



ندوة

المشاركة الزمنية «التأيم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»
الأحد ١٦ من صفر ١٤٢٩هـ الموافق ٢٤ من فبراير ٢٠٠٨م

حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على الملكية

الأستاذ الدكتور

أحمد عبد العال أبو قرين

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

جامعة عين شمس

حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على الملكية

الأستاذ الدكتور/ أحمد عبد العال أبو قرين(*)

عرفت المادة ١٠١٥ من القانون المدني حق الارتفاق بأنه: حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له. كما قررت المادة ١٠١٦: حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث ٢- ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور القانوني.

كما قررت المادة ١٠١٩ ك تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة ...).

وحق الارتفاق باعتباره قيда يرد على عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص آخر هي قيد على الملكية وهو قيد يرد على خلاف الأصل . إذ الأصل في الملكية أنها مطلقة خالية من القيود وأن على من يدعي وجود هذا القيد عبء الإثبات. ويكون ذلك بإثبات السند القانوني المنشئ لهذا الحق

وإذا كان حق الارتفاق يكتسب بذات الأسباب التي تكتسب بها الملكية، إلا أن هذا الحق بطبيعته يعتبر قيدا على الملكية ، وبالتالي لا يجوز أن نفرق بينه وبين القيود القانونية التي تنقل العقار لمصلحة عقار آخر ، إذ أن مثل هذه القيود تعتبر من قبيل الارتفاقات القانونية. بل أن هذه القيود تمثل جوهر حقوق الارتفاق التي يسعى المالك للحصول عليها ، وهو ما برر للمشرع تنظيمها تنظيمًا قانونيًا محددًا حسمًا لجزء هام مما قد يثور من مشاكل بشأنها ، فيما لو تركت لاتفاق الأطراف أو ذوي الشأن.

وإذا يمكن القول بأن تقييد سلطة مالك العقار في استعمال عقاره قد تكون بمقتضى نص القانون وقد تكون بمقتضى الإرادة ، بأن يوافق المالك على تقرير ارتفاق لمصلحة عقار آخر. كما أن حق الارتفاق قد يكتسب بواقعة قانونية أو عمل غير إرادي كأن يكتسب حق الارتفاق بالتقادم. ولذلك يبدو من الضروري بيان الفوارق بين القيود القانونية على الملكية أو ما يمكن أن نطلق عليها الارتفاقات القانونية من جانب والقيود الاتفاقية على الملكية أو حقوق الارتفاق التي تكتسب بمقتضى العقد أو التقادم من جانب آخر .

(*) أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

في القيود القانونية التي ترد على سلطة المالك:

وهذه القيود تنقسم إلى نوعين، فهناك قيود قانونية وهي قيود مقررّة بمقتضى نص في القانون، وتمثل الحدود الدائمة التي ترد على الحق والتي يتعين على المالك أن يراعيها عند مزاولته لسلطاته.

وفقاً لما ورد في المادة ٨٠٦ من القانون المدني، فإن على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة. وكما يستفاد من النص، فإن تلك القيود قد يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة ومثل هذه القيود يصعب حصرها، إذ يرد النص عليها، غالباً في تشريعات خاصة ومثالها القوانين المتعلقة بالمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة العامة وقوانين الآثار أو تلك المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة.

وقد يكون الهدف من تلك القيود تحقيق مصلحة خاصة مثل القيود الخاصة بالمسافة التي يجب مراعاتها بين المطلات وملك الجار، وحق المرور المقرر لصاحب الأرض المحبوسة. إلا أن مثل تلك القيود تهدف، إلى تحقيق المصلحة العامة بطريقة غير مباشرة، إذ أن المصلحة العامة تملّي على المشرع مراعاة هذه القيود.

ومثل هذه القيود تمثل الوضع العادي أو التنظيم المألوف للملكية في مثل هذه الظروف، شأنها في ذلك شأن القيود المقررة للمصلحة العامة ويطلق على هذه القيود التي تستند إلى نص في القانون، تعبير الارتفاق القانوني، بالمقابلة بحقوق الارتفاق الإرادية أو الاتفاقية التي تستند إلى العقد.

آلا أن هناك تشابهاً بين هذه الارتفاقات القانونية والارتفاقات الإرادية، إذ أننا في كلتا الحالتين أمام عبء عيني يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر. إلا أنه بالرغم من هذا التشابه، فإن الفقه مستقر على التمييز بين القيود القانونية وحقوق الارتفاق الإرادية، لما للتمييز بينهما من أهمية تبدو في نتائجها.

أهمية التفرقة بين القيود القانونية والارتفااقات الإرادية:

١- انه إذا ورد في العقد نص يقرر خلو العقار من حقوق الارتفاق، فإن مثل هذا الإعفاء لا يمتد إلى القيود القانونية، فمثل تلك القيود لا يضمن البائع عدم وجودها^(١). فإذا ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من حق المطل القانوني إذ أن هذا الأخير ليس حق ارتفاق، بل قيد قانوني على الملكية.

٢- ومتى كان مصدر هذه القيود هو القانون، فإن هذه القيود لا تسقط بعدم الاستعمال، فهي تدوم بدوام الحق. كما أنها لا تكتسب بالتقادم، ذلك أن التقادم المكسب يفترض الحيابة ولا ترد الحيابة على عمل يأتيه شخص على أنه رخصة يبيحها القانون ولا تنطوي على معنى التعدي على ملك الغير.

٣- كما أن تلك القيود القانونية، يحتج بها في مواجهة الغير ولو لم تكن مشهورة في السجل العقاري. إذ أنها تكليف يفرضه القانون على العقار ويفترض علم الغير بالقانون، ولا يجبر البائع على الكشف عنها للمشتري والبائع عندما يتصرف بالبيع مثلاً فإنما يتصرف في ملكية حدد القانون نطاقها^(٢).

وإذن فالقيود القانونية التي يوردها المشرع، تمثل الوضع العادي للملكية، خلافاً لحقوق الارتفاق التي تنقرر بالاتفاق وتتوقف على التخصيص الذي يعطيه الملاك لعقاراتهم. فحق الارتفاق بالمرور الذي ينقرر بالاتفاق للأرض المتصلة بالطريق العام يعد قيداً استثنائياً على حق الملكية ولا يحتج به في مواجهة الغير، إلا إذا كان مشهوراً ويسقط بعدم الاستعمال^(٣). وذلك خلافاً لحق المرور القانوني الذي ينقرر لصاحب الأرض المحبوسة وذلك على النحو الذي سنوضحه فيما بعد.

٤- أن حقوق الارتفاق القانونية، أو القيود القانونية على الملكية، لا يجوز التنازل عنها أو التعديل فيها، أما حقوق الارتفاق الاتفاقية، فيجوز للأفراد التنازل عنها. وهذا التنازل

(١) كما أن خلو العقد من نص يقرر وجود حق ارتفاق لا يحول دون تمسك المشتري من أن البائع له قد اكتسب حق ارتفاق بالمرور على الأرض موضوع النزاع بالمدة الطويلة المكسبة للملكية. وأن مجرد عدم النص على وجود هذا الحق للبائع في العقد الصادر منه للطاعن و إلى وجود طريق آخر رئيسي أسير للوصول إلى القطعة المبيعة للطاعن، فإن هذا الذي أستاذ إليه الحكم ليس من شأنه أن يؤدي بطريق اللزوم إلى النتيجة التي انتهى إليها و يكون الحكم المطعون فيه مشوباً بفساد الاستدلال، الطعن رقم ١٢٧ سنة ٢٩ ق جلسة ١١/٢٨/١٩٦٣ س ١٤ ص ١١٢٤.

(٢) راجع توفيق فرج المرجع السابق ص ١٤٤.

(٣) الطعن رقم ١٢٣ سنة ٢٦ ق جلسة ١/٢٥/١٩٦٢ س ١٢ ص ٩٧.

المشاركة الزمنية «التأجيل» وحقوق الارتفاق بين المنفعة الإسلامية والتطبيق المعاصر»

يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً ولم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة^(١).

وقد قضت محكمة النقض في شأن قيود البناء التي ترد في شروط البيع وهي من قبيل القيود الاتفاقية و(أن حقوق الارتفاق التبادلية يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المقرر على عقاره لمصلحة عقار آخر، هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول، فإذا خرج أيهما عن الالتزام المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده، فإنه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره بتنفيذ التزامه، الذي يغدو بلا سبب)^(٢).

وفي دراستنا تلك، تقتصر على القيود القانونية المقررة لحماية للمصلحة الخاصة. إذ أن القيود المقررة لحماية للمصلحة العامة، تنتشر في التشريعات الخاصة. وتدخل دراستها في أغلب الأحوال، في نطاق القانون العام

ونحاول، فيما يلي دراسة القيود القانونية التي ترد على الملكية وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: - حق المرور في حالة الانحباس.

المبحث الثاني: القيود التي تستند إلى التلاصق في الجوار.

المبحث الثالث: حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي

(١) الطعن ١٢٣ سنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ س ١٢ ص ٩٧.

