



"دعاوى فتح الممر بين النصوص القانونية والتطبيقات القضائية"

مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث القانونية

والقضائية بتاريخ 21 أكتوبر 2021

من إعداد الباحث: حسام الدين خلفي

قاضي باحث سابق بمركز البحوث القانونية والقضائية

ملخص:

تختلف دعاوى فتح الممر باختلاف الحق المراد حمايته، إذ نميّز بين الدعاوى الرامية إلى فتح ممر باعتبار هذا الأخير حق ارتفاع (تنظّمه وتحكمه المواد من 867 إلى 881 ق. مدني) عن تلك الرامية إلى فتح الممر باعتباره حق مرور (تنظّمه وتحكمه المواد من 693 إلى 702 من ق. مدني).

إن التمييز الموضوعي لحق الممر المراد حمايته يستوجب حتما اختلافا إجرائيا في سير الدعاوى الرامية إلى فتحه على النحو الذي كرّسته التطبيقات القضائية، من هنا تنبثق إشكالية الدراسة التي تتمحور أساسا حول مدى اختلاف المسار الإجرائي في دعاوى فتح الممر الرامية إلى حمايته كحق ارتفاع عن تلك الرامية إلى حمايته كحق مرور؟

الكلمات المفتاحية: عقار، دعوى قضائية، فتح ممر، حق ارتفاع، حق مرور، خبرة عقارية.

مقدمة

اهتمت الشرائع القديمة بتنظيم حق الملكية بأشكال مختلفة، إلى أن جاءت الثورة الفرنسية التي قدست الملكية الخاصة واعتبرتها حقا مطلقا لا قيد له¹، غير أن التطورات الاقتصادية فرضت تعديل النصوص القانونية لتستوعب الوظيفة الاجتماعية للملكية، بمعنى توجيه الملكية الخاصة لتحقيق وإشباع حاجات المجتمع والمالك هو من يتحكم في هذا الأداء لأنه جزء من المجتمع²

إن الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة التي سعى المشرع إلى تحقيقها بتقييد سلطة استعمال المالك لفائدة المصلحة الخاصة للغير، تتمثل على وجه الخصوص في حق المرور الممنوح لمالك الأرض المحصورة لاستغلال أرضه مقابل تعويض مناسب³

حق الملكية يخول صاحبه جميع السلطات في مواجهة العين (الاستعمال والاستغلال والتصرف) وما يحميه هو السند المشهر إذ لا يمكن لأحد أن يسلب منه الملكية أو إحدى السلطات المنبثقة منها، غير أن هذا الحق غير مطلق بل يخضع لقيود قانونية وحدود نابعة عن الإرادة.

يمكن أن تتقرر هذه القيود للمصلحة العامة وهو ما يدخل في دراسة القانون العام، ويمكن أن تتقرر للمصلحة الخاصة كالجوار مثلا⁴.

الإشكالية: هل تميّز أحكام حق المرور عن أحكام ارتفاق المرور يستدعي بالضرورة تميّز المسار الإجرائي لدعاوى فتح الممر؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم المداخلة إلى محورين:

- المحور الأول: حق المرور يتمييز عن ارتفاق المرور.

- المحور الثاني: ضرورة تميّز المسار الإجرائي لدعاوى فتح الممر.

¹ مصيباح هادية، تمييز ارتفاق المرور عن حق المرور، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، 1، 2017، ص. 6.

² المرجع نفسه، ص. 6.

³ فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994، ص. 326.

⁴ المرجع نفسه، ص. 6.

كما تم اعتماد المنهج الوصفي في جانبه التحليلي، مع الاعتماد على التطبيقات القضائية للمحكمة العليا في الموضوع.

المحور الأول: حق المرور يميز عن ارتفاق المرور

إن مسألة تكييف الطلبات القضائية الرامية إلى فتح ممر هي مسألة قانونية، يتوقف على حسن القيام بها الفصل في النزاع طبقا للقانون (ثانيا)، غير أنه قبل ذلك يتعين تمييز النظام القانوني لحق المرور عن النظام القانوني لارتفاق المرور (أولا)

أولا- التمييز الموضوعي لحق المرور عن ارتفاق المرور:

يتعين التمييز بين حق المرور الذي يعتبر قييدا على الملكية (1) عن ارتفاق المرور الذي يعتبر حق من الحقوق العينية الأصلية الناجمة عن تجزئة حق الملكية (2).

