

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

الطبعة القانونية للتعسف في استعمال الحق وفقا  
للفقه والقانون المدني الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذ:

- عثمانى بلال

من إعداد الطالبتين :

- أودية نسرین

- رباحي نسرین

لجنة المناقشة

- الأستاذ فرحات كمال.....رئيسا

- الأستاذ: عثمانى بلال.....مشرفا و مقرا

- الأستاذة : سعدون كريمة.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2015-2016

# الإهداء

﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

صدق الله العظيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل إلى

من ربنتي وأنارت دربي، وأعانتني بالصلاوات والدعوات أمي الحبيبة و الغالية "حياة" أطل  
الله في عمرها.

إلى من علمني النجاح والصبر و كيف أواجه الصعاب في حياتي أبي العزيز "جمال" أطل الله  
في عمره .

إلى أختاي "شهيناز" و"سيليا" رفيقات دربي في هذه الحياة، فبدونهما لا تحلو حياتي، أسأل  
الله أن يحفظنا ويسدد خطانا ويدم شملنا.

إلى كل من إستفدت منه لفضة، أو من جمعني به و داد لحظة من الأرحام والأحباب.

إلى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح والإبداع، و إلى من تذوقت معهم أجمل  
اللحظات أصدقائي و صديقاتي كل باسمه دون إستثناء.

أودية نسرين

# الإهداء

أهدي هذا العمل

إلى والدي العزيزين، أطال الله في عمرهما

إلى أخواتي ليديا و و داد وأزوجهن ملىن وىوسف

إلى أخى العزيز محمد

إلى كل الزملاء والأصدقاء بالأخص رضا وسفیان

رباحى نسرین

# شكر و تقدير

بعد إنجاز مذكرتنا لا يسعنا إلى أن نتقدم بالشكر والتقدير للأستاذ الفاضل "عثماني بلال" الذي قبل الإشراف على هذا العمل بكل صدر رحب، وإبداء ملاحظاته وتوجيهاته إزاء البحث فله منّا كل الاحترام والتقدير جزاه الله عنّا خيرًا.

كما نتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بالموافقة على مناقشة بحثنا رغم التزاماتهم البيداغوجية والإدارية.

ولا يفوتنا أن نرفع خالص الشكر إلى كل من ساعدنا لإنجاز هذا العمل من قريب ومن بعيد، وإلى كل الأصدقاء والزملاء.

## قائمة المختصرات

باللغة العربية :

الخ: إلى آخره.

ج: الجزء.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

ق.الم.الج: القانون المدني الجزائري.

باللغة الفرنسية :

éd: édition.

N° : Numéro

P: page.

S/D : Sous la Direction

# مقدمة

برزت حاجة الفرد للعيش في جماعة منذ قديم العصور وذلك للمحافظة على كيانه ضد الأخطار الخارجية ولإشباع حاجيته التي لا يستطيع إشباعها بجهد الفرد، غير أن العيش في الجماعة مهما كان حجمها، في صورة دولة أو صورة عائلة، يكون بأسلوب منظم يتم فيه توفير مصالح الأفراد المتضاربة ولا يمكن لذلك أن يتم إلا بتخلي الفرد عن جزء من حريته المطلقة على نحو يؤمن للفرد الطمأنينة في حياته وفي عمله، ومن أجل تحقيق يتوجب بالضرورة وجود قواعد للسلوك ترشد الأفراد في تصرفاتهم وسلوكهم، ويكون ذلك باحترام الشخص لكل حقوقهم وواجبتهم اتجاه الآخر في إطار القانون، ولكن إذا أساء الشخص أو تجاوز في استعمال حقوقه في الحدود المخولة له قانوناً فهذا يعتبر تعسفاً.

ومن هذا المنطلق ظهرت نظرية التعسف والتي لا تعتبر بالنظرية الجديدة أو المبتدعة بل هي نظرية قديمة عرفها القانون الروماني، وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم وتشبع بها الفقه الإسلامي ولكن اختفت ردحا من الزمن بعد أن ظهرت مبادئ الفردية و أمنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ وبقيت مخفية طوال القرن التاسع عشر إلى أن عادت هذه النظرية إلى الظهور من جديد كنظرية عامة و بدأ القضاء الفرنسي يأخذ بها، و يرجع الفضل في إزدهارها ورسوخها كنظرية عامة إلى الفقيهين "سالي" و"جوسران" الذين جمعا الأحكام القضائية المتناثرة وأعادوا لها الجدة وكونا منها نظرية عامة واضحة المعالم والحدود.

فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء ثم أخذت بها التقنيات الحديثة وأصبحت اليوم نظرية ثابتة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الإنتقاص عليها.

ومن هنا نجد أن نظرية التعسف قد إهتمت بها القوانين المدنية في العالم الحديث كما إهتمت بها القوانين العربية تبعاً لإهتمام القوانين الأجنبية لها، وجعلت أحكامها و نظريتها في الصدر من هذه القوانين.

تبعاً لذلك نجد نجد أن هذه النظرية ترتبط إرتباطاً وثيقاً بالحقوق، فلها أهمية بالغة في حياة الناس اليومية للفرد، ولحياة المجتمع كمجتمع، ذلك أنها تضع نظرية الحق في وضعها الصحيح، وتضع بذلك الفرد والمجتمع كل في مكانه وترسم لكل حدوده، وتنسق العلاقة بينهما على نحو فعال.

لقد شهدت نظم المسؤولية في العصر الحاضر تطوراً كبيراً في الإتجاه نحو المفهوم الموضوعي على حساب المفهوم الشخصي، والاتجاه نحو إجازة المسؤولية عن استعمال الحقوق على إثر النجاح الذي أحرزته نظرية التعسف في استعمال الحق في الفكر القانوني، بعد أن توارت فلسفة الفكر الفردي وفكرة الحقوق المطلقة التي لا يسأل صاحبها عن استعمالها و لو أضر ذلك بالغير، لكي تحل محلها فلسفة الفكر الاجتماعي وفكرة نسبية الحقوق و ما ترتب على من إجازة المسؤولية عن استعمال الحق عندما يكون هناك تعسف في استعماله .

إذا كانت لنظرية التعسف هذه الأهمية التي ألمحناها فمعرفة ما إذا كانت صورة عن الخطأ أو لها أساس مستقل نفس الأهمية أيضاً، ذلك أنه في نظام المسؤولية عن الفعل الشخصي، لا يسأل الناس إلا عن أخطائهم إلا أنه في ظلّ هذا النظام هناك من قال أنّ نظرية التعسف في استعمال الحق لا يمكن بنائها على فكرة الخطأ في المسؤولية فهو نظام مستقل للمسؤولية وهو التعسف في استعمال الحق و الذي ربطها بفكرة الحق والمبادئ الاجتماعية والأخلاقية، ومجاله هو الشخص الذي يلحق ضرراً بغيره وهو يستعمل حقاً.

تكمن أهمية الموضوع التعسف في استعمال الحق في أهمية الحق في حدّ ذاته، حيث أنّ الشريعة قد أفرت بفكرة الحق و ضمنت لكلّ فرد حقوقه، غير أن النوازع النفسية للأفراد في السعي إلى تحقيق مصالحها، قد يؤدي الي تصادم الحقوق فيما بينها، وانقلاب إلى وسائل لتحقيق مفسد ومضار بالغير بحجة المصلحة المقصودة باستعمال الحق.

من هنا تظهر أهمية نظرية التعسف كضابط للتصرف واستعمال الحق المخول شرعاً وهذا الضابط يضمن تحقيق المصلحة المشروعة ودرء أي مضرّة ومفسدة ، وبالتالي فهي معيار يضمن عدم انقلاب المقصد من المصلحة الشرعية إلى المفسدة وعليه فإنّ ضرر جراء التعسف صاحب الحق مبناه الباعث الغير المشروع أو ترجيح مصلحة على أخرى أو كان استعماله لمحض الضرر والإذاء .

من أبرز الصعوبات التي واجهتنا في هذا الموضوع هي قلة المعلومات حول موضوع التعسف في استعمال الحق خصوصاً بسبب التقيد بعنوان المذكرة الذي يعتبر عنوان دقيق ومحدود.

من أجل دراسة الموضوع، إرتأينا طرح الإشكالية التالية:



في ظلّ اعتراف مختلف التشريعات المقارنة بنظرية التعسف في استعمال الحق ووسط  
الجدل الفقهي الكبير حول تحديد معالم هذه النظرية، فنحن نتساءل عن الأساس القانوني  
لتعسف في استعمال الحق؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يتوافق مع الإشكالية  
المطروحة، وذلك وفقاً لخطة ثنائية، ندرس في الفصل الأول التعسف في استعمال الحق صورة من  
صور الخطأ التقصيري، أمّا الفصل الثاني فخصصناه لدراسة استقلالية التعسف في استعمال الحق  
عن الخطأ التقصيري.

# الفصل الأول

التعسف في استعمال الحق صورة من صور

الخطأ التقصيري

شكلت دراسة فكرة الخطأ في نظرية التعسف أهمية بالغة، إذ يعد شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية، كما أنه عرف قبل أن يتم الإقرار بمسؤولية التعسف في حدّ ذاتها، إذ لم يتم الربط بين الخطأ والمسؤولية إلاّ في نهاية القرن التاسع عشر وذلك على يد فقهاء فرنسيين الذين كان لهم الفضل في تمييز المسؤولية عن باقي المسؤوليات ومن وضع مبدأ عام للمسؤولية الناشئة تحت تأثير آليات القانون المدني وعلى حدّ تعبير الأستاذ "بنو" يمكن للمسؤولية أن تتفصل عن الخطأ، لكن يبدو أنّ الخطأ لا يفصل عن المسؤولية وتتجلى الأهمية أكثر عندما خصصت فكرة الخطأ في مجال التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>.

من خلال هذا الفصل سنتطرق إلى الخطأ التقصيري في التعسف في استعمال الحق (المبحث الأول)، ثمّ إلى الاتجاهات الفقهية التي نادى بفكرة الخطأ كأساس في التعسف (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون)، الجزء الثاني، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.136.

## المبحث الأول

### الخطأ كأساس للمسؤولية الناشئة عن التعسف في استعمال الحق

يقصد بالتعسف أخذ الشيء على غير طريقته أو استعمال الحق على نحو يتنافى مع الهدف الاجتماعي الذي أنشأ من أجله<sup>1</sup>. ويعتبر صورة من صور الخطأ التصويري، وعليه تقوم المسؤولية التصويرية التي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير. والإضرار هنا قد يكون عن طريق الخطأ.

قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا (المطلب الأول) لتعريف الخطأ التصويري ومن ثمة نتطرق إلى دراسة أركان الخطأ التصويري في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريف الخطأ

إنّ الخطأ في المسؤولية التصويرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه بهذا الإخلال<sup>2</sup> أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي. رغم تحديد فكرة الخطأ نجد تعدد الآراء حول تقديم تعريف للخطأ و هذا ما نتعرف عليه في (الفرع الأول) أي التعريفات الفقهية للخطأ التصويري ثم نتطرق إلى التعريف القانوني في (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف الفقهي للخطأ التصويري

يعتبر الخطأ الركن الأول للمسؤولية التصويرية، ذلك أنه لا يكفي أن يحدث الضرر بفعل شخص لكي يلزم بتعويضه، إنما يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم النجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، (فرنسي-عربي)، ط6، مكتبة لبنان، لبنان، 1998، ص.2.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص.242.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.62.

لا يمكن لنا أن نفهم المقصود من الخطأ كركن للمسؤولية التقصيرية إلا بتعريفه وبهذا الصدد فلم يختلف الفقهاء في أمر كاختلافهم في تعريف الخطأ، مما أدى إلى تعدد التعاريف من مختلف النواحي، وهذا ما أدى إلى تضارب الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية. فذهب جانب من الفقه إلى تعريف الخطأ على أنه عمل ضار مخالف للقانون<sup>1</sup>، أي العمل الغير المشروع، إلا أن هذا الرأي لا يقدم كثيرا في تحديد معنى الخطأ وذلك لعدم تحديده للأعمال التي تلحق ضررا بالغير وينص عنها القانون ، وذلك رغم وجود بعض النصوص التي تعين هذه الأعمال إلا أن الأغلبية لم يرد فيها نص<sup>2</sup>.

ويعرف الرأي الثاني بما فيه الأستاذ "بلانيول" الخطأ بأنه هو الإخلال بالالتزام سابق. وهنا يبقى معرفة ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ، في هذا الصدد يحاول "بلانيول" أن يحصرها في أربعة:

- الالتزام بالإمتناع عن العنف.

-الالتزام بالكف عن الغش .

- الالتزام بالإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة.

