



جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

حماية الحقوق العينية الأصلية في

تنازع القوانين

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الدولي الخاص

تحت إشراف الأستاذ:

- د/ قتال حمزة

من إعداد الطالب:

- كركود اسامة

لجنة المناقشة

الأستاذ: د/ دعاس كمال.....جامعة البويرة.....رئيسا

الأستاذ: د/ قتال حمزة.....جامعة البويرة.....مشرفا ومقررا

الأستاذ: د/ مزهود حكيم.....جامعة البويرة.....مناقشا

تاريخ المناقشة: 2020/02/12

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

مقدمة:

يعتبر الحق السلطة التي يقرها القانون لصالح الاشخاص باعتبارهم افراد من المجتمع فلهم الحق باقتضائهم حقوقهم بالطرق الودية لصون حريتهم وحقوقهم لكن في حالة عدم القدرة على حل نزاعاتهم بعذه الطرق لنيل مبتغاهم لذلك لجؤو الى القانون فلا يمكن تصور وجود الحق بغير القانون فاذا وجد الحق وجد القانون لان الحقوق تنفرع عن القانون والقانون جاء ليقرر الحقوق ويحميها بخصوص الحق وفرض احترامه هو مهمة القانون ووسيلته في تنظم الروابط الاجتماعية اذ يقر ان لصاحب الحق اللجوء إلى القضاء ويكون ذلك في الدعوى القضائية.

هذا وتعد الضمانات القانونية للتقاضي من المبادئ الأساسية التي أرستها القوانين، على أساس أن التقاضي يعد الملجأ الأخير للأشخاص لصون حريتهم وحقوقهم، فلأشخاص الحق في اقتضاء حقوقهم بالطرق الودية، أما في حالة عدم القدرة على حل النزاع بالطرق الودية، فالقانون يلزمهم باللجوء إلى القضاء، إلا انه لو ترك للأشخاص استرجاع حقوقهم بأنفسهم لعمت الفوضى في البلاد واصبحنا كقانون الغاب .

فالحق لا فائدة منه، إذا لم يكن في وسع صاحبه أن يحميه، والوسيلة التي أقرها القانون لصاحب الحق للجوء إلى القضاء و تكمن في الدعوى القضائية، حيث بالرجوع إلى ق إ م إ نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الدعوى القضائية، لذا نرجع عند تعريفها إلى التعاريف الفقهية.

لقد قام الفقهاء بتعريفها بأنها "الوسيلة التي حولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته"، كما عرفها الفقه القديم والحديث بأنها "سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته"، ويعرفها " بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء

يقصد الوصول إلى احترام القانون"، وبهذا المعنى يعرفها 'ديجي' بأنها "حماية لقاعدة مقررة في القانون".

وباعتبار أن وسائل حماية الحق تنقسم إلى عدة أنواع، وأساس التقسيم هو طبيعة الحق محل.

حيث تم تقسيم الحق إلى تقسيمات عديدة منها الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، اما الحقوق العينية الاصلية فهي سلطة مباشرة للشخص على شيء معين¹. وذلك كما عرفه السنهوري ويتفرع عنه الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية وهذه الاخيرة هي التي تستند في وجودها الى وجود الحق الشخصي المقررة لضمان الوفاء به كحق الرهن وحق الامتياز²

وتكمن الأهمية العملية لهذا الموضوع في كون النزاعات التي موضوعها الاعتداء على الحق العيني شائعة في الواقع، فأغلب المنازعات القائمة بين الأشخاص تدور حول الاعتداءات و الاغتصاب وغيرها من النزاعات.

لهذا ذهب المشرعون الى وجوب العمل على إيجاد وسائل قضائية تؤدي الى وضع حد لهذه النزاعات، كما يتجلى موضوع بحثنا على الجانب التطبيقي الواقعي للمواد القانونية.

أما الأهمية النظرية له فتتمثل في استكمال النقص الموجود على مستوى الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، لهذا موضوع دراستنا جدير بالبحث والدراسة لارتباطه المباشر بحماية الحقوق العينية الاصلية للأشخاص.

¹ عبدالرزاق السنهوري احمد، السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، ج8، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان، 1998 ص 209

² علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2005 ص 8.

كما يكمن الهدف من دراسته في الكشف عن الوسائل التي تحمي الحقوق العينية الأصلية والنظام القانوني الخاص بها.

وموضوع دراستنا هو الحقوق العينية الأصلية و وسائل حمايتها فالحقوق العينية اصلية هي تلك الحقوق العينية التي تقوم بذاتها ولا تستند في وجودها الى حق اخر فهي مقصورة لذاتها بما تمنحه لا صاحبها من السلطات على الشيء المادي فتنشأ مستقلة وغير تابعة لحق اخر فتتنوع فإختلاف مضمونها لما تمنحه لا صاحبها من السلطات وهذه الحقوق تتمثل حق الملكية والحقوق المتفرعة عن هذا الحق، أي انه يقصد بها تلك الحقوق العينية التي تقوم بذاتها ، ولا تستند في وجودها إلى حق آخر فهذه الحقوق مقصودة لذاتها بما تمنحه لأصحابها من سلطات على الشيء المادي ، فتنشأ مستقلة وغير تابعة لحق آخر.

فالحقوق العينية الاصلية تتمثل في حق الملكية وتعتبر هي اوسع الحقوق نطاقا، اضافة الى ذلك الحقوق المتفرعة عنها كحق الانتفاع و حق الارتقاء وحق السكنى، فهذه الحقوق لا يجوز للغير الاعتداء عليها لأنها حقوق مانعة، فقد اعطى القانون وسائل خاصة لصاحب العيني الاصيلي ليلجأ بواسطتها الى القضاء ليطلب بحماية حقه عند الاعتداء على هذا الحق .

فما المقصود بحق الملكية وماهي الحقوق المتفرعة عنها؟ وان كان اهتمامنا بالحقوق العينية الأصلية بالغ الاهمية فما هي الوسائل القانونية لحماية الحقوق العينية الأصلية في إطار تنازع القوانين؟

لغاية الإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على منهج تحليلي لمحل دراستنا، فارتأينا أن تكون دراسة هذا الموضوع بتقسيمه للفصلين التاليين:

- الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق الملكية.
- الفصل الثاني: وسائل حماية الحقوق العينية الأصلية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لحق الملكية

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق الملكية

لقد مرت الملكية على عدة مراحل في تطورها، فقد بدأت ملكية جماعية للقبيلة، إذ كان أفراد القبيلة يشتركون في ملكية الأرض وما فيها من ثروات وغير ذلك، إلا إن تطور الحضارة من حضارة بدوية الى حضارة زراعية نتج عنه تطور الملكية من قبلية الى عائلية، وقد استمر تطور الملكية الى أن أصبح ملكية فردية (خاصة) ثم بدأ التعرف على احترام حق الملكية وتقديسه ، ولقد كانت للتطورات الاقتصادية والاجتماعية و الفكرية اثر هام في توجيه حق الملكية وجهة اجتماعية ، والأصح قول إن الملكية وظيفية اجتماعية وعليه فان الملكية ذات وظيفة اجتماعية ، وفي نفس الوقت ذات صفة فردية ، لذا فان إلغاء الملكية الفردية يعد أمرا مناقضا للفطرة الإنسانية المحبة للملك و سوف ندرس في هذا الفصل حق الملكية (المبحث الأول) و الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية (المبحث الثاني)¹

المبحث الأول: حق الملكية

حق الملكية من الحقوق العينية الاصلية وتعتبر اوسع هذه الحقوق نطاقا وسنحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم حق الملكية وخصائصها وعناصرها في المطلب الاول و القيود الواردة عليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية حق الملكية

لغرض تحديد حق الملكية تحديدا وافيا فإننا سوف نتحدث في ثلاثة فروع من تعريفه (الفرع الاول) وخصائصه (الفرع الثاني) وعناصره (الفرع الثالث).

¹ - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، ط1، دار الثقافة، عمان، ص 11.

الفرع الأول: تعريف حق الملكية

لقد نصت المادة 802 من القانون المدني اللبناني في تعريف حق الملكية بوجه عام على ما يلي " لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق إستعماله وإستغلاله و التصرف فيه " ويمكن إستخلاص تعريف حق الملكية من هذا النص على ان حق ملكية الشيء هو حق الإستئثار بإستعماله وإستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك في حدود القانون¹.

أي ان حق الملكية يخول لصاحبه عناصر ثلاثة وهي: الإستغلال و الإستعمال و التصرف، وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الثالث.

وتقسم الأموال من حيث مدى قابليتها للتملك الى ثلاث أنواع مال لا يقبل التملك مطلقا وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والانهار والحدائق العامة وغير ذلك، ومال لا يقبل التملك الا بمسوغ شرعي كالأموال الموقوفة والاملاك بيت المال واملاك بيت المال، ومال يقبل التملك مطلقا وهو ما يرد على رقة الشيء ومنفعته معا. ومالك ناقص، وهو ما يرد على رقة الشيء او على منفعته أي ما ان يكون ملك رقة او ملك منفعة²

كما عرفت المادة (1018) من القانون الفرنسي حق الملكية بأنه: "...سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة و استغلالا..." و توضيحا لهذا التعريف ذكره الفقرة الثانية من هذه المادة بان "...لمالك الشيء وحده ان ينتفع بعين المملوكة و ثمارها و نتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعا..." وتعقيا على ما ورد في هذا النص نورد الملاحظتين التاليتين:

¹ - أنظر: السنهوري أجمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8 حق الملكية، منضورات الحلبي بيروت، لبنان، ص493 .

² - هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص13.

1 - نرى أن المشروع الفرنسي بعدما عرف حق الملكية، حاول في فقرة الثانية تلافي ما حصل في هذا التعريف من قصور من خلال إضافة خاصة مهمة من خلال خصائص حق الملكية وهي كونه إستثنائيا مقصورا على المالك وحده، كما حاول فيها أن ينفي عن حق الملكية صفة الإطلاق التي تعد من نتائج الفكر الفردي الذي يرى في حق الملكية الخاصة حقا مقدسا. ولكن هذه المحاولة التي بدورها لا تسلم من نقد لأنها أحدثت تناقضا في تناقضا في التعريف، فالفقرة الأولى تثبت صفة الإطلاق، و الفقرة الثانية تنفيها . فضلا عن ذلك كان الأولى استخدام العبارة (العبارات الجائزة) فقط دون وصفها بعبارة (شرعا) ،، لان هذا الوصف قد يوحي بأن المالك يكون مقيدا في تصرفاته بالقيود الشرعية دون القيود القانونية، وكان المفروض أيضا ايراد هذا القيد على سلطات المالك الثلاثة وهي التصرف والاستغلال والاستعمال دون قصره على التصرف.¹

2 - كما أن المشرع ذكر في الفقرة الأولى عبارة (منفعة) وفي الفقرة الثانية عبارة (ينتفع) وهاتان العبارتان تشملمان سلطتي المالك في الاستغلال والاستعمال ، وعليه كان يفترض الاكتفاء باحدهما ، كما انه لم تكن هناك من حاجة لذكر عبارة الاستغلال في الفقرة الأولى إنطلاقا مما سبق هناك من اقترح تعريفا لحق الملكية، فهي سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله في حدود القانون استعماله والتصرف فيه.²

الفرع الثاني: خصائص حق الملكية

يتميز حق الملكية بخصائص عديدة منها خصائص مشتركة بين سائر الحقوق العينية كوروده على شيء مادي معين وتخويله ميزتي التتبع والتقدم ،ومنها خصائص ينفرد

¹ - هادي العبيدي الحقوق العينية، مرجع سابق، ص14.

² - هادي العبيدي الحقوق العينية، مرجع نفسه، ص14-15.

بها دون سواه وهي كونه حقا جامعا مانعا دائما . وسوف نقصر على بحث الخصائص التي ينفرد بها حق الملكية¹ .

1- الملكية حق جامع:

ترد الملكية على شيء معين، وتخول لصاحبها جميع السلطات عليه : من استعمال واستغلال وتصرف فالملكية اوسع الحقوق العينية جميعا ذلك أن الحقوق العينية الاخرى تخول صاحبها بعض هذه السلطات دون البعض الآخر منها ، كحق الانتفاع الذي يشمل سلطتي الاستعمال والاستغلال دون التصرف، بينما يتسم حق الملكية بالشمول، حيث يجمع بين يدي المالك كل السلطات المتصور ورودها على الشيء، والطابع العيني لحق الملكية يخول صاحبه مكنة الاحتجاج به ضد الكافة، فليس لصاحب اي حق عين اخر على الشيء كل هذه السلطات جميعا بل لا يكون له الا بعضها ثم إن للمالك ان يصنع بملكه ما، إلا ما منع القانون و يترتب على ان الملكة حق جامع أمران:

الأول: إن الأصل في حق المالك أن يكون جامع لكل السلطات ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا ومن يدعي ان له حق في ملك الغير كحق الانتفاع او غيره فعليه هو لا على المالك يقع عبئ الإثبات .

الثاني: أن أي حق يتفرع على الملكية يكون عادة مؤقتا فحق الانتفاع وما يلحقه من حق الاستعمال وحق السكن هما بالضرورة حقوق مؤقتة ولا يجوز ان تجاوز مدتها حياة اصحابها وغيرها فمتى تقرر ان الحقوق المتفرعة عن الملكية هي حقوق مؤقتة على النحو الذي رأيناه فان اي حق منها متى استوفى مدته ارتد حتما ويحكم القانون الى الملكية فيعود لحق الملكية ماكان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه ذلك بان حق الملكية حق جامع كما ذكرنا فانه يعود الى جنيع ما تفرع عنه من حقوق بعد ان تستنفذ هذه الحقوق

¹ - هادي العبيدي الحقوق العينية، مرجع سابق، ص15.

مدة بقائها فاذا استنفذ حق الانتفاع مثلا مدة بقائه ارتد الى الرقبة وعادت الملكة كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنه.¹

2- الملكية حق مانع :

معناه أن الملكية قاصرة على المالك فلا يجوز للغير الانتفاع بالشيء او استعماله الا باذنه ورضاه فيما يعرف بالملكية الشائعة فلا يسقط الحق ابا لعدم الاستعمال لفترة من الزمن طالمت ام قصرت بخلاف الحقوق العينية الاخرى . المالك وحده يستأثر بمزايا ملكه دون سواه ومن حقه ان يمنع اي شخص يريد مشاركته في ذلك وان لم يلحقه ضرر من هذه المشاركة وترد عليه بعض الاستثناءات التي سنبحثها في موضوع القيود . ويرى البعض ان هذه الخاصة لا تقتصر على حق الملكية فقط فكذا المساجد ينتفع وحده بالمأجور² .

ويترتب على ان الملكية حق مانع ان الشيء الواحد لا يمكن ان يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد ،يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع ،لكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله بل يملك جزءا شائعا منه فلا يجوز ان يملك كل من الشخصين البناء كله لكل منهما طبقة دون ان يملك كل البناء ولو أمكن تصور ان يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد لما كانت الملكية حقا مانعا اذ هما لم تمنع ان يوجد الى جانب مالك الشيء مالك آخر يملك في وقت واحد نفس الشيء وكل الشيء³ .

¹ - السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 533- 534 .
² - انظر: حسن القصاب، مادة الحقوق العينية جامعة القرويين كلية الشريعة ايت ملول 2015.2024 الفصل الخامس ص 17. وهادي العبيدي الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 16 .
³ - السنهوري الوسيط، مرجع سابق، ص 534-536.

3- الملكية حق دائم:

يعني تأبيد الملكية انه الحق العيني الوحيد الذي لا يسقط ابدا بعدم الاستعمال فيبقى مادام محله باقيا ولا يسقط بالتقادم ولا يزول بعدم الاستعمال فتلك الحقوق المتفرعة عنه تسقط بمجرد عدم استعمالها فترة معينة¹

فبذلك يراد بصفة الدوام في حق الملكية ثلاث معان هي:

- أن حق الملكية يبقى مادام محله دائما:

مر بنا أنفا ان محل حق الملكية هو شيء مادي معين، وهو احد الركنين والركن الثاني هو الشخص صاحب الحق (المالك)، والملكية سلطة للمالك على الشيء . وعليه يمكن ان توصف العلاقة بين الملكية ومحلها بان الملكية تبقى مادام المحل باقيا ،وتنتهي بهلاكه، أما تغير المالك فلا يؤثر على وجود الحق، صحيح انه احد اركان الحق ويتوقف على وجوده وجود الحق، لكن تغير المالك لا يؤدي الى زوال هذا الركن، فلو توفي المالك حل محله خلفه العام وهو بمثابة امتداد له. ولو باع المالك الشيء حل المشتري محله وهو خلف الخاص، وهو أيضا امتداد له. ولربما يقال ان العلاقة الموصوفة أعلاه بين الملكية ومحلها تنطبق على سائر الحقوق العينية، ومع ذلك فان هذه الأخيرة قابلة للتوقيف.

وجوابا على ذلك يمكن القول: ان توقيف هذه الحقوق امر لا مفر منه، اذ انها لو كانت دائمة أصبحت قيда ابديا على حق الملكية وفي ذلك اهدار لحق الملكية فتوقيت هذه الحقوق اقتضته صفة جامعة لحق الملكية والتي تعد بمثابة الأصل.

