظيمة.

وعليه فان حق الشرب هو حق الشخص في ري أرضه من مسقاة خاصة مملوكة اشخص آخر وبهذا يعتبر حق الشرب قيذا على استئثار المالك بملكه.³

2 - أحكام حق الشرب.

حتلا يستفيد من صاحب الأرض من حق الشرب لابد من توافر شروط محددة تجعل تغليب مصلحة هذا الأخير تصرفا مشروعاً وهذه الشروط تتمثل في:

2 - 1 - أن يكون للمالك مسقاة خاصة :

المسقاة هي مجرى مائي ينشئه المالك في أرضه لسقيها ، غير أن القانون فرض عليه قيذا يعتبره البعض بالخطير وهو وجوب استفادة الأراضي المجاورة من هذه المسقاة وللجار الاستفادة منها بطريقة كافية لسقي أرضه حتى لو كان له طرق أخرى للري⁴ .

¹ - محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دط، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 78.

² - بدران ابو العينين بدران: المرجع السابق، ص 334.

³ - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، طبعة 2003، ص72.

⁴ - زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، الرسالة السابقة ، ص80.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

2 - 2 - أن يكون المالك قد استوفى حاجته من المسقاة :

للمالك أن يستوفى حاجته من الري في أرضه لأنه أحق بها من غيره فاذا روى أرضه بأكملها ربا كافيا من هذه المسقاة وفاضت المياه بعد ذلك، فحينئذ يكون لجاره الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة¹ .

2 - 3 - للمالك جار له حق الشرب:

حتى يستفيد الجار من المياه الفائضة من المسقاة لابد أن تكون له صفة الجار وهذا الجوار يتخذ صور ثلاث² :

- أن يكون الجار ملاصقا لضفة المسقاة.
- أن تكون أرض الجار فاصلا بين أرض المالك وبين مأخذ مياه المسقاة.
- أن تكون المسقاة داخل أرض المالك غير ملاصقة لأرض الجار وهذه الحالة محل خلاف فمن الفقه من ذهب الى وجود حق الشرب لتحقق مجرد الجوار في الأرض التي انشئت فيها المسقاة، ومنهم من يرى بعدم الأحقية في الشرب لضرورة التلاصق بين أرض الجار والمسقاة.

2 - 4 - الجار في حاجة الى ري أرضه:

قد يتعدد المجاورون للمسقاة ذاتها أو مجاورون للأرض التي فيها المسقاة، وفي جميع الأحوال لا تكون مجاورة المسقاة ذاتها سببا لتفضيل جار على جار بل العبرة بالحاجة الى المياه الفائضة، فمن كان منهم أشد حاجة من الآخرين الى هذه المياه قدم على الآخرين واستوفى حاجته منها قبل غيره³ .

¹ - عبد الرزاق السنهوري: المجلد الثامن (حق الملكية)، المرجع السابق، ص718.

² - المرجع نفسه ، ص719.

³ - زرارة عواطف: عدم التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، الرسالة السابقة ، ص81.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

3 - إجراءات الاستفادة من حق الشرب.

هناك عدة احكام يجب على الجار الذي يرغب في الحصول على حق الشرب اتباعها وهي:

3 - 1 - مقابل التعويض:

اذا أراد الجار الحصول على حق الشرب ولم يستطع التراضي مع مالك المسقاة يرفع طلبه للجهات المختصة بالري، وإذا كانت الرد على الطلب ايجابيا وجب تعويض المالك ويشمل التعويض أداء جزء مناسب من التكاليف الأصلية لتلك المسقاة¹ ، كما أشارت لذلك المادة 692 ق م ج .

3 - 2 - اشتراك الملاك المجاورين المستفيدين من حق الشرب

وذلك في انشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها² ، وهذا الاشتراك مقصور في نفقات الأشياء دون التعويض للمالك عن الجزء من الأرض التي شقت فيها القناة³ .

3 - 3 - انتقال حق الشرب:

ان حق الشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ولا يباع الا تبعا للأرض ، ولا يوهب ولا يؤجر الا لعرف⁴ .

✓ ثانيا : حق المجرى .

ان حق التزود بالماء وحق الربط بقنوات الصرف حق مكفول للجميع غير انه في بعض الحالات ما يجد الشخص نفسه ملزما من استعمال ملك الجار من اجل ممارسة

1 - عبد الرزاق السنهوري: المجلد الثامن (حق الملكية)، المرجع السابق، ص

2 - محمد حسنين منصور: المرجع السابق، ص32

3 - نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، طبعة 2003 ، ص73.

4 - محمد حسنين منصور: المرجع السابق، ص34.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

ذلك الحق وهذا الاخير قد يتعسف ويمنع جاره من ذلك مما جعل المشرع يتدخل بضبط احكام تنظيمية وقواعد امرة ومكاملة تخص حقي المجرى والمسيل .

وحق المجرى هو ان يكون لشخص حق اجراء الماء في ملك الغير ليصل الى ملكه، فيسقي زرعه أو شجره، وهذا الحق كما يبدو من تعريفه تابع لحق الشرب لأن الشرب يحتاج الى مجرى يمر فيه الماء الى الأرض الي يراد سقيها ¹ .

وعليه تترتب على من تقرر له حق المجرى مجموعة من الالتزامات تتمثل في ² :

- استعمال المجرى استعمالا عقلانيا لا ينتج عنه الا أخف الأضرار.
- تعهد المسقاة بالتطهير والصيانة، لأن اصلاحها واجب عليه تطبيقا لقاعدة الغرم بالغنم.

كما لا بد من توافر شروط الاستفاضة وهي:

- يجب ان تكون أرض الجار بعيدة عن مورد المياه.
- يجب أن يكون مالك هذه الأرض البعيدة له حق الشرب، اذا كان يطلب حق الشرب من مسقاة اخرى.
- وجوب تعويض المالك.
- ✓ **ثالثا : حق المسيل .**

هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير سواء كان ذلك الماء مسيلا من البيوت ام ماء أمطار ام ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية، ومن المصلحة تسيله ³ ، ويعتبر من مياه المسيل ما يلي:

- تصريف مياه الامطار بإرسالها عبر الملك الجار اذا كانت لا تصل الى المصارف العامة.
- تصريف المياه التي لا تستفيد منه الأرض.

¹ - بدران ابو العينين بدران: المرجع السابق، ص338.

² - منى مقلاتي: الرسالة السابقة ، ص115.

³ - محمد ابو زهرة: المرجع السابق، ص 89.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

ولمالك الأرض المتضرر الحق في طلب التعويض اذا أصابه ضرر من المصرف حيث نصت المادة 47 من قانون المياه على ذلك ¹ .

وعلى العموم لا يمنع صاحب الحق من استيفائه الا اذا كان في عدم المنع حصول ضرر ظاهر لمالك الأرض المقيدة بهذا الحق ² .

¹ - القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 غشت 2004 المتعلق بالمياه جريدة رسمية عدد 60 المؤرخة في 04 ديسمبر 2005.

² - فاضلي أدريس: النظام القانوني للملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص91.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

المبحث الثاني : آثار المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية.

