جامعة عبد الرحمان ميرة. بجاية.

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

التعسّف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة: القانون الخاص/ تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطلبة:

* بومنير وهيبة

* بوكمّوش نيسات

تحت إشراف الأستاذ:

عيسات اليزيد

لجنة المناقشة

* الأستاذة سعدون كريمة.....رئيساً

* الأستاذ عيسات اليزيد .....مشرفاً

* الأستاذة لحضيري وردية .....ممتحناً

السنة الجامعية:2012/ 2013

مقدمة:

كان صاحب الحق مُنذ زمنٍ بعيد يتمتّع بحصانة مطلقة في استعمال حقه، وما ساعدَ على بُروز هذه الحصانة هو انتشار المذهب الفردي[1] الّذي يقوم على قُدسية حق الفرد والذي يُعتبر في حدِّ ذاته غاية القانون، ويقتصر دور هذا الأخير في ظلّ هذا المذهب على التوفيق بين الحقوق الفردية للأفراد بهدف كفالة ممارستها على أكمل وجه، وحماية حق صاحبه من اعتداء الغير[2]، وبهذا كانت فكرة الحق مطلَقة، غير أنَّ هذه الأفكار أَفَلتْ في العصر الحديث، لتفتح المجال أمام الأفكار الاجتماعية، وأصبح استعمال الحق مُقيد بمصلحة الجماعة على حساب مصلحة الفرد، ولقد أنكر أصحاب هذا المذهب فكرة الحق واعتبروها مجرّد وظيفة اجتماعية تفرض على صاحبه التزام القيام بما يضمن تحقيق المصلحة العامة، وبهذا سلك المذهب الاجتماعي وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردي.

نظراً لغلوّ كلا المذهبين في النّظرة إلى الحق- بين إطلاقيته وجعله وسيلة مشروعة للإضرار بالغير، وبين اعتبار الحق مجرّد وظيفة اجتماعيّة يمحو كيان الفرد واستقلاله- كرّس الفقه الحديث والتّشريعات الحديثة مذهب يُقيمُ التّوازن بينهما والّذي يظهر في نظريّة التعسُّف في استعمال الحق، وهذه الأخيرة تُقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة، حيثُ أنّها تعترف بالحق وحرية صاحبه في استعماله بما يُحقّق له منفعة ولكن هذه الحرِّية مُقيّدة بعدم الإضرار بالغير.

لا يُمكن تصوُّر خُلوّ الشريعة الإسلامية من هذه النظرية وهي الّتي تأْمرُ بالبرِّ والإحسان وحُسن المعاملة و تنهى عن التعسُّف وتعتَبِرُه خطيئة مُخالفة للدِّين والأخلاق[3]، وكانت السبَّاقة في اعتناق هذه الفكرة وعرفتها كنظرية عامّة تشمل كافة الحقوق، متكاملة ومستقلّة.

لقد عمل التشريع الإسلامي على المُوازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة؛ لأنّ الشّرع الإسلامي لَمّا اعْترَف بحقوق الفرد اشترط أنْ ينصبّ استعمالها على نحوٍ يَكفل الغاية الّتي مِن أجلها

---

[1]- د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق؛ ط.6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص.751-758.

[2]- الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، ط.1، الإصدار 10، دار الثقافة للنّشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.234.

[3]- مجوبي عبد الرحمن، التعسّف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص.4.

شُرِعت وبِمَا لا يُناقض قصد الشارع، أيْ بما يُحقق مصلحة للفرد دون إلحاق الضّرر بالغير لقوله عليه الصلاة والسّلام: (لا ضرر ولا ضرار)، أو المساس بالمصلحة العامة في نفس الوقت، وذلك لكي لا تتعارض الحقوق مع بعضها البعض أو مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة، لهذا يُعتبر إقامة التّوازن بين هذه المصالح من المبادئ الّتي تقوم عليها الشَّريعة الإسلامية. إذْ أنّه مِنْ حق الجماعة على الفرد ألاّ يعبث بمصالحها تحت ستار الحقوق وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية للجماعة، وقد اعترفت كذلك للجماعة بحدِّ ذاتها أنْ تكون رقيباً على تصرُّفات الفرد حتّى في خالص حقه، وذلك بهدف منع وُقوع الضرر قبل إيقاعه[1].

يكون استعمال الحق بمُباشرة السُّلطات والمكنات المخوّلة لصاحبه، والشّرع أو القانون هو الّذي يُحدّد هذه الأخيرة وحدودها، حيث أنّ إذا تجاوز صاحب الحق هذه السُّلطات أو استعمل حقه دون مصلحة أو استعمل حقّه خارج الغرض الّذي شُرع مِنْ أجله مِمّا يُضِرُّ بالغير يُعتبرُ متعسِّفاً في استعمال الحق.

تنصبُّ حماية القانون للحق على الاستعمال المشروع، بالتّالي في حالة ما إذا انحرف صاحب الحق عن هذا الغرض يكون مسؤولا بالتعويض عمّا يُصيب الغير من ضرر أو مَنعِه مِنَ الإقدَام على مِثْلْ هذا الاستعمال، لكنْ الإشكال المطروح لدى غالبية الفقه القانوني يتمثّل في الأساس الذي يُمكن الاعتماد عليه لإصلاح الضرر وتوقيع الجزاء على المتعسّف، فمنهم من ذهب إلى الاستناد في ذلك على المسؤولية التقصيرية؛ إلاّ أنّ هناك مَن يستبعدها لانتفاء عُنصر الخطأ في الشّخص المُتعسّف، لهذا ذهب البعض الأخر إلى اعتبارها نظرية مستقلّة عنْ نظام المسؤولية.

لقد تأثرت القوانين الحديثة بما توصّل إليه الفقه الإسلامي، خاصةً القوانين العربية، حيث عرفتها كنظرية عامّة تنبسط على كافة نواحي القانون، ولقد أخذ المشرّع الجزائري بهذه الفكرة ونصّ عليها في المادة **41** [2]من القانون المدني قبل إلغائها بموجب القانون 05-10 نظرا لتعرضها لانتقادات الفقه الجزائري من حيث الشكل والموضوع، وأعاد صياغتها في نص المادة **124 مكرر** من الق.الم.الج. بعد أن غيّر من موضع النص، وَأوْرد فيها المعايير الّتي يعتمد عليها القاضي للحكم بوُجود

---

[1]- د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط.4، منشورات جامعة دمشق، د.ب.ن.، 1996-1997، ص.108.

[2]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر1975، معدل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44، لسنة 2005.

التعسُّف مِنْ عدَمِه، والّتي تتمثّل في قصد الإضرار بالغير، عدم تناسُب الفائدة من استعمال الحق مع جسامة الضّرر وعدم مشروعية المنفعة والمصلحة الّتي يرمي إلى تحقيقها.

لعلّ أهمّية الموضوع يكمُن في تبنّي مُعظم التّشريعات الحديثة لهذه النظرية في فروع القانون المختلفة ولمْ تقتصر على القانون المدني فقط بل امتدّت لتشمل القانون الإداري، قانون العمل، القانون التجاري،...الخ.

تتمثّل كذلك، في ارتباطه بفكرة الحق لأنّ الهدف من هذا الأخير هو تحقيق المصالح والمنافع لصاحب الحق، بشرط أن تكون هذه المصالح مشروعة، واعتبار التعسّف وسيلة للرّقابة على استعماله، خاصّةً وأنَّ الشّريعة الإسلاميّة لا تعترف بالحقوق المُطلقة للفرد.

تتمثّل أسباب اختيار الموضوع في إبراز مدى شمول تطبيقات التعسّف لجميع الحقوق، وأنّها لا تنحصر على حقوق الجوار والملكية أو في استعمال السلطة، وكثرة النزاعات بين المواطنين المتعلّقة بموضوع الدراسة.

ارتأينا طرح الإشكالية التالية: إلى أيِّ مدى يخضع صاحب الحق للرّقابة؟ هل تمكّن المشرّع الجزائري من إزالة الانتقادات الموجهة لنص المادة 41 خاصة بعد إلغائها بموجب تعديل القانون المدني في سنة 2005 مع العلم أنها لا تخلو من مزايا؟ فيما تتمثّل الضوابط الّتي تحكم ممارسة الحق حتّى يدخل في دائرة التعسُّف؟ وفيما تتمثّل أهم تطبيقات التعسّف الواردة في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري؟.

لحلّ هذه الإشكالية، قسّمنا البحث إلى فصلين، حيث نتناول في الفصل الأوّل ماهية التعسّف في استعمال الحق، ونتناول فيه مفهوم التعسّف في استعمال الحق في المبحث الأول، التّطور التاريخي للنظرية في المبحث الثاني، وأحكام فكرة التعسّف في المبحث ثالث، ونُخصّص الفصل الثّاني لبعض تطبيقات التعسّف في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، وذلك في مبحثين على التوالي.

الفصل الأول

ماهية التعسّف في استعمال الحق :

تمتد جذور نظرية التعسّف في استعمال الحق إلى الماضي البعيد[1]، وإذا كانت بعض النّظم القانونية القديمة، كالقانون الرّوماني قد اقتصرت على إيراد بعض تطبيقاتها؛ إلا أن الشريعة الإسلامية قد عرفتها كنظرية عامة، تنصرف إلى كافة الحقوق؛ لأنّ القران الكريم نهى في عدة مواضيع عن التعسف، كحق الايصاء، الطلاق، التقاضي والوصية، و لقد استمد فقهاء الشريعة الإسلامية خاصة الإمام مالك وأبي حنيفة أسس هذه النظرية من القران الكريم[2].

لقد ازدهرت هذه النظرية على أيدي الشريعة الغراء، التي تأخذ بالنية و تحاسب عليها صاحب الحق أو من عليه الحق[3].

إضافةً إلى ذلك، فلقد قيدت الشّريعة حرية الأفراد في استعمال حقوقهم، بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بالجماعة، فالحق في شرع الإسلام يستلزم واجبين: واجب على الناس أن لا يعترضوا للشّخص أثناء ممارسته لحقه، وواجب على ذي الحق نفسه أن لا يُضر بالغير أثناء استعماله لحقه، فحق الملكية مثلا، يستوجب واجبين: واجب على المالك وهو أن يستعمل حقه دون الإضرار، وَواجب على النّاس وهو عدم الاعتداء على ملكه بالسرقة أو الغصب مثلا، وهذا المعنى يشمل كافة الحقوق سواء كان حق عام أو خاص[4].

أصبحت هذه النظرية ذات أهمّية بارزة في ظل التّشريعات المختلفة، وطبّقتها المحاكم في أكثر من مجال، باعتبارها تهدف إلى حماية الحقوق من الاعتداء عليها وإلحاق الضّرر بها[5].

بناء على ذلك سنتطرّق في المبحث الأوّل إلى مفهوم التعسّف في استعمال الحق، وفي المبحث

---

[1]– د. فوده عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص.105.

[2]– المرجع نفسه، ص.103.

[3]– د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.344.

[4]– المرجع نفسه، ص.345.

[5]– د. العوجي محمد، القانون المدني، ج.2: المسؤولية المدنية؛ ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص.315.

الثاني إلى التّطوُّر التاريخي لهذه النظرية، ونختم هذا الفصل بمبحث ثالث نُوردُ فيه أحكام التعسُّف في استعمال الحق، كما يلي:

المبحث الأول

مفهوم التعسّف في استعمال الحق:

الأصل أنّ لصاحب الحق الحرية في استعمال حقه، طالما كان استعمالا مشروعاً[1]يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة وتعود عليه بالنّفع، وبالتالي يكون غير ملزم بتقديم تعويض للغير من جرّاء الضّرر الذي يُسبّبه بمناسبة الاستعمال المشروع للحق[2]؛ إلاّ أنّه إذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه لتحقيق غاية غير مشروعة، يُعدُّ صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه[3].

بناء على ذلك سنتحدّث عن استعمال الحق في المطلب الأول، ثـمّ المقصود بالتعسُّف في استعماله في المطلب الثاني، والطبيعة القانونية لهذه الفكرة في المطلب الثالث، كالأتي بيانه:

المطلب الأول

استعمال الحق:

لا يمكن الحديث عن وجود الحق إلا باستعماله[4]، والحق كما سبق يُخوّل لصاحبه إمكانية مباشرته، وذلك من خلال الاستفادة من مضمونه، وهذا الأخير يختلف من حق لأخر، فمثلا: مضمون حق الملكية يختلف عن مضمون حق المؤلف وحق الدائنية[5].

يُوفّق القانون بين المصالح، عند تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها أو للسّلطات التي تخولها لأصحابها، سواء كانت المصلحة عامة أو خاصة، فإذا تجاوز الشخص الحدود التي رسمها له القانون،

---

[1]– جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني؛ ج.1، ط.1، دار الثقافة للنّشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.520.

[2]– يوسف محمد العبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة؛ ط.2، دار المسيرة للتوزيع والطباعة، الأردن، 2011، ص.312.

[3]– د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، ماهية الحق: أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق، حمايته وإثباته، الشخصية القانونية: الشخص الطبيعي والمعنوي؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، رمضان وأولاده للطباعة والتجليد، الإسكندرية، 1998، ص.299.

[4]– د. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج.2: نظرية الحق؛ برتي للنّشر، الجزائر، 2009، ص.515.

[5]– د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.298–299.

فإنه يكون مخطئا و يلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز، كمن يبني على ملك جاره، يعد عملا مُجاوزاً لحقه، فيكون عمله غير مشروع[1] وتقوم مسؤوليته التقصيرية.

لكن قد يستعمل الشّخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون، ويُحدث ضرراً بالغير، كمَـنْ يبني جدارا عاليا في ملكه لمجرّد الإضرار بجاره بحجب النور والهواء عنه، ففي هذه الحالة لا يُعتبر متعدّيا لحدود حق ملكيته وإنّما متعسِّفا في استعماله[2].

الفرع الأول

تعريف استعمال الحق:

لقد اختلفت الآراء حول تعريف استعمال الحق، حيث يرى البعض من الفقهاء أنه يقصد به « **سلطة مخولة لصاحب الحق**»[3]، فمثلا:

- استعمال حق الملكية، يتمثّل في السُّلطة المخوَّلة لمالكه في استعمال الشيء، استغلاله والتصرف فيه.
- ومضمون حق المؤلف، يثبت لصاحبه سلطات على مصـنفه، سـواء كانـت معنويـة أو ماليـة.
- ومضمون حق الدائنية، هو إمكانية الدائن من استيفاء حقه من المدين في الأجل المتفق عليه[4].

يُضيف البعض الأخر، أن استعمال الحق عنصر من عناصر الحق، حيث أن حق الملكية تتمثـل عناصره في الاستغلال، الاستعمال، والتصرّف؛ إلاّ أنّ هذا الرأي منتقد على أساس أنّ هناك فرق كبير بين المفهومين، حيث أنّ فكرة استعمال الحق أوسع من اعتبار الاستعمال مجرد عنصر من عناصـر حق الملكية[5].

هناك رأي آخر ينظر إلى استعمال الحق على أنّه: « **الوظيفة المقررة للحق وهي في الأسـاس وظيفة اجتماعية، ولا يحمي القانون الحق؛ إلا إذا التزم بحدود هذه الوظيفة والتي تفرض عدم**

---

[1]– د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص.313.

[2]– د. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج.4، ط.1، دار الفكر للطباعة، دمشق، 1991، ص.29–30. سيأتي تفصيل الفرق بين التعسّف ومجاوزة حدود الحق فيما بعد، ص.14 وما بعدها.

[3]– عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص.515.

[4]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.298–299.

[5]– د. كيرة حسن، المرجع السابق، ص.752.

الإضرار بالغير وعدم التعسف في استعمال الحق»[1].

تعريف آخر في هذا الصّدد، يقترب إلى التعريف السابق، على أنه: « **وظيفة يقررها القانون للحق ويحميها شريطة عدم الإضرار بالغير»**[2].

الملاحظ أن هذين التعريفين، يقتربان أكثر إلى الصّواب لإقران استعمال الحق بالوظيفة التي يتكفل القانون بانجازها وعدم الإضرار بالغير.

الفرع الثاني

صور استعمال الحق:

تختلف صور استعمال الحق بحسب المعيار المعتمد عليه، إما المعيار المادي أو العضوي.

أولا: صور استعمال الحق حسب المعيار المادي: يتّخذ استعمال الحق حسب المعيار المادي عدة صور، فنميّز بين الاستعمال الكلي والجزئي للحق، وبين الاستعمال المشروع وغير المشروع للحق:

التمييز بين الاستعمال الكلي والجزئي للحق: إذا كان صاحب الحق يتمتّع بكافّة السُّلطات المُخوّلة له قانوناً، بأنْ تجتمع في يده كافة العناصر المكوّنة له من عنصر التّصرف، الاستعمال والاستغلال، نكون بصدد استعمال كلّي للحق؛ أمّا إذا كان صاحب الحق يتمتّع بعنصر وحيد من عناصر الحق، كعنصر التّصرف فقط، و مثال ذلك مالك الرقبة أو من يتمتّع بعنصر الاستعمال فقط كالمنتفع، ففي هذه الحالة نكون أمام استعمال جزئي للحق[3].

التمييز بين الاستعمال المشروع والاستعمال غير المشروع للحق: يكون استعمال الحق مشروعاً إذا مُورس في نطاق ما يسمح به القانون، واكتسبه صاحبه بصفة قانونية، وكان محلّه ممّا يجوز التعامل فيه، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامّة[4]، وفي حالة ما إذا تمّ استعمال الحق بشكل مخالف لما تمّ ذكره سابقا، يُعتبر استعمال غير مشروع للحق[5]، بالتالي، يقع على عاتق المضرور أن يُثبت بكافة

---

[1]– محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق؛ المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص.150.

[2]– الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص.515.

[3]– المرجع نفسه، ص.516.

[4]– رمضان أبو السّعود، المرجع السابق، ص.319.

[5]– عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص.516.

طرق الإثبات المحددة قانوناً تعسّف الشّخص في استعمال حقه[1]، وذلك بإثبات توافر إحدى الصور الواردة في المادة **124 مكرر** من القانون المدني الجزائري[2].

ثانيا: صور استعمال الحق حسب المعيار العضوي: يتخذ استعمال الحق حسب المعيار العضوي صورتين، هما: الاستعمال المباشر والاستعمال غير المباشر للحق.

الاستعمال المباشر للحق: تتمثّل الممارسة الشَّخصية للحق في حالتين:

الحالة الأولى تتعلق بالممارسة الشخصية للحق بقوة القانون، ويُقصد بها أنّ القانون يُلزِم الشَّخص باستعمال حقه بصفة شخصية ومباشرة، ذلك نظرا لأهمية بعض الحقوق، كالحقوق اللّصيقة بالشّخصية مثلا، لارتباطها ارتباطا وثيقا بمقومات وعناصر الشخصية.

تتعلّق الحالة الثانية بالممارسة الشَّخصية للحق بقوّة الاتفاق، حيث يكون استعمال الحق مُقترن بحرفة الشخص أو ملكيته الذهنية أو بطبيعة النّشاط بحد ذاته[3].

الاستعمال غير المباشر للحق: يكون الاستعمال غير مباشر للحق في حالة ممارسته عن طريق الغير؛ إمّا بقوة القانون وهو ما يُصطلح عليه بالنيابة القانونية، والغرض منها استعمال الحق في حدود مصلحة عديم الأهلية وناقصها، أو المحجور عليهم بسبب الفقدان أو توافر عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته حسب المادة 81 من ق.الأ.الج.[4]، أو ارتكاب جريمة تُحرِّم المُتَّهم من ممارسة حقوقه

---

[1]– أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج.1: الحق، إساءة استعمال الحق، القانون وتطبيقه، الأشخاص والأموال، أركان العقد وانحلاله، المسؤولية العقدية والتقصيرية؛ المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن.، 2001، ص.33.

[2]– قانون رقم 05–10 مؤرخ في20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق. حيث تنص المادة 124 مكرر على أنه:« **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطا، لاسيما في الحالات الآتية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،**
- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».**

[3]– عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص.517.

[4]– قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

المدنية[1]؛ وإمّا بقوة الاتفاق وذلك عن طريق عقد الوكالة، طبقا لنص المادة **571** من الق.الم.الج.، أو تعيين ممثل عن الشركاء لإدارة المال الشّائع طبقا لنص المادة **715** من الق.الم.الج. أو ملكية الأسرة طبقا لنص المادة **741** من الق.الم.الج.، أو مُسيّر للشّركة طبقا لنص المادة **427** إلى **431** من نفس القانون[2].

المطلب الثاني

المقصود بالتعسُّف في استعمال الحق

في إطار المذهب الفردي كانت الحقوق مُطلقة، وصاحب الحق يتمتع بحصانة وحجية مطلقة[3]؛ بالتالي لا يُمكن أنْ يكون هناك تعسّف في ممارسة الحق[4].

أصبح لا يُنظر إلى الحقوق على أنّها حقوق مطلقة مع انتشار المذهب الاجتماعي[5]، ومنه يُمكن مساءلة الشّخص في حالة انحرافه عن استعمال حقه؛ لأن القانون يمنح للأفراد حقوقا لهدف تحقيق غاية اجتماعية معينة، ويُعتبر الخروج عن هذا الغرض تعسّفاً يُرتب المسؤولية[6].

تعرّضت جل التّشريعات لفكرة التعسّف في استعمال الحق، من بينها التشريع المصري والأردني، الّذيْن خصصا أحكاماً لها في المشروع التمهيدي للقانون المدني، وذلك حتى تُطبّق على جميع نواحي القانون بفروعه المختلفة على عكس المشرِّع الجزائري الذي نصّ عليها في القانون المدني[7].

---

[1]– د. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النّظرية العامة للحق؛ دار هومة للنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2010، ص.43.

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

[3]– إبراهيم سيّد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاءً؛ ط.2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص.30.

[4]- CHABAS (François), obligations, théorie générale, 9ème éd., tome 2, 1er volume, Montchrestien DELTA, éd. DELTA, Beyrouth, Liban, 2000, p.476. « **… la personne qui exerce un droit ne peut jamais commettre de faute : ils nient la responsabilité de l'abus d'un droit…**»

[5]– د. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة؛ ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص.380.

[6]– فيلالي علي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض؛ موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.54.

[7]– وفق نص المادة **41** من أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث تمّ إلغاءها بالقانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44 لسنة 2005، المرجع السابق.

تأثر فقهاء القانون العرب بالقوانين الغربية في استخدام مصطلح التعسّـف، حيـث أنّ القـانون اللبناني استعمل مصطلح "**إساءة**"؛ أمّا فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العربية السورية، على غرار المشرع الجزائري استعملوا مصطلح "**التعسّف**"[1]؛ أمّا فقهاء الشّريعة الإسلامية، استعملوا مصطلحات تدلّ على نفس المعنى في تحريم الإساءة إلى الغير، فهناك من استعمل "**المضارة في الحقوق**"، "**الاستعمال المذموم للحق**".

ترجّح كلمة "**التعسف**" نظرا لدقّتها في تأدية المعنى المراد[2]وهو الانحراف عن تحقيق مصلحة مشروعة وجادة[3] ومن نتائج هذا الانحراف الإضرار بالغير.

الفرع الأول

تعريف التعسّف في استعمال الحق:

تعود فكرة التعسف أو إساءة استعمال الحق إلى الفقه القانوني الغربي الحديث[4]، حيث أنّ الفقه الفرنسي يُطلق عليها Abus de droit [5]، والفقه الانجليزي يُطلق عليها Abuse of right [6].

يقتضي الأمر لتعريف التعسّف التّطرق للتّعريف اللغوي، الاصطلاحي، وتعريف الفقه الإسلامي.

أولا: تعريف التعسُّف لغة: التعسّف مشتق في اللّغة من العسف، « **والعَسْف بفـتح العـين وإسـكان السين، وهو السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف.**

وعسف فلان عسفاً ظلمه، وعسف السّلطان، يعسف واعتسف والتعسّف ظلم، وهو ذلك في الحديث "لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا أي جائرا ظلوما.

والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر علي غير طريق ولا جادة ولا علم، وتعسّف فلان فلانا

---

[1]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسُّف في استعمال الحق؛ ط.2، مؤسسة الرّسالة، بيروت، 1977، ص.46.

[2]– المرجع نفسه، ص.46.

[3]– د. شوقي السيد، التعسُّف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء؛ دار الشروق، القاهرة، 2008، ص.269.

[4]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسُّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.45.

[5]- NICOLAEAU (Patrick), dicojuris, lexique de droit privé, ellipses, éd. marketing, Paris, 1996, p.9.

[6]– د. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات الإدارية؛ انجليزي– فرنسي– عربـي؛ ط.01، دار الكتـاب المصـري (القاهرة)، دار الكتاب اللبناني(بيروت)، 1984، ص.13.

إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ورجل عسوف إذا كان ظلوما»[1].

ثانيا: تعريف التعسّف اصطلاحا: يقصد بالتعسّف في استعمال الحق: « **استعمال الحق في غير الغرض الّذي من أجله منح أو بقصد إلحاق الضرر بالغير أو كلا الاستعمالين»**[2].

يُعرّف أحد الفقهاء القانونيين التعسّف في استعمال الحق على أنه: « **استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع. ويكون كذلك إذا لم يراع مصالح الآخرين ومبدأ عدم الإضرار بهم»**[3].

هناك من عرّفه كذلك على أنّه: « **استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونـاً، بكيفيـة تلحق ضرر بالغير، بمعنى أن الاستعمال في حدّ ذاتـه مشـروع ولكـن نتائجـه وأغراضـه غيـر مقبولة»**[4]. ومثال ذلك، مالك المنزل يتمتّع بجميع السلطات الّتي يمنحه إيّاه حق الملكية؛ إلاّ أنّ علـو المنزل لا ينبغي أن يتجاوز الحد المنصوص عليها قانونا، كما لا يجوز له القيام بغرس أشجار عاليـة بغرض سدّ النّور عن الملكية المجاورة، فاستعمال الحق في هذه الحالة يعدّ تعسّفي بما يشوبه من عيب في غرضه[5].

الملاحظ أنّ كلّ هذه التّعاريف تتّسم بالقصور؛ لأنّها لم تُحدِّد طبيعة الضرر والدّرجة المطلوبـة لوجود التّعسّف[6]؛إلاّ أنّنا نرى أنّه يُلزم المتعسّف بالتعويض ولو كان الضّرر يسيراً، وأجمعت على أنّه المبالغة في استعمال الحق وتجاوُز السّلطات الممنوحة له ممّا يُؤدّي إلى الإضرار بالغير.

ثالثا: تعريف التعسُّف في الفقه الإسلامي: لقد أشرنا فيما سبق أن الفقهاء المسلمين لم يَعرِفُوا مصطلح التعسُّف أو الإساءة؛ إلاّ أنّهم عرفوا تطبيقاته وتتمثل البعض منها في: الإسراف[7]لقوله تعالى:

---

[1]– إبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب؛ المجلد 9، دار صادر، بيروت، لبنان، 1956، ص.246.

[2]– إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، فرنسي– عربي؛ مكتبـة لبنـان، ط.8، 2002، ص.2.

[3]– يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص.313.

[4]– رمضان أبو السّعود، المرجع السابق، ص.361.

[5]– زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص.80.

[6]– الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص.519.

[7]– لقوله عليه الصّلاة و السّلام: (إنّ الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما مشتبهات) المشابهة تأتي من الإسراف، والإسراف معناه تجاوز الحدّ.

﴿ ... **و كلوا واشربوا ولا تُسرفوا إنّه لا يحبّ المسرفين**﴾[1]، فالإسراف يعني التّعسّف. الأمر بالحسنى في علاقات الجوار[2]، عدم الإسراف في الإنفاق[3]، حسن المعاشرة والمعاملة بالمعروف بين الزوجين[4]...الخ.

هناك من عرّف التعسّف على أنّه: « **ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له**»[5]. هذا التعريف عرّف التعسُّف بمجاوزة حدود الحق؛ إلاّ أن هناك فرق بينهما كما سنبين لاحقا.

عرّفه بعض الفقهاء المعاصرين على أنّه: « **مناقضة قصد الشّارع في تصرّف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل**»[6]. التعسّف وفق هذا التعريف، هو الإتيان بما يُخالف تحقيق المصالح، وهذه المخالفة تكون مقصودة فتشمل استعمال الحق لمجرّد قصد الإضرار أو تحقيق مصلحة غير مشروعة أو استعماله دون الحصول على منفعة أو حصوله عليها لكنها تافهة وبالمقابل من ذلك يلحق ضرراً بالغير، وتنصب هذه المخالفة على تصرّف مشروع؛ وإلاّ كان إتيانه تَعدِّياً لا تعسُّفاً.

نستخلص أنّ استعمال الحق سواءً في القانون أو الشريعة، يجب أن يكون متّفقا مع الغاية المقرّرة مِنْ تشريعه، وأنّ الخروج عن هذه الأخيرة يجعل مستعمل الحق متعسّفا في إستعماله لحقه، بهذا يُمكن تقديم تعريف للتعسّف على أنّه الخروج عن الغاية المقررة للحق، ممّا يؤدي إلى الإضرار بالغير.

الفرع الثاني

تمييز التّعسّف في استعمال الحق عن بعض الأنظمة المشابهة:

بعد أن تطرّقنا لتعريف التّعسّف في استعمال الحق، وهو أن يُبالغ الشّخص في استعمال حقه بشكل يُضرُّ بالغير، يتعيّن علينا التفرقة بين التعسّف في استعمال الحق وبين مجاوزة حدود الحق، والتّمييز بينه وبين التعسّف في استعمال السّلطة.

---

[1]– سورة الأعراف، الآية:13.

[2]– سورة النّساء، الآية:63.

[3]– سورة الفرقان، الآية:76.

[4]– سورة البقرة، الآية:228، 229، سورة النّساء، الآية:19.

[5]– أحمد النّجدى زهو، التعسّف في استعمال الحق؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص.27.

[6]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.78.

أولا: تمييز التعسّف في استعمال الحق عن مجاوزة حدود الحق: يحمي القانون حدود ممارسة الحقوق بقدر ما يحمي الحقوق المعترف بها، وكلّما جاوز صاحب الحق تلك الحدود بحيث يمسّ بحقوق الغير يكون مسؤولا عن تعويض الضّرر النّاتج عن إساءة استعمال حقه[1].