(٢) الطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩، كذلك الطعن رقم ٥٣٨، كذلك الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ س ١٨ ص ١٦٦٨. كذلك نقض ١٩٧٥/١/٨ س ٢٦ ص ١٤٢. وقد ثار التساؤل منذ أمد بعيد حول قيود البناء الاتفاقية و هل تعتبر حقوق ارتفاق أم مجرد التزامات شخصية كأن يشترط بائع الأرض (الحكومة) على المشتري قيوداً تتعلق بمساحة البناء أو الارتفاع أو الامتناع عن بعض المنشآت كالمحلات والمقاهي، والراجع أن الحكم يختلف باختلاف ظروف كل دعوى ونصوص العقد وطبيعة الحق الممنوح، راجع في ذلك محمد كامل مرسى بك قيود البناء الاتفاقية هل تعتبر حقوق ارتفاق أم مجرد التزامات شخصية، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - العدد الرابع - السنة التاسعة، صفر ١٣٥٨ هـ - أبريل ١٩٣٩ م.

المبحث الأول حق المرور في حالة الانحباس

تحديد المقصود به

يتقرر حق المرور لصاحب الأرض المحبوسة والتي لا يربطها بالطريق العام منفذ كاف وحق المرور في الانحباس مصدره القانون، ويرتبط بمركز أو حالة واقعية، هي الانحباس. ويمثل هذا الحق ارتفاق إيجابياً مقررأ لمصلحة الأرض المحبوسة على الأرض المجاورة للطريق العام، وذلك بهدف تمكين صاحب الأرض المحبوسة من استغلالها والانتفاع بها على الوجه المعتاد. وتبرير ذلك أن الملكية لم تعد تهدف إلى مجرد تحقيق المصلحة الخاصة للمالك، بل وإلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، الذي ترتبط مصالحه باستغلال الثروة العقارية وحسن الانتفاع بها كذلك فإنه يمكن النظر إلى حق المرور في هذه الحالة، على أنه ممارسة لحرية من الحريات الأساسية، وهي حق الوصول إلى الطرق العامة^(١). الأمر الذي يبرر فرض مثل هذا القيد، الذي يشكل عبئاً على الملكية الخاصة.

وإذا كان هذا الحق يثبت بقوة القانون منذ تحقق حالة الانحباس، فإن تعيين الممر لا يكون إلا بالاتفاق أو بحكم من القاضي وفقاً للنصوص القانونية التي تنظمه. وبالتالي، فإن قيام صاحب الأرض المحبوسة، بمبادرة فردية منه، بإنشاء ممر له في أرض جاره، يعد خطأً يوجب مسؤوليته المدنية^(٢) ولا تعارض بين ذلك وما يذهب إليه الفقه من أن قيام صاحب العقار المحبوس بالمرور في أرض الجار قبل تعيين الممر لا يوقعه تحت طائلة قانون العقوبات. وذلك لاستقلال الجريمة الجنائية عن الجريمة المدنية أو الفعل الضار وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

وقد أورد المشرع أحكام حق المرور في حالة الانحباس في نص المادة ٨١٢ من القانون المدني مقررأ ((١- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأرض المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض

(١) جيرار كورنو القانون المدني المقدمة والأشخاص والأموال، الطبعة السابعة ١٩٩٥، الناشر مون كريتيان ص ٦٨ بند ٤٤٩ وما بعدها.

(٢) نقض مدني فرنسي الدائرة الثالثة، ٢ يوليو ١٩٦٩ مجلة النقض ٣ - ص ٦٤٦.

المشاركة الزمنية «الناظر سير» وحقوق الارشاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

عادل ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك.

٢- على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كافٍ في أجزاء هذا العقار، فلا يجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء. وفي ضوء هذا النص، نحاول أولاً تحديد الشروط اللازمة لوجود الحق في المرور. ثم نستعرض أحكامه. وفي النهاية نستعرض صورة خاصة للحق في المرور تنشأ في حالة تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني.

الفرع الأول

الشروط اللازمة لوجود حق المرور القانوني

١- انحباس الأرض عن الطريق العام :

ويعني ذلك أن تكون الأرض المحبوسة، محاطة بأراضٍ للجيران ولا سبيل للوصول إلى الطريق العام إلا بالمرور على أرض أحد الجيران وهو ما يعرف بالانحباس الكلي. وفي هذه الحالة يقتضي استعمال الأرض واستغلالها، الوصول إلى الطريق العام، وبالوصول إليه تتقضي حالة الانحباس على أن حالة الانحباس لا تتقضي لوجود مرفأ للسفن أو مرسى متصل بالأرض، متى كان استغلال الأرض يقتضي اتصالها بالطريق العام على أن الطريق العام، لا ينبغي فهمه على أنه الطريق البري، إذ أن حاجة استغلال الأرض، استغلالاً معتاداً قد تقتضي اتصالها بمرفأ نهري، ففي هذه الحالة يتعين اعتبارها أرضاً محبوسة^(١). فالطريق العام - في رأينا - يشمل الطرق البرية والطرق المائية على السواء.

ويتقرر حق المرور لتمكين المالك من استغلال أرضه والانففاع بها على الوجه المألوف أو المعتاد أي كان نوع الاستغلال زراعياً أو صناعياً أو تجارياً أو للسكنى وبالتالي فإن مالك دار للسكنى له أن يطالب بممر في أرض الجار لكي يستعمله كمنفذ للطوارئ^(٢). كما أن صاحب عقار معد للسكنى له أن يطالب بممر في أرض الجار يكفي لمرور - سيارة وذلك بالنظر إلى الظروف المعاصرة وما تقتضيه الطوارئ من دخول سيارات الإطفاء أو الإسعاف، في حالة الحرائق أو الطوارئ

١) V. Lyon 18 mai, 1989 D.1989,IR,193,RVTDCiv,1989,p783 obs.Zenati.

٢) Civ 3em 5 mars, 1974 bull. Civ.111 no.102.

ولا يقدح في حق مالك الأرض المحبوسة، القول بأنه عند اكتسابه لملكية الأرض كان عالماً بحالة الانحباس، الأمر الذي يحول بينه وبين المطالبة بحق الممر. إذ أن العبرة هو فيما إذا كان الاستعمال الجديد أو الطارئ للعقار يدخل في نطاق الاستغلال المعتاد للعقار أم لا^(١). ويعتد في تقدير حالة الانحباس، ليس بحاجة مالك العقار فحسب، بل بحاجة كل من خولهم المالك سكنى العقار واستغلاله، متى كانت أنشطتهم تدخل في إطار الاستغلال المعتاد والمألوف للعقار^(٢).

وإذا فالانحباس وتعيين الممر يتقرر بالنظر إلى الاستغلال المعتاد والمألوف للعقار. كما أن حالة الانحباس في حد ذاتها، لا تصلح لأن تكون دليلاً على أن الأرض لا يمكن وصفها من أراضي البناء^(٣). إذ أن العبرة بالاستعمال الفعلي الذي سوف تخصص له هذه الأرض، وفي ضوء هذا الاستغلال تقدر حالة الانحباس وحاجتها إلى ممر يصلها بالطريق العام. ومتى وجدت حالة الانحباس، فإنه لا يحول دون المطالبة بحق المرور القانوني، أن يكون من شأن الممر إلحاق ضرر كبير بأرض الجار^(٤).

وقد يثور التساؤل، عما إذا كانت الأعمال التي يقوم بها المالك بهدف القيام بأعمال البناء أو التقسيم تدخل في نطاق الاستغلال المعتاد للأرض أم لا. وفي هذا الشأن فقد تدخل المشرع الفرنسي في ٣٠ ديسمبر ١٩٦٧ بالقانون المتعلق بتوجيه الملكية العقارية وعدل من نص المادة ٦٨٢ مدني، التي تقرر حق المرور للأرض المحبوسة. موضحاً أن حق المرور كما يتقرر لحاجات الاستغلال الزراعي أو الصناعي أو التجاري يمكن أن يتقرر أيضاً للقيام بالأعمال اللازمة لعمليات البناء والتقسيم^(٥).

إلا أنه يبدو أن نص المادة ٨١٢ مدني مصري، لا يسمح بتقرير حق المرور لتمكين

١) Civ. 3e 28 oct. 1974 bull. Civ.-111-no.387.v.aussi,civ.3e 19, Mai 1993 bull. Civ.111-no.71,D.1993-somm.p. 307 obs. Robert.

٢) Civ. 3e 6 juin 1969,D.1969,p.602.

٣) Civ. 3e 4 Av. 1978,J.C.P.1980-11- 19323,note,A.H.B(l,etat d,enclave ne suffit pas par lui meme a ecarter la qualification de terrain abaitir.)

٤) Civ.3e 25 Janv. 1977, Bull. Civ.111- no.42.

