وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خاص

فرع القانون الخاص

من إعداد الطالبتين: **تحت إشراف الأستاذ**

عجمي زوينة **لفقيري عبد الله**

عماري حياة

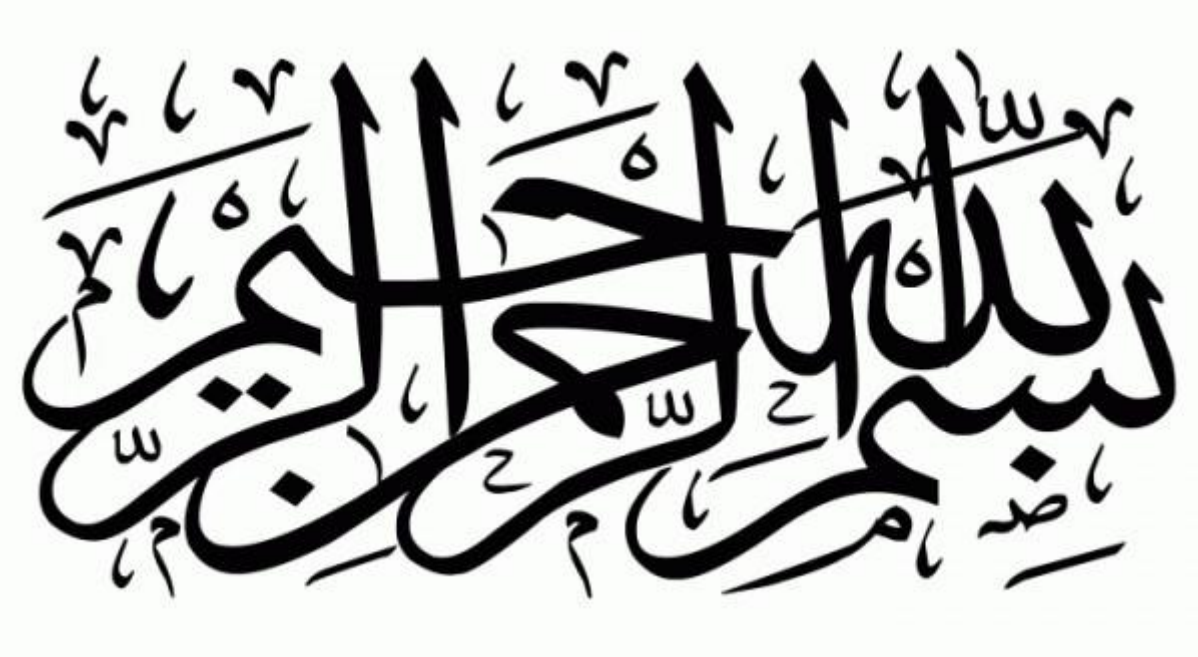
أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):تريكي فريد.....رئيسا

الأستاذ:لفقيري عبد الله.....مشرفا

الأستاذ(ة):خلالف خالد.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019



"يَوْمَئِذٍ يُوَفِّيهِمُ ٱللَّهُ دِينَهُمُ ٱلْحَقَّ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ"

صدق الله العظيم

سورة النور - الآية - 25

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله عز وجل الذي أعاننا ومنحنا الإرادة والعزيمة لإتمام هذا العمل.

أسمى عبارات الاحترام والامتنان والتقدير والشكر للأستاذ المشرف **عبد الله لفقيري**

على نصائحه الوجيهة والمعلومات القيمة التي أفادنا بها، جزاه الله عنا كل خير.

كما نتقدم بخالص الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة التي لنا عظيم الشرف أن تتولى مناقشة هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا أن نشكر جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة وبالخصوص الأستاذة إقروفة التي كان لها الفضل في اختيار هذا الموضوع، وكل من ساهم من قريب أو من بعيد لإتمام هذا العمل.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

منبع الحنان والعزيمة والعطف أمي وأبي الغاليين.

إلى أخويّ لوناس وخلاف.

وإلى صديقتي الغالية يمينة التي ساعدتني في إتمام هذا البحث.

وإلى جدتي وأخي رحمهم الله اللذين لا طالما أردت حضورهما في هذا اليوم.

وإلى كل من ساعدني في إتمام هذا العمل سواء من قريب أو بعيد.

زوينة

إهداء

أهدي هذا العمل المتوضع إلى:

أعظم شخصين وأحب الناس إلى قلبي أبي وأمي العزيزاين حفضهما الله وأدامهم لي

إلى من تمنوا لي النجاح والتوفيق إخواني ماسينيسا و رضوان، وأخواتي صبيحة ونجيمة

وعزيزة

إلى أزواج أخواتي أحمد وسعيد.

إلى فرحة بيتنا الكتاكيت الصغار حفظهم الله مياس وريمة

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهم أمي سالمة، لامية، فاطمة، سعدية.

إلى كل أهلي وأصدقائي وزملائي

حياة

قائمة أهم المختصرات

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية جمهورية جزائرية.

د. ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

ص: الصفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق ع ج: قانون العمل الجزائري.

ق. م. م: قانون مدني مصري.

إلخ: إلى آخره.

الم الج: المشرع الجزائري.

مقدمة

تعتبر الشريعة الإسلامية أساس الحق، فهو منحة إلهية لكل فرد من أجل تحقيق مصالح تكون منسجمة مع مقاصد الشريعة ومع ما يريده الله عزوجل من وراء هذا الحق، وعلى ذلك فإن هذا المنح ليس بالأمر المطلق بل هو مقيد، إذ يجب على أي فرد يستعمل حق من حقوقه أن يستعملها وفقا لمقتضيات وقصد الله عزوجل من تشريعه لهذه الأخيرة[1]، بمعنى ضرورة الموازنة بين التصرفات البشرية والأوامر الشرعية[2]، ولكن إذا كان الأمر عكس ذلك أي استعمله الفرد استعمالا منافي لقصد الله فإن تصرفه يُعد باطلا[3].

كلمة الحق من الناحية القانونية قد أثارت جدلًا فقهيًا بخصوص مفهومها، إذ نجد عدة إتجاهات فقهية إختلفت في تعريفه وذلك بإختلاف وجهات النظر، فهناك الإتجاه الشخصي الذي تزعمه الفقيه سافينيه والذي يعرف الحق على أنه: "قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص ويستمدها من القانون، وحسب رأي هذا الاتجاه فإن الحق صفة تلحق بصاحبه، لكنه تعرض للعديد من الانتقادات من بينها أنه يربط بين الحق والإرادة فقد يحدث أن يثبت للشخص حق دون أن تكون له إرادة، كما قد يثبت له دون أن يكون له علم بذلك، فالحق يثبت لصاحبه دون إرادته لكن لا يمكن له استعماله إلا بوجود إرادة[4].

وهناك أيضا الجانب الموضوعي الذي يتزعمه الفقيه اهرينغ، ويعرف الحق على أنه: "مصلحة يحميها القانون"، ونظرًا لكثرة الانتقادات التي تعرض إليها كلا الاتجاهين ظهر الاتجاه المختلط الذي جمع بين الإرادة والمصلحة وعرفه على أنه "سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون"[5].

وعلى ذلك يمكن القول بأن الحق هو سلطة تمكن صاحبه من الاستفادة منه، وذلك بمباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه والتي يحددها القانون له، حيث أن هذا الأخير في تنظيمه للحقوق

---

[1] ـ مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، 2002، ص 20.

[2] ـ محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، د.د.ن، المغرب، 1992، ص 6.

[3] ـ مجيدي العربي، المرجع السابق، ص 20.

[4] ـ بالنسبة للحقوق التي تثبت للشخص دون أن تكون له رادة نجد مثلا المجنون والصبي غير المميز والجنين، أما الشخص الذي يثبت دون علمه نجد الغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها وكذلك الموصى له، نقلا عن خشاب حمزة، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 159.

[5] ـ خشاب حمزة، المرجع السابق، ص ص 160- 162.

قد سعى للموافقة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، فقد يحدث أن يستعمل الشخص حق من حقوقه وفي الحدود التي رسمها له القانون دون تجاوز هذه الحدود، كما قد يحدث أن يستعمل الشخص حق من حقوقه وفي الحدود التي رسمها له القانون إلا أنه يؤدي بالإضرار بالغير، ففي هذه الحالة يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه[1]، فالبرغم من كون أن الحق هو منحة إلهية كما قلنا سابقا ومخول قانونا إلا أنه لا يعتبر أمر مطلق إنما هو أمر مقيد بعدم الإساءة في استعماله على وجه يضر بالغير أو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق الذي هو موضوع دراستنا.

يعتبر استعمال الحق عملا مشروعا طالما أن صاحبه يلتزم في استعماله له الحدود والنطاق المحددة لهذا الحق، وهذا حسب ما نصت علية المادة الرابعة من القانون المدني المصري[2].

في السابق مع انتشار المذهب الفردي لم تكن هناك رقابة القانون على استعمال الحق، إذ كان الحق أنذاك مطلق من كل قيد[3]، حيث يرتكز هذا الاتجاه على أولوية حقوق الأفراد وكفالتها ذلك أن العبرة بمصلحة الفرد لا بمصلحة الجماعة[4]، ويترتب على ذلك عدم مساءلة صاحب الحق إذا نتج عن استعماله ضرر للغير[5].

لكن فكرة الحقوق المطلقة لا وجود لها في وقتنا الحالي، وذلك نظرا لتطور المجتمعات الرأسمالية والتي أكدت في مجملها على أن الحقوق ليست مطلقة، وبالتالي لم يعد للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه كما كان في ظل المذهب الفردي، بل أصبح مقيدا بالحدود التي تتفق مع مصلحة الجماعة وهذا نتيجة بسط القضاء رقابة على استعمال الحق.

---

[1]- مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية- الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص ص 247- 248.

[2]- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، متاح على الموقع https://www/hamdykhlifa.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ 22/ 07/ 2020 على الساعة 14س 49د.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، السيد محمد السيد عمران، محمد ربحي مطر، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، دارالجامعية، د.ب.ن، 1995، ص295.

[4]- محمد حسين منصور، نظرية الحق (ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته، الشخصية القانونية، الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي)، رمضان وأولاده ، الإسكندرية، 1998، ص267.

[5]- نبيل إبراهيم سعد، السيد محمد السيد عمران، محمد ربحي مطر، المرجع السابق، ص295.

نظرية التعسف ليست بالنظرية الحديثة أو المبتدعة، بل هي فكرة عتيقة تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة كالقانون الروماني[1]الذي عرفها في نطاق محدود بحيث ساد هذا الأمر مدة من الزمن، ثم بعد ذلك انتقل إلى القانون الفرنسي القديم الذي وسع منها قليلا عما كانت عليه في القانون الروماني[2]، حيث ذهب الفقيه الفرنسي *domat* إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير[3]، غير أنه لم تظهر فكرة التعسف في تقنين نابليون نظرا لتقديس المذهب الفردي من قبل الثورة الفرنسية، وبسبب الآثار السلبية للنزعة الفردية حاول الفقه والقضاء تدارك الأمر فظهرت بعض أحكام القضاء التي أخذت بالفكرة، ثم اعتنقها المشرع الفرنسي أين نص عليها لكن في تطبيقات جزئية[4].

عرفت هذه النظرية مكانتها منذ البداية في الشريعة الإسلامية[5]، حيث يقول الدكتور سليمان مرقس في معرض حديثه عن هذه النظرية على أنها وجدت بذورها في الشريعة الإسلامية قبل ظهورها في الشرائع الغربية الحديثة بنحو ستة قرون على الأقل، وقد عرفتها بأوسع مما عرفت به في التشريعات الماضية، كما أن الفقه لم يحصر هذه النظرية في حالة تعمد الإضرار بالغير فقط على النحو الذي كان عليه في القانون الروماني بل اتسعت لتشمل حالات أخرى[6].

كما تبنت الكثير من القوانين المعاصرة نظرية التعسف في استعمال الحق بنصوص تشريعية عامة وصريحة[7]، حيث سنّها المشرع المصري وأعطى لها مكانا بارزا في النصوص التمهيدية مما يجعلها

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني(نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 941.

[2]- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن،2003 ، ص278.

[3]- عباس الصراف، جورج حربون، المدخل إلى علم القانون(نظرية القانون، نظرية الحق)، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 286.

[4]- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 278.

[5]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 268.

[6]- محمد رياض، المرجع السابق، ص 7.

[7]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 268.

تبسط على جميع نواحي القانون[1]، كذلك أن المشرع الأردني لم يغفل على نظرية التعسف بل أخذ بها في القانون المدني[2]، كما أخذ بها أيضا المشرع الجزائري[3].

تكمن أهمية إختيار الموضوع فيما يلي:

. يعتبر هذا البحث جزء من جزئيات المعرفة الواسعة.

. نظرية التعسف تشمل كافة المجالات والميادين، وتطبيقاتها واسعة ومتعددة، تشمل كل فروع القانون.

. ضرورة الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في حالة استعمال الفرد لحق من حقوقه.

. نظرية التعسف لها جزاء وقائي يحمي الحقوق قبل الإعتداء عليها، وجزاء تأديبي يحميها بعد الإعتداء على هذه الحقوق.

يكمن سبب اختيار هذا الموضوع الذي جاء تحت عنوان " **التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون** " كان بناءا على اعتبارات من أهمها:

. لاعتبار أن الموضوع جد حساس ويمس الواقع بشكل مباشر وهذا نظرا لانتشار نظرية التعسف في مختلف المجالات والميادين.

. الأهمية البالغة في الجانب الفقهي والقانوني، بحيث أن معظم الدراسات الفقهية اهتمت بموضوع التعسف.

. ظهور عدة دراسات قيّمة تناولت هذا الموضوع وهذا ما زاد شغفنا في محاولة جمع قواعد هذه النظرية.

. التعرف على مفهوم التعسف والدلائل التي تبين على أن الفعل فيه تعسف والجزاء الذي يترتب عليه سوءا من الناحية الشرعية والقانونية.

---

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول(مصادر الإلتزام)، ط3، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 461.

[2]- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط 2، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 338.

[3]- المادة 124 من القانون رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر.ج.ج، عدد78 ، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج. ر.ج .ج، عدد 44، لسنة 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم07-05 مؤرخ في 13مايو2007، ج. ر.ج .ج، عدد31 الصادر في في 13مايو2007.

وموضوع التعسف لا يخلو بدوره من الصعوبات، وأبرز هذه الصعوبات تتمثل في:

. صعوبة الحصول على المراجع نظرا لأزمة كورونا، حيث تعذر علينا الإلتقاء مع الزميلة ومع الأستاذ المشرف، بالرغم من وجود التواصل عبر النت للتصحيح المبدأي.

. ندرة المراجع المتخصصة والتي تتحدث عن موقف المشرع الجزائري من طبيعة التعسف في استعمال الحق خاصة بعد تعديل 2005.

لكن بالرغم من ذلك توجد بعض الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع ومنها مذكرة ماجستير تناولت نظرية هذه النظرية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ومذكرة أخرى تناولت نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، وهناك مذكرة ماستر تناولت موضوع التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري.

اعتمدنا في دراسة الموضوع على المنهج المقارن حيث قمنا بالمقارنة بين نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية مع التركيز على التشريع الوطني، كما استعنا بالمنهج التحليلي في تحليل بعض النصوص القانونية.

إشكالية البحث:

هل للفرد مطلق الحرية في استعمال الحقوق المخولة له شرعا وقانونا؟

ما مدى توافق الحالات التي يكون فيها الشخص متعسفا في استعمال الحق في ظل الشريعة الإسلامية والقانون؟

وفيما تتمثل أهم تطبيقات هذه النظرية الواردة في الشريعة الإسلامية والقانون؟

وبغية الإجابة على هذه التساؤلات تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

حيث خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي لنظرية التعسف في استعمال الحق، والذي بدوره تم تقسيمه إلي مبحثين، بداية بمفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية في مبحث أول، ومفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون في مبحث ثان.

كما خصصنا الفصل الثاني لتطبيقات نظرية التعسف على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، حيث اشتمل على مبحثين، المبحث الأول تضمن تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق من الناحية الشرعية، أما المبحث الثاني جاء تحت عنوان تطبيقات التعسف من الناحية القانونية.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون

عرفت الشرائع القديمة نظرية التعسف في استعمال الحق، واعتبرتها كنظرية عامة تنصرف إلي كافة الحقوق، فهي لا تعد من ابتداع الفكر، إلا أن هذه النظرية تعد أكثر انضباطا في الفقه الإسلامي[1]، فالله عز وجّل قد نهى وحرم التعسف في الكثير من الأمور[2]، باعتبار أن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، كما أنها تهدف إلى تحقيق المصالح ودرء المفاسد، وهذا ما دفع أغلب القوانين المدنية في العالم الحديث بالاهتمام بهذه النظرية، بما فيها قوانين الدول العربية[3] التي أرست هذه النظرية في تشريعاتها الداخلية، كما أن الكثير من شُراحها يصرحون بأن معظم قواعد ومبادئ هذه النظرية مستمدة من الفقه الإسلامي[4]، ومن ضمن هذه القوانين نجد القانون الجزائري الذي نص على هذه النظرية في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري[5].

ومن أجل التعمق في هذا الموضوع سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة الإطار المفاهيمي لهذه النظرية، وعليه سنتناول نظرية التعسف في استعمال الحق من الناحية الشرعية **(مبحث أول)**، وكما سنتطرق لنظرية التعسف من الناحية القانونية **(مبحث ثان)** .

---

[1]- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعية، القاهرة، 2005، ص 489.

[2]- فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الفكر الجامعي، مصر، 1992، ص 103.

[3]- أحمد الصويعي شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، عدد38، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة،2008، ص 16.

[4]- مصطفى أحمد الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في القانون الإسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها، دار البشير، عمان، د. س. ن، ص 2.

[5]- أمر رقم 75- 58، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المبحث الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

تجد نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فهذه الأخيرة تعتبر من المعالم البارزة للفقه الإسلامي[1]، إذ قد وجدت في الشريعة الإسلامية قبل ظهورها في الشرائع الغربية الحديثة بنحو ستة قرون[2]، فالله عزوجل يمنح لكل شخص مجموعة من الحقوق كالحق في الحياة والحق في الملكية، وذلك بغرض تحقيق المصالح المقصودة من وراء هذا المنح، لكن بالرغم من ذلك إلا أن هذه الحقوق ليست حقوق مطلقة بل تعتبر حقوق مقيدة، فالشخص لا يمكن له أن يستعمل حقوقه إذما كانت فيه مضرة للغير، أو كانت تهدف لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فكما يقول الإمام الشاطبي حقوق الغير محافظ عليه شرعا[3].

ومن أجل التوسع في موضوع هذه النظرية، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، بحيث سنتطرق إلى تعريف النظرية من الناحية الشرعية مع تحديد النطاق والأسس التي تقوم عليها **(مطلب أول)**، وسنتناول أيضا أهم المعايير والضوابط التي ترتكز عليها هذه النظرية **(مطلب ثان)**، ثم نبيّن الجزاء الذي يترتب على كل شخص يتعسف في استعمال حقه **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول

المقصود بالتعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

سنتطرق في هذا الصدد إلى بيان المعنى الشرعي لنظرية التعسف مع تبيان أهم القواعد الفقهية التي تقوم عليها **(فرع أول)**، كما سندرس مختلف الأسس التي تحكم هذه النظرية **(فرع ثان)**.

---

[1]- شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق(طبيعته ومعاييره في الفقه والتشريع والقضاء)، دار الشروق، مصر،2008، ص 255.

[2]. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني(في الإلتزامات، في الفعل الضار، في المسؤولية المدنية)، المجلد الأول، ط5، د.د.ن، القاهرة،1992، ص 357.

[3]. شوقي السيد، المرجع السابق، ص ص 255. 256.

الفرع الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

يعد الحق أمانة سامية في يد المكلف تم تشريعه من أجل تحقيق المصالح لا المفاسد، فإذا انحرف الشخص في استعمال حقه، اعتبر فعله خارج عن مقصود الشارع، كما أن ذلك قد يؤدي إلى الإضرار بالغير مما يجعل صاحبه متعسفا في استعمال حقه، وعلى ضوء ذلك نتناول تعريف نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية **(أولا)**، ثم نتطرق إلى القواعد الفقهية التي تقوم عليها هذه النظرية **(ثانيا)**، وفي الأخير نبين نطاق هذه النظرية **(ثالثا)**.

أولا: تعريف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

يراد بالتعسف في استعمال الحق استعماله على وجه غير مشروع، بمعنى مجاوزة الحق أو الخروج عن حدوده[1]، ومصطلح التعسف لم يرد في عبارات الفقهاء والأصوليين، إذ هناك من أطلق عليه تسمية تعنت[2]عند لكساني، وتسمية المضارة في الحقوق في كتاب الحكمية لابن القيم الجوزية[3]، كما أطلق عليها الإمام الشاطبي تسمية الاستعمال المذموم[4]، أما بالنسبة للدكتور محمد شوقي السيد فأطلق عليها تسمية التعسف، وبالرغم من اقتراب معنى كل هذه المصطلحات إلا أن تسمية التعسف هي الأكثر تداولا والأشهر استعمالاً[5].

تعرف نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية على أنها مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل[6]، بمعنى أن يستعمل الشخص الحق الممنوح له شرعا على نحو يؤدي إلى الإضرار بالغير، وهذا ما نهى عنه وحرمه الشارع الحكيم، فالله عز وجل عند تقريره للحقوق فإنه كما أقر بالحقوق الفردية أقر أيضا بحقوق الجماعة، باعتبار أن غاية الشريعة الإسلامية في

---

[1]- أحمد النجدى زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة،1550، ص 27.

[2]- يتفق التنعت والتعسف في إفادة الظلم والمشقة والإيذاء، والإضرار بالغير، يجوز إطلاق التعسف أو التنعت على نوع خاص من الظلم وهو الناشئ عن إساءة استعمال الحق على وجه مخالف لمقصود الشارع من شرعه، نقلا عن سراج محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر،1998، ص 279.

[3]- المرجع نفسه، ص 279.

[4]- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 2007، ص 19.

[5]- سراج محمد، المرجع السابق، ص 279.

[6]- المرجع نفسه، ص 280.

أصولها هي غاية مزدوجة تتمثل في رعاية المصلحتين، أي يجب على الفرد عند استعمال حقه مراعاة مصلحة الجماعة [1].

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستنبط منه شرطين أساسيين هما:

- ✓ يجب أن لا يكون هناك تناقض لقصد الشارع سواء كان بطريقة مقصودة أو غير مقصودة كأن يتعمد الشخص باستعمال حقه على وجه غير مشروع بقصد الإضرار بالغير.
- ✓ يجب أن يكون الفعل مباحا في الأصل فالأفعال غير المباحة شرعا تخرج من دائرة التعسف [2].