يرى الفقيه الفرنسيPLANIOL أنّ مجاوزة حدود الحق يُعتبر بحدّ ذاته تعسّفا في استعمال الحق، حيث أنّ الحق ينتهي عندما يبدأ التعسّف، ولا يُمكن أن يكون الفعل في ذات الوقت مطابقاً للقانون ومخالفاً له[2]؛ إلاّ أنّ الفقه الحديث يفرّق بينهما ويَعتبرهما صور من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية[3]، إذْ أنّ صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه المحدّد له قانونا؛ إلاّ أنّه يُعتبر منحرفا في مباشرته لحقه ومنه يُعتبر متعسّفا في استعماله[4]، وبهذا يكون استعمال الحق في ذاته جائزا، ولكن نتيجته أو غرضه معيب[5]، بينما مُجاوزة حدود الحق يُعتبر العمل فيه غير مشروع أصلا، ولم يُقر به القانون، ممّا يعني عدم وجود حق للمُجاوز[6]، ويُلزم بتقديم التّعويض للمتضرِّر عمّا أصابه من ضرر من جرّاء هذه المجاوزة[7]، لذلك سنحاول توضيح الفرق بين التعسّف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق من خلال الأمثلة التالية:

_ كالشّخص الذي يبني جزءً من أرض جاره أو زرع أرض غيره، يُعتبر مجاوزاً لحدود حقه، وفعله غير مشروع أصلاً؛ لأنّه لا يستند إلى حق ولو كان فيه نفع للغير، بينما الشّخص الّذي يُقيم حائطاً عالياً على أرضه بقصد حجب الضّوء والهواء على جاره إضراراً به، فهذا الشّخص لم يخرج عن نطاق حقه-؛ لأنّه يستند إلى ما يمنحه حق الملكية من سلطات-؛ إلاّ أنّه يُعتبر مُسيئا استعمال حقه كونه ألْحق

---

[1]- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية؛ ط.9، د.م.ج.، الجزائر، 2007، ص.270.

[2]- FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc), droit civil, les obligations, le fait juridique, 9ème éd., éd. DALLOZ, Paris, 2001, p.113-114. Citant (M)PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, T .2, n°871. «… **en ce qu'un même acte ne peut être, tout à la fois, conforme au droit et contraire au droit».**

[3]- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصـــادر الالتـــزام؛ المجلد2، ج.1، ط.3 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.673.

[4]- ا. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج.1، د.م.ج.، الجزائر، 1996، ص.18.

[5]- LEGIER(Gérard), droit civil, les obligations, 19ème éd., DALLOZ, Paris, 2008, p.118. « **le but en lui-même n'est pas contraire au droit, mais les moyens employés pour y parvenir le sont,…».**

[6]- أ.د.غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون؛ ط.1، دار الثقافة للنّشر والتوزيع، عمان، 2011، ص.337.

[7]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام؛ الكتاب الأول، ط.2، منشأة المعـــارف، الإسكندرية، 2000-2001، ص.459.

ضرراً بجاره[1]، فالمعيار هو الإضرار بالغير للحكم على الاستعمال بالتعسُّف.

_ إذا أوصى المُورِّث بما يزيد عن الثُّلث، يُعتبر متعدِّيا حدود حقه – وهو الايصاء في حدود الثلث– ففعله غير مشروع أصلاً، كونُه لا يَستند إلى حق أيضا، ولا تعسُّف مع انْتفاء الحق؛ أمّا إذا أوصى بالثُّلث أو بما يَقل عنه وقصَد بذلك الإضرار بالورثة، يُعتبر متعسّفاً؛ لأنّ أصل الفعل مشروع[2].

ردّ أحد الفقهاء على رأي الفقيه الفرنسي PLANIOL – الّذي يرى أنّ العمل الواحد لا يَصحّ أنْ يكون متفقاً مع القانون ومخالفاً له في آن واحد– على أنّ المشروعية انصبّت على الفعل وهو مشروعية الإيصاء، وانصبّ المنع على قصد الإضرار، ونفس الحكم ينطبق على المثال الأول، إذْ أنّ التّصرف في الملكية مشروع وينصبُّ المنع على قصد الإضرار بالجار[3].

يتّضح ممّا سبق أنّه بالرغم من اعتبار كل من التعسّف ومجاوزة حدود الحق أمران محظوران شرعًا؛ إلاّ أنّه يختلفان من حيث طبيعة كل منهما[4].

تلتقي فكرة مجاوزة الحق مع فكرة التعسُّف في الجزاء التعويضي المقرّر لكلّ منهما؛ حيث أنّه يُمكن أن يكون التعويض عينياً إنْ أمكن ذلك، وذلك بإزالة الضرر الّذي وقع، كالحكم بإزالة الحائط الّذي بناه الشّخص على حدود ملكه وترتَّب عليه ضرر بجاره[5]، أو التّعويض بمقابل عمّا لحق المضرور من ضرر، أو كليهما معا بحسب الأحوال[6].

توجد فروق بسيطة بينهما تكمُن في أنّ المتعسّف يُلزم بالتعويض حتّى ولو لم ينتج ضرراً

---

[1]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.47.

[2]– المرجع نفسه، ص.47.

[3]– المرجع نفسه، ص.48–49. وهذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الموضوع، ص.86 وما بعدها.

[4]– المرجع نفسه، ص.49.

[5]– د. أحمد الصويعي شليبك، «التعسّف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة»؛ مجلّة الشريعة و القانون، عدد 38، أفريل 2009، ص.66.http://kambota.forumarabia.net/t4985-topi

[6]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.50–51.

للغير[1]؛ أمّا المُتعدّي لحدود حقه فلا يُحكم للغير بالتعويض إلاّ في حالة حدوث ضرر[2]، وذلك طبقـاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وأنّ الخروج عن الحق يُرتب دائما المسؤولية التقصيرية خلافـا للتعسّف الذي يُمكن أنْ تكون المسؤولية فيه تقصيرية أو عقدية أو قيدا على حق[3].

تتمثل مظاهر هذه التفرقة أنّ نطاق التعسُّف لا يقتصر على الجزاء التّعويضي، وإنّما نجد أيضـاً له مجال للقيام بدور وقائي، وعلى ذلك فإنّه بواسطة فكرة التعسُّف يُمكن تفادي وقوع عمـل مخـالف للقانون[4]ومثال ذلك مَنع تنازل الوكيل عن وكالته بقصد الإضرار بموكّله[5]، وقد يلجأ صاحب الحـق إلى القضاء يُطالب بحقه وبحمايته وتمكينه من استعماله على نحوٍ مُعيّن، وهنا ينبغي على القاضي أنْ يتأكَّد ليس فقط من وجود الحق وإنَّما أنّ الاستعمال المطلوب لا يحمل معنى التعسُّف، فإذا ما كان هذا الاستعمال تعسُّفياً رفض دعواه، وامتنع تبعاً لذلك وقوع الاستعمال التعسُّفي ابتداءً[6].

ثانياً: تمييز التّعسّف في استعمال الحق عن التعسّف في استعمال السّلطة: يُعرّف التعسُّـف في استعمال السُّلطة على أنَّه « **عدم التقيّد في استعمال الأغـراض والحـدود الّتـي فُرضـت مـن أجلها...**»[7]، كما يُعرّف كذلك على أنّه « **التركيز المفرط للسلطة أو عدم وجود رقابة شديدة علـى ممارستها** »[8].

ينصرف مدلول التعسّف في استعمال السّلطة إلى ما تقوم به الإدارة من أعمال أو إجراءات إدارية دون الالتزام بحدود النِّطاق الذي رسمه لها القانون، أو اقتران العمل الإداري بتحقيق غرض غير مشروع، كتحقيق منفعة شخصية مادية كانت أو معنوية، فتُعوِّض عمّا وقع من ضرر، بالإضافة

---

[1]– د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي؛ المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، 2006، ص.96.

[2]– ايهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في حقل الملكية العقارية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصـول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسـط، الأردن، 2011–2012، ص.79.
www.meu.edu.jo/.../... Abuse of Right Theory in Real Estate

[3]– المرجع نفسه، ص.78.

[4]– هلالي عبد الله أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دراسـة مقارنـة بالفكر الجنائي الإسلامي؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.54.

[5]– أحمد الصويعي شليبك، المرجع السابق، ص.61.

[6]– هلالي عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص.55.

[7]– د. أحمد زكي بدوي، المرجع السابق، ص.12.

[8]– المرجع نفسه، ص.265.

إلى إلغاء القرار الإداري، مثال ذلك التعويض عن الضّرر الحاصل جرّاء سحب ترخيص بطريقة تعسُّفية ينطوي على إنحراف[1].

وتَبرُز بعض النِّقاط المشتركة بين كلا الفكرتين في: أنَّ هناك مبالغة في استعمال الحق تصدر من السلطة الإدارية أو الشخص صاحب الحق، ويترتّب عن ذلك جزاء إما الإلغاء في حالة التعسّف في استعمال السلطة كإلغاء القرار المطعون فيه أو التّعويض عن الأضرار اللاّحقة بالمتضرِّر من القرار، وفي حالة التعسُّف في استعمال الحق يكون الجزاء هو إزالة الضرر أو التّعويض عن الأضرار اللاّحقة بالمضرور[2].

تتمثل أوجه الإختلاف بين الفكرتين في مجال كل منهما، حيث أنّ مجال التعسُّف في استعمال الحق هو القانون الخاص، ومجال التعسُّف في استعمال السُّلطة هو القانون العام، حيث تُمنح للمواطنين في هذه الأخيرة ضمانات أكبر بالمقارنة من تلك الممنوحة في حالة التعسُّف في استعمال الحق؛ لأنّ في هذه الأخيرة لا يوجد إلا قضاء التعويض؛ أمّا في التعسُّف في استعمال السُّلطة هناك قضاء الإلغاء، قضاء التأديب بالإضافة إلى قضاء التعويض[3].

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لفكرة التعسف في استعمال الحق:

لقد ثار جدال فقهي حول ما إذا كانت فكرة التعسُّف بمثابة تطبيق لفكرة الخطأ الّتي نصَّ عليها

---

[1]– د. فوده عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص.123–124.

[2]– ايهاب علي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.80.

[3]– المرجع نفسه، ص.85. يعتقد أغلب رجال القانون أنّ نطاق فكرة التعسّف في استعمال الحق هو القانون الخـــاص، وأنّ فكرة الانحراف مجالها القانون العام؛ إلا أنّ هذا الاعتقاد غير صحيح ذلك أنّ استعمال السلطة بما يُفيد الخروج منْ غايتها يُمكن تصورها في القانون الخاص، فقيام مدير الشركة في سبيل تحقيق غاية غير مشروعة ذلك يعتبر انحرافـــا في استعمال الحق، كما أنّه لا وجود أيُّ مانع في اللّجوء إلى نظرية التعسُّف في استعمال الحق لإدانـــة أعمـــال الإدارة باعتبارها مشوبة بالانحراف وهذا ما لجأ إليه مجلس الدولة الفرنسي في كثير من الأحيان، المرجع نفسه، ص.80.

المشرِّع الجزائري في المادة **124 من** الق.الم.الج[1]، أمْ أنّ هذه الفكرة لها ذاتية واستقلالية تُميِّزهـا عن فكرة الخطأ[2]، مع العلم أنّه أُثير هذا التّساؤل لدى الفقه الفرنسي قبل إثارته لدى الفقهاء العرب.

في تحديد الأساس القانوني لهذه الفكرة أهمية كبيرة ومنطقية؛ لأنّه يرتبط بالغرض من وجودها، فإذا كانت الفكرة تطبيق لنظرية الخطأ[3]، فما الهدف من الإقرار بفكرة التعسّف؟ وإذا كانت بمثابة فكرة مستقلة، فما الهدف منها أيضا؟.

الفرع الأول

التعسّف تطبيق من تطبيقات الخطأ العادي:

يرى بعض الفقهاء الغربيين والعرب وهم أنصار هذا الاتجاه، تأسيس التعسُّف على فكرة الخطأ، وأنَّ المُتعسِّف يُعتبر مُرتكب لخطأ تقصيري وذلك متى انحرف عن سلوك الرَّجل العـادي[4]، وهـذا الأخير هو الّذي لا يَستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع، وإذا كان استعماله لحقه في غيـر ذلك القصد اُعتُبر متعسِّفاً في ذلك[5].

« **فمن الوهلة الأولى يتبين أن مفهوم التعسُّف في استعمال الحقوق بمثابة توسيع لمفهوم المسؤولية المدنية عندما أصبحت ممارسة الحقوق تخضع لنظام المسؤولية**»[6]، غير أنّ هناك البعض مِن الفقه منْ ينتقد هذا الاتجاه، على أساس أنّه يُمكن اعتبار صاحب الحق متعسِّفاً في استعمال

---

[1]– أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق. حيث تنص المادة **124** منه المعدلة بموجب القانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، المرجع السابق كما يلي: "**كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**" .

[2]– جويلي سعيد سالم، مبدأ التعسف في استعمال الحق في القانون الدولي العام، للحصول على درجة الـدكتوراه فـي القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، د.ب.، د.س.، ص.34.

[3]– المرجع نفسه، ص.35.

[4]– محمدي فريدة– زواوي، المرجع السابق، ص.155.

[5]– أ. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج.1، د.م.ج.، الجزائـر، 1996، ص.31. مـن أنصاره الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري الّذي يُقيم مقابلة بين معايير التعسف وصور الخطأ على النحـو الآتـي: معيار قصد الإضرار بالغير يقابل الخطأ العمدي، معيار رجحان الضرر اللاّحق بالغير عن المصلحة الّتي تعود علـى صاحب الحق، يقابله الخطأ الجسيم، ومعيار تحقيق المصلحة غير المشروعة يقابل الخطأ غير الجسيم. أنظر الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.709.

[6] – جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.35.

حقه ولو بذل الحيطة والحذر الّتي يبذلها الرَّجل العادي[1]، كما أنَّه يُفترض من المُخطئ أنَّه قام بفعل غير مسموح به في القانون، في حين أن استعمال الحق ينصب على عمل يدخل في النطاق المحدّد في القانون، فلا يُمكن تصوُّر حدوث خطأ عن هذا الاستعمال[2].

الفرع الثاني

التعسف نوعا متميِّزاً من الخطأ:

يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن التعسُّف يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، وأنَّه نوعا متميِّزاً من الخطأ أو خطأ ذو طبيعة خاصة لارتباطه بروح الحق وغايته الاجتماعية، وبهذا يخرج عن مدلول الخطأ العادي[3]، ويُثير مشكلة ضمير اجتماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي، فهو خطأ خاص يتحقّق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية[4]، غير أنّ هذا الاتجاه بالرّغم من اعتباره خطوة ايجابية، لربطه التعسُّف بالغاية من الحق؛ إلا أنَّه مَعيب ولا فائدة من القول بازدواج الخطأ في نطاق نفس المسؤولية[5].

الفرع الثالث

التعسّف نظام مستقل عن نظام المسؤولية التقصيرية:

ينظر أنصار هذا الاتجاه إلى فكرة التعسُّف في استعمال الحق على أنَّها نظرية مستقلة بذاتها، تتميز بخصائص خاصَّة بها، وأنَّها نظريّة سابقة على نظرية المسؤولية المدنية، ويرفضون معالجتها داخل نظرية المسؤولية[6].

يستند فريق هذا المذهب إلى طبيعة فكرة التعسُّف، وهذه الأخيرة تتمثّل في ارتباطها الوثيق بالحق، فلا تعسُّف دون وجود حق، وبالإمكان أنْ تتحقّق مسؤولية الشخص عندما يتعسّف في استعمال الحق بالرّغم من الالتزام بواجب الحيطة واليقظة العادية، فالتعسّف بهذا الوصف هو تصرُّف مخالف

---

[1]– د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.763.

[2]– فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص.467.

[3]– الّذي يستند عليه أنصار الرأي الأول. د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.722.

[4]– د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.349.

[5]– بلبولة بختة، أثر فكرة التعسّف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القــانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004–2005، ص.13.

[6] – جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.39.

للقانون من النَّاحية الموضوعية، أيْ نوعٌ من المسؤولية الموضوعية[1] وأنّها تُشكل أحد المبادئ العامّة للقانون، ومِنْ أوّل القائلين بهذا الرأي وصاحب الدعوى إلى النَّص على هذه النظرية بعيداً عن النُّصوص الخاصة بالمسؤولية هو الأستاذ سالي[2].

نجد كذلك مِنْ بين الحجج الّتي قدّموها استناد الصورة الأولى للتعسّف إلى الخطأ –وفقا للتّرتيب الوارد في نص المادة **124** مكرر من الق.الم.الج. «**إذا وقع بقصد الإضرار بالغير**»[3]– دون الحالتين الأخريين من نفس المادة «**إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة**»[4]الّتي يُؤسَّس التعسّف فيهما على أساس موضوعي[5]وفي ذلك مسلك الشَّريعة الإسلاميَّة التي تنظر إلى المسؤولية نظرة موضوعية تستند على الضّرر[6].

يرى البعض من الفقه المصري أنّ ما يؤيد اعتبارها نظرية عامَّة مستقلة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية، هو أنّ التقنين المدني المصري الحالي جعل لها مكان في الباب التمهيدي لهذا الأخير على غرار التشريعات العربية الأخرى، لا المسؤولية التقصيرية[7].

أمّا بالنّسبة للمشرّع الجزائري، الواضح أنّه تبنَّى الاتّجاه الّذي يَعتبر التعسُّف تطبيق من تطبيقات الخطأ، خاصة أنّه في تعديله للقانون المدني في 2005 ألحق هذه النّظرية بباب المسؤولية عن الأفعال الشّخصية[8] باستحداثه لنص المادة **124 مكرر** وإلغائه لنص المادة **41** من الق.الم.الج.، وما يدُلُّ على

---

[1]– أساس المسؤولية الموضوعية الضرر، ويقابلها أساس المسؤولية الشخصية وهو الخطأ.

[2]– جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.39–40.

[3]– قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق. تقابلها المادة **5** من القانون المدني المصري الجديد.

[4]– المرجع نفسه.

[5]– TERKI (Nour-eddine), Les obligations, Responsabilité civil et régime général, O.P.U., Alger, 1982,P.72. «**L'exercice abusif d'un droit en dehors de la commission d'une faute suppose un recours à un système de responsabilité objective. Il peut être caractérisé soit en cas de disproportion de l'intérêt recherché par rapport au préjudice causé, soit en cas de satisfaction d'un intérêt illicite**».

[6] – د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القــانون المــدني الجزائــري، ط.7، د.م.ج.، الجزائر، 2007، ص.225.

[7]– فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص.468.

[8]– رباحي أحمد، « اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن»؛ مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد5، جامعة الشلف، الجزائر، د.س.، ص.352.

توجُّه المشرِّع الجزائري إلى هذا الاتجاه ليس فقط من النّاحية الشَّكلية بتنظيم هذه الفكرة مباشرة بعـد المادة **124** المتعلّقة بالخطأ، وإنّما من النّاحية الموضوعيّة كذلك، هو نص المادة **124 مكرر**:«**يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ...**» بالتّالي هذا التّعديل « **اعتبر التعسف خطأ مثله مثل أيِّ خطأ آخـر يُقيم المسؤولية. ولا فائدة من الحالات التي أوردها المشرع في المادة 124 مكرّر ما دام أنَّ التعسُّف أصبح خطأً**»[1] وبهذا يكون المشرّع قد عالج طبيعة التعسّف، ومهمة تحديد هذه الأخيرة تكون لشـرّاح القانون، وهو بذلك يكون قد خرج عن وظيفته الأساسية[2].

يعد هذا التوجُّه من المشرِّع غريب وغير مبرَّر؛ لأنّه تبنَّى هذا الرّأي في الوقت الّذي تلجأُ فيـه أغلب التّشريعات وآراء الفقه إلى القول بشُمول فكرة التعسُّف في استعمال الحق لكل فروع القـانون، والابتعاد عن القول بأنَّ المسؤولية هي الّتي تتكفّل بهذه الفكرة[3]، وبهذا تُوجَّه للمادة **124 مكرر** مـن الق.الم.الج. نفس الانتقادات الموجهة لأنصار الاتجاه الأول- أي التعسف تطبيق من تطبيقات الخطأ- المُتمثِّلة في أنّ صاحب الحق يُعدُّ مُتعسِّفاً في استعمال حقه ولو بذل الحيطة والحذر التي يبذلها الرَّجل العادي، كما أنَّ العمل الّذي يقوم به مشروع يَدخل في النِّطاق المُحدَّد في القانون، فلا يُمكـن تصـوُّر حدُوث خطأ عن هذا الاستعمال، كما أنَّ لوْ نأخذ بالخطأ كأساس للتعسُّف فلا حاجة للنصّ علـى هـذه الفكرة إطلاقا.

كان ينبغي أنْ تُوضع هذه النّظرية في الباب التمهيدي أُسوةً بالقوانين العربية الأخرى حتى تنبسط على كافة الحقوق، ولا تقتصر فقط على المسؤولية التقصيرية حيث أنَّه ثبت أنَّ سبب استحداث فكرة التعسُّف يعود إلى قُصور نصوص التقنين المدني التي تعالج مسألة الخطأ في ظلّ القانون الفرنسي القديم، وكان الكثير مِمَّن يَفلِت مِنَ المساءلة بالرُّغم مِنْ كوْن تصرُّفاتهم مُنافية لمقتضيات العدالة.

---

[1]- بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج.2: نظرية الحق، ط.2، د.د.ن.، الجزائر، 2009، ص.238.

[2]- أ. أبو بكر مصطفى، « الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضـوء تعـديل القـانون المـدني بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005»؛ المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقـوق، جامعـة مولود معمري- تيزي وزو، العدد الأول، 2011، ص.285.

[3]- رباحي أحمد، المرجع السابق، ص.352.

المبحث الثاني

التّطوُّر التاريخي لنظرية التعسُّف في استعمال الحق:

ليست نظرية التعسُّف في استعمال الحق نظرية حديثة، بل فكرة قديمة تمتدّ جذورها إلى النُّظم القانونية[1]، مع العلم أنَّها تأثَّرت بالمذهب الفردي الذي يَعتبر إسعاد الفرد وكفالة حقوقه هما هدف القانون وغايته[2]، وبَقِيَتْ هذه النظرية مُختفية طوال القرن التّاسع عشر[3]، من جهة أخرى ثبت وُجودها في الفقه الإسلامي قبل 06 قرون مِن عوْدتها إلى الظُّهور في الفقه الغربي الحديث[4]على يد الفقيهان سالي وجوسران، وبعد أن استقرت في الفقه وطبَّقها القضاء أصبحت تأخذ بها كلُّ التّشريعات[5]، وعليه سنتطرق إلى فكرة التعسّف في القوانين القديمة في المطلب الأول، وفي القوانين الحديثة في المطلب الثاني، وسنتحدث في المطلب الثالث عن هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

فكرة التعسُّف في القوانين القديمة:

السّائد في ظل القوانين القديمة تعاليم المذهب الفردي الّذي يرى أنَّ تحقيق الخير العام يَكمُن في تمكين الأفراد من استعمال حقوقهم إلى أقصى حد وخفض القيود والعراقيل التي تُوضع إلى الحدّ الأدنى والضّروري لحفظ النِّظام في المجتمع، لهذا كانت الحقوق مطلقة تخوِّل لأصحابها حصانة تامّة، فمِنْ ثمّ فلا مجال للقول بالتعسُّف، غير أنَّ هذه النّظْرة للحقوق تَمَّ العُدول عنها فيما بعد، وتَمَّ تقييد بعض الحقوق من خلال أحكام القضاء.

---

[1]– فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص.103.

[2]– د. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار، في المسؤولية المدنية، المجلد الأول، ط.5، د.د.ن.، القاهرة، 1992، ص.328–329.

[3]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصـــادر الالتــزام، المرجــع الســابق، ص.948.

[4]– د. مرقس سليمان، المرجع السابق، ص.329.

[5]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصـــادر الالتــزام، المرجــع الســابق، ص.948.

الفرع الأول

فكرة التعسّف في القانون الرّوماني:

أورد القانون الرّوماني بعض تطبيقات هذه النظرية، –بعد أن كان يَستبعدُها من التّطبيق في العهد الأوَّل من العصر الرّوماني[1]، حيث كانت الحقوق سلطات مطلقة ولا يُؤْخذ على من استعملها ولوْ أضرّ بالغير– والّتي تتمثّل في:

يُعتبر أوّل تطبيق للنظرية تقييد المالك في استعمال ملكه دون قصد الإضرار بجاره وإلا اُعتبر مسؤولاً[2]، ومثال ذلك أنْ يقوم المالك بحفر بئر في أرضه ويُسبِّب ذلك الحفر ضرراً بجاره نتيجة التعمُّق في الحفر بأنْ يُؤدِّي إلى إسقاط حائط الجار، ولكنّه يكون غير مسؤول إذا قصد إجراء تحسينات في العقار دون قصد الإضرار به[3].

لمْ يَقتصر تقييد الحقوق على حق الملكية، بل امتدَّ إلى حقوقٍ أخرى نذكر على سبيل المثال: منع المالك من استعمال القسوة على عبيده، منع الأب من بيع ولده، وكذلك قيَّد مُوافقة الأب على تزويج ابنته، و قيّد حرمان ربُّ الأسرة أحد ورثته من الإرث، ولَمْ يَكُنْ مُمارسة هذه الحقوق إلاَّ بتوافر مبرّر شرعي، بالإضافة إلى تقييد حقوق الأسرة قيّد حق اللجوء إلى القضاء بضرورة الحلف بتوافر حُسن النّية[4].

ما يُمكن ملاحظته هو أن فقهاء القانون الرُّوماني عَمَلوا بشتَّى الوسائل على تغليب قواعد الأخلاق وتحقيق العدالة وذلك بالحدّ من بعض الحقوق[5]وتقييدها.

عرف هذا القانون فكرة التعسُّف في صورة وحيدة هي صورة تعمُّد الإضرار بالغير[6]، وأنَّ الهدف من الحق هو تحقيق النَّفع لا الضّرر.

---

[1]– إيهاب علي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.19.

[2]– مرقس سليمان، المرجع السابق، ص.330.

[3]– د. السنهوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.948.

[4]– مرقس سليمان، المرجع السابق، ص.331.

[5]– المرجع نفسه، ص.332.

[6]– إيهاب علي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.25.

نلاحظ أن القانون الرُّوماني لم يَعرف فكرة التعسُّف إلاَّ في العصر الثاني من العهد الرُّوماني، وعرف صورة تعمُّد الإضرار بالغير من خلال أحكام المحاكم.

الفرع الثاني

فكرة التعسُّف في القانون الفرنسي القديم:

تأثَّر القانون الفرنسي القديم بالقانون الرُّوماني ولَمْ يَعرف هذه النظرية[1]، لأنه كان مُشبّعا بالرُّوح الفردية، حيث كانت الحقوق مُقدّسة ولا يُمكن تقييدها ما دام استعمالها كان على وجه مشروع[2]، وأنّ هذه الفكرة تتعارض مع سيادة الفرد وحريته الكاملة[3].

ظلّت النظرية مُختفية طوال القرن التّاسع عشر، ولَمْ يتحدّث عنها ولا فقيه فرنسي[4]؛ إلاّ ما قاله الفقيه دوما Domat بمسؤولية مالك العقار الذي يجري فيه تعديلا سوى لغرض الإضرار بالغير ومُساءلة من يُسيء استعمال حق التقاضي، هذا الفقيه يَعتبر صاحب الحق متعسِّفا كلّما كان استعماله بقصد الإضرار بالغير أو بدون مصلحة تعود عليه[5].

لكن تراجعت هذه الفكرة بسبب انتشار تعاليم المذهب الفردي فجاء قانون نابليون 1804 خالٍ مِنْ أيّ نص يمنع التعسُّف كمبدأ عام[6]، لتأثُّر واضعي هذا القانون بمبادئ الثورة الفرنسية وبنزعتها الفردية وأنَّها تتعارض مع سيادة الفرد وحريته الكاملة[7]، غير أنّ القضاء الفرنسي هو منْ خلق هذه الفكرة وكشف خطوطها الأُولى في كثيرٍ منْ أحكامه، حيث حاول تفسير القوانين بشكل يتماشى مع مقتضيات الحياة الاجتماعية والاقتصادية منْ أجل تحقيق العدالة، توصّل في كثير من الأحيان إلى مسؤولية صاحب الحق عن الأضرار التي تَلحق الغير عند خروجه عن الهدف المحدَّد الّذي يُخوِّله له

---

[1]– أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.213.

[2]– د. الصراف عباس، حزبون جورج، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق؛ ط.1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص.286.

[3]– د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.346.

[4]– د. السّنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصـــادر الالتـــزام، المرجـــع الســـابق، ص.949.

[5]– د. مرقس سليمان، المرجع السابق، ص.332.

[6]– مجوبي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.18.

[7]– د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.346.

الحق الشَّخصي المخوّل للفرد[1]، وفي هذا الصدد أدانت محكمة اكس (AIX) في الأول فيفري 1577 عازف موسيقي حيث كان يعزف لهدف وحيد هو الإضرار بجاره، وكذلك تم إدانة منْ يَرفع دعوى أمام محكمة بعيدة عن موطن خصمه دون مبرِّر وهذا يدُلُّ على سوء نية المدَّعي فأُلزم بالتعويض، وكان تاريخ صدور هذا الحكم في 12 يوليو 1823[2].

الملاحظ أنّه إلى غاية هذا التاريخ لمْ يَعرف القضاء الفرنسي سِوَى تطبيقات لمعيار قصد الإضرار بالغير مثله في ذلك مثل القانون الرُّوماني واستمر الوضع على هذه الحال إلى غاية قضاء كولمار1855 Colmar، بالإضافة إلى معيار انعدام المصلحة الذي قاله الفقيه دوما Domat.

المطلب الثاني

فكرة التعسّف في القوانين الحديثة:

بعد أن ظهرت ضرورة استبعاد المذهب الفردي نظراً لأثاره السّيئة على المجتمع بصفة عامة، ومع ضرورة احترام ما يَفرضه التَّضامن الاجتماعي من التزام نحو الجماعة باحترام حقوقهم الشَّخصية بهدف تحقيق التَّوازن بين مصلحة الشَّخص الخاصة والمصلحة العامة للجماعة، وَوُجوب مشروعية استعمال الحق، أصبحت الحقوق نسبية ومُقيدة ومن الضروريّ بسْط رقابة القضاء على استعمالها، وبهذا عاد مبدأ عدم التعسُّف إلى الظُّهور من جديد في فرنسا، وأصبحت النظرية تكتسي أهمية كبيرة ولها تطبيقات في مختلف الميادين.

