جامعة عمار ثليجي – الاغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

مذكرة في اطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: عقود و مسؤولية

من إعداد الطالب :

مداح سيد علي

تحت إشراف الاستاذة :

د/ عكاكة فاطمة الزهراء

لجنة المناقشة :

الدكتور:	بن زوبير عمر	رئيسا
الدكتورة:	عكاكة فاطمة الزهراء	مشرفا و مقررا
الأستاذة:	بلخضر مسعودة	مناقشا

السنة الجامعية 2015 / 2016

إهداء

أتقدم بإهداء هذا العمل المتواضع إلى:

والداي العزيزين حفظهما الله .

زوجتي الغالية حفظها الله .

كل أفراد عائلتي و أصدقائي .

كلمة شكر

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على إلى إنجاز هذا العمل
نتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة "**عكاكة فاطمة الزهراء**"
التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث
و إلى جميع أساتذة قسم الحقوق.

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى:

"وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ"

صدق الله العظيم

سورة التوبة الآية(105)

مـــقـــدمـــــة

لم يتفق الفقهاء في تحديد مفهوم موحد للحق حيث عرف هذا الأخير جدلا في تعريفه بين مختلف المذاهب القانونية، فكل يقدم مفهوما وفقا للنزعة و للمذهب الذي ينتمي إليه و هذا الاختلاف نتج عنه تأثيرا على تحديد الغاية التي من أجلها شرع الحق لاستعماله،فالحق من منظور المذهب الفردي، هو تلك القدرة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم ، و يتفرع عنه مبدا سلطان الإرادة ،تلك الإرادة التي تملك خلق الحقوق أوإنشائها كما تملك تغيرها و انهائها[1]، فمن وجهة نظرهم الحق هو قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخصا معينا و يرسم حدودها ، فتعريفهم هذا يتبين أن الحق هو صفة لصيقة بالشخص تخول له القدرة على أعمال معينة، كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة وينتج عن هذه النزعة أن وظيفة القانون هي حماية الحق، و أن مصلحة الفرد أهم من مصلحة الجماعة ".

إلا أن هذا الاتجاه تعرض للعديد من الانتقادات ،فالقول بان الحق قدرة ارادية يتنافى مع ما هو مستقر في الشرائع من ان لعديم الاهلية حقوق ،كما ان هذا التعريف يتنافى مع وجود اشخاص معنوية او اعتبارية تثبت لها الحقوق[2] ، كما انه ينتج عنه أضرار على المجتمع لما يتسم به من أنانية و هذا ما أدى إلى ظهور المذهب الاجتماعي الذي تبنى اتجاه معاكس للمذهب الفردي، فالمذهب الاجتماعي يعتبر ان مصلحة الجماعة هي أساس القانون و الفرد مسخر لخدمة الجماعة و يعرفون الحق على انه مصلحة يحميها القانون فالحق يثبت لذوي الإرادة كما يتثبت لعديميها على حد سواء[3]،و ما أخذ على هذا المذهب انه جاء بأفكار متطرفة و كان نتيجة ردة فعـــل على المذهب الفـــردي ذلك ان هذا الاخير عمـــل على إلغـــاء فكرة الحق وشخصية الفرد و نتيجة للانتقادات الموجهة للمذهبين، كان لابد من خلق توافق بينهما من خلال الإبقاء على الحق كدعامة أساسية في التشريع و تقيده لإقامة التوازن بين المصلحة الخاصة و العامة. فالحقوق منحت لأصحابها كي تستعمل بكل طلاقة و حرية و هذا الاستعمال يحميه القانون مادام لا يتعارض مع مصالح الغير و إن وقع تعارض بين مصلحة الفرد والجماعة نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه بإحداث ضرر أكثر من نفع كان لابد من تقييد هذا الاستعمال فالمصلحة إذا نتج عنها مفسدة مساوية أو راجحة تفقد ميزاتها في هذه الحالة لأنها تتعارض مع المصلحة العامة فالحق لم يشرع ليكون مصدرا للإضرار بالآخرين بل شرع لتحقيق النفع لصاحبه دون الإيذاء بالغير، فاذا حاد صاحب الحق في استعمال حقه عن الغاية المرجوة منه يكون قد ناقض الغاية التي منح من اجلها هذا الحق و فيكون بذلك متعسفا .

---

[1] **حسن كيرة : المدخل الى القانون ،منشاة المعارف ،مصر ،1993، ص 431**

[2] **نفس المرجع ،ص432**

[3] **نفس المرجع :ص433**

فيجب على صاحب الحق أن لا يجعل من حقه أداة يتصرف فيها وفق ما شاء فالفرد عند تحقيق مصلحته الخاصة يجب عليه مراعاة مصالح الآخرين ، و لا يبرر استعماله بحجة مامنح له من حقوق ،إذ انه يعتبر في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه كونه خرج عن الغاية التي شرع من اجلها ، فلنظرية التعسف في استعمال الحق دورا هاما اذ تعمل على تقييد الحقوق من خلال خلق توازن بين المصالح الفردية و الجماعية على حد السواء.و تتجلى أهمية دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق في التعرف على مدى التطور الذي وصلت إليه النظرية من خلال توجيه استعمال الحقوق على النحو الذي يقضي إلى تحقيق الغاية التي شرعت من اجلها مع التعرف على حالات الاستعمال التعسفي للحق و تطبيقات النظرية بالإضافة الى موقعها في التشريع الجزائري.

ومن الأسباب الدافعة لاختيار الموضوع :الميول الذاتي لدراسة موضوع التعسف في استعمال الحق نظرا للأهمية التي يكتسيها خاصة بعد التعديلات التي ادخلها المشرع الجزائري على نصوص القانون المدني.

ومن صعوبات إعداد الموضوع هي: قلة المراجع المتخصصة التي تتناول التعسف في استعمال الحق في ظل القانون المدني الجزائري و تتمثل إشكالية موضوعنا في :

إلى أي مدى يعتبر صاحب الحق حرا في استعمال حقه و كيف يضمن تحقيق الغاية التي شرع من أجلها؟

ما هو موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق و تكيفه للموضوع خاصة بعد تعديل القانون المدني الجزائري؟ .

و لدراسة موضوعنا هذا اعتمدنا على المنهج الوصفي و ذلك لتحليل و التدقيق في ما جاءت به التشريعات في موضوعنا هذا و خاصة التشريع الجزائري و موقف المشرع من النظرية و للإجابة على هذه الاشكالية ارتأيت السير في هذه الدراسة الى تقسيم الخطة الى فصلين تطرقت في الفصل الاول الى ماهية التعسف في استعمال الحق و قسمته الى مبحثين ففي المبحث الاول تطرقت إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق من خلال تعريفيها و مركزها في التشريعات القديمة بالإضافة إلى تميزها و نطاق تطبيق النظرية كما عمدانا في المبحث الثاني إلى تبيان المعايير التي من خلالها يمكن استنباط مواطن التعسف، أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة أساس الذي يقوم علية التعسف و موقف المشرع باعتبار أن جل التشريعات الحالية تعتبره عملا غير مشروع هذا بالمبحث الأول، أما المبحث الثاني خصص الى تبيان بعض مجالات تطبيق النظرية والجزاء المترتب عليها وفقا لما جاء به التشريع الجزائري وخلصت إلى خاتمة تضمنه مجموعة من النتائج والتوصيات .

الفصل الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق

إن فكرة استعمال صاحب الحق لحقه تخضع لمحض إرادته و يمارسه كيفما شاء تغيرت ،حيث أصبح القانون يحمي الاستعمال المشروع أما الاستعمال الذي يخالف غاية الحق لا يخضع لحماية القانون إنما يترتب عنه مسألة صاحب الحق عما تسبب به للغير من ضرر ، فلنظرية التعسف في استعمال الحق أهمية في رقابة الحقوق و تقيدها و ما يثير البحث في هذا الموضوع هو تحديد مفهوم للتعسف في استعمال الحق (المبحث الأول) ، وباعتبار النظرية تعبر عن مبدأ رقابة الحقوق و تقيديها فقد وضع المشرع معايير و التي على أساسها يحدد التعسف (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق

إن غاية القانون في تنظيمه للحقوق و تحديد مضمونها هو التوفيق بين مختلف المصالح العامة الخاصة و على حد سواء ،فإذا جاوز الشخص حدود حقه كان مخطئا و ملزم بإصلاح الضرر ،الا انه قد يستعمل الشخص حقه وفقا للحدود المرسومة له إلا انه يسبب للغير ضررا من جراء هذا الاستعمال، لذا وجب أن ندرس التعسف في استعمال الحق من حيث تعريفه (المطلب الأول) مع تحديد خصائص النظرية ونطاق سريانها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق .

إن صاحب الحق له رخصة استعمال حقوقه وفقا لما قرره القانون فإذا خالف ذلك اعتبر متعسفا ففي هذا المطلب سنناول المقصود من التعسف ثم تطور الذي عرفته هذه النظرية و في الأخير نتطرق إلى جملة الخصائص التي تتميز بها النظرية بالإضافة إلى تمييز التعسف عن غيره من المفاهيم المشابهة .

الفرع الأول : المقصود من التعسف في استعمال الحق .

للتعسف في استعمال الحق تعريفان الأول لغوي و الثاني اصطلاحي:

-أولا- المقصود من التعسف لغة: التعسف مأخوذ من فعل عسف ،يعسف ،عسفا الذي يعني السير بغير هدى و الأخذ على غير الطريق و كذلك التعسف والإعتساف و يقال عسف الطريق:أي سار فيه على غير هدى و لا جادة ويقال عسف في الأمر : فعله بلا روية و لا تدبر [1]

[1] ابن منظور : لسان العرب ،المجلد التاسع ،دار صادر للنشر ، الطبعة الرابعة، لبنان ، 2005 ، ص 245

و يقابل مصطلح التعسف في استعمال الحق "abus des droits" باللغة الفرنسية و « the abuse of rights » باللغة الانجليزية و ماتجدر الإشارة إليه أن الترجمة الحرفية لمصطلح " Abus" هي الإساءة .

فالإساءة أو التعسف في استعمال الحق إنما هو تعبير وافد إلينا من الفقهاء المحدثين في الغرب[1]

-ثانيا -المقصود من التعسف اصطلاحا

-1-التعريف الفقهي :

لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للتعسف في استعمال الحق و يرجع ذلك إلى اختلاف نظرتهم لطبيعة الحق في حد ذاتها و من بين الفقهاء الذين قدموا تعريفات للتعسف في استعمال الحق الفقيه "سالي" "SALEILLES"و الذي عرفه على انه "انتفاء الحق و ليس إساءة استعماله"[2] فالفقيه سالي يعتبر أن التعسف في استعمال الحق هو الخروج عن حدوده [3].

وعرف التعسف على أنه" تخلف عن غاية الحق أو مناقضتها "فهذا التعريف يوضح الفكرة العامة للتعسف من انحراف أو تخلف عن غايته. و يعرف التعسف في لغة القانون أيضا "انه انحرافا بالحق عن غاية التي شرع من اجلها"[4]

وبالرغم من عدم اتفاق الفقهاء على تقديم تعريف موحد للتعسف و هذا راجع لاختلاف أفكارهم و تعريفاتهم للحق ذاته فإن التعسف في استعمال الحق يكون ببقاء صاحب الحق ضمن الحدود التي رسمها له القانون و يمارس سلطاته التي يمنحها له و لكن مخالفا للغاية التي شرع من اجلها هذا الأخير مما يترتب عليه ضرر للغير فالفعل مشروع بحد ذاته(الحق) و لكن العيب يكمن في غايته الغير مشروعة(الغرض أو الهدف من استعماله) .

فمضمون هذه النظرية انه إذا قام صاحب الحق بالانحراف عن غاية حقه يعد متعسفا و مسؤولا عن فعله.

---

[1] فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ،الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة ،لبنان ،1977 ص 45

[2] نفس المرجع ص 314

[3] ان الفقيه بلانيول يرى أن التعسف يقوم على اساس متناقض لان من يستعمل حقه يجب ان يكون فعله مشروعا و الفعل لايكون مشروع إلاإذا جاوز حدودالحق أوكان لا يستند إلى حق فالحق ينتهي عندما يبدأ التعسف « le droit cesse où l'abus commence » او يرى ان الحق مقيد بالغرض الذي تقرر من اجله انظر في ذلك فتحي الدريني ص 310

[4] فتحي الدريني: المرجع السابق ص 40

-2-التعريف التشريعي :

ما تجدر الإشارة إليه أولا انه لم يرد تعريف تشريعي للتعسف في استعمال الحق سواء في التشريعات الغربية أو العربية على حد سواء.

ففي القانون الفرنسي لم يرد نص عام في قانونه المدني يتناول التعسف في استعمال الحق ،و هذا نظرا للحقبة الزمنية التي صدر فيها القانون المدني والتي كانت تتميز بفكرة إطلاقية الحقوق إلا أن هذه الفكرة تلاشت بظهور فكرة الغاية الاجتماعية للحقوق والتي تنظر إلى المصلحة العامة فتأثر المشرع الفرنسي بنظرية التعسف في استعمال الحق و جسدها في بعض القوانين الخاصة منها :

-القانون الصادر في 1890/01/27 الذي عدل المادة 1780 و جعل إنهاء عقد العمل غير محدود المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، و قد جدد هذا الحكم في قانون العمل بالمادة 23 من الكتاب الأول في 1910/12/26

-القانون الصادر بتاريخ 1941/05/23 المؤيد بمرسوم 1958/12/22 المعدل للمادة 71 من قانون الإجراءات و الذي يقضي بغرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه.

-القانون الصادر بتاريخ 1956/04/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو إنهاء عقده بسبب انتمائه إلى نقابة.

القانون الصادر بتاريخ 1947/02/05 الذي يقضي بالتعسف لرفض المؤجر تأجير منزل لمستأجر لديه أطفال[1].

كما نص المشروع الفرنسي الايطالي الذي وضع سنة 1945 على التعسف في المادة 2/74، أما القانون المدني السويسري الصادر سنة 1907 نص على التعسف في مادته الثانية أم القانون الألماني نص على التعسف في مادته 226 و كذا البولوني في المدة 135 من قانونه المدني . فكل هذه القوانين لم تتطرق إلى تعريف التعسف و إنما ذكرت حالاته فقط .

أما بالنسبة للقوانين العربية فقد تناولت التعسف ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي منفصلا عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية .

[1]علي علي سليمان :النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005 ،ص 221

فقد نص المشرع المصري على التعسف بالمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني، و نفس الأمر بالنسبة للمشرع الليبي الذي نص على التعسف بالمادة الرابعة والخامسة، أما القانون العراقي فقد نص عليه بالمادة السادسة والسابعة، أما بالنسبة إلى المشرع السوري فقد نظم التعسف ضمن الباب التمهيدي بالمادتين الخامسة والسادسة [1].