1- حق المرور (le droit de passage):

ورد النص على حق المرور في القانون المدني الجزائري ضمن الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية)، الباب الأول (حق الملكية)، الفصل الأول (حق الملكية بوجه عام)، القسم الثالث (القيود التي تلحق حق الملكية)، في المواد من 693 إلى 702 ق.مدني.

1.1- نشأة حق المرور (اشتراط وضعية العقار المحصور):

الصفة: لمالك الأرض المحصورة

- التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام.

- أو التي لها ممر ولكنه غير كاف للمرور:

وقد حددت المادة 694 ق. مدني المعيار المعتمد للقول بأن الممر كاف أو غير كاف للمرور بأن نصت على أنه: "يعتبر الممر إلى الطريق العام غير كاف، أو غير ممكن، إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

- ألا تكون حالة الحصر ناجمة عن الفعل الإرادي لمالك الأرض المحصورة (1/695).

"رفض دعوى فتح ممر لعدم التأسيس، بناءً على نتيجة الخبرة القضائية التي أثبتت بعد المعاينة الميدانية والتقنية أن الممر محل النزاع لا وجود له وأن حالة الحصر للطاعنين ناتجة عن فعلهم نتيجة بيعهم لجزء من عقارهم للغير الذي كان لهم عليه ممر، يعد تطبيقاً صائباً لأحكام المادة 695 ق. مدني" **قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية، القسم الأول، ملف رقم 1251812، صادر بتاريخ 2020-10-15. (غير منشور).**

- ألا يكون لمالك الأرض المحصورة حق مرور اتفاقي أو حق مرور على وجه الإباحة قائمان ولم ينقضيا (2/695).

ويعتبر الممر عكس ذلك كافياً إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة، أو إذا وجد الممر على وجه الإباحة مادام لم يمنع استعماله."

2.1- مقابل حق المرور (تعويض مالك الأرض المجاورة):

إن تقرير حق المرور يكون في مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك، يدفعه المستفيد من حق المرور لمالكي العقارات المجاورة، وطبقاً للمادة 701 ق. مدني يمكن أن يحتوي التعويض على مبلغ مالي يسدّد دفعة واحدة أو على أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم من استعمال الممر.

غير أنه طبقاً للمادة 700 ق. مدني فإنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به (المجاور) أن يطلب التعويض إذا سكت حتى حصل صاحب الأرض المحصورة بالاستعمال والحيازة على حق المرور بالتقادم لمدة خمسة عشر (15) سنة.

ويتعين التمييز بين طلب إنشاء أو استحداث ممر تجسيدا لحق المرور المنصوص عليه بالمادة 693 ق. مدني والذي يستوجب دفع تعويض لمالك الأرض المجاورة، عن طلب فتح ممر قديم (ارتفاق مرور) حق مرور مكتسب بالاستعمال والحيازة بالتقادم لمدة 15 سنة (م. 700) والذي لا يستدعي منح تعويض لمالك الأرض المرتفق بها.

"عدم جواز المطالبة بالتعويض عن استعمال ممر قائم منذ أكثر من 15 سنة، ذلك أن أصل النزاع لا يتعلق باستحداث ممر جديد لوجود ملكية محصورة"، **قرار المحكمة العليا،**

الغرفة العقارية، رقم 200906 صادر بتاريخ 28-06-2000، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، 2004، ص. 415.

"حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار محل الطعن بالنقض في غير محله ذلك أن دعوى الحال لا تتعلق بطلب إنشاء أو استحداث ممر في ملكية الطاعن لفائدة المطعون ضده، وهذا الأخير لم يطلب حق المرور على ملكية الطاعن حتى يتسنى إفادته بتعويض كما تنص عليه المادة 693 ق. مدني، بل رفع دعوى فتح الممر الذي كان يسلكه منذ القدم وقام الطاعن بغلقه دون وجه حق، ومن ثم فلا مجال لتطبيق المادة 693 المذكورة اعلاه على وقائع دعوى الحال، مما يجعل الوجه المثار غير سديد ويتعين رفضه" **قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الأول، ملف رقم 1273695، بتاريخ 14-01-2021 (غير منشور).**

