جامعة زيان عاشور- الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التعسف في إستعمال الحق في الملكية العقارية

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص :قانون عقاري

إعداد الطالب :

• بو عبدلي دحمان

إشراف الاستاذ :

د / لعروسي سليمان

لجنة المناقشة

د- بن الصادق أحمد ..... رئيسا

د- لعروسي سليمان .....مشرفا و مقررا

د- بن يحي أبوبكر الصديق ....عضوا مناقشا

السنة الجامعية

2017/2016

الإهداء

إلى والدي الذي زرع في نفسي حب الفضيلة والعلم والمعرفة.

إلى والدتي مدرستي الأولى، أمد الله في عمرها ورزقها بالنور

إلى رفقاء دربي وإخوتي وجميع أهلي وكل من مد لي يد العون في سبيل هذه الدراسة.

إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

كلمة شكر

قال تعالى: **(رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين)** سورة النمل، الآية 19.

الشكر لله أو ًلا وأخيراً على توفيقه إياي على إتمام هذا البحث، ثم الشكر أجزله لأستاذي الجليل المشرف الذي رعى هذا البحث إلى أن اكتمل، ولما بذله من جهد صادق ولما أبداه من ملاحظات صائبة كانت رائداً لي على الطريق.

والشكر أجزله لكل من أسهم بفكره في إخراج هذا البحث بصورته النهائية.

مقدمة

مقدمة

إن الحق في القانون هو استئثاري أقره هذا الأخير لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلط على شي ء معين أو قضاء معين من شخص أخر، فهذه الميزة تمنح صاحبها سلطة الاستفادة من مضمون الحق عن طريق ممارسة المكنات والسلطات التي يخولها هذا الحق.

والقانون في تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة ، ولذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها دون أن يتجاوزها، و إذا حصل ذلك يكون مخطئا ويلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز، ولكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير وهنا نكون بصدد التعسف في استعمال الحق.

أهمية الموضوع :

تعد مسألة العقارات من أهم المسائل التي تثار حولها النزاعات خصوصا عندما يستعمل الفرد حقه في تلك العقارات ومن هنا تتجلي أهمية الموضوع من خلال التطرق إلى معرفة التعسف في استعمال الحق وكذا أهم التطبيقات المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بالنسبة للعقارات .

أسباب اختيار الموضوع :

لقد دفعني لاختيار هذا الموضوع جملة من الأسباب منها الموضوعية والذاتية فقد تمثلت الذاتية في محاولة الوقوف على أهم النقاط المتعلقة بالنسبة للتعسف في استعمال الحق بالنسب للجانب العقاري أما الموضوعية منها هي أن أثري المكتبة الجامعية في هذا الموضوع الذي يعد من أهم المواضيع التي تتناول المسائل المتعلقة بالجانب العقاري .

الصعوبات :

وكل بحث لا بد من جملة من الصعوبات ولعل أهم هذه الصعوبات قلة المراجع المتخصصة في هذا المجال أي التي تناولته بإسهاب وكذلك ضيق الوقت الذي يعد العدو اللدود لكل باحث .

المنهج المتبع :

مقدمة

لقد اعتمدت على المنهج التحليلي وذلك من خلال التطرق إلى مختلف الجوانب المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بالنسبة للمسائل العقارية وكذلك المنهج الوصفي من خلال سرد مختلف النظريات والقوانين المتعلقة بهذا الجانب.

الإشكالية :

وباعتبار أن نظرية التعسف في استعمال الحق وردت في القوانين الوضعية، ارتأينا طرح الإشكال التالي: **ما هي أهم الأحكام المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق المتعلقة بالملكية العقارية ؟**

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا فصلين

الفصل الأول : ماهية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول مفهوم التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول تعسف المالك في علاقات الجوار

المبحث الثاني : التعسف في حق المرور

الفصل الأول

ماهية التعسف

في استعمال الحق

الفصل الأول : ماهية التعسف في استعمال الحق

تغيرت النظرة إلى الحق في الفقه القانوني الحديث فلم يعد استعماله مطلقا متروك االى محض إرادة صاحب الحق يمارسه كيفما يشاء، وإنما أصبحت حماية القانون مبسوطة على الاستعمال المشروع وحده، أما الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي فلا يخضع لحماية القانون مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر ؛ وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها، وأصبحت نظرية التعسف في استعمال الحق التي تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة ، كذلك ويثير البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق أول ما يثير مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون(**المبحث الأول**)،ومادام أن نظرية التعسف أصبحت مستقرة في المنظومات القانونية فقد نتج عن ذلك تطبيقها في كثير من نواحي القانون(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

إن القانون في تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح سوا ء أكانت مصلحة عامة أو خاصة ،ولذلك فإن

الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون دون أن يتجاوزها، واذا جاوز الشخص في استعماله لحقه، الحدود التي رسمها له القانون، فإ نه يكون مخطئا ويلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز.

لكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير لذا وجب أن ندرس التعسف في استعمال الحق من ناحية تعريفه ونطاق تطبيقه (**المطلب الأول**)،ومن ناحية أخرى تأصيله والمعايير التي تضبطه في(**المطلب الثاني**.

المطلب الأول تعريف التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه

يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه والإفادة منه وليس له أن يستعمله بكيفية مطلقة ، بل يجب أن يستعمله في نطاق وحدود القانون والا أصبح متعسفا فيه، ولذلك وجب تحديد تعريف التعسف في استعمال الحق(**الفرع الأول**)،وتبعا لمعرفة ما ينطوي عليه مقصود التعسف لابد من إدارك إلى أي مدى ينطبق هذا الأخير أو ما هي حدود سريانه(**الفرع الثاني**)

الفرع الأول تعريف التعسف في استعمال الحق

نتطرق في هذا الصدد إلى معنى التعسف في استعمال الحق في القانون(**أولا**)، كما أ ن لفظة التعسف تتشابه مع كثير من المصطلحات ولذا وجب تمييزه عنها (**ثانيا**)

أولا :معنى التعسف في استعمال الحق في القانون

لم يرد تعريف التعسف في استعمال الحق في التشريعات سواء العربية أو الغربية بل تم التطرق إلى حالاته وطبيعته القانونية فقط .

ففي القانون الفرنسي لم يتعرض بتاتا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لكن المشرع الفرنسي تأثر بهذه النظرية وجسدها في بعض القوانين الخاصة ومنها:

1_ القانون الصادر في1290/12/25 الذي عدل المادة 1520 وجعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، وقد جدد هذا الحكم في قانون العمل بالمادة 21 من الكتاب الأول في 1910/12/22.

2_القانون الصادر بتاريخ 1991/07/21 المؤيد بمرسوم 1972/12/22 المعدل للمادة 51 من قانون الإجراءات والذي يقضي بغرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه.

3_القانون الصادر بتاريخ 1972/09/25 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة. [1]

4_القانون الصادر بتاريخ1975/1/11 خاص بحق المؤلف، وهو ينص في المادتين 20و29 على أن:" ممثلي المؤلف المتوفى يعتبرون متعسفين إذا أساؤوا الحق في إذاعة المؤلف أو في عدم إذاعته"،بينما نص على التعسف في القانون المدني الألماني في المادة 222 .[2]

كما نص المشروع الفرنسي الإيطالي الذي وضع في سنة 5042 على التعسف في المادة 5/14 وكل هذه القوانين لم تتطرق إلى تعريف التعسف بل تناولت حالاته فقط.

أما القوانين العربية فقد تناولت التعسف منفصلا عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي فقد ورد في القانون المصري والليبي النص على التعسف بالمادتين الرابعة والخامسة. والقانون المدني العراقي في المادتين الخامسة والسابعة وفيما يخص القانون المدني الجزائري فقد ورد التعسف في استعمال

---

[1]- د- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007،ص 221،

[2]- نقلا عن د- علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 221.

الحق في المادة 45 الملغاة، ثم بعدها نص عليه في التعديل الجديد في المادة 554 مكرر .

فكل هذه المواد نصت على أن من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما يحدثه من ضرر للغير، ثم نصت على الاستثناءات التي أوردها القانون المدني الجزائري في المادة 45 الملغاة والمادة 554مكرر[1]،إلا أن الفقه القانوني اهتم بمسألة تعريف التعسف في استعمال الحق حيث اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف بناء على اختلافهم في نظرتهم إليه ومع ذلك يمكن إعطائه تعريفا قريبا من مضمونه.

يقصد بالتعسف في استعمال الحق استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضرر بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة ومثال ذلك المالك الذي يبني جدار في حدود ملكه ولكن يرتفع به قصد منع الضوء والهواء عن جاره[2].

ويبقى هذا التعريف قاصرا عن الإلمام بالمفهوم الدقيق والشامل للتعسف في استعمال الحق وهذا لأن كل فريق من فقهاء القانون يرى التعسف من زاويته الخاصة حيث نظر البعض إليه على أنه صورة من صور الخطأ والخروج عن الحق ومنهم الدكتور عبد الرازق السنهوري.بينما يرى البعض الآخر أنه مستقل عن الخطأ وهو مرتبط بغاية الحق ومن هؤلاء الدكتور حسن كيرة بحيث لا زال الفقه القانوني لم يحسم هذا التعارض لحد الآن وهذا مقارنة مع الفقه الإسلامي والذي تكفل فقهاؤه بتعريف التعسف في استعمال الحق بطريقة أكثر دقة وشمولا وبيان حقيقة المناقضة والمضادة

---

[1]- د- علي علي سليمان ، المرجع نفسه ، ص 222 .

[2]– عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون ، (النظرية العامة للحق) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2001،ص ص 59–

لقصد الشارع واشتماله على معاييره الأساسية فقد عرفه الدكتور فتحي الدريني على أنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل .

ثانيا : تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات

0-تمييز التعسف عن الخطأ

يعرف الخطأ على أنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك هذا الانحراف. والشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة قانونية أو عندما يستعمل حقا خوله له القانون، وسابقا كان رجال القانون يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية فإذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في استعمال الرخصة توفر ركن الخطأ واذا انحرف عن سلوك الرجل العادي في استعمال الحق لا يتوفر ركن الخطأ[1].