ويرد على صفة الدوام في حق الملكية بالمعنى الذي ذكرناه أعلاه استثناء واحد يتعلق بالمنقول، اذ يزول حق الملكية على الرغم من بقاء محله، ويحصل ذلك عندما يتخلى

¹ - حسن القصاب، مادة الحقوق، مرجع سابق، ص 17 .

المالك عن المال المنقول المملوك له كالملابس القديمة فيصبح منقولاً بغير مالك إلى أن يمتلكه شخص آخر بالاستيلاء.¹

_ أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال :

يظل المالك حراً في استعمال ملكه من عدمه، ولا تسقط الملكية بعدم الاستعمال مهما طالّت المدة على عدم استعماله، وتظل الوسائل القانونية لحماية الملكية قائمة ولا تسقط بالتقادم²

فمثلاً الحقوق الشخصية تخضع للتقادم المسقط لغرض تحقيق المعاملات ومراعاة لمصلحة الطرف الآخر (المدين) كما أن الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وغيرها، تخضع للتقادم المسقط لأنها استثناء ولا بد أن يزول ليعود الأصل المتمثل في عودة جميع عناصر الملكية إلى المالك، وعليه فسقوط هذه الحقوق يستفيد منه طرف آخر في العلاقة وهو المالك .

وإذا كانت الملكية لا تخضع للتقادم المسقط لعدم وجود طرف آخر يستفيد من سقوطها بسبب الاستعمال من جانب المالك بحياسة الشيء من جانب الغير ، فيفقد المالك ملكيته لأنها سقطت أو انقضت ولكن لأنها انتقلت إلى الغير.

وفي الأخير يشار بأن مبدأ عدم سقوط حق الملكية إنما هو نتيجة طبيعية لصفة الإطلاق التي كانت تضيء على حق الملكية في ظل الفكر الفردي، فالمالك له مطلق الحرية في أن يباشر حقه أو لا يباشر دون أن يلزمه القانون بشيء . لكن بعد أن تغيرت النظرة إلى الحق أصبح هذا المبدأ محل نظر ، فالحق ليس غاية في ذاته بل هو وسيلة

¹ - هادي العبيدي، الحقوق العينية ، مرجع سابق، ص17.

² - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص18.

لتحقيق المصلحة، إذ أصبح لكل حق وظيفة اجتماعية، وبالتالي فإن ترك المالك لحقه من شأنه أن يعطل أداء تلك الوظيفة ومن ثم ينتقي مبرر وجود هذا الحق¹.

- عدم جواز توقيف حق الملكية:

أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها مؤقتة أو يمكن أن تكون مؤقتة أما حق الملكية فتختلف عن ذلك هذه الحقوق في أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقيا و في أن القانون لم يحدد له وقتا معيناً لانقضائه فهو حق دائم و إذا انتقل إلى شخص آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال.²

فتقتضي صفة الدوام في حق الملكية عدم جواز توقيته بزمن معين، أي لا يجوز أن يقترن حق الملكية باجل فاسخ أو واقف. فمثلا لا يجوز الاتفاق على نقل ملكية للمبيع من البائع إلى المشتري لمدة معينة وتعود بعدها إلى البائع وهذا هو الاجل الفاسخ كما لا يجوز الاتفاق بينهما على أن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد انقضاء اجل معين من تاريخ العقد، هذا هو الاجل الواقف. ففي الحالة الأولى تكون الملكية مؤقتة بالنسبة للمشتري وفي الحالة الثانية تكون الملكية مؤقتة بالنسبة للبائع .

ويرى غالبية الفقه انالتوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية وجوهره. فلو افترضنا أن المشتري قد اشترى شيئاً لمدة سنة مثلا، فإن حقه في الملكية يخوله سلطات المالك التصرف بالشيء واستهلاكه، فإذا قام المشتري فعلا بممارسة هذه السلطات فمن عم المنصور إمكانية عودة الملكية إلى صاحبها الأصلي.

ونود أن نشير أخيرا بأن الملكية المعقدة على شرط فاسخ لا تعد ملكية مؤقتة وذلك لأنه إذا لم يتحقق الشرط فإن الملكية باقية للمالك، فتكون الملكية في هذه الحالة دائمة وإذا

¹- علي هادي العبيدي الحقوق العينية، المرجع السابق، ص18.

²- عبد الرزاق، السنهوري الوسيط ج8، المرجع السابق، ص539.

تحقق الشرط فإن الملكية تزول عن المالك بأثر رجعي وتعتبر كأنها لم تقسم أصلاً، وبالتالي فلا تكون ملكية مؤقتة.

الفرع الثالث: عناصر حق الملكية

تطلق عبارة " عناصر الملكية في الفقه" ويراد بها السلطات التي تتمتع بها المالك، والتي يستطيع ممارستها على الشيء المملوك له للاستفادة من مزاياه، وقد تبين لنا فيما تقدم أن حق الملكية حق جامع يخول صاحبه جميع السلطات الممكنة على الشيء وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف، وفيما يأتي نوضح هذه السلطات.

1- الاستعمال

الاستعمال هو استخدام الشيء للحصول على منفعه فيما عدا الثمار، فاستعمال المنزل يكون بسكناه، واستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال الملابس يكون بلبسها فالاستعمال هو الانتفاع المباشر بشيء.

وقد يختلط الاستعمال بالاستغلال عندما يتمخض الاستعمال عن الحصول على ثمار الشيء كما في زراعة الأراضي الزراعية. وقد يختلط بالتصرف المادي عندما يتمخض عن الاستهلاك الشيء كما في تناول الطعام¹.

2- الاستغلال

يراد بالاستغلال الحصول على الثمار التي يمكن أن ينتجها الشيء وذلك باستثماره والحصول على ما يدره من ربح او دخل من خلال القيام بالأعمال المادية والقانونية كالتأجير² اذن فالاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء و ثماره . فاستغلال الدار يكون بتأجيرها، واستغلال الماشية يكون بالحصول على نتائجها

¹- علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص21.

²- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص16.

وقد يكون الاستغلال مباشرا كقيام المالك بزراعة الأرض و جني ثمارها هي ما ينتج عن شيء بصفة دورية ودون أن ينتقص من أصله. وهي أما ثمار طبيعية يغلها الشيء بتدخل الإنسان كالمحاصيل الزراعية، أو ثمار مدنية وهي الدخل الدوري الذي يقوم الغير بالوفاء به نظير انتفاعه بالشيء كإيجار المباني وفوائد الأموال ، أما المنتجات فهي ما ينتج عن الشيء بصفة غير دورية مع أنقاص من أصله كالمعادن المستخرجة من المناجم و الأحجار المستخرجة من المحاجر.

وقد ذهبت بعض الآراء إلى أن المنتجات يمكن أن تتحول إلى ثمار إذا ما تم إعداد الشيء بطريقة تجعله يغل بصفة دورية، على أساس أن الدورية هي علامة مميزة للثمار. ولا نميل إلى هذا الرأي لأن العلامة المميزة للثمار هي عدم الانتقاص من الأصل الشيء بالإضافة إلى الدورية.

وتجد الإشارة إلى أنه ليس هناك من أهمية قانونية للترقية بين الثمار والمنتجات بالنسبة للمالك لأن حقه يخوله الحصول على كلا النوعين، ولا كن تظهر الأهمية بالنسبة لغير المالك كالمنتفع والمستأجر وغيرها، إذ يحق لهما الحصول على الثمار دون المنتجات. كما أنه ليس هناك من أهمية للترقية بين الثمار الطبيعية و الصناعية ، ولكن تبرز الأهمية في التفرقة بين هذين النوعين من جهة و الثمار المدنية من جهة أخرى بخصوص تعيين الوقت الذي تعتبر فيه الثمار مقبوضة من قبل الحائز.

3- التصرف

يراد بالتصرف، كأحد سلطات المالك، نوعان من الأعمال: العمل المادي الذي يرد على مادة الشيء و يسمى (التصرف المادي)، والعمل القانوني الذي يرد على حق المالك و يسمى (التصرف القانوني)¹

¹ - علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص22.

فسلطة التصرف هي التي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الاصلية فهذه الحقوق تخول اصحابها سلطة استعمال الشيء او استغلاله دون التصرف فيه ، يحتفظ المالك بكل عناصر الملكية ويظل عنصر التصرف دائما في يده اما سلطتنا الاستعمال و الاستغلال فيمكن بثبوتهما او احدهما لغير المالك فاذا تنازل المالك عن سلطتنا الاستعمال و الاستغلال لشخص اخر كأن هذا الشخص صاحب حق انتفاع و يحتفظ امالك بسلطة التصرف فيقال له مالك الرقبة وليس للمنتفع أن يتصرف في الشيء محل الانتفاع ولكن له أن يتصرف في حقه في الانتفاع بالشيء عن طريق بيعه مثلا.¹

المطلب الثاني: القيود التي ترد على حق الملكية

لما كانت الملكية وظيفة اجتماعية يقصد بها تحقيق المصلحتين الخاصة والعامة فإن القاعدة العامة التي يجب على المالك مراعاتها في استعمال حقوقه بأن يكون ذلك لا يتنافى مع ما تقضى به القوانين واللوائح والقرارات الشرعية ،ذلك أن حق الملكية يمكن أنترد عليه الكثير من القيود القانونية²، منها ما يرد على حرية الأشخاص في التملك لاعتبارات سياسية أو اقتصادية، ومنها ما يرد على سلطات المالك للحد منها مراعاة المصلحة العامة او المصلحة الخاصة أجدر بالرعاية وعلية سنقسم هذا الطلب إلى فرعين لمعالجة هذين النوعين من القيود.

الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التملك

ترد على حرية الأشخاص في تملك العقارات عدة قيود ، أهمها تلك القيود المتعلقة بالأجانب و الأشخاص المعنوية و سوف نوجز البحث في هذين النوعين نظرا لضعف الصلة بينهما و بين القانون المدني.

¹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص17.

² -محمد حسين منصور، مرجع نفسه، ص31.

أولاً: القيود التي ترد على حرية الأجانب في التملك

الأصل أنه يحضر على الأجنبي تملك العقارات¹ فقد منعت بعض التشريعات تملك الأجانب للأراضي الفلاحية و ذلك حماية لأرض الوطن من أن تتسرب لغير أبنائه ، وترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات منها.²

1. يحق للمواطن تملك العقارات ضمن تحدد البلديات او احواض البلد وذلك بالقدر اللازم لإقامة مشروع اقتصادي بموافقة مجلس الوزراء .

2. يحق لممثلي الدول الاجنبية تملك العقارات بغرض اقامة مكاتب او دور مسكن لهم عليها، وذلك بإذن من مجلس الوزراء ، ويشترط المعاملة بالمثل .

3. يحق للأجنبي الغير عربي تملك عقارات ضمن مناطق معينة بالقدر الكافي لسكناه وادارة اعماله وليس للإتجار وذلك بموافقة مجلس الوزراء.

فالمشعر الجزائري يضمن للأجانب من حيث المبدأ حق تملك العقارات في الجزائر، ضمن ضوابط وقيود محددة، تستهدف المحافظة على النظام العام وحماية المصلحة الوطنية.

ولدوافع المصلحة الوطنية قام المشعر بسن نصوص قانونية عقب الاستقلال، ترمي الى نقل بعض الاملاك العقارية المهملة والشاغرة الى الدولة، ومن ثم فإن مطالب الأجانب من المستوطنين السابقين في الجزائر، باسترجاعها بعد مرور فترة زمنية طويلة .

وقد بين المشعر الجزائري موقفه من خلال النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، سيما منها الامر رقم 102/66 المؤرخ في 1966/05/06 المتضمن إنتقال الاملاك الشاغرة الى الدولة و المرسوم رقم 30/72 المؤرخ في 1972/01/21 المتعلق بالتحويلات العقارية

¹ - علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص27.

² - أنظر: حسن القصاب، مادة الحقوق العينية، المرجع السابق، ص.20 / علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، ص27.

والحقوق العقارية لأشخاص طبيعيين اجانب مقيمين عادة في الخارج او لأشخاص معنوية اجنبية.¹

ثانيا: القيود التي ترد على حرية الشخص المعنوي في التملك:

إن مراجعة القوانين سارية المفعول تكشف بأن المشرع الجزائري يسمح للأجانب من حيث المبدأ بتملك العقارات عن طريق مختلف التصرفات القانونية اللتي تنتج اثارها حال حياة المتعاقدين، إذ تقضي في هذا السياق المادة الاولي من المرسوم 344/83 المؤرخ في 1983/05/21 ، بحرية كل المعاملات اللتي تتم بين الاحياءيقوم بها اشخاص معنويون من جنسية أجنبية، تستهدف إنشاء او إنهاء او إكتساب أو تحويل حقوق عينية عقارية او حقوق الملكية او الارتفاق والاستغلال والتنازل عن الحصص والرهن الحيازية العقارية².

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطات التملك

وهي تلك القيود التي ترد على سلطات المالك بحكم القانون او بموجب ارادة وعليه سنقسم هذا الفرع الى غصنين ،الاول للقيود القانونية والثاني للقيود الارادية.

أولا: القيود القانونية

لم يعد حق الملكية حقا مطلقا يخول صاحبه سلطات مطلقة دون قيود لأنه اصبح ذا وظيفة اجتماعية.والقيود القانونية التي ترد على حق الملكية تكون على نوعين ،منها ما يكون مقررا لحماية المصلحة العامة ومنها ما يكون مقررا لحماية المصلحة الخاصة جديرة بالرعاية.ومن ابرز القيود المقررة لحماية المصلحة العامة هو ما نصت عليه المادة 10-20 من القانون المدني بقولها :

¹ - توفيق زيداني، حق الاجانب في التملك العقاري في التشريع الجزائري، جامعة باتنة، 2018، ص425.

² - توفيق زيداني، المرجع نفسه ، ص 430.

1- لا يترع ملك احد بلا سبب شرعي.

2- ولا يستملك ملك احد الا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون".

وقد تولى قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1987 تنظيم عملية الاستملاك وبيان شروطها واجراءاتها. وهناك قيود اخرى كثيرة من هذا النوع كالقيود المتعلقة بتقسيم المدن الى مناطق صناعية ومناطق سكنية مع بيان الحد الادنى للمساحة التي يجب أن يكون عليها البناء والمسافة التي ينبغي أن تترك بين الابنية المتجاورة، وكذلك القيود التي تمنع البناء بجوار المناطق الاثرية والعسكرية، كذلك القيود التي فرضها قانون المالكين والمستأجرين على سلطة المالك في استغلال عقاره المؤجر للغير.

اما القيود المقررة حماية لمصلحة خاصة فهي تلك القيود التي فرضها المشرع على حق الملكية حماية لمصالح خاصة وحدها اولى بالرعاية من مصلحة المالك، وسوف نتبع نهج المشرع الاردني في معالجة هذه القيود. واستنادا الى هذا النهج فإن القيود القانونية المقررة حماية لمصلحة خاصة هي¹:

1. وجوب امتناع المالك عن مضار الجوار الفاحشة او غير المألوفة:

لقد عالج المشرع الاردني هذا الموضوع مرتين، احدهما في المادة (1021) التي استمدت من المادة (1197) من مجلة الاحكام العدلية. والاخرى في المادة (1027) التي استمدت من المادة (807) من القانون المدني المصري.

فقد نصت المادة 1021 من القانون المدني الاردني على أنه: "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء مالم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا".

في حين قضت المادة 1028 من القانون المدني الاردني بأنه: "1_ على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار. 2_ وليس على الجار أن يرجع على

¹ - علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص32.

جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة الى الاخر والغرض الذي خصصت لهولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق. "

يتضح من هذين النصين أن من حق المالك أن يتصرف في ملكه بالطريقة التي يراها مناسبة للاستفادة منه بشرط أن لا يؤدي الى ذلك الى الحاق الضرر الفاحش او غير المألوف بجاره ،فالجوار ضرورة اجتماعية تقضي التعاون بين الجيران من خلال التسامح فيما بينهم والتحلي بسعة الصدر و تحمل البسيطة او المألوفة التي تنتج عن استعمال كل منهم لملكه¹.

- اما القضاء الجزائري فقد اسس المسؤولية عن مضار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف على اساس الخطأ وذلك في القرار الصادر 30-11-1994 حيث قرر أن: "الدعوى كأنت مسنة على اساس المادتين 691 و124 وأن صرف المياه القذرة او وضع النفايات قرب الجار يعتبر استعمالا تعسفيا لحق الملكية يجب النهي عنه وتعويضه في حال تسبب ضرر للغير وفقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني واساسها على اساس النص في قراره الصادر في 13-06-2006 حيث قرر لما تبين لقضاة الموضوع اسناد لتقرير الخبرة أن الجدار الذي شيد الطاعن قد تسبب في الحاق ضرر بالغ بجيرانه اذ ادى الى حجب النور والهواء عن مسكنهم وجعله لائقا للسكن ولم تم ذلك طبقا لرخصة البناء والتصاميم فإنه يعد من مضار الجوار الغير مألوفة طبقا للمادة 691 الفقرة 1².

¹-علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص33.

²-جنان نوال، المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الاعمال قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، 2016-2017، ص45.

وباعتبار أن الجوار ضرورة اجتماعية تستلزم التضامن والتسامح بين الجيران فعلى الجار محدث الضرر أن يتحمل ما يصيب الجار من اضرار غير مألوفة وبالمقابل أن يتحمل الجار الاضرار المألوفة التي لا يمكن تجنبها بين الجيران وهو ما يتفق مع الفقرة الثانية من نص المادة 961 من القانون المدني¹.