توجد هناك العديد من الأدلة في كتاب الله والسنة النبوية الشريفة التي تنهى وتحرم التعسف في استعمال الحق في الكثير من الأمور، من بين هذه الأدلة نذكر منها:

أ. من الكتاب

قال الله تعالى" **تِلكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ الظالمون**"[3].

ومدلول هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل يحرم على كل إنسان أن يتعدى على حدوده.

ب . من السنة النبوية الشريفة

عن أبي سعيد سعد ابن سنان الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:(**لاَ ضَرَرْ وَلَا ضِرَارْ**)[4].

يعتبر هذا الحديث الشريف قاعدة عامة تقوم عليها نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، حيث أن فيه نهي صريح عن عدم إلحاق الضرر بالغير سواء كان ضرر عاما أو خاصا، كما أنها تعتبر ضمن

---

[1]- فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت،1984، ص 17.

[2]- سراج محمد، المرجع السابق، ص 280.

[3]- سورة البقرة، الآية 229.

[4]- حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندًا، ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلًا، نقلا عن إسلام ويب، حديث لا ضرر ولا ضرار، متاح على الموقع https://www.islamweb.net، تم الإطلاع عليه يوم 31.08.2020 على الساعة 11س 57د.

نظرية مراعاة المصالح، وتشتمل على العديد من المسائل والتطبيقات الواسعة في مختلف المجالات الفقهية، وتعرف لدى البعض "**الضرر يزال**" [1].

كذلك روى البخاري عن النعمان بن بشير أن الرسول ﷺ قال" **مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاه، وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا، ولم نؤذي من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا جميعا**" [2].

ثانيا: القواعد الفقهية المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

توجد جملة من القواعد الفقهية التي تبين بوضوح ماهية التعسف في استعمال الحق، ومن بينها نجد قاعدة الأمور بمقاصدها **(أولا)**، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار **(ثانيا)**.

أ: قاعدة الأمور بمقاصدها

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تبين بوضوح ماهية التعسف في استعمال الحق، بحيث أن هذه الأخيرة تؤيد إعمال الباعث غير المشروع، بمعنى أن الأعمال بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، كما أنها المرجع في الحكم عليها من حيث الحل والحرمة والصحة والفساد[3].

أصل هذه القاعدة حديث صحيح قول النبي ﷺ" **إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى**"[4].

وهذه القاعدة تحتمل وجهين من المعنى:

الوجه الأول:" **إنما الأعمال بالنيات**"، فهذا الحديث يبين أن الشخص لا يقوم بأعمال إلا بوجود نية تدفعه للقيام به وإلى إيجادها، وقوله أيضا" **وإنما لكل امرئ ما نوى**" فإنه يبين لنا أن كل شخص يقوم

[1]- بن غريب رابح، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، الجزائر، 2007، ص ص 318- 319.
[2]- عبد العزيز بن عبدالله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية (دراسة تطبيقية)، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض، 2010، ص 75.
[3]- بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 314.
[4]- رواه البخاري ومسلم، نقلا عن بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 315.

بعمل من الأعمال فإنه ينال من ذلك ثواب إذا كان في نيته صلاحا أو عقاباً في حالة ما إذا كان في نيته فسادا.

الوجه الثاني: كما قلنا سابقا فإن صلاح الأعمال وفسادها تكون مرتبطة بنية الشخص في ذلك العمل، ويقول الرسول ﷺ" **إنما الأعمال بالخواتيم**"، فمعنى هذا الحديث أن صلاح الأعمال وفسادها، وقبولها وعدم قبولها يكون بحسب الخاتمة.

يقول ابن رجب الحنبلي في هذا الصدد أن العقود التي يكون الغرض من إبرامها في الباطن هو التوصل إلى ما هو محرم فتكون بذلك غير صحيحة، ومثال ذلك عقود البيع الذي يكون القصد منها متمثل في الربا، وعليه فإن هذا العقد إنما نوى به الربا وليس البيع[1].

ب: قاعدة لا ضرر ولا ضرار

يعود أصل هذه الأخيرة إلى حديث نبوي صحيح رواه عن الرسول ﷺ عدد من الصحابة، نجد من بينهم أبوسعيد الخدري وابن عباس، وعبادة بن الصامت، رضي الله عنهم أن الرسول ﷺ قال" **لا ضرر ولا ضرار**"، أخرجه الحاكم والبيهقي والدار قطني وابن ماجة وأحمد، وأخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلا، وفي رواية أبي سعيد زيادة هي" **من ضار ضار الله به، ومن شاق شق الله عليه**"[2].

تعتبر هذه القاعدة من القواعد ذات الشأن في الفقه الإسلامي، وهذا نظرا لاشتمالها على مسائل كثيرة وتطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية [3].

نهى الحديث الشريف عن الإضرار بالناس مطلقا، سواء كان ذلك الضرر واقعا أم متوقعا، فإذا كان الضرر واقعا فيجب إزالته بغض النظر ما إذا كان ناشئا عن فعل غير مشروع أو فعل مشروع، أما

[1]- بن غريب رابح، المرجع السابق، ص ص 314-315.
[2]- الإمام الحافظ محمد بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، ط1، كتاب البر والصلة، باب الخيانة والغش، حديث رقم1940، دار الإعلام، ص 441.
[3]- بن غريب رايح، المرجع السابق، ص 318.

إذا كان الضرر متوقعا فيجب رفعه قبل وقوعه، كما قد يكون الضرر المراد إزالته إما ضرر عاما وبذلك وجب دفعه، أو ضرر خاصا الذي بدوره قد يكون أشد أو أخف أو مماثلا[1].

من بين أهم تطبيقات هذه القاعدة نجد ما يلي:

1. قاعدة الضرر يزال

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الذهبية في المعاملات الشرعية، كما أنها تعد مكملة للقاعدة السابقة[2]، فهي تعالج الضرر في حالة وقوعه، وتبين أن كل ضرر يمس بالغير فإنه يعاقب صاحب الفعل الضار بالإزالة للضرر ولأثره، وذلك من أجل تحقيق العدالة بين الناس، كما أنها تمنع الفعل الضار وتحكم بوجوب إزالته ورفع أثاره في النفوس والأموال والعقول والأعراض عموما ومثال ذلك النهي عن التعدي وكل ما هو في معنى الضرر[3].

يجب الإشارة إلى أن هذه القاعدة تعد مبدأ محكما تكفلت به الشريعة الإسلامية، ويعد تطبيقا لمعيار المصلحة في الشرع[4].

2 . الضرر لا يزال بمثله

تقتضي هذه القاعدة أنه اذما وجد ضرر يلحق بالغير نتيجة استعمال الشخص لحق من حقوقه، وكان الضرر مساويا للضرر الذي يلحق صاحب الحق عن عدم استعماله لحقه، فإنه لا يجب لإزالة الضرر الذي قد يصيب الغير أن يحرم صاحب الحق من استعمال حقوقه، بمعنى أن هذه القاعدة تسمح باستعمال الحق في حالة ما إذا كان الضرر الذي قد يلحق الغير مساوي للمصلحة التي قد تنتج من وراء هذا الاستعمال، والحق في هذه الحالة متوقف على مدى مشروعية الإذن ومن عدمه[5].

---

[1]- فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 1و4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988 ، ص ص227- 228.
[2]- بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 323.
[3]- المرجع نفسه، ص ص 322-323.
[4]- شوقي السيد، المرجع السابق، ص 278.
[5]- المرجع نفسه، ص 281.

مثال هذه القاعدة حالة ظهور عيب قديم في المبيع، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد، امتنع رد المبيع بالعيب القديم، لأن البائع عندئذ يتضرر بالعيب الحادث، بل يزال ضرر المشتري بإلزام البائع بالتعويض عن العيب القديم، ما لم يرضى برد المبيع مع عيبه الجديد[1].

3 . قاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف

تحكم هذه القاعدة التعارض بين مصالح خاصة ومصلحة عامة، إذ يدخل ضمن مفهومها قاعدتان أخريان وهما" يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"، "يختار أهون الشرين"، وهذه القاعدة تعتمد على ضابط الموازنة، بين ما يترتب على استعمال الحق من منفعة لصاحبه، وما يترتب عن هذا الاستعمال من مضرة التي قد تلحق سواء بالأفراد أو بالمجتمع، وما يجب الإشارة إليه أنه في حالة ما إذا كان الضرر الناتج عن استعمال الحق أقل من المنفعة، لم يمنع التصرف ولا يكون صاحب الحق مسئولا إذا تصرف بالفعل، والأمر نفسه إذا كان الضرر مماثلا فكما قلنا سابقا "**الضرر لا يزال بمثله**"، أما في حالة ما إذا كان الضرر أكبر من المنفعة التي قد يتحصل عليها جراء استعمال حقه فإنه يمنع من التصرف ويكون مسئولا إذا قام بذلك[2].

4 . يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام

تتفرع هذه الأخيرة من القاعدة السابقة، بحيث أن عمومية الضرر فيها لا يعني أن يتصل بمصلحة عامة فقط بل أن يكون الضرر متصلا بالمجتمع ككل، أو يكفي أن يكون متصلا بجماعة من الناس، ففي هذه الحالة يجب الموازنة بين الضرر الناتج عن حرمان صاحب الحق من استعمال حق من حقوقه وبين الضرر الذي يصيب جماعة من الناس نتيجة استعماله حقه وتحقيق مصلحته، فتقدم مصلحة العموم التي تخص جماعة من الناس على ما يخصه من مصلحة فردية.

ومرد ذلك هو رجحان المصلحة، والوسيلة التي تتم بها الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة هو معيار موضوعي مادي[3].

---

[1]- بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 326.
[2]- شوقي السيد، المرجع السابق، ص 287.
[3]- المرجع نفسه، ص 280.

5. قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المنافع

يعود أصل هذه القاعدة إلى حديث علي رضي الله عنه" **ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم**"[1].

يقدم درء المفسدة على المصلحة في حالة ما إذا كانت هناك مفسدة راجحة، وبجانبها مصلحة، على أساس أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، وتقدم جلب المصلحة في حالة ما إذا كانت المفسدة تافهة بالنظر إلى المصلحة العظيمة التي قد تترتب جراء هذا الفعل، ويقول الإمام الشاطبي في تفسيره لذلك" المصلحة إذا كانت غالبة، فلا اعتبار بالنذور في احترامها"[2]، ومثال هذه القاعدة منع المتاجرة بالمحرمات من خمر ودخان، ومخدرات ولو أن فيها أرباحا ومنافع اقتصادية[3].

ثالثا: نطاق التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة، وبالتالي فإن نطاق ومجال التعسف يشمل جميع الحقوق دون استثناء، فكل الأدلة التي تمنع الانحراف والمضارة في استعمال الحق جاءت بصفة عامة وشملت كل الحقوق العامة والخاصة كذلك الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التقاضي...الخ، فكل هذه الحقوق التي يعتبر مصدرها حكم الشارع تُمكن صاحبها من الانتفاع بها لتحقيق غرض معين وغير مناقض لحكم وقصد الشارع[4].

الفرع الثاني

أسس تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر الحقوق كما قلنا سابقا، وباعتبار هذه الأخيرة هي حقوق مقيدة، فإن هذا الأمر دفع فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تأسيس هذه النظرية على مجموعة الأسس،

[1]- رواه البخاري ومسلم، نقلا عن فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 238.

[2]- فتحي الدريني،المرجع السابق، ص 239.

[3]- بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 329.

[4]- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2014، ص 17.

وعلى ذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى تبيان أهم الأسس التي تحكم هذه النظرية، وتتمثل في أن تكون المصالح معتبرة **(أولا)**، التكافل الاجتماعي **(ثانيا)**، مبدأ الخلافة ألإنسانية **(ثالثا)**، الوظيفة الاجتماعية للمال **(رابعا)**، التوسط والاعتدال **(خامسا)**.

أولا: أن تكون المصالح معتبرة في الأحكام

أباح الشارع الحكيم الحقوق من أجل تحقيق المصالح المنشودة والمقصودة من وراء هذا التشريع، ومن أجل تفادي الشخص للتعسف فلا بد له أن يستعمل حقوقه وفقا لما يبتغيه الله عز وجل من وراء هذا المنح، وإذا كان غير ذلك كان الاستعمال المخالف لقصد الشارع باطلا، وفي هذا السياق يقول الإمام الشاطبي أن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل والأجل معا[1].

ثانيا: التكافل الاجتماعي

يبنى هذا المبدأ في الإسلام على أصول عامة وقواعد مستقرة خلقية وتشريعية، ومن شأن ذلك أن يخلق التوازن بين المصالح كما أنه ينظر للمجتمع على أنه كيان إنساني متواصل متراحم، وعلى ذلك فإن الإسلام أسس هذا المبدأ على مجموعة من الأسس منها مبدأ الرحمة[2]، لقوله تعالى" **وَمَآأَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ** " [3].

والرحمة هو كل ما يشعر به الإنسان في داخله يدفعه لمراعاة الغير، ويمنعه من إلحاق الأذى والضرر له، وهناك أيضا ما يعرف بمبدأ الأخوة الذي اقره الله عزوجل في القرآن الكريم كحقيقة ثابتة[4]، ودليل ذلك قوله تعالى "**إِنَّمَا ٱلۡمُؤۡمِنُونَ إِخۡوَةٞ** "[5].

يعتبر مبدأ الأخوة معيار لضبط تصرفات كل شخص اتجاه أخيه ويمنعه من الإضرار به، إضافة لهذين الأساسان أو المبدآن هناك أيضا مبدأ الولاية والتناصر وكذلك مبدأ التعاون على البر والتقوى، فكل

---

[1]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 17.
[2]- مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية أصول الدين الخروبة، الجزائر، 2002، ص ص 236-237.
[3]- سورة الأنبياء، الآية.107.
[4]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص ص 236-237.
[5]- سورة الحجرات، الآية 10.

هذه الأسس نجدها مقررة في القرآن الكريم، وبالرغم من تعددها إلا أن الهدف منها مشترك يتمثل في تقييد استعمال الحق على نحو يضر بالغير وهو الأمر الذي نهى الله عز وجل عنه[1].

ثالثا: مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض

تستوجب هذه الخلافة التقيد بالحدود والأحكام التي رسمها الله سبحانه وتعالى، فهي أصل الالتزامات الإيجابية والسلبية، كما أنها تعتبر عامل من عوامل تقييد الحق على الوجه الأكمل لتحقيق هذه الخلافة، وعليه فإن هذه الخلافة مرتبطة بالمسؤولية الفردية، فالتزام الفرد بتوجيه قصده في العمل على موافقة قصد الله في التشريع منبثق على أساس خلافته في الأرض[2].

رابعا: الوظيفة الاجتماعية للمال

يعد المال وسيلة أمن وخير، بحيث أنه لا يمكن أن يكون غير ذلك إلا إذا أدى وظيفة نحو الجماعة من الإنفاق والاستثمار في الوجوه المشروعة[3].

خامسا: الإعتدال

تعتبر الشّريعة الإسلامية أساس العدالة ومحور قيام الحياة واستقرارها في الأرض، فهذا المبدأ يعد ركيزة من بين الركائز التي تقوم عليها الأمم والتشريعات وغيابه قد يؤدي إلى تهدمها، وهو الأمر الذي دفع بكل فرد من أفراد المجتمع إلى ضرورة احترام غيره من الأفراد[4]، وما يجب الإشارة إليه أن هذا المبدأ مقرر في القرآن الكريم لقوله تعالى "**إِنَّ ٱللَّهَ يَأمُر بِٱلعَدلِ وَٱلإِحسَٰنِ**"[5].

قوله أيضا "**۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا**"[6].

---

[1]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص ص 236-237.
[2]- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 253.
[3]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 19.
[4]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص 238.
[5]- سورة النحل، الآية 90.
[6]- سورة النساء، الآية 58.

المطلب الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

تعتبر معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية أوسع شمولا وأدق تحديدًا[1]، فالشّرع قد قيد كل شخص عند استعمال حق من حقوقه بضرورة تحقيق المصلحة المقصودة من الشارع الحكيم من وراء منحه الحقوق للأفراد، أما إذا كانت المصلحة التي يريد الشخص تحقيقها من استعمال حقوقه مناقضة لقصد الشارع يكون عمله بذلك باطلا[2]، بمعنى أنه متعسف في استعمال الحق، وهذا الأخير لا يتحقق إلا بتوافر معايير، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب بحيث سنتطرق للمعايير المعنوية **(فرع أول)**، كذلك المعايير الموضوعية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

المعايير المعنوية

يقصد بها العوامل الداخلية والنفسية التي تدفع صاحب الحق باستعمال حقه على وجه غير مشروع مما يعكس عليه الإضرار بالغير[3]، ومن بين المعايير المعنوية نجد معيار قصد الإضرار بالغير **(أولا)**، ومعيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة **(ثانيا)**.

أولا: معيار قصد الإضرار بالغير

يعد هذا المعيار حسب رأي أصحاب الفقه الحديث أنه من أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشريعة الإسلامية[4]، بحيث أن نية وإرادة الشخص تتجه إلى استعمال حقه على وجه يضر ويسئ بالغير ودون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك[5]، ولطالما نهت الشريعة الإسلامية سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة عن الإضرار بالغير في عدة أمور لأن ذلك يتنافى مع مقصود الشارع من

[1]- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 14.
[2]- فودة عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 112.
[3]- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز، المرجع السابق، ص 80.
[4]- نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء،2002، ص 23 .
[5]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص ص 21-24.

تشريعه للحقوق، ومن بين شروط هذا المعيار نجد أن يقصد صاحب الحق بفعله الحاق الضرر بالغير، كما أن يتمحض قصده لذلك[1].

ثانيا: معيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة

يقصد بهذا المعيار استعمال الشخص لحقه على وجه غير مشروع وتحقيق مصلحة منافية لقصد الشارع، وهو الأمر الذي يجعل هذا الاستعمال حرام وباطلا بالضرورة ولا خلاف في ذلك، فاستعمال الأفراد لحقوقهم في الشريعة الإسلامية مقيد بمجموعة من الشروط نذكر منها:

أ . يجب أن لا يكون استعمال الحق بغرض تحقيق مصلحة خاصة لصاحب الحق أو لكافة الناس إلى الإضرار بالمصلحة العامة.

ب . يجب أن لا يتم استعمال الحق بمجرد التلذّذ أي دون الرغبة في تحقيق غاية أو منفعة معينة.

ج . يجب ألا يستعمل الحق لتحقيق غايات غير مشروعة تتنافى مع مقصود الشارع من تشريعه للحقوق.

د . ضرورة الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن استعمال الحق، فإذا كانت الأضرار المترتبة عن استعمال هذا الحق أكثر من المنافع كان ذلك الاستعمال باطلا[2].

الفرع الثاني

المعايير الموضوعية

يقصد به مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من منفعة وما يلزم عن ذلك من مفسدة ووسيلته في ذلك الموازنة[3]، وبناءا عليه يكون الإنسان مسيئا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة المترتبة عن ذلك الاستعمال لا تتناسب مع الأضرار التي تصيب غيره[4].

---

[1]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 22.

[2]- المرجع نفسه، ص ص 24-25.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 37.

[4]- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي (دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية)، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص 83.

يندرج ضمن هذا المعيار معياران فرعيان هما معيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة **(أولا)**، ومعيار الضرر الفاحش **(ثانيا)**.

أولا: معيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة

يقصد بهذا المعيار مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة، بحيث لا يطغى جانب على آخر، وذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس له مطلق الحرية بل يبقى مقيد في تصرفاته بضرورة مراعاة مصلحة الجماعة، وذلك على أساس أن التشريع الإسلامي خلال تنظيمه لشؤون الحياة في المجتمع يهدف إلى غايتين هما مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، وعندما يكون هناك تعارض بينهما تقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد[1].

ينطوي هذا المعيار أيضا على ضابطين عامين هما: اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين، واختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة[2].

أ. اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين

يقصد به أن يستعمل صاحب الحق حق من حقوقه من أجل تحقيق مصلحة مشروعة لكنها تتعارض مع مصلحة شخص أخر أو أشخاص آخرين، بحيث يترتب على تصرفه ضرر يلحق بالشخص أو بالأشخاص لا الجماعة[3]، وهذا الضرر قد يكون أعظم من المصلحة المقصودة جراء ذلك التصرف أو يساويها أو أقل منها، فإذا كان بالإمكان التوفيق بين المصالح المتعارضة وجب الأخذ به، أما إذا كان التعارض بين المصالح شاسعا بحيث لا يمكن التوفيق بينهما فإنه يتم تغليب المصلحة على المفسدة[4]، وهذا في ما إذا كانت المصلحة التي يتوخى صاحب الحق تحصيلها أكبر من المفسدة التي تلحق بالغير،

أما في حالة تساوي المصلحة مع المفسدة فالأكثر موافقة لروح التشريع الإسلامي فإنه لا يمنع صاحب الحق من التصرف، ولكن ليس على إطلاقه بل لا يجب إعمال مرجع آخر ألا وهو الموازنة بين نوعية الضرر، كذلك توجد أيضًا حالة أخرى أين يتم تغليب المفسدة على المصلحة، ويكون ذلك في حالة ما

[1]- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان،2008، ص 42.
[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 43.
[3]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 43.
[4]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 27.

إذا استعمل الشخص حقه وترتب عليه أضرار تلحق بالآخرين فإنه يمنع من التصرف، ومثاله إذا طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه ينضر فإن صاحب الكثير يجاب على أحد الأقوال لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من ضرر شريكه بها[1].

ب . اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة

يقصد به أن يستعمل صاحب الحق حق من حقوقه لتحقيق مصلحة خاصة، لكن ينشأ عن هذا التصرف ضرر يلحق المسلمين عامة، ففي هذه الحالة يمنع الفرد من هذا التصرف نظرا لما يؤول إليه إذ يؤدي إلى الإخلال بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة[2]، ولقد تميز التشريع الإسلامي مقارنة مع غيره من التشريعات بمراعاة حقوق الجماعة في التصرفات الفردية من خلال مناداته بمبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي، وعليه فإذا تصرف الفرد في حق من حقوقه سلبا أو إيجابا منوط بمصلحة الجماعة وحصل التضارب بين المصلحتين تم تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة[3]، ويمنع الفرد من التصرف في حقه استنادا للقاعدة الشرعية "**يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام**"[4].

ثانيا: معيار الضرر الفاحش

يعرف الضرر الفاحش على أنه ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة جراء استعمال الحق[5]، ولقد ورد هذا المعيار بصفة خاصة في الفقه الإسلامي وقرر لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، وأن تنظيمها هو لرعاية الصالح العام[6]، والضرر الفاحش ينقسم إلى قسمين :

. القسم الأول: الضرر الفاحش المألوف الذي يصيب الجار دون أن يخرج عن حدود استعمال الحق العادي، مثل الأضرار التي تحدثها أعمال البناء من أصوات الحفر، ففي هذه الحالة لا بد من التسامح فيه، فإذا تم منع تلك الأعمال سيؤدي حتما إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة[7].

