ان ممارسة الحقوق واستعمالها شيء مكفول دستوريا إلا ان الشيء المنطقي في ذلك هو تحديد مجال وحدود لهذا الاستعمال، فنطاق استعمال الحق تحدد حتى قبل وجود الحق في ذاته وذلك حتى نحمي حقوق البعض من سوء استعمال الآخرين أو تقصيرهم .

فقد شهدت الحياة البشرية على مر العصور صور كثيرة لسوء استعمال الحق ومن بين أهم هذه الصور ان يستعمل الشخص منا حقه ظنا منه وانه في حدود المألوف ، كما قد يمارس سلطة استعمال حقه بطريقة توافق طبيعة هذا الشيء وذاته غير أن هذا أو ذاك اذا كان في نظر صاحبه استعمالا طبيعيا للشيء انه في ذات الوقت قد يمثل خروجا عن جادة المألوف، وكل هذا وبعض النظر عن حسن النية من عدمها يكون في النطاق العادي للحق ودون الخروج عن حدوده وه ما اصطلح على تسميته بالتعسف في استعمال الحق والتي اضحت نظرية مستقلة كما سنرى لها اساسها القانوني ومجالات تطبيقها عديدة ومتميزة .

وبما ان الملكية هي اوسع الحقوق واشملها واهمها وهي مقصد كل فرد فأنها اكبر مجال خصب وحيوي لنظرية التعسف في استعمال الحق .

ومن خلال هذا الفصل سنعرج على نطاق كل منهما واسسه وموقعه في القانون الجزائري ومدى الارتباط بين كل من المفهومين في المبحث الاول وحظ هذه الفكرة من التأصيل الفقهي و النصوص القانونية في المبحث الثاني

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية.

ان حق الملكية يعبر عن سلطة معينة لشخص معين على شيء معين وهو اوسع الحقوق نطاقا واكثرها انتشارا وأهمية وهي الاكثر نصيبا من حيث المنازعات القضائية .

كما أن التعسف الذي يعد أحد أهم النظريات الفقهية والقانونية والذي يعبر عن الأضرار بالغير نتيجة الاستعمال العادي للحق ودون الخروج عن حدوده هو أحد أهم المجالات التي تبرز فيها أهمية استعمال حق الملكية .

وعليه نلاحظ جليا العلاقة القائمة بين كل من الملكية باعتبارها نظاما قانونيا بالغ الأهمية وبين التعسف الذي يعد أحد أهم النظريات في مجال القانون عموما والقانون الخاص خصوصا .

وعليه سنتعرض من خلال هذا المبحث الى تبيان مفهوم كل من الملكية والتعسف في استعمال الحق .

- ❖ المطلب الأول: مفهوم الملكية كنظام قانوني واجتماعي متميز.
  - ➢ الفرع الاول : تعريف حق الملكية .
  - ➢ الفرع الثاني : مضمون حق الملكية.
- ❖ المطلب الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق .
  - ➢ الفرع الاول : التطور التاريخي للتعسف في استعمال الحق.
  - ➢ الفرع الثاني : مدلول التعسف في استعمال الحق.

❖ **المطلب الأول: مفهوم الملكية كنظام قانوني واجتماعي مميز.**

ان الملكية من أوسع الحقوق على الاطلاق اذ يعتبر حقا متميزا على مر العصور والأزمنة وفي كل التشريعات اذ كفلتها دساتيرها وقوانينها الداخلية واعترفت بها الدولية ونادت بها و بالمحافظة عليها ، وعليه عملت كل الأنظمة القانونية على تكريس حماية قانونية بالدرجة الأولى لحق الملكية ثم حماية القضائية في حال حدوث نزاع ، وعليه كان لزاما التعرض لمثل هذا الموضوع واماطة اللبس عن عناصره وذلك بشيء من التحليل والتفصيل ، فحق الملكية هو حق تعرض له المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى في مدونة القانون المدني الى جانب الحقوق الأخرى، وكون حق الملكية هو حق عيني أصلي فهو يرتب لصاحبه سلطات استثنائية واستئثاريه واسعة لا بد من التعرض اليها، ونظرا لذلك فان له خصائص تميزه عن غيره كما له نطاق منفرد وهو ما سنحاول تبيانه من خلال هذا المطلب .

➢ **الفرع الأول: تعريف حق الملكية.**

ان حق الملكية [1] من أقدم الحقوق على الاطلاق مرت في تطورها التاريخي بعدة مراحل تاريخية لعل أبرزها تحول نظام الملكية من الملكية الجماعية و ملكية الأسرة الى الملكية الفردية أو الخاصة التي تبنتها كل التشريعات ونادت بها أغلب المذاهب السياسية والقانونية، وهو ما أسال حبر العديد من الفقهاء القانونيين وخرج بالمشرعين عن المألوف في عدم تناولهم للتعريفات .

---

[1] – الملكية من ملكه يملكه وملكة ومملكة احتواء قادرا على الاستبداد به والملك بصم الميم والعظمة والسلطان انظر : مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروزابادي : القاموس المحيط ، الطبعة الثامنة ، مؤسسة الرسالة ، د ب ن ، 2005 ، ص 954.

والملكية أيضا هي ملكه الشيء تمليكا ، جعله ملكا له ، يقال ملكه المال والملك فهو مملك ، وملك الشيء ملكا حازه وانفرد بالتصرف فيه انظر حسين علي محمد منازع : " الوقف والحفاظ على الملكية الخاصة من التفتت والضياع " ، المؤتمر الثالث للأوقاف ، المملكة العربية السعودية ، الجامعة الاسلامية، 2009 ، ص 7 .

✓ **أولا: التعريف الفقهي لحق الملكية:**

لقد تمايز الفقه كثيرا في إيراد تعريف جامع مانع لحق الملكية، وذلك كان نتيجة لتأثر هؤلاء الفقهاء بتيارات إيديولوجية وسياسية متباينة في فترات مختلفة، وهذا ما سنحاول تبيانه وصولا الى اعطاء تعريف قريب الى ما أورده المشرع الجزائري في القانون المدني .

1-**التيار الأول** : يعرف حق الملكية على أنها " حق الاستئثار بالشيء باستعمال واستغلال والتصرف فيه على وجه دائم كل ذلك في حدود القانون[1]"

يلاحظ على هذا التعريف اقتصاره على تبيان عناصر الملكية دون تبيان محل الحق.

2- **التيار الثاني** : يعرف الملكية على أنها " حق عيني كامل يخول للشخص سلطة مطلقة على الشيء المملوك تصرفا و استعمالا واستغلالا " [2] .

يلاحظ على هذا التعريف أنه جعل الحق في الملكية سلطة مطلقة وهذا لا يكون في أكثر النظر الرأسمالية تشددا فما بالك بالنظم الاشتراكية ، فاستعمال هذا الحق لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يكون على هذا الاطلاق .

3-**التيار الثالث** : يعرف الملكية على أنها " سلطة يقرها القانون لشخص ما على شيء عيني معين بالذات ، يجيز له حق استعماله والتصرف فيه " [3]

ويلاحظ على هذا التعريف تأثره بالوظيفة الاجتماعية التي تؤديها الملكية.

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – المجلد الثامن – حق الملكية ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، 1998 ، ص 492 .

[2] – عجة الجيلالي ، مدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثاني ، نظرية الحق ، دط برتي للنشر الجزائر 2009 ، ص366.

[3] – المرجع نفسه ، ص 367

وعليه يمكننا ان نورد التعريف التالي للملكية :" حق الملكية هو السلطة التي يعطيها القانون لشخص ما على شيء معين منقول او عقار تمكنه من التصرف في هذا الشيء واستعماله واستغلاله " .

✓ **ثانيا : تعريف الفقه الاسلامي .**

لقد بلغت الملكية مكانا مهما لدى فقهاء الشريعة الاسلامية، وذلك كونها نظاما يتعلق بالأموال وجب رعايته والاهتمام به لتحقيق المساواة بين الأفراد، حيث تجد لها العديد من التعريفات أهمها :

- " علاقة شرعية بين الانسان والأشياء تجعله مختصا فيه اختصاصا يمنع غيره عنه، بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليته للتصرف بكل الطرق السائغة له شرعا، وفي الحدود التي بينها الشرع فالملكية ليست شيئا انما هي حق من الحقوق " [1] .

ويظهر من خلال التعريف التالية أن التملك هو القدرة على التصرف بالعين أو المنفعة سواء بالاستفادة منها أو المعاوضة عنها .[2]

✓ **ثالثا : التعريف التشريعي :**

1 – تعريف حق الملكية:

نص المشرع الجزائري في المادة 674 من القانون المدني على أن " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن تستعمل استعمالا تحرمه القوانين الأنظمة "[3]

---

[1] – بدران ابو العينين بدران : تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود ، دط ، دار النهضة العربية بيروت لبنان ، د س ط ، ص 306 .

[2] – احمد بن عبد العزيز العميرة : نوازل العقار ، الطبعة الاولى ، دار الميمان للنشر والتوزيع ، الرياض السعودية ، 2011 ، ص 75.

[3] – المادة 674 من القانون رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ج ر عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 عدد المعدل والمتمم بموجب القانون 07–05 المؤرخ في 12 ماي 2007. .

ويمكن ملاحظة على التعريف ما يلي[1] :

*- اقتصاره على تبيان العناصر التي تشملها حق الملكية دون تبيان الصلة بين الحق وصاحب الحق والمتمثلة أساسا في السلطة أو المكنة القانونية.

*- شمولية هذا التعريف حيث عرف الملكية دون الحق في الملكية حيث شمل كل من العقار والمنقول.

*- النقل الحرفي لهذا النص من المشرع الفرنسي .

2- تعريف الملكية العقارية .