٥) art682(Loi.n.67-1253 du 30 dec. 1967)le proprietaire dont les fonds sont enclaves et qui n,a sur la voie puplique aucune issue ou qu,un issue insuffisante ,soit pour l,exploitation agricole industrielleou commerciale de sa propriete ,soit pour la realisation d,operations de de construction ou de lotissement est fonde a reclamer un passage suffisant pour'assurer la desserte complete de ses fonds a charge d,une indemnite proportionnee au dommage qu,il peut occasionner

المشاركة الزمنية «التأيم شير» وحقوق المالكين بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

المالك من القيام بأعمال إنشائية أو ترميمية أو لتمكينه من البحث عن أشياء ضائعة إذ ورد في مشروع القانون المدني، نص يتعرض لهذه الحالة مقررًا (م ١١٧٩): «على كل مالك أن يأذن في نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص، أو لاستعادة أشياء ضائعة أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ» إلا أنه رأى العدول عن هذا النص تجنباً للتوسع في قيود الملكية واكتفاء بالقواعد العامة التي يقرها القانون في النصوص الخاصة بالتعسف في استعمال الحق^(١).

وتقرير انحباس الأرض عن الطريق العام كشرط لتقرير حق المرور القانوني، يثير الجدل في الفروض الآتية التي نستعرضها على التوالي.

أ- حكم الممر المتنازع عليه أو القائم على سبيل التسامح :

يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار المنفذ أو الممر المتنازع عليه أو القائم على سبيل التسامح في حكم المنفذ غير الكافي الذي يبرر المطالبة بالحق في المرور. ذلك أن حق المالك في الوصول إلى الطريق العام مروراً بأرض الجار يجب أن يكون مستقراً وأنه لا يمكن الاطمئنان إلى حق المرور المتنازع عليه كما أنه إذ أكان المرور في أرض الجار قائماً على سبيل التسامح، فإنه يعد مكرمة قد يرجع فيها المالك المتسامح، كما الإغلاق الجار قد لا يريد حمل هذه المكرمة في عنقه مدة طويلة^(٢).

إلا أن القضاء الفرنسي، يبدو أنه يأخذ اتجاهاً مغايراً، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن العقار لا يعد في حالة انحباس طالما أنه يستفيد من تسامح الجار يخوله المرور الحر إلى الطريق العام وبما يكفي بحاجات استغلاله، طالما ظل هذا التسامح باقياً^(٣). ونجد في الفقه المصري من يؤيد هذا الاتجاه، إذ أن طلب المالك حق المرور القانوني في هذه الحالة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٨

(٢) السنهوري ص ٧٥٦، ومنصور مصطفى منصور، حق الملكية ص ٧٥.

(٣) N'est pas enclave le fond qui beneficie d'une tolerance de passage un libre acces a la voie publique pour les besoins de son exploitation, tant que cette tolerance est maintenue Civ.3e 16, juin, 1981, Bull.civ.111n.126.

حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على الملكية

أ.د/ أحمد عبد العال أبوقرين

يعد سابقاً لأوانه طالما أن المالك لم يحرم عليه المرور في أرض الجار نتيجة لإبطال سند الارتفاق أو لعدول الجار عن تسامحه^(١).

وهو اتجاه جدير بالتأييد، ذلك أن حق المرور مناط بالانحباس الفعلي وإن تخلف هذا الانحباس يجعل دعوى تقرير حق المرور غير مقبولة لعدم وجود مصلحة فعلية وقائمة فضلاً عن أننا بصدد قيد يرد على الملكية، على سبيل الاستثناء، ولا ينبغي التوسع فيه.

ب- حكم الانحباس الجزئي :

وتعتبر الأرض في حالة انحباس، إذا كان للأرض ممر ولكنه غير كاف لاستغلالها. إما لأنه ضيق أو لأنه يعرض المارين لمخاطر كبيرة أو حسب نص المادة ٨١٢ مدني، لا يتيسر المرور منه إلا بمشقة كبيرة. وقد قضى بأن الأرض تعتبر في حالة انحباس بالرغم من وجود طريق زراعي يخدمها، متى كان هذا الطريق لا يتيسر المرور منه إلا بإصلاحات وتكلفة باهظة لا تتناسب مع الاستعمال المنتظر منه أو مع قيمة الأرض المحبوسة^(٢).

إلا أن مجرد كون الممر غير مريح أو به بعض المشقة لا يكفي للقول بوجود حالة الانحباس^(٣). كما أنه لا يمكن القول بوجود حالة الانحباس، متى وجد طريق غير معبد وكان بوسع المالك مطالبة السلطات العامة بتعبيد الطريق وتهيئته. ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى كفاية الممر^(٤). الذي يصل إلى الطريق العام وله أن يستعين في ذلك برأي أهل الخبرة.

ج- حكم تغيير نوع الاستغلال:

وقد يترتب على تغيير المالك لنوع الاستغلال لعقاره أن يصبح الممر الذي يصله إلى الطريق العام غير كاف. كما لو كانت الأرض مخصصة للاستغلال الزراعي، ثم أقام المالك منشأة صناعية فيها، ففي هذه الحالة له أن يطالب بحق المرور القانوني الذي يتناسب مع الاستغلال الجديد لعقاره كما قد يقتضي تغيير الاستغلال تعديل موضع الممر أو الحد منه بحيث يتناسب مع الاستغلال الجديد.

والعبرة بحاجات الأرض المحبوسة القائمة والفعلية، دون نظر إلى ما يحتمل أن

(١) إسماعيل غاتم، حق الملكية ص ٩١ الجزء الأول طبعة ١٩٥٩.

(٢) Civ. 3e 4 Juin, 1971 bull.civ. 111-no. 359.

(٣) T.G.I. Bordeaux, 24 Juin

(٤) الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٢١ ص ٢٥ ١٥٤٧.

المشاركة الزمنية «النايم شير» ومتاحق الانتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

يستجد من هذه الحاجات في المستقبل، فإذا ما اتسعت الحاجات فعلاً أمكن طلب توسيع الممر^(١). ويترك لقاضي الموضوع تقدير كفاية الممر من عدمه وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة.

٢- يجب ألا يكون الانحباس راجعاً إلى فعل المالك :

حق المرور القانوني، يعد قيداً استثنائياً على الملكية، ولذلك لا ينبغي الاعتراف به إلا في حدود الضرورة التي تبرره وبالتالي، إذا كان المالك هو الذي أنشأ بفعله حالة الانحباس، أو بمعنى آخر، كان الانحباس إرادياً، فلا يجوز له المطالبة بتقرير حق المرور القانوني على ملك الغير. إذ قد تنشأ حالة الانحباس بفعل إيجابي أو سلبي صدر عن المالك. كما لو أقام المالك بناء على الجزء النافذ إلى الطريق العام، أو تنازل عن حق ارتفاق بالمرور تقرر له بناء على عقد، أو تركه يسقط لعدم الاستعمال. ففي مثل هذه الحالات نشأت حالة الانحباس بناء على فعل صدر من المالك، فلا يجوز له المطالبة بحق المرور القانوني على ملك الغير إذ ليس من العدل أن يتحمل ملاك الأراضي المجاورة إهمال مالك الأرض المرتفعة.

على أنه ينبغي أن لا يؤخذ هذا القول على إطلاقه، إذ قد يكون مرجع عدم استعمال حق المرور، وبالتالي سقوطه بالتقادم، ناتجاً عن تغيير المالك لطريقة استغلال الأرض، وليس بسبب إهماله، ففي هذه الحالة لا يجوز القول بحرمانه من حق المرور القانوني^(٢).

وعلى قاضي الموضوع، أن يتحقق من أن حالة الانحباس ليس مصدرها إرادة المالك الحالي للأرض، إذ يدخل ذلك في إطار سلطته التقديرية^(٣).

كذلك لا يجوز للمالك المطالبة بحق المرور القانوني، إذا كان العقار نافذاً إلى الطريق العام، ثم أصبح منحسباً عنه نتيجة لتجزئته بناء على تصرف قانوني إذ أن الانحباس يرجع هنا إلى إرادة المالك وهو ما سنعود إلى إيضاحه لاحقاً.

أما إذا كان الانحباس قد نشأ عن واقعة مادية، مثل اكتساب شخص ملكية الجزء النافذ إلى الطريق العام بالتقادم، أو أن تقوم الدولة بنزع ملكية هذا الجزء للمنفعة العامة، فلا ينبغي حق المالك في المطالبة بحق المرور القانوني على ملك الجار.

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير ١٩٣٥ أورده السنيهوري هامش ص ٧٦٠.

(٢) منصور مصطفى منصور، حق الملكية ص ٧٤.

(٣) Civ.3e 7fev, 1969 bull. Civ.11- no. 128,civ.17,juin,1992,Bull. Civ. 111-n.215.

٣- من يجوز له المطالبة بحق المرور القانوني ؟

لا يجوز المطالبة بحق المرور القانوني، إلا للمالك، أو لمن له حق عيني على العقار كصاحب حق الانتفاع إذ أن صاحب الحق العيني، له مثل المالك، سلطة مباشرة على الشيء. ولكن لا يجوز لصاحب الحق الشخصي، مثل مستأجر الأرض الزراعية المطالبة بحق المرور القانوني. إذ أن المستأجر له أن يطالب المالك المؤجر بذلك، وهذا الأخير هو الذي له المطالبة بحق المرور القانوني على أرض الجار.

