



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد حميد ابن باديس- مستغانم
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة

لنيل شهادة ماستر

في الحقوق

تخصص: قانون أساسي خاص

موسومة بـ:

التعسف في استعمال حق الملكية فقها
وقانونا

تحت إشراف

* فواد

من إعداد الطالبة :

الأستاذ:

* جميلة حاج بن علي

رحوي

السنة الجامعية: 2016/2015

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد حميد ابن باديس- مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة

لنيل شهادة الماستر

في الحقوق

تخصص: قانون أساسي خاص

موسومة بـ :

التعسف في استعمال حق الملكية

فقها وقانونا



تحت إشراف

* فؤاد رحوي

من إعداد الطالبة :

الأستاذ:

* جميلة حاج بن علي



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)



قائمة المختص

ط	: طبعة
د	: دكتور
د. ط	: دون طبعة
د. ت. ن	: دون تاريخ نشر
غ. م	: غير منشور
ص	: صفحة
ص. ص	: من الصفحة إلى الصفحة
ع	: عدد
ق ت ع	: قانو التهيئة العمرانية
ج ر	: جريدة رسمية
ق. م. ج	: قانون مدني جزائري
ق. م. ف	: قانون مدني فرنسي
ق. م. م	: فقانون مدني مصري
ق. إ. ج. ج	: قانون الإجراءات الجزائئية الجزائري



*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

قوله

اللهم لك الحمد حق حمدك، لا أحصي ثناء، أنت كما اثبتت على نفسك والصلاة والسلام على رحمتك المهداة، ونعمتك المسداة محمد بن عبد الله صلاة وسلاما ينهلان عليه، وينبجسان من بين يديه ويفيضان من حواليه، وعلى إخوانه من الأنبياء والمرسلين، وعى آله الطيبين الطاهرين وصحابته الغر الميامين الذين يدخلون الجنة زمرا، قلوبهم انتظمت على قلب رجل واحد لا تباغض بينهم، ولا تحاسد، وعلى من آمن بالله ورسوله من العالمين أما بعد: من خلال هذا البحث سأتناول ؛
موضوع الدراسة :

يعتبر حق الملكية من أقدم الحقوق التي صاحبت الإنسان منذ العصور الأولى، إلا أن حرية في استعمال ما ينجم عنه من سلطات واسعة عرفت إختلافا و تطورا بإختلاف المذاهب التي توالى حول استعماله، فقد كان المالك في بادئ الأمر يتمتع بمطلق الحرية في استعمال ما يمنحه له حقه من سلطات، وساد ذلك في ظل إنتشار النزعة الفردية التي كانت تنظر إلى مصلحة الفرد و ترى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفل للأفراد تحقيق مصالحهم الفردية فلم يكن الفرد في ظلها مقيد بأي شرط في استعمال ملكه بإستثناء عدم الخروج عن حدوده.

فإذا كان الفرد يهدف من وراء استعمال حقه إلى تحقيق مصلحة خاصة به، فإنه لا يجوز أن يتعارض مع مصلحة الغير، و القانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه فإنه يحميه طالما أنه كان يرمي إلى تحقيق مصلحة مشروعة و إن خالف ذلك إعتبر متعسفا وتخلت عنه الحماية القانونية، و هنا يظهر الدور الفعال الذي تلعبه نظرية التعسف في استعمال الحق في ضمان الإستعمال المشروع لحق الملكية، من خلال الكشف عن الإستعمالات التعسفية، هذه النظرية التي صاحبت في تطبيقها حق الملكية منذ العهد الروماني، أين كان التعسف في استعمال حق الملكية محصورا في نية الإضرار بالغير، وهذا ما جاء به الفقيه "Ulpian" ، كما أن هذا الموضوع عرفه الفقه الإسلامي و أسهم بنصيب وافر بصياغته وفقا لما أتى به الشارع سبحانه وتعالى في كتابه العزيز، و أخذ أيضا هذا الموضوع جانبا وافر من الإهتمام ونال دراسة معمقة في الشريعة

الإسلامية قبل القوانين الوضعية ويتجلى ذلك مر

إستعمال الحق اللتان تعتبران من كبرى النظريات فيهما إنطلاقاً من القاعدة الشرعية «لا ضرر ولا ضرار» وقيدت الحقوق الخاصة للإنسان عند إستعماله إياها حتى لا يضر الغير، سواء توفرت نية الإضرار أو تجاوز الحدود المألوفة أو عدم إنسجامه مع المصلحة العامة للمجتمع، ويعتبر التعسف في إستعمال الحق خروجاً عن حدود الحق نفسه حيث أن الإسلام قيد الحقوق في منشئها و إستعمالها ضماناً لعدم إتخاذها وسيلة للإستغلال و أداة للظلم، إضافة إلى أنها ترسخت بشكل واضح في القرن العشرين بفعل النظرة الحديثة إلى الحقوق العامة وحق الملكية خاصة التي تناولتها الأنظمة والقوانين بمنحها سلطات واسعة للفرد يستأثر بها لوحده شريطة تقيده بحدودها وإن التشريعات الحديثة ذهبت مذهباً

وسطاً بين النزعة الفردية و التيارات الإشتراكية تمثل في تقييد حق الملكية بوظيفة إجتماعية يحققها، ويلاحظ أن مجال دراسة هذا الموضوع أخذ حيزاً كبيراً في الجانب الفقهي منه في الجانب القانوني مما أثر في المعلومات التي تحصلت عليها أثناء هذا البحث ، فكانت دراستي لموضوع التعسف في إستعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي أوسع نوعاً ما منها في القانون الوضعي ولقد إخترت دراسة هذا الموضوع ومقارنته بين الفقه الإسلامي والقانون لأن الفقه الإسلامي هو موطن الدراسة التأصيلية التي جهد فيها الفقهاء على إستنباط الأحكام من مصادر الشريعة وكما سبق وذكرت فنظرتي الحق والتعسف في إستعمال الحق هما وليدنا الفقه الإسلامي وهما بارزتان في القرآن الكريم وأحاديث السنة النبوية وهما من المبادئ التي حفظت بها الحقوق، وفي المقابل فإن القانون قد تصدى لهذا الموضوع وِعتمدته معظم التشريعات، فقد إرتأيت من خلال هذه الدراسة تبيان نقاط تلاقي وِفتراق نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي سائلة العلي القدير أن يوفقني فيها.

أهمية وهدف الدراسة:

لقد وقع إختياري على موضوع ذي صلة بالحق؛ حيث شغلني التعسف في إستعماله فتناولت الحديث عنه بصفة عامة في لمحة وجيزة ثم تطرقت وبصفة خاصة ومعقدة إلى التعسف في إستعمال حق الملكية وذلك لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في حياة الفرد والمجتمع معا تتجلى في:

- التعرف على التطور التاريخي لإساءة استعمال

القوانين المدنية منه وما وصل إليه استعمال حق الملكية في عصرنا الحالي.

- التعرف بالإستعمال التعسفي لحق الملكية وحقيقته و تمييزه عن غيره من المفاهيم التي تشابهه.

- الكشف على الإستعمال التعسفي لحق الملكية و التعرف على حالاته و تطبيقاته في التشريع الجزائري و الوقوف على تكييف المشرع الجزائري له و على ما رتبته عليه من آثار.

دوافع إختيار موضوع الدراسة :

قد إجتمعت دوافع ربطتني بهذا الموضوع تتجلى في:

- إيماني بأن هذا الموضوع من ما يصرف طالب العلم فيه وقته وجهد لأنه مرتبط بحق الملكية المعترف به في الشريعة و الشرع كحق هام وخاص ذو وظيفة اجتماعية.

- الميول الشخصي لدراسة موضوع التعسف في إستعمال حق الملكية .

- إظهار مواطن التعسف في إستعمال حق الملكية.

- إهتمام الشريعة الإسلامية بموضوع التعسف في إستعمال الحق وتنظيمه .

- جدة موضوعات التعسف في إستعمال الحق.

- الكشف عن الدور الذي تلعبه نظرية إستعمال حق الملكية.

- التعرف بالإستعمال التعسفي لحق الملكية و تمييزه عن غيره من المفاهيم التي تشابه معه.

-الكشف على الإستعمال التعسفي لحق الملكية و معرفة حالاته و تطبيقاته في التشريع الجزائري و ما يترتب عليه من آثار.

- توضيح موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية و تطبيقها على إستعمال حق الملكية.

الصعوبات والعوائق في معالجة موضوع الدراسة:

وعن الصعوبات والعوائق التي واجهتني في كتابة هذه المذكرة فتمثلت فيمايلي :

- قلة المصادر والمراجع التي تناولت دراسة هذا الموضوع مقارنة بالمراجع الفقهية مما أخذ مني وقتا وافيا .

-تناثر المادة في مصادر ومراجع وعدم إمكانية الحصول عليها إلا بعد جهد.

ندرة الدراسات التي تناولت موضوع التعسف في إثراء الموضوع.