2- تمييز التعسف عن التجاوز

يعرف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون [2]لذلك الحق، ومثال ذلك تجاوز المالك حدود ملكه والدخول في ملك جاره، أما التعسف فيفهم منه أن الشخص لا يتجاوز نطاق حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها القانون، ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير، وهذا التمييز له أثر في النتائج المترتبة على كل منهما وذلك على النحو التالي:

تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرجه عن كونه حقا ولا يعد ذلك إلا اعتداء واستعمالا لما ليس حقا، أما التعسف في استعمال الحق فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا.

---

[1]- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ،ص 71

[2]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 110

– التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود ملكه إلى حدود غيره، أما التعسف فليس هناك تعد على حق الغير ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع ففي المثال الأول تجاوز المالك حدود أرضه وبنى عل جزء من أرض جاره إنما يخرج عن حدود الحق بينما إذا بنى في أرضه حائطا عاليا و سد على جاره منافذ الهواء والضوء حتى أصبح من المتعذر الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد كان هذا تعسفا [1] فالفقه المعاصر يفرق بوضوح بين الخروج عن الحق والتعسف فيه ويجعل كل منهما صورة من صور الخطأ التقصيري.

3) – تمييز التعسف عن الإساءة:

يستعمل شارح القانون والفقه المعاصر في الغالب لفظة " التعسف" و" الإساءة " فهل بينهما اختلاف في المعنى؟.

إن اللفظين هما مترادفان عند ربطهما في استعمال الحق ،لكن كثيرا ما تستخدم اللفظة الأولى عند الحديث عن الحقوق واستعمالها، أما اللفظة الثانية (الإساءة) فكثيرا ما يستخدمها شراح القانون في المجال الإجرائي حيث يقال إساءة الحق في التقاضي، ويرى الدكتور عباس الصارف بأن هناك اختلاف بين إساءة استعمال الحق والتعسف فيه؛ فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بالعنصر الأساس في المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، فمن يبني بناء بطريقة غير سليمة يميل معها البناء على الشارع ميلانا يعرض أرواح المارة للخطر يكون بعمله هدا قد أساء استعمال حقه، فهذه حالة من حالات الخروج عن الحق أي عدم وجود حق أصلا وهو تعد يوجب المسؤولية التقصيرية أما التعسف في استعمال الحق فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استعمله وفقا لمعايير التعسف وذلك بقصد الإضرار بالغير، أو أن

المصلحة من استعماله غير مشروعة أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير[1].

الفرع الثاني نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

لم تتطرق التشريعات العربية وكذا الغربية إلى النص على نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما جاءت النصوص عامة بحيث لم تحدد أي نوع من الحقوق يندمج ضمن هذه النظرية، بينما اختلف فقهاء القانون في تحديد نطاق نظرية التعسف ومجال تطبيقها ونتج عن ذلك اتجاهين: الأول يرى أن التعسف يرد على الحقوق دون الرخص والثاني: يبسط محل التعسف على الحقوق والرخص العامة.

أولا: سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط

يذهب هذا الجانب من الفقه ومنهم **السنهوري وعبد المنعم الصدة وسليمان مرقس** إلى أن التعسف مقصور على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص ومثالها حرية التعاقد والتملك، وغيرها من الحقوق العامة، فعندما تباشر هذه الرخص ويترتب بذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس أحكام المسؤولية المدنية التي تتكفل بذلك، فالرخص لا تخول لصاحبها الاستئثار بأي قيمة وإنما تثبت للناس كافة [2] .

إنه وطبقا لأحكام المسؤولية المدنية، فإن الانحراف في استعمال الرخصة يعتبر خطأ مستوجبا للتعويض[3]

---

[1]- د- عباس الصراف ، المدخل إلى علم القانون (نظرية الحق، (الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2002، ص 250.

[2]- د- نبيل إبراهيم سعد ،د- همام محمد محمود زهران ،المدخل للقانون (نظرية الحق)،منشأة المعارف الإسكندرية،مصر ،2002 ،ص 202.

[3]– د– بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 109.

ومثال ذلك أن استعمال شخص الحق في التقاضي(رخصة) تثبت للكافة إلا أن استعماله في غير ما وضع له كأن يستعمله استعمالا كيديا فهذا يلزم بالتعويض.

ويرد على هذا الاتجاه أنه لا مبرر لتلك التفرقة، حيث يجب أن تمتد نظرية التعسف لتشمل الحقوق و الرخص على حد سواء ؛ فالمشرع يهدف إلى أن تشمل رقابة هذه النظرية كافة التصرفات القانونية وبالتالي فإن الشخص الذي يصدر عنه تصرف في ظروف غير مشروعة مسبب ا بذلك أضرار للغير فتنعقد مسؤوليته.[1]

ويرجع الرأي القائل بعدم سريان نظرية التعسف على الرخص إلى اعتبارات تاريخية فالحقوق العامة أو الرخص[2] كانت مقيدة في القرن الماضي دون غيرها من الحقوق وبالتالي كان من غير الحاجة أن تبحث نظرية التعسف في استعمال الحق في حقوق مقيد ة مادامت تهدف إلى التقييد من إطلاق الحقوق.

ثانيا: سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق والرخص بصفة عامة.

ذهب هذا الجانب من الفقه ومنهم **وجو سران ،و أنور سلطان واسماعيل غانم** أ ن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق هو الحقوق ك لها والحريات أو الرخص العامة أي جواز امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص على حد سوا ء؛ فباشتراط المشرع لمشروعية الحق أي أن استعماله لا ينطوي على تعسف ففي المقابل قد وضع معايير تحدد التصرفات المشروعة، سوا ء كانت هذه التصرفات

---

[1]– محمد حسين منصور ، م رجع سابق، ص 992

[2]– الرخصة (**simple faculté**) هي الحرية المباحة للشخص في التصرف كالتعاقد والقاضي والتأليف والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها جميع الدساتير للأفراد أي القيام بما لا يحرمه القانون، أما الحق(**droit défini**(فهو مصلحة معينة يحميها القانون ،أنظر د– محمد صبري السعدي ،مرجع سابق ،ص 70.

تتمثل في الحق بالمعنى الدقيق أم كانت من الحقوق العامة (الممنوحة للجميع فكما[1] يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه القانوني الدقيق على الحقوق يرد كذلك على الحريات والرخص العامة وبنا ء على هذا الرأي يمكن لهذه النظرية أن تشمل حرية التعاقد وحرية التقاضي،حرية التجارة وحرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية المنافسة وما إلى ذلك من الحريات أو الرخص العامة كما تجري على الحقوق الخاصة كحق الطلاق وحق اقتضاء الدين وحق الدعوى وغير ذلك من الحقوق، فيحق مثلا لكل شخص أن يجري منافسة مع الغير فهذه رخصة أي حق عام ويتميز استعمال هذه الرخصة بالمشروعية بالرغم من أنه ينتج أضرار للغير، ولكن إذا انطوى هذا الاستعمال على تحقيق مصلحة غير مشروعة مثل الرغبة في تحطيم منافسه فإن هذا يعتبر تعسفا.

وبالتالي فإن من يستعمل رخصة ويسبب أضرار مشروعة للغير يحميه القانون شأنه شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق وبالموازاة فإن من يستعمل رخصة في ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سوا ء بالنسبة للرخصة أم الحق، فالقانون يحكمهما في حالة الاستعمال المشروع وكذلك في حالة الاستعمال غير المشروع(وذلك بالحد[2] من التعسف في استعمالها.

وبهذا نرى أنه لم ينعقد إجماع بين رجال فقهاء القانون في الغرب والعرب على أن يستثنوا الحريات العامة من نظرية التعسف في استعمال الحق، فالبعض يذهب إلى شمول هذه النظرية للحق والرخصة على حد سوا ء بينما يقصي البعض الأخر هذه الأخيرة من نطاقها وهذا عكس الفقه الإسلامي والذي لم يفرق بينهما فنظرية التعسف

---

[1]- د- رمضان أبو السعود ،النظرية العامة للحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 995.

[2]- د- رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 992.

في استعمال الحق في الفقه الإسلامي قائمة على نظرية سد الذرائع([1])والتي يقول فيها القرطبي:" **الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع**" ([2])

ومعناه أن العمل لا ينظر إليه في حد ذاته من حيث الصحة والفساد بل يأخذ حكم ما أدى إليه ، وذلك تجنبا لأن يكون هذا العمل مناقضا لمقصد الشارع عز وجل كما في البيع الذي يتخذ وسيلة ليتوصل به إلى الربا، فإنه يصبح غير مشروع بالنظر إلى ما يفضي إليه من مفسدة ، وعليه فالفقه الإسلامي لا ينظر إلى الفعل كونه ينطوي على حق أو رخصة، بل ما ينطوي عليه من تعسف والذي يتمثل في مناقضة قصد الشارع وهذا يعود دائم ا لشمولية الشريعة الإسلامية واتساع أحكامها لكل الظروف والقضايا في كل الأزمنة والأمكنة.

المطلب الثاني أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق

بعد استقرار التفرقة بين تجاوز حدود الحق والتعسف في استعمال اختلف المشرعين في وضع أساس للتعسف في استعمال الحق ووضع مكان له في التقنينات الداخلية لبلدانهم تبعا لهذا الأساس،**(الفرع الأول)**، ولا ريب أن التعسف في استعمال الحق يوجب مساءلة صاحبه وبالتالي إلزامه بالتعويض لذا وجب أن نثبت أننا بصدد حالة من حالات التعسف من خلال المعايير التي عمد الفقهاء وضعها كضوابط لذلك**(الفرع الثاني)** .

الفرع الأول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

أولا : موقف المشرع الفرنسي

---

[1]- **الذريعة لغة** :تعني الوسيلة إلى الشيء مطلقا ، أما اصطلاحا فهي الوسيلة إلى المفسدة، أنظر فتحي الدريني ، ص905.

[2]- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن،مرجع سابق ، ص 71.