الفرع الأول

فكرة التعسّف في القانون الفرنسي الحديث:

عادت النّظرية إلى الظُّهور من جديد كما أسلفنا الذكر، فمِن مُنتصف القرن التّاسع عشر بدأ

---

[1]- MAZEAUD et TUNC : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.1, éd. Montchrestien, 1965, p. 645 et s. citant جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.14

[2]– جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.15.

القضاء الفرنسي يأخذ بها[1]، ومن بين أحكامه حكم محكمة استئناف Colmar[2] الصّادر في النصف الأخير من القرن 19 الّذي سلّط الأضواء على فكرة التعسُّف في استعمال الحق في القانون الخاص[3]، حيث قضى بمسؤولية من يستعمل حقَّه ولديه نيَّة الإضرار بالغير ولم يكُن له أيَّة فائدة[4]، لقد تلّت هذا الحكم أحكاما عديدة تُحرِّم التعسُّف، وبهذا يتَّضح أنَّ القضاء الفرنسي أدان التعسُّف بالرّغم مِنْ عدم وجود نصّ تشريعي.

لَمْ يتفطّن الفقه لأحكام القضاء الفرنسي؛ إلاّ في أواخر القرن التاسع عشر[5] فقام بصياغة المبدأ في نظرية عامّة وشاملة عن طريق دراسة أحكام القضاء الفرنسي، ومنْ أنصار النّظرية سالي وجوسران ومِنْ خصومها الفقيه الفرنسي Planiol[6] الّذي ذهب إلى إنكار فكرة التعسُّف من أساسها وهو ما يُقرره في عبارة مشهورة" **أنّ الحق ينتهي حين يبدأ التعسُّف**".

عرف الفقهاء بالإضافة إلى معيار قصد الإضرار بالغير، و هو معيار كما وصفه الفقه بالمعيار الذّاتي، معيار آخر يتمثّل في المعيار الاقتصادي أو معيار المصلحة حيث يرى أنصار هذا المعيار أنّه لكي تتمتع الحقوق بحماية القانون لابد أن تكون المصالح مشروعة، فإذا استهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة أو عدم وجود تناسب بين المصلحة التي تعود على صاحب الحق و الأضرار التي يُمكن أن تَلحق الغير أو عدم استهداف أيّة مصلحة، يُعتبر الشخص متعسّفا في استعمال حقه[7].

نظراً للنّقد الموجه لهذا المعيار على أساس أنّه لا يسري على كافة أنواع الحقوق خاصةً الحقوق

---

[1]– نزيم نعيم شلالا، دعاوى التعسّف وإساءة استعمال الحق، دراسة مقارنة من خلال الفقـه والاجتهـاد والنصـوص القانونية؛ ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص.11.

[2]– تتلخّص وقائع القضية في: أن شخص قام ببناء مدخنة في عقاره بهدف حرمان جاره من التمتع بنور الشمس، فقضت محكمة النّقض الفرنسية أنه: « **حتى يكون ثمة محلّ للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ. والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً اذا هو عمل ما من حقه أن يعمله، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك**» فيكون التعويض عينيا بهدم المدخنة.

[3]– جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.15.

[4]– الصراف عباس، حزبون جورج، المرجع السابق، ص.286.

[5]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصـادر الالتـزام، المرجـع السـابق، ص.951.

[6]– الّذي يرى أنّ فكرة التعسّف مرادفة لمجاوزة حدود الحق. تمت الإشارة إليه عند التمييز بين الفكرتين في المطلب الثاني من هذا الفصل، ص.13 وما بعدها.

[7]– جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.31.

الغيرية[1]، ظهر المعيار الغائي الّذي يرى أنصاره من بينهم الفقيه جوسران أنّ الحق يستهدف تحقيق مصلحة شخصية لصاحبه وفي نفس الوقت مصلحة اجتماعية، فمَنْ ينحرف عن هذه الغاية يُعدُّ متعسّفاً في استعمال حقه، ويرى هذا الفقيه أنّه يُعد المعيار الوحيد للتعسّف حيث يشمل جميع المعايير السابقة الذّكر، وأنّ بهذا المعيار تصبح فكرة التعسُّف بمثابة مبدأ عام يُطبق في جميع مجالات القانون[2].

بعد ظهور النَّظرية لدى القضاء ثمّ الفقه الفرنسي، اعتنقها المشرع الفرنسي لكن في نصوص متفرّقة[3]تتضمّن تطبيقات خاصّة بها، ولَمْ ينص على النص العام في القانون المدني، وبعدها انتقلت إلى القوانين الأخرى الغربية والعربية.

الفرع الثاني

فكرة التعسّف في القانون المصري:

انتقلت النّظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المِصريَيْن، ولَمْ يَشملْ هذا القانون على نصّ عام للنظرية في ظل القانون المُلغى، ولكن نصَّ على تطبيقاتها وذلك فيما يتعلق باستعمال حق الملكية، استعمال حق التقاضي، الطلاق، حق العدول عن الخطبة أو حق رب العمل في فصل العامل من عمله، ولاَقتْ هذه النظرية تطبيقًا لدى القضاء المصري.

أمّا القانون المدني المصري الجديد أخذ بهذه النّظرية في نصوص واضحة[4]، وعَنِيَ بها عناية خاصة واعْتبرها نظرية عامّة منصوص عليها في الباب التمهيدي[5] ونصَّ عليها في المواد **4** و**5** منه، وذلك بنص المادة **5** على ما يلي:« **يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:**

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب-إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

---

[1]- يُقصد بها الحقوق التي تُمارس لمصلحة الغير، مثل السلطات الأبوية في نطاق الأسرة.

[2]- جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.32-33.

[3]- مجوبي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.18.

[4]- مرقس سليمان، المرجع السابق، ص.346-347.

[5]- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتـزام، المرجـع السـابق، ص.953.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة»[1]، الواضح من هذه المادة أنّ المشرع المصري أخذ بالمعيار الشخصي في الفقرة (أ) والمعيار الموضوعي في الفقرتين (ب) و(ج).

غير أنَّ هذه المعايير لا تُطبَّق إلاَّ في حالة الخروج عن نطاق المادة **4** من الق.الم.الم. التي تنص على:«**من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر**»[2].

النّقد الذي يُمكن توجيهه للمشرّع المصري هو أنّه يُضيّق مِن تطبيق المعيار الأول لاشتراطه توافر سوى قصد الإضرار دون أن يكون مصحوبا بعناصر أخرى، كذلك يُضيّق من تطبيق المعيار الثّاني لإشتراطه انهيار التّوازن الكامل بين المصلحة الّتي يرمي إليها صاحب الحق والضّرر الّذي يُصيب الغير.

الفرع الثالث

فكرة التعسّف في القانون الجزائري:

لمْ يغفل المشرّع الجزائري نظرية التعسُّف في استعمال الحق، بل نصّ على النص العــام فــي القانون المدني على غرار التشريعات المقارنة، سواءً في ظل القانون رقم 75-58 في نص المادة **41** منه أو في تعديله للقانون المدني بموجب قانون رقم 05-10 في نص المادة **124 مكرر** منــه، وأورد تطبيقاته في نصوص متفرّقة، حيث أنه استمدّها من التّشريع المصري.

حيث كانت تنص المادة **41** على ما يلي: « **يكون استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:**

1. **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.**
2. **إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.**
3. **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».**

هذه المادة أوردها المشرع في الباب الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية والاعتبارية تحت عنوان أحكام عامة، وقد انتقد الفقه الجزائري المشرِّع حول نص هذه المادة من حيث الشّكل والموضوع:

---

[1]- القانون المدني المصريhttp://shaban.almontada.infot/81-topic

[2]- المرجع نفسه. لا يوجد مقابل لهذا النص في القانون المدني الجزائري، والّذي يُعتبر الأصل في استعمال الحقوق.

من حيث الشّكل:1- أن المشرع نصَّ على التعسّف بين أحكام الأهلية، وليس هناك ما يربط بين التعسّف والأهلية، وكان ينبغي أنْ ينصّ عليها في الباب التمهيدي للقانون المدني كالقوانين العربية الأخرى[1].

2- كما أنّ المشرع قد اعتبر أنّ المُتعسّف دائما يكون شخصا طبيعيا، نظراً لوضع هذا النّص في الفصل الأول المعنون بـ" **الأشخاص الطبيعية** " مِنَ الكتاب الأول تحت عنوان الأشخاص الطبيعية والمعنوية، ممّا يُؤدي إلى عدم إمكان تطبيقها على الأشخاص المعنوية[2].

أما من حيث الموضوع:1- كان على المشرِّع أنْ ينص على الأصل في استعمال الحقوق وهو الاستعمال المشروع للحق على غرار المشرّع المصري والّذي يُعتبر المصدر الّذي إستمدّ منه أحكام هذه النظرية، حيث أنَّه لا تعسُّفَ فيه ولا يُرتب المسؤولية حتَّى ولوْ أحدث ضرراً للغير، وبهذا نصَّ على الاستثناء وهو التعسُّف وأهمل الأصل[3]، حيث تنص المادة **4** من الق.الم.الم. على: «**من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر**»[4].

2- أنّ الفقرة الأولى من المادة 41 من الق.الم.الج. باللّغة الفرنسية لا تَنسجم مع النّص الّذي يُقابله باللّغة العربية، حيث أنّها جاءت كما يلي: «**إذا وقع بقصد الإضرار بالغير**»؛ أما باللّغة الفرنسية كان النّص كما يلي: «**s'il a lieu dans le seul but de nuire à autrui**» المشرع أضاف عبارة **seul**[5]في النّص باللّغة الأجنبية، وهذه العبارة تُضيِّق من نطاق تطبيق هذه الصورة؛ لأنّها اشترطت تمخُّض قصد الإضرار فقط؛ أما النّص بلغته الرّسمية اشترطت أن يتوفّر القصد مع إمكانية أنْ تتوافر معه عناصر أخرى، كأنْ يقصد تحقيق مصلحة لنفسه، بالإضافة إلى قصد الإضرار[6].

---

[1]- أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.222. ومن بين هذه القوانين: القانون اللبنـــاني، المصـــري، الأردنـــي، السوري،...

[2]- TERKI (Nour-eddine), Op., Cit., P.70. « …**laissant de la sorte implicitement supposer que les personnes morales…seraient exclues du champ d'application de la théorie de l'abus des droits.** »

[3]- أ.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.222.

[4]- القانون المدني المصري http://shaban.almontada.infot/81-topic

[5]- المرادفة لعبارة "**سوى**" الواردة في نص للمادة 1/5 من القانون المدني المصري السالفة الذكر.

[6]- أ. أبو بكر مصطفى، المرجع السابق، ص.276-277. مع الملاحظة أنّه بموجب تعديل 2005 قد قـــام المشـــرّع بتسوية هذا الإشكال بما يفيد تطابق النص باللّغة الفرنسية مع اللغة العربية.

بالرّغم من الانتقادات السالفة الذِّكر؛ إلاَّ أنَّ المشرّع الجزائري أتى ببعض المزايا لا نجدها في القانون المصري والتَّشريعات العربية، والّتي تتمثَّل في:- أنّه استعمل عبارة "**التعسّف**" ولم يستعمل عبارة "**العمل غير المشروع**"[1].- وأنّه أعطى للنَّظرية مجالا واسعا بالمقارنة مع المجال الّذي أعطاه لها المشرّعين العرب، عندما أزال عبارة "**سوى**" من الصورة الأولى، وعندما أسقط عبارة "**البتة**" من المعيار الثاني، وبذلك يشترط المشرّع الجزائري مجرّد اختلال التَّوازن بين المنفعة الّتي تعود على صاحب الحق والضّرر الّذي يُصيب الغير، على عكس المشرّع المصري الّذي يَشترط انعدام التَّوازن بينهما وهذا ما يُؤدي إلى التَّضييق من مجال تطبيق النظرية[2].

نتيجةً للانتقادات المُوجّهة لنص المادة **41** حول موضعها، ألغى المشرع نص هذه المادة وعمل على إيراد النّص المتعلق بالتعسُّف في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان "**الفعل المستحق للتعويض**" وبذلك يكون المشرّع قد عالج بعض الإنتقادات الشّكلية والمتمثّلة في: سريان أحكام التعسّف على الأشخاص الاعتبارية، وقد أزاح الإشكال المتعلّق بربط التعسّف بأحكام الأهلية. وبالرّغم من الأشياء الايجابية الّتي أتى بها المشرّع من الناحية الشّكلية[3]؛ إلاّ أنّه أخطأ لمّا جعل مِنَ التعسّف خطأً طبقاً لنص المادة **124 مكرر** من قانون رقم 05-10[4]، الّتي تنص على: « **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:...**»، من خلال هذه المادة يتّضح أنّ المشرع الجزائري تبنّى الرّأي الّذي يَعتبر التعسّف تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري[5]، وكان مِنَ المُفترض عليه في تعديله الأخير أنْ يأخذ بعيْن الاعْتبار انتقادات وملاحظات الفقهاء حول نص المادة **41** من الق.الم.الج.[6].

---

[1]- د. فتحي الدريني، محاضرات مطبوعة أُلقيت على طلبة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1980-1981، ص.79. نقلا عن أ. أبو بكر مصطفى، المرجع السابق، ص.278.

[2]- أ. أبو بكر مصطفى، المرجع السابق، ص.279.

[3]- المرجع نفسه، ص.281.

[4]- قانون رقم 05-10، مؤرخ في20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]- بيننا ذلك لما تعرضنا للطبيعة القانونية للتعسّف في استعمال الحق، أنظر ص.19-20.

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

المطلب الثالث

فكرة التعسّف في الشريعة الإسلامية:

كانت الشَّريعة الإسلاميَّة السبَّاقة في وَضْع نظريّة التعسُّف في استعمال الحق[1]، قبل ظهورها في القوانين الغربية الحديثة بـ 6 قرون[2]، وهناك منْ يرى أنّ هذه النظرية استمدّها الفقه الغربي مِنَ الفقه الإسلامي[3]، وعرَفها هذا الأخير بأنَّها نظرية عامَّة تشمل جميع الحقوق[4]، على عكس ما كانت عليه في القانون الرُّوماني الّذي عرف هذه النظرية في نطاق محدود؛ لأنّه كان لا يُقيّد أعمال الإنسان بالمصلحة إلاَّ بمجالٍ ضيِّق[5].

يُعتبر إلحاق الضّرر بصدد استعمال الحقوق غير جائز شرعاً، لذلك قيّد القرآن الكريم وسنّة النّبي عليه الصّلاة والسّلام في مواضيع عديدة بعض الحقوق مِنْ بينها: تقييد حق الزّوج في استعمال حق الرّجعة[6]، لقوله عزّ وجلّ: ﴿**...ولا تمسكوهنّ ضرارا، لتعتدوا**﴾ **الآية 231** من سورة البقرة، وفي موضع آخر، قوله تعالى: ﴿**...لا تُضارُّ والدة بولدها ولا مولود له بولده**﴾ **الآية 233** من سورة البقرة، حيث يَنهي كلٌّ مِن الوالد والأم مِنْ إضرار كلٌّ منهما للآخر بصدد استعمال حق الرضاع[7]. ونهى جلّ جلاله عن الايصاء بقصد الإضرار بالورثة[8]، وذلك في قوله: ﴿**مِنْ بَعْدِ وصيّة يُوصى بها أو دين، غير مضارٍّ،...**﴾ **الآية 12** من سورة النساء.

أمّا في السّنة، فقد نهى عليه الصّلاة والسّلام عن الإضرار بالجار بصدد استعمال حق الملكية، وقضى بإقتلاع نخلة لمنع وُقوع الضّرر، وذلك في حديث سمرة ابن جندب، حيث أنّ هذا الأخير يملك نخلة وللوصول إليها كان يمرُّ عبر بستان الأنصاري، ولكن ذلك مِنْ شَأْنه أنْ أضرَّ بالبستاني، وبإصرار سمرة على إيذاء الأنصاري، أمر الرَّسول عليه الصّلاة والسّلام باقتلاع النّخلة التي يملكها سمرة ابن جندب، وفي ذلك رفعٌ للضّرر النّاشئ عن استعمال حق الملكية، وقال عليه الصّلاة والسّلام

---

[1]– أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.211.

[2]– مرقس سليمان، المرجع السابق، ص.357.

[3]– الصراف عباس وحزبون جورج، المرجع السابق، ص.287.

[4]– رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.344.

[5]– ايهاب علي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.29.

[6]– هذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الموضوع، ص.77.

[7]– هذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الموضوع، ص.72.

[8]– هذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الموضوع، ص.86.

لسمرة: **(إنّما أنتَ مُضار)**[1] **فقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري: إذهب فاقلع نخله،** كذلك في قوله: **(لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)**[2].

مع العِلْم أنّ الفقه الإسلامي في البداية، لا يَعتبِر أنّ العمل غير مشروع إذا مُورِسَ في حدود حق يَعترف به الشّرع ولو نتج عنه ضررا؛ إلاّ أنّه تمّ العُدول عنْ هذا الموقف[3] والإقرار بمبدأ عدم الإضرار بالغير.

يأخذ الفقه الإسلامي بالصّفة المُزدوجة للحق، فردية واجتماعية، وفي حالة التّعارُض بينهما تُرجّح المصلحة العامة مع تقديم تعويض عادل للفرد، نظراً لأهمّيتها وأنّ الحق يُعتبر وسيلة لتحقيق المصلحة وغايات الشّرع[4]ولا يُعدُّ هي المصلحة بحدِّ ذاتها، ففي حالة ما إذا أدّى استعمال الحق الفردي إلى الإضرار بمصلحة الجماعة، يتحقّق بذلك اختلال التوازن بين المصلحتين ويُشكِّل تناقض مع قاعدة جلب المقاصد ودرء المفاسد؛ لأنّ الضّرر اللاّحق بالجماعة لا يتناسب مع المنفعة الّتي تعود على صاحب الحق[5]، بالتالي لا يُمكن لصاحب الحق التّمسّك بمبدأ مشروعية الفعل؛ لأنّ هذا الأخير يُكوِّنُ جَوْهر فكرة التعسُّف.

عملَ الفقه الإسلامي في سبيل حماية الغير مِنْ إلحاق الضّرر به من طرف أصحاب الحقوق على مَنعْ تصرُّفات جائزة شرعاً إذا ترتّب عنها ضرراً وخرجت عن الغرض الّذي أُعِدَّت مِن أجله، وذلك عن طريق الاعتماد على أُسُس وضوابط معيّنة تختلف اختلافا بسيطا بين مذهب إلى آخر، حيثُ أنَّ **المذهب المالكي** أَسّس هذه النّظرية على 03 ضوابط تتمثّلُ في:

1- يجب أنْ يُستعمل الحق وِفْقَ الغرض الّذي وُجد مِنْ أجله.
2- أنْ يَستعمل الإنسان حقّه بالحُصول على فائدة ودُونَ الإضرار بالغير.
3- يكون استعمال الحق غير مشروع إذا ترتّب عليه ضررا بليغا.

---

[1]- جامع العلوم والحكم، الحديث الثاني والثلاثون لا ضرر ولا ضرار، تخريج أبو داود في " سننه " من حديث أبي جعفر محمد بن علي ? http :// library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php

[2]- المرجع نفسه.

[3]- أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.211.

[4]- د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السّابق، ص.81.

[5]- المرجع نفسه، ص.82.

اعتمد **المذهب الحنفي** هذه الضوابط، غير أنّ أبا يوسف- حنفيُّ المذهب- أضاف ضابطين آخرين يتمثّلان في:

1- إعطاء الأولوية للحق الّذي يرمي إلى تحقيق أكبر فائدة في حالة التّعارُض بين حقين.
2- لا يسُوغ استعمال الحق بِقصد الإضرار بالغير[1].

أمّا **المذهب الشّافعي** لا يَعتدُّ بالقصد والنّية والبواعث الّتي دَفعت إلى استعمال الحق، وإنّما بظواهر الأفعال. ولِمَعرفة حُكم استعمال حق مُعيّن يَكفي أنْ يتّفق الاستعمال مع الغرض الظّاهر الّذي وُضع الحق مِنْ أجله؛ إلا أنّ هذا الرّأي لَقيَ مُعارضة مِن الإمام الغزالي الّذي يستوجب أن يكون الغرض من استعمال الحق مشروعاً، وأنْ تُستعمل الرُّخص في الغرض الدّيني والاجتماعي الّذي وُضعت مِنْ أجله[2]، ولقد أصبحت هذه الفكرة الّتي أرساها الإمام الغزالي- والّتي تتمثّل في الاعتماد على معيار الدّافع للحكم على استعمال الحق بالمشروعيّة من عدمها- منهاج سار عليه ابن القيم الجوزية وابن تيمية[3]، وكرّسته القوانين الحديثة كمبدأ قانوني أساسه تحريم التعسّف.

لَمْ تَقْتَصر فكرة التعسُّف عند فقهاء الشَّريعة الإسلامية في صورة قصد الإضرار بالغير كما كان عليه في القانون الرّوماني، بلْ توسّعت لِتَشمل صُوَراً أخرى كتَخلُّف المصلحة عند صاحب الحق، والضّرر العام، والضّرر الفاحش[4] الّذي يَنجُم عن استعمال الحق[5].

نخلص إلى القول أنَّ كلُّ حقٍ مُعترف به شرعاً وقانوناً لا يجوز لصاحبه إتِّخاذه كوسيلة مشروعة للإضرار بالغير أو الجماعة، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، أو في سبيل الحصول على منفعة ضئيلة ينعدم معها حدوث التّوازن بين المنفعة والأضرار النّاتجة عن استعمال الحق[6]؛ وإلاّ أُعتُبر مناقضة لقصد الشّارع وأصبح استعمالا غير مشروع للحق، وقصد الشّارع يَكمُن في جلب المصالح والموازنة بينها ودرء المفاسد.

---

[1]- أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.211.
[2]- المرجع نفسه، ص.212.
[3]- المرجع نفسه، ص.212.
[4]- سيأتي تفصيل هذا المعيار عند الحديث عن معايير التعسّف وذلك في ص.39 من هذا الفصل.
[5]- د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.755.
[6]- لقد وضع الفقه الإسلامي ضوابط شرعية يعتمد عليها القاضي، وهي الّتي سنوردها عند الحديث عن معيار عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامة الضرر، وذلك في ص.37.

المبحث الثالث

أحكام التعسُّف في استعمال الحق:

تتحدَّد فكرة التعسُّف بضوابط تحكمها للتفرقة بين إساءة استعمال الحق وعدمها حيث أنّه إذا ما توافرت أُعتبر صاحب الحق متعسّفا في استعماله، ويتعيّن في هذا الصّدد تحديد المحل الذي تُطبّق عليه هذه المعايير، ويترتّب على وُقوع التعسّف أو إمكانية حدوثه جزاء يتمثّل في الجزاء التّعويضي أو الوقائي، وعليه سنتناول في هذا المبحث صور التعسّف في استعمال الحق كمطلب أول، وفي المطلب الثاني نطاقه، وفي المطلب الثالث الجزاء المترتب عليه، كما يلي:

المطلب الأول

صور التعسُّف في استعمال الحق:

كان معيار التعسُّف في البداية شخصياً يتمحور حول نية صاحب الحق، ثُمَّ تطور إلـى معيـار موضوعي[1] يدور حول تقدير قيمة التصرف وعلاقته بغيره من الحقـوق وعلاقـة هـذه الأخيـرة بالمجتمع، فأصبح للتعسّف جوانب شخصية وموضوعية متكاملة يلجأ إليها القاضي لتقدير مشـروعية مُزاولة الحق مِنْ عدمه، وفي ذلك مسلك المشرّع المصري والجزائري والسوري.

الفرع الأول

قصد الإضرار بالغير:

يُعدُّ هذا المعيار مِنْ أقدم المعايير وأكثرها شيوعاً في التَّشريعات القديمة خاصَّةً[2]، وأوّل معيـار وُضع في القانون الرُّوماني والقانون الفرنسي القديم[3]، ولَمْ يكُنْ بالإمْكان الحكم بالتعسُّف في البداية إلاّ مِنْ خلال هذه الصُّورة[4].

من خصائص هذا المعيار توافر نيَّة الإضرار بالغير من طرف صاحب الحق وهو الغرض الوحيد من استعماله لحقه، بالتالي يُعتبر متعسِّفاً في هذا الاستعمال حتَّى ولو عادت عليه منفعة غير

---

[1]– جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.20.

[2]– د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.773.

[3]– أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.216.

[4]– أوّل من اهتمّ بهذا المعيار الفقيه الفرنسي الأستاذ جورج ريبير George Ripert. جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.28.

مقصودة[1]، كأنْ يغرس الشَّخص أشجاراً في أرضه أو يُقيم سياجا عاليا يُطليه باللّون الأسود باعتباره صاحب حق، لكن بنيّة حجب النُّور عن جاره، في هذه الحالة يُعتبر مُسيئا في استعمال حقه حتّى ولو عادت على الأرض منفعة[2]،أو كالجار الّذي يُحدث ضجّة شديدة عند ممارسة جاره الصّيد من أجل إشاعة الذّعر في الحيوانات وتنفيرها، أو كمنْ يستعمل حق الطلاق من أجل الإضرار بالطرف الآخر[3]. وقد نصّ الشّرع الإسلامي على هذا المعيار في القرآن الكريم بصدد استعمال حق الايصاء من أجل الإضرار بالورثة، الرّضاع وحق الرّجعة[4]، أو منْ يرفع طعن أو دعوى كيدية بنيّة الإضرار بالغير[5]أو عدم توافر أساس قانوني، أو رفعها أمام محكمة غير مختصّة قصْد أنْ يُحمّل خصمه متاعب الانتقال، كذلك يُعتبر الدّائن مُتعسِّفا في استعمال حقّه في الحجز على مدينه إذا إتّخذ إجراءات الحجز رغبةً منه في مُضايقة مدينه[6]، وفي هذه الأحوال يحكُم القاضي على خاسر الدّعوى بهذه الأشكال بالتَّعويضات مقابل المصاريف الّتي تحمّلها خصمه طبقا لنص المادة **419** من ق.الإ.الم.الإ.[7]، فيكون استعمال الحق غير مشروع في هذه الأمثلة؛ لأنّ صاحب الحق قصد من وراءه الإضرار بالغير[8]، ويقع على المضرور عبء إثبات هذه النية بكلّ وسائل الإثبات المحددة قانوناً؛ لأنّه يَنصب على واقعة مادية[9]، ولا يُكتفى بمجرّد احتمال وقوع الضّرر، فهذا لا يُفيد القصْد في إحداثه[10].

غير أنّ إثبات هذه النّية ليس بالأمر السّهل؛ لكوْنها مسألة مكنونة في النّفس، فيقوم القاضي

---

[1]– د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.755.

[2]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.958.

[3]– هذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الموضوع، ص.75–85.

[4]– راجع المبحث الثاني من الفصل الأول، ص.30.

[5]– قانون رقم 08–09 مؤرّخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج. عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008. الاستئناف والطعن بالنقض التعسّفي طبقا للمواد 347،377. أنظر ص.47 من هذا الموضوع.

[6]– د. مروك نصر الدّين، طرق التّنفيذ في المواد المدنية، دار هومة للطباعة والنّشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.56.

[7]– قانون رقم 08–09 مؤرّخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[8]– نزيم نعيم شلالا، المرجع السابق، ص.120.

[9]– أ. بلحاج العربي، بحوث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.26.

[10]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.957– 958.

باستخلاصها من انعدام المصلحة من الفعل[1]، فإذا كان الفعل خالياً من المصلحة، كان ذلك قرينة على قصد الإضرار بالغير، ونصّ المشرع الجزائري على هذا المعيار في الفقرة الأولى من المادة **124** مكرر من الق.الم.الج..

يجب الأخذ بعين الاعتبار أنّ معيار قصد الإضرار بالغير لا يَكفي لاعتبار صاحب الحق متعسِّفاً، بل يجب علاوةً على ذلك أن يكون منحرفاً عن السّلوك المألوف للشّخص العادي[2]، وإذا ما تبيَّن للقاضي انتفاء التعسّف وفق هذا المعيار، فإنّه قد يتوافر بالإعتماد على معيار أخر[3].

نظراً لكون هذا المعيار يُقلّص من نطاق النظرية باعتباره عنصرا نفسيا، ابتكر الفقه الفرنسي[4] معايير أخرى.

من مزايا معيار قصد الإضرار بالغير في القانون المدني الجزائري، أنّه يُوسِّع من دائرة تطبيق هذا المعيار، ممّا يمكن أنْ تُصاحب القصد عناصر أخرى؛ لأنّه حذف عبارة "**سوى**" ولم يتَّبع في ذلك مسلك المشرّع المصري؛ إلاّ أنّ هذه الفقرة باللّغة الفرنسية لا تنسجم مع النص باللّغة العربية في ظل المادة **41**، ذلك باستعماله عبارة"**seul**"وبذلك يُضيّق من مجال هذا المعيار مثله في ذلك مثل المشرّع المصري[5]، وفي هذا الصّدد يرى أحد الأساتذة أنّ هذه الصّورة في القانون الجزائري تتحلّل إلى معيارين وهما: تمخض قصد الإضرار، قصد الإضرار بالغير مصحوباً بقصد المنفعة أو المصلحة[6].

الفرع الثاني

عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامة الضرر:

هذا المعيار موضوعي يقوم على التّفاوت بين الضّرر اللاّحق بالغير والمنفعة العائدة على

---

[1]– د. بعلي محمد الصغير. المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون ونظرية الحق، دار العلــوم، الجزائــر، د.س.ن.، ص.184.

[2]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصــادر الالتــزام، المرجــع الســابق، ص.957.

[3]– د.كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص.139.

[4]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.320.

[5]– في هذا الصّدد راجع فكرة التعسف في القانون الجزائري، ص.27 وما بعدها من هذا الفصل.

[6]– د. فتحي الدريني، محاضرات مطبوعة أُلقيت على طلبة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1980–1981، ص.79. نقلا عن أ. أبو بكر مصطفى، المرجع السابق، ص.277.

صاحب الحق، ويرجع تقدير التفاوت للسُّلطة التقديرية للقاضي[1].

