وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون خاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

التعسف في استعمال الحق

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص : قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):

أوكيلي نورهان

تحت إشراف الأستاذ(ة):

قماري بن ددوش نضرة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) أ.د بوسحبة جيلالي ..... رئيسا

الأستاذ(ة) قماري بن ددوش نضرة ..... مشرفا مقررا

الأستاذ(ة) أ.د بن بدرة عفيف..... مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت في : 03 /06/ 2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات
الرقم :.....م.ت/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: أوكيلي نورهان الصفة: طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 407857638 والصادرة بتاريخ: 24-11-2023

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: قانون خاص

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

التحقيق في استعمال القوة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 09 JUIN 2024

إمضاء المعني

09 JUIN 2024

ع / رئيس المجلس الشعبي البلدي
و بتفويض منه
ضابط الحالة المدنية
امضاء جادواجي ناجية

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

إهداء

الحمد الله و الصلاة و السلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين

لحظة لطالما إنتظرتها ، لحظة تخرجي ،

أهدي عملي و جهدي الى والدي اللذان رافقان في مسيرتي الدراسية الى يومنا هذا ،

و الى اخواني و صديقتي رفيقت دربي، لكم كل التوفيق و النجاح .

الشكر

كلمة شكر و اعتزاز و تقدير لشخص أعطى من جهده الشيء الكثير ،

أتقدم بجزيل الشكر الى الأستاذة الدكتوراه الفاضلة **قماري بن ددوش نضرة** على قبولها الإشراف

على هذا البحث و على كا ما قدمته من توجيهات و نصائح ، لها فائق التقدير و الإحترام ،

و أيضا نشكر أعضاء اللجنة المشرفة .

قائمة المختصرات باللغة العربية

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري .

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري .

ق.م.م : قانون المدني المصري .

د.ب.ن : دون بلد النشر .

د.ت.ن : دون تاريخ النشر .

د.م.ن : دون مكان النشر .

د.ط : دون طبعة .

ج : جزء .

ط : طبعة .

ص : صفحة.

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية :

P : Page .

مقدمة

مقدمة

ساد في الزمن الماضي أن صاحب الحق كان يتمتع بالحرية المطلقة في استعمال حقه، حيث لا يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر جراء استعماله لحقوقه ، خلف ذلك انتشار مذهبين كلاهما يناقض الآخر ، المذهب الفردي و الذي كان فقهه يقوم على الفرد و حقوقه و لا يعترف بوجود القانون ، كما عمل بفكرة استعمال الحق كما يشاء داخل النطاق المحدد له دون رقابة ودون أن يكون مسؤولا عما يترتب عن ذلك من أضرار، فالمبدأ الذي كان يقوم عليه أنه ليس بالمتعدي من يستعمل حقه ، عكس المذهب اجتماعي الذي يقوم على الجماعة و حقوقها و على الفرد و حقوقه بمعنى آخر أولوية حق الجماعة إزاء حق الفرد، فلقد أنكر فقهاء هذا المذهب فكرة الحق و عرفها أنها مجرد وظيفة اجتماعية لا تخول على صاحبها حقوق إنما تقيده بها ، أي تفرض عليه التزامات .

إلى أن ظهر الفقه و التشريعات الحديثة كمذهب وسطي حيث أخذ النظرية بمفهومها **نظرية التعسف في استعمال الحق** ، تعترف بوجود الحق و الحرية لكنها تقيد الحرية حتى لا يندفع صاحب الحق إلى تحقيق غرض غير مشروع ، و تضع رقابة على استعمال حقه لضمان مشروعية هذا الاستعمال و بذلك لم يعد هذا الاستعمال متروكا لصاحبه لتحقيق هدف غير مشروع ، إنما أصبحت نظرية التعسف في استعمال الحق لها حماية قانونية و جزاء كلما أصاب الغير ضرر جراء استعماله المنحرف .

و الملاحظ أن **نظرية التعسف في استعمال الحق** قد حظيت بإهتمام الفقهاء و التشريعات الحديثة التي لازالت تعمل بها ، و يظهر ذلك بدليل الدراسات الحديثة و الأحكام القضائية الصادرة و تعديلات التشريعية التي كان آخرها تعديل القانون المدني الجزائري ، حيث أعاد صياغة المادة من المادة **41 من القانون المدني** و نقلها الى **المادة 124 مكرر** من القانون المدني رقم 05-10 الموافق لـ 20 يونيو 2005 في الفصل الثالث تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض في القسم الأول المسؤولية عن الأفعال الشخصية و لقد جاءت أساس بقيود لتمنع التسبب فيها ، جراء تجاوز الكثير من لإنتقادات الشكلية و الموضوعية .

أهمية الموضوع :

إن دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق بشكل عام له أهمية وقيمة علمية في شتى مجالات الدراسات القانونية التي تطرقت إليه جل التشريعات في التقنين المدني ، فأساسه يرتكز على سلوكيات صاحب الحق في استعماله لحقه ، فلا خطأ إن كان صاحب الحق يسعى وراء جلب منفعة مشروعة ، وإنما يعتبر متعسفا حين يضر بالغير، فإذا كان القانون قد خول و قرر الحق لصاحبه ، على هذا الأخير أن يستعمل حقه و فق ما أقر له ، ولا يكون إذا متعسفا في استعمال حقه إذا لم يخرج عن نطاق ما أعد له فإذا استعمله بشكل مخالف للقانون يعد متعسفا في استعمال حقه، بمعنى آخر عندما يتقرر لك حق عليك استعماله بطريقة قانونية، هذا لا يعني أنه منح لك حق و أن تستعمله كما تشاء بل هناك حدود يجب أن لا يتخطاها صاحب الحق، فاستعمال الحق في ذاته لا يكون مصدر مسؤولية و إنما طريقة استعماله و ما تولد عن ذلك يعتبر مسؤولية ،و قد ينجم عن إستعماله ضرر،ووفقا للقانون كل ضرر يصيب الغير ينجم عنه تعويض ، فهو فعل يستحق التعويض فلا فائدة لقانون لا يحمي الحقوق فالحق هو الوجه مقابل لكلمة القانون .

و الدراسات الحديثة الواسعة مكنتنا من تطبيق هذه النظرية في مجالات عديدة ،و لما للحق من موضوعات مختلفة تتفرع عنه حقوق ، كحق الملكية فهو السلطات التي يخولها لصاحب الحق من استعمال الشيء و استغلاله و التصرف فيه، إلا أن هناك من يتعسف في استعمال حقه و يلحق الأذى بجاره سواء ضرر مادي أو معنوي .

و من جهة أخرى سندرس التعسف في القانون الاسرة (العلاقات الاسرية خاصة) علما أن الأسرة مجموعة من الافراد تربط بينهم صلة قرابة ، ووجوب احترام حقوق و حريات الافراد و الحد من أشكال التعسف و العنف لاسيما داخل الاسرة ، التي تشهد تغيرات و نوع من التفكك الاسري جراء تهاون الزوجين في العلاقة الاسرية ،و كثرة المشاكل العائلية محاولان إلحاق الضرر بعلاقتهما و خاصة الزوجين ، فالعيش في بيئة لا يسودها الأمان و الثقة لا مجال من المحاولة في النجاح و البقاء على علاقة تتفكك جراء تعسفهما في العلاقة الاسرية ،

فقد يحاول كلاهما النفور و تزداد محاولتهما للعثور على علاقة أخرى هادئة تناسبه ، و يزداد تعسفهما في الضرر بالآخر و قد تكون هناك حالات تعسف بدون سبب كالطلاق الذي نشهده بكثرة و القائم تحت مجهر المجتمع .

التعسف في استعمال الحق و نجم ضرر بالشخص الاخر ، قد يعتبر من المنظور العام انه بدون حماية و حق ، والمعروف بين رجال القانون تنتهي حريتك عندما تبدأ حرية الاخرين .

أسباب اختيار الموضوع :

-اهتمام المشرع الجزائري بموضوع التعسف في استعمال الحق في إعادة صياغته و تنظيمه بطريقة واضحة و محكمة.

-الميول و الاهتمام لدراسة موضوع أثار جدلا و إهتماما بين فقهاء القانون.

- الرغبة في التوسع في البحث حول موضوع التعسف في استعمال الحق.

-موضوع يسهل التحكم فيه من الناحية الشكلية و الموضوعية فهو تطبيق لمظاهر الحية الواقعة في يومنا .

-لم أجد صعوبة في مصطلحات الخاصة بموضوع التعسف في استعمال الحق.

-توفر المادة العلمية و الدراسات السابقة عند فقهاء القانون في التشريعات الغربية و العربية .

-و سبب آخر أنه يحمي حقوق صاحب الحق ، وقيد مظاهر التعسف في استعمال الحق .

طرح الإشكالية:

حسب الجدل الذي أقامته نظرية التعسف في استعمال الحق و انتشارها في القوانين الغربية و اتخاذها موقعا بارزا في التقنين المدني الجزائري ، و ما رتبته من إيجابيات خاصة و أنها جاءت لتمنع صاحب الحق من التعسف في استعمال حقه ، فلا بد من إشكالية تصلنا الى الجواب المراد الوصول له من خلال بحثنا ، خصوصا أن المشرع الجزائري حاول توازن بين

مصلحة الفرد و الغاية المراد تحقيقها ، و لتوسع بمضمون ما جاء به التقنين الجزائري نطرح الإشكالية التالية : **ما مدى أخذ القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق ؟**

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة إعتمدت على فصلين ، **الفصل الاول** نظرية التعسف في استعمال الحق ، قسمته الى مبحثين ،المبحث الاول مصطلحات نظرية التعسف في استعمال الحق و تاريخ تطورها ، و المبحث الثاني شروط تحقق التعسف في استعمال الحق و جزاء المترتب عنه ، ثم **الفصل الثاني** جاء تحت عنوان تطبيقات التعسف في استعمال الحق ، و هو الآخر قسمته الى مبحثين ، المبحث الاول التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية ، و المبحث الثاني التعسف في استعمال الحق في العلاقات الاسرية .

المنهج المتبع :

إعتمدت في دراستي لموضوع التعسف في استعمال الحق على المنهج التحليلي لتوضيح أكثر حول المسائل التي عالجتها و تضمنها النظرية ، اضافة للمنهج التاريخي لاستقراء اصل نظرية التعسف في استعمال الحق، تحت التطورات التي مرت بها من القرون الماضية في المبحث الثاني من الفصل الاول .

الدراسات السابقة :

-الدكتور فتحي الدريني ، بعنوان التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، سنة 1967 ، حيث تناول في باه الثاني من رسالته نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه و القانون الوضعي .

-ابراهيم سيد أحمد ، بعنوان التعسف في استعمال الحق فقها و قضاءً ، سنة 2000 ، تعرض في كتابه لفكرة التعسف في استعمال الحق مع عرض فقهي موجز و ركز على التطبيقات القضائية المختلفة بشأن الفكرة .

-عبد الرزاق السنهوري ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الاموال ، سنة 1991 ، تناول في القسم الثاني حق الملكية ، اعتمدت عليه كثيرا لاحتوائه على كل جزء كنت بحاجة اليه مع تفاصيل دقيقة و أمثلة حول قيود الملكية العقارية .

- الدكتور حسن كيرة ، بعنوان المدخل للعلوم القانونية بوجه عام، سنة 1974، تناول موضوع استعمال الحق في الباب الرابع من القسم الثاني لكتابه ، تطرق فيه الى اصل نظرية التعسف في استعمال الحق و ضبط معاييره و تميزه عن باقي المصطلحات المتقاربة .

-زرارة عواطف ، اطروحة دكتوراه ، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة ، سنة 2013 ، تناولت في دراستها مراحل تطور مضار الجوار و مدى اخذ المشرع الجزائري به.

-العربي مجيدي ، بعنوان نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الاسرة دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، سنة 2001 ، تناول في مذكرته أصل فكرة الحق و مواضيع تخص انحلال الرابطة الزوجية كالطلاق و غيره .

الصعوبات :

-موضوع التعسف في استعمال الحق لم يفصل به حديثا إنما وجدت مراجع تعود لفقهاء قديما فقط .

-عدم توفر كتب في المكتبات تخص موضوع التعسف في استعمال الحق.

-صعوبة التدقيق و التفصيل أكثر نظرا لارتباطه بالشريعة الاسلامية ، فقد كان من الصعب دراسته في القانون وحده .

- أيضا و جدت صعوبة حول تطبيقات التعسف في العلاقات الاسرية لعدم وجود المراجع كافية ، وقلة الدراسة من ناحيته.

التمهيد

بعد صدور التعديلات الحديثة على نصوص القانونية حول التعسف في استعمال الحق هذا لا يدل على أنها نظرية لم تعرف قديما، بالعكس تماما بل تمتد جذورها الى الماضي، كانت مجرد فكرة تداولتها أحكام المحاكم و اقلام الفقهاء إلا ان ظهرت في أواخر القرنين الثامن عشر و التاسع عشر و التي كانت محل جدل حول استعمال الحق، فثار النزاع بين القوانين التي خرجت عن إطار و حدود استعمالها فقد خولت للفرد استعمال الحق دون قيود و أضافة الى ذلك كفلة حماية حقه و الأخرى قد اعتبرت الحق مجرد وظيفة اجتماعية .

فعلى هذا النحو و بعد تعارض المذاهب القديمة تطورت نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة و غلبة عليها عدة تيارات فكرية كانت ناتجة عن المذاهب الفلسفية فقد عرفت كل منهم اختلافات شتى اثرت على مفهوم التعسف لتحولها من مجرد فكرة الى نظرية عامة محل اهتمام الفقهاء و رجال القانون .

من جهة أخرى تعرضت فكرة الحق للإنكار لكن بفضل فكرة التعسف نستطيع تأكيد إستبقاء الحق كفكرة أساسية في النظام القانوني و هذا راجع لإرتباط فكرة التعسف بفكرة الحق إذ هي في حقيقتها وزن لإستعماله على ضوء غايته، مما يجعلها فكرة متعلقة و مكملة لفكرة الحق[1]، حيث لا تكتمل نظرية الحق دون النظر لطريقة إستعماله ، و عليه لم يكن لنظرية التعسف في استعمال الحق أن تظهر الى الوجود إلا بعد تطور مفهوم فكرة الحق .

فكثيرا ما يحتاج صاحب الحق للجوء الى القضاء مطالبا بالإعتراف بحقه و حمايته و تمكنه من استعماله على نحو معين ، هنا لا يكفي القاضي بالتأكد من وجود الحق بل يجب أن يتحقق كذلك من ان الإستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف ، و في حالة وقوع الإستعمال

[1] حسن كيرة، المدخل الى القانون النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، الطبعة الخامسة ، 1974، ص877 .

التعسفي يكتفي القاضي برفض طلب صاحب الحق، و على هذا النحو تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي و علاجي [1].

قبل الشروع لمعرفة مفهوم التعبير القانوني الحديث **(التعسف)** علينا التمييز بينه و بين عدة مصطلحات تظن أنها توائم لكن هي من أنساب مختلفة مثال ذلك مجاوزة الحق، و نضرب لذلك مثلا يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق و مجاوزة الحق .

_ إذا أقام مالك بناءه على أرض غيره أو زرع أرض غيره اعتبر متعديا ، ففعله غير مشروع أصلا لأنه لا ستند الى حق و لو كان فيه نفع لغيره، و لكن إذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها، حائطا عاليا، فسد على جاره منافذ الضوء و الهواء حتى اصبح من المعتذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد أو بعبارة أخرى تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك وهو ما يسمى بالضرر الفاحش، فهذا المالك يعتبر متعسفا في استعمال ملكه، لأنه و إن تصرف في حدود حقه الموضوعية ، لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بينه بالجار ، فتصرفه في الاصل مشروع ، لانه يستند الى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات التصرف المادي و الشرعي ، و الاستعمال ، و الاستغلال، و مأتى التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره كما ذكر [2].

يقصد بتجاوز الحق هو تجاوز صاحب الحق عن حدود التي وضعها القانون ، و ذلك بالخروج عن نطاق الحق و مجاوزته ، و الذي يعد خطأ يلتزم مرتكبه بالتعويض في هذه الحالة[3].

---

[1] حسن كيرة ،المرجع السابق ، ص 879.

[2] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه لاسلامي ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، لبنان ،1977، ص47.

[3] محمد حسين منصور ، محمد حسني قاسم ، المدخل الى القانون ، القاعدة القانونية –نظرية الحق–، الكتاب الثاني ، دار الجامعة للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 2000، ص 203.

كلا من مجاوزة الحق و التعسف في استعماله أمر مخالف للقانون و غير مشروع في ذاته لعدم استناده الى الحق ، و أيضا لا يمنع أحد من استعمال حقه إلا إذا قصد الاضرار بغيره، أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة، أما مجاوزة لحدود الحق، فانه يمنع و لو قصد إحداث نفع، كمن زرع ارض غيره او بنى فيها او غرس بدون اذنه ، كما قدمنا.

على ان استعمال الحق يصبح غير مشروع اذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد، اي يمنع الا لهذا القدر من الضرر، أما مجاوزة لحدود الحق ، فانه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره[1].

إذا كنا قد وصلنا الى أن نظرية التعسف في استعمال الحق قد أصبحت اليوم أمرا مسلما به في الفقه و التشريع و القضاء ، فإن التساؤل المهم الذي شغل بال الفقه و مازال يشغله إلى يومنا الحاضر يمكن في تأصيل هذه النظرية، أي الأساس الذي تقوم عليه .

برز في الفقه اتجاهان كبيران في تأصيل نظرية التعسف في إستعمال الحق ، أولهما تقليدي يرى أنصاره أن التعسف يقع في دائرة المسؤولية التقصيرية باعتباره صورة من صور الخطأ التقصيري،و ثانيهما حديث يرى أنصاره أن التعسف يقع خارج دائرة المسؤولية التقصيرية باعتباره نظرية مستقلة قائمة بذاتها ، و لكن يبدو أنصار الاتجاه التقليدي ، مختلفون فيما بينهم في تبرير هذا التأصيل على ثلاثة أقوال .

_أولها اعتبار التعسف في إستعمال الحق مساويا للخروج عن الحق و الذي نادى به الفقيه الفرنسي بلانيول ، و دافع عنه بشدة، فهو من أشد أعداء نظرية التعسف في إستعمال الحق[2]، و في معرض الدفاع عن رأيه قال الأستاذ بلانيول:"إن الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف، و لا يمكن أن يكون هناك استعمال تعسفي لحق ما ، لسبب غير قابل للدحض ، هو أن العمل

[1] فتحي الدريني ،المرجع السابق ، ص 50 .

[2] شوقي بناسي ، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ،الجزائر،2010،ص709 .

الواحد ، لا يمكن أن يكون في نفس الوقت ، متفقا مع القانون و مخالفها له "[1].

و على ذلك إذا وجد تعسف في سلوك الأفراد ، فإن ذلك لا يكون عند استعمالهم لحقوقهم ، و إنما يكون عند تجاوزهم لحدود هذه الحقوق المرسومة قانونا، و من ثم فإن العمل، في هذه الحالة، يكون دون حق.

_ثانيا اعتبار التعسف في استعمال الحق مساويا للخطأ التقصري فيرى الاغلبية الفقه التقليدي أن هناك فرقا بين صورتي التعسف في استعمال الحق و الخروج عن الحق، و مع ذلك ينبغي أن يظل التعسف في دائرة المسؤولية التقصيرية[2].

و قوام هذا الرأي أن الخطأ هو الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهو قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة، وقد يقع منه و هو يستعمل حقا، بمعنى أنه متصور في إستعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص، و الرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة وجب عليه أن يلتزم قدرا من الحيطة و التبصر و اليقظة حتى لا يضر بالغير، وإذا استعمل حقا امتنع عليه مجاوزة الحدود المرسومة قانونا لهذا الحق.

و في نظر أصحاب هذا الرأي أن الرجال الفقه القديم كانوا يرون تقييد الرخص دون تقيد الحقوق ، لذلك كانوا يشترطون في إتيان الرخص عدم انحراف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي ، أما الحق فلا يشترطون في استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده، و من ثم كان الخطأ في نظرهم هو انحراف عمن السلوك في إتيان الرخص أو مجاوزة للحدود في استعمال الحق، أما إذا استعمل الشخص حقا و لم يجاوز الحدود المرسومة قانونا فلا يعد مخطئا و لو أضرر بالغير ، فاستعمال الحق مرتبط بحدوده، فإذا جاوزها صاحب الحق كان ذلك خروجا عن الحق يقيم مسؤوليته، وإذا لم يجاوزها لم تتحقق مسؤوليته و لو انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي فأضر بالغير.

---

[1] " Le droit cesse ou l’abus commence ,et il ne peut y avoir usage abusif d’un droit quelconque pour la raison irréfutable qu’un seul et même acte ne peut pas être tout a la fois conforme au droit et contraire au droit ".Planiol.traité élémentaire de droit civil .2.n871.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1، ط2، دار النهضة العربية ، 1964 ، ص 695.

ويصل أصحاب هذا الرأي في الأخير إلى القول بأن للخطإ صورتين: صورته الأولى ، التقليدية، و هي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق، و صورته الثانية ، الحديثة، و هي التعسف في استعمال الحق[1].

_ثالثا اعتبار التعسف في استعمال الحق خطأ متميزا عن الخطإ التقصيري:بعد النقد القوي الموجه لرأي غالبية الفقه التقليدي مال بعض الفقه، و على رأسهم الأستاذ جوسران ، رأى أن التعسف لا يعد مساويا للخطأ التقصيري العادي، بل هو متميز عنه، لأنه خطأ مرتبط بروح الحق و غايته الإجتماعية، فإذا كان الخطأ في مجال التعسف معياره الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإن الخطأ في مجال التعسف خطأ إجتماعي معياره الإنحراف عن روح الحق و غايته الإجتماعية .

و يصل جوسران إلى القول بوجود نوعين من الخطإ ، خطأ يقع خارج استعمال الحق و هو الخطأ العادي و خطأ يقع في استعمال الحق و هو الخطأ الإجتماعي ، أي التعسف في استعمال الحق و على هذا الأساس نادى جوسران بالبحث عن الغايات الإجتماعية لكل حق على حدة لمعرفة مدى استعمال الحقوق و هذه الغايات التي من أجلها منحت هذه الحقوق[2].

[1] شوقي بناسي ، المرجع السابق ،ص711-712.

[2] المرجع نفسه ، ص 714.

الفصل الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق

الفصل الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق

عموما ما يعنيه عنوان الفصل هو بعد أن يتقرر الحق لصاحبه على الأخير أن يستعمله وفق ما يقرره القانون، و إلا اعدَ متعسفا في استعمال حقه، فالقانون لا يحمي الحق و مستعمله إلا إذا استعمل حقه في إطار مشروع، كما هو واضح أن نظرية التعسف في استعمال الحق مركبة من "**التعسف**" و "**الحق**" ، لأجل ذلك سيتم ضبط مصطلحات نظرية التعسف في استعمال الحق و تاريخ تطورها في **المبحث الأول** و شروط تحقق التعسف في استعمال الحق و جزاء المترتب عنه في **المبحث الثاني** .

المبحث الأول: مصطلحات نظرية التعسف في استعمال الحق و تاريخ تطورها

يمنح القانون لكل شخص حقوق يتمتع بها دون المساس و الخروج عنها فالقاعدة العامة تقضي بأن أي استعمال يلحق الغير بضرر يعتبر تعسفا ، و لا يمكن التطرق الى موضوع البحث دون تحديد مفاهيم المتواجدة في موضوع بحثنا، و كذلك من أجل إعطاء صورة واضحة تمكننا من فهم الموضوع ، و من جهة أخرى سنتطرق الى تطور النظرية و التي يرجع تاريخها الى القانون الروماني أولا ثم الى القوانين الحديثة في مختلف النصوص القانونية .

و لدراسة كل على حدى قسمت **المبحث الأول** إلى ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق في **المطلب الأول** و تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول : ماهية نظرية التعسف في إستعمال الحق

يمكن بيان مفهوم نظرية التعسف كالتالي:

سنتولى تعريف المصطلحات لغة و إصطلاحا للوصول الى بيان الواضح للنظرية وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول : تعريف الحق

لابد قبل التطرق لتعريف الحق في القانون من معرفة معناه لغة.

أولا : الحق لغة

للحق عدة معاني وردت في معاجم اللغة العربية منها:

_ الحق ، بفتح الحاء ، جمع حقوق ، الصواب ضد الباطل.