نص المشرع في المادة 27 من قانون التوجيه العقاري على أن " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو من أجل استعمال الملكية وفق طبيعتها أو غرضها " [2]

اذن فالملكية العقارية هي حق عيني وارد على عقار يخول لصاحبه حق التمتع والتصرف في ذلك العقار أو الحق العيني العقاري .

- **الفرع الثاني : مضمون حق الملكية.**

ان تبيان مفهوم الملكية كنظام اجتماعي متميز وبعد تراجع فكرة الملكية الفردية التي حلت محلها الوظيفة الاجتماعية المنشودة من الملكية يقتضي منا التعرض لمضمون هذا الحق وهذا لا يكون دون تبيان عناصرها وخصائصها ومن ثم نطاقها وهذا المضمون هو ما ادى بنا الى القول بكونها نظاما اجتماعيا متميزا .

[1] - عجة الجيلالي : المرجع السابق ، ص 365-366 .

[2] - المادة 27 من القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم .

✓ **اولا : عناصر حق الملكية .**

ان الملكية كأصل عام والعقارية بشكل خاص تقوم على عناصر تكونها في مجملها، وهي ما وردت في صريح نص المادة 674 من القانون المدني وهي حق الاستعمال والاستغلال والتصرف .

1 - حق التصرف .

للمالك الحق في التصرف فيه ولهذا التصرف مظهران مظهر مادي ومظهر قانوني

1- 1 - المظهر المادي:

يعني امكانية قيامه بكل الأعمال المادية التي تتفق مع حقه في الاستعمال ، ولو كانت ضارة بالنسبة له كحقه في هدم المباني وقطع الاشجار وتغيير مادة الصنع ، وهذه السلطة من حيث التصرف المادي هي أهم ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى [1] .

1 - 2- المظهر القانوني.

ويتمثل في ملكية الشيء أو تقرير حق عيني عليه سواء كان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، ويراعي أن سلطة التصرف ليست مقصورة على المالك انما تثبت لكل صاحب حق عيني على ان سلطة المالك تضل أوسع مدى مما لغيره من هؤلاء من حق قدرته على التصرف في المنفعة والرقبة معا .

اذن يمكن ملاحظة أن التصرف المادي ينصب على الشيء ذاته ، اما التصرف القانوني فيرد على الحق ذاته [2]، وعموما يجوز للمالك أن يتصرف في الشيء بجميع أنواع

---

[1] – توفيق حسن فرج : الحقوق العينية الاصلية ، دط ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان ،د س ن، ص 58.

[2] – محمد وحيد الدين سوار : حق اللملكية في ذاته في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة، عمان، 2010 ، ص 45.

التصرفات كنقل الملكية الى الغير بيعا أو هبة أو بنقل عنصر فقط من عناصر حق الملكية كحق الاستعمال أو عنصر التصرف [1].

2 - **حق الاستعمال .**

ويقصد به سلطة المالك في استخدام ملكه في ما يصلح له من أنواع الاستخدام فالمنزل يستعمل بسكناه والكتاب بقراءته، فالاستعمال لا يكون بالحصول على ثمار الشيء والحصول على تلك الثمار يدخلان في سلطة الاستغلال[2] .

3 - **حق الاستغلال .**

ان عنصر الاستغلال هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره فاستغلال الدار يكون بتأجيرها ، وقد يكون الاستغلال مباشر كقيام المالك بزراعة الأرض وجني ثمارها، أو غير مباشر كقيام الغير بزراعتها والحصول على الثمار لقاء أجر يدفع للمالك، والثمار هي ما ينتج عن الشيء دوريا من فوائد أو منافع تكون بمثابة الدخل أو الريع المنتظم الناتج عن توظيف الشيء و استثماره دون المساس بجوهر الشيء نفسه أو الانتقاص من مادته[3].

✓ **ثانيا : خصائص حق الملكية .**

تتميز الملكية بجملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الحقوق العينية الأخرى والتي تتمثل في[4] :

---

[1] – عجة الجيلالي : المرجع السابق ، ص 369.

[2] – رمضان ابو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، دط ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2004، ص33

[3] – حسن كيرة : الموجز في احكام القانون المدني ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف الاسكندرية مصر ، 1998 ، ص 76.

[4] – خصائص الملكية في كتب الفقه الاسلامي هي :

ملكية العين تستلزم ملكية المنفعة – الملكية تامة – ملكية العين لا تقبل التوقيت وملكية المنفعة تقبل التوقيت – ملكية الاعيان تقبل النقل ولا تقبل الاسقاط.

1 - **الملكية حق عيني .**

ومعنى ذلك أن الملكية تنصب مباشرة على شيء معين فالملكية تعطي صاحبها السيطرة الكاملة على الشيء وهذه السيطرة تتمثل في استعماله واستغلاله (الأنتفاع به) ، والتصرف فيه ، فهي بذلك أوسع الحقوق العينية نطاقا وبقية الحقوق أجزاء منها، والملكية باعتبارها حقا عينيا تكون حجة على الكافة ولا تقع الا على شيء مادي، ولصاحبها حق قانوني يخوله السيطرة على الشيء [1].

2 - **الملكية حق جامع .**

يعتبر حق الملكية حقا مطلقا من حيث مضمونه وما يخوله من سلطات، اذ هو يجمع بين يدي المالك كل السلطات المتصور ورودها على الشيء المملوك وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ولذلك يقال أن الملكية حق جامع أو شامل وهذه الخاصية هي التي تجعل حق الملكية الحق الأساسي الذي تتفرع منه باقي الحقوق العينية الأصلية ، فبقية الحقوق الأخرى تشكل اقتطاع من حق الملكية، وكون حق الملكية حق جامع لا ينفي أن ترد عليه قيود قانونية كالاستيلاء ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة أو قيود اتفاقية كشرط المنع من التصرف لمدة معينة [2] .

3 - **الملكية حق مانع .**

وحق الملكية حق مانع أي مانع لغير المالك من المشاركة في مزايا الشيء ، فالمالك يستأثر وحده بتلك المزايا، بمعنى أن قيام حق الملكية لشخص يمنع قيام حق الملكية لآخر على ما يرد عليه الحق الأول فلا يمكن أن تثبت كل السلطات على نفس الشيء لكل من الشخصين في نفس الوقت، اذ يقوم التعارض بينهما ولذلك تعتبر هذه

---

[1] - زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الاصلية علما وعملا ، الطبعة الثانية ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت لبنان ، د س ط ، ص 30 - 31 .

[2] - حسن كيرة : الموجز في احكام القانون المدني : المرجع السابق ، ص 64 .

الخاصية نتيجة منطقية للميزة السابقة للملكية وهي أنها حق جامع وبالتالي لا تعتبر خاصية ينفرد بها حق الملكية دون غيره من الحقوق الخاصة[1]

4 – **الملكية حق دائم .**

وهذا مفاده انه حق لا يسقط بعدم الاستعمال بالتقادم المسقط لكن يمكن كسبه بالتقادم الطويل المكسب اذا حازها الغيرهذه الملكية بنية التملك لمدة 15 سنة حيازة متصلة ومستمرة [2].

✓ **ثالثا : نطاق الملكية .**

ان نطاق الملكية يقصد به المدى الذي يمتد اليه الحق بالنسبة للشيء الذي يرد عليه، وهي أصل الشيء ذاته وما يتفرغ عنه وعمقه وعلوه .

1 – **أصل الشيء ذاته.**

يرد حق الملكية على أصل الشيء ذاته كما يمتد كذلك الى جميع العناصر المكونة له، وقد نصت المادة 675 ق م ج " مالك الشيء يملك كل ما يعد عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يتلف أو يفسد أو يتغير .

فحق الملكية ينصب أساسا على أصل الشيء المملوك، ويدخل في هذا الأصل كل ما يعد من عناصر الشيء الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، فمالك البناء يملك جميع الأجزاء المكونة له من أسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك ، ومالك السيارة يملك جميع أجزاءها وهكذا [3].

---

[1] – نبيل ابراهيم سعد : الحقوق العينية الاصلية ، د ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية مصر ، 2001 ، ص 23 .

[2] – عبد الوهاب عرفة : المطول في الملكية العقارية والعقود المدنية العقارية ، دط ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية مصر، 2004 ، ص 571 .

[3] – نبيل ابراهيم سعد : المرجع السابق ، طبعة 2001 ، ص 34 .

والشيء الذي ترد عليه الملكية يجب أن يكون معينا بالذات، كما يجب أن يكون موجودا اذ لا ترد الملكية على شيء مستقبل وسواء كان منقولا أو عقارا [1].

2 – **ما يتفرع عن الشيء .**

نصت المادة 676 ق م ج على أنه " لمالك الشيء الحق في ثماره ومنتجاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك "

يتضح من خلال ذلك أن حق الملكية يمتد ليشمل كل ما يعتبر من ثمار الشيء ومنتجاته وملحقاته التي أعدت بصفة دائمة لاستعماله حسب ما تقضي به طبيعة الاشياء[2] .

2 – 1 – ثمار الشيء : هي كل ما ينتج عن الشيء بصفة دورية دون المساس بجوهر الشيء أو الانتقاص منه وهي على ثلاثة أنواع :

أ – ثمار طبيعية.

ب – ثمار صناعية.

ج – ثمار مدنية.

2 – 2 – منتجات الشيء: هي ما يتولد عن الشيء بصفة غير دورية [3].

3 – ملكية الشيء من حيث العلو والعمق.

نص المشرع الجزائري في المادة 675 ق م ج على أنه " وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها الى الحد المقيد التمتع به علوا وعمقا ".

---

[1] – توفيق حسن فرج : الحقوق العينية الاصلية : المرجع السابق ، ص 93 .

[2] – زرارة عواطف : عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة ، رسالة ماجستير ، جامعة باتنة، 2008 ، ص 33 .

[3] – المرجع نفسه ، ص 34 .

ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد ربط بين ملكية سطح الارض وما فوقها من السماء التي تعلوها وكذا باطن الأرض المرتبط بالسطح كشيء طبيعي وبديهي لاتصال السطح بالباطن .

ولقد كان المشرع موفقا في تقييد هذا الحق اذ لا وجه للاعتراف بملكية المالك في نطاق لا يستفيد منه ، هذا إلا أن الأخذ بمبدأ امتداد الملكية الى علو وعمق غير محدودين لا يتفق مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية [1].

وليس للمالك أن يعترض على استعمال ملكه في ما يجاوز النطاق الذي يستفيد منه ، فليس له ان يمنع الطائرات من الطيران فوق أرضه اذا اضطرت مصلحة الهاتف الى ايصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو مؤسسة المياه الى ايصال أنابيبها تحت السطح بحيث لا تضر بصاحب الأرض فليس للمالك منع هذه الأعمال [2].

❖ **المطلب الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق.**

ان نظرية التعسف في استعمال الحق قبل أن تستقر في التشريعات الحديثة والتي من بينها المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من تعديل 2005 مرت بمراحل تاريخية متعاقبة هي التي طورت من هذه النظرية وأضافت لها العديد من المبادئ في كل مرة حتى وصلت الى ما نعرفه اليوم انطلاقا من القانون الروماني الذي يعتبر أب القوانين اللاتينية الى القانون الفرنسي القديم ثم الحديث لتتبناها بعد ذلك تشريعات العالم ولا ننسى بالذكر الفضل الكبير للفقه الاسلامي في بلورة أحكام ومبادئ هذه النظرية وما ارسته عليه من قواعد وأصول

وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض للتطور التاريخي لفكرة التعسف في مختلف الازمنة في الفرع الاول ومن ثم التعريف بالتعسف وتبيان مدى أهميته في التشريع

---

[1] – محمد وحيد الدين سوار : المرجع السابق ، ص 48 .

[2] – المرجع نفسه ، ص 49 .

الجزائري من خلال تبيان مدلوله وطبيعته القانونية وتمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة في الفرع الثاني .

➢ **الفرع الأول: التطور التاريخي للتعسف في استعمال الحق .**

ان التعسف كنظرية تبنتها أغلب القوانين ليست بالحديثة بل كانت معروفة منذ القدم وهذا ما يبرر الزخم الكبير والإقبال في مسألة تعريفها وهذا راجع لقدم وأصالة هذه النظرية وامتداد جذورها الى أقدم العصور.

و سنحاول من خلال هذا الفرع التعرض لتطور فكرة التعسف في استعمال الحق في التشريعات المختلفة بدأ بالتشريعات القديمة الى الحديثة ، وتبيان موقفها ذاكرين بعض الأمثلة من التشريعات الغربية والعربية .

✓ **اولا : التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة .**

نقصد بالتشريعات القديمة القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وسنحاول تبيان موقع نظرية التعسف في استعمال الحق في هاتين المرحلتين المهمتين.

1 – التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني .

مكن القانون الروماني صاحب الحق من ممارسته في حدود السلطات المقررة له ، فمن يستعمل حقه لا يكون معتديا ولا يضر أحدا ، هكذا كان موقف ulpien ولكنه قيده بالنطاق المشروع والابتعاد عن سوء النية والكيد والإضرار بالغير ، وقام استثناء حذو المبدأ مفاده أن الإفراط في الحق ينتهي الى الجور [1].

[1] – سامي الجربي : شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن ، الطبعة الاولى ، التشفير الفني، صفاقس تونس ، 2011 ، ص 159 .

اذن فقد عرف القانون الروماني القديم فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة، وهي صورة تعمد الإضرار بالغير ، وهذا لكون القانون الروماني في جميع مراحل تطوره كان يتقرب من مبادئ الأخلاق والعدالة [1].

أما حق الملكية فقد كان الأصل فيه الاطلاق ، اي للمالك ان يستعمل ما يملك كيفما شاء ، ولكنه قد نص ان من يترك عقاره المتخرب بحالة تهدد سلامة عقار الجار يعتبر ظالما[2] .

2 – التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم .

ان مفهوم التعسف الذي ظهر في القانون الروماني أصيب بنكسة واختفى في القرون الوسطى ولكن هذا الاختفاء كان مؤقتا فما لبث أن عاد ذلك المفهوم الى الظهور ثانية مع عودة القانون الروماني بإحياء دراسته في القرن السادس عشر[3] .

وذهب دوما فيما يبدوا الى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه اذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله وكان يرى أن من يباشر اجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها فتتحقق مسؤوليته [4] .

غير أن المذهب الفردي الذي ساد في القرن التاسع عشر والذي وضع في ظله القانون المدني الفرنسي كان يقول بإطلاق فكرة الحق، بحيث يصعب تصور فرض رقابة

---

[1] – العربي مجيدي : نظرية التعسف في استعمال الحق واثرها في احكام فقه الاسرة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 2002 ، ص 18 .

[2] – فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي : الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، 1988 . ص 298 .

[3] – ايهاب علي محمد عبد العزيز : نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط 2012 . ص 25

[4] – عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – المجلد الاول – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 1998 ، ص949 .

على مباشرته ، وبعد أن احتجبت هذه النظرية ردحا من الزمن كان الفضل للقضاء في إحياءها من جديد [1].

أما فيما يخص الملكية ففكرة تقييدها انتقلت الى القانون الفرنسي القديم من القانون الروماني بشكا أوسع اذ لم تعد تقتصر على قصد الإضرار بالغير، بل تعدته الى حالة انتفاء المصلحة [2] .

✓ **ثانيا : التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة.**

سنحاول من خلال هذا العنصر تبيان موقف بعض التشريعات الغربية والعربية من التعسف في استعمال الحق.

1 – التعسف في استعمال الحق في التشريعات الغربية .

1 – 1 – التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي

لم يعالج المشرع الفرنسي نظرية التعسف في نص عام وانما أدرجها في تطبيقات متفرقة وردت في أكثر من فرع من فروع القانون[3] وفي ظل انعدام النصوص القانونية في التعسف ، وفي ظل التيار الفردي الذي يرفض هذه النظرية[4] أستطاع القضاء مواجهة حالات التعسف في الواقع العملي بوسيلتين هما [5] :

---

[1] – سمير عبد السيد تناغو : مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية مصر ، 2009 ، ص 242 .

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

[3] – انظر في التطبيقات المختلفة لفكرة التعسف في القانون الفرنسي : محمد صبري الجندي : في المسؤولية التقصيرية – المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة ، عمان الاردن ، 2015 ، ص 227 .
– انظر كذلك ايهاب علي محمد عبد العزيز : الرسالة السابقة ، ص 47 – 49 .

[4] – Claude Didry, Pascal Ancel : L'abus de droit, une notion sans histoire ، , Publications de l'Universite de Saint-Etienne، 2001،p 53

[5] – رشيد شميشم : التعسف في استعمال الملكية العقارية ، دط ، دار الخلدونية الجزائر ، د س ط ، ص 40 .

- التوسيع من فكرة الخطأ ، وذلك ليشمل المسؤولية التقصيرية الخطأ بقصد الاضرار بالغير والذي يمثل المعيار الموضوعي.
- الاستناد الى قواعد العدالة والانصاف في اقامة مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة .

1 – 2– التعسف في استعمال الحق في القانون الالماني:

تنص المادة 226 من القانون الألماني على انه " لا يباح استعمال الحق اذا لم يكن له غرض سوى الإضرار بالغير ".

وظاهر أن هذا النص لا يتيح تطبيق نظرية التعسف إلا في أضيق الحدود وهو حالة استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار ، فلو صحب هذا القصد غرض آخر لصاحب الحق كان استعماله لحقه مباحا [1] .

2 – التعسف في استعمال الحق في التشريعات العربية :

2 – 1 – التعسف في استعمال الحق في القانون المصري .

لم يتضمن القانون المصري القديم نصا عاما حول نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك تأسيا بالتقنين الفرنسي حيث أدخل التعسف في نطاق المسؤولية التقصيرية باعتبارها صورة من صور الخطأ ، إلا ان التقنين الحالي عنى بها عناية كبيرة فوضعها في مقام بارز بين نصوصه، وهو الباب التمهيدي وجعلها نظرية عامة ولم يضعها في المسؤولية التقصيرية [2] .

---

[1] – فتحي الدريني : المرجع السابق ، ص 328 .

[2] – محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري – مصادر الالتزام – الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الهدى الجزائر ، 2004 ، ص 54 .

2 – 2 – في القانون الاردني.

ان الشخص طالما فعل ما هو جائز شرعا دون مخالفة وأن هذا الجواز يدفع عن الفاعل مسؤولية الضرر اللاحق بالآخرين، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من القانون المدني بقوله " الجواز الشرعي في الضمان ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" .

غير أنه كقاعدة عامة هذا الجواز غير مطلق فهو مقيد بعدم تعسف أو مغالاة الفاعل في استعمال هذا الحق المبرر له وهذا ما قضت به المادة 66 والتي حددت معايير أو حالات التعسف بقولها " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع :

- اذا توفر قصد الضرر.
- اذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .
- اذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر .
- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة [1] .

وعليه يمكن ملاحظة أنه إضافة الى المعايير الثلاثة الأولى المتعارف عليها في أغلب التشريعات العربية اضاف المشرع الأردني معيار رابع هو عدم مجاوزة العرف و العادة .

✓ **ثالثا : مبدأ التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية.**

كما سنرى لاحقا فالتعسف هو مناقضة قصد الشارع في أمر جائز شرعا ليس نظرية أو مبدأ أوجده الفقه الاسلامي من عدم بل له اصوله ودعائمه القوية من القرآن والسنة ومن الآثار والقواعد الفقهية التي تثبت رسوخه وتأصله.