لم ينص المشرع الفرنسي على نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني وبالتالي فلا أساس لها في هذا القانون إنما كان القضاء الفرنسي يطبق المادة 1122 ق م ف والمتعلقة بالنص العام للخطأ لتوقيع المسؤولية على المتعسف.[1]

ثانيا: موقف المشرع المصري

جعل المشرع المصري نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدي وهذا يعني أنها نظرية عامة تسري على كل نواحي القانون وأنها بعيدة عن نطاق المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن أراء الفقهاء.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لدراسة أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري يجب التطرق إلى مرحلتين مرحلة ما قبل التعديل الذي جاء به المشرع على القانون المدني بموجب القانون رقم 92- 59 والمرحلة الحالية .

1- وضع نظرية التعسف في استعمال الحق قبل التعديل:

نص المشرع بعد صدور القانون المدني الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 45 منه على النحو التالي:

"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 ."

أدت هذه الصياغة إلى انتقاد شديد للمشرع وذلك في **الجانب الشكلي** و كذا **الموضوعي.**

---

[1]- عبد الرحمن مجوبي ، مرجع سابق، ص95.

أ – **الانتقاد من الناحية الشكلية** : نظم المشرع النظرية في الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان (الأشخاص الطبيعية والاعتبارية) وتناول النظرية في المادة 45 من الفصل الأول المعنون بالأشخاص الطبيعية، ويستنتج ضمنيا أن هذه النظرية لا تسري على الأشخاص الاعتبارية مادام قد خصص لها الفصل الثاني ومن جهة أخرى، فقد وضع المشرع الجزائري المادة المتضمنة النص على التعسف بين المادة 49 وما يليها وهي مواد تتعلق بأحكام الأهلية وظاهر من ذلك خلو العلاقة بين هاتين المادتين ونظرية التعسف[1]،كما تجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري من حيث موضع النص أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني[2].

ب– الانتقاد من الناحية الموضوعية:

– خالف المشرع الجزائري نظيره المصري في هذه النظرية رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامها، إذ أ نه لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالا مشروع ا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضر ر يصيب الغير. فنظرية التعسف استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة لذا وجب ذكر القاعدة العامة

---

[1] – بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 07–10الموافق ل20 يونيو 2007، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق، جامعة تبزي وزو، العدد1،سنة2011،ص257 .

[2] – العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد9 ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ،سنة 1999، ص290.

- جعل المشرع حالات التعسف على سبيل الحصر باستعمال عبارة ت دل على ذلك وهي عبارة " يعتبر استعمال الحق تعسف يا في الأحوال التالية: فعبارة(الأحوال التالية) تفيد أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر وبذلك لم يترك الفرصة للقاضي لإمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف قد تظهر نتيجة لتداول القضايا، وبذلك يكون قيد حرية القاضي في الاجتهاد .[1]

1- أ ن الفقرة الأولى من المادة45 في النص باللغة العربية والتي تقضي ب:" إذا وقع بقصد الإضرار بالغير"، لا تتطابق مع نفس الفقرة من النص باللغة الفرنسية التي نصت على أنه

" **Si il y'a lieu de nuire à autrui** "

فالنص باللغة العربية، أوسع مجالا من النص باللغة الفرنسية، إذ أنه لا يشترط تمخض قصد الإضرار بالغير واشترط أن يكون هذا القصد فقط ولو وجدت معه عناصر أخرى اتجهت إليها إرادة صاحب الحق، ومثل ذلك أن يهدف إلى مصلحة نفسه بالإضافة إلى قصد الإضرار بالغير، وهذا المضمون تضيق به عبارت النص باللغة الفرنسية، ومن ثم فإن النص باللغة الفرنسية لا ينسجم مع النص باللغة العربية إلا إذا حذفنا منه عبارة » **seul** « لأن هذه العبارة هي التي تضيق من مجال هذا المعيار في النص باللغة الفرنسية[2]:

---

[1] - بوبكر مصطفى ،،المرجع السابق، ص 252.

[2]- المرجع نفسه ، ص255.

ج- المزايا التي توخاها المشرع الجزائري في تنظيمه للنظرية:[1]

رغم الانتقادات الموجهة إلى المشرع الجزائري، إلا أن تنظيم المشرع لهذه النظرية يتضمن بعض المازيا التي جاوز بها مضمون النظرية في القانون المصري وهي كالتالي:

استعمل المشرع الجزائري عبارة التعسف متفاديا بذلك عبارة" العمل غير المشروع" على عكس كل التشريعات العربية الأخرى.

صاغ المشرع الجزائري النظرية صياغة أعطت لها مدلولا أوسع من المدلول الذي أعطته لها كل التشريعات العربية وخاصة القانون المصري وهو المصدر التاريخي الذي استمد منه هذه النظرية إذ يلاحظ أ نه لم يستعمل كلمة" **سوى**"من المعيار الأول مما أعطى للنظرية مجالا أوسع، وكذلك الحال بالنسبة لعبارة "البتة" التي أسقطها من المعيار الثاني إذ يلاحظ أن المشرع المصري قد ضيق من مجال النظرية في هذا المعيار بحيث صاغها كالتالي: "**إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من الضرر بسببها**"، وفي المقابل فإن المشرع الجزائري قد صاغها كالتالي: **إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير...**". فاشترط فقط اختلال التوازن بينما المشرع المصري اشترط انهيار التوازن وبالتالي فإن ذلك يضيق من دائرة تطبيق هذه النظرية.

2- وضع النظرية بعد تعديل القانون المدني[2]

ومما نلاحظه بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم92-59الموافق لـ59 يوليو 5992، أن المشرع غير موضع نظرية التعسف من المادة 45 والتي أصبحت

---

[1]- بوبكر مصطفى ،مرجع سابق ، ص ص252-259.

[2]- المرجع نفسه ، ص ص 220-221.

ملغاة إلى المادة 554 مكرر من القانون المدني كما أعاد صياغتها لتصبح على الشكل التالي:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".

ويمكن تقييم موقف المشرع بعد التعديل من جانبين:

أ – تقييم موقف المشرع الجانب الشكلي:

لقد تجاوز المشرع الانتقادات السابقة ويتبين ذلك مما يلي:

أنه بالنظر إلى الموقع الذي اختاره لنظرية التعسف وهو المادة 554 مكرر لم يعد هناك أي شك في انطباق هذه النظرية على الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية خاصة إذا علمنا أن المشرع قد أعاد صياغة المادة 554 ذاتها وأدخل فيها عبارة الشخص بدلا من عبارة المرء وذلك للتدليل على إمكانية قيام مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية تماما مثل الشخص الطبيعي.

كما أن النظرية لم تعد محصورة بين مادتين لا تربطها علاقة بهما، بل أن المشرع قد أعاد التسلسل المنطقي للنصوص المتعلقة بالأهلية من المادة 49 إلى غاية المادة 44.

أن المشرع قد نجح فع لا في اختيار المكان المناسب للنظرية وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض،لأن التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويولد التزاما بالتعويض وبالتالي فإن أنسب مكان للنظرية – إن لم يكن في النصوص الأولى من الباب التمهيدي – هو هذا المكان ولو من الناحية الشكلية[1](، مع الأخذ

بعين الاعتبار ما يترتب عن ذلك من أثار تتعلق بالطبيعة القانونية. لها فالمشرع وبالرغم من كل المازيا التي حققها من الناحية الشكلية في اختياره المكان المناسب للنظرية إلا أن الصياغة التي استعملها لم تحقق النتيجة التي كان عليها أن تحققها وذلك عندما نص على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:.....الخ"

إن قصد المشرع من ذلك هو حسم مسألة فقهية ([2](وهي الطبيعة القانونية للنظرية وجعل من التعسف خطأ ، ولكن استعماله لهذه الصياغة قد حمل معنى آخر لم يكن المشرع يقصده أصلا.

، ويكون ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي وذلك سواء كان الخطأ عمديا جسيما أم يسيرا، وتتجلى الصورة بوضوح في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير فيكون من السهل القول بأن التعسف هنا ما هو في حقيقة =الأمر إلا تطبيق لمفهوم الخطأ فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ما هو إلا خطأ تقصيري والمتمثل في تعمد الإضرار بالغير أمام الانتقادات الموجهة إلى الرأي السابق اتجه أنصار هذا ال أري إلى فكرة الخطأ المتميز وذلك من أجل إعطاء نظرية التعسف نوعا من الاستقلالية لكن دائما ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية، وعلى أرس هذا الاتجاه الفقيه جوس ارن الذي يعتبر التعسف خطأ من نوع خاص بالرغم من ميوله إلى الخطأ إلا أنه يستقل عن عنه لأنه خطأ يرتبط أساسا بالغاية الاجتماعية للحق وقد قسم الفقيه جوس ارن الأخطاء المؤدية إلى المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أقسام يستقل كل منها عن الآخر وهي:

أولا: العمل المخالف للقانون ، **ثانيا:** العمل غير المشروع ، **ثالثا:** العمل المجاوز العمل الضار.

فالعمل المخالف للقانون هو عمل يتضمن اعتداء على حق آخر، أما العمل غير المشروع فهو استعمال الحق عكس غايته.

أما العمل الضار: فهو العمل يستند إلى حق ويكون مطابقا لهدفه وغايته، ولكن يترتب عليه أضارر فاحشة وغير عادية للغير؛ فلا هو عمل مخالف للقانون ولا هو فعل غير مشروع وإنما هو فعل يولد مخاطر غير عادية ويؤدي إلى إنشاء مسؤولية من نوع جديد.

فالتعسف حسب جوس ارن يقع في النوع الثاني، إلا أن الخطأ هنا يتميز بأنه خطأ اجتماعي لأنه ينشأ عن استعمال الحقوق استعمالا ضد المجتمع، فالتعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله أنظر في ذلك :

إذ ما يفهم من تلك الصياغة هو أن التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ من الأحوال التي ذكرها النص، أما في غيرها من الأحوال والتي لم يذكرها فلا يشكل التعسف فيها خطأ وإنما يقوم على أسا س أخر وبذلك يكون المشرع قد وقع في خلط في الصياغة إذ أنه عوض أن يعالج التعسف في استعمال الحق عالج الطبيعية القانونية له فكان يجب عليه يصوغ النظرية كما كانت في النص القديم وذلك بالنص على أنه :"يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية..... " إذا أراد أن تكون حالات التعسف واردة على سبيل الحصر أو بالنص على: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا لاسيما في الحالات التالية "....