المنهج المتبع في معالجة موضوع الدراسة:

إن طبيعة الموضوع وحيثياته اقتضت مني إعتقاد المنهج التحليلي لجزئياته خاصة وأنها متنوعة بين الفقه والأصول والمقاصد والقانون، ولكن بما يتحمله هذا البحث ودون توسع لأنه كلما حظوة في ذلك خطوة إلا ولاحت جزئيات أخرى كثيرة كما أنني التجأت إليه في سبيل الإجابة على إشكالية البحث وذلك لتحليل الآراء و النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، لأعمد بعد ذلك إلى المنهج المقارن بين ما أقرته الشريعة وما توصل إليه فقهاء القانون مقارنة من حيث المبادئ العامة لا من حيث الجزئيات والفروع، وذلك لأنه شتان ما بين التشريعين من حيث الفروق الجوهرية بينهما مما لا يخفى على كل لبيب ذي عقل صائب، ومشيرة إلى الجانب التطبيقي لهذا البحث وما اعتمده الفقه الإسلامي و المشرع الجزائري فيما يتعلق بموضوع البحث.

- ومن هذا المنطلق يمكن طرح الإشكالية التالية:

● يعتبر حق الملكية من أقدم الحقوق التي صاحبت الإنسان منذ العصور الأولى، إلا أن حريته في استعمال ما ينجم عنه من سلطات واسعة قد تضر بالغير. فإلى أي مدى يعتبر المالك حراً في استعمال حق ملكه؟

● وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أوردها فيما هو آتي:

متى يعتبر استعمال الفرد لحقه في ملكه تعسفاً؟

أو متى يعتبر استعمال الفرد لحقه في ملكه تجاوزاً للقانون؟

أو هل أن صاحب الحق مطلق اليد في استعماله لحق ملكيته كيفما يشاء ولو أدى هذا الأمر لإلحاق ضرر بالغير؟

أو هل استعمال حق الملكية سلطة مطلقة ممنوحة لصاحبها دون حدود أم هو وظيفة لصاحبها يدخل في إطار التضامن الاجتماعي فلا يجوز الإساءة إلى الغير عن طريق التجاوز في استعمال الحق؟

الخطة المتبعة في معالجة موضوع الدراسة:

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأيت إنتهاج الخطة التالية:

فصل تمهيدي؛ أوسمته بأحكام التعسف في استعمال الحق متناولة فيه الحديث عن ماهية الحق و التعسف كمبحث أول مقسم إلى ماهية الحق وهو مطلب أول وذلك من خلال الوقوف عند تعريفه في الفقه الإسلامي وفي اللغة وفي إصطلاح فقهاء القانون ، وكمطلب ثان تطرقت إلى ماهية التعسف في استعمال الحق من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً وشرعاً، ثم إنتقلت إلى المبحث الثاني مبينة فيه الموقف التشريعي والفقهني من التعسف في استعمال الحق، مبرزة من خلاله موقف المشرع الجزائري وبعض القوانين المدنية من هذا التعسف ذاكرة بعض الأدلة عليه من القرآن والسنة والآراء الفقهية .

الفصل الأول؛ تعرضت لماهية التعسف في استعمال حق الملكية، وذلك بتناول تعريف التعسف في استعمال حق الملكية كمبحث أول بداية بتعريف التعسف في استعمال حق الملكية وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم كمطلب أول، وكمطلب ثان تناولت معايير إستنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة الفقه والتشريع، ثم أدرجت حالات التعسف في استعمال حق الملكية في مبحث ثان أين تطرقت لهذه الحالات طبقاً للقواعد العامة تمت معالجته من خلال تقسيمه إلى ثلاث حالات ذكرتها في مطلب أول: حالة إستعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير وحالة إنعدام التناسب بين مصلحة المالك من إستعمال ملكه وما يلحق الغير من ضرر و الحالة الأخيرة تتمثل في عدم مشروعية مصالح المالك التي يرمي إلى تحقيقها، وتناولت في المطلب الثاني مضار الجوار غير المألوفة فقامت بتعريفها وتحديد الخلاف الفقهي حول تأصيلها واعتبارات تقديرها مع دراسة آليات دفع المسؤولية عن هذه المضار.

وفي **الفصل الثاني؛** عالجت الآثار القانونية المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية وتطبيقاته ، وذلك بدراسة الآثار القانونية المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية كمبحث أول مبرزة فيه قيام مسؤولية المالك المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية كمطلب أول متضمناً الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية وتحديد شروط قيامها ثم سيتم التعرج إلى جزاء قيام هذه المسؤولية في المطلب الثاني وذلك من خلال الوقوف عند دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية والتعويض فيها، أما في المبحث الثاني فخصصته لعرض بعض تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية من جانب الفقه الإسلامي في مطلب أول وجانب القانون الوضعي في المطلب الثاني.

وذيلت هذا البحث **بخاتمة**؛ فلخصت فيها الملامح المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة.

وفي أثناء هذا التقديم أتمنى أن يكون التوفيق حليفنا في القدرة على بلورة الأفكار وفق رؤية منهجية سارت بخطى حثيثة ، وكلمتي كأبي دارس ليست الكلمة الأخيرة، إنما هي محاولة لطرح جديد .

و ختام هذه المقدمة أتقدم بالشكر والحمد لله سبحانه وتعالى على مننه الظاهرة

و الباطنة.

فصل تمهيدي أحكام التعسف في استعمال الحق

خطة الفصل التمهيدي في استعمال الحق

المبحث الأول: ماهية الحق والتعسف.

المطلب الأول: ماهية الحق .

الفرع الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: تعريف الحق في اللغة.

الفرع الثالث: تعريف الحق في اصطلاح فقهاء القانون .

المطلب الثاني: ماهية التعسف في استعمال الحق .

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق لغة .

الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال الحق اصطلاحا .

الفرع الثالث: تعريف التعسف في استعمال الحق شرعا.

المبحث الثاني: الموقف التشريعي والفقهي من التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: الموقف التشريعي من التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التعسف في استعمال الحق .

الفرع الثاني: موقف بعض القوانين المدنية من التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: الموقف الفقهي من التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول: أدلة التعسف في استعمال الحق من القرآن .

الفرع الثاني: أدلة التعسف في استعمال الحق من الأحاديث الشريفة.

الفرع الثالث: أدلة التعسف في استعمال الحق من الآراء الفقهية.

فصل تمهيدي: أحكام التعسف في إ

المبحث الأول: ماهية الحق والتعسف

﴿ تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم. ومن يعص الله ويطيع حدوده يدخله ذاراً خالداً فيها وله فيها أجور مهين ﴾¹.

إن الإسلام شريعة الله الخالدة، إرتضاها لعباده ديناً، جعله الدين الخالد عبر حقب الزمان المتوالية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ضمنه ما يضمن للبشرية جمعاء سعادتها وصلاحها وهناءها بما ميزه من خصائص تفرد بها عن باقي الشرائع السابقة، يقصد من خلال أحكامه وتشريعه إلى الرقي بالروح البشرية إلى عالم من المثالية غير أنها مثالية واقعية لم تغفل حقيقة ضعف الإنسان ونوازعه الفطرية، لذا فقد تعاملت معه في صورته الحقيقية، فأقرت له جميع حقوقه التي يسعى دائماً إلى تحقيقها إقراراً سماوياً مبناه الوحي الإلهي لتكون بذلك حقوقه منحة من الله وضبطها بقيود توسع من الحق في حد ذاته ولا تضيق نطاقه، لأن الله ربط الحق بغايته ومقصده المشروع من أجله، فكان الإسلام بهذه الفلسفة الراقية الشريعة السامية والسباقة إلى إقرار الحقوق بجميع أنواعها والتي سار على نهجها جل القوانين والتشريعات التي نظمت حياة الأفراد داخل المجتمع بغية تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه، والحق الذي يهدف القانون إلى حمايته هو ما يقع به الفرد على ما هو عائد له بصفة مشروعة من قيم أو أشياء، ويكون لهذا الفرد الاستفادة من هذه القيم أو الأشياء بنطاق واسع وإلزام الغير بعدم التعرض له في هذه الفائدة.²

فلقد كانت القوانين أول الأمر تُعنى بحقوق الفرد وحده، فأثبتت له حقوقاً وأوجبت المحافظة عليها، وأطلقت له الحرية في استيفائها من غير مراعاة لما قد يصيب الآخرين من أضرار.

وإن مهمة القانون في الواقع بيان الحقوق - حقوق الفرد قبل غيره أو حقوقه قبل

¹ - سورة النساء الآية 13-14.

² - أعامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء الحقوق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1960، ص 14.

الدولة - ومن ذلك ندرك مبلغ الصلة بين القانون و

أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات وقد اخذ القانون الفرنسي بديك حيث قامت الثورة الفرنسية سنة 1789م لتقرر حقوق الأفراد، فكان من نتائجها أن صدور القانون سنة 1804م مقدرًا لحقوق الأفراد بإعتباره أهم عنصر في الحياة ، ولا يلاحظ انه جزء من الجماعة فكان قانوناً فردياً ترك للفرد الحرية التامة في إستعماله، وعرفت هذه الحقوق بالحقوق الطبيعية للأفراد ولم يخالفه غيره من القوانين الكثيرة في هذا المبدأ، ولكن الذي حدث أن الفرد أساء استعمال حقوقه فألحق الأضرار بغيره، لأن الرغبة والحاجة يدفعان الفرد إلى التطلع إلى ما في يد الغير، بغض النظر عن مدى حاجته إلى الشيء المدافع عنه أم لا فإن لم تنظم فكرة الحق وتحدد، ساد المجتمع الفوضى والإعتداء بدافع الرغبة والحاجة من المعتدي، فأصبح من الضروري تحديد مفهوم الحق بتحديد جزئياته وتعيين مواقعها لتنظيم الحقوق بشكل يعيش به الإنسان في أمن واستقرار، غير أن هذا الإستقرار والأمن لم يتحقق بحكم ضعف المدارك البشرية وإختلافها وتفاوتها في تحديد مفهوم الحق وتعيين مواقعها، لذا إقتضت الضرورة تدخل التشريعات الإلهية لتنظيم علاقات الإنسان، فحددت مفاهيم الحقوق، ورسمت حدودها حفاظاً على صيرورة المجتمع بتنظيم علاقات أفرادها المتضاربة بحكم المصالح والرغبات.