لهذه الصورة تطبيقات كثيرة، من بينها نص المادة **2/708** من الق.الم.الج. الّتي تقضي بأنّه ليس لمالك الحائط أنْ يهدمه دون عذرٍ قوي، إذا كان يُضرُّ بجاره الّذي يَستتر ملكه بالحائط[2]، ينبغي كي يُعتبر الهدم مشروعاً أنْ يوجد تناسُب بين المنفعة الّتي تعود على مالك الحائط من هدمه وبين الضّرر الّذي يلحق بجاره، ويتحقّق التّناسب إذا استهدف المالك منفعة كبيرة تتوازى مع الضّرر اللاّحق بالغير؛ أمّا إذا لم يتوافر باعث على الهدم أو وُجد ولكنّه ليس قوياً، فإنّ ذلك يُعتبر تعسّفا في استعمال حق الملكية[3]، وكثيراً ما يكون هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الإضرار بالغير[4]، ويتحقّق كذلك هذا المعيار في حالة ما إذا حجز الدّائن على أموال مدينه ما يَزيدُ كثيراً عن المُستحق مِنَ الدّين وذلك طبقا لنص المادة **621** من ق.الإ.الم.الإ. الّتي تنص على ما يلي: « **لا يجوز أن يتجاوز التنفيذ... القدر الضروري الّذي يقتضيه حق الدّائن وما استلزمه من مصاريف**»[5]، ويكون إصرار مالك العقار المُرتفق به على استعمال حق الإرتفاق بالرّغم مِنْ انعدام التّناسب بين الفائدة والأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به تعسّفا في استعمال حق الإرتفاق[6].

لمّا يقوم القاضي بالمُوازنة بين مصلحة صاحب الحق بالضّرر الّذي يُصيب الغير، قد ينتج عن ذلك 3 نتائج وهي كالآتي:

1- قد يكون الضّرر الّذي يلحق الغير راجحا على المصلحة، في هذه الحالة يُمنع صاحب الحق من استعماله وفي ذلك منعاً لوقوع التعسُّف، أو القيام بتقديم تعويض سواءً كان عينيا أو بمقابل.

2- قد تكون المصلحة هي الراجحة على الضّرر الّذي يُصيب الغير فتكون المصلحة جدّية، بالتالي لا يتحقق التعسُّف في ذلك.

3- وقد يكون الضّرر الّذي ينتج عن استعمال الحق مُساوياً للمصلحة الّتي يُحقّقها، في هذه الحالة أيضا لا يتحقق التعسّف، ولا مسؤولية على صاحب الحق طبقاً للقاعدة الشّرعية "**الضرر لا يُزال**

---

[1]- د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.774.

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

[3]- د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.775.

[4]- المرجع نفسه، ص.774. للتفصيل أكثر أنظر المبحث الأول من الفصل الثاني، ص.64-65.

[5]- قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[6]- هذا ما سنحاول دراسته بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الثاني، ص.62.

بمثله"[1]، فالاستعمال يُعدُّ مشروعاً[2]؛ لأنّ المنفعة ليست قليلة بالمقارنة مع الضَّرر وهو ما نصَّت عليه الفقرة **02** من المادة **124 مكرر** من الق.الم.الج.[3].

يتضح مِنْ هذه النّتائج أنّ التعسُّف يتحقق في حالة رجحان الضّرر على المصلحة من استعمال الحق، لكنْ هل يُشترط فيه اختلالاً مطلقاً أمْ بسيطاً؟

لقد عمل الفقه الإسلامي على وضع ضوابط وقواعد شرعية يعتمد عليها القاضي للوصول إلى القول بجدّية المصلحة أو تفاهتها، فيقوم بناءً على ذلك بترجيح أحدهما، في حين عجز الفقه الغربي عن ذلك، ومن بين هذه الضوابط نجد: تقدير ما إذا كانت هذه المصلحة ضرورية أو تحسينية، وما إذا كانت خاصة أو عامة، وبعد تحديد هذه المصالح المتعارضة وللوصول إلى رجحان المصلحة أوْ عدم مشروعيتها، يتعيّن على القاضي الأخذ بعين الاعتبار بالقواعد الشَّرعية[4] المتمثّلة في: قاعدة الضّرر يُزال[5]، قاعدة الضّرر الأشد يُزال بالأخف[6]، قاعدة تحمّل الضّرر الخاص لدفع ضرر عام[7]، قاعدة درء المفاسد مُقدم على جلب المصالح[8]، قاعدة الضّرر يُدفع بقدر الإمكان[9]، وقاعدة الضّرر لا يُزال بمثله[10].

لهذه القواعد أهمّية بالغة باعتبار الشّريعة الإسلامية مصدر تفسيري لأحكام التعسُّف في

---

[1]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.300.

[2]– المرجع نفسه، ص.314.

[3]– قانون رقم 05–10، مؤرخ في 20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75–58 المؤرخ فــي 26 ســبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.277–282.

[5]– هذه القاعدة تُعد تطبيقاً لفكرة المصلحة التي تعني بإزالة الضرر، فغاية الحقوق تحقيق المصالح وليس تحقيق المفاسد.

[6]– تتم المقارنة بين الضّررين، أي بين الضّرر الناتج عن حرمان صاحب الحق من استعمال حقه، والضرر الناتج للغير من جرّاء استعمال الحق، فإذا كان الضرر شديداً يُزال بالأخف.

[7]– الضّرر العام يعد ضرراً شديداً بالموازنة مع الضّرر الخاص.

[8]– اختيار أهون الضّررين: يكون بين ضررين كلّ منهما خاص. القاعدتان 3 و4 متفرعتين من القاعدة 2.

[9]– إذا كان المفاسد قليلة أو مساوية فانّ استعمال الحق يبقى مشروعاً، والعكس صحيح.

[10]– يتحقق فيها التساوي بين حرمان صاحب الحق من استعمال حقه وبين الضرر الذي يُلحق بالغير، بالتالي يبقى استعمال الحق مشروعاً.

استعمال الحق التي تقرّرت في القانون المدني[1]، وأنّها مصدرا ثانيا بعد التشريع.

نخلص إلى القول أنّه يتمّ ترجيح الأضرار ولو كانت درجة الرُّجحان بسيطة أو يسيرة مقارنةً بالمصلحة الّتي تعود على صاحب الحق؛ إلاّ أنّه يُشترط درجة شديدة من رجحان الضّرر على المصلحة فيما يخص مضار الجوار غير المألوفة، ومن مزايا المشرّع من هذا المعيار كما أسلفنا القول أنّه صاغه بعبارات من شأنها أنْ تُوسّع من مجال تطبيقه؛ لأنّه حذف منه عبارة "**البتّة**" على عكس المشرّع المصري الّذي يشترط انعدام التّوازن بين الضّرر والمصلحة الّتي يرمي إليها صاحب الحق.

الفرع الثالث

عدم مشروعية المنفعة أو المصلحة الّتي يرمي إليها:

يُعدّ هذا المعيار موضوعي[2] أيضا وإنْ كان مرتبط بالقصد أو النية من استعمال الحق[3]، فيكون صاحب الحق متعسِّفاً إذا قصد الحصول على نتائج غير مشروعة، فيتحقّق بذلك ترابط بين المعيارين إذْ أنّ تحقيق المصلحة غير المشروعة لابد أنْ يكون وراءه دافع غير مشروع[4]، ومثال ذلك أنْ يستعمل صاحب المنزل منزله لأغراض منافية للقانون والآداب[5]، أو المالك الّذي يمتنع عن الترخيص بالإيجار من الباطن دون سبب مشروع، أو صاحب العمل الّذي يفصل العامل بسبب مذهبه السياسي[6]، أو الدائن الّذي يُطالب بإطالة أمد النزاع بغرض الزِّيادة مِنْ مبلغ التّعويض يُعتبر سيِّء النية؛ لأنّ المصلحة الّتي يُريد تحقيقها غير مشروعة والدافع غير مشروع، فيقوم القاضي بتخفيض مبلغ التعويض المتّفق عليه أو عدم الحكم به إطلاقاً عن المدة الّتي طال فيها أجل الفصل في النزاع دون مبرّر وذلك طبقاً لنص المادة **178** من الق.الم.الج.[7]، أو المالك الّذي يضع أسلاك شائكة في حدود ملكه، حتّى

---

[1]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.284.

[2]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.959.

[3]– د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2: الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون؛ د.م.ج.، الجزائر، 1999، ص.129.

[4]– د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.347–348.ض

[5]– د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، الكتاب الأول: المدخل للعلوم القانونية؛ الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص.336.

[6]– د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.776.

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

يفرض على شركة الطيران الّتي تهبط طائراتها في أرض جاره أنْ تشتري منه الأرض بثمن مرتفع، فيكون متعسّفا في استعمال حق ملكيته ويُلزم بإزالة هذه الأسلاك[1]؛ لأنّها عين التعسّف.

تعتمد الشَّريعة الإسلامية على معيار آخر للتعسُّف وهو معيار الضَّرر الفاحش، وهذا المعيار يظهر بجلاء في مضار الجوار غير المألوفة[2]، فيكون المالك في حق الملكية مسؤولاً عن الضّرر الّذي يُصيب الجار بشرط أنْ يكون الضّرر فاحشاً حتّى يتحقق التعسّف[3]، ولا يُسأل عن الضّرر المألوف بين الجيران؛ لأنّه يُمكن تجنُّبه والتَّسامح عليه[4]، وإلاَّ تعطَّلتْ استعمال حقوق الملكية[5].

لم ينص المشرّع الجزائري على هذا المعيار لكن نصّ على تطبيقه في نص المادة **1/691** من الق.الم.الج. الّتي تنص على: « **يجب على المالك ألا يتعسّف في استعمال حقه إلى حدٍّ يُضرُّ بملك الجار**»[6]، ونظراً لصراحة النص على مسؤولية المالك الّذي يستعمل ملكه ويُسبّب ضرراً غير مألوفاً، على أساس التعسّف فلا داعي للخوض في الآراء الّتي تُقيمه على أساس الخطأ أو مجاوزة حدود الحق خاصةً الفقه المصري، نظراً لإبهام كلمة "**الغلوّ**" الواردة في نص المادة **1/807** من الق.الم.الم. حيث تنص: «**على المالك ألاّ يغلو في استعمال حقه إلى حدٍّ يُضرُّ بملك الجار**».

مِن الأمثلة حول معيار الضّرر الفاحش، إقامة مصانع في أحياء سكنية ممّا يُحدثُ أضرارا بالجيران، فتكون الشّركة مسؤولة عن تعويض هذه الأضرار؛ لأنّها غير مألوفة، أو ترك المالك لكلبه يَنْبح بشكلٍ يُقلق راحة الجار، أو الضّوضاء الّتي تصدُر عن استعمال مُكبّرات الصّوت في الحفلات ونوادي الرّقص، حيث أنّ هذه المُضايقات تُجاوز الأضرار العادية للجوار إذا أُحدثت في اللّيل وفي أيِّ وقتٍ منه، وكانت مُقلقة للجيران[7].

---

[1]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.8: حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المجلد2، ط. 3 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.692.

[2]– للتفصيل أكثر أنظر المبحث الأول من الفصل الثاني، ص.54–56.

[3]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.317.

[4]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ص.693.

[5]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.317.

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

[7]– د. فوده عبد الحكيم، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النّقض، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص.122.

لقد ثار تساؤل حول ما إذا كانت المعايير الثّلاثة الواردة في المادة **124 مكرر** من الق.الم.الج. السّالفة الذِّكر واردة على سبيل الحصر أو المثال، حيثُ يَرى جُمهور الفقه أنَّها واردة على سبيل الحصر[1]أيْ لا يُعتدُّ بالانحراف إلاَّ إذا اتَّخذ إحدى هذه الصُّور؛ إلاّ أنّ هناك من يَنبذ هذا الرّأي على أساس أنّه سيجعل مِنَ النّظرية جامدة لا تتماشى مع التطور[2] ومقتضيات المصلحة العامة، وهُناك مَنْ يُرجِّحها أنَّها جاءت على سبيل المثال تفتح مجالاً واسعاً أمام القضاء وأنّها مجرّد عرض لإظهار حالات التعسّف[3]. وبهذا نطرح تساؤل حول اتجاه نيّة المشرع، حيث أنّه يظهر من خلال المادة **41** قبل إلغائها أنّ نية المشرع اتَّجهت إلى اعتبارها أنّها واردة على سبيل الحصر، وذلك من خلال استعماله عبارة «...**الأحوال التالية...**»[4]؛ أمّا في تعديله للقانون المدني بموجب قانون رقم 05-10 اتجهت نيّته إلى اعتبارها على سبيل المثال وذلك باستعماله عبارة «...**لاسيما في الأحوال الآتية...**»[5].

بالنسبة للقضاء الجزائري فالظاهر وفق أحد قرارات المحكمة العليا أنّها تعتبرها واردة على سبيل الحصر وذلك لاشتراطها ذكر توافر أحدها[6]، وذلك في القرار الأتي بيانه: جاء قرار المحكمة العليا الصّادر في 1999/12/07، ملف رقم 180334 ما يلي: « **من المقرر قانونا أنّه يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:**

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضّرر النّاشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ومتى تبين في - قضية الحال- أن قضاة الموضوع لمّا قضوا بالتعويض عن الاستئناف التعسفي، دون ذكر الحالة الّتي تنطبق على قضية الحال، فإنهم يكونون قد قصروا في تسبيب قرارهم، مما

---

[1]- أ. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.223.

[2]- د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص.781.

[3]- أحمد النّجدى زهو، المرجع السابق، ص.50.

[4]- « **يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:...**»

[5]- « **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:...**»

[6]- ما يُمكن ملاحظته أنّ القضاء الجزائري من خلال بعض قراراته والّتي سنوردها في الفصل الأول والثّاني، أنّه يُقيد استعمال الحقوق بعدم الإضرار بالغير؛ إلاّ أنّه ما يعاب عليه أنّه لا يُحدد الصورة أو المعيار الّذي يستند عليــه للقــول بوجود التعسّف.

يستوجب معه النقض»[1].

إلاَّ أنّنا نرى أنَّها واردة على سبيل المثال، لأنّه بالرّغم من عدم الإشارة إلى معيار الضّرر الفاحش في النّص العام المتعلق بالتعسّف إلاّ أنّ المشرّع نصَّ على تطبيقه في نص المادة **691** من ق.الم.الج.، كما أن الشَّريعة والّتي تُعتبر المصدر الثاني بعد التشريع وسّعت من هذه المعايير دون حصرها في معايير محددة، وينبغي عدم تقييد القاضي بهذه الصّور ولابد من إعطاءه السّلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان الاستعمال يُشكل تعسّفا أمْ لا على أن يأخذ بعين الاعتبار بالمبدأ العام الذي يتمثل في الاستعمال المشروع للحق وعدم الإنحراف عن غاية الحق التي شُرع من أجلها.

يهدف المشرّع الجزائري إلى المُوازنة بين المصالح والحقوق، وأنَّ مصلحة الغير أهمُّ بالرعاية مِن المصلحة التي يستهدفها صاحب الحق من استعماله[2]لهذا تُعتبر قيداً على استعمال الحق وينبغي أنْ يُحقق مصلحة جادة ومشروعة حتّى يقع في نطاق المشروعية.

المطلب الثاني

نطاق التعسُّف في استعمال الحق:

لتحديد نطاق التعسُّف ينبغي تحديد الموضوع الّذي يرد عليه، وهو أمرٌ ضروري بعـد تحديـد معاييره، وفي هذا الشأن ثار جدال فقهي حول ما إذا كان التعسّف يسري على الحقوق دون الـرُّخص والحريات العامة، وبما أنّه يشمل الحقوق فهل يمتدُّ سريانها إلى الحقوق جميعـاً أمْ أنّـه لا يُتصـوّر سريانها على بعضها؟.

الفرع الأول

مدى إيراد التعسُّف على الرُّخص والحريات العامة:

يرى البعض من الفقهاء بما أنّ المشرّع يستهدف من هذه النظرية بسْط الرقابة على كافة

---

[1]– المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 180334 مـؤرّخ فـي 1999/12/07، (قضـية ق.ب.أ./. ضـد ج.ي.ح.)، المجلة القضائية، عدد 2، 2000، ص.100.

[2]– د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.131.

التصرُّفات القانونية، فلا مانع من امتدادها لتشمل الحقوق والرُّخص على حدٍّ سواء[1]مادام أنّ الحقـوق والرُّخص تُمنح لتحقيق غرض معين[2] ومشروع.

لكن هناك جانب كبير من الفقه الّذي يرى انحصار تطبيق نظرية التعسّف في استعمال الحق على الحقوق دون الرّخص والحريات العامة[3]، وهذه الأخيرة يُقصد بها الحقوق العامّة التي يُعتـرف بهـا لكافة النّاس تُباشر حسب نصوص الدستور، كحق التعاقد، والتملُّك والتقاضي، فلا تُخـوِّل لصـاحبها الاستئثار بأيّة قيمة[4]، على خلاف ما يُخوله القانون لصاحب الحق، كما أنّ أحكام المسؤولية المدنيـة هي التي تتكفّل بحكم الانحراف – في ممارسة رخصة من الرّخص – عن مقتضى السّلوك المـألوف كأنْ يستعمل الشّخص الحق في التقاضي – وهو رخصة تُثبت للكافة – استعمالاً كيدياً[5]، فلا حاجـة لفكرة التعسُّف؛ وإنّما يكون خطأً عادياً يُلزم بالتعويض عن الضّرر النّاجم عنه[6]؛ والواقـع أنّ القـول بعدم سريان النّظرية على الرّخص، يَرجع إلى اعتبارات تاريخية، لمّا كان الفقه يسلم بتقييد الحقوق[7]، وأنّه يُضيّق من نطاق نظرية التعسّف[8].

المُتوصَّل إليه ممّا سبق عند بعض الفقهاء هو أنّ التعسّف يَرِد فقط على الحقوق ذلك أنّ التعسُّف في استعمال الحق يتكفَّلُ بتحديد الانحراف في استعمال الحقوق؛ أمّا فكرة الخطأ تنبسط على الانحراف في مُمارسة الرخص أو الحريات، وهذا ما بيّنه المشرع المصري في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي.

غير أنّنا نُساندُ الرّأي الّذي يرى امتداد النظرية إلى الرُّخص وَالحُرّيات العامّة بما أنّها لا تُناقض قصد الشّارع، كما أنّ كلٌّ منْ حق التقاضي، التملّك والتعاقد مُقيّد بعدم الإضرار، والدَّليل على ذلك أنّ

---

[1]– يرى أستاذ الأجيال السنهوري أحمد عبد الرزاق أن التعسّف يرد على الحقـوق والـرخص. – د. محمـد حسـين منصور، المرجع السابق، ص.270.

[2]– د.فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.284.

[3]– د.بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.136.

[4]– د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.325–326. حيث أنّ الحق يختص به الشخص دون غيره.

[5]– د. رمضان أبو السعود، المرجع السّابق، ص.353.

[6]– د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.270.

[7]– د. رمضان أبو السعود، المرجع السّابق، ص.354. أنظر التَّطوُّر التاريخي للنّظرية في القوانين القديمـة، ص.22 ومابعدها.

[8]– د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السّابق، ص.350.

الشريعة الإسلامية تُقيّد كلٌّ من الحقوق والرّخص. كذلك ما يُؤيّد هذا الطرح نجد أنّ المشرّع الجزائري بدوره يُقيّد رخصة الالتجاء إلى القضاء وهذا ما يظهر من خلال نص المادة **347** من ق.الإ.الـم.الإ. الّتي تُقرِّر التّعويض على الاستئناف التعسّفي صراحةً، حيث تنص على: « **يجوز للمجلس القضائي إذا تبيّن له أنّ الاستئناف تعسّفي أو الغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه، أن يحكم بغرامة مدنيـة... دون الإخلال بالتعويضات الّتي يُمكن أن يحكم بها للمستأنف عليه**» كذلك الأمر فـي حالـة الطعـن بالنقض التعسّفي- حسب نص المادة **377** من ق.الإ.الم.الإ- وفي اعتـراض الغيـر الخـارج عـن الخصومة – طِبْقَ نص المادة **388**- والتماس إعادة النظر وفق نص المادة **397** من نفس القانون[1].

ما يُدعّم هذا القول كذلك -أيْ عدم جواز التعسّف في استعمال حق التقاضي- مـا قضـت بـه المحكمة العليا عن إساءة استعمال حق التقاضي، وذلك في القرار الأتي بيانه:

- جاء قرار المحكمة العليا الصّادر فـي 1999/12/07، ملـف رقـم 180334 مـا يلـي: « ... **ومتى تبين في – قضية الحال- أن قضاة الموضوع لمّا قضوا بالتعويض عن الاستئناف التعسـفي، دون ذكر الحالة الّتي تنطبق على قضية الحال، فإنهم يكونون قد قصروا في تسبيب قـرارهم، ممـا يستوجب معه النقض**»[2].

الفرع الثاني

إيراد التعسُّف على كافة الحقوق:

بعد تبيان أنّ التعسّف يرد على الحقوق، الرُّخص والحريات العامة، فانّه يتعـين تحديـد نطـاق التعسّف في هذه الحقوق فيما إذا كانت ترد على جميعها أو بعضها، بمفهوم المخالفـة هـل تخضـع الحقوق المطلقة لرقابة القاضي؟.

ذهب جانب من الفقه إلى عدم امتداد نظرية التعسف إلى طائفة معيّنة من الحقوق، وهي ما يُطلق عليها الحقوق المطلقة أو التقديرية[3]، وهذه الأخيرة تُخوِّل لصاحبها سلطة مطلقة في استعمال حقـه، كحق الموصى له في رد الوصية، حق المشترط في نقض الاشتراط، حق الشريك على الشـيوع فـي

---

[1]- قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2]- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 180334 مـؤرّخ فـي 1999/12/07، (قضـية ق.ب.أ.م. ضـد ج.ي.ح.)، نفس القرار السابق ذكره، وذلك في ص.40 من هذه المذكرة.

[3]- د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.271.

نقض قسمة المال الشائع[1]، وهذه الحقوق لا يُمكن أنْ تخضع لرقابة القاضي[2]؛ لأنّه تحكمهـا دوافـع شخصية[3]؛ إلاّ أنّ هذا التبرير غير مُقنع لاستبعاد هذه الحقوق من مجال نظرية التعسّف في اسـتعمال الحق[4]، إذْ أنّه لا مانع من إخضاع هذه الدوافع لرقابة القاضي.

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري، فقد صاغ هذه النظرية صياغة عامة، هذا ما يدلّ على عدم وُجود حقوق تقديرية يتمتّع أصحابها بسلطان مُطلق في استعمالها دون خُضوعهم لرقابة القضاء[5]، وبهذا ينصب التعسّف على كافة الحقوق.

المطلب الثالث

الجزاء المُترتِّب على التعسُّف في استعمال الحق:

قد يظهر التعسُّف في استعمال الحق قبل تمام هذا الاستعمال، و قد لا يتبيّن إلاّ بعد تمامه[6]، تِبعاً لذلك يختلف الجزاء المُترتب في الحالة الأولى عنه في الحالة الثانية، ففي الحالة الأولى يُمكن مَنع صاحب الحق منَ الاستعمال التعسُّفي، وهو ما يُعرف بالجزاء الوقائي؛ أمّا في الحالة الثانية فلا يبقى المجال إلاّ للتعويض وهو الجزاء العلاجي، وهذا الجزاء ينصب على الطريقة الّتي أُستُعمل فيها الحق وليس على الحق بحد ذاته.

الفرع الأول

الجزاء الوقائي للتعسُّف:

يُعتبر الجزاء الوقائي من خصوصيات نظرية التعسّف حيث يَستهدف مَنع صاحب الحـق مـن استعمال حقه استعمالا تعسُّفياً وذلك لِمنع وقوع الضّرر، ويَظهر ذلك في حالة رفـع الـدعوى أمـام القضاء، فيقوم القاضي بالتأكّد مِن وجود الحق من جهة، وأنّ استعمال الحق يُشكل تعسّفاً من جهة

---

[1]– د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.137–138.

[2]- BERGEL (Jean- Louis), Théorie général du droit, 3ème éd., DALLOZ, Paris, 1999, P.257. « **Ainsi, mis à part quelques droits absolus et discrétionnaires dont l'usage ne serait jamais abusif, l'exercice de tous les droits peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire de l'abus».**

[3]– د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.270.

[4]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.326.

[5]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.32.

[6]– المرجع نفسه، ص.32–33.

أخرى، وإذا ما تبيّن له ذلك فإنّه يَحكم بما يَمنع حصول التعسّف[1].

مِنْ تطبيقات المشرّع لهذا الجزاء ما تقضي به المادة **788** من الق.الم.الج. التي تنص: « **إذا كان مالك الأرض وهو يُقيم بناء بها قد تعدّى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاّ لذلك أن تُجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل**»[2]، طبقاً لنص هذه المادة، لا يُجيب القاضي لطلب صاحب الأرض الملاصقة بهدم البناء، فيحكم على مالك الأرض–الباني– بالتعويض[3] وفي ذلك تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسّف في استعمال الحق.

كذلك مِنْ بين تطبيقات هذا النوع من الجزاء ما نصت عليه المادة **343** من الق.الم.الج.[4]على أنّه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسّفا في توجيهها وفي ذلك منعاً لوقوع الضَّرر.كذلك ما نصت عليه المادة **534** من الق.الم.الج. الملغاة بموجب قانون رقم 07–05[5]الّتي تُلزم القاضي أنْ يرفض الحكم باستعمال حق استعادة المالك للعين المؤجرة إذا تمّ إثبات أنّ هذا الأخير يطلب حق الاستعادة بنيّة الإضرار بالمستأجر أو شاغل المحل وليس من أجل تلبية رغبة مشروعة، الغاية من هذا الرّفض من القاضي هو منع وُقوع التعسّف وبعدها الضّرر.

الفرع الثاني

الجزاء التعويضي للتعسُّف:

الجزاء التعويضي هو المبلغ النّقدي الّذي يُقدّمه صاحب الحق الّذي استعمل حقه استعمالا تعسّفيا إلى المُتضرّر[6].

يترتّب على حدوث التعسّف جزاء يتمثل في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه، الّــذي قــد يكون عينياً أو نقدياً بحسب الأحوال، فمن يحفر أرضه بقصد الإضرار بمبنى الجار ويتسبّب في تصدُّع

---

[1]– د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.278.

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

[3]– د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.141.

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

[5]– قانون رقم 07–05، مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل الأمر رقــم 75–58 المــؤرخ فــي 26 ســبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 31 الصادرة في13 مايو 2007، المرجع السابق.

[6]– نجيب أحمد عبد الله الجبلي، المرجع السابق، ص.87.

جدرانه يمكن الحكم عليه سواءً بإصلاح الجدار المتصدع وهو التعويض العيني، أو بمبلغ من المـال لجبر الضّرر وهو التّعويض النقدي، وقد يحكم القاضي بكِلاَ التعويضيْن، كالحكم على المالـك بهـدم المِدخَنَة الّتي أقامها لمضايقة الجار وبتعويضه عن الخسارة التي لحقته[1]، ومن بين تطبيقات الجـزاء التعويضي للتعسّف نجد المادة **73** من القانون رقم 29/91[2] الّتي تقضي ببطلان التسريح التعسُّـفي للعامل بدون مراعاة ميعاد الإخطار، فيأمر القاضي بإعادته إلى منصب عمله وهـو التّنفيـذ العينـي، وتعويضه عمّا أصابه مِنْ ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسُّفياً[3]، حيث أنّه تنص المادة 4/73 علـى مايلي:« **إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغـي المحكمـة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجـراءات، وتلـزم المسـتخدم بالقيـام بـالإجراء المعمـول بـه، وتمـنح العامـل، تعويضـا ماليـا علـى نفقـة المسـتخدم،... وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه، يعتبر تعسّفيا**».

وقد جاءت قرارات المحكمة العليا الجزائرية عن التسريح التعسّفي، ما يلي:

– جاء قرار المحكمة العليا الصّادر في 2001/02/13، ملف رقم 212611 ما يلي: « **من الثابت قضاء أنه في حالة غياب مبرر بشهادة طبية مدفوعة لدى الضمان الاجتماعي الّذي له الحق في المراقبة الطبية يعتبر الغياب مبررا.**

ومن الثّابت أيضا أن الخطأ المنسوب لما يكون غير ثابت أو غير قائم يجعل قرار التسريح تعسفيا ولو احترمت الإجراءات التأديبية»[4].

– وفي قرار آخر لها الصّادر في 1999/03/09، ملف رقم 177700 ما يلي: « **من المقرر قانونا أنه في حالة التسريح المعتبر تعسفيا أو منفذ خرقا للإجراءات القانونية و/أو الإلزامية يمكن العامل أن يقدم طلب الغاء قرار التسريح و/أو يطلب تعويضا عن الضرر الحاصل لدى الجهة القضائية المختصة الّتي تبت بحكم ابتدائي ونهائي.**

---

[1]– د. بلحاج العربي، النظرية العامّة للالتزام، المرجع السابق، ص.140.

[2]– قانون رقم 29/91 مؤرّخ في 21 ديسمبر 1991، يعدل ويتمم القانون رقم 90–11، المـؤرّخ فـي 21 أفريـل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 68، بتاريخ في 25 ديسمبر 1991.

[3]– د. بلحاج العربي، النظرية العامّة للالتزام، المرجع السابق، ص.120.

[4]– المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 212611 مؤرّخ في 2001/02/13، (قضية م.و.أ ضد ل.ق.)، المجلة القضائية، عدد 1، 2002، ص.177.

ومتى تبيّن في- قضية الحال- أن المدعى عليه تم تسريحه قبل نشر الأمر 29/96 المؤرخ في 1996/07/09 أي قبل التعديل المتعلّق بالمادة 4/73 من القانون المؤرخ في 1991/12/21 فإن القضاة لما قضوا بإرجاع المدعى عليه إلى منصب عمله ومنحه تعويضا احترموا مقتضيات المادة 4/73 من القانون 29/91 المذكور آنفا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه»[1].

تُقرّ الشّريعة الإسلامية جزاء الإبطال لبعض العقود التعسّفية، كنكاح التّحليل أو بيع العِيِّنة أو وصية الضِّرار أو الهبة الصُّورية قرب نهاية الحول لاسقاط الزّكاة، وتُرتّب جزاءً أُخرويا على البواعث والنية غير المشروعة أو التّحايُل عن قواعد الشّرع، فيُعتبر المتعسّف آثماً[2].

بالرّغم مِنْ مَنع المشرع الجزائري للتعسُّف وحَضْره الإضرار بالغير، إلاَّ أنَّه أغْفل ذِكْر الجزاء القانوني المُترتّب عليه، هذا ما يَطرح إشكال أمام القضاء هل يُؤسَّس حكمه وتقدير التّعويض طبقا للمادة **124** من الق.الم.الج.[3]؟، بما أنّ المُشرّع أسّس هذه النظرية على الخطأ، وذلك بصريح العبارة في نص المادة **124 مكرر** من قانون رقم **05-10**[4]، التي تنص على: « **يُشكل الاستعمال التعسّفي للحق خطأ...**» فإنّه يكون التعويض حسب ما تقضي به أحكام المسؤولية التقصيرية، الّتي تتمثّل في التعويض العيني بإزالة الضّرر عيْناً كهدم البناء الّذي بناه المالك مُلاصقاً لجاره، فسدّ عليه النّور والهواء، أو التعويض بمقابل كالحكم بالتعويض- الّذي يتمثّل في دفع غرامة يُقدرها القاضي- على من يستعمل حقّا من الحقوق الإجرائية استعمالاً تعسّفياً؛ غير أنّه نرى أن يكون التعويض على أساس التعسّف بحد ذاته باعتبارها فكرة مستقلة قائمة بذاتها.