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص ص 44 - 46.
[2]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص ص 46-47.
[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 47.
[4]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 47.
[5]- المرجع نفسه، ص 51.
[6]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 28.
[7]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 51.

. القسم الثاني: الضرر الفاحش الذي تجاوز على حقوق الآخرين كالدخان والضوء المتواصل فهذا يؤدي حتما إلى الإضرار بالغير دون وجه حق، ولقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة حول منع الشخص من التصرف في ملكه إن أضر بالغير، فإذا كان الضرر على الوجه المعتاد ففيه للعلماء قولان، فحسب القول الأول فإنه لا يمنع من ذلك وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما، وفيما يخص القول الثاني فيتمثل في المنع من التصرف وهو قول أحمد ووافقه الإمام مالك في بعض الصور والرأي الراجح هو المنع من التصرف[1].

تجدر الإشارة إلى أن الضرر الفاحش أنواع إذ هناك الضرر الفاحش المادي، وهناك الضرر الفاحش المعنوي، وأخيرا الضرر الفاحش في العلاقات التعاقدية.

أ. الضرر الفاحش المادي

يتحقق هذا الأخير بتعطيل منافع الأملاك تعطيلا ماديا يصعب الاستفادة من الملك[2]، ومثال ذلك إطالة البناء بحيث يحجب أشعة الشمس والهواء عن الدار[3].

ب . الضرر الفاحش المعنوي

يقصد بالضرر المعنوي الضرر الذي يؤذي الجار ويعطل منافع الملك المألوفة من تصرف الإنسان بحرية في ملكه، ومثال ذلك أن يبني بيتا ويفتح فيه أبوابا وشبابيك تشرف على دار جاره وأهله[4].

ج . الضرر الفاحش في العلاقات التعاقدية

يمنع الفقه الإسلامي الإضرار بالغير ضررا فاحشا في أحكام علاقات الجوار في المزارع والمساكن وغيرها، وذلك بالاستناد إلى العديد من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية في تعظيم حقوق الجار ورعايتها[5]، ودليل ذلك قول الله تعالى" **وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين**

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 52.
[2]- عبير شاكر ربحي القومي، المرجع السابق، ص 49.
[3]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 53.
[4]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص ص 50-51.
[5]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص ص 53-54.

والجار ذي القربى والجار الجنب"[1]. فهذه الآية صريحة في وجوب الإحسان إلى الجار ومنع التعرض له بالإيذاء أو الضرر[2].

المطلب الثالث

جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

ترتب الشريعة الإسلامية جزاء على كل شخص يستعمل حقه استعمالا منافيا لقصد الشارع، إذ هناك ما يعرف بالجزاء الدنيوي **(فرع أول)**، والجزاء الأخروي **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

الجزاء الدنيوي

يعتبر هذا الجزاء النتيجة الحتمية لتعسف الشخص في استعمال حقه، وهو يتنوع بتنوع الحوادث والأشخاص وكذلك عمق الضرر، وهذا الجزاء يتخذ واحدة من الصور الثلاث إما التعويض العيني **(أولا)**، أو التعويض المالي **(ثانيا)**، أو الجزاء التعزيري **(ثالثا)**.

أولا: التعويض العيني

يقصد به مطالبة المتضرر صاحب الضرر بإصلاح العين المتضررة في كل الأحوال ليعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل الضرر[3]، ويحتوي هذا الجزاء على عدة صور تختلف باختلاف حالات التعسف:

أ . يمكن أن يكون الجزاء بحرمان صاحب الحق من حقه كعقوبة له، ومثال ذلك سلب الولاية من الولي على النفس، أو المال إذا تعسف في استعمال حقه فأضر بالصغير في نفسه أو ماله.

---

[1]- سورة النساء، الآية 36.
[2]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 54.
[3]- عبير ربحي شاكر القد ومي، المرجع السابق، ص 55.

ب . كذلك قد يكون الجزاء بإلزام صاحب الحق باستعماله ومثال ذلك جبر المحتكر على بيع الطعام للمحتاجين وجبر الولي على تزويج ابنته التي منعها من الزواج فإذا أضر كل واحد منهم على الامتناع قام الحاكم مقامه في ذلك.

ج . كما يمكن أن يكون الجزاء بإزالة نسب التعسف، بحيث يوقف الضرر الناتج عنها، ومثاله إجبار الجار على بناء ساتر يمنعه من الإطلاع والإشراف على عورات جاره.

د . كما قد يكون الجزاء بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعا للضرر الناتج منه، ومثاله منع الشريكان من قسمة المال المشترك إذا كان الشريك الأخر يصاب بضرر جراء ذلك.

هـ . أخيرًا قد يكون جزاء التعسف بإبطال تصرف الشخص المتعسف كإبطال البيع المؤدي إلى الربا[1].

ثانيا: التعويض المالي

يقصد بهذا الأخير الجزاء الذي يقع في مال الشخص كالغرامة والمصادرة، وهذا تعويضا عما سببه استعمال الحق من ضرر بالآخرين، والأصل أن هذا الجزاء يعتبر في الشريعة الإسلامية على أنه جبرا للضرر وليس للعقوبة، والضرر الذي يلحق الشخص من سوء استعمال الحق إما أن يكون ضررا ماديا أو ضررا معنويا[2]، ومثال ذلك الشخص الذي أجرى الماء في أرضه بقصد إتلاف زرع جاره ألزم التعويض المالي عما أصاب الغير من ضرر[3].

ثالثا: الجزاء التعزيري

يعتبر التعزير من العقوبات التي أعطى حق تقديرها إلى ولي الأمر، يوقعها على من يقترف أفعالا محظورة ليس لها عقوبة محددة، وتختلف هذه العقوبة من شخص لأخر، لأن الباعث والقصد منها الزجر والردع[4]، ففي الشريعة الإسلامية أن كل ما لم يرد فيه حد أو قصاص فإن فيه عقوبة تعزيرية[5].

---

[1]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص ص 30 - 31.
[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 57.
[3]- أحمد الصويعي شليبك، المرجع السابق، ص 25.
[4]- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 80.
[5]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 58.

الفرع الثاني

الجزاء الأخروي

يعتبر هذا الجزاء من العقوبات الخاصة التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية، كون أن الشخص الذي يتعسف في استعمال حقه قد يفلت من العقاب الدنيوي[1]، كما أن هذا الجزاء يعتبر مهم لاستقرار المجتمع المسلم، فهناك بعض الحالات لا يمكن إثبات التعسف فيها أمام القضاء، بحيث يبقى الجزاء الأخروي لردع المؤمن عن التعسف في استعمال حقوقه، كما أن المضرور الذي لم يستطع إثبات حقه أمام القضاء يعلم أن هناك عقوبة في الآخرة، وهذا الأمر الذي يهدئ نفس المتضرر على ما أصابه من ضرر، مما يبعث الطمأنينة في نفسه إلى أن هذا المتعسف له لا ينجو من عذاب الله عزوجّل يوم القيامة[2].

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 55.
[2]- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 81.

المبحث الثاني

مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون

يحق للشخص الاستفادة من جميع الحقوق المخولة له من طرف القانون، حيث أن هذا الأخير من خلال تنظيمه للحقوق وتحديد مضمونها قد سعى على ضرورة الموافقة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، فالأصل أن كل استعمال للحقوق من قبل صاحبها بغرض تحقيق مصالح خاصة لا تتعارض مع المصالح العامة، فإنه تعتبر أفعالا مشروعة يبقى صاحبها متمتعا بالحماية القانونية[1]، وفي حالة ما إذا انحرف الشخص في استعمال حقوقه فإنه يعتبر متعسفا[2]، كأن يستعمل حق من حقوقه على وجه غير مشروع ويؤدى ذلك إلى الإضرار بالغير، أو أن يستعمل الشخص حق من حقوقه ودون تجاوزه للحدود المخولة له قانونا إلا أن استعماله يؤدي إلى الإضرار بالغير، ففي كلتا الحالتين تسقط عنه الحماية القانونية ويعتبر متعسفًا وتترتب عليه المسؤولية[3].

وعليه سنتطرق إلى دراسة التعسف في استعمال الحق من ناحية تعريفه **(مطلب أول)**، ومن ناحية أخرى نبين فيها الطبيعة القانونية لهذه النظرية مع إبراز أهم صورها **(مطلب ثان)**، وفي الأخير سنتطرق إلى كيفية إثبات التعسف وكذلك الجزاء الذي يترتب عليه **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول

المقصود بنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون

سبق وأشرنا أن استعمال الشخص لحقوقه ليس مطلقا إنما مقيد، ففي حالة ما إذا استعمل الشخص حقوقه على وجه غير مشروع فإنه يعتبر متعسفا في ذلك، وعلى هذا الأساس يجب وضع تعريف شامل للتعسف في استعمال الحق **(فرع أول)**، مع تحديد نطاق هذه النظرية **(فرع ثان)**.

---

[1]- بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية،ج2:(نظرية الحق)، ط2، د.د.ن، الجزائر، 2009، ص 236.

[2]- بومنير وهيبة، بكموش نيسات، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013، ص 9.

[3]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 275.

الفرع الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق

نتطرق في هذا الصدد إلى تحديد تعريف التعسف في استعمال الحق في القانون **(أولا)**، كما سنميز مصطلح التعسف عما يشابهه من مصطلحات **(ثانيا)**.

أولا: تعريف التعسف في استعمال الحق

نظرية التعسف في استعمال الحق لم يرد بشأنها تعريف في التشريعات سواء الغربية أو العربية، بل تم فقط التطرق إلى تبيان أهم الحالات التي ترتكز عليها هذه النظرية، وفيما يتعلق بالتعريف فلقد تم تركه للفقهاء، وعلى ذلك تعددت المحاولات الفقهية لوضع مفهوم لنظرية التعسف في استعمال الحق، غير أنه لفهم ذلك لا بد من التطرق إلى معناه اللغوي والاصطلاحي.

أ. المعنى اللغوي

التعسف لغة من العسف وهو الأخذ للشيء وللحق على غير طريقه[1]، وكلمة العسف مأخوذة من فعل "عف، يعف، عفا" الذي يعني السير بغير هدى وكذلك التعسف والإعتساف[2].

والعسف بفتح العين وإسكان السين، يقال عسف فلان عسفا ظلمه، وعسف السلطان، يعسف إعتسف والتعسف ظلم، وذلك في الحديث لا يبلغ شفاعتي إماما عسوفا أي جائزا ظلوما، والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ورجل عسوف إذا كان ظلوما[3].

---

[1]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، كلية القانون، جامعة النيلين،العدد22، 2009، ص 21.

[2]- محمود خاطر، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، 2009، ص 183.

[3]- ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، ط4، دار صادر للنشر، لبنان، 2005، ص 245.

ب . التعريف الاصطلاحي

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري فإننا لا نجد نص قانوني يعرف نظرية التعسف في استعمال الحق، إنما اكتفى المشرع بذكر المعايير التي تقوم عليها هذه النظرية في نص المادة 124 مكرر، وبالنسبة للتعريف فلقد ترك الأمر للفقهاء.

وردت العديد من التعريفات الفقهية بشأن نظرية التعسف، لكن بالرغم من تعددها إلا أنها متقاربة نذكر منها:

يعرف التعسف في استعمال الحق على أنه استعمال الشخص للحقوق المخولة له قانونا، بحيث أن هذا الاستعمال يكون مشروعا إلا أنه يؤدي بالإضرار بالغير أي نتائجه تكون غير مقبولة[1]، ومثال ذلك الشخص الذي يقوم ببناء جدار على غير القياس المعتاد بحيث يؤدي إلى حجب الهواء والضوء على جاره عمدا بمعنى أنه قصد الإضرار به ففي هذه الحالة يكون متعسفا في استعمال حقه[2].

تعرف أيضا على أنه استعمال صاحب الحق لحقه بطريقة تتعارض وتتنافى مع ما يقتضيه الحق من استعمال، وبما لا يتفق مع الطبيعة الاجتماعية للحياة[3]، أو ممارسة الحق على نحو يخالف المقاصد والأهداف التي رسمها وحددها القانون أو الشرع على نحو يحقق الأضرار[4].

وكذلك يعرف **الدكتور فتحي الدريني** على أن نظرية التعسف في الأصل هو أن يمارس الشخص حقا من حقوقه الشرعية على نحو مشروع، وهذا الحق يكون مثبت لصاحبه سواء كان بعوض أو دون عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، وعلى وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية[5].

مهما كانت هذه التعريفات مختلفة تختلف باختلاف وجهات نظر الفقهاء إلا أن الهدف الأسمى والغاية منها وحيد ومشترك في كافة التعريفات والذي يتمثل في عدم الانحراف، وضرورة التزام الشخص

---

[1]- زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 109.
[2]- المرجع نفسه، ص 110.
[3]- فاضلي إدريس، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2016، ص 395.
[4]- عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة، العراق،2011، ص 37.
[5]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 46.

بالحدود الموضوعية المرسومة لحقوقه، فقد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود المحددة له قانونا إلا أنه يؤدي بالإضرار بالغير مما يستوجب مساءلته[1].

ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات

يختلط مصطلح التعسف في الكثير من الأحيان بمصطلحات مشابهة له وهذا ما يدفعنا إلى تمييزه عنها، بحيث نميز مصطلح التعسف عن التجاوز **(أولا)**، وكذلك عن الخطأ **(ثانيا)**، وكذلك نميزه عن الإساءة **(ثالثا)**.

أ: تمييز التعسف في استعمال الحق عن التجاوز

يعرف التجاوز على أنه تعدي صاحب الحق لمضمون حقه كما يحدده القانون[2]، وبالتالي يمكن للشخص أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون دون أن يتجاوزها، وفي حالة ما إذا تجاوز الشخص في استعمال حقه الحدود التي رسمها القانون فإنه يكون مخطئا ويلزم بتعويض صاحب الضرر نتيجة ما أصابه من هذا التجاوز[3]، ومن بين صور التجاوز مثلا أن يستعمل الشخص الطريق العام لتوسيع دُكانه أو يقوم بوضع البضائع فيه وذلك من أجل الاكتساب، وهذا ما سيؤدي حتما للإنقاص من حقوق الآخرين ويحرمهم من منافع هذا الطريق، فالطريق العام حق لكافة الناس بغرض الاستفادة منه بالتساوي، وعليه فإنه لا يجوز لهذا الشخص أن يستأثر به لوحده من دونهم، أما الصورة الثانية تتمثل في قيام الشخص باستعمال ملكه على نحو يضر بالجار مثل قيامه بالخبط والدق في بيته بحيث أن هذا الأمر يضر بالجار، أو كمن يحفر بئرا عميقا يضر بمستوى المياه الجوفية التي لغيره، فكل هذه الأفعال تعتبر مجاوزة للحق وليس تعسفا[4].

---

[1]- بوبريوة حسام، التعسف في استعمال الحق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2015، ص 09.

[2]- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية، نظرية الحق)، ج2: نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2012، ص 539.

[3]- مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون(القاعدة القانونية، الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002، ص 294.

[4]- مصطفى أحمد الرزقاء، المرجع السابق، ص ص 26-27.

أما التعسف كما سبق القول فإن صاحب الحق لا يتجاوز الحدود التي رسمها القانون له، بل يستعملها في النطاق المحدد له لكن على نحو يضر بالغير[1]، ومثاله المالك الذي يبني جدار في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا من أجل الإضرار بجاره، بالإضافة إلى منع الضوء والهواء عنه، فهنا يتعسف في استعمال حقه دون أن يتجاوز حدوده وعليه نستنتج ما يلي:

- تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرجه عن كونه حقا، فما هو إلا اعتداء واستعمال ليس حقا، أما التعسف فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا.
- التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود ملكه إلى حدود غيره، أما التعسف في استعمال الحق فليس هناك تعدي على حق الغير ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع[2].

لكن بالرغم من الاختلاف الذي بيناه بين التعسف في استعمال الحق والتجاوز، إلا أن هناك من قام بالتسوية بين هذين العنصرين بحيث أن الفقيه الفرنسي بلانيول هو من تزعم هذا الاتجاه ويرى بأن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف، وأن كل حق لا بد أن يكون مقيدًا وحين يتم الخروج عن تلك الحقوق فهنا يوجد التعسف[3].

ب . تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخطأ

يعرف الخطأ على أنه انحراف في السلوك غير المألوف للشخص العادي، وهذا الانحراف قد يقع عند مباشرة رخصة أو عند استعمال حق[4]، والرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدرا من الحيطة حتى لا يضر بالغير[5]، فإذا التزم بالحدود التي رسمها له القانون فلا محل لمسألته ولو أضر استعمال حقه بالغير، أما إذا انحرف الشخص عند مباشرة الرخصة والتي لا يتحقق عند استعمال الحق إلا إذا جاوز صاحبه حدود المرسومة له فهنا يتحقق الخطأ[6]، مثلا إذا انحرف شخص عن السلوك المألوف للرجل العادي فمشى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة كان خطأ يحقق

---

[1]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 539.
[2]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.
[3]- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاءً، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002، ص 31.
[4]- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط 5 ، دار الثقافة، عمان،2011، ص 322.
[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)، المجلد8، منشورات الحلبي، لبنان، 2000، ص 918.
[6]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 322.

مسؤوليته[1]، وبالتالي يلتزم بتعويض من أصابه ضرر بسببه وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[2].

ج . تمييز التعسف في استعمال الحق عن الإساءة

يعتبر مصطلح الإساءة والتعسف كلمتان مترادفتان، فالتعسف يستخدم عند الحديث عن الحقوق واستعمالها، أما كلمة الإساءة تستخدم بكثرة في المجال الإجرائي بحيث يقال "إساءة التقاضي"، إذ عندما نتحدث عن الإساءة فإن الوضع يتعلق بالمسؤولية التقصيرية المتمثل في الخطأ، فمن قام بالبناء بطريقة غير سليمة والبناء يميل إلى الشارع ميلاً يشكل خطر وضرر للغير يكون هذا الشخص أو مالك البناء قد أساء في استعمال حقه، فهذه الحالة هي من حالات عدم وجود الحق أصلا، وهو تعدي يولد المسؤولية التقصيرية.

أما بالنسبة للتعسف فكما قلنا سابقا فالحق يكون ثابتا لصاحبه، لكن يستعمل هذا الحق على نحو يضر بالغير أو أن المصلحة من استعماله غير مشروعة أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة مع الضرر اللاحق بالغير[3].

الفرع الثاني

نطاق التعسف في استعمال الحق

ثار جدال فقهي حول نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، فهناك جانب من الفقه يرى أن مجال تطبيق هذه النظرية تسري على الحقوق فقط **(أولا)**، وهناك من يرى على أنها تسري على الحقوق والرخص العامة **(ثانيا)**.

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)، المجلد8، المرجع السابق، ص ص 918-919.

[2]- محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص 265.

[3]- بوبريوة حسام، المرجع السابق، ص 11.

أولا: سريان التعسف على استعمال الحقوق فقط

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعسف لا يكون إلا بالنسبة للحقوق بالمعنى الدقيق، ومن ثم لا تنطبق هذه النظرية على الرخص والحريات[1]، إذ أن هذه الحقوق تعتبر حقوق عامة يفترض ثبوتها لكافة الناس، بحيث لا يمكن لأي شخص أن يستأثر بها دون غيره من الناس كحق التملك والتقاضي[2]، وحسب رأيهم فإنه لا حاجة لفكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يستعمل هذه الرخص والحريات لأن أحكام المسؤولية المدنية هي التي تتكفل بذلك[3]، ومثال ذلك الشخص الذي يستعمل حقه في التقاضي والذي يعتبر رخصة تثبت للجميع، وفي حالة ما تم استعماله استعمالا كيديا فإنه يعتبر خطأ يلزم صاحبه بالتعويض نتيجة ذلك ودون الحاجة إلى القول بأنه قد تعسف في استعمال حقه[4].

انتقد هذا الاتجاه بقولهم أنه لا تستوجب هذه التفرقة، ويعتبرون أن نظرية التعسف تشمل جميع الحقوق والرخص دون استثناء[5]، لأن الرأي القائل بعدم سريان التعسف على الرخص يرجع إلى اعتبارات تاريخية[6]، فالفقهاء كانوا يقيدون استعمال الرخص ولا يقيدون استعمال الحقوق، وبالتالي هذا لا يجعل التعسف قاصرا على الحقوق الخاصة من الناحية العملية، حيث لا يوجد سبب ولا مبرر للتفريق بين حق التقاضي وحق الملكية، وبالتالي فإن هذا الاتجاه هو ما يسير عليه القضاء، إذ أنه طبق هذه النظرية على حق اللجوء إلى القضاء وإن كان من الحقوق التي تثبت للكافة[7].

ثانيا: سريان التعسف على استعمال الحق على الحقوق والرخص بصفة عامة

بعد أن توصلنا إلى أن التعسف في استعمال الحق يرد على كافة الحقوق من بينها الرخص والحريات دون استثناء ولا مجال لاستبعاد الرخص، وعليه نتسأل هل نطاق التعسف يرد على جميع الحقوق أم بعضها فقط؟

---

[1]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 269.
[2]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 546.
[3]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 270.
[4]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص497.
[5]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 546.
[6]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 498.
[7]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 547.

يرى جانب من الفقه أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تسري إلا على الحقوق المقيدة، وبالتالي لا تسري على الحقوق المطلقة[1]، وهذه الأخيرة هي التي يكون لصاحبها مطلق التقدير والحرية في استعمالها والتي تحكمها دوافع شخصية لا يستطيع القاضي أن يراقبها[2]، ومثالها الحق المعنوي للمؤلف أو حق الشريك على الشيوع في طلب القسمة، فهذا راجع كما سبق وأشرنا إلى إنفراد صاحب الحق بها دون شريك فليس لغيره أن يقدر ضرورة استعمالها أو عدم استعمالها[3].

قيد المشرع الجزائري كل الحقوق والرخص، وما يؤكد ذلك المادة 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه "**يجوز للمجلس القضائي إذا تبين له أن الاستئناف تعسفي أو الغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه أن يحكم بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار (10.000دج) إلى عشرين ألف دينار(20.000دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها المستأنف عليه**"[4]، بحيث أن هذه المادة تبين لنا وجوب التعويض على الاستئناف التعسفي، ونفس الأمر فيما يتعلق بحالة الطعن بالنقض التعسفي المادة 377 ق إ م إ، وفي حالة اعتراض الغير خارج الخصومة طبقا لنص المادة 388 ق إ م إ، وأيضا حالة التماس إعادة النظر وفق المادة 397 من نفس القانون[5].

---

[1]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 499.

[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 270.