أما في القانون المدني الجزائري: و مثل ما سبقت إليه الإشارة بخصوص تعريف للتعسف فانه لم يرد له تعريف تشريعي، فقد أدرج المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق في البداية بالمادة 41 ق م ج تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية و الاعتبارية وتحت الفصل الأول المتعلق بأحكام الأشخاص الطبيعية بنصه على انه:"يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية :

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

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

إلا انه وجهت له مجموعة من الانتقادات من حيث موضع نص المادة فأعاد تنظيمها من خلال إلغاء المادة 41 من القانون المدني الجزائري و بعد تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان[2] يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، أدرج المشرع التعسف بالمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض بنصه على انه :" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

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

[1] نفس المرجع ،ص 222

[2] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني الجزائري الجريدة الرسمية عدد44 ،الصادرة في 26 جوان 2005

ونشير إلى أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية من حيث موقع النص ،فنصت هاته الأخيرة على التعسف ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني مع النص على المبدأ العام في استعمال الحق ،و هذا عكس المشرع الجزائري الذي أورد الاستثناء دون النص على المبدأ العام و المنطق يقضي بان الاستثناء يرد على الأصل.

و نظرا لأهمية النظرية و الدور الذي تلعبه، فان التشريعات الحديثة قد نصت على التعسف في استعمال الحق من خلال إدراج نصا ضمن منظومتها القانونية ،و هذا من اجل تقييد الحقوق وعدم الخروج عن الغاية التي منحت من اجلها، إلا أن هذه النظرية قد عرفتها التشريعات القديمة و لم تقتصر على الحديثة و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني من خلال التطور الذي عرفته.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة

إن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن تبلورت في العصر الحديث إلا أن أصولها تمتد إلى التشريعات القديمة بحيث نجد أصولها التاريخية تعود إلى القوانين القديمة.

-أولا- التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني :

إن القاعدة أو المبدأ العام الذي كان سائدا في القانون الروماني أن من يستعمل حقه لا يسأل عن الضرر الذي ينتج عن هذا الاستعمال « NE MINEN LOEDI SAUJURE UTITUR »[1] و من بين المبادئ التي كانت سائدة أيضا والتي تؤكد فكرة إطلاقيه الحقوق و كانت مخالفة و منافية لنظرية التعسف في استعمال الحق، فيقول الفقيه "كايوس" "GAIUS" " ليس المعتدي من يستعمل حقه "و من الطبيعي أن لا نجد في القانون الروماني القديم نصوص صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق، ذلك أن الشرائع القديمة كالقانون الروماني لم يكن وليد نظريات ،بل كان أساسه القضايا العملية، والمسائل الحقيقية التي عرضت على الفقهاء[2].

[1] François Terre, Phillippe Simler, Yves Lequette : Droit Civil « les obligation »,7eme édition Dalloz ,paris 1999 ,p662

[2] فتحي الدريني :المرجع السابق ،ص -295-296

واقتصرت هذه النظرية على بعض التطبيقات ومنها ما ذكر في موسوعة "جوستينيان" انه لا يسمح بعد اليوم بالإساءة إلى العبيد بغير سبب مشروع" و بخصوص حق الملكية فقد كان الأصل فيه الإطلاق ،أي للمالك أن يستعمل ما يملك كيفما شاء و لكن قد قرر الفقيه ايلبيان على أن"للمالك القيام بعمل حفر في أرضه من شأنها قطع العروق النابعة في عين جاره،لا يكون مسؤولا عن تعويض الضرر.و لكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شانه أن يسقط حائط الجار [1]. و ليس للجار أن يرفع عليه دعوى الغش ما دام لم يقصد من هذا الحفر الإضرار به".

فالتطبيقات الواردة في القانون الروماني روعي فيها المنع من تعمد الإضرار بالغير.

و خلاصة القول هي أن القانون الروماني قائم في أساسه على الحق المطلق والتطبيقات الموجودة فيه إلا تكريسا لمبدأ الإنصاف و قواعد العدالة أكثر من كونها تطبيقا حقيقي لنظرية التعسف كاملة المعايير[2]، فهذا الأخير نص على المبدأ الوحيد للتعسف و الذي يتجسد في قصد الإضرار بالغير من اجل التخفيف من حدة صرامة القانون القديم .

-ثانيا – نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية :

إن نظرية التعسف في استعمال الحق قد تدعمت أصولها في الفقه الإسلامي، حيث عملت الشريعة الإسلامية على خلق التوازن بين مختلف المصالح العامة و الخاصة ، و يتجلى هذا المظهر و الدليل على خلق التوازن بين الصالح العام و الخاص من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق.

فهو ينفي بذلك صفة الفردية المطلقة على حقوقه و يقيدها لتحقيق المعنى الاجتماعي ،كما ينفي عليها الصفة الجماعية المحضة[3].

فبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد أرست دعائم فكرة التعسف في استعمال الحق في كافة الحقوق، فقيد صاحب الحق في التصرف بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع و حق الغير.

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ،نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام،الجزء الأول ،المجلد الثاني دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، 1967، ص 835.

[2] فتحي الدريني:المرجع السابق ،ص 298-299.

[3] نفس المرجع ،ص 309.

و تجدر الإشارة انه ورد في بعض كتب الأصول كلمة "الاستعمال المذموم " تعبيرا عن التعسف الإساءة أو في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم، كما وردة كلمة "المضارة في الحقوق" في كتاب الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية [1].

ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحق على انه "مناقضة قصد الشارع في التصرف المأذون فيه شرعا بحسب الأصل"، فالمقصود من هذا التعريف "مناقضة قصد الشارع" هو مضادة قصد الشارع بان يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا بان يستعمل الحق لمجرد الإضرار و قصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرمه الله أو إسقاط ما اوجب عليه[2]كهبة المال صوريا قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة .

ولقـــد وردت العديـــد من الأدلـــة الشرعية في القران و السنـــة النبوية تحرم التعسف في استعمال الحقوق و منها قوله تعالى "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلاَ تَتَّخِذُواْ آيَاتِ اللّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُواْ نِعْمَتَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"[3]فالمقصود من هذه الآية هو جواز ممارسة الحقوق الشرعية في الطلاق و العودة في الإمساك ،و إذا كان يقصد بناء حياة زوجية كريمة، أما إذا كان بقصد الإضرار بالزوجة فهذا أمر حرمه الشرع لأنه تعسف في استعمال حق في غير ما شرع له .و كذلك قوله تعالى "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلادَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"[4]ففي هذه الآية نهيا صريحا للأب عن إساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه فلا يجوز له أن ينتزع الولد من أمه إذا أرادت أن ترضعه مجانا بعد أن ألفها، و في المقابل نجد نهيا صريحا للام عن تعسفها في استعمال حقها و المتمثل في حق

[1]نفس المرجع ،ص 46

[2]نفس المرجع ،ص 87

[3]سورة البقرة الآية 231

[4]سورة البقرة الآية 233

الرضاع و لدها إضرارا بابيه و مثال ذلك كان تكون عدة طلاقها انتهت و تطلب أجرا عن الرضاع أو ترفض إرضاع الولد قصد الإضرار بأبيه.

و من الأدلة في السنة النبوية قول النبي صلى الله عليه و سلم "لا ضرر و لا ضرار" فمعنى الحديث انه ليس لصاحب الحق التصرف بحقه بما يلحق الضرر بالآخرين، و تشمل هذه القاعدة على كل ضرر و منها المترتبة على التعسف. فنظرية التعسف في استعمال الحق لها مكانة بارزة في الشريعة حيث أقرتها كنظرية عامة و صاغها الفقه الإسلامي بدقة في أحكامها و أقامها على قواعد من بينها قاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" [1] ، ومن أهم القواعد المتداولة هي قاعدة سد الذرائع و مالها من ارتباط وثيق بنظرية التعسف في استعمال الحق فالذريعة تعرف على أنها "المسألة التي ظاهرها الإباحة و يتوصل بها إلى فعل المحضور"[2] فصاحب الحق يستعمل حقه المشروع(الذي ظاهره الإباحة) الى تحقيق غاية غير مشروعة (الفعل المحضور) .

و أقامت الشريعة الإسلامية التعسف على معياريين الأول معيار معنوي و الثاني موضوعي و تتضمن:

أولا/ استعمال الحق إيجابا و سلبا لمجرد الإضرار بالغير.

ثانيا/ استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مطلقا مع الضرر الناشئ.

ثالثا/ استعمال الحق و لو معتادا اذا ترتب عليه ضرر فاحش.

رابعا/ اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة .[3]

فالشريعة الإسلامية اعتمدت على معيارا عاما هو استعمال الحق في ما شرع له، فالحق لم يشرع كوسيلة للإضرار بالغير أو لتحقيق أغراض غير مشروعة وكذلك منعت أن يكون وسيلة لتحقيق مصلحة ضئيلة ينتج عنها أضرار تفوق نفعه، و بالإضافة إلى انه لم يشرع لتحقيق الضرر الفاحش.

فنظرية التعسف في استعمال الحق عرفت مكانة بارزة فالشريعة الإسلامية كانت السباقة إلى إبراز دورها و ظهورها من خلال صياغة أحكامها بدقة.

---

[1] فتحي الدريني :المرجع السابق ص38

[2] محمد هشام البرهاني : سد الذرائع في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر ،دمشق، سوريا ،1995، ص74

[3] فتحي الدريني : المرجع السابق ، ص 38-39

الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عن بعض المفاهيم المشابهة

يتميز التعسف في استعمال الحق عن بعض المفاهيم القانونية ومن بينها:

-أولا- تميز التعسف عن الخطأ:

يعرف الخطأ على انه "انحراف في سلوك الرجل العادي " أما التعسف فهو انحراف في استعمال الحق، فالتعسف يتطلب وجود حق ينحرف على غايته، أما الخطأ فهو يرتكب دون حق.[1]

فالخطأ بحد ذاته لقيامه يجب توفر ركنيه و المتمثلان في الركن المادي و المعنوي (التعدي و التمييز) أما التعسف لا يتطلب أي ركن من أركان الخطأ و إنما يتحقق بالانحراف عن غاية الحق .

فالشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة قانونية أو عندما يستعمل حق خوله له القانون، و سابقا كان رجال القانون يفرقون بين الرخصة و الحق في نشوء المسؤولية ،فإذا انحرف الشخص عن السلوك العادي في استعمال الرخصة توفر ركن الخطأ، و إذا انحرف عن سلوك الرجل العادي في استعمال الحق لا يتوفر ركن الخطأ[2].

-ثانيا – تمييز التعسف في استعمال الحق عن التجاوز:

يعرف التجاوز بأنه: الخروج عن حدود الحق، فصاحب الحق يمارس حقه و لكنه يتجاوز إطار حدود هذا الحق و مثال ذلك الفلاح الذي يدفع بمحراثه في ملك جاره ففي هذه الحالة تعتبر خروج عن حدود حقه و التعدي على حق غيره، أما التعسف فالشخص يكون متعسفا في استعمال حقه رغم انه لا يتجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق و مثالها الشخص الذي يستعمل حق ملكيته ببناء حائطا عاليا و يحجب عن جاره منافذ الهواء والضوء [3] فنستنتج أن:

---

[1] Philippe Le Tourneau, LoicCadiet : Droit de la responsabilité « responsabilité civile et pénaleresponsabilitédélictuelle et quasi délictuelle, défaillances contractuelles professionnelles et régimesspéciaux de l'indemnisation. » 3 ème édition, Dallozaction, paris1996 P 667 .

[2] محمد صبري السعدي :النظرية العامة للالتزامات ،القسم الأول ،مصادر الالتزام، الكتاب الثاني ، المسؤولية التقصيرية ،الفعل النافع ،دراسة مقارنة مع القوانين العربية ،دار الكتاب الحديث ،الجزائر ،2003 ، ص51

[3] Henri et Léon Mazeaud ,Jean Mazeaud ,François Chabas(sous-direction de :François Chabas) :Théorie générale « les obligations » tome 2 ,9ème édition ,Montchrestien Delta, Beyrouth Liban ,2000 ,p 477.

-كلا من النظامين يتعلق بشخص يملك حقا، ففي التعسف يكون المتعسف صاحب حق و كذلك في الخروج يكون المخطئ حاصلا على حق .

-يعتبر التجاوز خروج عن حدود الحق و يشكل بذلك تعدي فهو يخرج الحق عن كونه حقا، أما التعسف فانه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا.

-كل من التعسف و التجاوز يشكلان فعل يستلزم التعويض و فقا لقواعد المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: خصائص و نطاق سريان نظرية التعسف في استعمال الحق.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق تتميز بمجموعة من الخصائص بإعتبارها نظرية عامة لما لها من أهمية، و نظـــرا للـدور الرقابي الذي تلعبـــه في استعمـال الحقوق ظهر خلاف فقهي في تحديد نطاق سريانها وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال تحديد خصائص التعسف في استعمال الحق(بالفرع الأول) و تحديد نطاق سريانها (بالفرع الثاني) .

الفرع الأول: خصائص التعسف في استعمال الحق.

- ✓ التعسف في استعمال الحق نظرية عامة: ذلك أن جل التشريعات الوضعية الغربية أو العربية قد نصت على التعسف في استعمال الحق سواء بنصوص عامة أو بنصوص خاصة، فالمشرع الجزائري قد نص على التعسف بنص عام في المادة 124 مكرر ق.م.ج بالإضافة إلى نصوص خاصة كنص المادة 691 ق.م.ج.
- ✓ التعسف في استعمال الحق نظرية مصدرها القضاء و التشريع[1] : فالمقصود بهذه الميزة أن للتعسف مصدرين المصدر الأول يتمثل في القضاء و ذلك من خلال الدور الذي لعبته الأحكام القضائية التي أصدرها القضاء في هذا الموضوع و ذلك لغياب نص تشريعي ينص عليها ،و مثالها الأحكام التي أصدرها القضاء الفرنسي و التي شكلت سوابق يلجأ إليها من اجل تجريم التعسف في استعمال الحق و من بينها :

[1]NoureEdineTerki : « les obligations. » Responsabilité Civile et RégimeGénéral 8ème édition,OPU ,Alger 1982 P70

ما قضت به محكمة ليون الإستئنافية (فرنسا) في 18 أفريل 1956 بان المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه لمجرد منع وصول الماء إلى ارض جاره، و كذلك قضت بتعسف المالك 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 جدية.

فبرغم من خلو القانون المدني الفرنسي من نص عام لم يحل ذلك عقبة من نشاط القضاء من خلال فرض رقابة على استعمال الحق، هذا ما أدى بالمشرع إلى إصدار جملة من التشريعات الخاصة كتطبيق لنظرية التعسف .

