الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعسف في استعمال الحق

من اعداد الطالبتان :

عبيد فاطمة

حملات أمينة

تحت إشراف الأستاذة :

مناد مليكة

دفعة التخرج لسنة 2010-2011

المقدمة:

يعتبر الحق بـأنه استئثـار الشخص بقيمة معينة ، طبق للقـانون كمـا أنه استئثـار يتبعه تسلط الشخص ، مـا عدا علـى شخص آخر أو شيئـا معينـا سواء كـان ماديا أو معنويـا ، و يحميه القـانون و لقد واجهت فكرة الحق انتقـادا أحـادا من حيث التعسف في استعمـاله ، و لو دققنـا البحث فـي هذه المشكلة ، نجد جذورهـا فـي الحـق أي فـي المصلحة ، التي أقرهـا المشرع ، و حماها عندمـا نص على ذلك الحق في القـانون.

و لا شك أن غاية التشريع دائما ، هي تحقيق مصلحة اجتماعية فردية أو عامة.

و من شأن كل قاعدة قانونية ، تحدث حقوق و التزامات قد تكون مشتركة أو خـاصة ، و أن ممارسة هذه الحقوق قد يساعد في أسلوبها إلى الآخرين لا يقصدها الشرع و لا يبررها ، لأنه يراعي للجميع على قدم المساواة ، و إن مصالح حياتهم جميعا في ضمنه و أمانه.

بحيث يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه و الإفادة منه ، و يتم استعمال الحق من خلال الاستفادة من مضمونه ، يتمثل مضمون الحق في المكانات و السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، يتفاوت ذلك المضمون من حق إلى آخر . مضمون حق ملكية مثلا هو مجموع السلطات التي يخولها هذا الحق للملك ، من استعمال الشيء و استغلاله و التصرف فيه.

و تلك هي السلطات التي تشكل مضمون الحق، هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه و الإفادة منه.

و في معظم الحقوق تكون حدود الحق و شروطه ، قد أوضحتها النصوص المتعلقة بذلك الحق مثلا : لو أخذنا حق الأب في تأديب ابنه ، نجد واضحا شرط توافر صفة قرابة بين الأصل و الفرع ، لكي يباشر الأول حقه في تأديب الثاني، فإذا نختلف هذا الشرط لا يكون هناك حق للعم أو للأخ الأكبر مثلا أن يؤدب ذلك الإبن الصغير بدعوى أنه يهمه أمره ، و أنه قريب له ، ذلك وفق المادة 32 قانون مدني الجزائري تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه و يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد."

و كذلك طبق المادة 33 قانون مدني الجزائر القرابة المباشر ، هي الصلة ما بين الأصول و الفروع ، و قرابة الحواشي ، هي الرابطة ما بين أشخاص ، يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر.

أما عن حدود ذلك الحق ، فهي تتلخص في التأديب الذي يكون عن طريق التوجيه و العناية بالابن الصغير و تأديبه ، أو ضربة إذا استدعى الأمر ضربا خفيفا ، لا يترك أثرا للإصابة بجروح أو مرض ، و يعاقب على جرائم الضرب بحسب النتائج التي تحقق ، و يعتبر من قبيل الجنايات إذا سبب لإبنه عاهة مستديمة.

فالقانون يحمي صـــاحب الحق في استعمالـه لحقه ، لأن الحق يستند إلى القـانون و يستمد وجوده الوصفـي منه ، و القــانون عند تنظيمه للحقـوق و تحديده لمضمونها و السلطـات التي تخولهـا لأصحابهـا ، يعمل على التوفيق بين كـافة المصـالح العـامة و الخاصـة فالشخص يهدف غالبا وراء استعمـاله لحقه إلى تحقيق مصلحة خـاصة ، إلا أنه لا ينبغي أن يقوم بما يتعـارض مع مصلحة الغير ، و يحمي القانون صاحب الحق طالمـا كـان يسعى إلـى تحقيق مصلحة مشروعة ، من وراء هذا الاستعمال فإذا تجاوز هذا النطاق و استعمل حقه استعمالا غير مشروع ، سقطت عنه الحمـاية القـانونية ، لأن منـاط تلك الحمـاية هو مشروعية المصلحة ، التي يهدف الشخص إلى تحقيقها من وراء استعماله حقه ، و يعتبر من قبيل الخطأ الاستعمـال غير المشروع للحق ، لأنه الانحراف عن الغاية التي تقرر من أجلهـا و يعد صـاحب الحق ، في هذه الحالة متعسفـا في استعمال حقه.

فقضية التعسف في استعمــال الحق، قد أصبحت في العصر الحـاضر الذي نعيشه و غمره النظم المدنية المختلفة ، قضية ذات إلـى و موضوعــا كبيرا لأهمية بارز الشأن و تزداد أهميته في ظل النظم القائمة على هذه النظم و أوضاعه القانونية .

و لكن قد حدث أن يستعمل الشخص حقه ، في الحدود التي رسمها له القـانون ، و مع ذلك يترتب على هذا الاستعمـال ضرر للغير ، فالمـالك الذي يبني جدار في ملكه و لكنه يرتفع

بالجدار ارتفاعـا شاهقـا لمجرد الإضرار بجـاره و منع الضوء و الهواء عنه ، فهنا يتعسف في استعمـال حقه ، ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحالة من الأحوال.

فإن استعمــال الحق يكسب أهمية كبيرة ، يرتكز على حقـائق تاريخية و اجتماعية و اقتصادية ، تؤدي إلــى تسليم بوجوده و من تم صعوبة إنكـاره فهنـاك صلة بين الحق و القانون ، إذ أن هذا الأخير يكفـل احترام الحق ، و الحق لا يقوم إلا إذا كان له سند من القانون ، لضمان احترامه على أنه ليس معنى ذلك ، أن القانون هو من ينشىء الحق مما جعل المشرع الجزائري يتطرق إليه.

فموضـوع التعسف فـي استعمال الحقوق يكسب أهمية بـالغة فـي الجـانب الفقهي و القانوني ، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية بموضوع التعسف.

و تتمثل أهمية هذا الموضـوع ، في تعرف على ماهية التعسف ، و أين تبرز مظاهره و ما هي الدلائل التي تدل على أن هذا الفعل متعسفا فيه؟.

و كــان السبب اختيارنـا لهذا الموضـوع هو معرفة غـايته يوم أن أقره القـانون و حماه ، ولقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الوصفي التحليلي من أجل تبيان ما هو التعسف و ما هي مظاهره و خصائصه و مميزاته.

و السؤال الجدير بالطرح :

ما هي الآليات التي يمكن من خلالها معرفة على أن هذا الفعل متعسفا فيه ؟

بناءا على كل هذا تم تقسيم بحثنا هذا إلى فصلين

فالفصل الأول جاء تحت عنوان ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق.

أما الفصل الثاني تضمن أحكام التعسف.

الفصل الأول : ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول : مفهوم التعسف

يمنح القـانون لكل شخص حقوق معينة يتمتع بهـا ، و من استعمل حقه استعمـالا مشروعـا لا يكون مسؤولا عمـا ينشأ عن ذلك الضرر ، و هي قـاعدة عـامة باعتبار أن منـاط المسؤولية عن تعويض الضرر ، هو وقوع الخطـأ ، و إنه لا خطأ في إستعمـال صـاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة ، التي يتيحهـا له هذا الحق . و كـان خروج هذا الإستعمـال عن دائرة المشروعية ، إنما هو إستثنـاء عن ذلك الأصل أي القاعدة العامة[1].

المطلب الأول : تعريف التعسف

لما كـان سوء استعمــال الحق مرادفا للتعسف في استعمــال الحق عرف الإسـاءة[2] ، فجاء في لسان العرب ، **أساء الرجل إساءة خلاف أحسن ، و أساء الشيء أفسده و لم يحسن عمله** .

---

[1]- ابراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاءى ، ط2 ، دار الفكر ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 32.

[2] – إبراهيم سيد أحمد ، تعسف في استعمال الحق ، فقه و قضاء ، طبعة الأولى ، دار الفكر ، الإسكندرية ، سنة 2000 ،ص 39.

و مما تقدم يتبين أن الإساءة لفظ شامل ، يطلق على الفعل القبيح ، و يطلق على الخطيئة و يطلق على الفعل المكروه بالغير ، و يطلق على معصية و المنكر ، أو هو إسم جامع للآفات و الداء.

أما التعسف فيقال : عسف : العسف :السير غير هداية ، و الأخذ على غير الطريق ، و كذلك التعسف و الإعتساف و العسف : ركوب المفازة و قطعها بغير قصد و لا هداية و لا توخي صوب و لا طريق مسلوك.

يقال : **إعتسف الطريق إعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه**.

أما الدكتور **فتحي الدريني** عرف التعسف الوجهة الفقهية بأنه :" **مناقضة قصد الشارع في تصرف مأدون فيه شرعا بحسب الأصل". و معنى هذا أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ، أو بإباحة مأدون فيها شرعا ،على وجه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير أو مخالفة الحكمة المشروعة أصلا**".

حيث أن هذا التعريف يرشد إلى المعنيين يتألف منها التعسف:

✓ **الأول** :

منـاقضة قصد الشارع أي مضادة قصده و هي إما أن تكون :

- **مقصودة :**

و هي أقدم صور التعسف ، و معناه أن يقصد المكلف في العمل المأدون فيه هدم قصد الشارع عينا[3] و ذلك باستعمال الحق لقصد الإضرار أو تحايل الفعل المباح ، لإسقاط واجب شرعـي أو ارتكـاب محرم ، و في ذلك تدرع بمـا ظـاهره الجواز إلى تحليل مـا حرمه الله تعالى ، كما في بيع أعينه لوقوع في الربـا المحرم، أو اسقـاط ما أوجبه الله علية كهبة مـال صوريا عند قرب نهاية الحول إحتيالا ، على إسقـاط الزكـاة و كل هذا يؤدي إلى هدم مقصد الشـارع ، و هو المنـاقضة مقصودة الظـاهرة و كذلك حكم سائر الحيل المؤدية إلى إبطـال حكم شرعي.