2- كيفيات تقرير حق المرور:

يتم تقرير حق المرور بمراعاة المسائل التالية:

أ. أن يكون الممر كافيا للاستغلال المألوف للعقار المحصور: والعبارة بتقدير مدى كفاية ممر هي بوقت الحكم بحق المرور بحسب الاستغلال المألوف للعقار، ويمكن أن تتغير بعد ذلك بتغير حاجات العقار المحصور زيادة ونقصانا، وفي الغالب ما يستعين القضاء بالخبرة لتحديد مسألة مدى كفاية الممر من عدمه⁵، وفي غياب معيار قانوني محدد يتم من خلاله تقدير مدى كفاية الممر من عدمه⁶ حكمت المحكمة العليا بأنه

"لقضاة المجلس ولما لهم من سلطة تقديرية في تقدير الأدلة والوقائع وخاصة الخبرة السماح للمدعى عليهم في الطعن بتوسيع الممر وذلك بعدما ثبت لديهم أن الممر موضوع النزاع لم يعد كاف لاستغلال العقارات، وهو ما يتماشى وأحكام المادة 693 ق. مدني التي تفيد أن الاستغلال هو وحده الذي على ضوءه تقدر كفاية الممر من عدمه" **قرار المحكمة العليا،**

⁵ - موسى سالي، "شروط تقرير حق المرور على الملاك المجاورة في القانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 16، 2017، ص. 477-487، ص. 481، 482.

⁶ - نصت المادة 812 من القانون المدني المصري على معيار لتقدير مدى كفاية الممر وهو (القدر اللازم لاستعمال الأرض واستغلالها) من خلال نصها "لله حق المرور على الراعي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها".

الغرفة العقارية، صادر بتاريخ 17-01-2007، ملف رقم 390680، م.م.ع، عدد 2، 2007، ص. 411.

ب. أن يكون الممر موصلا إلى الطريق العام.

ج. أن يكون الممر ملائما: امثالاً لأحكام المادة 696 ق. مدني يجب أن يؤخذ حق المرور⁷:

- من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة⁸

- والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين.

د. وإذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار، بسبب بيع أو مبادلة، أو قسمة، أو من أي معاملة أخرى فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات (م. 697 ق. مدني)

"لا يطلب حق المرور بالنسبة للأرض المحصورة نتيجة معاملة ما (بيع-مبادلة-قسمة) إلا على الأرض محل المعاملة"، قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 229229 صادر بتاريخ 22-05-2002، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، 2004، ص. 422.

3- ارتفاق المرور (la servitude de passage):

المتعارف عليه هو إطلاق لفظ servitude على حقوق الارتفاق كما فعل المشرع الفرنسي،

حيث سماها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من التقنين المدني des servitudes ou service foncier⁹ المواد من 637 إلى 710.¹⁰

فكما عرّف حق الارتفاق "بأنه نوع من أنواع الملك الناقص، وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر، وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى مالك، وهو ما تقرر على عين فلازمها دون نظر إلى مالكتها وإلى الشخص المنتفع، وأبرز هذه الحقوق: حق الشرب، حق

⁷ - ذكر التطبيقات القضائية للمحكمة العليا في هذه المسألة

⁸ - ليس بالضرورة أن يكون أقصر مسافة، كما هو منصوص عليه في التشريع الفرنسي المادة 682 من القانون المدني الفرنسي.

⁹ - في الفقه الفرنسي يطلق على حقوق الارتفاق العقارية/ العينية العبارات التالية (servitudes prédiales, ou foncières, ou réelles) تمييزاً لها عن الحقوق المرتبطة بالشخص والتي يطلق عليها أحيانا servitude personnelles أي حقوق الارتفاق الشخصية وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن، محمد زيدان، مرجع سابق، ص 11 (هامش).

¹⁰ - https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?codeTitle=Code+civil , visité le 16/10/2021.