[3]- محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثاني: (نظرية الحق)، ط3 ، د د ن، د ب ن ، د س ن، ص 384.

[4]- قانون رقم08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. ج، عدد21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

[5]- تنص المادة 377 ق إ ج م" **يجوز للمحكمة العليا إذا رأت أن الطعن تعسفي أو الغرض منه الإضرار بالمطعون ضده ، أن تحكم على الطاعن بغرامة مدنية.....، و دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها المطعون ضده**"، وتنص المادة 388 من نفس القانون " **إذا قضى برفض اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، جاز للقاضي الحكم على المعترض بغرامة مدنية....، و دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم**"، وتنص المادة 397 من نفس القانون " **يجوز للقاضي الحكم على الملتمس الذي خسر الدعوى بغرامة مدنية .... ، و دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها**"، نقلا عن قانون رقم08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

المطلب الثاني

أساس ومعايير التعسف في استعمال الحق

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك بعد الإقرار بوجودها **(فرع أول)**، ولا ريب أن الشخص المتعسف تتم مساءلته وبالتالي إلزامه بالتعويض، لذا وجب إثبات حالة من حالات التعسف من خلال المعايير التي وضعها الفقهاء كضوابط لذلك **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

سنتطرق في هذا الصدد إلى تبيان الاختلاف الدائر بين الفقهاء حول أساس التعسف في استعمال الحق **(أولا)**، كما أنه لا بد من تبيان موقف المشرع الجزائري من هذا الأساس **(ثانيا)**.

أولا: الاختلاف الدائر بين الفقهاء في تحديد أساس التعسف في استعمال الحق

لقد اختلف الفقهاء حول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق فهناك من يعتبرها من تطبيقات الخطأ التقصيري، وهناك من يعتبرها نوع متميز عن الخطأ العادي، وهناك رأي آخر يعتبر هذه النظرية على أنها صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية.

أ ـ اعتبار التعسف في استعمال الحق من تطبيقات الخطأ التقصيري

يعتبر التعسف في استعمال الحق من نظام المسؤولية التقصيرية، وذلك حسب رأي الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان وأغلب مؤلفين العرب، حيث أن الشخص المتعسف يعتبر مرتكب لخطأ تقصيري في حالة ما إذا انحرف عن سلوك الرجل العادي، وذلك سواء كان الخطأ عمدي جسيم أو غير جسيم[1].

[1]- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1997، ص 155.

تم نقد هذا الاتجاه على أساس أنه يمكن للشخص أن يكون متعسفا في استعمال حقه حتى ولو بذل الحيطة والحذر التي يبذلها الرجل العادي، كما أنه يمكن أن يتحقق التعسف دون أن تتوافر مقومات الخطأ[1].

ب . التعسف في استعمال الحق نوع متميزا عن الخطأ

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن نظرية التعسف في استعمال الحق تدخل ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية، إلا أنها تعتبر نوعا متميزا من الخطأ وذات طبيعة خاصة على أساس ارتباطها بروح الحق وغايتها الاجتماعية، بالإضافة إلى أن نظرية التعسف تثير مشكلة ضمير اجتماعي عكس المشكلة التي يثيرها الخطأ العادي التي تتمثل في مشكلة فردية، كما أنه يعتبر خطأ خاص يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعي[2].

تعرض هذا الاتجاه للعديد من الانتقادات والاعتراضات بالرغم من كل الاعتبارات التي اعتمدها أنصاره.

ج . التعسف في استعمال الحق صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التعسف صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية، وكما أنهم يرفضون بشدة إرجاع هذه النظرية إلى فكرة الخطأ التقصيري، بحيث أن الأستاذ **علي علي سليمان** قد أبدى موقفه بشأن ذلك إذ قال أن نصوص التعسف في استعمال الحق قد جاءت منفصلة عن أحكام المسؤولية التقصيرية، كما يقول **الأستاذ حسن كيرة** في هذا الشأن أن فكرة التعسف في الأصل غير مرتبطة بفكرة الخطأ، إنما هي فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الخطأ، بالإضافة إلى رأي الأستاذين فإن الفقيه الفرنسي **سافينيه** قد أبدى رأيه أيضا في هذا الخصوص، واعتبر أن نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية متميزة عن المسؤولية التقصيرية، إضافة إلى ذلك يقول الفقيه **بونكاز** أنه لو فعلا أن هذه النظرية تدخل

[1]- محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 155.
[2]- بومنيروهيبة، بوكموش نيسات، المرجع السابق، ص 18.

ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية لكانت معظم القوانين قد أدرجتها ضمن هذه المسؤولية ولم تفصله عنها[1].

انتقد هذا الاتجاه على أساس أن التطبيقات القضائية في مجال التعسف تعتبر من تطبيقات فكرة الخطأ التي تعني المسؤولية التقصيرية، كما أن القضاة في هذا الشأن يُعملون نظام المسؤولية التقصيرية على التعسف في استعمال الحق[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من أساس التعسف في استعمال الحق

يستوجب بعد أن تطرقنا إلى الاختلافات الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية لنظرية التعسف تحديد موقف الم الج من أساس التعسف، وهنا يختلف الموقف قبل التعديل وبعد التعديل.

أ . موقف المشرع الجزائري بشأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان2005، فإن الم الج قد تناول حالة التعسف في استعمال الحق في الكتاب الأول للتقنين المدني تحت عنوان أحكام عامة وذلك في نص المادة 41 من ق م ج والتي تنص على أنه "**يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات التالية:**

. إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

. إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[3].

من أبرز الانتقادات التي تعرض إليها المشرع ج من خلال هذه المادة نجد:

---

[1]- بوبريوة حسام، المرجع السابق، ص 13.
[2]- المرجع نفسه، ص 14.
[3]- فيلالي علي، المرجع السابق، ص ص 62-63.

1. من حيث موضع المادة:

. أدرج المشرع الج نظرية التعسف ضمن المواد المتعلقة بأحكام الأهلية وذلك من المادة 41 وما يليها[1]، وانعدام العلاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق وأحكام الأهلية واضح وظاهر.

. المشرع ج خالف معظم التشريعات العربية بالرغم من كون أن معظم قوانينه مستمدة منها بما فيها المشرع المصري وذلك من حيث موضع النص أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني الخاص بها[2].

2. من حيث الصياغة

سبق القول أن الم الج خالف التشريعات العربية، فهو لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، ونظرية التعسف تعتبر استثناءا عن القاعدة العامة التي تقضي أن الأصل في الأفعال الإباحة، ولذلك وجب ذكر القاعدة العامة.

. بالإضافة إلى ذلك فإنه باستقراء المادة 41 السالفة الذكر تبيّن أن المشرع ج أورد معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على سبيل الحصر وذلك ظاهر في استعماله عبارة "الأحوال التالية" مما يعني أنها لم ترد على سبيل المثال، وبالتالي فإنه قيد سلطة القاضي في الاجتهاد أي لا يمكن له استخراج حالات تعسف أخرى غير الحالات الواردة في المادة 41 من نفس القانون[3].

ب . موقف المشرع الجزائري بشأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بعد تعديل القانون المدني

بعد التعديل الذي لحق القانون المدني سنة 2005، فإن الم الج قد غير من موضع نظرية التعسف من المادة 41 التي أصبحت ملغاة إلى المادة 124 مكرر ق م ج التي تنص" **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:**

- **إذا كان بقصد الإضرار**

[1]- أمر رقم 58- 75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[2]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 60.
[3]- المرجع نفسه، ص 61.

- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة**[1].

من أبرز ما يمكن ملاحظته من المادة 124 مكرر:

1. من حيث موضع المادة

لقد نجح المشرع في تغيير موقع نظرية التعسف وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، حيث نص عليها في المادة 124مكرر، بحيث أن أساس هذه النظرية هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويلزم بالتعويض، وعلى ذلك فإنه موقع مناسب للنظرية[2].

لم يعد هناك شك في انطباق هذه النظرية على الأشخاص الطبيعية والاعتبارية على حد سواء، وذلك بعد إعادة المشرع لصياغة المادة 124مكررق م ج نفسها بحيث أدخل فيها عبارة الشخص وذلك لتبيان إمكانية قيام مسؤولية الشخص المعنوي المدنية مثل الشخص الطبيعي[3].

2 . من حيث الصياغة

نص المادة 124مكررق م ج لم تعد واردة على سبيل الحصر كما هو الأمر قبل التعديل وذلك بعد استعمال المشرع الج عبارة "لاسيما" مما يعني أنها وردت على سبيل المثال، وبالتالي يمكن للقاضي استنباط معايير جديدة[4].

المشرع ج في تعديله الجديد للقانون المدني تحدث فقط عن طبيعة هذه النظرية إلى تحديد أحكامها، ومن خلال المادة السالفة الذكر فإنه يظهر أن الطبيعة القانونية لهذه النظرية داخلة في إطار المسؤولية التقصيرية وجعلها صورة من صور الخطأ[5].

---

[1]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
[2]- بوبكر مصطفى، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 108.
[3]- المرجع نفسه، ص 108.
[4]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 65- 66.
[5]- بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص ص 65- 66.

الفرع الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق في القانون

تطرق المشرع الج لمعايير التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر ق م ج، والتي تتمثل في ثلاث معايير يستند إليها لتحديد ما إذا كان الفرد متعسف في استعمال حقه[1]، وذلك في حالة ما إذا وقع بقصد الإضرار بالغير **(أولا)**، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ **(ثانيا)**، أو في حالة ما إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة **(ثالثا)**.

أولا: معيار قصد الإضرار بالغير

يقيم الم الج هذا المعيار على مفهوم شخصي، وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي والفقه العربي والقضاء على الأخذ به[2]، فالتعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ عمدي كون أن نية صاحب الحق تنصرف إلى إلحاق الضرر بالغير مما يرتب عليه مسؤولية مدنية، وما يجب الإشارة إليه أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتجسيد هذه النظرية بل لا بد لصاحب الحق أن ينحرف عن سلوك الرجل العادي، ومثال ذلك الشخص الذي يقوم بفعل ضار بهدف إلحاق الضرر بالغير، ولكن من استعمل حقه بقصد تحقيق غاية مشروعة فلا يعتبر خطأ حتى ولو ترتب عليه ضرر للغير كالتاجر الذي ينافس غيره منافسة مشروعة، فهنا لا يعد مرتكبا لخطأ حتى ولو أدت منافسته إلى تعمد الإضرار بمنافسه لأنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي[3].

وفيما يخص إثبات هذا المعيار فهو مكفول بكافة طرق الإثبات، على أساس أن تطبيق هذا الأخير يرجع إلى أنه معيار ذاتي يستمد من أمور نفسية كامنة داخل النفس البشرية مما يؤدي بذلك إلى صعوبة إثباته، وبالتالي قد يستدل عليه من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التي يحققها[4].

---

[1] - أمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2] - محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 284.

[3] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص ص64-65.

[4] - مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 250.

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

يعتبر هذا المعيار معيار موضوعي قوامه السلوك المألوف للرجل العادي[1]، والتعسف في هذه الحالة يتحقق عندما يظهر عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق ومصلحة الغير بحيث أن هذه الأخيرة تتفوق فيها على مصلحة صاحب الحق[2]، فهنا يتم الترجيح بين المصلحتين وتفضيل مصلحة الغير[3]، ومثال هذه الحالة الجار الذي يبني على أرض جاره بحسن نية وبسبب خطأ مهندس في تحديد المساحة، ومن ثم عرض صاحب البناء على أرض الغير تعويض صاحب الأرض الذي هو جاره، إذ أن هذا الأخير رفض وطلب إزالة البناء رغم أن الجزء الذي تم البناء عليه لا يتجاوز عدة أمتار وأن فقدانه له لا يسبب الخسارة لصاحب الأرض على عكس ما يصيب صاحب البناء من ضرر جسيم جراء الهدم، وبذلك يكون طلب الجار بإزالة ما تم بناءه يشكل تعسفا في استعمال الحق[4].

ثالثا: عدم مشروعية المصلحة المحصل عليها

يعتبر هذا المعيار معيار موضوعي مرن يملك القضاء في شأنه سلطة تقديرية واسعة لتحديد التعسف في استعمال الحق من عدمه[5]، ويكون في هذه الحالة صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة[6]، بحيث تكون كذلك إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون، وإن كان تحقيقها أيضا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة[7]، ومن أمثلة ذلك كمن يستعمل مسكنه لممارسة الدعارة أو بيع المخدرات أو الأسلحة....الخ[8].

---

[1]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 326.
[2]- عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 292.
[3]- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 341.
[4]- عباس الصراف، المرجع السابق، ص ص 292-293.
[5]- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 403.
[6] - غالب علي الداودي، المرجع السابق،ص 341.
[7]- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني،ج1: (الحق - إساءة استعمال الحق - القانون وتطبيقه - الأشخاص والأموال - أركان العقد - المسؤولية العقدية - المسؤولية التقصيرية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص 40.
[8]- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 403.

المطلب الثالث

إثبات وجزاء التعسف في استعمال الحق

تقتضي القاعدة العامة أنه إذا استعمل الشخص حقه استعمالا غير مشروع وأدى بالإضرار بالغير، فيكون بذلك قد ابتعد عن السلوك الذي من أجله منح هذا الحق، وعلى كل شخص ادعى أن هذا الاستعمال قد ألحق به ضرر أن يثبت صحة ما يدعيه، وفي حالة ما تم إثبات التعسف فعلا فإن القانون في هذا الصدد فرض جزاء على كل من يتعسف في استعمال حقه ولقد منح للمتضرر حق المطالبة بالتعويض جراء ما يلحقه من أضرار وخسائر نتيجة هذا الاستعمال التعسفي .

سنتطرق في هذا المطلب إلى إثبات التعسف **(فرع أول)**، كذلك إلى جزاء التعسف في استعمال الحق **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

إثبات التعسف في استعمال الحق

تقتضي القاعدة العامة بأن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه، فهذا الأمر يكلف به على من يدعي على خلاف الأصل أو الظاهر أو المعروض أو خلاف الثابت.

أولا: البيّنة على من إدعى

يقع عبء إثبات التعسف الذي حدث من طرف صاحب الحق عند استعماله لحقه على المدعي وفقا للقواعد العامة، ففي حالة ما إذا قام الجار بغرس أشجار عالية في منزله كي يحجب الضوء على جاره، فإذا ادعى هذا الأخير أن جاره لم يكن له من خلال استعمال حقه سوى الإضرار به حينما غرس تلك الأشجار، فهنا يجب على المدعي أن يأتي بما يدعم ويقوي حجيته[1]، ويجب الإشارة في هذه الحالة على أن المدعي يمكن له أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات منها القرائن المادية إذ لا يكفي إثبات تصور

[1]- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 282.

صاحب الحق احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لأن ذلك لا يعني بالضرورة أنه قصد الإضرار، والمعيار الذي يقيس عليه مسؤولية صاحب الحق المتعسف هو معيار الرجل العادي[1].

ثانيا: دور القاضي في استنباط القرائن القضائية

يمكن للقاضي الأخذ بالقرائن القضائية، وأن يستنبط نية الإضرار بالغير، وذلك طبقا للمادة 337 ق م ج التي تنص" **القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرف الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك**".

كما تنص المادة 340 من ق م ج " **يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة.**"

ومن بين أهم هذه القرائن نجد:

- الانعدام الكلي للمصلحة .
- تحقيق مصلحة ضئيلة أو تافهة.
- الدافع المسيء.
- الاستعمال الكيدي من طرف صاحب الحق.

كما أن انتفاء نية الإضرار حالة حدوث ضرر للغير، لا يتناسب البتة مع المصلحة المراد تحقيقها في استعمال الحق، بحيث أن وصف الإساءة أو التعسف لا يرفع قانونا عن مستعمل الحق طالما أنه استعمل حقه لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي سببه للغير، كذلك لا يمكن نفي هذا الوصف إذا كانت المصلحة التي يرمي الشخص إلى تحقيقها غير مشروعة[2].

[1]- حركاتي بلال، أمزال أمال، الخطأ في المسؤولية التقصيرية وتطبيقاتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 78.

[2]- عبيد فاطمة، حملات أمينة، التعسف في استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة،2011، ص ص 74-76.

الفرع الثاني

جزاء التعسف في استعمال الحق

يمكن أن يكون التعسف في استعمال الحق قبل تمام هذا الاستعمال، كما أنه قد لا يتبين إلا بعد تمامه، وعلى ذلك فإن الجزاء يختلف باختلاف الحالة التي يكون فيها التعسف، ففي الحالة الأولى يكون الجزاء وقائي، بحيث يمنع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي **(أولا)**، أما الحالة الثانية فإن الجزاء فيه يكون تعويضي بحيث أن المتعسف يعوض المضرور عن كل ضرر أصابه نتيجة استعماله التعسفي **(ثانيا)**.

أولا: الجزاء الوقائي

يهدف هذا الجزاء إلى منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالا تعسفيا وذلك من أجل تفادي الضرر الذي يلحق الغير[1].

يلجأ صاحب الحق في الكثير من الأحيان إلى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله، والقاضي عندما ترفع أمامه دعوى بشأن هذا الموضوع يتأكد أولا قبل الإجابة على طلب المدعي من وجود الحق من جهة، ومن جهة أخرى يتأكد من أن الاستعمال المرجو منه لا يشكل تعسفا، وفي حالة ما إذا تبين له أن الاستعمال يشكل تعسفا فإنه يرفض طلب صاحب الحق[2].

من بين تطبيقات الجزاء الوقائي المادة 788 من ق م ج " **إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجيز صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل**"[3].

---

[1]- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 499.

[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 278.

[3]- أمر رقم 58- 75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

ثانيا: الجزاء التعويضي

إذا كان صاحب الحق قد تعسف فعلا في استعمال حقه فإنه يحكم عليه بالتعويض لصالح المضرور[1]، والتعويض قد يكون نقدي وذلك بدفع مبلغ من المال للمتضرر على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحق به، كما قد يكون التعويض عينيا أو الحكم بالتعويضين معا، ومثال ذلك الشخص الذي يحفر أرضه بقصد الإضرار بمبنى الجار ويتسبب في تصدع جدرانه ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الحكم بدفع مبلغ نقدي للمتضرر لجبر الضرر، أو أن يحكم على المتعسف بإصلاح الجدار وإعادته كما كان سابقا وهو ما يعرف بالتعويض العيني، أو يمكن له الحكم بالتعويضين معا أي إصلاح الأضرار مع دفع مبلغ نقدي نتيجة الخسارة التي لحقت المضرور[2].

[1]- محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 155.
[2]- بومنير وهيبة، بوكموش نيسات، المرجع السابق،ص 45 -46.

الفصل الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل الشريعة الإسلامية والقانون

كما قلنا سابقا فإن نظرية التعسف في استعمال الحق كانت من بين الأفكار العتيقة التي تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة، وأن الشريعة الإسلامية كانت السّباقة لمعرفة هذه النظرية، واعتبرتها نظرية تتصف بالعموم والشمولية، وكنتيجة فإن هذه الأخيرة قد عرفت تطبيقات واسعة في مختلف المجالات والميادين والتي أشار إليها القرآن الكريم وكذا السنة النبوية الشريفة، ومع مرور الزمن تطرقت مختلف القوانين العربية لهذه النظرية وانتشرت تطبيقاتها في جميع نواحي القانون، إذ هناك بعض التطبيقات التي أوردها المشرع في نصوص خاصة يعمل بها في شأن الحالات التي أوردها بشأنها وبعضها كانت ثمرة اجتهاد القضاء.

وعلى ضوء ما تقدم نقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث سنتطرق إلى تطبيقات هذه النظرية من الناحية الشرعية **(مبحث اول)**، وكما سنتناول بعض تطبيقاتها من الناحية القانونية **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

تطبيقات التعسف في استعمال الحق في ظل الشريعة الإسلامية

لقد عرفت الشريعة الإسلامية تطبيقات عديدة لنظرية التعسف في استعمال الحق، فهناك بعض التطبيقات بيّنها القرآن الكريم **(مطلب أول)**، وبعضها بيّنتها السنة النبوية الشريفة **(مطلب ثان)**، والبعض الآخر بيّنها فقه الصحابة **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول

أدلة القرآن الكريم في التعسف في استعمال الحق

لقد نهى القرآن الكريم عن التعسف في استعمال الحق في عدة مواضيع، من بينها الإضرار بحق الرضاع **(فرع أول)**، والإضرار بحق الإمساك **(فرع ثان)**، وكذا الإضرار بحق الوصية **(فرع ثالث)**، وحتى الإضرار بحق الدين **(فرع رابع)**.

الفرع الأول

الإضرار في حق الرضَّاع

حق الرضاع هو حق للأم ولا يجوز أن يدفع الولد لغير أمه لإرضاعه، إذا لم يكن هناك سبب شرعي يوجب إرضاع الغير له حفاظا على حياته[1]، وقد نهى الله سبحانه وتعالى الوالدين من التعسف في استعمال حقهما بصورة يتضرر منها الطفل[2]، ودليل هذا قوله تعالى: "**وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ**"[3].

تدل هذه الأية الكريمة صراحةً على أن الإرضاع من الحقوق الممنوحة للأم، ولا يستطيع أحد سلبها هذا الحق إلا إذا أرادت أو رضيت بذلك[4]، وذلك نظرا للرفق والحنان الذي تكنه الأم لإبنها من

---

[1]- عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، ص47.
[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 156.
[3]- سورة البقرة ،الأية 233.
[4]- عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، ص 48.

غيرها[1]، ومما لا شك فيه أن إرضاع الولد من غير أمه دون سبب هو تعسف في حق الإرضاع، فليس للأب أن يسترضع له أخرى لأن استرضاع غير الأم احتمال المضارة في نزع الولد منها[2].

نقل الإمام أبوبكر الجصاص في تفسيره لهذه الآية عن سعيد بن حسن وإبراهيم أنهما قالا "**إذا قام الرضاع على شيء خيرت الأم**"[3]، وكذلك قد روى عن عمر بن سعيد عن ابنه عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنه قال:" **أن إمراة جاءت إلى النبي ﷺ بإبن لها فقالت يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حوا، وأن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به مالم تنكحي**"[4]، ومعنى ذلك أنه يمكن للأم أن تقبل بإرضاع ولدها مقابل أجر يدفعه ويلتزم به الأب، وأنه لا يجب على الأب أن يمنع الأم من إرضاع إبنها لكي يحزينها[5].

كما يظهر تعسف الزوج أكثر في حق الرضاع من خلال منع مطلقته من إرضاع ولدها إن رغبت في ذلك تطوعا، أو أرادت ذلك بأجرة المثل وكان الصغير متعلقا بها، وأراد أبوه دفعه لمرضعة بأجر المثل، فيتوجب عليه في هذه الحالة أن يسمح لها بإرضاع ولدها مع استحقاق أجرة مثلها، فلا يحق له منعها من حقها وإن طلبت أجرة[6]، وكما قد يحدث وأن تتعسف الأم في استعمال هذا الحق، وذلك بقصد إلحاق الضرر بأبيه، ويظهر ذلك في حالة المطالبة على أجرة المثل وكان هناك امرأة أجنبية ترضعه مجانا أو بأقل مما تطلب[7].