---

[1]- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 177700 مؤرّخ في 1999/03/90، (قضية ش.و.ن.ب. ضد ب.ح.)، المجلة القضائية، عدد 1، 1999، ص.132.

[2]- د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.291،288.

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

[4]- قانون رقم 05-10، مؤرخ في20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

الفصل الثاني

بعض تطبيقات التعسُّف في استعمال الحق في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري:

لم تفلح الإنتقادات الموجّهة للنظرية من طرف معارضيها، بل ظلّت تتمتع بدرجة كبيرة من الأهمية في مجال الدراسات القانونية، وشملت جميع فروع القانون الخاص، كما إمتدّت لتشمل مجالات القانون العام[1] وفروعه.

للتعسُّف تطبيقات كثيرة تُطبّق على مواضيع أساسية في القواعد الموضوعية، كحق الملكية العقارية والقيود الواردة عليها الّذي يُعتبر أول تطبيق مشهور لهذه الفكرة، كذلك تجد هذه النظرية مجالها في حق التعاقد خاصة ما يتعلّق بفسخ العقد غير المحدّد المدة بالإرادة المنفردة، أو اشتراط الدائن تنفيذ العقد بالرّغم من كونه مرهقا للمدين.

كما امتدت هذه النظرية إلى القانون التجاري وذلك في تعسّف أغلبية الشركاء في عقد الشركة، وكذا في قانون العمل نجد التسريح التعسُّفي للعامل والتعسُّف في حق الإضراب[2]،...

لم يقتصر إيراد هذه النظرية في القوانين المتعلّقة بالحقوق الموضوعية وإنّما امتدت كذلك إلى استعمال الحق الإجرائي، وذلك سواءً في تقديم الطلبات والدفوع أو في مباشرة طرق الطعن[3]بدون توافر مصلحة مشروعة، أو عدم استخدام الدفع بالبطلان المتعلقة بالنظام العام أو الدفع بعدم القبول بقصد تأخير الفصل في الدعوى،... الخ، كذلك نصّ المشرع على مبدأ عدم تعسّف القاضي طبقا لنص المادة **150** من الدستور الّتي تنص على: « **يحمي القانون المتقاضي من أي تعسّف أو أي انحراف يصدر من القاضي**»[4].

ستقتصر الدراسة على مظاهر التعسُّف في كل من القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري.

---

[1]– جويلي سعيد سالم، المرجع السابق، ص.48.

[2]- BERGEL (Jean- Louis), Op.Cit., P.258. « **Il s'applique aux matières essentielles du *droit privé substantiel*. Née à propos de l'abus de propriété immobilières dans des affaires restées célèbres, et étendue aux démembrement du droit de propriété,… à envahi le droit contractuel, notamment à propos de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée ou de l'exigence par le créancier d'une stricte exécution du contrat. …à pénétré aussi le droit commercial, avec principalement la sanction de l'abus de majorité dans le droit des sociétés, et le droit social avec le licenciement abusif et l'abus du droit de grève**».

[3]- Ibid., P.258.

[4]– المرسوم الرئاسي 96–438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد 76 الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996.

المبحث الأول

تطبيقات نظرية التعسُّف في القانون المدني الجزائري:

أورد المشرع الجزائري إلى جانب القاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني في المادة **124مكرر**[1]منه، نصوصا أخرى تعتبر كتطبيقات لهذه النظرية ونذكر البعض منها على سبيل المثال كالتالي:

المطلب الأول

التعسُّف الوارد على العقود:

يُعرّف العقد على أنّه: اتفاق بين طرفين أو أكثر لإنشاء رابطة أو تعديلها أو إنهاء رابطة سابقة[2]، وطبقا لنص المادة **106** من الق.الم.الج. التي تنص: « **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون**»[3]. يتضح مما تقدم أن العقد بمثابة قانون لأطرافه، وأنّ كل تعديل أو إنهاء أو فسخ للعقد فلابد من توافق إرادة الأطراف أو لأسباب يُبيحها القانون، ويجب تنفيذها بحسن نية[4]، وعلى هذا لا يجوز لأحدهم القيام بهذه التصرُّفات بإرادته المنفردة وإلاّ اُعتبر مُتعسِّفاً.

الفرع الأول

التعسُّف في استعمال حق فسخ العقد:

الأصل أنّه لا يُمكن أنْ يُفسخ العقد إلاّ برضا أطرافه؛ إلاّ أنّه يمكن لأحدهم طلب فسخه – لكن في

---

[1]– قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]– د. أحمد زكي بدوي، المرجع السابق، ص.34.

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

[4]– نزيم نعيم شلالا، المرجع السابق، ص.63.

حدود حسن النية[1]– إذا خوّل له القانون أو العقد ذلك، على أنْ يتم قبل حلول أجل معين، ويُعتبر الفسخ في هذه الحالة جائزا؛ لكن إذا استغلّ المؤجّر مثلا مرض المستأجر أو إعساره لطلب فسخ عقد الإيجار اُعتُبر مُتعسِّفاً في استعمال حقه في الفسخ الذي منحه له القانون أو العقد[2]، نتيجةً لذلك يُقدّم تعويضا إذا ألحق ضرراً بالمضرور على أساس المسؤولية التقصيرية، بالإضافة إلى استمرار المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

كذلك يحق للشّريك في الشّركة غير محددة المدة أنْ يُنهي عقد الشركة، لكن يُعتبر مُتعسِّفاً في استعمال حقه إذا باشره في ظروف غير مناسبة تمرُّ بها الشركة ويكون بهذا قد إرتكب خطأ يُرتب المسؤولية التقصيرية في حالة تحقق ضرر[3]، وبناءً على ذلك تستمر الشركة في نشاطها.

بالإضافة إلى ذلك يُشكل إنهاء عقد الوكالة بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين – دون مبرر شرعي– تعسُّفاً يستوجب التعويض[4].

الإشكال الّذي ثار ولا يزال يُثار عند الفقهاء أنّه إذا كان أساس التّعويض عن التعسّف هو الخطأ التقصيري ففيما يتمثّل الهدف من الإقرار بفكرة التعسّف؟ مع العلم أنّه تمّ اللُّجوء إلى هذه الأخيرة نتيجة قُصور قواعد المسؤولية التقصيرية، وعليه من الأجدر أن يكون التّعويض على أساس التعسّف بحدّ ذاته دون الإستناد إلى الخطأ، لأنّ المتعسّف يباشر حقّاً من حقوقه والّذي يُعتبر مشروعاً، على خلاف المخطئ الّذي يقوم بفعل غير مشروع[5]، ولا يثبت له الحق في إحداثه كما أسلفنا القول فيما سبق.

---

[1]– يرى أستاذ الأجيال السنهوري أحمد عبد الرزاق أنّ تنفيذ العقد مع ما يستوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال من اللّجوء إلى نظرية التعسّف في إستعمال الحق؛ لأنه يكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية قبل أن يكون مسؤولا على أساس التعسّف في استعمال الحق. أنظر د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.513. ألاّ أنّنا نرى أنه يُؤسّس على أساس المسؤولية العقدية لأنه أخلّ بالتزاماته العقدية، وعلى أساس التعسّف؛ لأنّه خرج عن الغاية المقرّرة من الحق.

[2]– د. العوجي محمد، المرجع السابق، ص.342.

[3]– المرجع نفسه، ص.343.

[4]– د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغيير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية والتقصيرية؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.55.

[5]– في هذا الصّدد راجع المبحث الأول من الفصل الأول، ص.17–18.

الفرع الثاني

التعسُّف في تنفيذ العقد:

يُنفّذ العقد وفقاً لحسن النيّة[1]؛ إلاّ أنّه قد يَحدث أنْ يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مُرهقا للمدين ويُهدّده بخسارة فادحة، ومع ذلك يُصرُّ الدائن على استعمال حقه في التنفيذ[2]، في هذه الحالة يُعتبر الدائن مُتعسِّفاً في استعمال حقه؛ لأنّه بإصراره هذا لم يقصد استيفاء حقه بحسن نية، بل قصد الإساءة إلى المدين وإلحاق الضّرر به[3].

يكون جزاء مثل هذا التعسّف، يكون برد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد قيامه بالموازنة بين مصلحة الطرفين[4] أو بمنحه للمدين مهله أخرى للوفاء[5] وذلك تفاديا لوقوع الضّرر.

كما قد يُسيء المتعاقد استعمال حقه في الدفع بعدم التنفيذ دون مبرّر شرعي، إذا كان المتعاقد الآخر قد نفَّذ معظم التزاماته ولم يبقى منها إلاّ جزءً يسيراً، كذلك لا يجوز للمشتري أنْ يمتنع عن دفع الثمن بحجة أنّ هناك خطر غير جدي يُهدّد محل البيع. كذلك لا يجوز للمستأجر أنْ يمتنع عن دفع الأجرة بحجة قيامه بترميمات؛ إلاّ أنّ المؤجر يُنكرها[6].

ما يُمكن استخلاصه هو أنّ في العقود الملزمة للجانبين، بالإضافة إلى المسؤولية العقدية الّتي يُمكن أنْ تترتّب في حالة إخلال أحد الأطراف بإلتزاماته، يُمكن أنْ يُعتبر في نفس الوقت متعسّفاً في استعمال حقه وذلك في أحوال معيّنة، كأنْ يقوم بفسخ العقد بإرادته المنفردة أو التمسُّك بعدم التنفيذ دون مبرّر،... وذلك متى اقترن هذا التصرّف بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضّرر الّذي يُصيب المتعاقد الآخر.

---

[1]– د. العوجي محمد، المرجع السابق، ص.342.

[2]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.305.

[3]– د. العوجي محمد، المرجع السابق، ص.342.

[4]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.305.

[5]– د. العوجي محمد، المرجع السابق، ص.342.

[6]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.6، ط.2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.211.

الفرع الثالث

الشروط التعسُّفية الواردة في العقد:

تنص المادة **110** من الق.الم.الج. « **إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمّن شروطاً تعسُّفية، 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**»[1]. إنّ هذه المادة تحمي المتعاقد من الشروط التعسُّفية، فإذا تضمّن العقد بطريق الإذعان[2] شروطاً تعسّفية جاز للقاضي تعديلها بما يُزيل أثر التعسّف أو أنْ يعفي الطرف المذعن منها [3].

يقدر القاضي ما إذا كان الشّرط تعسُّفياً أمْ لا، ولا رقابة لمحكمة النّقض على هذا التقدير، ويلجأ إلى تطبيق قواعد العدالة في تفسير العقود الخاصة بالإذعان، لبيان ما إذا كان الشّرط المعروض للتّفسير تعسُّفاً أمْ لا[4].

تطبيقا لنص المادة **124 مكرر** من الق.الم.الج.[5] فإنّه يكون الشّرط الوارد في العقد تعسّفياً إذا قصد صاحبه الإضرار بالطرف الآخر، كأن يشترط رب العمل في النظام التّأسيسي للمؤسّسة ضرورة وصوله إليها قبل ساعة من دخول وقت العمل القانوني صباح كلّ يوم، أو إذا كانت المصالح الّتي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها قليلة الفائدة لا تتناسب مع الأضرار الّتي تُصيب الطّرف الآخر بسببها، وذلك كإشتراط شركة التأمين من المؤمّن له أن يُقدّم لها شهادة تُثبت عجزه عن العمل صادرة من كبير أطبّاء الطب الشّرعي في العاصمة، في حين أنّه يُمكن الإكتفاء بشهادة أيّ طبيب شرعي في

---

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

[2] – يقصد به العقد الذي لا يمكن فيه لأحد الطرفين مناقشة نصوص العقد التي تفرض عليه، بحيث يجب أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها، ولا يكون إلا في أحوال معينة تتمثل في: **1**- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين. **2**- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.**3**- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة. للتفصيل أكثر أنظر د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.2، المرجع السابق، ص.75.

[3] – د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.305.

[4] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص.358.

[5] – قانون رقم 05-10، مؤرخ في20 جويلية 2005، يعدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المكان الّذي يسكن فيه. وقد تكون المصالح الّتي يرمي إلي تحقيقها صاحب الشّرط غير مشروعة، ومثال ذلك كأن يشترط رب العمل في عقد العمل أن يتنازل العامل عن حقوقه النّقابية[1].

المُلاحظ أنّ القانون يحمي دائماَ الطّرف الضّعيف في العلاقة التعاقدية، بالتالي يكون كلُّ شرطٍ يضعه الطرف القوي –الّذي يكون بالعادة رب العمل – وينتج عنه الإضرار بالطّرف الثّاني في العلاقة تعسّفا في استعمال الحق وذلك متى خرج عن السّلطات المخولة له قانوناً، ولحماية المتعاقد المتضرّر من هذه الشّروط التعسّفية ينبغي الأخذ بحالات التعسّف الواردة في نص المادة 124 مكرر من الق.الم.الج. على سبيل المثال لا الحصر، حتّى لا تُقيِّد القاضي.

المطلب الثاني

التعسُّف الوارد على حق الملكية:

يُعد حق الملكية أوضح وأوسع مجال يظهر فيه التعسُّف[2]؛ كونه يُخول لصاحبه حق الاستعمال الاستغلال والتصرُّف، ولا يُقيَّد هذا الحق إلاّ وجوب عدم الإضرار بالغير، وأنْ يكون التصرّف ضمن حدود حسن النية واستعمال الملكية وفقا للغاية المقرّرة منه، وينبغي على المالك مراعاة التشريعات المتعلّقة بالمصلحة العامّة والخاصة، طبقا للمادة **690** من الق.الم.الج.[3]، ومراعاة القيود التي تلحق حق الملكية، وإذا خالف المالك هذه الأنظمة اُعتبر مُرتكبا لخطأ ويَلتزم بالتعويض للمضرور، ويُشترط وجود علاقة سببية بين الخطأ والضّرر مع إثبات عناصر هذا الأخير، كالحرمان من النور والهواء، أو سد المناظر الطبيعية، كذلك يلتزم المالك بعدم المجاوزة إلى الطريق العام أو إلى الأملاك المجاورة[4].

يمتد حق الملكية طبقا لنص المادة **675** من الق.الم.الج.[5] إذا كان محلها عقار إلى عمق الأرض، وما يعلوها، ولا تقيد سلطات المالك بالنسبة للعلو والعمق سوى ما تقضي به التنظيمات المتعلقة بمد أسلاك الهاتف والكهرباء أو تلك المتعلقة بمرور الطائرات، فمثلا لا يجوز للمالك إقامة

---

[1]– رباحي أحمد، المرجع السابق، ص.350–351.

[2]– د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها؛ ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.375.

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

[4]– د. العوجي محمد، المرجع السابق، ص.328–329.

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

منشآت على ملكه بقصد منع الطائرات من التحليق فوقها[1]، وإلاّ كان مُتعسِّفاً في استعمال حقه ويُسأل تقصيريا.

ما ينطبق على العُلوّ ينطبق على السّفل، فلمالك سطح الأرض سلطة استعمال واستغلال عمق هذه الأرض، كما له حق طلب إزالة أي إعتداء يقع على أرضه، فله أن يطالب بقطع ما قد يمتد إلى أرضه من جذور الأشجار[2]؛ إلاّ أنّه يجب عليه مراعاة القيود التي ترد على حريته في ذلك، فلا يحق للمالك الاعتراض عما تقوم به مصلحة المياه من تجديد أنابيب المياه الصالحة للشرب وإلاّ أُعتبر مُتعسِّفاً في استعمال حقه[3].

الفرع الأول

التعسُّف الوارد على تجاوز حدود الأضرار المألوفة بين الجيران:

يُعتبر مضار الجوار غير المألوفة تطبيقا خاصا للتعسُّف في استعمال الحق[4]، حيث يُعتبر من القيود التي تُقيّد المالك، وذلك طبقا لنص المادة **1/691** من الق.الم.الج. « **يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**»[5].

الواضح من هذه المادة أنّه يُفترض أنْ يكون استعمال حق الملكية استعمالا مألوفاً لا يترتّب عليه ضررا فاحشا[6]، وإلاّ كان للجار المضرور طلب إزالة هذه المضار، وذلك لمنع وقوع التعسّف.

جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية الصادر في 1992/06/16، ملف رقم: 90943 أنّه:

---

[1]– دغنوش عبد الرحمان، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، بحث لنيل دبلوم الدارسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1977، ص.31،33.

[2]– المرجع نفسه، ص.33.

[3]– أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج.5: الملكية، المجرى والمسيل، حق المرور، وضع الحدود، الحائط المشترك، المطلات والمناور، الشرط المانع من التصرف، الشيوع، الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، الشفعة؛ المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن.، 2001، ص.7.

[4]– د. شوقي السيد، المرجع السابق، ص.318.

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

[6]– سبق وأن تطرّقنا لهذا المعيار في المبحث الثالث من الفصل الأول وذلك في ص.39. يُشترط فيه درجة شديدة من رجحان الضّرر على المصلحة، ويخصه الفقه الإسلامي بكيان مستقل، للتفصيل أكثر أنظر شوقي السيد، المرجع السابق، ص.318.

« من المقرر قانونا أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر ومصدره، وقضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيدا عن مسكن المطعون ضده بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، مؤسسين قرارهم على المعاينة، المنجز محضرا عنها، فإنهم بذلك قد أحسنوا تطبيق القانون، مما يتوجب رفض الطعن الحالي»[1].

هناك من التشريعات الّتي تعتبر الضّرر الفاحش كمعيار رابع بالإضافة إلى المعايير الثلاثة[2]، ومنها المشرع الأردني والجزائري، لكن هناك من الفقهاء من لا يعتبره كمعيار للتعسّف ويعتبره خروجاً عن حدود حق الملكية[3]، مع العلم أنّ هذا الأخير يُعد صورة من صور الخطأ عندهم؛ إلاّ أنّ هذا الموقف غير مسلّم به، ذلك أنّ صاحب حق الملكية لمْ يرتكب خطأً وإنّما وهو بصدد استعمال حقه يُضرُّ بالجيران ضرراً غير مألوفا، ومثال ذلك الضّوضاء الّتي تصدُر عن استعمال مُكبّرات الصّوت في الحفلات ونوادي الرّقص، حيث أنّ هذه المُضايقات تُجاوز الأضرار العادية للجوار إذا أُحدثت في اللّيل وفي أيِّ وقتٍ منه، وكانت مُقلقة للجيران، بالتالي يجب إزالة هذه المضار؛ لأنّها عين التعسّف.

لعلّ السّبب الّذي يؤدي إلى الإختلاف الفقهي خاصةً المصري حول إعتبار معيار الضّرر الفاحش كمعيار من معايير التعسّف من عدمه هو إبهام عبارة "**الغلو**" الواردة في نص المادة **1/807** من الق.الم.الم. التي تنص على: «**على المالك ألاّ يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**»[4]؛ أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري فقد حسم هذه الفكرة باعتباره أنّ تجاوز حدود الأضرار المألوفة بين الجيران تعسّفا في استعمال حق الملكية[5]، وذلك بنص المادة **1/691** من الق.الم.الج. على ما يلي: « **يجب على المالك ألا يتعسّف في استعمال حقه إلى حدٍّ يُضرُّ بملك الجار**»[6]، وبهذا يكون المشرّع الجزائري موسِّعا لفكرة التعسّف مقارنةً بالمشرّع المصري.

---

[1]– المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 90943، مؤرخ في 1992/06/16، (قضية س.ر ضد ح.ط)، المجلة القضائية، عدد 1، 1995، ص.101.

[2]– راجع المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الأول، ص.33 وما بعدها من هذه المذكرة.

[3]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص.694.

[4]– القانون المدني المصري http://shaban.almontada.infot/81-topic

[5]– راجع المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الأول، ص.39 من هذه المذكرة.

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

السؤال المتبادر إلى أذهاننا، ما هو المعيار المعتمد عليه لقياس الأضرار المألوفة؟ هل يُقاس بالمعيار الشخصي أم المعيار الموضوعي؟.

يُقصد بالمعيار الشّخصي في تحديد ما إذا كان الضّرر مألوف أو غير مألوف، اختلاف الظُّروف الشَّخصية من جار متضرِّر إلى آخر، فإذا كان صوت الطائرة مقبولا لدى شخص معين، فإنّه يُعدُّ ضرر مألوف؛ أمّا إذا كان غير مقبولا لدى شخص آخر، بالتالي يُعدُّ ضرراً غير مألوف يُسأل عنه، إذن مدى مألوفية الضّرر يرجع إلى المضرور[1]، والقاضي هو الّذي يُقدّر في النهاية.

أمّا المعيار الموضوعي، فهو معيار الرّجل المعتاد الذي يزعجه ما يزعج النّاس ويتحمّل ما تعارف عليه الجيران، وما يُبرِّر موضوعية هذا المعيار هو أنّ القاضي عند تقديره للضّرر يأخذ بعين الاعتبار العرف، طبيعة العقارات، موقع كل عقار بالنسبة إلى الآخر، والغرض الّذي خصص له، وذلك تطبيقا لنص المادة **2/691** من الق.الم.الج.[2]، وهذا المعيار هو الّذي تستند عليه معظم التشريعات[3].

من الأمثلة الشّائعة حول الضّرر الفاحش، سقوط الغبار النّاتج عن استعمال المصنع ومخلّفاته من المواد الضّارة على قطعة أرض جاره، ممّا يُؤدي إلى الإضرار بزرعه وأشجاره، إذْ أن تصرّف المالك بملكه تصرُّف مشروع بممارسة نشاطه وعمله، فإنّ ذلك لا يمنع المتضرّر من المطالبة بالتعويض عما ينجم عن هذا الإستعمال من ضرر لأنّ القاعدة في تصرف المالك أنْ يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه ضارا بالغير[4]، أو إنشاء مصنع أو مخزن أو إقامة آلة توليد الكهرباء أو إنشاء سكك حديدية أو محطة لرفع مياه المجاري،...إلخ، فيعتبر ما يصدر عنها من ضوضاء من قبيل الضّرر غير المألوف ويكون مسؤولا عن التعويض؛ إلاّ في حالة ثبوت أسبقية الاستغلال للمصانع قبل استقرار الجار المتضرّر في ذلك المكان فليس له الاعتراض عن الأعمال التي يترتب عنها ضررا،

---

[1]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص.697.

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

[3]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص.697. للتفصيل أكثر حول هذا المعيار انظر د. مروان كسَّاب، المسؤولية عن مضار الجوار؛ ط.1، د.د.ن.، بيروت، 1998.

[4]– تمييز حقوق رقم 2010/1618 تاريخ 2010/12/23 منشورات عدالة، نقلا عن جهاد صالح العتيبي، المرجع السابق، ص.521.

ولو كان الضّرر غير مألوفا[1].

الفرع الثاني

التعسُّف الوارد على حقوق الارتفاق:

تنص المادة **872** من الق.الم.الج.على أنّه: « **لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق ويحفظه، ويجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الّذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الإرتفاق**»[2].

يملك مالك العقار المرتفق[3] حق القيام بكل الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق[4]، كأنْ يُقيم جسراً أو أنْ يحفر قناة تجري فيها المياه إذا كان حق ارتفاق بالمجرى، أو أنْ يُقيم مضخّة مياه على البئر إذا كان له حق ارتفاق بالشُّرب، كما يحق له القيام بالأعمال الضَّرورية للمحافظة على حق المرور كتعبيد الطريق أو ترصيفه[5].

يقع على مالك العقار المرتفق واجب بأنْ لا يتجاوز حدود هذا الحق، لا من حيث العقار المرتفق،- فلا يحق له أنْ يتجاوز حاجات عقار آخر سواء مجاوزة العقار المرتفق إلى عقار مرتفق آخر، أو مجاوزة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات كأنْ يتقرر له حق ارتفاق السقي ويستغله لحاجات مصنعه الّذي أقامه بجانب الأرض.- ولا من حيث مضمون الحق، ومثال ذلك إذا اقتصر حق المرور على المشي فلا يجوز لمالك العقار المرتفق أنْ يمر باستعمال مركبته، وإلاّ استوجبت مسؤوليته حتى ولو لم يُرتب ضررا بالعقار المرتفق به؛ لأنّه إخلالا بواجب مالك العقار المرتفق، فتقوم

---

[1]- أنور طلبه، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1: الحق، المرجع السابق، ص.27.

[2]- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق. وقد ورد خطأ مطبعي في هذه المادة فتستبدل عبارة **على ما يوجد** بعبارة **ما يجد** أي ما يستحدث مستقبلا.

[3]- المستفيد من حق الارتفاق.

[4]- نفقات الأعمال اللازمة كأصل تقع على مالك العقار المرتفق باعتباره المستفيد؛ إلاّ أنّها ليست قاعدة آمرة فيمكن الاتفاق على مخالفتها.

[5]- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.9: أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية: حق الانتفاع وحق الارتفاق؛ المجلد 2، ط.3 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.1370.

مسؤوليته[1]، كذلك في حالة ما إذا تقرَّر حق المرور لفائدة منزل للسكنى، فلا يجوز استعماله لنادي أو مستوصف أو معهد أقامه بجانب المنزل بعد الحصول على حق المرور؛ لأنّ ذلك من شأنه أنْ يُرهق ويزيد من عبء الارتفاق، وذلك طبقا لنص المادة **872** من الق.الم.الج.، في هذه الحالة يقوم للقاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين أو يقضي بتعديل الارتفاق وذلك مقابل مالي عادل يدفعه صاحب العقار المرتفق لصاحب العقار المرتفق به[2].

يقع على مالك حق الارتفاق واجب آخر وهو أنْ لا يُسيء في استعمال حقه، فيجب عليه أنْ يستعمله على الوجه الّذي لا ينشأ عنه إلاّ أقل ضررٍ مُمكن طبقا لنص المادة **872** [3] السّالفة الذكر، وعليه إذا ألحق بالعقار المرتفق به ضرراً كان يمكن أنْ يتجنّبه بطريقة مغايرة، تتحقّق مسؤوليته والسُّلطة التقديرية لقاضي الموضوع فيما إذا كان مُتعسِّفاً أم لا[4].

تتفرع حقوق الارتفاق[5] إلى حق السّقي في المزارعة، المجرى، المسيل والمرور:

أولا: التعسُّف الوارد على حق السّقي في المزارعة: يُقصد به ما يَلزم لسقي الأشجار والزّرع، وكذلك يشمل شرب الإنسان والحيوان[6]. وتنقسم المياه إلى مياه عامة ومياه خاصة، وطبقا لنص المادة **692** من الق.الم.الج.[7] المياه العامة هي مياه مملوكة للعامة، يجوز لكلِّ فرد الانتفاع بها سواء لنفسه أو لزرعه أو لأشجاره وحيواناته، بشرط عدم الإضرار بالغير وإلاّ وجب إزالة الضّرر؛ أمّا المياه الخاصة فهي مياه الآبار والمجاري والمساقي الّتي أقامها صاحب الأرض في أرضه للانتفاع بها،

---

[1]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية: حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص.1372–1373. فإذا حُدد حق المرور بنوع معين لا يجوز لصاحب الحق أن يغير هذه النوعية، غير أنه إذا كان الطريق مشتركا فلأصحابه استعمال حق المرور على إختلاف أنواعه، بشرط أن لا يمنع استعمال أحدهم لهذا الحق من استعماله من قِبل باقي الشركاء. أنظر ظاهر فؤاد، حقوق الإرتفاق في ضوء الإجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص.207.

[2]– المرجع نفسه، ص.1373.

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

[4]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية: حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص.1373.

[5]– قد تكتسب حقوق الارتفاق بالإذن، العقد، الوصية، القدم وشراء العلو في حق التعلي والمجاورة في حق الجوار. للتفصيل أكثر أنظر د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.1، المرجع السابق، ص.64.

[6]– د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي؛ ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.144.

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

ويكون له وحده حق استعمالها ومع ذلك لا يُمنع الملاّك المجاورين من الانتفاع بها بشرط الحصول على رضا صاحب المجرى وأنْ يكون هذا الأخير قد استوفى حاجته[1].

لا يجوز لصاحب المسقاة أنْ يمنع جاره من الشّرب إذا لم يكن هناك ماء آخر، وإذا حدث وأنْ وقع ذلك، يكون للمنتفع من حق الشُّرب أنْ يأخذ ما يحتاجه ولو بالقوّة، ولكن مع دفع قيمته[2]، وهذا الحكم الأخير لتفادي وقوع الضّرر من تعسُّف صاحب المسقاة.

ثانيا: التعسُّف الوارد على حق المجرى: ويُقصد به حق صاحب الأرض البعيدة –التي تفصلها عن مورد المياه– في جريان ماء الري في أرض غيره، لتصل إلى أرضه لريّها[3].

يشترط لثبوت حق المجرى الشُروط التالية:

- أنْ يكون قد تحصل على حق الشرب.
- أنْ لا يكون في الأرض ماء كاف للرّي.
- أنْ تكون الأرض بعيدة عن مورد الماء[4].
- أنْ يدفع صاحب حق المجرى تعويضا عادلا .
- أنْ لا يُخل حق المجرى بانتفاع صاحب الأرض إخلالا بيّناً[5]، فإذا تضرّر صاحب الأرض التي يمرُّ فيها المجرى، كفيضان الماء في أرضه مثلا، يُلزم من له حق الشرب من المجرى إزالة هذا الضّرر؛ إمّا بتعميق المجرى أو بتقوية جانبه أو بتقليل كمّية الماء دفعا للضّرر[6].

لا يجوز لمالك المجرى أنْ يمنع مرور الماء لأرض جاره؛ وإلاّ كان لهذا الأخير إجراءه بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك، كما لا يجوز له أنْ يمنع جاره من إصلاح المجرى وتعميقه، وتقع نفقات إصلاح المجرى على من له حق الشرب؛ لأنّه هو المنتفع منه[7]؛ إلاّ أنّ هذه القاعدة ليست من النظام

---

[1]– د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.145–146.

[2]– المرجع نفسه، ص.147–148.

[3]– دغنوش عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.80.

[4]– المرجع نفسه، ص.80.

[5]– د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية؛ ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.242–243.

[6]– د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.148.

