

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# التعسف في استعمال الحق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون خاص للأعمال

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالب:

\* قماروي عبد السلام

\* بوبريوة حسام

لجنة المناقشة:

- الدكتور بلحيرش حسين، جامعة جيجل..... رئيساً
- الأستاذ قماروي عبد السلام، جامعة جيجل ..... مشرفاً ومقرراً
- الأستاذة بولغيمات سلاف، جامعة جيجل ..... ممتحناً

السنة الجامعية : 2015/2014

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا  
وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ  
اللَّهَ نَعَمًا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا  
بَصِيرًا)

النساء، الآية 58.

## إهداء

إلى أمي وأبي أطال الله في عمرهما  
إلى أختي "مريم" التي لم تبخل بتقديم يد  
المساعدة.

## شكر وعرفان

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

أما بعد:

أتقدم بشكري إلى أساتذة الكلية الذين ساعدوني في إتمام

هذا العمل.

شكري الخاص إلى زملائي الذين ساهموا معي في إعداد هذه

المذكرة.

مقدمة

## مقدمة

من المعروف أن القانون هو مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع، سواء فيما بينهم من جهة أو بينهم وبين الدولة من جهة أخرى، وتنتج هذه العلاقات القانونية حقوقا للبعض تقابلها واجبات تقع على البعض الآخر، ولهذا يمكن القول أن مصدر الحقوق هو القانون وهو الذي يقرر وسائل لحماية هذه الحقوق في حالة ما إذا تم الاعتداء عليها من قبل الغير.

غير أن كلمة الحق بحد ذاتها قد أثارت جدلا فقهيًا بخصوص مفهومها ومدلولها، فنجد المذهب الشخصي ينظر إلى الحق من خلال صاحبه، فيعرفه بأنه القدرة أو السلطة الإرادية التي يمنحها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين، إلا أن هذا الاتجاه ينكر على الأشخاص المعنوية القدرة على اكتساب الحقوق<sup>(1)</sup>.

وأما الاتجاه الموضوعي فهو ينظر إلى الحق من خلال موضوعه والغرض منه، فيعرف الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون"، غير أن هذا الرأي انتقد أيضا، لأنه لم يعرف الحق بل عرفه بالهدف منه<sup>(2)</sup>، في حين نجد الاتجاه المختلط يجمع بين فكرة الإرادة والمصلحة، مع تباين داخل هذا الاتجاه في تغليب أي منهما على الآخر<sup>(3)</sup>.

ويمكن القول بأن الحق هو سلطة يقرها القانون لشخص معين، يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال وتصرفات معينة تحقيقا لمصلحة مشروعة<sup>(1)</sup>.

---

1- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وفضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص11.

2- المرجع نفسه، ص 11.

3- المرجع نفسه، ص 11.

4- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، (نظرية القانون ونظرية الحق)، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 99.

غير أن الشخص أثناء ممارسة الحقوق سواء أكانت حقوق عامة أم حقوقا خاصة، قد يخرج في كثير من الأحيان عن الغرض الذي شرع من أجله الحق، مما يعني احتمال تضرر الغير من جراء هذه الممارسة، الأمر الذي يقضي بوضع إطار ينبغي ألا يخرج صاحب الحق منه أثناء ممارسة حقوقه، ولهذا نجد العديد من الفقهاء قد اجتهدوا في هذا الشأن للبحث عن مدى نسبية الحق، أي البحث عما إذا كان استعمال الحق متروكا لصاحبه يمارسه كيفما شاء، أم أنه مقيد بمجموعة من الضوابط، ثم انتهوا من خلال بحثهم إلى ضرورة تقييد الحق، نظرا لاحتمال تضرر الغير من جراء بعض الممارسات غير المشروعة للحق، وقد تجسد هذا المفهوم في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق والتي سنتطرق إليها بالتفصيل في موضوعنا هذا، بالبحث عن قواعدها وكذا الأسس التي تقوم عليها.

هذا الموضوع يعد من أهم الموضوعات التي تطرق إليها الفقهاء بالدراسة، حيث تتجسد هذه الأهمية فيما يلي:

- يمكن هذا البحث من التعرف على التطور الذي وصلت إليه نظرية التعسف في استعمال الحق منذ ظهورها إلى غاية عصرنا الحالي.
- إن هذا الموضوع قد أثار جدلا فقهيًا واسعًا، خاصة فيما يتعلق بطبيعته القانونية، وبالتالي التعرف على الأساس القانوني لهذه النظرية، وكذا معرفة مجال تطبيقها.
- تمكن دراسة هذا الموضوع من معرفة المعايير التي يُستند إليها لاعتبار الشخص متعسفا في ممارسة حقه.
- البحث عن مدى تجسيد الحماية التشريعية والقضائية من التعسف في استعمال الحق، طالما أن هذا الأخير قد يترتب ضررا للغير.

ولعل أهم الأسباب والدوافع لاختياري لهذا الموضوع تكمن في:

- الميول الذاتي لدراسة موضوع التعسف في استعمال الحق بصفة خاصة والمسؤولية المدنية بصفة عامة.

- حادثة موضوعات التعسف في استعمال الحق.
- إثراء المكتبة بالمراجع خاصة في ظل ندرة المراجع المتخصصة في هذا المجال.
- إن البحث في موضوع التعسف في استعمال الحق لا يخلوا بدوره من الصعوبات، وأبرز هذه الصعوبات تمثل فيما يلي:
- ندرة المراجع المتخصصة في هذا المجال، وإن وجدت فإنها تتحدث بإيجاز بليغ عن هذا الموضوع.
- قلة المراجع التي تتحدث عن موقف المشرع الجزائري من طبيعة التعسف في استعمال الحق خاصة بعد تعديل 2005.

غير أنه توجد بعض الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع ومنها مذكرة ماجستير تناولت دراسة مقارنة بين التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية والقانون، وأخرى تناولت علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية، بالإضافة إلى مذكرة ماستر تناولت التعسف في العدول عن الخطبة وأخرى تناولت التعسف في حق الملكية.

وقد اعتمدنا في معالجة هذا البحث على المنهج التحليلي بصفة رئيسية كونه الأنسب، على اعتبار أننا سنحلل المواد القانونية بالإضافة إلى الآراء الفقهية في هذا المجال، إضافة إلى المنهج التاريخي لأننا سنتتبع تطور نظرية التعسف ابتداء من ظهورها إلى يومنا هذا.

### إشكالية البحث:

إن الهدف من هذا البحث هو الإجابة على الإشكالية التالية:

- ما مدى إمكانية تطبيق فكرة الخطأ على الاستعمال غير المشروع للحق؟



ولأجل الإجابة على هذه الإشكالية فقد ارتأينا أن نقسم هذا الموضوع إلى ما يلي:

الفصل الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق وأساسه القانوني

المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني: الحماية من التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول: الحماية التشريعية من التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني: الحماية القضائية من التعسف في استعمال الحق

الفصل الأول

ماهية التعسف في

استعمال الحق

## الفصل الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق

**تمهيد:** قد يقع الخطأ من الشخص وهو يستعمل حقا من الحقوق المخولة له، وإن كان هذا الأمر قد اثار الكثير من الكلام في ظل القوانين المختلفة، إلا أنه بدأ منذ القديم واستقر في القوانين الحديثة، التي لم تعد تنظر على الحقوق على أنها حقوق مطلقة، بل إن الحقوق مقيدة بالغرض الذي أعد من أجله الحق، وهذا المبدأ يسمى بمبدأ نسبية الحق، الذي يقوم على تحريم التعسف في استعمال الحق، ويكون الشخص الذي يخرق هذا المبدأ عرضة للمساءلة عما يصيب الغير من ضرر، إذ ليس للشخص أن يستعمل حقه بكيفية مطلقة فيجب أن يستعمله في حدود القانون، ويتجنب الإضرار بالغير، وعلى هذا نجد فقهاء القانون قد وضعوا معايير يمكن من خلالها معرفة ما إذا كان الشخص متعسفا في استعمال حقه أم لا، وهذه المعايير قد تبنتها التشريعات المختلفة.

ونحن بصدد البحث عن ماهية التعسف في استعمال الحق، قررنا أن نتطرق إلى البحث في مفهوم هذه النظرية وتطورها (مبحث أول)، ثم البحث عن المعايير التي تقوم عليها (مبحث ثاني).

### المبحث الأول: مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق وتطورها

أثار موضوع التعسف في استعمال الحق جدلا كبيرا بين الفقهاء، حيث تطرقوا إليه في لعديد من أبحاثهم محاولين وضع مفهوم للتعسف في استعمال الحق، وذلك انطلاقا من الجدور التاريخية لهذه الفكرة، إذ أنها ليست بالنظرية الجديدة على الفقهاء كما سنرى، ولهذا سنحاول في هذا المبحث حصر مفهوم للتعسف في استعمال الحق من خلال إجتهدات الفقهاء (مطلب أول)، ثم البحث في التطور التاريخي لهذه النظرية (مطلب ثاني).

---

1 -توفيق حسين فرج وجلال علي العدوي، (النظرية العامة للإلتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،

## المطلب الأول: مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد تعددت المحاولات الفقهية لحصر مفهوم للتعسف في استعمال الحق، إذ أن هذا الأمر ليس بالهين، ولهذا فإن الفقه قد سعى بجدية لوضع موضع مفهوم شامل لنظرية التعسف في استعمال الحق، من خلال محاولة وضع تعريف شامل للتعسف في استعمال الحق (فرع أول) وتمييزه عن المصطلحات المشابهة (فرع ثاني) كما أنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق (فرع ثالث).

### الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

لقد برز العديد من الفقهاء الذين يعرفون التعسف في استعمال الحق كل بحسب نظريته وتوجهه، غير أنه لفهم التعسف في استعمال الحق لابد من التطرق إلى معناه اللغوي (أولاً) ثم إلى معناه الاصطلاحي (ثانياً).

#### أولاً: تعريف التعسف لغة

التعسف في اللغة مأخوذ من عسف، وعسف الركاب عن الطريق أي يخبطنه على غير هداية، وعسف فلانة أي غضبها نفسها<sup>(1)</sup>، وعسف عن الطريق معناه مال وعدل عنها<sup>(2)</sup> وعسف عن الأمر فعله بلا روية ولا تدبر<sup>(3)</sup>، وعسف فلانا أخذه بالعنف والقوة وظلمه<sup>(4)</sup>.

#### ثانياً: تعريف التعسف في استعمال الحق إصطلاحاً

وسنعرض فيما يلي إجتهدات الفقه الإسلامي في تعريف التعسف في استعمال الحق (أ) ثم اجتهدات فقهاء القانون (ب).

1 - أبو القاسم محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص 652.

2 - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005، ص 837.

3 - شوقي ضيف، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 600.

4 - المرجع نفسه، ص 600.

## أ) التعريف الشرعي

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحق على أنه " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"<sup>(1)</sup>، "وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبّب في أمر مَحْظُور، فيُعتبر مُتَعَدِيًا بطريق التسبب؛ لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر أو بالسعي في حصول مفاصد غالبية أو في تحقيق أغراض غير مشروعة أو لعدم الاحتراس، فيكون مسؤولاً عن هذا التقصير وترتب عليه حكم مرتكب المحظور"<sup>(2)</sup>.

## ب) التعريف القانوني:

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري فإننا لا نجد أي نص يعرف التعسف في استعمال الحق، وإنما اقتصر المشرع على ذكر المبدأ العام، والنص على معايير التعسف في استعمال الحق فقط في المادة 124 مكرر من القانون المدني التي أضيفت بموجب القانون 10/05<sup>(3)</sup> المعدل والمتمم للقانون المدني، فاسحا المجال للفقهاء لإبراز محاولاتهم الفقهية في هذا الشأن، كونهم المختصين في ذلك.

وعلى هذا فقد عرفوا التعسف في استعمال الحق على أنه: "استعمال صاحب الحق لسلطته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير"<sup>(3)</sup>، بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته

---

1 - سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الدراسية 2013/2014، ص ، نقلا عن ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتاب العلمية، د.س.ن، ص 310.

2- <http://www.alukah.net/sharia/0/2551/#ixzz3dSLp6Wgn>.

3 -قانون رقم 05-10، مؤرخ في 25 يونيو عام 2005، يعدل ويتمم القانون المدني، ج.ر. عدد 44، مؤرخة في 26 يونيو عام 2005.

4 - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، (النظرية العامة للحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 79-80.

مشروع، ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة، ومثال ذلك المالك الذي يبني جدارا في حدود ملكيته ولكن يرتفع به قصد منع الضوء والهواء عن جاره<sup>(1)</sup>. وهناك من يعرفه على أنه انحراف الحق عن غايته، أي الخروج عن غاية الحق التي شرع من أجلها الحق<sup>(2)</sup>.

والتعسف يعني أيضا "الانحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلية في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، ولكن يتعسف في استعمال هذا الحق"<sup>(3)</sup>. ومهما يكن من اختلاف بين الفقهاء في تعريف التعسف في استعمال الحق، فإن مضمون هذه النظرية هو التزام الشخص بالحدود الموضوعية المرسومة لحقه، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود، ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال فيكون هذا خطأ منه يوجب مساءلته، أي أنه إذا قام صاحب الحق بالانحراف عن الغاية التي أعد لها هذا الحق فإنه يعد متعسفا ومسؤولا عن فعله.

### الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات

إن التعسف في استعمال الحق بالمعنى الذي قدمناه سابقا يختلط ببعض المصطلحات المشابهة له، ومن هذه المصطلحات نجد الخروج عن حدود الحق وكذلك الإساءة وهو ما سنحاول البحث فيه في هذا الفرع.

### أولا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق

إن الرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدرا من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير، وإذا استعمل حقا فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق،

---

1 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967، ص 45.

2 - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: (الواقعة القانونية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 111.

3 - المرجع نفسه، ص 111.

"فإذا انحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي وهو يأتي رخصة، كأن يمشي بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة، أو إذا جاوز الحدود المرسومة للحق الذي يستعمله بأن بنى خارج حدود ملكه كان هذا خطأ يحقق مسؤوليته"<sup>(1)</sup>.

"وقد كان رجال الفقه في القرن الماضي يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق، فيشترطون في إتيان الرخصة أن لا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي، أما الحق فلا يشترطون فيه إلا عدم مجاوزة حدوده، فكان الخطأ في نظرهم هو انحراف عن السلوك في إتيان الرخصة أو مجاوزة للحدود في استعمال الحق، أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق، فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير، ومن ثم كان استعمال الحق مرهوناً بمدى حدوده، فإن جاوزها صاحب الحق كان هذا خروجاً عن الحق، وهو خطأ يحقق مسؤوليته"<sup>(2)</sup>.

"فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التي وضعت له، ومادام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير، ومهما كان مهملاً أو سيء النية، وهذه الصورة هي التي نظر فيها رجال الفقه الحديث، ورأوا خلافاً للفقه في الماضي أن المسؤولية فيها يجب أن تتحقق وأطلقوا عليها إسماً معروفاً وهو التعسف في استعمال الحق، ومن ثم أصبح للخطأ صورتان، الصورة الأولى هي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق، والصورة الثانية هي التعسف في استعمال الحق"<sup>(3)</sup>.

فالتفرقة إذن واضحة بين التعسف في استعمال الحق الخروج عن الحق، وكل منهما يعتبر انحرافاً عن مسلك الشخص المعتاد طبقاً للمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ، ولو أن الفقه المعاصر يجعل كل منهما صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية<sup>(4)</sup>.

---

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 672.

2 - المرجع نفسه، ص 673.

3 - المرجع نفسه، ص 673.

4 - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 110.

"فتجاوز الحدود الشرعية للحق يخرج عن كونه حقا ، ولا يعد ذلك إلا اعتداء واستعمالا لما ليس حقا، أما التعسف في استعمال الحق فإنه لا يخرج عن الحق عن أن يكون حقا"<sup>(1)</sup>.  
كما أن الخروج عن حدود الحق أو التجاوز يكون تعدي الشخص حدود ملكيته إلى حدود غيره ، أما التعسف فليس هناك تعد على حق الغير، ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الإساءة

إن اللفظين هما مترادفان عند ربطهما باستعمال الحق ، لكن كثيرا يستخدم "التعسف" عند الحديث عن الحقوق واستعمالها ، أما مصطلح "الإساءة" فكثيرا ما يستخدمه شراح القانون في المجال الإجرائي ، حيث يقال : "إساءة الحق في التقاضي"<sup>(3)</sup> .

" فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق ، فإن الوضع يتعلق بالوضع الأساسي في المسؤولية التقصيرية، وهو الخطأ ، فمن بنى بناء بطريقة غير سليمة يميل معها البناء إلى الشارع ميلانا يعرض الناس للخطر، يكون بعمله هذا قد أساء استعمال حقه ، فهذه حالة من حالات الخروج عن الحق إي عدم وجود حق أصلا وهو تعدي يوجب المسؤولية التقصيرية، أما التعسف في استعمال الحق ، فإن الحق ثابت لصاحبه ، ولكن استعماله يكون وفقا لمعايير التعسف ، وذلك بقصد الإضرار بالغير، أو أن المصلحة من استعماله غير مشروعة أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة مع الضرر اللاحق بالغير"<sup>(4)</sup>، وهذا الأمر سنتطرق إليه عند حديثنا عن معايير التعسف في استعمال الحق في المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

1 -العربي بلحاج، المرجع السابق، ص111.

2 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 35، نقلا عن: MAZEAUD et TUNE, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 6<sup>eme</sup> édition, France, 1939, p 551.

3 -المرجع نفسه، ص 54.

4 -المرجع نفسه، ص 54، نقلا عن عباس الصراف، المدخل إلى علم القانون، (نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، 2008، ص 720.



## الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق

أثارت الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق جدلا فقهيًا كبيرًا، في ظل غموض موقف جل التشريعات المعاصرة من الأساس القانوني لهذه النظرية، إذ أن تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق، سينعكس على آثار هذه النظرية من الناحية العملية، ولهذا فسننظر إلى الاختلاف الدائر بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق (أولاً) ، ثم إلى موقف المشرع الجزائري (ثانياً).

### أولاً: الاختلاف الدائر بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق

يمكن حصر الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق إلى ثلاثة آراء رئيسية، وهي الإتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق تجاوزا للحق، واتجاه يرى بأن التعسف في استعمال الحق صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية، وعلى نقيض ذلك إتجاه يرى بضرورة المساواة بين التعسف في استعمال الحق والمسؤولية التقصيرية.

### (أ) التعسف في استعمال الحق تجاوزا للحق

وأبرز مناصري هذا الإتجاه الفقيه بلانيول palaniol الذي تزعم الإتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق لا يعدوا أن يكون مجرد تجاوز للحق، وهو بهذا المعنى غير مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية ، وللفقيه بلانيول قول ذائع الصيت في هذا الخصوص ، إذ يقول: ( le droit cesse au l'abus commence )<sup>(1)</sup>.

فقيام التعسف هنا - حسب رأي بلانيول- يتحقق عند مجاوزة الحق ، فالتعسف والحق لفظان متناقضان ، حيث يتهي الحق عندما يبدأ التعسف.

غير أن هذا الرأي لم يلق ترحيبا واسعا من قبل الفقهاء ، وانتقد بشدة لأن هذا الرأي بتوجهه هذا قد أنكر أصلا وجود التعسف في استعمال الحق بعبارة أن التعسف

1- LOIC cadiet et PHILIPPE le tourneau , l'abus de droit, dalloz, avril, 2008, p8.

والحق ضدان لا يجتمعان ، لكن الواقع يثبت عكس ذلك، فالشخص يمكن أن يستعمل حقه بطريقة تجعله يحيد عن الغاية التي شرع من أجلها الحق وبالتالي يعتبر متعسفا.

### ب) التعسف في استعمال الحق صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية

بعد الإنتقادات التي وجهت للرأي السابق الذي يرى أن التعسف في استعمال الحق تجاوزا للحق، برز جانب من الفقه ومنهم الأستاذ علي علي سليمان وكذلك الأستاذ سافينييه من يرون أن التعسف في استعمال الحق يبقى خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، ويرفضون إدراج التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية ، ورفضوا بشدة إرجاع التعسف إلى فكرة الخطأ التقصيري وذلك إنطلاقا من الأسباب التالية:

- برر ذلك الأستاذ علي علي سليمان رأيه من موقف التشريعات من ذلك، على اعتبار

"أن نصوص التعسف في استعمال الحق جاءت منفصلة عن أحكام المسؤولية

التقصيرية في معظم القوانين وهو ما يفسر إرادة المشرع الضمنية في إخراج التعسف في

استعمال الحق عن نطاق المسؤولية التقصيرية، هذا بالاضافة أن فكرة الخطأ كأساس

للمسؤولية التقصيرية قد هوجمت بشدة من مختلف النواحي، وبدأت بالتراجع على حساب

نظرية تحمل التبعة أو نظرية الضمان"<sup>(1)</sup>.

- إضافة إلى أن القوانين العربية قد استمدت فكرة التعسف في استعمال الحق من

الشريعة الاسلامية ، وبالتالي فهي لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل

تنظر إليها نظرة موضوعية"<sup>(2)</sup>.

وهو ما يراه أيضا الفقيه سافينييه ، حيث اعتبر أن التعسف في استعمال الحق يتميز عن

المسؤولية التقصيرية ، وكذلك الفقيه بونكاز ، حيث يريان بأنه لو كانت إساءة استعمال

---

1 - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 224.

2 - المرجع نفسه، ص 255.

الحق من صور المسؤولية التقصيرية لأوردتها القوانين الوضعية مع هذه المسؤولية ولم تفصلها عنها.

وهو ما يراه أيضا الأستاذ حسين كيرة لما اعتبر أن فكرة التعسف في استعمال الحق لا ترتبط أصلا بفكرة الخطأ وبالتالي خروجها عن نطاق المسؤولية التقصيرية لتصبح مبدأ عاما وفكرة ملازمة لفكرة الخطأ ومكملة لها<sup>(1)</sup>.

غير أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به، إذ أن التطبيقات القضائية في مجال التعسف في استعمال الحق، ماهي إلا تطبيق لفكرة الخطأ وبالتالي للمسؤولية التقصيرية، فالقضاة وبغض النظر عن الموقع التشريعي للتعسف في استعمال الحق يعملون نظام المسؤولية التقصيرية على التعسف في استعمال الحق.

وإن كان هذا الإتجاه قد انطلق من وجهة نظر تشريعية تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق، على اعتبار أن التشريعات أدرجتها خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، فإن هذا الأمر لا ينطبق على بعض التشريعات مثل المشرع الجزائري الذي تدارك هذا الأمر في تعديل 2005 وأدرج التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية كما سنراه لاحقا.

### ج) المساواة بين التعسف في استعمال الحق والمسؤولية التقصيرية

على عكس الاتجاهات السابقة، برز العديد من الفقهاء ممن يرون أن التعسف في استعمال الحق والمسؤولية التقصيرية سواء، فالشخص ملزم بالعمل بعناية وبطريقة تجعله يتحاشى بها الأضرار التي قد تصيب الغير، وذلك بحذر وحرص.

"وتجد هذه الفكرة معناها بغض النظر عن كون العمل المكون للخطأ قد جرى بمناسبة استعمال الحق أم لا، فيعد مرتكبا خطأ شبه تقصيري من يستعمل حقه دون قصد الأضرار بالغير ولكن بإهمال وعدم تبصر<sup>(2)</sup>، والخطأ التقصيري كما هو معروف هو انحراف في السلوك، لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت

1 - حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني:(الخطأ)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر،

الأردن، 2006، ص 368.

2 - عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 60.

بمن أحدث الضرر، فالسلوك المألوف هو الذي إعتاده الناس في حياتهم"<sup>(1)</sup>.  
 "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هو نفسه المعيار الذي وضع  
 للخطأ التقصيري، إذ أن التعسف ليس إلا إحدى صورتيه، ففي استعمال الحقوق كما في  
 إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإذا  
 هو انحرف - حتى ولو لم يخرج عن حدود الحق - عدَّ انحرافه خطأ يحقق مسؤوليته"<sup>(2)</sup>.  
 "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية  
 التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق يوجب التعويض، والتعويض هنا يكون  
 كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي الخروج عن الحق أو الخروج عن حدود  
 الرخصة يجوز أن يكون نقدا كما يجوز أن يكون عينا"<sup>(3)</sup>.  
 وأكثر من ذلك، التعسف في استعمال الحق يبقى داخلا في نطاق المسؤولية  
 التقصيرية حتى لو كان متصلا بالتعاقد"<sup>(4)</sup>.

"ومن أجل إعطاء نظرية التعسف في استعمال الحق نوعا من الاستقلالية، إتجه بعض  
 الفقهاء وعلى رأسهم جوسران josserrand إلى اعتبار التعسف خطأ من نوع خاص بالرغم  
 من ميوله إلى الخطأ إلا أنه يستقل عنه لأنه خطأ يرتبط أساسا بالغاية الاجتماعية للحق"<sup>(5)</sup>.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق

بعدما تطرقنا إلى آراء الفقهاء الباحثة في الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق،  
 ورأينا أن أغلب الفقهاء يرون بأن التعسف في استعمال الحق ماهو إلا المسؤولية التقصيرية  
 وهو أحد تطبيقات فكرة الخطأ التقصيري، يبقى أن نعرف موقف المشرع الجزائري من

1 - عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 60.