كان الفقه الإسلامي الذي تكفل ببيان أحكام الحق بأوسع ما عرفه التاريخ التشريعي في العالم¹ وانطلاقاً من سمو وكمال التشريع الإلهي وفي المقابل ضعف وقصور المدارك العقلية البشرية، يختلف تحديد مفهوم الحق وطبيعته، لان تحديد فكرة الحق ومفهومه ليست إلا إنعكاساً لتصور التشريع للحق في ذاته المبني على فلسفة نظرتة للإنسان وحدود حريته داخل المجتمع، ومدى إستعماله لحقوقه، لأن هذا هو أساس التصور الكامل لنظرية التعسف في إستعمال الحق الناشئ عن تحديد فكرة الحق من حيث المنشأ والمفهوم .

المطلب الأول: ماهية الحق

يتناول هذا المطلب تعريف الحق في الفقه الاسلامي واللغة وفي إصطلاح فقهاء القانون

¹ - مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دمشق، ط 9، 1968، ج 3 ، ص 9.

الفرع الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية هي تشريع سماوي صادر من الله سبحانه وتعالى لتنظيم حياة البشر في الدنيا وفلاحهم في الآخرة، فالحقوق في الشريعة الإسلامية مرتبطة بإرادة البارئ تعالى وإن الحق عند فقهاء المسلمين هو ما كان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعاً²، ومن طبيعة الحق في الفقه الإسلامي أنه منحة إلهية وليس صفة طبيعية للإنسان؛ فالشريعة هي أساس الحق، ثم إنه مجرد وسيلة لتحقيق غاية، وليس غاية بحد ذاته، ولذا فالأصل في الحق التقييد لا الإطلاق. وتأسيساً على ذلك، يمكن أن يكون الفعل مشروعاً بذاته، ومستنداً إلى حق، ولكنه غير مشروع بالنظر إلى استعماله في غير غايته، أو لمناقضة مآل الاستعمال لروح الشريعة، أو قواعدها العامة، وهذا هو لباب فكرة التعسف، فكل حق فردي مشوب بحق الله، وهو المحافظة على حق الغير، ولا يكون ذلك بالإمتناع عن الإعتداء فقط، بل حتى عن التعسف في استعمال الحق، فالشريعة لا تعرف الحقوق المطلقة، ولا تقر استعمال الحق على وجه تعسفي، أو غير إجتماعي، حيث وضعت أسس يقوم عليها تقييد الحق، هي ذات الأسس التي تقوم عليها نظرية التعسف وهي:

- 1 - أحكام شرعية مبنية على المصالح، وهذه الأحكام مناشيء الحقوق .
- 2- التكافل الإجتماعي الذي لا يجوز الإخلال به.
- 3 -خلافة الإنسان في الأرض، وهو أصل الالتزامات؛ لأنه مقيد بما شرع المستخلف.
- 4 -الوظيفة الإجتماعية للمال المتمثلة بالإنفاق والاستثمار في الوجوه المشروعة.
- 5 -التوسط والإعتدال.

وهناك من الفقه الإسلامي من حاولوا تعريف الحق تعريفاً جامعاً فهناك من عرفه بأنه حكم وهناك من عرفه بأنه مصلحة، فمحمد بن عبد الحليم اللكنوي¹ عرفه بأنه "حكم يثبت" وكذلك فعل غيره كالبرودي ومحمد سلام مذكور، إذ يظهر إعتبار الحقوق أحكاماً من ناحيتين: من حيث تركيبها على أسبابها فهو حكم وضعي لأن الحكم بالسببية من

1- اللكنوي محمد عبد الحليم، قمر الأقمار على نور الألوان، شرح المنار، ج 2، ص. 216 .

2 -أحمد فراج حسين، النظرية العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، ص. 13.

خطاب الوضع، فأسباب الحقوق أسباب جلية لمسببات راجعة إلى الحاكم المسبب أما من الناحية السببية فيبدو من حدس امر من عليه الحق بالقيام لصاحب الحق بما تضمنه، نهي الكافة عن التعرض لصاحب الحق في حقه ومنعه منه وذلك في خطاب التكليف، وقد يجتمع خطاب الوضع مع طلب التكليف كحكم وجوب الضمان على الصبي إذا أتلّف مالا لغيره و نلاحظ أن الحق من هذه الناحية يشبه تعريف دابان "Dabin" له من حيث إنه إستئثار بقيمة معينة¹، وإن الحق بوصفه حكما له حماية يقررها الشارع بما يضمن أصول صاحبه إليه به ويلزم الكافة بإحترام ذلك الحق وعدم المساس به، وتتحقق الحماية بتكليف الغير بإحترام حق صاحب الحق ولا يستكمل الحق وجوده إلا بالحماية وهي تعد من أركانه فلا حق بلا حماية².

وهناك من يعتبر الحق مصلحة مثل الشيخ **علي خفيف** والأستاذ **سعيد أمجد الزهاوي** حيث يرو أن الحقوق مصالح مذكّرة لحين الإستعمال، فأما أن يحسن إستعمالها وإما أن يساء فيدخل في إطار التعسف في إستعمال الحق وقد يحقق إستعمال الحق المصلحة وقد لا يحققه فيصبح عقيما بل وضارا³.

الفرع الثاني: تعريف الحق في اللغة

تستعمل كلمة الحق في اللغة للدلالة على عدة معاني منها الثابت واللازم والواجب، نقيض الباطل، الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره⁴، وجاء في أساس البلاغة: أنه يقال حق الله الأمر حقا أثبتته وأوجبه⁵، وجاء في القاموس المحيط: أن مما يطلق عليه الحق المال

¹ - الخفيف علي، الملكية في الشريعة، ج 1، القاهرة 1965 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، دار الحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص. 840 .

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص. 848 .

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، بيروت، دار لبيجل، دار لسان العرب، 1988، ج 1، 2005، ص. 680.

⁵ - الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، بيروت، دار الكتب العالمية، 1989، ج 1، ص. 203.

والملك والموجود الثابت والحق أيضا خلاف الباد

وثبت¹ وجاء لفظ الحق في القرآن الكريم بهذه المعاني ومنها قوله تعالى: ﴿قَالَ الَّذِينَ

حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَؤُلَاءِ الَّذِينَ أَغْوَيْنَا﴾ ومعناها كما قال الزمخشري وجب عليه مقتضاه

وثبت وقال سبحانه أيضا: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَىٰ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾¹ ، وتفسيرها على

قول القرطبي وجب الحكم بالعذاب على أكثر أهل مكة وهم من مات على الكفر وأصر

عليه وقوله تعالى أيضا: ﴿أَفَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ﴾² ومعناها كما فسرها الطبري

أفمن وجبت عليه كلمة العذاب في سابق علم ربك يا محمد يكفر به.

الفرع الثالث: تعريف الحق في إصطلاح فقهاء القانون

سلم أغلب فقهاء القانون بفكرة الحق باعتبارها فكرة لازمة من الناحية الاجتماعية ومن

ناحية الصياغة القانونية، إلا أن الإجماع لم ينعقد بينهم على وضع تعريف للحق، وهذا

مرده صعوبة وضع تعريف لظاهرة قانونية مجردة تنطبق على حالات فردية لا يمكن

حصرها لذا فقد اختلفوا في تعريف الحق كل حسب المنظور والزاوية التي ينظر منها

إليها، مما أفرز مذاهب متعددة في هذا الشأن أعرضها وفق اتجاهين:

أ - **الاتجاهات التقليدية:** القاسم المشترك لهذه الإتجاهات في تعريفها للحق أنها لم تعن

بتحليل الحق وإبراز عناصره وخصائصه المميزة بل اكتفت بتركيزها على جانب من

جوانبه، حيث نجد من نظر الحق من جهة صاحبه وهو ما يعرف بالإتجاه الشخصي،

يقابله الإتجاه الموضوعي والذي نظر أصحابه الى الحق من زاوية موضوعه والغاية منه

لا إلى شخص صاحبه، وهناك اتجاه ثالث يمثل وسطا بينها إذ حاول الجمع بين النظريتين

وهو ما يعرف بالإتجاه المختلط.³

¹ - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت ، مؤسسة الرسالة، ط6، 1988، ص. 874.

² - سورة القصص، الآية 63.

¹ - سورة يس، الآية 7.

² - سورة الزمر ، ص. 19 .

³ - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، بيروت، دار النهضة العربية، 1996، ص. 21.