_ في القاموس المحيط : أن الحق يطلق في اللغة على المال و الملك و الموجود الثابت، و معنى حق الأمر: وجب و وقع بلا شك[1].

_ في لسان العرب : أن الحق نقيض الباطل ، و جمعه حُقوقٌ و حقاقٌ ، ثم استعرض إبن المنظور استعمالات لغوية (الثبوت و الوجوب و الإحكام و التصحيح واليقين و الصدق)[2].

_ هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره [3].

_ الحق اسم من أسماء الله تعالى ، وقيل من صفاته قال تعالى :" ثم ردوا إلى الله مولاهم الحق " [4]، و الحق بمعنى القرآن يراد به العدل ، و يقال الحق و يقصد به النصيب و الحظ ، قال تعالى:" و في أموالهم حقٌ للسائل و المحروم" [5]، و الحق : هو الواجب و الأمر المؤكد

---

[1] الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ط6 ، 1998 ، ص874 .

[2] إبن المنظور ، لسان العرب ، بيروت ، دار الجيل ، دار لسان العرب ، 1988 ، ج1 ، ص 680.

[3] الشريف الجرجراني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة ، القاهرة ، مصر، 1845 ، ص 79 .

[4] الآية 62 من سورة الأنعام .

[5] الآية 19 من سورة الذريات.

الثبوت و الوجود ، صح و ثبت و صدق ، و تحقق عنده الخبر أي صح وثبت ، و يقال ماله في حق و لا حقائق ، و قد يرد الحق بمعنى اليقين ، كما قد يذكر الحق و يقصد به الموت .

ثانيا:الحق اصطلاحا

1_تعريف الحق في القانون :

بما أن القانون هو الأداة التي تحفظ الحقوق و تحميها ، فقد حظي الحق باهتمام وافر من جانب فقهاء القانون ، الا أنه قد اختلفت تعاريفهم للحق [1]. و هذا الإختلاف راجع في الأساس لصعوبة وضع تعريف لظاهرة قانونية مجردة تنطبق على حالات فردية لا يمكن يحصرها ، كما أن التعريف في حد ذاته هو عمل نظري يمكن أن يتأثر بعدة أمور ، منها تعدد الإتجاهات للمعرف [2].

لذا من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول و الجدل مسألة تعريف الحق، فقد ظهرت أربع إتجاهات بوجهات نظر مختلفة لإيجاد تعريف جامع للحق .

أ-المذهب الشخصي:

أو النظرية الإرادية ، هذا الاتجاه قد تزعمه سافيني و وينشايد، فالأول نادى بهذا المذهب، و الثاني تولى تطوره و الدفاع عنه ، حيث عرف الحق من خلال النظر الى صاحبه، فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ، و لذلك يعرف الحق بأنه هو تملك القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم .

يأخذ من هذا التعريف أن الحق قدرة إرادية ، تعرض هذا المفهوم الى إنتقادات و هجومات كثيرة فهو يتنافى مع ماهو سائد في الشرائع من أن لعديمي الإرادة حقوقا كما لحائزيها سواء بسواء، فالمجنون و الصغير غير المميز،يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الإرادة، و كذلك

[1] عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 1996، ص 439.

[2] رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، ص 19.

فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلا[1]. من خلال تعريفه لم يجعل لأشخاص عديمي الأهلية و الموصى عنهم و الورثة حقوق ، مع أن لهم حقوق يقرها القانون.

ب-المذهب الموضوعي:

تزعم هذا المذهب الفقيه الألماني إهرنج عرف الحق:" بأنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون"[2]، يأخذ من هذا التعريف أنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق بينما هي ليست كذلك دائما.

فقد إنتقد هذا التعريف لأنه لا ينصب على مفهوم الحق وحده و إنما ينصب على الغاية التي يهدف صاحب الحق الى تحقيقها و هي في حقيقتها غاية مشروعة يقرها القانون ، و لكن الغاية تختلف عن الحق ذاته، و لأن الحق الذي يحدد المشرع مضمونه هو وسيلة التي يمكن لصاحب الحق أن يستعملها في تحقيق تلك الغاية[3].

ج-المذهب المختلط :

حاول هذا الإتجاه التوافق بين المذهبين الموضوعي و الشخصي ، جمعوا بين الإرادة و المصلحة لكنهم إختلفوا و حاولوا تغليب الإرادة عن المصلحة.

يرى البعض أن الحق هو القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون فيعرفه بأنه :"سلطة إرادية يعترف بها القانون و يحميها ، محلها مال أو مصلحة "، و البعض يغلب دور المصلحة على دور الإرادة ، فيرى الحق بأنه المصلحة التي يحميها القانون و تقوم على تحقيقها و الدفاع عنها قدرة إرادية معينة ، و يعرفه بأنه: "المصلحة المحمية عن طريق الإعتراف بقدرة إرادة صاحبها " .

---

[1] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص431-432.

[2] عبد الودود يحي ، المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، مصر ، دار النهضة العربية ، 1981، ص 252.

[3] اسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، 2001، ص209.

رفض هذا الإتجاه الذي يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة و قدرة إرادية معا لدى صاحب الحق[1]، كونه يمزج بينهما .

د- المذهب الحديث :

لما عجزت النظريات التقليدية عن وضع تعريف دقيق للحق، إتجه الفقه الحديث الى التركيز على جوهر الحق نفسه، لأن تعريف الشيء ينبغي أن يركز على ذات الشيء ، هذا ما حاول القيام به الفقيه البلجيكي دابان في كتابه[2] le droit subjectif ،حيث قام بتحليل فكرة الحق ، و أعطاها تعريف دقيق و سليم ، فعرفه بأنه :" تلك الرابطة القانونية التي مقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الإنفراد و الإستئثار و التسلط على شيء أو إقتضاء أداء معين لشخص آخر "[3].

و تلته محاولات أخرى أهمها محاولة الفقيه الفرنسي روبييه، وقد لاقت نظريته رواجا كبيرا عند الفقهاء، فتبناها أغلبهم ، و رغم ذلك لم تنجو من النقد.

وقد تضمنت نظرية دابان بعد دراسة معمقة ، الى أن الحق يتكون من أربعة عناصر :

عنصران داخليان و هما :الإستئثار و التسلط ، و عنصران خارجيان و هما: ثبوت الحق في مواجهة الغير و الحماية القانونية .

و من خلال التعريف نستخلص أن الحق ميزة يمنحها القانون لشخص ما و يحميها بطرق قانونية، و بمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به، بصفته مالكا أو مستحقا له[4].

فهذه النظرية هي أقرب النظريات الى التعريف الجامع لفكرة الحق ، حيث أبرزة أهم عنصر في

---

[1] حسن كيرة، المرجع السابق، ص437.

[2] Jean DABIN,Le droit subjectif ,dolloz ,Paris, 1952, P 55 -105.

[3] عبد النعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، مصر ، 1965،ص277.

[4] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص37.

تكوين الحق أغفلة أغلب النظريات ذكره ، لهذا نقرر من الآن أن تعريفنا يسير في نفس الإتجاه الذي اقترحه الفقيه دابان [1].

2_ تعريف الحق عند فقهاء القانون

لقد وضع الإتجاه الحديث الى حد ما إطارا حقيقيا للحق بنيت عليه أغلب تعاريف فقهاء القانون ، من بين هذه التعاريف ما يلي :

_ عرفه الفقيه حسن كيرة أنه :" ذلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الاشخاص على سبيل الانفراد و الاستئثار و التسلط على الشيء أو إقتضاء أداء معين من شخص آخر ".

_ و عرف أيضا :" قدرة لشخص من الأشخاص ، على أن يقوم بعمل معين ينحها القانون و يحميها تحقيقا لمصلحة يقرها "[2].

_و أنه :" إستئثار شخص يقيم أو أشياء معينة يخول له التسلط و الإقتضاء و يهدف الى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات أهمية إجتماعية "[3].

_و هناك من ذهب الى القول بأن الحق هو :" ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها القانون بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية "[4].

_و عرفه بعض الفقهاء بأنه :" سلطة قانونية مستمدة من علاقة شخصية تخول لشخص آخر أو عدة أشخاص بتحقيق مصلحة ماطوعا أو كرها "[5].

---

[1] شوقي بالناسي ، المرجع السابق ، ص 39 .

[2] جميل الشرقاوي ، دروس في أصول القانون ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1966، ص 27.

[3] شمس الدين الوكيل ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، مطبعة نهضة مصر ، ص 11.

[4] عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 315.

[5] عبد الحي حجازي ، مذكرات في نظرية الحق ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، مصر ، 1951، ص 15.

_و عرف بأنه :" إختصاص أو (إستئثار) شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون "[1].

3- تعريف الحق في القانون المدني الجزائري

رغم أن مواد القانون المدني التي تضمنت لفظ الحق في ثناياها قد بلغت من الكثرة بمكان ،حتى صار يستعصى عدها و حصرها ، حيث فاقت المواد التي جاء فيها لفظ الحق عتبة المئتين و تسعين مادة ، كما فاق عدد المواضع التي ذكر فيها أربع مئة و أربعون موضعا ، إلا أن المقنن الجزائري لم يعطي تعريفا لمصطلح الحق في إحدى هذه المواد أو في غيرها ، و إنما ترك ذلك لشراح القانون ، و يظهر من خلال بعض المواد أن المقنن الجزائري يقصد بلفظ الحق مصطلح عليه فقهاء القانون كما ذكرنا سابقا من كونه :" استئثار شخص بقيمة مالية يمنحها له القانون "، و يتضح هذا في نص **المادة 682 من القانون المدني** التي تنص على ما يلي :" كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية "[2]. فنص المادة يعني أن الشيء الذي يتعامل به يكون محلا للحقوق فيستطيع الشخص أن يستأثر بحيازتها فيحميها القانون ، و هذا هو ذاته المفهوم العام الذي توصلت إليه تعاريف فقهاء القانون [3].

ثالثا : أنواع الحق

تنقسم الحقوق الى ثلاثة أنواع :

1-الحق الشخصي :

محله العمل فهو رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما و هو المدين قبل الآخر و هو الدائن بأداء معين أي القيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل ، و لكن لعل في التعبير عن الحق

---

[1] عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص 450.

[2] القانون رقم 07-05 الؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 13 ماي سنة 2007، المعدل و المتمم .

[3] عبد المجيد بالطيب ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في فسخ العقود، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية ، تخصص العقود و المسؤولية في الشريعة و القانون ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2018، ص 34.

الشخصي باصطلاح (حق الدائنية) خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص اذا نظر اليها من ناحية الدائن [1]، كما يطلق عليه أيضا اسم الإلتزام لأنه هو نفسه الحق منظور إليه من جانب المدين ، و لقد رجح الفقه كفة المدين فسماه حقا ، مفادها أن الحق الشخصي للطرف الموجب يقابله دائما التزام شخصي على الطرف السالب، و الحق الشخصي تجتمع فيه ثلاثة عناصر هي صاحب الحق وهو الدائن، و من عليه الحق و هو المدين، و الحق و هو أداء الواجب على المدين [2].

2- الحق العيني:

محله شيء مادي هو السلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات وهو على نوعين: حقوق عينية أصلية ، و تضم حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنه : حق الانتفاع ،الارتفاق، و الاستعمال و السكن ، و حقوق عينية تبعية، و هي تضم: الرهن الرسمي و الحيازي، و حق التخصيص ، و حق الامتياز [3].

إن الحق العيني يفترض وجود (رابطة تسلط) لا (رابطة اقتضاء) ، لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضي منه أداء و إنما يخضعه مباشرة لسلطانه و تصرفه [4].

3-الحق الذهني:

هي سلطات يقررها القانون لشخص على شيء معنوي غير محسوس هو نتاج فكره خياله [5]، كالمؤلفات العلمية و الأدبية و الموسيقية و المبتكرات و النماذج الصناعية و التجارية حيث يطلق عليها أيضا حقوق الملكية الفكرية فهي تخول لصاحبها الاستئثار بنتاجه الذهني أو

---

[1] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص478.

[2] حفيظة عياشي، مدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للحق)،مطبوعة موجهة لطلبة الأولى ليسانس،تخصص حقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة ، 2022/2021،ص20-21.

[3] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 58.

[4] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص470.

[5] محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، منشورات برنامج مهارات التسويق و البيع،كلية الحقوق ، جامعة بنها، 2012/2011،ص31.

الفكري أيا كان نوع بحيث ينتسب إليه ما أنتجه كالإنتاج الفني ، براءة الاختراع ،وغيرها ، كما تخول لصاحبها أيضا استغلال ما أنتجه استغلالا ماليا[1].

الفرع الثاني : تعريف التعسف

لتحديد تعريف التعسف في استعمال الحق ينبغي لتعريفه لغة (أولا) و اصطلاحا (ثانيا).

أولا : التعسف لغة

جاء في لسان العرب: تَعَسفَ فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم و لم يُنْصِفْهُ ،و عدة معاني منها العسف أي السير بغير هداية، و الأخذ على غير الطريق ، و كذلك الاعتساف و التعسيف و هو السير على غير علم و لا أثر ، و تعني أيضا، الظلم[2].

و جاء في قاموس المحيط : يشير الجذر اللغوي لمادة (ع س ف) إلى أخذ الشيء بالغصب أو بالظلم ، أو عدم الإنصاف أن معنى كلمة التعسف هي عسف عن الطريق يعسف، مال، و عدل، و ظلم[3].

ثانيا : التعسف اصطلاحا

لم يعرف المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق ، و اكتفى ببيان حالاته ، و التي سيتم ذكرها بالشرح و التفصيل في حينها ، غير أن تعاريف فقهاء القانون كثيرة و متعددة، فقد اهتم فقهاء القانون بهذه النظرية و أعطوها أهمية خاصة، نظرا لتطبيقاتها الواسعة في الحياة اليومية ، و لسبب آخر مهم هو توسيع تطبيق هذه النظرية في أغلب مجالات القانون[4].

---

[1] علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ط1،دار بلقيس للنشر ،الجزائر ، 2016،ص70.

[2] ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد 9، دار صادر ، بيروت ، لبنان، 1968، ص 245.

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق مركز الرسالة للدراسات و تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، ط3، 1433هـ، 2012، ص 1091.

[4] زرارة عواطف ، مضار الجوار الغير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2013،ص 77.

1-التعاريف الفقهية :

_ يقصد بالتعسف القيام بفعل سعيا إلى إصابة الغير بضرر[1].

_ عرف أبي سنة التعسف بقوله:"استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع"[2].

_ عُرف أيضا بأنه :"استعمال الحق في غير المصلحة أو الهدف الذي شرع من أجله شرعاً أو قانوناً عما يضر بالغير"[3].

_ و عرفه الدريني أنه :" إنحراف بالحق عن غايته "، و "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"[4].

و هناك من عرفه بأنه استعمال الحق على وجه غير مشروع [5]، و ممارسة الحق على نحو يخالف المقاصد و الأهداف التي رسمها و حددها القانون أو الشرع على نحو يحقق الإضرار بالغير[6].

---

[1] علي فيلالي ، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 65.

[2] أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مجلة الأزهر ، ج5، 1962، ص 105.

[3] عبد الإله أحمد هلالي، تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربية، ط1، 1990، ص 66.

[4] فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط4 ، 1988، ص349.

[5] عبد الله بن عبد العزيز المصلح ، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1988، ص 496.

[6] عمر فخري الحديثي ، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن ، 2011، ص 37.

المطلب الثاني : تطور نظرية التعسف في إستعمال الحق حسب القوانين القديمة و التشريعات الحديثة

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة ، إذ عرفها القانون الروماني أولا ثم نقلها المشرع الفرنسي القديم ، بعدها تداولها تشريع نابليون، لتستقر فيما بعد في مختلف التشريعات الحديثة.

الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية التعسف في إستعمال الحق قديما

لم تظهر نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الروماني، و القانون الفرنسي القديم بالمفهوم الذي عليه الآن ، لأن هذه القوانين كانت متشبعة بالروح الفردية، و نذكر منها[1]:

أولاً : القانون الروماني

كما ذكرنا أن هذا القانون كان مشبعا بالروح الفردية فلم تظهر فيه نظرية التعسف في وضوح بل كانت تسود فيه القاعدة التي تقول :(من يستعمل حقه استعمالا قانونيا لا يكون مسؤولا مهما ترتب عليه ضرر للغير)[2]، و إن لم يتبن نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، إلا أنه من المؤكد أنه قد عرف في صدد بعض الحقوق ، فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة و هي صورة تعمد الإضرار بالغير[3].

الشرائع القديمة كالقانون الروماني لم يكن وليد النظريات ، بل كان أساسه القضايا العملية و المسائل الحقيقية التي عرضت على الفقهاء ، فهو قائم في أساسه على نظرية الحق المطلق أي على السلطة المطلقة ، فالأساس الذي يقوم عليه القانون الروماني هو فكرة السلطة فيما منحه هذا في عهده الأول لرب الأسرة من حقوق طليقة ، يمارسها كيف ما شاء ، سواء حسنت نيته أم ساءت، و لم يكن للزوجة حقوق و لا أموال ، و كان الولد معرضا للبيع و العبد ، للترك و القتل ، فقد جاء في (مدونة الاجتهاد) قول الفقيه الروماني الكبير كايوس :" ليس بالمتعدي

[1] قلواز فاطمة الزهراء ، نظرية التعسف في استعمال الحق، محاضرة ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف ، 2023، ص 36.

[2] علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون ، الجزائر ، 2003، ص 210.

[3] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص755.

من يستعمل حقه"، و ذكر الفقيه بولس :" أنه لا يأتي عملا ضاراً الا من يعمل بدون حق"، و أكد الفقيه اولبيانوس نفس المعنى بقوله :" أنه ليس بالمؤذي من استعمل حقه"[1]، وورد أيضا :"من استعمل حقه فما ظلم"، فأن القانون الروماني قد وردت فيه تطبيقات قامت على مبدأ الانصاف و قواعد العدالة، أكثر من كونها تطبيقاً حقيقياً لنظرية التعسف كاملة المعايير ، و مدعمة الأصول ، بل لا نحسب أنها قامت على فكرة متبلورة للتعسف في معيار واحد من معاييرها ، و لعل العادات كان لها أثر في تقييد بعض الحقوق [2]، اذن فقد عرف القانون الروماني القديم فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة ، و هي صورة تعمد الأضرار بالغير ، و هذا لكون القانون الروماني في جميع مراحل تطوره كان يقترب من مبادئ الأخلاق و العدالة [3].

ثانيا : القانون الفرنسي القديم

لا يختلف القانون الفرنسي القديم عن القانون الروماني ، فقد انتقلت اليه فكرة التعسف في استعمال الحق بمناسبة إحياء دراسة مؤلفات الرومان بشكل أوسع ، فقد تأثر بهذه النظرية في محيطها الضيق ، حيث لم يعرفها كنظرية ، بل مجرد فكرة محدودة التطبيقات جرت بها أقلام الفقهاء و أحكام القضاء [4]، و قد أجمع فقهاء القانون الفرنسي القديم على الح من سلطات المالك ، فذهب **بوتيه** الى أنه :" لا يجوز للمالك أن يأتي عملا مضرا بالجار و مناقضا لالتزامات الجزار" ، بمعنى أن حق المالك في استعمال ملكه محدود بعدم الإضرار بجاره ، فإذا أضر به كان متعسفا ، و يسأل بموجب هذا الفعل ، و قرر **دوما** و **توليير** أنه لا يسوغ للمالك أن يأتي عملا في عقاره ، من شأنه مضايقة صاحب العقار المجاور أو الإضرار به ،

---

[1] فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص 298.

[2] عدنان قوتلي ، الوجيز في الحقوق المدنية، ج1، ط7، دار الفكر ، دمشق، 1973، ص 310-311.

[3] العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 2002، ص 18.

[4] Laurent ECK , controverses constitutionnelles et abus de droit , A.T.E.R , Luniversitéloyen , France .p ,03.

كإحداث دخان كثيف من الفرن [1].

حيث لم يعد التعسف محصورا في صورة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، و إنما توسع التفكير على ذلك حتى شمل حالة استعمال الحق دون وجود مصلحة معلومة لدى مستعمل الحق، و ظهرت فكرة التعسف في النصوص القانونية التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية[2]، على الحد من حق المالك في استعمال ملكه، و لم يسوغوا لمالك أن يأتي عملا في ملكه من شأنه مضايقة الجار.

و ذكر ما تم ذكره سابقا في القانون الروماني ، فالتعسف يعد ضرر يلحق الغير متى استعمال صاحب الحق حقه ، دون مراعة المصلحة الجدية في ذلك.

أما القضاة فقد ذكر كبيرهم **دي لهومو** الذي كان يقضي بمنع التصرف في الملك بما يؤدي الى سد مطلات الجار ، أو حجب الضوء عنه، إذا لم يكن للمالك منفعة جدية من وراء ذلك [3].

الفرع الثاني :التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة

بعد انحسار المذاهب الفردية و ظهور مساوئها و ما صاحب ذلك من إنتشار للمذاهب الجماعية سارعت معظم التشريعات الغربية و العربية إلى تقييد استعمال الحق، إذ لم يعد في مقدوم صاحب الحق استعمال حقه على نحو مطلق دون أية قيود ، بل أصبح مقيدا بعدم الإضرار بالغير و بمراعاة المصلحة العامة ، و لا شك أن في هذا الصنيع تقنينا صريحا لنظرية التعسف في استعمال الحق[4].

من خلال النص التمهيدي سنحاول تبيان موقف بعض التشريعات الغربية و العربية من نظرية التعسف في استعمال الحق.

---

[1] محمد السعيد رشدي ، التعسف في استعمال الحق ، أساس و نطاق تطبيقه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص 49.

[2] عبد المجيد بالطيب ، المرجع السابق ، ص 178.

[3] فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص 301.

[4] شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 702.

أولا : القانون الفرنسي الحديث (تشريع نابوليون)

بعد صدور قانون نابليون 1804 جاء هو الآخر متأثرا بتعاليم المذهب الفردي ، و ما تضمنته من إعلان للحق الفردي دون تعقيب من القضاء ، لذلك جاء هذا القانون خاليا من نص عام يمنع التعسف في استعمال الحق [1]،و اعتبر الفرد هو أساس الجماعة ، و ما القانون إلا وسيلة لتقرير حقوقه الطبيعية و حمايتها، حيث أن نظرية الحق المطلق هي أساس هذا القانون ، فالفرد حق مقدس ، و سلطته مطلقة فلا يسأل عما يترتب من أضرار عن إستعمال حقوقهم أي مسؤولية ، خاصة حق الملكية الذي أصبح مقدس لا يمكن التنازل عنه لأنه حق مقدس للفرد و هو الضمان الوحيد لحريته[2].

و مع ذلك ، و بعد فترة وجيزة ، لم يتردد القضاء الفرنسي في إحياء العمل بنظرية التعسف في استعمال الحق، و لعل أشهر حكم يذكر في هذا المقام و الحكم الصادر بتاريخ 2 ماي 1855 عن محكمة استئناف كولمار إذ قضت بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله حجبت النور عن جاره، و من هم الحيثيات هذا الحكم ما يلي :" من حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية على أي وجه حق مطلق ، يخول المالك الإنتفاع بالشيء و أن يستعمله بإطلاق ، و لكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر، يجب أن يجد حده في تحقيق مصلحة جدية مشروعة ، و أن مبادئ الأخلاق و العدالة تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة رفعت تحت رغبة خبيثة لا تبررها أية منفعة شخصية و هي تلحق بالغير ضررا جسيما "[3].

ثانيا : القانون المدني المصري

رغم عدم إشتمال التقنين المدني القديم إلا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التعسف، لم يتردد القضاء المصري حينئذ في اعتناق هذه النظرية و التوسع في تطبيقها،حيث أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، مؤكد بذلك المبدأ العام لهذه النظرية

[1] شوقي بالناسي ، المرجع السابق ، ص 656.

[2] فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص 302 .

[3] Colmar ,2 Mai 1855, D.1856 -2- 9.

من خلال نص المادة الرابعة على أن :"من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر"، و عرض في المادة الخامسة لضوابط التعسف و معاييره التي تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن:"يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الأتية :

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

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

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة "[1].