إذا أراد أن تكون تلك الحالات واردة على سبيل المثال وهذا هو المألوف في العمل التشريعي؛ إذ أن الوظيفة الأساسية للمشرع هي تناول أحكام الموضوعات وليس طبيعتها القانونية أو تعريفها لأن ذلك يعتبر من صميم عمل الفقهاء[1].

فالنص على النظرية في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، يغني المشرع عن البوح بأن التعسف في استعمال الحق يعتبر خطأ ، فمجرد تنظيم النظرية في هذا الموقع يجعل الفقه يستنتج نية المشرع في اتجاهه إلى اعتبار التعسف صورة للخطأ أو تطبيق من تطبيقاته دونما حاجة للتصريح بذلك.

أمام عجز الاتجاه السابق في تأسيس التعسف على الخطأ بنوعيه العادي والخاص اتجه جانب من الفقه للبحث عن طبيعة التعسف خارج نطاق الخطأ بعيدا عن فكرة المسؤولية التقصيرية.والذي مؤداه أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لهدف معين إذ ترتبط حماية القانون للحق وصاحبه بمدى الالتزام بغايته [2]

فالحقوق ليست غاية في حد ذاتها وإنما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة ويترتب على اعتبار الحق وسيلة لا غاية أن استعمالها يكون نسبيا لا مطلقا، وهو ما يقتضي رقابة القضاء لهذا الاستعمال لضمان منع التعسف (أي الخروج عن غاية الحق) وبناءا على ذلك تعتبر فكرة التعسف مكملة لفكرة الحق، فهي التقويم اللازم لفكرة الحق وأنها تثير مشكلة المسؤولية وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحث الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، وترتيبا على ذلك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج

---

[1] droit, librairie Dalloz Louis Josserand, essaie de téléologie juridique , l'esprit des droit et de leur relativité, théorie dite de l'abus des paris.1929 , p368.

[2] فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، 2001 ، 474 .

دائرة المسؤولية التقصيرية لتصبح بذلك نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق، اعتمدها كثير من القوانين كنظرية قائمة بنفسها، كالتقنين المدني السويسري والتقنين السوفياتي ويظهر ذلك من الحرص على وضعها بين النصوص التمهيدية لهذه القوانين لا ضمن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية .

ب- تقييم موقف المشرع الجزائري من الجانب الموضوعي:

الملاحظ أن المشرع قد أعاد صياغة النظرية صياغة جديدة ، تفيد بأن المعايير الواردة فيها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وذلك باستعماله عبارة تفيد هذا المعنى أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ" لاسيما في الحالات الآتية: " فهذه العبارة تفيد أن هذه المعايير الثلاثة ليست واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال مما يسمح معه للقاضي أن يمارس رقابة واسعة على الاستعمال التعسفي للحقوق بحيث تمنح له حرية وسلطة تقديرية في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع وذلك عن طريق القياس أو الاجتهاد.[1]

كما يلاحظ أن الموضع الذي اختاره المشرع لنظرية التعسف بنقلها إلى المادة 554 مكرر من القانون المدني لم يتجاوز به الانتقادات الشكلية والموضوعية كما سبق أن أرينا، وإنما أحدث تأثيرا واضحا على طبيعتها القانونية وحسم اختلافا فقهيا كبيرا بين اتجاهين فقهيين كثيرا ما تجاذبا الطبيعة القانونية للنظرية؛ اتجاه يرى بأنها نظرية قانونية مستقلة وقائمة بذاتها استمدتها التشريعات العربية من أحكام الشريعة الإسلامية، وهي بعيدة كل البعد على أن تكون مجرد تطبيق للخطأ أو المسؤولية التقصيرية. ويستدلون في ذلك على أن المشرع قد اختار لها مكانا بارز بين نصوصه الأولى في الباب التمهيدي للتدليل على ذلك أنها تختلف عن المسؤولية التقصيرية مجالا وجزاء .

---

[1]- بوبكر مصطفى ، ،مرجع سابق، ص221.

واتجاه آخر لم ير فيها إلا تطبيقا من تطبيقات الخطأ وصورة من صور المسؤولية التقصيرية لأن الذي يتعسف في استعمال حقه عندهم إنما يقوم بما لا يقوم به الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف الخارجية وهذا هو معيار الخطأ[1].

حسم المشرع الجزائري في التعديل هذه المسألة بصفة ضمنية ، لما نقل النظرية من الباب التمهيدي تحت عنوان " الأحكام العامة "إلى الفصل الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان " الفعل المستحق للتعويض."

ومرة بطريقة صريحة لما نص في المادة 554 مكرر من القانون المدني على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق، خطأ لاسيما في الحالات التالية وعدد بعض صور التعسف،ومن خلال هذه الدراسة نتوصل إلى النتائج التالية:

- تمكن المشرع الجزائري من معالجة بعض الأخطاء الشكلية المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق. إلا أنه وقع في أخطاء من حيث الصياغة حيث أنه تكلم عن طبيعة التعسف ولم يعالج التعسف في حد ذاته .
- ذكر المشرع كذلك الحالات التي يشكل فيها التعسف في استعمال الحق خطأ. ويفهم من هذا أن هناك حالات أخرى للتعسف لا تشكل خطأ وهذا لا يعبر عن نية المشرع وإنما كان خطأ في الصياغة[2](وتبعا لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري أن يتدخل مرة أخرى لمعالجتها، وذلك بتناول أحكام التعسف دون تحديد طبيعته القانونية وذلك باقتراح أن يكون النص على النحو التالي: يعتبر استعمال الحق تعسفيا، لا سيما في الحالات الآتية:
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

---

[1]- نفسه ، ص222.

[2]– المرجع نفسه ، ص 227

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان لغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية،فيكون لأصحاب الشأن الذين سيكتشفون من مجرد تنظيم المشرع للنظرية أنها داخلة في إطار المسؤولية التقصيرية وأنه جعلها صور ة من صور الخطأ بما أنه نظمها في المادة **124 مكرر**[1].

فالملاحظ لهذه الدراسة، يدرك أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تعتمد في تأصيلها على أسس دينية وخلقية توسع من دائرة هذه النظرية من ناحية الشمولية وكذا تجعل فكرة تقييد الحق أكثر واقعية . فالأساس الديني مفاده أن الأحكام وهي منشئ الحقوق مبنية على مصالح العباد ويجب أن تكون هذه المصالح وفق ما قصده الله تعالى في شريعته السماوية(القرآن)، فالوازع الديني يجعل الأفراد يبتعدون عن الغلو في ممارسة حقوقهم. فالفقه الإسلامي يحكم جانب الضمير الإنساني في الإنسان بالإضافة إلى الأساس الأخلاقي من خلال زرع فضيلة التعاون والتآزر والرحمة الأخوة، وكلها عوامل تبعث على التكافل الاجتماعي والذي بدوره يقيد من الحق الفردي في مواجهة الحقوق الفردية الأخرى وكذا الحقوق الجماعية فهذه النظرية متجذرة في الشريعة الإسلامية وقد أرساها الشارع وفقا للفطرة الإنسانية، وهذا مقارنة مع القانون الوضعي والذي يحصر الأساس الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ والذي هو مفهوم قانوني محدد مسبقا بأنه الانحراف عن السلوك المعتاد للرجل العادي فالمسؤولية التقصيرية تقوم على فعل غير مشروع أصلا فكيف تكون أساسا قانونيا لفعل مشروع في ذاته ولكن الغلو وسوء الاستعمال وهو تصر ف بعدي خارج طبيعة الفعل الأولية جعله غير

---

[1]- بوبكر مصطفى ، مرجع سابق ، ص222

مشروع ويعتبر هذا الأساس قاصر على أن يكون قاعدة تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق كما أنها تعجز عن الإلمام بجميع حالات التعسف مما يترتب عنه عجز القانون عن تغطية هذه النظرية ومن ثم عدم إمكانية التوفيق والتوازن بين الحق الفردي في مواجهة حق الفردي آخر وفي مواجهة حق الجماعة من جهة أخرى، وهذا ما يجعل القانون الوضعي قاص ار بالمقارنة مع الفقه الإسلامي والذي يستند إلى تشريع سماوي شامل وكامل صالح لكل زمان ومكان وبعيد عن كل نقص وعجز .

الفرع الثاني معايير التعسف في استعمال الحق

نصت المادتين، 554 مكرر من ق م جزائري و 2 من ق م مصري على معيارين فيما يخص نظرية التعسف في استعمال الحق معياريين الأول شخصي **(أولا)**، والثاني موضوعي**(ثانيا)** .

أولا: المعيار الشخصي.

ويتمثل هذا المعيار في قصد الإضرار بالغير ويعد من أقدم المعايير وأكثرها انتشار في الشرائع المختلفة، وذلك ناتج عن كثرة استعمال الأفراد لحقوقهم من القدم بهدف الإضرار بالغير. ويكون الشخص متعسفا في حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.فالحقوق تتقرر لتحقيق المصالح لا للإضرار بالآخرين. فمعيار 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 بصفة ثانوية[1]، مثال ذلك المالك الذي يبني جدار مرتفعا أو يزرع أشجارا كثيفة متعسفا في استعمال حقه حتى لو زادت منفعة الأرض، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، مصر، 2007 ، ص 212.

مادام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار، ومادام أ ن 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[1]، واثبات قصد الإضرار بالغير يعد أمر عسير لأننا بصدد معيار ذاتي يستند إلى أمور نفسية كامنة داخل النفس البشرية، لذلك فإن القضاء في أحكامه يستخلص هذا القصد من قرينة قضائية تتمثل في انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها ،ومن تطبيقات هذا النوع من التعسف دعاوي الإفلاس الكيدية والتنفيذ الكيدي حيث تكشف عن تعسف الدائن في استعمال السلطات التي خولها له القانون لاستيفاء حقه كدعاوي إخلاء المستأجر للعين المؤجرة([2](في حين أن المبلغ الذي لم يسدده المستأجر يكون مبلغا تافها [(3].

وهناك قضايا حكمت فيها المحاكم ضد المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير نذكر منها:

حيث قضت مثلا **محكمة ليون الاستئنافية (فرنسا) في 02 افريل سنة 0281**، بأن المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه، لمجرد منع وصول الماء إلى أرض جاره،

---

[1]- Alain Sériaux, droit des obligations, 2e édition, imprimerie des presses universitaires de France, France,

[2]- د-أمجد محمد منصور، مرجع سابق ص 220.