2 - عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة  
 السابعة، منشأة المعارف، مصر د.س.ن، ص.143

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،  
 ص 702.

4 - فالمؤجر الذي يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تتحقق مسؤوليته التقصيرية، ويكون كذلك مسؤولا  
 مسؤولية تقصيرية من تعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه، كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما،  
 وعقد الوكالة؛ المرجع نفسه، ص 703.

5 - عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 61، نقلا عن LOUIS jasserand, essai de téléologie juridique, l'esprit des droit et de leur relativité, théorie de l'abus de droit, librairie dalloz, paris, 1929, p 368.

الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق، ولكن لدراسة ذلك ينبغي التطرق إلى مرحلتين رئيسيتين مرت بها نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مرحلة ما قبل التعديل ومرحلة ما بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05<sup>(1)</sup> المؤرخ في 20 جوان 2005 السالف الذكر.

### أ) نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني في 2005

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 كان المشرع الجزائري ينص على التعسف في استعمال الحق في نص المادة 41 من القانون المدني وذلك على النحو الآتي:

" يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"<sup>(2)</sup>.

إن أبرز ما يمكن ملاحظته على هذه المادة ما يلي:

- من حيث موقع المادة: يلاحظ أن المشرع الجزائري كان يحشر التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام الأهلية الواردة من المادة 40 إلى المادة 45 من القانون المدني، وهو مكان غير مناسب بتاتا لهذه النظرية.

- كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري من حيث موضع النص، أين وضعته هذه القوانين ضمن الباب التمهيدي من القانون المدني<sup>3</sup>.

---

1 - قانون رقم 10-05، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005، يعدل ويتم الأمر-75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر عام 1975 م، يتضمن القانون المدني.

2 - المادة 41 من الأمر 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر عام 1975 م، يتضمن القانون المدني.

3 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 60، نقلا عن العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 04، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، 1999، ص 690.

- من حيث صياغة المادة: "خالف المشرع الجزائري نظيره المصري رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامها ، إذ أنه لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، فنظرية التعسف في استعمال الحق استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة ، لذا وجب ذكر القاعدة العامة"<sup>(1)</sup>.

إنه وباستقراء نص المادة 41 من القانون المدني نلاحظ أن المشرع الجزائري كان يورد حالات التعسف في استعمال الحق على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وهذا الأمر له أثر من الناحية العملية على اعتبار أنه تقييد لسلطة القاضي في استخراج المزيد من حالات التعسف في استعمال الحق غير تلك الواردة في هذه المادة.

ومن جهة أخرى فإن العبارات الواردة في النص تكاد تتطابق مع عبارات نصوص مواد التقنيات العربية مع اختلاف يسير ، وهو استبدال كلمة " فائدة" بكلمة " مصلحة" حيث ومن المعروف أن المصطلح الأول أدق من المصطلح الثاني ، خاصة في استعمال الحقوق ، إذ أن الحق ينقرر لتحقيق مصلحة معينة<sup>(2)</sup> .

### ب ) نظرية التعسف في استعمال الحق بعد تعديل القانون المدني في 2005

أحدث المشرع الجزائري في 2005 ثورة من التغييرات التي طرأت على مختلف القوانين ومنها القانون المدني، ومن بين هذه التغييرات أنه قام بإلغاء المادة 41 من القانون المدني والإستعاضة عنها بالمادة 124 مكرر التي أصبحت تنص على ما يلي:

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

1 - سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص 60.

2 - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الثاني: (مصادر الإلتزام)، دار الكتاب الحديث

الجزائر، 2003، ص 64.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وأبرز ما يمكن ملاحظته على هذه المادة ما يلي:

- من حيث موقع المادة: إنه بالنظر إلى الموقع الذي اختاره المشرع لنظرية التعسف في استعمال الحق وهو المادة 124 مكرر، لم يعد هناك أي شك في انطباق هذه المادة على الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية، خاصة إذا علمنا أن المشرع قد أعاد صياغة نص المادة 124 ذاتها وأدخل فيها عبارة "الشخص" بدلا من عبارة " المرء " وذلك للتدليل على إمكانية مساءلة الشخص الطبيعي والاعتباري على حد سواء<sup>(1)</sup>.

- كما أن المادة التي تشير إلى التعسف في استعمال الحق لم تعد محشورة بين مادتين لا تربطهما بها أية علاقة، بل أن المشرع قد أعاد التسلسل المنطقي للنصوص المتعلقة بالأهلية من المادة 40 إلى المادة 44، وأنه قد نجح فعلا في اختيار المكان المناسب للنظرية، ألا وهو الفصل الثالث المعنون بالفعل المستحق للتعويض، من الباب الأول من الكتاب الثاني، هذا لأن التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر ويولد التزاما بالتعويض<sup>(2)</sup>.

- من حيث صياغة المادة: يلاحظ على هذه المادة بخصوص معايير التعسف في استعمال الحق أنها لم تعد واردة على سبيل الحصر كما كان عليه الأمر في السابق، فالمشرع أدرج عبارة "لاسيما" التي تدل على أن حالات التعسف واردة على سبيل المثال، وبالتالي يفسح المجال للقاضي لإستنباط المزيد من حالات التعسف.

كما أن المشرع قد حسم جدلا فقهيًا حول الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق بنصه

1 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 62.

2 - سوبكر مصطفى، أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، الجزائر، السنة الدراسية 2011-2012، ص 83.

صراحة على أن الاستعمال التعسفي للحق خطأ ، وألحقه بنظام المسؤولية التقصيرية سواء من حيث الإثبات أو التعويض أو التقادم.

- "أن المشرع الجزائري في تعديله الجديد تكلم فقط عن طبيعة التعسف ولم يعالج التعسف في حد ذاته<sup>1</sup> ."

- هذا بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يتجاوز الانتقادات الموجهة إلى الألفاظ المستعملة مثل مصطلح "فائدة" ، حيث كان لابد من استنباله بمصطلح " مصلحة" كونه أدق وأشمل كما أوضحناه سابقا.

### **المطلب الثاني: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق**

ليست نظرية التعسف في استعمال الحق بالنظرية الحديثة أو المبتدعة بل إن هذه النظرية تجد جذورها في القانون الروماني القديم التي طبقتها في بعض المجالات كما سنرى، ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق أعمال الترجمة التي تمت في ذلك العصر على يد بعض الفقهاء ثم اختفت هذه النظرية ربحا من الزمن لتعاود الظهور من جديد، لكنها لم تسلم من الإنتقادات ، سواء من قبل الفقهاء الغربيين أو من قبل الفقهاء العرب، بل وحتى من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية كما سنرى.

ولهذا سننتبع تطور نظرية التعسف في استعمال الحق بداية من القانون الروماني القديم (فرع أول) ثم في الشريعة الإسلامية (فرع ثاني)، وصولا إلى القانون الفرنسي (فرع ثالث).

#### **الفرع الأول : نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني القديم**

لقد عرف القانون الروماني نظرية التعسف في استعمال الحق ، وبشبه ذلك ما أورده فقهاء القانون من تطبيقات مختلفة لها .

---

1 -سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص 66.



لكن في الواقع أننا لا نستطيع أن نخرج من دراسة القانون الروماني بفكرة واضحة عن موقفه من نظرية التعسف في استعمال الحق لما ينطوي عليه هذا القانون من نصوص مبعثرة هنا وهناك، بل ومن نصوص متضاربة في بعض الحالات ، وكل ما نستطيع تأكيده هنا هو أننا قد نجد في بعض نصوص هذا القانون جذورا لهذه النظرية ، وخاصة في صورتها البدائية الضيقة التي تتمثل في تعمد إلحاق الضرر بالغير، بينما نجد الفقيه الروماني البيان يقول: " من استعمل حقه لم يضر أحدا"<sup>1</sup>.

ويقر الفقيه "البيان" من جهة أخرى أنه من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع عروق الشجرة التابعة لجاره ، لا يكون مسؤولا عن تعويض الضرر ، ولكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار<sup>2</sup>.

ونجد من بين القواعد التي أقرها الرومان قاعدة تنص على أنه " ما ظلمك آخذ بحقه" أو " الجواز الشرعي ينافي الضمان" وأخرى تنص على أنه " من الظلم على أن لا يكون للأحرار التصرف المطلق في أمواهم"، وأخرى تنص على أن " كل امرئ فيما ملك سيد متحكماً" ، وأنه يشترط لضمان تبعة الفعل ألا يكون للفاعل حق شرعي فيه<sup>3</sup>.

فبينما نجدهم ينصون على القواعد السالفة التي توجي إلينا بأنهم لا يقرون بفكرة التعسف في استعمال الحق ، نجدهم من جهة أخرى يقرون بأن " منتهى الحق منتهى الظلم".

"ونجد في مدونة جوستينيان أن من حفر في ملكه وجذب بذلك الماء من جاره لا يضمن، على شرط أن يفعل ذلك بغية تحسين أرضه ، أما إذا فعله بنية الإضرار بالجار يكون مسؤولا ، وكذلك كان يحق لملتزمي الضرائب أخذ رهائن من الممولين الخاضعين لها، فإذا

---

1 حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص388.

2 عبد الرزاق السنهوري، مرجع السابق، ص696.

3 حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص389.

ما حبسوا هذه الرهائن ومنعوا مالكما من إطعامها حتى تموت ، تعرضوا للعقاب بسبب  
تعسفهم في استعمال حقهم"<sup>1</sup>.

"ثم ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق بشكل أوضح فيها بعد، حيث طبقوا نظرية  
التعسف في المجال التعاقدى عن طريق غل يد المدين عن التصرف في أمواله إضراراً  
بدائنيه، إذا كان تصرفه هذا من شأنه أن يجعله معسراً أو يزيد في إعساره، وهو ما يسمى  
بالدعوى البوليصية، كما طبق الرومان هذه النظرية أيضاً في مجال حق الملكية وعلاقات  
الجوار ، وقالوا بأنه إذا بنى شخص من ملك غيره بحسن نية البناء إلى مالك الأرض على  
أن يعوض الباني عما أنفق، فإذا لم يكن لمالك الأرض طاقة على دفع التعويض كان للباني  
حق نزع ما بناه ، على ألا يمس بسلامة ملك صاحب الأرض، ولكنه يمنع من استعمال هذا  
الحق إذا كان نزع هذه المنشآت التي أقامها على أرض الغير لا يعود عليه بأية فائدة ، ولم  
يقصد سوى الكيد والإضرار، وذلك على أن يدفع له مالك الأرض قيمة هذه المنشآت مستحقة  
القلع"<sup>2</sup>.

"كما قرروا أن الجار ملزم بدفع مضايقات الجوار التي تترتب على الاستعمال الطبيعي  
العادي ، أما إذا أقام أحدهم في ملكه منشآت تبعث الدخان الكثيف فوق ملك جيرانه، لا  
لغرض سوى مضايقة هؤلاء الجيران ، فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك"<sup>(2)</sup>.

"بالإضافة إلى تقييد حق رب الأسرة في حرمان بعض ورثته من الميراث بالرغم من  
اعتراف القانون له بهذا الحق، وانتهى الأمر بأن حضرت قوانين جستينيان الأسباب المبررة  
للحرمان من الميراث"<sup>3</sup>.

وكذلك في حق المرافعة أمام القضاء ، فكان البيطور يصدر أمره إلى القاضي ليراعي  
عند تطبيق القانون ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه قواعد الأخلاق وما جرى به عرف

---

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق ، ص 389 ، نقلا عن مدونة جستينيان، ترجمة عبد العزيز فهمي باشا، دار الكتاب  
المصري، مصر، 1947، مصر، ص 38.

2 - المرجع نفسه، ص 389.

3 - المرجع نفسه، ص 389.

التجارة، ثم جرى العمل على تحليف الخصوم عند التجائهم إلى القضاء على حسن نيتهم، أي على أن دعواهم ليست كيدية ، فإذا ثبت سوء نية أحدهم تفرض عليه عقوبة مالية<sup>(1)</sup>.

ويخلص مما تقدم أن ما ورد في القانون الروماني من تطبيقات لهذه الفكرة، لا تعدوا أن تكون مجرد أعمال لقواعد العدالة والأخلاق، ولا يمكن القول أن الرومان عرفوا فكرة التعسف في استعمال الحق كنظرية تقوم على أسس ومعايير قانونية<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

لقد كان الفقه الإسلامي أكثر توسعا من القانون الروماني القديم في معالجة نظرية التعسف في استعمال الحق، فالشريعة الإسلامية تأمر بالرفق والعدل والإحسان ، إذ لا يجوز للإنسان أن يستعمل الحق الذي أتبته الشارع على وجه غير مشروع ، فالشارع أباح لمالك الأرض أن يتصرف فيها بالبناء والزراعة وغيرها، لكن ليس له أن يقيم حائطا يسد به نوافذ جاره ويحجب الضوء عنه، ولللإنسان حرية الشراء ولكن ليس له أن يجمع ما يحتاجه الناس ويحتكره لأنه يضر بهم ، ولسائق السيارة أن يسير في الطريق، لكن ليس له الحق في أن يفرط في السرعة بحيث يكون مصدر ضرر للمارة<sup>(3)</sup>.

"إن إساءة استعمال الحق نظرية أقرها جمهور فقهاء المسلمين وتولو صياغتها على نحو من الدقة والشمول تفوق ما فعله فقهاء القانون واعتمدوا في تقريرها على روح الشريعة الإسلامية"<sup>(4)</sup>، حيث اعتبرت هذه الأخيرة الحق منحة من الله تعالى ، إذ الفرد لم يستحق هذا الحق بحكم الأصل، وهذا مبدأ له خطره من حيث تقييد الحق ، "إذ يترتب على هذا النظر أن الشريعة الإسلامية هي أساس الحق ، وليس الحق هو أساس الشريعة الإسلامية ،

---

1 - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ، الجزء الثالث، دار الكتب القانونية، مصر، 1998 ، ص 122.

2 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 390 .

3 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 696.

4 - مالك جابر حميد الخزاعي، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيري يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، مجلة جامعة بابل، عدد 17، كلية الحقوق، جامعة القادسية، 2009، ص 297.

أي أن الحق الفردي ليس صفة طبيعية جاءت الشريعة لتقريره وبناء الأحكام عليه ، كما هو الشأن في القوانين ذات النزعة الفردية ، بل الشريعة هي التي أنشأت الحق كما شرعت المصالح التي قررت هذه الحقوق لتحقيقها" (1).

"فالحق في الشريعة الإسلامية مجرد وسيلة لتحقيق غاية (2) وليس غاية في حد ذاته ، وهي الحكمة أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق ، فاستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف" (3).

"وإذا كانت الشريعة الإسلامية هي أساس الحق ، فالأصل في الحق التقييد ، لأنه مقيد ابتداء بما قيدت به الشريعة ، وعلى هذا فليس الأصل فيه الإطلاق بل التقييد، ووسائل التقييد في الشرع منها النصوص الخاصة ، ومنها القواعد العامة ومنها مقاصد الشريعة" (4).  
"وقد ازدهرت هذه النظرية على أيدي فلاسفة الشرع الإسلامي، كالغزالي وابن القيم الجوزية، الذين انتهوا إلى وجوب تقييد الحقوق واستعمالها حسب الغرض الاجتماعي والاقتصادي منها" (5) ، وأنه يعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله الإضرار بالغير ، ومن هذا المنطلق كان استعمال الحق بما يخالف الغرض الاجتماعي معاقب عليه في الشريعة الإسلامية وهذا الجزاء قد يكون جزاء دنيوبيا، يوقعه الحكام، ويكون أيضا جزاء أخرويا، وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، غير أن هذا الجزاء يوقعه الله سبحانه وتعالى بعدله وإنصافه.

---

1 -فتحى الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ص22.

2 -حيث يكون من الطبيعي وجوب التزام الإستعمال الواقعي للحقوق حدود غايتها، وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق كالإستعمال الأخلاقي للحق ؛ عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الأول، (القانون وتطبيقاته)، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص209.

3 -فتحى الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص22.

4 -المرجع نفسه، ص 23.

5 -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 113.

ولقد وردت أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية تنص على الاستعمال التعسفي للحق في شتى المجالات (1).

فمن القرآن الكريم ورد قوله تعالى: ( وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّخِذُوا<sup>2</sup>

يعني - والله أعلم - إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فقاربن انقضاء عدتهن فأمسكوهن بالرجعة، بما هو متعارف في الشرع من حسن العشرة، أو اتركوهن حتى تنقضي عدتهن، ولا تُرَاجِعُوهُنَّ مُضَارِّينَ لَهُنَّ بِهَذِهِ الرِّجْعَةِ، فيتحقق بذلك عدوانكم عليهن .

"وجه دلالة الآية أن الإمساك حق للزوج، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة، ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع، وهو استعماله على وجه المضارة على النحو الذي فعله ثابت بن يسار، وهذا بعينه هو إساءة استعمال الحق؛ لأنه استِعمالُ حقِّ الإمساك على وجهٍ غيرِ مشروع"<sup>(3)</sup>.

وقوله تعالى: ( مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ )<sup>(4)</sup>. وجه الدلالة أن الوصية حق للمورث، وله استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بر بالورثة، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع بأن يكون إضرارًا بالورثة؛ كأن يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة، فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق<sup>(5)</sup>.

---

1 - ذلك أن الفقه الإسلامي لا يفرق في مجال تطبيق نظرية التعسف بين جميع الحقوق، فالأدلة التي تمنع المضارة والإنحراف في الإستعمال وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة، حتى الأكل والشرب والجلوس في الطرقات، ويكون كذلك في استعمال الحقوق العامة التي اصطلح على تسميتها الرخص العامة، فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه الخاص، وهو ماكان صاحبه مختصا به يرد كذلك على الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التقاضي وحرية التجارة وحرية الاجتماع والمنافسة والتنقل وما إلى ذلك؛ فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص24.

2 - سورة البقرة، الآية 231.

3- <http://www.alukah.net/sharia/0/2551/>

4 - سورة النساء، الآية 12.

5- <http://www.alukah.net/sharia/0/2551/>

أما من السنة النبوية الشريفة فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قوله ( لا ضرر ولا ضرار)<sup>1</sup>

"وهذا الحديث يعتبر قاعدة عامة تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، حيث ينهى الحديث عن الحاق الضرر بالغير في أي صورة من الصور وفي جميع الأحوال ويدخل فيها صور وأحوال استعمال الحقوق وممارستها"<sup>2</sup>.

إنه ورغم كل هذه الأدلة القاطعة ، إلا أن نظرية التعسف في استعمال الحق لم تسلم من الإنتقاد من قبل بعض فقهاء الشريعة ، وعلى رأسهم ابن حزم الظاهري الذي يمثل المذهب الظاهري ، حيث يقول أبو حزم: " إن لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ أو نافذ ، ويقال لجاره ابن في ملكك ما تستر به على نفسك"<sup>3</sup> إلا أنه يمنع من الإطلاع فقط، وهو قول ابن حنيفة والشافعي<sup>(4)</sup>. إنه من الواضح أن هذا الرأي ينكر نظرية التعسف في استعمال الحق ولا يقر بها ، إذ يعتبر أن الحقوق مطلقة وليست مقيدة، مع أن الأصل في الحقوق في الشريعة الإسلامية التقييد لا الإطلاق كما رأينا سابقا.

"إنه وبصرف النظر عن هذا النظر الظاهري الضيق"<sup>(5)</sup> ، نستطيع أن نقر أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة يفرض نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث تتسع هذه

---

1 -أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، الأربعين النووية، الطبعة الرابعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر 2007، ص 24.

2 -محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص183.

3 -حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول: (مصادر الإلتزام )، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، د.س.ن، ص 306.

4 حسن علي الذنون، مرجع السابق، ص 406.

5 يقابلها مدرسة الشرح على المتون في القانون الوضعي ، وسميت بالشرح على المتون لأنها تقوم بشرح النصوص القانونية متن بمتن متقيدة فقط بظواهر النص دون تفسيره.

النظرية لتشمل كافة الحقوق والرخص بصفة عامة ، وبالتالي يكون مجال تطبيقها أوسع من مجال تطبيقها في القانون الوضعي.

### الفرع الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي

لم يكن القانون الفرنسي في منأى عن نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد عرف هذه الأخيرة وطبقها القضاء الفرنسي في العديد من المجالات، غير أن هذه النظرية لم تظهر معالمها بوضوح في البداية، ويرعن ما اختفت ثم عاودت الظهور من جديد على يد العديد من الفقهاء الكبار.

ولهذا نتطرق إلى وضع هذه النظرية في القانون الفرنسي القديم (أولاً)، ثم حال النظرية عقب الثورة الفرنسية (ثانياً)، ثم بعدها في العصر الحاضر (ثالثاً).

#### أولاً: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم

إنقلت نظرية التعسف في استعمال الحق من القانون الروماني القديم مباشرة إلى القانون الفرنسي القديم وذلك عن طريق إحياء دراسات القانون الروماني وأعمال الترجمة التي قام بها العديد من المفكرين والباحثين في ذلك العصر، غير أن مجال تطبيق هذه النظرية في هذا العهد لم يختلف عن سابقه في العصر الروماني، إذ لم يقتصر مجال تطبيقها إلا على علاقات الجوار فقط، وبالتالي النظرة القاصرة لنظرية التعسف في استعمال الحق، عكس ما هو معمول به لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

فقد ذهب فقهاء القانون الفرنسي القديم إلى أنه "إذا كان للمالك أن يقيم على أرضه من الأبنية والمنشآت ما شاء ، فإن ذلك مشروط بأن لا يكون البلعث له على ذلك مجرد الإضرار بالغير، وإنما يشترط للمالك أن تكون له فائدة حقيقية من وراء إقامته هذه الأبنية أو المنشآت، إذ ليس لأحد أن يعمل في ملكه ما لا نفع له فيه وما ينطوي في الوقت نفسه على الإضرار بالآخرين"<sup>(1)</sup>.

1 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص390.

"وفي هذا الصدد كان الفقيه دوما domat لا يأخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق إلا بتوافر شرطين: أولهما أن يكون الاستعمال بقصد الإضرار بالغير، وثانيهما أن لا يكون لصاحب الحق مصلحة من وراء هذا الاستعمال"<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا الأساس كان يرفض الحكم بالتعويض على المالك إذا تعسف في استعمال حقه فقطع المجاري الجوفية التي تغذي نبع جاره مادامت له مصلحة في هذا الاستعمال منفعة ظاهرة<sup>(2)</sup>.

"وقد صدرت عدة قوانين برلمانية تقضي بأنه لا يجوز للإنسان وهو يمارس عمله أو يستعمل حقه ، أن يعطل أعمال الجيران أو يجعل سكناهم غير محتملة ، وعلى هذا الأساس فإن من يشتغل في تربية المواشي أو الدجاج أو نحوهما ، يلتزم بإزالة ما تخلف عنها من أضرار ، بحيث يمنع أذى رائحتها عن الجيران"<sup>(3)</sup>.

واضح مما سبق أن القانون الفرنسي القديم لم يعرف نظرية عامة لفكرة التعسف ، وقصر مجال تطبيقها على علاقات الجوار فقط دون امتدادها إلى سائر الحقوق الأخرى ، إذن فهو مجرد اقتباس من القانون الروماني القديم الذي لم يكن يوسع من مجال تطبيقها كما رأينا سابقا .

### ثانيا : نظرية التعسف في استعمال الحق عقب الثورة الفرنسية

كان العهد بعد الثورة الفرنسية التي حدثت سنة 1789م عهد مشبع بالروح الفردية، وكان الفقهاء في هذا العصر المنتشبعون بهذه الروح ينظرون إلى الحقوق على أنها حقوقا مطلقة وليست مقدية، وبالتالي فلا مجال لتقييد حرية الإنسان في ممارسة حقه، وإنما يفسح

---

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 390

2 - المرجع نفسه، ص 391.

3 - المرجع نفسه، ص 391.



له المجال في ممارسة حقه كيفما شاء ، فانكصت النظرية في ذلك الوقت وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء (1).

وهذا الأمر راجع إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني وحتى في القانون الفرنسي القديم لم يتم صياغتها فقهيا بشكل كامل وتحديد مبادئها والأسس التي تقوم عليها هذه النظرية (2)، إلا أن الأمر لم يدم هكذا، فقد برز العديد من الفقهاء في العصر الحاضر، تكفلوا بهذا الأمر كما سنرى.

### ثالثا: نظرية التعسف في استعمال الحق في العصر الحاضر

لقد قلنا أن نظرية التعسف في استعمال الحق قد تراجعت تحت تأثير المبادئ الفردية التي عقد لها النظر في أعقاب الثورة الفرنسية ، بيد أن هذه النظرية قد عادت للظهور من جديد في ظل تطور الفقه الاشتراكي الذي جعل من وظيفة القانون هي المحافظة على كيان المجتمع وتحقيق المصلحة الاجتماعية (3).