تأثر المشرع المصري في صياغة معايير التعسف بالمصادر الأساسية التي استقى منها نظرية التعسف في استعمال الحق ، و هي فقه الشريعة الإسلامية من ناحية ، و أحكام القضاء المصري في الأخذ بهذه النظرية في ظل التقنين المدني القديم من ناحية أخرى، انتقد مسلك المشرع المصري ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحد أمرين : اما أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يهدد نظرية التعسف في استعمال الحق بالجمود و عرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم في الجماعة ، و أما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ،و كان من الأفضل حينئذ إعطاء القاضي المبدأ العام الذي يحكم توجيه كل هذه المعايير و الصور[2].

[1] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 758.

[2] المرجع نفسه، ص 781.

ثالثا : القانون المدني الجزائري

1- وضعية نظرية التعسف قبل التعديل 2005 بموجب القانون 05-10 :

نص المشرع الجزائري في المادة 41 الملغاة على أن :" يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

_ إذا وقع بقصد الأضرار بالغير ،

_إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير ،

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

وقد تعرض المشرع للنقد لصياغة هذه المادة من الجانب الشكلي و الموضوعي ، و في هذا الإطار يقول الأستاذ علي علي سليمان :" و إنني آخذ على القانون المدني الجزائري:

أولا : من حيث الشكل قد حسر النص على التعسف بين أحكام الأهلية ، و ليس هناك ما يربط بين التعسف و بين أحكام الأهلية ، وكان ينبغي أن يضع النص عليه في الباب التمهيدي أسوة بالقوانين العربية الأخرى .

ثانيا : من حيث الموضوع ، كان ينبغي أن ينص على الأصل ، كما فعلت القوانين العربية الأخرى ، وهو أن استعمال الحق استعمالا مشروعا لا تعسف فيه لا يرتب المسؤولية إذا أحدث ضررا للغير ، ولكنه اقتصر على ايراد الاستثناءات ، و المنطق يقضي بأن الاستثناء يرد على الأصل "[1].

2- وضعية نظرية التعسف بعد تعديل2005 : ألغيت (المادة 41 ق م) و تمم القانون المدني بالمادة 124 مكرر و الواقعة في القسم الأول: المسؤولية عن الأفعال الشخصية تحت الفصل الثالث : الفعل المستحق للتعويض ، و نصها كالآتي:

[1] علي علي سليمان ، المرجع السابق ،ص222.

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

_ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

_ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير ،

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

إتضح من خلال نص **المادة 124 مكرر** بخصوص معايير التعسف أنه قد اعتنق الرأي الغالب في الفقه الفرنسي و المصري بمعنى أن التعسف في استعمال الحق تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري ، و معياره الخطأ أي الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي [1].

[1] شوقي بناسي، المرجع السابق ، ص 742.

المبحث الثاني : شروط تحقق التعسف في استعمال الحق و الجزاء المترتب عنه

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول حول مفهوم التعسف إذ عرفناه بأنه استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع ، و حاولنا التطرق لتاريخ تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في معظم القوانين ،لكن يبقى التساؤل المطروح حول كيفية تحديد الاستعمال التعسفي لنظرية الحق ، بمعنى متى يصبح الشخص (صاحب الحق) متعسفا في استعمال حقه ، و ماهو جزاء تعسفه ؟

المطلب الأول : حالات التعسف في استعمال الحق

لقد جعل المشرع الجزائري لتحقق التعسف في استعمال الحق ضوابط محددة ، نصت عليها **المادة 124 مكرر من القانون المدني** ، حيث جاء فيها :

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

_ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

_ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير ،

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

ويبدو من النص أعلاه أن المشرع الجزائري يعتبر الحالات التي جاءت بها المادة لتحقق التعسف أهم حالات تحقق التعسف هو ما يتضح في قوله : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ **لاسيما** في الحالات التالية...".

فعبارة لاسيما تعني أن التعسف في استعمال الحق يتحقق في حالات عديدة لا يمكن حصرها ، غير أن الحالات التي جاءت بها المادة **124 مكرر** هي أهم حالات تحقق التعسف في

استعمال الحق ، و تجدر الإشارة هنا إلى أنه يكفي توافر أحد هذه الشروط فقط للقول بتحقق التعسف في استعمال الحق ، و فيما يلي أتناول كل حالة على حدى[1].

الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير

هو معيار تضمنته الفقرة الأولى من المادة ويعد من أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع الحديثة ،فالمشرع الجزائري اعتمد على هذا المعيار بالرجوع الى نية و قصد الشخص مستعمل الحق ، حيث لا بد من أجل قيام المسؤولية توفر لدى صاحب الحق القصد في الاضرار بالغير ، فهو الباعث الأساسي لاستعمال الحق ، حتى لو أدى القصد الى تحقيق مصلحة غبر مشروعة ، على اعتباره خطأ عمدي و يصعب إثباته، و نجد كل من الفقه و القضاء قد اتبع عض الحجج و الدلائل لإثباته ، من بينها إنتفاء المصلحة ، أو على أساس أخذ بمعيار الاستعمال صاحب الحق طرق أكثر ضررا للغير ، على أساس أنه كان بإمكانه استعمال حقه على نحو آخر دون الإضرار بالغير [2].

يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه ، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير و يعتبر استعمال الحق غير مشروع ، إذا اقتصر هذا الاستعمال على نية الإضرار بالغير [3]، فقد عُرف عند الرومان نظرا لإرتباطه بقواعد الأخلاق ، و انتقل الى فقهاه القانون الفرنسي القديم ، و بهذا فالتصرف بقصد الإضرار بالغير يشكل تعدي واضحا لمفهوم الحق، كما يتنافى مع عنصر الأخلاق المفترض إبتداء في الفرد و بالتالي يجرد صاحبه من الحماية القانونية ، و في معنى هذا المعيار ذهب الفقيه ULPIEN للقول بأن من حفر بئرا و تعمق في حفره بما يقطع ينابيع بئر جاره لا يكون مسؤولا عن قطعها ، إلا إذا تسبب الحفر في سقوط حائط جاره[4]، و ذهب بعض الفقه للقول بأن يكون قصد الإضرار بالغير هو القصد الوحيد حتى يقال أن

---

[1] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 84 .

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 64.

[3] بطيوي كريمة ، التعسف في استعمال الحق في قانون الاسرة ، معهد العلوم القانونية و الادارية ، معسكر ،2003-2004، ص 8.

[4] JOSSERAND , l'esprit des droits et de leur relativité théorie dite de l'abus des droit 2 éme Ed , 1939 Paris , 351.

صاحب الحق قد تعسف في إستعمال حقه [1].

يجب البحث عن هذا القصد ، و التحقق من أن الشخص إنما استعمل حقه بنية الإضرار بغيره و على ذلك ، لا عبرة بالإضرار اللاحق بالغير من جراء استعمال الحق إذا لم تكن مقصودة لأن معيار التعسف هو قصد الأضرار فحسب ، ولم يوجد [2].

فالقانون لا يحمي شخصا قصد من فعله مجرد الإضرار بالغير ، و لتحقق هذه الصورة يجب ألا يحقق العمل أية منفعة لصاحبه أو يحقق له منفعة تافهة و في كلتا الحالتين نستخلص نية الإضرار، فالنية السيئة لصاحب الحق ، و التي تجعل استعماله لحقه تعسفيا و لو حقق بعد ذلك مصلحة لذات نفسه [3].

فهذا المعيار يستوجب توافر نية الإضرار التي بتوافرها يتحقق التعسف حتى و لو أدى استعمال الحق الى تحقيق منفعة لصاحبه [4]، و مما لا شك فيه أن مسألة إلحاق الضرر بالغير هي أمر ممنوع قانونا ، إذ يقيم القانون مسؤولية الشخص بناءا على الضرر الذي ألحقه بالغير ، فإذا انتفى الضرر تنتفي المسؤولية [5]، كما أن وجود أضرار مادية ملموسة يعد في نظر بعض الفقهاء أكبر دليل عن توافر نية الاضرار بالغير [6].

نستخلص أن توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحبه الحق في معيار ثابت قانونا لتحقق التعسف في استعمال الحق ، و يعد انعدام مصلحة الحق دليلا قاطعا لإثبات توافر نية الإضرار [7].

---

[1] عيسوي أحمد عيسوي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة عين الشمس ، المجلد 5، العدد 1 ، 1963 ، ص 92.

[2] فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص 317.

[3] فطيمي الزهرة ، التعليق على المادة 124 مكرر وفق تعديل ق م رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 3 ، البليدة ، 2012، ص 189.

[4] زرارة عواطف ، المرجع السابق ،85.

[5] نفس المرجع ، ص 86.

[6] لحسن خضيري ، الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا ، تخصص قانون خاص ، جامعة محمد الخامس ، 2013، ص 112.

[7] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 88.

ومثال ذلك : المالك الذي يبني جدار مرتفعا ، أو يزرع أشجار كثيفة متعسف في استعمال حقه حتى و لو زادت منفعة الأرض ، بل و لو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ، ما دام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار[1].

الفرع الثاني: الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير

تناوله المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من **المادة 124 مكرر** و هو معيار لا يلتفت فيه القاضي إلى النوايا أو المقاصد ، بقدر ما ينظر إلى النتائج المترتبة عن استعمال الحق ،و الذي أساسه الموازنة بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق و الضرر اللاحق بالغير ، فتقوم مسؤولية صاحب الحق إذا كانت المصلحة قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب مع الضرر الناشئ للغير ولا يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه ، إذا تساوى الضرر و المصلحة ، أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبة معقولة ، أما في حالة إذا رجح الضرر عن المصلحة اعتبر صاحب الحق متعسفا [2]، و هي المصالح التي يجنيها صاحب الحق في استعمال حقه ، و الأضرار التي تصيب الغير من هذا الإستعمال فإذا كانت المصالح التي يحققها صاحب الحق قليلة الأهمية بالنظر للأضرار التي تصيب الغير بحيث تكون الأضرار راجعة عن المصالح ،اعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه و منع من هذا الاستعمال ، أما إذا كانت مصالح صاحب الحق هي الراجحة فأجيز ذلك الاستعمال ولا يعتبر صاحبه متعسفا فيه و لو ترتب عنه ضرر للغير بالمعيار كما هو واضح يقوم بالموازنة بين المصالح المتضاربة مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه ، ومصلحة الغير في منع هذا الاستعمال إذا كان سيترتب عنه أضرار تلحق بهم .

فالشخص قد يعتبر متعسفا مع ان له مصلحة في استعمال حقه انطلاقا من كون المصلحة تعتبر زهيدة و لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير و مثال ذلك من يغرس شجرا بهدف

---

[1] محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، ماهية الحق ، أنواع الحقوق ، ب ط ، منشأة معارف ، الإسكندرية ، 1998، ص 273.

[2] فاطمة الزهراء تبوت ، التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته ، القانونية و القضائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2016، ص 43-44.

توفير الرطوبة في مسكنه و في نفس الوقت يحجب النور عن جاره إذ بالمقارنة بين المصلحة و الضرر نجد أنهما غير متناسبتان إذ الضرر أكبر بالمقارنة مع مصلحة و الضرر نجد أنهما غير متناسبتان .

وما حب أن نشير إليه أن المشرع الجزائري قد استمد هذا المعيار من الفقرة الثانية من **المادة 5 من القانون المدني المصري** إلا أنه أعاد صياغته بحيث أعطى له مجالا أوسع من المجال الذي أعطاه له المشرع المصري[1].

و الواضح أن هذا المعار معيار مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق ، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه فهو يهدف إذا إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فالتحقق من هذه الموافقة يجب الوقوف على غاية الحق و المصالح المشروعة ، المقصود تحققها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التي وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى [2]، ومنه أن انعدام التناسب بين المصلحة و المفسدة لضآلة الولى ، قد يتخذ قرينة على قصد الإضرار ، وأيا ما كان ، قصد الإضرار أو انعدام التناسب ، كما منها علة في التعسف [3]، وتعود هذه الحالة إلى الموازنة بين المصالح ، مصلحة صاحب الحق و مصلحة الغير ، و يتحقق التعسف في هذه الحالة حيث يظهر عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و بين مصلحة الغير بصورة تتفوق فيها مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق[4].

---

[1] فطيمي الزهرة ، المرجع السابق ، ص 190 .

[2] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 777 .

[3] فتحي الدريني ، المرجع السابق ،ص 342.

[4] بدر الدين عماري ، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشابطي " مبناها ومعناها "، بحث مقدم لنيل درجة ماجيستر في العلوم الإسلامية ، تخصص الفقه و أصوله ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران السانيا ، 2006 ، ص 242.

الفرع الثالث : قصد تحقيق فائدة غير مشروعة

عدم مشروعية المصلحة هي الصورة الثالثة من صور التعسف في استعمال الحق فالحقوق قررت لتحقيق مصالح مشروعة لأصحابها ، و من ينحرف باستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعد متعسفا في استعمال حقه[1] ، ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فمن انحرف بحقه من أجل تحقيق مصالح غير مشروعة تجرد حقه من قيمته و امتنع القانون عن حمايته[2] ، فإذا تبين أن صاحب الحق استعمل حقه بشكل يرمي من ورائه إلى تحقيق مصالح غير مشروعة و ألحق هذا العمل ضررا بالغير كان ملوما بالتعويض لذلك الضرر[3]، ولا يقصد بالمصلحة غير المشروعة في هذا المقام ، تلك المصلحة التي تخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، بل يقصد بها أيضا تلك المصلحة التي يتعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب العامة [4]، لأن الحقوق منحت للأفراد لإستعمالها على نحو مشروع و لتحقيق مصلحة مشروعة ، فإذا حقق تلك الحقوق هذه الغاية كانت جديرة بحماية القانون و لو أضرت بالغير فلا مجال لمساءلة الفرد عنها ، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة للا يمكن التذرع بالحق و الحرية في استعماله ، لأن استعماله هنا يعد تعسفيا و تجدر الإشارة إلى أن القاضي مقيد في استعمال هذا المعيار أكثر من أي معيار آخر ، فهو ملزم بالتقيد بنص القانون [5]،و مثال ذلك أن الشخص يستعمل منزله لسبب غير شرعي مخالف لنظام العام و الأداب العامة .

---

[1] ابراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاءا ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 70.

[2] نبيل ابراهيم سعد ، المدخل الى القانون نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف للنشر ، مصر ، 2001، ص 325.

[3] جورد خبروت ، المدخل إلى علم القانون ،ط2 ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ،الأردن ، ص 276 .

[4] محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ،الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1979 ، ص 231.

[5] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 94 .

المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق

ثبت مما سبق ذكره أن التعسف ممنوع شرعا و قانونا ، باعتباره أنه يخالف و يناقض المقصد الذي من أجله شرعة الحقوق، حيث يصبح صاحبه الحق بتعسفه في مركز غير محمي قانونا[1].
إذا ثبت التعسف في استعمال الحق ، فإن النتيجة التي تترتب على ذلك تختلف بحسب ما إذا كان هذا التعسف في استعمال الحق قد ظهر قبل تمام هذا الاستعمال ، هنا يمكننا توقيف صاحب الحق و منعه من هذا الاستعمال المؤدي ، وتطبيق عليه الجزاء الوقائي **(الفرع الأول)** ، أما إذا تحقق التعسف و نفذ و ترتب عليه أضرار للغير يكون الجزاء تعويضيا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: جزاء وقائي

تقضي به **المادة 788 من ق م ج** :" إذا كان مالك الأرض و هو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل ".

و عليه فإنه إذا تعسف صاحب الأرض الملاصقة، و طلب هدم البناء فالقاضي لا يجيب طلبه[2]، و يحكم على الباني بالتعويض تلافيا للضرر و جبره ، و هذا طبقا لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق ذاته ومن تم لا يوجد مجال للتعسف في استعماله.
يعتبر هذا الجزاء من خصوصيات نظرية التعسف ، و يتخذ صورة منع وقوع الضرر ابتداءا عن طريق منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي[3] ، ذلك إذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه ، فيمكن منع صاحب الحق من هذا الاستعمال التعسفي .

---

[1] العربي مجيدي، المرجع السابق ، ص 39.

[2] محمد حسين منصور ،المرجع السابق ، ص 266 .

[3] فريدة محمدي زواوي ، المدخل للقعلوم القانونية ، نظرية القانون ، الطبعات الدولية ، 2000 ، ص 155.

و هدف الجزاء الوقائي جبر الضرر الناجم عن السلوك التعسفي لصاحب الحق ، أو تخفيف من وطأته إذا لم يكن التخفيف ممكنا من أجل منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي [1].

الفرع الثاني : الجزاء التعويضي

التعويض هو جزاء المسؤولية عن الفعل الضار، و جبر للأضرار التي أصابت الضحية بشرط ثبوث التعسف، و ذلك بصريح **المادة 124 من ق. م .ج** ، و لقد جاءت نفس المادة بالغة الفرنسية أكثر دلالة على الأثر اللازم للمسؤولية ، فقد جاء في هذا النص مصطلح reparer و الذي يعني باللغة العربية اصلاح ، فإصلاح الضرر أدق في المعنى من التعويض الذي ورد في النص العربي ، لأن مصطلح التعويض يوحي بإعطاء مقابل للمضرور الذي أصابه ، رغم وجود إمكانية الإصلاح إذا أمكن[2].

فبمجرد إستعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة تستوجب رفع الإضرار و قيام المسؤولية التي توجب تعويض الضرر، و يعتبر الضرر الشرط الأساسي الذي لا يمكن مسائلة الشخص إلا به و هو ركن لا بد الحكم منه ، التعويض مهما كان أساس المسؤولية[3].

واضح أن الجزاء على التعسف في استعمال الحق يتمثل أساسا في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه ، وقد ذهب رأي قديم إلى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني ، بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق و مضمونه ، ولكن هذا الرأي لم يلقى تأييدا من الفقه أو

---

[1] حكيمة سباعي ، التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية ، مجلة دراسات إسلامية ،مجلد 12، العدد 1 ،المغرب ، 2017، ص 46.

[2] عواطف زرارة ، المرجع السابق ، 155.

[3] زكي زكي زيدان ، حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الاسلامية و القانون المدني ، جامعة طنطا ، دار الكتاب القانوني ، 2009، ص 139.

القضاء، فاستقر الرأي على هجره ، و على القول بأن جزاء التعسف التعويضي قد يكون نقديا و قد يكون عينيا حسب الأحوال[1] .

أولا : التعويض النقدي

من خلال المادة 124 من القانون مدني جزائري رقم **05-10**[2]، " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض " .

و هذا أن الأصل من جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمضرور على سبيل التعويض بمقابل أي النقدي ، و يكون الغرض من ذلك التعويض ، عن الضرر السابق و تلافي الضرر اللاحق [3].

و يوصف التعويض بمقابل أنه إدخال قيمة في ذمة المتضرر تعادل القيمة التي فقدها [4] ، و يعرف أيضا هو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم المدين بالوفاء به عوضا عن عدم تنفيذه عينا ما إلتزم به [5].

مثال ذلك الشخص الذي يحفر أرضه بقصد الاضرار بمبنى الجار و يتسبب في تصدع جدرانه ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الحكم بدفع ملغ نقدي للمتضرر لجبر الضرر [6]، و يلجأ القاضي للتعويض بمقابل في حالتين هما :

_إذا تعذر عليه الحكم بالتعويض العيني بسبب قيود تمنع إزالة الضرر ، قد تتمثل في مصالح إقتصادية و إجتماعية ، كحالة إزالة الأضرار الناجمة عن مصنع يشكو منها الجيران، و تتمثل

---

[1] حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 791.

[2] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري .

[3] عبيد فاطمة ، حملات أمنية ، التعسف في استعمال الحق ، مذكرة تخرج ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الدكتور دلاوي الطاهر ، سعيدة ، 2011، ص 63.

[4] نصير جبار الجبوري ، التعويض العيني دراسة مقارنة ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010، ص 96.

[5] عبد الرحمان علي حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 447.

[6] بومنير و هيبة ، بوكموش نيسان ، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2013 ، ص 45.

الإزالة في هذه الحالة في غلق المصنع و الذي قد تكون له أثار سلبية نظرا لأهمية و حيوية منتوجه ، و كذا العدد الهائل من العمال الذي يشغلهم ذلك المصنع ، مما يجعل القاضي يفضل الحكم بتعويض نقدي للجيران المتضررين قد يدفع مرة واحدة و قد يقسط في شكل إيراد طوال مدة وجود المصنع مقابل قبول الجيران و تعايشهم الى جانب ذلك المصنع .

_الحالة الثانية التي يلجأ القاضي فيها غالبا الى الحكم بتعويض الضرر بمقابل هي الحالة التي يكون فيها الهدف من الدعوى المرفوعة بشأن تعويض الضرر الذي حصل في الماضي ، مما يعني أن التعويض العيني أصبح مستحيلا لأنه في هذه الحالة غالبا ما يكون مصدر الضرر غير موجود و بالتالي تصبح الدعوى الرامية الى ازالته بغير وجه [1].

ثانيا : التعويض العيني

يعرف التعويض العيني بأنه الحكم بإعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل أم يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى الى وقوع الضرر [2]،فأصبح مع مرور الوقت ، هو الأصل في جزاء التعسف ، لهذا كان التعويض ، في غالبية الأحوال يتم بصورة عينية [3]، و يعد الجزاء الأنسب لرفع الضرر في حالات التعسف فهو تعويض عن طريق إعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل وقوعه .

و يكون الحكم بالتعويض بالتعويض العيني كلما كان ذلك ممكنا ، كالحكم بتحويل موضوع المدخنة التي تزعج الجار ، أو الحكم بهدم الحائط الذي حجب الضوء و الهواء عن الجار ، أو الحكم بإعادة بناء الجدار الذي هدم دون عذر قوي [4].

و من تطبيقات المشرع الجزائري لهذا الجزاء ما نصت عليه **المادة 132 من قانون المدني الجزائري** :" يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، و يصح أن يكون التعويض مقسطا،

---

[1] بقالي محمد ، مسؤولية الجار بين القانون و الشريعة الاسلامية ، مذكرة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، الرباط ،ص 180.

[2] نصير الجبار الجبوري ، المرجع السابق ، ص 21.

[3] شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 758.

[4] رشيد شميشم ، التعسف في استعمال الملكية العقارية ،دط ، دار الخلدونية ، الجزائر ، د س ن ، ص 140.

كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا ، و يقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض ، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع ".

و عليه كأن يقوم شخص ببناء حائط من أجل حجب النور و الهواء عن جاره بشكل تعسفي ، يمكن أن يحكم عليه بالتعويض العيني ، أي إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر و ذلك بإزالة الجدار و هدمه على حساب من بناه [1]، و قد يستحيل في بعض الأحيان إزالة الضرر لسبب خارج عن ارادة المسؤول ، بذلك يستحيل التنفيذ العيني ، و الرجوع للتعويض بمقابل .

و يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل أي التعويض النقدي ، و يكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق و تلافي الضرر اللاحق ، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار تلافيا للضرر الذي سيلحقه ، و الحكم بالتعويض النقدي عن ما أصابه من ضرر ، و هذه الصورة من الجزاء هي الغالبة في التعسف في استعمال حق الملكية العقارية [2].

[1] فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة ، جامعة دمشق العلوم الاقتصادية و القانون ، المجلد 22 ، العدد 2 ، 2006 ، ص 273.

[2] MAZEAUD : leçons de droit civil , T2 ,Op .Cit , P456.

الفصل الثاني

تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول حول النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق و شرح شتى المعايير التي تقوم عليها ، إلا انه هناك جوانب استقرأتها الكتب الحديثة و أصبحت تتقيد بها القوانين و عملت بها في الواقع الحي، و لا يمكن أن تكتمل دراستها إلا بدراسة جوانب المستترة لها من الحياة ، خاصة و أن الفقهاء اجتهدوا لوضع لها قيود تمنع صاحب الحق بالضرر بالأخر سواء كان جارا أو زوجا ، فالقيود محكمة و تطبيقها أشد و التعويض عنها الزاما ،فقد بات الان صاحب الحق يتعسف في مجال ملكية الاخرين و بطرق عديدة و من ناحية اخرى خاصة في العلاقات الاسرية بكل طلاقة و التي اصبح التعسف فيها يسهل و لكن بالقانون اصبح تطبيقها محكم و صارم إلا ان هناك حصيلة من الدعاوى تقضي بذلك ، و لا سيما ان القانون خول عند تعسف صاحب الحق تعويضا عما انجمه من ضرر جراء تعسفه ، و شرح أكثر سنتطرق في **المبحث الاول** حول التعسف في استعمال الملكية العقارية و التعسف في مجال قانون الاسرة في **المبحث الثاني** .