ب- **الإتجاه الحديث:** إتجه الفقه القانوني الحديث

جوهره وإبانة خصائصه ومميزاته، وعلى رأسها تعريف الفقيه البجيجي **جان دابان** "Dabain"، والذي سار عليه أغلب فقهاء القانون حيث تعرض للإتجاهات السابقة بالدراسة والتحليل والنقد انتهى إلى تحديد عناصر الحق بأنها إستثنائ وتسلط وإحترام هذا الحق من قبل الغير وضمان الحماية القانونية ليخلص دابان بعد تحليله أن الحق ميزة يمنحها القانون لشخص ويضمنها بوسائله، يتصرف الشخص بمقتضاها في مال يؤول إليه بإعتباره مملوكا أو مستحقا.

فهذا التعريف الحديث للحق الذي جاء به دابان أعطى تصورا كبيرا للحق وبني عليه أغلب التعاريف لفقهاء القانون وان اختلفت تعاريفهم والتي لم تسلم من الانتقادات من البعض¹، فقد عرفه د. سليمان مرقص بأنه: "سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون"².

وعرفه د. **شمس الدين الوكيل** بقوله: " هو استثنائ شخص بقيم وأشياء معينة يخول له التسلط والاقتضاء ويهدف الى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة³ اجتماعية " كما عرفه د. **عبد المنعم فرج الصدة:** " هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها القانون بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية"⁴.

فيظهر من خلال هذه الجملة من التعاريف وإن اختلفت ألفاظها التقارب الكبير في مدلولاتها على العناصر الأساسية المكونة للحق وهي: الاختصاص، السلطة والحماية القانونية لمركز الاختصاص لأجل تحقيق مصلحة هي الغاية من الحق.

● مما سبق ذكره من تعاريف الحق في الفقه الإسلامي وفي اللغة وفي القانون والتي تفاوتت فيما بينها في ضبط وتحديد مفهوم الحق اخلص منه إلى أن الحق ما وجد كفكرة

¹- علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، 1992، ص.35.

²- علي حسين نجيدة، محاضرات في النظرية العامة للحق، ص.35.

³- علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، المرجع نفسه، ص. 11.

⁴- علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، المرجع نفسه، ص. 315.

وما حدد بعناصر تضبطه إلا لتحقيق مصالح
التعاريف تشير الى ضرورة وجوب كون هذه المصلحة مسروعة وهذا يحول الحق
حماية وحصانة، وبناء على هذا فان الإقرار باختصاص صاحب الحق واستثنائه
بموضوع الحق واستعماله ليس مطلقاً وإنما مقيد بمشروعية المصلحة.

وعليه فان ما شرع من المصالح الجزئية للأفراد تفقد صفة مشروعيتها إذا ما تعارضت
مع مصالح جزئية أخرى وهذا ما يبدا جليا في الفقه الإسلامي بمنع استعمال المالك
عقاره إذا ما كان يضر بجاره ضرراً فاحشاً، أو إذا تعارضت المصلحة الجزئية مع
المصلحة العامة، كما في منع الاحتكار، ووجوب التسعير إذا ما أدى إلى حفظ المصلحة
العامة، وعليه تظهر صلة هذه التعاريف بنظرية التعسف لأن في تقييد المصلحة الجزئية
الفردية بأن لا تتنافى وتعاليم الشريعة ومبادئها العامة ومقاصدها الأساسية في الشريعة، أو
ما عبر عنه أهل القانون بكون المصلحة محمية، هو معيار نظرية التعسف وأساسها.

المطلب الثاني: ماهية التعسف في استعمال الحق

إهتمت الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية بنظرية التعسف في استعمال الحق
إنطلاقاً من القاعدة الشرعية «لا ضرر ولا ضرار» وقيدت الحقوق الخاصة للإنسان عند
إستعماله إياها حتى لا يضر الغير، سواء توفرت نية الإضرار أو تجاوز الحدود المألوفة
أو عدم انسجامه مع المصلحة العامة للمجتمع، ويعتبر التعسف في استعمال الحق خروجاً
عن حدود الحق نفسه.

فالمسلم له استعمال حقه الخاص بشرط أن لا يلحق هذا الإستعمال إضراراً بمصلحة الغير
فالمالك له أن يبني في أرضه ما يشاء ولكن لجاره الحق في أن لا يضر ببنائه بأن يفوت
عليه مصلحة مشروعة له كأن يكشف عوراته، ونخلص إلى أن استعمال الحق المشروع
ليس مطلقاً بل مقيد بضوابط الغرض منها ألا يلحق هذا الاستعمال ضرراً بالآخرين. ومن
هذه الضوابط ألا يقصد الإضرار بالغير مثل التعسف في استعمال الرجل حق مراجعة
الزوجة بقصد الإضرار بها لقوله تعالى ¹ ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ

1- سورة البقرة، الآية 230 .

بمعروفه أو سرحوهن بمعروفه ولا تمسكوهن ضرار.

استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة.

كذلك عدم التناسب بين المصلحة من استعمال الحق والضرر الواقع على الغير، مثل أن يغرّس صاحب الدار شجرة بجوار بيت ملاصق له تكون سبباً في تسلق اللصوص لبيت جاره، كذلك التعسف في استعمال الحق إستعمالاً غير مشروع يؤدي إلى الإضرار بالغير ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم «مثل القائم على 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 خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً» بمعنى أن من يركب أسفل السفينة لهم الحق في استعمال نصيبهم بما لا يلحق الضرر بالغير.

وقد عمل السلف الصالح بتلك المبادئ في قضاءهم فقد روى أن الفاروق رضي الله عنه قد ثبت حق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض، فإذا امتنع صاحب الأرض الذي يراد الارتفاق بأرضه اعتبر متعسفاً في استعمال حقه، ويجبر على تمكين غيره من ترتيب ذلك الارتفاق بأرضه. وقد حاول الفقه الإسلامي تحديد الصور التي تحقق التعسف، مما يستدعي تدخل القضاء برفع التجاوز في استعمال الحق وإبطال التصرف، ومن تلك الصور أن يقصد الإنسان من ممارسته لحقه الإضرار بالغير دون مصلحة يجنيها من هذا الإستعمال مثل حالة الطلاق في مرض الموت، قاصداً حرمان زوجته من الميراث، وكذلك إذا كان استعمال الحق بقصد تحقيق غرض غير مشروع مثل من يتدخل للإصلاح بين الزوجين وهو قاصد إفساد المرأة على زوجها للزواج بها، ويعد الإنسان أيضاً متعسفاً في استعماله لحقه بقصد تحقيق مصلحة مشروعة لكن يترتب عليها ضرر بالغير أعظم منها أو مساوئ لها، ومثال هذه الحالة الإحتكار في السلع، وكذلك إذا إستعمل الإنسان حقه على وجه غير معتاد ينتج عنه ضرر بالغير، كمن إستأجر شقة فجعلها مستودعاً فتضرر غيره، ومن صور التعسف أن يستعمل الإنسان حقه بلا ضابط من حيطة أو حذر، فيحدث هذا الإهمال ضرراً بالغير، مثل أن يتوهم الصياد

إنسانا من بعيد فيحسبه صيداً وبلا ترو يطلق عليه ا

ونخلص إلى أن كل تعسف في إستعمال الحقوق سواء الخاصة او العامة يلحق ضرراً بالغير تمنعه الشريعة الإسلامية التي كما أسلفنا لها قصب السبق في مجال إجراء الموازنة بين إستعمال الحقوق الشخصية وعدم الإضرار بمصلحة الغير، فالواجب على كل مسلم ولاة الله أمرا من أمور المسلمين أن يتقي الله فيمن تحت ولايته، وأن يعاملهم بالرفق واللين ولا يتعسف في إستعمال السلطة والتشديد عليهم بدون وجه حق، حتى لا تصيبه دعوة النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم من ولي من أمر أمتي شيئا فشق عليهم فاشقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئا فرفق بهم، فارقق به » ؛ وعليه أقسم دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع تتمحور حول تعريف التعسف في إستعمال الحق من خلال تحديد المقصود به لغة، إصطلاحا وشرعا.

الفرع الأول: تعريف التعسف في إستعمال الحق لغة

التعسف مأخوذ من فعل عَسَفَ، يُعَسِفُ، عَسَفَا الذي يعني السير بغير هدى، و الأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف و الإعتساف.
وي قال عَسَفَ الطريق : أي سار فيه على غير هدى و لا جادة ، و عَسَفَ عنه : مال و عدل و يقال عَسَفَ عن الطريق أي عدل و حاد، و عَسَفَ في الأمر : فعله بلا روية و لا تدبر و عَسَفَ فلانا : أخذه بالقوة و العنف و ظلمه، و عَسَفَ السلطان : أي ظلم و تعسف، و تعسَّفَ فلان فلانا : إذ ركبه بالظلم و لم ينصفه².

الفرع الثاني: تعريف التعسف في إستعمال الحق إصطلاحا

لقد إختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف حيث نجد الفقيه سالي (saleilles) عرفه بأنه : " إنتفاء الحق مع إختلاف نظرهم إلى طبيعته، و ليس إساءة استعماله " ³.

¹- زامل شبيب الركاض، المحامي ، مقال في التعسف في استعمال الحق : رأي في الأنظمة المقصود بالتعسف لغة، من موقع الانترنت

²- ابن منظور ، المرجع السابق، ص . 245 .

³- فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص. 313.