"وقد انبرى للدفاع عن نظرية التعسف في استعمال الحق كل من سالي saleilles وجوسران josserand وغيرهما ، فتصدى سالي لنظرية التعسف في استعمال الحق في كتابه الذي قدم به مشروع القانون المدني الألماني إلى الفرنسيين ، ثم دافع عن هذه النظرية في مقال له نشر في سنة 1905 بمجلة بمجلة القضاء والتشريع ، كما دافع عن هذه النظرية أيضا الفقيه جوسران في كتابه الذي وضعه سنة 1905 عن التعسف في استعمال الحقوق (de l'abus des droits) ، ثم استمر في الدفع عنها في كتابه الذي أصدره سنة 1927 تحت عنوان : روح القوانين ونسبيتها (de l'esprit des droit et de leur relativité, théorie dit de l'abus de droit) ، ثم في كتابه شرح القانون المدني الجزء الثاني، ودافع عنها الكثير من الفقهاء مثل شارمون جون charmont ( geng ) وغيره" (4).

1 -عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص697.

2 -المرجع نفسه، ص 697.

3 -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص116.

4 -علي علي سليمان، مرجع سابق، ص213.

وقد طبق القاضء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر فكرة تفر بالتعسف في استعمال الحق ، فهذه محكمة إستئناف كولمار (colmar) في حكمها الصادر في 2 ماي 1855، وقد أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة ، غرضه الوحيد من إقامتها أن يحجب النور عن جاره<sup>(1)</sup>.

وفي سنة 1871 قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي " حتى يكون الثمن محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ، والقانون لا يعتبر الشخص مخطئا إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك"<sup>(2)</sup>.

لم تقتصر فكرة التعسف في استعمال الحق - وبعكس ما كان معمولا به في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديمين - على علاقات الجوار فقط بل امتدت لتشمل كافة الحقوق والرخص.

وفي هذا الصدد ، يذهب الأستاذ جوسران إلى أن فكرة التعسف في استعمال الحق من السعة بحيث تشمل كلا من الحقوق والرخص على حد سواء<sup>3</sup>.

---

1 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 697.

2 - المرجع نفسه، ص 697.

3 - غير أن الأستاذ روبيه roubiees يرى أن فكرة التعسف في استعمال الحق لا تشمل غير الحقوق فقط بمعناها القانوني الضيق، وبعبارة أخرى يرى أنها تقتصر على تلك الحقوق التي اكتملت عناصرها ودخلت في مرحلة ترتب أحكامها، والسبب في ذلك هو أن هذه النظرية تفترض أننا في مواجهة حق قائم بالفعل نريد تنظيم استعماله أو حصر نطاق هذا الاستعمال ، والحق الذي لم تكتمل عناصر نشوئه بعد لا يعتبر تحققا بالمعنى القانوني الدقيق، واستنادا إلى هذا يستبعد روبيه من نطاق تطبيق فكرة التعسف في استعمال الحق تلك الحقوق العامة التي تعرف بالحريات، كما يستبعد من نطاق تطبيقها الرخص القانونية التي يخير فيها الإنسان بين خلق مركز قانوني معين وبين استبعاده والحيلولة دون خلقه؛ حسن علي الذنون ، مرجع سابق، ص 392.

"ذلك إن القانون ليس قواعد اجتماعية ملزمة ، فكل ما يتفرع عنه أو يتصل به يتسم بهذا الطابع الإجتماعي"<sup>(1)</sup>.

إنه ليس معنى ما تقدم أن نظرية التعسف في استعمال الحق قد أصبحت نظرية أو فكرة أخذ بها كل من الفقه والقضاء في فرنسا ، أو أنها قضية مسلم بها، فلم تسلم هذه النظرية من الإنتقادات على يد العديد من الفقهاء.

فقد انبرى لنقد نظرية التعسف في استعمال الحق وتفنيدها كل من " بوردي لانتيزي " وهو أول من تجرد لانتقاد النظرية ، وكذلك الفقيه " بلانيول " زعيم منتقدي نظرية التعسف في استعمال الحق.

يقول " بلانيول " : "إن الكتاب يعرف من عنوانه ، وأن عدم صحة الفكرة المتقدمة ظاهر من عنوانها ، فالحق والتعسف ضدان لا يجتمعان ، فمتى وجد الحق انقضى التعسف، ومتى وجد التعسف فقد زال الحق<sup>2</sup> ، ويقول أنه لما كان الخطأ عملاً منافياً للقانون فإن معنى ذلك أنه إذا أبح لي القانون القيام بعمل من الأعمال فإني لا أكون مخطئاً ، وعلى هذا فإني لا أكون مسؤولاً تجاه الغي عن أي ضرر مهما كانت جسامته إذا ما نشأ عن هذا العمل أو الإمتناع الذي أباحه لي القانون"<sup>3</sup>.

غير أن ما ذهب إليه الأستاذ بلانيول قد انتقد من قبل العديد من الفقهاء المدافعين عن نظرية التعسف في استعمال الحق، صحيح أنه لا يجوز أن يكون العمل الواحد متفقاً ومخالفاً

---

1 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 799، نقلا عن LOUIS josserand, op.cit,p292.

2 - حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، مرجع سابق، ص 307 ، نقلا عن بلانيول، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ص 871.

3 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 395.

له لعدم جواز اجتماع صفتين متعارضتين في العمل الواحد ، لكن يصح أن يكون العمل الواحد متقفاً مع الحدود التي رسمها القانون، ويكون في الوقت نفسه مخالفاً للقانون ، " لأن فكرة التعسف تفترض فعلاً لا يخرج عن حدود الحق فيكون مشروعاً في ذاته ، ولكن مع ذلك يعتبر غير مشروع لانحراف غرضه ، فالمالك الذي يبني في حدود ملكه جداراً يرتفع إلى علو كبير فيمنع الضوء والهواء عن جاره ولا تكون له فائدة جدية من إقامته لهذا الجدار لا يخرج عن حدود حقه، لأنه بنى الجدار داخل ملكه ، ومنه يعتبر متعسفاً في هذا الحق لانحرافه عن الغرض الذي من أجله منحه القانون أياه"<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق

بعد حديثنا عن طبيعة التعسف في استعمال الحق وكذا تطور هذه النظرية، وإقرارنا بأن التعسف في استعمال الحق ماهو إلا المسؤولية التقصيرية ، وأن الأساس الذي وضع للمسؤولية التقصيرية هو نفسه الأساس الذي وضع للتعسف في استعمال الحق، وحكم التعسف في استعمال الحق هو نفسه حكم الخطأ في المسؤولية التقصيرية، يوجب التعويض والمساءلة ، يبقى أن نعرف متى يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه، بمعنى ماهي حالات التعسف في استعمال الحق؟.

لأجل هذا فقد إجتهد الكثير من الفقهاء في هذا المجال للبحث عن معيار من خلاله يمكن تحديد ما إذا كان التصرف يحمل في طياته التعسف أم لا ، ولكن هؤلاء الفقهاء -فيما يبدو- لم يجمعوا على معيار واحد للتعسف وهذا راجع إلى اختلاف المذاهب الفقهية التي ينتمون إليها (مطلب أول) ، وقد كرست بعض هذه المعايير في العديد من النصوص التشريعية للدول على غرار المشرع الجزائري (مطلب ثاني).

---

1 -حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 396.

## المطلب الأول: المعايير الفقهية للتعسف في استعمال الحق

لقد عمل الفقه جاهدا -كما سبق القول- لإيجاد معايير يمكن من خلالها التعرف على التعسف في استعمال الحق، ومن خلال بحثهم لمسنا مدى تأثير هؤلاء الفقهاء بالمذاهب التي ينتمون إليها ، فمنهم من ركز على المعيار الشخصي، أي النظر إلى نوايا التصرفات، ومنهم من ركز على المعيار المادي، أي النظر إلى نتيجة التصرف ، ونجد ان المستقرئ لنظرياتهم في هذا الشأن يلمس أثر الصراع القائم بين المذاهب الفردية والمذاهب الاشتراكية في نظرتهم للحق.

وسنعرض فيما يلي كل من المعيار الشخصي للتعسف في استعمال الحق (فرع أول)، والمعيار المادي (فرع ثاني).

### الفرع الأول: المعيار الشخصي

يعتبر المعيار الشخصي أقدم معيار وضع للتعسف في استعمال الحق، أو كما يعرف أيضا بالمعيار الذاتي، وعرفته الشرائع القديمة ، لذا فهو يمثل التعسف في صورته البدائية. وسنتطرق في هذا الفرع إلى مضمون هذا المعيار (أولا) ، ثم إلى تقييم هذا المعيار (ثانيا).

### أولا: مضمون المعيار الشخصي

"يقوم هذا المعيار على نية الإضرار بالغير أو قصد الإضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق، وعلى هذا فلاعبرة بالأضرار اللاحقة بالغير من جراء استعمال الحق إذا لم تكن مقصودة"<sup>1</sup>.

---

1 -فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص318.

"معييار التعسف هنا قوامه وجود قرينة الإضرار، لدى صاحب الحق ، حيث يكون قصد الإضرار، وهو العامل الأساسي الذي دفع صاحب الحق إلى استخدام السلطات التي يتضمنها فيعتبر صاحب الحق متعسفا ولو نتج عن هذا الاستعمال منفعة غير مقصودة، ولكن ثانوية" (1).

ومثال ذلك المالك الذي يبني جدارا مرتفعا أو يزرع أشجارا كثيفة ، متعسفا في استعمال حقه، حتى لو زادت منفعة الأرض ، بل حتى ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ما دام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار ، ومادام ان الأصل في الإنسان حسن النية، وأن يستعمل حقه بطريقة شرعية فيجب إثبات أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الإضرار بالغير وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بكل الطرق (2).

"واستعمال التعسف لمجرد الإضرار بالغير هو أظهر حالات التعسف وأكثرها بساطة وأدعاها إلى القبول، لهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع القديمة لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم للنكاية بالآخرين والإضرار بهم" (3).

والجدير بالذكر أن التعسف في استعمال الحق وفقا لهذا المعيار يتحقق حتى لو عاد استعمال الحق بمنفعة على صاحبه إذا كانت هذه المنفعة عارضة غير مقصودة (4).

"ومعنى هذا، أنه لا يشترط لتطبيق هذا المعيار أن تتمخض نية صاحب الحق - وهو يستعمل حقه- إلى الإضرار بالغير، فقد يكون له من وراء هذا الاستعمال الضار هدف آخر غير الإضرار بالغير، إلا أن هدفه هذا ثانوي بالنسبة إلى نية الإضرار التي عنده ، إذ

1 - أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، مصر، 2005، ص 218.

2 - عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون بالجزائر، الجزائر، 206، ص31، نقلا عن ALAINE sériaux, droit des obligation, 2<sup>em</sup> édition, imprimerie des presses universitaires de France, France, 1998, p 368.

3 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص413.

4 - المرجع نفسه، ص 413.

تتحقق مسؤولية صاحب الحق في هذه الحالة ولا يجوز اعتبار هذا الهدف الثانوي عذرا يبيح له التخلص من المسؤولية<sup>(1)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية لمعيار قصد الإضرار بالغير نجد ما قضت به محكمة كولمار الاستئنافية في 02 مايو 1855 بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله ، تواجه تماما نافذة جاره بقصد إيذائه ، وقد قام قضاؤها على أسباب أهمها:

"من حيث المبدأ العامة تقضي بأن حق الملكية هو حق مطلق يبيح لصاحبه استعمال ما يملك ، أو أن يسيء استعماله ، إلا أن هذا الحق كغيره مكن الحقوق ، يجب أن يكون لاستعماله ثمة مصلحة جدية ومشروعة ، إذ تأبى قواعد الأخلاق والعدالة تأييد ما يصدر عن سوء نية ، وما يقترب عن مجرد هوى جائر ولم يحقق لصاحبه منفعة شخصية، ولكن يحدث ضررا جسيما للغير" <sup>(2)</sup>.

هذا ويلحق بعض الفقهاء حالة أخرى تدخل ضمن نطاق قصد الإضرار بالغير ، ألا وهي تهاية المصلحة أو تهاية الفائدة المرجوة فهي من التهاية ما يجعلها لا تستحق الذكر مقارنة مع الأضرار التي تصيب الغير <sup>(3)</sup>.

وخلاصة القول حول هذا المعيار هو أن المعيار الشخصي أو الذاتي للتعسف في استعمال الحق يقوم على نية الإضرار الثابتة أو المفترضة <sup>(4)</sup>.

### ثالثا: تقييم المعيار الشخصي

يلاحظ أن هذا المعيار الشخصي أو الذاتي يقتضي الكشف عن الدافع الذي دفع صاحب الحق إلى استعمال حقه وإلى استعماله على هذا النحو ، وما إذا كانت نيته قد انصرفت إلى الإضرار بالغير.

1 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 30.

2 - استئناف كولمار ، 2 مايو 1855 ، دالوز، 1856-02-9 ، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 115.

3 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 32.

4 - المرجع نفسه، ص 32.

"إن الكشف عن خفايا النفس البشرية وبواعثها ليس بالأمر الهين ، لذلك نجد أنه من الناحية العملية أن المحاكم قد خلقت مبادئ قضائية يستدل بها القاضي على سوء نية صاحب الحق، ومثال ذلك أنها جعلت من مثال ذلك نجد أنها جعلت من مجرد علم المدين بأنه معسر ومن أن تصرفه يلحق ضررا بدائنه ، قرينة على أنه متعسف في استعمال حقه تعسفا يبيح لدائنه الطعن في هذا التصرف عن طريق دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين" (1)، واعتبرت مجرد الغش والتحايل على القانون قرينة على سوء النية وعلى انصراف إرادة صاحب الحق إلى الإضرار بالغير ، وجعلتها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس؛ فلا يقبل من صاحب الحق أن يقيم الدليل على أنه بالرغم مما صدر عنه من غش أو تحايل لم يقصد إلحاق الضرر بالغير ، فمثل هذا الإدعاء ادعاء غير مقبول ، واعتبرت المحاكم كذلك أن انتفاء المنفعة من استعمال الحق قرينة على سوء نية صاحب الحق وعلى انصراف إرادته إلى الإضرار بالغير، ويقع عليه نفي هذه القرينة إذا ما أراد التخلص من المسؤولية التقصيرية (2).

### الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

نظرا لقصور المعيار الشخصي للتعسف في استعمال الحق ، واختصار معايير التعسف في استعمال الحق في معيار واحد وهو قصد الإضرار بالغير ، سعى الفقهاء إلى إيجاد معيار أكثر دقة وأكثر شمولاً للتعسف في استعمال الحق ، حيث توصل الفقهاء إلى وضع المعيار الموضوعي أو المعيار المادي أو الغائي.

وستنظر في هذا الفرع إلى مضمون المعيار الموضوعي (أولاً)، ثم إلى تقييمه (ثانياً).

---

1 -حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 414.

2 -المرجع نفسه، ص 414.



## أولاً: مضمون المعيار الموضوعي

أشرنا فيما سبق إلى الصعوبة التي تكتنف الأخذ بالمعيار الشخصي أو الذاتي ، لما ينطوي عليه من صعوبة في كشف خفايا النفس ونية صاحب الحق من وراء استعمال حقه ، ولهذا دعا الكثير من الفقهاء إلى ترك المعيار المتقدم والأخذ بمعيار مادي أو غائي .

ومن أبرز أنصار هذا المعيار نجد سالي و جوسران وبارتان وجيني، فحسب الفقيه سالي فإن القاعدة الأساسية أو المعادلة الأساسية للتعسف في استعمال الحق، تكمن في الاستعمال غير الطبيعي للحق ، أي الاستعمال المناقض للغاية الاجتماعية التي من أجلها شرع الحق، لأن الحق في حقيقته نسبي وليس مطلق<sup>1</sup> .

فالضابط في تحديد طبيعة الاستعمال - حسب سالي- هو الاستعمال العادي أو الاستعمال الشاذ للحق ؛ إذ يصبح تعسفا إذا كان الاستعمال شاذاً غير مألوف.

ويستطيع القاضي التعرف على طبيعة الاستعمال من الظروف الاجتماعية والمكانية والزمانية، وهي ظروف يسهل على القاضي التحري عنها ومعرفتها.

"إن الاستعمال الشاذ غير المألوف يجعل الحق منحرفاً عن تحقيق الغرض الذي من أجله شرع الحق"<sup>(2)</sup>، وهذا الإستعمال الشاذ لا يكون إلا بالخروج عن غاية الحق وابتغاء مصالحة تافهة أو غير مشروعة، ولهذا ويذهب الأستاذ " بارتان " bartin إلى أن المصلحة المشروعة تنتفي عندما يتعارض استعمال الحق مع ما كان يتوخاها القانون منه وقت منح الإنسان ذلك الحق، أياً كان الدافع الذي دفع الإنسان إلى هذا الاستعمال"<sup>(3)</sup>.

---

1 - حسن علي الذنون مرجع سابق، ص 414.

2 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 31.

3 - حسن علي الذنون المرجع السابق، ص 415.

"وهذا ما ذهب إليه الأستاذ "جيني" Jenny ، حيث اعتبر أن استعمال الحق في غير ما يحقق المصلحة الاقتصادية والاجتماعية التي تقرر الحق من أجلها ، يعتبر إساءة لاستعماله<sup>(1)</sup>، أي عدم خروج الحق عن غرضه الإجتماعي على اعتبار أن الحقوق مقررة لأجل تحقيق هذا الغرض، وإذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة معينة وكان ذلك الاستعمال يصدّم مصلحة شخص آخر ، فإن الفصل في هذا التعارض بين المصالح يجب أن ترعى فيه الغايات الاجتماعية التي من أجلها تقرر ذلك الحق"<sup>(2)</sup>.

"وفي هذا السياق ، يرى الفقيه جوسران josserrand - وهو من أبرز أنصار هذا الاتجاه- أن التعسف أوسع نطاقاً من أن يحصر في نطاق الاستعمال بقصد الإضرار بالغير، ويذهب إلى أن الاستعمال التعسفي هو كل استعمال للحق لا يتفق مع هدف القانون أو روحه أو غايته ، فقد منح القانون الحقوق لأصحابها من أجل استعمالها لغرض معين، وهو الغرض الاجتماعي للحق ، فإذا ما حاد صاحب الحق عن هذا الهدف فقد أساء استعمال حقه ، شأنه في هذا شأن الموظف الذي يستخدم سلطة وظيفته لغرض آخر غير الغرض الذي من أجله منحه القانون هذه السلطة ، فنحن في هذه الحالة أمام تجاوز للسلطة، وفي الحالة الأولى أمام إساءة استعمال الحق"<sup>(3)</sup>.

إن إساءة استعمال الحق حسب جوسران هو استعماله على وجه ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله ، ويقول أن المعايير السابقة وخاصة التي وضعها القضاء الفرنسي من نية الإضرار وانهييار التوازن ... ، جعلتنا نلمس بعض أجزاء

---

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 415.

3 - المرجع نفسه، ص 415.

3 المرجع نفسه، نقلاً عن . LOUIS jasserand, op.cit , p 368.

النظرية ، ولكن هذا المعيار، أي معيار الهدف الاجتماعي سيظهر لنا جليا النظرية  
كوحدة متجانسة تدخل في إطار كل الحالات الاستثنائية (1).

ولا شك أن التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعماله يتحقق إذا ما رمى صاحب  
الحق من وراء استعماله لحقه إلى الإضرار بالغير، إذ لا يجوز أن تكون الحقوق أدوات بيد  
أصحابها يستخدمونها لإيقاع الضرر والأذى بالآخرين.

لكن التعسف لا يقتصر على هذه الحالة، إذ لا يكفي أن يستعمل الحق استعمالا ينافي مع  
الغرض الاجتماعي المرسوم له حتى تتحقق مسؤولية صاحب الحق باعتباره متعسفا في  
استعمال حقه.

وفي هذا الصدد، نجد الفقيه لوران - وهو أحد انصار هذا المعيار- يتساءل: لماذا  
الحقوق معاقب عليها؟ ثم يجيب ويقول: " لأن هذه الحقوق تعتبر مميزات ضرورية منحت لنا  
من أجل تحقيق مهمتنا على وجه الأرض" (2).

وخلاصة هذا المعيار أنه يقيم التعسف في استعمال الحق على فكرة التحايل على الوظيفة  
الاجتماعية للحق، فهو بذلك معيار واسع إذ يجر معه تأويلات مختلفة من القضاة ، بحيث  
سيجدون أنفسهم ملزمين بالبحث عن نوايا الأشخاص من خلال تصرفاتهم (3).

### ثانيا: تقييم المعيار الموضوعي

تصدى الأستاذ ريبير Ripert للرد على هذا المعيار ، وإظهار ما ينطوي على الأخذ به  
من خطورة ، وبين أن هذه الفكرة الغائية للحق لا تستند إلى أي سند قانوني أولا ، وأنها  
تناهض النظام الاجتماعي وتقف ضده ثانيا.

---

1 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 31.

2 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 416.

3 - عبد الرحمن مجوبي المرجع السابق ، ص 32.

فكتب يقول: " ليس الحق كما يؤكد جوسران مجرد وظيفة تستعمل في نطاق الهدف الذي من أجله أقر القانون هذا الحق، وإنما الحق سلطة" (1)، ثم يعمد إلى المقابلة بين

الحق والوظيفة وبين الحق والسلطة فيقول أن الحق سلطة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص فمتى وجدت هذه السلطة فإنها تخصص خضوع المدين للدائن، خضوعا وصل في بعض الأزمان إلى حد السجن والاسترقاق ، فإنها تخضع غير المالك للمالك، وتخضع العامل لرب العمل خضوعا دعا المشرع إلى التدخل لحماية هذا الطرف الضعيف (2).

"غير أن أنصار المذهب الموضوعي لم يقفوا موقف المتفرج من انتقادات ريبير ، وإنما تصدوا للرد عليها وتفنيدها ، فقالوا أنه لا يؤثر في هذا المعيار عندما لا نجد له نصا في القانون ، فقد اعترف الفقهاء جميعا بأن الخطأ التصويري عبارة عن إخلال بواجب قانوني، وتركوا تحديد هذا الواجب للقاضي ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هذه السلطة التي يتمتع بها القاضي في هذا الصدد تعتبر خطرا يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم ، فلا خوف من تخويل القاضي سلطة تحديد الهدف الاقتصادي والاجتماعي لكل حق من الحقوق، لأن القاضي يستهدي في ذلك بما استقر عليه رأي المجتمع في عصره ، فضلا عن أنه سيخضع لرقابة محكمة النقض" (3).

"يضاف إلى ذلك كله صعوبة استقصاء الدوافع والبواعث الشخصية ، فليس التعسف في استعمال الحق هو الميدان الوحيد الذي يعتد فيه بهذه البواعث أو الدوافع ، فهناك مثلا الغلط الدافع في عيوب الرضا وهناك حسن النية في ابرام العقود وفي تنفيذها، وهناك سوء النية في الإخلال بالعقود وفي التصرفات الضارة بالدائنين ، وكلها تتطلب من القاضي استقصاء

---

1 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 416، نقلا عن: GEORGE ripert, la règle morale dans les obligations civiles, librairie générale de droit et de jurisprudence, France, 1935, p 177.

2 - المرجع نفسه، 416.

3 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 416.

البواعث لما في ذلك من صعوبة ، ولم يقل أحد بأن صعوبة استقصائها تبرر التجاوز عنها أو عدم ترتيب أي أثر عليها" (1).

"والواقع أن مدار الخلاف بين هذين الإتجاهين المتناقضين يكمن في الفكر الاجتماعي والاقتصادي الذي يصدر عنه رجل القانون ، فالتكوين الذهني أو العقلي للأستاذ ريبير مثلا تفكير جعله يأخذ بالمذهب الفردي ، لذا كان من الطبيعي أن يحصر القيود التي ترد على استعمال الحقوق في أضيق نطاق ممكن فلا يقر الأستاذ ريبير من القيود غير تلك التي تأمر بها القوانين الوضعية أو قواعد الأخلاق كما سبق بيانه" (2).

أما الأستاذ جوسران ومن سلك اتجاهاه ، فإنهم ينطلقون من تفكير اشتراكي ، يرون أن روح القوانين وحياتها إنما تتبعث من الغرض الاجتماعي الذي خلقت هذه الحقوق لتحقيقه ، لذلك نجد الأستاذ جوسران يقول: " إن روح القوانين تكمن في غرضها الاجتماعي " (3).

### **المطلب الثاني: المعايير التشريعية للتعسف في استعمال الحق**

لقد اقتبس التشريع معايير التعسف في استعمال الحق من الفقه والقضاء ، حيث كان لهذين الأخيرين أثرا كبيرا على مختلف التشريعات، إذ وجدت هذه النظرية في مختلف التشريعات الغربية وكذا العربية، إلا أنها كانت متباينة في تحديد معايير التعسف، فقد ركزت التشريعات الغربية على معيار نية الإضرار بالغير لتأثرها بالمذهب الفردي، وهو ما نص عليه القانون المدني الألماني في المادة 226 منه على أنه "لا يباح استعمال الحق عندما يكون الغرض الوحيد منه قصد الإضرار بالغير" وهو ما تبناه القانون المدني السويسري في المادة 02 والقانون المدني البولندي في المادة 124 (4).

---

1 - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 333.

2 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 417.

3 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 33، نقلا عن: LOUIS Josserand, op.cit, p 366

4 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 418.

غير أن القوانين العربية وعلى غرار المشرع الجزائري قد تطرقت إلى معايير التعسف في استعمال الحق استنادا إلى ما جاء به الفقه الإسلامي، إلا أنها لم تتوسع كما توسع هذا الأخير (1).