أما المصدر الثاني للنظرية فهو التشريع و يتجلى ذلك من خلال النصوص العامة التي تنص على التعسف في استعمال الحق مثال ذلك التشريع المدني الجزائري بنصه على التعسف بمادته 124 مكرر ق.م.ج بالإضافة إلى بعض النصوص الخاصة .

- ✓ التعسف في استعمال الحق مرتبط بحسن النية و غايته: يظهر ارتباط التعسف في استعمال الحق بحسن النية أو سوء النية من خلال القصد من استعمال الحق فإذا استعمل صاحب الحق ما منحه القانون من سلطات وأضر بالغير يفترض سوء نيته في هذا الاستعمال، و يتجلى ذلك من خلال المادة 124 مكرر ق.م.ج بنصها على أن استعمال الحق يكون تعسفيا إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، فالمبدأ العام يقضي بفرض حسن النية إلا أن ما يصيب الغير يثبت عكس ذلك من خلال انطواء نية صاحب الحق على سوء ،فصاحب الحق يجب استعمال حقه وفقا للغاية التي شرع من اجلها و المرسومة الحدود قانونا.
- ✓ التعسف في استعمال قاعدة تحكيم بين المصالح المتنازعة[1]: فالنظرية تتميز بالدور الذي تلعبه ،فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح و الاستعمالات المختلفة للحق.
- ✓ التعسف في استعمال الحق مرتبط بتوقيع جزاء: فكل استعمال تعسفي للحق ينتهي بتوقيع جزاء من خلال إلزام صاحب الحق بإصلاح الضرر المتسبب به نتيجة فعله.

[1]Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas (sous direction de François Chabas) : Op cite,P 476.

الفرع الثاني : نطاق تطبيق التعسف في استعمال الحق .

إن كل التشريعات و من بينها التشريع الجزائري لم يتطرق إلى النص على نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، فالنصوص جاءت عامة و لم تحدد مجال سريانها و لم تحدد أي نوع من الحقوق تخضع لتطبيق هذه النظرية ،حيث اختلف فقهاء القانون في تحديد نطاق سريانها، ونتج عن ذلك اتجاهين الأول يرى بان التعسف يسري على الحقوق دون الرخص و الثاني يبسط التعسف على الحقوق والرخص معا.

و هذا ما سنتناوله في هذا الفرع .

-أولا- سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق دون الرخص:

تعرف الرخصة (Faculté) على أنها "هي الحرية المباحة للشخص في التصرف كالتعاقد و التقاضي والتأليف والنشر و نحو ذلك من الحريات التي كفلتها مجاميع الدساتير للإفراد، أي القيام بما لا يحرمه القانون ."[1] أما الحق فهو سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال و تصرفات معينة تحقيقا لمصلحة مشروعة [2].

فجانب من الفقه يذهب إلى أن التعسف يسري على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص و مثالها حرية التعاقد و حرية التملك و غيرها من الحقوق ،فعندما نباشر هذه الرخص و يترتب على ذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس أحكام المسؤولية المدنية التي تتكفل بذلك.

فوفقا لرأيهم فانه ليست هناك حاجة إلى فكرة التعسف في استعمال الحق في ترتيب مسؤولية من يباشر الحريات و الرخص عن الضرر الذي يلحق لان أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على أحسن وجه، فإذا الحق شخص أثناء ممارسة حريته ضرر بالغير تحققت مسؤولية تقصيرية في حقه [3].

---

[1] محمد صبري السعدي : المرجع السابق، ص .50

[2] محمد الصغير بعلي :المدخل للعلوم القانونية ،نظرية القانون،نظرية الحق ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة ،الجزائر 2006 ،ص 99.

[3] العربي بلحاج :مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية ،العدد الرابع ،الجزائر 1992 ،ص 677-678 .

إلا انه تم الرد على هذا الاتجاه أن لا يوجد مبرر لهذه التفرقة فنظرية التعسف في استعمال الحق تمتد لتشمل كل من الحقوق و الرخص على حد السواء، فغاية المشرع تهدف الى رقابة كافة التصرفات القانونية من خلال النظرية ،فكل من يسبب ضرار للغير تنعقد مسؤوليته و أصحاب هذا الاتجاه الدين يرون بعدم سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الرخص يرجع لعوامل تاريخية.

كما أن قواعد المسؤولية المدنية عاجزة أن تلعب الدور الوقائي الذي تلعبه نظرية التعسف في استعمال الحق، من خلال منع صاحب الحرية أو الرخصة من استعمالها إذا ثبت من الظروف أن استعماله سيكون استعمالا تعسفيا [1].

-ثانيا – سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق و الرخص معا:

يـرى أنصــار هذا الاتجاه أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق هو الحقوق و الحريات أو الرخص العامة على حد السواء ،فاشتراط المشرع لمشروعية أي حق أن لا ينطوي على تعسف ،إلا انه بالمقابل وضع معايير تحدد التصرفات ،سواء كانت هذه التصرفات تتمثل في الحق بالمعنى الدقيق أم كانت من الحقوق العامة الممنوحة للجميع[2]. فكما يرد التعسف على الحقوق بمعناها القانوني الدقيق، يرد كذلك على الحريات و الرخص العامة و على هذا الأساس تسري نظرية التعسف في استعمال الحق على حرية التعاقد، التقاضي، حرية التجارة، حرية الرأي و حرية المنافسة و ما إلى ذلك من الحريات والرخص العامة ومثال ذلك المنافسة، فالمنافسة هي مشروعة في استعمالها و لكن إذا انطوى استعمال هذه الرخصة على تحقيق مصلحة غير مشروعة (المنافسة الغير مشروعة) كتحطيم المنافس فان هذا يعتبر تعسفا. فمن يستعمل رخصة و يسبب أضرار مشروعة للغير يحميه القانون شأنه شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق وبالموازاة فإن من يستعمل رخصة في ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم الحق فالقانون يحكمهما في حالة الاستعمال المشروع و كذلك في حالة الاستعمال الغير مشروع[3].

و يتبين لنا من ما انه لم يكن هناك إجماع بين رجال فقهاء القانون على تحديد نطاق سريان التعسف في استعمال الحق فالبعض يذهب إلى إقصاء الرخص من نطاقها، و البعض الأخر يذهب إلى شمول النظرية للحقوق والرخص على حد السواء، و هذا عكس الفقه الإسلامي الذي لم يفرق بين الرخصة والحقوق في تطبيق النظرية ذلك أنه ليس من طبيعة الحق و الرخصة ما يتنافى و تطبيق حقيقة التعسف عليه، و إن كان

[1] عصام انور سليم :نظرية الحق ،منشأة المعارف ،مصر ،2007 ،ص379

[2] رمضان أبو السعود : النظرية العامة للحق ،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر ،2005 ، ص497

[3] نفس المرجع : ص 498

التعسف هو الانحراف بهذه السلطة عن غايتها الأمر الذي يحقق المناقضة يمكن بذلك تصور التعسف في كل منهما دون التواء أو عسر[1].

فكما يرد التعسف على الحقوق العامة التي اصطلح عليها الرخص العامة كحرية التعاقد، و التقاضي الخ... يرد كذلك على الحقوق بمعناها الخاص.

و لتحديد مواطن الاستعمال التعسفي للحق كان لابد من وضع ضوابط التي على أساسها يحدد ما إذا كان استعمال الحق يشكل تعسفا لأن هذا الأخير يرتب مسالة صاحبه.

[1] فتحي الدريني :المرجع السابق ،ص 351

المبحث الثاني: المعايير التشريعية للتعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري حذا حذو اغلب التشريعات الغربية و العربية من حيث تبنيهم لنظرية التعسف في استعمال الحق و ذلك من خلال النص عليها، إلا أن الاختلاف كان في تحديد حالات التعسف و يرجع ذلك إلى حسب المذهب المتبع، و هذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث من خلال التطرق إلى معايير التعسف في التشريع الجزائري من خلال نص المادة 124 مكرر ق.م.ج و التي تنص على انه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما 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. "

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشـــرع الجزائري قد نص على نظرية التعسف بالمادة 124 مكرر -ق.م.ج والتي من خلالها ذكر معايير التعسف التي استند عليها دون النص على الأصل العام بان من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ،كما فعل المشرع المصري في نص المادة الرابعة من القانون المدني قبل سرده لمعايير التعسف بالمادة الخامسة[1] فالقاعدة العامة أن الاستثناء يرد على الأصل.

فالمشرع الجزائري ذكر حالات التعسف على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر فبالرجوع إلى نص المادة 124مكرر ق.م.ج، يتضح أنها ثلاثة معايير إلا أن هذه الأخيرة ليست محصورة و يظهر ذلك من استعماله لعبارة "**لاسيما**" بالإضافة إلى معيار آخر نص عليه بالمادة 691ق.م.ج و لدراسة هذه المعايير ارتأينا أن نقسمها إلى معياريين المعيار الشخصي (المطلب الأول)و المعيار الموضوعي (المطلب الثاني).

[1] علي علي سليمان: المرجع السابق،ص 222.

المطلب الأول: المعيار الشخصي

إن المعيار الشخصي من بين المعايير القانونية التي يعتمد لتحديد حالات التعسف، فالمعيار الشخصي يقوم على أساس البحث في النوايا و هذا ما نص علية المشرع الجزائري بالمادة 124 مكرر ق. م.ج بالحالة الأولى و هي "قصد الإضرار بالغير ".

الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير

معيار قصد الإضرار بالغير يعتبر من أقدم المعايير ،فقد عرفته الشرائع القديمة ،فهو يمثل التعسف في صورته البدائية [1] وترجع تطبيقاته إلى القانون الروماني، و مقتضى هدا المعيار البحث عن نية الإضرار لدى صاحب الحق عند استعماله، حيث يجب توافر هذه الأخيرة حتى يعتبر الفعل تعسفا، وفقا لنص المادة 124 مكرر ق.م.ج /2 .

فالمبدأ العام يقضي أن القانون لا يحمي شخصا قصد من فعله مجرد الإضرار بالغير فهذا المعيار قوامه نية الإضرار بالغير، بمعنى أن تكون نية أو قصد الإضرار هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص لاستعمال حقه و مثال ذلك من يبني حائطا عاليا في ملكيته لحجب النور و الهواء عن جاره –تحقق تعسفه– فإذا وقع الضرر و تبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في الاستعمال أمكن اعتبار انتفائها أو تفاهتها قرينة على توافر قصد الإضرار[2].

فتطبيق هذا المعيار يعتمد على ما يعرف بمسلك الرجل المعتاد في مثل هذه الحالة ،فقد يقصد الشخص وهو يستعمل حقه أن يضر بالغير و لكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا عن الضرر الذي يلحقه بالغير، فقصد الإضرار لا يعتبر تعسفا إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير اعتبر هذا تعسفا و يعتبر صاحب الحق متعسفا إذا كان القصد بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي سواء تحققت المنفعة أو لم تتحقق و مثال ذلك أن شخصا غرس أشجار في ارض

[1] فتحي الدريني :المرجع السابق، ص318

[2] عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية و الأصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، مصر ،دون سنة النشر ص 56

بقصد حجب النور عن جاره كان متعسفا في استعمال حق الملكية و لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار عادت على الأرض بالنفع [1].

فمعيار التعسف في هذه الحالة شخصي ذاتي يقضي الكشف عن نية صاحب الحق عند استعماله لحقه و لما كانت النية أمرا نفسيا داخليا لا يمكن الكشف عنها إلا بالاستعانة ببعض المظاهر الخارجية.

الفرع الثاني: إثبات قصد الإضرار بالغير

إن هذا المعيار يقوم على أساس النية أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث أو الدافع الوحيد لصاحب الحق في استعمال حقه ،غير انه لصعوبة الكشف عن نية الإضرار باعتبارها مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها ،كان لا بد من الاستعانة بالأمور المادية الظاهرة للكشف عن نية قصد صاحب الحق و هو ما يعرف بالقرائن و علية يعتمد القاضي غالبا بالظروف و الوقائع التي تحيط بالتصرف و من بين هذه القرائن انعدام الفائدة الكلية من استعمال الحق ،و كذلك يمكن تبين قصد الإضرار من خلال تفاهة المصلحة التي يريد صاحب الحق الوصول إليها بالقياس إلى ما يترتب من فعله من ضرر[2].و لا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره ،فان تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد القصد في إحداثه[3].

و مثال ذلك ما قضت به محكمة كولمار سنة 1955 بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله تواجه تماما نافذة جاره بقصد إيذائه ،و قد قام قضاؤها على أسباب أهمها: "من حيث المبادئ العامة تقضي بان حق الملكية هو حق مطلق يبيح لصاحبه استعمال ما يملك استعمالا سليما، أو يسيء استعماله، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يجب أن يكـون لاستعماله ثمـة مصلحـة جديـة مشروعة، إذ تـأبى قواعد الأخلاق والعدالة تأييد ما يصدر من سوء نية، و ما يقترف عن مجرد هوى جائر،و لم يحقق لصاحبه منفعة شخصية ولكن يحدث ضررا جسيما للغير " [4].

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ،الجزء الأول ،المرجع السابق ،ص 844

[2] فتحي الدريني :المرجع السابق، ص 200

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ،الجزء الأول، المرجع السابق،ص 844

[4] قرار 1955/5/02 محكمة كولمار منشور في Dalloz 1956 ص 09 حيث كان القرار كالتالي :

« S'il de est principe que le droit de propriété est un droit en quelque sort absolu, cependant l'exercice de cedroit comme celui de toute autre doit avoir pour limiter de la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime , que le principe de la morale et de l'équité s'oppose à ce que la justice sanctionnée une action inspirée de la malveillance accompli sous l'empire d'une mauvaise passion , ne se justifiant pas aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui »

فوفقا للقواعد العامة يتحمل المضرور عبئ إثبات قصد الإضرار و له في هذا الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية، فإذا اثبت المضرور نية الإضـرار اعتبـر مستعمـل الحـق متعسفـا فـي استعمال و مسؤولا عن الإضرار التي وقعت.

و إن الاقتصار على الأخذ بهذا المعيار – قصد الإضرار– يضيق من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق و شل عملها، و لعسر الوقوف على هذا القصد على اعتبار انه عنصرا نفسيا خفيا و يصعب إثباته، قد عمد فقهاء القانون على تبني معايير أخرى للتعسف و هذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال النص على حالات للتعسف غير القصد بالإضرار و ذلك من خلال الفقرة الثالثة و الرابعة من المادة 124 مكرر ق.م.ج.