المجرى، حق المسيل، حق المرور، حق الجوار، وحق العلو، أما تسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق فهي تسمية حديثة أطلقها مرشد الحيران "المرحوم قديري باشا"¹¹

وعرفت المادة 867 ق. مدني حق الارتفاق كما يلي: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال"¹²

إن مسألة مدى اعتبار القيود القانونية على حق الملكية بمثابة ارتفاقات أثارت ولازالت تثير خلافا بين الفقه¹³

إن طلب فتح الممر المستعمل كحق ارتفاق، لا يستوجب بيان الضرر اللاحق بالمدعي (طالب فتح الممر)، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك:

"إن القرار برفض طلب فتح الممر بحجة أن المدعين لم يثبتوا الضرر اللاحق بهم، يعد إنكارا لحق ارتفاق مرور طبقا لمقتضيات القانون المدني لا سيما المادتين 867 و857 منه، يستوجب النقض". **قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 148546 صادر بتاريخ 04-30-1997، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص. 187.**

ثانيا- تكييف الطلب القضائي الرامي إلى فتح ممر:

للقاضي كامل السلطة في تكييف الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقييد بتكييف الخصوم، ويفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه، طبقا للمادة 29 من ق.إ.م.¹⁴

1- صعوبة تكييف دعاوى فتح الممر

2- رقابة المحكمة العليا على عملية التكييف.

¹¹ - بلحاج العربي بن أحمد، "حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، حجم 33، عدد 4، 1996، ص.ص. 643-670 ص. 668. متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/97089>

¹² - إن النص في باللغة العربية سقط منه سهوا مصطلحين مكتوبين في النص بالفرنسية (.لفائدة عقار مملوك لشخص آخر.. ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام للدولة إن كان ..."، راجع: محمد زيدان، حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص. 13-15.

¹³ - محمد زيدان، حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص. 7.

¹⁴ - وردت المادة 29 تحت الفصل الثامن "في سلطات القاضي" من الباب الأول "في الدعوى" من الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المحور الثاني: ضرورة تميّز المسار الإجرائي لدعاوى فتح الممر

(بين تلك الرامية لتقرير حق المرور عن تلك الرامية لتقرير ارتفاع المرور)

إن تميز حق المرور عن ارتفاع المرور، على الأوجه المبينة في المحور الأول، يستدعي بالضرورة اختلافاً في المسار الإجرائي لدعاوى فتح الممر، فعندما يتعلق الأمر بالأرض المحصورة فإنه يمكن رفع دعوى الحيازة كأساس ودعوى الملكية وفقاً لأحكام المادة 698 ق. مدني، كما يمكن تصور انعقاد الاختصاص لقاضي الاستعجال، أما عندما يتعلق الأمر بارتفاع المرور فالدعوى تكون حصراً دعوى ملكية بالنظر إلى أنه حق عيني (ارتفاع المرور) ولا يمكن تصور انعقاد الاختصاص لقاضي الاستعجال لأنه فيه مساس بأصل الحق.

أولاً- النظام القانوني لدعاوى فتح الممر:

- دعوى الملكية
- دعوى الحيازة
- دعوى الاستعجال.

"يختص قاضي الاستعجال بفتح ممر مؤدي إلى الطريق العام، إذا كان ذلك بمثابة تدير مؤقت لمنع الخطر والضرر عن المطعون ضده" قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الرابع، بتاريخ 2005-01-19، ملف رقم 294009، م.م.ع، ع1، 2005، ص. 245.

ثانياً- الطابع الفني لدعاوى فتح الممر يستدعي في الغالب اللجوء إلى الخبرة:

بالنظر إلى أن المنازعات المرتبطة بفتح ممر، غالباً ما ترفع دعوى للمطالبة بفتح ممر على أرض الغير بعد قيام هذا الأخير بغلق الممر كلياً أو التضيق فيه (دعوى تقرير حق المرور أو ارتفاع المرور)، أو لوجود حالة حصر تستوجب فتح ممر كافي (دعوى إنشاء حق مرور)، تستوجب دراية فنية أو علمية، فإنه غالباً ما يتم اللجوء إلى أهل الاختصاص لإجراء خبرة، باعتبار أن الخبرة طبقاً للمادة 125 من ق.إ.م.إ. تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضه للقاضي.