تنص المادة 124 مكرر من القانون الجزائري على ما يلي: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" (2).
- وسنعرض فيما يلي المعايير التي جاءت بها التشريعات بداية بقصد الإضرار بالغير (فرع أول) ثم رجحان الضرر على المصلحة (فرع ثاني) وأخيرا استعمال الحق بغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة (فرع ثالث).

---

1 - إن معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي قد جمعت بين المعايير الذاتية والمعايير الموضوعية، وكانت من السعة والمرونة بحيث تستجيب لمقتضيات كل تطور اقتصادي واجتماعي وحضاري، وعليه فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تجمع بين معيارين أساسيين، هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي. فيتم التركيز في المعيار الشخصي على العوامل النفسية التي تبتعث صاحب الحق على التصرف بذلك الشكل من خلال قصده بالإضرار بالغير أو ان الباعث إلى المصالح التي يريد تحقيقها غير مشروع، و أما المعيار المادي فينظر من خلاله إلى النتيجة المترتبة على استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحق أو قصده، ويظهر ذلك من خلال الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين، بحيث يغيب التناسب بينهما على الإطلاق. ويضيف الفقه الإسلامي زيادة على المعايير السابقة معيار آخر وهو الضرر الفاحش وهو معيار ورد بصفة حصرية في الفقه الإسلامي كون أن الفقه اللاتيني وعلى رأسه الروماني كان يعطي لحق الملكية معاني المذهب الفردي، أي أنه حق مطلق وغير مقيد، فالفقه الإسلامي أقر هذا المعيار للتنسيق بين المصالح الفردية المتعارضة، لاسيما في العلاقات الجوارية، أين نجد المذاهب الفقهية كلها تقر أن حق المالك مقيد في التصرف في ملكه مما يجعله يتمتع عن الحاق الضرر الفاحش بجاره، وهذا ما يعرف قانونا بمضار الجوار غير المألوفة، بحيث أن تصرف المالك على نحو يضر بجاره أضرارا فاحشة تخل التوازن بين المصالح الفردية، وآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة لحساب المصلحة الفردية وذلك هو انحراف الحق عن غايته، وقد يكون الضرر الفاحش ماديا كالدخان الكثيف والأصوات المقلقة ومنع الشمس من والنور وقد يكون معنويا كالإشرف على مقر النساء في الدار المجاورة؛ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 244 وما يليها.

2 - المادة 124 مكرر من الأمر 58-75، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، أمر سابق.

## الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية، أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهي مسألة نفسية أيضا يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها ولذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من استعماله له، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف<sup>(1)</sup>.

"فالمعيار هنا على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ؛ فإنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على النحو مما يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للرجل العادي، فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه ان يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا على الضرر الذي يلحقه بالغير"<sup>(2)</sup> ، فقصد الإضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفا، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي<sup>(3)</sup>.

أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عندما عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير، اعتبر هذا تعسفا ولو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي سواء أتحققت المنفعة أم لم تتحقق، ويكون متعسفا - من باب أولى- قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضي ، كما لو أن شخصا غرس الأشجار في أرضه بقصد حجب

1 -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 126.

2 - وقد وردت في الشريعة الإسلامية أدلة كثيرة تحرم استعمال الحق لأجل الإضرار بالغير، سواء في الحديث النبوي أو في القرآن الكريم، ومن ذلك قوله تعالى:

" :والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلفن نفسا إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"؛ البقرة الآية 233 ، وقوله عز وجل: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ جُدُكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُنَّ عَلَيَهُنَّ"؛ الطلاق، الآية 06.

3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 703.

النور عن جاره ، فيكون متعسفا في استعمال حقه حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع (1).

"ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى الحاق الضرر، ويستطيع إثبات هذا القصد بكافة وسائل الإثبات، ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره، فإذا تصور احتمال وقوع الضرر ، فهذا لا يفيد ضرورة القصد من إحداثه" (2).

"وقد تساعد المظاهر الخارجية على التعرف على نية الإضرار بالغير، كما يمكن أن تكشف عنها ظروف وملابسات كل حالة بذاتها، فيستدل على توافر نية الإضرار بالغير من تفاهة النفع الذي يعود على صاحب الحق ، ومثال ذلك أن يبني شخص أو يقيم مدخنة أمام نافذة جاره ليفسد عليه هواء المنزل ويؤذيه ، فعلى المضرور أن يثبت أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد الإضرار به ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات كما ذكرنا سابقا وحتى بالقرائن ، فإذا قام الدليل على نية الإضرار التي وقعت مسؤولية تقصيرية" (3).

ومن أمثلة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ،الشخص الذي يخرس في ملكه أشجارا عالية أو كثيفة أو يقيم جدارا عاليا بحيث يحجب النور عن عقار جاره المعد للسكن على أن هذا التصرف لا يعود على صاحب الحق بأي نفع ، ومثاله أيضا مطالبة الدائن للمدينين بالتنفيذ العيني للالتزام، أداء كان لا يعود عليه بأي نفع مالي أو مصلحة جدية، إلا أن القصد من ذلك كان إرهاب المدين وإلحاق الخسارة به (4).

---

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 704.

2 - فلو ان شخصا يملك أرضا للصيد، وصاد فيها فأصاب شخصا آخر دون أن يتعمد ذلك ، فلا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت احتمال وقوع هذه الإصابة ؛ المرجع نفسه، ص.704

3 - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الإلتزام ، (دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي)، ديوان المطوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص94.

4 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 210.



## الفرع الثاني : ترجيح الضرر على المصلحة

"وهذا المعيار هو معيار موضوعي، ووفقا لهذا المعيار يعتبر صاحب الحق متعسفا

في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها" (1)، فالمقصود بهذا المعيار هو اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين ، وهو رفضه أن يستعمل صاحب الحق حقه من أجل تحقيق المصلحة المشروعة لكنه يتعارض مع مصلحة شخص آخر أو أشخاص بحيث يترتب على تصرفه ضرر يلحق بالشخص أو بالأشخاص ، "وهذا الضرر قد يكون أعظم من مصلحة المصلحة المقصودة من التصرف أو يساويها أو اقل منها فإذا كان بالإمكان التوفيق بين المصالح المتعارضة وجب الأخذ به ، أما إذا كان التعارض بين المصالح شاسعا بحيث يستحيل معه التوفيق، فانه لا بد من تغليب المصلحة على الضرر" (2).

فينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة وأهمية بحيث تبرر ماقد يصيب الغير من ضرر جراء استعمال الحق بهذه الطريقة، وليس له أي سبيل آخر لاستعمال حقه بطريقة يتفادى بها إلحاق الضرر بالغير، وإذا ثبت عكس ذلك ينجر عن ذلك مسؤولية صاحب الحق.

" وهكذا إذا كان الضرر بليغا والمنفعة ضئيلة ، فإن فعل مسبب الضرر إما أن ينطوي على نية خفية للإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية أو انه يرمي إلى مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر بالسعي إليها، وفي الحا لتين يكون قد انحرف عن سلوك الرجل العادي وارتكب خطأ يوجب مساءلته مسؤولية تقصيرية" (3).

---

1 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 211.

2 - المرجع نفسه، ص 211.

3 - المرجع نفسه، ص 212.

ومن التطبيقات التشريعية لهذا المعيار نجد أن المشرع الجزائري قد طبق هذا المعيار في نص المادة 705 من القانون المدني في فقرتها الأولى، والتي تنص على ما يلي " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق ذلك ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلى وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته " .

" فتشترط المادة أن تكون المصلحة جدية غير تافهة حتى يقوم المالك بتعلية الحائط دون ان يلحق ذلك ضررا بليغا بالجار، وإذا كان الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا ان يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من جراء هدمه وبين الضرر الذي يلحق بالجار نتيجة ذلك، وهذا التناسب يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوي يبرر الهدف من استهداف منفعة كبيرة تتوازي على الأقل مع الضرر العائد على الغير"<sup>(1)</sup>.

ومن تطبيقات هذا المعيار أيضا، تخير صاحب الحق - من بين كل الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه- الطريقة الأكثر إضرارا بالغير دون نفع ذي قيمة كبيرة ، وذلك كالمالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه بحيث تضر الجار، وكان يمكنه - دون ضرر أو فوات منفعة عليه- تجنب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه بإقامتها في مكان آخر من البناء<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير

1 - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص212.

2 - المرجع نفسه ، ص 113.

مشروعة<sup>(1)</sup>، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف النظام العام الآداب العامة أو حكما من أحكام القانون، ذلك أن المشرع لا يمكن أن يوفر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة لأنها تتعارض مع مصالح الجماعة والنظام القانوني برمته<sup>2</sup>، وهذه المصلحة قد تعود عليه بنفع كبير، ولكن عدم مشروعيتها يدخلها ضمن باب التعسف في استعمال الحق، وبالتالي يتحقق خطأ صاحب الحق ويتحمل نتيجة استعماله لحقه على وجه غير مشروع.

"والمعيار هنا هو معيار موضوعي، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا وهو نية صاحب الحق، وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ، فليس من السلوك المألوف للرجل العادي تحت ستار أنه يستعمل حقوقه إلى تحقيق مصالح غير مشروعة"<sup>(3)</sup>.

"ويندرج تحت هذا المعيار صورتان أوردتهما الفقهاء، هما معيار الهدف غير المشروع ومعيار الغرض الاجتماعي، إلا أن التشريعات تغاضت عنهما، فمعيار الغرض غير المشروع يتلخص في أن صاحب الحق يكون متعسفا في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي

---

1 - وهذا المعيار ورد في الشريعة الإسلامية أيضا، فيتحقق هذا المعيار عند استعمال الحق في غير الغرض

أو المصلحة التي شرع من أجلها، أي أن يكون الباعث من استعمالها مخالفا لقصد الشارع فيكون ذلك باطلا بالضرورة.

فقد ورد في الشرع تحريم استعمال الإنسان لحقه في بعض الأمور إذا قصد بها تحقيق غرض غير مشروع، فمع أن الزواج مثلا في الأصل عمل مشروع، إلا أن الشرع حرم زواج التحليل، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له"، فدل هذا الحديث على تحريم التحليل، لأن اللعن لا يكون إلا لفاعل الفعل المحرم، وكل فعل محرم ينهى عنه، فالزواج مجعول لكي يحصل به العشرة الدائمة وتكوين الأسرة ولكنه لما قصد به عمل يتوصل به إلى هدف آخر ذمه الشرع؛ محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الأول، مصر، 2003، ص21-22.

2 - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 128.

3 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 705-706.

يهدف إلى تحقيقه غير مشروع، غير أن معيار المصلحة غير المشروعة أوسع وأشمل من معيار الغرض غير المشروع، وإن كان كلاهما يؤدي إلى نتيجة واحدة، فإن معيار المصلحة غير المشروعة هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار الغرض غير المشروع، فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق<sup>(1)</sup>.

"أما معيار الهدف الاجتماعي، فيتلخص في أن الحقوق أعطاهما القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية، فكل حق له غرض اجتماعي معين، فإذا انحرف صاحب الحق عن هذا الهدف كان متعسفا وكان عرضة للمساءلة"<sup>(2)</sup>.

غير أن عيب هذا المعيار بالرغم من كونه موضوعيا، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل من الحقوق، لأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطا إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتقي به تشعب الآراء، بالإضافة إلى خطر تحديد الهدف الاجتماعي، لأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزاعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعا لوجهات النظر المتشعبة والمتباينة، إذن فمعيار المصلحة غير المشروعة هو أبعد عن التحكم وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة<sup>(3)</sup>.

ومن أمثلة هذا المعيار المستأجر الذي يستأجر غرفة مسكن ما بغرض القيام فيها بأعمال منافية للأداب العامة، أو الشخص الذي يقوم باستعمال حقه في السكن على وجه غير مشروع كأن يبيع المخدرات مثلا، ومؤجر العقار الذي يمتنع عن الترخيص في الإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذي أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر

---

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 706.

2 - المرجع نفسه، ص 706.

3 - المرجع نفسه، ص 707.

هذا المصنع سعيا وراء كسب غير مشروع يجنيه من المشتري، وكذلك رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لأنه التحق بنقابة من النقابات العمالية<sup>(1)</sup>.

وأخيرا نستنتج بخصوص معايير التعسف في استعمال الحق أن القوانين العربية قد استمدت معايير التعسف من الشريعة الإسلامية غير أنها لم تأخذها كلها فلم يرد النص على معيار الضرر الفاحش إلى جانب المعايير التي سبق ذكرها، على غرار المشرع الجزائري والذي اقتصر على ثلاث معايير فقط، غير أنه يمكن القول أنه وفق إلى حد ما في الشأن، شأنه شأن معظم التقنيات العربية في معالجة نظرية التعسف في استعمال الحق، ولو أنه خالفها في موضع النص حيث ألحقه بنظام المسؤولية التصديرية، كما تجذر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعالج التعسف في استعمال الحق بحد ذاته في المادة 124 مكرر من القانون المدني، وإنما فقط نص على المبدأ العام وعلى معايير التعسف فقط، فهل هذا النص يكفي للقول بأن المشرع الجزائري يكرس الحماية من التعسف في استعمال الحق؟، وللإجابة على هذا السؤال ينبغي البحث عن التطبيقات التشريعية لهذه الفكرة والبحث عن الكيفية التي يُحمى بها من التعسف في استعمال الحق، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

---

1 - عبد الزراق السنهوري، المرجع السابق، ص 707.

## الفصل الثاني: الحماية من التعسف في استعمال الحق

**تمهيد:** بعد إقرار جل الفقهاء بنظرية التعسف في استعمال الحق والاعتراف بوجودها، وكذلك تبني جل التشريعات المعاصرة لنظرية التعسف في استعمال الحق، بل وأكثر من ذلك، الفصل في الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق هذا على الأقل بالنسبة للمشرع الجزائري، يبقى أن نبحث عن مدى تكريس الحماية من التعسف ومدى واقعية هذه الحماية.

إن الهدف من سن التشريعات لنظرية التعسف كان واحدا وهو الحماية من التعسف في استعمال الحق، إذ أن هذه التشريعات لم تكتف بالنص على القاعدة العامة فحسب، بل طبقت التعسف في استعمال الحق على كل أنواع الحقوق وفي كل المجالات، الأمر الذي يفسح المجال لقضاة الموضوع عند نظرهم في القضايا المختلفة التي تعرض أمامهم سواء الرامية إلى طلب الحماية من التعسف في استعمال الحق، أو القضايا التي تنطوي في حد ذاتها على تعسف، وذلك من أجل توقيع الجزاء على المتعسف في استعمال حقه. ولهذا فسنبحث في هذا الفصل عن الحماية التشريعية من التعسف في استعمال الحق من خلال التطبيقات التشريعية لهذه النظرية (مبحث أول)، ثم إلى الحماية القضائية من التعسف في استعمال الحق وذلك من خلال توقيع الجزاء على المتعسف عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، (مبحث ثاني).

### المبحث الأول: الحماية التشريعية من التعسف في استعمال الحق

إن الحماية التشريعية من التعسف في استعمال الحق قد تبلورت من خلال تعميم تطبيق هذه النظرية على مختلف أنواع الحقوق، إذ لا تخلوا النصوص القانونية المختلفة والمتعلقة بالحقوق بمختلف أنواعها من النص صراحة على تقييد ممارسة هذه الحقوق إذا كانت تنطوي على تعسف.

ومن أبرز التطبيقات التشريعية للتعسف في استعمال الحق نجد تطبيقه على حق الملكية فيما يعرف بالتزامات الجوار وفي حق إنهاء عقد الإيجار التجاري ، كما طبقها أيضا في مجال الأحوال الشخصية و الحقوق الإجرائية.

ولهذا فسنتطرق في هذا المبحث على دراسة الحماية من التعسف في مجال حق الملكية وفي حق إنهاء الإيجار التجاري ( مطلب أول)، ثم نتطرق إلى الحماية من التعسف في مجال الأحوال الشخصية الحقوق الإجرائية ( مطلب ثاني).

## **المطلب الأول: الحماية من التعسف في حق الملكية وفي حق إنهاء الإيجار التجاري**

لقد تطرقت مختلف التشريعات المعاصرة ومنها المشرع الجزائري إلى حق الملكية بالتفصيل وأقرت وسائل لحماية حق الملكية، ومن جهة أخرى نجدها تنص على القيود الواردة على حق الملكية والتي تشكل عند تجاوزها تعسفا في استعمال الحق، والتي أولى لها المشرع الجزائري عناية كاملة وأهمية كبيرة.

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري يكرس الحماية من تعسف المؤجر في إنهاء عقد الإيجار التجاري بضرورة منح تعويض جراء رفض تجديد الإيجار التجاري.

ولهذا فسنتطرق إلى الحماية من التعسف في حق الملكية (فرع أول)، ثم نبحت عن مدى تكريس الحماية من تعسف المؤجر في إنهاء عقد الإيجار التجاري ( فرع ثاني).

### **الفرع الأول: التعسف في مجال حق الملكية**

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية، بل ومن أقدم الحقوق التي طبقت فيها نظرية التعسف في استعمال الحق، وبالتالي فلا عجب أن يخصص لها المشرع الجزائري وعلى غرار العديد من التشريعات المقارنة قسما كاملا تحت عنوان القيود الواردة على حق الملكية وذلك في القسم الثالث من الفصل الأول المتعلق بحق الملكية بوجه عام.

وقد كرس المشرع الجزائري الحماية من التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه، وفي حق المرور وفي مجال الحقوق الملاصقة للجوار، ثم إلى تقييد حق الملكية بضرورة الحصول على رخصة البناء، والذي يعد كمظهر من مظاهر الحماية من التعسف في مجال حق الملكية.

### أولاً: التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه

بالرجوع إلى أحكام المادة 692 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع قد أعطى للجار حقا مهما وهو حق الشرب والسقي من المياه الموجودة في ملك جاره، كما أعطاه حقا آخر وهو حق صرف المياه الزائدة عن حاجته عن طريق أرض جاره. ولهذا فسننتقل إلى التعسف في حق الشرب والسقي (أ) ثم إلى حق المجرى والصرف (ب).

#### أ) التعسف في حق الشرب والسقي

وهو يعنى أن احد الملاك له مسقاة خاصة به يسقى بها أرضه، ولجاره ارض ولكن ليس عنده مسقاة يروى بها أرضه أو عنده ولكن المياه لا تكفى للري وجاره صاحب المسقاة روى أرضه ولديه فائض من المياه فهنا يحق للجار الحق في الحصول على حق الشرب، وقد ورد النص على حق الشرب والسقي في قانون المياه (1) وذلك في المادة 111، حيث نصت على ما يلي:

(يقصد في مفهوم هذا القانون بماء الاستهلاك البشري كل ماء موجه إلى ما

يأتي:

- الشرب والاستعمالات المنزلية،
- صنع المشروبات الغازية والمنتجات،
- تحضير كل أنواع المواد الغذائية وتوضيبها وحفظها).

---

1 - قانون رقم 05-12، مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426هـ، الموافق لـ 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر. عدد 60، مؤرخة في 30 رجب عام 1426هـ، الموافق لـ 4 سبتمبر 2005م.



"فالمياه الصالحة للشرب تعني المياه الصالحة للاستهلاك والاستعمال المنزلي، وحق الشرب هو حق الشخص في أن يروي نفسه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر" (1)، أي أن هذه المسقاة ليست مملوكة للشخص الذي يريد السقي وإنما تكون مملوكة لجاره، وأنشئت على نفقة هذا الأخير، لكن نجد المشرع يقر للجار بحقه من السقي والشرب من هذه المسقاة.

"فالقاعدة أن من أنشأ مسقاة خاصة كان له وحده حق استعمالها، لكن المشرع وضع قيوداً خطيراً على هذا الحق الذي يحق للمالك فيه أن يستأثر باستعمال مسقاته، إذ أجاز للمالك المجاورين أن يستعملوا هذه المسقاة فيما تحتاجه أراضيهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها" (2).

إن إعطاء حق الشرب والسقي لكل من المالك والملاك المجاورين فيه تغليب لمصلحة عامة راجحة على مصلحة خاصة، فمالك المسقاة مصلحة في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملاً دون شريك له في المسقاة حتى ولو فاضت عليه المياه، لكن هذه المصلحة ضعيفة تنطوي على أنانية لا مبرر لها، ويتغلب على هذه المصلحة مصلحة الملاك المجاورين، فإذا كانت لصاحب الأرض مسقاة وقد استوفى حاجياته منها، فيكون من حق جاره سقي أرضه، فإذا قام المالك بمنع جاره يكون متعسفاً في استعمال حقه هذا بالرغم من حقه في الاحتفاظ بالمياه لنفسه (3).

## ب ( التعسف في حق المجرى والصرف

حق المجرى هو حق مالك الأرض في جريان ماء الري في أرض غيره لتصل من موردها إلى البعيد إلى أرضه (4).

1 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 77.

2 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 77.

3 - المرجع نفسه، ص 78، نقلاً عن عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د.س.ن، ص 26.

4 - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، الجزء الثاني، الأردن، 1999، ص

"ويقصد بحق الصرف حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف المياه الزائدة عن حاجة أرضه، فيجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يحصل المالك على تعويض"<sup>(1)</sup>.

فحق الصرف يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بعد أن يستوفي الجار حاجياته، أو أن ينشئ مصرفا خاصا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام<sup>(2)</sup>.

فإذا قام الجار بمنع جاره من أن تمر القنوات التي يحتاجها لري أرضه، فإنه بذلك يكون قد تعسف في استعمال حقه، لأن هذا سيلحق ضررا كبيرا بصاحب الحق في المجرى كونه في حاجة إلى ري أرضه عن طريق القنوات التي تمر بأرض جاره، لأن حق المجرى عادة لا يلحق أي ضرر بصاحب العقار المرتفق.

أما في التعسف في حق الصرف فيعتبر مالك الأرض متعسفا في استعمال حقه إذا قام بمنع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة لتصب في أقرب مصرف عمومي، فعلى الرغم من حق المالك في أن يستأثر بالمصرف لنفسه بما أنه هو الذي قام بإنشائه، بحيث تكون له مصلحة في أن لا يشاركه أحد في ذلك وله أيضا الحق في أن ينتفع بأرضه<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: التعسف في حق المرور

يعتبر حق المرور من القيود الواردة على حق الملكية، والذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 693 من القانون المدني، حيث أن هذا القيد وجد من أجل تحقيق النفع

---

1 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، نقلا عن عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص77.

2 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 78.

3 - المرجع نفسه، ص 79.

العام ولهذا نجد المشرع قد راعى هذا الجانب وأعطى لصاحب العقار المحصور حق المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام، أو من الطريق العام وصولاً إلى أرضه، على أن تتحقق مجموعة من الشروط.

أ) الحالات التي يعتبر فيها العقار محصوراً

تنص المادة 693 على ما يلي:

( يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث جراء ذلك).

وتضيف المادة 694: ( يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاقاً كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

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

يتضح من هاتين المادتين أن المشرع أورد حالتين لاعتبار الأرض محصورة:

الحالة الأولى هو أن لا يوجد أي ممر يربط الأرض المحصورة بالطريق العام، أي أن تكون الأرض معزولة عن الطريق العام وبالتالي استحالة الوصول إلى هذا الطريق، وهو ما قرره المحكمة العليا في القرار رقم 393987 الصادر في 1989/11/15<sup>(1)</sup>.

1 - وقد جاء في القرار ما يلي: " من المقرر قانوناً أن حق ارتفاق على ملك الغير يشترط فيه أن يكون محصوراً. ولما كان

من الثابت في قضية الحال أنه ثبت لجهة الإستئناف من خلال الخبرة المجراة أن مسكن الطاعن غير محصور وله ممر آخر يمر منه فمنعه من استعمال الممر المتنازع عليه، فإنها بقضاءها لما فعلت التزمت صحيح القانون؛ قرار رقم 393987، الصادر بتاريخ 1989/11/15، المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 02، سنة 1990، ص 29، نقلاً عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 419.

والحالة الثانية هو أن يكون الممر غير كاف أو غير ممكن المرور إليه إلا بمشقة بالغة، أو أنها تكلف المالك بذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار، وهو ما قرره المحكمة العليا بتاريخ 17/03/1999<sup>(1)</sup>، وقد جاء في هذا القرار ما يلي:

"... ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لم قضوا بأن ملكية الطاعنين غير محصورة، لأن لهم ممر عرضه متر واحد، في حين بالرجوع إلى الخبرة المنجزة يتبين أن أرض الطاعنين محصورة، وأن الممر الوحيد الموجود بها لا يسمح لهم بإيصال مواد البناء".

فلا تتحقق حالة الحصر بمفهوم نص المادة 694 من القانون المدني إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة ولا تكلف مشاقا ونفقات كبيرة على صاحب العقار، أو إذا كان الممر موجودا على سبيل الإباحة، وبالتالي لا يحق لصاحب العقار هنا المطالبة بحق المرور.