بعد ان بحثنا في بعض تطبيقات التعسف في استعمال الملكية في القانون المدني الجزائري وجب البحث في اثر وقوع هذا التعسف وبعبارة اخرى قيام هذه المسؤولية فالمبدأ المعروف في القانون بصفة عامة وفي القانون المدني بصفة خاصة هو وجوب جبر الضرر الحاصل وهذا ما يتماشى مع روح العدالة التي تتوخاها احكام القانون وقيام المسؤولية في القانون يكون بتحققها بداية وهذا ما يجعلنا نخوض في كيفية الاثبات واحكامه ثم في الجزاء المترتب عن تحققها والذي يعتبر حماية قانونية ضد المتعسف في استعمال حقه وهو ما يجعلنا نناقش مسألتين هامتين جدا هما الدعوى والتعويض كمال طبيعي لمن وقع له ضرر يسعى لجبره من خلال حماية القضاء وهذا لا يتأتى الا بالدعوى القضائية . وسنعالج كل هذه العناصر من خلال المطلبين التاليين .

- ❖ المطلب الاول : تحقق المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .
- الفرع الاول : أركان المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .
- الفرع الثاني : اثبات المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .
- ❖ المطلب الثاني : الحماية القانونية ضد التعسف في استعمال الملكية .
- الفرع الاول : دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .
- الفرع الثاني : التعويض عن التعسف في استعمال الملكية

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

❖ **المطلب الاول : تحقق المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية.**

ان المسؤولية المدنية هي مجموعة القواعد التي تلزم من ألحق ضررا بالغير بجبر هذا الاخير وذلك عن طريق تعويض يقدمه لهذا المضرور ، سواء كان هذا الضرر ناجما عن اخلال بالتزام تعاقدي او قانوني مقتضاه الا يضر الانسان بغيره¹.

والتعسف في استعمال الملكية كما رأينا في الفصل الاول غالبا ان لم نقل دائما ما يكون اخلالا بواجب قانوني فهو يندرج بذلك ضمن احكام المسؤولية التقصيرية مما ينبغي بنا الرجوع الى المبادئ العامة في ما يخص الاركان التي تقوم عليها وايضا اثباتها بشتى طرق الاثبات .

➤ **الفرع الاول : أركان المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية.**

تقوم المسؤولية المدنية عموما على ثلاثة اركان وهي الخطأ في جانب المسؤول والضرر الواجب اثباته والعلاقة السببية بين هاذين ويعتبر ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية اهم ركن على الاطلاق خاصة بعد هجر فكرة الخطأ وتراجع دوره في مجال المسؤولية وقيامها .

✓ **أولا : الخطأ**

يعتبر الخطأ في المسؤولية المدنية عموما وفي المسؤولية التقصيرية خصوصا أول الأركان اثباتا اذ به يتحدد مدى التعويض وكيفيته ومقداره ، بل وقبل ذلك تتحدد قيام المسؤولية من عدمه .

1 - تعريف الخطأ:

لقد تعددت تعريف الخطأ وتنوعت ولا يكاد تعريف من هذه التعاريف يخلو من نقد ولعل ابسط تعريف هو الذي قدمه بلانيول حيث يقول: " ان الخطأ هو اخلال بواجب

¹ - علي فيلاي : الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر ، الجزائر 2007 ، ص 18

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

سابق". ولقد انطلقت كل المحاولات للتوسع في نظرية الخطأ من هذا التعريف¹.

وبناء عليه نتفق مع غيرنا في تعريف الخطأ بأنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك ويتضح من هذا التعريف أن للخطأ عنصرين هما العنصر المادي المتمثل بالانحراف أو التعدي والعنصر المعنوي المتمثل في الإدراك والتمييز².

2 - عناصر الخطأ :

يقوم ركن الخطأ عموماً سواء في المسؤولية المدنية - سواء كانت عقدية أو تقصيرية - على عنصرين يميزانه عن بقية الأركان كما يحددان وجوده من عدمه ، بالإضافة إلى جانب مهم سيأتي ذكره معنا وهو مدى جسامته الخطأ .

2 - 1 العنصر المادي.

يرتبط التعدي بخرق الواجب الذي يفرضه القانون أو العرف أو القضاء ويكون هذا الزيغ مؤسسا للعنصر المادي للخطأ كأن يتعدى إنسان على آخر في بدنه أو ماله أو في سمعته³.

ويمكن القول أن العنصر المادي في الخطأ يمثل الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد الموجود في ذات الظروف التي وجد فيها المسؤول⁴.

ويعتبر التعسف في استعمال الحق هو أحد أهم أوجه العنصر المادي للخطأ وينتج التعسف عن فعل إيجابي والذي يمثل الخروج عن الوجه المألوف لاستعمال الحق أو عن فعل سلبي والذي يتمثل في مجرد الامتناع .

¹ - سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص 189.

² - إياض محمد جاد الحق: "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني" ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد العشرون، العدد الأول، يناير 2012. ص 204.

³ - سامي الجريبي : المرجع السابق ، ص 101

⁴ - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، طبعة 2004، الجزائر. ص

2 - 2 العنصر المعنوي.

لا يكفي لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي توافر العنصر المادي في الخطأ فالتعدي وحده لا يبرر المسائلة بل يجب ان ينسب هذا العنصر سواء اكان فعلا ايجابيا او سلبيا الى شخص يتمتع بقوة التمييز ولهذا لا مسؤولية على الصغير والمجنون والمعتوه عنها كاملا وهو مبدأ مستقر عليه في الفقه الفرنسي ، ولكنه لطف منه لتعويض الضحية¹

✓ ثانيا : الضرر.

الضرر هو اهم ركن لقيام المسؤولية بل هو مناطها ويترتب على انتفائه سقوط المسؤولية وعلى هذا الاساس نص المشرع الجزائري في المادة 124 ق م ج على ان من يتسبب بخطئه الشخصي ايا كان الفعل الذي يأتيه بضرر للغير يكون مسؤولا عن تعويضه .

وعليه فأنا نلاحظ جليا ان المشرع الجزائري قد اقام المسؤولية التقصيرية على وجوب اثبات ركن الضرر .

1 - تعريف الضرر.

الضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق متعلقا بسلامة جسده او عاطفته او ماله او حريته او شرفه واعتباره . وعليه لا يشترط في المصلحة ان تكون مادية بل يكفي ان يحميها القانون بشرط ان تكون هذه المصلحة كما ذكرنا مشروعة² .

2 - صور الضرر.

انطلاقا من التعريف السابق فإن للضرر الموجب للمسؤولية صورتان .

¹ - هدى عبد الله : الاعمال غير المباحة - المسؤولية المدنية - الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي

الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2008 ، ص 125

² - عبد العزيز اللصامة : المسؤولية المدنية التقصيرية - الفعل الضار ، الطبعة الاولى ، الاصدار الاول ، الدار

العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان 2002 ، ص 63 .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

2 - 1 - الضرر المادي.

وهو ذلك الضرر الذي يصيب الذمة المالية فهو يصيب الانسان في جسمه او ماله او ينقص من ذمته المالية او بتقويت فرصة مشروعة يمكن تقويمها بمال ومن السهل تحديد جسامته اذا ما عرفنا قيمة الشيء الذي اصابه التلف¹.

2 - 2 - الضرر المعنوي او الادبي.