---

[1] – امجد محمد منصور : النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة ، عمان الاردن ، 2007 ، ص 279 .

1 – الأدلة من القرآن الكريم .

يقول المولى عز وجل في محكم التنزيل بعد بسم الله الرحمان الرحيم:

- "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُواْ " [1]
- " لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ " [2]
- " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ " [3]
- " وَأَشْهِدُواْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ " [4]

(صدق الله العظيم)

وعليه يمكن ملاحظة ما يلي :

- أن كل الآيات الكريمة السابقة قد ذكرت كلمة الضرر أو الضرار أو المضرة .
- كل الآيات السابقة نهت عن مضرة الغير بدءا بالأقرب فالأقرب.

ومنه يمكننا القول بأن القرآن الكريم قد نهى عن المضرة بالغير والتي مقصدها التعسف في القانون الوضعي.

2 – الأدلة من السنة النبوية .

هناك العديد من الأحاديث النبوية الشريفة التي تضع حجر الأساس لمبدأ التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية نذكر منها:

2 – 1 – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار"

---

[1] – الآية 231 من سورة البقرة .

[2] – الآية 233 من سورة البقرة .

[3] – الآية 06 من سورة الطلاق .

[4] – الآية 282 من سورة البقرة .

على قول العلماء في تفسير هذا الحديث فأن المراد منه ليس الحاق الضرر بوجه حق إنما المراد منه إلحاق الضرر بغير وجه حق، وهو على نوعين أحدهما أن لا يكون في ذلك غرض سوى الإضرار بذلك الغير فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه، وبذلك يكون إضرار الغير منهي عنه فلا يصح لأحد إضرار غيره من خلال استعماله لحقه الذي أعطاه اياه الشارع بطريقة متعسفة [1] .

2 – 2 – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره"

هذا الحديث يجيز فيه الرسول صلى الله عليه وسلم الانتفاع بملك الجار، فقد يحتاج الجار الى حائط جاره ليضع السقف فيسند ويغرز خشبه في جدار جاره لأن ذلك أيسر له من أن يبني جدار لهذا الغرض [2]، ويشترط لإعمال هذا الحديث أن لا يكون في غرز الخشب إضرار بالجار لأنه إذا كان فيه مضرة له كان امتناعه مشروعا لا تعسف فيه [3].

2 – 3 – حديث سمرة بن جندب أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به الأنصاري وشق عليه ذلك وطلب أن يناقله فأبى فأتى الرجل النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له وطلب النبي صلى الله عليه وسلم من سمرة أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى فقال فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال له إنما أنت مضار وقال للأنصاري فاذهب فأقلع نخله ".

رأي النبي صلى الله عليه وسلم في تصرف سمرة إضرار بجاره وإساءة في استعمال حقه لذا تخير وسائل لإزالة هذا الضرر، وما كان امتناع سمرة إلا قرينة على

---

[1] – مروى خضر عياد : التعسف في استعمال حق الحضانة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة 2015 ، ص 23 .

[2] – رشيد شميشم : المرجع السابق ، ص 94 .

[3] – المرجع نفسه ، ص 95 .

قصده الإضرار فكان بذلك متعسفا في استعمال حقه مما جعل النبي عليه الصلاة والسلام يحكم بالجبر بإزالة الضرر بإزالة النخل [1].

فإذا كانت مصلحتان يضحى بالمصلحة الأقل أهمية أو الخاصة في سبيل المصلحة الاكثر أهمية أو العامة [2] .

3 – الاجماع والقواعد الفقهية .

3 – 1 – الإجماع .

اجتمعت الأمة على أن الإضرار بالغير ممنوع والتعسف فيه إضرار بالغير وبالتالي هو محرم ممنوع [3].

3 – 2 – القواعد الفقهية .

هناك العديد من القواعد الفقهية التي تدل بوضوح على مفهوم التعسف في استعمال الحق، سنبين بعضها مع بيان ارتباطها بالتعسف في استعمال الحق .

- الأمور بمقاصدها :

إن مقصود الشرع في جميع الأحوال حماية الأنفس والأموال من الإضرار بهما في كل نية أو تصرف يخرجان عن قصد الشارع تلحقهما شائبة التعسف والحيد عن أوامر الشارع [4].

---

[1] – عبير ربحي شاكر القدومي : التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، عمان الاردن ، 2007 ، ص 27 .

[2] – الصادق فريوي : التعسف في استعمال الحق ، رسالة ماجستير ، جامعة عنابة 1989.، ص 78 .

[3] – مروى خضر عياد : الرسالة السابقة ، ص 24 .

[4] – عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب : التعسف في استعمال الحق في مجال الاجراءات المدنية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة نايف، الرياض ، 2010 ، ص 76 .

- لا ضرر ولا ضرار:

ومعنى هذه القاعدة سبق التعرض إليه من الأدلة من الحديث وهي في إفرادها لها عدة معاني أبلغها أن الضرر إلحاق مفسدة بغيره ابتداءا، وأما الضرار فهو إلحاق الإنسان مفسدة بمن أضر به على سبيل المجازاة على وجه غير جائز وهذا محرم في شريعتنا[1] .

- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح :

ان المنافع والمفاسد مختلطة في الأفعال والمصالح المحصنة قليلة والأكثر منها ما اشتمل على المصالح والمفاسد[2] .

فإذا اجتمع في أمر من الأمور مفسدة ومصلحة، فإنه يجب تقديم الإثبات بالأمر على الوجه الذي يتأدى به دفع المفسدة ، وتجنب الإتيان به على الوجه الذي يتأدى به تحصيل المصلحة [3] .

➢ **الفرع الثاني : مدلول التعسف في استعمال الحق.**

بعد التعرض لموقع ومكانة التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة وكيف انه نظرية معترف بها بقي ان نتعرض لمدلوله ومعناه في الفقه القانوني مع اشارة الى معناه في الفقه الاسلامي .

---

[1]– مسلم بن محمد بن ماجد الدوسري : الممتع في القواعد الفقهية ، الطبعة الاولى ، دار زدني ، المملكة العربية السعودية، 2007 ، ص 213 .

[2] –عبير ربحي القدومي : المرجع السابق ، ص 33 .

[3] – مسلم بن محمد بن ماجد الدوسري : المرجع السابق ، ص 254 .

✓ **اولا : تعريف التعسف .**

1 – في الفقه الاسلامي .

اتفق الفقه الاسلامي بشأن هذه النظرية في كون الحق الفردي وهو منحة من الشارع الحكيم فيجب استعماله وفق الغاية التي شرع من أجلها ، فإذا استعمل وفق هذه الغاية وجبت حمايته وإذا خالف صاحب الحق هذه الغاية رفعت عنه الحماية وعد استعماله تعسفا، لذا يجب للوصول للمعنى الحقيقي للتعسف تحديد الغاية التي من أجلها شرع الحق وربط استعمال الحقوق بها [1] .

ويعرف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بأنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل" ، ومعنى ذلك أن يضار المكلف في تصرفه في استعمال الحق قصد الشارع في الغاية التي شرع الحق من أجلها وهي المصلحة المشروعة التي وضعها الشارع لعباده المكلفين من أجل تحصيلها [2].

كأن يتذرع بما ظاهره الجواز لتحليل ما حرم الله كهبة المال صوريا قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة ويشمل التصرف بهذا المعنى التصرف القولي والتصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات وكلا هاذين التصرفين (القولي والفعلي) يتخذان منحى إيجابيا أو سلبيا كبيع السلاح أيام الفتنة مثلا بالنسبة للتصرف الإيجابي ، أما بالنسبة للتصرف السلبي كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل الى الطريق العام عن هدمه، ويجب ان يكون هذا الفعل مأذون فيه شرعا، فالأفعال الغير مشروعة تعتبر اعتداءا لا تعسفا [3] .

---

[1] – رشيد شميشم : المرجع السابق ، ص 60 .

[2] – مجيد محمود سعيد ابو حجير : نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ، الطبعة الاولى، الاصدار الاول ، الدار العلمية ، عمان الاردن، 2002 ، ص 19 .

[3] – بلحورابي سعاد : نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير ، جامعة تيزي وزو 2014 ، ص 15 .

والمناقضة في استعمال المكلف لحقه تكون إما مقصودة أو غير مقصودة على حسب إرادة المكلف المتعسف في حقه [1] .

هذا ومن الفقهاء المعاصرين من أطلق لفظ "المضارة" على التعسف، على أننا نؤثر كلمة التعسف لدقتها في تأدية المعنى المراد، فالتعسف انحراف عن الجادة وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة الغير كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بالغير [2].

2 – في الفقه القانوني .

اهتمت جل التشريعات بنظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية المدنية التي ينتج عنها التعويض، وأفردت لها أحكاما خاصة بها نظرا لخصوصيتها، ولكنها أهملت تعريفها ونظرا لتشابه مفهوم هذه النظرية مع المفاهيم المقارنة لها كان لزاما على الفقه تعريفها بشكل يميزها عن غيرها [3] .

والتعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع، والفرق بينه وبين استعمال الإنسان لما ليس من حقه هو أن التعسف في استعمال الحق هو مزاولة الانسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة ، واما استعمال الانسان لما ليس من حقه فذلك يكون بمزاولته لما ليس من حقه من اول الامر [4].

والمراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده كحقه في التصرف في ماله بكل انواع التصرفات الفعلية والقولية والانتفاع به والاصل ان يكون الفعل مباحا اذا جاء

---

[1] – للمزيد انظر سعيد محمود ابو حجير : المرجع السابق ، ص 19 وما بعدها .

[2] – فتحي الدريني : المرجع السابق ، ص 46 .

[3] – هدى لطفي العقيدي : التعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2011 ، ص34 .