ولئن كانت معاينة وجود ممر ممكنة بالعين المجردة ويمكن للقاضي الفاصل في النزاع التنقل إلى عين المكان لإجراء معاينة طبقاً للمادة 146 من ق.إ.م.إ.، غير أن تقدير كفاية الممر من عدمه

قد لا يكون سهلا لاسيما إذا كان الممر يستعمل لممر ماكنات ومركبات ذات صلة بنشاط صناعي أو فلاحي معين، وكذا تقدير مدة تواجد الممر قبل المنازعة فيه، أو الجزم بوجود حالة حصر، أو حتى تقدير الممر الأكثر ملاءمة والأقل ضررا بالملاك المجاورين، وهو ما يستدعي حقا الاستعانة بالخبرة في المجال.

أ- هل البحث في حالة الحصر يقتضي اللجوء إلى إجراء الخبرة؟

" حيث أن الطاعنين يعيبون على قضاة المجلس قضاءهم بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض دعواهم، استنادا إلى التحقيق، بالرغم من أنه لا يقوم مقام السندات في إثبات ارتفاع المرور، وبعدم الاستجابة إلى طلبهم الرامي إلى تعيين خبير، بالرغم من أن البحث عن حالة الحصر تقتضي اللجوء إلى إجراء خبرة، وبذلك فإنهم يكونون قد خالفوا أحكام المواد: 695، 696، 868 من القانون المدني،

لكن حيث ثبت من القرار المطعون فيه بالنقض، استنادا إلى محضر التحقيق المودع لدى أمانة ضبط المجلس بتاريخ 25-04-2013 ان الممر المتنازع عليه موجود منذ القدم لمدة تزيد عن 50 سنة وكان يستعمله جميع السكان للوصول إلى قطعهم الأرضية المجاورة بما فيها المطعون ضده، وذلك بصفة هادئة، مستمرة وبدون منازع إلى غاية نشوب النزاع الحالي، وهو الممر الرئيسي والوحيد المستعمل من طرفه للوصول إلى ملكيته، فضلا عن أن الطاعنين لم يقوموا بتقديم أي شاهد لإثبات مزاعمهم، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف، استنادا إلى محضر التحقيق، وعدم الاستجابة إلى طلب الطاعنين الرامي إلى إجراء خبرة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، الأمر الذي يجعل الوجه المذكور غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به"، قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الرابع، ملف رقم 1115653، بتاريخ 25-06-2018 (غير منشور).

وقرار آخر قضى على النحو التالي:

"حيث أن المجلس أيد الحكم الصادر عن محكمة أول درجة القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس بدعوى عدم وجود واقعة الحصر وامتلاك الطاعن الحالي لقطعة ترابية أخرى متصلة بها وتطل على الطريق العام.

لكن حيث أنه طبقا للمادة 697 ق. مدني أنه إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات.

وحيث أن المعطيات التي استخلصها المجلس بزعم أنه تأكد منه من خلال المخططات المرفقة بالملف والنزاعات السابقة التي كانت تجمع الطاعن الحالي وأطراف آخرين لا تؤدي إلى التأكد من وجود الحصر من عدمه، لكن حيث أن إثبات واقعة الحصر مسألة فنية بحتة، وكان على قضاة المجلس اتخاذ الوسائل المخولة لهم قانونا ما يمكنهم من الوقوف على حقيقة النزاع، ما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه" **قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الرابع، ملف رقم 1234324، بتاريخ 13-02-2020 (غير منشور).**

"حيث أن الخبرة المنجزة والمعتمدة من قضاة المجلس تعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقدير نتائجها قضاة الحكم دون معقب عليهم في ذلك من قبل المحكمة العليا" **قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، القسم الأول، ملف رقم 1273695، بتاريخ 14-01-2021 (غير منشور).**

ب- مدى كفاية إجراء الخبرة كوسيلة للتحقيق في نزاعات الممرات.

ت- المهام المسندة للخبير في دعاوى فتح الممر.

عند تعيين خبير قضائي يتعين تحديد المهام المسندة إليه تحديدا دقيقا ضمن الحكم القاضي بإجراء الخبرة، وهو التزام يقع على الجهة القضائية طبقا للمادة 128 من ق.إم.إ. غير أن ما يجب التأكيد عليه أنه لا يجوز للجهة القضائية تفويض صلاحياتها للخبير (كسماع الشهود مثلا، أو صلاحية التحقيق لإثبات حق لأحد الخصوم ونزعه لآخر،...)، وإلا كان ذلك سببا لبطلان التقرير من الناحية الموضوعية، بالنظر أن مهمة الخبير هي تقديم رأي تقني وإظهار مسألة فنية فقط دون صلاحية التطرق لمسائل قانونية¹⁵.