لقد عرف بعض الفقهاء الضرر الادبي بانه الضرر "الغير الاقتصادي" الذي يمس الحياة الشعورية والعاطفية للإنسان كما يمس رفايته فهي إذا لا تقوم بمال عكس الضرر المادي² ويعرف الضرر الأدبي على أنه كل مساس بالقيم الأدبية للإنسان أو بعبارة أخرى بذمته الأدبية مقابلة بالضرر المادي الذي يصيب الذمة المالية فكل مساس بالقيم الأدبية للإنسان من شرف واعتبار وسمعة وكرامة وعاطفة وشعور وإحساس يمثل ضرراً أدبياً³. كما يعرفه البعض بأنه الضرر الذي يصيب الجانب الاجتماعي أو النفسي فيتمثل عادة في ألم أو حسرة أو شعور بالنقص أو إحساس بالمذلة أو في الانفعال الداخلي أو في الهواجس المقلقة فيأتي هذا الضرر ماساً بحق الإنسان في استقراره النفسي.

3 - شروط الضرر.

حتى يكون الضرر موجبا لقيام المسؤولية يجب على القاضي التأكد من توافر جملة من الشروط والتي لا يغني احدها عن الاخر .

¹ - سمير دنون : الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني و الاداري ، د ط ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان ، 2009 ، ص 126

² - ياسين محمد يحيى : الحق في التعويض عن الضرر الادبي ، د ط ، دار النهضة العربية ، د ب ن ، ، 1991 ، ص 6 .

³ - المرجع نفسه، ص 6

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

3 - 1 - أن يكون الضرر محققا .

يجب لقيام المسؤولية ان يكون الضرر محقق الوقوع اي ان يكون حالا قد وقع فعلا، والمقصود بهذا ان لا يكون افتراضيا وان لا يكون احتماليا والضرر الذي وقع فعلا هو الضرر الذي تحدد سببه وآثاره كلها ، في حين ان الضرر المستقبل هو ضرر تحدج سببه إلا ان آثاره كلها أو بعضها تراخت الى المستقبل.¹

ويجب التمييز هنا بين الضرر المستقبل وتقويت الفرصة الموجبان للتعويض وبين الضرر المحتمل الذي لا يكفي لإيجاب التعويض وبين الضرر المحتمل الذي لا يكفي لإيجاب التعويض ولا يصلح لقيام المسؤولية بل ينبغي الانتظار حتى يتحول الاحتمال الى يقين.²

3 - 2 - ان يكون الضرر شخويا .

والمراد بهذا الشرط ان يقتصر الحق في طلب التعويض عن الضرر على من لحقه الضرر دون غيره ، ولهذا لا يحق لأي شخص غيره ان يلاحق المسؤول عن الضرر في حالة تقاعس المضرور وعدم رفعه لدعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية كمضار الجوار غير المألوفة مثلا ، فلا صعوبة اذا كان المضرور شخصا واحدا كما لا صعوبة في تعددهم ، اذن يكون هناك ضرر شخصي بالنسبة لكل منهم ، وكذلك الشأن بالنسبة للأضرار المعنوية³ .

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 125 من القانون المدني : " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا "

¹ - فواز صالح: "التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم" مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، المجلد 22 ، 2006 ، ص278.

² - بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص80.

³ - محمد بن عبد العزيز أبو عباة: الرسالة السابقة ، ص128.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

وعليه فقد ربط المشرع الجزائري قيام المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية بالأهلية بمعنى أنه نفى المسؤولية عن الصبي الغير المميز، الذي هو طبقا للقانون المدني الجزائري ما دون الثالثة عشر و من هم في حكمه¹.

3 - 3 - أن يكون الضرر مباشرا .

ويقصد بالضرر المباشر ان يكون نتيجة طبيعة الخطأ المرتكب أو هو الضرر المباشر الذي تقوم بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية ، وعليه فان من يطالب بالتعويض عن مسؤولية المتعسف في استعمال حقه أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر وبين الخطأ الذي يعزوه الى المسؤول على أساس انه ملزم بإثبات جميع اركان الحق الذي يطالب به².

3 - 4 - المساس بمصلحة مشروعة.

يشترط في الضرر الموجب للمسؤولية ان يكون اخلايا بمصلحة مشروعة الا انه لا يلزم ترتقي المصلحة المشروعة الى مصاف الحق ، انما يكفي ان تكون غير مخالفة للقانون ان النظام العام والآداب العامة³.

3 - 5 - ان لا يكون الضرر قد سبق التعويض عنه.

ويشترط في الضرر ان لا يكون قد سبق التعويض عنه، اذ انه لا يجوز ان يحصل المضرور على اكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه فاذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيارا فيعتبر انه قد وفى بالتزامه بهذا الصدد ولا محل بعدئذ للمطالبة بتعويض آخر عند ذات الضرر، وهذا لا ينفي امكان الرجوع عليه بما لم يكن قد

¹ - محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام : المرجع السابق . ص 41
² - اسامة السيد عبد السميع: التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الاسلامي والقانون، دط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، ص 129.

³ - نور الدين قطيش محمد السكارنة : الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط ، 2012 ، ص 30 .

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

تناوله ذلك التعويض عن دعاوى سابقة فصل فيها بأحكام حازت قوة الشيء المقضي به لا تقبل¹.

✓ ثالثاً : العلاقة السببية.

يشترط لقيام المسؤولية ان يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر وهذه هي علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر ، وهي الركن الثالث من اركان المسؤولية التقصيرية ، ولا يكفي ان يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عنه الضرر بل يجب اضافة لذلك ان يكون هو السبب المباشر والمنتج².

وفي هذا المجال توجد نظريتين الاولى نظرية تعادل الاسباب التي تجعل كل سبب ساهم في احداث الضرر بحيث لولاه ما وقع الضرر والثانية نظرية السبب المنتج والتي تميز بين الاسباب العرضية والفعالة والاعتداد بالنوع الثاني دون الاول³.

اعتمد المشرع الجزائري السبب المنتج في تقدير علاقة السببية ، و تناوليا في القانون المدني في المادتين 124 و 125 من حيث وجوب توافرها ، وفي المادتين 127 و 176 من حيث كيفية دعيا⁴ . وهو بذلك قد ساير المشرع المصري الذي بدوره تأسى بالمشرع الفرنسي والتي تتلخص في انه متى اشترك اكثر من عامل في احداث النتيجة الضارة فإنه ينبغي استبعاد العامل العارض واستبقاء العامل المنتج لها وفي غير الحالات التي تكون فيها العلاقة السببية مفترضة يتحمل المضرور عبئ اثبات خطأ المسؤول⁵.

¹ - بلحاج العربي: مذكرات وأبحاث في القانون والفقہ الاسلامي، المرجع السابق، ص86.

² - سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق ، ص 251

³ - محمد بن عبد العزيز ابو عباة : الرسالة السابقة ، ص 115 .

⁴ - ريمان حسينة : المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 11-04 ، رسالة ماجستير ،

جامعة باتنة 2015 ، ص 115

⁵ - خرشف عبد الحفيظ : حق ذوي الحقوق في التعويض ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 1 ، ص 69

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

الفرع الثاني : اثبات المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .

ان الاثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي يترتب على صحة الواقعة المذكورة¹ ، والهدف من اثبات واقعة معينة هو الوصول الى دليل قطعي حول وجود هذه الواقعة

✓ اولا : ادلة الاثبات في مجال التعسف في استعمال الملكية.

عند عرض النزاع امام القاضي حول موضوع التعسف في استعمال الملكية فإن عليه التبين والتثبت في مدى صحة الادعاءات المطروحة عليه وذلك بغية الوصول للحقيقة من اجل اصدار حكم نزيه ومرض لجميع الاطراف وفي ذلك فإنه يمكن له بناء على طلب الخصوم او من تلقاء نفسه ان يأمر شفاهة او كتابة بأي اجراء من اجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون².