- **غير المقصود :**

فكما تكون المناقضة في القصد المضـاد لقصد الشـارع ، لا تكون كذلك في الفعل الذي يقضي مالا، إلى نقص هذا الأصل و ذلك بأن تكون نتيجة مفسدة مســاوية لمصلحة أو راجحة

---

[3]- الدريني ، الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده و نظرية التعسف في إستعمال الحق بين الشريعة و القانون ، ط1 ، مطبعة جامعة دمشق، 1967 ، ص 315.

، و لو لم يكن ثمة قصد إلى هذه النتيجة و عليه فكلما كانت مـألات الأفعال المضـادة للأصل العام في الشرع ، كلما كانت المناقضة غير مقصودة[4].

إذ الحقوق شرعت لدر المفـاسد أو جلب المصالح ، و إذا آل إستعمالها إلى خلق ذلك أم شرع ، و التعسف لا يضبطه الإستعمال المعتاد ، بل النظر إلى المآل إن كان معتادا أو غير معتاد.

و الخلاصة كلما كان الفعل مناقضا لمقصد الشارع كلما كان باطلا.

✓ **الثـانـي :**

كون الفعل مبـاح الأصل فـي تصرف مـأدون فيـه شرعـا بحسب الأصـل ، أمـا لو كـان الفعـل من قبيل المحـرم فلا يحد فعلـه تعسفـا في التمتـع بحق ، لـحرمه إرتكـابه و خروجه عن دائرة الحقوق أو البـاحـات ، و هو ما عبر عنه الدكتور **فتحي الدريـنـي** بقوله :

" مــأدون فيه شرعـا بحسب الأصل ، أخرج الأفعــال غير المشــروعة لذاتهــا لأن إتيــانهــا يعتبر إعتداءا لا تعسفــا...".

و حق القوانين الوضعية نجدها متفقة مع الشريعة الإسلامية في هذا الرأي.

---

[4] – بطيوي كريمة ، التعسف في استعمال الحق في قانون الأسرة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، معسكر ، 2003-2004 ، ص 07.

المطلب الثاني : التمييز بين التعسف و مجاوزة الحق

ظهر الخلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق **l'abus de droit** و فكرة محاورة الحق أو الخروج عنه **le dépassement de droi**t لدى القضاء الفرنسي .

أول الأمر ثم سلك مسلك الفقه حيث اعتبر التعسف في استعمال الحق ، خروجا عنه إذ يعد عمل غير مشرع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية [5] و قد تزعم مذهب التسوية هذا :

الفقيه الفرنسي **بلانيول** حيث يقول : **" ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف و لا يمكن أن يكون ثمة تعسف ، في إستعمال حق ما سبب غير قابل بأن يتحض ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في الوقت معا ، وتفق مع القانون و مخالفا له".**

حيث أنه يشترط في إستعمال الحق أن يكون الفعل مشروعا ، وعدم المشروعية لا تكون إلا مجاوزة و حدود الحق أو عدم وجود الحق أصلا ، و عليه فالحق ينتهي حين يبدأ التعسف ، وتأكيدا على ذلك فقد اعترف **بلانيول** بنظرية التعسف و جعلها مستقلة عن المجاوزة لحدود الحق.

---

[5]- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون بوجه عام ، النظرية العامة للقاعدة القانونية للنظرية العامة ، بدون طبعة ، منشأة التعارف ، الإسكندرية ، ص200.

كمـا أنه لا يوجد ما يمنع كون الفعل الواحد، موافقا لحق من الحقـوق لأنه يدخل في مضمونه و مخـالفا للقـانون ، في مجمـوعة و هذا هو جوهر التعسف و أن رأي الشريعة يتفق مع رأي رجـال القانون في هذه النقطة[6].

إذ يقول **الدرينـــي** : **" و لا تناقض إذا قلنا أن الفعل المشـروع ، و فيه تعسف لأن المشـروعية خاصة بذات الفعل ، بينمـا التعسف فهـو خاص بكيفية إستعمـال هذا الفعل ، أو بالنظر إلى نتيجة أو بـاحثا عليه"**

و عليه فـالتعسف يفترض في فعل يدخل في مضمون الحق ، فيكون مشروعا لذاته ، لأن حق و ينقلب معيبا أو غير مشروعا لإنحراف في عرضه أو نتيجته "[7] .

و للتـأكيد على الفرق الموجود بين التعسف في إستعمـال الحق ، و مجاوزة حدود الحق أو إعتداء نضرب مثلا على ذلك :

فمن أرضى بما زاد عن الثلث ، يعتبر مجـاوزا حدود حقه الذي منحه إيـاه الشرع و هو التصرف في حدود الثلث ، ففعله غير مشروع في الأصـل لأنه لا يستند إلـى حق و التعسف فرع وجود الحق ، فهو إذن متحد لا متعسف.

---

[6] – بطيوي كريمة ، المرجع السابق، ص. 12.

[7] – حسن كيرة، المرجع السابق ، ص 759.

أما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، و قصد بذلك مضرة الورثة مثلا و قامت الأدلة على هذا القصد ، أعتبر متعسف لأن أصل الفعل مشروع لإسناده لحق ثابت له في الشرع ، لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق و لكن استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة ، بل للإضرار بالورثة إذ لا ضرر و لا ضرار في الإسلام.

و قد ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين في بحثهم للتعسف ، حيث يقول إن الوصية حق المورث و له إستعماله على وجه مشروع ، كأن يكون فيه يد للورثة و لا يجوز إستعماله على وجه غير مشروع ، كأن يكون إضرار بالورثة كأن يوصي بأكثر من الثلث ، فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة إستعمال الحق.

لأن هذا الخلط بين المجاوزة و التعسف، فالوصية بقصد الإضرار بالورثة إنما تعتبر وصية تعسفية ، فإذا أوصى بما يزيد عن الثلث فقد جاوز حدود الحق و اعتبر متعديا لا متعسفا[8].

ذلك لأن فعله غير مشروع لعدم إستناده إلى حق و لا تعسف مع انتفاء الحق . و كذلك الحكم فيما إذا أوصى للوارث ، فهي وصية باطلة أصلا على رأي الجمهور ، لأنه محظور

---

[8] - بطيوي كريمة ، المرجع السابق ، ص 13.

على الفرد أن يوصي لوارث ، فالفعل غير مشروع لذاته سواء ، قصد الإضرار أولم يقصد و باطل في جميع الأحوال[9] .

إلا أن قانون الأحوال الشخصية قد أخذ بجواز الوصية، لوارث مخالفا بذلك رأي الأئمة المذاهب الأربعة . حيث تنص المادة 37 من قانون الأسرة:

" **تصح الوصية بالثلث للوارث و غيره و تنفد من غير إجازة الورثة** "

المبحث الثاني : التطور التاريخي لنظرية التعسف

إن كانت نظرية التعسف في إستعمال الحق ، قد كتب لها التبلور و الإستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعني ذلك أنها نظرية جديدة ، بل هي قديمة و تمتد جذورها إلى الماضي البعيد ، حيث عرفها الرمان و انتقلت إلى القانون الفرنسي ، ثم ظهرت في الأخير مقننة في قوانين الحديثة[10].

---

[9] - بطيوي كريمة ، المرجع السابق ، ص. 14.

[10] - بومدين ميمون ، التعسف في استعمال الحق في إطار قانون الأسرة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، سعيدة ، 2006-2007 ، ص .19.

المطلب الأول : نظرية التعسف في القانون الروماني

إذا كـان القـانون الرومـاني لم يعرف نظرية إسـاءة إستعمــال الحق ، كمـا هي الآن في القانون الحديث ، فإنه في الواقع لم يخلوا من وسائل محاربة إسـاءة إستعمـال الحق ، في حــالات معينة و كـان أول من بدت فيه الحـاجة إلـى تحقيق حدة القــانون فـي إستعمـال حق الملكيـة ، فكـان يعتبر المـالك الذي يقـوم بالحضر ، في ملكه و يسبب بذلك أضرار في ملك جاره مسـؤولا ، عن ذلك كان فعله يقصد الإضرار به لغير ، و من لم يلجأ إليها فقهاء الرومان ، إلى فكرة حسن النية [11] و لم يقتصر الأمر على الحد من حقوق الملكية ، بل اعتراف إلى حقوق أخرى و خاصة ، حقوق الأسرة .

حيث يرى فقهاء الرومان ، أن أخلاق إستعمال الحقوق ، وفقا لقانون يؤدي إلى المساس بقواعد العدالة و أنهم عملوا بشتى الوسائل على تغليب قواعد الأخلاق ، و على تحقيق العدالة بالحد من استعمال الحقوق كما رسمها القانون.

---

[11]– د محمود جلال حمزة " العمل غير مشروع باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1986 ، ص90.

وظهور فكرة التعسف في القانون الروماني، وإن لم يتبين كنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق، إلا أن المؤكد أنه عرف في صدد بعض الحقوق وفكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة وهي صورة تعمد الإضرر بالغير[12].

وقد توسع القانون البريطوري في تطبيق النظرية، حتى يخفف من حدة القانون القديم وصرامته، وقد آب القانون الروماني لمحاربة إساءة استعمال الحق إلى فكرة حسن النية[13]، فمن استعمل حقه وسبب ضرر للغير وكان حسن النية، لا يكون مسؤولا عما يترتب على ذلك من ضرر للغير، كمن أقام حفريات في أرضه وسبب ضرر لملك جاره دون أن يقصد إلحاق هذا الضرر، لا يكون مسؤولا اللهم إذا كانت لديه نوايا كيدية.

إلا أن هذه التطبيقات الجزئية، لم تجد طريقة إلى الصياغة القانونية العامة لعدة أسباب، من بينها إختفاء التفكير القانوني للرومان بالحقوق الفردية، وظهور مفهوم المسؤولية التقصيرية وما يرشد إلى هذا وجود قاعدة من استعمل حقه فما ظلم"

---

[12] حسن كيرة، المرجع السابق، ص 755 .

[13] محمد جلال حمزة، المرجع السابق، ص 90-91.

المطلب الثاني : نظرية التعسف في القانون الفرنسي

لقد مرت نظرية التعسف في القانون الفرنسي على مرحلتين وهما:

القانون الفرنسي القديم و الحديث.