المبحث الاول : التعسف في استعمال الحق في الملكية العقاري

من بين موضوعات القانون المدني عموما و القانون العقاري خصوصا ، موضوع قيود الملكية العقارية لما له من أهمية كبيرة بالنظر لخطورة مساسها بأثمن ما يسعى الفرد الى حمايته و الاحتفاظ به و هو حق الملكية او بتعبير آخر حق التملك فهو اشمل الحقوق العينية خصوصا و أن القانون وضع معايير تنظم هذا الحق ، بشكل يجعل للمالك حق الاستغلال و الاستعمال و التصرف اي سلطة مباشرة على هذا الحق العيني دون وساطة.

اجمعت التشريعات المقارنة بعد اختلاف حول تقسيمات قيود حق الملكية على ان القيود القانونية هي تلك القيود التي ترمي الى رعاية مصالح الجيران ، و بوجه عام الى الجوار بين الملاك و المقرر عليهم مراعاة الالتزامات للجوار.

فالإنسان بطبعه و منذ وجوده لا يستطيع العيش بمفرده ، و في ظل التطور السريع الساري في العصر الحالي ، اهتمت الدولة بالمجال العمراني مما ادى الى زيادة التجمعات السكانية

و بكثرة ، فالتجاور اصبح يلازم الانسان مما قد يترتب عنه مضار لا يستطيع الجار تحملها ، فإن المالك اذا تصرف في ملكه لمحض الاضرار بالغير فإنه تعسف ، و إن كان الضرر واقعا ، فالإمتثال و التنفيذ يكون بإزالته ، فإحترام الجار و عدم إيذائه و الإحسان اليه و التعاون معه ، و غير ذلك فإن في عصرنا الحالي يعد تحقيق مواصفات الجوار صعبة ، فقد أصبح مالكوا العقارات يسعون الى التمتع بملكهم بصفة مطلقة و عدم الإكتراث لحرمة الجار ، وفي معظم الأحيان يتعمد على أفعاله و يسبب في الضرر ، فمن الملزم التقيد بحقوقه في إطار مكان ملكيته .

موضوع التعسف في الملكية العقارية نزاع متكرر يومي بين الجيران ، و من المفترض الا يكون محل نزاع أمام القضاء ، **قال رسول الله صلى الله عليه و سلم "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه"** ، و تناولها المشرع الجزائري في **المادة 691 من القانون المدني الجزائري:** " يجب على المالك ان لا يتعسف في استعمال حقه ، الى حد يضر بملك جاره و ليس أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات ، و موقع كل منها بالنسبة الى الآخرين ، و الغرض الذي خصصت له".

أوضحت المادة على أنه غير مسموح للمالك أن يستعمل حقه في الملكية بصفة تعسفية إضرارا بملكية جاره .

نادرا ما نجد حكما قضائيا في القضاء الجزائري يتحدث عن نظرية التعسف في استعمال الحق ، و من بين ما حصلنا عليه ، قرار مجلس قضاء عنابة الذي قضى بتأييد حكم محكمة القالة القاضي بتهديم الجدار الذي بناه المدعى عليه في ملكه و تسبب في منع التهوية العادية و الدخول الطبيعي للمرحاض من قبل المدعي، و قرر المجلس أنه إذا كان للجار أن يبني و يرفع جداره كما يشاء ، استعمالا لحق الملكية ، فإن هذا الاستعمال إذا ألحق ضررا بالغير ، يعتبر تعسفا يمنع منه صاحبه [1].

[1] قرار غير منشور صادر بتاريخ 1981/02/17، قضية رقم 79/16.

فلشرح مفصل لحق الملكية و أهم القيود الجوار التي حددها المشرع في المواد من **692** الى **711 من القانون المدني** ، سأتطرق الى تقسيم المبحث الأول الى مفهوم حق الملكية العقارية في **المطلب الأول** و صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في **المطلب الثاني** .

المطلب الأول : مفهوم حق الملكية العقارية

و بنفس الاسلوب سيتم تحليل الملكية العقارية الى مفهومين كالتالي

الفرع الاول: تعريف الملكية

يتناول هذا الفرع تعريف الملكية لغة (لغة) و اصطلاحا (ثانيا).

اولا: الملكية لغة

الملكية من جهة ورودها في اللغة عبارة عن مصدر صناعي صيغ من مادة "ملك"، و قد ورد تعريف الملك في معاجم اللغة العربية على النحو التالي :

_ جاء في تاج العروس: الملك ضربان ملك هو التملك و التولي ، و ملك هو القوة على ذلك تولى ، ام لم يتولى ، و املكه الشيء و ملكه اياه تمليكا بمعنى واحد اي جعله ملكا له ، و يقال لي في هذا الوادي ملك اي مرعى و مشرب ، و مال و غير ذلك مما يملكه ، و ملكه ، يملكه ، تمليكا استبد به و تملكه ملكه قهر[1].

_ و في لسان العرب "و الملك ما ملكت اليد من مال ، و الملك هو إحتواء الشيء و القدرة على الإستبداد به[2].

_ الملك بضم الميم و فتحها و كسرها : ملك ، و ملك ، و ملك . ومن ملك الشيئ ملكا بمعنى: حازه و انفرد بالتصرف فيه ، و الملك ما يملك و يتصرف فيه ، و الملك هو صاحب الملك ، و هو صاحب الأمر و السلطة على أمة أو قبيلة أو بلاد ، و الملك بفتح الميم و كسر اللام ، و هو مقصور من مالك أو مليك ، و الملك هو الله تعالى ، و الملك أيضا من ملوك

[1] الزبيدي ، تاج العروس شرح القاموس ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، ج7 ، ص180.

[2] ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، م3 ، ص528 .

الأرض ، و يقال له : ملك بالتخفيف ، و ملك الله تعالى و ملكوته سلطانه و عظمته ، لأن الملك ملك ، و إنما ضموا الميم ، تفخيما له ، و الملك بفتحتين واحد الملائكة [1].

_ و جاء في القاموس المحيط: ملكه بملكه ملكا و ملكة: احتواه قادرا على الاستبداد به[2] .
أما كلمة "الملكية" ، فهي مصدر صناعي صيغ من المادة منسوبا الى الملك [3].

_يقال: املك عجينه: قوى عجنه و شده ، و ملكت الشيء قويته ، و الاصل هذا ، ثم ملك الانسان الشيء يملكه ملكا ، و الاسم الملك لان يده فيه قوية صحيحة ، فالملك: ما ملك من مال[4].

_ و الملكية أيضا هي ملكه الشيء تمليكا ، جعله ملكا له ، يقال ملكه المال ، و الملك فهو مملك ، و ملك الشيء ملكا حازه و انفرد بالتصرف فيه [5].

ثانيا : اصطلاحا

لقد تمايز الفقه كثيرا في تعريف جامع مانع لحق الملكية و إختلفت في مبناها فمنهم ما عرفه على أنه :

_ "حق الإستئثار بالشيء باستعمال و استغلال و التصرف فيه على وجه دائم كل ذلك في حدود القانون "[6].

---

[1] ابن منظور ، لسان العرب ، المصباح المنير ، الفيومي ، ص 570.

[2] الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار العلم ، بيروت ، لبنان ، ج3 ، ص 320.

[3] عبد السلام داود ، الملكية في ش.إ ، مكتبة الأقصى ، عمان ، الأردن ، 1974، ج1 ، ص 128.

[4] احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، ابو الحسين ، معجم مقاييس للغة ، تح: عبد السلام محمد هارون ، ج5 ، دار الفكر ، دمشق ، 1997 ، ص352.

[5] حسن علي محمد منازع ، الوقف و الحفاظ على الملكية الخاصة من التفتت و الضياع ، المؤتمر الثالث للأوقاف ، المملكة العربية السعودية ، الجامعة الإسلامية ، 2009، ص 7.

[6] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 8 ، حق الملكية ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص492.

_ و يعرف أيضا على أنه :" حق عيني كامل يخول للشخص سلطة مطلقة على الشيء المملوك تصرفا و استعمالا و واستغلالا"[1].

_ و أيضا على انها :"سلطة يقرها القانون لشخص ما على شيء معين بالذات ، يجيز له حق إستعماله و التصرف فيه "[2].

_ عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة فهناك ما عرفه بأنه " الإختصاص ، الحاجز "[3].

أي الاختصاص المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه أو التوكيل أو النيابة .

و عرفه القرافي من المالكية بأنه : تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين و من أخذ العوض أو تمكن من الانتفاع خاصة [4].

و عرفه ابن تيمية في مجموع الفتاوى بأنه : القدرة على التصرف في الرقية بمنزله القدرة الحسية[5].

_الملك قانونا : جاء في **المادة 125 من مجلة الأحكام العدلية** ما نصه : الملك ما ملكه الانسان سواء كان اعيانا أو منافع [6].

و عرفه المشرع الجزائري الملكية في **المادة 674 من القانون المدني الجزائري** بما يلي :" الملكية هي حق التمتع و التصرف في الاشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه من القوانين و الأنظمة ".

---

[1] عجة الجيلالي ، مدخل للعلوم القانونية ، ج2 ، نظرية الحق ، الجزائر ، 2009 ص366.

[2] المرجع نفسه، ص 367.

[3] البلعي ، عبد الحميد محمود ، الملكية و ظوابطها في الاسلام ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ص 25.

[4] أبو زهرة ، محمد ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 65.

[5] المصلح عبد الله ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية ، ص 29.

[6] يونس عبد الله مختار ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ص 79.

و يمكن أن يستخلص تعريف حق الملكية في هذا النص فيقال إن حق ملكية الشيء هو حق الإستئثار باستعماله و باستغلاله و بالتصرف فيه على وجه دائم ، و كل ذلك في حدود القانون[1].

و منه يتضح أن المشرع منح لمالك العقار سلطات ليتمتع بها منفردا مطلقا في حيز موجز دون الخروج عن إطار ملكيته و عدم تجاوز حقوقه لإلحاق الضرر بجاره ، فمن له حق الملكية على الشيء كان له حق استعماله ، حق استغلاله ، و حق التصرف فيه .

1- حق الاستعمال :

استخدام الشيء و الانتفاع به ، يخول حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له ، و في كل ما يمكن أن يستعمل فيه ، فيستطيع أن يستعمل الشيء استعمالا شخصيا ، فإذا كان الشيء منزلا كان له أن يسكنه ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يحملها ، و قد يصل حتى الاستعمال الى أبعد حد ، و قد يصل في استعمال الشيء الى حد اتلافه اذا أراد ذلك ، فله أن يقلع الأشجار ، و يهدم المباني ، و لا حد لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود ، و ليس له أن يستعمل ملكه استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مالوف [2].

و للمالك الحق في عدم استعمال ملكه بعدم سكن منزله أو عدم زراعة أرضه الزراعية ما لم يضع المشرع قيودا في هذا الشأن ، و للمالك أن يترك المنقول بنية التخلي عن ملكيته ، فيصبح لا مالك له [3].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 493.

[2] المرجع نفسه ، ص 497-498.

[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، دار منشأة المعارف ، 2004، ص 8.

2-حق الاستغلال :

يخول حق الملكية الى جانب استعمال الشيء إستغلاله ، و الإستغلال قد يكون مباشرا ، مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكها ، و يجني ثمارها و الصيد و القنص ، و قد اعتبرناهما إستعمالا للملك ، يمكن أيضا اعتبارهما إستغلالا مباشرا ، و مالك السيارة يستغل سيارته استغلالا مباشرا ،إذا خصصها لركوب الجمهور و إستعملها كتاكسي و قد يستغل مالك الحجر محجره بإستخراج الأحجار منه بنفسه ، فيكون إستغلالا مباشرا .

و قد يكون الإستغلال إستغلالا غير مباشر عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء و يدفع مقابل الثمار للمالك ، و مالك المنزل يؤجر للغير ، فيجني ثماره المدنية في صورة الأجرة ، و مالك الأرض الزراعية يؤجرها لمن يزرعها ، و يقبض الأجرة هو أيضا ، و يرد على الاستغلال كما يرد على الاستعمال قيود يقرها القانون [1].

و قد تتداخل سلطات الإستعمال و الإستغلال ، حيث لا يأتي استعمال الشيء إلا عن طريق استغلاله ، كما في الأرض الزراعية ، إذ إن مباشرة سلطة الإستعمال عليها إنما يتم استغلالها في أعمال الزراعة و الحصول على ثمارها ، و الأصل أن للمالك الحق في الإمتناع عن استغلال ملكه بترك منزله خاليا دون تأجيره ، أو عدم البناء على أرضه ، أو عدم استغلال محله التجاري ، أو تبوير أرضه الزراعية ، و يحد من سلطته في ذلك ما يضعه المشرع من قيود ، كوضع شروط معينة الإقامة صيدلية ، أو عيادة طبية ، أو مكتب هندسي ، أو محامي[2].

3-حق التصرف :

يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بجمبع أنواع التصرفات و قد يكون التصرف ماديا أو قانونيا .

و يتمثل التصرف المادي في القيام بأي عمل مادي يؤدي الى القضاء على مادة الشيء ذاته

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، 499-500.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 9.

كليا أو جزئيا ، أو تحويله الى شيء آخر أو تغير صورته ، كهدم بناء كله أو في جزء منه ، أو تحويل الحبوب الى دقيق ، أو دقيق الى حلوى .

و يتم التصرف القانوني بناءا على إرادة المالك المتجهة الى الإنتقاص من سلطاته على الشيء ، كما لو أنشأ المالك حق إرتفاق على عقاره لمنفعة عقار آخر ، أو رتب حق انتفاع للغير ، و قد يتنازل المالك نهائيا عن حق الملكية ذاته بما يتضمنه من كافة السلطات ، كما لو تصرف في حقه بناء على عقد ناقل للملكية كعقد بيع أو هبة [1].

قد يفرض القانون قيود مؤقتة على حق المالك في التصرف في ملكيته ، مادام القيد مؤقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه في التصرف [2].

ثالثا : خصائص الملكية العقارية

لخص فقهاء القانون خصائص حق الملكية في كونه حقا جامعا ، مانعا و دائما .

1- **حق جامع** : يعطي صاحبه جميع السلطات المحتملة على الشيء ليمكنه من استفادة كاملة منه [3]، أي يشتمل جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع هذا الحق [4].

2-**حق مانع** : بمعنى أنها حق مصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه ، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته ، و يترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد ، يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع [5]، بمعنى آخر يمتنع على الغير مشاركة صاحبه في التمتع به .

3- **حق دائم** : نقصد أنها من دائم بالنسبة الى الشيء المملوك الا بالنسبة الى الشخص المالك ، ذلك أن الملكية تبقى ما دام الشيء المملوك باقيا ،و لا تزول الا بزوال هذا الشيء أي

---

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 10.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 503.

[3] حميد بن شنيتي ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2، 1993،ص 50 .

[4] نعيمي عبد الرحمان ، قيود الملكية العقارية في التشريع الجزائري و موقف الشريعة الاسلامية منها –دراسة مقارنة– ، مجلة المعيار ، المجلد 6، العدد3 ، أدرار ، 2018، ص 224.

[5] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 530-531.

بهلاكه ، فهي إذن حق دائم بالنسبة الى الشيء المملوك فما دام هذا الشيء باقيا لم يهلك فهي دائمة لا تزول [1].

الفرع الثاني : تعريف العقار

تتعدد تعاريف العقار لغويا (أولا) و اصطلاحا (ثانيا) .

أولا : العقار لغة

_ بفتح عينه و قافه و الذي جمعه عقارات ، و هو الشيء الثابت بطبيعته و أصله [2].

_ العقار بالفتح مخففا الأرض و الضياع و النخل و يقال في البيت عقارٌ حسن أي متاع و أداة [3]. و يقال عقار البيت : المصون من متاعه الذي لا يبتذل ، و رجل معقر : كثير العقار.

_ و في لسان العرب العقارُ : المنزل و الضيعة ، يقال : ما له دار و لا عقارٌ ، و خص بعضهم بالعقار النخل . يقال للنخل خاصة من بين المال : عقار .و قيل : العقارُ ، بالفتح ، الضيعة و النخل و الارض و نحو ذلك . و المُعقرُ : الرجل الكثير العقار. قالت أم سلمه لعائشة ، رضي الله عنهما ، عند خروجها الى البصرة : سكَنَ الله عُقَيراك فلا تصحريها ،أي أسكنك الله بيتك و عقارك و سترك فيه فلا تبرزيه .قال إبن الأثير: و هو اسم مصغر مشتق من عقر الدار. قال الزمخشري : كأنها تصغير العَقرى على فضلى ، من عَقرَ إذا بقي مكانه لا يتقدم ة لا يتأخر ، فزعاً أو أسفاً أو خجلاً ، و أصله من عقرت به إذا أطلت حبسه ، كأنك عقرت راحلته فبقي لا يقدر علر البراح ، و أرادت بها نفسها أي سكني نفسك التي حقُها أن تلزم مكانها و لا تبرز الى الصحراء .....[4]

_ ويقال عُقرَ كلأُ هذه الارض إذا أكل، و قد أعقَرتُكَ كلأ موضع كذا فاعقره أي كله ، و في الحديث : أنه أقطع حصين بن مشمت ناحية كذا ، و اشترط عليه أن لا يَعقرَ مرعاها أي يقطع

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 534.

[2] سمية حنان خوادجية ، المنجد في للغة و الاعلام ، ط28 ، دار الشروق ، بيروت ، 1986، ص 4.

[3] محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي : مختار الصحاح ،باب العين ، دار الفكر ، بيروت ، ج1 ، ص 781.

[4] محمد بن عمر الزمخشري : الفائق في غريب الحديث –تحقيق : علي محمد البجاوي ، محمد أبو الفضل ابراهيم ، دار المعرفة ، لبنان ، ط2، ج1، ص 412.

شجر [1].

_ العقار و هو الشيء الثابت في حيزه الذي لا يمكن نقله من مكان لآخر بدون إحداث تلف في جوهره كالأرض و الابنية و الأغراس .....[2]

_ قال في المصباح المنير : العقار كل ملك ثابت له أصل كالدار و النخل [3].

ثانيا : العقار اصطلاحا

عرفه المشرع الجزائري في **المادة 683 من القانون المدني الجزائري** على :" أن كل شيء بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار و كل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول ".

_ فالعقار اذا هو الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكان الى آخر بدون تلف و هذا خلافا للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل و الحركة ، لذا نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في القانون المدني بين المنقول و العقار في الباب الخاص ، بالإختصاص القضائي [4].

و التعريف الشامل للملكية العقارية نص عليه المشرع الجزائري في **المادة 27 من القانون التوجيه العقاري** :" الملكية العقارية الخاصة ، هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها ".

---

[1] ابن منظور ، لسان العرب ، ج 4 ، ص 597.

[2] العبيدي علي هادي ، الوجيزفي شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ،2005، ص 15 .

[3] أحمد بن عبد العزيز العميرة ، نوازل العقار ، دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة ، ط1، دار المميان للنشر و التوزيع ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2011، ص 34-35.

[4] زريعة صورية ، المسؤولية المثارة عن البناء في ملك الغير ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون عقاري ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2015 ، ص 12.

المطلب الثاني : صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

حق الملكية هو إستفادة المالك من عقاره التي يمكن إستعماله بشتى الأشكال ، لكن عندما يتحول هذا الحق الى تعسف و يؤدي بالإضرار نكون أمام ضوابط قانونية وجب التطبيق، فإن تجاوز المالك استعمال الحق يكون متعسفا في استعمال حقه ، فالملكية وظيفة إجتماعية ، تكون في مجموعة من السكان و على كل مالك احترام الجوار ليكون استعماله صحيح ووقف ما أقره القانون ، فلتفصيل أدق سنتناول في **الفرع الاول** صور التعسف لمصلحة الجار و **الفرع الثاني** صور التعسف بالعقارات المتلاصقة.

الفرع الأول : صور التعسف في حق الملكية لمصلحة الجار

القيود كما حددها القانون جاءت بهدف رعاية مصالح الجيران ، كما على الجار الإلتزام بأن لا يسبب إضرار لجاره ، فإن خالف قواعد القانون و تعسف في استعمال حقه ألزم بالتعويض عنه.

أولا : مضار الجوار غير المألوفة

كونها ترتبط بالملكية العقارية كقيد خاص ، و بين التعسف في استعمال الحق كقيد عام ،فتقوم هذه المسؤولية عندما يقوم المالك بالضرر غير المألوف إتجاه جاره ، و هي التي لا يمكن تجنبها ، و الجار هنا تلك المجاورة و القرب في السكن من بعضيهما البعض و المسافة التي يمكن أن يتأثر من خلالها أحد الجار و قد تسبب له انزعاج .

1_ تعريف مضار الجوار غير المألوفة :

حسب **المادة 691 من القانون المدني الجزائري** :" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة الى الآخرين و الغرض الذي خصصت له ".

عرفه السنهوري بأنه الضرر الذي يزيد على الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار ، فإذا زاد الضرر على هذا الحد ، كان ضررا غير مألوف ، ووجب التعويض عنه .

يعتبر الضرر مألوفا اذا جرت عادة الجيران في هذا المكان على تحمله و بالعكس يعتبر غير مألوف إذا كانت العادة لم تجر بتقبله أو التسامح بشأنه و على ذلك الضرر الذي يصيب الجار من الضوضاء نتيجة وجود مقهى في ملك الجار مثلا قد يعتبر مألوفا في ناحيته هادئة خصصت للمساكن دون غيرها، و أيضا ما يعتبر ضررا مألوفا في الريف قد يعتبر غير مألوف في المدينة [1].

تعرف مضار الجوار غير المألوفة على أنها :" الأذى الذي يلحق الجار بسبب استعمال جاره لحقه على نحو يتجافى مع وظيفته الاجتماعية [2]، كما عرفها الآخر [3] بأنها :" الأذى الذي لا يمكن قبوله أو تحمله بين الجيران ، وهو يكون كذلك إذا كان على قدر من الأهمية ، كأن يسبب البناء إنهيارا لحائط الجار ، أو حرمانه من ضوء الشمس ، أو حرمانه من دخول الهواء و النور و غيرها ، فهو كل ما يخرج عن الإنتفاع العادي بالملكية و يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء ".

الغرض من هذا القيد حماية الجيران من الضرر الذي يلحقهم من استعمال المالك لحقه ، و لقد أوجب على المالك ، ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن مجرد الغلو أو التعسف في استعمال حق الملكية ، الى حد يضر بملك الجار يرتب مسؤولية المالك ، فالمشرع الجزائري حين قرر مسؤولية المالك عن الأضرار التي يلحقها بجاره ، حدد نوع تلك الأضرار حين وصفها بالأضرار غير المألوفة ، أما إذا تجاوزت تلك

---

[1] زكي زكي حسين زيدان ، حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الاسلامية و القانون المدني ، دار الكتاب القانوني ، 2009 ، ص115.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، مجلد 2 ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص 696.

[3] Gene vie veriney et patrice jour diane , Traité de droit civil , Les conditions de responsabilité , 2emme éditions , delta 1998, p 941.

الاضرار نطاق الضرر المألوف الذي لا يمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مسؤول [1].
فمسؤولية المالك تقوم فقط عند إلحاقه ضررا غير مألوف بجاره ، و يعد ذلك إعترافا من المشرع بموجب التسامح بين الجيران في حال الأضرار العادية و البسيطة أو كما يصفها المشرع بالمألوفة ، و التي يعد تحملها ضرورة يقتضيها التضامن الإجتماعي ، كما يعد ذلك إستجابة لتطور الحياة في المجتمع ، و إزدياد النشاط الصناعي و الاقتصادي [2].
فنرى من ذلك أن معيار الضرر غير المألوف معيار مرن ، و ليس بقاعدة جامدة فيتكيف مع الظروف المختلفة ، و يواجه الحاجات المتغايرة و يستجيب لمقتضايات كل منها ، و هو معيار موضوعي لا معيار ذاتي ، فلا إعتبار الحالة الجار ذاتية ، كأن يكون الجار مريض أو منشغلا بأعمال تقتضي الهدوء التام ، فينزعج لأية حركة و لو كانت مألوفة [3].