### ب ) الشروط الواجب توافرها لممارسة حق المرور

لقد سن المشرع الجزائري مجموعة من الشروط حتى يعتبر العقار محصورا وأورد ذلك في نص المادة 693 وما يليها من القانون المدني الجزائري وهي كالاتي:

#### 1 تحقق حالة الحصر

وهذا الشرط ورد النص عليه في المادتين 693 694 من القانون المدني الجزائري، فيشترط المشرع ضرورة تحقق حالة الحصر، وتتحقق حالة الحصر إذا لم يكن هناك أي مرر يصل الأرض المحصورة بالطريق العام، أو أن يكون هناك ممر ولكنه غير كاف للوصول إلى

---

1 -قرار المحكمة العليا رقم 179572، مؤرخ في 17/03/1999، المجلة القاضائية عدد 01، سنة 1999، ص105، نقلا عن حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص424.

الطريق العام إلا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة، كما لو كان هذا الممر شديد الإنحدار، وتبعاً لذلك لا يكون هناك انحصار إذا كان الممر كافياً أو كان هناك ممر يوصل العقار بالطريق العام<sup>(1)</sup>.

## 2 يجب أن يكون الممر ضرورياً لاستعمال العقار المحصور واستغلاله

"إن ضرورات استعمال العقار المنحصر واستغلاله هي التي تسوغ إقرار حق المرور القانوني، وهي التي تحدد مدى هذا الارتفاق، وتبعاً لذلك إذا ضاق الممر عن سد الحاجات الجديدة كما لو استغلت الأرض التي كانت معدة للزراعة استغلالاً صناعياً فإنه يجوز للمالك أن يطلب ممراً كافياً لتلبية هذه الحاجات"<sup>(2)</sup>.

## 3 يجب أن لا يكون الانحصار راجعاً إلى فعل المالك

وقد ورد النص على هذا الشرط في المادة 695 من القانون المدني الجزائري، "فمالك العقار لا يستفيد من حق المرور القانوني إذا كان الحصر راجعاً إلى فعله، ويستوي ذلك أن يكون الانحصار مفتعلاً ناشئاً عن واقعة مادية كما لو قام المالك ببناء سد به المنفذ الذي كان يصله بالطريق العام"، أو أن يكون التصرف قانوني كما لو باع إلى الغير حق المرور العائد إلى أرضه<sup>(3)</sup>، وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 1990<sup>(4)</sup>.

---

1 - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 453.

2 - المرجع نفسه، ص 454.

3 - المرجع نفسه، ص 453.

4 - ومما جاء في هذا القرار ما يلي "... ولما كان ثابتاً في فضية الحال أن الطاعن أكد أنه حفر الخندق المتنازع فيه من أجله دون معارضة المطعون ضده قبل بناء المرآب وبعد بنائه المسكن، وأن عدم توفر هذا الأخير على فتحة تؤدي إلى البناء المذكور تكون بالتالي من فعل إرادته. وبما أن قضاة المجلس لم يتطرقوا لهذه النقطة في عناصر الدعوى واكتفوا بالقضاء بحق الاشتراك في المرور، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا القانون؛ قرار رقم 33524، مؤرخ في 06/03/1985، المحكمة العليا، المجلة القانونية عدد 01، سنة 1990، ص 30، نقلاً عن حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 420.

#### 4 - أن لا يكون هناك ممر على سبيل الإباحة

وهذا الشرط أتت المادة 2/694 حيث تنص على مايلي: ( ... ويعتبر الممر عكس ذلك كافيا إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة، أو إذا لم يوجد الممر على وجه الإباحة مادام لم يمنع من استعماله).

إذن فلا يحق لمالك العقار أن يطالب بحق المرور إذا كان هناك ممر على سبيل الإباحة يوصل هذا العقار بالطريق العام على اعتبار أن حالة الحصر هنا لم تتحقق، وإذا ما قام بالمطالبة به فإن القضاء لا يستجيب لطلبه هذا لأنه غير مؤسس وليس له ما يبرره.

"فإذا تحققت هذه الشروط يكون للجار مالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره للوصول إلى الطريق العام وذلك مقابل تعويض مناسب لصاحب العقار للإضرار الناجمة جراء استعمال هذا الحق"<sup>(1)</sup>.

هذا ويتضح من نص المادة 699 من القانون المدني أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار لمدة خمسة عشر سنة (15) يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله، وينقضي طبقا للقواعد العامة المتعلقة بحقوق الارتفاق والمنصوص عليها في نص المادة 878 من القانون المدني، إما بانقضاء الأجل المحدد أو بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً أو باجتماع المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، غير أنه في هذه الحالة الأخيرة حق الارتفاق يعود إذا زال اجتماع العقارين. كما ينتهي -وحسب نص المادة 870 من نفس القانون- بعدم استعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة (33) إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، هذا بالإضافة إلى الأسباب المنصوص عليها في المادتين 880 و 881 من القانون المدني.

---

1 - سعاد بلحورابي، ص 84؛ وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا رقم 50516، الصادر في 15/03/1989 حيث جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر غير كافٍ للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض"؛ المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1991، ص 61.

وأخيرا يتضح من خلال دراستنا لحق المرور كقيد وارد على حق الملكية الخاصة، أن المشرع الجزائري وعلى غرار العديد من التشريعات المقارنة عند إقراره بحق مرور الجار على عقار جاره وصولا إلى الطريق العام، فإنه بذلك يوازي بين مصلحة صاحب العقار ومن تقرر له حق المرور، وذلك مقابل تعويض عادل جراء الأضرار التي سيلحقها بعقار جاره، غير أن صاحب الحق في المرور هو الآخر مقيد بمجموعة من الضوابط والتي تعتبر قرائن قانونية ورد ذكرها في المواد 695 696 و 697 من القانون المدني، فإذا تحققت هذه القرائن لم يستفد صاحب العقار من حق المرور.

### ثالثا: التعسف في مجال الحقوق الملاصقة للجوار

"إن القيود القانونية تهدف إلى رعاية المصالح الخاصة والمصالح العامة، أي رعاية مصالح الجيران، أو من يتصل استعمال الحق بهم من الأشخاص، وهذه القيود ترجع بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك"<sup>(1)</sup>، ولهذا فقد وضع المشرع قيودا خاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين وقيودا خاصة بالمطلات والمناور، وهذا ما سنحاول معالجته فيما يلي.

### أ ) القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين مشتركتين

نص المشرع الجزائري على هذا القيد في نص المواد من 704 إلى 707 من القانون المدني، ويستشف من قراءة هذه المواد أن المشرع الجزائري وضع أحكاما خاصة بالحائط المملوك ملكية مشتركة بين الجيران، وكذا الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين.

---

1 - عواطف زرارة، مرجع سابق، ص71.

## 1- الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران

"يعتبر اشتراك الجارين في ملكية الحائط الفاصل صورة خاصة للملكية الشائعة؛ إذ هو من قبيل الشيوع الإجباري" <sup>(1)</sup>، وقد نظمه المشرع في المواد من 704 إلى 707 من القانون المدني، إذ تنص المادة 704 على ما يلي:

( لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض القانوني الذي أعد لأجله وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه) <sup>(2)</sup>.

واضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد قرر حماية لملك الجار، وذلك بأن لا يتعسف الجار ويحمل الحائط المشترك فوق طاقته، والذي من شأنه أن يلحق ضررا بالجار الآخر، فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالته أو تعليته .

وتنص المادة 705 من ذات القانون على ما يلي:

(للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليته الحائط أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعلية وصيانة الجزء المعلى وأن يقوم

---

1 -نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2003، ص 104.

2 -وقد طبقت المحكمة العليا هذه المادة في قرار جاء فيه: " لا يجوز لمالك الحائط المشترك إحداث فتحات في الانتقاض من علوه أو من سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته"؛ قرار رقم 33835، الصادر في 2006/03/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2007، ص 429، نقلا عن حمدي باشا عمر، مرجع سابق، 414.

كما جاء في قرار آخر عن ذات الجهة القضائية: "تكون نفقة ترميم وإعادة بناء الحائط المشترك على نفقة الشركاء كل بنسبة حصته فيه"؛ قرار رقم 584399، مؤرخ في 2010/05/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010، ص200.



بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية

دون أن يفقد شيئا من متانتهم.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ويضل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض<sup>(1)</sup>.

فهذه المادة تشترط في تعلية الحائط المشترك ما يلي:

- "يجب أن تكون للشريك مصلحة جدية في تعلية الحائط كبناء طابق آخر فوق طبقات

بنائه، شرط أن لا تلحق ضررا بليغا بالغير، وله أن يعليه حتى دون موافقة جاره"<sup>(2)</sup>.

- أن يقوم الشريك بعمل ما يلزم حتى لا يؤثر البناء الناشئ من التعلية على متانة الحائط.

- "كما أنه على الشريك أن ينفق وحده على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم

لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ على التعلية دون أن يفقد شيئا من متانتهم"<sup>(3)</sup>.

"وإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية، فإن الشريك الذي يرغب فيها أن

يعيد بناء الحائط على نفقته، بشرط أن تكون له مصلحة جدية في ذلك وأن لا يلحق

ضررا بليغا، فإذا اقتضى الأمر زيادة في سمك الحائط، فإن ما زاد في سمكه يقع ناحيته

هو بقدر استطاعته، على أن يتم كل ذلك على نفقة الشريك الذي له مصلحة في ذلك،

وإذا اقتضى الأمر أن تكون الزيادة في السمك من ناحية الشريك الآخر كان على من قام

بتعليته أن يدفع تعويضا لشريكه عن ذلك"<sup>(4)</sup>.

---

1 -تقابلها المادة 815 من القانون المدني المصري.

2 -نبيل إبراهيم سعد، ص 108.

3 -المرجع نفسه، ص 108.

4 -المرجع نفسه، ص 109.

وإذا انفرد أحد الشريكين بتعليق الحائط المشترك في الفروض السابقة، أصبح الجزء المعلى ملكا خالصا له، وذلك سواء أتمت التعليق دون تجديد الحائط أو بعد تجديده (1).

فإذا ما أصبح للشريك الآخر حاجة إلى الإفادة من الجزء المعلى، فقد أعطاه القانون حق الاشتراك فيه جبرا على ماله مقابل دفعه نصف نفقات التعليق ونصف قيمة الأرض التي يقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذي قام بالتعليق (2).

## 2 - الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين

تنص المادة 708 من القانون المدني الجزائري على انه: (ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل على جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697) (3).

"وعلى هذا فإن الجار لا يمكن أن يجبر جاره على تحويط ملكه، وإن كان يستطيع أن يجبره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وكذلك ليس للجار أن يجبر صاحب الحائط على الاشتراك فيه، حتى ولو يدفع تعويض مقابل اشتراكه، فمالك الحائط الفاصل المملوك له ملكية خالصة له مطلق الحرية في قبول اشتراك الجار الآخر معه في الحائط أو عدم قبوله" (4).

---

1 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع سابق ص 109.

2 - وهو ما نصت عليه المادة 706 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها نص المادة 816 مدني مصري، بقولها: (يمكن للجار الذي لم يسهم في نفقات التعليق أن يصبح شريكا في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة).

3 - وهذا النص مستمد من المادة 547 من القانون المدني الفرنسي، والتي وضعت أسباب تاريخية، وتقابلها المادة 816 من القانون المدني المصري.

4 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 110.

كما أنه لا يجوز للجار أن يقوم بتعليق الحائط المملوك له بشكل يحجب النور والهواء عن عقار جاره، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه وفقا لمعيار نية الإضرار بالغير، وبالتالي يلزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

كما أن من مظاهر تعسف المالك الشريك للحائط تحميله فوق طاقته من العوارض ما يجعله مهددا، وليس للجار أن يفتح مطلات أو مناور لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما<sup>(1)</sup>.

### ب ( القيود الخاصة بالمطلات والمناور

لما قرر المشرع الجزائري حرية المالك في البناء، بأن يشكله كيفما شاء، وأن يفتح فيه ما شاء من مطلات ومناور للتهوية، فإنه في مقابل ذلك قرر مجموعة من الضوابط والأحكام التي تقيد حقه هذا وتحد من حريته، على اعتبار أن الجار قد يتضرر أحيانا من هذه الفتحات، أو من شأنها مضايقته، ولهذا نجد أن المشرع قد راعى هذا الجانب وأورد قيودا خاصة بالمطلات بالإضافة إلى قيود خاصة بالمناور وذلك في المواد من 709 إلى 711 من القانون المدني.

### 1 - القيود الخاصة بالمطلات

"المطلات هي فتحات يحدثها المالك في ملكه للنظر منها إلى الخارج أو للتهوية أو للإضاءة، كالنوافذ مثلا"<sup>(2)</sup>.

ويمكن تقسيم المطلات إلى مطلات مواجهة، وهي التي تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة، وهذا يفترض أن عقار الجار كله أو بعضه يقع في مواجهة الفتحات فالخارجات عن البناء تعتبر مطلات مواجهة للعقارات المقابلة من أية ناحية من النواحي الثلاث<sup>(3)</sup>، وقد ورد النص عليها في نص المادة 709 من القانون المدني الجزائري.

1 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 81.

2 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 110.

3 - المرجع نفسه، ص 111.

وهناك أيضا المطلات المنحرفة وهي التي لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالانحراف يمينا أو شمالا أو بالانحناء إلى الخارج، إذ يفتح في حائط تكون زاويته مع الحد الفاصل بين العقارين، بحيث يتعين على من ينظر منه إلى ملك الجار أن يلتفت أو ينحني<sup>(1)</sup>، حيث ورد النص عليها في المادة 710 من القانون المدني الجزائري وقيدته المشرع بمسافة 60 سم من ظاهر الحائط أو حافة الشرفة.

كما نجد أيضا المطلات المفتوحة دون مراعاة المسافة القانونية الواردة في نص المادة 709 من القانون المدني، والمقدرة بمترين، وفي هذه الحالة يجوز للجار أن يطلب سده ولو لم يصبه منه أي ضرر، فإذا لم يتم الاعتراض على فتح المطلة لمدة خمس عشرة (15) سنة يكتسب صاحب المطل ارتفاع بالمطل، وذلك شريطة أن يتضمن فتح هذا المطل معنى التعدي على ملك الجار بتحميله عبئا استثنائيا بالمطل عليه دون تقيده بالمسافة القانونية<sup>(2)</sup>.

## 2- القيود الخاصة بالمناور

لم يكتف المشرع الجزائري بالنص على القيود الخاصة بالمطلات فقط بل أورد قيودا خاصة بالمناور أيضا.

"والمناور هي الفتحات التي لا يقصد منها إدخال الهواء بل نفاذ النور دون استطاعة الإطلال منها على العقار المجاور"<sup>(3)</sup>، ولقد ورد النص عليها في المادة 711 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه ( لا تشترك أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد بناؤها. ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور).

1 - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 112.

2 - المرجع نفسه، ص 112.

3- [www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=163461290493432&id=145425378963690](http://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=163461290493432&id=145425378963690)

أما إذا تم فتحها على ارتفاع يقل عن مترين من أرضية الغرفة، فإنه يجوز للجار الاعتراض على ذلك ويمكنه المطالبة بسد الفتحة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/07/28<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا، وجب على الجار احترام المسافة القانونية التي يفرضها المشرع في هذا الشأن، وأن لا يتعسف في استعمال حقه بأن يفتح مطلات سواء أكانت مواجهة أم منحرفة، وإلا أجبر على غلقها بالطريق القضائي بعد رجوع الخبرة إلى المحكمة. وكذلك الأمر بالنسبة للمالك الذي يقوم بفتح المناور دون احترام المسافة القانونية وهي مترين بالنسبة للمطل المواجه وستون (60) سم بالنسبة للمطل المنحرف، ففي هذه الحالة يكون متعسفا في استعمال حقه.

غير أن المشرع المصري قد حدد هذه المسافة بأن تعلوا قاعدة المناور على قامة الإنسان العادي، أو أن يلقي منها مخلفات منزله فتسقط في ملك الجار، حيث يجوز للجار في هذه الحالة المطالبة بسدها<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: القيود الخاصة بممارسة الحق في البناء

لم يكتف المشرع الجزائري بالنص على القيود الخاصة بالملكية ضمن أحكام القانون المدني، بل أورد قيوداً خاصة تقع على حق الملكية في القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير<sup>(3)</sup>، وذلك بضرورة الحصول على رخصة البناء.

- 
- 1 - قرار رقم 188803، مؤرخ في 1999/07/28، الصادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 01، 2000، ص 147، حيث جاء فيه " من الثابت قانوناً أنه لا يجوز للجار أن يكون له جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وأن القرار المطعون فيه الذي أمر بغلق النافذة وبناء جدار يفصل بين الجارين على علو متر بعد التأكد من أن النافذة محل النزاع لها مطل مباشر على منزل المدعى عليه قد طبق القانون تطبيقاً سليماً"، نقلاً عن حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 417.
  - 2 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 83.
  - 3 - قانون رقم 90-29، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر عدد 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.

ويمكن تعريف رخصة البناء على أنها: " رخصة مسبقة وهي إجراء جوهري ينبغي المرور به قبل الشروع في عملية البناء أو التغيير في البناية أو تحويل البناية، فكل هذه العمليات تشترط الحصول على رخصة البناء"<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 02/52 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير السالف الذكر، والتي نصت على أنه: " تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها ولتتمديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية إلى الساحات العمومية ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو للتسيج".

"إن أهمية رخصة البناء كقرار إداري تتجسد في تحقيق غرض مشروع وهو تمكين طالب الرخصة من البناء مع ضمان احترام قواعد التهيئة والتعمير والبناء المنبثقة من السياسة الوطنية للتهيئة والتعمير وذلك بإقامة نسيج عمراني متناسق ولأتم للحياة وخالي من مظاهر البناء الفوضوي"<sup>(2)</sup>.

"كما أن القواعد القانونية المنظمة لإعادة إصدار رخصة البناء تهدف من خلال الشروط والإجراءات التي تقوم عليها إلى ضمان التوازن بين المصلحة العامة باحترام قانون العمران والحفاظ على مقتضياته من جهة، وإلى تحقيق المصلحة الخاصة من خلال تلبية حاجات الأفراد والمؤسسات في مجالات السكن والتجار والصناعة وغيرها"<sup>(3)</sup>.

---

1 - عبد الله لعويجي، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2011/2012، ص 81، نقلا عن محمد جبيري، التأطير القانوني للتعمير في ولاية الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص70.

2 - المرجع نفسه، ص87، نقلا عن كمال تاكواشت، الآليات القانونية للحد من ظاهرة البناء الفوضوي في الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص81.

3 - المرجع نفسه، ص87.

"إن قرار رخصة البناء يشكل ارتفاق أو وثيقة إجماع بين إدارة البلدية وإدارة مديرية التعمير وصاحب المشروع، وعلى هذا يجب الالتزام بما جاء في وثيقة رخصة البناء والمخططات التقنية المصاحبة لها فكل إخلال بذلك يترتب عنه إجراءات عقابية رادعة تمس الأشخاص المخلين بها"<sup>(1)</sup>.

وتحدد المادة 52 من القانون 90-29 السالف الذكر الأعمال التي تستلزم الحصول على رخصة البناء وهي:

- كل تشييد لبنايات جديدة مهما كان استعمالها.

- كل تمديد لبنايات موجودة.

- كل تغيير للبناء يمس الحيطان الضخمة أو الواجهات المفضية إلى الساحات العامة.

- كل إنجاز صلب بقصد التدعيم أو التسييج.

وعليه فإن مباشرة أي عمل من هذه الأعمال قبل الحصول على رخصة البناء من الجهة الإدارية المختصة يجعلها أعمالا مخالفة لأحكام القانون، مما يستوجب معه إنزال العقوبة المناسبة على المخالفين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: التعسف في إنهاء عقد الإيجار التجاري

لما كان المشرع الجزائري يعطي الحق لصاحب المحل التجاري إنهاء العقد دون تجديد، فإنه في مقابل ذلك قيد هذا الحق بضرورة الحصول على تعويض يسمى بالتعويض الإستحقاقى، لكن لدراسة إنهاء عقد الإيجار التجاري في القانون التجاري الجزائري يستوجب التمييز بين مرحلتين، مرحلة ما قبل تعديل القانون التجاري ومرحلة ما بعد تعديل القانون التجاري بموجب القانون التجاري.

---

1 - عبد الله لعويجي، المرجع السابق، ص 88.

2 - المرجع نفسه، ص 90.

أولاً: إنهاء عقد الإيجار التجاري قبل تعديل القانون التجاري سنة 2005

إن الأمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري<sup>(1)</sup> قبل تعديليه أطلق حرية الأطراف في إبرام عقد الإيجار التجاري وإثباته فكان يبرم لمدة محددة أو غير محددة ، شفاهة بمجرد تبادل الإيجاب و القبول ، " و بإفراغه في محرر عرفي أو رسمي ، في حين قيد إنهاءه بجملة من الإجراءات و الشروط القانونية التي فرضها على المؤجر كالتنبيه بالإخلاء، محاولة منه للتوفيق و الموازنة بين ملكية العقار التي تعود للمؤجر و بين ملكية القاعدة التجارية التي يكتسبها مستأجر العقار بتوفر الشروط القانونية فيه"<sup>(2)</sup>.

فعندما يرفض المالك تجديد الإيجار التجاري فإنه كقاعدة عامة يجب عليه أن يؤدي التعويض الإستحقاقي إلى المستأجر التاجر كما هو محدد في المادة 176 من القانون التجاري، ولا يمكنه أن يتحلل من ذلك التعويض إلا إذا كان المستأجر لا تتوفر فيه الشروط القانونية للحق في التجديد أو إذا أثبت ضده المؤجر سبب خطير ومشروع، أو مارس حقه في الاسترجاع لأحد الأسباب المحددة في المواد 182 و 183 و 3/177 من القانون التجاري<sup>(3)</sup>.

وقد نصت المادة 176 على أنه: " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار، غير أنه ينبغي عليه فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في المادة في المادة 177 وما يليها أن يسدد للمؤجر المخلي التعويض المسمى التعويض الإستحقاقي الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد.

---

1 -أمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري، ج.ر. عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2- <http://www.startimes.com/f.aspx?t=32579094>.

3 -محمد خزيط، حق الاسترجاع في الإيجارات التجارية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 143.



ويتضمن على وجه الخصوص التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة، مع ما قد يضاف إلى مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة، إلا أثبت المالك أن الضرر هو دون ذلك "فالعناصر التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض تتوقف على حقيقة الضرر الناتج عن الإخلاء بفقدان العملاء، وفي حالة فقدان القاعدة التجارية أو على الأقل انخفاض جد هام لنشاطه، فإن المؤجر ملزم بأداء تعويض يساوي القيمة السوقية للمحل التجاري مع ما قد يضاف إليها من مصاريف ملحقة"<sup>(1)</sup>.

ولعله يمكن تبرير التعويض الإستحقاقى المقرر في نص المادة 176 من القانون التجاري بتعسف المؤجر في إنهاء عقد الإيجار التجاري دون تجديده، وهو الأمر الذي سيلحق ضررا بالمستأجر، فيقرر هذا التعويض الذي يقدره القاضي لجبر الإضرار الناجمة عن رفض تجديد المحل التجاري، غير أن الأمر لم يستمر هكذا بعد تعديل القانون التجاري سنة 2005.

#### ثانيا: إنهاء عقد الإيجار التجاري بعد تعديل القانون التجاري سنة 2005

في 2005 قام المشرع الجزائري بتعديل القانون التجاري بموجب الأمر 02/05<sup>(2)</sup> وأضاف نص المادة 187 مكرر تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: " يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الإستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك".

إن إنهاء مدة عقد الإيجار الذي أبرم بعد صدور التعديل المؤرخ في 2005/02/06 يجعل من المستأجر الذي يستفيد منه شاغلا دون حق و لا سند و يلهتم بمغادرة الأمكنة

---

1 - محمد خزيط، المرجع السابق، ص 145.

2 - قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق ل 6 فبراير 2005 يتضمن تعديل القانون التجاري.

إذا لم يحصل بينه و بين المؤجر اتفاق بإبرام عقد جديد و ذلك مهما طالت مدة استغلاله لنشاطه التجاري داخل العين المؤجرة ، و لا يلزم المؤجر بتوجيه تنبيه بالإخلاء و لا يعرض تعويض استحقاقه ، وعلى ذلك إذا امتنع المستأجر عن الإخلاء فيمكن للمؤجر طرده باللجوء إلى القضاء عن طريق دعوى أو بالحصول على نسخة التنفيذية لعقد الإيجار<sup>(1)</sup>.

"إن عقد الإيجار التجاري المفرغ في محرر رسمي ينتهي بحلول الأجل المحدد فيه ، فإذا امتنع المستأجر عن إخلاء الأمكنة ، على المؤجر أن يحصل على الصيغة التنفيذية للعقد ثم يمكنه طرد المستأجر من الأمكنة عن طريق المحضر القضائي باستعمال كافة طرق التنفيذ بما فيها الجبرية"<sup>(2)</sup>.

"إن المادة 187 مكرر من القانون التجاري قد غيرت تماما مركز المؤجر بالنسبة للعلاقة التي تربطه بالمستأجر، فبعدما كان هذا الأخير هو الذي يحظى بالحماية القانونية من خلال توسيع نطاق الحماية المقررة لملكيته التجارية، أصبحت الحماية القانونية المقررة للمؤجر على ملكيته العقارية هي من تحظى بالأولوية، والحال أن ما ذلك إلا حق طبيعي له طالما أنه يبقى مالك الشيء المؤجر فلا يعقل بالتالي أن يبقى مقيدا في الإنتفاع بملكه في ظل الوضع الاقتصادي المتحرر التي أصبحت تسير عليه الجزائر"<sup>(3)</sup>.