✓ القانون الفرنسي القديم :

أتيح لفكرة تعسف، أن تنقل من القانون الرومـاني إلى القانون الفرنسي القديم[14] وهذا بعد إحياء دراسـات القانون الرومـاني في العصور الوسطـى، ولكن على نحو أكثر شيوعـا، حيث ذهب دوما فما يبدوا إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمـال حقه، إذا قصد الإضرار بالغير، أي تعمد أم لم تكن له مصلحة في استعمـاله أي دون مصلحة صاحب الحق[15]، وكما يرى من يباشر اجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها فتتحقق مسؤوليته.

✓ القانون الفرنسي الحديث:

---

[14] حسين كيرة، المرجع السابق، ص 755.

[15]السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1، ط2، دار النهضة العربية، 1964، ص 836.

فكان هذا العهد مشبعا برح الفردية الذي نتج عن الثورة الفرنسية، وشاع مبدأ سلطان الإرادة، ويود هنا في حقوق الانسان وأصبح الأفراد هم الذين يحكمون علاقاتهم بأنفسهم دون حاجة إلى تدخل المشرع للحد من حرياتهم، وممارستهم لحقوقهم[16].

وبانتصار الثورة الفرنسية تحقق انتصار المذهب الفردي فانتشرت النظرية في هذه الفترة، وفيها تلاها من فترات طوال القرن التاسع عشر(19).

وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة، وما تعينه من فكرة سيادة الفرد وحريته في استعمال حقوقه استعمالا مطلقا، دون التعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء وبذلك لم يتحدث أحد من الفقهاء، خلال هذه الفترة عن نظرية التعسف، وساعد على كل هذا أن النظرية لم تجمع شتاتها، ولم تصنع لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم[17].

حيث بدأ القضاء أولا بتقرير فكرة التعسف صريحة واضحة، ويظهر ذلك في تطبيقاته، أما الفقه الفرنسي، الذي كان له هو الآخر الفضل في إحياء النظرية، لم ينتبه إلى أحكام القضاء إلا في أواخر القرن 19 م.

---

[16] – بومدين ميمون ، المرجع السابق ، ص 25.

[17]– السنهوري ، المرجع السابق ، ص 836–839.

ولقد حمل لواء هذه النظرية في الفقه الحديث الفرنسي، **سالي وجوسران** واستأثر الثاني بالجولات الأولى والأخيرة.

وفي الفقه الفرنسي من يعتبر الحق غير مشروع لا لوم لم تكن هناك فيه نية الضرار طالما أنه قد استهدف أغراض غير التي شرع الحق من أجلها، إذ أن مجرد تحويل الحق من وظيفة الاجتماعية يكون استعماله.

وعليه فالحق –في نظرية هؤلاء- وظيفته اجتماعية منح للفرد من أجل أداء خدمة للجماعة، لا تحقيق مصلحة ذاتية كما في السلطة الأبوية فهي لمصلحة الطفل أكثر من مصلحة الوالدين.

المطلب الثالث : نظرية التعسف في القانون المدني الجزائري

إهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، وخصص لها نص المادة 41 من القانون المدني القديم، التي جاءت صياغتها عامة، مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق التعويض[18].

---

[18]– علي علي سليمان، مصادر الالتزام ، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 225 .

على أن عموم النظرية، لا يتنـافى في الحقيقة مع ادخـالها في نطاق المسؤولية التقصيرية أو اعتبارها تطبيقـا لهـا.

فالمادة 41 من القانون المدني الجزائري هي التي كانت تنص على حالات التعسف في القانون القديم والتي ألغيت بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

فالمادة 41 قانون المدني الجزائري في القانون القديم كانت تنص على ما يلي[19]:

على أنه يكون استعمال الحق متعسفا في الأحوال التالية:

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.**
- **إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر ناشئ للغير.**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.**
- فالمشرع الجزائري في هذه المادة لم ينص على مبدأ عام يمهد فيه لنص التعسف في استعمال الحق، كما فعل المشرع المصري في المادة04 في القانون المدني المصرين والمشرع السوري في المادة 05 وغيرهما[20].

[19] – بطيوي كريمة ، المرجع السابق ، ص 08.

[20]– جلال حمزة، المرجع السابق، ص 96.

ومن جهة أخرى، فإن العبـارات الواردة في نص المادة 41 من قانون مدني الجزائري تكاد مطابقة لتلك التي ذكرها المشرع المصري[21]، في المادة 05 ويظهر الاختلاف الطفيف، في استبدال كلمة مصلحة بكلمة فائدة مع العلم أن كلمة مصلحة أدق خاصة في استعمال الحقوق.

أما في القانون المدني الجزائري الجديد أتت **المادة 124 مكرر من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو** بحيث قالت أنه:

يشكل الاستعمال التعسفي للحق في 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.**

[21]– محمد صبري السعيدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج01، ص59.

إذ تبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية التعسف بضوابطها الواردة في الفقه الإسلامي، وأنه صاغها على شكل مبدأ عام بالنسبة لجميع الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، بل يسري في جميع نواحي القانون، وقد رأى المشرع في تحديد هذه الضوابط الثلاثة المعيار العام، في الخطأ.

وهو السلوك المـألوف للشخص العـادي، الذي يهيئ للقاضي ما يمكن الاسترشـاد به لمعرفة استعمـال الحق، الغير مشروع و عليه فـإن الإنحراف عن هذا السلوك في استعمـال الحق لا يعتبر تعسفـا عدى إذا إتخذ صورة من الصور ثلاثة التي نصت عليهـا المادة 124 مكرر من القانون المدني.

المبحث الثالث : معايير التعسف في استعمال الحق

نظرا لكون الخلاف واقع بين المذهبين الرأسمالي والاشتراكي في الغاية والمدى فإن معايير التعسف في استعمال الحق، لابد أنها مختلفة أيضا باختلاف وجهات النظر.

وباستقرائنا الماضي والحاضر، منذ العهد الروماني إلى اليوم، نجد أن معايير التعسف في استعمال الحق قد تجلت في ثلاثة:

- المعيار الذاتي أو شخصي.
- المعيار المادي أو الموضوعي.
- المعيار المختلط[22].

✓ **المعيــار الذاتــي :**

يقوم على نية الإضرار بالغير، سواء كانت النية ثابتة أو مفترضة وقد أخذ به كل من القانون الروماني ،الفرنسي ، المصري القديم، والألماني.

ومعياره في قوله: " **يعتبر استعمال الحق تعسفا، إذا وقع بقصد الإضرار بالغير**".

---

[22] **تحسين درويش، استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجزائري المقارن، معهد العلوم القانونية والادارية ،بن عكنون، الجزائر، 1998، ص 70.**

ضف للمواد 4 و5 من القانون المدني المصري[23]، والمادة 66 من القانون المدني الأردني[24]، والجزائري في 41 من القانون القديم[25].

✓ **المعيار الموضوعي:**

يقوم على منافاة استعمال الحق، للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله ومثاله القانون المدني للاتحاد السوفياتي.

ومعياره في نص المادة الثانية، أن القانون يكفل الحقوق المدنية، إلا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي، والاجتماعي الذي وجدت من أجله.

فيعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه، إذا تحققت إحدى الصور المذكورة سابقا.

المطلب الأول : قصد الإضرار بالغير

يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ويعتبر استعمال الحق غير مشروع، إذا اقتصر هذا الاستعمال على نية الإضرار بالغير[26].

---

[23]– نبيل ابراهيم سعد ، همام محمود زهران ، مدخل للقانون نظرية الحق ، بدون طبعة ، منشأ المعارف الإسكندرية ، 2002 ، ص 204.

[24]– عبد القادر الفار ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، طبعة أولى ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2004 ، ص 534.

[25]– محمدي فريدة زواوي ، مدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق ، بدون طبعة ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون ، 1997 ، ص 152.

فمعيار التعسف هنا ذاتي قوامه قرينة الإضرار لدى صاحب الحق، حيث يكون قصد الإضرار هو العـامل الأساسي، الذي دفع صاحب الحق إلى استخدام السلطات التي يتضمنها ، و لو أدى إستعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه لم يقصدها أصلا.

و مثال ذلك: المالك الذي يبني جدار مرتفعا، أو يزرع أشجار كثيفة متعسف في استعمال حقه حتى و لو زادت منفعة الأرض ، بل و لو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ، ما دام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار[27].

فإذا وقع بقصد الإضرار بـالغير ، ففي هذه الحـالة توافر القصد لدى صاحب الحق[28] و يلاحظ على هذا المعيار أنه معيار ذاتي ،استقر الفقه الإسلامي و الفقه الغربي و القضاء على الأخذ به ، و الجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الإضرار و لو فض استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه.

و هذا بـاعتباره معيـار شخصي يستند إلـى أمور نفسية كـامنة داخل النفس البشرية ، لهذا فإن القضـاء يجري في أحكـامه على استخلاص هذا القصد من قرينة قضائية ، تشمل في إنعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها .

---

[26] – بطيوي كريمة ، المرجع السابق ، ص 08.

[27]– محمد حسين منصور ،نظرية الحق ، ماهية الحق ، أنواع الحقوق ، بدون طبعة ، منشأة معارف ، الإسكندرية ، سنة 1998 ، ص 273.

[28]– اسحاق ابراهيم منصور ، نظرية القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، طبعة 2 ، ديوان المطبوعات ، الجزائر ، 2005 ، ص 273.

و هذا النوع يكون في دعـاوى الإفلاس الكيدية ، و التنفيذ الكيدي و كذلك الدعـاوى و الدفوع القضائية الكيدية[29].

المطلب الثاني : إذا كان استعمال الحق يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ففي هذه الحالة يعتبر الشخص متعسف حتى لو كانت له مصلحة ، في إستعمال حقه على وجه معين ، و ذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير ، إذ تكون الفائدة قليلة بالنسبة للضرر.

كمن يغرس أشجـار عالية لتوفير نوع من الرطوبة ، و يحجب بذلك النور عن جاره أو يمنعه من استعمال شرفته ، إستعمالا مألوفا[30].