[3]-وفي هذا الصدد تقول محكمة التمييز الأردنية " .....إن دعوى المؤجر بتخلية المأجور بسب هذا النقص الزهيد استنادا إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين ، تكون ، مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق نظرا لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص واخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين وخروج عن روح القانون وغاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ

الزهيد لا يعتبر تخلفا جوهريا بالمعنى الذي هدف إليه المشرع ،(تمييز رقم 1952-22 مجلة نقابة المحامين 1952 س 22-ع12 ص(299، أنظر د-أمجد محمد منصور، المرجع نفسه ، ص 220.

ومالك الطاحونة القائمة،إلى جوار طاحونة أخرى، إذا رفع فجأة أبواب الأحواض من غير مقتضى إلا حجز الماء عن طاحونة جاره، وتعطيلها عن العمل، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه جدار يصل ارتفاعه إلى الطبقة الثالثة من عقار جاره، بحيث يحجب النور عن الغرفة المواجهة له إذا لم يكن له من إقامة هذا الجدار منفعة حقيقية[1].

كما **قضت محكمة كولمار الاستئنافية في 8 مايو سنة 1856** بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله، تواجه تماما نافذة جاره بقصد إيذائه، وقد قام قضاؤها على أسباب أهمها: من حيث المبادئ العامة، تقضي بأن حق الملكية هو حق مطلق يبيح لصاحبه استعمال ما يملك استعمالا سليما، أو أن يسيء استعماله، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق، يجب أن يكون لاستعماله ثمة مصلحة جدية مشروعة ، إذ تأبى قواعد الأخلاق والعدالة، تأييد ما يصدر عن سوء نية، وما يقترف عن مجرد هوى جائر، ولم يحقق لصاحبه منفعة شخصية ولكن يحدث ضرر جسيم للغير وقد تبع هذا الحكم أحكاما عديدة تقضي بذات المبدأ والأسباب[2]

ثانيا: المعيار الموضوعي: ويتمثل في وجود صورتين

عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير:

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنقضي عنه شبهة التعسف ،بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة

---

[1]- د- أحمد الصويعي شلبيك ، مرجع سابق ،ص 12

[2]_ استئناف كولمار 2 ماي 1856 ،دالوز ، 1856،2،9 نقلا عن د- بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 117

بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقا يصبح استعمال الحق أمر غير مشروع ، فنرجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد[1].

وهذا المعيار موضوعي لا شخصي قوامه التفاوت الشائع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة ؛ والواقع أنه كثير ما يكون وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الإضرار بالغير دون أن يتمخض القصد من استعمال الحق لذلك[2].

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه في هذه الحالة إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير[3 4] والمطلوب هنا ليس تحقيق توازن كامل فقد لا يكون الشخص متعسفا إذا تساوى الضرر والمصلحة أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبة معقولة ،أما إذا رجح الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا، كان هذا تعسفا. كمن يغرس أشجار عالية لتوفير نوع من الرطوبة ويحجب بذلك النور عن جاره أو يمنعه من استعمال شرفته استعمالا مألوفا، فيكون متعسفا في استعمال حقه، لأن المصلحة التي يسعى إليها هي الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير، وجاءت في هذا السياق

---

[1]- علي فيلالي ، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض) ،موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 ص 72.

[2]– مهند وليد الحداد ، خالد وليد الحداد ، المدخل لدراسة علم القانون، (نظرية الدولة ، نظرية القانون ،نظرية الحق)، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002، ص 922.

[3]- د- أيمن سعد سليم ، نظرية الحق ، مطابع الدار الهندسية ، مصر 2001، ص 215.

[4]- د- حميد بن شنتي ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ،الجزء الثاني ، نظرية الحق ،الطبعة الأولى،مطبعة حسناوي ، الجزائر، 2002، ص157.

المادة **220** من ق م ج: "**يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المر تفق به**"

ومعيار التعسف في هذه الحالة معيار موضوعي لا يؤخذ فيه بعين الاعتبار القصد من استعمال الحق، وإنما يعتد فيه بالمقارنة بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير أي التفاوت بدرجة بين الفائدة المقصودة من استعمال الحق والضرر الذي يلحق الغير، فإذا كانت المصلحة التي يقصدها صاحب الحق ، دون الضرر بدرجة صارخة كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرفا عن السلوك المألوف للشخص العادي فتتحقق مسؤوليته[4]، وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري انفرد باستعماله لمصطلح الفائدة عكس التشريعات الأخرى التي استعملت مصطلح المصلحة،كالمشرع المصري مثلا، فمصطلح الفائدة يحوي في طياته معاني مادية أي مالية فقط، غير أن المصلحة هو الأجدر كون أن الشخص في استعماله لحقه يسعى إلى مصالح قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية .

8- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه، ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له. بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة ،لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حمايته، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون وتتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة .[1]

---

[1]- د- محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية ، نظرية الحق) ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان

والمصلحة تكون غير مشروعة بصفة مباشرة مثال ذلك استعمال مالك لمسكنه لغرض مخالف للنظام العام والآداب العامة كما قد تكون المصلحة غير مشروعة بصفة غير مباشرة مثل ذلك أن يتمسك المتعاقد مثلا بحقه في إبطال العقد مدعيا وقوعه في غلط غير أنه يريد في الحقيقة التخلص من العملية العقدية التي أبرمها لكونها غير اربحة فالغاية في هذا المثال هو التهرب من أحكام القانون وهو غرض غير مشروع [1]، ويتبين أن هذا المعيار معيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق فالمصلحة هي الغاية الشرعية للحق[2].

---

[1]- علي فيلالي ، مرجع السابق ، ص 79 .انظر المادة 27 من ق م ج.

[2]– لقد زاد المشرع الأردني معيارا أخر مقارنة مع التشريعات العربية الأخرى ويظهر ذلك في المادة 2–22 من القانون المدني الأردني والتي تنص على : " ويكون استعمال الحق غير مشروع :

أ– إذا توافر قصد التعدي كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة

ب – إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر

ج– إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة ."،انظر مهند وليد الحداد ، خالد وليد الحداد، مرجع سابق ، ص 922.

إن المالك الذي يضع أسلاكا شائكة ،أو أعمدة عالية في حدود ملكه، لعرقلة هبوط الطائرات حتى يفرض على شركة الطيران التي تهبط طائرتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمن مرتفع، فليس وضع المالك للأسلاك الشائكة أو الأعمدة العالية في أرضه لتحقيق مصلحة مشروعة ، بل لإحراج شركة الطيران والتضييق عليها وحملها قصرا على شراء أرضه بمبالغ طائلة، فهذا تصر ف في الحق بدافع غير مشروع ويستهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة[1]

أصدرت محكمة استئناف مصر الوطنية عام **1981** قرار جاء فيه أن نظرية التعسف في استعمال الحق، تسمح بأن يكون لصاحب الحق، جواز إنكاره بما يرجع لتقديره لظروفه الخاصة به إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرض جدي شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار.[2]

والمتمعن في هذه الدراسة يلاحظ أن نصوص القوانين المدنية العربية قد استمدت معايير التعسف من الشريعة الإسلامية أصلا وان لم تأخذها كاملة ، فوفقت لحد ما في تقرير هذه المعايير ومنها المشرع الجزائري والذي اقتصر على ثلاث معايير؛ فلم يشأ أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون ولم يشأ أن يضيق كما كانت النظرية التقليدية تفعل حين حصرت معايير التعسف في نية الإضرار بالغير، أما في القانون الفرنسي فلم يرد النص على نظرية التعسف في استعمال الحق بما فيها معاييرها، لكن الفقه والقضاء تصديا لهذه المسألة وقد أتى الفقيه جوس ارن بنظرية التعسف في استعمال الحق وضبطها على معيار مدى مطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله، بحيث أن للحق وظيفة اجتماعية إذا

---

[1]– د– أحمد الصويعي شليبك ، مرجع سابق ،ص 79

[2]د– أحمد الصويعي شليبك ، المرجع نفسه ، ص 79.

حاد عنها كان هذا تعسفا، ولقد انتقدت نظريته بأنها تفسح المجال أمام القضاة لتفسيرها طبقا لما يراه كل قاض حسب أرائه الشخصية وحسب معتقداته الحزبية والسياسية[1]، وهذا ما أدى بالبعض إلى تبني المعيار المادي، فالفقيه سالي يرى أن القاعدة الأساسية للتعسف في استعمال الحق تكمن في الاستعمال الغير طبيعي للحق فيبقى هذا المعيار خاضعا لمعيار الغرض الاجتماعي[2]و يبقى هذا المعيار قاصر على استيعاب جميع حالات التعسف خصوصا تلك التي أتى بها الفقه الإسلامي لهذه النظرية من معايير ذاتية وموضوعية ، وبهذا يتبين أن المعايير التي أتت بها القوانين الوضعية الأجنبية والناتجة عن دراسات الفقهاء قاصرة أمام تلك التي أتى بها الفقه الإسلامي.

---

[1]- George Ripert , la règle morale dans les obligations civiles ,librairie générale de droit et de jurisprudence,
paris , 1935, p177.

[2] -jean charmeront ,l'abus de droit , revue trimestrielle de droit civile, T2 ,librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts ,ancienne maison,la rose et forcel ,parais ,p 123.

المبحث الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق

إذا استعمل الشخص حقه استعمالا غير مشروع، يكون بذلك قد ابتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق، فالقانون منح الشخص المتضرر أن يطلب التعويض من صاحب الحق فهذا التعويض يمثل الجزاء على التعسف في استعمال الحق عن الإضرار المترتبة عليه ، وقد ذهب بعض الفقهاء في بادئ الأمر إلى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه، ولكن هذا الرأي لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء فاستقر الرأي على هجره وعلى القول بالجزاء التعويضي **(المطلب الأول)**، من جهة أخرى فإنه في نظرية التعسف في استعمال الحق فقد يوقع الجزاء قبل وقوع الضرر وهو ما يسمى بالجزاء الوقائي **(المطلب الثاني)** .

المطلب الأول الجزاء التعويضي

هو صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه، ويتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، والأصل في جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمتضرر على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحق به .