وهذا الاجراء يمكن الامر به في اي مرحلة كانت عليها الدعوى وبخصوص موضوع التعسف في استعمال الملكية فسنتقصر على ادلة الاثبات التي يلجأ اليها القاضي والتي تتمثل غالبا في طلب اجراء الخبرة والمعائنة³.

1 - المعائنة

المعائنة هي مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها ليساعدها على الفصل فيها اذا لم تجد

¹ - لحميم زليخة : " دور القاضي المدني في الاثبات في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد " ، دفتر

السياسة والقانون ، العدد الرابع ، جامعة ورقلة ، 2011 ، ص 193

² - المادة 75 من القانون 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر رقم 21 الصادرة بتاريخ 22 افريل 2008 .

³ - ان ادلة الاثبات التي نص عليها القانون المدني الجزائري في المادة 323 ومابعداها والمتمثلة في الكتابة - الشهادة - اليمين - الاقرار - القرائن لا تفيد هنا في موضوعنا لوجود طرق اخرى بديلة واكثر نجاعة خاصة ونحن نعالج اثبات واقعة مادية

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

في اوراق الدعوى مايكفي لذلك فالمحكمة هي التي تعين وترى الواقعة محل المعاينة رؤي العين¹.

والمعاينة تحصل في محل النزاع اذا كان عقارا وفي المنازعات المتعلقة بالحدود والمساقى وحقوق الارتفاق والملكية العقارية او عند حصول حريق او غرق الخ . وتحصل هذه المعاينة بمعرفة القاضي في المسائل البسيطة التي لا تحتاج الى كفاءات فنية خاصة والا فتحصل بفعل الخبير الفني كما في حالة مسح الاراضي والمقاسات وتقدير الاضرار².

وقد نص المشرع الجزائري على ان القاضي له امكانية اجراء المعاينة من تلقاء نفسه او بطلب من الخصوم مع الانتقال الى عين المكان اذا اقتضى الامر ذلك وتحديد مكان ويوم وساعة الانتقال . كما يمكنه تحديد التقنيين لمساعدته اذا اقتضى الامر ذلك ، كما يمكنه سماع أي شخص من تلقاء نفسه او بطلب احد الخصوم اذا رأى ضرورة لذلك³.

ويحرر محضر عن الانتقال الى الاماكن يوقعه القاضي وامين الضبط ويودع ضمن الاصول بامانة الضبط ويمكن الحصول على نسخ من هذا المحضر⁴ .

2 - الخبرة

يجوز لأي من الخصمين سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أو مت دخلا في الخصومة أن يطلب نذب خبير في الدعوى ليقوم بالعمل الذي يدعو الأمر الإستعانة

¹ - مراد محمود الشنيكات : الاثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني ، الطبعة الاولى - الاصدار الاول ، دار

الثقافة ، عمان الاردن 2008 ، ص 45

² - احمد نشأت : رسالة الاثبات - الجزء الثاني ، الطبعة السابعة ، د د ن ، د ب ن ، د س ن ، ص 434

³ - المادة 146 - 148 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

⁴ - المادة 149 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

برأيه، وعلى الطالب أن يبين الأسباب التي تستلزم الاستعانة بالخبير ونوع العمل المطلوب منه القيام به ، ومدى تأثيره في اتجاه المنازعة ووجه الحكم فيها ¹ .

ومتى ما استوفى تقرير الخبير الشروط و الاجراءات القانونية وقررت المحكمة التي انتدبته اعتماده في موضوع فأن تقرير الخبير هذا يصح ان يكون سببا في الحكم في مواجهة سائر الخصوم في الدعوى بوصفه دليلا من ادلة الاثبات وتكون له قوة السند الرسمي ² .

وفيما يخص حجية نتائج الخبرة فقد نص المشرع الجزائري في المادة 144 م ا على امكانية تأسيس حكم القاضي على نتائج الخبرة غير ان راي الخبير غير ملزم له وفي حالة استبعاد الخبرة فلا بد عليه من تسبيب حكمه .

✓ ثانيا : عبئ الاثبات.

للاثبات اهمية كبيرة من حيث من يقع عليه عبئ ذلك اذ ان من يعجز عن الاثبات يخسر دعواه ، لذا وزع المشرع الجزائري كغيره من المشرعين الى توزيع عبئ الاثبات بين كلا الخصمين انطلاقا من القاعدة التي مفادها ان البينة على من ادعى وليس المقصود به ان يكون هو من رفع الدعوى حتما انما هو من يدعي خلاف الوضع الثابت اصلا او عرضا او ظاهرا ³ .

ومن ناحية اخرى يقع على قاضي الموضوع عبئ البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح عليه ولا يحق للمتقاضين التدخل في ذلك ، كما ان استناد القاضي في حكمه الى الادلة التي يقدمها الخصوم يعني تقييده بوسائل الاثبات التي ذكرها المشرع على سبيل الحصر من ناحية والتزامه الحياد من ناحية ثانية ⁴ .

¹ - قروف موسى الزين : سلطة القاضي المدني في تقدير ادلة الاثبات ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بسكرة 2014 ، ص 233

² - مراد محمود الشنيكات : المرجع السابق ، ص 211

³ - محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني الجزائري - الجزء الرابع - الاثبات في المواد والتجارية ، الطبعة الاولى ، دار هومة ، الجزائر 2008 ، ص 30

⁴ - لحميم زليخة : المقال السابق ، ص 194

وبخصوص عبئ الإثبات في الحقوق العينية والتي ينطبق عليها موضوع التعسف في استعمال الملكية فالقاعدة احترام الوضع الظاهر وعليه ينتقل عبئ الإثبات من المدعي في الدعوى إلى المدعي في الدفع حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر دعواه¹.

وعليه فإنه في دعوى التعسف في استعمال الملكية يقع على المدعي أو الطرف المضرور اثبات الضرر في جانبه والعلاقة السببية بين الضرر وخطأ المسؤول عنه. في حين أن على المدعي عليه نفي العلاقة السببية أو اثبات عدم خطئه وكل ذلك يكون بجميع طرق الإثبات خاصة واننا امام واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق الإثبات.

❖ المطلب الثاني: الحماية القانونية ضد التعسف في استعمال الملكية .

بعد أن رأينا كيف تتحقق المسؤولية المدنية عن التعسف في استعمال الحق حسب المشرع الجزائري الذي اعتبره صورة من صور الخطأ التقصيري سنرى الجزاء الذي يترتب عن هذه الأخيرة والذي يتمثل في الدعوى المدنية من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة وذلك في فرعين مستقلين نخصص الأول للدعوى باعتبارها الوسيلة الأساسية لطلب الحماية القضائية والمآل الأخير للمسؤولية والثاني نخصصه للتعويض كوسيلة لجبر الضرر الناتج عن دعوى التعسف في استعمال الملكية .

➤ الفرع الأول : دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .

تعتبر الدعوى المدنية الوسيلة التي حددها القانون للوصول إلى عدالة الدولة ممثلة في المحاكم ، فهي وسيلة إجرائية منحها القانون للشخص بقصد اللجوء للقضاء طلباً لحماية مصلحته المشروعة ، وهي كذلك الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حق أو حمايته من خلال هذه الوسيلة المتمثلة في الدعوى².