و هذا طبق لما جاء في المواد 2/708 من القانون المدني الجزائري ، و المادة 2/88 من القانون المدني المصري.

---

[29]- محمد حسين منصور ، مدخل إلى القانون ، نظرية الحق ،بدون طبعة ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، سنة 2000 ، ص 259.

[30]- محمدي فريدة زواوي ، المرجع السابق، ص 153.

حيث جاء مقتضى المادة 2/708 " **غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط** ".

أما المادة 2/818 من القانون المصري جاءت على أنه :" **ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط** ".

فنص المادة 2/708 في كلمة قانون خاطئ و صحتها قوي كما ورد في النص المصري على أساس إتباع النص الفرنسي[31].

و ترتب ضرر أعظم من المصلحة ، يعتبر من حالات التعسف عدم التناسب بين مصلحة الحق و الضرر ، الذي يصيب الغير[32]. و نظر للتفاوت بينهما يمنع على صاحب الحق إستعماله إذا كان الضرر يفوق بوضوح المصلحة عن الإستعمال .

فالقانون يشترط في هذه المصلحة ، أن تكون ذات قيمة إذا اقترنت بما يصيب الغير من ضرر ، كأن يقوم صاحب الحق بهدم جدار كان الجار يتستر به ، و هذه الحالة غالبا لا يتوافر فيها القصد لدى صاحب الحق[33].

---

[31]- محمدي فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 153.

[32]- محمد الصغير بعلي ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، نظرية الحق ،بدون طبعة ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2006 ، ص 185.

و إذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره ، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعة عن المصلحة.

و أبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية.

و مؤدى هذا المعيار في هذه الحالة ، يتسم بالطابع الموضعي لا شخصي حيث تقوم على انعدام التناسب بين الضرر ، الذي يلحق بالغير و المنفعة العائدة على صاحب الحق ، و تلك مسألة يقدرها القاضي ، حسب الظروف و ملابسات كل حالة على حدة.

المطلب الثالث : عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

يعتبر صاحب الحق متعسفا ، إذا استعمله ابتغاء تحقيق مصالح غير مشروعة و ذلك استعمال ، المالك منزله لأغراض منافية للقانون و الآداب.

و صاحب العمل الذي يستعمل حقه في إنهاء خدمة العامل ، لمجرد إلتحاقه بنقابة العمال[34] ، فالحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فإن تنكب صاحب الحق ذلك و انحرف بحقه ، في سبيل تحقيق مصالح مشروعة تجرد حقه

---

[33]- اسحاق ابراهيم منصور ، مرجع السابق ، ص 273.

[34]- محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 276.

من قيمته و لحق القانون عن حمايته[35] في استغلالها استغلالا مشروعا لتأجيرها[36] ، و لكنه لا يجوز له أن يستغلها لممارسة الدعارة.

كما لا يحق لمالك شقة أن يتخذها وكرا للقمار ، أو لارتكاب أفعال غير مشروعة[37] ، و كذلك يعد متعسفا في إستعمال حق لمالك الذي يحيط أرضه بأعمدة أو أشجار شاهقة الإرتفاع ، لإجبار شركة طيران تهبط طائرتها في مطار مجاور ، على شراء أرضه بثمن مرتفع.

و كذا مالك المنزل الذي يصدر ضوضاء من شقته، لإقلاق راحة المستأجرين بقصد حملهم على ترك مساكنهم[38].

و جزاء التعسف في إستعمال الحق ، هو منع هذا الاستعمال و المطالبة بالتعويض فإن القانون أقام التعسف في هذه الحالة ، على معيار موضوعي و هو عدم مشروعية المصلحة دون الإعتداء بنية المتعسف.

---

[35]- نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 307.

[36]- اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 273.

[37]- عباس الصراف ، جورج حزيون ، المدخل إلى علم القانون، طبعة 1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2003 ، ص 277.

[38]- فتيح عبد الرحيم عبد الله ، نظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2001-2002 ، ص 171.

و قد أضاف المشرع الجزائري الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة ، و قد نص عليه المشرع في النصوص متعلقة لمضار الجوار غير المألوفة ، و هذا اعتبارا لتطبيقات أحكام الشرعية الإسلامية التي تقضي بأن يعتبر إستعمال الحق تعسفا إذ ألحق بالغير ضررا فاحشا[39] ، و من تطبيقات الضرر الفاحش ما نصت عليه المادة 691 من القانون المدني الجزائري بقولها : " **يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**".

يتضح من ذلك أن غالبية القوانين الحديثة ، تعد مبدأ عاما يدل معيار التعسف و في كثير من الدول يفضل المشرع وضع معيار تمام ، للتعسف دون تحديد أو تعديد لصوره ، و هذا الأسلوب ينم بالمدونة و القدر على التجاوب و التطور مع تغير الظروف و الأوضاع ، و لعل ذلك هو ما دفع المشرع الجزائري و الدول العربية الأخرى ، إلى تحديد صور التعسف و تطبيقاته و الابتعاد عن الصيغ العامة ما يحيط بها من غموض.

---

[39] **– محمدي فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 154.**

الفصل الثاني: أحكام التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول : نطاق و تطبيق نظرية التعسف في إستعمال الحق

يتجلى بوضوح أن نطـاق و تطبيق نظرية التعسف في استعمـال الحق، أنها تحتل مكانـا بارزا في النظـام القـانوني المعـاصر، و لأنهـا تنبسط على جميع فروع القـانون، و لا يقتصر تطبيقها على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، و إنما تطبق على هذه النواحي جميعا.[40]

فإن القضاء يجزم بأن هذه النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية، كما تنطبق على الروابط المالية.

و أنها تسري في شأن الحقوق العينية ، سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، و أنها لا تقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزه إلى القانون العام .

و قد ساعد على اختيار هذا المسلك ، إقرار الشريعة الإسلامية لنطاق و تطبيق لنظرية التعسف في إستعمال الحق ، بوصفها نظرية عامة.

---

[40]- **محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 269.**

المطلب الأول : نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق .

إن تحديد نطـاق نظرية التعسف في استعمـال الحق هو مـا يقتضي تحديد المحل الذي يرد عليه التعسف ، و في هذا الشأن نجد اتجـاهين ، أولهمـا إلى التضخيم من نطـاق هذه النظرية بسبط محل التعسف إلى الحريات أو الرخص العامة كالحقوق سواء بسواء ،[41] و الثاني إلى التضييق ، باستبعـاد بعض الحقوق و هذا بالمعنى مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية ، فنعرض لمناقشة الإتجاهين و تحديد محل التعسف على ضوء ذلك.

- ✓ **أولا : التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة.**

يرى جانب كبير من الفقه إلى أن التعسف لا يكون إلا بالنسبة للحقوق بالمعنى الدقيق.[42]

فإن نظرية التعسف في استعمال الحق، تقتصر على الحقوق les droits، دون الحريات les libertés، أو الرخص les facultés .

---

[41]– حسين كيرة، المرجع السابق ، ص 874.

[42]– محمد حسن قاسم ، مدخل لدراسة القانون القاعدة القانونية ، نظرية الحق ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية 2007 ، ص 546.

و يقصد بالحقوق في نطاق التعسف، الحقوق المعينة أو المحددة. فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك.

يقصد بالحق في هذا الصدد ، كحق شخص في ملكية عين من الأعيان ، أو حقه في اقتضاء دين من الديون ، أو حقه في طلاق زوجته.

و بذلك يفترق الحق عن الرخص أو الحريات العامة التي تفترض ثبوت حريات معينة لكافة الناس دون أن يستأثر أحد بها ، دون غيره من الناس ، كحرية الرأي ، و حرية الاجتماع ، و حرية التعاقد و التملك.[43]

و في هذه الحالة الأخيرة، إذا ما وقع من الشخص انحراف في سلوكه، عندما يستعمل رخصة من الرخص، يكون قد أخطأ خطأ عاديا يلزمه التعويض.[44]

و هذه الرخص ، أو الإباحات ، لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ، ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها ، لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه.[45]

---

[43]– توفيق حسن فرج ، مدخل العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، نظرية العامة للحق، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الجامعية ، بيروت 1988 ، ص 856.

[44]– نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ،ص 308.

[45]– عصام أنور سليم ،أسس الثقافية القانونية في نظرية القانون و الحق و العقد ، بدون طبعة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 1997، ص268.

القول بعدم الحاجة إلى فكرة التعسف في الرخص ، أو الإباحات، إكتفاء بتطبيق أحكام المسؤولية المدنية.

و هذا يستهدف من هذه النظرية بسبط الرقابة على كافة التصرفات القانونية .[46]

و يرد علـى هذا الإتجاه نقد جوهري، أن قواعد المسؤولية المدنية تظل حبيسة مجـال وقوع الضرر ، بسبب إسـاءة استعمـال الحق الخاص ، أو الحق العام ، الذي يقال له الإباحة ، أو الحرية .

من خلال ما جاء به الفقه تظل فكرة المسؤولية المدنية قاصرة على أن تلعب الدور الوقائي ، الذي تؤديه فكرة عدم جواز التعسف في استعمال الحق ، الخاصة في استعمال الحريات من خلال منع صاحب الحق أو الحرية من أن يستعملها.

باعتبار إذا كانت النظرية لا تعنى بالحقوق في المعنى القانوني فحسب، مما يستبعد من نطاق تطبيقها.

تلك الحريات أو الرخص العامة التي قد تعتبر حقوق في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني و هذا ما أدى إلى ظهور اتجاه آخر.

---

[46]– محمد حسن منصور ، المرجع السابق ، ص 259.

✓ **ثانيا : التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق رفض فكرة حقوق المطلقة أو التقديرية.**

و هذا إذا كـان التعسف لا يرد إلا علـى استعمـال الحق ، دون ممـارسة الحريـات ، أو الرخص العـامة ، على نحو السـابق بيـانه ، و هذا ما أدى إلى التساؤل و البحث عما إذا كان التعسف يرد على استعمال كافة حقوق ، دون تميز ، أو يرد على استعمال بعضها ، دون البعض الآخر.