[7]– المرجع نفسه، ص.148.

العام، فيجوز الاتفاق على أن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به[1].

ثالثا: التعسُّف الوارد على حق المسيل أو الصرف: يُقصد بحق المسيل صرف الماء غير الصّالح أو الزّائد عن الحاجة كالماء المستعمل في المنازل أو المقاهي أو المصانع وذلك عن طريق الأنابيب حتى يصل إلى المصارف العامة أو بصرفه في مجرى على سطح الأرض[2]، وحكم هذا الحق مثل حكم حق المجرى، لا يجوز لأحد منعه وإلا اُعتبر مُتعسِّفاً؛ إلاّ أنّه يجوز ذلك إذا كان المنع يؤدي إلى تفادي وقوع الضّرر[3].

تقع نفقات إصلاح المسيل على المنتفع، ويكون له الدخول إلى أرض جاره إذا كان المسيل يجري في أرضه أو داره، وإذا منع صاحب الأرض المنتفع من الدخول، يقع عليه –صاحب الأرض– إصلاحه من ماله أو تمكينه من الدخول ليقوم بالإصلاحات اللازمة عن طريق القضاء، وإذا أهمل صاحب حق المسيل المسيل وألحق ضرر بغيره، يلزمه القضاء بإصلاحه، لدفع الضّرر[4].

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص على حق الشرب، المجرى والمسيل، مما إستوجب علينا اللّجوء إلى أحكام الشّريعة الإسلامية بإعتبارها مصدراً ثانيا بعد التّشريع، وذلك على عكس المشرّعين العرب الذين نصوا على هذه الحقوق ضمن القيود المائية الواردة على حق الملكية.

رابعا: التعسف في استعمال حق المرور: يثبت حق المرور عبر ملك الغير لكل شخص وذلك للوصول إلى عقاره سواء كان طريقا عاما أو مملوكا للغير[5].

بالرغم من إثبات حق المرور عبر الطريق العام لكل إنسان والانتفاع به بفتح الأبواب والنوافذ لمن يكون عقاره واقعا على الطريق العام؛ إلاّ أنّه يجب أنْ لا يحدث فيه ضررا بالمرور، كإنشاء بناء أو إقامة حاجز أو وضع عروض للتجارة إلى غير ذلك مما يعرقل مرور الناس والإنقاص من الطريق[6] وهذا ما ذهبت إليه المادة **690** من الق.الم.الج. التي تنص: « **يجب على المالك أن يراعي**

---

[1]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية: حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص.1375.

[2]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص.89.

[3]– د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.149.

[4]– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.90.

[5]– المرجع نفسه، ص.90.

[6]– المرجع نفسه، ص.90–91.

في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة، وعليه أيضا مراعاة الأحكام التالية»[1].

أمّا المرور في الطريق الخاص، وهو الطريق المملوك لشخص أو أشخاص، فإنّ لأصحابه حق المرور وفتح الأبواب والنوافذ بدون قيد وعلى الوجه الّذي جرت به العادة والأعراف[2]، غير أنّ هذا لا يمنع مالك الأرض المحصورة من أنْ يطلب حق المرور من ذلك الطريق وذلك وفق شروط أوردتها المادتين **693** و **695** من الق.الم.الج.[3] وهي:

– أنْ تكون الأرض محصورة أي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر لكنه غير كاف.

– أنْ لا يكون الانحباس ناشئا عن فعل المالك، أنْ لا يتقرر له حق المرور لا على وجه الاتفاق ولا على وجه الإباحة.

– أنْ يُقدم صاحب الأرض المحصورة تعويض يتناسب مع الأضرار التي يُمكن أن تحدث من جراء ذلك[4]، حيث أن القاضي يحكم بقيمة التعويض وفقا لما يخدم مصلحة صاحب العقار المرتفق به ويراعي في ذلك المنفعة التي تعود على المنتفع والضّرر الذي يلحق العقار المرتفق، وينبغي لكي يتقرر حق المرور تبعا لذلك أنْ تكون قيمة النفع أكبر من قيمة الضّرر وفي ذلك تفاديا لوقوع التعسُّف.

يجب على القاضي أنْ يوازن بين مصالح الطرفين، وذلك بأنْ يختار ممرا ملائما من جهة، كأنْ يكون ممرا قليل الانحدار، وبأنْ يُحمل العقار المرتفق به أقل ضرر ممكن من جهة أخرى[5]، وذلك وفقا لنص المادة **1/872** من الق.الم.الج. التي تنص: « **لمالك العقار المرتفق...أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق»[6].**

الأصل أنّ حق المرور مُقرّر لصاحب الأرض المحصورة والمحبوسة عن الطريق العام، ومنه لا يستفيد من هذا الحق جاره، غير أنّه يمكن لمن كان في حاجة للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية أنْ

---

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

[2]– د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.151.

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

[4]– المرجع نفسه.

[5]– محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج.6: أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية؛ ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص.457–458.

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

يدخل أرض جاره أو غيرها لإرغام جاره على السماح له بدخول أرضه على سبيل التأقيت وفي حدود حاجته الطارئة[1]، وذلك لمنع وقوع التعسّف.

إذا زال انحباس العقار بأنْ يتصل بالطريق العام بسبب فتح طريق عام أو بسبب ضمه إلى عقار أخر متصل بالطريق العام، يزول حق المرور[2]، وهذا ما تنص عليه المادة **881** من الق.الم.الج.: « **يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق**»[3]، بالتّالي يَحق لمالك العقار المرتفق به في هذه الحالة طلب الحكم بإنقضاء الارتفاق من القاضي حتى يُحرر عقاره من العبء الذي يثقله، ويعتبر إصرار مالك العقار المرتفق –المنتفع– على الاستمرار في التمسك بالارتفاق رغم ذلك تعسُّفاً منه في استعمال حقه ويكون الجزاء هو إنهاء حق الارتفاق[4].

لقد منح المشرّع لمالك العقار المرتفق به الحق في أنْ يُغيِّر مِنْ موضع الارتفاق إلى مكان آخر من نفس العقار أو إلى عقار آخر مملوك له أو لأجنبي، ذلك إذا كان الارتفاق في موضعه الأصلي أشدُ إرهاقا له أو يمنعه من القيام بإصلاحات مفيدة للعقار، ولا يجوز للمنتفع أنْ يرفض هذا التغيير مادام أنّ استعمال الارتفاق في موضعه الجديد يكون ميْسوراً له بالقدر الّذي كان ميْسورا في الموضع الأصلي وإلاّ أُعتبر مُتعسِّفاً في استعمال حقه[5]، وذلك لانعدام التّناسب بين المنفعة التي تعود على المنتفع والضّرر الذي يُصيب صاحب العقار المرتفق به.

جاء في بعض قرارات المحكمة العليا الجزائرية مايلي:

– جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/04/30، ملف رقم 148546 مايلي: « **من المقرر قانونا أن الارتفاق حق يجعل حد لمنفعة عقار أخر.**

ومن المقرر أيضا أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى انتقاص من استعمال

---

[1]– محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.455.

[2]– المرجع نفسه، ص.459.

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

[4]– د. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.315.

[5]– المرجع نفسه، ص.313.

حق الارتفاق وأن يجعله شاق، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو يبدل الوضع القائم أو يبدل الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق بموضع آخر.

ومن ثم فإن القضاة بخلاف هاتين المادتين يعد مخالفة للقانون. ولما قضى المجلس برفض طلب الطاعنين الرامي إلى فتح الممر بحجة عدم إثبات الضرر، فإن ذلك يعد تجاهلا لحق مكرس قانونا ويشكل في نفس الوقت تناقض في الأسباب يستوجب النقض»[1].

– جاء في قرار آخر الصادر في تاريخ 1997/06/25، ملف رقم 148810 مايلي: « **من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة والخاصة.**

وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار ويجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما ألزمهم بالدخول إلى منزلهم مرورا بطريق بعيد، فإن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون، وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب وانعدام التسبيب ليس في محله»[2].

الملاحظ أنّ مالك الحق المرتفق يجب أنْ يلتزم بما قرّره له حق الارتفاق ومهما كان هذا الأخير، سواء حق السّقي في المزارعة، المجرى، المسيل أوالمرور، فإذا تقرّر له حق المرور مثلاً على الأقدام لا يجوز له المرور باستعمال الشّاحنة، وإلاّ أُعتبر مجاوزا لحدود حقه؛ لأنه أخل بواجب العقار المرتفق؛ كما أنّ في هذه الحقوق السّالفة الذّكر، لا يجوز فيها لأصحابها منع الجار من الإستفادة منها، وإلاّ أُعتُبروا مسيئين في استعمال حقهم؛ لأنّها مستمدّة من حقوق الجوار.

كما أنّه لا يجوز للمنتفع من حق الارتفاق أنْ يرفض ما يقوم به مالك العقار المرتفق به، كالقيام بتغيير موضعه؛ وإلاّ أُعتبر متعسّفاً في استعمال حقه، نظراً لانعدام التناسب بين المصلحة المرجوة من

---

[1]– المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار148546، مؤرخ في 1997/04/30،(قضية ورثة ع.أ ضد فريق ب)، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص.187.

[2]– المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار 148810، مؤرخ في 1997/06/25، (قضية ت.م ضد ورثة د.ع)، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص.190.

حق الارتفاق –والّتي تعود على المنتفع–، والضّرر الّذي يُصيب صاحب العقار المرتفق به.

يحكم القاضي بانقضاء حق الارتفاق إذا تبيّن له أنّ إصرار المنتفع على الاستمرار في الارتفاق من شأنه أنْ يُؤدّي إلى إخلال التوازن بين المصلحة والضّرر، بالرّغم من انتفاء المنفعة منه.

الفرع الثالث

التعسُّف الوارد على الملكية الشائعة:

يتقيّد حق كل شريك في الملكية الشائعة باحترام حقوق باقي الشركاء على الشيوع، فلا ينبغي الإضرار بهم؛ لأنّ الملكية الشائعة مُقيّدة من حيث الاستعمال نتيجة تزاحمهم بسلطاتهم المتماثلة على نفس الشيء.

يظهر التعسُّف في الملكية الشائعة في عدة مواضع من بينها: إدارة المال الشائع، قسمته،...

أولا: التعسُّف الوارد على الحائط المشترك: إذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط[1] فإنّه طبقا لنص المادة **1/704** من الق.الم.الج.[2] لكل شريك أنْ يستعمل الشيء الشائع كما يشاء مادام لا يضرّ بحقوق شريكه الآخر المساوية لحقوقه ولا يُعرِّضه للخطر ويستعمله بحسب الغرض الذي أُعدَّ له؛ وإلاّ كان للمالك الآخر منعه من ذلك بطلب إزالة ما أقامه إذا كان الحائط مُعرَّضا للخطر، وبالتعويض إذا كان له مُقتضى[3].

لمالك الحائط حق الانفراد بتعلية الحائط إذا كانت له مصلحة جدية تبرّرها، بشرط ألاّ تُؤدّي هذه التعلية إلى وهن الحائط أو الإضرار بالشريك الآخر ضرراً جسيماً، وعليه إذا ثبت عدم توافر مصلحة جدية ومشروعة من تعلية الحائط أُعتبر المالك مُتعسِّفاً في استعمال حقه ويقتضي الأمر هدم الجزء المعلى وإعادة بناء الجزء السفلي لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أنْ يفقد

---

[1]– قد يكون الحائط الفاصل حائطا مشتركا، إذا ثبت أحد الجارين مثلا أنّه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة، أوكسب الاشتراك في الحائط مقابل عوض دفعه له،...، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس. للتفصيل أكثر أنظر د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص.990–992.

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

[3]– د. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص.249.

متانته وذلك طبقا لنص المادة **1/705** من الق.الم.الج.[1]، وتقع نفقات التعلية على عاتق المالك وحده دون الشريك الآخر.

تنص المادة **2/708** من الق.الم.الج.« **غير انّه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار أو يستتر ملكه بالحائط** »[2]، بالتالي في حالة ما إذا قام مالك الحائط بهدمه دون مبرر شرعي اُعتبر مُتعسِّفاً في استعمال حقه في الهدم؛ لأنّ الجار يستفيد من هذا الحائط، وجزاء التعسُّف هو إزالة الضّرر وذلك بإعادة بناء الحائط الذي قام بهدمه مالكه تعسُّفاً منه أو بمنعه من هدم الحائط؛ أمّا إذا كان يستند إلى غرض مشروع فيجوز له هدمه وذلك لانتفاء قصد الإضرار[3].

ثانيا: التعسُّف في إدارة المال الشائع: لقد اكتفى المشرّع بتوافر الأغلبية العادية في شأن أعمال الإدارة المعتادة، ولهذه الأغلبية كذلك أنْ تختار مديرا، والأغلبية التي يقصدها المشرع هي أغلبية الأنصبة وليس أغلبية الشركاء طبقا للمادة **716** من الق.الم.الج.[4]، ممّا قد يؤدي إلى تمكين شريك واحد من إدارة المال الشائع إذا كان يملك أغلبية الحصص ويكون لكلِّ مَنْ يملك أقلية الحصص حق الطعن في القرار الصادر منه إذا كان يتضمن تعسُّفاً في استعمال الحق أو حق طلب القسمة وإنهاء الشيوع[5]، ويظهر جلياً تعسّف الأغلبية إذا راعت مصالحها، وأهدرت مصالح الأقلية[6].

ثالثا: التعسُّف في قسمة المال الشائع: طبقا لنص المادة **1/722** من الق.الم.الج. يحق لكل شريك أنْ يُطالب بقسمة المال الشائع؛ إلاّ إذا كان مجبراً على البقاء على الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق[7]، بحيث يجب أنْ لا تتجاوز مدته 05 سنوات، وطبقا لنص المادة **2/722** من الق.الم.الج. فإنّه لا يحق لأحدهم طلب القسمة خلال هذا الأجل، فيحق لباقي الشركاء التمسك بالاتفاق والبقاء في الشيوع؛ إلاّ أنّ ذلك مُقيّد بعدم التعسُّف في استعمال حقهم، حيث أنّه إذا ثبت وجود سبب قوي يُبرر

---

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

[2]– المرجع نفسه.

[3]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.966.

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

[5]– د. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص.163.

[6]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ص.827.

[7]– يسري الاتفاق على الخلف العام والخاص.

التعجيل بالقسمة، تحكم المحكمة برفض دفع البقاء في الشيوع والاستجابة لطلب الشريك بالقسمة، وذلك منعاً لوقوع التعسُّف[1]، وحق طلب القسمة كغيره من الحقوق يجب ألاّ ينطوي استعماله على تعسُّف؛ وإلاّ رُفض طلب الشريك المُتعسِّف بالقسمة من طرف القضاء[2].

نخلص إلى القول أنّ الإضرار بالشّريك أو الشُّركاء في الملكية الشّائعة، يستوجب معه التعويض إذا ثبت خروج باقي الشّركاء عن الغاية المقررة لحقوقهم، فالغاية من قسمة المال الشّائع هو الخروج من حالة الشيوع، والغاية من إدارة المال الشّائع هو تمكين ملاّكه من الانتفاع به،...الخ.

إضافة إلى هذه التطبيقات هناك تطبيقات أخرى تتمثل في:

– يُعتبر ناقص الأهلية مُتعسِّفاً في استعمال حقه في إبطال العقد إذا كان سبب نقص الأهلية غير ظاهر، بالتالي جزاء التعسُّف هو حرمانه من طلب الإبطال وفي ذلك منع لوقوع الضّرر بالطرف المتعاقد معه[3].

– كذلك يظهر التعسُّف في حالة توجيه اليمين الحاسمة وذلك طبقا للمادة **1/343** من الق.الم.الج. التي تنص: « **يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر غير انه يجوز للقاضي منع توجيه منع اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك**»[4].

– كما يظهر التعسُّف في نص المادة **534** من الق.الم.الج. الملغاة بموجب قانون رقم **07-05**[5] الّتي تتعلّق بحق استعادة الأماكن، حيث أنّ المؤجر يُطالب بحق الاستعادة بقصد الإضرار بالمستأجر أو بقصد التهرُّب من أحكام القانون، وليس من أجل تلبية رغبة مشروعة، ويقع على المستأجر إثبات قصد المؤجر الإضرار به، ويكون الجزاء بأنْ يرفض القاضي الحكم لصالح المؤجر بحق الاستعادة[6].

---

[1]– د. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص.199.

[2]– المرجع نفسه، ص.201.

[3]– د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.966.

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

[5]– قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[6]– د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.119. ولقد تعرّضنا لهذه النقطة سابقا، راجع المبحث الثالث من الفصل الأول، ص.45.

– كما يظهر إساءة استعمال الحق في حالة الالتصاق بالعقار إذا قام الشخص بناء أو غراس أو منشآت...الخ على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره، دون رضاء صاحبها، وبما أنّه سيّء النية أعطى المشرع لمالكها الحق في طلب إزالة البناء أو الغراس،...الخ على نفقة مُقيمها، ولكن إذا كانت هذه الإزالة ستُضرُّ بالأرض يجوز للمالك أن يتملّكها مع دفع قيمتها، ولا يستطيع مُقيمها أن يتمسّك في مواجهة مالك الأرض بعدم جواز التعسّف في استعمال الحق نظرا لسوء نيته.

– كذلك يمتد التعسُّف إلى العقود، ومثال ذلك أنْ يقوم البائع ببيع عقار له للمشتري بثمن معين، وبعد مدة معينة ترتفع أسعار العقارات، فيقوم ببيع نفس العقار لشخص آخر بثمن مرتفع مع القيام بتسجيل في السجل العقاري للمشتري الثاني دون الأول وبذلك يلحق ضررا بهذا الأخير، في هذه الحالة يكون البائع مُتعسِّفاً في استعمال حقه تجاه البائع الأول؛ لأنّ العقار كان في حوزته بالتالي يجوز له التصرف فيه، وجزاء التعسُّف هو أنّ الفارق بين الثمن الذي اشترى به الثاني يكون من حق المشتري الأول؛ لأنّ البائع قصد تحقيق ربح غير مشروع[1].

[1]– نزيم نعيم شلالا، المرجع السابق، ص.67–68.

المبحث الثاني

تطبيقات التعسُّف في استعمال الحق في قانون الأسرة الجزائري:

بالإضافة إلى التّطبيقات المُشار إليها أعلاه المتعلّقة بنظرية التعسُّف في استعمال الحق تجدر الإشارة إلى أنّ هناك تطبيقات تشريعية أخرى في قانون الأسرة الجزائري، والتي تظهر جليا في الزّواج والطلاق، وعليه سنتطرق في المطلب الأول للتعسُّف في استعمال الحق في الزّواج وفي المطلب الثاني للتعسُّف في استعمال حق الطلاق.

المطلب الأول

التعسُّف في استعمال الحق في الزّواج:

تنص المادة **04** من ق.الأ.الج « **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**»[1].

يُعتبر عقد الزّواج من أهم العقود لما يترتب عليه من أثار، كما يُعد من أخطرها، لذا أُقرّ مبدأ عدم جواز التعسُّف في استعمال الحق لحفظ حقوق كلا من الزّوجين[2].

الفرع الأول

التعسُّف في استعمال حق العدول عن الخطبة:

الخطبة ليست بعقد ملزم، منه قد يحدث أنْ يَعدل أحد الخطيبيْن عنها ولا يتم الزّواج؛ إلاّ أنّه قد يتضرّر أحدهما من هذا العدول[3].

من المعلوم شرعاً وقانوناً أنّ الخطبة وعد بالزّواج وهذا طبقا لنص المادة **05** من ق.الأ.الج.[4]

---

[1]– أمر رقم 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج. عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

[2]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.36.

[3]– المرجع نفسه، ص.37.

[4]– أمر رقم 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

وهذا الوعد غير ملزم لأحد من الخطيبين كما أشرنا سابقا، ولكلٍّ من الخطيبين العدول عنها دون مساءلة من أحد، كونه يُمارس حقا من حقوقه المشروعة[1]؛ إلاّ أنّه إذا لم يكن للعدول سبب معقول أو مبرّر أُعتبر عدولا تعسّفيا ممّا يلحق ضرراً بالطرف المعدول عنه، كأنْ تترك المخطوبة عملها بناءً على طلب خطيبها، أو يقوم الخاطب بتجهيز منزل أو ما شابه، ثم تقوم المخطوبة بالعدول عن الخطبة[2]، بالتالي جاز التعويض للطرف المتضرّر من العدول وهذا طبقا لنص المادة **3/05** من ق.الأ.الج. التي تنص على أنّه: « **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**»[3]، بالإضافة إلى فسخ الخطبة كجزاء للعادل؛ لأنّه أساء استعمال هذا الحق.

نلاحظ أن المشرّع أقرّ بالتعويض عن الخطبة؛ إلاّ أنّه أهمل ذكر الضّابط الّذي يستند عليه هذا التعويض، فيما إذا كان على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس التعسّف؛ إلا أنّه على الأرجح يكون على أساس ثبوت التعسّف من قِبَل العادل، وذلك إذا ثبت وقوع ضرر بالطرف الآخر دون الاستناد إلى مسوغ يُبرّر عدوله، وبناء على ذلك يترك تقدير ما إذا كان العدول تعسّفيا من عدمه إلى القاضي.

كأمثلة للتعسُّف في حالة العدول عن الخطبة، البحث عن شريك آخر يفضله لماله أو نسبه أو غيرهما وذلك بقصد الإضرار بالطرف الآخر، أو كأنْ يتم العدول من طرف الخاطب بعد إيهام المخطوبة برغبته في إتمام عقد الزّواج؛ إلاّ أنّ نيته اتجهت إلى غير ذلك، ثم يحدث العدول، وبهذا يُضر بالمخطوبة ضررا فاحشا، وهذا الأخير يتمثل في تفويت فرصة أنْ يتقدم إليها شخص آخر بسبب تقدمها في العمر[4]، وتسوية الضّرر فيهما لا يتم بالإجبار على إتمام العقد، وإنّما يُعوض للطرف

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية؛ ط.1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص.77.

[2]- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.37.

[3]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير2005، يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.85-86.

المتضرر، وهذا التعويض لا يقتصر على الأضرار المادية[1] فقط بل يمتد إلى الأضرار المعنوية[2]، ويخضع التّعويض لتقدير القاضي بحسب الظروف ومدى جسامة الضّرر[3].

الفرع الثاني

التعسُّف في استعمال الحق في حالة عضل الولي:

تُمنح الولاية على المرأة لأقاربها المؤهّلين لذلك، ليقوموا بالإشراف على مصالحها وتدبير أمورها، وبالرّغم من أنّه يقع عليها واجب طاعة وليِّها؛ إلاّ أنّ ذلك ليس على الإطلاق[4].

يُقصد بعضل الولي: « **منع الولي موليته من الزواج بكفء رضيته ورغب بها على أن لا يقل مهرها عن مهر المثل**»[5].

يحق للولي منع موليته من الزّواج؛ إلاّ أنّ هذا الحق غير مطلق بل مُقيّد بعدم الإضرار بها. فالحق في الامتناع يُستعمل لأسباب مشروعة، كأنْ يكون الخاطب غير كفء أو كان لا يصلح للزّواج بالمولى عليها؛ بينما إذا كان سبب الامتناع غير مشروع كمنع الولي من تحت ولايته من الزّواج بكفء وبمهر المثل، في هذه الحالة أُعتبر مُتعسِّفاً في استعمال هذا الحق[6] ولم ينص المشرّع على حق العضل[7] والتعسّف في استعماله لذا يتعيّن الرّجوع إلى الشّريعة الإسلامية.

كأمثلة عن ذلك، رفض الولي تزويج موليته بشخص كفء اختارته وتحقق التراضي بينهما، ويُرغمها بالزواج بكفء آخر، وبهذا يلحق ضررا بالمخطوبة –نتيجة منعها من الزّواج بمن ترغب

---

[1]– يقصد بها الأضرار التي تصيب أمور حسية ظاهرة، سواء كانت في الأموال أو الأعيان. للتفصيل أكثر أنظر د. أمجد علي سعادة، النظرية العامة للمسؤولية القضائية في التشريع الإسلامي، دراسة تأصيلية في الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية؛ ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص.243.

[2]– التي يقصد بها الأضرار التي تقع على الأمور غير المادية. للتفصيل أكثر أنظر د. أمجد علي سعادة، المرجع السابق، ص.243.

[3]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.86.

[4]– المرجع نفسه، ص.97–98.

[5]– المرجع نفسه، ص.87.

[6]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.65.

[7]– حيث أنّه ألغى المادة 12 من ق.الأ.الج المتعلّقة بالعضل بموجب الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المرجع السابق.

به- أكبر من الضّرر الذي سيترتب في حالة عدم زواجها بمن رغبه الولي، فيقوم القاضي عند عرض النزاع أمامه بالموازنة بين الضّررين، فيدفع أعظمهما حتى لا نقع في إساءة استعمال الحق[1].

في حالة ما إذا تكرّرت خطبتها، وتكرّر عضل وليّها – دون مصلحة مشروعة- بمن ترغب به، فإنّ ذلك قد يُضرّ بها ضرراً فاحشاً، بأنْ تصبح عانسا، ويُعدُّ الولي هنا مُتعسِّفاً في استعمال حق العضل، ونتيجةً لذلك يقوم القاضي بتزويج المرأة بمن رغبته [2].

الفرع الثالث

التعسُّف في استعمال الحق في المغالاة في المهور:

يعتبر المهر حقا خالصا للمرأة طبقا للمادة **14** من ق.الأ.الج.، وملك لها تتصرف فيه كما تشاء[3]، وطلب المهر سواء كان من قبل المرأة أو وليها مُقيّد بعدم الإضرار بالزّوج أو بغيره[4].

يُعد طلب المرأة أو وليها لمهر عال يعجز الزّوج عن تلبيته قرينة واضحة على قصد الإضرار لانعدام المصلحة من ذلك، مما يلحق ضررا بالزّوج يعجز عن توفيره ويسعى للحصول على المال إرضاء لها بما لا يقدر عليه، وقد يختار العزوف عن الزّواج، وتتضرّر المرأة ويهجرها الرجال وتبقى بلا زواج، وفي ذلك ضرر فاحش بها، فيكون الضّرر المترتب عن قبول المرأة بالقليل من المهر أقل من ذلك الضّرر المترتب على امتناع الشباب عن الزّواج لغلاء المهور؛ لأنّ الضّرر هنا عام يمس الرجل، المرأة والمجتمع، ومن قاعدة الموازنة بين الضّررين يُدفع الضّرر الأعظم الّذي يلحق المجتمع على الضّرر الأيسر الّذي يلحق المرأة[5].

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.98.

[2]- المرجع نفسه، ص.98-99.

[3]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.111-112.

[5]- المرجع نفسه، ص.112-113.

الفرع الرابع

التعسُّف في استعمال حق الرضاع:

لم ينص عليه كذلك المشرّع الجزائري لذلك يتعيّن اللّجوء إلى أحكام الشّريعة الإسلامية.

لقد نهى الله سبحانه وتعالى الوالدين من التعسُّف في استعمال حقهما ممّا يلحق ضررا بالطفل وذلك لقوله تعالى: ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده**﴾[1].

لا يُعتبر الإرضاع واجب[2] على الأم حتى تُسأل عنه إذا ما امتنعت عن إرضاع ولدها، وإذا تمسكت بحق إرضاعه وكانت مُصرة على ذلك، فهذه الأخيرة أحق من غيرها في إرضاع طفلها مادامت في عصمة والد طفلها[3]؛ إلاّ أنّها قد تتعسّف في استعمال هذا الحق بقصد إلحاق الضّرر بأبيه، ويظهر ذلك في المطالبة بتقديم أجر على الرضاع-إذا كانت مطلقة أو إنتهت عدتها- إذا كان هناك امرأة أجنبية ترضعه مجانا أو بأقل ممّا تطلب[4].

للأب كذلك نصيب في التعسُّف الوارد على الرضاع، وذلك في حالة تسليم الرضيع لأجنبية بالرغم من قبول أم الطفل بإرضاعه مجانا، أو بما رضي به غيرها[5]، فإنّ الضّرر المُترتب على دفع الأب الأجر للمرضعة الأجنبية –مع رغبة الأم بإرضاعه- أكبر من الضّرر المترتب عن إرضاع الطفل من طرف أمه مع أجرة، فيدفع أعظمهما حتى لا يلحق ضررا بالرضيع[6].

---

[1]- سورة البقرة، الآية: 233.

[2] – يَعتبر الدكتور فتحي الدريني أن الرضاع حق للأم، أما المذهب الحنفي يرى أنه واجب عليها، وذلك في أحوال معينة-منعا لوقوع التعسّف- وذلك إذا ألفها الصبي، ولم يرض ثدي غيرها أو لم توجد امرأة أخرى غيرها، أو لم يكن للأب مال تستاجر به ظئرا ترضعه ولم يوجد من يتبرع بإرضاعه. د.فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.95.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.148-150.

[4] – د. فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.95-96.

[5] – د. عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي؛ ط.1، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 2006، ص.74.

[6] – عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.157.

الفرع الخامس

التعسُّف في استعمال حق التأديب:

لا نجد أيَّ نص في قانون الأسرة الجزائري يُعالج حق تأديب الزّوجة عند خروجها عن طاعة الزّوج، خاصة بعد تعديله في 2005 حيث ألغى المادة **1/39**[1]من نفس القانون التي كانت تقضي بوجوب طاعتها له، وعليه يقتضي الأمر الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة **222** من ق.الأ.الج. التي تنص: « **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**»[2]، نجد أنّها أباحت للزّوج هذا الحق إذا ثبت نشوزها[3]، لقوله تعالى: ﴿ **واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع، واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، فإن الله كان عليا كبيرا**﴾[4].

يتقرّر حق التأديب للزّوج على زوجته الناشز[5] بوسائل الإصلاح والتأديب لتعود إلى رُشدها، وإرجاعها إلى وضعها السّليم وذلك حفاظا على الحياة الزّوجية[6]، حيث أنّه يلجأ الزوج إلى هذا الحق كلّما قصّرت الزوجة في أيِّ حقٍ من حقوقه[7]، وتتمثل هذه الوسائل في ثلاث طرق وفق الترتيب الآتي:

---

[1]– وذلك بنصها على: « **يجب على الزوجة:**

1– طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة...»

[2]– أمر رقم 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[3]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.71.

[4]– سورة النساء، الآية: 33.

[5]– ويمكن حصر حالات نشوز الزوجة في: **1**– خروج الزوجة بدون إذن الزوج. **2**– إيذاء الزوجة زوجها. **3**– الامتناع عن المعاشرة الزوجية أو عن القيام بالأعمال المنزلية. **4**– امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها. **5**– السماح للغير بدخول منزل الزوجية بدون إذن الزوج.