-الالتزام باليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء.

وبالتالي نستخلص أن هذا إخلال بالثقة المشروعة و ليس تعريف<sup>3</sup>.

أما الأستاذ إيمانويل ليفي **Levy** "عرّف الخطأ انطلاقاً من مشروعية الثقة التي يتوقعها الفرد في إطار تعامله مع الغير. وبعبارة أخرى يكون من حق الفرد أثناء تعامله مع الغير أن يتوقع سلوكاً عادياً ومجرداً من الغش وسوء النية من عرف هؤلاء الأفراد. إلا أنه إذا تبين أن الشخص

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، الجزائر، 2011. ص.30.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة الجديدة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، 1998، ص.880.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص.880.

المتعامل معه قد أخلّ بهذا السلوك المتوقع فيكون بدوره قد أخلّ بالثقة المشروعة بالتالي ارتكب خطأ<sup>1</sup>.

ذهب جانب آخر من الفقهاء بقيادة الفقيه "ديموج" إلى عنصرين على أنّ الخطأ المعتدي هو إخلال بواجب من طرف من أخلّ به، على قول "ساقيتيه"، أو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة المعارضة بحق أقوى أو بحق مماثل له وهذا على قول "جوسران". وبالتالي فإن هذا الرأي رغم تحديده لهذه العناصر إلا أنّه لا تحدد معنى الخطأ بل هو في حدّ ذاته في حاجة إلى تحديد<sup>2</sup>.

ويرى التيار الحديث أنّ كل انحراف في السلوك أو إخلال بواجب تفرضه القواعد القانونية يكون كافياً لوجود الخطأ المدني هذا من دون تساؤل عن الحالة النفسية للفاعل. فالخطأ المدني لا يقتصر على عنصر الذاتي بل هو قائم على عنصر موضوعي فقط، وبالتالي فالخطأ المدني في تصور هذا التيار هو الفعل الضار بالغير وهذا ما يسمى بالخطأ الموضوعي<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### مفهوم الخطأ في القانون المدني الجزائري

علاوة على ما تقدم من هذه الآراء المختلفة في تعريف الخطأ، إلا أنّ بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري فيما بما فيه نص المادة 124 من التقنين المدني نجد أنّ المشرع الجزائري لم يعرف الخطأ بل اكتفى بالنص على اعتبار الخطأ ركن من أركان المسؤولية التصويرية، تاركاً تعريف الخطأ إلى الفقه، لما لهذا التعريف من صعوبة مثلما أشرنا إليه سابقاً.

<sup>1</sup> علي فيلا لي، الالتزامات، (العمل المستحق للتعويض)، الطبعة الأولى، موفم لنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص.47.

<sup>2</sup> السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.881.

<sup>3</sup> علي فيلا لي، المرجع السابق، ص.47.

## المطلب الثاني

### العناصر الأساسية للخطأ

يقوم الخطأ على عنصرين أساسيين:

يتمثل الأول في الانحراف أو الإخلال بواجب ما وهذا هو العنصر المادي، أما العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي الذي يقتضي التمييز والإدراك وذلك بانتساب هذا التعدي إلى المسؤول.

### الفرع الأول

#### العنصر المادي في الخطأ

أولاً: التعدي أو الانحراف.

لقد قيل بأنّ الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني، وهذا يكون عند انحراف الشخص في سلوكه بقصد الإضرار بالغير بالتالي يتحقق التعدي culpabilité والتعدي هنا قد يكون عن عمد، في هذه الحالة يشكل الانحراف عن السلوك جريمة مدنية délit civil، كما قد يكون عن إهمال وتقصير ويسمى في هذه الحالة شبه جريمة مدنية quasi délit مثلاً كسائق سيارة يتجاوز السرعة المقررة فيهدس أحد الأشخاص<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس فإنّ أكثر صور الانحراف في السلوك التي تقع في الحياة العملية تكون نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط، أي عدم توجه إرادة فاعله إلى الإضرار بغيره<sup>2</sup>.

يتمثل التعدي باعتباره العنصر المادي للخطأ في الإخلال بواجب أو بقاعدة قانونية وفي التعسف في استعمال الحق من جهة ثانية بحيث يتحقق التعدي في الحالة الأولى كلما كان الفعل الذي يرتكبه المرء مخالف لقاعدة قانونية أو واجب قانوني مثلاً كإخلال بالنصوص القانونية الآمرة والمتعلقة بسلوك الفرد، منها مثلاً واجبات الزوج نحو زوجته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>2</sup> العربي بالحاج، المرجع السابق، ص. 65.

<sup>3</sup> علي فيلا لي، المرجع السابق، ص. 57.

ويعتبر الإخلال بمثل هذه الواجبات تعدياً بغض النظر عن نوعية الجزاء الذي يرتبه المشرع، مثلاً كالشخص الذي يخل بالقوانين التي تحمي الحقوق الشخصية لشخص كالحق في الصورة. توجد إلى جانب هذه الواجبات واجبات أخرى يستند البعض منها إلى العرف أو العادات ويستخلص البعض الآخر من المبادئ العامة للقانون. إلا أنه تثير هذه الواجبات بعض الصعوبات بشأن التعرف عليها لكون القاضي هو الذي يحدد الواجب القانوني في ضوء المبادئ العامة للقانون وكذا الشريعة الإسلامية والعدالة من جهة أخرى.

أما الخطأ في التعسف استعمال الحق يقتصر التعدي هنا في حالات انتهاك الواجبات القانونية التي يقوم بها الفرد دون حق، كما تشمل كذلك بعض الأوضاع التي يمارس فيه المرء حقوقه، وفي الحقيقة أنّ هذه النتيجة تستند إلى التطور الذي عرفته نظرية الحق تبعاً لتطور وتقدم المجتمع<sup>1</sup>

#### -إثبات التعدي:

إنّ إثبات ركن التعدي يقع على عاتق المضرور ذلك لأنّ المسؤولية عن العمل الشخصي تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات أي بالتالي على المضرور إثبات انحراف سلوك المعتدي عن سلوك الرجل العادي مما أدى إلى إلحاق الضرر به، فإذا استطاع أن يثبت الانحراف ثبتت المسؤولية في جانب المعتدي.

غير أنه توجد حالات لا تعتبر فيها التعدي خطأً يوجب المسؤولية رغم وقوع الضرر وهي محصورة في القوانين كحالة الدفاع الشرعي حسب المادة 128 من الق.م.الج. ، حالة الضرورة حسب المادة 130 من الق.م.الج، وفي حالة تنفيذ أمر صدر من الرئيس<sup>2</sup>.

#### ثانياً- ضرورة الإعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الإنحراف:

إنّ تصرفات الشخص لا تخلو من الظروف المصاحبة لها من ظروف نفسية، اجتماعية وغيرها والقاضي عند نظره في القضية يضع الواقعة المجردة في إطار من الظروف الخارجية

<sup>1</sup> علي فيلا لي، المرجع السابق، ص.61.

<sup>2</sup> محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.223.



والمصاحبة للفعل ثم يبحث عما إذا كان من الممكن للشخص العادي في مثل هذه الظروف أن يرتكب هذا الفعل أو بالإمكان تفاديه<sup>1</sup>.

#### -إثبات التعدي:

إنّ إثبات ركن التعدي يقع على عاتق المضرور ذلك لأنّ المسؤولية عن العمل الشخصي تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات أي بالتالي على المضرور إثبات انحراف سلوك المعتدي عن سلوك الرجل العادي مما أدى إلى إلحاق الضرر به، فإذا استطاع أن يثبت الانحراف ثبتت المسؤولية في جانب المعتدي غير أنه توجد حالات لا تعتبر فيها التعدي خطأً يوجب المسؤولية رغم وقوع الضرر وهي محصورة في القوانين كحالة الدفاع الشرعي، حالة الضرورة، وفي حالة تنفيذ أمر صدر من الرئيس<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### الركن المعنوي الإدراك

لا تقوم المسؤولية على مجرد التعدي على الوجه الذي تبناه آنفاً، بل لابدّ من نسب هذا التعدي وإسناده إلى الشخص الفاعل، فيسأل هذا الشخص مدنياً و جزائياً لكونه يتمتع بحرية الإختيار بين الفعل الضار والفعل النافع، وهكذا فإنّ ردّ التعدي إلى الفاعل يقتضي وجود إرادة ارتكاب الفعل لدى الفاعل<sup>3</sup>.

من هنا يشترط القانون المدني الجزائري لاعتبار السلوك خطأً أي مخالف لسلوك الرجل العادي وتترتب عنه المسؤولية، أن يكون مرتكب هذا الخطأ مكلفاً أي مميزاً يعي ما يفعله، وهذا ما جاء في نص المادة 125 من ق.م.ج: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً"<sup>4</sup>. فإذا سبب الشخص ضرراً وهو فاقداً

<sup>1</sup> العربي بالحاج، المرجع السابق، ص. 69

<sup>2</sup> محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.223.

<sup>3</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 71-72.

<sup>4</sup> أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، صادر في

1975/90/30، معدل ومتمم.

للعوي، أو أنه لم يبلغ سن التمييز بعد، أو كان مجنوناً أو معتوهاً، فلا يسأل عن خطئه لأنه لا يدرك ما يفعل، أمّا ذو الغفلة والسفيه فيسألان عن أفعالهما لتوافر التمييز لديهما المادتين 42 و43 من ق.م.ج.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني

#### الآراء الفقهية التي تؤسس التعسف على أساس الخطأ التصريحي

بعد تراجع المذهب الفردي، وإنكار فكرة الحق المطلق وشيوع المذهب الاشتراكي الذي يغلب المصلحة العامة بقصد تقديس الجماعة وإذا به كيان الفرد بجعل الجماعة محور التشريع. بدأ الفقه القانوني في أواخر القرن 19 يتجه إلى التقريب بين النزعتين المتضادتين وبقيم التوازن بينهما فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهراً لهذا التوازن مما يؤكد ارتباط نظرية التعسف بالحق وغايته أو بمدى استعماله<sup>2</sup>. وهذا ما سنتناوله في (المطلب الأول) الآراء المنادي لفكرة الخطأ، وفي (المطلب الثاني) نقد الاتجاهات القائلة بفكرة الخطأ، وأخيراً في المطلب الثالث موقف المشرع الجزائري حول فكرة التعسف القائمة على الخطأ.

### المطلب الأول

#### عرض الآراء الفقهية

ذهب جانب من فقهاء القانون إلى هذه النظرية بعد أن استقرت على إثر الاجتهاد القضائي في المحاكم، إلى ظهور عدّة اتجاهات وآراء ترى بأنّ نظرية التعسف تقوم على أساس الخطأ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 42 من الق.م.ج. على: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة.

تنص المادة 43 من ق.م.ج. على: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا الغفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما قرره القانون.

<sup>2</sup> حسين كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص.756.

<sup>3</sup> فتحي دريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الرسالة، بيروت، 1977، ص. 300.

وهذا ما سنتناوله في أربعة فروع، بحيث ندرس في (الفرع الأول) رأي الفقيه "بلانيول" وفي (الفرع الثاني) نتطرق إلى رأي الفقيه "إسمان" حول فكرة الخطأ، أما في (الفرع الثالث) سنتناول الاتجاه القائل باعتبار التعسف نوعاً متميزاً عن الخطأ، وأخيراً سنتطرق إلى الاتجاه القائل باعتبار التعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التصويري (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### رأي الفقيه "بلانيول" حول فكرة الخطأ

يعتبر الفقيه "بلانيول" "Planiol" أن نظرية التعسف في استعمال الحق قابلة للجدل على صعيد المنطق، فكيف يمكن الحديث عن التعسف في استعمال الحق طالما أنّ صاحب الحق لا يمكن أن يكون مخطئاً فالحق ينتهي عندما يبدأ التعسف. إن فعل ما لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه موافقاً للقانون و مخالفاً له، ففي الواقع عند قيام التعسف نكون أمام عيب في القانون، أو عمل غير مشروع.<sup>1</sup> يرى "بلانيول" إن الحق مقيد بالغرض الذي تقرر من أجله، إن كان ذلك الاستعمال عن الغرض المراد الوصول إليه لا يسمى تعسفاً وإنما الخروج عن الحق *dépassement du droit* فيعارض نظرية التعسف في استعمال الحق بشدة ويرى أنّها تتناقض مع مضمون الحق، إذا متى كان للشخص حق فلا يتصور أن يتعسف فيه<sup>2</sup> وعند تحليل رأيه نجد أنّه تطرق إلى ناحيتين: الأولى: أنّ متى كان للشخص حق فلا يتصور أن يتعسف فيه أي لا يمكن أن يكون الفعل مشروع وغير مشروع في آن واحد.