الفرع الثاني أحكام حق المرور القانوني

تتمثل هذه الأحكام في تعيين الممر والتعويض وأسباب انقضاء حق المرور القانوني وسوف نستعرض هذه المسائل على التوالي :
أولاً: تعيين الممر :

وفقاً لنص المادة ٨١٢ مدني، السالف الإشارة إليها، فإن حق المرور لا يستعمل إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك فقد يكون المرور الأخف ضرراً هو الأقصر وصولاً إلى الطريق العام ولكن ذلك ليس بالضرورة. إذ قد يكون الممر الأقصر، مزروعاً بالأشجار يتعين تفاديه مما يدعو إلى تقرير ممر أطول في ذات العقار أو في عقار مجاور. وإذا كان الذهن ينصرف إلى أن المرور يكون على سطح الأرض، فإن ذلك ليس بالضرورة فقد يكون في باطن الأرض، كأن يطالب صاحب العقار المحبوس، بتمرير أنابيب المياه أو الصرف أو غيرها من التمديدات اللازمة للاستعمال المعتاد للعقار^(١). وليس بالضرورة أن يكون الممر على عقار واحد مجاور، فقد يتقرر الممر على أكثر من عقار^(٢). وبوجه عام، فإن المرور يكون بكل وسيلة من شأنها تحقيق الاتصال بالطريق العام وتعيين الممر من مسائل الواقع التي يستعين القاضي فيها برأي أهل الخبرة.

ويقتضي تعيين الممر أن يختصم مالك الأرض المحبوسة، في دعواه، الجيران الذين يحتمل تقرير الممر على أرضهم ويغلب أن يقوم المدعي بتحديد الممر الذي يراه أكثر ملاءمة له إلا أن القاضي ليس مقيداً بذلك الطلب فله أن يجيبه إلى طلبه إذا ما رأى أنه الأقل أضراراً

١) Civ. 3e 14, Dec. 1977, Bull. civ. 111, n451.

٢) Civ. 3e 18 Jan. 1988, Bull. Civ. 111-n.17.

المشاركة الزمنية «التأيم سير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

بجيرانه وله أن يعين ممراً آخر له^(١). وحكم القاضي في هذا الشأن مقرر وليس منشئ لحق المرور. إذ أن هذا الحق مصدره القانون.

إلا أن تعيين الممر لا يعني أن صاحب الأرض المحبوسة يمتلك الممر، إذ تظل الملكية للجار الذي تقرر الممر على أرضه ولهذا الأخير أن يستعمل الممر أيضاً بالمشاركة مع صاحب الأرض المحبوسة، الذي يقتصر حقه على المرور.

ويجوز تقرير حق المرور على أرض الجار ولو كانت مثقله بشرط ممانع من التصرف ويجوز تقرير حق المرور على الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة. ونرى أنه يجوز تقريره على الأموال العامة، بشرط ألا يتعارض مع الغرض أو الغاية التي خصصت من أجلها هذه الأموال. وإن كان القضاء الفرنسي قد ذهب إلى عدم جواز تقرير حق المرور القانوني على الأموال العامة وذلك بالنظر إلى عدم قابلية المال العام للتصرف فيه، وبالتالي فإن هذه الأموال لا يجوز إتقالها بحقوق الارتفاق المقررة في القانون المدني وعلى الأخص الارتفاق بالمرور في حالة الانحباس^(٢).

ومتى تم تعيين الممر، اتفاقاً أو قضاءً، فإنه لا يجوز لمالك الأرض أن يعدل بإرادته المنفردة من موضعه أو أن يعرقل المرور فيه إذ أن ذلك يعد خطأ مدنياً يوجب مسؤوليته. إلا أنه إذا اعتاد صاحب الأرض المحبوسة المرور في أرض الجار، قبل تعيين الممر، فإن له أن يحتمي بدعوى الحيازة في مواجهة مالك الأرض التي يمر عليها متى توافرت الشروط الخاصة بهذه الدعوى مع الأخذ في الاعتبار، بأنه لا يجوز الجمع بين دعوى الحيازة والدعوى الموضوعية المتعلقة بتعيين الممر.

١) F.Zenati, Rev. tr. Dr. civ.1993,p.260 spec.n.5.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه (إذا قضى الحكم بإنشاء الممر في أرض الطاعنة وفي المكان الذي حدده الخبير، لأنه لا يترتب على ذلك إلا إزالة حجريين منفصلتين عن باقي الحجرات وحوائطها مشيدة بطريقة اندثرت منذ عشرات السنين و لا تتبع حتى في بناء العزب. و أن هذه أخف أضرار ممكنة تترتب على إنشاء الممر و هي تقديرات موضوعية سائغة، وكانت المحكمة قد اقتنعت بكفاية الأبحاث التي أجراها الخبير وسلامة الأسس التي بنى عليها رأيه، فإن ما تنثيره الطاعنة بشأن طريقة بناء الغرفتين المطلوب هدمهما يكون جدلاً موضوعياً في كفاية الدليل الذي اقتنعت به محكمة الموضوع مما لا تجوز إثارتة أمام محكمة النقض، الطعن رقم ٤٠١ س ٣٩ جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٥ ص ١٥٧٤ موسوعة الفقهائي ص ٥٦٢.

٢) نقض مدني فرنسي، ٢ مارس ١٩٩٤، مجلة النقض - ١ - رقم ٨.

ثانيا : أثر التقادم في تعيين الممر:

يثبت الحق في المرور بقوة القانون متى تحققت حالة الانحباس ويدور مع الانحباس وجوداً وعدمًا. وإذا كان حق المرور القانوني لا يكتسب بالتقادم كما أنه لا يسقط بعدم الاستعمال، إلا أن تعيين الممر ومداه يكتسب بالتقادم، فقد يتم تعيين الممر وتحديد في جزء من العقار، إلا أن صاحب الأخير المحبوسة يعتاد على المرور في جزء أوسع أو المرور على نحو مخالف للممر الذي تم تعيينه. وفي هذه الحالة فإن الجار له أن يعترض على ذلك بإحدى دعاوى حماية الحيابة فإذا لم يعترض وظل صاحب الأرض المحبوسة يستعمل الموضع الذي اعتاد المرور عليه طوال مدة التقادم، سقط حق الجار في الاعتراض إلا أن سقوط حق الجار في الاعتراض لا ينفي عن حق المرور القانوني طبيعته وارتباطه بالانحباس وجوداً وعدمًا، وأنه لا يتحول إلى ارتفاق بالمرور.

وإذا كان الفقه المصري يسلم في جملته بهذا الحل، فإن الأمر لم يكن كذلك في الفقه والقضاء الفرنسي. إذ أن القضاء الفرنسي، كان يستقر على أنه إذا كان الممر قد تم تعيينه بالتقادم، وليس اتفاقاً أو قضاء، واستمر المدة المقررة في هذا الشأن فإن زوال حالة الانحباس لا يستتبع بالضرورة انقضاء حق المرور. أو بمعنى آخر، فإن انقضاء حق المرور القانوني يتخلف عنه حق ارتفاق بالمرور يجد سنده في التقادم المكسب.

وقد أرسى هذا المبدأ حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٦ أغسطس ١٨٧٤ مقررًا أن حيازة حق المرور المدة الطويلة يعد سنداً لاكتساب ارتفاق بالمرور. وأن هذا الارتفاق الذي تم اكتسابه يظل باقياً حتى بعد زوال الانحباس^(١). وقد كان هذا الحكم مثاراً للجدل، وأجمع الفقه على انتقاده، إذ أن القضاء - كما أبان هذا الحكم - قد تجاوز وظيفته وتعداها إلى التشريع^(٢).

وقد كان النقد الأساسي للمبدأ الذي أرساه هذا الحكم، أن حق المرور لم يعد له ما يبرره بعد زوال حالة الانحباس. الأمر الذي يفسح المجال للنزاع بين صاحب الأرض الخادمة المثقلة بحق المرور وبين الجار الذي اكتسب حق المرور. وقد برهنت المنازعات القضائية العديدة على صحة هذا النقد.

١) Lorsque le propriétaire d'un fond enclavé a pendant trent ans, exerce suivant un mode et une assiette déterminée le droit de passage qui lui accorde l'article 682, du code civil, sa possession équivaut à un titre d'acquisition de la servitude de passage, la servitude ainsi acquise persiste même après la cessation de l'enclavement, Civ. 26 août 1875, cité par F. Terre et Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10^{ed} 1994, éd. Dalloz, p. 306 no. 76.

٢) V.F. terre, et Y. Lequette, op. Cite, les grands arrêts de la jurisprudence civile, obs.p. 307 et s.