يبدو من هذا التعريف أنه يعتبر التعسف في

الحق، وهذا من القائلين بعدم وجود التعسف في استعمال الحق (saeniens) راجع إلى أن الفقيه سالي إنما هو خروج عن حدود الحق، ولقد رد عليه فقهاء القانون¹ بقولهم: " لا مانع مطلقاً من أن يكون عمل الإنسان مشروعاً، أي مرتكزاً على حق، كحق الملكية، و داخلاً في نطاقه و حدوده التي رسمها القانون، و غير مشروع بمعنى مخالفته للمبادئ و القواعد القانونية العامة²، و من تعريفات التعسف في استعمال الحق نذكر ما جاء به الفقيه حسن كيرة بقوله: " أن التعسف في استعمال الحق هو تخلف عن غاية الحق أو مناقضتها³" و قد عرفه أيضاً منصور مصطفى بأنه: " إنحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق " ⁴ و هذان الفقيهان هما من أصحاب الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق هو موضوع مستقل عن مجاوزة الحق، و لهذا فإن تعريفهما للتعسف جاء في جملة يوضح الفكرة العامة للتعسف من إنحراف، أو التخلف عن غاية الحق، إلا أنها قاصرة عن إعطاء مفهوم شامل ومحدد لمعنى التعسف كما عرف التعسف أيضاً بأنه: "استعمال الشخص لحق له ينشأ عنه ضرر بالغير" ⁵.

يتضح من هذا التعريف أنه يركز على الضرر الذي يلحق الغير من جراء استعمال الحق، و لم يبين لنا حقيقة التعسف و مضمونه.

و من تعريفات التعسف أيضاً نذكر التعريف التالي: " التعسف هو استعمال الحق على نحو يضر بالغير و ذلك إذا قصر عن عناية الرجل العادي " و ما يلاحظ بالنسبة لهذا التعريف أنه مثل التعريف السابق يركز على الضرر الناجم عن استعمال الحق، كما أنه يقيس التعسف في استعمال الحق من عدمه بعناية الرجل العادي، في حين يمكن أن يتوافر

¹- وهم أنصار الإتجاه القائل باستقلال نظرية التعسف عن مجاوزة الحق ، من أبرزهم حسن كيرة

²-فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص.314 .

³- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، القانون بوجه عام ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، مصر، دت ن ، ص. 763 .

⁴- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار حامد للنشر و التوزيع، ط 1، الأردن ، 2008 ، ص.147 .

⁵- عبد الواحد كرم ، معجم مصطلحات الشريعة و القانون ، عربي فرنسي إنجليزي الهيئة العامة لشؤون المطابع . مصر 1995 ، ص. 123 .

التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله
بواجب الحيطة واليقظة العادية.

من خلال التعريفات السابقة يتضح، لنا بأن التعسف في استعمال الحق يتحقق ببقاء صاحب الحق ضمن الحدود التي يعينها القانون لحقه، و بمباشرة للسلطات التي يمنحها له، ولكن على نحو مناقض للغاية التي شرع من أجلها هذا الحق، مما يجعل نتيجة هذا الإستعمال إحداث الضرر للغير، فالفعل في ذاته مشروع و لكن العيب يكمن في غايته الغير مشروعة¹.

الفرع الثالث: تعريف التعسف في استعمال الحق شرعا

يعرف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية على أنه مناقضة قصد المشرع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل²، ومعنى ذلك أن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه، هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق قصد الإضرار كأم يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله كهبة المال سوريا قر بنهاية الحول لإسقاط الزكاة، ويشمل التصرف بهذا المعنى التصرف القولي والتصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات وطلا هذين التصرفين يتخذان منحا ايجابيا أو سلبيا كبيع السلاح أيام الفتنة مثلا بالنسبة للتصرف الايجابي، وأما التصرف السلبي كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العامة عن خدمه ويجب أن يكون هذا الفعل مأذون فيه شرعا فالأفعال غير المشروعة تعتبر اعتداء لا تعسفا.

كما أن فقهاء الشريعة لم يستعملوا كلمة "إساءة أو تعسف" في استعمال الحق ولكنهم استخدموا كلمة "الاستعمال المذموم" و " المضارة في الحقوق"، كما عرف جانب من فقهاء الشريعة التعسف بأنه "استعمال الحق على الوجه المعتاد، لا لمصلحة معتبرة شرعا"¹.

¹ - معجم القانون ، المرجع السابق ، ص. 1264 .

² - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط1 ، مطبعة جامعة دمشق، سوريا 1967 ، ص. 312 - 316.

¹ - أنس محمد عبد القادر، التعسف في استعمال الحق، دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2014، ص. 68 - 69.

المبحث الثاني: الموقف التشريعي والفقهية

إن إساءة استعمال الحق عرفته العديد من القوانين كما أرست دعائمه التشريع الإسلامية حيث وجدت العديد من الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة والآراء الفقهية التي تحرم التعسف والتسلط في استعماله؛ وبناءً على هذه العناصر يتناول هذا المبحث مطلب أول يضم موقف بعض القوانين المدنية والفقه الإسلامي من التعسف في استعمال الحق، ومطلب ثاني يبين فيه بعض الأدلة التي تناولت الحديث عن هذه الإساءة في الاستعمال القرآن والسنة والآراء الفقهية ومطلب ثالث وأخير أوردت أصول التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: الموقف التشريعي من التعسف في استعمال الحق

ويقوم التعسف في استعمال الحق على فعل مشروع لذاته، لأنه يستند إلى حق أو إباحة، لكن هذا الحق استخدم على وجه يخالف الحكمة التي شرع من أجلها، وتظهر هذه المخالفة بأحد وجهين؛ إما من حيث الباعث الدافع، أو من جهة النتيجة والثمرة، ولو زال الباعث غير المشروع، أو انتهى الاستعمال إلى مآل غير ممنوع، فيعود استعماله لحقه إذ ذاك مشروعاً كما كان في الأصل، وإن إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعمال الحق ليست من النظريات الحديثة فقد عرفتها العيد من القوانين:

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التعسف في استعمال الحق

بموجب القانون رقم 05 - 10 الموافق لـ 20 جويلية 2005 المعدل للقانون المدني، أن المشرع غير موضع نظرية التعسف من المادة 41 والتي أصبحت ملغاة إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني كما أعاد صياغتها لتصبح على الشكل التالي:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

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

فالمشرع الجزائري نجح في إختيار المكان المناسب

الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لأن التعسف في إستعمال الحق هو عمل يرتب عليه ضرر يصيب الغير ويولد التزاما بالتعويض وبالتالي أنسب مكان للنظرية هو هذا المكان ولو من الناحية الشكلية، فهو يغني المشرع عن البوح بأن التعسف في إستعمال الحق يعتبر خطأ، فمجرد تنظيم النظرية في هذا الموقع يجعل الفقه يستنتج نية المشرع في إتجاهه إلى إعتبار التعسف صورة للخطأ دونما حاجة للتصريح بذلك.

فالمشرع قد أعاد صياغة النظرية صياغة جديدة، تفيد بأن المعايير الواردة فيها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وذلك بإستعماله عبارة تفيد هذا المعنى أن الإستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ " لا سيما في الحالات الآتية " مما يسمح معه للقاضي أن يمارس رقابة واسعة على الإستعمال التعسفي للحقوق بحيث تمنح له حرية وسلطة تقديرية في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع وذلك عن طريق القياس أو الاجتهاد.

فالمشرع الجزائري حسم إختلافا فقها كبيرا بين اتجاهين فقهيين كثيرا ما تجاذبا الطبيعة القانونية للنظرية: إتجاه يرى بأنها نظرية قانونية مستقلة وقائمة بذاتها استمدتها التشريعات العربية من أحكام الشريعة الإسلامية وهي بعيد كل البعد على أن تكون مجرد تطبيق للخطأ أو المسؤولية التقصيرية وتختلف عنها مجالا وجزاء بأن اختار لها مكانا بارزا بين نصوصه الأولى في الباب التمهيدي.

وإتجاه آخر لم ير فيها إلا تطبيقا من تطبيقات الخطأ وصورة من صور المسؤولية التقصيرية لأن الذي يتعسف في إستعمال حقه عندهم إنما يقوم بما لا يقوم به الرجل العادي لو جد في ذات الظروف الخارجية وهذا هو معيار الخطأ فحسم المشرع في التعديل هذه المسألة بصفة ضمنية، لما نقل النظرية من الباب التمهيدي تحت عنوان "الأحكام العامة" إلى الفصل الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان " الفعل المستحق للتعويض".¹

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.65.