ويترتب على ممارسة حق الاسترجاع بدون أي إجراء ولا أي تعويض ان المستأجر-في حالة رفضه الإخلاء- أن المؤجر يصبح غاصبا للعين المؤجرة وحائز لها دون أي سند قانوني، واعتبارا لكون عقود الإيجار الرسمية التي يحررها الموثقون تحوز قوة السند التنفيذي فإنه يكون المستأجر في غير حاجة إلى لاستصدار حكم قضائي لإلزام المستأجر بإخلاء العين المؤجرة<sup>(4)</sup>.

1- <http://www.startimes.com/f.aspx?t=32579094>

2- <http://www.startimes.com/f.aspx?t=32579094>

3 - محمد خزيط، مرجع سابقن ص151.

4 - المرجع نفسه، ص154.

إنه من الواضح أن حماية المستأجر قد تراجعت على حساب الحماية المقررة للمؤجر، فإذا كان رفض تجديد الإيجار التجاري قبل تعديل القانون التجاري سنة 2005 مقرون بضرورة منح تعويض استحقاقى على أساس تعسف المؤجر في إنهاء عقد الإيجار، فما مدى إمكانية حماية المستأجر طبقاً للقاعدة العامة للتعسف في استعمال الحق؟. إنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 187 مكرر الجديدة نجدها أوردت عبارة " ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك" ، وإن هذا النص يوحي أن المشرع يخضع إرادة إبرام العقد لحرية الأطراف، ويترك مسألة التنبية بالإخلاء والتعويض الاستحقاقى إلى حرية الأطراف المتعاقدة.

وإذا لم يتفقوا على هذا التعويض في العقد فلا ضرورة للمطالبة به عند رفض تجديد المحل التجاري أي يمكن للمتعاقدين الاتفاق على الإعفاء من التعويض الاستحقاقى. إذن فالطبيعة القانونية للتعويض الاستحقاقى -حسب رأينا- لم تعد قائمة على التعسف في استعمال الحق بل على أساس إتفاق الأطراف، ولم يعد التعويض يتصف بالإلزام كما كان منصوصاً عليه سابقاً إلا إذا اشترطه الأطراف المتعاقدة والأمر نفسه بالنسبة للتنبية بالإخلاء وبالتالي فإن الحماية المقررة من التعسف في استعمال الحق لم تعد تشمل إنهاء عقد الإيجار التجاري ورفض تجديده، وحبذا لو أن المشرع الجزائري ترك الأمر كما كان عليه سابقاً، إذ لا يمكن التنبؤ عادة بالأحداث التي ستقع في المستقبل لو أن المستأجر تغاضى عن اشتراط التنبية بالإخلاء والتعويض الاستحقاقى، فقد يلحق هذا خسارة بالمستأجر.

## **المطلب الثاني: الحماية من التعسف في استعمال الحق في مجال**

### **الأحوال الشخصية والحقوق الإجرائية**

لم يقتصر التطبيق التشريعي لنظرية التعسف في استعمال الحق على علاقات الجوار فقط كما كان معمولاً به في الشرائع القديمة كما ذكرنا في الفصل الأول، فقد صرنا نلمس

في جل التشريعات المعاصرة وعلى غرار التشريع الجزائري، تطبق نظرية التعسف في استعمال الحق في مختلف الجوانب، أي سريان هذه النظرية على كافة أنواع الحقوق بصفة عامة.

ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قد طبق الحماية من التعسف في استعمال الحق في مجال الأحوال الشخصية (فرع أول)، وامتد تطبيقها ليشمل الحقوق الإجرائية (فرع ثاني).

### الفرع الأول: الحماية من التعسف في استعمال الحق في مجال الأحوال الشخصية

لقد قلنا أن الحماية من التعسف في استعمال الحق امتد تطبيقها لجميع الحقوق بما فيها مجال الأحوال الشخصية، ولهذا سنطرق إلى التعسف في حق العدول عن الخطبة (أولاً)، ثم إلى التعسف في حق الطلاق (ثانياً).

#### أولاً: التعسف في حق العدول عن الخطبة

وفي هذا الصدد سنحاول فهم معنى العدول عن الخطبة (أ)، ثم بعدها سنتطرق إلى صور العدول عن الخطبة (ب).

#### أ ( المقصود بالعدول عن الخطبة

"اتفقت تعريفات الفقهاء للخطبة على أنها التماس النكاح، وهذا المعنى يطابق المعنى اللغوي الذي يعني طلب المرأة للزواج؛ فالخطبة هي طلب الرجل الزواج من امرأة صالحة للعقد عليها بأن لا تكون أما أو أختاً له، خالية من الموانع الشرعية التي تحول دون إبرام العقد، وذلك سواء بالتصريح أو بالتلميح" (1).

---

1 - عبير ربحي شاعر القنومي، مرجع سابق، ص 63.

"ومن ذلك نرى أن الخطبة ليست عقدا شرعيا، بل هي وعدا بعقد" (1)، وهي مقدمة ضرورية تسبق العقد الشرعي يتمكن من خلالها كلا الخاطبين أن يتعرف أحدهما بالآخر، واختبار مشاعره ومدى إمكانية التعايش بينهما.

"ويعرف العدول عن الخطبة على أنه تراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة وفسخها بعد تمامها وحصول الرضا والقبول، فحق العدول ينشأ عن كون الخطبة وعد غير ملزم بالزواج وهو أمر مشروع إذا كانت له مسببات شرعية وعقلانية، فالمقصود هنا العدول التعسفي أو العدول الذي ينتج عنه ضرر لأحد الخاطبين" (2).

ولقد ورد في نص المادة 05 من قانون الأسرة ما يلي:

( الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم

له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة

ما لم يستهلك منه أو قيمته.

---

1 - نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في مدى إلزامية هذا الوعد، فمنهم من اعتبر أن الخطبة وعد ملزم يجب

الوفاء به وذلك استنادا إلى ما ورد في الشريعة الإسلامية من ضرورة الوفاء بالوعد والحث عليه مثل قوله تعالى: "

واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادقا الوعد وكان رسولا نبيا" مريم، الآية 2-3 .

غير أن هناك من اعتبرها وعد غير ملزم وذلك استنادا إلى أن الوعد غير ملزم عند جمهور الفقهاء، وعليه تعتبر

الخطبة وعد بالزواج غير ملزم كذلك، لأنها ليست إلا تمهيدا للزواج وهي ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الخطبة وعد بالزواج في نص المادة 5 من قانون الأسرة، مع إقراره بجواز العدول عن الخطبة.

2 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 36.

إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته (1).

يتضح من هذه المادة أن الخطبة تعتبر وعدا بالزواج لكن هذه الطبيعة غير ملزمة، وهو النهج الذي سارت عليه أغلب التشريعات الحديثة.

وهو ما قرره القضاء الجزائري في جواز العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج وليست زواجا شرعيا ولا عقدا ملزما.

### ب ( صور العدول عن الخطبة

إن صور العدول عن الخطبة هي تأخير فسخ الخطبة، واستعمال حق العدول بدون سبب مشروع.

### 1 - تأخير فسخ الخطبة

لما كان العدول عن الخطبة حقا مقرا بموجب القانون، فإنه لا يجب على كلا الطرفين استعمال هذا الحق بقصد الإضرار بالطرف الآخر أو قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة...

"إن كلا الطرفين في الخطبة يعلم مسبقا أن حق العدول مقرر شرعا، فكان لزاما عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر وليس فيه اعتداء على حق أحدهما، إلا أنه لا يجب أن يتعارض حق العدول مع استعمال هذا الحق، فمن يخطب فتاة وتدوم الخطوبة لفترة طويلة، كان يؤكد لها أنه سيتزوجها ويعيش معها حياة طويلة معتذرا لها عن التأخير في إتمام الزواج بسبب حلته المادية وغيرها من الأعذار، مما أبعد فكرة العدول عن الأذهان وبعدها صدر العدول من الخاطب، والذي يعتبر إيذاء لعواطف المخطوبة ومساسها بسمعتها مما يتسبب في عزوف الخاطبين عنها، فتصرفه هذا موجب للمسؤولية لأنه أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة ولو لم يكن يقصد إيذاءها" (2).

1 - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ، الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 م، يتضمن قانون الأسرة معدل ومنتم.

2 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 38.

## 2 - العدول عن الخطبة بدون مبرر

"إنه لا يجب على كل من الطرفين استعمال حقه في العدول عن الخطبة بدون مبرر، وذلك على أساس وعد يلزم طرفيه ببذل جهد لإتمام الزواج، إلا أن هذا الحق يُعطى لكل من الخاطبين، لكن لا يجب أن يكون استعماله على وجه الإساءة، فهو يعتبر في هذه الحالة تعسفا في استعمال الحق"<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإن العدول عن الخطبة بدون مبرر سبب جدي هو من قبيل التعسف في استعمال الحق، لأن الناس عادة يعلمون بالخطبة ويرتكنون إليها، فينصرف عن المخطوبة من من يفكر في الزواج، كأن يسافر الخاطب إلى بلد أجنبي لطلب العلم ومكث عدة سنوات، التقى خلالها بأجنبية من ذلك البلد وتزوج بها وفسخ الخطبة الأولى، فالعدول قد وقع هنا بدون سبب معقول، ونتج عنه تفويت فرصة الزواج التي كانت متوافرة للخطيبة، فكثرت الظنون السيئة مما يؤدي إلى تعطيل المصلحة الأساسية التي أعطها الله لها، وللعُدول هنا ضرب من الإخلاف بالوعد، والذي أدى بالحق ضرر بالغ بالطرف الآخر ولو كان مجردا عما يلابسه من أفعال ضارة، وعليه فإنه يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عنه، لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق<sup>(2)</sup>.

"وبذلك فإن مُنح للطرفين الحق في العدول عن الخطبة، فلا يبرر ذلك استعمال الحق

على وجه ضار بباعث غير مشروع، أو قصد سيئ لإلحاق الأذى بالغير تحت ستار الحق، لأن الحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة لإلحاق الأذى بالغير، بل شرع لمصلحة جدية مشروعة ومعقولة تحقق غرضا اجتماعيا وإنسانيا"<sup>(3)</sup>.

---

1 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 37، نقلا عن فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة

والقانون، مرجع سابق، ص 07.

2 - المرجع نفسه، ص 37، نقلا عن فتحي الدريني، بحث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1994، ص 523.

3 - المرجع نفسه، ص 38، نقلا عن جميل فخري محمد حاتم، مرجع سابق، ص 238.

ويتم التعويض عن العدول عن الخطبة في حالة حدوث ضرر استنادا إلى أحكام المادة 124 من القانون المدني، وطبقا لنص المادة الخامسة من قانون الأسرة التي أقرت للطرف المتضرر من جراء العدول إذا لم يكن العدول منه حق استرداد الهدايا، على أنه لا يحق للطرف الذي بادر بالعدول استرجاع الهدايا كون هذا الأخير قد تعسف في حقه.

### ثانيا: التعسف في حل الرابطة الزوجية

سننتقل إلى التعسف في حق الطلاق (أ)، ثم إلى التعسف في حق المخالعة (ب).

#### أ ( التعسف في حق الطلاق

اتفقت تعريفات الفقهاء للطلاق على أنه "رفع قيد النكاح وحله، سواء وقع بألفاظ مخصوصة عما في الصريح، أو بكناية تحتاج إلى النية، أو هو رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص، وهو ما اشتمل على مادة "طلق" صراحة أو كناية"<sup>(1)</sup>. ويقصد بالطلاق التعسفي، مناقضة فصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص<sup>(2)</sup>.

وينقسم الطلاق إلى طلاق رجعي هو الذي يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته وإعادتها إلى الزوجية ما دامت في العدة، وطلاق بائن وهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته في العدة وهو نوعان الطلاق البائن بينونة صغرى هو الطلاق الذي يستطيع المطلق أن يراجع مطلقته فيه بعد إنتهاء عدتها، و الطلاق البائن بينونة كبرى وهو الطلاق الذي يكون المطلق قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده ويدخل بها، فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول وانتهت عدتها جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد<sup>(3)</sup>. ويشترط لوقوع الطلاق أن يكون المطلق عاقلا، وأن يقع الطلاق من الزوج أو نائبه، وأن يقع الطلاق باللفظ وإلا فبالإشارة المفهمة من العاجز عن النطق، وأن يكون الزوج بالغا وأن يكون مختارا لا مكرها<sup>(4)</sup>.

1 -عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص 179.

2 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص33، نقلا عن جميل فخري محمد حاتم، مرجع سابق، ص 196.

3- <http://www.startimes.com/f.aspx?t=32307325>

4 -عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص 179.



وقد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، ولذلك أتيح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها، وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع والضرب بغرض التأديب ومحاولة الصلح، فإذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها أمكن له استعمال حقه في الطلاق، وعليه فإن الشريعة الإسلامية وإن أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناءً على مبررات شرعية، وإلا أعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق.

ولقد نص المشرع الجزائري على حق الطلاق في نص المادة 48 من قانون الأسرة بقوله:

(مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في نص المادتين 53 و 54 من هذا القانون).

إن المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات المقارنة، لم يمنع الزوج من أن يطلق زوجته حتى بدون مبرر أو سبب معقول، لأن العصمة بيد الرجل، إلا أنه قد أقر بإمكانية تعويض المطلقة في حالة ما إذا تعسف الرجل في حقه في الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة 52 المعدلة<sup>(1)</sup> بنصها على ما يلي:

( إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

حيث تشير هذه المادة بوضوح إلى حماية المطلقة من تعسف الرجل في ممارسة حق الطلاق، وتقدير الطلاق التعسفي من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

1 - عدلت بموجب الأمر 05-02، مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. عدد 15، مؤرخة في 28 فبراير 2005، ص21.

إن المشرع الجزائري لم ينص على الحالات التي يعتبر فيها الطلاق تعسفيا ولهذا  
وجب الرجوع إلى الفقه لتعداد صور الطلاق التعسفي، غير أننا سنقتصر على أشهر  
الحالات التي تطرق إليها الفقهاء.

ومن صور الطلاق التعسفي نجد مايلي:

- الطلاق في الحيض: "وتطبيق التعسف فيه يتمثل في رغبة الزوج بتطويل العدة  
فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة، وقد أجمع الفقهاء على تحريم  
طلاق الحائض بغير رضاها"<sup>(1)</sup>.

- طلاق الثلاث بلفظ واحد: "ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج  
من الحكمة المقصودة من التفريق في الطلاقات الثلاث، فقد يتعجل البعض ويوقع الثلاث  
بكلمة واحدة، كأن يقول " أنت طالق ثلاثا"، أم في وقت واحد كأن يقول: " أنت طالق،  
طالق، طالق"<sup>(2)</sup>، حيث يعتبر هذا النوع من الطلاق من قبيل الطلاق التعسفي، على  
اعتبار أنه كان بإمكانه يتأنى في ذلك ويوقع طلقة واحدة فقط، ويفسح المجال بالتالي  
لعودة الرابطة الزوجية من جديد في حالة ما إذا وقع طلع، وبالتالي فإن إيقاع الطلقات  
كلها في آن واحد يغلق المجال أمام إمكانية التصالح خلال فترة العدة.

---

1 - سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 33، نقلا عن المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، (دراسة  
مقارنة)، دار هومة، الجزائر، د.س.ن، ص 125.

2 - غير أن طائفة من الخلف والسلف مثل الزبير ابن العوام وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود وابن عباس وغيرهم،  
يروون أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع مرة واحدة فقط، في حين ذهب بعض الشيعة والجعفرية أن الطلاق بلفظ الثلاث لا  
يقع أصلا.

وحسب رأي المالكية والحنفية والحنابلة وغيرهم فإن طلاق الثلاث بلفظ واحد مكروه، غير أنه يقع ثلاثا كما أوقعه المطلق، واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى: (الطلاق مرتان فإمساككم بمجرؤف أو تسريح بإحسان)<sup>(1)</sup>.

"ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أنها دلت على أن الله سبحانه وتعالى وسع على عباده بأن جعل لهم فسحة في الطلاق مرة بعد مرة، فمن ضيق على نفسه ولم يفد من هذه النعمة فإن الطلاق يلزمه"<sup>(2)</sup>.

"إن الطلاق يُعدّ من الحقوق التي منحت للرجل، يستخدمه إن اضطر إليه بعد محاولات الإصلاح وإعادة الوفاق، وإن إيقاعه بلفظ واحد ينهي ذلك حقا أمر به الله تعالى بإجرائه على فترات ومراحل، فإن ذلك فيه مناقضة للقصد من تشريع الطلاق، و المناقضة هنا تعسف، وكان الأولى بالزوج وقد عزم الطلاق لأسباب نفسية أن يطلق على فترات العدة في الطهر الذي لا جماع فيه، لا أن يجمع الطلقات"<sup>(3)</sup>.

- طلاق المريض مرض الموت: مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت، وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا يزيد عن سنة، أو هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن القيام

بواجباته ويترب عليه شرعا تغيير بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته<sup>(4)</sup>.

---

1 -البقرة، الآية، 229.

2 -عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 212.

3 -المرجع نفسه، ص 223.

4 -العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 272؛ وفي هذا الصدد تنص المادة 01/408 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ( إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقر به باقي الورثة).

"والأصل في تصرف المريض أنها نافذة كالصحيح مادام الشخص واعيا مدركا لما يدور حوله ويقدر الآثار وترتيب النتائج عن تصرفاته، حتى إذا صدرت منه تصرفات مجحفة بالغير مَصْرَة بهم - عن قصد أو دون قصد - كتبرعه بماله كله أو بيعه بمحابة أو تطليقه لزوجته، وهو ما يهمننا في هذا المجال أو كما يسمى طلاق الفار لحرمان زوجته من الميراث" (1).

"فإذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقا بائنا لا يملك عودتها فيه بأن أكمل الطلاقات الثلاث، فإن كانت غير مدخول بها، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنها لا تترث لأنه لا عدة لها، ولكن لها نصف الصداق، غير أن المالكية والحنابلة والإباضية يرون أنها تترث لأنه فار في طلاقها للإضرار بها" (2).

أما بعد الدخول فيرى المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم أنها تترث إذا مات وهي في العدة .

هذا ويشترط الفقهاء لاعتبار المريض مرض الموت فارا من إرث زوجه توافر خمسة شروط هي:

- أن يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا، لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما سواء كان برضاها أو بغير رضاها مادامت في العدة.
- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو بعد الخلوة لا يُستحق الميراث لعدم تحقق الفرار منه.
- أن يموت المطلق والمطلقة في العدة، فلو مات بعد انتهاء العدة لا تترثه لانقطاع الزوجية وآثارها.
- أن يكون طائعا مختارا غير مكره (3).

1 - عبير رحي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص 227.

2 - المرجع نفسه، ص 230.

3 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 229.

غير أننا نجد أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص بخصوص طلاق المريض مرض الموت، وعليه يستوجب تطبيق الفقه المالكي في هذا المجال ، والذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت ولو انقضت عدتها وتزوجت بغيره ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث<sup>(1)</sup>.

### ب) التعسف في حق الخلع

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة، حيث يعتبر المنفذ الشرعي والقانوني الوحيد الذي تتمسك به في حالة بغضها لزوجها، فهي إما أن تتفق مع زوجها وتأخذ ذمتها منه، وإما أن يحكم القاضي بصداق المثل دون ضرر لأي أحد من الزوجين<sup>(2)</sup>. ويعرف الخلع على انه: "طلاق على مال بلفظ خاص، ولهذا عرفوه" إزالة ملك النكاح ببذل، بلفظ "الخلع" أو ما في معناه كالمبارأة"<sup>(3)</sup>.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى الخلع في نص المادة 54 من قانون الأسرة حيث نصت المادة على مايلي:

"يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

فإذا كان الخلع من بين الطرق الشرعية التي تمنح للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية

---

1 - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 230.

2 - علي هشام يوسفات، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009، ص6.

3 - المرجع نفسه، ص71.

وفق الآليات المذكورة آنفا، ومنتفت أسباب التطلق والطلاق بأن تعسف الزوج في ابقائه للزوجة ظلما وعدوانا، ومثل ذلك إذا كرهت الزوجة زوجها دون أن يبادلها الكره، وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها، أو إذا انتقت أسباب التطلق المحصورة في نص المادة 53 من قانون الأسرة، إلى غير ذلك من أسباب الخلع.

غير أن الزوجة أحيانا تتعسف في استعمال هذا الحق، وإن كان الشرع والتشريع أجمعا على أحقية الخلع بالنسبة للزوجة، فلا يحق لها أن تستعمله في غير مجاله الشرعي والتشريعي، حيث أن المستأثر بالحق عليه أن يستعمله استعمالا في محله<sup>(1)</sup>، ولهذا فلا يحق للزوجة أن تطلب الخلع لأتفه الأسباب، لأنه إذا قلنا أن الزوج بإمكانه أن يتعسف في استعمال حقه في الطلاق، فإنه في مقابل ذلك يمكن للزوجة أيضا أن تتعسف في استعمال حقه في الخلع، وذلك قياسا على معايير التعسف الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني.

### الفرع الثاني: الحماية من التعسف في مجال الحقوق الإجرائية

لم يكتف المشرع الجزائري بإقرار الحماية من التعسف في استعمال الحقوق الموضوعية فقط، بل وسع من مجال الحماية ليشمل الحقوق الإجرائية أيضا، فطبق نظرية التعسف في مجال حق اللجوء إلى القضاء على اعتبار أن الشخص يمكن أن يرفع دعوى ليس الغرض منها إلا الإضرار بخصمه، كما طبقها أيضا في حق ممارسة الطعن القضائي.

### أولا: التعسف في حق رفع الدعوى القضائية

يعرف جمهور الفقهاء الدعوى بأنها الوسيلة التي حولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته<sup>(2)</sup>.

---

1 - علي هشام يوسفات، مرجع سابق، ص 103.

2 - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 23.

"فالدعوى وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق، فهي الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، فبدونها يقف القضاء ساكنا مهما شاهد من إخلال بالمراكز القانونية للأفراد أو في المجتمع بصفة عامة، وهي وسيلة حماية الحق أي أنها الوسيلة الوحيدة التي استعويض بها عن الانتقام الفردي، وإن كانت هناك وسائل أخرى لحماية الحق، إلا أن الدعوى هي أهم الوسائل القانونية وأكملها في حماية الحقوق لما لها من طابع عام، فلكل الأفراد أن يلجؤوا إليها في كل الحالات التي يُعتدى فيها على حقوقهم، هذا فضلا عن الضمانات التي أحاط بها المشرع استعمال الدعوى مما جعلها أوفى المسائل حماية للحق من باقي المسائل"<sup>(1)</sup>.

غير أن ممارسة هذا الحق ليس متروكا على إطلاقه وإنما يستوجب توافر شروط، وهذه الشروط منصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup>، حيث تنص المادة 13 على ما يلي: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون".

فيشترط إذن لرفع الدعوى ضرورة توافر الصفة والمصلحة، وهذه الأخيرة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من التجائه للقضاء فهذه المنفعة هي الدافع لرفع الدعوى وهي الهدف من تحريكها<sup>(3)</sup>.

"إن القاعدة التي تنص عليها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي من القواعد الأصولية المسلم بها في الفقه والقضاء، ويعبر عن هذه القاعدة بأنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة إذ أن المصلحة هي هدف رافع الدعوى، أما إذا كانت لا تعود عليه بفائدة فلا تقبل دعواه، فمثل هذه الدعاوى غير منتجة بل تعتبر دعاوى كيدية"<sup>(4)</sup>.

1 -نبيل صقر، المرجع السابق، ص23.

2 -قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23 فبراير 2008.

3 -نبيل صقر، المرجع السابق، ص23

4 -المرجع نفسه، ص47.

إن غياب المصلحة في رفع الدعوى أو إذا كانت هذه المصلحة تافهة مقارنة بالضرر الذي سيحصل للغير، بمعنى أن الضرر الذي سينشأ للغير أكبر من الفائدة المرجوة من وراء استعمال الحق في رفع الدعوى، أو إذا كنت نية صاحب الحق في الدعوى تتجه إلى نية الإضرار بخصمه لا غير، فإن هذا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق في الدعوى، وبالتالي لا تحظى بالقبول من طرف القاضي.

### ثانياً: التعسف في حق الطعن القضائي

لم يكن المشرع الجزائري في يكرس الحماية من التعسف في استعمال الحق في الطعن في قانون الإجراءات المدنية القديم، لكنه تدارك هذا الأمر في القانون الجديد وأصبح يكرس الحماية من التعسف في طرق الطعن العادية وغير العادية.

#### أ) التعسف في استعمال طرق الطعن العادية

طرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف<sup>(1)</sup>، والمعارضة هي طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية<sup>(2)</sup>، ونصت عليها المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأما الاستئناف فهو طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، يرفع إلى محكمة أعلى درجة من بين محاكم الدرجة الثانية بهدف تعديل الحكم أو إلغائه<sup>(3)</sup>، فالاستئناف يعتبر المظهر العملي لمبدأ التقاضي على درجتين لأنه يرمي إلى عرض النزاع مجدداً على محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه<sup>(4)</sup>، وقد تحدث عنه المشرع الجزائري في المادة 332 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ومن بين الشروط التي تشترط في الاستئناف نجد شرط المصلحة، أي أن يهدف الطاعن من

---

1 - المادة 313 من الأمر 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمر سابق.