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص29.

[2]- عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، ص 48.

[3]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 29.

[4]- محمد عبد العزيز الخالدي، سنن أبي داود، ط2، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث رقم2276، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003، ص 364.

[5]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 30.

[6]- علي عبد الله العون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه (مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية)، مجلد43، العدد2، 2016، ص 655.

[7]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 156.

الفرع الثاني

الإضرار في حق الامساك

تعد الرجعة من الحقوق التي منحها الشارع الحكيم للزوج وحده[1] ، سواء رضيت بذلك أم لم ترضى[2]، وهذا لقوله تعالى "**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا وَٱذْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**"[3].

يكْمن سبب نزول هذه الأية أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، إذ أن العدد عندهم كانت معلومة ومقدرة، وكان هذا في أول الإسلام برهة، بحيث يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت تحل من طلاقها لا آويك ولا أدعك تحلين، وقالت كيف؟ قال: أطلقك فاذا ما مضي عدتك راجعتك[4].

تدل هذه الأية الكريمة أن الله عز وجل قد أباح ممارسة حق الرجعة لمن يقصد به الصلاح دون الإضرار، وذلك لقوله تعالى " **وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**"[5].

فالله عز وجل نهى الزوج بأن يستعمل حق المراجعة بغرض الإضرار بالزوجة المطلقة[6]، فالفعل المشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصد فاسد، فالبرغم أن الرجعة حق مخول من الله عزوجل للزوج

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 274.
[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، بيروت،2012، ص 442.
[3]- سورة البقرة، الأية 231.
[4]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 103.
[5]- سورة البقرة الآية 228.
[6]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 102.

ليعيد زوجته إلى عصمة نكاحه وليستأنف حياة زوجية كريمة، إلا أن هذا الحق غير مطلق إنما هو مقيد، إذ لا يجب على الزوج في هذه الحالة أن يتعدى حدود الله ويتخذ هذا الحق كوسيلة للإضرار بالزوجة المطلقة كأن يقوم بتطويل العدة[1]، أو أن يقتّر على مطلقته في النفقة خلال مدة العدة أويضيق عليها في السكنى لقهرها وإيذائها[2]، ودليل ذلك قول الله تعالى "**أَسكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ**"[3].

كذلك قد يتعسف الزوج في استعمال حق المراجعة من خلال امتناعه عن الاشهاد على هذه الأخيرة، وذلك بغرض الاستمرار في التلاعب بحقه الشرعي دون النظر الى حق الزوجة في الاستقرار والخروج من العدة [4].

الفرع الثالث

الإضرار في حق الوصية

الوصية شرعا هي حق لكل مسلم ترك خيرا[5]، ولقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 184 من قانون الأسرة الج على انها :"**الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**"[6]. الأصل في الوصية أنها عمل مشروع ومن المباحات، وبالرغم من انها تقوم على إرادة الموصي لكنها غير مطلقة بل مقيدة بقصد الشارع، فإذا خالفت القصد كانت منتجة للضرر وبالتالي عدت باطلة إذا قصد ورائها الإضرار بالورثة[7]، هذا ما دّل عليه القرآن الكريم في قوله تعالى :"**مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ**"[8] .

---

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 103.
[2]- محمد رياض، المرجع السابق، ص 94.
[3]- سورة الطلاق الآية 6.
[4]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 274.
[5]- المرجع نفسه، ص 303.
[6]- قانون 11/84المؤرخ في 29 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد24 صادر بتاريخ12 يونيو1984، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-09 مؤرخ في 24 ماي 2005، ج.ر.ج.ج، عدد43، صادر في 22 يونيو2005، يتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005، ج.ر.ج.ج، عدد15 صادر في 27فبراير2005.
[7]-عمر فخري الحديثي ،المرجع السابق ،ص 49.
[8]- سورة النساء ،الأية 12.

تشير هذه الأية الكريمة صراحةً عن النهي عن المضارة في الوصية[1]، وأن الإيصاء والإقرار بالدين لقصد الإضرار لا يستحق التنفيذ[2].

يتخذ الإضرار في الوصية وجوه عديدة ذكرها الفقهاء، ولكن ما هي الحالات التي تظهر فيها صورة المضارة في الوصية والتي تشكل تعسفًا ؟

وعليه سنعرض حالات الإيصاء والتي تتمثل في:

1- **الوصية لوارث إيثارا له على باقي الورثة أو إضرارا بهم:** وهي باطلة بالإجماع[3]، إلا إذا أجازها الورثة طبقا لنص المادة 189 ق أج التي تنص: "**لا وصية لوارث إلا إذا أجازها ألورثة بعد وفاة الموصي**"[4]، وهذه الحالة لا تدخل ضمن نطاق التعسف لأنها باطلة في الأصل[5].

2- الوصية للأجنبي بالزيادة عن الثلث: الوصية في الأصل تكون بحدود الثلث ولأجنبي، وفي حالة ما إذا زادت عن الثلث كانت باطلة، وبالتالي لا تدخل في نظرية التعسف في استعمال الحق[6]، إلا إذا رضي الورثة بما زاد فيها[7].

3- الوصية بالثلث أو بما دونه وللأجنبي بقصد الإضرار بالورثة: هذه الصورة تدخل ضمن نطاق التعسف في استعمال الحق لقوله ﷺ "لا ضرر ولا ضرار"[8]، فالشارع الحكيم أباحها واعتبرها مشروعة في ذاتها، لكن تكون غير مشروعة إذا كان قصد الموصي هو الإضرار بالورثة[9].

الفرع الرابع

الإضرار بحق الدين

يمر الإنسان في حياته اليومية بظروف معيشية صعبة، وقد تجبره على إقتراض بعض الأموال من الغير، وذلك لإقتناء حاجة من حاجات الدنيا، لكن قد يحين وقت سداد هذه الديون والدائن يريد

---

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 102.
[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 299.
[3]- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 32.
[4]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[5]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص107.
[6]- عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، ص 49.
[7]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص107.
[8]- عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، ص 49.
[9]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص107.

استرجاع أمواله إلا أن المدين لا يستطيع ذلك فيقع في حرج شديد ويبيت في هم ويصبح في غم[1]، ولذلك فإن الرسول ﷺ قد استعاذ من ذلك فكان يقول " **اللهم إني أعوذ بك من ضلع الدين وغلبة الرجال**"[2].

قد يحدث وأن يحاول المدين دفع مبلغ الدين بعد حلول أجل التسديد إلا أن الظروف لم تساعفه وضاقت به الأرض وأغلقت الأبواب في وجهه وانقطعت الحيل، فإذا أعلم الدائن بظروفه العسيرة فإنه يجب على هذا الأخير أن يمهل له مدة أخرة حتى يدبر أموره[3]، ودليل ذلك قوله تعالى: " **وَإِن كَانَ ذُو عُسرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيرٌ لَّكُم إِن كُنتُم تَعلَمُونَ**" [4].

لقد اعتبر بعض المفسرين ومن بينهم إبن عباس أن هذه الأية خاصة بدين الربا لأنها نزلت بعد آيات الربا، إلا أن ذلك غير صحيح فهذه الأية تضم جميع الديون مطلقا.

ومدلول هذه الاية الكريمة أن الدائن مدعوا إلى الرفق بالمدين وذلك بتأصيل مطالبته بالوفاء حتى الميسرة[5]، فعن أبي قتادة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال " **من سرّه أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه**"[6]، كما قال عن بريدة رضي الله عنه قال:سمعت رسول صلى الله عليه وسلم يقول " **من أنظر معسرا، فله بكل يوم مثله صدقة**"، قال ثم سمعته يقول "**من أنظر معسرا، فله بكل يوم مثليه صدقة**" قلت: سمعتك يا رسول الله تقول:" **من أنظر معسرا، فله بكل يوم مثله صدقة**" ثم سمعتك تقول "**من أنظر معسرا، فله بكل يوم مثليه صدقة؟**"، فقال ﷺ " **له بكل يوم صدقة قبل أن يحل الدين، فإذا أحل الدين فأنظره فاه بكل يوم مثليه صدقة**"[7].

---

[1]- وحيد عبد السلام بالي، من أحكام الديون في الإسلام، متاح على الموقع https://www.alukah.net ،تم الإطلاع عليه يوم: 25.07.2020 على الساعة 17و 12د.

[2]- رواه البخاري وأبوداود والترمذي والنسائي، نقلا عن وحيد عبد السلام، المرجع السابق.

[3]- وحيد عبد السلام بالي، المرجع نفسه.

[4]- سورة البقرة، الأية 281.

[5]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص 119.

[6]- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر، حديث رقم 1563، دار الأصالة، الجزائر، 2009.

[7]- رواه أحمد وإبن ماجة.

كما أن هذه الآية تكشف بوضوح على أن ممارسة الحقوق في الإسلام مبنية على مبدأ التسامح والإحسان ولا المغالاة، كما تنطوي أحكامها على إعمال مبدأ التضامن بين أفراد المجتمع[1].

المطلب الثاني

أدلة السنة النبوية في التعسف في استعمال الحق

توجد عدة أدلة في السنة النبوية تشير إلى النهي عن التعسف في استعمال الحق، نذكر منها النهي عن المضارة **(فرع أول)**، والنهي عن استعمال الحق الخاص إذا كان فيه مضارة بالغير **(فرع ثان)**، وكذلك النهي عن التعسف في استعمال حق الملكية **(فرع ثالث)**، وأخيرا النهي عن التعسف في حق النفقة **(فرع رابع)**.

الفرع الأول

النهي عن المضارة

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الكبرى ذات الشأن في الفقه الإسلامي، وذلك لإشتمالها على مسائل وتطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية[2]، بحيث نجد هذا الحديث قد جاء في بعض الروايات كما يلي: "**من ضار أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه**"[3].

يرجع أصل هذا الحديث إلى نص نبوي صحيح رواه عن النبي ﷺ عدد من الصحابة منهم أبو سعيد الحذري رضي الله عنه، وقد تضافر هذا الحديث بما جاء في كتاب الله حول النهي عن الإضرار بالناس والنفي عن وقوعه بجميع صوره وأسبابه إلا ما استثنى بدليل كالحدود والعقوبات لأنها جزاءات على وجه الحق[4].

وما يجب الإشارة إليه إلى أن الفقهاء قد اختلفوا حول المعنى المراد من هذا الحديث فصاحب لسان العرب يغاير في المعنى بين كلمة ضرر وضرار ويقول ان "الضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، وكذلك ابن الأثير يقول ان كلمة لا ضرر يقصد بها أن لا يضار الرجل أخاه أما كلمة لا ضرار

[1]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص 119.

[2]- بن غريب رابح،المرجع السابق، ص 318.

[3]- رواه أبو داود والترمذي، المرجع السابق.

[4]- بن غريب رابح، المرجع السابق، ص ص 318-319.

يقصد بها أن لا يجازي على الضرر بالضرر وبالنسبة للعلامة الشوكاني فلقد كانت له عدة أقوال فيما يخص الفرق بين الكلمتين ويذكر منها :

1- الضرار هو أن تضر بغير أن تنتفع والضرر أن تضره وتنتفع أنت به .

2- أن الضرار هو الجزاء على الضرر والضرر الإبتداء.

غير أنه ومهما كان الخلاف في معنى الكلمتين إلا أن الحديث يشمل منع الضرر بجميع أنواعه وأسبابه وبأي صفة كانت، وذلك باعتبار أن كلمة ضرر تفيد العموم والاستغراق في تحريم سائر أنواع الضرر[1].

وتكمن العلاقة بين هذا الحديث ونظرية التعسف في استعمال الحق أن فحوى هذا الأخير هو منع استعمال الحقوق على وجه يكون فيه الضرر الذي يلحق الغير أكثر من النفع الذي يعود على صاحب الحق وبالنسبة للحديث فهو ينهى بصفة مطلقة على الإضرار[2].

الفرع الثاني

النهي عن استعمال الحق الخاص اذا كان فيه مضارة بالغير

روى أبو داوود في سنته من حديث أبي جعفر مجيد بن علي أنه حدث سمرة بن جندب أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به وشكى عليه فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال أنت مضار، وقال النبي ﷺ للأنصاري "اذهب فاقلع نخله".

إن في هذا الحديث نهي صريح حول منع استعمال الحق الخاص في حالة ما إذا ترتب عليه ضرر للغير، حيث أن سمرة بن حندب كان يستعمل حقه في الوصول إلى نخله وكان في استعماله يضر ويؤذي الأنصاري صاحب البستان، وعلى هذا الأساس أمر النبي ﷺ الأنصاري بقلع نخل سمرة بن جندب، وذلك بعد المحاولات العديدة للنبي للتوفيق بين المصلحتين من أجل تفادي الإضرار بالأنصاري نتيجة استعمال سمرة بن جندب لحقه الخاص، إلا أن هذا الأخير قد رفض كل العروض والاقتراحات.

لكن يمكن القول بأن أمر النبي ﷺ بقلع نخل سمرة فيه أيضا مضارة بالرغم من أن حق الملكية

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 119-120.

[2]-مجيدي العربي، المرجع السابق، ص 184.

من بين الحقوق التي تصان شرعا، غير أن ما فعله النبي ﷺ كان هدفه هو الموازنة بين المضارة، فالضرر الذي أصاب الأنصاري نتيجة ما قام به سمرة بن جندب أعظم من الضرر الذي يصيب سمرة إذا قام بقلع النخل والذي رفض جميع الحلول وأصرّ على الإضرار[1].

الفرع الثالث

النهي عن التعسف في استعمال حق الملكية

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "**لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره....**" ثم يقول أبوهريرة : **ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم**"[2].

وفي الصحيحين " **لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبة على جداره**"[3].

إن في هذا الحديث نهي صريح على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب في جداره، إذ له الحق في أن يرتفق به عند الحاجة إليه، ومنع المالك له في هذه الحالة يجعله متعسفا في استعمال حق الملكية خاصة إذا لم يرتب على الارتفاق ضرر بيّن، أو لم يكن هدف المالك من المنع هو جلب مصلحة أو درء مفسدة، إنما فقط بغرض إلحاق الضرر بالجار، وكما هو معروف فإن قصد الإضرار بالغير يتنافى مع قصد الشارع الحكيم، كذلك قد يكون المالك متعسفا إذا ترتب على الارتفاق ضرر تافه يمكن إصلاحه معناه أن يكون الضرر الذي يصيب الجار عند منعه من حق الارتفاق ضئيل، أما إذا كان الضرر فاحشا بيّنا بحيث يؤدي الارتفاق إلى سقوط الجدار أو البناء فهنا لا يلزم على المالك تحمل ضررا فاحشا لدفع الضرر عن الجار، لأن ذلك يتنافى مع قصد الشارع من تقرير حق الملكية الذي شرّع أصلا لمصلحة الجار، وليس لجلب أضرار فاحشة تعود عليه، ومناقضة قصد الشرع باطلة، وإذا أصر الجار على غرز الخشب بالرغم من الضرر الفاحش البيّن فيصبح بذلك متعسفا في استعمال حق الارتفاق بحيث لا يجوز مقابلة تعسف بتعسف آخر مثله.

لكن بالرغم من أن هذا الحديث قد أباح حق ارتفاق بملك الغير، إلا أن هذا الحق مقيد بما يلي:

. أن لا يلحق بالجار ضرر بيّن، بأن يوهن طرح الخشب جداره، أو يسقطه إذا كان واهيا.

. حاجة الغارز إلى الانتفاع بحائط الجار.

---

[1]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص ص 114-115.

[2]- رواه الجماعة والنسائي، نقلا عن فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 135.

والهدف من هذا التقيد هو منع أو درء التعسف من الجانبين[1].

الفرع الرابع

النهي عن التعسف في حق النفقة

تعد النفقة واجبة على الزوج لزوجته إذ تعني كل ما يخرجه الشخص أو يصرفه على نفسه وأهله وأقاربه ومن يلزم بهم بما فيه كفايته وقوام حالهم[2]، ودليل ذلك قوله تعالى " **وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ**"[3]، **وقوله أيضا "لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ**"[4].

وفي حالة ما إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف[5]، وهذا بدليل ما روّته عائشة رضي الله عنها، أن هند زوجة أبي سفيان جاءت إلى النبي ﷺ وقال" **يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ذات اليد لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه فقال لها: خذي ما يكفيك وابنك بالمعروف**"[6].

يفهم من هذا الحديث أن شح أبي سفيان يعد تعسف في الإنفاق، وبالتالي يجوز للزوجة والتي تعد صاحبة الحق بأن تنتصر لحقها بنفسها إن كان المقام يستدعي ذلك، ولكن لا يجوز لها أن تتجاوز حدود ما تستحقه، وإلا اعتبرت متعسفة في استعمال حقها، وهذا ما أشار إليه قوله ﷺ " **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**"، بمعنى أنه من حق الزوجة أن تأخذ ما تستحقه من مال زوجها ودون علمه لكن بشرط أن لا تتجاوز الحدود المعقولة[7].

---

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 155 - 159.
[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 110.
[3]- سورة البقرة الآية 233.
[4]- سورة الطلاق، الآية 07.
[5]- محمد رياض، المرجع السابق، ص 106.
[6]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 118.
[7]- محمد رياض، المرجع السابق، ص 106- 107.

المطلب الثالث

أدلة فقه الصحابة في التعسف في استعمال الحق

توجد عدة أدلة عن فقه الصحابة تبين النهي عن التعسف في استعمال الحق، من بينها النهي عن التعسف في حق الارتفاق **(فرع أول)**، النهي عن التزوج بالكتابيات **(فرع ثان)**، النهي عن التعسف في الإحتكار **(فرع ثالث)**، النهي عن الشفاعة في حدود الله **(فرع رابع)**.

الفرع الأول

النهي عن التعسف في استعمال حق الارتفاق

روى مالك بن عمر وابن يحي المازني عن أبيه: أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة ؟ تشرب به أولا وآخرا لا يضرك، فأبى محمد. فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فدعا عمر محمد بن سلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك.

يدل قضاء عمر بن الخطاب في هذه المسألة على ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم بعض، من حق إمرار الماء في أرض الغير، واستطراقها، وإذا إمتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه، اعتبر متعسفا في استعمال حقه، ويجبر على التمكين، ما لم يلحقه ضرر بين عملا بقضاء عمر رضي الله عنه الذي ورد في الرواية[1].

وعليه فإن حق الارتفاق ثابت شرعا للعقارات المجاورة فيما بينها إن كان هذا الحق لا يضر بالعقار المرتفق به، أما إن أضر منع حق الارتفاق لئلا يكون رد تعسف مثله، وبالتالي فإن قضاء عمر بإلزام محمد بن مسلمة على السماح بإمرار الماء عبر أرضه هو تطبيق لمبدأ التعسف وذلك بمنع الضرر الذي سيترتب عن هذا التعسف[2].

---

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 263-264.

[2]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص ص 284-285.

الفرع الثاني

النهي عن التزوج بالكتابيات

روى الإمام مالك والطبري في تاريخه أنه بعد ان انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الضرورة على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات، وزالت تلك الضرورة، فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها "**بلغني أنك تزوجت إمرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب، وذلك ما لا أرضاه لك، فطلقها ولا تبقها في عصمتك**". فكتب إليه حذيفة :"**أحلال هذا الزواج أم حرام؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية، لن أطلقها حتى تخبرني، فكتب إليه عمر بن الخطاب، هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم حلابة وخداعا وإني لأخشى عليكم منه**"[1].

استنادًا إلى الحديث نجد أن عمر بن الخطاب قد منع التزوج بالكتابيات رغم أنه أمر شرعه وأحله الله عز وجل في كتابه الكريم بقوله تعالى: " **وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖ**"[2].

تكمن الحكمة من رفض عمر مسألة التزوج بالكتابيات هو درءا لمفسدة عظمى تترتب على هذا المباح، فيمنعه حماية للصالح العام، وهذا بإبعاد نواب الخليفة أولا عن خداع الأجنبيات لهم، أو إبعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن، وينصرف رجال المسلمين عنهن لجمال الكتابيات وكلاهما ضار بالمصلحة العامة[3].

وفي رواية آخرى نقلها الجصاص: "**أن حذيفة تزوج يهودية، فكتب إليه عمر: أن خّل سبيلها، فكتب إليه حذيفة: أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا، ولكني أخاف أن تواقعوا المومسات منهن، يعني العواهر**".

---

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 166.
[2]- سورة المائدة، الأية5.
[3]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص ص 285-286.

وروى هذا الأثر الإمام محمد في كتابه الأثار، عن إبراهيم عن حذيفة: أنه تزوج بيهودية من المدائن، فكتب إليه عمر أن خل سبيلها، فكتب إليه أحرام هي؟.....إلخ".

كل هذه الروايات تدل على أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه ضرر عام، سواء أكان ذلك في مواقعة المومسات[1] منهن، أم في تتابع رجال المسلمين في الزواج من الكتابيات رغبة في جمالهن فتبقى المسلمات بلا أزواج فيقعن فيما حرمه الله عز وجل، وهذه مفسدة عظمى لم يشرع نكاح الكتابيات من أجلها[2].

الفرع الثالث

النهي عن الإحتكار

لقد شرع الإسلام البيع وجعله وسيلة يحقق به الفرد أغراضه، ونيل مطالبه عن طريق الرضا بين البائع والمشتري، إذ لا يجب على أي أحد أن يسلب مال أخيه قسرا وقهرا فلا بد من التوافق بينهما[3]، ودليل ذلك قول الله تعالى " **وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ**"[4]، وقوله أيضا " **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا**"[5].

يعرف البيع على أنه عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين[6]. لكن بالرغم من أن الله عزوجل أحل البيع، إلا أنه نهانا عن بعض الأمور المتعلقة به وهي أمور عديدة نجد من بينها الإحتكار.

---

[1]- يقصد بالمومسات المرأة التي تتعاطى الفجور جهارًا، نقلا عن الموقع الإلكتروني https://www.almaany.com ، تم الإطلاع عليه يوم 2020/08/31 على الساعة 20س 46د.

[2]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 167.

[3]- رمضان حافظ عبد الرحمان، بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية عن البيوع الضارة، ط2، دار السلام،الإسكندرية، 2002، ص 16.

[4]- سورة البقرة، الآية 275.

[5]- سورة النساء، الآية 29.

[6]- يعتبر عقد البيع عقد معاوضة لأنه يخرج من دائرة هذا الأخير التبرعات والهبة والصدقة إذ لا معاوضة فيها، وقوله على منافع بمعنى أنه لا يدخل فيه عقود الكراء والإجارة لأن فيه منافع وقوله لا متعة ولا لذة إذ أخرج منه النكاح، وقوله أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة بمعنى أنه أخرج الصرف والمراطلة، نقلا عن رمضان حافظ عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 12.