2_ شروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة :

أ_ توافر صفة الجار : إشترط من أجل أن يكون هناك تعويض عن مضار الجوار غير المألوفة توافر صفة الجار في الشخص المضرور و المسؤول ، و بالتالي فعند فقد صفة الجار سواء كانت من ناحية المضرور أو المسؤول لا يحق طلب وقتها بالتعويض ، فقدوم شخص لزيارة صديقه له في الأماكن المعروفة بالضوضاء لا يحق له طلب التعويض عن ذلك لأنه ينتفي في حقه صفة الجار التي لابد منها لكي يحكم بالتعويض [4]، في حكم لمحكمة النقض الفرنسية و التي قررت في إحدى أحكامها في منازعات الجوار ، أنه يجب توافر صفة الجار

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 8 ، المرجع السابق ، ص 693.

[2] أحمد محمود سعد ،إستقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البئيء، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994، ص 290.

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 697.

[4] فيصل تركي عبد الواحد ، أضرار البيئة في محيط الجوار و المسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2009، ص 430.

لشخص المتضرر لكي يحكم له بالتعويض على الضرر ، أو المضايقات غير المألوفة التي تكون قد لحقت به[1].

و تجدر الإشارة هنا أن صفة الجوار لا ترتبط بفكرة الملكية ، بل نابعة من شخص استعمل عين معينة سواء أكانت عقارا أم منقولا ، و سواء أكان ذلك الشخص مستأجرا أم يشغل العين المؤجرة ، فينبغي توافر صفتي الحيازة و الإستقرار بغض النظر بعد ذلك عن الفترة الزمنية ، و سواء كان الشخص طبيعيا أم معنويا ، و بالتالي متى توافرت فيه هاتين الصفتين فإنه يحق له طلب التعويض عن مضار غير المألوف الذي تعرض له [2].
اذن لا تقوم هذه المضار ما لم تكن هناك نزاع بين شخصين أو توافر صفة الجار في الشخص المضرور ، و إن صفة الجوار هي سبب في قيام نظرية مضار الجوار غير المألوفة.

ب_ وقوع الضرر غير المألوف : إنه جزء من الشرط الأول ، اعتبار أن الضرر إذا كان عاديا و مألوفا يستعين على الجار تحمله[3]، و من المتفق عليه لإستحقاق التعويض وقوع ضرر غير مألوف للجار ، و هذا ما عبرت عنه الفقرة الثانية من **المادة 691 من القانون المدني الجزائري** :"و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار غير المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ...."[4].

ثانيا : ملكيات الطبقات

بداية لأزمة السكن و زيادة في عدد السكان كان لابد من تشييد البنيات و تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين افراد الطبقة المتوسطة ذات الايراد المحدود ، فإستقلال كل مالك بطبقة من طبقات البناء و إنفراده في ممارسة سلطات الممنوحة في ملكه ، هذا لا يعني عدم تقيده بإحترام

---

[1] Civ .24 janv .1973 , J,GP ,1973 ,11,17,440.

[2] طلبة وهبة خطاب ، النظام القانوني لحق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997، ص 102.

[3] سليمي الهادي ، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري ،مجلة المداد ، المجلد 7 ، العدد1، تيارت ، الجزائر ، ص 308.

[4] طيف عبد الله سلطان القايدي ، أضرار الجوار غير المألوفة في التشريع الاماراتي ،بحث التخرج ماستر،تخصص قانون ، شعبة حقوق ، كلية القانون ،جامعة الشارقة ، 2021، ص 9.

حقوق باقي المشتركين في البناء ، و عدم إلحاق الضرر بالجوار واجب ، فمثل هذا القيد يتسم بنوع من المرونة ، فإذا قام المالك بإلحاق الضرر فإنه لا يلحق بجار واحد فقط بل كل ملاك الطبقات التي معه بالبناء سيتأثرون بذلك الضرر ، فعليه تحمل المسؤولية .

سابقا كانت تعرف ملكية الطبقات بصور السفل و العلو التي نقلت عن الفقه الاسلامي ، فكل من صاحب السفل و العلو مالكا لطبقة بناءه ، فيملك صاحب السفل الأرض التي يقام عليها البناء كله ، أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل ، تبعا لهذا التصوير كانت **المادة 57/32 من التقنين المدني المصري السابق** ينص على ما يلي : على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف و الأخشاب الحاملة له ،إذ أنها تعتبر ملكا له ، و على مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط و ألواح ، و عليه أيضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم إبتداءا من الموضع الذي لا ينتفع له صاحب الطبقة السفلى "، و قد إستبقى التقنين المدني الجديد ملكية السفل و العلو كما كانت في التقنين السابق [1].

فالقانون بطبيعة الحال كما يخول حق الملكية و منح له سكن ، يلزمه أيضا بجملة من الإلتزامات ، فكل مالك يملك طابق علوا أو سفلا ملكية خالصة ، فإرتباط بين العلو و السفل يجعل أحدهما يتأثر بما يجري في الآخر ، فمنه يقتضي فرض قيود و إلتزامات على كلا من صاحب العلو و السفل ، سنذكر كل مالك طبقة ما عليه من قيود حرصا على حقوق الجار .

1-التزامات صاحب السفل : يلتزم صاحب السفل بما يأتي

أ_ أن يقوم بالأعمال و الترميمات الازمة لمنع سقوط العلو : يجب على مالك السفل من طبقات الأماكن إجراء الأشغال الازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره ، فإذا امتنع من إجراء الأعمال المقتضية لحفظ العلو المذكور ، جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه في المكان ، فإذا إنهدم السفل أو إحتاج الى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه ، فإذا امتنع و رممه صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفقه ، و لصاحب العلو ان يمنع في حالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، و له أن يأجره بإذن المحكمة

[1] عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق، ص 1001.

و يستخلص حقه من أجرته ، منعا لسقوط السقف فيسقط معه العلو ، و لا يقتصر الأمر على صيانة السقف و ترميمه بل يجب على صاحب السفل أيضا صيانة جدران السفل و ترميمها عند الإقتضاء ، و بالجملة صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له (جدران ، سقف ، باب ، شباك ، حائط...) و لكنه لا يلزم الأي ترميم سفله ، جاز لصاحب العلو أن يلجأ الى القضاء ليلزم صاحب السفل أن يقوم بأعمال الضرورية في سفله لمنع العلو من السقوط و يجوز الالتجاء الى قاضي الامور المستعجلة في ذلك ، اذا كان إجراء الترميمات أمرا عاجلا ، و يجوز في جميع الأحوال أن يستأذن صاحب العلو القضاء في أن يقوم هو بالترميمات الضرورية في السفل على ان يرجع بما أنفقه في ذلك على صاحب السفل ، و يلاحظ أن إلتزام صاحب السفل بترميم سفله منعا لسقوط العلو الإلتزام عيني فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفل [1].

ب_إعادة بناء السفل إذا إنهدم :" إذا إنهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فإذا امتنع جاز للقاضي أن يلزم بيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه"، حسب **المادة 820 من القانون المدني المصري** .

_"و في الحالة الاخيرة يجوز لصاحب العلو ان يمنع صاحب السفل من السكن و لانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته أو يجوز له أيضا أن يحصل على إذن في ايجار السفل أو سكنه لإستيفاء حقه" .

و إن كان إنهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو ، سواء كان الإنهدام بخطأ صاحب السفل أو بغير خطأه ، فإن على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه ، فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقرا على السفل ، بعد أن إعاد صاحبه بناءه على ما قدمنا[2].

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص 1009-1010.

[2] نفس المرجع ، ص 1017.

2_التزامات صاحب العلو : يلتزم صاحب العلو بما يلي

عدم الإرتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل :ليس لصاحب العلو أن يحمل البناء أكثر مما يتحمل ، و الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق صاحب العلو هو أنه لما كان له حق القرار على السفل لا يجوز أن يزيد في عبء هذا الحق .

ويترتب على ذلك أولا أنه لا يجوز لصاحب العلو ان يبني طابقا فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل ، و يترتب على ذلك ثانيا أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في الإرتفاع علوه دون أن يبني طابقا جديدا اذا كانت الزيادة في الإرتفاع تضر بالسفل ، فإن لم تكن تضر به ، و تتحملها أساسات البناء ، و تتفق مع لوائح البناء و نظمه ، جاز له ذلك .

و يجب فوق ذلك ، على صاحب العلو صيانة الأرضية علوه من بلاط و الواح حتى لا يتأثر سقف السفل من الاهمال في هذه الصيانة [1].

و إذا نصت سندات الملك على أنه ليس لصاحب العلو أن يرفع جدران بناءه أكثر من قدر معين ن فعلى مالك العلو أن يتقيد بذلك ، و ليس له بوجه عام أن يأتي بأي عمل من شأنه زيادة عبء السفل [2].

ثالثا : حق الارتفاق

نظم المشرع الجزائري حق الإرتفاق في القانون المدني بإعتباره حق عيني ، كحق إرتفاق المرور و غيره من الحقوق ، الذي يتم تقريره على عقار لفائدة آخر ، يلتزم كل من مالك العقار المرتفق و مالك العقار المرتفق به بإحترامه .

1_ منع التعسف في استعمال حق المرور : تناوله المشرع الجزائري في المواد من **693-702 من القانون المدني** ، فقرر لصاحب المالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام حق المرور على أرض جاره تماشيا مع مبدأ التعاون و التضامن

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1012.

[2] محمود جلال حمزة ، الشيوع الاجباري،https://arab-ency.com.sy /، 25 /03/ 2024، 14:10 .

الذي تقتضيهما إلتزامات الجوار ، و يلاحظ أن المرور في حالة العقار المحصور يعد حق لحاصب الارض المحصورة و قيدا على صاحب الممر الى الطريق العام[1]، و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في **قرارها رقم 50516الصادر بتاريخ 1989/03/15** بما يلي : من المقرر قانونا أنه يجوز لمالك الارض المحصورة التي ليس بها ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر غير كاف للمرور ، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل دفع تعويض ...

و منه هناك أمر أساسي لابد من قيامه للحصول على حق المرور الذي يقرره القانون قيدا على الملكية و هو ان تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام أي لا يكون لها منفذ الى هذا الطريق فتكون محاطة في جميع الجوانب بأراضي الجيران و لا سبيل للجار الى طريق العام إلا أن يمر على إحدى هذه الأراضي او على بعض منها ، و لا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحبوسة الى أن يكون متعمدا للإضرار بصاحب الارض المجاورة ، أو مجاورة للنطاق المألوف من النشاط فيزيد من أعباء حق المرور و كان لا يستطيع أن لا يفعل ، فعند ذلك يكون مسؤولا و يصح للجار منعه ، إما لأنه متعسف في استعمال حقه ، أو لأنه قد جاوز المألوف في مضار الجوار فألحق بجاره ضررا فاحشا ، فإذا تعددت العقارات المجاورة التي يجوز أن يكون فيها الممر ، عليه أن يختار من هذه العقارات العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرر و قد يكون الممر الأقصر ، فله حق المرور في الاراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه و استعمالها على وجه المألوف ما دامت هذه الارض محبوسة عن الطريق العام ، فليس لصاحب الارض المحبوسة أن يستعمله إلا في المرور بالكيفية التي تقررت [2]، في حالة اصابة الجار بالضرر ، على صاحب الارض المحبوسة التعويض بقيمة الضرر.

يستخلص مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري وضع قيود و شروط حتى لا يتعسف صاحب الأرض المحصورة بدوره في استعمال حق المرور بأرض جاره و هي كالتالي :

---

[1] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 108.

[2] المرجع نفسه ، ص 112.

_ أن تكون الارض محصورة ليس لها ممر الى الطريق العام أو ان يكون لها ممر غير كاف حسب **المادة 693 من ق.م.ج.**

_أن يكون الممر ضروريا لإستعمال العقار و إستغلاله على وجه المألوف .

_ ألا يكون الحصر بفعل المالك حسب **المادة 01/695** :" لا يجوز لمالك الارض المحصورة و التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير ، اذا كان الحصر ناتجا عن إرادته هو "، فالعقار الذي يكون متصلا إتصالا كافيا بالطريق العام ، ثم يجزئه مالكه بتلف يكون من شأنه أن يحبس جزءا منه عن الطريق العام ، لا يتقرر له حق المرور القانوني على ممر ملك جاره .

_ ملائمة حق المرور لملاك آخرين ، نصت **المادة 696 ق. م** :" يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي يكون فيها المسافة بين العقار و الطريق العام ملائمة و التي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين ".

_ التعويض عن حق المرور ، نصت **المادة 693 ق.م** :" يكون حق المرور في أرض الجار لمصلحة الأرض المحصورة في نظير تعويض مناسب للإضرار التي قد تنجم من جراء استعمال هذا الحق ".

_ القيود الخاصة باستعمال المياه حسب ما جاء في **المادة 692 من ق.م.ج** :" تعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية ".

و في **القانون الخاص رقم 17-63 المؤرخ في 16 يونيو 1983 تنص المادة 15** أنه :" يحق لمستعملي المياه أن يستغلوها إلا في حدود الغاية المخصصة لها ".

بذلك تعد قيدا واضحا و شاملا في ما يتعلق بحق الانتفاع بالمياه (الشرب ، المجرى ، المسيل)، و نظرا لأهمية تنظيم ملكية المياه و إستعمالها و توزيعها ، فتم التوصل لقوانين

تحكمها ضمن قيود مقررة للمصلحة الخاصة للجيران ، تقرر حدود الإنتفاع بالموارد المائية وبالموازاة تقرير مدى إلتزام الملاك المجاورين بهذه الحدود [1].

أ-**الشرب** : هو النصيب من الماء لسقي الزرع و الشجر[2]، و يعرف كذلك حق الشرب بأنه حق في أخذ المياه اللازمة لري الأرض من مجرى مائي (مسقاة ، ترعة) مملوكة لشخص آخر ، أي هو حق إستخدام مياه مسقاة خاصة مملوكة للغير في ري الارض[3].

و يشترط لإستعمال هذا الحق أن يكون مالك المسقاة قد استوفى حاجته من الماء [4]، و هنا يظهر قيد على ملكية صاحب المسقاة لمصلحة جيرانه ، إذ يلتزم بتمكينهم من استعمال المسقاة لسقي أرضهم من الماء الذي يجري سقيها دون أن يتحمل أي ضرر بمصالحه ، بل ينبغي أن يكون قد استوفى حاجته من المياه قبل أن يقوم بتمكين الجيران منها ، و الملاحظ في هذا القيد أن ملاك المسقاة له الأفضلية على باقي الجيران ، تتمثل في أخذ حاجته من مياه مسقاته قبل السماح لجيرانه بالإنتفاع بها [5]، فمن شأن مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحدة حق استعمالها ، و مع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه اراضيهم من ري ، بعد أن يكون مالك المسقاة قد استوفى حاجته منها [6]، و على أصحاب الاراضي المنتفعة بالسقي و الصرف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها و صيانتها ، و حفظ جسورها في حالة جيدة [7].

---

[1] بن زكري راضية ، القيود المدنية و الادارية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري و المقارن ، رسالة لنيل شهادة دوكتوراه ، تخصص قانون عقاري ، ص116.

[2] نعيمي عبد الرحمان ، قيود الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 601.

[3] جميل الشرقاوي ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، الكتاب الاول ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1970، ص 98.

[4] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 45.

[5] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 102.

[6] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 713.

[7] نفس المرجع ، ص 727.

ب_ المجرى :

يعرف حق المجرى بأنه :" إجراء الماء اللازم لري أرض بعيدة عن مورد الماء في أرض أخرى متصلة به "[1].

قد تكون أرض الجار بعيدة عن مورد المياه فلا تمر بها أو بجوارها مسقاة ، فلا مفر من أن يتقرر لصاحبها حق المجرى أي الحق في أن تمر المياه عبر أرض جاره الى أرضه [2]، و قد نصت **المادة 40 من القانون 83-17 المتضمن قانون المياه**[3] على أنه :" .... و يتم هذا المرور في الظروف الأكثر عقلانية و الأقل أضرارا شريطة دفع تعويض مناسب ".

فمن أهم شروط ثبوت حق المجرى و هي تحقق البعد عن مورد المياه من ناحية و عدم كفاية المياه لحاجة الارض البعيدة من ناحية ثانية [4]، و ينبغي على مالك العقار المستفيد أن يحفظ المجرى بحالة جيدة ، بحيث لا ينشأ عنه ضرر اللأراضي التي يمر فيها ، و على المالك العقار الذي فيه المجرى أن يسهل له الوصول الاجراء أعمال التعمير و الاصلاح [5]، و يجب على المالك الذي له حق المجرى أن يعوض صاحب الارض التي يمر فيها هذا القيد تعويضا عاقلا ، و لا يحق لذلك المالك أن يحصل على هذا الحق إلا بعد أداء التعويض الواجب [6].

ج_ الصرف أو المسيل :

حق الصرف أو المسيل هو الحق الذي موجبه يحق لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره ، بعد أن يستوفي الجار حاجته [7]، فهو حق مرور

---

[1] حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطات الارادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، مصر ، 2007، ص 83.

[2] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 103.

[3] القانون رقم 38-17 المؤرخ في 16 جويلية سنة 1983 ، يتضمن قانون المياه .

[4] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 105.

[5] محمد كامل سوس باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1، حق الملكية بوجه عام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005، ص 378.

[6] بن زكري راضية ، المرجع السابق ، ص 134.

[7] محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، أسباب كسب الملكية ، دار الجامعة الجديدية ، الازاريطة ، الاسكندرية ، 2007، ص 44.

المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير ، سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت أم ماء أمطار ، أم ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية [1].

كما قرر المشرع نصا آخرا ينظم صورة أخرى للمسيل أو التصرف و هذا في **المادة 44 من قانون المياه** التي جاءت فيها :" يتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقي على عقاره المياه المنصبة بصفة طبيعية من العقار العلوي و لا سيما مياه الامطار و الثلوج و الينابيع غير المجمعة ".

ويتضح من نص المادة أعلاه اشترط المشرع لنوع المياه و هي المياه طبيعية التي لا دخل ليد الانسان في اسالتها ، و قد أقر المشرع من خلال نص **المادة 47** من نفس القانون المذكور أعلاه حق مالكي العقارات السفلي في التعويض في حالة حدوث ضرر ناجم عن المياه ، فإذا يجب أن يعوض المالك عن حق المسيل ، فإذا أصاب أرض المالك ضرر من المصرف ، فللمالك أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر[2].

فإذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الارض أن يطلب تعويضا كافيا كما أصابه من ضرر ، و المفروض هنا أن الجار هو الذي أنشأ المروى في أرض المالك بموجب حق المجرى ، أو أنشأ المصرف بموجب حق المسيل ، فعليه أن يقوم على نفقته بتطهير المروى أو المصرف و صيانته ، و حفظ جسوره في حالة جيدة [3].

---

[1] الامام ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 100.

[2] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 106.

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 739.

الفرع الثاني : صور التعسف في الحق خاصة بالعقارات الملاصقة

نتطرق الى صور التعسف في العقارات الملاصقة حسب ما أقره المشرع

أولا : الحائط الفاصل

إذا فصل حائط ما بين بنائين متلاصقين فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، و قد يكون حائطا فاصلا غير مشترك و لكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين ، و لإثبات أن الحائط مشترك لا بد من توافر شرطان :

_ أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط ، فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين ، فلا تقوم القرينة ، ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضان متلاصقان لمالكين مختلفين ، وقد أقيم في الحد الفاصل بين الأرضين حائط ، كذلك لا تقوم القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء او لفناء أو لحديقة أو لأرض زراعية ، و قد أقيم حائط في الحد الفاصل بينهما .

_ أن يكون الحائط قد فصل بين بنائين منذ إنشائه ، فإذا أقيم الحائط و لم يكن هناك إلا بناء واحد ، فإن الحائط يكون جزاءا من هذا البناء وحده ، و إذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الاول ، فإن الحائط لا يكون مشتركا ، بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك، و هو ملك خالص لصاحب البناء الأول كما سبق القول[1].

1_ الحائط المشترك : أحكام الحائط المشترك تتعلق بمسألتين : النظام القانوني للحائط الشترك أولا ، تعيلة الحائط المشترك ثانيا .

أ_ النظام القانوني للحائط المشترك: الحائط المشترك اما أن يكون قد أقيم على نفقت الجارين ، فيشتركان في بنائه ، و إما أن يكون قد أقدم على نفقته الجار الواحد ، ففي حالة الأولى يكون الحائط مملوكا ملكية مشتركة للجارين ، و في الحالة الثانية يكون الحائط مملوكا للجار ملكية خالصة ، ثم كسب الجار الاشتراك في الملكية الحائط ، إما بعوض معلوم ، و إما

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 991.

بغير عوض ،و لمن يدعي هذا الاشتراك أن يثبت بإقامة الدليل عليه [1].
وعلى مالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغرض الذي أعد له ، فلا يجوز له فتح مناور و في هذا الحائط بدون إذن المالك الآخر ، و نفقات الصيانة و الإصلاح تكون على الشركاء كل بحسبة حصته.

_استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له : حسب **المادة 704 من ق.م.ج** و **المادة 01-814 من ق.م.مصري** على أنه :" لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له ، و أن يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته "، فالأصل لمالك الحائط المشترك حرية إستعماله وفق للغرض المعد له ، لكنه مقيد بعدم إثقاله بشكل يسبب له أضرار ترجع على شريكه فيه .
فإذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك ، وجب عليه أن يراعي أن للشريك الاخر هو أيضا حق إقامة عوارض فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه[2].

_ عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك : أي لا يجوز لأي شريك أن يفتح الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى مطلة على مالك جاره ، دون موافقة هذا الجار ، فقد صدر قرار [3] من المحكمة العليا يؤكد ذلك ، حيث جاء فيه على الخصوص :" لا يجوز لمالك الحائط المشترك احداث فتحات فيه أو الانتقاص من علوه أو من سمكه او القيام بأي عمل يمس بمكانته ".

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 993.
[2] نفس المرجع ، ص 995.
[3] أنظر قرار رقم 338735 مؤرخ في 2006/03/15 مجلة المحكمة العليا عدد 1 ، 2006 ، ص 429.

و ماقلناه في المنور نقوله في المطل ، اذ يجوز ان يفتح الشريك في الحائط المشترك مطلا ، و يبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، و لذلك لا يجوز للشريك الآخر بإجباره شريكه على سد المطل[1].

_ نفقات الصيانة و الاصلاح و التجديد : يتحمل صيانة الحائط نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته ، و قد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض ، الذي أعد له ، فيحتاج الى اعادة بناء أو الى هدم أو الى إصلاح و نفقات الاصلاح و التجديد كنفقات الصيانة ، يتحملها الشركاء بنسبة حصته ، أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بناءه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له إلا أن الشريك قام بإصلاحه أو اعادة بناءه لمصلحته الخاصة ، فإنه يتحمل نفقات الاصلاح أو التجديد لوحده [2]، اذا اصاب الحائط المشترك خللا ما و كان المتسبب بذلك هو أحد الشركاء فله أن يتحمل نفقات الصيانة و الإصلاح وحده.

ب_ تعلية الحائط المشترك: فإن كان الحائط مشتركا بين الجارين ، كان لكل منهما أن يستعمل هذا الحائط بأن يرفعه أو يبني عليه بشرط موافقة شريكه فقد نصت **المادة 974 من القانون المدني السوري** على ما يلي :" لا يجوز لمالك حائط مشترك أن يرفعه أو يبني عليه بدون رخصة شريكه فيه...".

إذا إتفق الجاران المشتركان في ملكية الحائط على تعليته ، فإنهما سيشتركان في نفقات التعلية و ملكية العلو ، و لكن قد يرغب أحد الشريكين فقط في هذا الحق ، وذلك حسب **المادة 705** من ق.م.ج ، **و المادة 815 من ق.م.م** :" للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط إلا يلحق بشريكه ضررا بليغا و عليه أن يتحمل وحده نفقة التعلية و صيانة الجزء المعلى و أن يقوم بالأعمال الازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن تعلية دون ان يفقد شيئا من متانته .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 996.

[2] العطري أحمد ، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة بسبب الجوار ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر ، تخصص القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2015، ص 53.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الإستطاعة و يظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض ".

ويأخذ من هذا النص أن هناك فرضين في تعلية الحائط المشترك ، فإما ان يعليه الشريك دون ان يعيد بناءه ، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تعليته ، و في الفرضين يبقى الحائط مشتركا في غير الجزء المعلى ، أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا للشريك الذي قام بتعلية الحائط .