الثاني: إنّ ركن الخطأ المولد للمسؤولية التصويرية لا يتوفر إلا في الفعل الغير المشروع بحيث لا يستند إلى الحق، فجميع حالات التعسف ما هي إلا حالات خروج عن الحق كأن يأتي مثلاً المرء عملاً غير مشروع وهذا الأخير يكون عملاً مخالفاً للحق.<sup>3</sup> كما يرى الفقيه "بلانيول" أيضاً أنّ

<sup>1</sup> السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق ص.339.

<sup>2</sup> محمدي فريدة -زواوي-، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 1998، ص 151.

<sup>3</sup> فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.310-311.

تحقيق الغايات المنشودة للحق - بواسطة القضاة- من شأنه أن يضيف حدودا جديدة إلى مضمون الحق، وبذلك يعدّ تجاوزها تجاوزا للحق أو عملا دون حق، ولقد اتبع رأي "بلانيول" جانب من الفقهاء، فيرى الأستاذ ستارك "Starck" أنّ التعسف في استعمال الحق مشكلة وهمية، وأنّ اصطلاح التعسف غير صحيح ومعيب، ومع ذلك فإنّ هذا التعبير سائد، وتستخدمه المحاكم، ويستعين به المشرع في بعض نصوصه، كما يشير إليه معظم الفقهاء<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### رأي الفقيه "إسمان" حول فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية

يرى الفقيه "اسمان" "Esmein" تقوم على اعتبار أنها متناقضة مع المبادئ القانونية لأن قيام المسؤولية التصريحية على التصرف لا تقوم على أساس نية صاحب الحق عند استعماله بل على ركن الخطأ الذي لا يتوفر إلا في حالة العمل غير المشروع، في حين أنّ استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع مما يؤدي إلى خلط بين علم القانون وعلم الأخلاق<sup>2</sup>.

يعتبر الفقيه "اسمان" أنّ تحكم القضاة عند البحث عن نية صاحب الحق إذا كانت النية المقصودة فيها هي الإضرار أو أنه يشكل إساءة استعمال الحق حتى من غير قصد، يشكل خطرا على الناس والقانون، حيث يكون القاضي في هذه الحالة سلطانا فوق سلطان القانون<sup>3</sup>. مثلا بالنسبة لحق الملكية يرى "إسمان" إذا لم يكون العقار مثقلا بحق ارتفاق بالمطل بمصلحة العقار المجاور فإنّ لصاحبه أن يعلي من بنائه ولو لم يقصد من هذه العلية سوى الإضرار بالجار<sup>4</sup>. كما يعترف الفقيه "اسمان" في حالة ترتب أي تعطيل في حق آخر يؤدي ذلك إلى قيام مسؤولية صاحبه، كحالة الإضرار مثلا.

<sup>1</sup> شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته و معياره في الفقه و التشريع و القضاء، دار الشروق الأولى، القاهرة، مصر، 2008، ص 101.

<sup>2</sup> فتحي دريني، المرجع السابق، ص. 314.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 315.

<sup>4</sup> حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التصريحية و النظام المستقل، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012، ص.15.

### الفرع الثالث

#### اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ

إنّ هذا الاتجاه لم يخرج التعسف في استعمال الحق كلياً عن نطاق المسؤولية التصويرية وإنّما أبقاها داخل هذا النطاق واعتبر التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذو طبيعة خاصة أي أنه خطأ مرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فرد كالخطأ التقليدي<sup>1</sup>.

ولقد اعترف الفقهاء بأنّ هذا المذهب يمثل خطوة إيجابية، ذلك أنه يوصل التعسف على نحو أكثر إحاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق.

### الفرع الرابع

#### اعتبار التعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التصويري

يرى أغلبية الفقه التقليدي إلى اعتبار التعسف عملاً غير مشروع، ومن ثم كان مساوياً للخطأ التصويري<sup>2</sup>، فالتعسف عندهم ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التصويرية وحثهم في ذلك أنه إذا كان الخطأ في المفهوم الحديث انحرافاً عن سلوك المألوف للشخص العادي، فهو إذا في تصورهم بالنسبة لاستعمال الحقوق في ممارسة الرخص العامة على حد سواء، وإذا كانت هذه الحقيقة قد حجبت إثر ما كان سائداً في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق، فلم يعد ثمة ما يمنع اليوم من إعلانها والتأكيد، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات المسلم منه فرض الرقابة على استعمال الحقوق، فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999 ص.394.

<sup>2</sup> شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و التشريع المصري، دار النشر الخلدونية ، ص.711.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 508.

وأبرز من تزعم هذا الاتجاه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الذي يرى بأنّ الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ما هو إلاّ المسؤولية التصريحية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض.<sup>1</sup>

ويستمر بالقول كذلك: "ويبقى التعسف داخل نطاق المسؤولية التصريحية حتى لو كان متصلاً بالتعاقد"<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### نقد الاتجاهات القائلة بفكرة الخطأ

بالرغم من هذه النظريات والآراء الفقهية المناهضة لفكرة التعسف فقد استقرت النظرية ورجحت كافة الآراء المؤيدة لها بعد ما رد على المناهضين لها. وعليه قسمنا هذه الانتقادات إلى أربع فروع، حيث سنتناول في (الفرع الأول) الرد حول رأي الفقيه بلانيول، وفي (الفرع الثاني) الرد على الفقيه اسمان، أمّا الفرع الثالث فخصصناه للانتقاد للرأي القائل باعتبار الخطأ من نوع خاص، وأخيراً الإنتقاد الموجه للاتجاه القائل بأنّ التعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التصريحي في (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### الرد على رأي الفقيه "بلانيول"

رغم تعدد آراء الفقهاء المناهضة لفكرة الخطأ في التعسف في استعمال الحق إلا أنّ هذه النظرية لم تخل من النقد وبالتالي لم يصعب على الفقهاء الرد على هذه الأفكار وتتمثل هذه الردود في:

- الرد الأول: غير مجبر الأخذ بلزوم التناقض، لأنّ النفي والإثبات، المشروعية وعدم المشروعية لم ينصبا على ذات الفعل في وقت واحد. فالمشروعية تقع على ذات الفعل لاستناده إلى الحق، وعدم المشروعية منصب على نتيجة الفعل، وهذا الأخير عنصر نفسي منفصل عن الفعل، كما أنّ الفعل مقدمة والضرر نتيجة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.ص. 955-956.

<sup>2</sup> زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د.س. ن، ص. 150.

إنّ الفعل قد يكون مشروعاً في ذاته وسليماً من حيث النتيجة، ومع ذلك يمنع بالنظر لتعارضه مع مصلحة عامة جوهرية، وذلك كتلقي السلع، فإنّه يمنع ولو كانت النتيجة المترتبة عليه مشروعة وهو جلب الرزق عن طريق مشروعاً حرة التجارة. وعلى ذلك فلا تناقض، لأنّ يمكن أن يكون الفعل في ذاته مشروعاً ولكنّه في نفس الوقت مخالف لروح الشريعة وقواعدها العامة<sup>1</sup>.

• الرد الثاني: ردّ عليه "جوسران" بقوله أنّ كلمة (Droit) في اللغة الفرنسية لها معنيان، فهي تعني الحق الشخصي (Le Droit Subjectif) تارة، وتارة أخرى تعني القانون (Le Droit objectif) ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفاً للقانون<sup>2</sup> وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق ومعناها، وهكذا انتقد العميد "جوسران" بشدة رأي "بلانيول" لأنّه أغفل معنى كلمة (Droit) التي لها معنيين مختلفين تماماً بحيث يمثل الأول امتيازاً محدداً والثاني يمثل مجموعة قواعد اجتماعية، والمعنى الثاني أكثر شمولاً من الأول، لأنّه يمثل المبادئ التي يحددها القانون وعلى ذلك فليس هناك أدنى تعارض في وجود عمل معين يتفق مع حق معين، وبعدّ متعارضاً مع القانون بمعنى lato sen-su وليس ثمة تناقض مع وجود هذين الشكلين، ويرى العميد "جوسران" أنّ فكرة التعسف تحمل معنى آخر غير التجاوز.

• الرد الثالث: من الناحية الأخرى نجد أنّ "بلانيول" لم يسلم بالأصل الذي بنى عليه نظرية التعسف، فقد بين أن نظرية التعسف متصلة أساساً بغاية الحق، لا بحدوده الموضوعية، إذًا التعسف يفترض عدم مجاوزة حدود الحق الموضوعية وبالتالي لا يعتبر الفعل خارجاً عن حدود الحق<sup>3</sup>. ووجب التفرقة بين مجاوزة الحق والتعسف فيه، إنّ مجاوزة الحق أمر محرم في جميع الشرائع، والفعل غير مشروع لذاته، سواءً ترتب عليه ضرر أم لا بل يمنع ولو جرد للغير نفعاً كمن يبني في أرض غيره أو يزرع فيها، فهنا لا يشترط إثبات حصول الضرر<sup>4</sup>. أمّا التعسف، فالفعل فيه مشروع لذاته، وقد يشكل إخلالاً بالتوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة دون

<sup>1</sup> فتحي دريني، المرجع السابق، ص. 312.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 216.

<sup>3</sup> زهدي يكن، المرجع السابق، ص 151.

<sup>4</sup> فتحي دريني، المرجع السابق، ص. 313.

توفر لديه أي عنصر "الخطأ" ومع ذلك يمنع ترتيب الأثر على التصرف وتترتب مسؤوليته على أساس أن هو من سبب الضرر، كما في صور استعمال حق الملكية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### الرد على الفقيه "اسمان"

إن متبنى هذا الرأي يتلخص في أن نظرية التعسف في استعمال الحق متناقضة مع المبادئ القانونية، والنتائج العملية للأخذ بالنظرية تؤدي إلى خلط علم القانون وعلم الأخلاق والخوف من تحكم القضاة.

إلا أنه لم يسلم من النقد و بالتالي نجد أنه وجهت عدة ردود تتمثل فيما يلي :

• **الرد الأول** إذا كان مبنى المسؤولية عند التعسف في استعمال الحق هو الخطأ فيعني ذلك أن القاضي لم يمنح سلطة جديدة في ممارسة حقه وبالتالي عليه مباشرة حقه وفق النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية التي خولها له القانون.<sup>2</sup>

• **الرد الثاني** أجاز القانون للقاضي حين معالجة لمواضيع عديدة البحث عن نية الشخص، دون أن يخشى ذلك من التحكم المزعوم.

• **الرد الثالث** لا يوجد تناقض بين القواعد الخلقية والقانون لأن هذه الأخيرة ليست إلا قواعد خلقية ومصحوبة بجزاء.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه "جوسران" أن الحدود الموجودة بين القواعد الخلقية والقاعدة القانونية لا وجود لها تماما إلا في ذهن بعض الفقهاء، والدليل على ذلك هي التعاريف التي عالجوها في كل من علم الأخلاق وعلم القانون لتوضيح الفرق بينهما، أي مبادئ القانون ما هي إلا مبادئ الأخلاق بالقدر الذي يصاحبها الجزاء، وعلم ما هو إلا قواعد التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء. وفي هذا الصدد يؤكد الفقيه "جوسران" إنَّ العنصر الخلفي هو العامل الأول في صنع القانون.

<sup>1</sup> حسن كبيرة، المرجع السابق، ص. 760.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 216.



- الرد الرابع يرى بأن القاضي مقيد بأسس وقواعد معينة وبالتالي لا يعمل بشكل كفي أي بإرادته المنفردة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### الانتقاد الموجه للاتجاه القائل باعتبار الخطأ من نوع خاص

- إن بالرغم من أنّ هذا الرأي يمثل خطوة تقديمية بالنسبة إلى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادي، إلا أنّ وجهته له انتقادات تتمثل في:
- توقف هذا المذهب في المنتصف وعدم توّصله إلى النتيجة التي تقود إليها مقدمته، فإذا كانت فكرة الخطأ قاصرة في نظر هذا المذهب عن الإحاطة بفكرة التعسف، فما الداعي إلى التشبث بها والعمل على ابتداع نوع متميز من الخطأ للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف.

### الفرع الرابع

#### الانتقاد الموجه للتعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التقصيري

- فبالرغم مما يمتاز به هذا المذهب من وضوح، إضافة إلى ما يحققه الأخذ به من سهولة تحديد معيار التعسف برده إلى معيار الخطأ التقصيري، وهو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي<sup>2</sup>، إلا أنه انتقد من عدة جوانب التي نذكر بعضها كآتي :
- إن القول باعتبار التعسف تطبيق من تطبيقات الخطأ، فيه تجاهل لما للحق من غاية يجب الاعتداد بها عند تقدير استعماله، وإقحام على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق.
- ففي مجال الحقوق أين نجد صاحب الحق في مركز ممتاز بالنسبة إلى الآخرين لما يختصه به القانون على محل معين من سلطات إستثنائية، فيجب حينئذ التأكد من أن هذه السلطات سوف تستخدم لتحقيق الغاية التي من أجلها منح هذا الحق وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة واليقظة العامة، مما يعني إمكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله له عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فتحي الدينني، المرجع السابق، ص.315.