[4] – محمد رأفت عثمان : " التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية والقانون " مجلة الشريعة والقانون ، القاهرة ، العدد الاول ، د س ن ، ص 4 .

استعمالا لحق يقرره القانون لصاحبه ، ولا يمكن ان يقرر المشرع حقا ثم يعود ويمنع صاحبه من استعماله بحجة انه ادى الى الاضرار بالغير[1] .

لكن هذه الاباحة غير مطلقة فإذا كان صاحبه متعسفا في استعماله مما أدى الى تجاوز حدود الرخصة التي منحها القانون له في ممارسة حقه عد متعسفا في استعماله [2].
ولقد حاول الفقه جاهدا وضع تعريف شامل للتعسف في استعمال الحق حيث لدينا :

- التعريف الأول : " استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير ، بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة " [3].
- التعريف الثاني :" إذا قصد صاحب الحق الإضرار بالغير من أجل منفعة قليلة وغير مشروعة " [4].
- التعريف الثالث :" كل استعمال للحق بنية الإضرار بالغير ودون أن يكون لصاحب الحق مصلحة في ذلك "[5].

وعليه يمكن إعطاء التعريف التالي للتعسف في استعمال الحق " ممارسة الإنسان للحق المشروع الذي منح له بطريقة تلحق الضرر بغيره ، فالتعسف لا يكون إلا مع وجود الحق " [6] .

---

[1] – عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر : شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات ، الطبعة الاولى أ الاصدار الثاني ، دار الثقافة ، الاردن 2005 ، ص 390 .

[2] – المرجع نفسه ، ص 390 .

[3] – وما يؤخذ على هذا التعريف انه جاء واسعا في حين ان مثل هذه المفاهيم تحتاج الى تضييق ، انظر عجة الجيلالي : المرجع السابق ، ص 519 .

[4] – المرجع نفسه ، ص 519 .

[5] – بلحاج العربي : ابحاث ومذكرات في القانون و الفقه الاسلامي – الجزء الاول ، دط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1996 ، ص 17 .

[6] – منى مقلاتي : النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة باتنة 2009 ، ص 58 .

✓ **ثانيا : تمييز التعسف في استعمال الحق عن غيره من المصطلحات المشابهة.**

بعد استقرار نظرية التعسف في استعمال الحق كما سنرى في المبحث الثاني من هذا الفصل ، ومع ظهور أنظمة قانونية جديدة سواء في القانون العام أو الخاص وقع نوع من التداخل بينهما وبين التعسف في استعمال الحق، لذا كان لزاما علينا تبيان ذلك بالتمييز بين التعسف في استعمال الحق عموما والملكية خصوصا ، وبين العمل غير المشروع وبين المجاوزة في حدود الحق والانحراف في استعمال السلطة .

1 – تمييز التعسف في استعمال الحق عن العمل غير المشروع .

تقوم فكرة التعسف أساسا على قيام صاحب الحق باستعمال حقه في حدود يقرها القانون ، بينما مجاوزة الحق فنكون امام غياب الحق أصلا [1].

التعسف في استعمال الحق جائز إلا أنه معيب، أما تجاوز الحق فهو عمل غير مشروع في ذاته فهو اعتداء غير مبرر على حق الغير[2].

أن الذي يمارس حقه في إطاره الشرعي ولو كان متعسفا لا يكون ضامنا للغير[3] وذلك لأن الجواز منافي للضمان أما الاستعمال غير المشروع للحق إذا أضر بالغير فيكون صاحبه ضامنا له ويتخلى القانون عن حمايته لأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح [4].

---

[1] – غالب علي الداودي : المدخل الى علم القانون ، الطبعة السابعة ، دار وائل للنشر عمان، الاردن ، 2004 ، ص 303 .

[2] – سليمان محمد الطماوي : نظرية التعسف في استعمال السلطة ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة عين شمس، مصر ، 1978 ، ص 160 .

[3] – سنرى من خلال الفصل الثاني في تطبيقات التعسف في مجال الملكية ان من يكون متعسفا في استعمال حقه يكون ضامنا وهذا ما اقر به المشرع الجزائري في احكام القانون المدني مثلا انظر المادة 691 من القانون المدني الجزائري .

[4] – غالب علي الداودي : المرجع السابق ، ص 303 .

2 – تمييز التعسف غي استعمال الحق عن المجاوزة في حدود الحق.

للخطأ صورتان الأولى هي الخروج عن حدود الرخصة أو حدود الحق و الثانية هي التعسف في استعمال الحق [1] .

في البداية يمكن القول أن كلا من التعسف في استعمال الحق والمجاوزة في حدود الحق يتعلقان بشخص يملك حقا وينجم عنه عمل ضار يترتب عنه المساءلة [2] .

فإذا استعمل الشخص السلطات التي خولها له حقه يكون داخل حدود حقه إذا لم يخرج الالتزام باتخاذ الحيطة التي يفرضها واجب عدم الإضرار ، فإذا ما باشر الشخص حقا أو رخصة على نحو يتعدى حدودها فانه يكون مخطئا ومتعديا ومسؤولا عن تعويض ما أحدث من ضرر [3] .

استنادا لأحكام المسؤولية التقصيرية ويخضع ذلك للأحكام العامة للإثبات في المسؤولية المدنية ، أما في التعسف في استعمال الحق فيستند إلى المسؤولية العقدية أو التقصيرية وغالبا ما يكون اثباته صعبا خاصة في حالة الخطأ الضئيل [4] .

---

[1] – مالك جابر حميدي الخزاعي : " إساءة استعمال الحق خطأ تقصيري يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه " مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، العدد الثاني، المجلد السابع عشر، 2009 ، ص 295 .

[2] – ايهاب علي محمد عبد العزيز :المرجع السابق ، ص 79 .

[3] – فتحي عبد الرحيم عبد الله : النظرية العامة للالتزام – الكتاب الاول – مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر ، 2001 ، ص 409 .

[4] – ايهاب علي محمد عبد العزيز : المرجع السابق ، ص 79–80 .

3 – تمييز التعسف في استعمال الحق عن الانحراف بالسلطة .

يدق وجه الشبه بين كلا من النظامين خاصة وأن أساس الفكرتين فكرة التعسف وفكرة الانحراف واحد هو أن الشخص لم يراع السلوك المفروض عليه سواء في استعمال حقوقه أو في استعمال سلطة وظيفته [1].

فالانحراف بالسلطة في القانون العام يوازي إساءة استعمال الحق في القانون الخاص [2]، إلا أن الفرق بينهما واضح وجلي من حيث :

- من حيث الجزاء فالانحراف في استعمال السلطة من أسباب إلغاء القرار الإداري قبل أو بعد التنفيذ أما التعسف في استعمال الحق فلا يكون إلا في مجال التنفيذ [3] .
- لتحديد وجود الإنحراف من عدمه يجب الرجوع إلى معيار مادي أو موضوعي إما في التعسف فالمعيار الواجب الرجوع إليه على خلاف الفقه قد يكون موضوعي أو شخصي .

---

[1] – حسن علي الذنون : المبسوط في شرح القانون المدني – الخطأ ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، الاردن ، 2006 .، ص 455 .

[2] – احمد قطب عباس : اساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الاسلامي والانظمة المقارنة ، دط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية مصر ، 2006 ، ص 83 .

[3] – علي حسن الذنون : المرجع السابق ، ص 457 .

المبحث الثاني : ضوابط التعسف في استعمال الملكية .

ان الحق هو رخصة قانونية للشخص تمكنه من الاستئثار بشيء ما وممارسة سلطاته عليه ، وقد كفلت الشريعة الاسلامية والقانون هذه الحقوق الفردية ، وقد أقرت الشريعة نظرية الضمان والتعسف في استعمال الحق والتي تقابل الأولى في القانون نظرية المسؤولية ، وهذا كله لمراقبة الفرد خارج حدود حقه في نظرية الضمان أو المسؤولية ومراقبته داخل حدود حقه في نظرية التعسف في استعمال الحق ، حيث أن الشخص أثناء ممارسة حقه بشكل طبيعي قد يضر بغيره ، وعليه فقد وضع الفقه والقانون من بعده ضوابطا واسسا لفكرة التعسف في استعمال الحق اذ لا يجوز تعديها او مخالفتها وكل هذا من اجل حماية الافراد وحتى لا تكون نظرية التعسف قيدا عليهم فلا يجوز التوسع في نطاقها وعليه سنتعرض من خلال هذا المبحث الى مبدأ التعسف في استعمال الحق فنبين موقف الفقه منه بين مؤيد ومعارض ثم نتناول حدود تطبيق النظرية في المطلب الاول ثم نتعرض الى اساس الفكرة وتأصيلها القانوني وبيان موقف المشرع الجزائري منها في المطلب الثاني .

- المطلب الاول : مبدأ التعسف في استعمال الملكية
  - الفرع الاول : مبدأ التعسف في استعمال الملكية في الفقه القانوني.
  - الفرع الثاني : حدود التعسف في استعمال الملكية
- المطلب الثاني : اساس التعسف في استعمال الملكية
  - الفرع الاول : التأصيل القانوني لنظرية التعسف في استعمال الملكية في التشريع الجزائري
  - الفرع الثاني : معايير التعسف في استعمال الملكية

❖ **المطلب الأول : مبدأ التعسف في استعمال الملكية .**

وعلى غرار أغلب النظريات في القانون الخاص عموما والقانون المدني خصوصا فقد عرف التعسف في استعمال الحق سجالا كبيرا بين مد مناهض له وجزر مؤيد له وان كان الرأي الغالب هو تأييد هذه الفكرة فأنهم قد اختلفوا ايضا فيما بينهم من اجل وضع حدود لتطبيق هذه النظرية ، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال هذا المطلب كل في فرع مستقل .