وعليه فإن الدعوى هي المكنة أو الوسيلة القانونية الوحيدة لإيصال طلبات الطرف المضرور إلى جهات القضاء ما أجل استيفاء حقه تصبح الحياة ودونها تصبح الحياة

¹ - محمد صيري السعدي : الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص 34

² - سعاد عطية الدعالسة: الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص10-11.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

الاجتماعية تعم بالفوضى والظلم . فالدعوى اذن سلاح الطرف الضعيف وأمل المضرور في ارجاع حقه .

✓ أولا : شروط رفع دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية .

ان على كل طرف يرغب في اللجوء الى القضاء في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق للإزالة ما وقع به من ضرر أو تعويضه عنه أن تتوفر فيه جملة من الخصائص والشروط التي استجوبها المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية 08 - 09 والتي نصت عليها المادة 13 وهي شرطي الصفة والمصلحة اضافة الى شرط ثالث والذي يتمثل في الاهلية والذي عدده المشرع في القانون الجديد شرطا موضوعيا يترتب عن تخلف الدفع بالبطلان بعد أن كانت المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية والادارية القديم تعتبر هذه الشروط الثلاثة ضمن الدفع بعدم قبول الدعوى شكلا.

1- الصفة.

وهي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية¹.

فالصفة اذن رابطة قائمة بين المدعي والحق المعتدى عليه من جهة وبين المدعي عليه من خلال ارتباطه بهذا الاعتداء على الحق² ، ويجب ان ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة .

1- 1 - الصفة في المدعي .

وهنا نميز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي.

فالصفة في الدعوى تكون للمدعي في شخصه والذي يدعي حقا أو ضررا قد أصابه،

¹ - - بربارة عبد الرحمان: شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص34.

² - بارش سليمان: شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، الجزء الأول، د ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، د س ن، ص09.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

وأما الصفة في التقاضي فتكون للنائب عن المدعي بسبب عذر مشروع كالمحامي أو وكيله بموجب وكالة خاصة¹.

1- 2 - الصفة في المدعي عليه.

لا بد من توافر عنصر الصفة في المدعي عليه وان تعددوا حيث يجب رفعها ضد: من يكون معنيا بالخصومة ، ممن يجوز مقاضاتهم².

وعليه فالصفة نوعان:

الصفة العادية : وهي رابطة قانونية بين المدعي والحق المعتدى عليه، وهذه هي الصفة التي ترتبط بها المصلحة مباشرة ويترتب على انتفاءها عدم قبول الدعوى³.

الصفة الاجرائية : وهي التي تثبت للشخص الذي ينوب عن صاحب الحق في الدعوى الأصلية وهي فالصفة الاجرائية لا تعدوا ان تكون تمثيل قانونيا، وقد عبر عنها بعض الفقه المصري بالحلول الاجرائي.

2- المصلحة.

من المستقر عليه فقها وقضاء أنه لا دعوى دون مصلحة فهي اذن مناط الدعوى والمصلحة التي لا يحق لأحد رفع الدعوى دون توفرها هي المنفعة التي يحصل عليها الفرد من رفع الدعوى اذا نظرنا اليها من خلال الدافع الى رفع الدعوى، وكذلك تكون المصلحة هي الحاجة الى الحماية القضائية، لأنها ترتبط بالاعتداء على الحق أو التهديد بالاعتداء عليه اذا نظرنا اليها من خلال المقصد الى رفع الدعوى⁴.

ويرى جمهور الفقه ان المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى فالصفة في نظرهم تعادل المصلحة الشخصية والمباشرة بمعنى ان تحمي الدعوى حق رافعها او من

¹ - بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص35.

² - المرجع نفسه ، ص36 .

³ - بارش سليمان: المرجع السابق، ص 11 .

⁴ - فهد بن زين نافع السلمي: الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، 2008، ص13.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

ينوب عنه ، والاهلية شرط لصحة مباشرة الاجراءات امام القضاء وليست شرطا لقبول الدعوى¹.

ويجب أن تكون هذه المصلحة قانونية ومباشرة ومصلحة قائمة وحالة ومستمرة .

2 - 1 - أن تكون المصلحة قانونية.

يشترط في المصلحة أن تكون قانونية أي أن تستند الى حق أو مركز قانوني موضوعيا كان أو اجرائياً، حيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقريره أو دفع العدوان أو تعويض الضرر الأحق بالمضور².

2 - 2 - أن تكون المصلحة.

والمقصود بكون المصلحة مباشرة أن تكون الفائدة المرجوة من رفع الدعوى تعود مباشرة الى صاحب الحق محل الحماية سواء اكان هو رافع الدعوى أو ممثله القانوني³.

2 - 3 - أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة.

ومعنى ذلك أن يكون النزاع المعروض للقضاء للفصل فيه قد نشأ حقا، أي أن يكون الحق الذي يطلب المدعي حمايته قد أعتدي عليه بالفعل⁴.

كما أن المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد 08 - 09 قد اعتد اضافة الى المصلحة القائمة والحالة بالمصلحة المحتملة وذلك في المادة 13 منه بقولها ".....وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، كما أكد عليها في المادة 77 من ذات القانون اذ نص على أنه يمكن للقاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى أن يأمر بأي اجراء من اجراءات التحقيق بناء على طلب كل ذي مصلحة قصد اقامة الدليل

¹ - فارس علي عمر الجرجري : " الدفع بعدم قبول الدعوى "، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد العاشر ، العدد 37 ، جامعة الموصل 2008 ، ص 55

² - بوشير محمد أمقران: قانون الاجراءات المدنية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص38.

³ - سليمان بارش: المرجع السابق، ص15.

⁴ - محمد ابراهيمي: الوجيز في الاجراءات المدنية، الجزء الأول، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 25.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع وذلك بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال .

2 - 4 - أن تكون المصلحة مستمرة.

لكي تقبل الدعوى لا بد من أن تضل قائمة باعتبارها مبرر قيامها، وقيام المصلحة يقتضي قيام الاعتداء على الحق سواء أكان فعليا أو مجرد تهديد للحق¹.

3- الأهلية.

أهلية التقاضي هي صلاحية الخصم لمباشرة الدعوى أو للقيام بإجراءات التقاضي على وجه يعتد به قانونا، وأهلية التقاضي هي أهلية أداء والتي تعني صلاحية الشخص لصدور فعل يعتد به شرعا².

ويشترط في كل من المدعي والمدعى عليه أن يكون أهلا للقيام بالتصرفات الشرعية ولا تصح الدعوى الا من حائز التصرف، واما من ليس أهلا فيطالب بحقه ممثله الشرعي³.

وتعتبر الأهلية كما سبق القول وعلى رأي الكثير من الفقه شرطا لمباشرة اجراءات الدعوى وليست شرطا لوجودها، ذلك أن الحق في الدعوى ينشأ للقصر وعديمي الأهلية أيضا⁴.

وقد ساير المشرع هذا الاتجاه وذلك بأنه لم ينص على شرط الأهلية في المادة 13 والتي تناولت شروط رفع الدعوى ونقل موقعها من المادة 459 ق إ م القديم الى المادة 64 ق إ م الجديد في القسم الخاص بالدفع بالبطلان الموضوعي والتي حددت حالات البطلان في:

¹ - سليمان بارش: المرجع السابق، ص20.