[6]– عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2002–2003، ص.104.

[7]– مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكر مقدمة لنيل الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، الجزائر، 2001–2002، ص.136.

الموعظة الحسنة: وتعني أن يذكرها الزّوج بواجباتها الزّوجية ووجوب طاعته، وينبهها إلى عواقب عدم طاعته ثم يهددها بإسقاط نفقتها وهجرها وضربها، فقد تندم وتعود إلى رشدها، ولا يجوز للزّوج أن ينتقل إلى الوسيلة الثانية، إلاّ بعد أنْ يقتنع أنّها ليست مُجدية[1].

تتمثل الوسيلة الثانية في الهجر في المضجع، والمقصود به هو الهجر في الفراش لمدة لا تزيد عن 4 أشهر، وذلك بأنْ ينام في حجرة غير الحجرة التي تبيت فيها زوجته أو يبيت في فراش آخر غير فراشها، والهدف من هذا الهجر هو تأديبها وإصلاح نشوزها، حفاظا على الحياة الزّوجية، الأسرة، الأولاد والمجتمع[2].

يفقد الهجر غايته إذا قصد الزّوج من وراءه تحقيق مقاصد أخرى غير تلك التي شُرعت مِنْ أجلها، كأن يُريد به الانتقام أو التّعبير عن كراهيته ففي هذه الحالة يكون الزّوج مُتعسِّفاً في استعمال حقه لتوافر قصد الإضرار بها[3]، وبالتالي يثبت للزّوجة حق طلب التّطليق طبقا لنص المادة **3/53** من ق.الأ.الج.[4] مع المطالبة بالتعويض.

بعد استنفاد الزّوج لكل الوسائل المتاحة له من موعظة وهجر في المضجع في حالة عصيان زوجته له، يلجأ إلى الضرب وهي الوسيلة الثالثة، ويُشترط أنْ يكون هذا الضّرب غير مبرحاً[5] ولا شائنا[6] يلجأ إليه فقط عند الضرورة[7].

قد جاء في قرار عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159 مايلي: **«من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها. من الثابت-في قضية الحال- أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها**

---

[1]- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية؛ ج.2، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1986، ص.637.

[2]- عيسات اليزيد، المرجع السابق، ص.104.

[3]- المرجع نفسه، ص.105.

[4]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[5]- هو ما لا يُخلِّف آثار في الجسم.

[6]- وهو ما ترتكب بطريقة فيه تحقير للزوجة كالضرب على الوجه أو أن يستعمل سوطاً أو عصاً، لقوله عليه الصلاة والسلام: (ولا تضرب الوجه ولا تقبح).

[7]- الصابوني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.754.

والذي أدى إلى سقوط حملها، وإن المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض»[1].

نستخلص أنّ الزّوج يستعمل حق التأديب استثناءً في حالة نشوز زوجته، ويجب أنْ يكون حسن النية ولا يقصد من وراءه الإضرار بها، ولا يجوز له أن يباشر هذا الحق بأنْ يُرغمها على إرتكـــاب معصية، كما يجب أنْ يكون استعماله وفق الترتيب الوارد في الآية الكريمة؛ لأنّه إذا انتقل إلى وســيلة الضَّرب مباشرةً، فهو بذلك لم يتقيد بحدود التأديب ويُعدُّ مُتعسِّفاً في استعماله لهذا الحق[2].

المطلب الثاني

التعسُّف في استعمال حق الطلاق:

شُرع الزّواج لتحقيق مقاصد سامية، تتمثل في تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتعاون، وإحصان الزّوجين والمحافظة على الأنساب طبقا لنص المادة **04** من ق.الأ.الج.، غير أنّ هذه المقاصد قد لا تتحقق، مما يؤدي إلى خلق نفور بينهما بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع[3]، فيكون فك الرابطة الزّوجية حلاًّ لكلا الزّوجين، سواء بالإرادة المنفردة للزّوج أو بتراضي الزّوجين أو بمطالبة التّطليق أو الخلع من طرف الزّوجة وذلك طبقا للمادة **48** من ق.الأ.الج.[4].

لكن قد يتعسّف كلٌّ من الزّوج والزّوجة في طلب فك الرابطة الزّوجية، ويلحق ضررا بالطرف الآخر، كما يمكن أن يلحق أضرارا بأولادهما.

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 245159 مؤرخ فـــي 2000/06/20 ، (قضـــية ج.م ضـــد ع.ج.ن)، عدد خاص، 2000، ص.129.

[2]- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.79.

[3]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص.143.

[4]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير2005، يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

الفرع الأول

التعسُّف في استعمال الزّوج لحق الطلاق:

الطلاق وإن كان حقا شرعيا بيد الزّوج[1]؛ إلاّ أنّه ليس حقا مطلقا بل مُقيّد بأسباب[2] وضوابط ومعايير تحدّده وتمنع وقوعه[3]، وذلك بما لا يُضر ويُؤذي الزّوجة ويُسيء إلى سمعتها[4]، وعليه فإنّ إيقاع الطلاق دون مبرِّر شرعي يُعدُّ تعسُّفاً منه وقرينة واضحة على قصده إيذاء زوجته، ويثبت لها التعويض وجوبا طبقا للمادة **52** من ق.أ.ج. التي تنص:« **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**»[5]، هذه المادة تعتبر تطبيقا صريحا لنظرية التعسُّف.

من قاعدة الموازنة بين الضّرر الّذي يلحق الزّوجة من جراء طلاقها تعسُّفياً، وبين الضّرر الّذي يُصيب الزّوج في حالة استمرار علاقته الزّوجية مع زوجته، فيكون الضّرر الأول- الّذي يمس بزوجته، بأبنائه، وبالمجتمع ككل وقد يمس الزّوج- أكبر من الضّرر الثاني، بالتالي يقوم القاضي بترجيح الضّرر الأعظم على حساب الضّرر الأيسر ويحكم بالتعويض لصالح الزّوجة من جراء تعسُّفه[6].

قد يَلحق بالزّوجة ضررا فاحشا نتيجة تعسُّف الزّوج في طلب الطلاق بعد مرور مدة من الزمن ليست بالقصيرة من الحياة المشتركة وبذلك تتعطّل حياتها ولا مستقبل لها، خاصةً وأنّها تقدّمت في العمر، ويكون الزّوج بذلك أضرّ بها ضرراً جسيماً[7].

كما قد يتعسّف الزّوج في الدُّخول بالزّوجة، ممّا يثبت لها حق طلب التّطليق لتضرُّرها، وهذا ما جاء في بعض قرارات صادرة عن المحكمة العليا حيث :

---

[1]-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.191.

[2]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص.143.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.191.

[4]- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص.143.

[5]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[6]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.207.

[7]- المرجع نفسه، ص.207.

– جاء قرار المحكمة العليا الصّادر في 1998/07/16، ملف رقم 192665 ما يلي: « **من المقرر قانوناً أنّه يجوز تطليق الزّوجة لكلّ ضرر معتبر شرعاً. ومتى تبيّن – في قضية الحال – أنّ الطّاعن عقَد على المطعون ضدّها لمدّة طويلة، ولمْ يقُم بإتمام الزّواج بالبناء بها فإنّ الزّوجة تضرّرت خلال هذه المدة ماديّا ومعنويا ممّا يثبت تضرّرها شرعاً طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزّوجة وإلغاء عقد الزّواج وتعويضها على أساس تعسّف الزّوج وثبوت الضّرر طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن**»[1].

– جاء في قرار آخر لها الصّادر بتاريخ 1996/04/23، ملف رقم 135435 ما يلي: « **من المقرّر قانونا أنّه يجوز للزّوجة طلب التّطليق مع التّعويض استناداً على وُجود ضرر مُعتبر شرعاً، ولمّا ثبت – في قضية الحال – أنّ القضية تتعلّق بزواج تام الأركان؛ إلاّ أنّ الزّوج تأخّر عن الدّخول بزوجته لمدّة 5 سنوات، فإنّه بذلك يُعتبر تعسّفاً في حقّها ويُبرّر التعويض الممنوح لها ممّا يتعيّن رفض الطّعن**»[2].

قد يُصرّ الزّوج على عدم إرجاع زوجته دون مبرّر شرعي وتنتهي عدة المرأة، بذلك يُثبت تعسُّفه في استخدام حقه، وللمرأة حق طلب تعويض يقرّره القاضي، وفي حالة ما إذا أراد الزّوج مراجعة زوجته كلّفه المشرع بعقد زواج ومهر جديدين، وفي ذلك عقوبة له لإهماله؛ لأنّه لم يحترم وقت الرجعة[3].

يُعدّ حق الرجعة من الحقوق التي يملكها الزّوج وحده، وتتم خلال فترة العدة ولا يُشترط فيها مهر وعقد جديدين، والهدف منه تمكين الزّوج من مراجعة قراره بالطلاق وتدارُك الخطأ الّذي وقع فيه؛ إلاّ أنّه قد يُسيء استعماله بغرض الإضرار بالمطلقة، ويظهر قصد الإضرار بأنْ يقوم الزّوج بإعادتها قبل انتهاء عدتها بأيام قليلة ثم يُطلِّقها مرة أخرى دون مجامعة أو معاشرة بينهما، والقرينة على قصده الإضرار بها واضحة في عدم رغبته بها وتطليقها مباشرة بعد إرجاعها، ويكون الجزاء

---

[1]– المحكمة العليا، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 217179 مؤرّخ في 1999/03/16،(قضية ج.م ضد ب.ق.ج)، عدد خاص، 2001، ص.122.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 135435 مؤرّخ في 1996/04/23، (قضية د.ك ضد أ.ن)، عدد خاص، 1998، ص.129.

[3]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.208.

الشرعي استمرار الزّوجة في حساب عدّتها الأولى[1].

يُخوّل للزّوجة حق طلب التّطليق، إذا تماطل الزّوج في إرجاعها وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا في تاريخ 1988/09/26، ملف رقم 50519 أنّه: « **من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن تم فإن النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله.**

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[2].

ليس للزوجة حق الرفض أو القبول؛ لأنّها قد تُسيء استعمال حقها بالامتناع عن الرجعة انتقاما من زوجها، وفي ذلك ضرر أكبر يمس بالأولاد، بزوجها وبنفسها يفوق الضّرر المترتّب في حالة عودتها إليه[3].

كما قد يتعسّف الزّوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته في مرض الموت، وبما أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتعرّض إلى مسألة طلاق مريض مرض الموت، نلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة **222** من ق.الأ.الج.

يُقصد بمرض الموت، المرض الّذي يُؤدِّي بصاحبه إلى الموت ويكون من الأمراض الّتي يَغلب فيها الهلاك، ولا تزيد عن سنة[4].

أجمع الفقهاء المسلمين على صحة إيقاع الطلاق في مرض الموت، وكان الطلاق رجعيا ومات في عدتها من مرضه، لكنهم اختلفوا بالنسبة لتوريث المطلقة من الطلاق البائن، حيث يذهب المذهب الشافعي إلى منع توريثها لزوال سبب الميراث بالطلاق ولَمْ تَعُد زوجةً له؛ أمّا المالكية، الحنابلة

---

[1]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.268،274.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 50519 مؤرخ في 1988/09/26، المجلة القضائية، عدد 2، 1992، ص.48.

[3]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.275.

[4]– د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1: الزواج والطلاق؛ د.م.ج.، الجزائـــر، 1999، ص.244.

والأحناف فقد ذهبوا إلى توريثها؛ إلاّ أنّهم اختلفوا في الأجل الذي ترث فيه، فالمذهب المالكي يرى أنّ المطلقة من طلاق بائن في مرض الموت ترث من زوجها سواء انقضت عدتها أو لم تنقضي، وسواء تزوجت أو لمْ تتزوج بعده؛ إلاّ أنّ المطلقة بعد أنْ تكون في عصمة زوج آخر تكون قد انقطعت الصّلات الزّوجية بينهما[1]؛ أمّا المذهب الحنبلي يذهب إلى توريثها ولو انقضت عدتها، ما لم تتزوج، فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث، فيُعاقب المطلِّق مريض مرض الموت بنقيض قصده بثبوت الإرث[2]؛ أمّا المذهب الحنفي فيرى توريثها مادامت في عدتها، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها، وذلك لاعتبارهم أنّ الحقوق الزّوجية بين الزّوجين تنتهي بإنتهاء العدة[3].

إذا طلَّق الزّوج زوجته وهو مريض مرض الموت، وهو ما يعرف في الشريعة بطلاق الفار،اُعتبر الزّوج المطلق مُتعسِّفاً[4]، فيترتّب عليه جزاء يتمثل في إرثها منه في حالة وفاته ما لم تنقضي عدتها، وهذا ما أخذ به الأحناف وما نص عليه المشرع في المادة **132** من ق.الأ.الج. الّتي تُثبت للمطلّقة الميراث قبل انقضاء عدتها؛ لأنّ من أسباب الإرث ضرورة قيام الصلة الزّوجية بين الزّوجين، وإذا ما توفيت المطلّقة خلال عدّتها فلا يرث منها[5]؛ لأنّه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق.

لقد ورد في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية –العدد الخاص– أن الطلاق في مـــرض الموت جائز وقد جاء فيه : « **إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث**»[6].

---

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.245.

[2]– مجوبي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.378.

[3]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.104–105.

[4]– د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.245.

[5]– مجيدي العربي، المرجع السابق، ص.146.

[6]– المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قرار رقـم 179696 مـؤرخ فـي 1998/03/17، (قضية ح. م ضد س. ب)، عدد خاص، 2001، ص.98.

الفرع الثاني

التعسُّف في استعمال حق طلب التطليق:

رغم أنّ الشّريعة الإسلامية منحت حق الطلاق للزّوج بإرادته المنفردة؛ إلاّ أنّها لم تُهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزّوجية إذا ما تضرّرت مادياً أو معنوياً، وذلك إذا أثبتت إضرار الزّوج بها بتوافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعاً وقانوناً، وهذا ما يُعرف بالتطليق.

يكمن الهدف من التّطليق هو رفع الضّرر عن الزّوجة إذا توفرت أحد الأسباب الواردة في المادة **53** من ق.الأ.الج.[1]، ويكون ذلك بإثبات الزّوجة الضّرر اللاّحق بها بكلِّ وسائل الإثبات؛ وإلاّ رُفضت دعواها. وذلك تفاديا لوقوع التعسّف، وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بتاريخ 1987/01/12، ملف رقم 43864 أنّه: « **من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية تعتمد عليها، ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية، ولما كان ثابت –في قضية الحال– أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها بناءً على أنه يهينها ويسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل. فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية، وحكموا دون دليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**»[2].

– جاء في قرار آخر الصادر تاريخ 1993/04/27، ملف رقم 90947 مايلي: « **متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين. فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون.**

ومن تم فان عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة –في قضية الحال– تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فان ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فان قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض

---

[1]– أمر رقم 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 43864 مؤرخ في 1987/01/12،(قضية د.أ ضد ز.ب)، المجلة القضائية، عدد 1، 1991، ص.46.

قرارهم جزئيا وبدون إحالة»[1].

– جاء في قرار آخر الصادر في 1997/12/23، ملف رقم 181648 مايلي: « **من المقرر قانونا أنه « يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا»**

ومن المقرر أيضا أنه « في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر».

ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من ق.أ. قد طبقوا القانون ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن»[2].

لقد ركز المشرع الجزائري على 7 أسباب للتطليق في القانون **84-11** من المادة **53** منه؛ إلاّ أنّه أضاف 3 أسباب أخرى بموجب الأمر **05-02**، وهذا فيه حماية للزّوجة، حيث تنص على:

« يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

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

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 90947 مؤرخ في 1993/04/27، (قضية م.ن ضد د.أ.خ)، المجلة القضائية، عدد 2، 1994، ص.71.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 181648 مؤرخ في 1997/12/23، (قضية ش.ع ضد أ.ح)، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص.49.

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعا»[1].

سنحاول التعرّض لبعض الحالات الّتي يظهر فيها التعسُّف:

أولا: التطليق لعدم الإنفاق: النّفقة واجبة على الزّوج لزوجته طبقا لنص المادة **74** من ق.الأ.الج.، حتّى وإنْ كانت الزّوجة غنية، مسلمة أو كتابية؛ إلاّ أنّه قد يمتنع عن أداء النفقة الزّوجية إضرارا بها، مع قدرته على الإنفاق، بالتالي يُعدّ مُخلا بالتزامه بالنفقة، باعتباره حق من حقوق الزّوجة[2].

قد يمتنع الزّوج عن الإنفاق على الزّوجة لعسره وعجزه وليس إضرارا بها، وبذلك تلجأ الزّوجة في سبيل الخروج من هذا المأزق إلى طلب التّطليق من القاضي؛ إلاّ أنّ في استخدامها لهذا الحق تلحق ضررا بزوجها، وذلك بتركه مع حاجته لها في حالة عسره، وهذا يتناقض مع أصل المعاشرة بالمعروف ومواصلة الحياة الزّوجية في السرّاء والضرّاء، كما تُلحق أضرار بالغير بأنْ تفرق بينها وبين أولادها أو بينهم وبين أبيهم، وفي ذلك تشتيت للأسرة[3].

قد تطلب المرأة التّطليق ليس لتضرُّرها من إعسار زوجها، وإنّما لسبب خفي، كأنْ تكون قادرة على رعاية نفسها وأولادها، وهذا يدل على قصد الإضرار بالزّوج ويكمن الضّرر في اجتماع مصيبة الإعسار ومصيبة ابتعادها عنه[4].

الواضح هو أنّ الزّوجة تُعتبر مُتعسّفة في استعمال حقها في طلب التّطليق للإعسار بالرغم من قدرتها على توفير متطلّبات الأسرة، ولمنع وقوع إساءة استعمال الحق يرفض القاضي الحكم بالتّطليق.

---

[1]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]- تريكي- ايت شاوش دليلة، «التطليق لعدم الإنفاق»؛ المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، العدد01، جوان 2010، ص.155.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.133.

[4]- المرجع نفسه، ص.133-134.

ثانيا: التّطليق للعيب: يُقصد بالعيوب تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة الّتي من شأنها أنْ تمنع ممارسة العلاقات الجنسية مما يؤدي إلى إلحاق الضّرر بالزّوجة[1]، فلها أنْ تطلب التّطليق من القاضي، ولكي يكون العيب سبباً مبرراً للتّطليق في القانون الجزائري، يجب توافر الشروط التالية:

1- أنْ تُرفع دعوى التّطليق أمام القاضي[2].

2- أنْ يكون العيب في الزّوج؛ لأنّه إذا كان العيب في الزّوجة فالعصمة في يد الزّوج و له حق الطلاق في أي وقت.

3- أنْ يمنع العيب تحقيق الهدف من الزّواج، ويُترك تقدير ما إذا كان العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزّواج أو لا إلى القاضي، وعلى هذا الأخير أنْ يتأكد من وجود ما تدعيه الزّوجة من عيوب بواسطة الخبرة أو بأي وسيلة أخرى كالإقرار مثلا.

أضاف الفقه شرطا رابعا وهو أنْ لا تكون الزّوجة عالمة بالعيب قبل العقد ورضيت به صراحة؛ وإلاّ سقط حقها في طلب التّطليق، كما أنّ سكوت الزّوج عن عيوبه أو إخفائه لها يُعدُّ سبب للحكم بالتّطليق دون تأجيل، ولا يكون سببا للحكم بالتّطليق العيب الّذي لا يُضر بالزّوجة لانعدام الضّرر[3]، وفي ذلك درءً لوقوع التعسُّف والضّرر بالزّوج.

- جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر في 1992/12/22، ملف رقم 87301 مايلي: « **من المقرر قانونا وقضاء، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء.**

ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، إستنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ماعدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لإنعدام حالة التعسف»[4].

---

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.280-281.

[2]- عيسات اليزيد، المرجع السابق، ص.79.

[3]- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.282، 284- 285.

[4]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 87301 مؤرخ في 1992/12/22،(قضية ب.أ ضد ب.خ)، المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص.92.

الملاحظ أنّ للحكم بالتّطليق للعيب يجب الأخذ بعين الاعتبار الضّرر اللاّحق بالزّوجة، فيحكم القاضي بالتّطليق دون تأجيل إذا كان العيب من العيوب الدائمة؛ أمّا إذا كان العيب من العيوب التي يُمكن علاجها فيمهل القاضي مدة سنة لعلاجها[1].

ثالثا: التّطليق للهجر: الأصل أنّه إذا أساء الزّوج استعماله حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع[2]، جاز للزّوجة طلب التطليق للضرر الّذي لحقها، ويُشترط في الهجر في المضجع ليكون كمبرّر قانوني يُخول للزّوجة حق طلب التّطليق الشُّروط التالية:

- أنْ يكون هذا الهجر دون مبرّر شرعي أو قانوني-الهجر غير مشروع-.
- أنْ يتجاوز 4 أشهر، دون أي إتصال بينهما، وهذا ما يدل على أنّ هذا الهجر لا يقصد من ورائه الإصلاح .
- هجر الزّوج للزّوجة مع المبيت معها في فراش واحد.

أما إذا كان الهجر لمبرّر شرعي، كأن يكون الزّوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية، أو في أي مكان آخر من أجل القيام بوظيفة أو كان الهجر لمدة لا يتجاوز 4 أشهر، في هذه الحالة تُعتبر الزوجة متعسّفة في إستعمالها لحق التطليق؛ لأنّ الهجر هنا كان لأسباب معقولة، وعليه لا يجوز للمحكمة الإستجابة لها إلاّ بعد التأكد من واقعة الهجر ومن نية الزوج في الإضرار بالزوجة[3].

رابعا:التّطليق للتعدد: لقد أباح الإسلام نظام تعدد الزّوجات، وجعله مباحاً وليس واجب وربطه بالقدرة على العدل والإنفاق[4]، أخذ المشرّع الجزائري بهذا النظام وذلك في نص المادة **08** من الأمر رقم **05-02** التي تقيد الزّوج ببعض الشروط التي تتمثل في:

- الإلتزام بالحد الأقصى المسموح به في الشريعة الإسلامية وهو أنْ لا يتجاوز 4 نساء.

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34784 مؤرخ في 19 نوفمبر 1984، المجلة القضائية، عدد 3، 1989، ص.73. نقلا عن د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.287.

[2]- يجب عدم الخلط بين الهجر في المضجع والإيلاء، حيث يقصد بهذا الأخير حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على عدم قربان زوجته لأكثر من 4 أشهر، كأن يقول: (والله لا أقربك أبدا، أو لمدة ستة أشهر، أو لا يعين مدة). للتفصيل أكثر أنظر د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.290-291.

[3]- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.288-290.

[4]- عيسات اليزيد، المرجع السابق، ص.171.

– إثبات وجود المبرر الشرعي، ككون الزّوجة عقيما وليس لها القدرة على الإنجاب أو أصيبت بمرض لا تستطيع معه القيام بالواجبات الزّوجية، وقد يكون الرجل كثير الأسفار بحكم عمله،... إلى غير ذلك من المبرّرات التي قد يعتبرها القاضي كمبرّر شرعي للتعدد، ولم يحدد المشرع ماهية المبرّر الشرعي وغير المبرّر الشرعي وترك ذلك لتقدير القضاء[1].

– توافر نية العدل كشرط للتعدد، ويعتبر تصرف مادي يتعلق بالمسكن وبالنفقة وبالمبيت ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية الثنائية لذلك لا يمكن التسليم بهذا الشرط قبل إبرام عقد الزواج الثاني[2].

– شرط إخبار الزّوجة السابقة واللاّحقة بالرغبة في الزّواج وأنْ يتأكد رئيس المحكمة من علمها وموافقتها لكي يُرخِّص بالزّواج الثاني[3].

بالتالي تعتبر هذه الشروط بمثابة قيود على إباحة التعدد ومُقيّد بمبدأ عدم الإضرار بالزّوجة، حيث أنّه يكون الزّوج سيئ النية ويكون التعدد بالنسبة إليه غير مشروع إذا لم يكن في حاجة إلى تعدد الزّوجات وليست له القدرة على العدل بينهن والوفاء بحقوقهن الشّرعية[4]، وفي ذلك قرينة على نية الإضرار بزوجته الأولى فيكون مُتعسِّفاً في استعمال حقه، ويكون للزّوجة حق طلب التّطليق وفقا للمادة **53** من ق.الأ.الج..

قد تتعسّف الزّوجة في عدم السّماح لزوجها الزّواج بإمرأة ثانية، بالرّغم من وجود مبرّر شرعي يستوجب التعدّد مع توافر الشروط السالفة الذكر، كمرضها مثلا ممّا يؤدي إلى عدم قدرتها على رعاية أولادها وشؤون أسرتها، فينتج عن ذلك ضررا بهؤلاء. كذلك قد تتعسّف في المطالبة بالتطليق للتعدد بعد أن يتزوج بأخرى زواجا عرفيا، بالرغم من توافر شروطه– أي شروط التعدد–، بناءً على ذلك يرفض القاضي طلب الزوجة للتطليق منعا لوقوع الضرر بأولادها وزوجها، وهذا الضّرر يفوق الضّرر الّذي يُصيبها لو قبلت بالزوجة الثانية.

---

[1]– سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.86.

[2]– المرجع نفسه، ص.87.

[3]– سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.88–89.

[4]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.58.

الفرع الثالث

التعسُّف في استعمال حق الخلع:

إنّ انحلال الزّواج بطريق الخلع صورة أخرى من صور المفارقة الزوجية، ولكن برغبة الزّوجة، ولا يجوز المطالبة به؛ إلاّ إذا رغبت الزّوجة الخلاص من زوج تكرهه أو زوج سيّء، ويكون ذلك بمقابل[1].

تكمن الحكمة من تشريع الخلع هو دفع الأذى والضّرر عن المرأة[2]، إذْ أنّه لا يمكن أنْ تُلزم بالعيش مع زوج ترغب في الخلاص منه، وتعويض الزّوج على ما بذله من نفقات المهر[3].

إنّ استعمال الزّوجة حق الخلع مُقيّد بحسن النّية، بمعنى أنْ تقصد الزّوجة من استعماله تحقيق الحكمة الّتي شُرعت من أجلها؛ أمّا إذا كان الدافع هو مجرّد الإضرار بالزّوج اُعتبرت مُتعسِّفة في استعمال هذا الحق؛ لأنّ الحقوق لمْ تشرع للإضرار وإنّما للإصلاح[4].

إذا خالعت الزّوجة زوجها في مرض موتها صحَّت المخالعة، ويكون طلاقا بائنا ويلزمها البدل، بشرط أنْ لا يكون هذا البدل أكثر مِن ثلث تركتها؛ إلاّ أنّها قد تتعسّف في استعمال هذا الحق إذا قصدت الإضرار بالورثة وذلك بتقديم بدلا يزيد عن ثلث التركة[5].

المطلب الثالث

التعسُّف في استعمال حق الإيصاء:

لقد عرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة **184** من ق.الأ.الج. على أنّها : « **الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**»[6]، وبهذا يكون المشرع قد ربط الوصية بالتبرّع بالتالي يكون قد استبعد الوصايا التي تنشئ عن بيع أو إيجار؛ لأنّ هذه الأخيرة تعتبر وصية بعوض[7].

---

[1]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.264.

[2]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.127.

[3]– المرجع نفسه، ص.137.

[4]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص.137.

[5]– المرجع نفسه، ص.138.

[6]– قانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[7]– مجوبي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.385.

لقد قيّد المشرع الجزائري الوصية بالثلث طبقا لنص المادة **185** من ق.الأ.الج. التي تنص:

« تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة»[1].

يكمن المقصد من إجازة الوصية نيل الأجر والثّواب في الآخرة، لكنّها مُقيّدة بعدم الإضرار بالورثة[2]، ولكن ما هي الحالة الّتي تظهر فيها صورة المضارة في الوصية والّتي تُشكل تعسُّفاً؟. وعليه نعرض حالات الإيصاء والّتي تتمثل في:

1- الوصية لوارث: اعتبرها المشرع الجزائري باطلة؛ إلاّ إذا أجازها الورثة طبقا لنص المادة**189** من ق.الأ.الج. التي تنص: **« لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي»**[3]، وهذه الصورة لا يتحقق فيها التعسُّف لانتفاء الحق في الموصي وذلك لبطلان الوصية من أصلها[4].

2- الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث: ويخضع لإجازة الورثة طبقا لنص المادة **185** من ق.الأ.الج. السالفة الذكر، كذلك هذه الصورة لا يتحقق فيها التعسُّف وذلك لانتفاء الحق فيها وتُعدُّ من قبيل الخروج عن حدود الحق.

3- الايصاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة: وهي الصورة الوحيدة التي تُكيّف على أنّها تعسُّف؛ لأنّ الموصي له حق الايصاء لكنه قصد إلحاق الضّرر بالورثة، بالتالي تكون الوصية باطلة[5]، والقرينة على قصد الموصي الإضرار بالورثة عند الإيصاء بثلث التركة بالرغم من قلّة أموال التركة مقارنة بعدد الورثة، أو أنْ تكون هناك عداوة بين المتوفى وَورثته، ممّا يدفعه إلى الإيصاء للأجانب مع حاجة الورثة إليه[6].

نخلص إلى القول أنّ المشرّع الجزائري لم ينص على تطبيقات التعسّف في قانون الأسرة؛ إلاّ ما جاء به صراحةً في الطلاق التعسّفي حيث يُعتبر تطبيق صريح ووحيد لفكرة التعسّف في نص المادة

---

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

[2]- مجوبي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.387.

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

[4]- د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.107.

[5]- مجوبي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.390.

[6]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.304.

52 من ق.الأ.الج.، وما قرره من بطلان على الوصية بقصد الإضرار وكانت في حدود الثلث، وما أقرّه من تعويض عن الضّرر اللاّحق بالمعدول عنه عن الخطبة، والتعويض للزوجة لدى مطالبتها التطليق، ومقابل للخلع الّذي يحكم به القاضي للزوج، ممّا أدّى بنا الرّجوع إلى بعض أحكام الشّريعة الإسلامية، طبقاً لنص المادة **222** من ق.الأ.الج. السّالفة الذِّكر.

خاتمة:

من خلال هذا العرض يمكن لنا استخلاص بعض النّتائج والملاحظات واقتراح بعض التوصيات والّتي سنأتي إلى ذكرها في ما يلي:

❖ النّتائج والملاحظات:

1- أنّ فكرة التعسُّف في استعمال الحق تعود أصولها إلى الفقه الإسلامي، حيث تبنّتها وكرّستها معظم القوانين.