➢ **الفرع الأول : مبدأ التعسف في استعمال الملكية في الفقه القانوني.**

لم يكن حظ التعسف في استعمال الحق لدى فقهاء القانون باقل درجة من الشرائع المختلفة فاليه يرجع الفضل في تأصيله وارساء احكامه فكان الخلاف في بداية الامر محتدما بين مناهض للفكرة ومؤيد لها قبل ان يزول الخلاف تدريجيا ليصبح التعسف في استعمال الحق مبدأ قانونيا معترف به فقها وقانونا وقضاءا وهذا ماسنبينه في هذا الفرع .

✓ **أولا : الرأي المناهض لفكرة التعسف في استعمال الحق .**

لم تسلم نظرية التعسف في استعمال الحق كغيرها من المبادئ القانونية من النقد والعداء.

1 - في الفقه الاسلامي .

ناهض الإمام الشافعي هذه النظرية قديما حيث ذهب الى أن الحقوق مطلقة لصاحبها وله أن يسلك في استعمالها أي طريق شاء ولو لم يكن له نفع في ذلك بل ولو ترتب على عمله ضرر للغير ، وأنه لا محل للرجوع الى النية والبحث عنها لأنه بحث عقيم اذ يستحيل معرفة الدوافع التي يخضع لها الانسان في تصرفاته واعماله [1].

إضافة الى المذب الظاهري الذي كان رافضا أيضا لفكرة التعسف في استعمال الحق مطلقا.

---

[1] – انور سلطان : مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، 2007 ، ص 324 .

غير أن الملحوظ هو أن الفقه الاسلامي قد أجمع على الأخذ بهذه النظرية وبنى لها أحكاما وأصل لها.

2 – في الفقه القانوني.

كان الفقيه الفرنسي المعروف "بودري لانتيزي" أول من انبرى لتفنيد نظرية التعسف ومع هذا فان الفقيه "بلانيول" عند زعيم هذا الفريق هو أظهر من ناصب العداء للفكرة المتقدمة [1] ، اضافة الى الفقيه "اسمان" كذلك وعليه سنحاول تبيان هاذين الفريقين في ما يلي:

2 – 1– رأي الفقيه "اسمان":

بنى الاستاذ "اسمان" رفضه لمبدأ التعسف على ثلاث نقاط رئيسية هي [2] :

- مخالفة نظرية التعسف للمنطق القانوني لغياب ركن الخطأ الذي تبنى عليه المسؤولية التقصيرية .

ورد عليه الأستاذ "جوسران" بأنه هذا مبالغ فيه اذ أن لكلمة الحق معنيين أحدهما الحق الشخصي والآخر موضوعي يعني القانون ولا عيب في الأخذ بأحد المعنيين.

- الخلط بين علم القانون والأخلاق من خلال إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني ، وذلك بالبحث في نية الأشخاص ، ورد عليه جوسران أيضا أن الحدود بين القانون والاخلاق لا وجود حقيقة اذ أن القانون ما هو الا واجهة للأخلاق.
- الاخذ بمبدأ التعسف يوسع من السلطة التقديرية للقاضي وهذا خرق للعدالة.

---

[1] – علي حسن الذنون : المرجع السابق ، ص 393 .

[2] – رشيد شميشم : المرجع السابق ، ص 44 – 45 .

ورد عليه الأستاذ "جوسران" بأن القانون أباح للقاضي في عديد من المواضع ليست بالقليلة للبحث في نية المتعاقدان كالتقادم المكسب القصير المبني على حسن النية والتدليس وغيرها [1]

2- 2 - رأي الفقيه "بلانيول" .

يرى الأستاذ "بلانيول" وهو من أكبر من عادى هذه النظرية وأن التعسف في استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ويقول في ذلك " ينشئ الحق عندما يبدأ التعسف ولا يمكن ان يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما لسبب غير قابل أن يدحض هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت واحد معا متفقا مع القانون ومخالف له [2].

ويرى الدكتور السنهوري على نقد "بلانيول" بأنه نقد شكلي اذ يكفي لرده أن هناك نوعين من الخروج عن الحق.

خروج صريح عن حدود الحق وخروج عن الحق بالتعسف في استعماله فالفرق اذن في التسمية لا في الحكم ، ومن هنا فإنه يصبح أن يكون العمل الواحد متفقا مع حدود الحق ويكون في الوقت نفسه مخالفا للقانون [3].

وهذا رأي صائب ذلك أن الخطأ عيب يشوب مسلك الإنسان ولا يأتيه عاقل متبصر ، وان يستعمل حقه وهو متعسف فيه يعتبر عبثا والعبث من صور الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية [4].

---

[1] – رشيد شميشم : المرجع السابق ، ص 46 .

[2] – عبد الرزاق السنهوري : المجلد الاول : المرجع السابق ، ص 698 .

[3] – بلحاج العربي :مذكرات وابحاث في القانون والفقه الاسلامي : المرجع السابق ، ص 21 .

[4] – بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام – الجزء الثاني ، دط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999 ، ص 117 .

الا أن هذا الرأي المناهض لمبدأ التعسف في استعمال الحق لم يكتب له النجاح والدوام فما لبث حتى تعرض أصحابها للانتقاد واضمحلت أفكارهم مع مرور الوقت ، وتحت الصدى الكبير الذي لاقته هذه النظرية من تأييد.

✓ **ثانيا: انصار فكرة التعسف في استعمال الحق.**

يعتبر الفقيه "جوسران" من بين أكبر الفقهاء الذين دافعوا وأيدوا نظرية التعسف في استعمال الحق وأشهرهم على الإطلاق من خلال مؤلفيه الشهيرين المتعلقين بهذه النظرية [1] ، فقد أسس "جوسران" مسؤولية صاحب الحق في حالة عدم تجاوزه الحدود الموضوعية لحقه في على التعسف ، وأيد أحكام المحاكم والتي لم تبين صراحة اصطلاح التعسف الا أنها كانت تحكم به [2].

ويذهب "جوسران" الى أن الحقوق جميعا يتحدد نطاقها ومداها بالهدف الذي من أجله أقر القانون هذه الحقوق واعترف بها ويسمي هذا الهدف "روح الحق"[3].

حيث يبني الأستاذ "جوسران" نظرية التعسف في استعمال الحقوق ويرجع كل تطبيقات القضاء الفرنسي الى الفكرة التي مؤداها نسبية الحق وعدم جواز اطلاقه ، وهذه الأخيرة تنطلق من فكرة واحدة وهي الوظيفة الاجتماعية للحق .

---

[1] – صدر المؤلف الاول سنة 1905 بعنوان " التعسف في استعمال الحق " حيث حوى جميع الحلول والاجتهادات التي توصلت اليها المحاكم ، والثاني صدر في 1927 بعنوان " روح الحقوق ونسبيتها " حيث تعرض فيه بشكل موسع الى النظرية وتطبيقاتها .

[2] – رشيد شميشم : المرجع السابق ، ص 51 .

[3] – علي حسن الذنون : المرجع السابق ، ص 404 .

➢ **الفرع الثاني : حدود التعسف في استعمال الملكية .**

ان نظرية التعسف في استعمال الحق تمتد جذورها الى الحضارات القديمة واستقرت في الفقه الاسلامي وفي الفقه الحديث وتبنتها أغلب التشريعات الا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في نظرتهم الى الحق بشأنها وهذا تفصيل ذلك :

✓ **اولا – التعسف لا يرد الا على الرخص :**

يرى هذا الاتجاه أن التعسف لا يكون الا في الرخص دون الحقوق ، فعندهم الحق ضد التعسف والضدان لا يجتمعان أبدا ، متى وجد الحق لا وجود للتعسف ومتى وجد التعسف لا وجود للحق ، فالحقوق نسبية ومحددة واستعمالها ضمن هذه الحدود يعد عملا مباحا في نظر القانون بغض النظر عن آثاره [1]، فالرخصة التي يكون فيها التعسف مباحا هي دون الحقوق التي تخرج عن هذه الدائرة والرخصة هي اباحة يأذن بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة فهي ليست على وجه الاختصاص ويشترك فيها الجميع ولا يستأثر بها أحد دون الاخر[2].

وهذا الاتجاه كان من نتاج أفكار بعض الفقهاء الذين يناهضون فكرة التعسف في استعمال الحق ويعارضونها [3].

✓ **ثانيا :" التعسف لا يرد على الحقوق بالمعنى القانوني.**

يرى الأستاذ "روبيه" زعيم هذا الاتجاه بان نظرية التعسف لا تكون الا في الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق لها أي الحقوق المرتبة لآثارها .

---

[1] – به موبرويز : المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد ، الطبعة الاولى ، منشوات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2009 ، ص 62 .

[2] – الصادق فريوي : المرجع السابق ، ص 58– 59 .

[3] – به موبرويز : المرجع السابق ، ص 61 .

وعليه هو يستبعد من نطاق تطبيق فكرة التعسف تلك الحقوق العامة أو الحريات وكذلك يستبعد الرخص القانونية التي تخير بين خلق مركز قانوني من عدمه [1]، وذلك لأن :

- الحريات مجرد مزايا او سلطات تشكل قاعدة تبنى عليها الحقوق ولا يمكن تقييدها بقيد أو شرط .
- الرخص لأنها سلطات لا تقبل التقدير وبالتالي فلا يمكن ان تكون محلا لنظرية التعسف ولأنها لم تنشئ بعد مراكز قانونية .

✓ **ثالثا: التعسف يطبق على كافة الحقوق والحريات والرخص.**

يعتبر " جوسران" من أشهر من نادى بتوسعة نطاق تطبيق نظرية التعسف على كل الحقوق والحريات والرخص، وذلك أن القانون ليس الا قواعد اجتماعية ملزمة فكل ما يتفرغ منه أو يتصل به يتسم بهذا الطابع الاجتماعي[2] .