وقد اولت الشريعة الاسلامية حقوق الجوار اهتماما كبيرا . ويتجلى هذا الاهتمام في قوله تعالى : واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بجنب وابن السبيل وما ملكت ايمانكم أن الله لا يحب كل مختالا فخورا²

ويتجلى هذا الاهتمام ايضا في احاديث نبوية شريفة كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم : " مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه " ، وقوله : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذي جاره³ ."

ثانيا: القيود الارادية (شروط المنع من التصرف)

قد يحصل تقييد ارادي لسلطة المالك عند التصرف في عقار بمقتضى شرط يرد في عقد او وصية يمنعه من التصرف كما لو اشترط الواهب على الموهوب له في عقد الهبة عدم التصرف في العقار وفي السلع من معين او اشترط الموصي على الموصي له في الوصية مثل هذا الشرط⁴اذنيقصد بشرط المنع من المتصرف الشرط الذي يمنع المالك من

¹-أنظر: جنان نوال، المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، المرجع السابق، ص48.

²- سورة النساء، الآية: 36.

³- راجع في تخريج هذين الحديثين: كحكك احمد رمضان مطابع الصفوة عمان ط1 1995م ص 22-23.

⁴-معمر براهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص65

التصرف في ملكه، كما لو اشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في المال الموهوب له لمدة معينة .

الأصل أن هذا التصرف غير مشروع لأنه يؤدي إلى حرمان المالك من التصرف في جوهر حق الملكية، كما أنه يضر بالمصالح الاقتصادية، ولكن بسبب أنتشار هذا الشرط على الصعيد العملي فقد وجد القضاء الفرنسي نفسه مضطرا إلى مسايرة هذا الواقع فأصبح يحيز بعض صور هذا الشرط عندما تتوفر فيه بعض الشروط التي تجعله أقل ضررا بالمصلحة الاقتصادية وليس فيه إهدار لحق الملكية¹ أما المشرع الجزائري نص في المادة 104 من المرسوم (63.76) المؤرخ في 23 / 1976 - 03 المتعلقة بتأسيس السجل العقاري و التيتدل على أن المشرع اخذ بالشرط المانع من التصرف لذا وجب تنظيم نصص قانونية لتحديد شروط المنع من التصرف.²

¹- علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 42.

²- معمر براهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 71.

المبحث الثاني: الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية

يخول حق الملكية لصاحبه كل السلطات التي يمكن تصورهما على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف، ويستطيع المالك أن يرتب لغيره حقا شخصيا او عينيا على الشيء الذي يملكه. فيمكن للمالك أن يرتب للغير حقا شخصيا يتعلق بالعين التي يملكها، كما في الايجار، حيث يتعاقد المالك والمستأجر على استعمال الشيء والانتفاع به مقابل اجر معلوم.

أن وجود هذا الحق الشخصي لا يؤدي الى تجزئة حق الملكية او انقسامه لأن المالك يظل محتفظا بسلطة الاستعمال والاستغلال ويتمثل ذلك في حصوله على اجرة كثمار مدنية للمملوكة.

ويمكن للمالك ايضا أن يرتب للغير حقا عينيا على الشيء الذي يملكه، ويؤدي ترتيب هذا الحق الى تجزئة حق الملكية وفصل احد عناصره والتنازل عنه للغير، مع احتفاظ المالك بباقي العناصر، والحقوق العينية التي من شأنها تجزئة حق الملكية لأنها تنفرع عنه هي حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكني، حق القرار والحكر، حق الارتفاق¹. ونتناول في هذا المبحث دراسة تلك الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية وسنتطرق الي بعض منها كحق الانتفاع في المطلب الاول وحق القرار في المطلب الثاني.

المطلب الاول: حق الانتفاع

سنتطرق في هذا المطلب الي تعريف حق الانتفاع، وطرق اكتسابه، حقوق المنتفع والتزاماته، وانتهاء حق الانتفاع.

¹ - محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص 213.

الفرع الأول: تعريف حق الانتفاع وخصائصه

هو مجرد رخصة بالانتفاع جاء نتيجة اذن عام. مثل حق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار او اذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين فهو لا يعتبر ملكا للمأذون له حق يملك لغيره كما لو اذن شخص لغيره بركوب سيارته او المبيت في منزله¹ وبعبارة اخرى فأناالانتفاع حق مؤقت لشخص على عين مملوكة للغير يخوله استعمالها واستغلالها والتصرف في منفعتها مدة الانتفاع طبقا لما يقضي به سبب أنشائهاالانتفاع حق عيني مستقل عن حق الملكية ،فهو جزء منها حيث يملك صاحبه الانتفاع، وتظل ملكية الرقبة مع المالك ، وهو مؤقت بمدة معينة ، يتعين رد الشيء المنتفع به في نهاية هذه المدة الى صاحبه.

يتضح من التعريف أن حق الانتفاع له عدة خصائص تحدد ملامحه ومضمونه :

1- حق الانتفاع حق عيني:

يتميز حق الانتفاع بأنه حق عيني اصلي يتفرع عن حق الملكية ،فهو يعطي صاحبه سلطة استعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه ،لأن سلطة التصرف يحتفظ بها المالك بوصفه مالكا للرقبة ،اذ يترتب على تقرير حق الانتفاع تجزئة حق الملكية بين مالك الرقبة صاحب حق في التصرف،وبين مالك الانتفاع الذي يكون له الاستعمال والاستغلال فقط² نصت المادة 1205 على أن : "الانتفاع حق عيني للمنتفعباستعمال عين تخص الغيراستغلالها مادامت قائمة على حالها وأن لم تكن وقتها مملوكة للمنتفع³. ويختلف حق الانتفاع عن حق الشريك في الشيوخ، فحق الانتفاع مستقل ومتميز تماما عن حق مالك الرقبة، والمنتفع ومالك الرقبة ليسا شريكين على الشيوخ . اما حق الشريك الشائع

¹ - بدران ابو العينين بدران، تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، ص 310.

² - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، مرجع السابق، ص215

³ - علي هادي، العبيدي الحقوق العينية، مرجع السابق، ص245

فيرد على كل عناصر الملكية في حدود حصته ، اي أن الشيوع يرد على الحق من طبيعة واحدة ، يمكن أن يكون محله حق الملكية ككل او حق الانتفاع ، او حق الرقبة ، فالرقبة نفسها او الانتفاع نفسه يمكن أن يكون مملوكا على الشيوع لعدة اشخاص.

والطابع العيني لحق الانتفاع يميزه عن حق المستأجر كحق شخصي ، فالمنتفع له سلطة مباشرة على الشيء يتمكن بمقتضاه من الانتفاع به دون وساطة او تدخل المالك ، اي أن المالك لا يلتزم بتمكين المنتفع من الانتفاع بالعين ولا يلتزم نحوه بشيء ، كإصلاح العين او جعلها صالحة للانتفاع ، اما المستأجر وحق المنتفع من حيث الانتفاع بالعين المؤجرة وجعلها صالحة لهذا الغرض ، اي أن الانتفاع المؤجر بالعين يستلزم وساطة وتدخل المالك . لا شك في تشابه حق المستأجر وحق المنتفع من حيث الانتفاع بالعين ، الا أن هناك فارق عميق بين طبيعة كل حق فالمستأجر كصاحب حق شخصي ليس له سوى الحصول على الثمار الطبيعية او الصناعية للشيء اما الثمار المدنية فتظل للمالك نتيجة احتفاظه بسلطة استغلال الشيء ، اما المنتفع فصاحب حق عيني ، جزء من الملكية ، وتكون له سلطة الاستعمال والاستغلال ، ومن ثم فهو يستطيع تأجير الشيء والحصول على ثماره المدنية بالإضافة الا إمكانية استعماله والانتفاع به شخصياً¹

2- حق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك

وذلك أن الشيء بذاته يعود الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به فحق الانتفاع يقتضي على شرط غير قابل للاستهلاك ، ويعني ذلك أن يكون شيئاً غير قابل للاستهلاك سواء كان عقارا او منقولاً كالدور والاراضي والآلات والمواشي ولا يرد حق الانتفاع على الاشياء القابلة للاستهلاك اي التي ينحصر استعمالها بحسب ما اعدت له في استعمالها او اتفانها كالأطعمة والاشربة والنقود فهذا هو الاصل لكنه في بعض الأحيان يوصي شخص للآخر بحق الانتفاع في جزء من تركته وقد تشمل التركة

¹ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق ص 215-216.

على اشياء قابلة للاستهلاك فيكون المنتفع ملكا للشيء القابل للاستهلاك فلا تكون هناك رقبة تبقى للمالك وإنما يكون المالك دائنا للمنتفع بمثل الشيء او قيمته وهكذا تتحول الرقبة من حق عيني هو ملك الرقبة الى مجرد دائنية للمالك في نمته وهذا هو الحكم الذي اخذ به في مصر في الفقرة الثانية من المادة 992 من القانون المدني

كما يمكن أن يرد حق الانتفاع على الاشياء الغير مادية كذلك كحق المؤلف وبراءة الاختراع والقيم المنقولة كالاسم والسندات والمجموع من المال،كالشركات او المتاجر والقطيع من الغنم¹.

3- حق الانتفاع المؤقت

حق الانتفاع المؤقت ينتهي بحلول اقرب الاجلين الموت او المدة المحددة له ، وعليه فهو يرد على الاشياء التي لا تنفذ باستعمالها لأن المنتفع يكون ملزما برد الشيء عند انتهاء حقه² ومنه فأنحق الانتفاع يحدد دائما بأجل محدد طويل او قصير، وينتهي الحق بانتهاء الاجل المحدد له. وهو ينتهي في جميع الحالات بوفاة المنتفع، فلا ينتقل الى الورثة بخلاف حق الايجار الذي يمكن أن يستمر بعد وفاة المستأجر ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهي بوفاة المنتفع ولو كان ذلك قبل انتهاء الاجل المتفق عليه وهو ينتهي بحلول الاجل ولو قبل موت المنتفع، اي أنه ينتهي بحلول اقرب الاجلين: الاجل المحدد او الوفاة.

ويجوز تقرير حق الانتفاع للشخص الطبيعي والشخص المعنوي لمدة محددة ، وهو ينتهي حتما بانقضاء شخصية الشخص المعنوي.³

¹ - انظر: عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج9 المرجع السابق 1207 . 1206 و محمد حسين ، منصور الحقوق العينية

الاصلية، المرجع السابق ص 217

² - علي هادي العبيدي الحقوق العينية المرجع السابق ص 246

³ - محمد حسين منصور المرجع السابق ص 217

الفرع الثاني: اسباب كسب حق الانتفاع:

نصت المادة 1206 من القانون المدني الاردني على أنه " تكسب حق الانتفاع بالعقد او الوصية او بمرور الزمن " فيتضح من هذا النص أن هناك ثلاث اسباب تكتسب حق الانتفاع هي العقد و الوصية و التقادم و اضاف القانون المصري و اللبناني سبب اخر هو الشفعة .

وتكلم عنها ايضا المشرع الجزائري في المادة 844 من القانون المدني الجزائري فيتضح من ذلك أن حق الانتفاع ينشأ من التصرف القانوني (العقد او الوصية) ، كما ينشأ عن طريق التقادم¹.

1- اكتساب حق الانتفاع بالتصرف القانوني:

يكتسب حق الانتفاع بالتصرف القانوني عقدا كأن او وصية مؤدي ذلك أن حق الانتفاع يكسب بالتصرف القانوني ، سواء كأن التصرف عقدا او وصية . واكتساب حق الانتفاع بالعقد قد يكون بعوض كالبيع او بغير عوض كالهبة .

أولا-العقد:

يكون العقد سبب لكسب حق الانتفاع في ثلاث حالات :

الحالة الاولى : يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريقة الأتشاء وهذا طريق مباشر فیرتبمالك العين عقارا كأنت العين او منقولاً .حق انتفاع على العين لمصلحة شخص اخر ويكون ذلك بعقد منشئ للحق العيني واكثر مما يكون هذا العقد بيعا او هبة وقد يكون مقايضة او وفاء بمقابل ، اما البيع فنادر يصعب تقديرقيمة حق الانتفاع وهي موقوفة على حياة المنتفع فيصعب فيها لذلك تقدير الثمن .

¹ انظر علي هادي العبيدي الحقوق العينية المرجع السابق ص248 و محمد حسين منصور المرجع السابق ص 218

الحالة الثانية : يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق وهذا طريق غير مباشر، فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته في الغالب ويكون العقد في هذه الحالة منشأ الحق الرقبة لا يحق الانتفاع. و إنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق وصل الرقبة عن الملكية الكاملة فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلي . وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك .

الحالة الثالثة ينتقل العقد فيها حق انتفاع تم أنشاءه من قبل ويكون العقد في هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع¹.

ثانيا- الوصية :

ينشأ حق الانتفاع عن طريق الوصية، مثال ذلك أن يوصي المالك بحق الانتفاع لشخص معين على أن تظل الرقبة لورثته، او العكس بأن يوصي بالرقبة للغير، على أن تبقى المنفعة للورثة. بل وتجوز الوصية بالرقبة لشخص او بمنفعتها لشخص اخر.

والوصية تؤدي الى نشأة حق الانتفاع وكسبه ابتداء، وليس من شأنها نقل هذا الحق، لأن المنتفع لا يستطيع أن يوصي بحق الانتفاع لأن هذا الحق ينتهي حقا بوفاته ومن ثم لا ينتقل إلى الموصي له.

والمشرع الجزائري قد أشار إلى الوصية كسبب في اكتساب حق الانتفاع و ذلك في نص المادة 844/2 ق م ج التي تنص على أنه "يجوز أن يوصي بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين أن كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصي به للحمل المستكن"².

¹ - عبد الرزاق السنهوري ج9 المرجع السابق ص1213-1215

² -أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني، معدل و متمم

بمعنى أن الموصي يوصي بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب بحيث إذا أنتهق الانتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع، أنشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرار له لمصلحة الشخص الثاني حتى إذا أنتهى حق الانتفاع الثاني بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثاني نشأ حق انتفاع ثالث لا صلة له بحق الانتفاع الثاني لمصلحة الشخص الثالث¹.

ويجوز أن يوصي المالك بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، هنا يثبت حق الانتفاع لكل منهم، على التوالي، بعد انتهاء حق من يسبقه بانتهاء المدة المحددة له أو بوفاته، ويكون لكل واحد منهم حق مستقل عن حقوق الآخرين، ينشأ مباشرة من الوصية. ولكن يشترط وجود الموصي لهم جميعاً وقت الوصية، وعلى هذا لا يجوز الإيصال لشخص بالمنفعة على أن تكون لورثته منه بعده إذا كان هؤلاء الورثة غير موجودين أو غير معينين. وتجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن، ولكن بشرط أن يولد الجنين حياً.

2- اكتساب حق الانتفاع بالشفعة أو بالتقادم

أولاً- يمكن اكتساب حق الانتفاع عن طريق الشفعة، إذا بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة أو بعضه، حيث يجوز لمالك الرقبة أن يأخذ حق انتفاع المبيع المقرر على عقاره بالشفعة فتخلص له الملكي التامة للعقار.

وكذلك الحال إذا كان حق انتفاع مملوكاً على الشيوع وبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي جاز لأي شريك آخر أن يأخذ الحصة المباعة بالشفعة، مالم يأخذها مالك الرقبة

¹- لفصيحةان بيسمنة وخنيش نبيلة، الانتفاع المفضي للثمار المدنية الصادر من غير المالك مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص

لأنه مقدم في المرتبة عند التراحم بين الشفعاء¹ فيأخذ بالشفعة بعد تمام الأشياء و تكون الشفعة سببا لكسب حق الانتقاعانتقالا من المنتفع الى الشفيع لا بسبب الأثناء حق الانتقاعابتداء فحق الانتقاع لا يكسب بالشفعة و الشفعة لا تنشئ حق الانتقاع و إنما ينقل حق المنتفع الى منتفع اخر².

ثانيا- يجوز اكتساب حق الانتقاع بالتقادم الطويل، وذلك بحيازة وذلك بحيازة العين مدة خمس عشر سنة الا أننا امام فرض نظري لأن الاعمالاللزمة لمباشرة الحق موضوع الحيازة لا تختلف بالنسبة الى حق الملكية عنها بالنسبة الى حق الانتقاع،ومن ثم فإن الحائز لن يقع بادعاء كسب حق الانتقاع مادام أنه يستطيع كسب حق الملكية. ولكن من المتصور عملا اكتساب حق الانتقاع على عقار بالتقادم المكسب الخمسيوذلك حين يلتقي شخص حسن النية بسبب صحيح حق الانتقاع بعقار من غير مالكة،ويظل حائزا لهذا الحق مدة خمس سنوات.

وبالنسبة للمنقول فإن حيازة حق الانتقاع عليه بحسن نية ويسبب صحيح تؤدي الى اكتساب هذا الحق ويترتب على ذلك أنه اذا تلقى شخص حسن النية حق الانتقاع بمنقول من غير مالكة، فإنه يكسب هذا الحق بمجرد الحيازة.