المطلب الثاني : المعيار الموضوعي

بالإضافة إلى المعيار الشخصي الذي نص عليه المشرع الجزائري و المتمثل في قصد الإضرار بالغير والذي يقوم على النية الإضرار الثابتة أو المفترضة و لصعوبة إثباته أدى إلى تبني المعيار الموضوعي أو المادي و الذي من خلاله ينظر إلى النتيجة المترتبة على استعمال الحق ،بغض النظر عن نية صاحب الحق.

فالمعيار هذا ينظر من خلاله إلى نتائج الأفعال لاكتشاف التعسف و يتبين ذلك من خلال الاختلال البيّن بين مصلحتين فرديتين أو يغيب التناسب بينهما، بالإضافة إلى الضرر الفاحش و هذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 124 مكرر ق.م.ج بنصها على أن استعمال الحق يكون تعسفا :

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

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

والملاحظ في نص المادة بالفقرتين الثالثة و الرابعة استعمال المشرع لمصطلح "فائدة" عكس التشريعات الأخرى و التي استعملت مصطلح "مصلحة " و مثالها المشرع المصري ، فمصطلح "المصلحة" والذي يقابله باللغة الفرنسية مصطلح »Intérêt« هو الأدق فالنص باللغة الفرنسية أدق من اللغة العربية و ذلك أن المصلحة هي الغاية الشرعية للحق ، فقد تكون اجتماعية ،اقتصادية أو سياسية بينما مصطلح فائدة يحمل في طياته معاني مادية و كأن الأمر يتعلق بالأمور المادية فقط .

بالإضافة إلى صورتي المعيار الموضوعي اللذين نص عليهما المشرع الجزائري بالفقرة الثالثة و الرابعة على التوالي بالمادة 124 مكرر ق.م.ج، فقد نص على صورة أخرى من صور التعسف والمتمثلة في الضرر الفاحش و الذي يعتبر معيارا رابعا للتعسف و سنتناول هذه الصور كالتالي :

الفرع الأول: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و الضرر

هذه الصورة الثانية من صور التعسف، لا يتبين فيها قصد الإضرار بالغير لكن يثبت أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها [1].

فالمعيار الموضوعي (المادي) يقوم على أساس الموازنة بين المصلحة المقصودة و ما تحققه من نفع قليل أو ضئيل لصاحب الحق و بين ما يصيب الغير من ضرر و تجدر الإشارة إلى أن هذا المعيار منبثق من أصل مقرر في أصول الفقه و النظر إلى ما آلت إليه الأفعال و نتائجها فالأصل أن الفعل إذا كان له مآلان متعارضان و كانت مفسدة فيه مساوية للمصلحة أو راجحة عليها ،لم يبق الفعل مشروعا، فإذا كانت المصلحة ضئيلة لا تتناسب مطلقا مع ما يلزم عنها مفسدة ،فاختلال التوازن إذن هو العلة في التعسف [2].

فوفقا لما جاء بنص المادة 124 مكرر ق.م.ج "إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير " فإنه ليس من المألوف للشخص العادي أن يفعل ذلك ، و من يفعل ذلك فهو مستهترا لا يبالي ما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، و إما منطوي على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر انه يسعى إلى تحقيقها[3] و يتميز هذا المعيار بالمقارنة مع سابقه –قصد الإضرار بالغير– بالمرونة و لليونة والتي من خلالها يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لتقدير المصلحة عن طريق المقارنة و الموازنة بين الفائدة و الضرر المترتب عن استعمال الحق ،فإذا تبين إن هناك تفوت و اختلال ظاهر بين الفائدة قليلة الأهمية و الضرر الكبير اعتبر صاحب الحق في هذه الحالة متعسفا و يترتب عليه مسؤولية إصلاح الضرر.

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،، نظرية الالتزام ،الجزء الأول ،المرجع السابق،ص846

[2] فتحي الدريني :المرجع السابق ،ص 345

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ،الجزء الأول، المرجع السابق، ص 845

وقد طبق المشرع الجزائري هذا المعيار بنص المادة 708 /2 ق.م.ج بنصه على انه" ليس لملك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني ، إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" ،فهذه الصورة تقوم على أساس عدم التوازن بين المصالح المتضاربة لصاحب الحق (المالك) و الغير (الجار) كذلك ما نصت عليه المادة 881 ق.م.ج بنصها :"يجوز لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم يتبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ". فالمالك الذي يتيسر له وسائل متعددة لاستعمال حقه فيختار منها الأكثر إضرار بالغير دون تحقيق نفع كبير يعود عليه نتيجة هذا الاختيار كان صاحب الحق متعسفا.

الفرع الثاني: عدم مشروعية المصلحة

عدم مشروعية المصلحة هو الصورة الثالثة للتعسف و الذي نص عليه بالمادة 124 مكرر ق.م.ج في فقرته الأخيرة بنصه على أن استعمال الحق يشكل تعسفا "إذا كان يرمي الحصول على فائدة غير مشروعة "

فقد يتخذ الحق وسيلة لتحقيق مصالح غير مشروعة احتيالا على قواعد القانون و تخلصا من أحكامه تحت ستار الحق فالحق لا يجوز استعماله لتحقيق غير المصلحة التي شرع من اجلها و المصلحة المقصودة هنا هي تلك التي رسمها القانون و قررها الحق إذ يعتبر الفعل تعسفيا إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ،و تكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف النظام العام و الآداب العامة أو حكما من أحكام القانون .

فالنظام العام " ordre public"يعرف على انه "مجموعة الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية والثقافية التي يقوم عليها المجتمع في وقت محدد"، أما الآداب العامة « mœurs publiques » فهي "مجموعة الأسس الأخلاقية في المجتمع [1].

فالمشرع لا يمكن أن يقدم الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة لأنها تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع و نظامه القانوني، فالنظام العام والآداب العامة و أحكام القانون قواعدها آمرة لا يمكن مخالفتها.

[1]محمد الصغير بعلي :المدخل للعلوم القانونية،المرجع السابق ،ص 21

ما يلاحظ على هذا المعيار انه موضوعي (مادي) في ظاهره، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة [1]، هذا المعيار يستدل عليه من القصد ،فنفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق تقوم أساسا على عدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال .

فالمعيــار جمـع بين العنصر الذاتي والمادي، فالعنصر الأول يتمثل في القصد أو نية صاحب الحق والعنصر الثاني يتمثل في المصلحة التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها و مدى مشروعيتها و يتحقق ذلك في عدة صور كاستعمال المالك لمنزله لأغراض غير مشروعة مخالفة للنظام العام و لآداب العامة (كتعاطي المحذرات) لتحصيل فائدة غير مشروعة ،فالمصلحة قيد على استعمال الحق، لأنها تمثل غاية له، و يترتب على صاحب الحق عند استعماله لسلطاته المقررة له أن يحقق من هذا الاستعمال المصلحة أو فائدة التي منحها لأجلها الحق، إذ يجب أن تتسم بالجدية و المشروعية و من أمثلة المصالح الغير مشروعة أن يتمسك المتعاقد بحقه في إبطال العقد مدعيا وقوعه في غلط غير انه في حقيقة الأمر يريد التخلص من العقد كونه غير مربحا، أو رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال، ففي هذه الحالات يكون صاحب الحق قد تعسف في استعمال حقه كونه كان يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة

وتجدر الإشارة إلى أن معيار عدم مشروعية المصلحة يبينه المعيار القائل بالغرض الغير مشروع (Le motif illégitime) فجوسران يقول "أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي يرمي إليه غير مشروع" . فمعيار المصلحة المشروعة كما يقول الأستاذ السنهوري تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار الغرض الغير مشروع فهو إذن أدق من ناحية الانضباط و أسهل من ناحية التطبيق[2].

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ،الجزء الأول ،المرجع السابق،ص 847.
[2] نفس المرجع ،ص 846-847.

الفرع الثالث: معيار الضرر الفاحش

إن معيار الضرر الفاحش فكرة قديمة حيث إن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في تطبيقه ، واخذ به القضاء الفرنسي القديم رغم عدم وجود نص على ذلك، و أخذت فكرة الضرر الفاحش أهمية خاصة في العصر الحديث و يرجع ذلك إلى التطور الذي عرفته الحياة في المجتمع، وازدياد النشاط الاقتصادي إذ ترتب عن ذلك كثرة المصانع و المحال العامة المختلفة الأنواع التي تبعث الضوضاء، و الدخان و الروائح الكريهة و غير ذلك مما يؤذي الجار و يقلق راحته [1].

و يمكن اعتبار معيار الضرر الفاحش معيارا رابعا من معايير التعسف في التشريع الجزائري، فوفقا لما تمت الإشارة إليه سابقا فالمعايير الواردة بالمادة 124 مكرر ق.م.ج واردة على سبيل المثال، فالمشرع الجزائري لم يحصر حالات التعسف في ثلاث حالات، فمعيار الضرر الفاحش لم يرد بالمادة 124 مكرر ق.ج إلا انه أورد له تطبيقا بالمادة 691 ق.م.ج بنصها على انه " يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره ،و ليس للجار أن يرجع في مضار الجوار المألوفة، غير انه يجوز له إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له."

ويعرف الضرر الفاحش على انه كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة للبناء كالسكن أو يضر بالبناء و يكون سببا لانهدامه[2]، و تتميز مضار الجوار الغير مألوفة عن مضار الجوار المألوفة في كون أن الأخيرة مرتبطة بعلاقات الجوار و لا مفر منها و لا ترتب أية مسؤولية و هذا ما نص عليه المشرع الجزائر بالفقرة الثانية من المادة 691 ق.م.ج "ليس للجار أن يرجع في مضار الجوار المألوفة" و لتوفر معيار الضرر الفاحش يجب توفر شرطان :

- الأول هو أن يتعسف(غلو) المالك في استعمال حقه[3]: إن المنطق و العدل يقضيان أن يستعمل المالك حقه وفقا لما شرع من اجله و ليس لهذا الأخير أن يتعسف في استعمال حقه و ذلك بإلحاق الضرر الفاحش بالغير و هذا ما نص عليه المشرع في الفقرة الأولى من نص المادة 691 ق.م.ج بنصها" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بالغير" و الملاحظ من نص المادة أن المشرع استعمل مصطلح "التعسف" عكس المشرع المصري الذي استعمل مصطلح "الغلو" من خلال نص المادة 807 ق.م.م.

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ، ص 54.

[2] عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ،الجزء الأول ،المرجع السابق، ص 849.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية ،الجزء الثامن ،منشأة المعارف ،الاسكندرية مصر 2004 ،ص 623.

- أما الشرط الثاني هو إلحاق ضرر بالجار: فالضرر القليل يتحمله الجار لأنه لابد منه و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري بالفقرة الثانية من المادة 691 ق.م.ج "و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة " إلا أن المالك يتحمل مسؤولية الأضرار الفاحشة التي تلحق بالجار و التقدير الضرر إذا كان مألوفا أو غير مألوف يرجع إلى القاضي معتمدا على الظروف المحيطة مع الأخذ بعين الاعتبار الاعتبارات التي حددها النص ، فالمعيار الضرر الفاحش هو معيار موضوعي و مادي يعتمد على نتيجة الفعل أو التصرف و التي على أساسها يحدد إذا كان هناك تعسفا أم لا.

فالمشرع الجزائري وفقا لنص المادة 691 ق.م.ج اعتبر معيار الضرر الفاحش معيارا من معاير التعسف في استعمال الحق و هو خاص بمضار الجوار الغير مألوفة، و هذا عكس المشرع المصري الذي اخرج مضار الجوار الغير مألوفة من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا في استعمال الحق ،بل هو خروجا عن حدود الحق [1].

ومن خلال دراستنا للمعايير التشريعية للتعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد نص على هاته الأخيرة بالمادة 124 مكرر ق.م.ج بثلاث معايير بالإضافة إلى معيار رابع نص علية بالمادة691 ق.م.ج وهي واردة على سبيل المثال وليس الحصر، و التشريع الجزائري كغيره من التشريعات العربية استمد معايير التعسف من الشريعة الإسلامية .

ونستخلص من ما تقدم انه حفاظا على تحقيق الغاية التي شرع لأجلها الحق، نظم المشرع الجزائري فكرة استعمال الحقوق و ذلك بوضع قيود بموجبها يمنع صاحب الحق من استعمال حقه بالحد الذي يحيد عن غايته و ذلك من خلال تبنيه لنظرية التعسف في استعمال الحق بنص المادة 124 مكرر ق.م.ج و التي مفادها أن لا يستعمل صاحب الحق حقه بطريقة تعسفية من خلال تحقق إحدى صور التعسف و المتمثلة في : قصد الإضرار بالغير تحقيق مصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق بالغير، تحقيق مصلحة غير مشروعة أو تحقيق ضرر فاحش (ضرر غير مألوف) و يترتب على ذلك مسؤولية هذا الأخير.

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام ،الجزء الأول ،المرجع السابق ،ص 849

الفصل الثاني:أساس نظرية التعسف في استعمال الحق وبعض تطبيقاتها في التشريع الجزائري

بعد تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية التعسف في استعمال الحق، سنتناول في مبحثي هذا الفصل الأساس القانوني للنظرية، خاصة و أن الفقهاء لم يتفقوا على أساس واحد للنظرية، كما سنحدد موقف المشرع الجزائري من الجدل الفقهي القائم والاتجاه الذي تبناه وأقام عليه أساس للنظرية (المبحث الأول) كما سنتطرق إلى تطبيقات النظرية خاصة وأنها لها تطبيقات على كل نواحي القانون و سنكتفي بدراسة أهم مجالات تطبيقاتها والتعسف الشخص في استعمال حقه يترتب عليه مسؤولية، لهذا سنتناول في الأخير جزاء التعسف في استعمال الحق.

المبحث الأول: الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق

إن نظرية التعسف في استعمال الحق رغم أنها نظرية مستقرة و أخذت بها جل تشريعات العالم، غير أنه لم يستقر الفقه على تأسيسها بوضع قواعد وأسس تقوم عليها، و أدى هذا إلى ظهور جدل فقهي فمن الفقهاء من أقامها على أساس الخطأ و من الفقهاء من ذهب إلى اعتبارها نظرية مستقلة عن الخطأ وهذا ما ستناوله في المطلب الأول أما المطلب الثاني نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري والاتجاه الذي تبناه لتحديد أساس للتعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق.

بعد الإقرار بوجود نظرية التعسف في استعمال الحق انقسم الفقهاء بين من يؤسسها على أساس الخطأ وبين من اعتبرها نظرية مستقلة عن الخطأ و فيما يلى سنوضح الخلاف الدائر حول طبيعة التعسف.