2 - بشير محمد أمقرن، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008، ص314.

3 - نبيل صقر، مرجع سابق، ص334.

4 - بشير محمد أمقرن، المرجع السابق، ص316.



وراء طعنه إلى تعديل الحكم أو إلغائه، ويأتي هذا الشرط تطبيقاً لقاعدة رومانية قديمة تقضي بأن " المصلحة مناط الدعوى" ومفاد هذه القاعدة أنه لما كان الحق غير موجود بدون مصلحة، ولما كانت الدعوى هي الوسيلة لحماية هذا الحق فإن الدعوى لا يمكن أن توجد بغير مصلحة، وهو ما تشترطه المادة 13 من هذا القانون، فالمبدأ إذن هو أنه " حيث لا مصلحة فلا دعوى" فإذا لم تكن هناك مصلحة في تعديل الحكم أو إلغائه فلا يقبل طعنه<sup>(1)</sup>.

ولهذا نجد المادة 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على ما يلي:  
( يجوز للمجلس القضائي إذا تبين له أن الاستئناف تعسفي أو الغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه، أن يحكم على المستأنف بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار ( 20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها للمستأنف عليه).

واضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري في القانون الجديد أصبح يكرس الحماية من تعسف صاحب الحق في الاستئناف، بأن فرض عليه غرامة إذا ما هو استعمل حقه لأجل إلحاق الضرر بالمستأنف عليه، ومن جهة أخرى لأجل التخفيف على المحاكم من الطعون التي لا ترمي إلى تحقيق المصلحة المرجوة من وراء الطعن، مما يشكل عقوبة ردعية للأشخاص حتى لا يخرجون عن الغرض التي شرع من أجله الحق في الاستئناف.

### ب ) التعسف في استعمال طرق الطعن غير العادية

طرق الطعن غير العادية هي الطعن بالنقض، والتماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

### 1 - التعسف في استعمال الطعن بالنقض

"الطعن بالنقض هو طريق طعن غير عادي مفتوح للأطراف وفي بعض الحالات للنيابة العامة، ويرمي في النظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة عنها"<sup>(1)</sup>، فالأصل أن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد

1 -نبيل صقر، مرجع سابق، ص 355.

به إعادة طرح النزاع أمام محكمة النقض للفصل فيه من جديد كما هو الحال بالنسبة للاستئناف، وإنما تقتصر سلطة المحكمة العليا على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أماها دون أن تفصل في موضوعه<sup>(1)</sup>، حيث يكون الطعن بالنقض وفقا للأسباب المقررة في نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وكما هو الحال بالنسبة للطعن بالاستئناف نجد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يقيد حق ممارسة الطعن بالنقض ويورد نص 377 للحديث عن الغرامات التي تقرضها محكمة النقض في حالة ما إذا ثبت لديها أن الطعن تعسفي، حيث نصت المادة على مالي: ( يجوز للمحكمة إذا رأت أن الطعن تعسفي أو الغرض منه الاضرار بالمطعون ضده، أن تحكم تحكم على الطاعن بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار ( 20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها للمطعون ضده).

## 2 - التعسف في الطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

"اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو طريق طعن غير عادي يجوز مباشرته من طرف كل شخص يكون قد لحقه ضرر سببه له حكم صادر في خصومة لم يكن طرفا فيها"<sup>(2)</sup>، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 380 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وحتى يقبل إعتراض الغير الخارج عن الخصومة يجب أن يكون للطاعن مصلحة في ذلك، ولا يشترط صراحة وقوع الضرر، ولكن المصلحة ترمي إلى سحب حكم سبب ضررا لمن يستعمل طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بل ويجيزه الفقه حتى ولو كانت المصلحة معنوية أو كان الضرر محتملا فقط<sup>(3)</sup>.

1 - نبييل صقر، مرجع سابق، ص 355.

2 - محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 216.

3 - المرجع نفسه، ص 2018.

غير أن هذه المصلحة قد تكون تافهة بالنسبة للضرر الذي سيحصل للغير، أو يكون الغرض منه استعمال حق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ليس إلا إلحاق الضرر بالغير، ولهذا نجد المشرع الجزائري، قد قرر عقوبة تأديبية على كل من يستعمل هذا الطريق في الطعن لغير الغرض الذي خصص له، فتنص المادة 388 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: ( إذا قضي برفض اعتراض الغير الخارج عن الخصومة جاز للقاضي الحكم على المعارض بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار ( 20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم.

وفي هذه الحالة يقضي بعدم استرداد مبلغ الكفالة).

### 3 - التعسف في الطعن بالتماس إعادة النظر

"التماس إعادة النظر هو طريق طعن غير عادي في الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف" (1)، "ويهدف إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من حيث الوقائع والقانون" (2)، وذلك وفقا للأسباب المقررة في نص المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون المحكمة المختصة بالنظر فيه هي ذاتها المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه.

وقد فرض المشرع غرامة على كل شخص طعن بهذا الطريق وخسر دعواه، وذلك في نص المادة 397 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص على ما يلي:

( يجوز للقاضي الحكم على الملتمس الذي خسر دعواه بغرامة مدنية من (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها. وفي هذه الحالة تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 388 أعلاه).

1 - محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 222.

2 - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 396.

واضح من هذه المادة أنها تفرض هذه الغرامات التأديبية للحد من الممارسات التعسفية التي ينجر عنها استعمال الحق في الطعن القضائي بالتماس إعادة النظر، مع عدم استرجاع الكفالة في حالة أن خسر الطاعن دعواه، ولهذا يستوجب بناء الطعن بهذا الطريق على أسباب جدية، ويجب أن يكون الطاعن متأكدا من صحة الأسباب التي بنا عليها طعنه، وإلا كان عرضة للغرامة المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر.

إن فرض مثل هذه الغرامات يشكل عقوبة ردعية للحد من بعض الطعون التي لا طائل من ورائها سوى عرقلة تنفيذ الحكم كما في الطعن بالاستئناف مثلا، فتعد بمثابة إنذار وتحذير من الطعن التعسفي من جهة، وتخفيفا على القضاء حتى لا يتجشم عناء الفصل في مثل هذه الطعون والدعاوى، ولذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري يكرس الحماية من التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، ولم يكتف بتكريس الحماية من التعسف في ممارسة الحقوق الموضوعية فقط.

### **المبحث الثاني: الحماية القضائية من التعسف في استعمال الحق**

إن عمل السلطة القضائية كما هو معروف هو تطبيق النصوص القانونية، أي تكييف الوقائع و إسقاط النصوص القانونية عليها، إذ للقضاء الدور البالغ في حماية الحق بحد ذاته أو الحماية من الاستعمال التعسفي للحق، وذلك عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية التي يرفعها المتضرر من أجل طلب الحماية القضائية وجبر الأضرار الناتجة عن التعسف في استعمال الحق، حيث يوقع القاضي جزاءات على المتعسف في استعمال حقه أو منعه من ممارسة حقه إذا كان ينطوي على تعسف.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث دعوى المسؤولية التقصيرية وسيلة لتعويض الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق (مطلب أول)، ثم إلى جزاء التعسف في استعمال الحق (مطلب ثاني).

## المطلب الأول: دعوى المسؤولية التقصيرية وسيلة لتعويض الضرر

### النتائج عن التعسف في استعمال الحق

تعد الدعوى القضائية وسيلة من وسائل حماية الحق، والمطالبة بالأضرار الناجمة من جراء الأخطاء التي يرتكبها الغير، ولما كان التعسف في استعمال الحق عملاً ينشئ ضرراً للغير، كان من حق المضرور المطالبة بتعويض الضرر الناتج عنه، وقد سبق وأن قلنا أن التعسف في استعمال الحق ماهو إلا المسؤولية التقصيرية يوجب التعويض، ولكن أساس هذا التعويض -فيما يبدو- قد اختلف فيه الفقهاء، كما أن هناك شروطاً يجب توافرها حتى يُستحق هذا التعويض.

ولهذا سنبحث في هذا المطلب عن الأساس المعتمد في التعويض عن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق (فرع أول)، ثم إلى شروط التعويض عن هذه المسؤولية (فرع ثاني).

### الفرع الأول: أساس التعويض عن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في

#### استعمال الحق

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس الذي من خلاله يتم التعويض عن المسؤولية التقصيرية، وبالتالي انعكاس هذا الاختلاف على القضاء.

فكان الخطأ في البداية هو أساس لتعويض الضرر الناتج عن المسؤولية التقصيرية (أولاً)، ثم تراجعت هذه الفكرة على حساب نظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان (ثانياً)، كما أن للمشرع الجزائري موقف من الأساس المعتمد في التعويض (ثالثاً).

#### أولاً: الخطأ كأساس لتعويض الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق

سبق وأن قلنا في الفصل الأول أن الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق هو الخطأ، أي أن أساس التعسف في استعمال الحق هو ذاته أساس المسؤولية التقصيرية رغم رفض بعض الفقهاء هذه الفكرة.

وسنتطرق هنا إلى المقصود بالخطأ (أ)، ثم إلى تبيان أركان الخطأ (ب).

## أ) تعريف الخطأ

يمكن تعريف الخطأ على أنه: "إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال، فهو إخلال بالتزام قانوني، أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للرجل العادي" (1).

"ولا يكفي مجرد وقوع السلوك المنحرف أو الخاطئ لقيام المسؤولية، بل يجب أن يكون من أتى هذا السلوك مميزا ومدركا لفعله، فالإدراك أو التمييز أمر لازم لقيام مسؤولية الإنسان عن فعله الشخصي" (2).

وقد قلنا في الفصل الأول أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، ومن ثم فإن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية، والمعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ. وهو الشخص المعتاد الذي لا يستعمل حقه بنية الإضرار بالغير، والذي لا يستعمل حقه تحقيقا لمصلحة تافهة هي أقرب إلى المصلحة الوهمية التي لا وجود لها. كما أن الشخص العادي لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع (3).

إلا أن فكرة الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في استعمال الحق قد لقيت انتقادات كثيرة من بينها أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلا، أما الفعل في المسؤولية الناتجة عن التعسف فهو مشروع في الأصل لأنه استعمال للحق.

## ب) أركان الخطأ

ذكرنا سابقا أن الخطأ هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف، وعليه فإن الخطأ ينهض على عنصرين هما العنصر المادي، وهو الانحراف أو التعدي (la culpabilité) والعنصر المعنوي وهو الإدراك (le discernement ou l'imputabilité)

1 - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 63.

2 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 525.

3 - العربي بلحاج، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 134.

## 1 - العنصر المادي للخطأ (التعدي)

"يتمثل العنصر المادي للخطأ في التعدي، وهو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي"<sup>(1)</sup>.

ففي التعسف في استعمال الحق يتحقق الركن المادي للخطأ عندما يقوم صاحب الحق باستعمال حقه بقصد الإضرار بالغير أو عندما تكون مصلحته قليلة الأهمية بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، نظرا لعموم نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، حيث أن المشرع يضيف الخطأ على الحالة الثانية والثالثة أيضا من المادة السابقة.

"وهذا العنصر هو عنصر موضوعي، وهو أن يسلك المرء مسلكا لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي، أو أن لا يفعل ما كان ينبغي أن لا يفعله الرجل العادي، والرجل العادي هنا ينبغي أن يقاس بالرجل العادي من طائفته أو من طبقتة أو من جنسيته، فالطبيب العادي مثلا هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين ولا من الخاملين المهملين"<sup>(2)</sup>.

"والمعيار الموضوعي لا يتغير من شخص إلى آخر، ولا يتعلق بالأمر الخفية المتصلة بشخص المعتدي، بل هو مقياس ثابت بالنسبة إلى جميع، فننظر إلى المألوف من سلوك الشخص العادي، ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي، فإذا كان هذا الأخير لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الإنسان العادي الذي يمثل أوساط الناس، فهو لم يتعدَّ وانتهى عنه الخطأ ونفض المسؤولية عن كاهله"<sup>(3)</sup>.

هذا بالإضافة إلى ضرورة الإعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف، حيث أن تصرفات الشخص وأفعاله لا تخلوا من الظروف المصاحبة لها من ظروف نفسية

1 - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 64.

2 علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 147.

3 العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 67.

واجتماعية وغيرها، وهذا معناه أن القاضي يضع القاعدة مجردة في إطار من الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بها، ثم يبحث عما إذا كان من الممكن للشخص العادي في مثل هذه الظروف أن يرتكب هذا الفعل، أم أنه كان يستطيع أن يتفادى وقوعه (1).

## 2 - الركن المعنوي (الإدراك)

"العنصر الثاني من عناصر الخطأ هو الإدراك، أي ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، فيجب لقيام الخطأ التقصيري أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركا لها، أي قادر على التمييز بين الخير والشر، فلا مسؤولية لعدم التمييز" (2)، أي كان نوع هذه المسؤولية جنائية أو مدنية (3).

وهو ما نص عليه المشرع في القانون المدني في نص الماد 125 بقوله (لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا).

فإذا سبب الشخص ضررا وهو فاقد للوعي، أو أنه لم يبلغ سن الرشد بعد، أو كان معنوها أو مجنوناً، فلا يسأل عن خطئه لأنه لا يدرك ما يفعل، أما ذو الغفلة و السفية فيسألان عن أفعالهما لتوافر التمييز لديهما (4).

---

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 69.

2 - وينتج جمهور الفقه الإسلامي إلى عدم تطلب الإدراك أو التمييز لقيام الضمان على الإلتلاف، فالطفل الذي يتلف شيئاً يلتزم بالضمان من ماله، وجوهر الضمان هنا هو جبر الضرر وليس الجزاء أو العقوبة وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)، ويتضح من ذلك ان المفهوم الموضوعي للخطأ هو السائد في الشريعة الإسلامية، ومن ثم لا يلزم لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون الشخص مميزاً ؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 536.

3 - العربي بلحاج، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 73.

4 - المرجع نفسه، ص 74-75.



"وتنتفي المسؤولية أيضا في حالة مرض النوم والإصابة بالصرع والغيبوبة والتتويم المغناطيسي وحلة السكر، غير أنه في هذه الحالة الأخيرة إذا ثبت أن الشخص كان يعلم أن السكر يفقده التمييز يكون مسؤولا عما عمله ولو ارتكبه وهو فاقد للوعي، وهو الذي يقع عليه عبء الإثبات بأنه فقد التمييز بغير خطئ منه" (1).

وعليه فإنه يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق أن يتوافر عنصر التعدي بالإضافة إلى كون الشخص مميزا ومدركا لأفعاله. غير أن فكرة الخطأ كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية بصفة عمامة قد هوجمت بشدة من قبل بعض الفقهاء الرافضين لفكرة الخطأ، مما جعل فكرة الخطأ تتراجع.

**ثانيا: تراجع فكرة الخطأ كأساس لتعويض الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق**

"لقد ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري، وذلك أن للتعسف في استعمال الحق أوسع مجالا من الخطأ التقصيري، وإن كان من الممكن تطبيق الصورة الأولى من التعسف والمتمثلة في نية قصد الإضرار بالغير على أساس الخطأ التقصيري، فالصورة الثانية والثالثة والمتمثلة في استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير أو استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإنه لا يمكن تطبيق الخطأ التقصيري بشأنهما" (2).

ونظرا لصعوبة إثبات الخطأ في حق المسؤول بالنسبة للصورتين السابقتين، فقد اتجه الفقه إلى تحقيق أكبر قدر من الحماية للمضروب، فأخذت فكرة الخطأ تضعف شيئا فشيئا حتى كادت تختفي في بعض الحالات، تارة تحت ستار الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس، وتارة أخرى تحت ستار الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، إلا أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً، إذ أن فكرة الخطأ بقيت دائما تلوح في الأفق، وهذا

---

1 - العربي بلحاج، نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع سابق، ص 76.

2 - حجيبة بريكي، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 39.

جعل المضرور وفي كثير من الحالات يجد صعوبة في إثبات الخطأ (1).

وقد شنت نظرية تحمل التبعة حريا ضارية على فكرة الخطأ بزعامة سالي و لابييه وجوسران وسافينييه وغيرهم وهذا نظرا لقصور نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، حيث ذهبوا إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية (2).

"فالواجب عند هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية التي تقوم على أساس الخطأ واعتماد نظرية جديدة وهي المسؤولية المجردة من الخطأ، أي المسؤولية على أساس الضرر، وهو ما قررته المحكمة العليا في ما يخص مضار الجوار غير المألوفة" (3).

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري فيما وضعه من أحكام للمسؤولية المدنية بصفة عامة سواء العقدية أو التقصيرية، يتضح لنا أنه يجعل الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة (4).

ومن الواضح أن من يستعمل حقه استعمالا تعسفيا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر، والتعويض عن الضرر هنا يكون أساسه خطأ تقصيري، لأن المشرع وبغض النظر عن تضارب الآراء الفقهية في هذا المجال جاء واضحا، حيث نص في المادة 124 مكرر ( يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية... ). "فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ماهو في حقيقة الأمر إلا تطبيق لمفهوم الخطأ، أي خطأ تقصيري يتمثل في تعمد الإضرار بالغير" (5).

1 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 26.

2 - علي علي سليمان، مرجع سابق، 151-152.

3 - القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 345069، مؤرخ في 2006/04/12، جاء فيه: "تقوم المسؤولية على مضار الجوار غير المألوفة إذا تجاوزت الحد المألوف على أساس الضرر وليس على أساس إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 من القانون المدني"؛ مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2006، ص 383، نقلا عن حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 414.

4 - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 63.

5 - عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 63.

فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير لا يثير أي مشكلة فيما يخص أساس التعويض فيه، إلا أن استعمال الحق دون قصد الإضرار بالغير، أي إن كان من يستعمل حقه يرمي للحصول على فائدة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الناشئ للغير أو إذا كان الغرض من استعماله الحصول على فائدة غير مشروعة، فهاتان الحالتان أثارتا مشكلة فقهية بشأن أساس التعويض فيهما، بالرغم من أن المشرع الجزائري اعتبر كل من يستعمل حقه استعمالاً تعسفياً يكون بذلك مخطئاً، سواء بقصد الإضرار بالغير أو دون قصد الإضرار بالغير، إلا أن بعض الفقه يرى أن أساس التعويض في المعيار الثاني هو الضرر<sup>(1)</sup>.

"وعلى هذا يمكن إدراج الحالتين الأخيرتين من المادة 124 مكرر ضمن حالة استعمال الحق دون قصد الإضرار بالغير كون أن من يستعمل حقه لكي يجني فائدة أو مصلحة ضئيلة في مقابل الضرر الذي سيتحملة الغير أو كان هذا الإستعمال هو الحصول على فائدة غير مشروعة، ماهو في حقيقة الأمر إلا عدم احتياط وإهمال من طرف صاحب الحق، دون توافر قصد الإضرار بالغير، وهذا ما يعبر عنه قانوناً بالخطأ شبه التقصيري، أو ما يعرف ضمن التقسيم المعطى لدرجات الخطأ بالإهمال، والذي يشبه إلى حد كبير الخطأ الجسيم"<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: شروط التعويض عن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في

### استعمال الحق

إن شروط التعويض في المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق هي ذاتها شروط التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية، حيث يتوجب للمضروب للحصول على التعويض إثبات الخطأ (أولاً)، وإثبات الضرر (ثانياً)، وإثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (ثالثاً).

---

1 - وهذا التشابه راجع إلى كون الرومان يعتبرون الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه عادة الشخص القليل الذكاء والعناية، وكانوا يعطون الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات الغش والحيلولة دون أن يتظاهر مرتكب الغش بالغبوة تخلصاً من جزاء الغش؛ عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص 49.

2 - بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص 86.

## أولاً: إثبات الخطأ التعسفي

يتعين على المضرور وهو المدعي بالتعويض طبقاً للقاعدة العامة في الإثبات أن يقيم الدليل على توافر أركان مسؤولية المدعى ومن بينها ركن الخطأ، وذلك بإثبات أن المعتدي انحرف عن سلوك الرجل العادي، وذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 20525 الصادر في 30 ديسمبر 1964 (1).

"وينطبق معيار الشخص العادي في الظروف الخارجية للشخص المعتدي الذي ذكرناه سابقاً على الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، وعلى الخطأ العمدي والخطأ بإهمال، كما ينطبق على الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، ذلك أن المعيار الموضوعي الذي يقاس به التعدي في الخطأ هو معيار واحد لا يتغير أياً كان نوع الخطأ" (2).

"وبما أن التعدي عمل مادي فهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، أي أن تقدير وقوع الخطأ من عدمه مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا" (3).  
"والأمر ذاته ينطبق على التعسف في استعمال الحق؛ أي طبقاً لقاعدة البينة على من ادعى، لأن الأصل افتراض أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالاً عادياً بحسب الغرض منه وبحسن نية، فإذا ادعى مالك العقار مثلاً أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره إنما هي بقصد الإضرار به، فعليه إثبات إدعائه" (4).

ويعتبر قرينة على قصد الإضرار بالغير، أن يقيم المالك على حدود ملكه حائطاً يحجب النور والهواء عن جاره دون نفع ظاهر له، وكذا انعدام مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه على الذي تم، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن جاره.

1 - العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 70-71.

2 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 693.

3 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 138-139.

4 - المرجع نفسه، ص 139.

وعلى هذا فإنه يكفي وجود دافع مسيء في استعمال الحق لاعتباره تعسفاً، وأن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة توجب رفع الضرر (1).

"ويستطيع القاضي أخذاً بالقرائن القضائية أن يستتبط نية الإضرار بالغير لدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالاً مشروعاً، ومن أهم هذه القرائن انعدام كلي للمصلحة، أو تحقيق منفعة ضئيلة أو تافهة، أو الدافع المسيء، أو الاستعمال الكيدي للحق، كما أن انتفاء نية الإضرار في حالة حدوث ضرر للغير لا يتناسب البتة مع المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها من استعمال الحق لا ترفع قانوناً عن مستعمل الحق وصف الإساءة، أي الخطأ، طالما أنه استعمل حقه لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الفاحش الذي سببه للغير، كما أنه لا يكفي لنفي إساءة استعمال الحق إذا كانت المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها الشخص غير مشروعة، ومثال ذلك مالك البناء إذا أطلق المذياع ليل نهار، أو أقام الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين على إخلاء مساكنهم بالرغم من أحكام القانون، وكذلك إذا فصل رب العمل عاملاً تحقيقاً لمصالح شخصية إذا لم يكن طبقاً للإجراءات المحددة قانوناً" (2).

ويستطيع المتعسف أن يدفع عنه المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، أو في حالة الضرورة التي جاءت بها المادة 130 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه ( من احدث ضرراً ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً).

### ثانياً: إثبات الضرر الناتج عن الخطأ التعسفي

يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر (pas de responsabilité sans préjudice)، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية (3).

1 - العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص139.

2 - المرجع نفسه، ص140.

3 - علي علي سلسمان، مرجع سابق، ص162.

ويشترط في الضرر أن يكون محققا وأن يكون ماسا بمصلحة مالية للمضرور وأن لا يكون قد سبق تعويضه، وأن يكون الضرر شخصا.

"والضرر أمر مادي، ومن ثم يجوز إثبات وقوعه بكافة طرق الإثبات، ويقع الإثبات على عبء من يدعيه وفقا لما تقضي به القاعدة العامة " البينة على من ادعى"، وإثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع، ولا رقابة فيه للمحكمة العليا" (1).

أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف نوعه، كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنها كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة(2).

### ثالثا: إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي أن يثبت المدعي الضرر الذي أصابه وخطأ المدعى عليه، بل عليه أن يثبت أن الضرر الذي يدعيه إنما هو ناشئ عن خطأ المدعى عليه مباشرة، وبعبارة أخرى أن ثمة علاقة سببية مباشرة بينهما، وتلك هي علاقة السببية، وقد حكمت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 13 جويلية 1980 بأن القاضي يمكن أن يحكم بالتعويض لكل من طلبه، شرط أن يثبت الضرر لدى قضاة الموضوع الذين لهم الحق في قبوله أو رفضه، بالإضافة إلى علاقة السببية (3).

ويشترط لقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، أن تكون علاقة محققة بين الفعل الضار والضرر، وأن تكون مباشرة أي ناشئة عن الفعل الضار مباشرة لا عن أضرار متعاقبة.

---

1 - العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 169.

2 - المرجع نفسه، ص 169.

3 - المرجع نفسه، ص 170.

والحقيقة أن رابطة السببية يسهل في الغالب إثباتها عن طريق قرائن الحال، بل كثيرا ما تكون هذه القرائن واضحة بحيث يبدو أن الأمر لا يحتاج إلى دليل على توافر رابطة السببية، غير أن هذا لا يمنع المدعى عليه من إثبات العكس بأن يدفع مسؤوليته ويهدم هذه القرائن عن طريق إثبات انعدام السببية بين خطئه والضرر الذي لحق المصاب، كما يجوز للمدعى عليه نفي السببية بطريقة غير مباشرة، أي بإقامة الدليل على أن الضرر كان نتيجة لسبب آخر أجنبي عنه، سواء أكان هو العامل الوحيد في حدوث الضرر، أم كان هو العامل الذي سبب فعل الفاعل الذي أحدث الضرر، وأيا كان الطريق الذي يختاره لذلك فإنه يقع عليه عبء نفي علاقة السببية أو إثبات السبب الأجنبي<sup>(1)</sup>.