المشاركة الزمنية «التأيم سير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

وبالرغم من ذلك، فقد ظل القضاء الفرنسي ثابتاً على هذا المبدأ لا يتزحزح عنه، قرابة قرن من الزمان. وقد استدعى هذا الموقف تدخل المشرع بقانون صدر في ٢٥ يونيو، ١٩٧١ يضع به نهاية لهذا المبدأ الذي استقر عليه القضاء وقد رأى الفقه في هذا القانون، نموذجاً لتسريع يناهض مبدأ قضائياً *jurisprudence combattue par la loi*^(١).

وبمقتضى هذا القانون، أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي، المادة ٦٨٥ فقره ١ مقررته أنه، متى زالت حالة الانحباس، فإن مالك العقار المنقل بحق المرور له أن يتمسك في أية لحظة بانقضاء الحق في المرور، أي كانت الطريقة التي تم بها تعيين الممر أو طريقة المرور وإذا فعند انتهاء حالة الانحباس ينقضي الحق في المرور ولا يجوز التمسك بعد ذلك ارتفاق بالمرور تم اكتسابه بالتقادم^(٢).

وكل تلك الأحكام تتعلق بحالة كون العقار محبوساً عن الطريق العام أما إذا لم يكن العقار محبوساً عن الطريق العام، ولكن اعتاد صاحب هذه الأرض المرور في ملك الجار وبصورة ظاهرة ودون اعتراض من هذا الأخير، فإنه يكتسب في هذه الحالة ارتفاقاً بالمرور، أي أن التقادم المكتسب هو سند لحقه في المرور القانوني وهنا نكون بصدد ارتفاق بالمرور، لا بحق المرور القانوني الذي يمثل قيداً على الملكية وفقاً لنص المادة ٨١٢ مدني مصري.

ثالثاً: التعويض

وفقاً لنص المادة ٨١٢ مدني مصري، فإن حق المرور في الأرض المجاورة يكون نظير تعويض عادل. ويذهب الفقه إلى أن التعويض العادل، هو ذلك الذي يراعي في تقديره مقدار الضرر الذي يلحق مالك الأخير التي يتقرر المرور فيها ولا يؤخذ في الاعتبار مقدار النفع الذي يعود على صاحب الأرض المحبوسة نتيجة اتصالها بالطريق العام. ونجد أن المادة ٦٨٢ من القانون المدني الفرنسي، تنص صراحة على ذلك التحديد، مقررته أن التعويض يكون متناسباً مع الضرر الذي يسببه المرور في أرض الجار.

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه إلى التتويه بأن التعويض لا يعني إلزام صاحب الأرض المحبوسة، بدفع قيمة الأرض التي يرد عليها الممر ذلك أن الممر يظل مملوكاً لصاحب الأرض الخادمة وله أن يشترك في استعماله مع صاحب الأخير المحبوسة، وأن يستغل باطن الأرض الواقعة أسفل الممر. وهذا ما يميز التعويض المستحق نظير المرور، عن

١) V. H. Capitant, les grands arrêts de la jurisprudence civil, 10ed, par, F. Terre et Y. Lequette, op. Cite, v.308 et s.

٢) Alex Weil, droit civil, les biens 2ed Dalloz, 1974 p.115,spec.no.٢41.

التعويض المستحق في حالة نزع الملكية إلا أنه متى أقر حق صاحب الأرض المثقلة بالحق في المرور، في التعويض، فإن التعويض يجب أن يكون كاملاً وأن يشمل الضرر الاقتصادي الذي لحق بالعقار ككل متمثلاً في إنقاص قيمته الاقتصادية. فالمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية، من وجوب أن يشمل التعويض كافة صور الأضرار، يجب أن يطبق في هذا الشأن^(١). ومثل هذا الرأي يجد مبرراته في أن حرمان المالك من الحصول على تعويض كامل لما لحقه من أضرار، يمثل اعتداء على حق الملكية، يصعب تبريره قانوناً. وبالتالي، فإننا نرى أن من حق المالك أن يطالب، بتعويض يشمل ما لحقه من أضرار نتيجة للتعديلات التي أدخلها المالك على أرضه^(٢) متى كانت هذه التعديلات ضرورية بعد تقرير حق المرور عليها. إلا أنه إذا كانت مثل هذه التعديلات غير ضرورية ولكن استدعتها اعتبارات الملازمة أو الراحة، فلا محل لأن يطالب بتعويض عما استلزمته من مصروفات^(٣).

على أن التعويض لا يمكن تحديده بالنظر إلى القيمة النقدية للجزء الذي عين فيه الممر ولا يمكن أن يكون معادلاً له^(٤). كما أن التعويض، لا يحدد أيضاً بالنظر إلى المنفعة التي عادت على صاحب الأرض المحبوسة^(٥).

وإذا كان لصاحب الأرض المثقلة بالحق في المرور الحق في الحصول على التعويض، كما أسلفنا، إلا أنه لا يشترط أن يدفع التعويض مقدماً فقد يدفع مرة واحدة وقد يدفع في صورة أقساط سنوية أو شهرية. كما يجوز للجار أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور إذا لم يتم هذا الأخير بالوفاء بالتعويض المستحق في ذمته تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس

وإذا لم يتم تقدير التعويض بالاتفاق أو بحكم قضائي، وسكت صاحب الحق في التعويض عن المطالبة به، فإن دعوى التعويض تسقط بالتقادم وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن. وإذا تم تقدير التعويض بمبلغ يدفع جملة واحدة، ولم يطالب به صاحب الحق فيه، فإنه يسقط بمضي خمس عشرة سنة. أما إذا كان يدفع في صورة دورية، فإنه يخضع للتقادم المقرر للديون الدورية المتجددة

١) F.Zenati, Rev.Tr.dr. civ. 1995 p. 157, no.7.

٢) عكس هذا الرأي، السنهاوري، حق الملكية ص ٧٧٣.

٣) Civ.3e 20 Dec. 1989 Bull civ. 111- no. 20.

٤) Civ.3e 9 Fev.1994 Bull. Civ.111-no 20.

٥) Civ.3e 16 Av. 1973 D.1973 p 501.

رابعاً : انقضاء حق المرور القانوني.

بدور الحق في المرور وجوداً وعد ما مع انحباس العقار فإذا زالت حالة الانحباس زال حق المرور القانوني أياً كان سبب زواله وأياً كان وقت زوال الانحباس فقد يكون زوال الانحباس نتيجة لتصرف قانوني، كأن يقوم صاحب الأرض المحبوسة بشراء أرض مجاوره متصلة بالطريق العام، أو يكتسب بالتقادم حق ارتفاق بالمرور على ملك الغير، كما يزول الانحباس نتيجة لشق طريق عام مجاور.

وبانقضاء الانحباس، يزول حق المرور القانوني فإذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد دفع التعويض مرة واحدة فأن له أن يسترد قدرأ مناسباً من التعويض الذي دفعه. وتقرير زوال حق المرور أما أن يكون بالاتفاق، فإذا تعذر الوصول إلى مثل هذا الاتفاق، فإن على صاحب الأرض المثقلة بحق المرور أن يلجأ إلى القضاء لتقرير انقضاء الحق في المرور.

الفرع الثالث

حكم الانحباس الناشئ عن تجزئة عقار بناء على تصرف قانوني

تحديد : قد يكون العقار متصلاً بالطريق العام ثم يقوم المالك بالتصرف في جزء منه سواء بالبيع أو الهبة أو المقايضة ويقع في يده أو في يد المتصرف إليه (المشتري، الموهوب له) الجزء المحبوس عن الطريق العام كما انه يحدث عملاً في العقار المملوك على الشيوع، بعد قسمته أن يقع جزء محبوس عن الطريق العام في نصيب أحد الشركاء المتقاسمين وهنا يثور التساؤل حول تعيين موقع الممر.

وقد أجاب نص المادة ٢/٨١٢ على هذا التساؤل مقررأ أنه (إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء).