<sup>2</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص.712.

<sup>3</sup> حسين كيرة، المرجع السابق، ص.762.

### المطلب الثالث

#### موقف المشرع الجزائري حول فكرة التعسف القائمة على الخطأ

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق، على غرار باقي التشريعات الحديثة . من خلال تضمين التقنين المدني نص ينظم أحكام هذه النظرية، ويتمثل هذا النص في المادة 124 مكرر.

### الفرع الأول

#### محتوى المادة 124 مكرر

قبل الحديث عن المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، نجد أنّ المشرع الجزائري لم يغفل نظرية التعسف في استعمال الحق سواء في ظل القانون رقم 75-58 في نص المادة 41 منه المتضمنة على ما يلي: " يكون استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية...". هذه المادة أوردها المشرع في الباب الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية والاعتبارية تحت عنوان أحكام عامة، فالمشرع نصّ على التعسف بين أحكام الأهلية، ونتيجة للإنقادات الموجهة لنص المادة 41، ألغى المشرع نص هذه المادة وعمل على إيراد نص جديد متعلق بالتعسف في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان " الفعل المستحق للتعويض"، كما أورد كلمة الخطأ في نص المادة 124 مكرر من القانون 05-10 السالفة الذكر من خلال هذه المادة يتضح أنّ المشرع الجزائري تبنى الرأي الذي يعتبر التعسف تطبيق من تطبيقات الخطأ التصريحي وهذا ما ندرسه بالتفصيل في المادة 124 مكرر.

تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على ما يلي " يشكل الاستعمال التعسفي للحق

خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

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

إن بإدراج المشرع للنص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام المسؤولية التصريحية، يكون قد تبنى موقف الفقه والقضاء الفرنسيين، وموقف أغلب المؤلفين العرب في تأصيل التعسف في استعمال الحق، وهو اعتباره شكلاً ومضموناً مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التصريحي<sup>1</sup>، ومعياره هو معيار الخطأ أي الانحراف عن سلوك المؤلف للشخص العادي، وهذا الانحراف يعتد به - حسب المادة 124 مكرر - في ثلاث حالات واردة على سبيل المثال هي: قصد الإضرار بالغير، عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و بين الضرر الذي يلحق الغير، وعدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق.

بالتالي إن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، يعتبر معياراً ذاتياً أو شخصياً ذلك أنه يتعلق بالقصد ونية الشخص بمعنى أنه ينظر أساساً إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإذا كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلى أن يضر بالغير. دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أي فائدة، كان متعسفاً في هذا الاستعمال.<sup>2</sup>

أما في العصر الحديث فقد تبلورت هذه الفكرة (الخطأ) كنظرية قانونية كاملة، فنجد أن الفقهاء دافعوا على هذا المعيار، ذلك أن الحقوق أينما قررت لجلب النفع أو دفع الضرر، فإذا استعملت لجلب الضرر والأذى بالغير، خرج هذا الاستعمال عن صفة المشروعية وأصبح فعلاً ممنوعاً يوجب مسؤولية صاحبه.<sup>3</sup>

أي لا يكفي أن يقصد صاحب الحق أن يلحق الضرر بالغير، وإنما يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يشكل انحرافاً على السلوك المألوفة للرجل المعتاد، لأنه قد يقصد الشخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ولكن يرمي من وراء استعماله لحقه تحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح وتفوق بشكل كبير على ما يلحق الغير من ضرر فهذا قصد الإضرار بالغير لا يعد

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 47.

<sup>2</sup> محمد رأفت عثمان، " التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون "، مجلة الشريعة والقانون // http

Library.mediu.edu.my/books/MAL03903.pdf، تمّ الإطلاع عليه في 2016/06/08.

<sup>3</sup> فتحي دريني، المرجع السابق، ص. 302-303.

تعسفاً، لأنَّ صاحب الحق بتصرفه هذا لم يتجاوز ولم ينحرف على السلوك المألوفة للرجل المعتاد (الشخص العادي).<sup>1</sup>

إلاَّ أنه لو قصد صاحب الحق انصراف إلى إحداث الضرر لشخص آخر، وكان هذا القصد هو العامل الأساسي الغالب لدى صاحب الحق حين استعماله لحقه، رغم أن قصده كان مصحوباً بقصد جلب المنفعة كعامل ثانوي، فإنَّ استعماله لحقه يعد تعسفاً، أما القصد في إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب صاحبه فإنه يعتبر تعسفاً من باب أولى.<sup>2</sup>

بما أنَّ إثبات النية يعتبر أمراً صعباً تمَّ الاستعانة بقرائن تدل عن وجود نية الإضرار كإنتفاء المنفعة الذي يعتبر قرينة دالة على معيار قصد الإضرار، لأنَّ من يستعمل حقه دون أن يثبت توحيه لمصلحة جدية تعود عليه ويلحق بغيره في الوقت ذاته ضرراً يعتبر تعسفاً، كما نجد أنَّ البعض يلحق حالة أخرى تدخل ضمن نطاق الإضرار أيضاً، وهي تفاهة المصلحة أو الفائدة الموجودة.<sup>3</sup> وعبئاً إثبات التعسف هنا يقع على المدعي طبقاً للقاعدة العامة "البينة على من ادعى" كما نصت المادة 323 من القانون المدني الجزائري "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه." لأنَّ الأصل افتراض أنَّ صاحب الحق استعمال حقه استعمالاً عادياً بحسب الغرض منه وحسن النية، فإذا ادعى مالك مثلاً أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره إنما هي بقصد الإضرار به فعليه إثبات إدعائه، وله هذا الإثبات بكافة طرق الإثبات لأنه ينصب على واقعة مادية، وبعد انعدام المصلحة انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا أقام المضرور الدليل على نية الإضرار، اعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعماله ومسؤولاً عما لحقه من الضرر.

إن في بعض الحالات نجد بعض التطبيقات لفكرة التعسف في استعمال الحق أين يقيد الحق في حالة الإضرار بالغير، ومن بين هذه التطبيقات مثلاً: نذكر ما ورد بخصوص حق

<sup>1</sup> السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.844.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.844.

<sup>3</sup> أحمد الصويغي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون، مجلة الشريعة و القانون، عدد الثامن و الثلاثون، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص.29.

الملكية فقد قرر الفقيه "ULPIEN" أنه من حفر بئراً في أرضه وتعمق فيه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق في شأنه أن يسقط حائط جاره ذلك أنه قصد الإضرار به، فهو يعلم آثار تعمقه في الحفر وقد أخذ القانون الفرنسي بهذه الفكرة، حيث ذهب الفقيه "DORMAT" إلى أن الشخص يكون متعسفاً في حقه إذا قصد الإضرار بالغير<sup>1</sup>.

إلا وإن كان من الممكن تطبيق الصورة الأولى للتعسف المتمثلة في قصد الإضرار بالغير على أساس الخطأ التصويري، فالصورة الثانية والثالثة المتمثلة في استعمال الحق للحصول على فائدة غير مشروعة أو استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير فإنه لا يمكن تطبيق فكرة الخطأ التصويري بشأنهما.

### الفرع الثاني

#### النقد الموجه للمشرع الجزائري للمادة 124 مكرر

تعرض المشرع للنقد الشديد على يد الشراح في الجزائر، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ علي سليمان: "إذا كان التعسف صورة من صور المسؤولية التصويرية، فما الفائدة من تخصيص نصوص له؟ أليس النص على أن كل من ارتكب خطأ يضر بالغير يلزم فاعله بالتعويض، أي كافياً ليشمل التعسف إذا كان مبنياً على الخطأ"<sup>2</sup>، وأهم نقد وجه للمشرع الجزائري هو عجز تأسيس النظرية على فكرة الخطأ وعن استيعاب كافة حالات التعسف، خاصة التعسف في علاقات الجوار، فالجار يعتبر متعسفاً في استعمال حق الملكية رغم عدم ارتكابه أي خطأ بأن استعماله استعمالاً عادياً، إذا أصاب الغير نتيجة ذلك ضرر فاحش.

وأمام عجز تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق على فكرة الخطأ عن استيعاب جميع حالات التعسف في استعمال الحق، ذهب البعض إلى تأسيس هذه النظرية على أساسين، يتمثل الأساس الأول في الخطأ بنوعه:

التقصيري (العمد)، و شبه التصويري (الإهمال)، فإذا استعمل الشخص حقه بقصد الإضرار بالغير، عد متعسفاً في استعماله على أساس انحرافه على سلوك المؤلف لل شخص العادي، أي أنه

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 210-211

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 220.

ارتكب خطأً تقصيري و يتم جبر هذا الضرر على أساس الفقرة الأولى من المادة 124 مكرر من القانون المدني، أما إذا استعمل حقه دون الإضرار بالغير، ومع ذلك أصاب الغير ضرر، فيعتبر قد ارتكب خطأً شبه تقصيري بسبب عدم اتخاذه الحيطة والحذر، ويتم جبر الضرر على أساس الفقرات 2 و 3 من المادة 124<sup>1</sup> مكرر.

<sup>1</sup> الفقرة 2 تنص: "إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير"

- الفقرة 3 تنص: "إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

# الفصل الثاني

استقلالية التعسف في استعمال الحق

عن الخطأ التقصيري

ذهب اتجاه من الفقه إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري، ذلك أن التعسف أوسع مجالاً من الخطأ التقصيري، ونظراً لصعوبة إثبات عنصر الخطأ في حق المسؤول، فقد اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن أساس جديد للمسؤولية لتحقيق أكبر قدر من الحماية للمضرور. فأخذت فكرة الخطأ تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات، تارة تحت ستار الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس، وتارة أخرى تحت ستار الخطأ المفترض الغير القابل لإثبات العكس، إلا أنّ هذه المحاولات لم تجد نفعاً، إذ أن فكرة الخطأ بقيت دائماً تلوح في الأفق وهذا ما جعل المضرور وفي الكثير من الحالات يجد صعوبة في إثبات هذا الخطأ.

لهذا نادى الفقهاء الفرنسيين بضرورة تبني فكرة أخرى تقوم عليه المسؤولية وهذا على أن تقوم على أساس الحق أي فكرة الحق.

وهذا ما سنتناوله في المبحثين التاليين بحيث ندرس في (المبحث الأول) الإطار القانوني للحق كأساس في التعسف في استعمال الحق، وفي (المبحث الثاني) الاتجاهات المنادية باستقلالية الخطأ عن التعسف في استعمال الحق.



## المبحث الأول

## الإطار القانوني للحق كأساس في التعسف في استعمال الحق

إنّ الحديث عن التعسف في استعمال الحق حديث شيق لأنّ الضد يظهر حسنه الضد. فإذا أدرك الشخص وأيقن أنّ تصرفه وجميع حركاته وما يصدر عنه لا بدّ أن يكون في إطار من المشروعية وإلا كان متعسفا حتى وإن كان في الأساس له الحق إلاّ أنّه أضر بنفسه أو أضرّ بغيره ذلك لتجاوزه حدود حقه و خروجه عن إطاره المسموح به، وإذا كان هذا التجاوز من قبيل التعسف فإنّه يكون معتديا بالكلية إذا تصرف أو قام بعمل ليس فيه أي حق مقرر له.<sup>1</sup>

على هذا الأساس قد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين بحيث ندرس في (المطلب الأول) اختلاف مفهوم الحق بتعدد الآراء الفقهية، وفي (المطلب الثاني) ارتباط التعسف بفكرة الحق و غايته.

## المطلب الأول

## اختلاف مفهوم الحق بتعدد الآراء الفقهية

إنّ التعسف في استعمال الحق مرتبط أساسا بمفهوم الحق، فيعرف أنّه اختصاص يقره القانون لشخص معين على شيء، فلشخص صاحب الحق، أن يمارس هذا الاختصاص على الشيء من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية جديرة بالرعاية والاعتبار.

إنّ كلمة الحق لم يكون مرورها سهلاً في ذهن رجال القانون واتخذ الخلاف حول ماهيتها أبعاداً فلسفية وهذا ما سننظر إليه في (الفرع الأول) تعريف الحق وفق النظريات التقليدية، أما في (الفرع الثاني) سنتناول تعريف الحق وفق النظرية الحديثة.