و اذ لم يتفق الشريكان لأي منهما حسب ما قضت به نصوص التشريعات المقارنة سالفة الذكر أن يستقل بالقيام بالتعلية و ذلك بشرط أن تكون له مصلحة جدية في هذه التعلية ، و إلا يلحق بشريكه ضررا بليغا [1]، أما حسب ما قضى به التشريع اللبناني فإنه لا يجوز للشريك إن يقوم بالتعلية إلا بموافقة شريكه [2]، و مع ذلك فمن الواضح أن هذه الموافقة تخضعه لقيد عدم التعسف في استعمال الحق ، حيث لا يجوز للشريك أن يرفض اذن شريكه بالتعلية إلا لمبرر جدي و مشروع [3].

_ تعلية الحائط دون إعادة بناءه : قد يقتضي الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معا ، و عند ذلك تكون نفقة التعلية عليهما ، و يبقى الحائط ، و يدخل في ذلك الجزء المعلى مشتركا على ما كان .

أما اذا اقتضت التعلية مصلحة جدية لأحد الشريكين دون الاخر ، كان الشريك الذي تقتضي مصلحته التعلية يريد أن يبني طابقا جديدا فوق طبقات بنائه المجودة فعلا ، و كانت التعلية

---

[1] ابراهيم ابو النجا ، الحقوق العينية الاصلية في القانون الليبي ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 1998، ص 62.

[2] عبد الجواد السرميني ، الحقوق العينية الاصلية ،ج1، مديرية الكتب المطبوعات الجامعية ، حلب ، سوريا ، 1969، ص 459.

[3] حسن كيرة ،أصول القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، أحكام حق الملكية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1965، ص 244.

ممكنة دون الحاجة الى إعادة بناء الحائط ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعلية الحائط بشرط ألا تضر التعلية بجاره و عليه تحمل نفقاتها وحده [1].

_ تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه : إذا كان الحائط لا يتحمل التعلية فانه يجوز للشريك ان يهدمه و يعيد بنائه بشروط :

أن تكون له مصلحة جدية في التعلية ، ألا يحدث ذلك ضررا جسيما بالشريك الاخر ، و أن تكون نفقات الهدم و اعادة البناء على عاتق الشريك الذي يريد التعلية وحده ، و اذا كان بناء الشريك لأخر متعمدا على الحائط و لا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء هذا الشريك او تصدعه ، فإن ذلك يعتبر ضرر جسيما يلحق بالجار و من ثم لا تجوز تعلية الحائط عن طريق اعادة بنائه و على الشريك الذي يرغب في التعلية في هذه الحالة ان يترك الحائط المشترك في حالته و يبني حائطا اخر الى جانبه و يكون هذا الحائط مملوكا له ملكية خالصة. إذا توافرت شروط التعلية دون اعادة بناء الحائط ، كان الجزء المعلى ملكا خالصا لمن شيده و عليه و حده نفقات صيانته و لا يجوز لجاره استعمال هذا الجزء المعلى [2].

2_ الحائط الفاصل غير المشترك : و هو الحائط الفاصل المملوك ملكية فردية خالصة لأحد الملاك ، فهو لا يخضع لأحكام الاشتراك في الحائط ، و انما يخضع الاحكام خاصة نصت عليها المادة **708 من ق.م.ج جاء** فيها :" ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، و لا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط ، الا في الحالة المذكورة في **المادة 697.**

غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني ، و إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"[3].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1002.

[2] فاطمة عبد الرحيم علي ابو الذهب السلماوي ، الشيوع الاجباري ، المحاضرة السادسة، كلية القانون ، جامعة المستقبل ، العراق ، 2022، ص 3.

[3] لعشاش محمد ، أحكام وضع الحدود و أحكام الحائط الفاصل قي القانون الجزائري ، مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكادمية ، المجلد 4، العدد 3، الجزائر ،2021، ص 1185.

حسب المادة أعلاه ، قرر القانون في شأن الحائط الفاصل غير المشترك أمورا ثلاثة : ليس للجار ان يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه، و ليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكا خالصا لهذا الجار ، و لكن لا يجوز للجار دون عذر قوي أن يهدم الحائط الفاصل الذي يكون ملكا خالصا له إذا كان جاره مستترا به [1].

أ_ ليس للجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه : لا يجوز للجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه ، فالمالك حر في استعمال ملكيته العقارية كما يشاء طالما كان ذلك في إطار الحدود الموضوعية التي رسمها القانون ، فله أن يقيم بتحويط ملكه من تلقاء نفسه ، أو قام ببناء حائط على أي حد من حدود ملكيته ، فإن هذا الحائط يكون ملكا خالصا له ، فلا يجوز للجار الإعتراض على هذا الحائط [2].

خلاف عن بعض التشريعات جاء التشريع الفرنسي و أقام التحويط الجبري وذلك لفائدة السكان حتى يأمنوا مساكنهم و حدائقهم من اللصوص ، و من يريد تحويط ملكه ان يفعل دون أن يجبر جاره على المساهمة معه في ذلك فإذا بنى حائطا فاصلا بينه و بين جاره ، بناه على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات ، و عليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط ، و بترميمه إذا اقتضى الامر ذلك [3].

ب_ ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائطه: وكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة في الحائط الفاصل ، الذي أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الإشتراك معه في هذا الحائط و لو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها ، و في الحالة التي ذكرناها سابقا ما إذا قام الجار تعلية الحائط المشترك على نفقته فيجوز لجاره ان يطلب الاشتراك في الجزء المعلى و يصبح الحائط كله مشترك ، و علاه

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1003.

[2] لعشاش محمد ، المرجع السابق ، ص 1186.

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1003.

أحد الجارين على نفقته ، فمتى يتسير إبقاء الحائط كله حائطا مشتركا حتى بعد التعلية ، فأجيز للجار الذي لم يقم بالتعلية ان يطلب الاشتراك في الجزء المعلى بشرط أن يكون الحائط مشترك منذ البداية ، أما المشرع الفرنسي على هذا النحو أجاز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك في حائطه الفاصل ، كله أو بعضه ، و يجوز للجار أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى الذي لم يشترك في التعلية من الحائط الذي كان مشتركا منذ البداية و كذلك الاشتراك في الحائط الفاصل الذي لم يكن حائطا مشتركا من قبل [1].

ج_ ليس لمالك الحائط الذي يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوي : فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه ، يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذي يستتر به إذا لم يكن هناك عذر قوي لهدمه ، خصوصا إذا كان يضر الجار[2] ، فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوي لهدمه كأنه كان يريد إعادة تشديد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق ، و تقتضي إعادة بناء هدم الحائط ، فمن حقه أن يهدمه حتى ولو قام جاره يستتر به ،لأن له مصلحة ظاهرة في الهدم فمصلحة المالك مقدمة على مصلحة الجار ، و للقول بخلاف ذلك يزعزع حق المالك و السلطات الممنوحة قانونا ولا يمكن أن يقال في هذه الحالة أنه متعسف في استعمال حقه في هدم الحائط ، على عكس إن لم يكن له عذر قوي فيعتبر متعسفا في استعمال حقه ، وهنا يمكننا القول أن مصلحة الجار أولى على مصلحة المالك .

ثانيا : المطلات و المناور

نظمه المشرع في **المواد 709 الى 711 من ق.م.ج** ، عند اقامت بناء يقتضي الامر نقب فتحات في حيطانه ينفذ منها الضوء و الهواء الى داخل البناء و يمكنه منها الاطلال للنظر الى الخارج ، (الضوء و الهواء و النظر) سميت مطلا ، (نوافذ و الشبابيك و الشرفات و البلكونات...) بوجه عام سميت منورا .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 1004.

[2] المرجع نفسه ، ص 1006.

1_ المطلات : اما ان يكون مطلا مواجها او مطلا منحرفا ، فقد جعل القانون للمطل المواجه قيد أشد من قيد المطل المنحرف .

أ_ المطل المواجه : حسب **المادة 01/709 :**" لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين ، و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو الحافة الخارجية للشرفة أومن النتوء".

من خلال المادة يمكننا تمييز ما يلي :

_ فقد حدد المشرع طريقة قياس المسافة بين المطل وحدود الجار فجعلها مسافة مترين إثنين هذا في حالة المطل المواجه [1].

_ المطل المواجه هو أكثر مضايقة للجار فيمكن من خلاله الاطلال على ملك الجار مباشرة دون حاجة الى الالتفات يمينا او شمالا [2].

_ اذا كانت المسافة أقل من مترين إثنين كان المطل المواجه مجاوزا لحدود المسافة القانونية .

و قد أكد الإجتهاد القضائي الجزائري ذلك على أنه :" من الثابت قانونا أنه لا يجوز أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين ، و إن القرار المطعون فيه الذي أمر بغلق النافذة و بناء جدران يقل بين المترين على علو مترين بعد التأكد ان النافذة محل النزاع لها مطل مباشر على منزل المدعي عليه في الطعن قد طبق القانون تطبيقا صحيحا و متى كان كذلك يتعين رفض الطعن "[3].

يجب مراعاة هذه المسافة مهما كانت طبيعة المطل فإن إقامة مطل مواجه للجار على مسافة تقل عن المسافة المذكورة يوجب ازالة و لو لم يتوفر الضرر ، و في حالة ما أقام المالك مطل على الطريق العام تسري عليه قيود المسافة ، يكون المالك حرا في فتح مطل بالإرتفاع أو العرض الذي يريده .

---

[1] زرارة عواطف ، المرجع السابق ، ص 119.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 772.

[3] قرار رقم 188803 المؤرخ في 1999/07/28 المجلة القضائية ، العدد الاول ، 2000، ص 147.

ب_ المطل المنحرف : تنص **المادة 710 من ق.م.ج** :" لا يجوز أم يكون الجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتمتر من حرف المطل...".

المسافة التي قيد المشرع بها المالك تكون أقل مضايقة للجار و لا يمكن النظر من خلاله بطريقة عمودية على ملك الجار و اذا فتح مطلا منحرفا على أقل من المسافة القانونية فإن حق جاره أن يطالب سده بحكم قضائي .

2_ المناور : حددته **711 من ق.م.ج** :" لا تشترط أية مسافة لفتح المناور التي تقام من إرتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها ، و لا يقصد بها إلا مرور الهواء و نفاذ النور دون أن يكمن الإطلال منها على العقار المجاور " .

يتبين من خلال هذا النص : أن القيد الوحيد في المناور هي المسافة التي لا يمكن الإنسان المعتاد حتى لا يستطيع الإطلال منه.

فالمالك له حق فتح المناور و ليس للجار ان يطلب غلق المناور ، على ألا يسيء مالك المنور إستخدام منوره كالإطلال منه على جاره او إلقاء مخلفات من منزله على جاره بواسطة هذا المنور ، و ان فعل يعد متعسفا في استعمال حقه ، فيجوز للجار أن يطلب سد هذا المنور تطبيقا لقواعد العمة في استعمال الحقوق [1].

هذا النوع من الفتحات لا تؤذي الجار أهمهم أن يكون موضوع فتحها مرتفعا لا يبلغه الانسان ، و اذا فتحت المناور على ارتفاع أقل من مترين يتجول لمطل [2]، بحيث لا يستطيع و هو يقف على الأرض في المكان الذي فتح فيه المنور الإطلال على العقار المجاور [3].

---

[1] رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص 51.

[2] معمر براهيم ، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة ،مذكر لنيل شهادة ماستر ،تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم ، 2018، ص 76.

[3] ابراهيم ابو النجا ، المرجع السابق ، ص 72.

المبحث الثاني : التعسف في استعمال الحق في قانون الأسرة

لتكوين هذه الأسرة أو الخلية الأساسية تكوينا صحيحا وسليما لابد من توفر عقد زواج صحيح حيث تضمنت النصوص القانونية في **المواد 84-11 من قانون الأسرة الجزائري** الذي سعا لتكريس هذه النصوص بداية بالخطبة حيث اعتبرها وعد بالزواج ووضع شروطها وآثار العدول عنها بشكل يتضمن صيانة حقوق أطرافها و التصدي لأوجه التعسف فيها، و من جهة أخرى كرس المشرع الجزائري أحكام عقد الزواج و أركانه في القسم الثاني من الفصل الأول من الكتاب الأول المعنون " **في الزواج** " من تقنين الأسرة ، و كذلك في حالة انحلاله ، سعيا منه إلى استقرار الحياة الزوجية ودوامها .

فانطلاقا من النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق ظهرت فكرة التعسف في استعمال الحق في الروابط الزوجية بصورة عامة ، فمن أخطر الحقوق التي ينتج عن تعسف صاحبها في استعمالها أضرار بالغير حقوق الزواج سواء كانت هذه الحقوق متعلقة بسبب انعقاد الزواج (**المطلب الأول**) أو بممارسة الحقوق الزوجية (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول : التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج

الزواج في الإسلام عقد متين وميثاق غليظ أساسه نية العشرة الدائمة بين الزوجين لتحقيق الثمرة النفسية ، عقد الزواج مثله مثل سائر العقود لا ينعقد إلا إذا كان مستوفيا للأركان و الشروط التي سنها المشرع الجزائري ، و الأصل أن ينعقد عقد الزواج بكل رضا ، إلا أنه قد تصدر عدة تعسفات ممن لهم حق و مصلحة في هذا الميثاق أثناء إبرامه ، و شرط الولي ضمن شروط صحة الزواج و الذي سنركز الدراسة عليه فيما يخص التعسف الذي يصدر منه في **الفرع الأول** ، و التعسف في إنحلال عقد الزواج في **الفرع الثاني** .

الفرع الأول : التعسف عند انشاء عقد الزواج

الزواج نظام إلاهي شرعه الله تعالى ، ويقوم بتوفر أركان أهمها الرضا و الولاية ، فالرضا يعتبر أهم ركن يقوم عليه عقد الزواج و الولي هو الذي يأذن و هو الذي يباشر هذا العقد نيابة عن من له ولاية ، ولقد أضحى الولي يتعسف في استعمال هذا الحق .

أولا : تعسف الأولياء في إبرام عقد الزواج :

رغم ورود نصوص قانونية واضحة و صريحة في قانون الأسرة التي تقضي برضاية عقد الزواج ، و يقسم الفقهاء الولاية الى قسمين ولاية اجبار فهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر و الصغير و المجنون، و فيها يستبد الولي بانشاء العقد على المولي عليه و لا يشاركه أحد ، لعدم توفر في المولي عليه شرط العقل و البلوغ في أهلية الزواج ، و و لاية الولاية الاختيار و هي التي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة ، فالخيار لها ، غير أنه يستحسن أن تستشير و ليها و أن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد و الأعراف[1]، إلا أن هناك من الأولياء من يتعسف في استعمال حق الولاية على موليته إما بعضله في إبرام عقد الزواج ، أو بتزويجها دون رضاها.

1- عضل الولي : نص المشرع الجزائري في **المادة 12 ق.أ** :" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها"، إذا يحرم على الولي عضل المرأة عن الزواج فإذا عضل الولي المرأة فلها أن ترفع أمرها إلى السلطان ليزوجها .

ويقصد بالعضل أن يمنع الولي من كانت تحت ولايته من الزواج ممن تقد لها و رغبت فيه دون مبرر مشروع ، كأن يسعى لإبقائها حتى تتول خدمته ، أو لاستيلاء على مرتبها إن كانت عاملة ، و العضل من الأمور التي حرمتها الشريعة الإسلامية بنصوص صريحة من الكتاب و السنة و الدليل على ذلك قوله تعالى " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضو بينهم بالمعروف "[2].

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 119.

[2] الأية 232 ، سورة البقرة .

العضل في معناه التضييق و المنع و الشدة و هو راجع إلى منع الحبس ، يقال: أردت أمرا فضلتني عنه ، أي : منعتني عنه وضيقت علي[1].

و الفقهاء متفقون على معنى العضل بأنه إمتناع الولي من تزويج موليته بغير حق شرعي ، كإمتناعه من تزويجها بكفء رضيته ، و يتحقق العضل إذا امتنع الولي من تزويج موليته فلا يجوز للولي الإمتناع من تزويج موليته بدون سبب مشروع لأن العضل حرام و لأنه نوع من الظلم[2] .

فالولي يعتبر عاضلا إن منع موليته من الزواج بالكفء الذي رغبت به ، ورغبة منه بتزويجها بكفء آخر ، حيث أن حقه في الكفاءة قد تحقق فلا يمنحها حقها من رغبة الزواج منه[3].

فيلزم الولي أن يزوج موليته من الخاطب الكفء الذي رضيت به ولا كان عاضلا لها ، السلطة الشرعية التي منحت للولي لابد أن يكون تصرفه صحيحا نافدا ، تنحصر في القبول أو الرفض و تولي إبرام عقد الزواج عليها ، بعد تعديل **ق.أ.ج في سنة 2005 بموجب الأمر 05-02** [4]، فالتعديل مس المادتين **11** و**13** التي تناول من خلالها المشرع الولي في هقد الزواج ، **فالمادة 11** تنص على: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليه و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره "، دون الإخلال بأحكام **المادة 07** من هذا القانون " يتولى زواج القاصر أوليائهم و هم الأب ، فأحد الأقارب الأوليين و القاضي ولي من لا ولي له " ، يتبين من خلال نص المادة أن الولي لا يعتبر شرطا للزواج بالنسبة للمرأة الراشدة بل حضور رمزي ولها أن تختار وليها بكل حرية ، كما أن غياب الولي في عقد زواج الراشدة لا يؤدي إلى إنعدام و إبطال هذا العقد ، كما ألغى المشرع دور القاضي في ولاية تزويج البالغة [5].

---

[1] إبن منظور، لسان العرب ، المرجع السابق ، ص 401 .

[2] محمد أحمد الحامد الهاشمي ، عضل الوزلي في عقد الزواج بعد تحسين مرتبنه في قانون الأحوال الشخصية الإمراتي ، تخصص شريعة و الدراسات الإسلامية ، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة 2022 ، ص 4759 .

[3] عمير هاجرة ، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج ، مجلة الإجتهاد القضائي ، المجلد 13 ، العدد 28 ، 2021 ، ص 331 .

[4] الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المعدل لقانون الأسرة .

[5] داودي عبد القادر ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ط 2 ، دار البصائر للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2010 ، ص 112 .

أما بالنسبة للقاصر فيعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج ، وبذلك ليس للولي أن يزوج من هي في ولايته ممن لا تريد الاقتران به ، كما ليس له أن يزوجها إن لم تكن راغبة في الزواج ، كما لا يجوز له أن يمنع إبنته القاصرة من الزواج إذا كان الزوج كفئا لها و تتوفر فيه جميع شروط الزوج الصالح[1] ، ففي حالة قيام هذه المظاهر المذكورة أعلاه يتحقق تعسف الولي في استعمال ولايته ، فتعسفه هنا تعسف بالمنع مما يسمح للقاصر للجوء إلى القاضي ليتولى تزويجها نظير كفء لها[2] .

2- تزويج الولي موليته اكراها أو اجبارا : الإكراه في الزواج هو الضغط على المولي عليه ظلما بأي وسيلة كانت مرهبة أو بتهديده ، و هذا من أجل حمله على الزواج بغير رضاه ، بحيث لو ترك و شأنه لم يقم بهذا الزواج [3]، فهو إرغام على الزواج رغم رضه له .

فإذا تم عقد الزواج تحت الإكراه فإنه يفسد ، لأن العقد يحتاج إلى إرادة العاقدين التي يعبر عنها بالإيجاب و القبول الذي مصدره رضا الطرفين ، فالعقد الذي تم بإكراه لا يمكن تصحيحه بإجازة من أكره عليه ، لأنه غير منعقد فلا يلزم المكره بما أكره عليه [4].

و من جهة أخرى فالإجبار في عقد الزواج هو أن يباشر الولي العقد نافدا على المولى عليه دون الرجوع إليه لأخذ رأيه ، فيقوم الولي بإنشاء عقد الزواج دون التدخل من الولى عليه ، و دون المشاركة فيه [5].

فقد أوضح المشرع الجزائري هذه المسألة في **المادة 13 من ق.أ.ج :**" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون

---

[1] لحسن ابن الشيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار هومة ، للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2014 ، ص49 .

[2] لحسن ابن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 50 .

[3] رحال عبد القادر ، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع و حق استعمال السلطة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري ، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية ، العدد 11، 2016 ، ص 169.

[4] إبن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، كتاب العتق ، باب الخطأ و النسيان في العتاقة و الطلاق ونحوه ولا عتاقة إلا لوجه الله ، ج 5 ، دار المعرفة ، بيروت ، ص 160 .

[5] نور الدين ابو لحية ،عقد الزواج و شروطه ، ط2، دار الأنوار للنشر و التوزيع،الجزائر ، 2019، ص 78 .

موافقتها ".

لقد ركز المشرع الجزائري على الولاية الاختيارية بالنسبة للمرأة البالغة ، و ذلك بإعطائها حق تزويج نفسها بغير إذن وليها بمعنى الزواج بالشخص التي تريد و برضاها و موافقتها ، و قد رفض المشرع الجزائري مسألة الإجبار على المرأة في الزواج عندما جعل عقد الزواج عقدا رضائيا حسب **المادة 09 من ق.أ.ج** :" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " .

فلا ينعقد الزواج بتخلف ركن الرضا بين الزوجين و ذلك واضح في **المادة 33 الفقرة 1** : " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " .

ثانيا : العدول التعسفي عن الخطبة

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته ، و من أهم التصرفات ذات الشأن العظيم لما اشتمل عليه من تكاليف و التزامات و آثار عديدة ، فقد اختص الشارع عقد الزواج من بين العقود بأحكام تنظيم مقدمته لكونه أخطر عقد في الحياة ، و على هذا الأساس درج الناس على ألا يقدموا على انشاء هذا العقد الا بعد تفكير وروية ،وتدب وحيطة. و قد أقر التشريع الاسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج ، أو ما يسمى بعادة "الخطبة"،أو وعد بالزواج حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية و أسس ثابتة تحقق الراحة و السعادة ، و الصفاء و الوئام ، فتدوم العشرة و يشيع الحب و الوفاق[1].

الخطبة شرعت للتعارف و التوافق بين الطرفين ، تسبق عقد الزواج في حين لكلا الزوج و الزوجة العدول عنها كما يشاء إلا أن لهذا الحق ضوابط حتى لا يترتب عنه ضرر بالطرف الآخر ، فالحقوق ليست مطلقة لإستعمالها فقد يحدث و ينتج عنها تعسف في استعمال حق العدول .

1- الخطبة: لا تعتبر زواجا شرعيا إنما مجرد وعد بالزواج بدون عقد ، و مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم فهي عبارة عن أتفاق يسبق قراءة الفاتحة ، و يقع غالبا بين والدي

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004 ، ص 43.

الخطيبين أو أولياءهما ، و ينتهي بإيجاب و قبول المصاهرة بين العائلتين[1] ، وهي وعد ملزم من جهة لبذل جهد للزواج فعند العدول عنها أعرفها وعد غير ملزم .

2- العدول: هو رجوع أحد الطرفين أو كلاهما عن الخطبة و فسخها بعد اتمامها و حصول الرضا و القبول منهما [2]، لأنها مجرد وعد بالزواج لا يربط كل من الخاطب و المخطوبة برباط الزوجية ، على أساس عدم وجود فكرة العقد أو الالزام .

وحسب القانون **84-11** قانون الأسرة **في المادة 5** منه تنص :" الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "، فمادام أجاز المشرع العدول عن الخطبة و لم يقيده بشروط فلهما حق العدول بإرادتهما المنفردة لا غير، فإذا عدل الخاطب عن خطبته من غير سبب مقبول كان متعسفا ، و إن عدل لسبب مشروع يقبله العقلاء فلا اثم عليه [3].

3- مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة :

إذا قصد العادل عن الخطبة إضرار الطرف الآخر يعبر تعسفا و تشويها لسمعة الطرف الآخر ، و يظهر ذلك في عدة صور من بينها :

_ طلب الخاطب من المخطوبة ترك عملها بعدما كان الإتفاق سابقا على مواصلة العمل و يظهر من ظروف الحالي أن لدية نية و رغبة في إنهاء الخطبة ، وعادة ما يتم التصريح عن هذه الرغبة فيما بعد العدول [4].