وإذا فهذا الحكم يمثل خروجاً على القاعدة العامة في تحديد الممر في حالة الأرض المحبوسة فهنا لا يكون المرور على ملك الجار، ولكن على ذات أجزاء العقار الذي تمت تجزئته وهذا الحكم تمليه العدالة، فلا يجوز لمالك العقار أن يقرر بفعل صدر عنه، حق مرور على ملك الجار إذ أن هذا الوضع، أي حالة الانحباس، هو الذي تسبب بإرادته في إيجادها ولا يجوز له أن يحمل الغير مضار وضع أوجده بفعله

المبحث الثاني القيود التي تستند إلى التلاصق في الجوار [قيود المسافة في المطلات والمناور]

استعراض القيود :

يقتضي تلاصق الملكية وضع الحدود الفاصلة بين الجيران وإظهارها بعلامات مادية. وقد نصت المادة ٨١٣ من القانون المدني المصري على أن (لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما) كما أن التلاصق بين الجيران، يثير مسألة تحديد ملكية الحائط الفاصل بينهما، وما إذا كانت تلك الملكية مشتركة بينهما أو ملكية خالصة لأحدهما وقد نظم المشرع الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل في المواد ٨١٤ إلى ٨٧١ مدني. وتعتبر ملكية الحائط الفاصل صورة خاصة من صور الملكية الشائعة، إذ تعد من قبيل الشيوع الإجباري ويدرس من نطاقه. إلا أنه ينبغي أن نتوقف عند قيد هام، مرجعه التلاصق في الجوار وهو ذلك المتعلق بفتح المطلات والمناور في ملك الجار، إذ أن المشرع، يقيد بها بقيد المسافة قيود المسافات في المطلات والمناور :

القاعدة أن المالك له أن يبني على أرضه دون أن يترك أي مسافة بين ملكه وبين ملك الجار أو الطريق العام إلا أن التشريعات الخاصة بالمصانع والمنشآت المضرة بالجيران، تورد قيود خاصة بالمسافات الواجب مراعاتها بينهما وبين الملكيات المجاورة أو بينها وبين الطريق العام، وقد أحالت المادة ٨٢٢ مدني في هذا الشأن إلى تلك التشريعات الخاصة. وتقتصر دراستنا على القيود التي أوردها القانون المدني في المواد ٨١٩، ٨٢١ والتي تتعلق بقيود المسافة في المطلات والمناور في الملكيات المتجاورة

الفرع الأول في القيود المتعلقة بفتح المطلات

وسنحاول أولاً تحديد مفهوم المطلات وتعريفها ثم نتعرض بعد ذلك للأحكام الخاصة

بها

أولاً : مفهوم المطل وتعريفه :

وهي فتحات يحدثها المالك في ملكه بحيث تمكنه من النظر إلى الخارج، فضلاً عن نفاذ الضوء والهواء إليه وذلك مثل النوافذ والشبابيك والشرفات والخارجات بوجه عام على أن وصف المطل، لا يتقيد، بتسمية معينة، فهو يطلق على كل ارتفاع يمكن من خلاله مباشرة ارتفاق بالمطل على ملك الجار^(١). وتحديد طبيعة الفتحات أو المطلات على ملك الغير، تعد من مسائل الواقع التي تترك لتقدير قاضي الموضوع^(٢). وتنقسم المطلات إلى نوعين:

النوع الأول، المطلات المواجهة :

Vue Droite : وهي التي تمكن الجار من الأطلال على جاره مباشرة دون حاجة إلى الالتفاف يمينا أو يساراً وتعرف على أنها تلك الفتحات التي تفتح في حائط بحيث يتقابل الخط العمودي المقام على هذا الحائط من سطح الفتحة مع ملك الجار في مكان ما. أما النوع الثاني من المطلات، فهو المطل المنحرف vue oblique ، وهو مطل لا يسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالاتفات يمينا أو يساراً أو بالانحناء إلى الخارج

وقد قيد المشرع، المطلات المواجهة، نظراً لأنها الأكثر أضراراً بالجار، لما فيها من اطلاع لجاره على خصوصية منزله وقد تمثل هذا القيد في عدم إجازة فتحها على مسافة من ملك الجار تقل عن متر. إذ تنص المادة ٨١٩ مدني (لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجهة على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل، أو من حافة المشربة أو الخارجية).

أما فيما يتعلق بالمطل المنحرف فقد نصت المادة ٨٢٠ مدني على أنه "لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام)

(١) نقض مدني فرنسي الدائرة الثالثة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣، مجلة النقض - ٣ - رقم ٢٤٧.

(٢) نقض مدني فرنسي الدائرة الثالثة ١ يوليو ١٩٧٥، مجلة النقض - ٣ - رقم ٢٣١.

ثانيا : نطاق تطبيق قيد المسافة :

ينطبق هذا القيد على جميع المباني سواء في المدن أو القرى ، وذلك بالنظر إلى ما يهدف إليه من عدم إزعاج الجيران وإقامة نوع من التوازن العادل بين مصالحهم المتعارضة. وبالتالي فإن هذا القيد ينطبق على كل العقارات المملوكة ملكية خاصة، حتى لو كانت الملكية الخاصة تابعة لأحد أشخاص القانون العام.

كما أن هذا القيد يتعين مراعاته، بغض النظر عن طبيعة العقار المجاور، فيستوي أن يكون بناء مسكوناً أو خالياً، بل وحتى لو كانت أرض الجار محاطة بسور أصم من شأنه أن يمنع وصول النظر إلى الجار^(١). وليس أدل على وجود هذا القيد من أن المالك له أن يطالب بسد المطل الذي لا يستوفي قيد المسافة عند هدم الحائط.

ونرى كذلك أن قيد المسافة يتعين احترامه ولو كانت أرض الجار أرضاً فضاء^(٢). وأن للمالك طلب سد المطل طالما أنه لم يستوف قيد المسافة. كما أن سكوت المالك عن المطالبة بسده يفسر على أنه نسامح منه. لذلك للجار أن يطالب بسد المطل ولو كانت أرضه أرضاً زراعية^(٣). ذلك أن نص المادة ٨١٩ مدني، نص عام، لا يفرق بين حالة وأخرى. وأنه من غير المنطقي أن نقول أن القيد غير موجود عندما تكون الأرض فضاء أو مسورة أو حتى أرضاً زراعية ثم يتضح لنا أنه موجود عند البناء على ذات الأرض أو عند هدم أسوارها، مع أن الوضع القانوني للعقار لم يتغير في الحالتين.

وقد قضت محكمة النقض بحق صاحب الأرض الفضاء في طلب سد المطلات غير القانونية، باعتبار أن فتحها يمثل اعتداء على الملكية يترتب على تركه اكتساب صاحبه حق

(١) عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية ص ١٢٧.

(٢) راجع إسماعيل غاتم حق الملكية طبعة ١٩٥٩ ص ٧٧، كذلك أحمد سلامة الملكية الفردية الطبعة الثانية ١٩٨٠ ص ٢١٠.

(٣) مصطفى الجمال، نظام الملكية ص ٢٣٦ بند ١٤٦. وراجع عكس ذلك، منصور مصطفى منصور حق الملكية، هامش ص ٩٢ وأحمد سلامة، المرجع السابق ص ٢١١. ونجد أن المادة ٦٧٨ من القانون المدني الفرنسي، تضع قيد المسافة الخاصة بالمطلات التي تفتح على ملك الجار، سواء كان هذا الملك مسوراً أو غير مسور وقد ورد نص هذه المادة كالآتي: *on ne peut avoir des vues droit ou fenetre d'aspect, ne balcons ou autres semblables, saillies, sur l'heritage clos ou non de son voisin, s'il n'y a dix neuf decimetres de distance entre le mur et ou on les pratique et le dit heritage a moins que le fond ou la pratique sur lequel s'exerce la vue ne soit deja greve au profit du fond qui en benefice, d'un servitude de passage faisant obstacle a l'edification de construction*

المشاركة الزمنية «التأيم شير» و«توق الارتقار» بين المنظر الإسلامي والتطبيق المعاصر»

ارتفاق بالمطل والتزام مالك العقار المرتفق به مراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بناء^(١).

ولكنه لا محل لمراعاة قيد المسافة في الحالات التي تنعدم فيها الحكمة من مراعاة هذا القيد:
أ- لا تعد الأبواب ومداخل العقار من قبيل المطلات التي تخضع لقيد المسافة، فهي تعد بصفة أصلية للدخول والخروج من العقار وليس للأطال على ملك الجار، إذ العبرة في وصف الفتحة بأنها مطل هي بالمتعارف عليه بين الناس وليس بالنظر إلى استعمال عارض لها في الإطال على ملك الغير^(٢).

كما ذهب القضاء الفرنسي، إلى عدم سريان القيود المتعلقة بالمسافة على المسافات الموجودة بين قضبان السور أو الفتحات التي تتخلله، لأنها تجعل المطل متبادلاً بين الجارين qu'ils rendent possible la reciprocite de vue^(٣) وذهب هذا القضاء أيضاً إلى عدم انطباق قيد المسافة، إذا كان الجار يستند إلى ارتفاق اتفاقي بالمطل، إذ أن أحكام المطل في هذه الحالة تتحدد بالسند الذي أنشأه^(٤).

ب - لا يسري قيد المسافة على المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور، إلا حيطاناً مسدودة طالما ظلت كذلك وعلى النحو الذي أشرنا إليه أو كان المطل لا يكشف إلا سطحاً أو لا يبصر الناظر منه إلا السماء.

على أن القضاء الفرنسي، أضاف قيداً في هذا الشأن، وهو أنه إذا كان السطح به فتحات مغطاة بالزجاج، إذ يتعين في هذه الحالة أن يتقيد المطل بالمسافة القانونية. لما قد ينتج عن المطل في هذه الحالة من إطلاع على دخائل الجار وهي ذات الحكمة التي أملت قيد المسافة^(٥).

ج - وقد أفادت المادة ٨٢٠ مدني، بأنه لا محل للتقيد بقيد المسافة إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام واستناداً إلى هذا النص فمتى كان المطل مواجهاً للطريق العام، فلا محل للتقيد بقيد المسافة.