<sup>1</sup> أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1991، ص. 5.

## الفرع الأول

## تعريف الحق وفق النظريات التقليدية

يمكن القول ابتداءً أنّ تعريف الحق قد شهد ولا زال يشاهد خلافاً حاداً بين شرّاح القانون فنظر كل منهم إلى الحق من منظور يختلف عن الآخر، الأمر الذي أدّى إلى الاختلاف في تعريف الحق، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، ونشأ عن ذلك ظهور اتجاهات فقهية متعددة تعرّف الحق من الناحية التقليدية، فكان أبرزها الاتجاه الشخصي ( نظرية الإرادة ) الذي ندرسه أولاً وثانيه الاتجاه الموضوعي ( نظرية المصلحة)، وأخيراً الاتجاه المختلط ( نظرية الجمع بين الإرادة والمصلحة).

## أولاً: الاتجاه الشخصي في تعريف الحق

يرى هذا الاتجاه أنّ الحق هو "القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون للشخص، وبمعنى آخر أنّ الحق ينشأ عند مباشرة هذه السلطة".<sup>1</sup>

يرتكزون أصحاب هذا المذهب على صاحب الحق ويعتبرون أنّ إرادته هي العنصر الجوهرية فيه. كما يركّز على خاصية هامة للحق وهي حرية اتخاذ القرار في استعمال الحق أو التصرف فيه، وهذا بلا أدنى شك يمثل أهمية كبرى بالنسبة لصاحبه فمثلاً: حق الملكية هو السلطة الإرادية للشخص في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، والحق الشخصي هو السلطة الإرادية للدائن لمطالبة مدينه بالقيام بعمل أو بامتناع عن العمل أو إعطاء شيء.

لكن رغم أنّ أصحاب هذا المذهب قد قيدوا قدرة الإرادة وجعلوها في حدود القانون فإنّه مع ذلك قد أثار هذا تعريف عدّة انتقادات أهمها:

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، مدخل العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008 ص. 127.

- إن وجود الحق بالإرادة يكشف عن قصور واضح لهذا التعريف على أساس أنه سيؤدي إلى حرمان تام لبعض الأشخاص من ممارسة حقوقهم خاصة الأشخاص التي تنعدم لديهم الإرادة كالصبي الغير المميز أو المجنون أو المعتوه.<sup>1</sup>

- من المسلم أنّ هناك بعض الحقوق التي تثبت للأشخاص المعنوية بالرغم من أنها لا تتمتع بالإرادة الحقيقية.

- أنّ هذا المذهب يخلط بين الحق واستعماله أو بين جوهر الحق ووجوده وبين مباشرته، فالإرادة لازمة في الغالب لمباشرة الحق وليس لثبوته، إذ ليست هي جوهر الحق، فالحق قائم ولو لم يباشر صاحبه سلطاته فمثلاً: المالك مالك ولو لم يستغل ملكه، ويتصرف فيه. فالإرادة لا تلزم في بعض الأحيان لمباشرة الحق.<sup>2</sup>

### ثانياً: المذهب الموضوعي

تزعّم هذه النظرية الفقيه الألماني "إهرينج" ويعرف الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون". فوفقاً لهذا الرأي فإنّ الحق يتكون من عنصرين، عنصر موضوعي، وآخر شكلي.

يقصد بالعنصر الموضوعي الغاية أو المصلحة التي تعود دائماً على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق مالياً، وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالي.

أما العنصر الشكلي فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركناً من أركان الحق، وهي ضرورية وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.<sup>3</sup>

لكن رغم أنّ تعريف "إهرينج" للحق من التعريفات الشهيرة التي لاقت ومازلت تلاقى قبولا في الأوساط القانونية إلا أنّ هذه النظرية لم تسلم من النقد وكانت أهمها:

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص. 128.

<sup>2</sup> مصطفى محمد جمال، محمد حسن قاسم، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية الحقوق، دار الجامعية، الإسكندرية د.س.ن، ص. 13.

<sup>3</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص. 6.

- أن المصلحة هي ثمرة الحق التي يحصل عليها صاحبه والنتيجة التي يريد الوصول إليها والغاية التي يهدف إلى تحقيقها وبالتالي لا يجوز أن يعرف الحق بثمرته أو بنتيجته أو بغايته.<sup>1</sup>

- أنه يجعل الحماية القانونية جزءاً من تعريف الحق، فكأن الحق لا يثبت إلا إذا كانت له حماية قانونية، وهذا لا يمكن التسليم به، حيث أن الحماية القانونية لاحقة على الحق، فلا يمكن أن يقال " إن ما يعتبر حقاً هو كذلك، لأن القانون يحميه، بل الصحيح أن يقال إن القانون يحميه لأنه حق".<sup>2</sup>

خلاصة هذه النظرية تتمثل في أن "إهرينج" يدور حول فكرة الحق دون الوصول إلى جوهرها فتعريفهم يعتمد على أشياء خارجة عن الكيان الذاتي للحق. لهذا نجد أن هذه النظرية لم يفلح لتعريفها للحق مما أدى إلى ظهور اتجاه آخر.

### ثالثاً: المذهب المختلط في تعريف الحق

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى الجمع بين فكرتي القدرة الإرادية في (المذهب الشخصي) والمصلحة في (المذهب الموضوعي) مع اختلاف في ترتيبهما، فمنهم من غلب عنصر المصلحة على عنصر الإرادة، ومنهم من غلب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة، ولكن لم تخل من مظان النقص والقصور مما عرضها للنقد من فقهاء القانون.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### تعريف الحق وفق النظرية الحديثة

إن في ضوء الانتقادات التي تعرضت لها المذاهب الثلاثة السابقة ظهر رأي حديث للفقيه البلجيكي "دابان" حيث يرى أن بعد تحليله لتعاريف السابقة على أن الحق هو عبارة عن انتماء شيء إلى شخص انتماء يحميه القانون<sup>4</sup> ويتعبير آخر هو " تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها

<sup>1</sup> عباس صراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014 ص. 133.

<sup>2</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص. 8.

<sup>3</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص. 128.

<sup>4</sup> عباس صراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 133.

يخول القانون شخصا من الأشخاص سبيلا للاستثناء والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص<sup>1</sup>. فهو يرى الحق أنه ميزة يخولها القانون لشخص ويضمنها بوسائل يكون له بمقتضاها أن يتصرف فيها باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له.

من هذا التعريف انطلق "دابان" في تحليل عناصر الحق، وإرجاعها إلى عنصري الاستثناء (الاختصاص)، التسلط. لذلك فهو يعرف الحق بكلمة مركبة ( استثناء، تسلط) وبحيث أنهما يمثلان وجهان لحقيقة واحدة.

من ناحية الاستثناء في الحق فيقصد بها اختصاص شخص على سبيل الإفراد إما بشيء أو قيمة ما. فصاحب الحق له إذن باستثناء شيء معين أو بقيمة معينة أو يختص بها على سبيل الإفراد، فالمصلحة لا تصبح حقا إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل التخصيص.

أما عن الأشياء والقيم التي تكون موضوع هذا الاستثناء نجدتها مختلفة ومتنوعة، فقد تكون خارجة عن شخص صاحب الحق كالعقارات والمنقولات، وقد تكون قيمة ذاتية متصلة بالشخص ولصيقة به كسلامة الجسد والحياة... الخ، وقد يكون الشخص نفسه هو مصدر هذه الأشياء كحق المؤلف<sup>2</sup>. ولا يكون الاستثناء حقا إلا إذا تمتع الشخص بحماية القانون، والتي تتمثل عن طريق منح الشخص كافة المكينات التي تخوله الحصول على المزايا المرجوة من القيمة التي هي موضوع الحق. ويعبر عن تلك المكينات بما يسمى بالاقتضاء والتسلط.<sup>3</sup>

المقصود بالتسلط القدرة القانونية على مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق الاستثناء، وبالتالي لا بد أن يكون هناك علاقة أو رابطة قانونية بين شخص ما، وشيء معين، تقتضي هذه الرابطة

<sup>1</sup> عبد المنعم البدرابي، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار الكتاب العربي، 1972 ص.450.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص. 130.

<sup>3</sup> محمد حسن منصور، نظرية الحق، " ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمائته و إثباته" الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص.20.

بتسلط هذا الشخص على الشيء محل الاستئثار بحيث يتمتع بكافة المزايا التي يخولها لهذا الشيء فيكون للمالك وحده سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه.<sup>1</sup>

أمّا الاقتضاء فيقصد به إجبار الكافة على احترام هذا التسلط والاستئثار لصاحب الحق بالتمتع بالمزايا التي يخولها له محل حقه، وذلك بدفع كل اعتداء. وإذا لم يلتزموا على احترامه طواعية حق لهم احترامهم جبراً<sup>2</sup> وفي الغالب عندما يقرر القانون لشخص ما سلطة التسلط فإنه يقرر في نفس الوقت أن يكون واجب على الكافة بالامتناع عن القيام بأي تصرف من شأنه أن يعرقل أو يمنع هذا التسلط، أي أن القانون يقرر على عائق الكافة احتراماً بالامتناع.<sup>3</sup>

قد لا يقتصر الاقتضاء على مجرد الالتزام بالامتناع بل يمتد الاقتضاء إلى شخص آخر بالتزام صاحب التسلط بالقيام بالعمل وذلك كما هو الحال في حالة الدائنية التي تخول لصاحب الحق مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته، وعليه فإنّ الاقتضاء يقتضي أن تكون علاقة بين شخصين تخول لشخص آخر أو لأحدهما القيام بعمل أو الامتناع عنه.<sup>4</sup>

نستخلص أنّ رابطة التسلط تظهر في الحقوق العينية أمّا سلطة الاقتضاء فتشمل الحقوق الشخصية.

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 30.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 38.

<sup>3</sup> منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية- نظرية الحق- دار النهضة العربية، 1961، ص. 10.

<sup>4</sup> نبيل إبراهيم السعد، المرجع السابق، ص. 38.

## المطلب الثاني

## النظرية القائلة بارتباط التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق

لقد نادى الفقهاء الفرنسيون بضرورة تبني فكرة أخرى تقوم عليه المسؤولية، فوجد اتجاه يتلخص في أن فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثلها من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها بغاية معينة وترتهن هذه الحماية بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجاوزتها. وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، حيث خصصنا (الفرع الأول) الاتجاه الذي يربط نظرية التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاته، وفي (الفرع الثاني) تقدير نظرية "جوسران"

## الفرع الأول

## الاتجاه الذي يربط نظرية التعسف بفكرة الحق ذاته

يرى أصحاب هذه النظرية أنّ التعسف في استعمال الحق هي فكرة مرتبطة أساساً بفكرة الحق، ذلك أنّ الحقوق بما تمنحه من سلطات استثنائية لبعض الأشخاص دون غيرهم ليست غاية في ذاتها وإنما شرعت من أجل تحقيق غايات معينة، وهذه هي نقطة الارتباط بين نظرية التعسف وفكرة الحق، حيث ترتبط حماية القانون للحق وصاحبه بالالتزام بغايته وترتفع بالانحراف عنها وفي هذا الصدد يقول الفقيه حسين كيرة "... تبدوا فكرة التعسف متعلقة أساساً بتصوير الحق، إذ هي في حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته، ممّا يجعلها فكرة ملازمة ومكمّلة لفكرة الحق بحيث لا يستقيم النظر إليها بمعزل عنها... بل أنّ فكرة التعسف تصبح في الواقع هي التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق".<sup>1</sup>

وعلى حدّ قول هذا الفقيه نستخلص أنّ فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة للحق، وأنّها مشكلة أولية سابقة على المسؤولية، وعلى هذا الأساس يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج عن دائرة المسؤولية التقصيرية لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في النظرية العامة للحق.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> حسن كيرة، المرجع السابق، ص. ص. 765 - 766.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 768.

لقد توصل الفقه الفرنسي إلى أنّ التعسف لا يقوم على أساس الخطأ، بل يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالجار ولو لم يكن مخطئاً، ويرى الأستاذ " علي علي سليمان " أنّ التعسف في استعمال الحق قد استمد القوانين العربية من الشريعة الإسلامية أصلاً، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية ... فيعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلاً عن نظام المسؤولية التقصيرية... الخ

على هذا الأساس يتبين لنا أنّ نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية والأفضل باعتبارها تطبيقاً لقواعد العدالة، فالمبالغة في الشيء حتى وإن كانت في إطار القانون، تؤدي إلى الفوضى وإلى مخالفة القانون لذا يجب تقييدها ومسائلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضرراً للغير.<sup>1</sup>

بالإضافة إلى الرأي السابق الذكر، برز رأي آخر بزعامة الفقيه "جوسران" حيث يرى أنّ التعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله ويفهم من هذا، أنّ الحق شرع وسيلة لتحقيق الغرض، وليس الغاية في ذاته، ذلك أنّ "جوسران" يعتبر الحق في ذاته وظيفة اجتماعية ، لأنّ الحقوق بما أنّها متفرعة عن القانون يجب أن تتسم بطبيعتها، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية في نشأتها، وروحها، والغرض منها.