_ سفر الخاطب إلى بلد أجنبي لطلب العلم و مكث عدة سنوات ففسخ خطبته و تزوج بأخرى ، فتصرفه هذا يتحمل جدا أنه قد فوت عليها فرصة لتقدم الخاطب إليها ، و قد أثير حولها شكوك

---

[1] بريكي حجلية ، التعسف في العدول عن الخطبة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أكلي منحد أولحاج ، البويرة ، 2013 ، ص 7 .

[2] محمد عقلة ، نظام الأسرة في الإسلام ، ج1 ، مكتبة الرسالة الحديثة ، الأردن ، 1983 ، ص 173 .

[3] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 53.

[4] جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج في الفقه و القانون ، ط1 ، دار الحامد للنشر، عمان ، 2009 ، ص241.

من جراء العدول بعد عدة سنوات من الخطبة[1] .

_ خلال فترة الخطوبة يقوم الخاطب باستئجار منزل و تجهيزه ، وقيام المخطوبة بشراء مستلزمات الجهاز غير أنه قد يعدل أحد الخطيبين عن الخطبة و يترتب عنه آثار تتعلق بالمهر و الهدايا ، إلى جانب الضرر الذي يصاب العدول عن الخطبة [2].

_ عند دوام الخطوبة و لمدة طويلة يؤكد لها الزوج أنه سيتزوجها ، بعدها يعدلها ، فهذا يعتبر إيلاما بعواطف المخطوبة .

_ العدول عن الخطبة من أحد الطرفين دون سبب جدي فهو تعسف في استعمال الحق .

_ استعمال حق العدول عن الخطبة كالانتقال من المخطوبة أو الإبتزاز بها وغيرها من الأسباب الغير مشروعة .

العدول عن الخطبة حق مشروع ، فقد يترتب عنها ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو أدبيا ، و خاصة إذا استمرت الخطبة عدة سنوات ، فالعدول بطريقة غير مشروعة قصد الإضرار بالغير يعتبر تعسفا و التعويض عنه لا بد منه ، فقد تعرض المسرع الجزائري في الفقرة الثالثة من **المادة 5 من ق.أ** الذي ينص :" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض" .

فالتعويض هنا ينطبق على الضرر الناجم عن العدول و ليس العدول في حد ذاته ، لأن العدول عن الخطبة حق مقيد بمبدأ عدم التعسف ومن ثم يلزم الطرف المتعسف بالتعويض متى تبث تعسفه .

---

[1] فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ط2 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2008 ، ص 471 .

[2] خلفلاوي لامياء ، طالبي أميرة ، نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج و انحلاله ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 ، قالمة ، ص 27 .

الفرع الثاني : التعسف عند انحلال عقد الزواج

الطلاق و الخلع كطريقين لفك الرابطة الزوجية ، فالأثر القانوني الذي ينجم عن الزوج الطلاق **أولا** و من الزوجة الخلع **ثانيا** .

أولا : الطلاق التعسفي

الطلاق تصرف شرعي يقوم به الزوج و تعتريه الاحكام الشرعية من الوجوب و الحرمة و الإباحة و الكراهة ، فهو يباح عند الحاجة سوء خلق الزوجة و سوء عشرتها ويكره في غير حاجة ، و يحرم في الحيض و النفاس و يجب كالطلاق المولي بعدم التربص أربعة أشهر[1].

و قد حاول الفقهاء تعريفه :" هو إساءة استعمال الحق ، بحيث يؤدي الى ضرر بالغير ، و هو الطلاق في مرض الموت و الطلاق بغير سبب "[2].

ومنه هو الطلاق الذي يقع بإرادة منفردة ، و يكون بنية إلحاق الضرر بالزوجة ، ويترك تقديره للقضاء ، و ذلك أن الطلاق التعسفي لا يتصور في الطلاق بالتراضي ، و إنما يكون في الطلاق بإرادة منفردة [3]، فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق طلب تعسفي و بغير مبرر يطبق أحكام **المادة 52 من ق.أ** :" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

و الواضح أن المشرع الجزائري جعل إثبات التعسف من صلاحيات القضاء ، فعلى الزوج أن يثبت أن طلاقه سبب جدي و معقول و مقبول حتى يكون طلاق صحيح غير متعسف فيه ، أما إذا كان طلاق الزوج و زوجته مضرا بها ، مسيئا لسمعتها في بعض الظروف ، و خاصة إذا كان الطلاق بدون سبب أي أنه كان متعسفا في طلاقها دون مبرر شرعي و قانوني مقبول

[1] محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد و التفهيم ، قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 02-05، ص 33.

[2] مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، لبنان ن ط7، 1997، ج1 ، ص 242 .

[3] ولد خسال سليمان ، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي ، محاضرة أ ، كلية الحقوق ، جامعة المدية ، ص 63.

، فيترتب أثرا بهدف تخفيف هذا الضرر عن المطلقة و ذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته [1].

1- معايير الطلاق التعسفي :

من أجل إضفاء صفة التعسف على الطلاق لا بد من توفر ما يلي :

_ انعدام المنفعة لطلب الزوج الطلاق أي لغير مصلحة التي شرع من أجلها و بدون سبب مقبول فيعتبر متعسف في استعمال الحق .

_ عندما يكون قصد الاضرار بالزوجة بدافع الانتقام و الكراهية حيث لا يوجد أي منفعة يحققها من الطلاق .

_ إذا كان للزوج مصلحة في ايقاع الطلاق و لكن ألحق بالمرأة ضرر ، و كان ضرر المرأة كبير بجانب مصلحة الزوج بإيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا .

_ الطلاق بقصد الحرمان من الميراث و هو أن يطلق الرجل مريض مرض الموت زوجته لحرمها من إرثها منه [2].

أما بالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي نجد أن المشرع الجزائري عكس التشريعات الاخرى لم ينص على المتعة في قانون الاسرة و إنما نص على التعويض في **المادة 52** سابقة الذكر ، و يقوم أساس التعويض حسب هذه المادة على تحقق شريطين : وجود التعسف في الطلاق و إلحاق الضرر بالمطلقة [3].

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 233.

[2] بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في القانون الاسرة الجزائري ، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007، ص 125.

[3] تبوت فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص 95.

ثانيا : الخلع

شرع الإسلام للمرأة كمخرج نجاة للخلاصة من حياة زوجية لا تطيقها ، و لا تجد الراحة فيها لنفورها من زوجها [1].

لم يعرف المشرع الجزائري الخلع و لكنه اعتبره بموجب **المادة 54 ق.أ.ج** احدى طرق فك الرابطة الزوجية ، و ذلك بنصه :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي....".

أي أن الخلع طلاق بإرادتها المنفردة ، و الخلع يقع به طلاق و لا يجوز للزوج مراجعة مختلعته في العدة إلا برضاها و بعقد جديد [2].

1- معايير التعسف على حق الخلع :

_لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي ولأتفه الاسباب أو بدوافع ذاتية فقط و لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، قاصدة إلحاق الزوج ضرر أو بدافع الانتقام و الاهانة ، و منه انعدام الفائدة الكلية للزوجة في ايقاع الخلع .

_ تجعل الزوجة من الخلع وسيلة لإثراء على حساب الزوج ، فعندما تدفع القليل من المال الثابت في عقد الزواج في صورة صداق المثل بعد أن تكون قد أخذت الكثير من الزوج الذي منحه لها ودًا و محبة [3].

_ إيقاع الزوجة الخلع بناء على أسباب تعتبرها مبررات لدفع الضرر عن نفسها ، و تنتج عنه مفاسد و أضرار تلحق كل من الزوج و الأولاد ، و منه أن الزوجة الموقعة للخلع يسبب فائدة قليلة مقارنة بالضرر اللاحق بالزوج و تكون متعسفة [4].

---

[1] منال محمود المشيني ، الخلع في قانون الاحوال الشخصية ، أحكامه أثاره دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار الثقافة ، عمان ، 2008، ص 43.

[2] لحسن بن شيخ آث ملويا ، رسالة في طلاق الخلع ، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص 15.

[3] تبوت فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص 123.

[4] بن نقعوش فاطمة الزهراء ، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجة بسبب الخلع ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2019، ص 66.

و من دون أي شك إن تعسف الزوجة في الخلع سيلحق إضرار بالزوج سواء كانت أضرار مادية أو معنوية ، فالمشرع الجزائري لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في خلعه ، فكل ما منحه اياه هو الابقاء له بدل الخلع ، و قد نص المشرع في الفقرة **2** من **المادة 54 ق.أ.ج** :" اذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

فلا يجوز أن يحصل الزوج على تعويض مرتين عن ضرر واحد [1]، فالمشرع اعتبر قيمة البدل في الخلع يقابله التعويض في الطلاق إذا كان تعسفيا [2].

المطلب الثاني : التعسف في ممارسة حقوق الزوجية

تعد العلاقة الزوجية من أهم العلاقات الإنسانية التي كانت محل إهتمام التشريعات السماوية و الوضعية ، و قد أراد الله تبارك و تعالى أن تؤسس على أسس من العدل و الإحسان و المنطق و بأعلى درجات الانسانية كما جاء في قوله تبارك و تعالى :" و عاشروهن بالمعروف " [3]، و هذا الإلتزام بحسن التعامل و عدم التعسف باستعمال الزوج لحقوقه الناشئة عن عقد الزواج يعد من أهم الالتزامات المعنوية التي تقع بذمة الزوج و واجبه ، و إن استعمال هذه الحقوق يجب أن يكون بطريقة تناسب مع مبدأ حسن النية و حسن المعاشرة و إكرام المرأة ، كما تطلبتها الشريعة الاسلامية و الحقوق الثابتة في القوانين الأحوال الشخصية [4].

إذ أن الأصل في العلاقة الزوجية هي المودة و التكافل فقد يحدث و يتعسف أحد الطرفين أو كلاهما في استعمال الحقوق ، سنتحدث في **الفرع الاول** عن تعسف الصادر من الزوج و في **الفرع الثاني** تعسف الزوجة .

---

[1] لحسين بن شيخ إث ملويا ، المرجع السابق ، ص 262.

[2] عاشور سهيلة ، سعيد خنوش ، المرجع السابق ، ص 490.

[3] سورة النساء ، الآية 19.

[4] الشروفي عدنان هاشم جواد و عزيزة خميس صادق ، تعسف الزوج باستعمال حقوقه الناشئة عن عقد الزواج ، مجلة رسالة الحقوق ، مجلد 13، عدد 2 ، العراق ، 2021، ص 243.

الفرع الأول : تعسف الزوج

يترتب عن عقد الزواج حقوق و واجبات متبادلة بين الزوجين ، فقد يتجاوز الزوج حدود حقوقه و يضر بزوجته ضررا بليغا و يكون متعسفا في استعماله لحقه ، فمن بين الامور ذلك تعسف الزوج في ممارسة حق الطاعة و التأديب و كذلك في ممارسة حق تعدد الزوجات .

أولا : تعسف الزوج في ممارسة حق الطاعة و التأديب

على الزوجة طاعة زوجها بالمعروف من أجل استمرار الأسرة فإن انحرفت عن ذلك على الزوج تأديبها ، فواجبها إتجاه زوجها طاعته في غير معصية الله ، فتأديب الزوج لزوجته يكون بغير عنف فهو حق منحه الشرع و القانون للزوج الإجبار الزوجة على الرجوع و حماية كيان أسرتها ، فالتأديب يكون بوسائل عديدة : الوعظ و هو تذكير بالخير فيما يرق له القلب ، ثم الهجر ألا يتجاوز مدة الايلاء المقررة شرعا (أربعة أشهر) ، ثم الضرب فهو ضرب الآداب الغير المبرح و هو الذي لا يكسر العظام و لا يشين ، و لا يكون الضرب سبيل للإهانة أو طريقا للإنتقام من الزوجة و إنما دون إفراط ، لأنه إذا تجاوز حدود الآداب يكون قد تعسف في استعمال حقه ، و أنجم على ذلك ضرر للزوجة .

ومن موجبات الطاعة إستئذان الزوجة من زوجها عند الخروج من المنزل ، فليس لها الخروج إلا بإذنه ، غير أن بعض الأزواج يمارسون على زوجاتهم شروطا إستبدادية تهدف الى عكس ذلك ، كمنعها من زيارة أبويها بدعوى أنهما سبب افسادها[1]، فلإستمرار الحياة الزوجية عليهما تجنب كل ماهو يلحق الضرر بالآخر و تجنب تجاوز حقوق بعضهما.

فالغاية من تأديب الزوج لزوجته تهذيبها و في حالة استعمال الزوج حقه التاديبي للزوجة و تعسف فيه يؤدب بلا سبب و يهجر و يضرب دون مبرر ، و يؤذي الزوجة في وجهها ، إذا زاد الزوج عن القدر الازم ، استوجب على الزوجة مواجته بأمرين : الشكوى الى القاضي ،فالقاضي السلطة التقديرية في الطلاق بين الزوجين أو الحكم بعقاب الزوج ، و حق طلب

[1] محمد التومي ، نظام الاسرة في الاسلام ، شركة الشهاب ، الجزائر ، ص 100.

التطليق حسب **المادة 10/53 من قانون أسرة الجزائري** :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب الآتية : الضرر المعتبر شرعا ".

ثانيا : التعسف في ممارسة حق تعدد الزوجات

المشرع الجزائري أبقى على نظام تعدد الزوجات ولم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية حسب **المادة 1/8 من ق.أ** المعدلة بأمر **05-02** الذي يسمح للزوج بالزواج بأكثر من واحدة أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج أربعة نساء و هو الحد الأقصى المسموح به شرعا، فوق أربعة يعتبر زواجا غير شرعي و ممنوع قانونا [1] ، فقد حصرها القانون في أربعة زوجات فقط ، و العدل بين النساء و القدرة على النفقة و حسن المعاشرة ، فشرط العدل هنا هو شرط إبتداء و إستمرار ، و من هنا أجاز الفقهاء للزوجة الأولى أن تضررت بزواج زوجها أو قصر بواجبه نحوها أن تطلب الطلاق ، و للقاضي أن يجيبها الى طلبها ، كما أنه يجوز للمرأة التي تفاجأ بأن زوجها متزوج دون أن يخبرها ذلك ، أن تطلب التفريق للتغرير ، لأنها تزوجته على أنها غير متزوج عرفا و قانونا [2]، و نجد تطبيقات مخالفة لمقاصد التعدد فهناك حالات يتم فيها الزواج من أخرى إنتقاما من زوجته ، و أن يتزوج بغرض إشباع غرائزه و شهواته ، و كذلك الزواج قصد العبث أو إضرار بالزوجة الأولى ، فالزوج الذي لم يكن بحاجة الى تعدد الزوجات و ليس له القدرة على العدل و المساواة بين زوجاته و الوفاء بحقوقهن الشرعية ، فهو قصد الاضرار بالزوجة الاولى ، إنما شرع تعدد الزوجات عند الحاجة إليه و القدرة عليه [3]، و يثبث التعسف كذلك الزواج دون إعلام الزوجة زواجا عرفيا ، في هذه الحالة عدم إعلام الزوجة الأولى هو دليل لعدم رضاها و ذلك لسوء نية الزوج و التحايل .

---

[1] عبد العزيز سعد ، قانون أسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، ص 184.

[2] دندوني هجيرة ، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري ، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 2، 1987، ص 512.

[3] بلبولة بختة ، اثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، بحث لنيل شهادة ماستر ، جامعة الجزائر بن عكنون ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2005، ص 63.

ثالثا : زيارة الأهل و استضافتهم

تنص **المادة 1/38 ق .أ** :" للزوجة الحق في زيارة أهلها من المحارم و إستضافتهم بالمعروف"، و هذا معناه أنه يحق للزوجة زيارة أهلها ، بالذهاب اليهم في مساكنهم ، أو استقبالهم في مسكنها في حدود المنطق و المعقول عرفا و شرعا ، و قد اشترط المشرع الجزائري أن تكون مقصورة على المحارم و هم الذين ليس لها معهم حق إنشاء عقد الزواج ، (الوالدين و الإخوة و الأعمام و الأخوال ...) ، و أن تكون هذه الزيارة بالمعروف أي في حدود اللزوم و لمدة مقبولة و في الأوقات المناسبة حتى لا تتحول الى أداة تخريب بيت الزوج ، و على حساب رعاية الأولاد ، وعليه فإن زيارة الزوجة لأهلها حق لها ، طالما أنها لا تتعسف في استعماله ، و لا يستطيع الزوج منعها في ذلك إلا لخوف عدم الأمن عليها و قد قال الفقهاء أن لها حق زيارة والديها مرة كل أسبوع ، إذا كانوا يقطنون في نفس المدينة [1].

يتضح لنا من هذه القيود بأن المشرع الجزائري ساير مسلك الشريعة بالنسبة للتعدد ، في إطار شروط و قيود الاقدام على هذا النظام القانوني الأخلاقي في ظل الحقوق و الواجبات و الإلتزامات التي تترتب بعد انشاء العقد ، و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بتضييق دائرة تعدد الزوجات على ندرة وقوعه في الجتمع الجزائري الحالي ، و تقييده بالعدل بين النساء ، و القدرة على الانفاق ، ووجود المبرر الشرعي لضرورة أو مصلحة تخضع كلها للمراقبة القضائية[2].

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 163.

[2] بلبولة بختة،المرجع السابق ، ص 93.

الفرع الثاني : تعسف الزوجة

حسب نص **المادة 222 من ق.أ.ج** :" يتعين على الزوجة عدم مجاوزة حقوقها و إساءة استعمالها لدرجة الاضرار بالزوج ".

أولا- التعسف في ممارسة حق النفقة :

لا يحق للزوجة أن تستعمل حقها في النفقة بقصد الإضرار بالزوج ، فلا يجوز للزوجة أن تطلب بمصاريف لا يستطيع تحملها و تفوق قدرة المادية للزوج ، فإذا تعسفت الزوجة في ممارسة حقها في النفقة يكون الحكم لصالح طلبات الزوج سواء إذا غادرت الزوجة من أجل رجوعها لمسكن الزوجة و كانت دعوى الزوج من أجل رجوعها لمسكن الزوجية ، فيحكم برجوعها و إن رفضت إعتبرت ناشزا ، و يضيع حقها في التعويض إذا رفع الزوج دعوى الطلاق لأن طلاقه لا يكون تعسفيا و يكون مبررا و بأسبابه[1]. فالأساس فإن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بالنفقة عليها في حدود المعقول فلا يجوز لها أن تثقل عليه ، و عليه ليس للمرأة الموسرة مطالبة زوجها المعسر بالنفقة الموسرين و إلا كانت متعسفة في حقها و هذا أنها بقبولها الزواج بالمعسر قد رضت بالنفقة التي عليها و هي نفقة الاعسار [2]، فيكون ذلك دليل على نية الإضرار بالزوج بالنفقة دون تحقيق أية مصلحة فهي عالمة مسبقا بإعساره.

ثانيا- التعسف في ممارسة حق الخروج من البيت :

في بعض الحالات قد تسيء الزوجة استعمال هذا الحق و تصدر منها تعسفات من أجل زيارة الاهل و الاقارب ، فللزوجة أن تزور أهلها حتى و إن لم يأذن لها زوجها بذلك فإن مرض أحدهم أو كان محتاجا الى خدمة ما فلها الحق أن تخرج لخدمته و عيادته بحسب الحاجة [3]، على أن تكون هذه الزيارة بالمعروف ، أي في حدود اللزوم و لمدة مقبولة ، و في أوقات

---

[1] خلفلاوي لمياء ، طلبي أميرة ، المرجع السابق ، ص 66.

[2] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004 ، ص 182.

[3] جميل فخري محمد جانم ، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون ، المرجع السابق ، ص 95.

مناسبة [1].

فإذا استعملت الزوجة حق الخروج لزيارة أهلها بدون حاجة ، أو من غير سبب معقول و ضيعت حقوق زوجها و أولادها ، أو كانت تقصد من وراء خروجها الإضرار بسمعة زوجها ، فإنها تعتبر متعسفة في استعمالها لهذا الحق و من حق الزوج أن يمنعها من الخروج[2].

فلا يجوز للمرأة أن تخرج من بيت زوجها إلا بإذنه و يتأكد ذلك إذا كان قد منعها من ذلك ، و إذا خرجت لعنتها الملائكة حتى ترجع ، إلا أنه يحق للزوج منع الزوجة من زيارة والدي محارمها إذا ما حدث من وراء هذه الزيارة ضرر و مفسدة ، فإذا تعين منعها من زيارة والديها طريق لدفع هذا الضرر جاز هذا المنع لوجود مبرر شرعي .

[1] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 163.

[2] بلبونة بختة ، المرجع السابق ، ص 93.

الخاتمة

الخاتمة :

بحمد الله و شكره ينتهي المطاف بنا عبر دروب هذا البحث من فصول و مباحث بجهد و جمع للدراسات لأغلب جوانبه بحسب قدرتي ،ففي نهاية دراستنا لموضوع التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري تحت ضوء **المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري** ، لوحظ أن أول ظهور للنظرية التعسف في استعمال الحق كان بالظبط سنة 1805 ، بعبارة " **اساءة التعسف في استعمال الحق** " في الفقه الغربي ، و عبارة **التعسف في استعمال الحق** هي من انتاج الفقه العربي ترجمة له ، فنظرية التعسف في استعمال الحق مرتبطة بالحق ، فالحق مشروع و موجود لكن استعمال الشخص للحق هو الذي يعد غير مشروع ، فاستعمال هذا الحق هو من يخالف القانون إذ يكون بطريقة غير مشروعية ، فالأصل يكون باستعمال الحق على وجه مشروع .

إلا أن هذه النظرية توسعت في مجالات و مكنت البحث فيها و شملت عدة جوانب من حياة الفرد ، خاصة في الملكية العقارية باعتبارها ملكية مقيدة غير مطلقة ، ترد عليه عدة قيود قانونية منها مايتقرر للمصلحة العامة و منها الآخر ما يتقرر للمصلحة الخاصة ، جاءت لهدف إنشاء علاقات جوارية تقوم على الهدوء و الراحة ، فالمالك له حق ممارسة سلطاته على عقاره في حدود القانون ، و منه مثلما خولت لصاحب الحق حرية في استعمال ملكيته من جهة أخرى قيدته لعدم إلحاق الضرر بجاره .

و كذلك بما في ذلك أخطر ما قد ينتج عن التعسف في استعمال الحق ، الضرر بالغير في الحقوق المتعلقة بسبب انعقاد الزواج أو بممارسة حقوق الزوجية ، عملت نظرية التعسف في استعمال الحق في ردع التجاوزات التي حدثت داخل الأسرة عن طريق الحماية القانونية للمتضرر من التعسف بمنحه اياه حق الطلاق و الخلع ... ، الا أنها غير كافية .

و بالتالي الشخص الذي يستعمل حقه بطريقة تعسفية لا يحظى بحماية قانونية ، و الإثبات يقع على عبء المتضرر ، و يترتب عليه جزاء أو تعويض ، كما لها من جهة أخرى دور وقائي تسعى من خلاله للحد من التعسف في استعمال الحق قبل تمامه.

و في الأخير نلخص بحثنا القانوني حول نظرية التعسف في استعمال الحق في بعض النتائج التالية :

_ إن استعمال الحق مقيد، فالشخص ملزم قانونا باستعمال حقه في حدود ما جاء به القانون و ما خوله إياها، فلا يتخطى هذه الحدود و إلا ألحق الضرر بغيره و يعتبر متعسفا في استعمال حقه على وجه غير مشروع .

_ التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة عرفت في الاوساط الفقهية منذ القرون الماضية ، إذ عرفها القانون الروماني أولا ثم نقلها المشرع الفرنسي القديم ، بعدها تداولها تشريع نابليون ، لتستقر فيما بعد في مختلف التشريعات الحديثة ، في أحضان القاون المدني .

_اعتبر المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق فعلا يستحق التعويض ، و الفعل المستحق للتعويض هنا هو الخطأ (الضرر فقط) ، و من الواجب إثباثه و على مرتكبه يلزم بتعويض الغير عن هذا الضرر .

_ نكون أمام حالة التعسف في استعمال الحق كما جاء بها ق.م.ج. ضمن المادة 124 مكرر حسب المعايير التالية : استعمال الحق قصد الاضرار بالغير بمعنى الشخص هنا هند استعمال حقه لم يقصد إلا أن يضر بغيره ، انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق و بين الضرر الذي لحق الغير هنا يعبر عنه القانون بتفاهة المنفعة مقارنة بالضرر الناتج ، و الضرر هنا يكون أعلى بكثير من مصلحة صاحب الحق ، استعمال الحق قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة و يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه متى قصد تحقيق مصلحة لا يقررها القانون .