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق قائم على أساس الخطأ

يرجع جانب من الفقهاء التعسف في استعمال الحق إلى فكرة الخطأ، و بذلك تبقى هاته الأخيرة داخل نطاق المسؤولية التقصيرية، و لكن أنصار هذا الاتجاه انقسموا كمايلي:

-أولا- الاتجاه القائل بان التعسف في استعمال الحق هو خروجا عن الحق:

تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بلانيول و الذي يرى بأن التعسف في استعمال الحق لا يعدو أن يكون إلا تجاوزا للحق « Dépassement de droit » وبذلك هو عمل غير مشروع " Acte illicite" ،فمن يستعمل حقه يجب أن يكون فعله مشروعا ،و الفعل لا يكون غير مشروع إلا إذا جاوز حدود الحق أو كان لا يستند على حق فالحق ينتهي عندما يبدأ التعسف « le droit cesse où l'abus commence ».

على أن بلانيول يسلم بان الحق مقيد بالغرض الذي تقرر من اجله و أن استعماله في غير ذلك لا يسمى تعسفا بل خروجا عن الحق[1]، كما أن مبنى التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية لا يتوفر إلا في الفعل الغير مشروع و الذي لا يستند و على الأساس فجميع حالات التعسف ما هي إلا خروج عن الحق .

و من الانتقادات الموجهة لهذا الرأي :

-أولا- انه من التناقض المنطقي و القانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع و غير مشروع في آن واحد، موافقا للقانون ومخالفا له [2] فهذا الرأي يقوم على منطق شكلي و يتلاعب بوحدة اصطلاح الحق و القانون " le droit" في اللغة الفرنسية.

-ثانيا-إن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية وهو مبنى التعسف في نظره لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع أي لا يستند إلى حق فجميع حالات التعسف – على هذا النظر- هي إلا حالات خروج عن الحق [3] فهذا الأخير قد تأثر بالمنطق الشكلي للمسؤولية التقصيرية بحيث يجعلها قاصرة على الخروج عن الحق.

-ثانيا-الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التقصيري:

يذهب غالبية الفقهاء إلى اعتبار التعسف عملا غير مشروع ،فبنظرهم التعسف والخطأ سواء، فالتعسف ليس إلا تطبيقا من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، فالشخص ملزم بإصلاح الضرر الذي يتسبب بـه، و يبررون ذلك انه إذا كان الخطأ في المفهوم الحديث هو انحرافا في السلوك المألوف للشخص العادي فهو إذا متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على سواء، و إذا كانت هذه الحقيقة

[1] فتحي الدريني :المرجع السابق ،ص310

[2] نفس المرجع ،ص 310

[3] نفس المرجع ،ص 310 ولقد سبقت الإشارة إلى الفرق بين التعسف في استعمال الحق و الخروج عن الحق بالفصل الأول

قد حجبت إثر ما كان سائد في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق فلم يعد ثمة ما يمنع اليوم من إعلانها و تأكيدها بعدما اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض الرقابة على استعمال الحقوق، فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعـــوم بين الخطأ وبين استعمال الحق[1]و يعرف الخطأ التقصيـري على انه "انحـــراف في سلوك، المألوف للرجل العادي[2]" فالانحراف عن غاية الحق يشكل تعسفا.

وأبرز من تزعم هذا الاتجاه الفقيه السنهوري حيث يقول" أن الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحــق هو إذن ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إن التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض والتعويض هنـا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى و هي الخروج عـن الحـق أو عن حدود الرخصة [3]" وفي هذا الإطار يرى أن التعسف داخلا تحت نطاق المسؤولية التقصيرية حتى و لو كان متصلا بالتعاقد كحالة شخص وافق على العقد و رفض تحريره فتترتب عليه المسؤولية التقصيرية ونفس الأمر ينطبق عندما يكون التعسف في تنفيذ العقد و هو شرط ضروري لتحقق المسؤولية العقدية بل هو مسبب في تنفيذه بصورة تعسفية كالدائن الذي يتعسف في مواجهة مدينه في استعمال الآجال الممنوحة له و يكون التعسف في تفسير العقد عندما يؤوله المتعاقد بطريقة تمنحه حقوقا أكثر من الحقوق المقررة في العقد، ونفس الحكم ينطبق في فسخ العقد فالمتعاقد له الحق في فسخ و إنهاء العقد فعند استعماله لهذا الحق مع إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر يكون قد تعسف في استعمال حقه فيترتب على ذلك مسئوليته.

فالتعسف في استعمال الحق سواء ارتكب في المجال التعاقدي أو غير التعاقدي يوجب المسؤولية التقصيرية عن الجرم أو شبه الجرم لصاحب الفعل المرتكب الذي يلزم بالتعويض عن كامل الضرر نتيجة خطئه.

وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي من خلال أحكامه الصادر في الموضوع ومثال ذلك ما قررته محكمة النقض والذي كان كالتالي " حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ. والقانون لا يعتبر الشخص مخطئا إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك "[4] فمن خلال هذا الحكم يتضح إن القضاء الفرنسي يعتبر أن من استعمل حقه بقصد الإضرار بالغير فقط يكون مرتكبا لخطا وتترتب عليه المسؤولية فهو بذلك يقيم التعسف على الخطأ.

---

[1]رمضان ابو السعود : المرجع السابق ،ص 505

[2]عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،نظرية الالتزام ،الجزء الأول، المرجع السابق،ص 819

[3]نفس المرجع ،ص842

[4]نفس المرجع ،ص838

وما اخذ على هذا الاتجـــاه هو أن للمسؤوليـة التقصيرية دور علاجي في حيـن أن التعسـف في استعمال الحق دورين وقائي وعلاجي.

-ثالثا- الاتجاه القائل بان التعسف نوعا متميزا عن الخطأ:

تزعم هذا الاتجاه مجموعة من الفقهاء و جاء رأيهم مناف للرأي السابق حيث يرون بان التعسف متميزا عن الخطأ في صورته العادية و لكن يبقى التعسف في نطاق المسؤولية التقصيرية و من بين أنصار هذا الاتجاه الفقيه جوسران JOSSERAND فيرى بأن التعسف هو خطأ متميز عن الخطأ العادي من حيث ارتباطه بروح الحق و غايته الاجتماعية فهو إذن خطا خاص اجتماعي يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية [1]

وقد قسم جوسران الأخطاء المؤدية إلى المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أقسام :

أولا /العمل المخالف للقانون: هو عمل يتضمن الاعتداء على حق أخر.

ثانيا /العمل الغير مشروع: هو استعمال الحق عكس غايته.

ثالثا /العمل المجاور (العمل الضار):هو العمل الذي يستند إلى حق و يكون مطابقا لهدفه وغايته ولكن يترتب عليه أضرار فاحشة و غير عادية [2].

فالتعسف يقـع فـي النـوع الثـاني والخطـأ الـذي يقـع هـو خطـا اجتمـاعي لأنـه ينشـأ عـن اسـتعمال الحقـوق استعمالا ضد المجتمع فوفقا لجوسران الأمر يتعلق بالبحث عن الدافع الذي توخاه صاحب الحق والغاية التي كان يناشدها و مواجهة هذا الدافع و تلك الغاية مع روح الحق ووظيفته ،فان كان هناك توافق يكون الحق قد استعمل بصورة صحيحة و إذا كان هناك تنافر يكون الاستعمال تعسفيا و تقوم المسؤولية على صاحب الحق.

إلا انه يؤخذ على هذا الرأي انه بالرغم من انه يمثل خطوة تقدمية بالنسبة إلى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادي إلا انه ما يعاب عليه هو توقفه في المنتصف و عدم توصله إلى النتيجة التي تقود إليها مقدمته فإذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدي قاصرة في نظر هذا المذهب عن الإحاطة بفكرة التعسف ،فما الداعي إلى التشبث بها و العمل على ابتداع نوع متميز من الخطأ للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف.[3]

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق ،ص 349

[2] سمير عبد السيد تناغو : مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر 2009 ،ص 242

[3] حسن كيرة :المرجع السابق، ص 764

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة

بعد الانتقادات الموجهة للاتجاه الذي يبني التعسف على أساس الخطأ ،ناد جمع من الفقهاء بوجوب الفصل بين فكرة التعسف في استعمال الحق و فكرة الخطأ جعل النظرية ذات كيان مستقل باعتبارها نظرية قائمة بذاتها غير ان أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم حول الأساس الذي تقوم عليه و كانت الآراء كالتالي:

-أولا- الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية:

تزعم هذا الاتجاه الفقيه سالي "SALLEILES" حيث اتجه إلى فكرة استقلالية نظرية التعسف عن الخطأ حيث يرى أن التعسف لا يشكل إخلال بالتزام سواء كان هذا الأخير قانوني أو تعاقدي، فالتعسف في نظره مشكلة تتعلق بالأخلاق فإلى جانب المشروعية القانونية يوجد ما يعرف بالمشروعية الأخلاقية، و التعسف يقع عند إخلال بالمشروعية الأخلاقية و بالتالي التعسف يقوم على أساس أللأخلاقية في استعمال الحقوق.

والخطأ الولد للمسؤولية التقصيرية لا يتوفر إلا في حالة العمل الغير مشروع [1] و ما ينتج على اعتبار أن استعمال الحق بسوء نية يؤدي إلى قيام المسؤولية هو فتح المجال أمام القضاء للبحث عن نية صاحب الحق من جراء استعماله لحقوقه فهو بذلك يمنح القاضي سلطة واسعة في هذا المجال.

غير أن هذا الاتجاه يؤخذ عليه انه لا يقيم التفرقة بين الأخلاق و القانون، فهو بذلك يطمس أوجه المعالم بينهما رغم الاختلاف القائم بينهما.

وإن المسؤولية عند التعسف إذا كان مبناها الخطأ فمعنى ذلك أن القاضي لم يمنح سلطة جديدة بل هو مدعو إلى مباشرة حقه الذي خولته إياه النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية[2]

-ثانيا-الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاتها:

فأصحاب هذا الرأي هو الفقيه حسن كيرة حيث ذهب إلى القول :أن فكرة التعسف في استعمال الحق مرتبطة أساسا بفكرة الحق، فالحقوق شرعت و منحت لتحقيق غايات معينة، و هذه هي نقطة الارتباط بين نظرية التعسف في استعمال الحق و فكرة الحق، ففكرة التعسف مرتبطة أساسا بتطور الحق فهي وزن لاستعماله على ضوء غايته، مما يجعلها فكرة ملازمة و مكملة لفكرة الحق، ففكرة التعسف تصبح في الواقع

[1] فتحي الدريني: المرجع السابق ،ص 314

[2] نفس المرجع :ص 315

هي التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق[1] فهي بذلك تثير مشكلة أولية و سابقـــة على مشكلــة المسؤوليــة من خــلال دورها و جزائها ،فنظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة و تجد مكانها في نطاق النظرية العامة للحق.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الجدل الفقهي القائم حول تحديد أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

بعد عرضنا للجدل الفقهي حول تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ،كان لازما تحديد موقف المشرع الجزائري من ذلك و لتحديد موقف المشرع ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى مرحلتين الأولى أساس النظرية قبل التعديل والثانية أساسها بعد التعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ 20يونيو2005

الفرع الأول: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني الجزائري.

في مرحلة ما قبل تعديل القانون المدني الجزائري نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق بالمادة 41 منه و التي تنص على انه "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

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

فبهذه الصياغة قد تعرض المشرع الجزائري إلى مجموعة من الانتقادات نجملها كالتالي :

من حيث الشكل : بالنظر إلى موقع نص المادة 41 ق. م .ج السالفة الذكر فموضعها هو الفصل الأول المخصص للأشخاص الطبيعية بالباب الثاني تحت الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية، و جاءت بالتحديد ضمن المواد الخاصة بالأهلية ، بالرغم من عدم وجود ما يربط بين التعسف و بين أحكام الأهلية[2].

[1] حسن كيرة :المرجع السابق ،ص 765-766

[2] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 222

من ناحية الموضوع: فما تجدر الإشارة إليه إلى انه لم يتطرق المشرع الجزائري للمبدأ العام لاستعمال الحق مثل المشرع المصري الذي نص على المبدأ العام بالمادة 04 ق.م.م بنصه على انه "من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر" فالأصل يرد عليه الاستثناء فكان لزوما على المشرع الجزائري النص على القاعدة العامة ثم الاستثناء ،فالمشرع الجزائري خالف نظيره المصري رغم انه المصدر الذي استمد منه أحكامها.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري آنذاك انه لم ينص على الجزاء القانوني المترتب عن التعسف في استعمال الحق و هو أمر غريب جعل النص ناقصا و مبتورا [1].

يتجلى لنا أن موقف المشرع الجزائري لم يكن واضحا و كان مبهما ، فلم يتبن الاتجاه الذي يقيم عليه التعسف فلم يأخذ بالاتجاه الذي يقيم التعسف على أساس الخطأ من خلال النص على النظرية ضمن الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، و لا الاتجاه الذي اعتبر التعسف نظرية مستقلة وقائمة بذاتها من خلال النص عليها بالباب التمهيدي مثل المشرع المصري والذي أولاها عناية خاصة فأحل لها مكانا بارزا بين نصوصه وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدي لا المسؤولية التقصيرية[2]،كما أن نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري يرجع مصدرها الحقيقي في الشريعة الإسلامية و التي تعرف بقاعدة المضارة في استعمال الحق و التي تربط التعسف أساسا بنتائج استعمال الحق أو غرضه و لا يرتبط بأصل السلطات المخولة لصاحب الحق [3].

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أيضا انه جعل حالات التعسف على سبيل الحصر باستعمال عبارة يدل على ذلك وهي "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية " فعبارة "الأحوال التالية " تفيد أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر و بذلك لم يترك الفرصة للقاضي لإمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف قد تظهر نتيجة لتداول القضايا و بذلك يكون قد قيد حرية القاضي في الاجتهاد [4].

---

[1] نفس المرجع ،ص222

[2] عبد الرزاق احمدالسنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام،الجزء الأول،المرجع السابق،ص840

[3] فتحي الدريني:المرجع السابق ،ص 349

[4] بوبكر مصطفى :الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق لـ20 يونيو 2005 ،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ،كلية الحقوق ،جامعة تيزي وزو ،العدد -01- سنة 2011 ص 275

الفرع الثاني:أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بعد تعديل القانون المدني الجزائري

تنص المادة 124 مكرر ق.م,ج مضافة بالقانون رقم 05-10 على انه" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- اذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

من الناحية الشكلية (موضع المادة) : فبصدور القانون رقم 05-10 المؤرخ في20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني يكون المشرع الجزائري قد تجنب جملة الانتقادات التي وجهة له سابقا بخصوص المادة 41 ق.م.ج حيث ألغيت هاته الأخيرة و نص على التعسف بالمادة 124مكرر ق.م.ج بالفصل الثالث تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض وبالقسم الأول المعنون تحت عنوان المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فالمشرع قد نجح فعلا في اختيار المكان المناسب للنظرية ، لان التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويولد التزاما بالتعويض وبالتالي فإن مكان النظرية إن لم يكن النصوص الأولى من الباب التمهيدي هو هذا المكان و لو من الناحية الشكلية [1].