3- المشرع الجزائري تطرق إلى التقادم كسبب لكسب حق الانتقاع و ذلك دائما في نص المادة 844 ق م ج "يكسب حق الانتقاع بالتعاقد و بالشفعة و بالتقادم"³

الفرع الثالث: حقوق المنتفع:

رأينا أن حق الملكية يضم سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويتفرع حق الانتقاع عن حق الملكية حيث يرد على جزء منها، يتمثل هذا الجزء فيما يثبت للمنتفعمن

¹ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص220. 221.

² - انظر: عبد الرزاق السنهوري ج9 المرجع السابق ص1219 و محمد حسين منصور المرجع السابق ص221

³ - امر رقم 58-75، المرجع السابق.

سلطتي الاستعمال والاستغلال، اما سلطة التصرف فتبقى لمالك الرقبة وأن حقوق المنتفع تترتب وفقا للعقد المنشئ لحق الانتفاع والمشرع الجزائري نص في المادة 845 على أنه "ارعي في حقوق المنتفع التزامات السند الذي أنشأ حق الانتفاع"¹.

و تتمثل هذه الحقوق في حق المنتفع في استعمال الشيء، الحق في استغلال الشيء والحق في التصرف في الشيء المنتفع به.

1- حق المنتفع في استعمال شيء:

على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها ويحسب ما اعد له وأن يديره ادارة حسنة .وللمالك أن يتعرض على اي استعمال غير مشروع او غير متفق مع طبيعة الشيء ،فاذا اثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم التأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع او ظل على الرغم اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع او غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى اخر يتولى ادارتها ،بل له تبعا لخطورة الحال أن يحكم إنهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير ليس للمنتفع أن يغير من اعداد الشيء وطبيعته الا بإذن المالك وهو يتقيد في استعمال الشيء بنفس القيود التي يتقيد بها المالك سواء كانت قيود قانونية كعدم الغلو في الاستعمال، او اتفاقية.

ويتقيد المنتفع في استعمال الشيء بالشروط التي قد يتضمنها سبب اكتساب حق الانتفاع ،فليس له أن يتجاوز تلك الشروط،وللمالك الاعتراض على استعمال المنتفع للشيء استعمالا غير مشروع او مخالفا للقيود المشروط، او لا يتفق مع طبيعة الشيء وما اعد له عادة، ولمالك الرقبة في حالة استعمال المخالف لما سبق،في أن يطلب من المحكمة إنهاء

¹-امر رقم 58-75 المرجع السابق

حق الانتفاع ورد الشيء له دون أن يخل ذلك بحقوق الغير الذي تعامل معهم المنتفع ولا علم لهم بتجاوز الانتفاع المخول له.¹

وحسب ما جاء به المشرع الجزائري يحق للمنتفع استخدام الشيء طبقا لما اعد له للحصول على منافعه. فإذا كان الشيء المنتفع به منزلا فله أن يسكنه أو يأجره لغيره لينتفع باجره العين، إضافة له فله أن يستخدم كل ما يتصل بالشيء من ملحقات و له الاستفادة من الحقوق المقررة للشيء كحق المرور في ارض الغير.²

2- حق المنتفع في استغلال الشيء :

يخول حق الانتفاع للمنتفع أن ينتقل الشيء والحق في الاستغلال هو الذي يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكن حيث لايجوز فيها للمنتفع أن يستغل الشيء ، والاستغلال قد يكون مباشرا كأن يزرع المنتفع بنفسه الارض التي ينتفع بها ويجني ثمارها وقد يكون غير مباشرا عن طريق جعل الغير يجني الثمار التي يدفع للمنتفع مقابل لذلك³ تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه.⁴

يتضح من ذلك أنهيجوز للمنتفع استغلال الشيء بالإضافة الى استعماله، ويتمثل استغلال الشيء في الحصول على ثمار الشيء سواء كانت ثمار طبيعية (اصلية) تنتج عن الشيء دون تدخل من الإنسانكالأعشاب في المراعي ونتاج المواشي ، او ثمار صناعية كالمحاصيل او ثمارا مدنية كإيجار الارض والمباني وفوائد رؤوس الاموال.

تكون ثمار الشيء بكل أنواعها من حقوق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه. وإذا ورد انتفاع على ارض زراعية كانت مشغولة بعد انقضاء الاجل او موت المنتفع بزرع

¹ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص 221-222.

² - امر رقم 58-75 المرجع السابق

³ - عبد الرزاق السنهوي الوسيط ج9 المرجع السابق، ص1225

⁴ - المرجع نفسه، ص1226

قائم ،تركت الارض للمنتفع او لورثته الى حين ادراك الزرع على أن يدفعوا اجرة الارض عن هذه الفترة من الزمنوللمنتفع الحق في الثمار دون المنتجات والثمار هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون أنقاص لأصله كالمحاصيل الزراعية ونتاج المواشي ، اما المنتجات فهيعلى العكس تنقص من الشيء وليس لها صفة دورية مثل المعادن ومواد المحاجر والسبب في عدم احقية المنتفع في الحصول على المنتجات هو أنهاتقتطع من اصل الشيء مما يعد تصرفا ماديا فيه وهو ما يخرج عن نطاق سلطات المنتفع.

فاذا ورد حق الانتفاع على قطيعمن المواشي يكون للمنتفع نتاج المواشي من البأن واصواف وسماد وتكاثر ، الا أنه يلتزم في نفس الوقت بتعويض المالك عما ينفق من القطيع بخطئه او بحادث مفاجئ ليستكمل عدده، ويمكن أن يرد حق الانتفاع على المتجر كمجموع من المال يضم عناصر مادية كالبضائع والاثاث ، وغير مادية كالسمعة والاسم والعلامة التجارية والاتصال بالعملاء .¹

3- سلطات المنتفع على الشيء:

يتمتع صاحب الانتفاع بعدة سلطات على الشيء المنتفع به تتمثل في القيام ب أعمال الادارة وأعمال التصرف في حدود حق الانتفاع فقط، ومباشرة الدعاوى المتعلقة بهذا الحق. ومنها اعمال الإدارة فيحقللمنتفع القيام بكل مايلزم لإدارة الشيء المنتفع به بما يتفق مع طبيعته في الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه في الانتفاع. يعتبر الايجار من اهم اعمال الادارة ، فللمنتفع أن يؤجر الشيء الذي يردعليه حقه لاستثماره والحصول على اجرته ، والاجرة هي الثمار المدنية للشيء.²

¹ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص223

² - انظر: محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص 223

الفرع الرابع: التزامات المنتفع:

يفرض القانون عدة التزامات شخصية على المنتفع نحو مالك الرقبة وترجع هذه الالتزامات الى واقعة مادية هي وجود الشيء المنتفع به تحب يد المنتفع¹ وتتمثل هذه الالتزامات في :

الالتزام بالجرد وتقديم كفالة واستعمال الشيء بحسب ما اعد لهو ادارته ادارة حسنة، صيانة الشيء والقيام بعبّ التكاليف المعتادة ، حفظ الشيء والمسؤولية عن هلاكه ، الالتزام بأخطار المالك بكل ما يطرأ على العين من تعدد او هلاك ،وأخيرا يلتزم المنتفع برد الشيء في نهاية مدة الانتفاع.

1- الالتزام بالجرد وتقديم الكفالة:

اذا كان الشيء المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة به ، فاذا لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على ارباحها.²

2- استعمال الشيء بحسب ما اعد له وادارته ادارة حسنة:

نصت المادة 2/1209 من القانون المدني الاردني على أن "... لمالك الرقبة أن يعترض على اي انتهاك غير مشروع او لا يتفق مع طبيعة الشيء المنتفع به." فيجب أن يكون استعمال المنتفع للشيء متفق مع المنفعة المقصورة منه وتعرف المنفعة المقصورة من الشيء اما من ارادة مالك الرقبة او من طبيعة الشيء³

¹ - علي هادي العبيدي الحقوق العينية المرجع السابق ص253

² - محمد حسين منصور الحقوق العينية المرجع السابق ص 225.226

³ - علي هادي العبيدي الحقوق العينية المرجع السابق ص 253.252

نص المشرع في نص المادة 847 من القانون المدني "على المنتفع أن يستعمل الشيء بالحالة التي تسلمه بها و بحسب ما اعد له و أنيديره إدارة حسنة وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء"¹. فطبقا لنص المادة يجب أن يكون استعمال الشيء المنتفع به متفقا على المنتفعة و إما من إرادة مالك الرقبة أو من طبيعة الشيء.

أولاً: يلتزم المنتفع باستعمال الشيء بحسب ما اعد له دون تغيير والا يخرج عن الغاية التي اعد لها ، فليس له أن يحول المسكن الى مصنع او الارض الزراعية الى ملاعب رياضية . ويجب أن يستغل طبقا للطرق المعتادة في هذا الاستغلال. ويتقيد المنتفع في استخدامه للشيء بالشروط الواردة في سبب إنشاء حق الانتفاع ، فيكون له عين ما تقرر له او ما هو دونه ، ولكن ليس له أن يتجاوز القيد المشروط لمالك الرقبة الاعتراض على استعمال المنتفع للشيء استعمالا غير مشروع، او مخالفاً للشرط، او لا يتفق مع طبيعة الشيء او ما اعد له عادة.

وللمالك أن يطلب من المحكمة ، تبعا لخطورة الحال، إنهاء حق الانتفاع ورد الشيء له دون خلل ذلك بحقوق الغير الذي تعامل معهم المنتفع، ولا علم لهم بتجاوز حدود الانتفاع المخول له، ومن امثله الغير الدائن المرتهن والمستأجر.

ثانياً: ويجب على المنتفع أن يدير الشيء ادارة حسنة ويبذل في ذلك العناية التي يبذلها الرجل المعتاد.

فاذا اثبت المالك أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ،فإن لم يقدمها المنتفع او ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع او

¹ - أمر رقم 75-58 ،المرجع السابق .

غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر بتولي ادارتها¹.

2- صيانة الشيء وتحمل عبء التكاليف المعتادة:

نصت المادة 989 من القانون المدني يأتي: "المنتفع ملزم اثناء التعاقد بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التي تقضيها اعمال الصيانة"² ، ويتضح من ذلك أنالمنتفع ملزم اثناء انتفاعه بكل ما يفترض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التي تقضيها أعمال الصيانة .

اما التكاليف الغير معتادة والاصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فأنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالاتفاق كأن له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع³.

3- حفظ الشيء والمسؤولية عن هلاكه:

على المنتفع أن يبذل في المحافظة على الشيء ما يبذله الرجل المعتاد⁴. واذا تلفت العين المُنْتَفَعُ بها بفعل الغير وتم دفع تعويض عن هذا التلف ،أنقل حق الانتفاع الى العوض. واذا كان التلف بفعل مالك الرقبة تعديا او تقصيرا، فإنه مجبر على اعادة العين المنتفع بها الى اصلها،ولا يجبر على ذلك اذا كان التلف يرجع اليه.⁵

¹ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص 226.227

² - عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج9 المرجع السابق ص 1249

³ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص 227

⁴ - عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج9 المرجع السابق ص 1252

⁵ - محمد حسين ، منصور الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ص 228

المطلب الثاني: حق الارتفاق

حق الارتفاق هو الذي يرد على جزء من الملكية، وهو يعد من أهم وأكثر القيود الشائعة و الملازمة للملكية العقارية، ذلك من منطلق أنه يلحق بالملكية جوانب سلبية، وذلك إما من حيث العقار الذي يقع عليه هذا التكليف أو على المالك وذلك من خلال الالتزامات المفروضة عليه¹، وبما أنه يتوجب الأمر لدراسة أي موضوع القيام بتحليله من كل الجوانب ذلك بالتركيز على أهم النقاط فيه، لذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب الى فرعين اساسين الفرع الأول سنتطرق فيه الى مفهوم حق الارتفاق و في الفرع الثاني سنتطرق فيه الى احكام حق الارتقاء.

الفرع الأول: مفهوم حق الارتفاق

يعتبر حق الارتفاق من الحقوق التي ترد على العقار وبموجبها يملك صاحبه سلطة عليه، فهو يعتبر حق متفرع عن الملكية، فحق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار فائدة عقار غيره يملكه شخص اخر. ويختلف حق الارتفاق عن القيود القانونية، حيث ينبغي على المالك أن يراعي في استعمال حقوقه ما تقضي به القوانين و المراسيم و اللوائح و القرارات المتعلقة بالمصلحة العامة او المصلحة الخاصة².

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 867 من ق م ج ح حق الارتفاق حيث نصت " الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر يجوز أن يترتب الإرتفاق على مال أن كأن لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال³ " يتضح

¹- أنظر: عباسة الشارف، النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع اجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الاساسي ، جامعة عبد الحميد بن باديس كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص السنة الجامعية 2017-2018

²- أنظر: علي هادي العبيدي، المرجع السابق ص 269

³- الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

من خلال هذه المادة، أن حق الارتفاق يحمل عقار معيناً بعبء لفائدة عقار آخر، فإذا كان مثلاً لعقار يملكه عمر حق المرور على عقار يملكه فريد، فحق المرور هذا الذي يثقل عقار فريد لفائدة العقار الذي يملكه هو حق الارتفاق، ويسمى العقار الأول المستفيد من حق المرور بالعقار المرتفق (العقار المتسلط) أما العقار الثاني المثقل بحق المرور فيطلق عليه إسم العقار المرتفق به (العقار الخادم)¹.

كما جاء أيضاً في الشريعة الإسلامية فإن حق الارتفاق يجد تأصيله الفقهي في قول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كما سبق و اشرنا اليه سابقاً.
أما حقوق الارتفاق عند الحنفية فقد حصروه في ست وهي: حق المجري، حق المسيل، حق المرور، حق الجوار.

بينما ينظر الشافعية والمالكية إلى أن حقوق الارتفاق يمكن أن تنشأ بعقود مستقلة، إلا أن هذه الحقوق غير محصورة في صور معينة².

الفرع الثاني: أنواع حق الارتفاق و خصائصه

في هذا الفرع سوف نحاول تحديد أنواع حق الارتفاق أولاً و خصائصه ثانياً

أولاً : أنواع حق الارتفاق

توجد عدة أنواع من الارتفاق وذلك بحسب الجهة التي ننظر فيها الى الارتفاق، بحيث هناك ارتفاق سلبي و اجابي و ارتفاق مستمر و غير مستمر وارتفاق ظاهر و غير ظاهر وسوف نتناول هذه الارتفاقات فيما يلي :

1- الارتفاقات السلبية و الإيجابية : الارتفاق السلبي هو ذلك الذي يخول لصاحب

العقار الذي ينقرر حق الارتفاق لمصلحته و يسمى بالعقار المخدوم نظراً لان الارتفاق يمثل

¹ - أنظر-سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1994 ص 429

² - مقالاتي منى، النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، باتنة، 2009 ص 13-14

ميزة او فائدة له، وتتقرر هذه الفائدة للعقار لا لشخص ماله ، لذا فهي ترتبط و تزيد من قيمته و تنتقل معه ايا كان المالك لهذا العقار¹ .

اما الارتفاق الإيجابي فهو الذي يسمى العقار المرتفق به ، و هو الذي يتحمل بعبء الارتفاق و يسمى بالعقار الخادم ، فهو يحرم العقار المرتفق به من ممارسة بعض سلطاته، اي انه ينتقل حق الارتفاق مع العقار الى اي مالك جديد لانه مقرر على العقار وليس على شخص المالك كالإرتفاق بعدم تعلية البناء أي ما يجاوز إرتفاعا معيناً، أو إرتفاق عدم المثل، او عدم البناء².

2- الارتفاقات المستمرة والغير مستمرة : يعتبر الارتفاق المستمر هو الذي لا يحتاج استعماله الى متكرر من طرف مالك العقار المرتفق ، ويكون ايضا مستقلا عن استعماله الحقيقي مثل الارتفاقات السلبية ومستقلا ايضا عن الارتفاقات الإيجابية كالارتفاق المثل، وهذا الاخير هو الارتفاق المستمر لان العبء الناشئ عنه متواصل لمجرد احداث فتحة على الاقل من المسافة المقررة قانوناً³.

و اما الارتفاق الغير مستمر فهو يطلب من صاحب العقار القيام بعمل اجابي في العقار الخادم في كل مرة يريد فيها استعمال هذا الارتفاق ، فهو يتطاب في استعماله تدخل مستمر للانسان مثل ارتفاق المرور⁴.

3- الارتفاقات الظاهرة و الغير ظاهرة : يعتبر هذا النوع من الارتفاقات ارتفاق يظهر فيها اذا كانت هناك علامة خارجية دالة عليه او لا ، اي ان هذه العلامة تكون حيث يستعمل الارتفاق فيمكن ان يكون في العقار المرتفق ومثال ذلك ، ارتفاق المرور ، فيمكن ان تكون

¹-أنظر: علي هادي العبيدي، المرجع السابق ص 277

²-أنظر: علي هادي العبيدي ، المرجع نفسه ص 272 و نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها منشأة لمعارف، الإسكندرية، 2001 ، ص265.

³- أنظر: كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها ، منشأة المعارف، الاسكندرية 1998 ص 296-297

⁴- أنظر: فرج الصدة عبد المنعم ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ط د س ، ص 954-955

ظاهرة اذا كان له طرف مخطط يمارس فيه هذا من جهة ، ومن جهة اخرى اذا لم يكن او يوجد علامة خارجية تدل عليه، و اما الارتفاق بالمجرى ، يكون ظاهرا اذا كانت له قناة مكشوفة تجري فيها المياه ، اما اذا كانت المياه تجري في انابيب تحت الارض فعنا الارتفاق بالمجرى غير ظاهر.