(١) الطعن ٦٩٩، جلسة ١٩٨١/١/١٥ مج المكتب الفني س ٣٢ ص ٢٠٧.

(٢) راجع عكس ذلك، عبد المنعم الصده المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٣) Civ. 3e 17 Janv. 1973 Bull. Civ. 111- n.59.

(٤) Civ. 3e 11 Fev. 1971, Bull. Civ. 111- n.59.

(٥) Civ. 1e 6 Dec. 1965 D. 1965 p. 29Av. 1986, bull. civ. 111- n.58, Civ. 3e 28 av. 1971, bull. civ. 111-no. 269.

حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على الملكية

أ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين

وذهب القضاء الفرنسي، إلى أنه، لا محل للتقيد بقيود المسافة، إذا كان المطل قد فتح على ممر خاص مفتوح أمام العامة^(١). إذ لا محل للترقة في هذه الحالة بين الطريق العام والممر الخاص، الذي يحق للعامة المرور فيه.

د - أن قيود المسافة، خاصة بالملكيات المفروزة للجيران، لا بالملكية على الشيوع وبالتالي لا محل للتمسك بها بين الملاك على الشيوع لمجمع عقاري^(٢). أو كان المطل قد فتح على قطعة أرض مملوكة على الشيوع بين الجيران^(٣).

ولاشك في أن هذه الأحكام تستقيم مع ما هو مقرر في الملكية على الشيوع من أن المالك يملك في كل ذرة من ذرات الشيء الذي ترد عليه الملكية الشائعة كذلك إذا كان الشارع الذي فتحت عليه المطلات، مملوكاً ملكية شائعة لملاك المباني المقامة على جانبيه، فإنه يعد من قبيل الشيوع الإجباري ويعتبر من الملحقات الضرورية لتلك المباني، مخصصاً لمنفعتيها المشتركة. وكما يكون للشركاء فتح المطلات عليه، إذ أن حقهم عليه هو حق الشريك في الملك على الشيوع لا حق ارتفاق عليه، فإنه يكون لهؤلاء الشركاء أيضاً الحق في سد الفتحات التي يحدثها عليه من عداهم من الملاك الآخرين^(٤).

إلا أن فتح مطلات على الأراضي أو الممرات المملوكة على الشيوع مشروط بالآقل عرض هذه الأرض أو الممرات عن المسافة القانونية وألا يكون متعارضاً مع الغرض الذي خصصت له.

ثالثاً : حكم المطلات غير المستوفية لقيود المسافة القانونية :

متى كان المطل، أي كانت تسميته، قد أنشئ بالمخالفة لقيود المسافة التي حددها القانون، فإنه يحق للجار، الذي فتحت هذه المطلات على عقاره، أن يلجأ إلى القضاء طالباً، الحكم بسد هذه المطلات أو إزالتها أو تعديلها. وترفع دعوى إلغاء المطل أو تعديله على مالك العقار ولو كان المطل قد أقامه شخص من الغير كأن يكون المالك قد عهد بحق الانتفاع إلى أحد الأشخاص، الذي أقام المطل الممتاز عليه^(٥).

(١) وقضي كذلك أنه لا محل للتقيد بقيود المسافة، إذا كان العقار المجاور قد أثقل بحق المرور لمصلحة العقار الذي فتح فيه المطل 12، T.G.I. Dijon, 11-208, bull.civ. 111- no. 208, 14 mars 1973, Civ. 3e av, 1967 J.C.P.-11-15087, note, j.p.

(٢) Civ.3e, 2 Dec. 1980, J.C.P.ed. not. 1981-11-266 note, Stemmer

(٣) Civ.3e, 24 oct. 1990, bull.civ. 111-no. 207.

(٤) الطعن رقم ١٢٩ سنة ١٣ ق جلسة ١١/٢/١٩٤٤.

(٥) نقض مدني فرنسي، الدائرة الثالثة يونيو ١٩٧٠ مجلة النقض ١٩٧٠-٣-رقم ٤٠٩.

المشاركة الزمنية « التايم شير » وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

وليس هناك ما يحول دون الجار والاحتفاء بإحدى دعاوى حماية الحياة، مثل دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى منع التعرض متى توافرت شروطها. وفي جميع الأحوال له أن يطلب من القضاء الموضوعي بشرط عدم جواز الجمع بين دعوى الحياة ودعوى الحق، أن يطالب بسد هذه المظلات. على أن القضاء لا يحكم بالضرورة بسد المظلل، في حالة عدم مراعاة المسافة القانونية.

فقد حكم بأن للقاضي بدلاً من سد المطل سداً كاملاً، أن يكتفي بتحويلها إلى مناور بسد الجزء الأسفل منها بحيث تصبح قاعدتها أعلى من قمة الإنسان العادية^(١)، كما أنه قد يكتفي بوضع زجاج معتم على المطل أو تعديله بحيث لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار.

إلا أنه يبقى في جميع الأحوال، للجار الحق في إقامة حائط على حدود ملكه، يسد به هذه المطات غير المستوفية للقيود القانونية ودون حاجة إلى أن يثبت أن ضرراً محدداً قد لحق به من جراء فتح مثل هذه المطات، المخالفة لقيود المسافة. ذلك أنه متى منع المشرع إقامة مثل هذه المطات، فإن المنع يعني التحريم وهو ما يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضرراً بالفعل أو لم يحدث، فانه مع المنع والتحريم، يكون الضرر مفترض قانوناً، ولا يكون هناك حاجة لاستظهار التعسف في طلب الإزالة^(٢).

رابعاً : التّقديم كسبب لاكتساب ارتفاعاً بالمطل :

قد ينشأ المظل بالمخالفة لقيود المسافة التي حددها القانون وفي هذه الحالة، فإن المالك الذي أحدث هذا المظل في ملكه، قد يكتسب حق ارتفاع المظل بالتقادم. وذلك إذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيابة، تتضمن معنى التعدي على ملك الغير وأن تتنفي مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور أو أن الحيابة ليست قائمة على سبيل التسامح^(٣). والحيابة القائمة على سبيل التسامح، والتي تحول دون التمسك بالتقادم لها صور متعددة وذلك كأن يكون ملك الجار الذي فتح عليه المظل محاطاً بسور يمنع وصول النظر إليه، أو أن يكون هذا الملك عند فتح المظل أرض فضاء وبوجه عام، فإن الحيابة تعتبر قائمة على سبيل التسامح، إذا كانت الوقائع تدل على أن الجار لا يشعر بعبء ناجم عن

(١) راجع في ذلك إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية طبعة ١٩٥٩ ص ٧٦.

(٢) الطعن رقم ١٤١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/١/١٥.

(٣) وقد قضى بأن ظروف وملابسات التّداعي لترشح للقول بأن هذه المطلات قائمة على سبيل التسامح فلا تؤدي إلى كسب حق ارتفاق طالما كانت أقل من المسافة القانونية. هو قول غير سديد :طالما لم يرد في الحكم المصدر الذي أستخلص منه واقعة التسامح نقض مذني جلسة ١٧ أبريل ١٩٩٤ الطعن رقم ٥٥٤٨ لسنة ٦٣ ق مج المكتب الفني ص ٧٢٤.

فتح المطل وأنه لا يتضرر من جراء ذلك. وقد قضى بأن فتح نافذة على بضعة سنتيمترات من نهاية ملك الجار في فرصة تهدم سور هذا الجار لا يتوافر فيه وضع اليد الذي يؤدي إلى التملك لما فيه من الإيهام وعدم الهدوء، متى كان مالك السور، قد أعاد بناءه وزاد في ارتفاعه نصف متر حتى حجب النافذة كلها ومنع مجال النظر أمامها عن أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل إذ أن هذا الفعل يدل على عدم تهاون المالك في أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت^(١).

وقد قضت محكمة النقض بجواز التمسك باكتساب حق ارتفاق بالمطل، استناداً إلى التقادم على عقار مخصص للمنفعة العامة، طالما أن هذا الارتفاق لا يتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة^(٢). على أنه إذا قضت المحكمة باكتساب حق ارتفاق بالمطل استناداً إلى التقادم وجب عليها أن تبين في حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون^(٣).

وإذا اكتسب الجار حق ارتفاق بالمطل على أساس التقادم المكسب، فإنه يترتب على ذلك النتائج الآتية :

- ١- أنه لا يجوز للجار أن يطلب سد المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية.
- ٢- أنه إذا أراد الجار البناء، فإنه لا يستطيع البناء على حافة ملكه، بل عليه أن يرتد بالقدر الذي تتوافر معه المسافة القانونية أمام المطل الذي فتحه جاره. وأن يكون هذا الارتداد على طول البناء الذي فتح فيه المطل.

(١) الطعن رقم ٣٥ سنة ٦٦ جلسة ١٨/٣/١٩٣٧، الموسوعة الذهبية، حسن الفاكهاشي وحسن عباس، الجزء الثاني الإصدار المدني ١٩٨٢ ص ٥٦٦.