² - اسراء واصف فايز مصلح: اجراءات السير في الدعوى الشرعية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015، ص31، هامش01.

³ - المرجع نفسه: ص32.

⁴ - سعاد عطية الدعالة: الرسالة السابقة ، ص15.

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

- انعدام الأهلية للخصوم.
- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

والتي يثيرها القاضي من تلقائيا ، وبالتالي فهي من النظام العام.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد ساير الطرح الحديث الذي يعتبر أن الشرطين الوحيدين هما الصفة والمصلحة ، ويرى الأستاذ شوقي بناسي أن المشرع فعل ذلك للأسباب التالية¹ :

من ناحية أولى : الأهلية شرط لمباشرة الدعوى في حين أن الصفة والمصلحة شرطان لقبولها.

من ناحية ثانية : التمسك بعدم توافر الأهلية يكون بالدفع بالبطلان بينما التمسك بعدم توافر الصفة والمصلحة يكون بالدفع بعدم القبول.

من ناحية ثالثة : يترتب على فقدان الأهلية انقطاع الخصومة بينما انقطاع الصفة أو المصلحة يترتب عنه عدم قبول الدعوى.

من ناحية رابعة : إن القول بأن الأهلية شرط من شروط الدعوى يقود الى نتيجة غير منطقية إجرائيا وهي حرمان فاقد الأهلية من التقاضي في حين أن ذلك ينشأ بمجرد الاعتداء عليه.

✓ **ثانيا : الاختصاص القضائي بنظر دعوى التعسف في استعمال الملكية .**

ويقال ايضا ولاية القضاء وهو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة منشورة امام المحاكم وفقدان هذه السلطة يؤدي الى عدم الاختصاص ، والمحكمة التي لها الاختصاص هي التي يجوز لها الفصل في قضية معينة وحسب نص معين واحكام هذا الاختصاص هي القواعد التي تحدد ولاية المحاكم على حسب اختلافها² .

¹ - شوقي بناسي: الإجراءات المدنية، الجزء الأول، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 194.

² - الغوثي بن ملحة : القانون القضائي الجزائري ، الطبعة الثانية ، الديوان الوطني للاشغال التربوية ، الجزائر 2000 ، ص 178 ،

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

والاختصاص نوعان نوعي ومحلي (اقليمي) .

1 - الاختصاص النوعي

يتعلق بالجهة القضائية التي لها الصلاحية القانونية للنظر والفصل في نوع النزاع حسب نوعية النزاع المطروح عليها¹ .

وفيما يخص الاختصاص النوعي بقضايا التعسف في استعمال حق الملكية فإنه باستقراء احكام الاختصاص في ق ا م ا الجزائري تعتبر المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام والتي تتشكل من اقسام او اقطاب متخصصة تفصل في جميع القضايا والتي من بينها القضايا المدنية والعقارية² .

غير انه وباعتبار التعسف في استعمال الملكية يمس حق الملكية في ذاته فان دعوى المسؤولية فيه يختص بالنظر فيها القسم العقاري حيث نص المشرع الجزائري في المادة 512 ق ا م ا على ان القسم العقاري ينظر على الخصوص في قضايا محددة والتي اولها حق الملكية والحقوق العينية الاخرى . ونستنتج من ذلك ان كل ما يمس موضوع الملكية يختص به القسم العقاري وسواء كان موضوع التعسف هنا مضار الجوار غير المألوفة او قيود الارتفاق فأنها تتعلق مباشرة بالملكية العقارية ولا يمكن تصورها في غير العقار .

غير ان الاشكال الذي قد يقع فيه الطرف المتضرر من تعسف الغير في استعمال حق الملكية والذي غالبا ما يكون الجار هو الخطأ في رفع الدعوى وتأسيسها امام قسم اخر غير مختص عادة ما يكون القسم المدني ففي هذه الحالة نحن امام حلين قانونيين هما :

¹ - الهادي دالي : البسيط في قانون الاجراءات المدنية الجزائري ، د ط ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2003 ، ص

² - المادة 32 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

• الحل الاول : ما نص عليه المشرع الجزائري من تطبيق الاحالة حيث انه اذا تم جدولة قضية امام قسم غير معني بها يحال الملف الى القسم المعني عن طريق امانة الضبط ، بعد اخبار رئيس المحكمة مسبقا¹.

• الحل الثاني : في المحاكم التي لم تنشأ فيها اقسام مختصة يبقى القسم المدني هو صاحب الولاية العامة في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية².

غير ان التساؤل هنا هو مدى عدم تطبيق الاحالة خاصة وان الذي يفصل في الاعلى يفصل في الادنى خاصة في ظل عدم وجود الزامية على القاضي بأجراء الاحالة.

وتفصل هذه المحاكم باعتبارها جهات قضائية ابتدائية في جميع الدعاوى بأحكام قابلة للاستئناف³ . وذلك امام الغرفة المختصة من المجلس القضائي التابعة له محكمة الدرجة الاولى بالموازاة مع نفس القسم الذي اصدر الحكم .

ويعتبر الدفع بعدم الاختصاص النوعي من النظام العام يجوز اثارته في اي مرحلة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها .

2 - الاختصاص الاقليمي :

ويحدد الجهة القضائية التي لها الصلاحية القانونية بالذات حسب موقعها الاقليمي لموقع الحق المطالب به او بالنسبة لموطن المدعى عليه⁴.

فقواعد الاختصاص الاقليمي او المحلي اذن تتعلق بالتوزيع الجغرافي للمحاكم على مستوى التراب الوطني .

¹ - المادة 32 فقرة 5 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

² - المادة 32 فقرة 4 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

³ - وتكون الاحكام القضائية الصادرة عن محاكم اول درجة ابتدائية نهائية اي غير قابلة للاستئناف اذا لم تتجاوز قيمتها 200.000 دينار جزائري

انظر المادة 33 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

⁴ - الهادي دالي : المرجع السابق ، ص 10

2 - 1 - القاعدة العامة

ان القاعدة الاساسية في الاختصاص المحلي هي ان المدعي يسعى الى المدعى عليه في اقرب المحاكم الى موطنه وهي تتأكد بأن الادلة التي تدعم صاحب الحق قد توجد بدائرة المحكمة التي يقع بها موطن المدعى عليه كما تنطلق من قاعدة قديمة مفادها ان الدين مطلوب وليس محمول¹.

وقد تبنى المشرع الجزائري على غرار اغلب التشريعات الاخرى هذه القاعدة في ق ا م ا الجديد في المادة 37 منه التي تنص على انه يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه .

2 - 2 محكمة موطن العقار

خرج المشرع فيما يخص الدعاوى المتعلقة بحقوق عقارية عن القاعدة العامة وذلك في المادة 40 ق ا م ا التي اسندت الاختصاص في المواد العقارية او الاشغال المتعلقة بالعقار الى محكمة موطن العقار دون سواها .

وفي ما يخص الاختصاص الاقليمي بدعوى التعسف في استعمال الملكية فينظر فيها هنا الى طبيعة الحق موضوع النزاع المعروف فاذا كان عقارا مثل الدعاوى التي يكون موضوعها مضار الجوار غير المألوفة او حقوق المرور والحائط الفاصل فهذه لا شك انها تتعلق بعقار ومن ثم فالجهة المختصة هي محكمة موطن العقار . واذا كانت غير ذلك فيرجع للقاعدة العامة اي موطن المدعى عليه .