¹⁵ - براهيم بلويس، "حجية تقرير الخبرة في حل النزاعات العقارية"، مجلة تشريعات التعمير والبناء، عدد 5، 2018، ص. 160.

يبقى الخبير تابعا لسلطة الجهة القضائية التي عينته، وفقا للمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 95-310 التي تنص: "يؤدي الخبير القضائي مهمته تحت سلطة القاضي الذي عينه وتحت مراقبة النائب العام"¹⁶، وهو ما تؤكدته المادة 84 من ق.إ.م.إ التي تنص: "يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه، للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه"، كما تنص المادة 90 من ق.إ.م.إ على أنه "يجوز للقاضي أن يقوم شخصا بتنفيذ إجراء من إجراءات التحقيق أو يشرف على تنفيذه، ويتم بحضور أمين الضبط الذي يحرر محضرا بذلك، يودع بأمانة الضبط"، لذلك يمكن أن يظل الاتصال قائما بين الخبير والقاضي الذي انتدبه، وهدف بسط رقابة القاضي على عمليات الخبرة هو تحقيق حسن سيرها، وتسوية الاشكالات التي تعترض القيام بها عن طريق اتخاذ التدابير المناسبة، وبالتبعية سلامة الحكم المتبنى لنتائجها¹⁷

الخبرة:

إشكال عملي: في بعض الحالات يستوجب الفصل في النزاع اللجوء إلى إجراء تحقيق (سماع شهود) وكذلك إجراء خبرة، فمن الناحية العملية ما هو الإجراء الأولي بالعمل به هل هو إجراء الخبرة ليكون للقاضي المعطيات الكافية (الرسوم البيانية، والصور الفوتوغرافية، ووصف الأماكن والأوضاع...) حتى يكون التحقيق بسماع الشهود على بينة ولا سيما طرح الأسئلة المناسبة واللازمة، أم يتعين البدء في التحقيق بسماع الشهود حتى يتم الفصل في المسائل القانونية قبل اللجوء إلى انتداب الخبير لتحديد مهامه بدقة؟

هل العقار المملوك للمدعي له ممر يصله بالطريق العام،

وإن كان كذلك تحديد هل الممر كاف أو غير

المقصود بالممر على وجه الإباحة؟

¹⁶ - مرسوم تنفيذي رقم 310-95 مؤرخ في 10 أكتوبر سنة 1995، يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية عمله، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم، ج.رج.ج عدد 60 صادر بتاريخ 15-10-1995.

¹⁷ - لتفاصيل أكثر راجع: فتيحة مسعودان، "الدور الإيجابي للقاضي في الخبرة القضائية"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، العدد 2، 2017، ص 1-20، ص 7.

في النهاية يتعين إبداء التوصيات والاقتراحات التالية:

على المستوى التشريعي: إن الإشكالات العملية المطروحة على ساحة القضاء قد تستدعي تدخلا تشريعا يطل المادة 693 والمادة 696 من القانون المدني.

مالك الأرض المحصورة

مصطلح مالك: ليكون محله الحائز حيازة قانونية (وليس الحيازة العرضية) وذلك للاعتراف بالحماية القانونية لحق المرور لمصلحة الحائز وضماتها.

مصطلح الأرض: الأصل هو العقار، لأن العقار يشمل الأرض المبنية والأرض غير المبنية¹⁸
الطريق العمومي: يقصد بها أيضا المياه.

بخصوص المادة 696: "المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة"، نقترح إلغاء معيار المسافة لتصبح الصياغة على النحو الموالي "...أن يؤخذ حق المرور بين العقار والطريق العام من الجهة الملائمة..." والباقي دون تغيير.

على مستوى الممارسة القضائية:

نرى أنه من الجدير التمسك بالاختصاص القضائي في تحديد الطبيعة القانونية للنزاع هل يتعلق الأمر بحق ارتفاق المرور أو حق المرور، وعدم إسناد ذلك للخبير بحجة الإثبات.

¹⁸ - مصيباح هادية، مرجع سابق، ص. 82.