غير أ نه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق ولتجنب الضرر اللاحق، ومثال ذلك الحكم بهدم المدخنة التي أقامها المالك للإضارر بجاره وبتعويضه عما لحقه من خسارة، ويمكن للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط أو الاكتفاء بالتعويض النقدي وفق ا لحالة التعسف .[1]

---

[1]- د- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 52-51.

المطلب الثاني الجزاء الوقائي

هو جزاء يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ويحول دون وقوع الضرر أصلا[1]وهذا الجزاء يميز نظرية التعسف في استعمال الحق ويهدف إلى منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالا تعسفيا قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضرر ما، فيلتجأ صاحب الحق إلى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله، هنا يتأكد القاضي قبل إجابة طلب المدعي من وجود الحق من جهة ومن أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى.

ويرفض القاضي طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالتعسف ويترتب على ذلك منع الاستعمال التعسفي أصلا ، مثال ذلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه ، إذا كان قد تصرف في حق استغلاله ماليا، إلا بعد الحصول على إذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطير ة تبرر ذلك.

ومن تطبيقات المشرع للجزاء الوقائي ما يلي:

_ إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل "... [3] .

_ "لمالك العقار المرتفق أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به"[2].

في مثل هذه الحالات يؤدي تطبيق مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق إلى إنهاء الحق ذاته، ومن ثمة لا يوجد مجال للتعسف في استعماله ،ويحكم بالتعويض

---

[1]- د- حسن كيرة ، مرجع سابق ، 592.

[2]- انظر المادة 1029 ق م م.

على المتعسف بعد إثبات التعسف طبقا للقواعد العامة أي على من يدعي التعسف فإذا ادعى شخص أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره يقصد بها الإضرار به وكذلك الحال في تشييده مدخنة للإضارر به، فإن عليه إثبات ادعائه.

وانعدام مصلحة صاحب الحق في استعماله أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة تمنع الضرر عن الجار يعتبر قرينة على التعسف[1].

إنه ومقارنة مع ما جاء في جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي نجد أن هناك توافقا بين القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي في الجزاء الدنيوي سواء أكان ماديا أو عينيا، ولكن تميزت الشريعة الإسلامية في اعتبار الجزاء الأخروي بهذا الشأن.

[1]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ،مرجع سابق ، ص 119.

الفصل الأول : ماهية التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني

تطبيقات نظرية

التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد قرر القانون لكل شخص مجموعة من الحقوق حيث تكون الحرية الكاملة لصاحبها في استعمالها في أوجه النفع. ومن أهم الحقوق التي نصت عليها التشريعات حق الملكية؛ وقد ارتبط التعسف باستعمال هذا الحق منذ القدم نتيجة ممارسته ويعتبر حق الملكية مجالا واسعا لانتشار التعسف في استعمال الحق.[1]

[1]-radmila, KOVACEVICVIC-KUSTRIMOVIC, le domaine de l,application du principe de l,interdiction de l'abus de droit ,faculté de droit à Nice ,1995,p41,http--www.facta.junis.ni.ac.rs:

المبحث الأول تعسف المالك في علاقات الجوار

عرف الجوار على أنه تلاصق عقارين أو أكثر كما أن المضار الناتجة عن علاقات الجوار يجب أن تكون أضرارا تجاوز الحد المألوف حيث لا يمكن تجنبه بين الجيران فمسؤولية المالك تكون عن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار[1]لأن الجوار ما هو إلا نتيجة حتمية للتجمع الإنساني والذي يفرض على الملاك المتجاورين احترام بعضهم بعض وعليه وجب على الجار في حالة حدوث أضرار خارجة عن المعقول أن يتحمل مسؤوليته.

ويظهر التعسف في القيود التي فرضها المشرع على المالك في علاقات الجوار وعليه سوف نتناول التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه(**المطلب الأول)** ،التعسف في الحقوق التي ترجع لتلاصق الجوار **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه

تستمد قيود الجوار الخاصة بالمياه التي فرضها المشرع الجزائري للحد من سلطة المالك لفائدة جيرانه من نصوص القانون المدني الجزائري وبالذات نص المادة **138** **قم** ج[2]، حيث راعى المشرع تجاور الأراضي الزراعية وحاجياتها لمياه الري والتخلص من المياه الزائدة عن حاجة الري وذلك عن طريق أرض الجار، ويكون التعسف هنا في كل من حق الشرب والسقي **(الفرع الأول)** وكذلك حق المجرى و الصرف.**(الفرع الثاني)**.

---

[1]– زرارة عواطف ،التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ،2002، ص 51– 59

[2]-- تنص المادة 292 ق م ج على " الأرض ملك لمن يخدمها وتعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة بالنصوص الخاصة بالثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستعمال ، واستغلال المياه.

الفرع الأول: حق الشرب والسقي

المقصود بحق الشرب والسقي والقيد الوارد عليهما :

استعمل المشرع الجزائري حق الشرب **(droit d'irrigation)** في الباب الرابع من قانون المياه[1]،حيث نص على أن المياه الصالحة للشرب تعني المياه الصالحة للاستهلاك والاستعمال المنزلي[2]،و حق الشرب هو حق الشخص في أن يروي نفسه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص أخر[3]،هذا المعنى يختلف عن المعنى المقصود من قيد الشرب والسقي والذي يعني حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم من المسقاة التي تخص صاحبها والذي وضع لتفادي تعسف صاحب المسقاة في التعسف في استعمال حقه[4] ؛ وقد نص المشرع المصري بالمقابل على حق الشرب والقيد الوارد عليه في المادة **222** من **ق. م م** التي تنص :" من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها ".... تنص المادة **02** من قانون الري والصرف المصري " إ ن لأصحاب الأراضي التي تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضي المذكورة ويفصل مفتش الري والصرف بقرار نهائي في كل نزاع ينشأ في كيفية استعمال هذا الحق " فالقاعدة أن من أنشأ مسقاة خاصة كان له وحده حق

---

[1]- قانون رقم 07-12، مؤرخ في 22 جمادى الثانية عام 1922 ، الموافق لـ9 أوت 2007م يتعلق بالمياه. ، ج.ر عدد 20 المؤرخة في 10 رجب عام 1922 الموافق لـ9 سبتمبر 2007 م .

[2]- انظر المادة 111 من قانون المياه.

[3]- د- عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية والأصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، مصر د. س. ن ، ص 22.

[4]– زار رة عواطف ، مرجع سابق، ص 101–109

استعمالها لكن المشرع وضع قيدا خطير على هذا الحق الذي للمالك في أن يستأثر باستعمال مسقاته، إذ أجاز للملاك المجاورين أن يستعملوا هذه المسقاة فيما تحتاجه أراضيهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها[1].

مظاهر التعسف في حق الشرب والسقي

إن إعطاء حق الشرب والسقي لكل من المالك والملاك المجاورين فيه تغليب لمصلحة عامة راجحة على مصلحة خاصة ، فمالك المستقاة مصلحته في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملا 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 كان لصاحب الأرض مسقاة وقد استوفى حاجياته منها فيكون من حق جاره سقي أرضه فإذا قام المالك بمنع جاره يكون متعسفا في استعمال حقه على الرغم من حقه في الاحتفاظ بالمياه لنفسه.

الفرع الثاني : حق المجرى والصرف

حق المجرى

المقصود بحق المجرى: هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرضه غيره المياه الكافية لري أرضه[2]، ويجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا.

حق الصرف

أ_المقصود بحق الصرف: هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف الماء الزائد عن حاجة أرضه، فيجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر

---

[1]- د- عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ، ص51.

[2]- المرجع نفسه ، ص 57.

بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي، بشرط أن يحصل المالك على تعويض. فحق الصرف يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بعد أن يستوفي الجار حاجياته، أو في أن ينشئ مصرفا خاصا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام[1].

3_ مظاهر التعسف في حق المجرى والصرف: إذا قام مالك الأرض بمنع جاره من وضع قنوات للاستفادة من المياه ولا يوجد له مورد آخر أو كانت موارده غير كافية لري أرضه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، فعلى الرغم من مصلحته من الانتفاع بأرضه كاملة ، لكن هذه المصلحة ضعيفة مقابل الضرر اللاحق بالجار.

والأمر ذاته بالنسبة للصرف، حيث يعتبر مالك الأرض متعسفا في استعمال حقه إذا قام بمنع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة أو استعمال لأرضه لتصب في أقرب مصر ف عمومي ؛ فعلى الرغم من حق المالك في أن يستأثر بالمصرف لنفسه بما أنه هو الذي قام بإنشائه بحيث يكون له مصلحة في أن لا يشاركه أحد في ذلك، وله أيضا الحق في أن ينتفع بأرضه .

[1]- زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا ، منشورات المكتبة العصرية ،لبنان، 1922 ، ص 220.

المطلب الثاني: التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار

يثير التلاصق في الجوار نزاعات عديد ة بين الجيران . ولتجنبها فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق[1].

الفرع الأول : القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين

تتضمن الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكين في المواد من **422 إلى 424** من ق م ج؛ وتنظم نصوص هذه المواد ملكية الحائط المشترك وسلطات المالك في الاستعمال والتصرف والحائط الفاصل هو الذي يفصل بين بنائين فلو فصل بين أرضين أو بين أرض وبناء لما كان حائطا فاصلا، ولقد ميز المشرع بين الحائط المملوك الواحد من الجيران والحائط المملوك ملكية مشتركة.

1- الحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران

قيد المشرع حرية المالك في ملكيته للحائط لصالح جاره وذلك بموجب المادة **8/422** من ق م ج[2] وتقابلها المادة **8/202** من **ق.م.م** والتي قيدت سلطة المالك في هدمه للحائط الفاصل مختار دون عذر قوي إذا كان يسبب ضررا لجاره الذي يستتر ملكه؛ بمعنى أن المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة مع ما يصيب الجار من ضرر، وهذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق والمعيار المستعمل في هذه الحالة يقوم على موازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها والضرر بدرجة كبيرة.