إذا كانت الجماعة قد منحت الأفراد هذه الحقوق، فلكي تكون في أيديهم وسائل آمنة وعمل لصالح الجماعة، ولا يتم ذلك إلا عن طريق استعمالها على الوجه الذي يحقق الغرض منها، وإذا خرج ذو الحق عن هذا الهدف، كان متعسفاً، لمخالفته لروح الحق و الغرض الاجتماعي منه، فحق الملكية مثلاً ليس إلا وظيفة اجتماعية، ذلك أنّ الفرد لم يمنح السلطات التي يباشر بها هذا الحق، إلا ليتخذها وسيلة لتأمين بناء المجتمع وراحته أولاً، ومن هنا كان لزاماً عليه أن يمارسها في حدود تلك المصلحة العامة ولا يخالفها.

لما تبين أنّ هذا المعيار ( الحقوق ) يتميز بنوع من التجريد والسعة وعدم التحديد بحيث يعسر تطبيقه في القضاء، فضلاً عن إتاحة الفرصة بسبب هذا التجريد والسعة لتحكم القضاء، قال

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 210.



"أنه بالإمكان أن يستعان على معرفة انسجام الوجه الذي استعمل فيه الحق مع الغرض المستهدف منه، أو مع روح القانون، بالبحث عن الدافع أو السبب المشروع لديه، كان متعسفا على الأساس أنه خرج عن الغاية الاجتماعية للحق، فلا بد أن يكون الدافع ملائما لروح الحق والغرض منه"<sup>1</sup>.

كما يرى إن معيار الخروج عن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق قد أخذ به الأستاذ "جني"، و"ريبير"، "هوريو" و"باريتي"، وغيرهم.. ويمكن أن يرد إليه في نظر "جوسران" جميع المعايير التي قالها الفقهاء مثلاً حول قصد الإضرار، أو انعدام المصلحة المشروعة، أو مباشرة للحق بما يلحق ضرراً بالغير دون منفعة لصاحبه، أو الاستعمال غير الطبيعي للحق.

## الفرع الثاني

### تقدير نظرية "جوسران"

يؤخذ على هذه النظرية ما يلي:

• الرد الأول: أن هذا المعيار قام على أساس أن الحق بذاته وظيفة اجتماعية، وأن المصلحة العامة هي المستعمل بها في تقرير الحق، لا المصلحة الخاصة، وقد بينا ما يؤدي إليه هذا النظر من ثغرات على شخصية الفرد وصالحه الخاص، مما يخل بالتوازن الذي يجب الحرص على إقامته بالنسبة لكل حق فردي ويكون ذلك بالحفاظ على صالح الفرد وشخصيته وكيانه هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن تحويل الحق بذاته إلى وظيفة اجتماعية بحيث يصبح صاحبه مجرد وكيل، أو موظف، يمارس سلطات محددة، أي يشغل مركزاً قانونياً معيناً يفرض عليه التزامات إيجابية وسلبية حيث يقول أن تحويل فكرة الحق إلى ذلك هوفي الحقيقة إلغائها لأن فكرة الحق بما يخول صاحبه من سلطات يمارسها من أجل صالحه الذاتي بحيث تعتبر دعامة أساسية يقوم عليها، يعتبر الفرد مجرد آلة اجتماعية، أو عنصر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> فتحي دريني، المرجع السابق، ص. 218.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 319.

• الرد الثاني: أنّ المعيار الذي أتى به الفقيه "جوسران" فهو ذو مفهوم عام مجرد واسع وغير محدود، وذلك مما يعسر تطبيقه في القضاء، كما يفتح باب الأهواء الشخصية للقضاة، لأنّ كل قاض ينظر إلى الغاية الاجتماعية للحق بمنظوره الشخصي، ولا يخفى ما في ذلك من خطر على الحقوق وعدم استقامته في ميزان العدل،<sup>1</sup> لهذا رأينا أنّ "جوسران" يدعوا إلى الاستعانة بالباعث النفسي ليتخذ قرينة على مجافاة استعمال الحق لغايته وروحه والغرض منه الذي هو انعدام الدافع المشروع.

• الرد الثالث: أنّ هذا المعيار قاصر على استيعاب جميع حالات التعسف، لأنّه لا ينطبق على مضار الجوار الغير المألوفة، أو الضرر الفاحش ذلك المعيار الذي استقر في الفقه الإسلامي وقننته الأحكام العادلة. ووجه عدم انطباقه، أنّ مالك العقار قد يستعمل حقه استعمالاً عادياً متوخياً في ذلك المصلحة أو الغاية الاجتماعية، بل وقد يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني ومع ذلك يكون متعسفاً، إذا ما نتج عن ممارسته لحقه ، هذا ولو بدون قصد منه سبب أضرار فاحشة بالغير. مثلاً كإقامة مصنع في وسط المدينة، فهنا لا يمنع أن ينشأ حي للسكن فيما حوله ذلك بسبب الأضرار الفاحشة التي ينتجها ذلك المصنع لتعطل الانتفاع المقصود من عقاراتهم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> فتحي دريني، المرجع السابق ، ص. 319.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 320.

## المبحث الثاني

## ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بقوام المجتمع

أن تحقيق الخير العام يكمن في تمكين الأفراد من استعمال حقوقهم إلى أقصى حد وخفض القيود والعراقيل التي توضع إلى الحد الأدنى والضروري لحفظ النظام في المجتمع، وعليه سنتطرق إلى مفهوم النظام العام في (المطلب الأول)، وفي (المطلب الثاني) ربط التعسف بمبادئ الاجتماعية ومبادئ الأخلاق.

## المطلب الأول

## النظام العام في ظل الآراء الفقهية المتباينة

لقد ارتبط مفهوم النظام العام بمفهوم وظيفة الدولة، حيث كان دورها التقليدي يكمن في الدفاع وحماية المجتمع من كل الاضطرابات، دون التدخل في مجال النشاطات الفردية المتروكة للمبادرة الحرة للأفراد. وعليه جاء المفهوم الكلاسيكي للنظام العام مفهوما سلبيا يقتصر على عدم وجود الاضطراب.

ولما كانت وظيفة الدولة مقصورة على الدفاع من أجل ضمان حماية أفراد الجماعة من كل الاضطرابات دون التدخل في نشاطاتهم الخاصة، فإن الفقه التقليدي حدد مفهوم النظام العام تحديدا ضيقا وسلبيا<sup>1</sup>. ومن جهة أخرى، فإن التضييق في مفهوم النظام العام يؤدي حتما إلى التضييق في مقوماته و عناصره. بناء على ذلك سنتحدث على التعريف الضيق لنظام العام في (الفرع الأول)، وعلى التوسع من مضمون النظام العام في (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص. 29.

## الفرع الأول

### التعريف الضيق للنظام العام

يقصد بالنظام العام وفقاً للفقهاء التقليديين عدم وجود الفوضى والاضطراب. فهو ذلك النظام المادي الذي يستهدف إلى تحقيق حالات واقعية ملموسة ولقد أكد الفقيه موريس هوريو "Maurice hauriou" على هذا المعنى بقوله أن: "...النظام العام حالة فعلية معارضة للفوضى...."<sup>1</sup> اعتمد في تحديد معنى النظام العام على طبيعته، إذ أضفى على النظام العام الطابع المادي دون الجانب الخلفي أي الشعوري. إن النظام العام حسب هذا التصور يعني القدر الأدنى من النظام إذ لا يشمل تنظيم الحياة في المجتمع. فواجب الفرد هنا سلبي وهو الامتناع عن إحداث أي اضطراب. إلا أنه يؤخذ عليه غموض فكرة الفوضى من حيث مضمونها ونطاقها، إذ لم يبين ماهيتها ومتى يمكن أن نقول أن هناك فوضى حتى يتسنى لسلطات الضبط الإداري التدخل من أجل القضاء عليها، فضلاً عن إهماله للجانب المعنوي للنظام العام. أما الأستاذ زين العابدين بركات، فكان أكثر وضوحاً في تحديد العناصر المادية المكونة للنظام العام بقوله أن: "النظام العام يعني المحافظة على الأمن العام، الراحة العامة والسلامة العامة"<sup>2</sup>

إن النظام العام الذي تهدف سلطات الضبط الإداري إلى حمايته هو ذلك النظام المادي أو الطبيعي، وذلك من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تعكيره، وليس النظام الذي تعمل الدولة على إقامته فهذا الأخير يخرج من نطاق أغراض سلطات الضبط الإداري. ولقد أكد على هذا المبدأ الأستاذ جون "يفس شيروت" "Jen Yves Chérot" بقوله أن: "النظام العام هو النظام الطبيعي الذي يجب حمايته وصيانته وليس النظام الذي تعمل الدولة على إقامته"<sup>3</sup>

<sup>1</sup>CHEROT Pierre Yves, la notion d'ordre sociale dans la pensée de MauriceHauriou. Contribution de l'étude de son œuvre, in revue française de droit administratif, n°3 du 12-01-2009, p 419.

<sup>2</sup> زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإدارية، جامعة دمشق، دمشق، 1979، ص.491.

<sup>3</sup>CHEROT Jean Yves , la notion d'ordre public dans la théorie de l'action administratif, sous la direction de Linotte Didier, éd economica, paris , 1985, p.30.

إن النظام العام وفقا للنظرة التقليدية ينصرف إلى عناصر ومقومات ثابتة، تتمثل أساسا في الأمن، الصحة، والسكينة العمومية، ولقد أكد الفقيه "مارسيل" فالين " بقوله أن: "الأمن والسكينة والصحة العامة هي العناصر الوحيدة التي يمكن لسلطة الضبط البلدي اتخاذها عند تحديد وتقييد حرية المواطنين".<sup>1</sup>

لقد سايرت مختلف التشريعات هذا التوجه وذلك بالاكفاء بتحديد مقومات وعناصر النظام العام دون تقديم تعريف له، فالمشرع الفرنسي مثلا اكتفى بتحديد العناصر المادية المكونة لمضمون النظام العام<sup>2</sup> وذلك في المادة 97 القانون الفرنسي المؤرخ في 05 أبريل 1884 المتعلق بالبلدية: "هدف البوليس البلدي هو ضمان حسن النظام، الأمن العام، والصحة العامة.<sup>3</sup> غير أن هذه المادة تثير مسألة جوهرية تتمثل في معرفة ما إذا كان المشرع قد حدد هذه العناصر بصفة حصرية أم أنها جاءت على سبيل المثال.

وفي هذا الشأن اختلف الفقه الفرنسي حيث يرى الأستاذ هنري تيتجن " Henri Teitgen " أن المادة 97 جاءت بصفة حصرية إذ لا يحق لسلطة الضبط البلدي تجاوزها، في حين يرى الفقيه جون كستاني " Jean Castgne " أن المادة 97 جاءت على سبيل المثال، مبررا موقفه بالفقرة الثانية من نفس المادة التي جاء فيها: "وتختص سلطات الضبط الإداري البلدي بمايلي....: الخ"<sup>4</sup>

أما المشرع الجزائري فلقد ساير نظيره الفرنسي، إذ لم يتكفل بتحديد مفهوم النظام العام، بل اقتصر على تحديد العناصر المادية الثلاثة المكونة للنظام العام، بموجب القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية حيث نصت المادة 88 منه بموجب القانون رقم 10/11 على أنه: "يقوم رئيس

<sup>1</sup> سكينة عزوز، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري و الحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990، ص. 33.

<sup>2</sup> LAJOIE Jean Louis, liberté, participation et ordre public en droit algérien, thèse pour le doctorat d'état en droit, mention droit public, université Jean moulin, lyon III, faculté de droit, 1983, p.394.

<sup>3</sup> L'article 97 alinéa 1 de la loi du 05-04-1884 du code municipale stipule que: " la police municipale a pour objet le bon ordre, la sureté public et la salubrité publique".

<sup>4</sup> TEITGEN Henry, la police municipale, l'ordre public et les pouvoir de maire, sirey, paris, 1934, p.300.