ويستند هذا الاتجاه الى أن المشرع قيد استعمال الحق في نطاق عدم التعسف فيه ، وكل ذلك مراعاة للقواعد الأخلاقية في استعمال الحق سواء كان في الحقوق أو الحريات أو الرخص [3].

وفي الفقه الإسلامي يقول الدكتور " فتحي الدريني" بعد دراسة مستفيضة قام بها، وانتهى من خلالها أنه ليس في طبيعة كل من الحق والرخص ما يتنافى وتطبيق حقيقة التعسف عليه بل أن منطق التشريع يؤيد ذلك التطبيق [4] .

---

[1] – حسن علي الذنون : المرجع السابق ، ص 402 .

[2] – المرجع نفسه ، ص 403 .

[3] – به موبرويز : المرجع السابق ، ص 64 .

[4] – فتحي الدريني : المرجع السابق ، ص 351 .

❖ **المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الملكية .**

لقد تباين الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق أو ما يعرف بالأساس القانوني لهذا المبدأ وهذا له عدة فوائد من الناحية التطبيقية ، فمنهم من جعله تطبيقا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، وبالتالي أدرجه ضمن نطاق الخطأ التقصيري ، ومنهم من يرى عكس ذلك اذ يجعله نظرية مستقلة بذاتها لها أحكامها الخاصة وتخرجه بذلك من دائرة الخطأ ولكل حجيته التي بنا عليها رأيه ، وفي خضم هذا و ذاك كان للتشريعات المختلفة مواقف متباينة فمنهم من أخذ بالرأي الأول ومنهم من أخذ بالرأي الثاني ومنهم من أخذ بالرأيين معا على غرار المشرع الجزائري الذي تمايز موقفه بهذا الخصوص قبل تعديل 2005 وبعد التعديل ، والتعرض لفكرة الأساس القانوني لا تستقيم دون التعرض للضوابط الفقهية التي تضبط حدود تطبق النظرية أو بمعنى آخر الحالات أو المعايير التي تجد نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا لها فيها ، وهذا ما سنتعرض اليه من خلال هذا المطلب في فرعين مستقلين

➢ **الفرع الأول: التأصيل القانوني لنظرية التعسف في استعمال الملكية في التشريع الجزائري.**

كان الفقه القانوني على مر الأزمة في خلاف كبير حول تكييف نظرية التعسف في استعمال الحق ، فمنهم فريق ردها الى نطاق المسؤولية التقصيرية وجعلها من تطبيقاتها ، وفريق ثاني جعلها خارج نطاقها . وبناء على هذه الاراء المتباينة سنحاول ان نبين موقف المشرع الجزائري من ذلك .

✓ **أولا : أساس التعسف في الفقه القانوني.**

يقوم الفقه القانوني في تأصيله لفكرة التعسف في استعمال الحق على اساسين الاول ادراجها ضمن المسؤولية التقصيرية والثاني خارج نطاق هذه الأخيرة

1 – أساس التعسف في استعمال الحق ضمن نطاق الخطأ التقصيري .

يذهب بعض الفقهاء أصحاب هذا التجاه الى القول بأن التعسف في استعمال الحق ما هو الا صورة من صور الخطأ التقصيري ، وبالتالي ما هو الا تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية .

فمنهم من يرى بأنه خطأ مادي ومنهم من يرى بأنه خطأ متميز.

- **الاتجاه الاول: التعسف أساسه الخطأ العادي .**

يرى هذا الاتجاه أن من يستعمل حقه بقصد الأضرار بالغير يكون مرتكبا للخطأ التقصيري ومن يستعمل حقه دون قصد الاضرار يكون الخطأ شبه تقصيري حيث[1]:

- يرى الأستاذ السنهوري أن الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو اذن إلا المسؤولية التقصيرية ، ان التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق ، ولا نحن في حاجة الى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية كما ذهب اليه بعض الفقهاء [2].

وقد قام الاخير بإجراء مطابقة بين معايير التعسف وصور الخطأ انتهى من خلالها الى وجود تقابل بينهما، ومنه فان التعسف في نظر هؤلاء الا تطبيق من تطبيقات الخطأ [3].

---

[1] – مصطفى ابو بكر: المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص88 .

[2] – عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول، المرجع السابق، ص702.

[3] – مصطفى أبو بكر: المرجع السابق، ص89.

وهذا على أساس مبدأ نسبية الحقوق الذي يهدف الى تحقيق الحاجيات الفردية التي تترتب على اشباعها الوصول الى الغاية الاجتماعية التي تستهدفها إرادة الجماعة وأحكام النظام القانوني [1].

الاتجاه الثاني: التعسف أساسه الخطأ المتميز.

يذهب هذا الاتجاه الى اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ أو خطأ ذو طبيعة خاصة يستقل من حيث المناط والنطاق على الخطأ العادي ، اذ هو خطا يرتهن بروح الخطأ وغايته الاجتماعية ، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي ، فهو اذن خطأ خاص أو خطأ جماعي ، يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية[2].

2 - أساس التعسف خارج نطاق المسؤولية التقصيرية.

يذهب اتجاه آخر من الفقه على رأي مخالف للأول بالقول ان نظرية التعسف مستقلة بذاتها ولا يمكن تأسيسها على أساس الخطأ التقصيري سواء كان خطأ متميزا أو عادي حيث:

2 - 1- يذهب الأستاذ حسن كيرة الى القول بأن " فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق وانها تثير مشكلة أولية سابقة عن مشكلة المسؤولية ، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوفر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية ، تصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق[3].

---

[1] - بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص31.

[2] - رمضان أبو السعود: النظرية العامة للحق، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2005، ص493.

[3] - عبد العزيز بن عبدالله عبد العزيز الصعب، الاطروحة السابقة ، ص85.

2- 2 – يرى الأستاذ علي علي سليمان أن التعسف في استعمال الحق يعتبر مستقلا عن نظام المسؤولية التقصيرية ، كما تذهب الأستاذة فريدة زواوي الى القول" أن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ومن الأفضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة ، فالمبالغة في الشيء حتى لو كانت في اطار القانون تؤدي الى الفوضى الى مخالفة القانون لذا يجب تقييدها ومساءلة الشخص عنها اذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضررا للغير"[1].

2 – 3- يرى جانب من الفقه الغربي أن فكرة التعسف في استعمال الحق مردها مبادئ العدالة والأخلاق وعلى راسهم الفقيه "سالي" و "ريبير" و " دابان" ، حيث نلاحظ ان القضاء الفرنسي وانطلاقا من حكم محكمة كولمار في 02 ماي 1855 ، نجد في مبادئ الاخلاق والعدالة سندا ومتكا يمنع بواسطته الافراد من التعسف في استعمال حقوقهم[2].

2 – 4 – يرى جانب من الفقه أيضا أن أساس التعسف في استعمال الحق ليس مبادئ العدالة والأخلاق انما يؤسسون النظرية على أساس المبادئ الاجتماعية لأنها وسيلة لإعطاء الحقوق معنى اجتماعي وعلى رأسهم "ديموج" و "كومبيان" و "كورنال"[3].

✓ **ثانيا : موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق.**

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق وادرجها ضمن أحكام القانون المدني على غرار باقي التشريعات الأخرى ، غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري تبيان موقفه فيما يخص أساس هذا المبدأ حيث كان يجعلها قبل تعديل 2005 نظرية مستقلة، وبعد التعديل أدرجها ضمن احكام المسؤولية التقصيرية .

---

[1] – محمدي فريدة زواوي: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، د ط ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الرغاية الجزائر، 2000 ، ص156.

[2] – مصطفى ابو بكر: المرجع السابق، ص101.

[3] – المرجع نفسه، ص102.

1- قبل تعديل 2005.

تعرض المشرع الجزائري من خلال المادة 41 من القانون المدني الى نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال نصه على" يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الاحوال التالية:

- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .
- اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة النسبة الى الضرر الناشئ للغير.
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وبالنظر الى موقع هذه المادة وصياغتها العامة فيمكن القول أن المشرع الجزائري قد تبنى الاتجاه الثاني الذي جعل من نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة وبعيدة عن نطاق المسؤولية التقصيرية .

الا أن هذه المادة تعرضت لانتقادات شديدة من الجانب الشكلي والجانب الموضوعي. :

1 – 1 – من الناحية الشكلية .

بالنظر الى موقع هذه المادة [1]يمكن توجيه الملاحظات التالية[2]:

- حكم هذه المادة لا ينطبق على الاشخاص الاعتباريين مادام قد خصص لها الفصل الثاني.
- عدم وجود ادنى علاقة بين المادة 40 المتعلقة بالأهلية وما يليها بحكم المادة 41 الخاصة بالتعسف.

---

[1]– تناول المشرع الجزائري النظرية قبل تعديل 2005 في المادة 41 الملغاة حاليا من الفصل الأول المعنون بالأشخاص الطبيعية تحت الباب الثاني بعنوان الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من الكتاب الأول من القانون المدني.

[2] – بلحورابي سعاد، الرسالة السابقة ، ص60 .

- مخالفة المشرع الجزائري للأصل التاريخي للمادة وهو المشرع المصري الذي يضعها في الباب التمهيدي .

1 - 2 - من الناحية الموضوعية.

مخالفة المشرع الجزائري لنظيره المصري في عدم ذكره للقاعدة التي تقضي بأن الأصل في الأشياء الاباحة .

كما أورد المشرع حالات التعسف على سبيل الحصر فعبارة " الأحوال التالية " تدل على ذلك مما قيد سلطة القاضي في استنباط معايير جديدة [1] .

2 - بعد تعديل 2005.