---

[1]–pierre_ CLAUDE LAFOND ,L,exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage, la revue juridique Thémis, éditions Thémis inc, faculté de droit , université de Montréal,1999,p249 http-- :www.themis.umontreal.ca

[2]- تنص المادة 502 من ق م ج على :" ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 295 غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط".

2- الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران

نظم المشرع حقوق والتزامات مالكي الحائط الفاصل ملكية مشتركة بين الجيران في المواد **422 إلى 424**من ق. م. ج، ذلك أن الاشتراك في الملكية يقتضي بذاته قيود ا على ملكية كل شريك .

ونستخلص من نص المادة **422** من ق. م. ج، أن استعمال الشريك للحائط يجب أن لا يتعارض مع الغرض الذي خصص له، وأن لا يحول دون استعمال الشريك الآخر، وأن لا يكون من شأنه تحميل الحائط فوق طاقته؛ فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعليته في نص المادة **0/428** ق. م.

والمادة **0/202** من الق. م. م. والتي تشترط توفر شروط وهي :

- للشريك مصلحة جدية في تعلية الحائط كبناء طابق آخر فوق طبقات بنائه،شرط أن لا تلحق التعلية ضرر بليغ بالشريك الآخر.
- أن يقوم الشريك بعمل ما يلزم حتى لا يؤثر البناء الناشئ من التعلية على متانة الحائط.
- تحمل الشريك نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى[1].

3- مظاهر التعسف بالنسبة للحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين

إن استعمال الشريك للحائط المشترك يجب أن لا يحول دون استعمال الشريك الآخر له؛ فإذا قام أحد المالكين بتعلية هذا الحائط ونتج عن ذلك حجب الضوء عن جاره، فيعد هذا تعسفا في استعمال الحق[2]، وكذلك من مظاهر تعسف المالك الشريك للحائط

---

[1]- زرارة عواطف ، المرجع السابق ،ص ص 192-197

[2]- محمد وحيد سوار ،مرجع سابق،ص 212.

تحميله فوق طاقته من العوارض مما 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.

الفرع الثاني : القيود الخاصة بالمطلات والمناور

تنظم هذه القيود المواد من **423** إلى **400** من الق. م. ج. حيث تقضي بأن الأصل للمالك الحرية في أن يبني على حافة ملكه ما يشاء له من بناء، وأن يفتح في هذا البناء ما يشاء من فتحات للنظر والتهوية؛ لكن القانون يفرض قيودا في هذا الصدد وهي قيود مشتركة تفرض على كل الملاك وأساسها توفير الحرية والسكينة، وتد أر أسباب كثير من المضايقات التي تنشأ بسبب وجود مط ل على ملك الجار.

المطلات:

يقصد بها الفتحات التي تمكن من النظر إلى الخارج كالنوافذ والشرفات والمطل إما أن يكون مواجها يمكن الإطلاع منه على ملك الجار مباشرة دون الحاجة إلى الالتفات يمينا أو يسارا، واما أن يكون مطلا منحرفا وهو المطل الذي لا يمكن الإطلاع منه إلى ملك الجار إلا بعد الالتفات يمين أو يسار[1].

وقيد المشرع من حرية فتح المطل فأوجب التقييد بمسافة معينة تختلف من حيث نوع المطل، مواجها أو منحرفا، فبالنسبة للمطل المواجه، نجد أن المشرع الجزائري قيده في نص المادة 423 من ق م ج بمسافة مترين تقاس من ظهر الحائط الذي يوجد به المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة وتقابلها المادة **203 والمادة 282 ق.م.م** .

---

[1]- **تنص المادة 707 من ق م ج "** لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين ،وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة ، أو من النتؤ وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها .أعلاه ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل.

فالمطل المواجه يعد أكثر المطلات مضايقة للجار المفتوح عليه المطل، فإذا كان المطل نافذة مثلا في حائط المبنى، أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليه االحائط كبداية، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية[1]؛ فإذا كانت المسافة بين خط البداية والنهاية مترين أو يزيد على ذلك كان المطل مفتوحا في الحدود القانونية واذا قل عن مترين كان المطل مخالفا للمسافة القانونية، واذا كان المطل شرفة فإن نقطة البداية هي حافة هذه الشرفة ونقطة النهاية هي الخط الفاصل بين عقارين، و يجب أن تكون المسافة بين هاتين النقطتين لا تقل عن مترين، أما بالنسبة للمطل المنحرف فقيده المشرع في نص المادة **402** من ق. م. ج.

بمسافة ستون سنتمتر من ظهر الحائط أو الحافة الخارجية للشرفة ويرفع هذا القدر إذا كان المطل المنحرف على العقار مواجه ا للطريق العام[2].

المناور: يقصد بها الفتحة التي تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء دون أن تمكن من النظر منها إلى ملك الجار. فهذه الفتحات لا تضر بالجار فهي لا تسمح بالإطلال عليه، فيجوز فتحها في بناء مقام على حافة الحد الفاصل دون التق يد بمساحة معينة . ولكن يجب أن يقدر ارتفاعها على أرضية الغرفة بمترين[3] وهذا ما نصت عليه المادة 400من ق. م. ج[4].

1- د- محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية (، منشأة المعارف ، مصر ، 2007 ، ص112.

2- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2001 ص 20-21

3- زهدي يكن،مرجع سابق ،ص 112

4- تنص المادة 711 ق م ج على " لا تشترك أية مسافة لفتح المناور ، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها ولا يقصد بها مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور. " 5- رمضان أبو السعود ، المرجع نفسه، ص ص 21-29

فإذا تم فتحها على ارتفاع يقل عن مترين من أرضية الغرفة، يجوز للجار الاعتراض على ذلك مطالبا بسده.

2- مظاهر التعسف في فتح المناور والمطلات :

إن للمالك كقاعدة عامة له الحق أن يفتح مطلات في بنائه، لكن إذا قام بفتح نافذ ة في ملك الجار حيث يمكن النظر من خلالها لملك الجار ولم يحترم المسافة المنصوص عليها قانونا، يكون متعسفا في استعمال حقه. كذلك الأمر بالنسبة للمالك الذي يقوم بفتح المناور ولكن يحترم المسافة المنصوص عليها قانونا وهي مترين بالنسبة للمطل المواجه وستون سنتمتر بالنسبة للمطل المنحرف؛ في هذه الحالة يكون متعسفا في استعماله حقه وقد حدد المشرع المصري بأن تعلو قاعدة المناور على قامة الإنسان المعتادة أو أنه يلقي منها مخلفات منزله فتسقط في ملك الجار ويجوز للجار أن يطلب سدها[1].

[1]- زهدي يكن،مرجع سابق ،ص 120.

المبحث الثاني : التعسف في حق المرور

المطلب الأول: القيد الخاص بالمرور

وجد الطريق العام من أجل تحقيق المنفعة العامة، فليس لأحد الحق فيه أكثر من غيره، لذلك راعى المشرع حالة العقار المحصور وأعطى لصاحب هذا الأخير حق المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام[1]،وقد أقر المشرع الجزائري ذلك في المادة **133 ق. م. ج.**[2].

ويتحقق الحصر طبقا لنص المادة **133** من ق. م. ج. في حالتين:

-**الأولى:** أن لا يصل بين الأرض والطريق العام أي ممر

_ **الثانية:** فهي التي يكون فيها للأرض ممر إلى الطريق العام ولكن الممر غير كاف أو غير ممكن المرور إليه إلا بمشقة كبيرة، أو أنها تكلف المالك بذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

وعليه لا يلزم لاعتبار الأرض محصورة أ ن يكون الحصر كليا، بل يكفي أن يكون جزئيا.

فإذا كان للأرض ممر خاص بالراجلين ثم بني فوقها مصنعا وكان بحاجة إلى عربات لنقل المنتوجات، فيصبح الممر غير كاف لمرور العربات أصبحت بمشقة، ونفقات توسيعه باهظة ؛ و مسألة كون الأرض لا منفذ لها إلى الطريق العام مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[3].

---

[1]– عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري الجديد، حق الملكية، الطبعة الثالثة، منشوارت الحلبي الحقوقية ، لبنان

[2]- **تنص المادة 373 ق م ج** على مايلي :" يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها 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 من جراء ذلك. "

[3]– رمضان أبو السعود ،م رجع سابق ، ص 99

ولقد وضع المشرع الجزائري جملة من الضوابط والشروط لممارسة حق المرور تتمثل في وجوب تحقق الحصر أو عدم كفاية الممر، وأن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله، لا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك، وألا يكون هناك حق المرور اتفاقي وعلى سبيل الإباحة. بالإضافة إلى ملائمة حق المرور للملاك الآخرين بأن يتم اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها المرور أ خف ضرر عليهم.

فإذا تحققت هذه الشروط يكون الجار مالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره للوصول إلى الطريق العام وذلك مقابل تعويض مناسب للأضرار التي تنجم من جراء استعمال هذا الحق؛ فالعبرة في التعويض تكون بالضرر وليس بالمنفعة فإذا لم يوجد ضرر فلا تعويض وكل ضرر بهذا المعنى يرتب تعويضا منفردا.