أما من الناحية محتوى نص المادة 124 مكرر ق.م,ج مضافة بالقانون رقم 05-10: اعتبر المشرع الجزائري أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ ،فبذلك يتبين لنا أن المشرع الجزائري سار بنهج الاتجاه الذي يعتبر التعسف في استعمال الحق ليس إلا تطبيقا من تطبيقات الفعل الغير مشروع والمولد للمسؤولية التقصيرية فبنصه على انه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق **خطأ** لاسيما في الحالات الآتية "اعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ يلزم من كان سببا في وقوعه بجبر الضرر.

بالإضافة إلى أن المشرع قد أعاد صياغة النظرية حيث جعل المعايير الواردة بنص المادة 124 مكرر ق.م,ج واردة على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر و يتجلى ذلك من خلال نصه على انه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ **لاسيما** في الحالات الآتية "، و هذا ما يمنح للقاضي أن يمارس رقابة واسعة

[1] بوبكر مصطفى ،المرجع السابق ،ص 281

على الاستعمال التعسفي للحقوق بحيث تتيح له الحرية و سلطة تقديرية في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع و ذلك عن طريق الاجتهاد أو القياس [1].

وبإقامة المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق على أساس الخطأ وفقا لنص المادة 124 مكرر ق.م.ج فاستعمل صاحب الحق لحقه بقصد الإضرار بالغير يشكل تعسفا على أساس انحرافه عن السلوك المألوف للشخص العادي، لارتكابه خطا تقصيري و يتم جبر الضرر على أساس الفقرة الأولى من المادة 124مكرر ق.م.ج ،أما إذا استعمل حقه دون القصد الإضرار بالغير ،و مع ذلك أصاب الغير بضرر فيعتبر ارتكب خطا شبة تقصيري لعدم اتخاذه الحيطة و الحذر يتم جبر الضرر على أساس الفقرة الثانية و الثالثة من المادة 124مكرر ق.م.ج.

فالمشرع و إن أحدث تأثيرا واضحا على نص المادة 124 مكرر ق.م.ج من خلال نصه على الطبيعة القانونية للتعسف إلا انه لم يعالج التعسف بذاته من خلال النص على الأصل العام في استعمال الحق .

[1] بوبكر مصطفى ،المرجع السابق ،ص 283

المبحث الثاني: بعض تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري.

إن لنظرية التعسف في استعمالا الحق تطبيقات في مجالات مختلفة للقانون، و في هذا المبحث سنتطرق إلى تطبيقاتها على الأحوال الشخصية وعلاقات العمل و على حق الملكية كما سنتطرق إلى جزاء هاته الأخيرة و ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تطبيقات النظرية على الأحوال الشخصية و علاقات العمل

سنخصص هذا المطلب بالفرع الأول تطبيقات النظرية على الأحوال الشخصية و هذا من خلال العدول عن الخطبة و الطلاق التعسفي و الفرع الثاني على علاقات العمل من خلال القطع التعسفي لعلاقة العمل.

الفرع الأول: تطبيقات النظرية على الأحوال الشخصية

فكما سبقت الإشـــارة إليه فإن النظرية تنبسط على كافـــة و جميع نواحي القانون و منهـــا الأحوال الشخصية ولدراسة تطبيقاتها في هذا المجال سنتعرض إلى أهم تطبيقاتها كالتالي:

-أولا- العدول عن الخطبة :

لقد عرف التعسف على انه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل و تعرف الخطبة على أنها التماس الزواج من امرأة معينة ،بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها "[1].فالعدول عن الخطبة هو حق مشروع للطرفين ،إلا أنه قد يستعمل أحد الطرفين هذا الحق بطريقة تعسفية و ذلك دون سبب معقول كاستعمال أحد الخاطبين لحقه بقصد الإضرار و كان هذا القصد هو الدافع لاستعمال هذا الحق و لا مصلحة له في ذلك فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق. كعدول أحد الخاطبين بقصد تشويه سمعة الطرف الأخر، أو إذا كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن للزوجة المرتقبة ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بدون مبرر أو قد يطلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها[2].

وباعتبار أن الخطبة هي وعدا بالزواج وفقا نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري ، فان العدول عنها حقا مكفولا قانونا و شرعا لكل من الطرفين، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم استعماله بطريقة تعسفية فإذا ما استعمل صاحب هذا الحق حقه بغير مبرر شرعي أو عدل بقصد الإضرار بالطرف الثاني أو كانت الغاية من

---

[1] العربي بلحاج :الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،(الزواج–الطلاق) ،الجزء الأول ،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004، ص44

[2] نفس المرجع ،ص 55

العدول عن الخطبة تحقيق مصلحة غير مشروعة أعتبر تعسفا ويترتب على ذلك تعويض المضرور و هذا ما نص علية المشرع الجزائري بالفقرة 2 من المادة 05 قانون الأسرة الجزائري بنصه على انه "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ". و الحكم بالتعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيريـــة – باعتبارها أساس للنظرية – و هذا ما ذهب إليه القضـــاء الفرنســي و قد قال الدكتور السنهوري و هو يتكلم عن المسؤولية في استعمال الحق أن القضاء في مصر انتهى إلى المبادئ الثلاثة الآتية:

1 – الخطبة ليست بعقد ملزم.

2– مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجب للتعويض.

3– اذا اقترن العدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية [1]. فالمبدأ هو العدول عن الخطبة بأسباب و دوافع جدية و مشروعة وفي نفس الوقت مقيد بعدم التعسف في استعماله.

-ثانيا-الطلاق التعسفي:

قد كان هناك جدلا كبير بين الفقهاء حول مدى إخضاع الطلاق لمبدأ التعسف في استعمال الحق أي هل هو حق مطلـق أم مقيد، فالشريعة الإسلامية و إن أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق و بناءا على مبررات شرعية و إلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه[2].

و في هذا الإطار قد حكم القضاء الجزائري بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، و لا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها و نفقة عدتها التي يراعي فيها تقدير حالة المطلقة المالية غير انه إذا كان الطلاق لسبب غير مشروع يدعو إليه و جب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق [3] .

[1] نفس المرجع،ص57

[2] الرشيد بن شويخ : شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،دار الحلزونية للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2008 ،ص174

[3] العربي بلحاج :المرجع السابق ،ص 235–236

و التعسف في استعمال حق الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته ،كالطلاق في مرض الموت لإبطال حق الزوجة في الميراث و كالطلاق من غير سبب معقول بالرغم من تنازل الزوجة عن موقفها و تشبثها بالعودة إلى الحياة الزوجية [1] .

فمظاهر الطلاق التعسفي هو انعدام المبرر لاستعمال حق الزوج للطلاق فذلك يكون إما بقصد الإضرار بالزوجة أو يكون الطلاق بسبب غير مشروع حيث لا توجد منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق أو قد تكون تافهة لا تتناسب أبدا مع ما يترتب من ضرر.

و تجدر الإشارة إلى أن الطلاق التعسفي يطبق علية المعيار التي نص عليه المشرع الجزائري بالمادة 124 مكرر ق.م.ج فهو لم يحدد معيارا خاص للطلاق التعسفي الذي نص عليه بالمادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، فاستعمال الزوج لحقه في الطلاق بطريقة تعسفية يترتب عليه ضررا للزوجة فيلتزم بالتعويض طبقا لأحكام قانون المدني و الأسرة و السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض.

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق على علاقات العمل

يعرف عقد العمل على انه: العقد الذي يتعهد فيه احد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر تحت إدارته و إشرافه مقابل اجر[2].

إن لصاحب العمل السلطة لإيقاف أو فصل العامل و ذلك نتيجة لعلاقة التبعية التي تربط العامل و رب العمل حيث تعترف مختلف التشريعات لصاحب العمل بحق إيقاف و تسريح العامل الذي ثبت في حقه ارتكاب خطأ جسيم إثناء قيامه بعمله ،فإذا تم تسريح العامل وفق إجراءات غير قانونية أو ضمن إجراءات غير تلك التي حددها المشرع فان صاحب العمل يكون قد تعسف في استعمال حقه.

و بالرجوع الى نص المادة 73/ "3 من القانون رقم 11/90 الصادر بتاريخ 21 افريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 20/91 المؤرخ في 1991/12/21 والتي تنص على انه "كل تسريح فردي يتم خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفيا و على المستخدم ان يثبت العكس " فكل تسريح مخالفا لأحكام تشريع العمل يشكل تعسفا بغض النظر عن نية صاحب العمل .

---

[1] نفس المرجع ،ص 237

[2] بشير هدفي : الوجيز في شرح القانون العمل ،علاقات العمل الفردية و الجماعية ،الطبعة الثانية ،دار الريحان للكتاب 2003،ص55

- أولا- الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفا:

تنص المادة 73-4 من القانون 11/90 المعدلة و المتممة بموجب الأمر 21/96 على انه " اذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه ،يعتبر تعسفيا " و عليه فان الحالات التي يعتبر فيها تسريح العامل تعسفا هي :

الحالة الأولى :إذا وقع التسريح خارج الحالات المنصوص عليها بالمادة 73 المعدلة و المتممة بموجب القانون رقم 29/91 و التي تنص على انه " يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة و علاوة على الأخطاء التي يعاقب عليها التشريع الجزائي و التي ترتكب أثناء العمل ،تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة و بدون علاوات الأفعال الآتية :

- إذا رفض العامل، بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرار بالمؤسسة و الصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية للسلطة.

- إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة، إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون.

- إذا شارك في توقف جماعي و تشاوري عن العمل خرقا للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال .

- إذا قام بأعمال عنف

- إذا تسبب عمدا في أضرار مادية تصيب البنايات و المنشآت و الآلات و الأدوات و المواد الأولية و الأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل.

- إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقا لأحكام التشريع المعمول به.

- إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل .فكل تسريح للعامل خارج الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر يعد تسريحا تعسفيا و هو ما ذهبت اليه الغرفة الاجتماعية في العديد من قراراتها [1].

[1] بن عزوز بن صابر :مبادئ عامة في شرح قانون العمل الجزائري ،دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية مصر ،2010،ص180

و لقد جعل القانون المتعلق بعلاقات العمل موضوع التأديب من الامور التي يتولاها النظام الداخلي من حيث تعريف الأخطاء المهنية و درجات العقوبات و إجراءات التنفيذ[1]

الحالة الثانية :هذه الحالة نصت عليها المادة 73-1 من القانون 29/91 حيث انه وفقا لنص المادة يجب أن يراعي المستخدم على الخصوص عند تحديد الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل ،ظروف التي ارتكب فيها الخطأ و مدى اتساعه و درجة خطورته و الضرر الذي ألحقه و كذلك التي كان يسلكها حتى تاريخ ارتكابه الخطأ نحو عمله و نجو ممتلكات هيئته المستخدمة [2]فالقاعدة المنصوص عليها بالمادة 73-1 "يجب أن يراعي المستخدم الظروف التي ارتكب فيها الخطأ " هي قاعدة آمرة في صياغتها فلا يجوز لصاحب العمل مخالفتها واعتبر متعسفا في حالة تسريحه للعامل .

كطرد عامل من منصبه على أساس شتمه لصاحب العمل و يستدل صاحب العمل ببعض العمال على أساس أنهم شهود و في الأخير يتبين أن العمال صرحوا في المحاضر بأنهم لم يسمعوا الشتم الموجه لصاحب العمل ، فإجراءات الفصل صحيحة و لكن الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت.

الحالة الثالثة :تسريح العامل في غياب النظام الداخلي فهذه الحالة تضمنتها المادة 73-2 من قانون 29/91 بنصها "يعلن التسريح المنصوص عليه بالمادة 73 أعلاه ،ضمن احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي.

ويجب أن تتضمن هذه الإجراءات على التبليغ الكتابي لقرار التسريح و استماع المستخدم للعامل المعني الذي يمكنه في هذه الحالة ان يختار عاملا تابعا للهيئة المستخدمة ليصطحبه ".

فيتبين من خلال هذه المادة انه لا يمكن للمستخدم أن يقوم بتسريح عاملا إلا بوجود نظام داخلي في مقر الهيئة المستخدمة و بمفهوم المخالفة يعتبر كل تسريح تأديبي في غياب نظام داخلي تعسفا.كما تضمنت أغلبية الأنظمة الداخلية لمختلف الهيئات المستخدمة الضمانات المقررة للعامل المرتكب للخطأ المهني قبل اتخاذ أية عقوبة تأديبية و من أهم هذه الضمانات إعلام العامل بالتهم المنسوبة إليه حتى يستطيع الدفاع عن نفسه بتبصر[3].

[1]محمد الصغير بعلي : تشريع العمل في الجزائر ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة الجزائر ،2000 ، ص41

[2]نفس المرجع ،ص69

[3]بن عزوز بن صابر :المرجع السابق ،ص 182

الحالة الرابعة : تنص المادة 73-3 من القانون 90-11 المعدل و المتمم بالقانون 29/91 "كل تسريح فردي يتم خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفيا و على المستخدم ان يثبت العكس" فوفقا لنص المادة يجب على صاحب العمل أن يثبت الخطأ المرتكب من طرف العامل و في حالة عدم ثبوت الخطأ المنسوب للعامل يكون صاحب العمل قد تعسف في استعمال حقه رغم أن قـراره المتخذ كـان وفقا للإجراءات القانونية و الاتفاقية نتيجة لعدم ثبوت الخطأ في حق العامل.

الحالة الخامسة : ونصت عليها المادة 73-4 من القانون 11/90و المعدل و المتمم بالقانون 29/91 و حاله وقوع تسريح العامل خرقا للإجراءات التأديبية القانونية و /أو الاتفاقية الملزمة يعد التسريح تعسفيا .

ومن الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفا هي تسريح العامل نتيجة انتهاء مدة عقد العمل المبرم مخالفة للمادة 12 من القانون 11/90 المتممة بالأمر 21/96 و التي تنص على انه "يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة ادناه :

- عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة .

- عندما يتعلق الأمر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتا و يجب على المستخدم ان يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه .

-عندما يتطلب الامر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع.

- عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية.

-عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو أشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها.