الا ان هناك ارتفاعات تكون في طبيعتها غير ظاهرة كالارتفاع بعدم البناء الذي هو ارتفاع سلبي¹.

الفرع الثاني: خصائص حق الارتفاق

يتميز حق الارتفاق بعدة خصائص وستقوم بالتعرض على هذه الخصائص على

النحو التالي :

1- حق الارتفاق حق عيني عقاري: الارتفاق حق عيني اصلي يخول صاحبه سلطة

مباشرة على العقار، يستطيع ان يباشرها دون وساطة احد، ودون الحالة الى تدخل مالك العقار الخادم، و يلتزم هذا المالك بالامتناع عن اعاقه استعمال حق الارتفاق. ويترتب على الطابع العيني للارتفاق انه يمكن الاحتجاج به على الكافة، وخاصة في مواجهة من يكتسب ملكية العقار الخادم ودائنيه، ويتمتع صاحب حق الارتفاق بحق الافضلية وحق تتبع العقار الخادم في اي يد تكون.

ويتقرر حق الارتفاق على العقارات فقط ولا يرد على المنقولات ويترتب على الطابع العقاري للارتفاق ضرورة مراعات شهره و ايضا يمكن ان يرد على العقارات الخاصة او العقارات العامة بشرط الا يتعارض ذلك مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال . مثال ذلك الطرق العامة فعي تصلح للمرور².

¹-أنظر: نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي، لبنان 2003 ص 304-305

²-أنظر: علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ص274

2- حق الارتفاق حق دائم : يتميز حق الارتفاق بكونه حق دائم وهذا الحق وهذا الدوام مستمد من كون حق الارتفاق حق تابع ، اي ان هذا الدوام دائم بدوام حق الملكية ،فهو ملحق بها كميزة لها او عبئ عليها ، وذلك بخلاف الحقوق العينية الاخرى المتفرعة عن حق الملكية ، كحق الانتفاع و الاستعمال و السكنى التي تنسم بالتوقيت¹ ، وحق الارتفاق يسقط بمرور الزمان لعدم الإستعمال، إلا أنه يمكن لكل من صاحب العقار المرتفق والعقار المرتفق به أن ينفقا على أن يكون حق الارتفاق موقوتا لكون صفة الدوام هذه ليست ضرورية².

3- حق الارتفاق غير قابل للتجزئة : ويقصد بعدم قابلية حق الارتفاق للتجزئة انه اذا جزء من العقار المخدوم ، فان الارتفاق يظل مقررا لكل جزء منه ، واذا جاء العقار الخادم ، فان الارتفاق يظل واقعا على كل جزء منه. اي ان الارتفاق يقرر لفائدة كل العقار المرتفق ، وعلى كل العقار المرتفق به وإذا جزء العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه³.

الفرع الثاني: احكام حق الارتفاق

الاثار هي الأحكام حق الارتفاق التي من خلاله يتحدد في ضوئها مركز كل من مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرافق به وحددت هذه الأحكام في التشريع الجزائري في المادة 871 و 872 من القانون المدني الجزائري وسوف ندرس هذه الأحكام والآثار على النحو التالي :

¹-أنظر: علي هادي العبيدي ، المرجع نفسه ص 274

²-أنظر: يكن زهدي، الملكية والحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثانية ، منشورات المكتبة المصرية، بيروت، ط دون سنة ص208

³-أنظر: علي هادي العبيدي ، المرجع نفسه ص 274

أولاً: المركز القانوني لمالك العقار المرافق

1_ نطاق حق الارتفاق: يقصد به الأعمال التي دخل في سلطة مالك العقار المرتفق

وتكون له حق القيام بها ولتحديد نطاق حق الارتفاق نصت المادة 811 من قبل. م ج تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها ولما جرى بعرف الجهة¹.

وحسب ما جاء في المادة 1019 من القانون المدني الاردني انه يتحدد نطاق حق الارتفاق بالسبب الذي انشأ او بالعرف السائد بالجهة التي يقع بها العقار ، اي ان نطاق حق نطاق الارتفاق يتحدد بما جاء في سبب انشائه، ان لم ينص في هذا السبب على نطاقه يرجع للعرف المحلي للجهة التي يقع بها العقار مع مراعاة الاحكام الواردة في نصوص القانون²، ومن خلال هذه المواد يتضح لتحديد نطاق الارتفاق يجب اللجوء إلى مصدره ويجب الرجوع لما يقرره السند المنشأ للحق. فاذا كان سند اسناد الارتفاق هو التصرف القانوني كعقد او وصية، فان هذا التصرف هو الذي بين نطاقه ويرسم حدوده ويعين مداه وعدم الشك في تحديد مضمون التصرف، فان القاضي يقوم بتفسيره للكشف عن ارادة الاطراف محاولا التوفيق بين مصلحة العقار المخدوم ومصلحة العقار الخادم وعدم زيادة الاعباء الملقاة عليه.

واذا كان الارتفاق قد تم تخصص للمالك الاصلي، فان هذا التخصص هو الذي بين نطاق حق الارتفاق كذلك بما جرى عليه عرف الجهة، والاحكام التي يتضمنها القانون في هذا العدد .

ويتضمن حق الارتفاق كل ما هو ضروري لاستعماله. فحق الارتفاق بالأكل من شجرة يرتقال من بستان معين تتضمن بالضرورة حق المرور بالأرض التي يوجد بها هذه الشجرة،

¹-أنظر: الامر 75-58 المتضمن ق م ج ، المرجع السابق .

²-أنظر: علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ص 302.

اي اننا بصدد ارتفاق اضافي يتبع وتكمل الارتفاق الاصلي ويرتبط به لأنه لازم لاستعماله ويعد من مستلزماته طبقا لمقتضيات الامور¹.

2_ استعمال حق الارتفاق: جاء في نص المادة 872 من القانون المدني الجزائري " لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لإستعمال حقه في الإرتفاق ويحفظه، و يجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الإرتفاق² " فمن خلال هذه المادة فان مالك العقار المرفق يجري من الاعمال ما هو ضروري للمحافظة على حق الارتفاق وما يستلزم للمحافظة عليه ، وان يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه الا اقل ضرر ممكن ولا يجوز ان يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق اي زياده في عبء الارتفاق³.

ونصت المادة 988 من القانون المدني السوري على ما يلي : من احدث ارتفاق فقد منح ضمنا ما هو لازم استعماله فحق الارتفاق من عين يتضمن حتما حق المرور في الارض التي تقع فيها العين ونلاحظ من نص هذه المادة انها قد منحت من حق الارتفاق كل حق يحتاج اليه الارتفاق ليكون استعماله ممكنا وجاء نص الفقرة الثانية من المادة لتعطي مثلا على هذه الحقوق الإضافية فالشخص الذي حصل على حق ارتفاق الماء من ارض جاره على سبيل المثال يلحقه تبعا او ضمنا حق العبور ضمن هذه الارض للوصول الى عين الماء⁴.

¹ - أنظر: علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ص 302

² - الامر 58-75 المتضمن ق م ج ، المرجع السابق

³ -علي هادي العبيدي ، المرجع نفسه ص 303

⁴ - محمد معتصم بالله ارزنجاني، بحث علمي قانوني لنيل لقب الاستاذ في المحاماة، نقابه المحامين، دمشق ص 36

ولمالك العقار المرتفق ان يجري من العمل ما هو ضروري لاستعمال الحق وما يلزم للمحافظة عليه، ويخول القانون صاحب العقار المخدم حق القيام بما هو لازم لاستعمال حقه والحفاظ عليه ويلقي عليه، وفي نفس الوقت التزامات معينة في هذا الصدد. فهو يستطيع القيام بالأعمال الضرورية لاستعمال حقه، ويستطيع كذلك القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقه، ولصاحب حق الارتفاق ان يستعمل حقه بالقدر اللازم لاستيفاء المنفعة المقصودة ويجب على صاحب حق الارتفاق ان لا يسيء استعمال حقه على نحو يسبب اضرارا لصاحب العقار الخادم¹.

ثانيا : المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به

تنص المادة 875 ق م ج " لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الارتفاق أو أن يجعله شاقاً، ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل الموضع المعين أصلاً لإستعمال حق الارتفاق بموضع آخر"²

من خلال المادة نلاحظ أن إلتزامات مالك العقار المرتفق به هي إلتزامات سلبية وليست بإلتزامات إيجابية.

ويتحدد المركز القانوني لمالك العقار المرتفق به بما يفرضه عليه القانون من واجبات وما يقرره له من حقوق وكما جاء في نص المادة من القانون المدني الاردني "لا يلزم ملك العقار المرتفق به ان يقوم باي عمل لمصلحه العقار المرتفق الا ان يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط على غير ذلك"³. ومن هذه النصوص يمكن تحديد المركز القانوني لمالك العقار من خلال بيان ما يفرضه عليه القانون من واجبات وما يقرره له من حقوق ويتمثل ذلك فيما يلي :

¹ - أنظر: علي هادي العبيدي ، امرجع السابق ص 304.303

² - الامر 75-58 متضمن ق م ج ، المرجع السابق

³ -علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ص 310.309

1- الامتناع عن اي عمل ينقص من الارتفاق: نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة 992 من القانون المدني السوري على ما يلي " لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمي إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة. فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً." وبناء عليه وعلى قاعدة ثبات الارتفاق فإن على مالك العقار المرتفق به ألا يتعرض لصاحب العقار المرتفق في تمتعه بحقه عندما يكون الارتفاق إيجابياً كحق المجرى أو الممر أو السقاية، وأن يتمتع عن القيام بأي عمل من شأنه المساس بحق الارتفاق السلبي كعدم البناء وعدم التعلية كما أنه لا يحق لصاحب العقار المثقل بحق المرور أن يعيق حركة المرور فيه بأية طريقة كانت كأن يضع فيه أشياء أو يزرعه أو يجعل استعماله شاقاً أو يبذل مكانه بمشيئته المفردة من دون استشارة صاحب الحق بالارتفاق¹.

وقد قام المشرع الجزائري بوضع قيود على مالك العقار المرتفق عند شروعه في البناء و تتمثل في قيود البناء وذلك في نص المادة 1/870 من ق م ج " اذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الإرتفاق بالبناء أو في مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق إرتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود هذا ما لم يكن هناك إتفاق يخالف ذلك"² فقد إعتبر المشرع الجزائري انه هناك قيود في الارتفاق بالبناء، فهذه القيود تحد من حق صاحب العقار في البناء عليه كيف ما شاء فلا يجب أن تتعارض الأبنية مع ما فرض عليها من قيود،

2- عدم الالتزام باي عمل لمصلحة العقار المرتفق : اي انه لا يلتزم مالك العقار المرتفق به بالقيام باي اعمال لمصلحه العقار المرتفق وذلك باستثناء ما يقتضيه استعمال

¹ - محمد معتصم بالله ارزنجاني ، بحث علمي ، المرجع السابق ص 39

² - الامر 75-58 المتضمن ق م ، المرجع السابق.

الارتفاق على الوجه المألوف ويجوز الاتفاق مع ذلك على الزام مالك العقار المرتفق به بالقيام ببعض الاعمال وحده او بالاشتراك مع صاحب الارتفاق كصيانه الطريق او المجرى او المصرف¹.

3- حق الاشتراك في استعمال الارتفاق : يستطيع صاحب العقار المرتفق به ان يقوم على عقاره بأعمال مماثله لما يخاوله الارتفاق الوارد عليه كالاشتراك في استعمال الممر او ري ارضه من المجرى، او صرف المياه الزائدة في المصرف بشرط ان لا يعوق ذلك حق الارتفاق.

4- امكانه تغيير موضع الارتفاق : لا يجوز لمالك العقار المرتفق به ان يغير من الوضع القائم للارتفاق او ان يبديل بالموضع المعين اصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا اخر، فلا يجوز تغيير شكل الارتفاق او مكانه او بالاتفاق بين مالك العقارين المرتفق والمترفق به فلا يستطيع اي منهما ان يجري اي تغيير في الارتفاق بإرادته المفردة.

5-مراعات قيود الملكية والشركة والجوار: تراعي في الارتفاق الاحكام الخاصة بالقيود التي تعرض على الملكية وحقوق الجوار المشتركة لما كان الارتفاق فرع من حق الملكية وكان القانون قد نص على الملكية للمصلحة وحقوق الجوار والشركة فان هذه القيود والحقوق يجب ان تراعي في استعمال حق الارتفاق تبعا.

6- حق مالك العقار الخادم في مباشره سلطات ملكيته : تعبر محكمه النقض عن ذلك بقولها : حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الاول ويجعله متقلا بالتكليف لفائدة الثاني².

¹-علي هادي العبيدي ، المرجع السابق، ص313

²-علي هادي العبيدي، المرجع نفسه، ص314

الفصل الثاني

وسائل حماية الحقوق

العينية الأصلية

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار

لا تختلف التشريعات حول القانون الواجب التطبيق على العقار فهذه قاعدة تقليدية يرجع عهدها إلى المدرسة الايطالية القديمة التي وضعت القاعدة، فقانون الموقع فيما يتعلق بالعقار لا يثير أية صعوبة، لأن العقار ثابت في مكانه لا ينتقل ولقد برر بعض الفقهاء تطبيقه على العقار بأنه يعتبر جزء من إقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها وإقليم الدولة هو أهم ركن من أركان قيامها فيجب أن يطبق عليه قانون الدولة نفسها.

و لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقار قمنا بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين اساسين، المطلب الأول نشأة قاعدة المال ومبرراتها، اما المطلب الثاني فقد قمنا فيه بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقار.

المطلب الأول: نشأة قاعدة قانون المال ومبرراتها

قمنا في هذا المطلب بتحديد قاعدة قانون المال فقسمنا هذا المطلب الى فرعين ، فرع اول نشأة قاعدة قانون المال ، والفرع الثاني سنقوم بدراسة مبررات هذه القاعدة.

الفرع الاول: نشأة قاعدة قانون المال

تعود قاعدة القانون المالي الى العصور الوسطى وليست حديثة النشأة كما يراها البعض وقد تطورت عبر عدة مراحل متعددة وساهم في ذلك الفقه مساهمة كبيرة في غاية الأهمية الى ان وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحالي ونتطرق في بحثنا الى مراحل نشأتها.

بدأت معالم هذه القاعدة الشهيرة تبرز الى الوجود في القرن 13 وذلك حين تساءل الفقيه 'بارتول' عن مدى حق الاجنبي في البناء فوق العقار الذي لا يملكه وقد اجاب عن

هذا السؤال بنفسه بان قانون موقع العقار هو الذي يحكم ذلك¹ فالعقار حسب ما جاء به 'بارتول' بان العقار المراد البناء فوقه او تعليمه يخضع الى قانون موقعه.

وقد اكد هذه القاعدة الفقه الغربي (دارجنترية) المعروف بنزعة الاقليمية وهذا في

القرن 16.

فقد تأكدت قاعدة قانون المال من طرفه وذلك من خلال دفاعه عن مبدأ اقليمية القوانين وتطبيقه دون استثناء ممثل المال يخضع الى قانون موقعه نتيجة الاخذ بمبدأ اقليمية القوانين وقد ادى ذلك إلى تدعيم هذه القاعدة وابرازها اكثر.

وقد ظهرت هذه القاعدة مرة أخرى في القرن 19 على يد الفقيه الايطالي (ماسيتي) حيث نادى بمبدأ شخصية القوانين الى ان تطبيق القوانين عنده ليس قاصرا على اقليم الدولة بل يمتد تطبيقها الى خارج حدود الدولة ولكنه استثنى من هذا المبدأ المال واخضعه لقانون موقعه على اساس ان ذلك من النظام العام مما جعل قاعدة قانون موقع المال تنتشر بين المدارس الفقهية اكثر وبالرغم من انه كان ينادي بمبدأ شخصية القوانين الله انه في القرن 19 استثنى هذا المبدأ المال واخضعه لقانون موقعه وذلك على اساس ان ذلك من النظام العام.²

يعتبر الفقيه الالمانى (سافيني) من المدارس الفقهية التي اكدت على وجود قاعدة خضوع المال لقانون موقعه وذلك من خلال نظرية التركيز التي نادى بها والتي تهدف إلى تطبيق قانون موقع العقار لان مصالح الشخص تتركز عادة في المكان الذي توجد فيه امواله، ومن ثم فان المنطق يقضي بان اقرب القوانين الى اموال الاشخاص هو قانون

¹- بلعبور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 10-05 لسنة 2005، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الدراسية 2006/2007 ، ص 108.

²- بلعبور عبد الكريم ، نفس المرجع ص 108-109.

موقعها لان مصالحهم قد كثرت في هذا المكان¹ وتعتبر نظرية التركيز المكاني التي نادى بها الفقيه الالمانى سافيتي اهم نظرية اكدت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه حيث تهدف هذه النظرية الى اخضاع العقار الى قانون موقعه لان مصالح الشخص تتركز عادة في المكان التي توجد فيه امواله ومن ثم فان اقرب القوانين الى اموال الشخص هو قانون موقعها .

هكذا نشأت قاعدة قانون موقع المال بين المدارس الفقهية ثم ايدها القضاء في معظم دول العالم، ثم نصت عليه تشريعات غالبية الدول ومنها التشريع الجزائري في المادة 17 نت القانون المدني، ورغم الاخذ بها في معظم التشريعات الا ان ذلك لا ينفي وجود بعض الاختلافات من حين لآخر².