لقد روى الإمام مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن الميسب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر بخاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق، فقال له عمر بن الخطاب: "إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا".

كما أنه نهى عن الإحتكار لما فيه حبس لأقوات الناس واستغلال لحاجتهم وقت الضرورة، ولذلك ورد النهي عنه بقوله ﷺ فيما رواه مسلم وأبوداوود عن معمر بن عبد الله "**من احتكر طعاما فهو خاطئ**"، وكذلك ما روى الإمام مالك أيضا أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة[1].

الفرع الرابع

النهي عن الشفاعة في حدود الله

يعود هذا النهي إلى حديث عائشة رضي الله عنها:" **أن قريش أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا من يكلم فيها رسول الله ﷺ؟ فقالوا: من يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب الرسول ﷺ؟، فكلمه أسامة، فقال رسول الله ﷺ " أتشفع في حد من حدود الله؟"، ثم قام فاختطب ثم قال: " إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله ، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يداها**"[2].

هذه المرأة هي إمرأة شريفة قرشية من بني مخزوم كانت تستعير المتاع وتجحده، فأمر الرسول ﷺ أن تقطع يدها، لكن أهل قريش لم يريدوا أن تقطع يدها بل أهمهم شأنها واحتاروا في من يكلم عليها الرسول ﷺ، فطلبوا ذلك من أسامة بن زيد أن يشفع لها نظرا لحب الرسول ﷺ له، ولما كلمه أسامة فكان رد الرسول ﷺ "**أتشفع في حد من حدود الله؟**"[3].

إن القضايا التي تتعلق بالحدود فإنه يمكن أن يتم سترها ولا بأس أن يشفع فيها مادام أنها لم تصل إلى الإمام أو نائبه مثلا الشخص الذي وقع في خطيئة لأول مرة ونادم على ذلك، ففي هذه الحالة يمكن أن يشفع له مادام أن القضية لم تصل للحاكم أو نائبه، لكن إذا وصلت لعلمهم فهنا لا مجال للشفاعة[4]، ولقد وردت أحاديث بهذا الشأن فالدار قطني روى عن الرسول ﷺ أنه قال " **اشفعوا مالم يصل إلى**

---

[1]- محمد رياض، المرجع السابق، ص 112.

[2]- أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما، نقلا عن خالد بن عثمان، أتشفع ي حد من حدود الله، متاح على الموقع https://khaledalsabt.com، تم: الإطلاع عليه يوم 2020/07/23 على الساعة 21س و57.

[3]-رواه أبي داوود، المرجع السابق.

[4]- خالد بن عثمان، المرجع السابق.

الولى، فإذا وصل إلى الولي فعفا فلا عفا الله عنه"، وأيضا ورد عنه ﷺ لأسامة بن زيد " **لا تشفع في حد، فإن الحدود إذا انتهت إلي فليست متروكة**"، أيضا "**تعافوا الحدود فيما بينكم، فما باغنى من حد فقد وجب**"[1].

يفهم من هذا الحديث أن أسامة بن زيد قد أراد أن يشفع في حدود الله بمعنى أنه سينتهك حرمة من حرمات الشرع، بحيث أن هذا الأمر أغضب الرسول ﷺ فقال له " **إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه**"، أي كل شخص له وجاهة ومكانة وشأن ومنصب لا يعاقبوه نظرا لما له من مكانة في قبيلته، لكن عكس الشخص الضعيف الذي يقومون عليه الحد إذا تجاوز حد من حدود الله ودليل ذلك "... **وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا الحد عليه...**".

يكمن سبب غضب الرسول صلي الله عليه وسلم أن الشفاعة هي طريق تجعل العصاة الفسقة إلى التمادي والإستمرار على المعصية والعدوان، لأن المجرم أو بالأخص الشخص السارق عندما يسمع بأن الشفاعة ستدركه فإنه لن يخاف من العقاب بل سيستمر على عصيانه وعدوانه معتمدا في ذلك على غفران ذنوبه بالشفاعة[2]، وعليه فإن هذا الحديث قد تضمن عبرة مهمة تكمن في ضرورة تطبيق قوانين الحدود والعقوبات دون استثناء على مستحقيها، فالكل ملزم بالإنصياع لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام، والتي تهدف دائما إلي تحقيق العدالة والمساواة بين كل البشر، إذ أن العدل يعد سبب من أسباب نهضة الأمة وحمايتها من الهلاك، وغياب ذلك يؤدي إلى إنهيار الأمم وهلاكها[3]، وهو الأمر الذي بيّنه الرسول صلى عليه وسلم في قوله " **إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا الحد عليه** "[4]، والرسول ﷺ قد سعى على تحقيق مبدأ العدل والمساواة بين الناس وذلك لقوله تعالى "**۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ**

1- رواه أبو داود، المرجع السابق.

2. محمد جميل محمود، الفوائد البهية في شرح عقائد الإمامية، ج2، ط2، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، (د.س.ن)، ص 411.

3. الدكتور أبوبكر علي الصديق، المساواة في الحدود والعقوبات، متاح على الموقع:
https://www.elbayan.ae/sport/22.10.2006، تم الإطلاع عليه يوم 23.07.2020 على الساعة 22س و08د.

4. دليل على عدم المساواة بين الأفراد قي تقرير العقوبات على الجناة فالجاني ذو مكانة مرموقة لا يقام عليه الحد عكس الجاني الضعيف.

عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ"[1]، والرسول ﷺ أكد على ضرورة تطبيق ما جاءت به الشريعة الإسلامية حتى ولو كان على أقرب الناس له وذلك بقوله " **وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها**".

إن أسامة بن زيد بالرغم من معرفته بأن الشفاعة لا تجوز إذا وصلت إلى الحاكم إلا أنه تغاضى عن ذلك وأراد أن يشفع للمرأة المخزومية التي تعدت على حد الله أولا وتعدّت على حقوق الغير ثانيا وهذا ما أغضب الرسول ﷺ بحيث أن زيد إستغل حب الرسول من أجل تغيير الحكم وإبطاله وذلك بالرغم من أن المرأة قد أضرّت وتعدت على حقوق الغير وكنتجة فإن أسامة تعسف في استعمال حقه.

1. النحل الآية 90.

المبحث الثاني

تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون

لقد عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق عدة تطبيقات خاصة في جانبها القانوني إذ لم تقتصر فقط على القانون الخاص، إنما تتسع لتشمل كذلك القانون العام بمختلف فروعه، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة مطالب، بحيث سنتطرق إلى تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني **(مطلب أول)**، ثم إلي تطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية **(مطلب ثان)**، وأخيرا إلى تطبيقاته في مجال قانون العمل **(مطلب ثالث)**.

المطلب الأول

تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني

مثلما تم الإشارة إليه أن المشرع الجزائري نص على المبدأ العام للتعسف في استعمال الحق في المادة **124 مكرر ق م ج**، غير أنه أورد نصوص آخرى خاصة في ق م ج تطبيقا لهذه النظرية، ونذكر منها على سبيل المثال التعسف الوارد في مجال العقود **(فرع أول)**، وكذا التعسف الوارد على حق الملكية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

التعسف الوارد في مجال العقود

يعتبر العقد من أهم الأنظمة القانونية وأكثرها شيوعا في الحياة، لأن الشخص قد يبرم عدة عقود في اليوم الواحد سواء كان بيعا أو إيجار، وغيرها من العقود[1]، وهذا الآخير يعرف بأنه إتفاق بين شخصين، أو أكثر يكون ملزما لأطرافه بخصوص اكتساب، أو نقل ملكية شيء منقول، أو عقار، أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، تترتب عليه آثار قانونية تؤدي إلى إنشاء الحقوق والإلتزامات[2].

[1]- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 29.

[2]- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية (دروس في النظرية العامة للحق)، ط1، دار الأكاديمية، الجزائر، 2012، ص 150.

كما أن العقد يعد شريعة المتعاقدين، بحيث لا يجوز لأحد الأطراف تعديل أو إنهاء أو فسخ للعقد إلا بتوافق إرادة الأطراف أو لأسباب يبيحها القانون، وإلا اعتبر متعسفا، وهذا تطبيق لنص المادة **106** من ق م ج[1].

أولا: التعسف في فسخ العقد

يقصد بفسخ العقد حل الرابطة التعاقدية نتيجة عدم قيام أحد أطراف العقد بتنفيذ إلتزامه[2]، والأصل أنه لا يمكن أن يتم فسخ العقد إلا برضى الطرفين، إلا أنه كإستثناء يجوز لأحد طرفي العقد طلب فسخه، لكن بشرط حدود حسن النية[3]، فيعد الفسخ في هذه الحالة جائزا، لكن إذا تبين أن المؤجر قد استغل مرض أو إعسار المستأجر لطلب فسخ عقد الإيجار اعتبر متعسفا في استعمال حقه في فسخ العقد، وبالتالي يقدم تعويضا في حالة ما إذا ألحق ضررا بالمضرور على أساس المسؤولية التقصيرية، إضافة إلى ذلك استمرار المستأجر بالإنتفاع بالعين المؤجرة كما أنه يحق للشريك في شركة غير محددة المدة إنهاء عقد الشركة، ولكن إذا باشر في استعمال ذلك الحق في ظروف غير ملائمة تمر بها الشركة يعد متعسفا، ويكون قد ارتكب خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية في حالة تحقق الخطر، وكنتيجة تستمر الشركة في نشاطها[4].

ثانيا: التعسف في تنفيذ العقد

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين وهذا طبقا لما نصت عليه المادة106 ق م ج" **العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**"[5]، بمعنى أنه في حالة ماإذا تعاقد طرفي العقد لا يمكن لهم التراجع عن ذلك سواء بنقض العقد أو تعديله إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا كان ذلك مما يقره القانون.

لكن قد تحدث بعض الحالات الإستثنائية العامة التي لم تكن في الحسبان، بحيث لا يصبح الإلتزام التعاقدي مستحيلا إنما يصبح مرهقا للمدين وقد تهدده خسارة فادحة، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين المصالح المتعارضة بين المتعاقدين أن يُرد الإلتزام إلى الحد المعقول، ويقع

[1]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[2]- فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ص 334-335.
[3]- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 513.
[4]- العوجي محمد، القانون المدني، ج2: المسؤولية المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص ص 342-343.
[5]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، وإذا أصر الدائن على استعمال حقه في تنفيذ إلتزام المدين بالرغم من الخسارة التي تهدده فيكون الدائن في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه، وعلى هذا الأساس خول القانون القاضي سلطة تعديل الإلتزام إلى الحد المعقول لتفادي وقوع الضرر[1].

ثالثا: الشروط التعسفية الواردة في العقد

تنص المادة **110** ق م ج على أنه: "**إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**".

يتبين من خلال نص المادة أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان[2]، وتضمن شروط تعسفية، فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل تلك الشروط، أو إعفاء الطرف المذعن منها بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن تكون عليه [3].

الفرع الثاني

التعسف في حق الملكية

تعتبر الملكية حق يقرره القانون لصاحبه ، ويخول له سلطة مباشرة على شيء معين تمكنه من التمتع به واستغلاله والتصرف فيه لوحده دون غيره في حدود ما يسمح به القانون[4]، وهذا ما نص عليه المشرع الأردني حينما نص في المادة 1037 من القانون المدني الأردني "**للمالك أن يتصرف بملكه تصرفا مطلقا ما لم يكن تصرفه مضرا بغيره ضررا فاحشا أم مخالفا للقوانين أو النظم أو المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة**"[5].

لقد أخذ القانون الجزائري بنظرية التعسف في استعمال حق الملكية، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة **674** من ق م ج التي تنص على ما يلي: "**الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة**".

---

[1]- شوقي السيد، المرجع السابق، ص 305.

[2]- يعرف عقد الإذعان على أنه العقد الذي يسلم فيه الطرف المذعن شروط مقررة يضعها الطرف القوي، ولا يقبل مناقشتها، نقلا عن فتحي عبد الرحيم ، المرجع السابق، ص 53.

[3]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[4]- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 202.

[5]- القانون المني الأردني، المرجع السابق.

يتبين من خلال نص المادة أعلاه أن مضمون حق الملكية يتكون من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وفي حالة ما إذا تجاوز صاحب الحق هذه السلطات يكون قد خرج عن حدود حقه ويعد متعسفا[1]، وبالتالي فإنه إذا ما تبين خطأ الملك ألزم بتعويض المضرور[2].

وكأمثلة للتعسف في حق الملكية أن يقوم الملك بغرس أشجار في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، وهذه قرينة واضحة على قصد الملك الإضرار بجاره، أو أن يقوم الملك في ملكه مدخنة لا نفع له منها، وإنما قصد بها الإضرار بجاره[3].

أولا: التعسف الوارد على تجاوز حدود الإضرار المألوفة بين الجيران

يعد تجاوز حدود الأضرار المألوفة بين الجيران تعسفا في استعمال حق الملكية، وهذا ما نصت عليه المادة **1/691** ق م ج على أنه "**يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**"[4].

وبالتالي فإنه في حالة استعمال المالك حق ملكيته وأدى ذلك إلى الإضرار بجاره، فإنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المالوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطالب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف[5]، وهذا ما ورد في القانون المدني المصري في نص المادة 807: " 1-على المالك ألا يغلو في استعمال حقه، 2- ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف"[6].

وعليه فإن المالك لا يكون مسؤولا إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا في تاريخ 2006/04/12، ملف رقم 345069 أنه: "تقوم المسؤولية في مضار الجوار، إذا تجاوزت الحد المألوف، على أساس الضرر وليس على أساس

---

[1]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- العوجي محمد، المرجع السابق، ص 328.

[3]- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8: حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المجلد 2، ط 3 جديدة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 690.

[4]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 144.

[6]- قانون مدني مصري، المرجع السابق.

إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 من القانون المدني"[1].وفي حالة ما إذا لم يتجاوز هذا الحد وبقى في نطاق الضرر المألوف الذي لا يمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مسؤول، لأن مسؤولية المالك تكون عن الضرر غير المألوف للجوار، أي الضرر الفاحش الذي يصيب الجار[2].

وفيما يخص مسألة تحديد ما يعتبر من مضار الجوار المألوفة أو غير مألوفة مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي[3]، ومعظم التشريعات تستند للفصل فيما يعد مضار الجوار المألوف أو غير المألوف إلى المعيار الموضوعي[4].

ثانيا: التعسف الوارد على حقوق الإرتفاق

حق الإرتفاق هو حق مقرر قانون لعقار لخدمة ومنفعة عقار آخر مملوك للغير بحكم موقعه الطبيعي[5]، ويتوجب على مالك حق الإرتفاق أن لا يسيء في استعمال حقه، بحيث يجب عليه أن يستعمله على النحو الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن، وهذا تطبيقا لنص المادة **872** ق م ج التي تنص على أنه "**لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ماهو ضروري لاستعمال حقه في الإرتفاق ويحفظه، ويجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به، ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الإرتفاق**" [6].

يظهر التعسف في حقوق الإرتفاق في عدة مواضيع أهمها حق الشرب والسقي، حق المجرى والصرف، حق المرور.

---

[1]- المحكمة العليا، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، قرار رقم 345069 مؤرخ في 2006/04/12،(قضية ب-س-ع-غ ضد أ-م)، عدد2 ، 2006، ص 383.

[2]- السنهوري أحمد عبد الرزاق، شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 693.

[3]- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 174.

[4]- السنهوري أحمد عبد الرزاق، شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 697.

[5]- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 204.

[6]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

أ- حق الشرب والسقي

لقد نص الم الج على حق الشرب في الباب الرابع من قانون المياه في المادة **111** منه، حيث نص على أن المياه الصالحة للشرب تعني المياه الصالحة اللإستهلاك والإستعمال المنزلي[1]، وحق الشرب هو حق الشخص بأن يروي نفسه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر، وهذا المعنى يختلف عن المعنى المقصود من قيد الشرب والسقي، والذي يقصد به حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم من المسقاة التي تخص صاحبها والذي وضع من أجل تفادي تعسف صاحب السقاة في التعسف في استعمال حقه[2].

الأصل أنه من أنشأ مسقاة خاصة كان له وحده حق استعمالها، لكن المشرع وضع قيد على هذا الحق الذي للمالك أن يستأثر باستعمال مسقاته، بحيث أجاز للملاك المجاورين أن يستعملوا هذه المسقاة فيما تحتاجه أراضيهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها، فالبرغم من حق مالك الأرض بالإحتفاظ بالمياه لنفسه، إلا أنه لا يحق له منع جاره من سقي أرضه، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه[3].

ب- حق صرف الماء الزائد

يعرف هذا الأخير على أنه حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف الماء الزائد عن حاجات أرضه، ويتوجب على مالك الأرض أن يسمح له بأن تمر بأرضه مياه الصرف من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي، مقابل حصول المالك على تعويض[4].

وبالرغم من حق المالك في أن يستأثر بالمصرف لنفسه، كون أنه هو من أنشائها، إلا أنه لا يحق له أن يمنع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة لتصب في أقرب مصرف عمومي، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه[5].

---

[1]- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر ج ج، عدد 60 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005.

[2]- بوعبدلي دحمان، التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة،2017، ص ص 44-45.

[3]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص ص77-78.

[4]- بوعبدلي دحمان، المرجع السابق، ص 45.

[5]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 79.

ج- حق المجرى

يقصد به حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لري أرضه، ويتوجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وذلك مقابل تعويض المالك[1].

د- حق المرور

لقد وجد الطريق العام بهدف تحقيق المصلحة العامة، لذا راعى المشرع حالة العقار المحصور، وأعطى لصاحب هذا الأخير حق المرور على أرض جاره من أجل الوصول إلى الطريق العام[2].

لقد أقر الم الج بهذا الحق في نص المادة **393** من ق م ج، وتطبيقا لهذه الأخيرة فإن المشرع قد وضع مجموعة من الشروط لممارسة حق المرور، والتي تتمثل في:

. وجوب تحقق الحصر أو عدم كفاية الممر.

. أن لا يكون الحصر ناتج عن إرادة المالك.

. ألا يكون هناك حق المرور هناك حق المرور اتفاقي وعلى سبيل الإباحة.

. إضافة إلى ملائمة حق المرور للملاك الآخرين بأن يتم اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها الممر أخف ضررا عليهم[3].

وبالتالي فإنه في حالة ما تحققت هذه الشروط يكون الجار مالك الآرض المحصورة حق المرور في أرض جاره من أجل الوصول إلى الطريق العام، وذلك بمقابل تعويض مناسب للأضرار التي تترتب من خلال استعمال هذا الحق، وفي حالة ما إذا خالف مالك العقار المحصور تلك الشروط في استعمال حقه في المرور، اعتبر متعسفا في استعمال حقه[4].

ثالثا: التعسف الوارد على الملكية الشائعة

تعد الملكية الشائعة ملكية مقيدة من حيث الاستعمال، وعليه فإن إنفراد أحد الشركاء المشتاعين بممارسة سلطات الملكية على الشيء الشائع يتقيد بإحترام حقوق باقي المشتاعين على نفس الشيء، فلا

[1]- بوعبدلي دحمان، المرجع السابق، ص 45.
[2]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 83.
[3]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[4]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 84.

ينبغي أن يكون من شأنه الإضرار بهم، وهذا راجع إلى تحويل عدة أشخاص نفس السلطات على نفس المحل[1].

يظهر التعسف في الملكية الشائعة في عدة مواضيع من بينها إدارة المال الشائع، قسمته...إلخ.

أ. التعسف الوارد على الحائط المشترك

يعد المالك متعسفا في استعمال حقه إذا أقام حائطا في حدود ملكه، بحيث ستر النور ومنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له[2].

يحق لكل شريك أن يستعمل الشيء الشائع كيفما يشاء ما لم يلحق الضرر بحقوق شريكه الآخر، ولا يعرضه للخطر، وأن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد من أجله، وإلا فإنه يجوز للمالك الآخر منعه من ذلك بطلب إزالة ما أقامه إذا كان الحائط معرض للخطر، ويلزم كذلك بالتعويض في حالة ما إذا كان له مقتضى[3]، غير أنه في حالة ما إذا قام المالك بإقامة حائط على ملكه ليستر من أن يطل الجار على داره أو حديقته، فهنا لا تعسف ولا تعويض[4] .

ب . التعسف الوارد على المال الشائع

تطبيقا لنص المادة **716** ق م ج فإن المشرع الجزائري قد اكتفى فقط بتوافر الأغلبية العادية بخصوص أعمال الإدارة المعتادة، كما يحق لتلك الأغلبية إختيار مديرا، إضافة إلى أن المشرع قد قصد من خلال نص هذه المادة أغلبية الأنصبة وليس الشركاء[5]، وبالتالي فإنه في حالة ما إذا كان شريك واحد يملك أغلبية الحصص فإن هذا قد يؤدي إلى تمكينه من إدارة المال الشائع، ويحق للشركاء الآخرين الذين يملكون أقلية الحصص حق الطعن في القرار الصادر منه إذا كان يتضمن تعسفا في استعمال الحق[6].

---

[1]- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 160.

[2]- السنهوري أحمد عبد الرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 690.

[3]- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 249.

[4]- السنهوري أحمد عبد الرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 690.

[5]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[6]- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 163.

ج . التعسف في قسمة المال الشائع

تطبيقا لنص المادة **722** ق م ج فإنه لكل شريك الحق في المطالبة بقسمة المال الشائع، إلا في حالة ما إذا كان مجبرا على البقاء على الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ويجب ألا تتجاوز مدته 5 سنوات، وطبقا لنص المادة **2/722** من نفس القانون فإنه لا يحق لأي شريك طلب القسمة خلال هذا الأجل[1]، وبالتالي يحق لباقي الشركاء التمسك بالإتفاق والبقاء في الشيوع، إلا أن ذلك مقيد بعدم التعسف في استعمال حقهم، وفي حالة ما إذا أثبت وجود سبب يبرر التعجيل بالقسمة تحكم المحكمة برفض دفع البقاء في الشيوع، وتستجيب لطلب الشريك بالقسمة، وذلك من أجل تفادي وقوع التعسف[2] .

المطلب الثاني

التعسف في مجال الأحوال الشخصية

بالإضافة إلى التطبيقات المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال القانون المدني، تجدر الإشارة إلى أن هناك تطبيقات آخرى في قانون الأسرة الجزئري خاصة في مجال الأحوال الشخصية، والتي تتجلى في التعسف في استعمال حق الزواج **(فرع أول)**، وكذا التعسف في استعمال فك الرابطة الزوجية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

التعسف في استعمال حق الزواج

يعد الزواج عقد بين رجل وإمرأة تجوز له شرعا لتحقيق مقاصده المرجوة منه كالإنجاب، وبيان ما يتولد عنه من حقوق وواجبات[3]، وحسب نص المادة 4 ق أ ج فإن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[4].