_ القانون الجزائري كالقوانين الأخرى تبنى هذه النظرية و حدد ثلاثة حالات ، إلا أن هذه الحالات ليست واردة على سبيل الحصر إنما على سبيل المثال ، توفر حالة واحدة فقط من الحالات المذكورة يعد تعسفا في استعمال الحق .

_ الجزاء المترتب عن التعسف في استعمال الحق يتمثل في التعويض بالنقود عن الأذى الذي سببه صاحب الحق ، و قد يتمثل أيضا في إعادة الوضع لما كان عليه مسبقا .

_ لا يقتصر موضوع التعسف في استعمال الحق على الحقوق العامة فقط ، إنما تتسع جوانبه حسب المعايير المحددة ، و الملاحظ تخضع كافة الحقوق مهما كان مصدرها لنظرية التعسف في استعمال الحق.

_ يخول حق الملكية العقارية سلطات مباشرة لصاحب العقار على أساس أن يستغله و يشغله و يتصرف فيه ضمن الحدود القانونية .

_ للمالك أن يتصرف في ملكه كيف ما شاء مالم ينجم عن ذلك ضررا فاحشا .

_ نهت النصوص القانونية المالك عن إلحاق الضرر ، أما إذا أخل المالك بإلتزامه و غلت يده في استعمال الحق فهو مسؤول عن تعويض الضرر الناجم ، كذلك حجب الضوء و الهواء عن الجار يعد تعسفا في استعمال الحق.

_ نظم المشرع الجزائري حدود الملكيات المتلاصقة و أحكام الحائط الفاصل حق الاستعمال للغرض المعد له و تكون نفقة الأشغال مشتركة بينهم ، شرط عدم إلحاق الضرر بالجار .

_ يترتب عن الضر الذي يصيب الجار إزالة الضرر أو التعويض .

_ اهتم المشرع الجزائري بتأطير حقوق الأسرية بمجموعة من الظوابط لمنع التعسف في استعمال الحق سواء في الزواج أو عند إنحلاله ، فقد باتت المحاكم في عصرنا الحاضر تشهد نسبة كبيرة من القضايا التعسف في الاحوال الشخصية .

_ مبادئ التعسف في استعمال الحق في قانون الأسرة منها ما هو مستخلص من القانون و الآخر من مفاهييم الشريعة الاسلامية بفرض قيد عدم التعسف في استعمال الحق، مسببة تحقيق أسرة متماسكة و حياة هادئة و يسودها إحترام و يغلب عليها الوازع الديني.

_ لا تجبر المرأة على معاشرة من لا تحب ، و لا يجوز للأب أن يجبر ابنته على الزواج و لا يحق له ذلك إذا لم ترضى .

_ العدول عن الخطبة هو تراجع أحد الخاطبين عن الاستمرار لتحقيق الزواج وهو حق قانوني، أما إذا نشأ تعسف من أحد الطرفين و ألحق ضررا بالآخر أعتبر تعسفا و وجب التعويض عن الضرر المعنوي .

_ لأسباب مختلفة و عديدة قد تنتهي العلاقة الزوجية بطلاق ، فالزوج لديه حق في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ، لكن في الكثير من الأحيان يكون الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق المخول له قانونا ، إذا كان الزوج متعسفا في الطلاق بدون مبرر شرعي أو إنتقاما من الزوجة كأنها شيء استهلك و رمي في الشارع ، فالزوج الذي لا يقدم أسباب مقنعة للطلاق هنا يكون طلاقا تعسفيا و لزوجة حق طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها .

_ كون الخلع حق للمرأة و لها الارادة و الرغبة في ذلك ، إلا أنه حق يقف على شرط أن لا تستعمله بغية إلحاق الضرر بالزوج و إلا اعتبرت متعسفا في استعمال حقها و على الأخير طلب تعويض عن الخلع التعسفي .

_ نص المشرع الجزائري على حقوق وواجبات بين الزوجين منها حقوق للزوجة على زوجها ، و حقوق للزوج على زوجته ، من شأنه تدعيم العلاقة الزوجية و استمرارها في حب وسعادة ، و التسامح و الاخلاص في أداء الواجب ، و يكون كلاهما متعسفا في استعمال الحق إذا قصد عكس ما جاء به أساس تكوين أسرة ، و ألحق الضرر بالطرف الآخر .

_ من مظاهر تعسف الزوج في حق زوجته ، تعسفه في الطلاق ، تعسف في ممارسة حق الطاعة و التأديب ، التعسف في تعدد الزوجات ، زيارة الأهل و استضافتهم .

_ المرأة شأنها شأن الرجل قد تتعسف في استعمال حقها ، لا يخول الأمر من إمكانية أن تتعسف في ممارسة حق الخروج من البيت ، و التعسف في ممارسة حق النفقة و الخلع .

و في نهاية الحديث عن كبيرة النظريات كما هي معروفة في وسط الفقهاء" نظرية التعسف في استعمال الحق " ، و التي اهتمت بها القوانين الوضعية و طبقتها في جميع مناحي القانون ، لما لها من أهمية بالغة في رسم طريق المشروع لاستعمال الحقوق ، وفق للغاية المنصوص عليها و ذلك من خلال تقييد صاحب الحق في ممارسة حقه دون التعسف في استعماله و الحاق الضرر بالغير، فأصل أي قاعدة قانونية تنظيم السلوك الخارجي للفرد و توجيهه بالطريقة الصحيحة لتحقيق العدل ، و كل ما يقبالها الزام تحقيق هدف مشروع و ردع كل استعمال خارجي غير قانوني .

عن نعمان بن بشير رضي الله عنهما ، عن النبي صلى الله عليه و سلم قال :" مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقًا ولم نؤذِ مَن فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعًا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا ".

اللهم لك الحمد و الشكر على ما أتممت ، خير العمل ما أحسن آخره ، و بعد جهدي المتواضع أتمنى من الله أن يكون هذا البحث " **التعسف في استعمال الحق** " له أثر ايجابي في إثراء الفكر الإنساني ، إلا أنه لا يكمن أن نجعله كاملا ، فالكمال لله تعالى وحده .

قائمة المصادر و المراجع

أولا - قائمة المصادر و المراجع باللغة العربية

_ المصادر

1- القرآن الكريم

2- أمر رقم 02-05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005 ، المعدل لقانون الأسرة .

3- القانون رقم 07-05 الؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1426 الموافق ل 13 ماي سنة 2007، المعدل و المتمم .

4- قرار رقم 50516، الصادر بتاريخ 15 مارس 1989 ، المجلة القضائية 1991، العدد01.

5- قرار رقم 338735 مؤرخ في 2006/03/15 مجلة المحكمة العليا عدد 1 ، 2006.

6- قرار رقم 188803 المؤرخ في 1999/07/28 المجلة القضائية ، العدد الاول ، 2000.

_ المراجع

- المعاجم و القواميس

1- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، ابو الحسين ، معجم مقاييس للغة ، تح: عبد السلام محمد هارون ، ج5 ، دار الفكر ، دمشق ، 1997.

2- الزبيدي ، تاج العروس شرح القاموس ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، ج7 ، د س.

3- الشريف الجرجراني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة ، القاهرة ، مصر، 1845.

ابن منظور ، لسان العرب ، المصباح المنير ، الفيومي ، د س.

4- الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار العلم ، بيروت ، لبنان ، ج3 ، د س .

5- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق مركز الرسالة للدراسات و تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، ط3، 1433هـ، 2012.
6- إبن منظور ، لسان العرب ، بيروت ، دار الجيل ، دار لسان العرب، ج1، 1988 .
7- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد 9، دار صادر ، بيروت ، لبنان، 1968.
8- ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، م3 ، د س .

- **الكتب :**

1 - ابراهيم ابو النجا ، الحقوق العينية الأصلية في القانون الليبي ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 1998.
2 - ابراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاءا ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002.
3 - أبو زهرة ، محمد ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د س .
4 - أحمد بن عبد العزيز العميرة ، نوازل العقار ، دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة ، ط1، دار المميان للنشر و التوزيع ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2011.
5 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، دار منشأة المعارف ، 2004.
6 - أحمد محمود سعد ،إستقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البئيء، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994.
7 - اسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، 2001.
8 - بطيوي كريمة ، التعسف في استعمال الحق في قانون الاسرة ، معهد العلوم القانونية و الادارية ، معسكر ،2003-2004.
9 - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004.

10- البلعي ، عبد الحميد محمود ، الملكية و ظوابطها في الاسلام ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، د س.

11- بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في القانون الاسرة الجزائري ، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007.

12- جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج في الفقه و القانون ، ط1 ، دار الحامد للنشر، عمان ، 2009.

13- جميل الشرقاوي ، دروس في الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، الكتاب الاول ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1970.

14- جميل الشرقاوي ، دروس في أصول القانون ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1966.

15- جورد خبروت ، المدخل إلى علم القانون ،ط2 ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ،الأردن ، د س.

16- إبن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، كتاب العتق ، باب الخطأ و النسيان في العتاقة و الطلاق ونحوه ولا عتاقة إلا لوجه الله ، ج 5 ، دار المعرفة ، بيروت، د س.

17- حسن علي محمد منازع ، الوقف و الحفاظ على الملكية الخاصة من التفتت و الضياع ، المؤتمر الثالث للأوقاف ، المملكة العربية السعودية ، الجامعة الإسلامية ، 2009.

18- حسن كيرة ،أصول القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، أحكام حق الملكية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1965.

19- حسن كيرة، المدخل الى القانون النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، الطبعة الخامسة ، 1974.

20- حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطات الارادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، مصر ، 2007.

21- حميد بن شنيتي ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2، 1993.

22- داودي عبد القادر ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ط 2 ، دار البصائر للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2010.

23- رشيد شميشم ، التعسف في استعمال الملكية العقارية ،دط ، دار الخلدونية ، الجزائر، د س ن.

24- رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت، لبنان.

25- زكي زكي زيدان ، حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الاسلامية و القانون المدني ، جامعة طنطا ، دار الكتاب القانوني ، 2009.

26- سمية حنان خوادجية ، المنجد في للغة و الاعلام ، ط28 ، دار الشروق ، بيروت ، 1986.

27- شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل للقانون القاعدة القانونية النظرية العامة للحق ، مطبعة نهضة مصر ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1968.

28- شوقي بناسي ، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر،2010.

29- طلبة وهبة خطاب ، النظام القانوني لحق الملكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.

30- عبد الله بن عبد العزيز المصلح ، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1988.

31- عبد الإله أحمد هلالي، تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربية، ط1، 1990.

32- عبد الجواد السرميني ، الحقوق العينية الاصلية ،ج1، مديرية الكتب المطبوعات الجامعية ، حلب ، سوريا ، 1969.

33- عبد الحي حجازي ، مذكرات في نظرية الحق ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، مصر ، 1951.

34- عبد السلام داود ، الملكية في الشريعة الاسلامية طبيعتها و ظيفتها و قيودها –دراسة مقارنة– ، مكتبة الأقصى ، عمان ، الأردن، ج1، 1974.

35- عبد الرحمان علي حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.

36- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 8 ، حق الملكية ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان .

37- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، مجلد 2 ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998.

38- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1، ط2، دار النهضة العربية ، 1964 .

39- عبد العزيز سعد ، قانون أسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل.

40- عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 1996.

41- عبد النعم فرج الصدة ، أصول القانون ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، مصر ، 1965.

42- عبد الودود يحي ، المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، مصر ، دار النهضة العربية ، 1981.

43- العبيدي علي هادي ، الوجيزفي شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ،2005.

44- عجة الجيلالي ، مدخل للعلوم القانونية ، ج2 ، نظرية الحق ، الجزائر ، 2009.

45- عدنان قوتلي ، الوجيز في الحقوق المدنية، ج1، ط7، دار الفكر ، دمشق، 1973.

46- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004 .

47- علي فيلالي ، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

48- علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، ط1،دار بلقيس للنشر ،الجزائر ، 2016.

49- علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون ، الجزائر ، 2003.

50- عمر فخري الحديثي ، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن ، 2011.

51- عيسوي أحمد عيسوي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة عين الشمس ، المجلد 5، العدد 1 ، 1963.

52- فاطمة الزهراء تبوت ، التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته ، القانونية و القضائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2016

53- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه لاسلامي ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، لبنان ،1977.

54- فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله ، ط2 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2008 .

55- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط4، 1988

56- فريدة محمدي زواوي ، المدخل للقعلوم القانونية ، نظرية القانون ، الطبعات الدولية ، 2000.

57- فيصل تركي عبد الواحد ، أضرار البيئة في محيط الجوار و المسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2009.

58- لحسن بن الشيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار هومة ، للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2014 .

59- لحسن بن الشيخ آث ملويا ، رسالة في طلاق الخلع ، دار هومة ، الجزائر ، 2013.

60- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد و التفهيم ، قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 02-05.

61- محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي : مختار الصحاح ،باب العين ، دار الفكر ، بيروت ، ج1 ، د س .

62- محمد بن عمر الزمخشري : الفائق في غريب الحديث -تحقيق : علي محمد البجاوي ، محمد أبو الفضل ابراهيم ، دار المعرفة ، لبنان ، ط2، ج1 ، د س.

63- محمد التومي ، نظام الاسرة في الاسلام ، شركة الشهاب ، الجزائر ،د س.

64- محمد حسين منصور ، محمد حسني قاسم ، المدخل الى القانون ، القاعدة القانونية -نظرية الحق-، الكتاب الثاني ، دار الجامعة للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 2000.

65- محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، ماهية الحق ، أنواع الحقوق ، ب ط ، منشأة معارف ، الإسكندرية ، 1998.

66- محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، أسباب كسب الملكية ، دار الجامعة الجديدية ، الازاريطة ، الاسكندرية ، 2007.

67- محمد السعيد رشدي ، التعسف في استعمال الحق ، أساس و نطاق تطبيقه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

68- محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ،الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1979.

69- محمد عقلة ، نظام الأسرة في الإسلام ، ج1 ، مكتبة الرسالة الحديثة ، الأردن ، 1983.

70- محمد كامل سوس باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، ج1، حق الملكية بوجه عام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005.

71- مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، لبنان ط7، 1997، ج1.

72- المصلح عبد الله ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية.

73- منال محمود المشيني ، الخلع في قانون الاحوال الشخصية ، أحكامه أثاره دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار الثقافة ، عمان ، 2008.

74- نبيل ابراهيم سعد ، المدخل الى القانون نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف للنشر ، مصر ، 2001 .

75- نصير جبار الجبوري ، التعويض العيني دراسة مقارنة ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010.

76- نور الدين ابو لحية ،عقد الزواج و شروطه ، ط2، دار الأنوار للنشر و التوزيع،الجزائر ، 2019.

77- يونس عبد الله مختار ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، د س .

-الرسائل و مذكرات الجامعية :

1 - بدر الدين عماري ، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشابطي " مبناها ومعناها "، بحث مقدم لنيل درجة ماجيستر في العلوم الإسلامية ، تخصص الفقه و أصوله ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران السانيا ، 2006 .

2 - بريكي حجلية ، التعسف في العدول عن الخطبة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أكلي منحد أولحاج ، البويرة ، 2013.

3 - بقالي محمد ، مسؤولية الجار بين القانون و الشريعة الاسلامية ، مذكرة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، الرباط ، د س.

4 - بلبولة بختة ، اثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، بحث لنيل شهادة ماستر ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون ، الجزائر ، 2005.

5 – بن زكري راضية ، القيود المدنية و الادارية الواردة على الملكية العقارية في التشريع الجزائري و المقارن ، رسالة لنيل شهادة دوكتوراه ، تخصص قانون عقاري ، 2019.

6 – بن نقعوش فاطمة الزهراء ، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجة بسبب الخلع ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2019.

7 – بومنير و هيبة ، بوكموش نيسان ، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2013.

8 – خلفلاوي لامياء ، طالبي أميرة ، نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج و انحلاله ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 ، قالمة ، 2022.

9 – زرارة عواطف ، مضار الجوار الغير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2013.

10– زريعة صورية ، المسؤولية المثارة عن البناء في ملك الغير ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون عقاري ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2015.

11– طيف عبد الله سلطان القايدي ، أضرار الجوار غير المألوفة في التشريع الاماراتي ،بحث التخرج ماستر،تخصص قانون ، شعبة حقوق ، كلية القانون ،جامعة الشارقة ، 2021.

12– عبد المجيد بالطيب ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في فسخ العقود، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية ، تخصص العقود و المسؤولية

في الشريعة و القانون ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2018.

13- عبيد فاطمة ، حملات أمنية ، التعسف في استعمال الحق ، مذكرة تخرج ماستر ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الدكتور دلاوي الطاهر ، سعيدة ، 2011.

14- العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة ، بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير ، تخصص شريعة ،جامعة الجزائر، 2002.

15- العطري أحمد ، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة بسبب الجوار ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر ، تخصص القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2015.

16- لحسن خضيري ، الوظيفة الإجتماعية للملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا ، تخصص قانون خاص ، جامعة محمد الخامس ، 2013.

17- محمد أحمد الحامد الهاشمي ، عضل الوزلي في عقد الزواج بعد تحسين مرتبنه في قانون الأحوال الشخصية الإمراتي ، تخصص شريعة و الدراسات الإسلامية ، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة 2022.

18- معمر براهيم ، القيود الخاصة الواردة على الملكية العقارية الخاصة ،مذكر لنيل شهادة ماستر ،تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم ، 2018.

- **المقالات و المجلات :**

1 – أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مجلة الأزهر ، ج5، 1962.

2 – حكيمة سباعي ، التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية ، مجلة دراسات إسلامية ،مجلد 12، العدد 1 ،المغرب ، 2017.

3 – دندوني هجيرة ، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري ، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ،1987.

4 – رحال عبد القادر ، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع و حق استعمال السلطة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري ، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية ، العدد 11، ، الجزائر ، 2016.

5 – سليمي الهادي ، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري ، مجلة المداد ، المجلد 7 ، العدد1 ، تيارت ، الجزائر، 2015.

6 – الشروفي عدنان هاشم جواد و عزيزة خميس صادق ، تعسف الزوج باستعمال حقوقه الناشئة عن عقد الزواج ، مجلة رسالة الحقوق ، مجلد 13، عدد 2 ، العراق ، 2021.

7 – عمير هاجرة ، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج ، مجلة الإجتهاد القضائي ، المجلد 13 ، العدد 28 ، 2021 .

8 – فطيمي الزهرة ، التعليق على المادة 124 مكرر وفق تعديل ق م رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 3 ، البليدة ، 2012.

9 – فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة ، جامعة دمشق العلوم الاقتصادية و القانون ، المجلد 22 ، العدد 2 ، 2006.

10– لعشاش محمد ، أحكام وضع الحدود و أحكام الحائط الفاصل قي القانون الجزائري ، مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكادمية ، المجلد 4، العدد 3، الجزائر ،2021.

11– نعيمي عبد الرحمان ، قيود الملكية العقارية في التشريع الجزائري و موقف الشريعة الاسلامية منها –دراسة مقارنة– ، مجلة المعيار ، المجلد 6، العدد 1، أدرار ، 2018.

–محاضرات :

1 – حفيظة عياشي، مدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للحق)،مطبوعة موجهة لطلبة الأولى ليسانس،تخصص حقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الدكترر الطاهر مولاي، سعيدة ، 2022/2021.

2 – فاطمة عبد الرحيم علي ابو الذهب السلماوي ، الشيوع الاجباري ، المحاضرة السادسة، كلية القانون ، جامعة المستقبل ، العراق ، 2022.

3 – قلواز فاطمة الزهراء ، نظرية التعسف في استعمال الحق، محاضرة ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف ، 2023.

4 – محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية– نظرية الحق–،محاضرة لطلبة السنة الاولى ،كلية الحقوق ، جامعة بنها، 2012/2011.

5 – ولد خسال سليمان ، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي ، محاضرة أ ، كلية الحقوق ، جامعة المدية.

- **الموقع الالكتروني :**

1 - محمود جلال حمزة ، الشيوع الاجباري،https://arab-ency.com.sy/ ،
25 /03/ 2024، 14:10 .

ثانيا- المصادر و المراجع باللغة الفرنسية :

1 - DABIN Jean , Le droit subjectif ,dolloz ,Paris, 1952.

2 - ECK Laurent , controverses constitutionnelles et abus de droit , A.T.E.R , université moyen , France , 2006.

3 - GENEVEVE Viney et Patrice jour diane , Traité de droit civil , Les conditions de responsabilité , 2emme éditions , delta 1998.

4 - JOSSERAND , l'esprit des droits et de leur relativité théorie dite de l'abus des droit 2 éme Ed , Paris ,1939 .

5 - MARCEL Planiol , traité élémentaire de droit civil , tome 2 ,10 eme édition Paris, 1932.

6 - MAZEAUD : leçons de droit civil , T2 ,Op .Cit ,1985.

الفهرس

الفهرس

إهداء.....

الشكر .....

قائمة المختصرات 5

مقدمة .....ب

التمهيد 1

الفصل الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق..... 7

المبحث الأول: مصطلحات نظرية التعسف في استعمال الحق و تاريخ تطورها . 7

المطلب الأول : ماهية نظرية التعسف في إستعمال الحق..... 7

الفرع الأول : تعريف الحق..... 8

الفرع الثاني : تعريف التعسف.....15

المطلب الثاني : تطور نظرية التعسف في إستعمال الحق حسب القوانين القديمة و التشريعات الحديثة.....17

الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية التعسف في إستعمال الحق قديما 17

الفرع الثاني :التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة.....19

المبحث الثاني : شروط تحقق التعسف في استعمال الحق و الجزاء المترتب عنه 24

المطلب الأول : حالات التعسف في استعمال الحق 24

الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير 25
الفرع الثاني: الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير 27
الفرع الثالث : قصد تحقيق فائدة غير مشروعة 29
المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق 30
الفرع الأول: جزاء وقائي 30
الفرع الثاني : الجزاء التعويضي 31
الفصل الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق 36
المبحث الاول : التعسف في استعمال الحق في الملكية العقاري 36
المطلب الأول : مفهوم حق الملكية العقارية.....38
الفرع الاول: تعريف الملكية 38
الفرع الثاني : تعريف العقار.....44
المطلب الثاني : صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.....46
الفرع الأول : صور التعسف في حق الملكية لمصلحة الجار.....46
الفرع الثاني : صور التعسف في الحق خاصة بالعقارات الملاصقة.....58
المبحث الثاني : التعسف في استعمال الحق في قانون الأسرة 67
المطلب الأول : التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج 67
الفرع الأول : التعسف عند انشاء عقد الزواج.....68
الفرع الثاني : التعسف عند انحلال عقد الزواج.....74

المطلب الثاني : التعسف في ممارسة حقوق الزوجية 77

الفرع الأول : تعسف الزوج.....78

الفرع الثاني : تعسف الزوجة 81

الخاتمة 83

قائمة المصادر و المراجع 90

الملخص

مـلخص مذكرة الماستر

التعسف في استعمال الحق هو استعمال الحق بغرض غير مشروع ، قصد إلحاق الضرر بالغير ، فقد وضع المشرع الجزائري ثلاث معايير يعتبر فيها صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه و هي : قصد الإضرار بالغير ، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة لضرر الناشئ للغير ، و إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

امتد نطاق نظرة التعسف في استعمال الحق في وضع قيود على الملكية العقارية بهدف تحقيق المصلحة الخاصة ، و على قانون الأسرة بشأن تعسف الولي في عقد الزواج و تعسف الزوجين في العلاقة الزوجية .

الكلمات المفتاحية: التعسف ، الحق ، معايير ، الملكية العقارية ، الأسرة .

Abstract of Master's Thesis

The Algerian legislature has set three criteria in which the right holder is considered to be abusive in the exercise of his right: the intention to harm others, if it aims to obtain little benefit in relation to the harm caused by others, and if its purpose is to obtain an unlawful benefit.

The abuse of the right to impose restrictions on real property for the purpose of private interest, and the family law on the abuse of the guardian in the marriage contract, extended the scope of the view abuse of spouses in the marital relationship.

Keywords: Arbitrariness ; Right ; Standards; real property; Family .