الحق إستعمال التعسف في بعض الق القانون الروماني ، فيبدو من كتابات فقهاء

الحقوق وفقا للقانون قد يؤدي للمساس بقواعد الأخلاق والعدالة فعملوا بشتى الوسائل على تغليب قواعد الأخلاق وعلى تحقيق العدالة بالحد من إستعمال الحقوق ك ما رسمها القانون ، ومن خلال ذلك فان المالك له أن يحفر أرضه ويتعمق بالحفر حتى لو كان قد أدى إلى قطع العروق عن عين ماء لجاره بشرط أن لا يكون ذلك بقصد إضرار الجار فهذا الحفر يوجب المسؤولية إذا أنتج تصدع في الدار ولو كان ناشئا عن إستعمال المالك لحقه وفي علاقات الجوار ألزم القانون الروماني الجار تحمل مضايقات الجوار لتي ترتب على إستعمال الجار حقوقهم إستعمالا طبيعيا أما إذا أقام أحد في ملكه منشآت تبعث الدخان الكثيف فوق ملك جيرانه لا لغرض سوى مضايقة هؤلاء الجيران فإنه يكون مسؤولا عن ذلك ، ولم يقتصر الحد من الحقوق على حق الملكية بل إمتد إلى الحقوق الأخرى كحقوق الأسرة فقيد حق الأب في حرمان بعض ورثته من حق الميراث بالرغم من إعتراف القانون بهذا الحق¹ ، وإن جذور نظرية التعسف في القانون الوضعي تمتد إلى القانون الروماني ، و إن لم تكن فيه نظرية التعسف كنظرية عامة كما هي عليه اليوم، إلا أنه عرف تطبيق هذه النظرية في صدد بعض الحقوق وذلك في صورتها البدائية الضيقة، وهي إستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، و تطبيقا لذلك فقد قرر أحد فقهاء الرومان ويدعى " Ulpian " أن من حفر بئرا في أرضه و تعمق حتى قطع العروق النابغة في عين جاره، لا يكون مسؤولا عن ذلك و لكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يؤدي إلى سقوط حائط الجار²

والقانون المدني العراقي أولى هذا الموضوع أهمية كبيرة ، فنص على ذلك في الباب التمهيدي منه ، قاصدا بذلك أن يجعل منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق ، شخصية كانت أو عينية أو أموالا معنوية وهي الحقوق التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان حسب تعبير المشرع العراقي و النص قاطع في أن

¹ - د. سعدون العامري، المرجع السابق، ص. 63.

² - عباس الصراف، المرجع السابق، ص. 271.

المشرع المدني العراقي إعتبر إساءة الإستعمال

بتعويض الضرر الناشئ عنه ، حيث نص على ذلك في المادة السادسة منه والتي نصت (الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن إستعمل حقه إستعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر)، وكذلك المادة السابعة التي نص فيها على حكم عام هو الضمان على من يستعمل حقه إستعمالاً غير جائز ، ثم عدد الحالات التي يكون فيها الضمان غير جائز.

كما أن القانون والقضاء والفقهاء الفرنسي أحياء نظرية إساءة استعمال الحق أو كما يسميها التعسف في إستعمال الحق ، فقد بدأ القضاء الفرنسي¹، ولم تمضي سنوات قليلة على صدور القانون الفرنسي بتقرير تحريم التعسف حيث أصدرت حكم إستئناف يقضي بإلزام صاحب مصنع بإقامة مدخنة عالية تضمن تصريف الدخان والبخار على إرتفاع عال بحيث لا يضايق الجير ان مستقبلاً ، وقد جاء في الحكم (بأنه يجوز حقاً لكل امرئ أن يتصرف بملكه كما يشاء ولكن على أن لا يضر بالغير) وقد كان هذا أول حكم بعد صدور القانون الفرنسي ذهبت به المحاكم إلى تقييد حق مقرر لشخص معين هو حق الملكية بالذات الذي يعتبر أوسع الحقوق مدى وأشملها وأكثرها إطلاقاً بحسب القانون المدني.

ثم توالى الأحكام² حكماً حكمت بموجبه على مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة ، غرضه الوحيد منها أن يحجب النور عن جاره ، وقد جاء في هذا الحكم (وحيث أن المبادئ العامة تقضي بان حق الملكية على نحو ظاهر هو حق مطلق يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء وان يستعمله وفقاً لهواه ، ولكن إستعمال هذا الحق كإستعمال أي حق آخر يجب أن يكون هدف إستيفاء مصلحة جديرة مشروعاً وأن مبادئ الأخلاق والعدالة تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يقوم الباعث عليها رغبة شريفة دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية وهي تلحق بالغير أذى جسيماً) وفي سنة 1871 قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ التالي³ حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله إلا إذا أراد بهذا العمل أن يؤدي الغير دون أن

¹- د. سعدون العامري ، المرجع السابق ، ص. 65.

²- د سعدون العامري، المرجع والموضع نفسه.

³- د. سعدون العامري، المرجع والموضع نفسه.

يكون له مصلحة في ذلك ، ولقد أتيح لفكرة التعسف القانون الفرنسي القديم ، الذي وسع منها قليلا عما كانت عليه في ظل القانون الروماني، ولكن ما لبثت أن إنتكست فكرة التعسف في إستعمال الحق أمام تعاليم المذهب الفردي الذي إنتصرت له الثورة الفرنسية، لذلك لم يرد بالقانون الفرنسي لسنة 1804 الصادر بعد هذه الثورة أي نص يتعلق بالتعسف في إستعمال الحق، حيث كان واضعو هذا القانون ينظرون إلى فكرة التعسف على أنها تتعارض مع سيادة الفرد و حرية الكاملة¹ ، ولكن نصوص هذا القانون المشبعة بالروح الفردية لم تحل دون نشاط القضاء الفرنسي، الذي قام بفرض رقابة على إستعمال الحقوق، إلا أنه لم يقيم النظرية على أساس مستقل، و إنما تستر وراء مبنى المسؤولية التقصيرية و هو الخطأ²، حيث أصدرت محكمة كولمار " Colmar " حكمها الصادر بتاريخ 02 / 05 / 1855 والقاضي بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنة كان غرضه الوحيد من إقامتها حجب النور و الهواء عن جاره³ ، لكن نظرا للضغوط التي ولدتها التحولات الاقتصادية و الاجتماعية في عصرنا الحالي، هذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إصدار جملة من التشريعات، كتطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق بالرغم من خلو القانون المدني الفرنسي من النص على نظرية التعسف في شكل مبدأ عام⁴ .

القانون المدني الألماني: نصت المادة 226 منه على أنه " لا يباح إستعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير"، وظاهر أن هذا النص لا يتيح تطبيق نظرية التعسف إلا في أضيق الحدود، وهو حالة إستعمال الحق لمجرد قصد الإضرار ، فلو صحب هذا القصد غرض آخر لصاحب الحق كان إستعماله لحقه مباحا.

¹- رمضان أبو السعود ،الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني ،النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 2006، ص.ص 503- 505 .

²- فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص.302

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج الأول،المجلد الثاني، الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط الثالثة، لبنان، 2005 ، ص.ص 90- 95

⁴- عبد الرحمان مجوبي ، التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص عقود و مسؤولية ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2005 - 2006 ، ص.18 .

القانون المدني السويسري: تنص المادة الثانية

حقوقه وينفذ التزاماته طبقا لقواعد حسن النية، والتعسف الظاهر في استعمال الحق لا يحميه القانون"، وهذا النص لا يقصر التعسف على حالة ما إذا توافرت نية الإضرار فحسب، بل يشمل حالات التعسف الأخرى التي تثور المسؤولية فيها، بقطع النظر نية الإضرار فكان أوسع في مفهوم التعسف من نظيره الألماني لولا الإبهام الذي يكتنف التعبير " بالتعسف الظاهر".

القانون المدني اللبناني: تنص المادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على

أنه " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه - أثناء استعمال حقه - حدود حسن النية، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق"، فهذا النص يقرر إعتبار الشخص متعسفا اذا إستعمل حقه بنية الإضرار بالغير، أو إستعمله لغرض يخالف الغرض الذي من أجله مشرع هذا الحق، أيا كان الغرض الأخير إقتصاديا أو إجتماعيا أو سياسيا أو غير ذلك¹.

والقانون المدني المصري أشار إلى هذه النظرية من خلال المذكرة الإيضاحية له² ،

وقد جرى القضاء المصري على إعتبار إنعدام المصلحة أو تفاهتها عند إستعمال الحق على نحو يضر ب الغير قرينة على توفر نية الإضرار³ ، وقد وجدت هذه النظرية تطبيقها في القانون المدني الأردني ، حيث أوجبت المادة 22 منه التي إعتمدت نظرية التعسف في إستعمال الحق و أوجبت على الأفراد أن يكون إستعمالهم لحقهم المشروع كما أنه يستفاد أيضا من المادة 1 /1072 من القانون المدني الأردني التي جاءت تطبيقا للمادة 22 آفة الذكر في مجال حق الملكية ، و أوجبت على المالك أن لا يغلو في إستعمال حقه إلى

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 1998 ، ص. 331 .

² - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ، ص.20 .

³ - احمد إبراهيم ، القانون المدني معلقا على نصوص بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء ، القاهرة 1964 ، ص.8.

حد يضر بملك الجار، وبذلك يكون المشروع الأثر من الحقوق – لما تفرضه نظرية التعسف في استعمال الحق من صوابه يستعمل المشروع ، كما انه أخضعه لمعيار خاص آخر هو معيار المضار غير المألوفة في الجوار.

المطلب الثاني: الموقف الفقهي من التعسف في استعمال الحق

في الشريعة الإسلامية كان المتقدمون من فقهاء المسلمون² ينظرون إلى الحقوق هي أقرب إلى الإطلاق منها إلى التقيد ويعتبرون أن الشارع إذا يقرر للفرد حقا أو يجيز له استعمال حق فانه لا يحاسبه عن استعمال الحق أو إتيان ذلك الفعل من أضرار بالغير.