الفرع الثاني: مبررات قاعدة قانون المال

لقد تعددت مبررات قاعدة قانون المال فليس هناك مبرر واحد او سند واحد في مسألة الاخذ بهذه القاعدة فتعددت هذه المبررات والاسانيد المعتمد عليها اكسب وجهات النظر الفقهية المختلفة في مفهوم القاعدة ومضمونها ومن ثم فهي ليست واردة على سبيل الحصر ونتطرق الى اهم هذه المبررات في التالي³:

_ من حيث استقرار المعاملات:

فلقد برر بعض الفقهاء تطبيق قاعدة قانون المال وذلك على اساس المزج بين الملكية والسيادة وقد ساد هذا النظر منذ العصور الوسطى وعند الفقهاء المعاصرين، واسنده فقهاء اخرون الى فكرة تامين المعاملات واستقلالها حفاظا على حقوق الغير فتطبق قانون

¹ - بلعبور غبد الكريم ، المرجع نفسه ص109

² - بلعبور غبد الكريم ، المرجع نفسه ص109

³ - أنظر بلعبور غبد الكريم ، المرجع نفسه ص109

الموقع المال يجعل المعاملات في استقرار دائم وذلك التعامل في الاموال يتطلب سلامة المعاملات وللتأكد من ذلك يجب التأكيد من الحق العيني الذي نقله الشخص الى غيره¹ اي انه سهل خلال الاطلاع على الالتزامات المترتبة عليه في مكان وجوده وذلك يحقق الاستقرار بين المتعاملين .

_من حيث حماية الغير:

ومن المبررات أيضا لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه انه يحقق الحماية القانونية للغير من كل التصرفات التي تلحق بالمال من طرف المالك اذا يسهل عليه مراجعة حالة العقار وذلك بالرجوع الى موقعه والاطلاع على ما لحق به من رموز وتصميمات ومن ثم يكون على بينة من عمره²

ورأى سافيني أيضا ان مبناه هو الخضوع الايادي ، في حين انتشاه من المبدأ العام عنده وعلى ذلك يعتبر قانون المال القانون الذي يفكر فيه³.

_من حيث التركيز المكاني :

يعتبر اساس قاعدة قانون المال يعود الى فكرة التركيز المكاني التي تعني خضوع اموال الشخص الى قانون موقعها لان جميع مصالحه عادة مركزة حيث يوجد موضوع الحق، لان الشخص الذي يشتري مثلا عقار اضافي فان الغرض من ذلك يكون من اجل السكن او الاستثمار او التجارة، ومما لا شك فيه ان هذه المصالح التي من اجلها اشترى الشخص هذا العقار تتركز حيث يوجد هذا المال ومن ثم فان قانون موقعه هو المخصص

¹ - أنظر: بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ص108 و زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزء الاول تنازع

القوانين الطبعة الكاهنة سنة 2000 ص 191

² - أنظر بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ص109

³ - زروتي الطيب ، المرجع السابق ص 191

بحكمه¹ وعليه الفقه الحديث برر تطبيق قانون موقع العقار على اساس اعتبارات ملائمة المعاملات ومبدأ التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية اذا ان قانون موقع العقار هو الانسب لحكمه باعتباره ثابتا ومستقرا وهنا تركز العلاقة القانونية².

_اجراءات التسجيل والشهر:

يعتبر ايضا من مبررات قاعدة قانون موقع المال وذلك انطلاقا من الاجراءات والشهر الواجبة في التصرفات الواردة على العقار المعمول بها في معظم التشريعات والتي يتولاها موظفون عمومية يقومون بهذه التسجيلات او الشهر وفق قانون الدولة التي عينتهم في هذه المناصب ويترتب على ذلك منطقيا خضوع هذه الإجراءات أو السند هو الى قانون الموقع العقاري من غيره المنقول خضوعها الي قانون آخر³.

_من حيث الاختصاص القضائي :

من مبررات قاعدة قانون موقع المال فكرة الاختصاص القضائي بالنسبة للمال ذلك في المحاكم المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالعقار وكذلك الدوائر التي يرجع فيها في التنفيذ علي العقار و تكون عادة في محاكم الدولة التي يوجد بها هذا المال سواء كان عقار أو منقول ومن ثم خضوعه الي قانون موقعه⁴.

_توفير حماية الدولة لمصالحها :

تطبيق قانون موقع المال يوفر للدولة التي يقع فوق اقليمها المال وخاصة العقارات حماية لمصالحها لان الدولة عندما تقوم بتنظيم الحقوق الواردة علي العقارات إنما تهدف من

¹ - بلعيور غبد الكريم، المرجع السابق ص110.

² - انظر زروتي الطيب، المرجع السابق ص191.

³ - بلعيور غبد الكريم، المرجع السابق ص110.

⁴ - بلعيور غبد الكريم، المرجع نفسه ص110.

وراء هذا التنظيم تحقيق اغراض اقتصادية ومن ثم فإن موقع قانون المال هو الملائم لتوفير الازدهار الاقتصادي الذي يصب إليه الدولة من خلال تنظيمها للمال مما يجعل مصالحها تتحقق¹.

_سيادة الدولة:

لقد برر بعض الفقهاء قاعدة قانون موقع المال بحجة سياسة مفادها أن العقار يعتبر جزء من إقليم الدولة الذي تقع فيه ولما كان الإقليم وعاء لسيادة الدولة فإنه من غير المعقول أن تخضع جزء من إقليمها الي قانون غير قانونها . ومن ثم وجب خضوع المال الي قانون موقعة لان المسألة تتعلق بسيادة الدولة².

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقار

لا تختلف التشريعات حول تطبيق قانون موقع المال على العقار والمنقول فهذه قاعدة تقليدية يرجعون اليها ، فقانون موقع المال والذي يطبق على الاحوال العينية ولكن للقانون الواجب التطبيق على العقار عدة اتجاهات³ لذلك سنتطرق في الفرع الاول الى ماهية القانون الواجب التطبيق على العقار وفي الفرع الثاني الى موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على العقار.

الفرع الاول: ماهية القانون الواجب التطبيق على العقار

لا توجد قاعدة تنازع كتب لها البقاء المنهية عن الجدل حول وجودها وصلاحياتها مثلما كتب قاعدة خضوع النظام القانوني للأموال العقارية لقانون هو حقها فقد ثبتت تلك

¹ - بلعبور عبد الكريم ، المرجع السابق، ص108

² - بلعبور عبد الكريم ، المرجع نفسه ، ص110

³ - أنظر بوخرشة زوليخة ، رسالة القانون الواجب التطبيق على الاموال المادية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون دولي خاص جامعة اكلي محند اولحاج البويرة قسم الحقوق 2016/2017، ص 61

القاعدة منذ عهد نظرية الاحوال الايطالية في اواخر القرن 12 بل وازدادت شيوعا في العصور الاولى وابان العصر الاقطاعي حيث كانت الارض والاموال العقارية عصب الحياة واكثر الاموال قيمة واهمية بالمقارنة بالاموال المنقولة وقد توارثت المذاهب الفقهية بعد ذلك، والقوانين المقارنة التي ظهرت تقنياتها خلال القرن 19 والتشريعات الحديثة قاعدة خضوع العقارات لقانون الارض او قانون موقع المال¹.

تنص المادة 15/ 185 من القانون المدني بان "يسري على حيازة او ملكية الحقوق العينية الاخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار..."، في هذه القاعدة المسلمة في مصر فيما يخص العقار استنادا إلى النصوص القديمة الخاصة بتوزيع ولايه القضاء والى الفرمان العثماني الخاص بإباحة تملك العقارات في مصر الاجانب كما انها قاعدة مسلمة في دول العالم لأنها صدرت عن عرف دولي ما فرض على الدول الاخذ بها².

وقد برزت قاعدة تطبيق الموقع على العقار على اساس المزج بين الملكية والسيادة باعتبار العقار شراء من اقليم الدولة التي تمارس عليه سيادتها، فقانون موقع العقار هو انسب القوانين لحكمه باعتباره ثابتا ومستقرا فيختص هذا القانون ببيان نظام الاموال وتقسيمها الى عقارات ومنقولات كما يختص ببيان احكام طرق كسب الملكية العقارية من حيازة وشفعة والتصاق واثارها وانقضائها وانتقالها وما يرد على العقار من حقوق عينية اصلية من انتفاع واستعمال ومسكن وارتفاق كما بين مضمون هذه الحقوق واثارها والقيود التي ترد عليها وطبيعتها القانونية³.

¹- أنظر: احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروت القاهرة ص 972

²- أنظر: عز الدين عبد الله، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثالثة 1958، مكتبة النهضة المصرية ص 355

³- أنظر: زروتي الطيب، المرجع السابق ص 191.

ويبرز اختصاص قانون موقع العقار عدة اعتبارات منها اعتبار سياسي مقتضاه أن العقارات جزء من إقليم الدولة واعتبار في قوائمه أن المال يتمركز في موقعه واعتبار اقتصادي خلاصته أن أحكام النظام القانوني للمال العقاري يتصل بالنظام الاقتصادي في الدولة واعتبار قانوني وهو أن القانون يجعل الاختصاص القضائي بالمنازعات المتعلقة بالمال العقاري لمحكمة العقار¹.

إن قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه مسلمة من قديم إلا أن آراء رجال الفقه اختلفت في شأن تبريرها فتبناها المتعصبون لإقليمية القوانين في العهد الإقطاعي على أساس مزج فكرة السيادة بفكرة الملكية فقد كانت الأرض هي محور النظام السياسي وسلطان سيد الإقطاعية يماثل حق ملكيته في الأرض ومن ثم تقف عند حدودها و يقف أيضا عند سلطان العرف، فالملكية والسيادة عند فقهاء هذا العهد أمران لاصقان في حيث توجد السيادة توجد الملكية كما أن هناك تعليمات اخري قالها فقهاء آخرون متنوعة حسب تنوع فهمهم في تنازع القوانين ومهما يكن في أمر فانه يكفي تبرير القاعدة خضوع العقار لقانون موقعه اعتبار كون العقار جزء من إقليم الدولة وهو مسقط الأول لملكيته و كون سلامة المعاملات العقارية تستلزم وحدة القانون التي تخضع له هذه المعاملات وان انسب القوانين التي تخضع له العلاقة القانونية في العقار هو قانون المكان الذي يتركز فيه موضوعها (العقار) وهو قانون موقع العقار² وبالتالي فان القانون الواجب التطبيق على العقار هو الاخذ بقانون الموقع .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على العقار

نصت المادة 17 من القانون المدني الجزائري على انه "يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الاخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويرى بالنسبة إلى

¹ - أنظر: احمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ص 973-974.

² - أنظر: عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص336.

المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الاخرى او فقدها¹

ان تطبيق قانون الموقع فيما يتعلق بال عقار لا يشير إلى اي صعوبة لان العقار ثابت في مكانه لا ينتقل فيسهل التعرف عليه وعلى القانون الذي يحكمه عملا بالقاعدة السابقة فالتعديل في المادة 17 من القانون المدني الجزائري قد نص في الفقرة الأولى من المادة المذكورة على ان تكييف المال سواء كان عقارا او منقولا يخضع لقانون الدولة التي يوجد المال فيها وبالتالي فان التكييف في هذا المجال فإن المال لا يخضع الى القاعدة العامة الواردة في المادة 17 والتي تخضعه الى قانون القاضي بل اصبح استثناء منصوص عليه بقاعدة اسناد خاصة تجعله من اختصاص قانون المال وبذلك ساير المشرع الجزائري معظم التشريعات الحديثة ."

كما يرى بعض الفقهاء تطبيق قانون الموقع على العقار بانه يعتبر جزء من الدولة التي تمارس عليه سيادتها واقليم الدولة هو اهم ركن من اركان قيامها ويرى اغلبية الفقه ان الحكمة من تطبيق قانون الموقع على العقار انه انسب قانون تطبق عليه لأنه مستقر في هذا الموقع واعترض بعض الفقهاء على الراي القائل ان الحكمة من إخضاع العقار لقانون موقعه لأنه جزء من الدولة بانه لو كان الامر كذلك لوجب تطبيق قانون الموقع على العقد الوارد على العقار موضوعا وشكلا وعلى اهلية التعاقد على العقار خلافا لما اخذت به اغلب التشريعات².

¹ - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2005 ص 93

² - أنظر: بلعبور عبد اكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 10-05 لسنة 2005 الجزائر بن عكنون السنة الدراسية 2006/2007 ص 111 و علي سليمان المرجع السابق ص93-94.

ان اخذ المشرع الجزائري لقانون الموقع الذي يخضع له العقار يدل على انه قد اقر قاعدة nites اللاتينية التي عرفت منذ القرون الوسطى كما بينا سابقا وبذلك فان قاعدة خضوع العقارات لقانون موقعها له تبرير فقهي وتبرير قانوني، في التبرير الفقهي سنرجع الى عهد المدرسة الايطالية القديمة حيث يرى الفقيه الايطالي "بارتول" ان الحق على الشيء يخضع لموقع هذا الشيء¹.

يقول الفقيه عز الدين عبد الله في هذا العدد: "يكفي تبرير قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه اعتبار كون العقار جزء من اقليم الدولة وهو المسقط الاول لسيادتها واعتبار كون سلامة المعاملات العقارية ستلزم وحدة القانون الذي تخضع له هذه العلاقات وان انسب القوانين الذي تخضع له هذه العلاقة القانونية في العقار هو قانون المكان الذي يتركز موضوعها (العقار) وهو قانون موقع العقار².

اما التبرير القانوني فيتحدد من المادة 18 من القانون المدني الجزائري و المادة 17 من القانون المدني المصري التي حددت على ان العقارات تخضع لقانون موقعها بالاتفاق على ان العقار يخضع لقانون موقعه مفاده ان المال له مكان يوجد فيه وان هذا المكان تتركز فيه العلاقات القانونية المتعلقة به لذلك اعتبر هذا القانون³.

وان كانت السهولة التي يتميز بها هذا العقار في تحديد موقعه هي من ميزت القانون الذي تخضع له الا ان الامر يختلف بالنسبة إلى العقار الذي يقع جزء منه في دولة وجزء آخر في دولة اخرى مما يصعب تحديد موقعه وبالتالي القانون الذي يحكمه وق ذهب الراي الراجح فيه الى اخضاع كل جزء الى قانون الدولة التي يقع فيها وفي حالة وجود

¹ - أنظر: بوخرشة زوليخة ، المرجع السابق، ص 66.

² - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق، ص 336.

³ - أنظر: بوخرشة زوليخة ، المرجع السابق، ص 67.

حقوق الارتفاق بينما فان قانون دولة العقار الخادم هو الذي يعمل به وليس قانون دولة العقار المخدم وذلك لان الاول هو التنقل بالارتفاق وهذا طبقا للراي الراجح¹.

وما يؤكد اخذ المشرع الجزائري بقاعدة قانون الدفع في المادة 119 من قانون 90_30 المتعلق بالأموال الوطنية حيث جاء فيما يلي "ان المال هو جزء من اقليم الدولة التي تمارس عليه سيادتها " عنده فان اخضاع جزء من اقليم الدولة لقانون غير قانونها يتنافى مع سيادتها كما اكدته المادة 17 / 2².

¹ - بلعبور عبد الكريم ، المرجع السابق ص 111

² - أنظر : بوخرشة زوليخة ، المرجع نفسه ص 67

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي

لقد تطرقنا فيما سبق الى المادة 17 من القانون المدني الجزائري ان القانون الذي يحكم العقارات هو نفسه الذي يحكم المنقولات حيث نصت المادة 17 من القانون المدني الجزائري على ان "يسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب او فقد الحيازة او الملكية والحقوق العينية الاخرى" أما بعد التعديل فقد اصبحت بنص المادة على "يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يكون فيها وقت تحقيق السبب التي ترتب عليه تحقيق حيازة او كسب الملكية او الحقوق اخرى او فقدها".

ومن دراستنا لهذه المادة تطرقنا الى الفكرة الاتية وهي ان القاعدة العامة بالنسبة للمنقولات المادية وفقا للتعديل الجديد هي التي يجب خضوعها الى قانون موقعها الفعلي او الحقيقي وقت تحقيق سبب حيازتها¹ و عند تطبيق هذه القاعدة يكون الامر صعبا على بعض المنقولات مثل : السفن والطائرات باعتبارها منقولات من جهة و ومن جهة اخرى باعتبارها وسائل للنقل وتبرز ايضا الصعوبة حيث يتعلق الامر بالبضائع وكل ذلك لان هذه المنقولات تتحرك من مكان الى اخر ولمعرفة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على هذه المنقولات قمنا بتقسيمها وهذا ما سنتطرق اليه في المطلب الاول ،اما المطلب الثاني فسنتناول فيه الصعوبة التي تبرز في المنقولات التي تتحرك من مكان الى آخر .