نقل المشرع الجزائري موضع المادة 41 السابقة بعد تعديل القانون المدني في 2005 الى المادة 124 مكرر والتي تنص على ما يلي " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

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

ان بإدراج المشرع للنص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية ، يكون قد تبنى موقف الفقه والقضاء الفرنسيين ،وموقف أغلب المؤلفين العرب في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ، وهو اعتباره شكلا

[1] -بلحورابي سعاد : الرسالة السابقة ، ص60 .

ومضمونا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري ، ومعياره هو معيار الخطأ أي الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي[1].

وقد تعرض المشرع لذلك الى نقد شديد من قبل الشراح الجزائريين على غرار علي علي سليمان ، اذ يقول " اذا كان التعسف مجرد صورة من صور المسؤولية التقصيرية فما الفائدة من تخصيص نصوص اخرى ؟ اليس النص على ان كل عمل خاطئ يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض ، كافيا ليشمل التعسف اذا كان مبنيا على الخطأ[2] .

- **الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الملكية.**

بعد أن رأينا التأصيل القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ومدى ثباتها واستقرارها في التشريعات المختلفة ورأينا مدى الاختلاف الفقهي حول طبيعة هذا المبدأ ، بقي ان نتعرض الى حدود هذه النظرية فلا يمكن الحكم بها على اطلاقها والا صار ذلك اهدارا للحق ، ولأصبح هذا الأخير مجرد كلمة في القانون ليس لها أساس.

[1] – عمار حنتيت: التعسف في استعمال حق الفسخ للعقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2015، ص26.

[2] – علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص224.

ومن بين أول الأسس انه لا يجوز إعمال هذه النظرية على اطلاقها لذا وجب حصرها وضبطها بمعايير لا تحيد عنها [1] وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر أين حدد معايير التعسف على غرار باقي التشريعات العربية والغربية [2].

✓ **أولا: قصد الاضرار بالغير.**

وهذا المعيار معيار ذاتي يقصد به قصد الاضرار بالغير ، وهو معيار تبنته اغلب التشريعات من بينها الفقه الاسلامي .

ويقصد بالمعيار الذاتي او الشخصي " العوامل النفسية التي حركت ارادة ذي الحق الى التصرف في حقه من قصد الاضرار او الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة".

ولعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الافراد لحقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في الكناية والاضرار بالغير [3].

ولما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب اثباتها فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن ومن ذلك خلو الفعل من المصلحة يثير قرينة على تمخض قصد الإضرار

---

[1] – يضيف بعض الفقه العربي معيارا رابعا هو مخالفة ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق اذ يرى الأستاذ علي الذنون ان المشرع الأردني قد طبق هذا المعيار في ما يتعلق بقيود الملكية ومضار الجوار كما يرى بأنه قد أحسن صنعا بإضافته للفقرة الرابعة الخاصة بهذا المعيار لحالات التعسف السابقة اذ اعطى بذلك مرونة للقاضي للتوسع في تطبيق أحكام هذه النظرية لمواكبة تطورات المجتمع والتغيرات التي تطرأ على الواقع فيه وهو بذلك تلافي النقص الذي كان المشرع العراقي قد وقع فيه عندما حدد في المادة السابعة حالات التعسف حصرا.

انظر: علي حسن الذنون ومحمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002، ص 305.

[2] – هدى لطفي العقيدي: المرجع السابق، ص47.

[3] – حسن كيرة : المدخل الى القانون، د ط، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، 2000، ص773.

بالغير ، اذا الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو من مصلحة فإذا جاء الفعل خاليا منها ، كان ذلك قرينة على قصد الاضرار بالغير[1].

فإن كانت المصلحة تافهة خلص من ذلك الى توافر قصد الاضرار قصد الإضرار أما اذا كانت غير تافهة ، انتفى قصد الإضرار وكان الحق مشروعا.

وان قصد صاحب الحق من وراء استعمال حقه الاضرار بالغير بينما كان هذا الاستعمال من شأنه جلب منفعة جدية له ، فان الاضرار يكون عرضيا وحينئذ ينتفي التعسف[2].

اما اذا انتفى النفع اطلاقا من وراء استعمال الحق ، كان ذلك قرينة على توافر التعسف لتحقق قصد الإضرار بالغير[3].

✓ **ثانيا : عدم تناسب المصالح.**

اذا استعمل الشخص حقه ابتغاء مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع الضرر البليغ الذي يلحق الغير من ذلك فان القانون يعتبره مسيئا استعمال حقه اساءة توجب مسؤولية عن ذلك الضرر[4].

وهذا المعيار موضوعي مادي لا ينظر فيه الى شخص صاحب الحق وما قصده من استعمال حقه اذ لا يتصور من الرجل العادي أن يلحق للغير ضررا بليغا مقابل

---

[1] – محمد الصغير بعلي: المدخل للعلوم القانونية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص184.

[2] – أنور طلبة: المسؤولية المدنية– الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي للحديث، الإسكندرية، 2005، ص67.

[3] – المرجع نفسه، ص67.

[4] – سليمان مرقص: الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، د د ن، د س ن، ص371.

تحقيق مصلحة قليلة الأهمية أو تافهة مقارنة بهذا الضرر ومن يفعل ذلك عد مستهترا بحقوق الغير وفعله هذا خطأ وتعسف يوجب مسؤوليته [1].

كما أنه لا يكفي وجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق لإعفائه من الضمان اذ تسبب استعماله لحقه في ضرر يصيب الغير ، انما يجب ان تكون هذه المصلحة على قدر من الأهمية يزيد على الضرر اللاحق بالغير كي تكون مبرر لاستعمال الحق [2].

✓ **ثالثا : عدم مشروعية المصلحة.**

يعتبر الشخص وفقا لهذا المعيار متعسفا في استعمال حقه اذا كان يرمي الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ذلك ان الحقوق ليس لها قيمة الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة فمن انحرف بحقه من اجل تحقيق مصالح غير مشروعة تجرد حقه من قيمته وامتنع القانون عن حمايته[3] .

يعتبر من استعمل حقه في هذه الحالة مخطئا لأنه ليس من المألوف أن يهدف الشخص تحت ستار استعمال حقه الى تحقيق مصلحة غير مشروعة [4].

وتكون المصلحة غير مشروعة اذا كانت تخالف أحكام القانون وتتعارض مع النظام والآداب ، كالتاجر الذي يشتري كل البضاعة لاحتكارها فهو متعسف في استعمال حقه في المتاجرة [5] .

---

[1] – ابراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاءا، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص464.

[2] – مالك جابر حميدي الخزاعي، المقال السابق، ص 302 .

[3] – شوقي بناسي : " التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05 – 10 المعدل للقانون المدني " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الرابع ، جامعة الجزائر 2009 ، ص 220

[4] – توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، د ط، الدار الجامعية، بيروت، د س ن، ص381.

[5] – بشار ملكاوي وفيصل العمري: مصادر الالتزام، الفعل الضار، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص680.

هذا المعيار وان كان موضوعيا في اساسه إلا ان بعض الفقه يرى انه من ناحية اخرى يجعله شخصيا في استناده الى القصد في استعمال الحق فمن لا يهدف الى تحقيق مصلحة مشروعة فهو اذن يسعى الى العكس من ذلك اي الى تحقيق مصلحة غير مشروعة مما جعل بعض الفقه يجعل المعيار الاول الذي هو قصد الاضرار بالغير مجرد تطبيق لمعيار عدم مشروعية المصلحة[1] .

[1] – شوقي بناسي : المرجع السابق ، ص 220

خلاصة الفصل الاول.

تعتبر الملكية اوسع الحقوق على الاطلاق وخاصة الحقوق العينية فهي حق عيني اصلي يعبر عن سلطة مباشرة على الشيء وذلك بمقتضى عناصرها الثلاثة الاستغلال والاستعمال والتصرف وممارسة هذه العناصر يكون في نطاق معين من العلو او العمق بما يضمن التمتع الكامل بحق الملكية ، هذا الاخير الذي يمتاز بخصائص تميزه عن غيره من الحقوق كونه حق عيني جامع مانع ودائم .

تعتبر الوظيفة الاجتماعية للملكية ميزة اساسية على اعتبار ان الملكية نظام اجتماعي متميز بعد زوال فكرة الملكية الفردية .

التعسف في استعمال الحق فكرة قديمة تطورت على مر العصور وعرفها الافراد منذ بداية ان عرف الانسان معنى الحق ومن ثم تبناها الفقه القانوني وصقلها ووضع لها احكاما متميزة وقواعد تدل على اصالة هذه النظرية .

التعسف يرتبط ارتباطا وثيقا بحق الملكية من حيث وقت بروزه فالتعسف يظهر عند ممارسة الحق .

التعسف في استعمال الملكية لا يشكل اعتداء بمفهومه الضيق لانه ممارسة مشروعة للحق في حدوده المرسومة قانونا الا انه يشكل ضررا للغير يستوجب قيام المسؤولية عنه.

تعرضت فكرة التعسف في استعمال الحق الى انتقاد كبير ومعارضة من قبل بعض الفقه الا ان الغلبة كانت لتأتييد هذا المبدأ والاعتراف به قانونا ولا ادل على ذلك من تبني اغلب التشريعات له .

التعسف في استعمال الحق سواء كان يمثل خطأ عاديا او من نوع خاص وسواء كان خارج نطاق الخطأ التقصيري الا ان حدوثه يستوجب قيام المسؤولية عنه وان كان الغالب في الرأي انه يندرج ضمن احكام المسؤولية التقصيرية .

للتعسف في استعمال الملكية صور عديدة او معايير تدل على وجوده فقد يكون بنية الاضرار بالغير او ينطوى على تحقيق مصلحة غير مشروعة او ان المصلحة المرجوة لا تتناسب مع الاضرار الحاصلة وهي المعايير الفقهية التي تبناها المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني في 2005 وبعده مع تغيير في طبيعته القانونية اذ اسنده بعد التعديل الى المسؤولية التقصيرية .