(٢) وقد رفضت محكمة النقض القول بانتفاء ارتفاق بالمطل بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً مادياً أو قانونياً وقررت (أن الفتحات تطل حالياً على مال مخصص للنفع العام - حديقة لمدرسة إعدادية - وكان هذا الذي قرره الحكم لا يكفي لمواجهة دفاع الطاعن بذلك أنه فضلاً لم يناقش دفاع قوله أن العقار المملوك له لا يطل على المدرسة سالفة الذكر وإنما يفصله عنها من الناحية القبلية أرض فضاء وشارع يعرض عشرة أمتار، فإنه لم يبين أوجه التعارض بين استعمال حق المطل الذي يدعيه الطاعن وبين الاستعمال الذي خصص له عقار المطعون عليها كمدرسة إعدادية للبنين و من ثم يكون معيباً بالقصور، أورده حسن الفاكهاشي وحسن عباس المرجع السابق، الموسوعة الذهبية ١٩٨٢ الجزء التاسع ص ٣٠٠.

(٣) الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٥١ ق جلسة ٣١/١٢/١٩٨١ ص ٣٢ و ٢٥٠١. و يعتبر الدفع بالتقادم من الدفوع الجوهرية التي يتعين الرد عليها، إذا تمسك الطاعن بملكته للأرض التي فتح عليها المطلات دون مراعاة قيد المسافة استناداً إلى التقادم، الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٣/١/١٩٨١، غير منشور أورده السيد خلف قضاء النفس في الملكية الطبعة الأولى ١٩٨٩ رقم ٣٢ ص ١٧١.

المشاركة الزمنية «التأيم شير» وحقوق الارتفاق بين المنظور الإسلامي والتطبيق المعاصر»

وقد أشارت المادة ٢/٨١٩ إلى هذه الأحكام مقررّة أنه "إذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبني على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل" وإذا كان هذا النص يشير إلى المطل المواجه، إلا أن المذكرة الإيضاحية للنص، تقرر تطبيق ذات الحكم على المطل المنحرف إذا اكتسب بالتقادم^(١). وذلك لذات الحكمة التي يستند إليها الإعفاء من قيد المسافة.

٣- أنه متى اكتسب المالك ارتفاقاً بالمطل على ملك الجار، فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص، كالمشتري، ولا يجوز أن يحتج عليه، بأن المالك السابق، قد سبق له التنازل عن حق عيني عقاري^(٢). إلا أن القاضي له أن يستخلص من عقد البيع المسجل، التنازل عن ارتفاق بالمطل وأن هذا التنازل يقع بالإرادة المنفردة ولا يحتاج إلى قبول^(٣).

٤- أن الارتفاق بالمطل يتحدد بسند إنشائه فإذا تهدم العقار القديم، فإن حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد بذات الحدود وفقاً للمادة ١٠٢٨ مدني. فإذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلي بالمطل لا يجاوز الدور الأرضي من العقار القديم فإنه مما يخالف القانون تقرير حق المطل لكافة الطوابق التي تعلو الدور الأرضي في العقار الجديد^(٤).

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أنه متى استظهر قاضي الموضوع، أن النافذة، موضوع الداعي لا تعدو أن تكون منوراً، فإن قضاءها برفض الاستناد إلى التقادم كأساس لاكتساب ارتفاق بالمطل، يكون صحيحاً ومطابقاً للقانون^(٥).

٥- إلا أن تقرير حق ارتفاق على عقار بالمطل، لا يؤثر في ملكية ذلك العقار وسلطات المالك عليه ولا يمنعه من البناء عليه، طالما أنه لن يترتب على ذلك إلغاء المطل

وتحديداً لذلك فقد قضت محكمة النقض من أن: (مفاد نص المادتين ١٠٢٣، ١٠١٥ من القانون المدني أن حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلاً بتكليف لفائدة الثاني، وهو وإن كان ينتقص من نطاق ملكية العقار المرتفق به فيحرم مالكة من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق

(١) مج الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٨.

(٢) راجع في ذلك: Civ.3e 5 Feb. 1970, J.C.P.1970-11-16404 note, G.G.

(٣) الطعن رقم ٤٥٩ سنة ٣٥ ق جلسة ١٥/١/١٩٧٠ س ٢١ ص ١١٢.

(٤) الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ جلسة ٨/٤/١٩٧٢ مج المكتب الفني، سنة ٣٢ ص ٦٧٦.

(٥) نقض مدني فرنسي الدائرة الأولى ١٦ يونيو ١٩٦٦، مجلة أحكام النقض - ١ - رقم ٣٧٣ ونقض مدني فرنسي الدائرة الأولى، ٣١ يناير ١٩٦٦ دالوز ١٩٦٦ ص ٤٣٣.

حتى لا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة، إلا أنه ومع ذلك لا يترتب عليه حرمان مالك العقار الخادم من أن يباشر عليه حقوقه من استعمال واستغلال وتصرف ما دام أنه بذلك لا يمس الارتفاق وإلا التزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وبالتعويض إن كان له مقتضى^(١).

خامساً: حكم الاتفاق على إنشاء حقوق ارتفاق إيجابية أو سلبية

ومثل هذه الاتفاق جائز في حدود القانون والنظام العام والآداب. الارتفاق بالمطل يكتسب بعمل قانوني أو بالميراث. كذلك يجوز لأطراف عقد البذل، تقرير ارتفاق سلبي بعدم المطل وهو أمر لا مخالفة فيه للقانون متى كان هذا الاتفاق يهدف إلى تحقيق مصالح أدبية جوهرية^(٢).

الفرع الثاني المناور

١- قيوده:

وفقاً لما ورد في نص المادة ٨٢١ مدني، فإنه "لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الأطلال منها على العقار المجاور". ويستفاد من هذا النص، أن القيد الذي يرد على فتح المناور هو قيد خاص بالارتفاع لا المسافة. فيجب أن يزيد عن قمة الإنسان المعتادة حتى لا يكون بالمستطاع الأطلال منه. فيمكن أن يكون على ارتفاع مترين أو حتى على ١،٩ متراً ولكن لا يجوز أن يكون على ارتفاع ١،٧٥ متراً فقط، إذ أن قمة الإنسان المعتادة، تصل إلى هذا الطول^(٣).

٢ - ويترك لقاضي الموضوع أن يحدد دون معقب، طول قمة الإنسان المعتادة:

وقد قضى أنه إذا كان الثابت بتقرير الخبير المنتدب، أن العرف جرى على احتساب القمة المعتادة للإنسان على أنها مائة وثمانون سنتمراً، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى

(١) نقض مدني الطعن ٩٣٤ لسنة ٦٣ ق جلسة الأول من ديسمبر ١٩٩٤ مج المكتب الفني ص ١٥٢١ أرقو ٢٨٦.

(٢) الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ ص ٢٨ ص ١١٥٨.

(٣) السنيهوري الجزء الثامن، حق الملكية، طبعة ١٩٦٧ دار النهضة العربية بيروت ص ٧٨٩.

بالإزام الطاعن برفع قاعدة الفتحات - موضوع الدعوى - إلى العلو المشار إليه استناداً إلى ما جاء بتقرير الخبير، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون^(١).

٣- ويعتبر فتح المناور، في حدود الارتفاق الذي حدده القانون، رخصة من المباحات:

فلا يجوز للمالك المجاور أن يطلب سده كما أن المالك الذي فتح المنور في ملكه لا يكتسب حقاً بالتقادم فيجوز لجاره ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة، أن يقيم حائطاً في ملكه يسد به المنور، وليس لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم إذ أنه يأتي رخصة من المباحات، لا تتضمن معنى التعدي ولا تتوافر فيها الحيابة التي يقوم عليه التقادم المكسب

وأخيراً تشير إلى أن المنور، الذي يفتحه الجار في ملكه على ارتفاع أقل من قاممة الإنسان المعتادة، يعتبر في حكم المظل الذي يخضع لقيد المسافة على النحو الذي أوضحناه، ولو لم يستعمله المالك بالفعل في الإطلال على جاره

وينبغي على المالك إلا يسيء استعمال المنور، فإذا أساء استعماله، بأن ألقى من خلاله القاذورات أو استعمله في الإطلال على جاره، كان للجار أن يطلب من القضاء الحكم بسدها. وما ذلك إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق.

(١) الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/٣١ س ٢٥ ق ص ٢٧٢.

المبحث الثالث حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي

إذ يتفق الفقه الإسلامي في مجمله على أن حق الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر إذا اقتصر على الشرب والمجرى والمسيل والمرور. ولا تختلف أسباب كسبه عما هو مقرر في القواعد العامة في القانون المدني. كما أن حق المرور وفقاً لما يرد في الفقه الإسلامي لا يختلف ، عما أوردناه بشأن حق المرور القانوني. كما أن الفقه الإسلامي قد لجأ إلى فكرة حق الارتفاق فيما يتعلق بمكية الشقق والطبقات وذلك في تحديد حقوق صاحب العلو على مرافق العقار. وهو ما نحاول إلقاء الضوء عليه.