و يبين بدقة عقد العمل، و في جميع الحالات ،مدة علاقة العمل و أسباب المدة المقررة"[1]

فعقد العمل المحدد المدة يجب إن لا يخرج عن إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة 12 ، وطبقا للمبادئ العامة يمكن إنهاء عقد العمل المحدد المدة بانتهاء المدة المتفق عليها ،كما يمكن إنهاء العقد قبل اجله و ذلك باتفاق الطرفين ، و بهذا فان تسريح العامل بدون ارتكاب خطا منه و قبل انتهاء المدة المحددة بالعقد يعد تعسفا من صاحب العمل.

[1] محمد الصغير بعلى: تشريع العمل في الجزائر ،المرجع السابق ،ص 55-56.

-ثانيا – أحكام التعسف الناتجة عن التسريح التعسفي :

أن تكييف الخطأ الجسيم و تنفيذ قرار التسريح يخضع لبعض الإجراءات التي يلزم صاحب العمل بإتباعها مثل الأخذ بظروف و ملابسات ارتكاب الخطأ والاطلاع على سيرة العامل في العمل و التأكد من نيته في ارتكاب الفعل واتخاذ قرار التسريح من لجنة التأديب بعد التأكد من ثبوت الخطأ الجسيم وفقا لإجراءات التي يتضمنها النظام الداخلي في مجال التأديب، و طبيعي فان تقرير هده الإجراءات يهدف إلى توفير اكبر قدر ممكن من الحماية للعامل و عدم التعسف في تطبيق العقوبات التأديبية[1]

وقد نصت المادة 74–4 بفقرتها الثانية من القانون 11/90 المعدل و المتمم بالامر21/96 على انه "اذا حدث تسريح العامل خرقا للأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا، تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا و نهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بالامتيازات المكتسبة ،او في حالة رفض احد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة أشهر من العمل دون الإخلال بالتعويضات المحتملة و يكون الحكم الصادر في هذا المجال قابلا للطعن بالنقض"

المطلب الثاني: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على حق الملكية .

يعرف المشرع الجزائري الملكية بنص المادة 674 ق.م.ج الملكية هي "حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة" ،فالمشرع منح المالك مجموعة من السلطات إلا أن هذه الأخيرة مقيدة بعدم الإضرار بالغير و هم الجيران، فنص بذلك بالقسم الثالث المتعلق بالحقوق العينية و تحت عنوان القيود التي تلحق بحق الملكية و ذلك من خلال نص المادة 691 ق.م.ج "يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ،غير انه يجوز أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغرض الذي خصصت له".

[1] بشير هدفي : المرجع السابق ، ص122

ويعرف الجوار على انه "تلاصق عقارين أو أكثر كما أن المضار الناتجة على الجوار يجب أن تكون إضرارا تتجاوز الحد المألوف حيث لا يمكن تجنبه بين الجيران فمسؤولية المالك تكون عن الضرر الفاحش لذي يصيب الجار "[1] فالمشرع فرض مجموعة من القيود على المالك و هذا تجنبا لوقوع الضرر نتيجة لتعسفه ،و سوف نتناول هذه القيود كالتالي :

الفرع الأول :التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه .

إن القيود الواردة على حق الملكية و المتعلقة بالمياه نص عليها المشرع بالمادة 692 ق.م.ج " الأرض لمن يخدمها و تعتبر جميع موارد المياه ملكا لجماعة الوطنية.

تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة بالنصوص الخاصة بالثورة الزراعية و النصوص المتعلقة بالبحث و التوزيع و استعمال و استغلال المياه" فالتعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه يكون كالتالي :

-أولا – حق الشرب و السقي:

يعرف حق الشرب على انه "حق الشخص في أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر "[2] فهو حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم للري من المسقاة التي تخص صاحبها بعد أن يكون مالك المسقاة قد استوفى حاجته منها [3]

فمن شروط الحصول على حق الشرب أن يكون للمالك مسقاة خاصة استوفى حاجته منها و له جار هو أيضا في حاجة إلى ري أرضه ، فعندئذ يجوز للجار أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة في هذه المسقاة ،فإعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة فمالك المسقاة مصلحته أن يحتفظ بحق ملكيته كاملا دون شريك له في مسقاته حتى لو فاضت فيها مياه يرى أن يستأثر بها و لا يعطيها لجاره [4].

[1] عواطف زرارة :التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري ،دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2006 ،ص73-74

[2] عبد المنعم فرج الصدة :المرجع السابق ،ص 72

[3] عواطف زرارة : المرجع السابق ،ص 103-104

[4] عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،حق الملكية ،الجزء الثامن ،المرجع السابق 639-640

فمظاهر التعسف تتجلى كون أن هذه المصلحة ضعيفة تنطوي على أنانية لا مبرر لها ، فبهذه الحالة يكون هناك ضرر للملاك المجاورين بالمقارنة مع المصلحة المالك الضئيلة ، فإذا قام مالك المسقاة مع انه استوفى حاجته من المياه بمنع جاره من استغلال مسقاته الخاصة يكون متعسفا في استعمال حقه بالرغم من حقه في احتفاظه بحق ملكيته كاملا.

-ثانيا- حق المجرى و المسيل (الصرف):

-1-حق المجرى: هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مـورد المياه[1] ، و قـد نصت المادة 40 من القانون 83-17 المؤرخ بتاريخ 16 يوليو و المتضمن قانون المياه على انه " يستفيد كل شخص طبيعي أو كل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يكون حائزا لامتياز من حق مرور المياه مهما كانت طبيعتها عبر قناة باطنية في العقارات الوسيطة. و يتم هذا المرور في الظروف الأكثر عقلانية و الأقل أضرار شريطة دفع تعويض مناسب " فوفقا لنص المادة يستفيد جار المالك الأرض من حق مرور المياه عبر ارض المالك بواسطة قنوات باطنية توضع تحت الأرض لمالك ،إلا أن التعسف يظهر من خلال منع مالك الأرض جاره من وضع قنوات للانتفاع بالمياه خاصة إذا لم يكن لهذا الأخير مورد أو مورده غير كافي لري أرضه فيعتبر في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة ضئيلة مقابل ضرر كبير يصيب الجار من خلال هذا المنع.

-2- حق المسيل (الصرف): إن القاعدة العامة في حق المصرف هي انه يجب على مالك الأرض أن يسمح بان تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في اقرب مصرف عمومي بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا[2].

ففي هذه الحالة يعتبر مالك الأرض متعسفا في استعمال حقه إذا قام بمنع الجار لصرف مياهه الزائدة من استعمال مصرفه لتصب المياه في اقرب مصفى عمومي ، فبالرغم من أن المالك يتمتع بالسلطات التي يخولها له حق الملكية باستغلال مصرفه لمصلحته فقط إلا أن هذا يترتب عليه ضرر يصيب الغير (الجار) من وراء هذا المنع الذي يشكل تعسفا .

[1] نفس المرجع ،ص 650

[2] نفس المرجع ،ص 650-651

في الحقوق المتعلقة بالمياه (حق الشرب و السقي –حق المجرى و الصرف) يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضرار فاحش و لهذا قد أورد المشرع قيودا لحماية الجار من المضار الغير مألوفة إلا انه بالمقابل اقر تعويض لملك عن استعمال هذه الحقوق .

الفرع الثاني :التعسف في استعمال حق المرور.

تنص المادة 693 ق.م.ج" يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر و لكنه غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك " فالمشرع بهذه المادة يكون قد اقر حق المرور والذي يكون نتيجة حالتين من الحصر :

الأرض المحصورة و التي لا يصلها أي ممر بالطريق العام أو الأرض التي يكون لها ممر إلى الطريق العام لكنه غير كاف ،فالمشرع اقر حق المرور فبإقراره لمالك الأرض المحصورة حق المرور للوصول إلى الطريق العام هو حماية له من الضرر الذي قد يلحق به من المنع الذي قد يتعرض له و الذي يعتبر فعلا تعسفيا فعلى المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري العمل بها و أن لا يتعسف إلى حد يضر بملك الجار فتعسف المالك بمنع صاحب الأرض المحصورة من المرور إلى الطريق العام يعد تعسفا ويرتب علية مسالة الملك .

الفرع الثالث: التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار.

لتجنب النزاعات الناتجة عن تلاصق بالجوار فرض المشرع قيود على الملكية و هي تختلف باختلاف التلاصق و تتمثل في:

-أولا – القيود الخاصة بالحائط الفاصل ملكيتين متلاصقتين:

نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكيتين من المادة 704 ق.م.ج إلى المادة 707 ق.م,ج و ميز المشرع بين:

1- الحالة الأولى : الحائط الفاصل المملوك لأحد الجيران:

إن المشرع أورد قيد على مالك الحائط الفاصل بينه و بين الجيران بالفقرة الثانية من المادة 708ق.م,ج بنصها على انه " غير انه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" فمن خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع نص على قيد صريح فالمالك الذي يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته، و لكن إذا كان الهدم دون عذر قوي ،أي لا يحقق إلا مصلحة محدودة الأهمية فان مصلحة الجار الذي يستتر بالحائط في بقائه مستترا به ترجح رجحانا كبيرا على مصلحة المالك في هدم الحائط[1] ففي هذه الحالة يعتبر المالك متعسف في استعمال حقه ،و ترتب عنه مسؤولية المالك عن الاستعمال التعسفي لحق الملكية فالمشرع قيد هذا الاستعمال على أساس تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

2- الحالة الثانية : الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران:

فوفقا للمشرع الجزائري فان الاشتراك في الملكية يترتب عليه قيود أيضا حيث نص المشرع بالمادة 704 ق.م.ج على انه "لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي اعد له و أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته" فمن خلا النص نستنتج أن استعمال الشريك للحائط يجب أن لا يتعارض مع الغرض الذي خصص له ،و أن لا يحول دون استعمال الشريك الآخر و أن لا يكون من شانه تحميل الحائط فوق طاقته ،فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان متعسفا في استعمال حقه[2] و نفس الأمر ينطبق في تعلية الحائط فقد قيده المشرع بالمادة 705ق.م.ج و التي تنص على انه" للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المستر كان يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضرر بليغا" فمن مظاهر التعسف هو تعلية الحائط بقصد حجب النور فالدافع في هذه الحالة هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك ،فاستعمال حق الملكية على هذا النحو يستوجب المسؤولية[3].

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،حق الملكية ،الجزء الثامن ،المرجع السابق ،ص620

[2] عواطفزرارة :المرجع السابق ،ص142-143

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،حق الملكية ،الجزء الثامن ،المرجع السابق ،ص619

-ثانيا-القيود الخاصة بالمطلات و المناور:

نظم المشرع هذه القيود من المادة 709 ق.م.ج إلى المادة711ق.م.ج فعند إقامة بناء يقتضي الأمر نقب فتحات في حيطانه ينفذ منها الضوء و الهواء داخل البناء و يمكن منها الإطلال إلى الخارج فإذا أعدت الفتحة لهذه الأغراض معا -الضوء و الهواء و النظر سميت مطلا[1].

فالمطلات هي الفتحات التي يمكن النظر إلى الخارج كالنوافذ و الشرفات، و قد قيد المشرع من حرية فتح المطل و حدود ملك الجار فوفقا لنص المادة 1/709 ق.م.ج نص المشرع على انه "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من النتوء " فهذه الحالة متعلقة بالمطل المواجه أما المطل المنحرف فقد قيد المشرع المسافة بستين سنتيمترا و هذا وفقا لنص المادة 710 ق.م.ج.

أما المناور فقد نص المشرع بالمادة 711ق.م.ج على انه" لا تشترك أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من ارض الغرفة التي يراد إنارتها و لا يقصد بها إلا مرور الهواء و نفاذ النور دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور " فالمنطق يقضي بان للمالك الحرية في فتح مطلات و مناور في ملكيته فإذا كان المطل غير مستوفيا لقيد المسافة كان لصاحب العقار المجاور أن يطلب سده[2] و نفس الحكم ينطبق على المناور.

فالمشرع قيد هذه الحرية باحترام المسافات المحددة ضمن نصوصه القانونية، فإذا لم يحترم المالك المسافة المنصوص عليها قانونا يكون متعسف في استعمال حقه.

ان نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقها على مختلف مجالات القانون كان الغاية منها هو مراقبة استعمال الحقوق، فانحراف صاحب الحق عن الغاية التي شرع لأجلها يشكل تعسفا هذا الأخير الذي يكون دائما مرفقا بجزاء .

[1] نفس المرجع ،ص691

[2] نفس المرجع ،ص699

المطلب الثالث: جزاء التعسف في استعمال الحق

إن لنظرية التعسف في استعمال الحق لها جزاءين الأول وقائي و الثاني علاجي و سنتناول في هذا المطلب الجزائين كالتالي :

الفرع الأول: الجزاء الوقائي

فالمقصود من الجزاء الوقائي: هو جزاء منع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق و يحول دون وقوع الضرر أصلا [1].

فقواعد النظرية تعطي للسلطة القائمة على تطبيقها، سواء كانت جهة قضائية أو إدارية سلطة تلقائية بمنع وقوع العمل المتضمن تعسفا في استعمال الحق و هو ما يعد دورا أصيلا لنظرية التعسف في استعمال الحق تمييزا لها عن غيرها من النظريات[2] .

وقد تباين الفقه في الأخذ بفكرة الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق ،إذ رفض الفقه التقليدي الوظيفة الوقائية للسلطة القضائية باعتبارها من أعمال السلطة التنفيذية و ليس من أعمال السلطة القضائية و على عكس من الرأي السابق قد اقر الفقه الحديث الوظيفة الوقائية للسلطة القضائية استنادا إلى انه في حالة الضرر المحتمل ، توجد حاجة للوقاية من وقوع الضرر المتوقع[3]و مثال ذلك تدخل القاضي و حكمه بعدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة من استعمال الحق .

ومن مثال الجزاء الوقائي الذي يمنع وقوع فعل التعسف ما نص عليه المشرع الجزائري بالمادة 788ق.م.جبنصها على انه" إذا كان مالك الأرض و هو يقيم عليها بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

[1] حسن كيرة :المرجع السابق،ص792

[1] نواف حازم ،السيد علي عبيد :المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية ،مجلة الرافدين للحقوق ،المجلد 12،العدد 44،بغداد 2010،ص 128

[3]نفس المرجع ،ص130

الفرع الثاني: الجزاء العلاجي

يتمثل الجزاء العلاجي للتعسف في استعمال الحق في رفع الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض بسبب السلوك التعسفي لصاحب الحق و للحكم بالتعويض عن الضرر يجب أن يثبت تعسف صاحب الحق.