لقد أخضع المشرع حق المرور إلى نظام التقادم الذي أثر في حيازة الممر طبقا للمادة **133**ق م ج، وينقضي حق المرور طبقا للقواعد العامة المتعلقة بحقوق الارتفاق المنصوص عليها في المادة **242** من نفس القانون بزوال الضرورة التي أدت إلى إنشائه، ويتحقق ذلك بزوال الانحصار وبالتالي انقضاء الحاجة إلى الارتقاء وذلك ما لم يتم حيازة الممر لمدة خمسة عشر سنة إذ يكتسب هذا الحق بواسطة الحيازة التي تصبح بمثابة سند الملكية[1]

[1]– زارزة عواطف، مرجع سابق ، ص 129

المطلب الثاني : مظاهر التعسف في استعمال حق المرور

أقر المشرع حق المرور لمالك العقار المحصور حتى يمنع جاره من التعسف في استعمال حق ملكيته، بمنع مالك العقار المحصور من الوصول إلى الطريق العام كأن يقوم ببناء جدار أو إقامة شباك عازل عن الحدود التي تفصل بين العقارين، ففي مثل هذه الحالات يعتبر مالك العقار المرتفق قد قصد الإضرار بجاره فهو يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

في المقابل أقر المشرع مجموعة من الشروط والضوابط حتى لا يتعسف مالك العقار المحصور في استعمال حقه في المرور، وبمخالفة الشرط يعتبر متعسفا في استعمال حقه:

– أن يكون حق المرور ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله، ومن هنا فإن هذا الحق يخضع في وجوده وفي مداه لحاجيات هذا الاستعمال والاستغلال؛ فإذا كانت الأرض المحصورة زارعية فإن الممر المطلوب هو الذي يسمح بمرور الآلات الزارعية كالجرار أما إذا كان العقار المحصور مسكن هادئ وكان لصاحبه سيارة فالممر اللازم هو الذي يسمح بمرور السيارة فإذا تعمد توسيع الممر على نحو مبالغ فيه يتنافى مع طبيعة استعمال واستغلال المسكن يعتبر متعسفا في استعمال حقه .[1]

– أن لا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك، ففي هذه الحالة لا يكون العقار محصور لوجود ممر يوصله بالطريق العام، لكن المالك بفعله تسبب في تحقيق انحصار أرضه فلا يجوز له مطالبة جيرانه بحق المرور، كان يقوم ببناء مخزن على الممر فهنا يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

[1]- د- محمد كامل مرسي باشا، مرجع سابق ، ص 199

– أن لا يكون لمالك الأرض المحصورة حق مرور اتفاقي أو على سبيل الإباحة ففي هذه الحالة لا يجوز لمالكه مطالبة جيرانه بممرات أخرى توصله إلى الطريق العام على أساس حقه في المرور فإذا قام بفتح عدة ممرات توصله إلى الطريق العام يعتبر متعسفا حقه نتيجة قصد إضراره بالملاك الآخرين .

–ملائمة حق المرور للملاك الآخرين؛ أي يجب اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها المرور أخف ضرار على الجيران، كأن يكون هناك أرض بور وأخرى زراعيه فيتم اختيار الممر في الأرض البور، فإذا قام مالك العقار المحصور بفتح الممر بالأرض الخصبة فسيلحق بالمالك ضرر بليغ مقابل الفائدة المحققة للعقار المحصور[1]

وقد طبقت المحكمة العليا من خلال قراراتها المتعددة، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق حينما قضت بأنه:

" **من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة ، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار، يجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، ولما كان ثابت ا – في قضية الحال – أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما ألزمهم بالدخول إلى منزلهم بطريق بعيد، فإن قضاء المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب وانعدام التسبيب ليس في محله** " [2].

---

[1]– زاررة عواطف، مرجع سابق،ص 125.

[2]- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995-02-27 ، قضية رقم192210 ،نقلا عن محمد الصغير بعلي، مرجع سابق ، ص 191.

خاتمة

خاتمة

المشرع الجزائري خالف بقية التشريعات العربية إذ أنه لم يتناول القاعدة العامة والتي تضمن أن استعمال الحق بصفة مشروعة لا يولد المسؤولية كالمشرع المصري رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامه،وكنظيره الأردني الذي نص على الجواز ينافي الضمان ثم تطرق إلى المعايير فنظرية التعسف في استعمال الحق هي استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة.

القانون المدني الجزائري الذي نص على هذا في المادة 554 مكرر منه،وهذا ما يجعل النظرية غير مستقلة وغير قائمة بذاتها فإذا كان المعيار الأول وهو قصد الإضرار بالغير ينطوي تحت عنصر الخطأ والذي تقام عليه المسؤولية التقصيرية فالعنصران الآخران لا علاقة لهما بالخطأ ولعل مضار الجوار غير المألوفة والتي يعبر عنها معيار الضرر الفاحش وان لم يدرج ضمن معايير النظرية إلا أنه منصوص عليه في مواد أخرى كالمادة 805 ق م ج هي خير دليل على عجز المسؤولية التقصيرية أن تكون أساسا قانونيا لنظرية التعسف فكيف يكون الخطأ أساسا قانونيا لفعل مشروع في الأصل والبعض الآخر يجعل لها نظرية مستقلة و يقيمها في الباب التمهيدي لقانونه ومنها القانون المدني المصري .

من هذا كله نستنتج عدم دقة القوانين الوضعية في الفصل ما بين المفاهيم كما هو معمول به في الشريعة الإسلامية. من هذا يتبين أن المكان الذي يمكن توضع فيه أحكام هذه النظرية يرتبط أساس ا بتحديد التكييف القانوني أو الأساس القانوني لها.

المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية

1_ د /**العربي بلحاج**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الجزء الأول (الطلاق والزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

2_ . **العربي بلحاج** ، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية ، (الفعل غير المشروع – الإثراء بلا سبب القانون (، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة ، الجزائر، 2009 .

4_ . **العربي بلحاج** ، الوجيز في شرح الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول الطبعة السادسة، الجزائر، 2012.

3ـ**محمد الصغير بعلي**، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون،نظرية الحق) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .

5_ **د/أيمن سعد سليم**، نظرية الحق، مطابع الدار الهندسية، مصر، 2003.

6- **د/أحمد شوقي عبد الرحمن**،البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية(دراسة فقهية و قضائية) د.د.ن، مصر ،2002 .

8_ **د/أحمد شوقي محمد عبد الرحمان**، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ،2006 .

9_ **أنور طلبة**، العقود الصغيرة (الهبة والوصية) ، المكتب الجامعي الحديث،مصر ،2004.

10 _ ـــــمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الجزء الثالث، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د. س .ن.

11_ **المصري مبروك**،الطلاق و أثاره من قانون الأسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ،2010 .

المراجع

12_د/أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.

13_ د/جميل فخري محمد حاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

14_ د/ حسن كيرة ،المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر ،1993 .

15- د/ حميد بن شنتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، (الجزء الثاني ، نظرية الحق) الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي، الجزائر، 2008.

16_ حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، مصر ،1960.

17- د/رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر . 2005

18- -زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر ،2006.

19_ زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا ، منشوارت المكتبة العصرية، لبنان، 1962.

22- د/ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ،الطبعة الأولى ،مكتبة الوفاء القانونية مصر، 2006.

21_ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005.

المراجع

23_ د/**عبد الله مبروك النجار**،التعويض عن أضرار فسخ الخطبة (أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية مصر، 2008.

24_ د/ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

ثالثا : المقالات

1- د/أحمد الصويعي شلييك ،التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون، مجلة الشريعة والقانون، عدد 91 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة،2008، ص19 -99.

2- د/العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 19، كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر، سنة 1992، ص911_949.

3- أبو زيد عبد الباقي ، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة مجلة الحقوق، العدد الثاني ، الكويت ، 1983،ص 191- 191

4- بوبكر مصطفى ، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون 05-10 الموافق لـ 20 يونيو 2005 المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 1 سنة 2011، ص 199-119.

ثالثا :القرارات القضائية

1_ استئناف كولمار1 ماي 1856، دالوز ، 1856،2،9 نقلا عن د/ بلحاج العربي، نظرية العامة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

2_ قرار النقض الصادر عن محكمة النقض المصرية في 28 /1981/12 نقلا عن أنور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، مرجع سابق.

3- قضية رقم148810، قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/06/25 ، مشار إليه ومنشور من طرف د /محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق.

رابعا:نصوص تشريعية :

.قانون رقم75-58، مؤرخ 19 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم،ج .ر عدد 99 ،الصادرة في 19 جوان 1975.

.قانون رقم05-12، مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 ، الموافق ل4 أوت 2005م يتعلق بالمياه،ج.ر عدد 60 المؤرخة في 30 رجب عام 1426 الموافق ل9 سبتمبر 2005 م.

باللغة الفرنسية

Ouvrages :

1_JOSSERAND Louis, essai de téléologie juridique, l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, librairie Dalloz, Paris, 1929.

2_MAZEAUD et TUNC, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T1 6e édition Paris, 1939.

3_RIPERT George, la règle morale dans les obligations civiles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1935.

Articles :

1 - CLAUDE LAFOND Pierre, L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage, la revue juridique Thémis, Ed Thémis inc, faculté de droit, université de Montréal, 1999, p226_276, http// :www.themis.umontreal.ca

2_ **DUSSAULT René**, de l'abus des droits, les cahiers de droit vol, 4, n°3,1961, 114-.521
URI: http://id.erudit.org/iderudit/1004143ar
3-GAIUS C. Voltaire, une théorie de l'abus de droit en droit romain classique, université de Montréal,2006,p 75_90,http// ;www.securweb.megill.ca.
4- KOVACEVIE-KUSTRIMOVIC Radmila, le domaine de l'application du principe de l'interdiction de droit, faculté de droit à Nic,1995, p41_55,http// :www.facta.junis.ni.ac.rs.

الفهرس

الفهرس

الفهرس

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
الشكر	
الفصل الأول : ماهية التعسف في استعمال الحق	
المبحث الأول مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي	
المطلب الأول تعريف التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه	
الفرع الأول تعريف التعسف في استعمال الحق	
أولا :معنى التعسف في استعمال الحق في القانون	
ثانيا : تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات	
الفرع الثاني نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق	
أولا: سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط	
ثانيا: سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق والرخص بصفة عامة.	
المطلب الثاني أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق	
الفرع الأول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق	
أولا : موقف المشرع الفرنسي	
ثانيا: موقف المشرع المصري	
ثالثا: موقف المشرع الجزائري	
الفرع الثاني معايير التعسف في استعمال الحق	
أولا: المعيار الشخصي.	
ثانيا: المعيار الموضوعي	
المبحث الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق	
المطلب الأول الجزاء التعويضي	

الفهرس

.....

المطلب الثاني الجزاء الوقائي	
الفصل الثاني تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق	
المبحث الأول تعسف المالك في علاقات الجوار	
المطلب الأول التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه	
الفرع الأول: حق الشرب والسقي	
الفرع الثاني : حق المجرى والصرف	
المطلب الثاني: التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار	
الفرع الأول : القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين	
الفرع الثاني : القيود الخاصة بالمطلات والمناور	
المبحث الثاني : التعسف في حق المرور	
المطلب الأول: القيد الخاص بالمرور	
المطلب الثاني : مظاهر التعسف في استعمال حق المرور	
خاتمة	
المراجع	
الفهرس	