ويعتبر الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي متعلقا بالنظام العام والاتفاق على محكمة غير التي نص عليها المشرع لاغيا وعديم الاثر الا فيما بين التجار فقط² .

¹ - الغوثي بن ملحة : المرجع السابق ، ص 198

² - المادة 45 من قانون ا م ا 08 - 09 السابق ذكره

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

➤ الفرع الثاني : التعويض عن التعسف في استعمال الملكية .

بعد إقامة دعوى المسؤولية وقبولها من قبل القضاء يكون حكم التعويض عن الضرر المعنوي حكما منشأ يلزم فيه تحديد طريقة التعويض ومقداره وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع .

✓ أولا : طريقة التعويض.

تنص المادة 132 مدني جزائري على " : يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح ان يكون التعويض مقسطا، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا " .

ويتضح من خلال النص ان القاضي يحدد طريقة التعويض والاصل ان يكون نقدا، والتعويض بالمعنى الواسع اما ان يكون عينيا، وهو التنفيذ العيني واما ان يكون تعويضا بمقابل وهذا التعويض قد يكون غير نقدي او تعويض نقدي¹ .

1 - التعويض العيني.

وهو ما يطلق عليه بالتنفيذ العيني² وهو الوفاء بالتزام عينا أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ومحل الالتزام بهذا التعويض قيام المدين به والمسؤول عن فعل الضار، بأدائه للدائن المضرور يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار، وقد نصت على هذه الطريقة من تعويض الضرر بنوعيه المادي والأدبي³ المادة 132 ق م ج

¹ - محمد صبري السعدي : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 156

² - يرى بعض شراح القانون المدني انه يتم الخلط بين مصطلح التعويض العيني Reparation En Nature و التنفيذ العيني Execution En Nature فالتعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية ولا يكون في المسؤولية التقصيرية الا استثناءا ، والتنفيذ بمقابل هو الأصل في المسؤولية التقصيرية .

انظر د ، مقدم سعيد : مقدم سعيد : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، د ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1992 ، ص178

انظر ، نصير صبار لفته : الرسالة السابقة ، ص 75 وما بعدها .

³ - اسامة السيد عبد السميع : المرجع السابق ، ص 261

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

....."تبعاً للظروف وبناءاً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه".....وللتعويض العيني شروط يجب توافرها¹.

وإذا كان التعويض العيني هو الأصل، فإنه ترد عليه أربعة استثناءات يهمنها منها الإستثنائين التاليين²:

- إذا كان التعويض العيني غير ممكن من الناحية الانسانية اقتصر التعويض على المقابل، فتسبب الاضرار للجيران نتيجة اعمال مادية لا يمكن تحملها مثل الضجيج والازعاج وعدم تمكين الجيران من النوم كلها اضرار معنوية لا يمكن ان يكون تعويضها عينا لذا نلجأ الى طريق التعويض بمقابل.
- اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة نسبية بالنسبة للمدين في القيام بعمل و الامتناع عن عمل.

ومن صور التعويض العيني للضرر الناتج عن التعسف في استعمال الملكية التعويض عن الضرر الادبي الذي قرره الفقهاء من إزالة مصدره، الذي يتمثل في

¹ - تتمثل هذه الشروط في :

- ان يكون التنفيذ العيني ممكنا .
- مطالبة من وقع عليه الضرر بالتعويض العيني او يتقدم به المسؤول عن الضرر .
- عدم ارهاق المدين عند المطالبة بالتعويض العيني .
- ان يكون التعويض العيني ملائما لما تقتضيه الظروف .
- اعدار المدين .
- ان لا يكون قد سبق التعويض عنه .

- انظر عبد الله مبروك النجار : الضرر الادبي ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون ، د ط ، دار المريخ الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 1995 ، ص 314 - 315 - 316

- انظر كذلك : أسامة السيد عبد السميع : المرجع السابق ، ص 266 - 271

² - يتمثل الاستثنائين الآخرين في :

- اذا كان التنفيذ العيني قد اصبح مستحيلا في الالتزام العقدي حين يكون محل الالتزام عينا معينا بالذات وهلكت هذه العين

- اذا كان في التنفيذ العيني اخلاص بمبدأ الفصل بين السلطات .

- انظر علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر ، 1994 ، ص 205 . 208

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

الوسائل التي يمكن أن يعتدى الجار على حق جاره في الخصوصية ، ولئن كانت الفروع الفقهية الواردة في هذا الخصوص تقتصر - بحكم الظروف التي صنف فيها مصادرها العلمية - على الأسباب البسيطة التي تؤدي إلى أذى الجار، مثل أحداث شباك في البناء أو أحداث فتحة يمكن ان يطل منها عورات جاره ، كالنظر إلى النساء في صحن الدار أو المطبخ أو البئر اللائي يجتمعن عنده لاغترف الماء وهو مما جرت العادة بأن يقوم به النساء¹ .

2 - التعويض بمقابل

وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية. فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض. وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً، وإن كان هو الغالب. فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى. على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه².

غير أن التعويض النقدي هو الحكم الغالب في المسؤولية التقصيرية ، إذ أن كل أنواع الضرر، حتى الضرر الأدبي يمكن تقويمه بالنقد، وهذا النوع من التعويض أكثر ملائمة لإصلاح الضرر الناتج عن العمل غير المشروع³.

وعليه فنحن أمام طريقتين للتعويض بمقابل:

2 - 1 - التعويض غير النقدي

قد يتعذر على المحكمة في بعض الحالات أن تحكم بالتعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية ، ولا يبقى أمام المحكمة إلا أن تحكم بالتعويض بمقابل غير نقدي، وليس ثمة ما يمنع قانوناً من حصول ذلك، إذ يجوز في المجال التعاقدى طبقاً للمادة 119 م ج " أن يطالب الدائن المدين الذي لم يوف بالتزامه بعد إعداره بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

¹ - عبد الله مبروك النجار : المرجع السابق ، ص 320 - 324

² - عبد الرزاق السنهوري : المجلد الاول ، المرجع السابق ، ص 1093

³ - محمد صبري السعدي : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 158

2 - 2 - التعويض النقدي

على عكس المسؤولية العقدية فإن المسؤولية غير العقدية يكون الأصل في محل التعويض فيها نقدا ، وذلك طبقا لما تقرره المادة 132 / 2 : " ويقدر التعويض بالنقد ... " والواضح أن كل ضرر بالإمكان تقويمه نقدا حتى الضرر المعنوي الذي لا يخضع القاضي في تقديره لرقابة المحكمة العليا، أما بخصوص المسؤولية العقدية فإنه متى شكك التنفيذ العيني إرهاقا بالنسبة للمدين أو مساسا بحريته الفردية ، أو أصبح مستحيلا بفعل المدين جاز للمحكمة. القضاء بالتعويض النقدي بعد إعدار المدين ، والتعويض النقدي قد يتم في صورة مبلغ يدفع مرة واحدة، أو يدفع على أقساط ، وقد يكون في صورة مرتب لمدى الحياة *rente viagère* وقد قضت المادة 132 / 1 مدني جزائري بأنه اذا كان التعويض مقسما أو إيرادا مرتبا ، فإنه يجوز إلزام المدين بتقديم تأمين ، وذلك حتى يكون السداد مضمونا. وقد يتم التعويض في صورة أسهم أو سندات ، وقد يتم في صورة تقديم حق عيني للمضروب، كحق انتفاع أو استعمال¹ .