فهي تمتد لتشتمل الحقوق ، و الرخص على حد سواء ، فالتعسف صورة خاصة من صور الخطأ[47]، و هذا ما يسير عليه القضاء ، فهذه الرخصة و إن كانت من الحقوق التي تثبت للكافة. إلا أنه لا يسوغ لمن يباشره الإنحراف عما شرع له ، و استعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير ، إلا حقوق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال الحق.

و ذهب جانب من الفقه إلى عدم سريان نظرية التعسف بالنسبة لطائفة معينة من الحقوق ، و هي ما يطلق عليها بالحقوق التقديرية أو المطلقة ، و هي التي يكون لصاحبها مطلق التقدير في استعمالها ، تحكمه في ذلك دوافع شخصية محضة لا يستطيع القاضي أن يراقبها أو أن يناقش هذا التقدير ، من ذلك حق الشريك على الشيوع في طلب القسمة و الحق الأدبي للمؤلف.

---

[47]– محمد حسن منصور ، المرجع السابق ، ص 270.

و ممـا يؤكد إلـى تعميـم فكرة عدم جواز التعسف علـى الحقوق بأنواعهـا المختلفة ، و حقوقا خاصة و حقوقا عامة أو حريات ، و أدلتها الأصلية.[48]

و أوضح مراد سيد أحمد أن نطاق تطبيق مبدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصورا على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى قانون[49] سواء في ذلك القانون المدني ، أو القانون التجاري ، أو قانون المرافعات ، و ذهب إلى أبعد من ذلك قائلا بأن إساءة استعمال الحق لا تقتصر على القانون الخاص وحده ، بل تستعمل القانون العام أيضا.

إذ يمكن القول بأن هناك إساءة استعمال حق الحرية أو حق الاجتماعات ...[50]

و الواقع أن هذه الحقوق ليست محلا لإجماع الفقه ، فإذا كان بعض الفقه الفرنسي يقر بوجود هذه الحقوق التقديرية فإنه يعترف في ذات الوقت بأنها لا توجد إلا بصفة استثنائية.

---

[48]– عصام أنور سليم ، المرجع السابق ، 270.

[49]– مراد سيد أحمد ، في مناقشات اللجنة في مجموعة التحضرية للقانون المدني ، ص 270.

[50]– مراد سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص 270.

كما انتهى الفقه المصري إلى رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية ، تأسيسا على أنها تمثل بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التي كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة في استعمال لحقه.[51]

و هذا باعتبار أنها لا تستقيم مع نصوص القانون المصري ، أو اللبناني ، و التي تجعل من تحريم التعسف في استعمال الحق مبدأ عاما ينطبق على كافة الحقوق دون قيد .

و يقول **فتحي الدريني** : "**إن نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية تشمل في نطاق تطبيقها الحقوق و الإباحات**".[52]

كما يرى البعض أنها نظرية ترد على إستعمال الحق و السلطة سواء.[53]

و عليه فإن نظرية التعسف هي نظرية عامة تشمل في تطبيقها :

- الحقوق المؤسسة على إباحة أصلية.
- الحقوق أو السلط المؤسسة على إباحة استثنائية ، في القانون الخاص و العام.

---

[51]– حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 786.

[52]– تحسين درويش، المرجع السابق ، ص 79.

[53]– إسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 12.

لكن يرى أن التعسف صحيح يرد على استعمال الحق و السلطة ، إلا أن المعايير تختلف في القانون الخاص عنها في العام.

كما تأخذ في القانون العام اسم : (**نظرية الإنحراف**) [54].

كما أثر المشرع الجزائري في القانون المدني ، و الدستور الجزائري ، أن التعسف نظرية عامة تشمل في تطبيقها القانون الخاص و القانون العام ، أي الحقوق و الإباحات.

---

[54]– تحسين درويش ، المرجع السابق ، ص 81.

المطلب الثاني : تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

ازدهرت نظرية التعسف في استعمال الحقوق في القضاء ، باعتبار أن من إستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، و هذا باعتبار أن مناط المسؤولية عن تعويض الضرر لوقوع الخطأ ، و إنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة ، و أن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير و هو ما لا يتحقق إلا بإنتفاء مصلحة من استعمل الحق [55]، و حق التقاضي و الدفاع عن الحقوق المباحة.

و لا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه ، إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى الخصومة و الحنث ، مع وضوح حق ابتغاء الإضرار بالخصم.

و لهذا كان مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، يقتصر على مجال تطبيقها قضائيا ، و هذا على أساس أن العدالة قائمة على إقرار التوازن بين الحق و الواجب.

و يتسع مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، حيث تشمل جميع الحقوق سواء حقوق عامة أو خاصة .

---

[55]– **محمد حسن منصور ،المرجع السابق ، ص 256.**

و تطبق على أصحـاب السلطـات و الولايـات سواء كانت خاصة كسلطة الزوج على زوجته أم كانت عامة كسلطة القاضي[56]، فإذا أساء أي من هؤلاء في إستعمال السلطة منع و يلزم تعويض.

و لذلك أنشئت ولاية المظالم للحد من تعسف الولاة و الأمراء و إنصاف الرعية إذا أساءوا استعمال سلطتهم

أولا : تطبيقات فكرة التعسف في القضاء الفرنسي.

كـان هـذا العهد مشبعـا بروح الفـردية التــي نتجـت عن الثـورة الفـرنسية ، و شــاع مبدأ سلطان الإرادة ، و يودي بحقوق الإنسان ، و أصبح الأفراد هم الذين يحكمون علاقتهم بأنفسهم دون حـــاجة إلـى تدخل المشرع للحد من حريــاتهم ، و ممــارستهم حقوقهم [57]، و بانتصار الثورة الفـرنسية تحقق انتصار المذهب الفـردي فانتشرت النظـرية في هذه الفتـرة ، و بذلك لـم يتحدث أحد من الفقهـاء خــلال هذه الفتـرة عن نظريـة التعسف ، و سـاعد كل هذا أن النظرية لم تجمع شتاتهـا ، و لم تضع لا في القانون الروماني و لا في القانون الفرنسي القديم .

و بذلك كان للفقه و القضاء في فرنسا فضلا في إحياء مبدأ تحريم التعسف[58].

---

[56]– محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 186.

[57]– جلال حمزة ، المرجع السابق ، ص 91.

[58]– السهروري ، المرجع السابق ، ص 836.

فإن الفقه منذ أن صـاغ نظرية التعسف، و نسق بين أجزائها أنار السبيل للقضاء. فصار يمشي على مدى و كثرت الأحكام و التطبيقات القضائية ، و عليه فقد أثر القضاء في الفقه و تأثر به.

➢ذهبت محكمة **كولمـــار** في حكمها الصـادر في 2 مايو 1855 [59]، بالحكم بإدانة مـالك أقام فوق سطح منزله مدخنة ، و كان غرضه الوحيد من إقـامتها حجب النور عن جاره بدون فائدة تعود عليه.

و من حيث أن المبـادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه مطلق، يبيح للمالك أن ينتفع بشيء و أن يستعمله وفقا لهواه ، و لكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جدية مشروعة.

➢و أن مبادئ الأخلاق و العدالـة لتتعارض مع تأييد القضاء للدعوى يكون البـاعث عليها رغبة شريرة ، دعوى لا تبررهـا أية منفعة شخصية ، و هي تلحق بالغير أذى جسمـا و بناء على هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تقضي بإزالة المدخنة مع التزام المالك بتعويضات .

---

[59]– السهوري ، المرجع السابق ، ص 837.

➢ و توالت أحكام القضاء الفرنسي و اعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه بإقامة فواصل خشبية كبيرة على حدود ملكه[60]، أو شجيرات كثيفة ، أو حـائط من الإسمنت المسلح ، أو استبدال حائط بشبكة حديدية لمجرد حجب النور أو الهواء أو الرؤية عن نوافذ الجار[61]، أمـا إذا أقام الحائط ليستر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته فلا تعسف و لا تعويض.

➢ امتدت التطبيقـات ، و شملت حق التقـاضي في رفع الدعـاوى ، فإن استعمل هذا الحق استعمالا كيديا ابتغـاء مضـارة الخصم أو كانت الدعوى منطوقة على روح الانتقـام أو بقصد عرقلة تنفيذ الحكم[62]، أو لمجرد الطيش و عدم التبصر في استعمـال حق التقـاضي ، بل و يكتفي القضـاء بسوء النية ، أو التهـور ، أو خفة في رفـع الدعوى التي يبدو في أول وهلة أنه لا يحق رفعهـا أو يكون صـاحب الدعوى قد رفعهـا من قبل و خسرها ، ثم كرر رفعها ثانية ، فإنه يعد تعسفا في حق التقاضي.

---

[60]– محمد صبري السعيدي المرجع السابق ، ص 50.

[61]– بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 131.

[62]– بلجاج العربي ، نفس المرجع ، ص 132.

➢ و تحيط نظرية التعسف ، بالحقوق العقدية ، و يعتبر تعسف صاحب العمل في فصل العامل لديه ، أهم تطبيق لها ، في هذه الحقوق ، و إن كان التعسف ، يمكن أن يشوب إنهاء كافة العقود غير محدودة المدة[63].

✓ **ثانيا : تطبيقات فكرة التعسف في القضاء المصري .**

- التعسف في حق اللجوء للقضاء فحق الإلتجاء إلى القضاء مقيد بوجود مصلحة جدية و مشروعة ، كون المدعي مبطلا في دعواه ، و لم يقصد بما سوى مضارة خصمه و نكاية به ، خطأ يستوجب مساءلته و الحكم عليه بالتعويض[64].

- المادة 203 من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية تقضي بأنه **إذا كان التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ،إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما[65].**

فالقانون المصري إذن يجيز للمدين أن يعرض أداء تعويض نقدي ، بدلا من تنفيذ إلتزامه تنفيذا علنيا في حالة التي يؤدي فيها التنفيذ العيني إلى إرهاق المدين ، و لا يترتب على العدول عنه إلى التعويض النقدي ضرر جسيم للدائن.

---

[63]– محمد جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني المصري ، ص 525.

[64]– ابراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص 81.