المجلس الشعبي البلدي تحت إشراف الوالي بما يأتي السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية ..<sup>1</sup>

في بعض القوانين الأخرى كقانون الأحزاب السياسية مثلا فإننا نستخلص من خلال عبارة الاضطرابات الوشيكة الوقوع التي استعملها المشرع الجزائري أنه يقصد النظام العام المادي وليس المعنوي.<sup>2</sup>

إن في هذا التحديد أهمية بالغة وذلك حتى لا يفتح المجال أمام سلطات الضبط الإداري للتوسع من دائرة التدخل في تقييد حريات الأفراد وهذا يشكل خطرا على القاعدة التي مفادها أن الحرية هي الأصل والتقييد هو الاستثناء، فكلما تم التوسع في نطاق النظام العام إلا وحصرتنا من مجال الحريات. وانطلاقا من هذا التحديد الضيق لمضمون النظام العام، فليس لسلطات الضبط الإداري أن تقيّد حريات الأفراد بهدف صيانة النظام العام الجمالي، أو حماية الآداب العامة لكونها لا تدخل في نطاق أهداف سلطات الضبط الإداري وفقا للمفهوم التقليدي للنظام العام، وعلى هذا الأساس يسهر القاضي الإداري على عدم خروج سلطات الضبط الإداري عن هذه العناصر المادية الثابتة.

بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري الفرنسي نجد أنه اعتمد على هذه العناصر الثلاثة كمقومات للنظام العام.<sup>3</sup> وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 08 أوت 1919 في قضية "Labonne"

يتضح مما سبق أن غالبية التشريعات توكل من الفقه والقضاء يتفقون على أن هذه العناصر الثلاث تشكل المكونات المادية الأصلية للنظام العام والمتمثلة في الأمن العام، السكينة العامة والصحة العامة.

<sup>1</sup> القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ج.ج. العدد 37، الصادر في 03 جويلية 2011.

<sup>2</sup> القانون العضوي، رقم 12-04 المؤرخ في 12 جانفي 2012 يتعلق بالأحزاب السياسية، ج.ج.ج. العدد 02، صادر في 15 جانفي 2015.

<sup>3</sup> HOFNUNG Guillaume Michel, l'ordre public sanitaire et l'environnement, revu de la gendarmerie national, 4<sup>eme</sup> trimestre, 2006, n°221, p. 33.

## الفرع الثاني

## التوسع في مضمون النظام العام

لقد تم توسع مفهوم النظام العام، بحيث لم يعد يقتصر على مجرد حماية ووقاية المجتمع من الاضطرابات المادية الخارجية لإقامة الأمن، السكينة والصحة العامة، بل تعدى هذه الحدود التقليدية إلى مجالات أخرى استجابة لتطور المجتمع وازدياد تدخل الدولة في مجال النشاطات الفردية.<sup>1</sup>

أكد الفقيه "بول برنارد" " Paul Bernard " على هذا التوجه بقوله أن: "النظام العام التقليدي قاصراً نظراً لسلبياته التي تجعله يتوقف عند حد النتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود الاضطراب المادي في المجتمع، بل هو نظام حي ديناميكي لأنه نتيجة وثمره لعمل بناء ومجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة وموجهة لأهداف متعددة من أجل هدف اجتماعي عام وشامل. فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية، الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الفكرية والأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة معينة " <sup>2</sup>

## المطلب الثاني

## ربط التعسف بمبادئ الأخلاق والمبادئ الاجتماعية

نادى جمع من الفقهاء بوجود الفصل بين فكرة التعسف في استعمال الحق، وفكرة الخطأ التقصيري والقول باعتبار التعسف نظرية قائمة على أساس الحق، أي مرتبطة بغاية الحق الاجتماعي ولذلك ينبغي استعمال الحقوق بما يتفق مع هذه الغاية، وبما يتفق مع المبدأ العام في الحقوق سواء كان مردها الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية. وسنرى في (الفرع الأول) الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية وفي (الفرع الثاني) الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بالإخلال بالمبادئ الاجتماعية.

<sup>1</sup> BERNARD Paul, notions d'ordre public en droit administratif, L.G.D.J, paris, 1962, p.12.

<sup>2</sup> Idem, p.12.

## الفرع الأول

## الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية

لما كانت مشكلة التعسف سابقة على المسؤولية، فإنه قبل الوصول إلى مشكلة المسؤولية فإنه ينبغي أن نبدأ بحل مشكلة التعسف. لهذا فإن التعسف مثل صلة بين الحق والأخلاق، فتوجد بجانب المشروعية القانونية مشروعية أخلاقية، وليس ثمة حق يمارس بطريقة غير أخلاقية، فإن التعسف في استعمال الحق يقع عند استعماله ضد الأخلاق، كما أن نظرية تمثل تصحيحاً للأخلاق التي تتوسط المشروعية.<sup>1</sup>

على ذلك فإن ما يحدد التعسف ليس استعمال الحق في ضوء الغرض الاجتماعي والاقتصادي وإنما في ضوء الاستعمال المخالف للأخلاق ويبدو عندئذ المعيار الحقيقي للتعسف هو الأخلاق التي لا تظهر فقط في استعمال الحق بسوء نية، وإنما كذلك في استعمال الحق بالأنانية والأخلاقية ولهذا يختلف هذا المعيار الأخلاقية عن الخطأ لأن الاستعمال هنا لا يمثل خطأ تقصيرياً إذ أن العمل تم في حدود القانون وقد أصاب الغير بضرر ما.<sup>2</sup>

لقد نادى بهذا الرأي الفقيه "ساليلاس" "salleilles" حيث ذهب إلى القول باستقلال نظرية التعسف عن الخطأ ذلك أن التعسف لا يمثل إخلالاً بالتزام قانوني أو تعاقدية، إنما يثير مشكلة تتعلق بالأخلاق، ففي نظره أن هناك إلى جانب المشروعية القانونية، ما يسمى بالمشروعية الأخلاقية، والتعسف يقع عند الإخلال بهذا النوع الأخير من المشروعية، وبالتالي فإن أساس التعسف هو اللاأخلاقية في استعمال الحقوق.<sup>3</sup>

وما دام أن للحقوق غاية اجتماعية تجعل من الضروري أن يتماشى استعمالها مع النظام العام الذي يقوم عليه كيان المجتمع، ومع ما تسود هذا الأخير من أخلاقيات، وعليه فإن استعمال

<sup>1</sup> شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، د.ب.ن، د.س.ن،

ص. 115. "La théorie de l'abus représente le correctif de la moralité que postule la légalité".

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 115.

<sup>3</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص. 236.



الحق يكون غير مشروع باعتباره استعمالاً تعسفياً، إذا كانت المصالح التي يبتغي صاحبها تحقيقها منه مصالح غير مشروعة، تخالف النظام العام والآداب. كمن يدير مسكنه كمنزل للدعارة، أو كوكر للقمار أو لتزيف العملة<sup>1</sup>.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد حيث أن أهم ما يأخذ عليه هو أنه يطمس معالم الحدود بين القانون، والأخلاق رغم الاختلاف القائم بينهما.

### الفرع الثاني

#### الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بالإخلال بالمبادئ الاجتماعية

يذهب هذا الرأي إلى أنّ مشكلة التعسف بعيدة عن الأخلاق، ودليل ذلك أنّها لم تتوقف عن قصد الإضرار، وإنما تختلف تبعاً لطبيعة كل حق، وإنّ مشكلة التعسف تتصل بطبيعة كل حق بل وتشمل كذلك حقوق السلطة العامة، إذ تتدرج في كل حق وبالتالي إلى جانب الحدود الموضوعية حدود أخرى تتصل بغايته وارتباطه بالمجتمع، فاستعمال الحق ينبغي أن يجري وفقاً لأسباب تتفق مع استقرار النظام الاجتماعي وتقدمه، والذي يؤكد أحقية التعسف ويحدد موقعه. ذلك نجد أنّ هذه الحقوق تمتعت بالحماية لأنّها اجتماعية وتحقق فائدة للمجتمع، فالمصلحة الاجتماعية هي غائية هذه الحقوق، ومن ثم ينبغي أن تكون هذه الغاية موضع الموازنة، سواءً كانت هذه المصالح عامة أم خاصة لأنّ هذه الأخيرة ليست إلاّ مصالح اجتماعية مباشرة. فالنظرية تمثّل منهاجاً أو سبيلاً للاتجاه الاجتماعي للحق وهي ما تسمح بتطوره.<sup>2</sup>

يرى هذا الاتجاه أنّ التعسف هو الحد بين غلو الحقوق الفردية أي الحقوق الشخصية، لأنّ ثمة حدوداً قانونية للحقوق مفادها أنّها تمارس وسط المجتمع، وبالتالي يعدّ متعسفاً كل من يستعمل هذه الحقوق بصورة غير اجتماعية. فعلى القانون أن يحقق مهمته المتمثلة في التوفيق بين الامتيازات الفردية التي تتعرض دائماً للموازنة بينها، وعلى ذلك فإنّ كل استعمال للحق من شأنه

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص. 236.

<sup>2</sup> شوقي السيد، المرجع السابق، ص. 116.

أن يخلّ بهذا التوازن، يعدّ عملاً ضدّ المجتمع وتعسفاً متى كان يقصد الإضرار أو الإهمال أو بسبب عدم عناية صاحبه.<sup>1</sup>

فمجال النظرية هنا واسع غير محدد، يرتبط بالمبادئ العامة في القانون فينتقل الحق ويتطور ويتقدم في نطاق القانون الاجتماعي، وبهذا تبدو حدود الحق أكثر مرونة، وتسمح للقاضي أن يباشر رقابته على هذا الاستعمال من أجل المصلحة الاجتماعية والالتزام الاجتماعي.

إنّ الأستاذ "كامبيون" "compion" قد ربط التعسف في استعمال الحق بالمبادئ الاجتماعية حيث يرى بأن لكل حق حدود موضوعية، وحدود تتصل بالغاية الاجتماعية التي منح من أجلها هذا الحق، وعلى هذا الأساس يعدّ متعسفاً كل شخص يستعمل حقه بصورة غير اجتماعية،<sup>2</sup> مثال عن ذلك إنسان يستطيع أن يستمتع في داره أو شقته بما يشاء من أوجه الاستمتاع ويستطيع الاستمتاع إلى التلفزيون والراديو والفيديو وأن يقيم الحفلات والأفراح والمأتم في بيته أو في شقته ولكنه يتقيد في كل ذلك بما جرى عليه العرف والعادة. فإذا جرت العادة في الأرياف على إقامة الأفراح في الأعراس مدة معينة من الزمن فلا يحق لمن يتأذى من الضجة أن يشتكي من هذا الأمر. وبالتالي فلو حدث واختلف مع أصحاب العرس وأقام الدعوى عليهم مطالباً بمنعهم من الاستمرار أو مطالباً إياهم بالتعويض عما سببوه له من مضايقة وإزعاج فإن المحكمة ترد دعواه ولا تستمع إلى شكواه أما إذا تجاوز الإنسان في الاستمتاع البريء، بأدوات اللهو وقضاء الفراغ مجرى العرف والعادة بأن استمرت حفلات العرس المدة التي لا يقرها العرف ولم تجر به العادة استطاع المشتكي أن يطلب إيقاف هذا الإزعاج وحق له أن يطالب المسؤولين عن إقامتها بالتعويض.<sup>3</sup>

لكن أهم ما يعاب على هذا الرأي هو غلوه في وصفه لغاية الحق بالاجتماعية، وهذا راجع لنظرتهم إلى الحق على أنه وظيفة اجتماعية، في حين أنّ الحق ذو وظيفة مزدوجة فردية واجتماعية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> شوقي السيد، المرجع السابق، ص. 116.

<sup>2</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 716.

<sup>3</sup> عباس الصراف، جورج حزيون، المرجع السابق، ص. ص. 293-294.

<sup>4</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 717.

خاتمة

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق بنظرية ضرورية ومهمة، فهي ضرورية لأنها تردع وتحد أصحاب الحقوق من الإساءة إلى الغير بحجة استعمال حقوقهم المقررة قانوناً ومهمة لأنها تبسط أحكامها على استعمال كل الحقوق في جميع المجالات، وهذا ما جعل رجال القانون يعملون على تكريس أحكامها من خلال محاولاتهم إخضاع كل الحقوق لها عند استعمالها، ولقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق، فمنهم من اعتبرها صورة من صور الخطأ، وآخرون يعتبرونها مستقلة عن الخطأ وأنها تقوم على فكرة الحق. من خلال عرضنا يمكن أن نستخلص مجموعة من النتائج تتمثل في أنّ ارتباط الحق بالمصلحة شرع من أجلها يجعل من الحق وسيلة لتحقيق المصلحة والمقصد، فلا يعتبر الحق غاية في حد ذاته، فعلى صاحب الحق أن يكتفي في استعمال حقوقه بما لا يحيد عن الغاية المقصودة منه فإذا حاد به عن المقصود قانوناً، أصبح صاحب الحق في مركز غير محمي لا شرعاً ولا قانوناً. إضافة إلى أنّ التعسف في تكليفه لا يعدّ خطأ تقصيرياً أو خطأ شبه تقصيري وإن كان التعسف يرتب على المتعسف مسؤولية توجب التعويض، وإنّما يرتبط أساساً بفكرة الحق حيث يعدّ التعسف ميزاناً لاستعماله على ضوء غايته ومقصده ممّا يجعل نظرية التعسف كمبدأ وقائي عند استعمال الحقوق أي نظرية التعسف تعتبر كنظرية مكملة مستقلة تجد كيانها الطبيعي في نظرية العامة للحق.