والتعويض قد يكون بمبلغ مالي ،إلا انه يجوز الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل و يكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق و لتجنب الضرر اللاحق ،و مثال ذلك الحكم بهدم مدخنة التي أقامها المالك للإضرار بجاره و تعويضه عما لحقه من خسارة و يمكن للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط أو الاكتفاء بالتعويض النقدي وفقا لحالة التعسف [1].

وباعتبار أن المشرع الجزائري أقام التعسف في استعمال الحق على أساس الخطأ و هذا وفقا لنص المادة 124 مكرر ق.م.ج فان التعويض يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية ووفقا لنص المادة124 ق/.م.ج و تبقى السلطة التقديرية في تقدير و تحديد التعويض لدى القاضي الموضوع .

ونخلص مما سبق بيانه إن المشرع الجزائري قد حسم أساس لنظرية التعسف في استعمال الحق نظرا للجدل الفقهي القائم ،حيث أسس التعسف في استعمال الحق على أساس الخطأ التقصيري الموجب للمسالة المدنية ،كما أن المشرع الجزائري بسط النظرية على جميع نواحي القانون و قد تطرقنا في هذا المبحث إلى أهم تطبيقاتها في التشريع الجزائري ،و الاستعمال التعسفي للحق يترتب علية جزاءين الأول وقائي بمنع وقوع الفعل التعسفي و ما ينتج عنه من ضرر و الثاني علاجي بجبر الضرر بعد وقوعه .

[1] محمد صبري السعدي :المرجع السابق ،ص72-73

الــخـاتـمــة

إن فكرة إطلاقية الحقوق التي كانت سائدة سابقا لم تبق، حيث عملت التشريعات على الحد من هذه الفكرة وذلك من خلال اضفاء الصبغة او القيمة الاجتماعية للحقوق، وقد كانت الشريعة الاسلامية السباقة في ذلك من خلال خلق التوازن بين المصالح الفردية والمصالح الجماعية، وكانت نظرية التعسف في استعمال الحق الوسيلة لتحقيق هذا التوازن فاذا ما حاد صاحب الحق عن غاية التي شرع لها الحق عد متعسفا في هذا الاستعمال.

و بعد دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري توصلت إلى النتائج و التوصيات التالية :

أولا /النتائج :

-1- إن نظرية التعسف في استعمال الحق ليست حديثة بل هي فكرة قديمة ظهرت في التشريعات القديمة كالقانون الروماني و الشريعة الاسلامية والتي كانت السباقة في الاخذ بهذه النظرية ذلك لأنها تقيم احكامها على اساس جلب المصالح و درء المفاسد .

-2- إن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوضعية سواء الغربية او العربية قد تبنى نظرية التعسف في استعمال الحق و كان مصدره في ذلك الشريعة الاسلامية فقد نص عليها بالمادة 124 مكرر ق.م.ج .

-3- بعد تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني الغى نص المادة 41 ق.م.ج المتعلقة بالتعسف و نص عليه بالمادة 124 مكرر من ق.م.ج و هذا نتيجة للانتقادات التي وجهت له بخصوص موقع النص.

-4- وفقا لنص المادة 124 مكرر من ق.م.ج يشكل استعمال الحق تعسفا اذا كان القصد منه الاضرار بالغير او الضرر الحاصل اشد من الفائدة او يكون لتحقيق فائدة غير مشروعة فالمعايير الواردة في نص المادة مذكورة على سبيل المثال و ليس الحصر .

-5- يعتبر معيارالضرر فاحش معيارا رابعا من معايير التعسف حيث لم يدرجه بالمادة 124 مكرر ق.م.جالا انه أورد له تطبيقا بالمادة 691 ق.م.ج.

-6- أقام المشرع الجزائري المسؤولية على التعسف في استعمال الحق على أساس الخطأ التقصيريو المتمثل في الانحراف عن غاية الحق و هذا مانصت عليه بالمادة 124 مكرر ق.م.ج فالنظرية تخضع لقواعد المسؤولية المدنية وهذا من خلال ادراج المشرع نص المادة بالفصل الثالث تحت عنوان الفعل المستحق للتعويضفاعتبر التعسف في استعمال الحق ليس الا تطبيقا من تطبيقات الفعل الغير مشروع و المولد للمسؤولية التقصيرية فهو خالف التشريعات العربية التي نصت عليها ضمن الباب التمهيدي كالمشرع المصري .

-7- بسط المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في مختلف مجالات و موضوعات القانون فأورد لها تطبيقات مختلفة .

-8- يخضع إثبات التعسف في استعمال الحق لحكم القواعد العامة و يقع عبئ الاثبات على المدعي وفقا لقاعدة البينة على من ادعى ،و اثبات معايير التعسف يكون بكافة طرق الاثبات لأنه ينطوي على وقائع مادية .

-9- إن لنظرية التعسف في استعمال الحق دورين الاول وقائي و الثاني علاجي ،فالدور الوقائي يمنع من وقوع السلوك التعسفي الذي يترتب عليه ضرر ،اما الدور العلاجي يتمثل في اصلاح الضرر الناتج على الانحراف عن غاية الحق من خلال التعويض و الذي قد يكون مالي او عيني او الاثنين معا و تبقى السلطة التقديرية لقاضي المضوع في تقدير الضرر و طريقة جبره .

ثانيا/الاقتراحات :

-**1**- على المشرع الجزائري النص على المبدأ العام في استعمال الحق و المتمثل في ان من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر فالأصل يرد عليه الاستثناء فكان عليه ان يحذو حذو المشرع المصري.

-2- على المشرع تحديد موقفة من الجدل الفقهي القائم بخصوص نطاق تطبيق النظرية هل تسري على الحقوق فقط دون الرخص أو على الاثنين معا.

-3- على المشرع أن يستعمل مصطلح "مصلحة" بدل "فائدة" لأنه أكثر دلالة.

قـــائـــمـــة الـــمـــراجـــع

I/ المراجع باللغة العربية

-1-المصادر

-المصحف الشريف-

-النصوص التشريعية

- ✓ القانون رقم 75-58المؤرخ في20 سبتمبر1975و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بـــ:

القانون رقم 05-10 المؤرخ في20 يونيو 2005 المعدل .

- ✓ القانون رقم 17-83 مؤرخ في 16 يوليو سنة 1983 و المتضمن قانون المياه.
- ✓ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984و المتضمن قانون الأسرة و المعدل بـــــ:

الأمر 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

- ✓ القانون رقم 11/90 الصادر بتاريخ 21 افريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم بموجب :

القانون رقم 29/91 المؤرخ في 1991/12/21.

الأمر رقم 21/96 المؤرخ في 1996/07/9.

-2- الكتب

-ا- الكتب الخاصة

1- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ،مؤسسة الرسالة لبنان ،1977

- ب- الكتب العامة

-1- ابن منظور : لسان العرب ،المجلد التاسع ،دار صادر للنشر ، الطبعة الرابعة، لبنان ، 2005

-2- العربي بلحاج :الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ،(الزواج-الطلاق) ،الجزء الاول ،الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004.

-3- بن شويخ الرشيد : شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،دار الحلزونية للنشر و التوزيع ،الجزائر 2008

-4- بشير هدفي :الوجيز في شرح القانون العمل ،علاقات العمل الفردية و الجماعية ،الطبعة الثانية ،دار الريحان للكتاب ،2003

-5- بن عزوز بن صابر :مبادئ عامة في شرح قانون العمل الجزائري ،دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2010

-6-حسن كيرة : المدخل الى القانون ،منشاة المعارف ،مصر ،1993

-7- رمضان أبو السعود : النظرية العامة للحق ،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر ،2005

-8- سمير عبد السيد تناغو : مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ،2009

-9- عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ،نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام، الجزء الاول ،المجلد الثاني دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، 1967.

-10- عبد الرزاق احمد السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية ،الجزء الثامن ،منشأة المعارف ،الاسكندرية مصر ،2004.

-11- عبد المنعم فرج الصدة : الحقوق العينية و الأصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر دون سنة النشر.

-12- عواطف زرارة :التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري ،دار هومة للنشر و التوزيع ،الجزائر 2006.

-13- عصام أنور سليم :نظرية الحق ،منشأة المعارف ،مصر ،2007.

-14- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2005

-15- محمد الصغير بعلي :المدخل للعلوم القانونية ،نظرية القانون، نظرية الحق ،دار العلوم للنشر و التوزيع عنابة ،الجزائر ،2006

-16- محمد الصغير بعلي : تشريع العمل في الجزائر ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة الجزائر، 2000

-17- محمد هشام البرهاني : سد الذرائع في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر، دمشق ،1995.

المقالات القانونية

-1- العربي بلحاج :مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ،العدد الرابع ،الجزائر 1992

-2- بوبكر مصطفى :الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق لـ20 يونيو 2005 ،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ،كلية الحقوق جامعة تيزي وزو ،العدد -01- سنة 2011

-3- نواف حازم ،السيد علي عبيد :المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية مجلة الرافدين للحقوق ،المجلد 12،العدد 44، بغداد،2010

II/المراجع باللغة الفرنسية

-1-François Terre, Phillippe Simler, Yves Lequette : Droit Civil « les obligation »,7eme édition Dalloz ,paris 1999

-2- Henri et Léon Mazeaud ,Jean Mazeaud ,François Chabas(sous direction de :François Chabas) :Théorie générale « les obligations » tome 2 ,9èmeédition Montchrestien Delta, Beyrouth Liban ,2000

-3-NoureEdineTerki : « les obligations. » Responsabilité Civile et Régime Général 8 èmeédition,OPU Alger 1982

-4- Philippe Le Tourneau, LoicCadiet : Droit de la responsabilité « responsabilité civile et pénaleresponsabilitédélictuelle et quasi délictuelle, défaillances contractuelles professionnelles et régimesspéciaux de l'indemnisation. » 3 èmeédition, Dalloz action, paris 1996

الـــفـــهـــرس

الاهداء :.....

كلمة شكر:.....

المقدمة..... 06

الفصل الاول: ماهية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق..... 08

المطلب الأول : تعريف التعسف..... 08

الفرع الاول :المقصود من التعسف في استعمال الحق..... 08

-أولا- المقصود من التعسف لغة..... 08

-ثانيا -المقصود من التعسف اصطلاحا..... 09

الفرع الثاني نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة 12

-أولا- نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني..... 12

-ثانيا- نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية..... 13

الفرع الثالث: تمييز التعسف في استعمال الحق..... 16

-أولا- تميز التعسف عن الخطأ..... 16

-ثانيا - تمييز التعسف في استعمال الحق عن التجاوز..... 16

المطلب الثاني خصائص و نطاق التعسف في استعمال الحق 17

الفرع الاول: مميزات التعسف في استعمال الحق..... 17

الفرع الثاني: نطاق سريان التعسف في استعمال الحق..... 19

-أولا- سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق دون الرخص..... 20

-ثانيا - سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق و الرخص معا..... 21

المبحث الثاني:معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري..... 22

المطلب الأول : المعيار الشخصي..... 23

الفرع الاول :قصد الاضرار بالغير..... 23

الفرع الثاني : اثباته..... 24
المطلب الثاني : المعيار الموضوعي 25
الفرع الاول : عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و الضرر..... 26
الفرع الثاني:عدم مشروعية المصلحة..... 27
الفرع الثالث : الضرر الفاحش..... 29

الفصل الـــثانـي: اساس نظرية التعسف في استعمال الحق وبعض تطبيقاتها في التشريع الجزائري

المبحث الأول: الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق..... 31
المطلب الأول: الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق..... 31
الفرع الاول : التعسف قائم على أساس الخطأ.....,,..... 31
أولا- الاتجاه القائل بان التعسف في استعمال الحق هو خروجا عن الحق..... 32
ثانيا-الإتجاه القائل بان التعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التقصيري..... 32
ثالثا- الاتجاه القائل بان التعسف نوعا متميزا عن الخطأ..... 34
الفرع الثاني : التعسف نظرية مستقلة عن الخطأ..... 35
أولا- الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية..... 35
ثانيا- الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاتها..... 35
المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري..... 36
الفرع الاول : أساس التعسف في استعمال الحق قبل التعديل..... 36
الفرع الثاني: أساس التعسف في استعمال الحق بعد التعديل..... 38
المبحث الثاني: بعض تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري..... 40
المطلب الأول: تطبيقات النظرية على الاحوال الشخصية و علاقات العمل.....,..... 40

الفرع الاول : تطبيقات النظرية على الأحوال الشخصية..... 40
أولا- العدول عن الخطبة..... 40
ثانيا-الطلاق التعسفي..... 41
الفرع الثاني : تطبيقات النظرية على علاقات العمل..... 42
أولا- الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفا..... 43
ثانيا- أحكام التعسف الناتجة عن التسريح التعسفي..... 46
المطلب الثاني : تطبيقات النظرية على حق الملكية..... 46
الفرع الاول : التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه..... 47
أولا- حق الشرب و السقي..... 47
-ثانيا- حق المجرى و المسيل (الصرف)..... 48
الفرع الثاني : التعسف في استعمال حق المرور 49
الفرع الثالث : التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار..... 49
أولا- القيود الخاصة بالحائط الفاصل ملكيتين متلاصقتين..... 49
ثانيا- القيود الخاصة بالمطلات و المناور..... 51
المطلب الثالث: جزاء التعسف في استعمال الحق..... 52
الفرع الأول: الجزاء الوقائي..... 52
الفرع الثاني: الجزاء العلاجي..... 53
الخاتمة :..... 54
قائمة المراجع: 57
الفهرس :..... 60
الملخص: 63

ملخص

ملخص :

إن نظرية التعسف في استعمال الحق تعمل على منع و المعاقبة كل استعمال التعسفي للحق فهذه الاخيرة لها اهمية كبيرة لأنها غيرت من نظرة الحق من حق مطلق إلى حق ذو قيمة اجتماعية (الغاية الاجتماعية للحق)

فنظرية التعسف في استعمال الحق قد قيدت استعمال الحقوق بما يضمن مصلحة الفرد والمجتمع.

قد تبنى المشرع الجزائري النظرية من خلال نصه عليها بالمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري من خلال ذكره للمعاير و التي على اساسها يعتبر استعمال الحق تعسفي .

Résume :

La théorie de l'abus de droit est une notion juridique qui permit d'interdire et sanctionner tout usage abusif de droit, cette dernière est très importante car elle change la vision juridique vis-à-vis de droit absolu –aucun droit est absolu- qui devenu un droit caractérisé par la valeur sociale (à une fin sociale).

La théorie de l'abus de droit restreinte l'usage de droit afin de garantir l'intérêt de l'individu et de la société.

Le législateur algérien adopté cette théorie et établit l'article 124 bis CCA qui est souligné les critères où l'usage de droit constitue un abus.