[65]– عصام أنور سليم ، المرجع السابق ، ص 273.

فهنا يدرأ المشرع التعسف قبل وقوع الضرر و يحول دون تسببه في الضرر للمدين من جراء مطالبة الدائن تعسفا بالتنفيذ العيني في غير مصلحة جدية ، بدليل أن الاقتصار على حصوله على تعويض نقدي لا يلحق به ضررا جسيما.

- المادة 818 /2 من القانون المدني المصري من عدم جواز أن يهدم مالك الحائط[66].

فهنا النص شرع جزاء وقائيا يبرأ التعسف من المالك في استعمال حق ملكيته لحائط الذي يستتر به ملك الجار من خلال الحيلولة بين مالك الحائط و هدمه أصلا ، بحيث يكون احترام مالك الحائط لما يوجبه مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

- التعسف في توجيه اليمين الحاسمة ، و التعسف في الدفع بعدم التقييد ، و في حق الملكية ، و الحقوق المتفرعة عنه ، و كذا في نطاق قوانين ، إيجار الأماكن ، و نطاق العقود.

التعسف في حق الإبلاغ و في الإنكار و في حق النقد ، و التعسف في قوانين العمل [67].و كذلك المادة 1059من القانون المدني المصري و التي تنص على أن **" لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الأرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق**

---

[66]– عصام أنور سليم ،المرجع السابق ، ص 273.

[67]– ابراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص 81–135.

أو لم يتبق له غير فائدة محدودة لا تتنـــاسب البتة مع الأعبـــاء الواقعة على العقـــار المرتفق به "[68].

- إن المشرع المصـري بوضعه هذه القواعد التـي تحدد الإطار المشروع لاستعمال الحق في صدر التقنين المدني بدل دلالة قاطعة على عمومية تطبيقها و بسط سلطانها على استعمال الحق أيا كان مصدره و أيا كانت طبيعته و أيا كان الفرع الذي ينتمي إليه .

فنظرية التعسف في استعمال الحق طبقت في مصر من خلال مجـال الأحوال العينية و الأحوال الشخصية ، و مجال القواعد الموضوعية ، و القواعد الإجرائية في القانون الخاص و في القانون العام.

✓ **ثالثا : تطبيقات فكرة التعسف في القضاء الجزائري .**

لقد أخذ القانون الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق و هو ما ذهبت إليه:

- المادة 674 من القانون المدني حينما نصت على ما يأتي :

"**الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة** "[69].

---

[68]– نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ، و مصادرها ، بدون طبعة ، دار المعرفة الجامعية ، 1999 ، ص 95.

فمضمون حق الملكية مثلا يتكون من سلطات الاستعمال و الاستغلال و التصرف .

مثال : ملكية دار يتمثل مضمون حق مالك الدار في السلطات التالية :

✓**الاستعمال** : يستطيع مالك الدار أن يتخذها مسكنا له.

✓**الاستغلال** : يستطيع مالك الدار أن يؤجرها لغيره بمقابل.

✓**التصرف :** يستطيع مالك الدار أن يهبها أو يبيعها لغيره .

فإذا تجاوز صاحب الحق هذه السلطات الثلاث يكون قد خرج عن حدود حقه و يعتبر متعسفا.

- و كذا المادة 676 التي ورد فيها : " **لمـــالك الشيء الحق في كل ثمـــاره منتجـــاته ملحقاته مـــا لم يوجد نص أو اتفـــاق يخالف ذلك** ".

- و قد جاء في المادة 690 من القانون المدني الجزائري : "**يجب على المـــالك أن يراعـــي في استعمـــال حقه ما تقضي به التشريعـــات الجـــاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العـــامة أو المصلحة الخاصة ، و عليه أيضـــا مراعاة الأحكـــام الآتية : حق الممر ، علق ، تجاوز مضـــار الجـــوار المـــألوفة ، قيود حق الملكية**[70].

---

[69]– **محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 181.**

[70]– **أحمد لعور ، نبيل صقر ، القانون المدني نصا و تطبيقا ،بدون طبعة ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، ص 271.**

من المقرر قانون أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعـات الجـاري بها العمل و المتعلقة بالمصلحة العـامة أو المصلحة الخـاصة و أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار و ليس للجار أن يرجع على جـاره في مضار الجوار المألـوفة غير أنه يجوز أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف .

و لمـا كـان ثابتـا في قضية الحـال أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي لمنزلهم من طرف المدعي المـالك ممـا ألزمهم بالدخول إلى منـازلهم مرورا بطريق بعيد و بالتالي يكون المالك قد تجاوز في استعمال حقه .

- أما فيما يخص التعسف حق الملكية ، أن عدم جواز نزع الملكية جبرا إلا بشرط طبقا للمادة 677 من القانون المدني الجزائري ، أنه لا يجوز حرمات أحد من ملكيته إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضهـا ، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة ، مقابل تعويض منصف و عادل[71].

إذن فالنص يبرز الحماية المقررة لحق الملكية ضد اعتداء الإدارة ، و لكن استثناء يجوز حرمان الشخص من ملكيته ، إذا توفرت شروط ثلاثة و هي :

---

[71]– هجيرة دنوني بن شيخ الحسن ، موجز المدخل للقـانون النظرية العـامة للقانون و النظرية العامة للحق ، كلية الحقوق ، تلمسان ، بدون طبعة ، ص195.

- ✓ وجود نص في القانون يبيح نزع الملكية.
- ✓ اتباع الإجراءات اللازمة بيان المشروع المعتبر من قبل المنفعة العامة.
- ✓ يجب أن يعوض المالك عن ملكيته تعويضا عادلا.

إلى جـانب مـا تقضي به المـادة **708 من القانون المدني الجزائري** : **" غير أنه ليس لمـالك الحـائط أن يهدمه مختارا دون عذر قـانوني إن كـان هذا يضر الجـار الذي يستتر ملكه بالحـائط** ".

و مـا تقضـي به المـادة **881 من القـانون المدنـي الجزائري** : " **أنه يجوز لمالك العقار المتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به** ".

مـا تقضـي به المادة **705 من القـانون المدنـي الجزائري**: " **من أنه للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا ، و عليه أن يتحمل وحده نفقة التعليمية...**"

و مـا تقضـي به المادة **691 القـانون المدنـي الجزائري** من أنه " **يجب على المـالك ألا يتعسف في استعمـال حقه إلى حد يضر بملك الجـار ، و ليس للجـار أن يرجع على جاره في مضـار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوفة و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له** ".

إلـى جانب هذه التطبيقـات ، يعد انهاء عقد العمل بغير مبرر مشروع ، حقه في تعويض ما أصابه من ضرر مادي مباشر[72]، أو فصل رب العمل العامل بسبب انتمائه إلى نقابة أو مشاركته في إضراب ، أو بسبب تأخره قليلا عن الوقت ، أو أنه أصبح غير قادر على العمل ، بسبب المرض الذي أصابه.

فكلها مواقف يكون فيها رب العمل متعسفا في استعمال حقه في إنهاء العقد و تتحقق مسؤوليته.

كما وجد صدى لهذه الفكرة في القانون الجنائي حيث نص المشرع على تجريم و عقاب صاحب الدار إذا أحرقها عمدا [73] ،لأن ذلك الفعل و إن كان محله حقا من فروع حق الملكية يجيز له التصرف في ملكه بالهدم أو الإحراق مثلا ، إلا أنه ينطوي على خطورة اجتماعية

---

[72]– بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 133.

[73]– إسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 273.

تهدد المنازل المجاورة بالحريق و لهذا يعاقب على ذلك الفعل بالإعدام وفقا للمادة 395 من قانون العقوبات.

كما وجد صدى لهذه الفكرة في قـانون الأسرة ، من خلال التعسف في استعمـال الحقوق الزوجية ، و كذا التعسف في استعمـال الحق بين الأصـول و الفروع .

و أضـاف المشرع الجزائري في أحكـام المادة **52 من قانون الأسرة الجزائري**:" **إذا تبث تعسف الـزوج في الطلاق فإنه يحكم عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي**".

و لقد جـاء في مقتضى المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على اعتبار حـالات التعسف في استعمـال الحق خطأ يستوجب المسؤولية . و لقد طبقت المحكمة العليـا ، من خلال قراراتها المتعددة ، مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق[74].

---

[74]– محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 190.

المبحث الثاني : الأساس القانون لنظرية التعسف في إستعمال الحق .

كـان للإختلاف في تحـديد الأسـاس القـانوني لنظرية التعسف في استعمـال الحـق ، إنعكـاسـا ، هو عينه الذي إختلف الفقه حولـه ، فلنرى ذلك بشـيء من التفصيل .

المطلب الأول : اعتبار التعسف في استعمال الحق من تطبيقات الخطأ التقصيري.

يرى هذا الإتجاه أنه يجب تحديد ما إذا كان التعسف في استعمال الحق ، صورة من صور الخطأ التقصيري.

و يعتبر هذا الإتجـاه السـائد في الفقه الحديث إسنـاد التعسف إلـى فكرة خطأ ، باعتباره بأن التعسف في استعمال الحق يعد تطبيقا عاديا من تطبيقات الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية[75].

إذ يذهب الفقه و القضاء الفرنسيان الحديثان ، و أغلب المؤلفين العرب ، إلى إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية ، و يعتبر المتعسف قد أرتكب خطأ في إستعمال حقه ، و يتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي[76].و ذلك سواء كان الخطأ عمدي جسيما ، أم يسيرا ، غير أنه يمكن الرد على هذا بأن التعسف قد يتحقق دون أن

---

[75]- **محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 255.**

[76]- **محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 155.**

تتوافر مقومات الخطأ ، و ذلك إذا ابتعد الشخص عن غاية الحق دون أن يكون مخطأ و لو بذل في استعمال حقه حيطة و التبصر التي يبذلها الرجل العادي .

و كمـا في هدم الحـائط الذي يحجب النـور عن الجـار ، فالخطـأ يوجب المسؤولية ، إذا سبب ضررا للغير ، و يوجب التعويض[77].

سواء كان التعويض عينيا بإزالة الشيء الذي يضر بالغير ، أو التعويض التقدي.