لكن التعسف في استعمال الحق يكون داخل دائرة استعمال الحق، أمّا إذا استعمل الحق خارج الدائرة المحددة له، فيكون قد ارتكب بما يعرف بمجاوزة الحق فما هو إلاّ صورة من صور المسؤولية التقصيرية من وجوب الخطأ وهذا ما جاء في نص المادة 124 مكرر من الق.م.الج والذي جاء فيه أنّ التعسف في استعمال الحق حسب المشرع الجزائري ليس هو إلاّ المسؤولية التقصيرية، إذ أنّ التعسف في استعمال الحق تطبيق من تطبيقات الخطأ يستوجب التعويض.

إضافة إلى هذا هناك من ربط التعسف بفكرة الحق وأخرجه عن فكرة الخطأ إلاّ أنّهم اختلفوا كذلك في تحديد مدلول الحق وذلك حسب الفلسفة الذي ينظر إليها هؤلاء في تحديد ماهية الحق وممّا لا شك فيه أنّ اختلاف الفلسفة له أثر كبير في تحديد أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

إلاّ أنّه رغم تعدد الآراء حول الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق نجد أن التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ هو الحل الأقرب إلى المنطق والعدل كونه يحقق انسجاما بين نصوص القانون وهذا الذي بينه المشرع في تعديل القانون المدني بصورة قاطعة بنص المادة 124 مكرر حتّى ينحسم الجدل المثار حول المسألة .

لكن ما نخلصه من هذا أنّ المشرع باتخاذ هذا الموقف قد ضيق بصفة ملحوظة من نطاق التعسف في استعمال الحق، كون مسؤولية صاحب الحق تقوم فقط إذا كان استعماله لحقه فيه انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وإن مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق يعد مبدأ عاما ومستقلا يرتبط أساسا بفكرة الحق، وأن التعسف لا يعد مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري - رغم أنه يرتب على التعسف مسؤولية توجب التعويض وعلى هذا الأساس ندعو المشرع كما يدعو الفقه في الجزائر إلى اعتماد نظرية التعسف باعتبارها مبدأ عاما بإدراجه في نصوص الباب التمهيدي، وذلك بعد النص على القاعدة العامة في استعمال الحقوق التي مفادها أن كل من يستعمل حقه بطريقة مشروعة لا يكون مسؤولاً.

# قائمة المراجع

أولاً-باللغة العربية:

I. الكتب:

1. أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، دط، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1991.
2. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط 7 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
3. أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.
4. حسين كيرة، المدخل إلى القانون، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
5. خليل أحمد حسن قداة، الوجيز فيشرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
6. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999 .
7. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة، منشورات المكتبة العصرية بيروت، د.س.ن.
8. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإدارية، جامعة دمشق، دمشق، 1979.
9. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، المنشورات الحقوقية، لبنان، 1988.
10. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته و معياره في الفقه والتشريع والقضاء دار الشروق الأولى، القاهرة، مصر، 2008.
11. شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و التشريع المصري، ط1، دار الخلدونية للنشر، د.س.ن.
12. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطويجي، القاهرة 1993.

13. عباس صراف، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2014.
14. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998.
15. عبد القادر الفار، العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، د.ب.ن، 2008.
16. عبد المنعم البدرابي، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق دار الكتاب العربي، د.ب.ن، 1972.
17. العربي بلحاج، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون)، الجزء الثاني، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008.
18. علي فيلاي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، الطبعة الأولى؛ موفم لنشر والتوزيع الجزائر، 2002.
19. فتحي دريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 2، المؤسسة الرسالة، بيروت، 1977.
20. محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة الجزائر، د.س.ن.
21. محمد حسن منصور، نظرية الحق، ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
22. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، (مسؤولية التقصيري : الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى الجزائر 2011.



23. محمدي فريدة-زواوي-، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 1998.
24. مصطفى محمد جمال ، محمد حسن قاسم ، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية الحقوق، الدار الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن.
25. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية- نظرية الحق- دار النهضة العربية 1961.
26. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون -نظرية الحق- ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2010.

## II. المذكرات:

### ❖ مذكرات الماجستير

- 1-حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل مذكرة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012.
- 2-سكينة عزوز، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري والحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990.
- 3-عامر أحمد مختار، تنظيم سلطة الضبط الإداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد 1975.

### ❖ مذكرات الماستر

- بومنير وهيبة، بوكموش نيسات، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013.

## III- المقالات العلمية:

- أحمد الصويحي شليبيك، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، عدد 69، الإمارات العربية المتحدة، 2008. ص.ص. 27-32.

V- النصوص القانونية:

❖ القوانين العضوية:

- القانون العضوي، رقم 04-12 المؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالأحزاب السياسية ج.ر.ج.ج. عدد 02، صادر في 15 جانفي 2012.

❖ القوانين العادية:

1- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، صادر في 30/09/1975، معدل و متمم.

2- القانون رقم 10-11 مؤرخ في 10 في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج. عدد 37 الصادر في 03 جويلية 2011.

VI-القواميس القانونية:

- إبراهيم النجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، (فرنسي-عربي)، ط6، مكتبة لبنان، لبنان، 1998.

ثانيا-باللغة الفرنسية:

## I. Ouvrages

1. BERNARD Paul, notions d'ordre public en droit administratif, L.G.D.J, paris, 1962.
2. CHEROT Jean Yves, S/D LINOTTE Didier, la notion d'ordre public dans la théorie de l'action administratif, economica, paris, 1985.
3. TEITGEN Henry, la police municipale, l'ordre public et les pouvoir de maire, Sirey, paris, 1934.

## II. Thèse de doctorat :

– LAJOIE Jean Louis, liberté, participation et ordre public en droit algérien, thèse pour le doctorat d'état en droit, mention droit public, université Jean moulin, Lyon III, faculté de droit, 1983.

## III. Articles :

1. **CHIROTE** pierre Yves, « la notion d'ordre sociale dans la pensée de Maurice HAURIAU, Contribution de l'étude de son œuvre », revue française de droit administratif, n°1 du 12-01-2009. P.P410-422.
2. **HOFNUNG** Guillaume Michel, « l'ordre public sanitaire et l'environnement » revue de la gendarmerie national, 4<sup>eme</sup> trimestre, 2006, n°221, P.P. 30-38.

فہرس

العنوان	الصفحة
كلمة شكر	
اهداء	
قائمة المختصرات.....	01.....
مقدمة .....	03.....
الفصل الأول: التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري.....	07.....
المبحث الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية الناشئة عن التعسف في استعمال الحق.....	08.....
المطلب الأول: تعريف الخطأ.....	08.....
الفرع الأول: التعريف الفقهي للخطأ التقصيري.....	08.....
الفرع الثاني: مفهوم الخطأ في القانون المدني الجزائري.....	10.....
المطلب الثاني: العناصر الأساسية للخطأ.....	11.....
الفرع الأول: العنصر المادي في الخطأ.....	11.....
الفرع الثاني: العنصر المعنوي الإدراك.....	13.....
المبحث الثاني: الآراء الفقهية التي تؤسس التعسف على أساس الخطأ التقصيري.....	14.....
المطلب الأول: عرض الآراء الفقهية .....	14.....
الفرع الأول: رأي الفقيه "بلانيول" حول فكرة التعسف.....	15.....
الفرع الثاني: رأي الفقيه "إسمان" حول فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية.....	16.....
الفرع الثالث: اعتبار التعسف نوعاً متميزاً عن الخطأ.....	17.....
الفرع الرابع: اعتبار التعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التقصيري.....	17.....
المطلب الثاني: نقد الاتجاهات القائلة بفكرة الخطأ.....	18.....

- 18..... الفرع الأول : الرد على الفقيه "بلانيول"
- 20..... الفرع الثاني: الرد على الفقيه "اسمان"
- 21..... الفرع الثالث: الانتقاد الموجه للاتجاه القائل باعتبار الخطأ من نوع خاص
- 21..... الفرع الرابع: الانتقاد الموجه للتعسف في استعمال الحق مساوي للخطأ التقصيري
- 22..... المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري حول فكرة التعسف القائمة على الخطأ
- 22..... الفرع الأول: مضمون فكرة التعسف في استعمال الحق
- 25..... الفرع الثاني: النقد الموجه للمشرع الجزائري للمادة 124 مكرر
- 28..... الفصل الثاني: استقلالية التعسف في استعمال الحق عن الخطأ التقصيري
- 29..... المبحث الأول: الإطار القانوني للحق كأساس في التعسف في استعمال الحق
- 29..... المطلب الأول: اختلاف مفهوم الحق بتعدد الآراء الفقهية
- 30..... الفرع الأول: تعريف الحق وفق النظريات التقليدية
- 32..... الفرع الثاني: تعريف الحق وفق النظرية الحديثة
- 35..... المطلب الثاني: النظرية القائلة بارتباط التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق
- 35..... الفرع الأول: الاتجاه الذي يربط نظرية التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاته
- 37..... الفرع الثاني: تقدير نظرية "جوسران"
- 39..... المبحث الثاني: ارتباط فكرة التعسف في استعمال الحق بقوام المجتمع
- 39..... المطلب الأول: النظام العام في ظل الآراء الفقهية المتباينة
- 40..... الفرع الأول: التعريف الضيق للنظام العام
- 43..... الفرع الثاني: التوسع في مضمون النظام العام
- 43..... المطلب الثاني: ربط التعسف بمبادئ الأخلاق والمبادئ الاجتماعية

44.....	الفرع الأول: الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية.....
45.....	الفرع الثاني: الاتجاه الذي يربط التعسف في استعمال الحق بالإخلال بالمبادئ الاجتماعية.....
48.....	خاتمة.....
51.....	المراجع.....
57.....	فهرس.....

## ملخص

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من أهم النظريات التي يركز عليها القانون في إطار سعية لتحقيق الغاية من وضعه، وذلك لارتباطها بنظرية الحق التي تعتبر أهم نظرية في القانون على الإطلاق، ولسعيها للحد من الأناية المفرطة التي تلازم الشخص عند استعمال حقوقه وتجعله متمسكاً بمصلحة الشخصية بغض النظر عن جسامه الضرر الذي يلحق الغير مقارنة بقيمة الفائدة التي يتحصل عليها.

إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر من أهم النظريات القانونية، فإنها تعتبر كذلك من أعقدها وأكثرها جدلاً حول أساسها القانوني، فالثابت أن هذا الأساس تجسد في صورة اتجاهين فمنهم من اعتبر التعسف داخل نظام المسؤولية التقصيرية أي يعتبره صورة عن الخطأ التقصيري وهذا ما جاء في نص المادة 124 مكرر من الق.الم.الج، منهم من يرى في التعسف مشكلة ترتبط بفكرة الحق ويقوام المجتمع، أي خارج عن المسؤولية التقصيرية.

## Résumé

La théorie de l'abus de droit dans l'application du droit est une des théories les plus importantes sur la qu'elle se concentre la loi dans le cadre de sa démarche pour atteindre ses objectifs et cela est du à son attachement à la théorie de droit qui est considérée comme très importante.

Son objectif est de mettre un terme à la subjectivité exagérée qui aggrave la situation de l'individu quand il utilise ses droits et le rendent attaché à ses intérêts personnels sans se rendre compte de la gravité du mal qui peut nuire à autrui par rapport à la valeur du taux d'intérêt obtenu, et si la théorie l'abus de droit dans l'application du droit est l'une des théories juridiques les plus importantes, elle est considérée comme la plus complexe et la plus de controverse au sujet de la base juridique que cette fondation incarne l'image de deux directions. Certains d'entre eux la considèrent comme un abus au sein du système de responsabilité délictuelle. Toute faute est considérée comme défaillance et ceci est ce qui est cité dans le texte 124 bis du droit civil Algérien. Certains d'entre eux voient le problème de l'abus de droit associée à l'idée du droit et la force de toute communauté en dehors de la responsabilité délictuelle.