---

[1]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 199.

[3]- محمد حسن أبو يحي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني)، ط1، دار يافا العلمية، عمان، 2011، ص 18.

[4]-- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

يعد عقد الزواج من أهم العقود وأخطرها لما يترتب عليه من آثار، ولذلك أقر فيه مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق لحفظ حقوق كلا الطرفي[1])، منها عدم جواز التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (أولا)، وأيضا عدم جواز التعسف في استعمال الحق في عضل الولي (ثانيا)، وأخيراً عدم جواز التعسف في المغالاة في المهور (ثالثا).

أولا: التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تعتبر الخطبة مقدمة الزواج، حيث أثناء فترة الخطوبة يتأكد كل من المخطوبين في مدى رغبتهما في الزواج، فإذا تلاقت الرغبتان أقدم كل واحد منهما على العقد[2].

والخطبة شرعا وقانونا تعد وعد بالزواج، ولكل من الخاطبين العدول عنها وهذا طبقا لنص المادة 5 ق أ ج[3]، وبالتالي فالخاطب ليس ملزم بإجراء العقد والزواج، كون الإلتزام بالمقتضيات من خصائص العقود[4]، وأن الإمتناع عن إتمام العقد يعد حقا من حقوقه المشروعة، وبالتالي لا يخضع للمسألة من أحد[5]، إلا أنه إذا لم يكن هناك سبب للعدول اعتبر تعسفا في العدول عن الخطبة، وذلك لما يترتب من أضرار قد تلحق بالطرف الآخر، كأن يكون العدول من طرف الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة، فيفوت عليها فرصة الزواج من رجل آخر، أو يفوت عليها فرصة لإستكمال الدراسة، أو العمل إستجابة لطلبه، إضافة إلى ذلك ما قد يصيبها من أضرار معنوية تسيء لسمعتها.

وقد يكون العدول من طرف المخطوبة فتضيع عليه أموالا باهظة أنفقها في تجهيز المنزل وقد يصيبه ضرر معنوي، فتتأثر سمعته فيبتعدون عن التزوج به[6]، وبالتالي جاز التعويض للطرف المتضرر من

---

[1]- بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستر في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامة الجزائر،2005، ص 36.

[2]- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2015، ص 19.

[3]-- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[4]- محمد حسن أبو يحي، المرجع السابق،ص 78

[5]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص77.

[6]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 93.

العدول وهذا طبقا لنص المادة 03/05 ق أ ج التي تنص على أنه "**إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**"[1].

ومن أمثلة للتعسف في حالة العدول عن الخطبة البحث عن شريك آخر يفضله لماله أو نسبه أو جاه أو غيرهما، وذلك بقصد الإضرار بالطرف الأخر، أو كأن يتم إيهام الخاطب المخطوبة برغبته بإتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، ويؤكد على ذلك بين الحين والأخر، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي أربع سنوات مثلا عدل عن الخطبة، فإنه بهذا أضر بها ضررا فاحشا، ويتمثل هذا الأخير في تفويت فرصة الزواج من آخر، خاصة بعد تقدمها في العمر، حيث تقل الرغبة في الزواج منها[2].

وفيما يخص مسألة التعويض الملائم فإن أمره متروك للقضاء المدني، بعد أن تحكم بوجوبه المحكمة المختصة، وذلك حسب ظروف الدعوى ومدى جسماته الضرر والظروف المادية للعادل، وتجدر الإشارة إلى أن التعويض لا يقتصر على الأضرار المادية بل تمتد كذلك إلى الأضرار المعنوية كإساءة السمعة[3].

ثانيا: التعسف في استعمال الحق في عضل الولي

يقصد بعضل الولي: "منع الولي موليته من الزواج بكفء رضيته ورغب بها على أن لا يقل مهرها عن مهر المثل"[4] .

يحق للولي أن يمنع موليته من الزواج، إلا أن هذا الحق لا يعتبر مطلقا، إنما هو مقيد بعدم الإضرار بها، إذ يجب على الولي أن يسبب سبب منعه كأن يكون الخاطب لا يصلح للزواج بموليته، بمعنى أنه في حالة منعها لها بالزواج لسبب مشروع فإنه لا يضّربها إنما لمصلحتها[5].

تعد الولاية حق شرعي في الإسلام، وسلطة قانونية منحها الله تعالى لأقارب المرأة المؤهلين لذلك، من أجل الإشراف على مصالحها، لكن قد يحدث وأن يسيء الولي الشرعي استعمال حقه[1]، كأن

[1]-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[2]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 95.
[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 85.
[4]- المرجع نفسه، ص 87.
[5]- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص 65.

يمنع موليته من الزواج بدون سبب شرعي يؤدي ذلك إلى الإضرار بها، ففي هذه الحالة يكون الولي متعسفا في استعمال حقه[2]، ومثال ذلك كأن يرفض تزويجها من شخص كفء اختارته وتحقق التراضي بينهما وتزويجها بشخص غير كفء.

وفي حالة ما إذا تكرر عضل الولي في كل مرة دون سبب مشروع يمكن للمولية أن تلجأ إلى القضاء، وبذلك يقوم القاضي بتزويجها بمن تريد [3] .

تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على حق العضل، فقد ألغى المادة 12 ق أ ج المتعلقة بالعضل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثالثا: التعسف في استعمال حق المغالاة في المهور

يعد المهر شرط من شروط الزواج، حيث لا يصح هذا الأخير بدونه طبقا لنص المادة **09 مكرر** ق أ ج[4]، والمهر يقصد به ذلك العوض المسمى في عقد النكاح أو المسمى بعده[5]، كما أنه يعتبر حق خالصا للمرأة طبقا لنص المادة 14 من ق أ ج والتي تنص على أن"**الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء**"[6]، إلا أن طلب المهر مقيد بعدم الإضرار بالغير سواء أكان الضرر بالزوج أو بغيره[7].

يعتبر طلب المرأة أو أولياؤها لمهر عال يعجز الزوج عن تلبيته قرينة على الإضرار بالزوج، وذلك بتحميله فوق طاقته وقدراته، وكذا سعيه للحصول على المال لإرضاء المرأة بما لا يقدر عليه وفي ذلك ضرر، وقد يختار الزوج العزوف عن الزواج، وبهذا تتضرر المرأة ويهجرها الرجال وتبقى بلا زواج، وفي ذلك ضرر أكبر، فيكون الضرر المترتب على المرأة بقبولها القليل من المهر أقل من الضرر المترتب على إمتناع الشباب عن الزواج لغلاء المهور أكثر، لأن الضرر هنا عام يمس كل من المرأة

---

[1]-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق،ص ص 97-98.
[2]- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص 65.
[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص ص 98- 99.
[4]-- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[5]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 112.
[6]- - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[7]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص ص 112-113.

والرجل والمجتمع، ومن قاعدة الموازنة بين الضررين يرجح الضرر الأكبر الذي يلحق الجماعة على الضرر الفردي الذي قد يلحق بالمرأة[1].

الفرع الثاني

التعسف في استعمال حق فك الرابطة الزوجية

تعتبر العلاقة الزوجية من أهم الأسس التي يقوم عليها عقد الزواج، لكن بالرغم من ذلك إلا أن هذا العقد ليس أبدي، بحيث يمكن أن تتعرض الرابطة الزوجية لعدة مشاكل مما يستحيل علىالزوجين تكملة التعايش مع بعضهم.

وعلى هذا الأساس فإن القانون قد وضع مجموعة من الحلول لفك الرابطة الزوجية، بحيث يمكن فك هذه الأخيرة إما عن طريق الطلاق سواء بالإرادة المنفرة للزوج أو بالتراضي بين الزوجين، وإما عن طريق المطالبة بالتطليق أو الخلع من طرف الزوجة، إلا أن هذه الحقوق لا تعد مطلقة، وإنما مقيدة بعدم الإضرار فقد يتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق **(أولا)**، كما قد تتعسف الزوجة أيضا في استعمال حقها في التطليق **(ثانيا)**، أو في الخلع **(ثالثا)**.

أولا: التعسف في استعمال حق الطلاق

لقد جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج لفك الرابطة الزوجية [2]، وقد أشار المشرع لهذا الحق في نص المادة **48** من ق أج التي تنص على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة **49** أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين **53** و**54** من هذا القانون[3] .

بالرغم من حق الزوج في مطالبة الطلاق[4]، إلا أن هذا الحق لا يعتبر حق مطلق، إنما هو حق مقيد بمجموعة من القيود كالقيود الدينية والقيود القانونية، والقيود القضائية، وما يهمنا في دراستنا هو قيد

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص ص 111-112.
[2]- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، دار ابن حزم، بيروت، 2008، ص 642.
[3]- - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[4]- علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 651.

عدم الإضرار بالزوجة عند ممارسة هذا الحق، وذلك على أساس أن الإسلام قد حرم على الزوج أن يطلق زوجته بدون سبب لأن ذلك يجعله متعسفا في استعمال حقه، كذلك الأمر بالنسبة للقانون وهذا من خلال ما نصت عليه المادة **52** ق أ ج "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"[1] .

ومن قاعدة الموازنة بين الضرر الذي يلحق الذي يصيب الزوجة نتيجة طلاقها تعسفيا، وبين الضرر الذي يصيب الزوج في حالة استمرار علاقته الزوجية، فيكون الضرر الذي يمس فئة كبيرة من الأشخاص من الزوجة وأبنائها والمجتمع ككل، كما قد يمس الزوج أيضا أكبر من الضرر الذي يصيب الزوج، وبالتالي يدفع الضرر الأعظم الذي يلحق المجتمع على الضرر الأيسر الذي يلحق الزوج[2] .

وفيما يخص مسألة التعويض فإن السلطة التقديرية تعود لقضاة الموضوع، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا في تاريخ 2006/07/12، ملف رقم 368660 أنه: "**تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم**"[3].

توجد هناك عدة صور للطلاق التعسفي، وقد تطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية، نذكر منها:

-الطلاق بقصد الحرمان من الميراث:

يحدث هذا النوع من الطلاق في حالة ما إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت[4].

يوجد هناك العديد من التعريفات لمرض الموت، إلا أنه لابد من توفر شرطين لاعتبار الإنسان مريض مرض الموت:

1- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت في أكثر الأحيان، كمرض السرطان مثلا.

2- أن يعقب المرض الموت فعلا[1].

---

[1]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 107.

[3]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 368660 مؤرخ في 2006/07/12، المجلة القضائية، قضية ج-ب ضد ج-أ)،عدد 2، 2006، ص 483.

[4]- علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 651.

إن هذا النوع من الطلاق لم يتطرق إليه المشرع الجزائري لا في ق أ ج، ولا في ق م ج على خلاف التشريعات العربية التي تطرقت لى تعريفه، لكن الم الج اعتبر كل تصرف قانوني يصدر من المريض مرض الموت وصية، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 204 من ق أ ج[2].

وكنتيجة فإنه في حالة ما إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت، من أجل أن يحرمها منالميراث، فهنا يتبين أن هدفه هو الإضرار بالزوجة، وبالتالي يعد متعسفا في استعمال حقه في الطلاق[3]، فيترتب عليه جزاء يتمثل في إرثها منه في حالة وفاته ما لم تنقضي عدتها[4]، وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 132 من ق أ ج التي تثبت للمطلقة استحقاق الميراث قبل إنقضاء عدتها[5] .-**الطلاق قبل الدخول**

يعد الطلاق قبل الدخول طلاقا تعسفيا، وهذا ما جاء في به القرار الصادر عن المحكمة العليا في تاريخ 2006/11/15، ملف رقم 372290 أنه: "يحق للزوجة، في حالة الطلاق فبل الدخول بها، الحصول على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير، عليها"[6].

ثانيا: تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق

التطليق هو حق مخول للزوجة بفك الرابطة الزوجية، وقد أشار المشرع إلى هذا الحق في نص المادة 53 ق أ ج التي تنص على أنه: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:**

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 230.
[2]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[3]- علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 651.
[4]- عبير ربحي شاكر القومي، المرجع السابق، ص 245.
[5]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[6]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 372290 مؤرخ في 2006/11/15، المجلة القضائية، (قضية ق-س ضد م-س)،عدد 1، 2007، ص 487.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ,تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- إرتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

يفهم من خلال نص المادة السالفة الذكر أن حق التطليق حق مخول للزوجة، لا يمكن لها المطالبة به إلا إذا توفرت أحد الأسباب الواردة في المادة أعلاه، وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد اكتفى بذكر 07 أسباب للتطليق في ظل القانون 84-11، إلا أنه بعد تعديله بموجب الأمر 05-02 قد أضاف 03 أسباب أخرى، وهذا حماية للزوجة[1].

سنحاول التعرض لبعض الحالات الواردة في المادة أعلاه التي يظهر فيها التعسف:

أ:التطليق للعيب

يقصد بها العيوب التي من شأنها أن تؤثر في مقصد الزواج، وتمنع تحقيق الهدف منه، أو هي الأمراض أو العيوب الجنسية التي تستحيل عليها إكمال العلاقة الزوجية، ففي حالة ما إذا كان لدى الزوج عيوب جنسية تؤدي إلى الإضرار بالزوجة، فيحق لهذه الأخيرة طلب التطليق، ويجب على القاضي

[1]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الاستجابة لطلبها إذا كانت تلك العيوب مبررة لا يمكن البرء منها ولم يكن هناك أمل للشفاء وذلك بشرط عدم علم الزوجة بذلك العيب قبل العقد.

لكن إذا كانت تلك العيوب من العيوب الغير دائمة والقابلة للشفاء، وبالرغم من هذا فإن الزوجة تصر على التطليق فإنها تعتبر متعسفة في استعمال الحق، ولا يجب على القاضي الاستجابة لطلبها[1].

ب: التطليق للهجر

أباحت الشريعة الإسلامية للزوج هجر فرش الزوجة بغرض تأديبها وإصلاحها، لكن ليس بغرض الإضرار بها، وذلك لمدة لا تزيد عن أربعة أشهر، لكن إذا تجاوز الزوج هذه المدة فإن ذلك يعد إضرار بالزوجة، وبالتالي فإنه يحق لها اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق بسبب تجاوز مدة الهجر في المضجع، ويستوجب على القاضي في هذه الحالة التفريق بين الزوجين عند ثبوت السبب.

لكن قد يحدث وأن تطلب الزوجة التطليق وتتمسك به بالرغم من كون أن الهجرة في المضجع كان لسبب أو لعذر مشروع وقانوني، ففي هذه الحالة تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حقها ولا يجب على القاضي أن يستجيب لطلبها إلا بعد التأكد من وجود هجر في المضجع دون سبب شرعي[2] .

ثالثا: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

يعتبر الخلع الطريق الثاني المخول للزوجة بفك الرابطة الزوجية[3]، وقد أشار المشرع الج إليه في نص المادة 54 من ق أ ج والتي تنص على أنه" **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي**"[4]، إذن فهو حق جائز لحاجة الناس إليه بوقوع النزاع والشقاق وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خلقية أو دينية أو صحية...إلخ، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من

---

[1]- العربي بختي، المرجع السابق، ص 127.
[2]- المرجع نفسه، ص ص 105-106.
[3]- العربي بختي، المرجع السابق، ص 127.
[4]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

العلاقة الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها[1].

يعد الخلع نعمة من الله عز وجل منحها للزوجة، إلا أنه لا يجوز المطالبة به إلا إذا تعذرت الحياة بينهما[2]، لأن استعمال الزوجة حق الخلع مقيد بحسن النية، أي يجب على الزوجة أن تستعمله لتحقيق الحكمة التي شرعت من أجلها، ففي حالة ما إذا كان هدفه هو الإضرار بالزوج اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق، كون أن الحقوق شرعت للإصلاح وليس للإضرار[3].

للزوج كذلك نصيب في التعسف الوارد على الخلع، وذلك في حالة مطالبة الزوج بأكثر من المهر بقصد الإضرار بالمرأة ومعاقبتها دفعا بها إلى العدول أو تكليفها ما لا تطيق، وفي ذلك خطر عظيم، فالضرر اللاحق بالمرأة في تكليفها رد المهر وزيادة يفوق الضرر اللاحق بالرجل إن رد إليه مهره دون زيادة، فيدفع بأعظم الضررين وهو الضرر اللاحق بالمرأة المخالعة[4].

المطلب الثالث

التعسف في استعمال الحق في مجال قانون العمل

إضافة إلى التطبيقات السابقة، فإن نظرية التعسف تشمل أيضا قانون العمل الذي يتميز بنظام قانوني خاص، كونه ذو طبيعة مختلطة، فهو من جهة يعد فرعا من فروع القانون العام، ومن جهة آخرى يعد فرع من فروع القانون الخاص.

ولما كانت علاقة العمل تربط بين طرفين غير متساويين من حيث المراكز القانونية، بحيث يعد العامل طرفا ضعيفا في العقد، فإن المشرع قد حرص على حمايته ضد تعسف رب العمل الذي قد يجحف في حقوقه، وذلك من خلال تنظيم علاقة العمل بموجب نصوص قانونية تشكل ما يعرف بقانون العمل، وهذا الأخير يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين العمال والمستخدمين، وتبين حقوق وواجبات كل طرف.

---

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص ص 459-460.
[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص264.
[3]- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص173.
[4]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص265.

لكن بالرغم من تنظيم المشرع لهذه العلاقات إلا أنه قد تكون في هذه العلاقات حالات تعسف سواء من طرف صاحب العمل أو العامل وذلك لوجود عدة إشكالات تطرح على مفتشيات العمل من جهة ومن جهة أخرى على القضاء، ومن بينها التعسف في تعليق علاقات العمل **(فرع أول)**، والتعسف في إنهاء عقد العمل **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

التعسف في تعليق علاقة العمل

لقد نص المشرع الجزائري على بعض الحالات التي تجيز للعامل التوقف عن ممارسة عمله، دون أن يؤدي ذلك إلى إنهاء علاقة العمل، وقد أشار إليها من خلال نص المادة **64** ق ع.ج، والتي تنص على أنه: "**تعلق علاقة العمل قانونا للأسباب التالية:**

- **اتفاق الطرفين التبادل.**
- **عطل مرضية أو ما يماثلها كتلك التي ينص عليها التشريع والتنظيم المتعلقين بالضمان الاجتماعي.**
- **أداء التزامات الخدمة الوطنية وفترات الابقاء ضمن قوات الاحتياط أو التدريب في اطارها.**
- **ممارسة مهنة انتخابية عمومية.**
- **حرمان العامل من الحرية ما لم يصدر ضده حكم قضائي نهائي.**
- **صدور قرار تأديبي يعلق ممارسة الوظيفة.**
- **ممارسة حق الاضراب.**
- **عطلة بدون أجر**[1].

نستنتج من خلال نص المادة أعلاه أنه يمكن أن تعلق علاقة العمل مؤقتا متى توفرت إحدى الحالات المذكورة سابقا، وبعد انقضاء مدة التوقف يتوجب على رب العمل إعادة إدماج العامل في منصبه، أو في منصب ذو أجر مماثل، وهذا تطبيقا لنص المادة **65** من ق ع ج[2].

[1]- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج رج ج، عدد 17، مؤرخ في 25 أفريل 1990، معدل ومتمم.

[2]- قانون رقم 11/90 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.

غير أن المستخدم قد يتخذ من تلك الحالات حجة لإنهاء علاقة العمل كليا، وبالتالي يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وفيما يلي سنحاول التطرق إلى أهم أسباب تعليق علاقة العمل، والتي يتخذها رب العمل سببا لحرمان العامل من منصبه:

أولا:العطل المرضية

وهي تلك العطل الممنوحة للعامل بسبب حالته الصحية أو العقلية وغيرها[1]، وهذه الحالة لا تعد سببا لإنهاء علاقة العمل، وفي حالة ما إذا إستغل المستخدم هذه الفرصة لإنهاء علاقة العمل اعتبر متعسف، وبالتالي إستوجب التعويض[2].

ثانيا: حرمان العامل من حريته

وهي تلك الحالة التي يتم فيها وضع العامل بالحبس الاحتياطي[3]، نتيجة توقيفه كمشتبه به[4]، وكون هذه الحالة تعتبر من حالات تعليق علاقة العمل، فإنه يتوجب على المستخدم إعادة إدراج العامل في منصبه، وذلك بمجرد صدور حكم البراءة، وفي حالة ما إذا رفض المستخدم إعادة إدراج العامل في منصب عمله، فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه[5].

الفرع الثاني

التعسف في إنهاء عقد العمل

عالج المشرع الجزائري إنهاء علاقة العمل في الفرع الثالث من الفصل السادس للباب الثالث من القانون رقم **90-11** المتعلق بعلاقات العمل الفردية، المعدل والمتمم، ونظمها من المواد **66** إلى غاية المادة **73** منه. وكأصل عام فإن عقد العمل حسب نص المادة **66** من نفس القانون فإنه ينتهي بقوة القانون في الحالات التالية:

-البطلان أو الإلغاء القانوني،

[1]- دهميش صفية، تعليق وإنهاء علاقة العمل، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر 02، قانون الاجتماع، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2017، ص 06.
[2]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق ص 92.
[3]- المرجع نفسه، ص 93.
[4]- دهميش صفية، المرجع السابق، ص 07.
[5]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 93.

-انقضاء أجل عقد العمل ذي المحدودة،

-الإستقالة،

-العزل،

-العجز الكامل عن العمل، كما ورد تحديده في التشريع،

-التسريح للتقليص من عدد العمال،

-إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة،

-التقاعد،

. الوفاء [1].

نستخلص مما سبق أن علاقة العمل يمكن أن تنتهي نهائيا متى توفرت إحدى الحالات المذكورة سابقا.

غير أنه بالرغم من توفر السبب القانوني لإنهاء علاقة العمل، إلا أنه يمكن لرب العمل أن يتعسف في هذا الحق الممنوح له، ويكون ذلك من خلال اتخاذ تلك الحالات حجة لإنهاء علاقة العمل، ويظهر التعسف في حالة الاستقالة **(أولا)**، والتقاعد **(ثانيا)**.

أولا:الإستقالة

تعد هذه الحالة سبب لإنهاء علاقة العمل من طرف العامل[2]، وتعتبر حق للعامل، وهذا ما جاءت به المادة **1/68** من القانون **90-11**، حينما نصت على أنه: "**الاستقالة حق معترف به للعامل**"[3].

لكن بالرغم من كون الإستقالة حق للعامل[4]، إلا أن استعماله لهذا الحق مقيد، إذ يجب ان تكون الإستقالة في وثيقة مكتوبة، إضافة إإلى إحترام مهلة الإشعار المسبق، فلا يجوز له مغادرة عمله قبل فترة الإشعار المسبق، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه[1].