✓ ثانيا : تقدير التعويض.

ان التعويض المستحق عن الضرر الناجم عن التعسف في استعمال حق الملكية له مصادر يتحدد انطلاقا منها ، كما ان له عناصر تدخل وتتحكم في تقديره خاصة اذا كان مصدره القضاء.

1 - مقدار التعويض

حسب المادة 182 ق م ج فإن التعويض بصفة عامة له ثلاثة مصادر هي القانون و الاتفاق والقضاء .

وسنقتصر في هذه الدراسة على التعويض القضائي الذي هو اساس التعويض في المسؤولية التقصيرية ،

¹ - علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 210

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

ان كان تقدير القضاء التعويض لمقدار التعويض هو الاصل في المسؤولية التقصيرية وهو الغالب في المسؤولية العقدية . اذا لم يكن التعويض قد حدده القانون و لم يكن ثمة اتفاق على تقديره ، فان قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى هو الذي يقدر التعويض حسب المعايير التي سبق الإشارة إليها ، وقد نصت المادة 131 ق.م بقولها "يقدر القاضي مدى التعويض..." و ما يستوجب اخذه في الحسبان أيضا من طرف القاضي هو وقت تقدير الضرر اذ العبرة فيه تكون من يوم صدور الحكم لا من تاريخ وقوع الفعل الضار ، ولقد استقر القضاء الفرنسي على فعل ذلك منذ القرار الشهير الصادر في 1943/07/15 الذي جاء فيه " ان تقدير التعويض يجب ان يتم يوم صدور الحكم و يستوي ان تكون المسؤولية عقدية او تقصيرية " ¹ .

2 - عناصر التعويض

ان القاضي وهو بقدر التعويض لا يكون ذلك جزافا انما يكون بناء على عناصر معينة يتم مراعاتها وتحري وجودها حيث ان مهمة القاضي في تحديد مقدار التعويض تبدأ بالتأكد من شروط الضرر المستوجب للتعويض ثم البحث بعد ذلك في الملف المعروض امامه ودراسة مجريات القضية وتحليل عناصرها للوصول الى تعويض عادل ومكافئ للضرر الحاصل ومرض للطرف المضرور من جهة، ويكون جزاء للمسؤول عن خطأه .

ومن اجل ذلك فان الفقه والقضاء والتشريع حاول وضع أسس يقوم عليها تقدير التعويض عن الضرر بصفة عامة ، وهذه الأسس فرضتها طبيعة الضرر من ناحية والطبيعة الإنسانية من ناحية أخرى ولا يوجد ما يمنع من الاخذ بهذه المعايير فيما يخص الاضرار الناجمة عن التعسف في استعمال الملكية فكونها ناتجة عن التعسف او أي نوع اخر من الاخطاء لا يغير من طبيعتها كأضرار .

2 - 1 - الظروف الملازمة

ويقصد بالظروف الملازمة تلك التي تلابس المضرور وليس المسؤول، وذلك لان التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي لحق المضرور بالذات ، ومن ثم فهو يقدر على

¹ - زواي حكيم : المسؤولية المدنية عن فعل القاصر ، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 2009 ، ص 216

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

أساس ذاتي لا موضوعي . وتتعلق هذه الظروف الشخصية بحالة المضرور الصحية والعائلية والمالية ، ويجب على القاضي ان يدخل الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور عند تقدير التعويض اللاحق به¹ .

2 - 2 - الضرر المتغير

فأما ان يكون التغير قد حدث بعد الحكم بالتعويض فيكون للمضرور الحق في طلب تعويض تكميلي يناسب مقدار الزيادة في الضرر ، دون ان يكون للمسئول إن يحتج بقوة الأمر المقضي ، إذ انه يطلب تعويضا عن ضرر لم يكن قد تحقق عند الحكم إذا حصل هبوط أم ارتفاع في أسعار العملة أو كلفة المعيشة فلا يجوز للمتضرر أن يطلب تعديل مقدار التعويض الذي حكم له به . لكن إذا إتضح أن الضرر قد تفاقم بعد صدور الحكم بالتعويض ، جاز للمتضرر أن يطالب بالتعويض عن تفاقم الضرر، لكن لا يحق للمحكوم عليه أن يطلب إنقاص المبلغ المحكوم به إذا تبين أن الضرر هو أخف من الضرر الذي حكم بالتعويض عنه ، أو أنه خف بسبب عمليات جراحية لاحقة² .

¹ - عباشي كريمة : الضرر في المجال الطبي ، رسالة ماجستير ، جامعة تيزي وزو ، 2011 ، ص 148

² - يوسف نجم جبران : النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1981 ، ص 271 .

خلاصة الفصل الثاني.

مكن القانون تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الملكية للجار المتضرر حق المطالبة بتعويض ما اصابه اذا تجاوز الحد المألوف .

لم يتناول المشرع الجزائري مفهوم الجوار كقاعدة عامة ان التشريع لا يتناول التعريفات إلا انه ونظرا لأهمية ظاهرة الجوار في الحياة الاجتماعية وما قد يترتب عنها من اضرار فقد اعتمد على ضوابط يمكن بها للقاضي تحديد الضرر غير المألوف والتي تمثل حسب المادة 691 ق م ج في العرف وطبيعة العقارات وموقع كل عقار بالنسبة للأخر والظروف الشخصية للطرف المضرور .

حتى يطالب الجار المتضرر بحقه عما اصابه من ضرر فلا بد من ان تتوافر فيه شروط خاصة تجعل منه غير مألوف وتتمثل في الاستمرارية وان يكون نشاط ضار حكما والتجاور في العقارات وتدخل الجار لإحداثه .

اسند المشرع مضار الجوار غير المألوفة لنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك على اعتبار ان الضرر غير المألوف يعد معيارا اخر لمعايير التعسف المذكورة في المادة 124 مكرر

تعتبر قيود الارتفاق سواء كانت متعلقة بالعقارات متمثلة في قيود المرور والمطلات والمناور والحيطان المشتركة او متعلقة بالمياه متمثلة في حقوق الشرب والمجرى والمسيل ، حقوق متعلقة بالانتفاع بالشيء واستغلاله فهي مرتبطة بحق عيني اصلي هو الملكية مما يترتب عن سوء استعمالها فعلا تعسفا قد يحدث اضررا بالغير .

يترتب عن التعسف في استعمال الملكية قيام المسؤولية المدنية التقصيرية على اساس ان من احدث ضررا بالغير يكون مسؤولا عن تعويضه وذلك لا يكون إلا بتوافر اركان المسؤولية وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية .

قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية بأركانها يستوجب اثبات هذه الاخيرة باعتبارها واقعة مدنية والذي غالبا ما يكون بإحدى وسائل التحقيق المنصوص

الفصل الثاني مجال التعسف في استعمال الملكية

عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وهي الخبرة والمعابنة والتي تناسب المسؤولية عن التعسف في الملكية .

تعتبر الدعوى الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الطرف المضرور واقتضاء تعويض مناسب عما اصابه اذا كان ذا صفة وله مصلحة في رفعها امام الجهات القضائية المختصة .

ان التعويض الذي يحكم به قاضي الموضوع سواء نقدي او غير نقدي يكون مناسباً للضرر الحاصل وجبراً له كنتيجة حتمية لفض النزاع القائم وردع المسؤول وردة عن فعله التعسفي .