¹ - أنظر : بلعبيور عبد الكريم ،المرجع السابق ص 111

المطلب الاول : القانون الذي يحكم المنقولات

ان تحسب موقع المنقول المادي بصفة عامة لا يثير أي صعوبة اذ ان موقع المنقول هو مكان وجوده الحقيقي والفعلي كما ذكرناه سابقا اما بالنسبة لموقع وسائل النقل والبضائع اثناء النقل يختلف ، وسنفصل الفكرتين المذكورتين في الفرعين التاليين:

الفرع الاول : المنقولات وسائل نقل

هناك من المنقولات ذات القيمة الاقتصادية العالية ما تستخدم كوسائل النقل والتي تكون دائما ويحسب طبيعتها في حالة حركة في البر والبحر والجو ولا يمكن تحديد موقع ثابت لها مثال ذلك السفن والطائرات والسيارات وقطار السكة الحديدية وهنا يتعين البحث عن قانون يضمن استقرار واستمرارية الحالة القانونية للمنقول وسيلة نقل ومن هنا يصعب تحديد موقعها وبالتالي تحديد القانون الذي تخضع له¹.

أ_ السفن والطائرات والقانون الذي يحكمها :

تعود صعوبة تحديد موقع السفن والطائرات والمراكب النهرية الى الحركة التي تسمح بها كل منها الى ان كل منها غالبا ما تكون في مناطق تخضع الى سيادة دولة كما هي الحال لأعالي البحار واجوائها التي ليست للدولة سلطة وسيادة عليها مما جعل تحديد موقعها صعب للغاية

والرأي السائد في هذا مادام من غير المستطاع تحديد موقع فعلي او حقيقي فلا بد من اعتماد موقع حكمي او قانوني في تحديد القانون الذي سيحكم في الحقوق العينية على السفينة او الطائرة فكان هو الدولة التي تحمل السفينة او الطائرة او المركب عليها ، فالمكان الذي قيدت فيه وحملت عليه يخضع لقانونه اي قانون العلم سواء كانت الباخرة في مياه

¹ - أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص1001.

اقليمية او في عرض البحر¹ كما يسري هذا القانون على البواخر والطائرات يسري ايضا على المنقولات التي عليها ولو كانت في مياه او فضاء دوليين ولكن في حالة التوقف المؤقت في ميناء او مطار معلوم ويسري عليها قانون هذه الدولة باعتباره قانون موقعها الحقيقي² لذلك يرى رجال الفقه خضوع السفن التي تجوب الانهار الدولية لقانون العلم ايضا التي تقوم بالملاحة الداخلية تخضع لقانون موقعها الفعلي أي قانون الدولة التي تقوم الملاحة فيها³.

وعلى عكس الفقه التقليدي فقد فصل اصطلاح قانون بلد التسجيل والقيود لدلالاته على الارتباط الحقيقي والواقعي للسفينة او الطائرة او المركب بالدولة التي سيطبق قانونها وهو ما تضمنه فكرة القانون العام خصوصا مع وجود ظاهرة اعلام المعاملة التي تملكها بعض من وسائل النقل المذكورة ومع وجود علم لدولة تتكون من دويلات فدرالية لكل منها قانونها المستقل ويطبق قانون دولة التسجيل باعتباره قانون موقع الحكمي او القانوني للسفينة او الطائرة او المركب النهري وليس باعتباره قانون الموقع المحلي وباعتباره القانون الشخصي والذي يتبع صاحبه اينما ذهب ولاعتبار تلك الوسائل للنقل جزءا عائما من اقليم دولة التسجيل وقد اخذ بهذا الحل القانون المدني الاسباني والبيروتي والقانون الدولي الخاص النمساوي ،اليوغوسلافي ،انجلترا ،بلجيكا وفرنسا ومصر . وتؤيد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون البحري ويسري قانون دولة تسجل السفينة او الطائرة ومجازا قانون العلم وهذا ما نصت عليه المادة 23 - 41 .

¹ - أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه ص1001 و عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص 347

² أنظر: زروتي الطيب ، المرجع السابق ص 196

³ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص348

⁴ - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص 1002.1003

ب_ القطارات وعربات السكك الحديدية والسيارات :

تعتبر القطارات وعربات السكة الحديدية والسيارات من وسائل النقل الحديثة ونظرا لسهولة تنقلها فهنا يصعب تحديد موقعها فهي تتحرك من مكان الى اخر وقد يتعدى حدود الدولة الواحدة في بعض الحالات وهنا تكون صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها وذلك ما ادى بالجمع الدولي على التصرفات الواردة على القطارات والعربات عن طريق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وقد حددت هذه الاتفاقيات والمعاهدات عقوبات السكة بقانون الدولة التي توجد فيها¹.

اما فيما يتعلق بالسكك الحديدية الدولية فيتم تنظيمها وفق احكام واتفاقيات دولية فيما يخص انشائها وتنظيم النقل عليها ولكن غالبا ما تتفق في الاتفاقية على اسنادها لموقع الدولة التي توجد بها².

بالنسبة لوسائل النقل بالسكة الحديدية فانه لما كان مستغلا هو كأنه مشروع او شركة نقل نظامية وتخضع تلك الوسائل لنظام القيد والتصريح في دولة النشاط فانه يسري عليها قانون محل تسجيل العربات والقطارات اي قانون التي بها ادارة ومقر المشروع او شركة السكة الحديدية وفي هذا المسمى نصت المادة 23 / 2 من القانون الدولي الخاص النمساوي على ان "يكون واجب التطبيق على قطارات السكة الحديدية قانون الدولة التي يوجد بها المركز الفعلي للإدارة الرئيسية للمشروع المشغل للقطارات" كما يأخذ بهذا الحل القانون الاسباني وهذا ما جاءت فيه اتفاقية "برن" المبرمة في 13 اكتوبر 1870 المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية واتفاقية "برن" المبرمة عام 1923 حول النقل الدولي للمسافرين والامتعة بالسكة الحديدية³.

¹ - أنظر بلعبور عبد الكريم ، المرجع السابق ص112

² - زروتي الطيب ، المرجع السابق ص196

³ - احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص1006

وفيما يتعلق بالسيارات فهي ايضا تعتبر وسيلة نقل فهي منقول مادي والقانون الذي يحكمها هو قانون مكانها الفعلي على قرار القطارات وعربات السكة الحديدية وهناك رأي فقهي وهو الاخذ بقانون الدولة التي سجلت فيها¹ ويمكن القول بان العبرة بقانون الدولة المسجلة بها اي التي قيدت فيها ومنحت رخصة تسيير المركبة غير ان هذا الرأي لا يستقيم مع طبيعة السيارات وما يعيق التعامل بشأنها كان سريع دائم الانتقال عبر الحدود وقد لا يوفر الحماية اللازمة للغير وما يميل اليه الفقه قد يبدو اقرب الى القبول تطبيق قانون الموقع الفعلي للسيارة على النظام القانوني لحيازتها وكسب ملكيتها واثارها وزوالها وكذلك كافة الحقوق العينية الاخرى التي ترد عليها ، وبعض القوانين المقاربة التي نذكر منها القانون الاسباني الذي نص على ان "تخضع السيارات ووسائل النقل بالطرق بقانون المكان الذي توجد فيه"²

الفرع الثاني : البضائع اثناء النقل

المفروض انه ليس للبضائع اثناء النقل موقع فعلي وحقيقي³ الا ان الفقهاء ذهبوا الى تحديد موقع هذه البضائع و من ثم القانون الواجب التطبيق عليها من دولة الى اخرى والبضائع ليس لها موقع ثابت فهي دائما في حالة حركة وانتقال لسهولة تنقلها مثل بيع او رهن البضائع والطرود المرسلة بطريق البر عن تونس مارة الى الجزائر والمغرب ،ومثال ذلك ايضا الامتعة التي يحملها المسافر معه اثناء السفر من بلد الى اخر وانه في هذه الحالة لا محيض من التعرف على المكان الذي يستقر فيه الشيء وقد يكون هذا المكان

¹ - بلعبور عبد الكريم ، المرجع السابق ص122

² - أنظر: أحمد عبد الكرم سلامة ، المرجع نفسه ص1005

³ - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص349

محددا بإرادة المالك وقد يندمج في موطنه ومن ثم يخضع الشيء لقانون هذا المكان او قانون هذا الموطن¹.

وهنا يكمن النزاع في هذه البضائع اثناء نقلها مم يجب تحديد القانون الواجب التطبيق وهنا ظهرت عدة اراء بشأن القانون الواجب التطبيق عليها .

وقد اعتبر فقهاء القارة الأوروبية ان موقع البضائع اثناء النقل هو البلد المصدر اليه ومن ثم فهي تخضع لقانون هذا البلد على ان القائلين بهذه القاعدة اختلفوا في نطاق تطبيقها فرأى بعضهم ان قانون البلد المصدرة اليها البضاعة يحكم البضائع وهي في طريقها الى بلد التصدير سواء كانت مرسله بالطرق البرية او الطرق البحرية وذلك في عدد الاشياء التي يحملها المسافر معه على باخرة اذ تخضع لقانون العلم² واذا استقرت البضائع اثناء النقل استقرارا مؤقتا فتخضع لقانون مكان استقرارها³ .

ورأى البعض الاخر ان البضاعة المرسله على بواخر البحار تخضع الى قانون العلم وليس لقانون الجهة المرسله اليها الذي يجب ان يقتصر اختصاصه على البضائع المرسله بالوسائل البرية وكذلك من الفقهاء من يرى انه اذا تحقق البضاعة اثناء النقل استقرارا مؤقتا في مكان خضعت البضاعة لقانون هذا المكان فيمكن لدولة مالك البضاعة ان وقع حجزا عليها وفقا لهذا القانون⁴ .

وذهب الراي الاخر الى اعتبار قانون دولة مالك المنقول والسلع او البضائع اثناء لنقل ليس لها موقع حقيقي ولا مقر امام الحاجة الى تحديد النظام القانوني لها من تحديد موقع حكمي او اعتباري لها ولكن يكون عبر دولة المالك لها، وقد اخذ بهذا الحل القانون

¹ - أنظر عز الدين عبد الله ، المرجع نفسه ص349 و أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ص998

² - عز الدين عبد الله ،المرجع نفسه ص349

³ - زروتي الطيب ، المرجع السابق ص196

⁴ - عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص349.350

الدولي الخاص المجرى بالنسبة للأشياء تحملها على ظهر سفينة او على متن طائرة فقد نصت المادة 23 / 3 على ان "يكون القانون الشخصي للمسافر واجب التطبيق على الحقوق العينية على الاشياء التي يحملها والمخصصة لاستعماله الشخصي"¹.

وطبقا للمادة 17 من القانون المدني الجزائري قد ذهب المشرع الجزائري انه في حالة تغير المنقول من دولة الى اخرى وقد تكلم في الفقرة الاخيرة الى تحديد القانون المختص بموقع المنقول وقت تحقق السبب الذي ادى إلى كسب وفقد الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الاخرى. نجد أن كل من قانون الموقع السابق وقانون الموقع اللاحق مختص، مما يعني تحديد نطاقهما².

ومما درسناه نستنتج ان الفقهاء والآراء الفقهية مختلفة في شان القانون الواجب التطبيق على البضائع على النحو التالي:

1- القانون الشخصي :

يرى فريق من الفقهاء ان القانون الذي يحكم البضاعة المنقلة هو القانون الشخصي لمالكها وعند معرفة الشخص المالك للبضاعة عرفنا القانون الذي يحكمها.

2- قانون العلم:

البضائع المصحوبة لدى المسافرين يعطى الاختصاص التشريعي في شأنها الى قانون العلم الذي يحكم وسيلة النقل نفسها سواء كانت طائرة او سفينة حتى لو كانت راسية في دولة اخرى لا علاقة لها بالبضاعة ولا وسيلة النقل.

3- قانون الدولة :

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص 999-1000.

² - أنظر: زروتي الطيب ، المرجع السابق ص 196.

البضاعة اذا كانت منقولة برا فإنها تخضع الى قانون البلد الذي تتجه اليه، اي قانون الدولة التي تصدر لها البضاعة على اساس انها هي التي سوف تستقر فيها اما بقية الدول التي تمر بها فلا صلة لها بالعقود التي قد تجري فوق اقليمها¹.

المطلب الثاني: التنازع المتحرك

يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على المنقول حيث يتعلق الامر بتغيير موقعه وسهولة هذا الصغير ف المنقول يتغير موقعه من اقليم الى اقليم وهو ما يسمى بالتنازع المتحرك والمتغير حيث ينتقل المنقول من اقليم الى آخر وتكون قد تعلقت به حقوق كلا من الاقليمين او احدهما هذا ما يقودنا الى طرح الاشكال التالي :

الى اي القانونين يخضع المنقول في هذه الحالة، الى قانون موقعه القديم او قانون موقعه الجديد؟

هذه هي المشكلة التي اثارت التنازع المتحرك² لذلك حاول الفقهاء وضع حلول لهذه المشكلة المتعلقة بالتنازع المتحرك سنقوم بدراستها في الفرعين التاليين الفرع الاول نظرية الاثر المباشر والفرع الثاني نظرية الحق المكتسب.

الفرع الأول : نظرية الاثر المباشر

يرى فريق من الفقه ضرورة تطبيق القانون الجديد بدلا من القانون القديم وذلك على اساس انه يوفر سلامة المعاملات بين المتعاقدين وان المتعاقدين يعرفان قواعد القانون

¹ - أنظر: بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ص113.

² - أنظر: علي علي سليمان ، المرجع السابق ص 99.

الجديد اكثر من غيره ويحقق لهما الطمأنينة، ويبدو واضحا من هذا الراي انه قد اخذ في تنازع القوانين من حيث المكان¹.

1- لو حازم شخص منقولا من غير مالك في اقليم دولة لا يعرف قانونها قاعدة الحياة في المنقول عند الملكية ثم انتقل بهذا المنقول الى اقليم دولة يعرف قانونها هذه القاعدة، فطبقا للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد يكون له ان يتمسك بهذه القاعدة متى توافرت له شروطها وتملك المنقول² وكذلك اذا باع شخص منقولا واشترط طبقا لقانون دولة محل المبيع احتفاظه بالملكية ليث الوفاء بالثمن ثم انتقل المبيع الى دولة اخرى قبل الوفاء، فان فعالية ذلك الشرط تخضع لقانون هذه الدولة³.

2- يقتضي القانون الالمانى والقانون السويسري بأن بيع المنقول لا يتم الا بتسليمه فلا يشتري شخص منقولا في المانيا وسويسرا ولم يسلمه ثم انتقل هذا المنقول الى فرنسا. فان البيع يعتبر تاما طبقا للقانون الفرنسى ولم يسلم هذا المنقول بالرغم من ان البيع لم يكن تاما بحيث سلطان قانون الموقع القديم وازافت المادة 209 من القانون المدنى البيروتى "انه لا يؤثر انتقال الاموال المادية على الحقوق التي نشأت صحيحة وفقا للقانون السابق ومع ذلك فانه لا يحتج بهذه الحقوق على الغير الا اذا استوفت الشروط التي يحددها قانون الموقع الجديد"⁴.

3- اذا اشترى الشخص منقولا في فرنسا دون ان يتسلمه ثم انتقل هذا المنقول الى سويسرا ولم يتسلمه المشتري هناك فانه لا يستطيع أن يقول أن عقد البيع تاما في فرنسا وبالتالي لا يكون مالكا.

¹ - بالعبور عبد الكريم ، المرجع السابق ص 114

² - علي علي سليمان ، المرجع السابق ص 99.100

³ - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص 1009

⁴ - علي علي سليمان ، المرجع نفسه ص 100 و أحمد عبد الكريم سلامة . المرجع نفسه ص 1009

4- اذا ارتهن شخص ما منقولا في بلد يعرف قانونه رهن المنقول دون حيازته ثم انتقل المنقول الى اقليم دولة مثل فرنسا او الجزائر لاتعرف الرهن الرياضي دون حيازة، فطبقا للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد لا يكون للمرتهن ان يتمسك بهذا الرهن¹ ومثال اخر اذا اكتسب حق على منقول وقف لقانون موقعه القديم ثم نقل إلى بلد لا يعرف قانونه هذا الحق مثل رهن المنقول رهنا رسميا فلا يجوز الاحتجاج بالحق الوارد على المنقول في بلد الموقع الاصيلي².

هذا هو الراي الذي اتى به الفقهاء ومنهم الفقهاء الفرنسيين ويأخذ به الفقه الإنجليزي ولقد دافع باتيفول عن هذا الراي بقوله انه على الرغم من الفروق الكثيرة بين التنازع فان هذا الرأي هو الافضل كل مشكلة التنازع المتغير مع ادخال بعض التحقيقات وحتى الان لم يقترح حل اخر الا من 'بييه' الذي وضع مبدء احترام الحق المكتسب فرديا وتطبيق مبدء التنازع البرلماني على التنازع المتغير يجب التمييز بين مضمون الحق ووسائل كسبه بمضمون الحق كالملكية او حق الانتفاع هو الذي يخضع فقط للأثر المباشر للقانون الموقع الجديد الذي يملك ان يعدل من الحقوق الموجودة من قبل، كما وسائل كسب الحقوق فتظل خاضعة للقانون الذي كان يسري عند استعمال هذه الوسائل وليس لقانون الموقع الجديد ان يمس هذه الوسائل حتى لا تكون ذات اثر رجعي ، فمثلا الدائن المرتهن حيازيا تحت سلطات قانون يجيز له تملك المنقول المرهون عند عدم الوفاء، لا يجوز له ان يملك هذا المنقول عند عدم الوفاء اذا كان قد نقل إلى فرنسا تطبيقا للأثر المباشر لقانون الموقع الجديد على مضمون الحق، والمنقول المحمل بشرط منع التصرف فيه تحت سلطات قانون

¹ - علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص100.