فقد كان من المقرر أن للمرء أن يتصرف بملكه كيف يشاء ولو كان قد أضر بالغير ضررا فاحشا ومن ذلك ما جاء في المبسوط للسرخسي (إذا أراد مالك الأرض أن يبنها ويرفع بناءها فليس لجاره منعه ولو كان ارتفاع البناء يسد عليه الريح والشمس) ، غير أن المتأخرين من فقهاء المسلمين وجدوا ابتداء من القرن السادس الهجري أن الحياة في المجتمع تتطلب الحد من حق الملكية فقيدوا استعماله على إختلاف الناس بشرط عدم إحداث ضرر للغير ووصلوا إلى ذلك عن طريق الإستحسان ثم اشترطوا في وصف الضرر الذي يقيد استعمال الحق بعدم إحداثه واشترطوا فيه أن لا يكون ضررا فاحشا وعرفوا الضرر الفاحش بأنه الضرر الذي يمنع التمكن من حوائج الملك الأصلية مثل السكن مع الاستفادة في السكن أو الذي يضر بالبناء الذي لا بد منه في تأمين منافع المبنى ويجعل ذلك الملك في حكم العدم، مثال ذلك أن يقيم المالك جدارا عاليا يحجب النور والهواء عن ملك جاره ، أو أن يقيم مطلا على نساء جاره فهذا كله ضرر فاحش يلزم دفعه وإزالته أو إنشاء حمام في حي ما يعتبر مسببا ضررا فاحشا لجيران إذا كان مقدار الدخان الذي يتصاعد منه بقوة يفوق ما يتصاعد من المساكن المجاورة كما أن إساءة استعمال

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني ، عمان 1997 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 2، الأردن، 1997، ص. 6.

² - د. سعدون العامري ، المرجع السابق ، ص. 64.

الحق نظرية أقرها جمهور فقهاء المسلمين ، وتولوا
تفوق ما فعله فقهاء القانون¹ وإعتمدوا في تقريرها على روح الشريعة الإسلامية المنسبحة
بقيم العدالة ومبادئ التكافل وعلى الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار" وعلى القاعدة
الفقهية (درأ المفاسد أولى من جلب المنافع) التي يعتبر من تطبيقها منع المالك من
التصرف في ملكه إذا ك أن تصرفه يلحق ضررا بغيره يفوق في جسامته ما يعود عليه
من نفع ، وعلى قواعد شرعية أخرى منها : (الضرر يزال شرعا ، الضرورات تقدر
بقدرها ، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) .

ومع ذلك فإن الفقه الإسلامي لم يخل من خصوم لهذه النظرية ، وفهم فقهاء المذهب
الظاهري الذي صدرت آرائهم في كثير من المسائل عن نزعة فردية² ، ومن الفقه
الإسلامي إستمد هذه النظرية .

فالشريعة الإسلامية فقد وصلت في رقيها مبلغا لا تدانيه شريعة أخرى ، حيث أنها أرست
دعائم فكرة التعسف في كافة الحقوق ، ذلك أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الحق نظرة
إجتماعية، فقيد صاحبه في التصرف فيه بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع
و حق الغير فمنع الإعتداء الحقيقي المجاوز لحدود الحق، كما منع التعسف داخل حدود
الحق غير أن مصطلح التعسف لم يرد في عبارات الفقهاء و الأصوليين³ و إنما هو
مصطلح وارد إلينا من الغرب، حيث وردت بدلا منه عبارة المضارة في الحقوق "في
كتاب الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية .

و من تعريفات التعسف في استعمال الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية نذكر التعريف
الذي أتى به فتحي الدريني الذي إعتبر التعسف بأنه : " مناقضة قصد الشارع في

¹ - عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج الأول ، ط 1986 ، جامعة بغداد ،
ص. 230 .

² - حسن علي الذنون، أصول الالتزام، ص 260 نقلا عن د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، ص.
230 .

³ - عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، أطروحة
مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة
الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2010 ، ص. 73 - 74 .

التصرف المأذون فيه شرعا بحسب الأصل¹ " أي مصادرة قصد الشارع وهذه المصادرة إما أن تكون مقصوده ، وإما أن تكون بما ظهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله ويقصد بقوله " في التصرف المأذون فيه شرعا " التصرف بنوعيه سواء كان تصرف فعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات ، أو تصرف قولي كالعقود وما ينشأ عنها من التزامات²، والتعسف في استعمال الحق مسطور في صميم الفقه الإسلامي وبارزة في آيات الكتاب وأحاديث السنة بأوسع من معناها في القانون، وهي من المبادئ الكبرى التي حفظت بها الحقوق منذ كان الإسلام .

الفرع الأول: أدلة التعسف في استعمال الحق من القرآن

هناك بعض الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة التي تطلب من العباد التعامل بالإحسان والعدل ونبذ وتحريم التعسف والتسلط في استعمال الحق ، إضافة إلى أن الكتاب المقدس موضوع لصالح العباد إطلاقاً، وقصد المشرع هو المحافظة على الضروريات وما يرجع إليها من حاجيات، وهو ما كلفه الله للعبد فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك، فمن يرمي في تكليف الشريعة إلى غير ما وضعت له يكون قد ناقضها وعمله باطل. وهدف الشريعة هو تحقيق المصالح ودرء المفاصد وأحكامها كلها مبنية على العدل والإحسان، يقول الله تعالى ﴿ وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا

يحب المفسدين ﴾³.

1- حسن علي الذنون، المرجع والموضع السابق.

2- أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثالثة والعشرون، ع الثامن والثلاثون، 2009 ، ص23 .

3- سورة القصص، الآية 77.

ويقول الله تعالى أيضا: ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ

بِإِحْسَانٍ ۗ¹ وَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى أَيْضًا: ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
أَوْ سَرِحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ
وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۗ²؛ وسبب نزول هذه الآية كما أخرج ابن جرير وابن المنذر،
أن رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها إلا يومين أو
ثلاثاً راجعها ثم طلقها، فعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر يُضمن أرها، فأنزل الله
تعالى الآية.

يعني - والله أعلم - إذا طلقتم النساء فقاربن انقضاء عدتهن فأمسكنهن بالرجعة؛ بما هو
متعارف في الشرع من حسن العشرة، أو ائركوهن حتى تنقضي عدتهن، ولا تراجعهن
مضارٍ لهن بهذه الرجعة، فيتحقق بذلك عدوانكم عليهن.

وجه دلالة الآية أن الإمساك حق للزوج، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو
مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة، ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع،
وهو استعماله على وجه المضارة على النحو الذي فعله ثابت بن يسار، وهذا بعينه هو
إساءة استعمال الحق؛ لأنه استعمال حق الإمساك: على وجه غير مشروع.

إضافة إلى جواز ممارسة الحقوق المشروعة في الطلاق و العودة في الإمساك، إذا كان
بقصد بناء الحياة الزوجية الكريمة، أما إذا كان بقصد الإضرار بالزوجة فهذا أمر حرمه
الشرع، لأنه تعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له، بمعنى أن الشرع قد نهى عن
إستعمال حق المراجعة بقصد الإضرار كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل
زوجته ثم إذا قاربت عدتها على الإنتهاء راجعها ثم طلقها، فنهى الشرع عنه، والنهي يفيد

¹ - سورة البقرة، الآية 178.

² - سورة البقرة، الآية 231.

التحريم فيكون التعسف حراماً¹ .

قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّغَمَاءَ آمَوَالِكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزقوهم فيما
واكسبوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ﴾، فقد أمر الله بالحجر على السفينة الذي يبذر ماله، إذ
أنه تعسف في استعمال حق الإنفاق، فيكون التعسف ممنوعاً مستحقاً التأديب والحجر.²

قال الله تعالى بعد بيان نصيب الإخوة لأُم من الميراث: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ
خَيْرٌ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ﴾³ .

يعني والله أعلم لكل من الإخوة لأُم نصيبه بعد أداء دين المورث، وإخراج وصيته، على
أن يكون المورث قد أقر بالدين، وأوصى من غير ضرار بورثته، بأن يكون الدين
صحيحاً، والوصية لا ضرار فيها، وجه الدلالة أن الوصية حق للمورث، وله استعماله
على وجه مشروع بأن يكون فيه بر بالورثة، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع
بأن يكون إضراراً بالورثة؛ كأن يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة،
فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق.

الفرع الثاني: أدلة التعسف في استعمال الحق من الأحاديث الشريفة

ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يوصي معاذ بن جبل: " أوصيك بتقوى الله
وصدق الحديث ووفاء العهد وأداء الأمانة وترك الخيانة وحفظ الجار ورحمة اليتيم ولين
الكلام وبل السلام وخفض الجناح"⁴ .

وروي عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

" لا ضرر ولا ضرار " ، رواه البيهقي والحاكم والدادقطني .

¹ - أنس محمد عبد القادر، المرجع السابق ، ص. 69.

² - أنس محمد عبد القادر، المرجع نفسه، ص. 70.

³ - سورة النساء، الآية 12 .

⁴ - الغزالي أبو حامد أحمد، أحياء علوم الدين، ج 2 ، ط 1352، ص. 174 .

ما أخرج أحمد بسنده إلى عبد الله بن مسعود عن
المحلل والمحلل له "، وماروي عن الأوزاعي عنه صلى الله عليه وسلم ياتي على
الناس زمان يستحلون الربا بالبيع " .