2- أنّ نظرية التعسّف في الشّريعة الإسلامية لا تتأسّس؛ إلاّ عند الإعتراف بالصّفة المُزدوجة للحق، والّتي تتمثّل في الإقرار بالحق الفردي والجماعي، وإقامة التوازن بينهما في حالة التعارض، وأصل التعسّف حسب الفقه الإسلامي يتمثّل في منع الإضرار بالغير لقوله عليه الصّلاة والسّلام: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)، بالإضافة إلى معايير التعسّف الّتي تتمثّل في: قصد الإضرار بالغير، انعدام التّناسب بين الفائدة الّتي يرمي إليها صاحب والضّرر الّذي يلحق بالغير، الضّرر العام والضّرر الفاحش.

3- أنّ التعسُّف في استعمال الحق في القانون الجزائري تضبطه 3 معايير: معيار شخصي ذاتي يقوم على قصد صاحب الحق من استعماله الإضرار بالغير، فإذا كان القصد من وراء تصرف صاحب الحق مجرد الإضرار بالغير أُعتبر مُتعسِّفاً.

معيارين موضوعيين: يقوم الأول على عدم التناسب بين الضّرر اللاحق بالغير والفائدة العائدة على صاحب الحق، والقاضي هو الّذي يقوم بتقدير هذا التفاوت.

كما يُعد صاحب الحق متعسِّفاً إذا قصد من وراء استعماله لحقه الحصول على نتائج غير مشروعة، ويُعد المعيار الموضوعي الثاني.

لقد إختلف الفقهاء حول ما إذا كانت هذه المعايير واردة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال؛ إلاّ أنّنا نرى أنّها جاءت على سبيل المثال حتّى لا تُقيّد القاضي،وأنّه بالرّغم من عدم الإشارة إلى معيار الضّرر الفاحش في النّص العام المتعلق بالتعسّف إلاّ أنّ المشرّع نصَّ على تطبيقه في نص المادة **691** من الق.الم.الج.، كما أن الشَّريعة والّتي تُعتبر المصدر الثاني بعد التشريع وسّعت من هذه المعايير دون حصرها في معايير محددة، وما يُمكن ملاحظته أنّ القضاء الجزائري من خلال بعض قراراته، أنّه يُقيد استعمال الحقوق بعدم الإضرار بالغير؛ إلاّ أنّه ما يعاب عليه أنّه لا يُحدد الصورة أو المعيار الّذي يستند عليه للقول بوجود التعسّف.

4- كما توصّلنا إلى أنّ التعسُّف في استعمال الحق ينصب على كافة الحقوق والرّخص أو الحريات العامة حيث أنّ هذه الأخيرة مُقيّدة بالغاية الّتي شُرع من أجها.

5- الأساس القانوني لنظرية التعسُّف في استعمال الحق حسب المشرع الجزائري ليس هو إلاّ المسؤولية التقصيرية، إذْ أنّ التعسُّف في استعمال الحق تطبيق من تطبيقات الخطأ يستوجب التعويض، وذلك حسب وضوح نص المادة **124 مكرر** من الق.الم.الج..

الواضح أنّه باتجاهه هذا يُضيِّق بصفة ملحوظة من نطاق التعسُّف في استعمال الحق؛ كون مسؤولية صاحب الحق تقوم فقط إذا كان استعماله لحقه فيه انحراف عن السلوك المألوف للشّخص العادي، مع العلم أنّ الخطأ لا يستوعب جميع حالات التعسّف، كما أنّ الشّريعة الإسلامية لمْ تبني هذه الفكرة على الخطأ، بالتّالي يكون المتضرّر غير ملزم بإثبات هذا الأخير، وبمفهوم المخالفة لنص المادة **124 مكرر** نفهم أنّ هناك حالات أخرى للتعسّف لا تُشكّل خطأً، ففيما تتمثّل؟. ونجد أن المشرع قد خرج عن وظيفته الأساسية بمعالجته لطبيعة التعسّف.

نحن لا نؤيد هذا التوجه من المشرّع حيث أنّه كان ينبغي أنْ يُوسع من نطاق التعسُّف في استعمال الحق، حيث تقوم مسؤولية صاحبه بمجرد انحرافه عن الغاية المقصودة منه، ممّا يجعل من فكرة التعسُّف نظرية مستقلّة قائمة بذاتها تجد مكانها الطبيعي في النَّظرية العامّة للحق.

6- لا تخلو المادة **124 مكرر** أو المادة **41** من الق.الم.الج. قبل إلغائها من مزايا مقارنة بالتشريعات العربية، وبالأخص التشريع المصري الّذي يُعتبر المصدر الّذي أُستمدّت منه هذه النظرية، والّتي من شأنها أن تُوسّع من نطاق تطبيقها، وذلك لعدم اشتراطها انهيار التوازن بين المنفعة الّتي يرمي إليها صاحب الحق والضّرر الّذي يلحق الغير، وكذلك لم تشترط أن يكون قصد الإضرار العنصر الوحيد الّذي يتوافر في معيار قصد الإضرار.

7- يكون جزاء التعسّف جزاءاً تعويضياً- عينيا أو بمقابل- أو وقائيا.

8- أنّ نظرية التعسُّف تُطبق في مجال القواعد الموضوعية كالقانون المدني كما سبق وأن تعرضنا له حيث ثبت أنّ تطبيقاتها لا تقتصر فقط على حق الملكية - ولا يُقيّد هذا الأخير إلاّ بوُجوب عدم الإضرار بالغير، واستعماله استعمالاً مألوفاً لا يترتّب عليه ضرراً جسيماً؛ وإلاّ إلتزم بالتّعويض لإزالة الضّرر- وإنّما لها مجال للتطبيق في التّعاقد ويظهر في حالة فسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه بدون رضا الطرف الأخر، كما يُعد الدائن متعسّفا في حالة إصراره على تنفيذ العقد إذا قصد الإساءة إلى المدين، أو إصرار هذا الأخير على عدم التنفيذ.

تمتدّ النظرية إلى استعمال حقوق الارتفاق، حيث أنّه لا يجوز فيها لأصحابها منع الجار من الاستفادة منها، وإلاّ أُعتُبر مسيئا في استعمال حقه، ويقع على مالك العقار المرتفق بأن يلتزم بما قرّره له حق الارتفاق سواء حق السقي في المزارعة، المجرى، المسيل والمرور، فإذا تقرّر له حق المرور مثلا على الأقدام لا يجوز له المرور باستعمال الشاحنة، وإلا أعتبر مجاوزا لحدود حقه.

قد تتعسّف أغلبية الشُّركاء الّتي تملك أغلبية الأنصباء في إدارة المال الشّائع بإصدار قرارات تخدم مصالحها وتُضرُّ بالأقلية. كذلك يُعتبر مسيئا في استعمال حقه من يتمسّك بالبقاء على الشُّيوع بالرّغم من وجود سبب قوي يبرّر التعجيل بالقسمة، أو من يتمسّك بطلب القسمة بالرّغم من أنها ضارّة بالمال الشّائع، أو من يقوم بهدم الحائط الّذي يستند ملك جاره عليه دون مبرّر شرعي،...الخ.

9- كما تُطبق نظرية التعسُّف في مجال الأحوال الشخصية، وهذه الأخيرة تشمل بالأخص الزّواج والطلاق، وهذا ما يؤكد حرس قانون الأسرة الجزائري على حفظ الحقوق الزوجية وذلك بفرض مبدأ عدم جواز التعسُّف في استعمال حق الزواج الذي يعتبر حق مشروع لِكلِّ مَنْ له القدرة على تحمُّل أعبائه وتحقيق الهدف منه بتكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة؛ إلاّ أنّ هذا الحق مُقيّد بعدم الإضرار بالزّوج الأخر.

10- أنّ العدول عن الخطبة حق مشروع لكل من الخطيبين؛ إلاّ أنّه إذا ترتب عن هذا العدول ضرر مادي أو معنوي حكم القاضي بالتعويض، وهذا ما أقرّ به المشرّع الجزائري في نص المادة **5** من ق.الأ.الج. إلاّ أنّه أهمل ذكر الضّابط الّذي يستند عليه هذا التّعويض.

11- أنّ حق الولاية شُرع لرعاية مصالح المولى عليها، وهذا الحق مُقيّد بعدم الإضرار بها، ففي حالة منع الولي من تحت ولايته من الزواج بكفء وبمهر المثل، أُعتبر مُتعسِّفاً في استعمال حقه.

12- يُعتبر المهر حقا خالصا للمرأة وملك لها تتصرف فيه كما تشاء؛ إلاّ أنّ هذا الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير، وذلك بطلب المرأة أو وليها مهرا عاليا يعجز الزّوج عن توفيره.

13- أنّ أم الرضيع أحق من غيرها في إرضاع طفلها؛ إلاّ أنّها مُقيدة بعدم التعسُّف في استعمال حقها مما يلحق ضرر بالطفل، وذلك يظهر في المطالبة بتقديم أجر على الرضاع.

14- أنّ حق تأديب الزوجة أُبيح للزوج في حالة نشوزها؛ إلاّ أنّ هذا الزّوج مُقيّد في استعماله بمراحل التأديب المذكورة في الآية الكريمة من موعظة حسنة ثم هجر، وأخيرا الضرب، فإذا انتقل إلى وسيلة الضرب مباشرة فهو بذلك تجاوز حدود التأديب واُعتبر مُتعسِّفاً.

15- أنّ حق الزّوج في إيقاع الطلاق مُقيّد بمبدأ عدم جواز التعسُّف في استعماله لحقه، ويتحقق التعسُّف في صورتين: أولهما: الطلاق دون عذر شرعي، والأخر: الطلاق في مرض الموت، ويثبت

للزّوجة التعويض وجوبا إذا ثبت أن الطلاق غير مبرر، و في حالة الطلاق الفار يترتب عليه جـزاء يتمثل في ارث الزّوجة منه في حالة وفاته.

16- أنّ حق مراجعة الزّوجة في عدة الطلاق الرجعي قُرر لتمكين الزّوج من مراجعة قراره بالطلاق وتدارك الخطأ الذي وقع فيه؛ إلاّ أنّه قد يتعسّف في استعمال هذا الحـق وذلـك بغـرض الإضـرار بالمطلّقة.

17- أنّ حق التّطليق شُرع للزّوجة في حالة توافر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 مـن قانون الأسرة الجزائري، وإذا استعملت الزّوجة هذا الحق بقصد الإضرار بزوجها اعتبرت مُتعسّفة في استعماله.

18- أنّ حق الخلع قُرر للزّوجة إذا رغبت الخلاص من زوج تكرهه أو زوج سـيء ويكـون ذلـك بمقابل، لكن إذا قامت الزّوج بمخالعة زوجها بقصد الإضرار به كانت مُتعسّفة في استعمال هذا الحق.

19- أنّ الوصية جائزة وذلك لنيل الأجر والتواب في الآخرة؛ إلاّ أنّ الموصي مُقيّد بعـدم الإضـرار بالورثة.

20- بعد عرضنا لبعض هذه النتائج نخلص إلى القول أنّ نظرية التعسُّف في استعمال الحـق تحتـلُّ مكانة بارزة في النظام القانوني الحديث وأنّها نظرية كاملة وقائمة بذاتها ومرتبطة أساسا بفكرة الحق، وتنطبق على جميع نواحي القانون.

❖ الاقتراحات:

من خلال دراستنا لهذا البحث، وجدنا أنّ القانون الجزائري يشوبه بعض النّقص فيما يخـص تنظيمـه لفكرة التعسّف، وعليه نقترح على المشرّع ما يلي:

1- تبنّي هذه النظرية في الباب التمهيدي للقانون المدني، ممّا يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون أسوة بالقوانين العربية كالمشرّع المصري، السّوري والأردني،...

2- إعادة صياغة نص المادة **124 مكرر** من الق.الم.الج. بنفس الصيغة الّتي كانت عليهـا بموجـب نص المادة **41** من الق.الم.الج. قبل إلغائها وإضافة عبارة "**لاسيما**"، كما يلي: « **يكون استعمال الحق تعسّفيا لاسيما في الأحوال التالية:...**»، حيث أنّ في حالة ما إذا كان استعمال الحق يُشكِّل خطأ فـي حالات معيّنة، فما هو الهدف من هذه الفكرة؟

3- أنْ يكتفي المشرّع بإلزام الغير بإثبات الضّرر دون الخطأ؛ لأنّ هذا الأخير يُفترض فيه أن يكـون الفعل غير مشروع؛ أمّا في حالة التعسّف يعتبر الفعل مشروع لكن نتائجه غير مشروعة.

4- أنْ ينص المشرّع على الأصل في استعمال الحق وهو الاستعمال المشروع، كما فعل المشـــرّعين العرب، وذلك بالنّص على أنّ: «**من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولا عما ينشأ عــن ذلك من ضرر**» أو أنّ من استعمل حقه داخل الغاية الّتي شرع من أجلها لا يكون مسؤولا عما ينشـــأ عن ذلك من ضرر.

5- أنْ يُقرّر المشرّع التعويض للطّرف المتضرّر من العدول عن الخطبة على أساس التعسّـــف؛ لأنّ حق العدول عن الخطبة حق مقرّر لكلا الخاطبين.

قائمة المختصرات:

باللغة العربية:

أ.: أستاذ.

الخ: إلى آخره.

ج.: الجزء.

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

د.: دكتور.

د.ب.: دون بلد.

د.ب.ن.: دون بلد النشر.

د.د.ن.: دون دار النّشر.

د.س.: دون سنة.

د.س.ن.: دون سنة النّشر.

د.م.ج.: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص.: الصفحة.

ص.ص.: من صفحة إلى صفحة.

ط.: الطبعة.

ق.الأ.الج.: قانون الأسرة الجزائري.

ق.الإ.الم.الإ.: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الق.الم.الج.: القانون المدني الجزائري.

الق.الم.الم.: القانون المدني المصري.

باللغة الفرنسية:

éd.: édition.

O.P.U. : Office des Publications Universitaires.

p.: page.

Op.Cit.: Opère-Citato.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدمة.....01

الفصل الأول: ماهية التعسّف في استعمال الحق.....04

المبحث الأول: مفهوم التعسّف في استعمال الحق.....**05**

المطلب الأول: استعمال الحق.....05

الفرع الأول: تعريف استعمال الحق.....06

الفرع الثاني: صور استعمال الحق.....07

أولا: صور استعمال الحق حسب المعيار المادي.....07

ثانيا: صور استعمال الحق حسب المعيار العضوي.....08

المطلب الثاني: المقصود بالتعسُّف في استعمال الحق.....09

الفرع الأول: تعريف التعسُّف في استعمال الحق.....10

أولا: تعريف التعسُّف لغة.....10

ثانيا: تعريف التعسُّف اصطلاحا.....11

ثالثا: تعريف التعسُّف في الفقه الإسلامي.....11

الفرع الثاني: تمييز التّعسّف في استعمال الحق عن بعض الأنظمة المشابهة.....12

أولا: تمييز التّعسّف في استعمال الحق عن مجاوزة حدود الحق.....13

ثانياً: تمييز التّعسّف في استعمال الحق عن التعسّف في استعمال السّلطة.....15

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لفكرة التعسُّف في استعمال الحق.....16

الفرع الأول: التعسُّف تطبيق من تطبيقات الخطأ العادي.....17

الفرع الثاني: التعسُّف نوعا متميِّزاً من الخطأ.....18

الفرع الثالث: التعسُّف نظام مستقل عن نظام المسؤولية التقصيرية.....18

المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظرية التعسّف في استعمال الحق.....**21**

المطلب الأول: فكرة التعسّف في القوانين القديمة.....21

الفرع الأول: فكرة التعسُّف في القانون الرّوماني.....22

الفرع الثاني: فكرة التعسُّف في القانون الفرنسي القديم.....10

المطلب الثاني: فكرة التعسُّف في القوانين الحديثة.....24

الفرع الأول: فكرة التعسُّف في القانون الفرنسي الحديث.....24
الفرع الثاني: فكرة التعسُّف في القانون المصري.....26
الفرع الثالث: فكرة التعسّف في القانون الجزائري.....27
المطلب الثالث: فكرة التعسُّف في الشريعة الإسلامية.....30
المبحث الثالث: أحكام التعسُّف في استعمال الحق.....33
المطلب الأول: صور التعسُّف في استعمال الحق.....33
الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير.....33
الفرع الثاني: عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامة الضرر.....35
الفرع الثالث: عدم مشروعية المنفعة أو المصلحة الّتي يَرمي إليها.....38
المطلب الثاني: نطاق التعسُّف في استعمال الحق.....41
الفرع الأول: مدى إيراد التعسُّف على الرُّخص والحريات العامة.....41
الفرع الثاني: إيراد التعسُّف على كافة الحقوق.....43
المطلب الثالث: الجزاء المترتِّب على التعسُّف في استعمال الحق.....44
الفرع الأول: الجزاء الوقائي للتعسُّف.....44
الفرع الثاني: الجزاء التعويضي للتعسُّف.....45
الفصل الثاني: بعض تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري.....48
المبحث الأول: تطبيقات التعسُّف في القانون المدني الجزائري.....49
المطلب الأول: التعسُّف الوارد على العقود.....49
الفرع الأول: التعسُّف في استعمال حق فسخ العقد.....49
الفرع الثاني: التعسُّف في تنفيذ العقد.....51
الفرع الثالث: الشروط التعسُّفية الواردة في العقد.....52
المطلب الثاني: التعسُّف الوارد على حق الملكية.....53
الفرع الأول: التعسُّف الوارد على تجاوز حدود الأضرار المألوفة بين الجيران.....54
الفرع الثاني: التعسُّف الوارد على حقوق الارتفاق.....57
أولا: التعسُّف الوارد على حق السّقي في المزارعة.....58
ثانيا: التعسُّف الوارد على حق المجرى.....59

ثالثا: التعسُّف الوارد على حق المسيل أو الصّرف.....60
رابعا: التعسُّف الوارد على حق المرور.....60
الفرع الثالث: التعسُّف الوارد على الملكية الشائعة.....64
أولا: التعسُّف الوارد على الحائط المشترك.....64
ثانيا: التعسُّف في إدارة المال الشائع.....65
ثالثا: التعسُّف في قسمة المال الشائع.....65
المبحث الثاني: تطبيقات التعسُّف في استعمال الحق في قانون الأسرة الجزائري.....68
المطلب الأول: التعسُّف في استعمال الحق في الزواج.....68
الفرع الأول: التعسُّف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....68
الفرع الثاني: التعسُّف في استعمال الحق في حالة عضل الولي.....70
الفرع الثالث: التعسُّف في استعمال الحق في المغالاة في المهور.....71
الفرع الرابع: التعسُّف في استعمال حق الرضاع.....72
الفرع الخامس: التعسُّف في استعمال حق التأديب.....73
المطلب الثاني:التعسُّف في استعمال حق الطلاق.....75
الفرع الأول: التعسُّف في استعمال الزوج لحق الطلاق.....75
الفرع الثاني: التعسُّف في استعمال حق طلب التطليق.....80
أولا: التّطليق لعدم الإنفاق.....82
ثانيا: التّطليق للعيب.....83
ثالثا: التّطليق للهجر.....84
رابعا: التطليق للتعدُّد 84
الفرع الثالث: التعسُّف في استعمال حق الخلع.....86
المطلب لثالث: التعسُّف في استعمال حق الإيصاء.....86
خاتمة.....89
قائمة المراجع.....94
الفهرس.....103

قائمة المراجع:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: باللغة العربية:

I. الكتب:

أ- المؤلفات العامة:

1- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغيُّر الضّرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية والتقصيرية؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

2- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية؛ ط.9، د.م.ج.، الجزائر، 2007.

3- د. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلّته؛ ج.4، ط.1، دار الفكر للطباعة، دمشق،1991.

4- الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق؛ ط.1، الإصدار 10، دار الثقافة للنّشر والتوزيع، الأردن، 2008.

5- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي؛ ج.1،ج.2، ج.6، ط.2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.

6- د. السّنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام؛ المجلد2، ج.1، ط. 3 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

7- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.8: حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال؛ المجلد2، ط. 3 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

8- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.9: أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية: حق الانتفاع و حق الارتفاق؛ المجلد2، ط.03 جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

9- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية؛ ج.2، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1986.

10- الصراف عباس وحزبون جورج، المدخل الى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق؛ ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

11- د. العوجي محمد، القانون المدني، ج.2: المسؤولية المدنية؛ ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

12- د. أمجد علي سعادة، النظرية العامة للمسؤولية القضائية في التشريع الإسلامي، دراسة تأصيلية في الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية؛ ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

13- أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج.1: الحق، إساءة استعمال الحق، القانون و تطبيقه، الأشخاص و الأموال، أركان العقد وانحلاله، المسؤولية العقدية والتقصيرية؛ المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن.، 2001.

14- أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج.5: الملكية، المجرى والمسيل، حق المرور، وضع الحدود، الحائط المشترك، المطلات والمناور، الشرط المانع من التصرف، الشيوع، الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، الشفعة؛ المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن.، 2001.

15- د. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون ونظرية الحق؛ دار العلوم، الجزائر، د.س.ن.

16- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون و الفقه الإسلامي؛ ج.1، د.م.ج.، الجزائر، 1996.

17- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1: الزواج و الطلاق؛ د.م.ج. الجزائر، 1999.

18- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2: الواقعة القانونية: الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون؛ د.م.ج.، الجزائر، 1999.

19- د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي؛ د.م.ج.، الجزائر، 2001.

20- بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج.2: نظرية الحق؛ ط.2، الجزائر،2009.

21- د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، الكتاب الأول: المدخل للعلوم القانونية؛ الدار الجامعية، بيروت، 1989.

22- د. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة؛ ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

23- جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني؛ ج.1، ط.1، دار الثقافة للنّشر والتوزيع، عمان،2012.

24- د. رمضان علي الشرنباطي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي: نظرية العقد، الملك، الحق؛ ط.1، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2000.

25- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

26- د. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النّظرية العامة للحق؛ دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

27- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل؛ دار هومة للطّباعة والنّشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

28- د. عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي؛ ط1، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 2006.

29- د. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج.2: نظرية الحق؛ برتي للنّشر، الجزائر، 2009.

30- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري؛ ط.7، د.م.ج.، الجزائر، 2007.

31- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية؛ ط.7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 .

32- د.غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون؛ ط.1، دار الثقافة للنّشر والتوزيع، عمان، 2011.

33- ظاهر فؤاد، حقوق الإرتفاق في ضوء الإجتهاد؛ المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.

34- د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية؛ ط.04، منشورات جامعة دمشق، د.ب.ن.، 1996-1997.

35- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام؛ الكتاب الأول، ط.2، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2000-2001.

36- د. فوده عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.

37- د. فوده عبد الحكيم، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النّقض؛ المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

38- فيلالي علي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض؛ موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

39- د. كسَّاب مروان، المسؤولية عن مضار الجوار؛ ط.1، د.د.ن.، بيروت، 1998.

40- د. كيرة حسن، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النّظرية العامة للحق؛ ط.6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.

41- د. كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

42- د. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

43- د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، ماهية الحق: أنواع الحقوق، الأشياء محل الحق، ميلاد الحق، حمايته و إثباته، الشخصية القانونية: الشخص الطبيعي و المعنوي؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، رمضان و أولاده للطباعة والتجليد، الإسكندرية، 1998.

44- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج.6: أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية؛ ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

45- محمدي فريدة- زواوي، المدخل للعلم القانونية، نظرية الحق؛ المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2002 .

46- د. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار، في المسؤولية المدنية؛ المجلد الأول، ط.5، د.د.ن، القاهرة، 1992.

47- د.مروك نصر الدّين، طرق التّنفيذ في المواد المدنية؛ دار هومة للطباعة والنّشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

48- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها؛ ط.1، دار الثقافة للنَّشر والتوزيع، الأردن، 2012.

49- د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق؛ منشأة المعارف، الإسكندرية،2001.

50- يوسف محمد العبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة؛ ط.2، دار المسيرة للتوزيع والطباعة، الأردن، 2011.

ب- المؤلّفات الخاصة:

1- إبراهيم سيّد احمد، التعسّف في استعمال الحق فقها وقضاءً؛ ط.2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

2- أحمد النّجدى زهو، التعسّف في استعمال الحق؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

3- د. شوقي السيد، التعسّف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء؛ دار الشروق، القاهرة، 2008.

4- د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق؛ ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977.

5- د. نجيب احمد عبد الله الجبلي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي؛ المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، 2006.

6- نزيم نعيم شلالا، دعاوى التعسّف وإساءة استعمال الحق، دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية؛ ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

7- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسُّف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية؛ ط.1، دار الفكر، 2007.

8- هلالي عبد الله أحمد، تجريم فكرة التعسّف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

II. الأطروحات والمذكرات:

1- بلبولة بختة، أثر فكرة التعسّف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004-2005.

2- جويلي سعيد سالم، مبدأ التعسّف في استعمال الحق في القانون الدولي العام، للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، د.ب.، د.س.

3- دغنوش عبد الرحمن، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1977.

4- عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2002-2003.

5- مجوبي عبد الرحمن، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

6- مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، الجزائر، 2001-2002.

III. المواقع الالكترونية:

1- د. أحمد الصويعي شليبك، «التعسّف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة»؛ مجلّة الشريعة والقانون، عدد 38، أفريل 2009.
http://kambota.forumarabia.net/t4985-topic

2- إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في حقل الملكية العقارية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011-2012 www.meu.edu.jo/.../... Abuse of Right Theory in Real Estate

3- القانون المدني المصري http://shaban.almontada.infot/81-topic

4- جامع العلوم والحكم، الحديث الثاني والثلاثون لا ضرر ولا ضرار، تخريج أبو داود في " سننه " من حديث أبي جعفر محمد بن علي
http :// library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php ?

IV. المقالات العلمية:

1- أ. تريكي -ايت شاوش دليلة، « التطليق لعدم الإنفاق »؛ المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، العدد الأول، جوان 2010، ص.ص.155-180.

2- أ. رباحي أحمد، « اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن»؛ مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف- الجزائر، العدد الخامس، ص.ص.343-368.

3- أ. أبو بكر مصطفى، « الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق لى ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005»؛ المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، العدد الأول، 2011 ص.ص.244-286.

V. النصوص القانونية:

1- المرسوم الرّئاسي 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المعدل والمتمم، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج.ر.ج.ج. عدد 76، مؤرخ في 08 ديسمبر 1996.

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر1975، معدّل ومتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44، لسنة 2005، ومعدّل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج. عدد 31 الصادرة في13 مايو 2007.

3- قنون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر.ج.ج. عدد24 بتاريخ 12 يونيو 1984، معدّل بالأمر رقم 05-02 مؤرّخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

4- قانون رقم 29/91 مؤرّخ في 21 ديسمبر 1991، يعدل ويتمم القانون رقم 90-11، المؤرّخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 68، الصّادرة في 25 ديسمبر 1991.

5- قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج. عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

VI. الأحكام والقرارات القضائية:

1- المحكمة العليا، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 179696 مؤرّخ في 1998/03/17، (قضية ح.م. ضد س.ب.)، عدد خاص، 2001.

2- المحكمة العليا، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 217179 مؤرّخ في 1999/03/16، (قضية ج.م. ضد ب.ق.ج.)، عدد خاص، 2001.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 135435 مؤرّخ في 1996/04/23، (قضية د.ك. ضد أ.ن.)، عدد خاص، 1998.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 245159 مؤرّخ في 2000/06/20، (قضية ج.م. ضد ع.ج.ن.)، عدد خاص، 2000.

5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 43864 مؤرّخ في 1987/01/12، (قضـــية د.أ. ضد ز.ب.) المجلّة القضائية، عدد 1، 1991.

6- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 177700 مؤرّخ في 1999/03/90، (قضية ش.و.ن.ب. ضد ب.ح.)، المجلة القضائية، عدد 1، 1999.

7- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 180334 مؤرّخ في 1999/12/07، (قضية ق.ب.أ./. ضد ج.ي.ح.)، المجلة القضائية، عدد 2، 2000.

8- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 212611 مؤرّخ في 2001/02/13، (قضية م.و.أ ضد ل.ق.)، المجلة القضائية، عدد 1، 2002.

9- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 90943، مؤرّخ في 1992/06/16،(قضية س.ر.ضد ح.ط.)، المجلة القضائية، عدد 1، 1995.

10- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار 148810، مؤرخ في 25 /1997/06، (قضية ت.م. ضد ورثة د.ع.)، المجلة القضائية، عدد 1، 1997.

11- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار 148546، مؤرخ في 1997/04/30، (قضية ت.م. ضد ورثة د.ع)، المجلة القضائية، عدد 1، 1997.

12- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 90947، مؤرخ في 1993/04/27، (قضية م.ن. ضد د.أ.خ)، المجلة القضائية عدد 2، 1994.

13- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 87301 مؤرخ في 1992/12/22، (قضية ب.أ. ضد ب.خ.)، المجلة القضائية، عدد 2، 1995.

14-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 181648، مؤرخ في 1997/12/13، (قضية ش.ع. ضد أ.ح.)المجلة القضائية، عدد 1، 1997.

VII. القواميس القانونية:

1- إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، القاموس القانوني، فرنسي- عربي، مكتبة لبنان، ط.8، 2002.

2- إبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 9، دار صادر، بيـــروت، لبنـــان، 1956.

3- د. أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الادارية، انجليزي-فرنسي-عربـــي، دارالكتـــاب المصري، (القاهرة)، دار الكتاب اللبناني،(بيروت)، 1983، ص.212.

ثالثا: باللغة الفرنسية:

I. Ouvrages

1- BERGEL (Jean- Louis), Théorie général du droit, 3ème éd., DALLOZ, Paris, 1999.

2- CHABAS (François), obligations, théorie générale, 9ème éd., t.2, 1ervolume, Montchrestien DELTA, éd., DELTA, Bayreuth, Liban, 2000.

3- FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc), droit civil, les obligations, le fait juridique, 9ème éd., éd. DALLOZ, Paris, 2001.

4- LEGIER(Gérard), droit civil, les obligations, 19ème éd., DALLOZ, Paris, 2008.

5- TERKI (Nour-eddine), Les obligations, Responsabilité civil et régime général, O.P.U., Alger, 1982.

II. Dictionnaires juridiques

1- NICOLAEAU (Patrick), dicojuris, léxique de droit privé, ellipses, éd. marketing, Paris, 1996.