² - زروتي الطيب ، المرجع السابق، ص 197.

يجوز ذلك يصبح قابلا للتصرف فيه في فرنسا اعمالا كالأثر المباشر لقانون الموقع الجديد على مضمون الحق¹.

وايضا اذا حاز شخص منقولا في بلد لا يجيز للحائز المتمسك في مواجهة المالك الحقيقي في قاعدة الحيازة بالمنقول عند الملكية ثم نقل الى بلد يجيز التمسك بهذه القاعدة كان للحائز، ولو ان الحيازة تمت خارج البلد هذا، ان التمسك بهذه القاعدة وهذا هو الاثر المباشر لقانون الموقع الحالي² ، اما بالنسبة لوسائل كسب الحق فتظل خاضعة لقانون الموقع القديم، ولا يجوز لقانون الموقع الجديد ان يعدل منها والا كان ذو اثر رجعي مادام كسب الحق القديم وفقا للقانون الاجنبي السابق، ولكن قانون الموقع الجديد يستطيع أن يقبل حقا بتعارض من القانون الساري في الدولة³ وهذا هو الراي الاول المتعلق بالتنازع المتحرك ورغم ذلك فقد وجهت له انتقادات كثيرة.

الفرع الثاني: نظرية الحق المكتسب

قد ذهب هذا الراي الى اعتماد القانون الجديد احتراما للحقوق المكتسبة اي الاحترام الدولي لنفاذ الحق المكتسب، وطبقا لهذا الراي فمن اكتسب حقا على منقول اكتسابا صحيحا، طبقا لذلك القانون القديم فيجب ان يظل محترما تحت سلطات قانون الموقع الجديد ما لم ينشأ تحت سلطات الموقع القديم ، قد تم تكوينه وفقا لاحكام هذا القانون والا يكون مخالفا للنظام العام في دولة قانون الموقع الجديد⁴.

ويترتب على هذا الراي بعض النتائج اهمها :

¹ - علي علي سليمان ، المرجع نفسه ص 101

² - عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص 352

³ - علي علي سليمان ، المرجع السابق ص 101

⁴ - أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص 1006 و علي علي سليمان المرجع نفسه ص 101.

فمثلا اذا اشترى شخص منقولا في المانيا او سويسرا دون ان يتسلمه فانه لا يعتبر مالكا في فرنسا او في الجزائر حيث القانون يعتبر البيع تاما بدون تسليم وذلك لأن الملكية لم تكن قد انتقلت طبقا لقانون الموقع القديم ولكن اذا احدثت العكس بان اشترى شخص منقولا في فرنسا دون أن يتسلمه فانه يعد مالكا له بمجرد العقد فاذا انتقل المنقول الى المانيا او الى سويسرا فلا يجوز ان تسلم، بل يجب أن يحترم الحق المكتسب على هذا المنقول طبقا لقانون موقعه القديم¹ فلو افترضنا ان موجود في فرنسا او الجزائر التي يتم فيها تملك المبيع بمجرد ابرام عقد البيع دون تسليمه الى المشتري وبالتالي اذا نقل المنقول الى دولة كسويسرا التي تشترط التسليم في المنقول كي تنتقل الملكية الى المشتري يبقى مالكا له على الرغم من عدم تسليمه له لان حق الملكية قد تم في ظل القانون القديم ويجب احترامه ونفاذه في سويسرا وغيرها من الدول التي قد ينتقل اليها المنقول².

والقانون المصري اخذ بهذا الراي ففي المادة 17 من القانون المدني فقد قرر قانون اختصاص موقع المال الا انها حددت ان المزاد هو قانون الموقع "وقت تحقق السبب الذي يترتب عليه كسب الحيازة او الملكية الاخرى او فقدها"³.

اذا حاز شخص منقولا بحسن نية من غير مالكة في بلد يجيز قانونه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول الى بلد لا يعرف قانونه هذه القاعدة فانه يعتبر مع ذلك مالكا له ويحترمه حق المكتسب طبقا لقانون موقع المنقول السابق.

وطبقا لهذا الراي اذا نشأ تحت سلطات الموقع الجديد حق مضاد للحق الذي نشأ حيث سلطان الموقع القديم سقط الحق القديم واذا تعارض الحق الذي نشأ على المنقول طبقا للقانون السابق مع النظام القانوني في الموقع الجديد سقط الحق القديم كذلك، وقد اخذت بلجيكا بهذا الراي كما اخذ به مشروع توحيد قواعد التنازع بين هولندا وبلجيكا ولوكسمبورغ

¹ - أنظر: علي علي سليمان ، المرجع نفسه ص102

² - بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ص115

³ - أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص1008

في سنة 1951م، كما ان المشرع الجزائري قد اخذ بهذا الراي على ما يظهر ان بدل عبارة المادة 17"ويسري على المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقيق السبب الذي ترتب عليه كسب او فقد الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الاخرى" على هذا المعنى¹ فالمشرع الجزائري قد حرص على ضرورة الاحترام الدولي لنفاذ الحقوق المكتسبة وذلك من خلال اعطائه الاختصاص التشريعي إلى قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول عند تحقق السبب الذي أدى إلى حيازته أو ملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة عليه ومن ثم فالعبرة هي القانون الجزائري ليس بقانون المكان الذي انتقل اليه المنقول بل العبرة بقانون المكان الذي تحقق فيه سبب الحيازة أو التملك أو ترتب الحقوق العينية الأخرى مما جعلنا نعتقد بأن القانون الجزائري قد فضل تطبيق مبدأ احترام الحقوق الدولية ونفاذها على مبدأ التطبيق المباشر والفوري للقانون الجديد².

وقد سبق أن قلنا أن القانون الواجب التطبيق على السفن هو قانون العلم وكذلك تخضع الطائرات لقانون العلم الذي يحيطه، و هذا هو ما استقر عليه القضاء الفرنسي، وهو الذي قرره معهد القانون الدولي ببروكسل في اجتماعه المنعقد سنة 1885، وهو الذي أخذ به كذلك مجموعة 'بوستامنت' ، وقد قلنا أن البضائع المحطة على وسائل النقل لا يحمل علما ، فقد كان إخضاعها لقانون الشخصي لمالكها و لكن يرى بعض الفقهاء الحديث إخضاعها لقانون محل وصولها على أنه إذا ما حدث إن استقرت هذه البضائع في مكان ما استقرار مؤقت، خصصت لقانون المكان، وقد اتفق في معاهدة برن المنعقدة سنة 1952 على إخضاع عربات السكة الحديدية لقانون الدولة التي تملكها، أما السيارات فقد رأى بعض الفقهاء إخضاعها لقانون الدولة التي تحمل لوحة بإسمها بينما رأى البعض الآخر إخضاعها لقانون محلها الفعلي³.

¹ - علي علي سليمان ، المرجع السابق ص102

² - بلعيور عبد الكريم ، المرجع السابق ص115

³ علي علي سليمان ، المرجع السابق ص103

خاتمة

خاتمة :

من خلال كل ما سبق ذكره يمكن القول ان موضوع حقوق العينية الأصلية في تنازل القوانين انها تنقسم الى حقوق الملكية والحقوق المتفرعة عنها ولقد اقر المشرع الجزائري حمايه خاصه لهذه الحقوق باعتبار ان اغلب النزاعات التي تحدث بين الاشخاص تدور حول الاعتداء على هذه الحقوق واقرت ايضا معظم التشريعات والآراء الفقهية حمايه خاصه لهذه الحقوق ووضعت لها وسائل لحمايتها وتتمثل هذه الوسائل في الدعوى القضائية المقررة بموجب القانون الذي يؤدي الى وضع حد لهذه النزاعات والنظام القانوني الخاص بها.

ومما سبق ان درسناه فقد تطرقنا الى ان الحقوق العينية الأصلية تنقسم الى حقوق الملكية كالاستغلال و الاستعمال و التصرف والحقوق المتفرعة عنها كحق الانتفاع و الارتفاق و السكنى وقمنا في بحثنا هذا بالتطرق الى بعض الوسائل لحمايه هذه الحقوق فلقد اقرت معظم التشريعات حمايه خاصة لهذه الحقوق لعدم التعرض لها وقمنا بتحديد بعض هذه الحقوق كالأموال المنقولة و العقارات ووسائل حمايتها .

ومما رأيناه سابقا في الحقوق العينية الأصلية قمنا بدراسة وسائل حمايتها وذلك من خلال دراستنا لقاعدة المال فيمكننا القول ان الاموال المادية تتخللها عدة احكام و اساليب فيما يخص تحديد الطائفة المالية التي تشملها هذه الاموال والقانون الواجب تطبيق عليها، فاذا نظرنا الى المال 17 من القانون المدني الجزائري فأنا نجد ان طائفه هذه الاموال في التشريع الجزائري تتمثل اساسا في الحيازة التي تطرق لها المشرع الجزائري في نصوص خاصه في القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والإدارية، وهذا نظرا لأهميتها البالغة في حياه الفرد ومصالحه وحمايته القانونية .

وبما ان موضوع دراستنا يدور حول الحقوق العينية الأصلية في تنازع القوانين كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنها والوسائل المقررة في القانون لحمايتها فهي تعتبر اساس هذه الحقوق جميعا وما يخوله لصاحب من سلطات جامحه للأشياء المادية والتي تتلخص في الاستعمال والاستغلال والتصرف بالإضافة الى حقوق اخرى جاءت في نص المادة 17 من القانون المدني الجزائري، واذا نظرنا الى الصعوبات والاشكالات التي نعتر بها في مجالات

هذه الحقوق، خاصة الاموال المنقولة والاموال العقارية فانه لا يمكننا ان نسلم بقانون واحد، يتخذ للتطبيق على هذه الاموال والتي حددتها نفس المادة المذكورة سابقا. فارتأينا اولاً بدراسة موقع العقار والقانون الواجب تطبيق عليه، فانه لا توجد صعوبة في تحديد قانون الذي يطبق عليه لأنه ثابت في مكانه ويسهل التعرف عليه وعلى القانون المطبق عليه.

اما بالنسبة الى موقع المنقول و القانون الواجب التطبيق عليه فلقد راينا سابقا ان استقرار المنقول المادي في دولة معينة لا يثير اي صعوبات حيث يطبق عليه قانون هذه الدولة باعتباره قانون الموقع وقت تحقق السبب الذي ادى الى حيازته او ملكيته، ولاكن تكمن الصعوبة بالنسبة للبضائع الموجودة على متن السفن او الطائرات التي يسري عليها قانون العلم وهو قانون مكان قيدها، فانه يصعب تحديد موقعها الفعلي نظرا لكون وسائل النقل هذه دائمة الحركة في اماكن تابعة لسيادته دولة اخرى او غير تابعة لأي دولة، وكذلك يسري ايضا هذا القانون على المنقولات الموجودة عليها حتى لو كانت في مياه دوليه، ولكن في حالة التوقف المؤقت في مياه او مطار معلوم، فانه يسري عليها قانون هذه الدولة باعتباره قانون موقعها الفعلي.

ومما سبق ذكره في تغيير موقع المنقول المادي من اقليم دولة الى اخرى، هنا يظهر مشكله التنازع المتحرك وذلك بالتعاقب على المنقول قانونين في وقتين مختلفين فقد تطرقنا في هذه الحالة للآراء الفقهية التي حاولت وضع حل لهذا المشكل وذلك في راين، الاول يقتضي في تطبيق قانون الموقع الجديد قياسا على احكام التنازل متحرك وذلك في نظريه الاثر المباشر ومن ثم يصبح للقانون الموقع الجديد اثر المباشر على المنقول من لحظه انتقاله الى موقعه الجديد. اما الراي الثاني يقتضي بتطبيق قانون الموقع القديم ولقد تطرقنا الى ذلك في نظريه الحقوق المكتسبة.

رغم كل الاشكالات والصعوبات التي تواجهنا لتحديد الوسائل المقررة لحماية الحقوق العينية الأصلية فلقد وجد لها الفقهاء عدة حلول واحكام تليق بكل حاله، اينما كانت وحيثما وجدت، تفاديا للمنازعات والمشاكل التي تقابلها سواء داخليا او خارجيا، خاصة عندما يكون هناك عنصر اجنبي، هنا يطبق في كل حاله القانون الذي يليق بها.

اما بقيت وسائل الحماية الاخرى التي لم نتطرق اليها في بحثنا هذا فان من وجهة نظرنا ان المشرع وفق في تنظيمها، الا انها تبقى تشكل صعوبة في تحديدها من حيث تنازع القوانين

وعليه فان الاقتراحات التي يمكن تقديمها هي:

- على المشرع ان يهتم اكثر بمسالة العقار والمنقول وتجديد المواد بما يتماشى مع عصرنا هذا لان اكثر المشاكل التي تواجهنا في حياتنا هي حول هذه الحقوق و حول التعرض لها من الغير وكيفيه حمايتها.

- وعلى المشرع ان يقوم ايضا بالتعمق اكثر في وسائل الحماية خاصة التي درسناها وخاصة وسائل حمايه الاموال المادية كالعقار والمنقول و اضافه مواد اكثر في القانون المدني حول هذه المسالة.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: راجع في تخريج هذين الحديثين: كحكّد احمد رمضان مطابع الصفوة عمان ط1
1995

المراجع:

أولاً- الكتب

- 1- محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1994.
- 2- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها منشأة لمعارف، الإسكندرية، 2001 .
- 3- فرج الصدة عبد المنعم ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ط دس.
- 4- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي، لبنان 2003.
- 5- يكن زهدي، الملكية والحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثانية ، منشورات المكتبة المصرية، بيروت، ط دون سنة.
- 6- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ط1 دار الثقافة عمان 2005.
- 7- محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1996.
- 8- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط2 ، دار الفكر، دمشق، 1405-1985، ج5 .
- 9- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة الازاريطة، الاسكندرية ، 2007.

- 10- حسن القصاب، مادة الحقوق العينية جامعة القرويين كلية الشريعة ايت ملول 2024.2015 الفصل الخامس منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998 ج8.
- 11- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ط3 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998 ج8 .
- 12- احمد عبد الكريم سلامة ،الاصول في التنازع الدولي للقوانين ،دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروت القاهرة.
- 13- عز الدين عبد الله ، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ،الطبعة الثالثة 1958، مكتبة النهضة المصرية .
- 14- بدران ابو العينين بدران تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود دار النهضة العربية بيروت.
- 15- زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزء الاول تنازع القوانين الطبعة الكاهنة سنة 2000 .

ثانيا - الرسائل والمذكرات

- 1- لفصيحان بسمسنة وخنيش نبيلة ، الانتفاع المفضي للثمار المدنية الصادر من غير المالك مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص 2015/2014.
- 2- عباسة الشارف ،النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الاساسي ، جامعة عبد الحميد بن باديس كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص السنة الجامعية 2017-2018.
- 3- مقالاتي منى، النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، باتنة،2009.
- 4- جنان نوال، المسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الاعمال جامعة العربي بن مهدي ام البواقي قسم الحقوق 2016 2017.
- 5- معمر براهيم، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017 2018.

6- بوخرشة زوليخة ، رسالة القانون الواجب التطبيق على الاموال المادية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون دولي خاص جامعة اكلي محند اولحاج البويرة قسم الحقوق 2017/2016 .

7- علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2005.

ثالثا - النصوص القانونية

1- الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

رابعا - المحاضرات و البحوث

1- بلعبور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005 ،جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الدراسية 2006/2007.

2- محمد معتصم بالله ارزنجاني، بحث علمي قانوني لنيل لقب الاستاذ في المحاماة، نقابه المحامين، دمشق.

الفهرس

2.....مقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لحق الملكية

6.....المبحث الأول: حق الملكية

6.....المطلب الأول: ماهية حق الملكية

7.....الفرع الأول: تعريف حق الملكية

8.....الفرع الثاني: خصائص حق الملكية

14.....الفرع الثالث: عناصر حق الملكية

16.....المطلب الثاني: القيود التي ترد على حق الملكية

16.....الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التملك

18.....الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطات التملك

23.....المبحث الثاني: الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية

23.....المطلب الأول: حق الانتفاع

24.....الفرع الأول: تعريف حق الانتفاع وخصائصه

27.....الفرع الثاني: أسباب كسب حق الانتفاع

30.....الفرع الثالث: حقوق المنتفع

34.....الفرع الرابع: التزامات المنتفع

37.....المطلب الثاني: حق الارتفاق

37.....الفرع الأول: مفهوم حق الارتفاق

38.....الفرع الثاني: خصائص حق الارتفاق

الفصل الثاني: وسائل حماية الحقوق العينية الأصلية

49.....المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقار

49.....المطلب الأول: نشأة قاعدة قانون المال ومبرراتها

49.....الفرع الأول: نشأة قاعدة قانون المال

51	الفرع الثاني: مبررات قاعدة قانون المال
54	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقار
54	الفرع الأول: ماهية القانون الواجب التطبيق على العقار
56	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على العقار
60	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي
61	المطلب الأول: القانون الذي يحكم المنقولات
61	الفرع الأول: المنقولات وسائل النقل
64	الفرع الثاني: البضائع اثناء النقل
67	المطلب الثاني: التنازع المتحرك
67	الفرع الأول: نظرية الأثر المباشر
70	الفرع الثاني: نظرية الحق المكتسب
74	خاتمة
78	قائمة المصادر و المراجع
82	الفهرس