وفي هذا السياق نصت المادة 127 من القانون المدني الجزائري (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ صدر من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).

"إن فالسبب الأجنبي طبقا لهذا النص هو القوة القاهرة والحادث المفاجئ وخطأ المضرور وخطأ الغير، ومهما قيل أن هذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر كما يظهر من النص الذي يقول " كحادث مفاجئ"، فإنه من العسير أن يوجد سبب أجنبي آخر غير هذه الأسباب الأربعة"<sup>(2)</sup>.

### **المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق**

سبق وأن قلنا أن التعسف في استعمال الحق هو خطأ تقصيري يوجب مساءلة صاحبه عن الأضرار الناشئة عنه بمفهوم المادة 124 القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية و المادة 124 مكرر القاعدة العامة للتعسف في استعمال الحق، والجزاء الذي يترتب عن التعسف

1 -العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 191-192.

2 -علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 195.

في استعمال الحق هو ذاته الجزاء الذي يترتب عن المسؤولية التقصيرية، أي التعويض، ولكن ما يميز التعسف في استعمال الحق هنا هو الجزاء الوقائي الذي يوقعه القاضي للحيلولة دون تعسف صاحب الحق. وعليه سنتناول في هذا المطلب الجزاء التعويضي عن التعسف في استعمال الحق (فرع أول)، ثم الجزاء الوقائي (فرع ثاني).

### الفرع الأول: الجزاء التعويضي

الأصل أن جزاء التعسف في استعمال الحق هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمضرور على سبيل التعويض، غير أنه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني بالإضافة على التعويض بمقابل<sup>(1)</sup>، حيث تنص المادة 132 من القانون المدني على أنه: ( يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير مشروع).

### أولا: التعويض العيني

"يقصد بالتعويض العيني مطالبة المتضرر إصلاح العين المتضررة في كل الأحوال لتعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل الضرر"<sup>(2)</sup>.

ويتوقف التعويض العيني على حالة الضرر، فإن كان الضرر واقعا، فإما أن يكون إيجابيا وإما أن يكون سلبيا، ففي الحالة الأولى فإن الجزاء يكون بقطع أسباب الضرر ومنع سريانه وإبطال التصرف، كما في نكاح التحليل، فإن الجزاء يكون بإبطال النكاح وعدم تحليل الزوجة لمطلقها ثلاثا<sup>(3)</sup>.

1 -العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 140.

2 -عبير رحي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص55.

3 -المرجع نفسه، ص 56.



وعلى هذا يلزم صاحب المطل الذي لا يحترم المسافة القانونية بغلق مطله وإعادة الحالة إلى ماكانت عليها، كما يلتزم رب العمل بإعادة إدماج العامل في حالة التسريح التعسفي.

وقي الحالة الثانية، أي إذا كان التصرف سلبيا، فإن الجزاء يكون بإجبار الممتنع على أن لا يستعمال حقه إضرار بالآخرين<sup>(1)</sup>.

### ثانيا ( الجزاء بمقابل

"وهو الجزاء الذي يقع في مال الشخص تعويضا عما سببه استعمال الحق من ضرر للآخرين، حيث يعتبر هذا النوع من الجزاءات الأكثر تطبيقا وشيوعا، فإذا تعذرت إزالة الضرر بصورتيه وجب رفعه بالنظر إلى معناه وهو التعويض"<sup>(2)</sup>.

"والتعويض هنا يكون عن الضرر المادي والضرر المعنوي، فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة وسواء كان الحق ماليا أو غير مالي، ومن هنا فإن المساس بالحق المالي كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية يكون ضررا ماديا"<sup>(3)</sup>، وهو ما طبقته المحكمة العليا في قرار جاء فيه ما يلي:

" حيث أن قضاة الموضوع أخطؤوا فعلا في تطبيق القانون، ورفضوا بدون تسبيب شرعي محضر المعاينة الذي قدمه المدعي في الدرجة الأولى التي رفضت قول الحق مقترحة عليه-أي على المدعي- إخطار رئيس المجلس الشعبي البلدي وحده في مسألة النظافة أو تقديم شكوى للنيابة من أجل متابعة المدعى عليه عن فعله الضار.

1 -عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 56.

2 -المرجع نفسه، ص 56.

3 -العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 146.

وحيث أن الدعوى كانت مبنية على أساس المادتين 691 و 124 من القانون المدني ولو أن المدعى عليه لم يذكرهما في العريضة الافتتاحية للدعوى، لأن تكييف الوقائع وتطبيق القانون هو من اختصاص القاضي، وصرف المياه القدرة أو وضع النفايات قرب الجار يعتبر استعمالا تعسفيا لحق الملكية يجب النهي عنه وتعويضه في حالة تسبب ضرر للغير وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني، فالضحية لها الحق الكامل في أن تختار رفع دعواها أمام القضاء العادي أو المدني، مما يجعل القرار المطعون فيه باطلا لا أساس له ويجب نقضه<sup>(1)</sup>.

أما الضرر المعنوي فهو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أوفي مصلحة غير مالية فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته<sup>(2)</sup>، ولذلك يلزم المتعسف في فسخ الخطبة بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر.

ولم يكن المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 ينص على التعويض عن الضرر المعنوي، لكنه تدارك هذا الأمر وأضاف المادة 182 مكرر في تعديل 2005 بموجب الأمر 05-10، حيث تنص المادة على ما يلي: (يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة).

وفي هذه الحالة تقوم الأضرار المعنوية اللاحقة بالغير عن طريق أهل الخبرة والاختصاص، ويعوض من وقع عليه الضرر، لأنه إذا استحال إزالة الضرر فإنه يُلجأ إلى التعويض<sup>(3)</sup>.

---

1 - المحكمة العليا، قرار رقم 115334، مؤرخ في 30-11-1994، ، غير منشور، مشار إليه في كتاب حمدي باشا عمر، القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 63-64.  
2 - العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 148.  
3 - عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 58.

"وأخيرا فإنه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل، ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق لتجنب الضرر اللاحق، ومثال ذلك الحكم بهدم المدخنة التي أقامها المالك للإضرار بجاره وتعويض عما لحقه من خسارة، ويمكن للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط أو الاكتفاء بالتعويض النقدي وفقا لحالة التعسف"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الجزاء الوقائي

"هو جزاء يمنع ابتداء التعسف في استعمال الحق ويحول دون وقوع الضرر أصلا، ويعتبر هذا من خصوصيات نظرية التعسف في استعمال الحق، فيحول الجزاء دون وقوع الضرر"<sup>(3)</sup>.

فيلتجئ صاحب الحق إلى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله، ويتأكد القاضي قبل إجابة طلب المدعي من وجود الحق من جهة ومن أن الاستعمال المرجو لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى<sup>(4)</sup>.

ومن تطبيقات المشرع الجزائري للجزاء الوقائي ما نصت عليه المادة 343 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: (يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك).

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين).

فاليمين الحاسمة هي ملك للخصوم فيحق للخصم توجيهها متى شاء وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، غير أنه إذا تبث للقاضي أن الخصم أن يمنع من توجيهها إذا كان الخصم

1 - عبيد ربحي شاكور القدومي، مرجع سابق، ص 58.

2 - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 72-73.

3 - العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 141.

4 - العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 141.

متعسفا في ذلك، وقد طبق القضاء هذه الفكرة في قرار عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20-03-1990 جاء فيه:

" من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة إذا تبين له أن الخصم متعسف في ذلك، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير صحيح.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدهم رغم وجود الوثائق الرسمية المثبتة لمليتهم، فإن قضاة المجلس لما لم يردوا على طلبه، طبقوا القانون التطبيق الصحيح"<sup>(1)</sup>.

إن الخصم عندما يرغب في تأدية اليمين الحاسمة سوف يطلب من القاضي أن يوجهها إلى خصمه، فيتأكد القاضي قبل السماح له بتوجيهها من أنه ليس متعسفا في ذلك، ثم يسمح له بذلك، إلا إذا كان تصرفه هذا ينطوي على تعسف في نظر قاضي الموضوع، ففي هذه الحالة وغيرها من الحالات يؤدي تطبيق مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق إلى إنهاء الحق ذاته، ومن ثمة لا يوجد مجال للتعسف في استعماله، ويُحكم بالتعويض على المتعسف بعد إثبات التعسف طبقا للقواعد العامة كما ذكرنا سابقا.

---

1 -قرار رقم 58706، مؤرخ في 21-03-1990، الصادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1990 ص 29.

## الخاتمة

نستنتج من خلال عرضنا لهذا البحث أن نظرية التعسف في استعمال الحق - على أنها نظرية قديمة- هي نظرية ذات هدف اجتماعي بحث، فمضمون هذه النظرية هو تقييد ممارسة الحق على اعتبار أن هذا الأخير نسبي وليس مطلق يستعمل في الحدود التي يرسمها التشريع، وأن هذا التقييد ليس من أجل حرمان الشخص من ممارسة حقه أو التضييق عليه، وإنما لمراعاة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، فيمكن تشبيهها إلى حد ما بنزع الملكية الخاصة لفائدة المنفعة العامة، وعلى هذا فلا يجب على الشخص أن يتعدى الحدود المرسومة للحق والتي تشكل معايير التعسف التي وضعها الفقهاء لاستبيان التعسف في استعمال الحق، وهذه المعايير تبنتها جل التشريعات المعاصرة.

ولم يتوانى المشرع الجزائري في تحريم التعسف في استعمال الحق، وذلك في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني حيث تدارك فيها الانتقادات التي وجهت إليه عندما كان يوردها في مكان غير مناسب لها وهي المادة 41 الملغاة، وحسم بذلك طبيعة التعسف في استعمال الحق باعتباره خطأ يوجب المساءلة وإحاقه بنظام المسؤولية التقصيرية مع تعميم هذه الفكرة على سائر حالات التعسف الواردة في المادة، التي اقتبسها من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول للتشريع، وإيراد هذه الحالات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر مما يجعلنا نستشف معيار آخر وهو معيار الضرر غير المألوف في التزامات الجوار والذي يمكن استنتاجه من خلال استقراء نص المادة 691 من القانون المدني، والذي لم ينص عليه المشرع الجزائري في المادة المذكورة سابقا.

وعلى العموم فإن المشرع الجزائري كان موفقا إلى حد ما في معالجة التعسف في استعمال الحق، بالنص على المبدأ العام وتحديد معايير التعسف في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، ثم تقرير الحماية من التعسف في استعمال الحق وتعميم تطبيقها

على مختلف أنواع الحقوق والرخص، وهو ما تأكده المحاكم في أحكامها الصادرة عنها، والتي طبقت نظرية التعسف، الأمر الذي يؤكد سريان وفعالية الحماية من التعسف في استعمال الحق.

لكن وعلى الرغم من الإيجابيات التي جاء بها المشرع الجزائري في تعديل 2005 إلا أن هذا التعديل لم يخل من بعض السلبيات ولعل أهمها حسم الخلاف الفقهي حول أساس التعسف في استعمال الحق، واعتبار الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في استعمال الحق، وحبذا لو ترك هذه المسألة للفقهاء كونهم المختصين في استنباط هذه المسائل، واكتفى بالنص على التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، إلا أننا نرى أنه وبخصوص أساس التعويض عن التعسف في استعمال الحق وعن المسؤولية التقصيرية بصفة عامة، نرى أن يواكب المشرع الجزائري التطور الفقهي في هذا المجال، واستبدال أساس التعويض بالضرر وليس الخطأ، وفي هذا الصدد نقترح أن يعدل المشرع الجزائري نص المادة 124 و 124 مكرر، والتخلي عن فكرة الخطأ كأساس للتعويض عن المسؤولية التقصيرية بصفة عامة وعن التعسف في استعمال الحق بصفة خاصة، والاستعاضة عنه بفكرة الضرر كونه أسهل من حيث الإثبات من جهة وأضمن لحقوق المضرور من جهة أخرى.

## قائمة المراجع

### باللغة العربية

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

#### أ) كتب الفقه الإسلامي

1 أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، الأربعين النووية، الطبعة الرابعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر 2007.

#### ب) معاجم اللغة

1 - أبو القاسم محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.

2 شوقي ضيف، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

3 مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005 .

#### ج) الكتب القانونية

1 إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.

2 إبراهيم محمد ، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

3 أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، مصر، 2005 .

4 الدناصوري عز الدين و الشواربي عبد الحميد ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الطبعة السابعة، منشأة المعارف، مصر د.س.ن.

- 5 المشورابي عبد الحميد ، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الأول، (القانون وتطبيقاته)، منشأة المعارف، مصر، 2001 .
- 6 السعدي محمد صبري ، النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الثاني: (مصادر الإلتزام)، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2003.
- 7 السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005 .
- 8 بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: (الواقعة القانونية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 9 ————— الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 10 - بعلي محمد الصغير ، المدخل للعلو القانونية، (نظرية الحق) دار العلوم ، الجزائر، 2006.
- 11 - توفيق حسين فرج وجلال علي العدوي، (النظرية العامة للإلتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 12 - حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني: (الخطأ)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر ، الأردن، 2006 .
- 13 - حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول: (مصادر الإلتزام)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، د.س.ن.
- 14 - حمدي باشا عمر، القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 15 - ————— القضاء العقاري، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 16 - خزيط محمد، حق الاسترجاع في الإيجارات التجارية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 17 - زرارة عواطف ، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2011 .



- 18 - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ، الجزء الثالث، دار الكتب القانونية، مصر، 1998 .
- 19 - صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 20 - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، (النظرية العامة للحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 21 - عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الأردن، 2007.
- 22 - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، (مصادر الإلتزام)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 23 - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1984، ص22.
- 24 - \_\_\_\_\_ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.
- 25 - محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006 .
- 26 - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، الجزء الثاني، الأردن 1999.
- 27 - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الإلتزام ، (دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 28 - نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد زهران، المدخل للقانون ،(نظرية الحق)، منشأة المعارف، مصر، 2002.
- 29 - همام محمد زهران، قانون العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.

## الرسائل الجامعية

- 1 - بوبكر مصطفى، أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، الجزائر، السنة الدراسية 2011-2012.
- 2 ببحورابي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2013/2014.
- 3 بريكي حجيبة ، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2012-2013.
- 4 - لعويجي عبد الله ، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2011/2012.
- 5 مجوبي عبد الرحمن ، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون بالجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 2005/2006.
- 6 يوسفات علي هشام ، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009.

## المقالات

- 1 هالك جابر حميد الخزاعي، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيري يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، مجلة جامعة بابل، عدد 17، كلية الحقوق، جامعة القادسية، 2009، ص 297.

## القرارات القضائية

- 1 استئناف كولمار ، 2 مايو 1855 ، دالوز، 1856-02-9 ، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق.
- 2 تمييز أردني رقم 68/1978 ، مجلة نقابة المحامين ، 1978 ، عدد 26 ، ص 12.
- 3 قرار رقم 33524 ، مؤرخ في 1985/03/06 ، المحكمة العليا، المجلة القانونية عدد 01، سنة 1990.
- 4 قرار رقم 393987 ، الصادر بتاريخ 1989/11/15 ، المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 02، سنة 1990، ص 29، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري.
- 5 قرار المحكمة العليا رقم 50516 ، الصادر في 1989/03/15 ، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1991.
- 6 قرار رقم 55985 ، الصادر في 1989/11/15 ، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1991.
- 7 قرار المحكمة العليا رقم 179572 ، مؤرخ في 1999/03/17 ، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1999.
- 8 قرار رقم 188803 ، مؤرخ في 1999/07/28 ، الصادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 01، 2000.
- 9 قرار رقم 33835 ، الصادر في 2006/03/15 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 ، 2007.

10 - قرار رقم 345069، مؤرخ في 2006/04/12، المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا، عدد01، 2006.

11 - قرار رقم 584399، مؤرخ في 2010/05/13، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2010.

### النصوص القانونية

- 1 الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني ، معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 07-05 ، مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.
- 2 أمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون التجاري ، ج.ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- 3 -قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ، الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 م، يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم.
- 4 قانون رقم 90-29، مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر عدد52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.
- 5 القانون 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق لـ 6 فبراير 2005 المضمن تعديل القانون التجاري.
- 6 -قانون رقم 05-10، مؤرخ في 25 يونيو عام 2005، يعدل ويتم القانون المدني، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 26 يونيو عام 2005.
- 7 -قانون رقم 05-12، مؤرخ في 28 جمادي الثانية عام 1426هـ، الموافق لـ 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر عدد 60، مؤرخة في 30 رجب عام 1426هـ، الموافق لـ 4 سبتمبر 2005م.

8 قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008  
يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23 فبراير  
.2008

### المواقع الإلكترونية:

- 1- <http://www.alukah.net/sharia/0/2551/#ixzz3dSLp6Wgn>.
- 2- <http://www.alukah.net/sharia/0/2551/>
- 3- [www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=163461290493432&id=145425378963690](http://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=163461290493432&id=145425378963690)
- 4- <http://www.startimes.com/f.aspx?t=32579094>
- 5- <http://www.startimes.com/f.aspx?t=32307325>

### باللغة الفرنسية

- 1- LOIC cadiet et PHILIPPE le tourneau , l'abus de droit, dalloz, avril, 2008.

## الفهرس

- 1.....مقدمة
- 6..... الفصل الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق
- 6 ..... المبحث الأول: مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق وتطورها
- 7.....المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق
- 7.....الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق
- 7.....أولاً: تعريف التعسف لغة
- 7 ..... ثانياً: تعريف التعسف في استعمال الحق إصطلاحاً
- 8..... أ- التعريف الشرعي
- 8..... ب - التعريف القانوني
- 10.....الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات
- 9.....أولاً: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق
- 11.....ثانياً: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الإساءة
- 12 .....الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق
- أولاً: الاختلاف الدائر بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال  
الحق.....
- 12 .....ت) التعسف في استعمال الحق تجاوزاً للحق
- 13.....ث) التعسف في استعمال الحق صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية

- ج) المساواة بين التعسف في استعمال الحق والمسؤولية التقصيرية.....14
- ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق...15
- أ) نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني في 2005.....16
- ب) نظرية التعسف في استعمال الحق بعد تعديل القانون المدني في 2005.....17
- المطلب الثاني: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق.....19**
- الفرع الأول : نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني القديم.....19
- الفرع الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....22
- الفرع الثالث :نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي.....26
- أولا :نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم.....26
- ثانيا : نظرية التعسف في استعمال الحق عقب الثورة الفرنسية.....27
- ثالثا :نظرية التعسف في استعمال الحق في العصر الحاضر.....28
- المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق.....31**
- المطلب الأول: المعايير الفقهية للتعسف في استعمال الحق.....32**
- الفرع الأول: المعيار الشخصي.....32
- أولا: مضمون المعيار الشخصي.....32
- ثالثا: تقييم المعيار الشخصي.....34
- الفرع الثاني: المعيار الموضوعي.....35
- أولا: مضمون المعيار الموضوعي.....36
- ثانيا: تقييم المعيار الموضوعي.....38

- المطلب الثاني: المعايير التشريعية للتعسف في استعمال الحق.....40
- الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير.....42
- الفرع الثاني : ترجيح الضرر على المصلحة.....44
- الفرع الثالث: عدم مشروعية المصالح التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها.....45
- الفصل الثاني: الحماية من التعسف في استعمال الحق.....50
- المبحث الأول: الحماية التشريعية من التعسف في استعمال الحق.....50
- المطلب الأول: الحماية من التعسف في حق الملكية وفي حق إنهاء الإيجار التجاري.....51
- الفرع الأول: التعسف في مجال حق الملكية.....51
- أولاً: التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه.....52
- ت) التعسف في حق الشرب والسقي.....52
- ب ) التعسف في حق المجرى والصرف.....53
- ثانياً: التعسف في حق المرور.....54
- أ ) الحالات التي يعتبر فيها العقار محصوراً.....55
- ب ) الشروط الواجب توافرها لممارسة حق المرور.....56
- 2 تحقق حالة الحصر.....56
- 3 يجب أن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار المحصور واستغلاله.....57
- 4 يجب أن لا يكون الانحصار راجعا إلى فعل المالك.....57
- 4- أن لا يكون هناك ممر على سبيل الإباحة.....58



- 59 ..... ثالثا: التعسف في مجال الحقوق الملاصقة للجوار.
- 59 ..... أ ) القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين مشتركيتين.
- 60 ..... 1- الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران.
- 62 ..... 3 - الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين.
- 63 ..... ب ) القيود الخاصة بالمطلات والمناور.
- 63 ..... 1 - القيود الخاصة بالمطلات.
- 64 ..... 3 - القيود الخاصة بالمناور.
- 65 ..... رابعا: القيود الخاصة بممارسة الحق في البناء.
- 67 ..... الفرع الثاني: التعسف في إنهاء عقد الإيجار التجاري.
- 68 ..... أولا: إنهاء عقد الإيجار التجاري قبل تعديل القانون التجاري سنة 2005.
- 69 ..... ثانيا: إنهاء عقد الإيجار التجاري بعد تعديل القانون التجاري سنة 2005.
- المطلب الثاني: الحماية من التعسف في استعمال الحق في مجال الأحوال الشخصية  
والحقوق الإجرائية. .... 71
- 72 ..... الفرع الأول: الحماية من التعسف في استعمال الحق في مجال الأحوال الشخصية.
- 72 ..... أولا: التعسف في حق العدول عن الخطبة.
- 72 ..... أ ) المقصود بالعدول عن الخطبة.
- 74 ..... ب ) صور العدول عن الخطبة.
- 76 ..... ثانيا: التعسف في حل الرابطة الزوجية.

76	أ ( التعسف في حق الطلاق.....
81	ث) التعسف في حق الخلع.....
82	الفرع الثاني: الحماية من التعسف في مجال الحقوق الإجرائية.....
82	أولاً: التعسف في حق رفع الدعوى القضائية.....
84	ثانياً: التعسف في حق الطعن القضائي.....
84	ب) التعسف في استعمال طرق الطعن العادية.....
85	ب ( التعسف في استعمال طرق الطعن غير العادية.....
85	1 - التعسف في استعمال الطعن بالنقض.....
86	2 - التعسف في الطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.....
87	3 - التعسف في الطعن بالتماس إعادة النظر.....
88	المبحث الثاني: الحماية القضائية من التعسف في استعمال الحق.....
	المطلب الأول: دعوى المسؤولية التقصيرية وسيلة لتعويض الضرر الناتج عن
89	التعسف في استعمال الحق.....
	الفرع الأول: أساس التعويض عن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في استعمال
89	الحق.....
89	أولاً: الخطأ كأساس لتعويض الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق.....
90	أ ( تعريف الخطأ.....
90	ب ( أركان الخطأ.....
91	1 - العنصر المادي للخطأ (التعدي).....

92	.....(الإدراك) - الركن المعنوي
	ثانيا: تراجع فكرة الخطأ كأساس لتعويض الضرر الناتج عن التعسف في استعمال
93	.....الحق
94	.....موقف المشرع الجزائري
	الفرع الثاني: شروط التعويض عن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في
95	.....استعمال الحق
96	.....أولا: إثبات الخطأ التعسفي
97	.....ثانيا: إثبات الضرر الناتج عن الخطأ التعسفي
98	.....ثالثا: إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
99	.....المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق
100	.....الفرع الأول: الجزاء التعويضي
100	.....أولا: التعويض العيني
101	.....ثانيا ( الجزاء بمقابل
103	.....الفرع الثاني: الجزاء الوقائي
105	.....الخاتمة
107	.....قائمة المراجع
114	.....الفهرس

## ملخص

أن الحقوق المقررة في القوانين سواء أكانت عامة أو خاصة هي حقوق مقيدة، وهو ما يسمى بمبدأ نسبية الحق، وهذا المبدأ يقوم على منع الاستعمال التعسفي للحق، والذي ظهر في القانون الروماني وتطور إلى غاية يومنا هذا، والفضل في ذلك يعود لفقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون وكذا الاجتهادات القضائية، حيث وضعوا معايير من خلالها معرفة ما إذا كان الشخص متعسفا أم لا.

## Résumé

Les droits édictés dans les lois soient qu'ils sont généraux ou particuliers, sont des droits utiles ou ce qu'on appelle le principe de la relativité de droit, et ce principe consiste à éradiquer l'exercice abusif de droit qui s'est développé depuis la loi romaine jusqu'au nos jours, grâce aux spécialistes de droit islamique et des juristes, c'est aussi les jurisprudences qui ont met des critères dont on peut connaître , si personne est abusif dans son droit ou non.

Pour être sécurisé du l'abus de droit, les différents législations modernes adoptent un principe général qui due à éradiquer l'exercice abusif de droit, tant que ce dernier a le but de la responsabilité délictuelle, son adaptation est faux qui demande une réparation de dommage, et qui résulte des pratiques législatives et judiciaires dans ce domaine.