و اعتبر السنهوري هذا الإتجاه أنه تميز بالوضوح ، و بما يحققه من وحدة أحكام المسؤولية الناشئة عن ممارسة الرخص ، و تلك الناشئة عن إستعمال الحقوق ، و بما يسيره من تحديد معيار التعسف بالإكتفاء برده إلى معيار الخطأ التقصيري ، و هو الانحراف عن السلوك المألوف لشخص العادي .

و هناك قسما من الفقه رفض هذه الوجهة ، و اعتبر أن من الخطأ الذهاب إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق ، تطبيقا للخطأ العنصر المعروف ، من عناصر المسؤولية التقصيرية . و أن فكرة التعسف يجب أن تقوم على قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه ، وفقا للغاية الإجتماعية من الحق[78].

---

[77]- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص 170.

[78]- عباس الصراف ، المرجع السابق ، ص 273.

المطلب الثاني : إعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ

و هذا الإتجاه لم يخرج التعسف في استعمال الحق كلية من نطاق المسؤولية التقصيرية ، و إنما أبقاها داخل هذا النطاق.

و أعتبر التعسف نوعا متميزا من الخطأ ، أو خطأ ذا طبيعة خاصة suigeneris ، أي أنه خطأ مرتبط بروح الحق و غايته الإجتماعية ، و هو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي[79]، و يثير مشكلة ضمير جماعي ، لا مشكلة ضمير الفرد كالخطأ التقليدي .

فهو إذن خطأ خاص أو خطأ إجتماعي ، يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الإجتماعية.

و هذا ما أدى إلى القول بالاعتراف بأن هذا الإتجاه يمثل خطوة تقدمية ، بالنسبة إلى اتجاه تسوية التعسف بالخطأ العادي ، و صلته بغاية الحق . إلا أن ما يعاب على هذا الأساس ينحصر في توقفه في منتصف الطريق و قعوده عن الوصول إلى نتيجة الحتمية التي يقود إليها منطق .

و يلاحظ أن الفقه الفرنسي نفسه قد انتهى إلى أن التعسف لا يقوم على أساس الخطأ ، بل يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالجار و لو لم يكن مخطأ.

و يرى الأستاذ **على سليمان** "**التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا ، و هذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس**

---

[79]- **حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 721-722.**

الخطأ بل تنظر إليهـا نظرة موضوعية ... فيعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلا عن نظام المسؤولية التقصيرية "[80].

و اعتباره تطبيقا لقواعد العدالة، و مساءلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضرر للغير[81].

فإذا كـان من الممكن إقامة الصورة الأولى الواردة في المادة 224 مكرر من القـانون المدني الجزائري، الذي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمـال حقه ، إذا قصد الإضرار بالغير ، على أسـاس الخطأ ، فإن الصورتين (الثانية و الثالثة)، الواردتين في نفس المادة ، لا اعتبار للخطأ فيهما بل يمكن إقامة التعسف فيهما على أساس موضوعي فقط.

و أن هناك تقابل واضح بين الإتجـاهين على مسؤولية صاحب الحق عندما يتعسف في إستعماله. و إن إختلاف إتجاهين منحصر في أساس هذه المسؤولية و نطاقها[82]. فإن التعسف في إستعمـال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطـأ التقصيري ، و من تم فإن أسـاس نظرية التعسف في إستعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية ، و أن المعيـار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ.

---

[80]- علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 225.

[81]- محمدي فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 156.

[82]- نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 300.

و هو الشخص المعتاد الذي لا يستعمل حقه بغية الإضرار بالغير ، و الذي لا يستعمل حقه تحقيقا لمصالح تافهة ، هي أقرب إلى المصلحة الوهمية ، التي لا وجود لها ، كما أن الشخص في إستعمال حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع ، فإذا انحرف الشخص في استعماله لحقه عن هذا السلوك كان متعسفا في هذا الإستعمال.

إذ لا يسمح القانون لشخص بأن يستعمل حقه للإضرار بغيره ، انطلاقا من اعتبارات المصلحة الإجتماعية و الأغراض التي من أجلها منع هذا الحق.

و مهما يكن من هذه الأراء و الأصداء التي حققتها ، فقد جرت التشريعات المعاصرة ، في اتجاه اعتبار مبدأ التعسف في إستعمال الحق ، مبدأ عاما يبسط على جميع نواحي القانون ، و لا يقتصر على مشكلة المسؤولية التقصيرية.

المبحث الثالث : إثبات و جزاء التعسف في إستعمال الحق .

عرفنا أن الحق بأنه إستئثــار يقره القانون لشخص ، و يكون له بمقتضاه التسلط علــى شيء ، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. و على ذلك فـإن الشخص لا يستطيع أن يمارس السلطات ، أو الإفادة من المكنات التي تعطى له.

إلا إذا أقره القانون على ذلك ، و يستطيع من يثبت له الإستئثــار أن يستفيد مما ثبت له من سلطـات و مكنات ، طالما أنه استعمل حقه في حدود مشروعة.

فإذا تعرض له الغير في هذا النطاق المشروع ، كان لابد و أن يزود عنه بالطرق القانونية ، التي تمكنه من دفع هذا التعويض ، حتى يتمكن من الوصول إلى حقه .

هي الدعوى أو الدفع أمام القضاء ، و الدعوى و الدفع كوسيلة ، لحماية الحق ، إنما تكونان نتيجة لوجوده و من هذا المنطلق ندرس كيف يثبت هذا التعسف إلى جانب جزاءه القانوني[83].

---

[83]- نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 309.

المطلب الأول : إثبات التعسف في إستعمال الحق .

يتجلى من خلال القاعدة ، أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية إستعمال حقه ، و هذا طبيعي ، لأنه يكلف بحمل الإثبات من يدعي على خلاف الأصل ، أو الظاهر ، أو المعروض ، أو على خلاف الثابت فعلا[84].

و يقع إثبات التعسف على المدعي طبقا لقاعدة:

" البينة على من ادعى "[85]

لأنه الأصل افتراض ، أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالا عاديا ، بحسب الغرض منه ، و بحسن نية ، فإذا إدعى مالك مثلا أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره ، إنما هي بقصد الإضرار به ، فعليه إثبات ادعائه ، و يعتبر قرينة على قصد الإضرار ، أن يقيم المالك على حدود ملكه حائطا يحجب النور و الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له.

و كذا انعدم مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه على النحو الذي تم ، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر ، أو حالة أخرى مثلا ، إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة إنهاءا تعسفيا ، أو بلا مبرر مشروع بتحميل صاحب العمل ، إذا كان الإنهاء من جانبه ، و على هذا فإنه يكفي وجود دافع مسيء في إستعمال الحق ،

---

[84]- عصام أنور سليم ، المرجع السابق ، ص 271.

[85]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 139.

لإعتباره تعسفا ، و أن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة تستوجب رفع الإضرار و قيام المسؤولية التي توجب تعويض الضرر[86] ، و يستطيع القاضي أخذ بالقرائن القضائية[87] ، و أن يستنبط نية الإضرار بالغير طبقا للمادة **337 من القانون المدني الجزائري** :

" **القرينة القانونية تعنى من تقرر مصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك**".

و لأن في مسألتنا هنا و طبقا للمادة **340 من القانون المدني الجزائري** :

" **يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة** "

و هذا جانب من جوانب الطرق القانونية التي أقرها القانون في الدعوى أو الدفع أمام القضاء[88].

---

[86]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 139-140.

[87]- القرائن القضائية هي ما يستنبطه القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه.

[88]- سوزان على حسن ، الوجيز في مبادئ القانون ، بدون طبعة ، دار الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 2001 ، ص 185.

✓ **و من أهم هذه القرائن :**

انعدام كلـي للمصلحة أو :

- تحقيـق منفعة ضئيلة
- تـافهة
- الدافـع المسيء
- الإستعمـال الكيدي للحق.

كمــا أن انتفاء نية الإضرار حــالة حدوث ضرر للغير ، لا يتنــاسب البتة مع المصلحة المراد تحقيقهــا من استعمــال الحق ، لا ترفع قانونا عن مستعمل الحق وصف الإســاءة (أي الخطأ) ، طالما أنه استعمل حقه لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الفاحش الذي سببه للغير ، كمــا أنه لا يكفي لنفي إساءة إستعمال الحق إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها الشخص غير مشروعة .

و **مثال** ذلك :

مــالك البناء إذا أطلق المذياع ليل نهار ، أو أقام الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين على إخلاء مساكنهم به ، بالرغم من أحكــام القــانون ، و كذلك فصل رب العمل عــاملات ، تحقيقــا لمصــالح شخصية ، إذا لم يكن وفقا للإجراءات المحددة قانونــا[89].

المطلب الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق

في كثير من الأحـوال يتبلور جزاء التعسف في استعمـال الحق ، فـي إلزام المتعسف ، بأداء تعويض نقدي ، أو عيني ، بحسب الأحوال[90].

و هذا ما جاء به القانون الأردني كذلك ، جزاءه في إلتزام المتعسف ، بتعويض من يصيبه الضرر ، من جراء الإستعمــال الحق على النحو الســابق ، و لكن وجوب التعويض ، لا ينفي بقية الإجراءات التي يستطيع المتضرر بمقتضاها أن يمنع حدوث الضرر قبل وقوعه ، أو يوقف[91].

---

[89]- بلحاج العربي ، الرجع السابق ، ص 140.

[90]- عصام أنور سليم ، المرجع السابق ، ص 271.

[91]- عبد القادر الفار ، المرجع السابق ، ص 164.

و قد أورد ناظره اللبناني، أن جزاء التعسف يكون بصورتين، العينية، أو النقدية ، يتسم بالطابع التعويضي[92] ، فهو صورة علاجية للتعسف ، بعد وقوعه ، و يتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض.

و على هذا الأساس فجزاء التعسف في استعمال الحق ، بصفة واضحة قبل تمامه ، فيمكن منع صاحب الحق من استعمال التعسفي لحقه .

أما في حالة حدوث التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصلح المضرور[93]، كما قد يلزم كذلك بإزالة الضرر ذاته كلما كان ذلك ممكنا.