[1]- قانون رقم 11/90 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.
[2]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 94.
[3]- قانون رقم 11/90 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.
[4]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 94.

وكنتيجة يكون الإنهاء مشروع في حالة ما إذا احترم العامل الإجراءات المنصوص عليها في قانون العمل، وفي حالة ما إذا لم يحترم تلك الإجراءات وترك عمله قبل إنتهاء مدة الإخطار فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه[2].

بالرغم من أن الإستقالة حق للعامل كما سبق القول، إلا أنه يمكن أن يظهر تعسف رب العمل في الحق الممنوح للعامل، وذلك من خلال رفضه للإستقالة رغم إحترام العامل لجل الإجراءات[3].

إضافة إلى أنه إذا تبين أن استقالة العامل راجعة إلى السلوك غير المشروع لرب العمل، فإنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وبالتالي يحق للعامل في هذه الحالة المطالبة بالتعويض نتيجة الضرر الذي لحق به[4].

ثانيا: التقاعد

تعد حالة التقاعد سبب لإنهاء علاقة العمل نتيجة وصول العامل إلى سن معينة[5]، وهي 60 سنة بالنسبة للذكور، و55 سنة بالنسبة للنساء، إضافة إلى إستفاء المدة المتفق عليها قبل الإحالة إلى التقاعد[6].

غير أنه يجوز لرب العمل إحالة العمال على التقاعد المسبق، حتى ولو لم يتوفر الشرطين، لكن في حالات مبررة قانونا كالتسريح لأسباب اقتصادية[7]، وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا في تاريخ 2006/06/07، ملف رقم 338036 أنه: "**لا يعد إنهاء علاقة العمل بسبب الإحالة على**

[1]- دهميش صفية، المرجع السابق، ص 30.
[2]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 95.
[3]- دهميش صفية، المرجع السابق، ص 30.
[4]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 95.
[5]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 95.
[6]- دهميش صفية، المرجع السابق، ص 31.
[7]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 96.

التقاعد، تسريحا تعسفيا"[1].وفي حالة ما إذا ثبت العكس، اعتبرت الإحالة في حكم الفصل التعسفي، وبالتالي جاز له المطالبة بالتعويض[2].

مما سبق نستخاص أنه يجوز انهاء علاقة العمل من المتعاقدين، لكن بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق، خاصة من جانب صاحب العمل فقد أثبتت التطبيقات أنه في كثير من الأحيان ينهي أصحاب العمل عقود العمل بطريقة تعسفية، وبدون إخطار[3]، وبالتالي تتحقق مسؤوليته التقصيرية[4]، مما يؤدي ذلك إلى الحكم لصالح العامل بتعويضه نتيجة الضرر الذي لحق به جراء انهاء العقد[5]، وهذا تطبيقا لنص المادة 73 من قانون 90-11[6].

1- المحكمة العليا، الغرفة الإجتماعية، قرار رقم 338036 مؤرخ في 2006/06/07، المجلة القضائية، (قضية سيدي فرج ضد س-م ومن معه)،عدد 1، 2006، ص 305.
2- بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 96.
3- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص 50.
4- السنهوري أحمد عبد الرزاق، شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 968.
5- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص 50.
6- قانون رقم 11/90 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.

خاتمة

خاتمة

الحمد لله خالق السموات والأرض، نحمده سبحانه وتعالى في جميع الحالات، ونصلي ونسلم على سيد الخلق، رفيع الدرجات، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، وأسأل الله سبحانه أن يختم لنا بالباقيات الصالحات.

هذا وبعد انتهائنا للبحث، الذي مهما بذلنا فيه من جهد، فلن نلم بجميع جوانبه نظرا لتشبع هذا الموضوع، ولكن يكفي أننا وقفنا على نتائج عديدة تتلخص فيما يلي:

نستنتج من خلال تطرقنا لموضوع التعسف في استعمال الحق على أن هذه النظرية تعد من النظريات القديمة، حيث أن الشريعة الإسلامية من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وفقه الصحابة واجتهادات الفقه الإسلامي كانت السباقة إلى وضع وتأصيل هذه الأخيرة، إذ كان لها دور بالغ في الحد من إطلاق الحقوق كما كان عليه الوضع سابقا، لكن بمجرد تطور الحياة في مختلف المجالات والميادين لم يبقى مفهوم الحق مطلقا إنما أصبح مقيد وهذا الأمر ليس بهدف حرمان الشخص من ممارسة حقوقه أو التضييق منها بل كان من أجل تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة والمصالح العامة.

لقد كرست معظم التشريعات سواء كانت الغربية أو العربية هذه النظرية في معظم قوانينها، وبالمقارنة بينهما نجد أن هناك تشابه كبير فيما بينهما باعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر هذه القوانين، ويكمن هذا التشابه فيما يلي:

. استعمال الحق سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون، فإنه يجب أن يكون متفقا مع الغاية المقررة من تشريعه، والخروج عن هذه الأخيرة يجعل مستعمل الحق متعسفا في استعماله لحقه.

. أن القوانين الوضعية استنبطت معايير التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي ولو كان بطريقة جزئية.

. لقد وافقت القوانين الوضعية الشريعة الإسلامية من حيث الجزاء الدنيوي، بحيث زادت الشريعة عن ذلك ما يسمى بالجزاء الأخروي.

. إضافة إلى ذلك هناك أيضا بعض التطبيقات التي استمدتها القوانين الوضعية من الشريعة الإسلامية كالتعسف في استعمال حق فك الرابطة الزوجية وكذلك الوصية...إلخ.

لكن بالرغم من هذا التشابه إلا أن هناك بعض الأمور أين تختلف فيها تتمثل في :

. أن مصدر نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي هو القرآن الكريم، أما بالنسبة للقوانين الوضعية فإن مصدرها من عمل التشريع والذي يكون عرضة للنقض والتعديلات القانونية، بحيث يتغير مع تغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

. لقد وسع الفقه الإسلامي في تحديد معايير التعسف فمنها المعايير المعنوية والتي تتمثل في معيار قصد الإضرار بالغير، ومعيار الدافع إلى تحقيق مصلحة مشروعة، ومنها المعايير الموضوعية التي تكمن في معيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة ومعيار الضرر الفاحش. أما بالنسبة للقوانين الوضعية فلقد اكتفت بمعيار قص الإضرار بالغير، ومعيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومعيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة، وكل هذه المعايير تم النص عليها في المادة 124مكرر من القانون المدني الجزائري وهي نفس المعايير التي نصت عليها مختلف التشريعات العربية.

نستنتج أيضا أن المشرع الجزائري نص على هذه النظرية ضمن نطاق الفعل المستحق للتعويض وتحديدا ضمن نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وبالتالي فإن التعسف يعد خطأ تترتب عليه المسؤولية التقصيرية ويلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض.

أن تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق واسعة تشمل جميع فروع القانون العام والخاص فلا وجود لحق إلا وجد فيه تعسف.

التوصيات والاقتراحات

. نقترح على المشرع الجزائري نظرا للنقص الذي يشوب هذه النظرية أن يتبناها في الباب التمهيدي للقانون المدني مثلما نص عليها المشرع المصري والأردني اللذين خصصا أحكاما لها في المشروع التمهيدي للقانون المدني.

. إعادة نص المادة 124 مكرر من الق الم الج إلى نفس الصيغة التي كان عليها قبل تعديل هذا القانون والمنصوص عليها سابقا في المادة 41 الملغاة، وإضافة عبارة "**لاسيما**" " **يكون استعمال الحق تعسفيا لاسيما ي الأحوال التالية...**".

. أن ينص المشرع على الأصل في استعمال الحق وهو الإستعمال المشروع، كما فعل المشرع المصري في المادة الرابعة من الق الم الم " **من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر**".

. أن يحدد المشرع طبيعة الضرر وقيمته، ونسبته، والدرجة المطلوبة لوجود التعسف.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر

القرآن الكريم

/. قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاءًا، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002.

2. ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، الطبعة الرابعة، دار صادر، لبنان، 2005.

3. أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الأصالة، الجزائر، 2010.

4. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، الطبعة1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة،2003.

5. أحمد النجدى زهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1550.

6. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، دار ابن حزم، بيروت، 2008.

7. العوجي محمد، القانون المدني، الجزء الثاني: المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

9. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن،2015.

10. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن،2003.

11. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الخامسة، دار الثقافة، عمان،2011.

12. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول: (الحق . إساءة استعمال الحق . القانون وتطبيقه . الأشخاص والأموال . أركان العقد ت المسؤولية العقدية . المسؤولية التقصيرية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998.

13. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

13. بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني(نظرية الحق)، الطبعة الثانية، الجزائر،1997.

14. بن غريب رابح، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، الجزائر، 2007.

15. بوبكر مصطفى ، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

16. تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي (دراسة فقهيه مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.

17. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان،2008.

18 . حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

19 . خشاب حمزة، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2014.

20 . رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعية، القاهرة، 2005.

21 . رمضان حافظ عبد الرحمان، بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية عن البيوع الضارة، الطبعة الثانية، دار السلام، الإسكندرية، 2002.

22. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.

23. سراج محمد، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر،1998.

24. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته معياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، 2008.

25. عباس الصراف، جورج حربون، المدخل إلى علم القانون(نظرية القانون، نظرية الحق)، دار الثقافة، عمان، 2008.

26. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية،الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، لبنان، 2000.

27. _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني(نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

28. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 2007.

29. عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة، العراق،2011.

30. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 2008.

31. فاضلي إدريس، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2016.

32. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت،1984.

33. _____، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى والرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت،1988.

34. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول (مصادر الإلتزام)، الطبعة الثالثة، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

35. فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه و قضاء النقض، دار الفكر الجامعي، مصر، 1992.

36. فيلالي علي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر،2010.

37. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، 2009.

38. محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، الطبعة1، دار الإعلام، الأردن، 2001.

39. محمد جميل محمود، الفوائد البهية في شرح عقائد الإمامية، الجزء الثاني، الطبة الثانية، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، (د.س.ن).

40. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثاني، نظرية الحق،الطبعة الثالثة، د. د. ن، د. ب. ن ، د. س. ن.

41. محمد حسن أبو يحي، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني)، االطبعة الأولى، دار يافا العلمية، عمان، 2011.

42. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية، نظرية الحق)، الجزء الثاني: نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2012.

43. محمد حسين منصور، نظرية الحق(ماهية الحق، أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته الشخصية القانونية، الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي)، رمضان وأولاده للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998.

44. محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، د.د .ن، المغرب،1992.

45. محمد عبد العزيز الخالدي، سنن أبي داود، الطبعة2،دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003.

46. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1997.

47. مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون(القاعدة القانونية، الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002.

48. مصطفى أحمد الرزقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في القانون الإسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها، دار البشير، عمان، د س ن.

49. نبيل إبراهيم سعد، السيد محمد السيد عمران،محمد ربحي مطر، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، دارالجامعية، د ب ن، 1995.

50. نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي، المكتب الجامعي الحديث، صنعاء، 2002.

51. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، بيروت، 2012.

ثالثا: المذكرات:

أ . الأطروحات:

. عبد العزيز بن عبدالله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية (دراسة تطبيقية)، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.

ب . مذكرات الماجستير:

1. بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

2. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2014.

3. مجيدي العربي، نظرية التعسف ففي استعمال الحق وأثرها ففي أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

ب . مذكرات الماستر:

1. بوبريوة حسام، التعسف في استعمال الحق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل، 2015.

2. . بوعبدلي دحمان، التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور– الجلفة، 2017.

3. بومنير وهيبة، بوكموش نيسات، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية،2013.

4. حركاتي بلال، أمزال أمال، الخطأ في المسؤولية التقصيرية وتطبيقاتها، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013.

5. دهميش صفية، تعليق وإنهاء علاقة العمل، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الاجتماع، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2017.

6. عبيد فاطمة، حملات أمينة، التعسف في استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر بسعيدة،2011.

رابعا: المقالات

1. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، كلية القانون، جامعة النيلين،العدد 22، 2009.

2. أحمد الصويعي شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، عدد38 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة،2008.

3.علي عبد الله العون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه (مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية)، مجلد43، العدد2، 2016.

خامسا: النصوص القانونية

أ . النصوص القانونية الجزائرية

1. أمر رقم 75. 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، عد78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 10.05 مؤرخ في20 جويلية2005، ج.ر.ج.ج، عدد44، لسنة 2005، ومعدل ومتمم بالقانون رقم 05.07 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج، عدد31، الصادرة في 13 مايو2007.

2 . قانون 11/84 مؤرخ 9 يونيو1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24 الصادر في 12يونيو1984، معدل ومتمم بالقانون رقم 05. 09 مؤرخ في 04 مايو2005، ج.ر.ج.ج، عدد 43، الصدر في 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02.05 مؤرخ ففي27 فبراير 2005، ج.ر. ج . ج، عدد 15، صادر في27 فيفري 2005.

3. – قانون رقم 90–11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، مؤرخ في 25 أفريل 1990، المعدل والمتمم.

4. – قانون رقم 05–12 مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005.

5. قانون رقم08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. ج، عدد 21 بتاريخ 23 أفريل 2008.

ب . القوانين الأجنبية

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، متاح على الموقع *https://www/hamdykhlifa.com*، تم الإطلاع عليه بتاريخ 22/ 07/ 2020 على الساعة 14س 49د.

2. القانون المدني الأردني لسنة 1976 ويعمل به من 1977/01/01 متاح على الموقع : *https://www.wipo.int/edors/laws/ar/jo/jo019ar.pdf*، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2020/07/22 على الساعة21 س و46د.

سادسا : الإجتهادات القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 368660 بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 2، 2006.
2. المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم345069، بتاريخ 2006/04/12، المجلة القضائية، العدد2، 2006.

3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 372290، بتاريخ2006/11/15 المجلة القضائية، العدد1، 2007.

4. المحكمة العليا، الغرفةالاجتماعية، ملف رقم 338036، بتاريخ2006/06/07 المجلة القضائية، عدد1، 2006.

سابعا: المواقع الإلكترونية

1. إسلام ويب، حديث لا ضرر ولا ضرار، متاح على الموقع https://www.islamweb.net/ ، تم الإطلاع عليه يوم 31.08.2020 على الساعة 11س 57د.

2. وحيد عبد السلام بالي، من أحكام الديون في الإسلام، متاح على الموقع

https://www.alukah.net/ : تم الإطلاع عليه يوم: 25.07.2020 على الساعة 17و 12د.

3- https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.al r-ar/%25d9 aany.com/ar/dict/a، تم الإطلاع عليه يوم 2020/08/31 على الساعة 20س 46د.

4ـ خالد بن عثمان، أتشفع ي حد من حدود الله، متاح على الموقع https://khaledalsabt.com/ ، تم: الإطلاع عليه يوم 2020/07/23 على الساعة 21س و57.

5ـ أبوبكر علي الصديق، المساواة في الحدود والعقوبات، متاح على الموقع:
https://www.elbayan.ae/sport/22.10.2006، تم الإطلاع عليه يوم 23.07.2020 على الساعة 22س و08د.

الفهرس

العنوان

الصفحة

مقدمة 02

الفصل الأول: الإيطار المفاهيمي للتعسف في استعمال الحق.....09

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....10

المطلب الأول: المقصود بالتعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....10

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....11

أولا: تعريف التعسف في استعمال الحق ي الشريعة الإسلامية.....11

ثانيا: القواعد الفقهية المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....13

ثالثا: نطاق التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....17

الفرع الثاني: أسس تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....17

أولا: أن تكون المصالح معتبرة فالأحكام.....18

ثانيا: التكافل الإجتماعي.....18

ثالثا: مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض.....19

رابعا: الوظيفة الإجتماعية للمال.....19

خامسا: الاعتدال.....19

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....20

الفرع الأول: المعايير المعنوية.....20

أولا: معيار قصد الإضرار بالغير.....20

ثانيا: معيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.....21

الفرع الثاني: المعايير الموضوعية.....21

أولا: معيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة.....22

ثانيا: معيار الضرر الفاحش.....23

الفهرس

المطلب الثالث: جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....25

الفرع الأول: الجزاء الدنيوي.....25

أولا: التعويض العيني.....25

ثانيا: التعويض المالي.....26

ثالثا: الجزاء التعزيري.....26

الفرع الثاني: الجزاء الأخروي.....27

المبحث الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون.....28

المطلب الأول:المقصود بالتعسف في استعمال الحق في القانون.....28

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق في القانون.....29

أولا: تعريف التعسف في استعمال الحق في القانون.....29

أ : المعنى اللغوي.....29

ب : المعني الإصطلاحي.....30

ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات.....31

أ : تمييز التعسف في استعمال الحق عن التجاوز.....31

ب : تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخطأ.....32

ج : تمييز التعسف في استعمال الحق عن الإساءة.....33

الفرع الثاني: نطاق التعسف في استعمال الحق في القانون.....33

أولا: سريان التعسف على استعمال الحقوق فقط.....34

ثانيا: سريان التعسف في استعمال الحق على الحقوق و الرخص بصفة عامة.....34

المطلب الثاني: أساس و معايير التعسف في استعمال الحق.....36

الفرع الأول: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون.....36

أولا: الإختلاف الدائر بين الفقهاء في تحديد أساس التعسف في استعمال الحق.....36

أ : اعتبار التعسف في استعمال الحق من تطبيقات الخطأ التقصيري.....36

ب : اعتبار التعسف في استعمال الحق نوع متميزا عن الخطأ.....37

ج : اعتبار التعسف في استعمال الحق صورة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية.....37

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من أساس التعسف في استعمال الحق.....38

أ : موقف المشرع الجزائري بشأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني الجزائري.....38

ب : موقف المشرع الجزائري بشأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بعد التعديل القانون المدني الجزائري.....39

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون.....41

أولا : معيار قصد الإضرار بالغير.....41

ثانيا: عدم التناسب بين المصلحة صاحب الحق و الضرر الذي يلحق الغير.....42

ثالثا: عدم مشروعية المصلحة المحصل عليها.....42

المطلب الثالث: إثبات وجزاء التعسف في استعمال الحق في القانون.....43

الفرع الأول: إثبات التعسف في استعمال الحق في القانون.....43

أولا: البنية على من ادعى.....43

ثانيا: دور القاضي في استنباط القرائن القضائية.....44

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق في القانون.....45

أولا: الجزاء الوقائي.....45

ثانيا: الجزاء التعويضي.....46

الفصل الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في ظل الشريعة الإسلامية والقانون.....48

المبحث الأول: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....49

المطلب الأول: أدلة القرآن الكريم في التعسف استعمال الحق.....49

الفرع الأول: النهي عن التعسف بحق الإرضاع.....49

الفرع الثاني: النهي عن التعسف بحق االإمساك.....51

الفرع الثالث: النهي عن التعسف بحق الوصية.....52

الفرع الرابع: النهي عن التعسف بحق الدين.....53

المطلب الثاني: أدلة السنة النبوية الشريفة في التعسف في استعمال الحق.....55

الفرع الأول: النهي عن المضارة.....55

الفهرس

الفرع الثاني: النهي عن التعسف في استعمال الحق الخاص إذا كان فيه مضارة للغير.....56

الفرع الثالث: النهي عن التعسف في استعمال حق الملكية.....57

الفرع الرابع: *النهي عن التعسف في حق النفقة*.....*58*

المطلب الثالث: أدلة فقه الصحابة في التعسف في استعمال الحق.....59

الفرع الأول: النهي عن التعسف في استعمال حق الإرتفاق.....59

الفرع الثاني:النهي عن التعسف عند التزوج بالكتابيات.....60

الفرع الثالث: *النهي عن الإحتكار*.....*61*

الفرع الرابع: *النهي عن الشفاعة في حدود الله*.....*62*

المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون.....65

المطلب الأول: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني.....65

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق في مجال العقود.....65

أولا: التعسف في استعمال الحق في عقود البيع.....66

ثانيا: التعسف في استعمال الحق في عقود الإيجار.....66

ثالثا: الشروط التعسفية الواردة في العقد.....67

الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق الملكية.....67

أولا: التعسف الوارد على تجاوز حدود الأضرار المألوفة بين الجيران.....68

ثانيا: التعسف الوارد على حقوق الإرتفاق.....69

ثالثا: التعسف الوارد على الملكية الشائعة.....71

المطلب الثاني: التعسف في استعمال الحق في مجال الأحوال الشخصية.....73

الفرع الأول: التعسف في استعمال حق الزواج.....73

أولا: التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....74

ثانيا: التعسف في استعمال الحق في حالة عضل الولي.....75

ثالثا: التعسف في استعمال حق المغالاة في المهور.....76

الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.....77

الفهرس

أولا: : تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....77

ثانيا: تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق.....79

ثالثا: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.....81

المطلب الثالث: التعسف في استعمال الحق في مجال قانون العمل.....82

الفرع الأول:التعسف في استعمال حق إبرام العقود.....83

الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق إنهاء عقد العمل.....84

خاتمة.....89

قائمة المصادر والمراجع.....93

الفهرس.....102

ملخص

يعتبر الحق منحة إلهية لكل فرد ، كما أنه يُخول من طرف القانون ، لكن بالرغم من ذلك إلا أنه لا يمنح لصاحبه الحرية المطلقة في استعماله سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية بل هو مقيد بعدم الإضرار بالغير، فالأصل أن استعمال الفرد لحقه يعد فعل مشروع، لكن إذا استعمل الفرد حقه استعمالا غير مشروع اعتبر متعسفا في استعمال حقه وهو ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق.

كما تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة، بحيث تعود أصولها إلى الفقه الإسلامي، ونظرا لأهمية هذه النظرية فقد كرستها معظم التشريعات والقوانين، من بينها المشرع الجزائري الذي تبناها في نظمه، وذلك من خلال نص المادة 124 مكرر ق م ج، كما أن هذه النظرية لها تطبيقات واسعة في جميع نواحي القانون فأين وجد هناك حق نجد هناك تعسف.

Résumé

Le droit est considéré comme étant un don divine pour tout individu, et pour mieux être utilisé, sa réglementation par le droit objectif est inéluctable, néanmoins ne confère pas a son titulaire la liberté absolue de jouissance, de ce fait, il est tributaire de ne pas porter préjudice a quiconque a l'occasion de l'exercice de son droit.

Dans cette optique l'exercice de l'individu de son droit peut porter atteinte a autrui d'ou jaillit l'appellation ou la théorie d'abus de droit.

Cette théorie est ancienne et tire son origine de la doctrine musulmane, et compte tenu de son importance, le législateur algérien l'a adoptée et concrétisée dans l'article 124 bis du code civil.

Cette théorie a connu des applications fort diverses dans d'autres domaines du droit.

En somme, là ou il y a un droit il y a abus de droit.