و **مثال** ذلك :

فمن يحفر أرضه ، بقصد الإضرار بمبنى الجار و يتسبب في تصدع جدرانه ، يمكن الحكم عليه بإصلاح الجدار المتصدع أو المبلغ ، من النقود لتغطية ذلك الضرر.

كذلك الحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار ، و بتعويض الجار عن الخسارة التي لحقته.

---

[92]- محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 265.

[93]- محمدي فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 155.

و إذا كـان جزاء التعسف المتمثـل في التعويض عن الضرر النـاتج عنه هو جزاء علاجي للتعسف بعد وقوعه[94]، فهنـاك جزاء أخر يمكن أن يرد علـى التعسف و مثـال ذلك الجزاء الوقائي ما تقضي به المادة **928 من القانون المدني المصري** من أنه:

" إذا كـــان مـالك الأرض و هو يقيـم عليهـا بنـاء قد جـار بحسن نية علـى جزء من الأرض الملاصقة ، جـاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صـــاحب هذه الأرض علـى أن ينزل لجـــاره عن ملكية الجزء المشغول بالبنـــاء ، و ذلـك في نظير تعويض عادل".

و جاء في **القـانون المدني الجزائري طبقـا للمـادة 788** التي تقضي بأنه

" إذا كـان مـالك الأرض و هو يقيم بنـاء بهـا قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جـاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صـاحب الأرض الملاصقة علـى أن يتنـازل لجـاره عن ملكية الجزء المشغول بالبنـاء مقـابل تعويض عـادل".

---

[94]- محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية – نظرية الحق) ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية 2007 ، ص 549.

و عليه فـإنه إذا تعسف صـاحب الأرض الملاصقة، و طلب هدم البنـاء فالقـاضي لا يجيب طلبه[95] ، و يحكم علـى البـاني بـالتعويض تلافيـا للضرر و جبره ، و هذا طبقـا لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق ذاته و من تم لا يوجد مجال للتعسف في إستعماله.

و يتبين من خلال المادة **124 من القانون المدني الجزائري (رقم 05-10)**

" كل فعل أيا كـان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "[96].

و هذا أن الأصل من جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال ، يدفعه للمضرور على سبيل التعويض بمقابل (أي النقدي) ويكون الغرض من ذلك التعويض ، عن الضرر السابق ، و تلافي الضرر اللاحق .

و يجوز للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط ، أو اكتفاء بالتعويض النقدي وفقا لطبيعة العمل الذي انصب عليه التعسف .

كمـا أقر الفقه الإسلامي بأن هناك عدة جزاءات على إساءة إستعمال الحق على النحو التالي[97]:

- ✓

---

[95]- محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 266.

[96]- أن كل عمل أيا كان ، يرتكبه المرء و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .

[97]- محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 187-188.

✓ **الجزاء الدنيوي :**

و يأخذ صورا معينة فقد يكون جزاء عينيا ، بإبطال التصرف المتعسف فيه ، أو حرمان صاحب الحق ، من استعمال حقه ، الذي اتخذه محلا للتعسف.

و الشرع القرآن الضرر بقدر الإمكان ، فإذا أمكن إزالة الضرر ، نتيجة التعسف عن طريقة إزالته كان الواجب تعويض الشخص المضرور.

✓ **التعزيـر :**

فهو التأنيب على الذنوب و المعاصي ، و يجوز للحاكم أن يعزر المتعسف ، و المسيء في استعمال حقه ، بما يراه رادعا و هو يبتدئ باللوم، و التنبيه ، و قد يصل إلى النفي.

✓ **الجزاء الأخروي :**

إذا تمكن المسيء في استعمال حقه ، أن يفلت من الجزاء الدنيوي ، فإنه لن يستطيع أن يفلت من الجزاء الأخروي فإن رب العالمين يوقع عليه جزاء أخرويا.

خـــاتمـــة:

فقبل أن نضع نقطة النهاية لبحثنا هذا نود أن نحمل ملامحه الرئيسية، و نبرز ما اهتدينا إليه من النتائج و أن تكون صائبة و مفيدة .

إن إستعمال الحق مقيد بوظيفة الحق ذاتها ، فللحق وظيفة إجتماعية ، و لا يحميه القانون إلا إذا ستعمل في هذا الإطار ، فاستعماله مقيد بعدم الإضرار بالغير ، فالقانون لا يحمي الشخص إذا كان متعسفا في إستعمال حقه.

فأساس نظرية التعسف كان محل خلاف بين العلماء، و أرجح الآراء أن نظرية التعسف ترتبط بغاية الحق لا بحدوده، لأن من المسلم به أن المتعسف قد لا يخرج عن حدود الحق.

و لكنه قد يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها.

فنظرية التعسف ترتبط بنظرية الحق ، لا بفكرة التعدي أو الخطأ المولد من المسؤولية التقصيرية.

فنجد جذورها في غاية الحق، أي في المصلحة التي أقرها المشرع و حماها عندما نص على ذلك الحق في القانون.

و لا شك أن غاية التشريع دائما هي تحقيق مصلحة اجتماعية فردية أو عامة.

إن التعسف هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حق شرعي تبث له أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره أضرار أو يخالف حكمة المشروعية.

فالتعسف انحراف عن الغاية أو المدى.

قائمة المصادر و المراجع

I. النصوص القانونية :

- أمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 09126 / 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- أمر رقم 84-11 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

II. المـراجــع :

1- ابراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء ، ط2 ، دار الفكر ، الإسكندرية ، 2002.

2- أحمد لعور ، نبيل صقر ، القانون المدني نصا و تطبيقا ،بدون طبعة ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر .

3- اسحاق ابراهيم منصور ، نظرية القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، طبعة 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .

4- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء 2 ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999.

5- توفيق حسن فرج ، مدخل العلوم القـانونية النظرية العامة للقانون، و النظرية العامة للحـق، الجزء الأول، بدون طبعة، دار الجامعية ، بيروت 1988 .

6- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون بوجه عام ، النظرية العامة للقاعدة القانونية للنظرية العامة ، بدون طبعة ، منشأة التعارف ، الإسكندرية.

7- سوزان على حسن ، الوجيز في مبادئ القانون ، بدون طبعة ، دار الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 2001.

8- عباس الصراف ، جورج حزيون ، المدخل إلى علم القانون، طبعة 1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2003.

9- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1، ط2، دار النهضة العربية، 1964.

10- عبد القادر الفار ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، طبعة أولى ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2004.

11- عصام أنور سليم ، أسس الثقـافية القـانونية في نظرية القـانون و الحق و العقد ، بدون طبعة ، الدار الجـامعية ، الإسكندرية ، 1997.

12- علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998.

13- فتحي الدريني ، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة ، دمشق ، 1967.

14- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، نظرية العامة للحق ،بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2001-2002 .

15- محمدي فريدة زواوي ، مدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق ، بدون طبعة ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون ، 1997 .

16- محمد الصغير بعلي ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، نظرية الحق ،بدون طبعة ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2006.

17- محمد جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني المصري ، بدون طبعة ، منشأة المعرف ، الإسكندرية ، بدون سنة.

18- محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية – نظرية الحق) ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية 2007.

19- محمد حسين منصور ،نظرية الحق، ماهية الحق أنواع الحقوق، بدون طبعة، منشأة معارف، الإسكندرية ، سنة 1998 .

20- محمود جلال حمزة " العمل غير مشروع باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1986.

21- محمود جلال حمزة ، العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الإلتزام ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1986.

22- محمد صبري السعيدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، بدون طبعة ، بدون دار نشر ،بدون سنة.

23- محمد يحي مطر ، المدخل إلى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، و النظرية العامة للحق ، بدون طبعة ، دار الجامعية للطباعة و النشر ، 1992.

24- نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ، و مصادرها ، بدون طبعة ، دار المعرفة الجامعية ، 1999.

25- نبيل ابراهيم سعد ، مدخل للقانون نظرية الحق ، بدون طبعة ، منشأ المعارف الإسكندرية ، 2002.

26- هجيرة دنوني ، موجز المدخل للقانون النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق ، بدون طبعة ، مطبعة دحلب ، الجزائر ، بدون سنة.

III. المذكرات:

- تحسين درويش، استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجزائري المقارن، معهد العلوم القانونية والادارية ،بن عكنون، الجزائر، 1998-1999.
- بطيوي كريمة ، التعسف في استعمال الحق في قانون الأسرة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، معسكر ، 2003-2004 .
- بومدين ميمون ، التعسف في استعمال الحق في إطار قانون الأسرة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، سعيدة ، 2006-2007 .

الفهـــرس

❖ الموضـوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول : ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق	09
المبحث الأول : مفهوم التعسف	09
المطلب الأول : تعريف التعسف	09
المطلب الثاني : التمييز بين التعسف و مجاوزة الحق	14
المبحث الثاني : التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق	18
المطلب الأول : نظرية التعسف في القانون الروماني	19
المطلب الثاني : نظرية التعسف في القانون الفرنسي	21
المطلب الثالث : نظرية التعسف في القانون المدني الجزائري	24
المبحث الثالث : معايير التعسف في استعمال الحق	28
المطلب الأول : قصد الإضرار بالغير	30
المطلب الثاني : إذا كان استعمال الحق يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير	32
المطلب الثالث : عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق	35
الفصل الثاني: أحكام التعسف في استعمال الحق	38
المبحث الأول : نطاق و تطبيق نظرية التعسف في إستعمال الحق	38

المطلب الأول : نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق . 39

المطلب الثاني : تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق 47

المبحث الثاني : الأساس القانون لنظرية التعسف في إستعمال الحق . 63

المطلب الأول : اعتبار التعسف في استعمال الحق من تطبيقات الخطأ التقصيري. 63

المطلب الثاني : إعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ 65

المبحث الثالث: اثبات وجزاء التعسف في استعمال الحق 69

المطلب الأول: اثبات التعسف في استعمال الحق 70

المطلب الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق 74

خاتمة. 80

قائمة المصادر و المراجع 82

الفهرس 88