وما أخرج البخاري عن الثعمان بن بشير أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: " مثل القائم
في حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قوم استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها
وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم،
فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا
جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً " ¹ ؛ فوجه الدلالة من هذا الحديث أن
الذين في أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقهم؛ لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه
غير مشروع؛ لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شربهم، وترك إيذاء
الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمنعوا عنه، و يتبين ذلك من خلال أمر
الرسول صلى الله عليه و سلم بمنع من في أسفل السفينة من خرقها ؛ لما فيه من إلحاق
الضرر بهم ² ، إلى غير ذلك من أدلة .

الفرع الثالث: أدلة التعسف في استعمال الحق من الآراء الفقهية

من حيث المبدأ أقر الفقهاء مبدأ "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وهناك مبدأ آخر " درأ
المفاسد أولى من جلب المنافع" وأيضا " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"
وأيضا " لا يمنع أحد من التصرف بملكه إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشا "، ويروى عن

¹ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح الإمام البخاري المسمى الجامع
المسند الصحيح المختصر من أصول رسول الله صلى الله عليه و سلم وسننه و أيامه، ج الثالث، المجلد الثاني، كتاب
الشركة ، باب هل يقرع في القسمة و الاستهام فيه، دار طوق النجاة، ط الأولى، لبنان، 1422 هـ ، ص. 139 .
² - جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دارحامد
للنشر و التوزيع، ط الأولى، الأردن، 2008، ص. 151 .

ابن حزم الأندلسي قوله : " لا يجوز لاحد أن يد
تعالى أذى المسلم"¹ .

● روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه الضحاك بن خليفة ساق خليخا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن سلمة فأبى محمد فقال الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أولا وأخرا لا يضرك، فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فدعا عمر محمد بن سلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك² فقد دل قضاء عمر بمرور الماء على أرض محمد بن سلمة ولو جبرا ثبوت حق الارتفاق لأصحاب الأراضي المتجاوزة بعضهم قبل بعض، كحق إمرار الماء في أرض الغير، أو حق العبور من خلالها واتخاذ طريق فيها، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الإرتفاق بملكه اعتبر تعسفا في استعمال حقه ويجبر على التمكين ما لم يلحقه ضرر بين³.

● وعليه فإن حق الإرتفاق ثابت شرعا للعقارات المتجاوزة فيما بينها إن كان هذا الحق

¹ - ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، ج اول، ص. 245
² - فتحي الدريني، نظرية التعسف، المرجع السابق، ص. 164.

³ - العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2001-2002 ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر، ص.95.

لا يضر بالعقار المرتفق به أما إن أضر منع حق مثله، وإلى هذا ذهب الإمام مالك والإمام أحمد في روايته عنهما.

- روى الطبري في تاريخه أنه بعد أن إنتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيا للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الضرورة على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات وزالت تلك الضرورة، فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها: "بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب وذلك مالا أرضاه لك، فطلقها ولا تبقيها في عصمتك " فكتب إليه حذيفة : أحلال هذا الزواج أم حرام؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية، لن أطلقها حتى تخبرني، فكتب إليه عمر بن الخطاب: هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نساكنكم" ²، فلقد منع الفاروق رضي الله عنه الصحابة من التزويج بالكتابيات رغم أنه أمر أحله الله عز وجل في كتابه وذلك درءا لمفسدة عظي عامة تمس النساء ببقاتهن بلا زواج جراء إقبال المسلمين على الزواج من الكتابيات رغبة في جمالهن، وهي مفسدة عظي لم يشرع الزواج بالكتابيات من أجلها، وعليه فإن اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذه المسألة وقضائه فيها كان دفعا للمضرة المترتبة عن هذا العمل المباح شرعا، إضافة إلى أن حكمه مبني على مبدأ الموازنة بين مصلحة جزئية خاصة – مصلحة حذيفة بن اليمان في الزواج من الكتابية – وبين الصالح العام حيث رجح المصلحة العامة على المصلحة الجزئية الخاصة مما يوضح عمق فقه عمر أيضا حين صبغ الحق الفردي بصبغة اجتماعية وفق ما تقرر في الشريعة من قواعد تقيم التوازن في مثل هذا الحق بين عنصره الفردي والجماعي وهو ما تضطلع به نظرية التعسف.³

¹ - العربي مجيدي، المرجع السابق، ص. 95.

² - العربي مجيدي المرجع نفسه، ص. 96.

³ - مصطفى شليبي، تحليل الأحكام، بيروت، دار النهضة العربية، 1981، ص. 43.

● وخلاصة القول أن نظرية التعسف في إستعمال

إلى فكرة العدالة، إذ لا يجوز أن يتستر بعضهم بإستعماله لصفه مفرر له بهدف الإساءة إلى حقوق الآخرين، ولا يمكن تسبيق المصلحة الخاصة على المصلحة الجماعية، ولهذا فالتشريعات والقضاء بدوره يسعى لتطبيق نظرية التعسف كلما كان لها محل، وإذ عد بعضهم ذلك خروجاً على مبدأ حماية الحق الذي يخول لصاحبه إستعماله على النحو الأكثر إطلافاً.

الفصل الأول

أهمية التعسف في استعمال حق الملكية

المبحث الأول: تعريف التعسف في استعمال حق الملكية

المطلب الأول: تعريف حق الملكية وتمييز التعسف في استعمال حق الملكية عما يشابهه من مفاهيم

الفرع الأول: تعريف حق الملكية.

الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال حق الملكية عما يشابهه من مفاهيم.

المطلب الثاني: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة الفقه والتشريع

الفرع الأول: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة الفقه .

الفرع الثاني: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة التشريع .

المبحث الثاني: حالات التعسف في استعمال حق الملكية

المطلب الأول: حالات التعسف في استعمال حق الملكية طبقاً للمعايير العامة للتعسف

الفرع الأول: حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير .

الفرع الثاني: حالة ترجيح الضرر عن المصلحة .

الفرع الثالث: حالة عدم مشروعية مصالح المالك التي يرمي إلى تحقيقها.

المطلب الثاني: حالة مضار الجوار غير المألوفة

الفرع الأول: الاطار المفاهيمي لمضار الجوار غير المألوفة.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول تأصيل مضار الجوار غير المألوفة.

الفرع الثالث: اعتبارات تقدير مضار الجوار غير المألوفة .

الفرع الرابع: آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة .

الفصل الأول: ماهية التعسف في إستعد

لقد أقرت الشريعة الإسلامية حق الملكية، وشرعت له من المؤيدات ما يثبتته ويصونه ويحميه، بيد أنه مع ذلك قيدته بما لا يضر بالغير، فرداً كان أو جماعة، فحق الغير محافظ عليه شرعاً ومن ثم فإن للحق الفردي صفة مزدوجة: فردية وجماعية في آن واحد، أما الفردية فلأن الحق ليس بذاته وظيفة بل هو ميزة، تخول صاحبها الإستئثار بثمرات حقه، فحق الفرد أصلاً شخصي، وهو وسيلة لتحقيق المقصد المشروع، وفي هذا إقرار بكيان الفرد وتكريم له؛ إذ الشريعة رسالة تعنى أساساً بالفرد بإعتباره اللبنة الأساس في بناء المجتمع، وأما الجماعية فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع إتخاذة وسيلة إلى الإضرار بالغير فرداً أو جماعة، قصداً أو بغير قصد، بالنظر إلى مآلات إستعماله بناء على غائية الحق، وأصول التكافل والتضامن الإجتماعي، ومبدأ الإستخلاف القائم على حسن إستغلال الموارد التي أنعم الله تعالى بها على الإنسان وفي هذا أبلغ دلالة على أن الملكية في الإسلام حق خاص ذو وظيفة إجتماعية؛ فإذا ما حدث تعسف من صاحب الحق في إستعمال حقه بما يعود على المقصد الشرعي بالنقض، أو على مصالح الغير بالضرر، أو إستدعت ضرورة أو حاجة ماسة للدولة إلى تقييده، فإن الشريعة قد خولت السلطة الحاكمة صلاحية تقييد هذا الحق بعد تحقيق مناطه والنظر في مدى تحقيق ذلك التقييد لمقاصد الشريعة، والتبصر بمآلاته صلاحاً وفساداً وعلى ضوء هذا التحقيق والتبصر يتحقق الموقف من تقييد الحق إقداماً أو إحجاماً وقبل المضي في بيان هذه النماذج التطبيقية لابد من تأكيد أن أموال الناس مصنونة ولا يجوز للحاكم أن يتعرض لها بغير حق، وأن الناس مسلطون على أموالهم، ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئاً منها بغير طيب أنفسهم، إلا في المواضع التي تلزمهم؛ لكون مصادرة أموال الناس وتقييدها بغير حق ظلم ظاهر، قاتل لروح العمل وفاعلية الإنجاز، ومؤذن بخراب العمران وهذا ما يقره "ابن خلدون" بعد ذكره لنماذج كثيرة من الظلم الواقع على حق الملكية، فيقول: "واعلم أن هذه هي الحكمة المقصودة للمشرع في تحريم الظلم، وهو ما ينشأ عنه من فساد

العمران وخرابه، وذلك مؤذن بانقطاع

المراعية للشرع في جميع مقاصده الضرورية الحمسة: من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال فحق الملكية يعتبر من الحقوق الأساسية التي عنيت بها جل التشريعات منذ القدم، من حيث تنظيمه و ضبط نطاقه، و كيفية إستعماله و حمايته، و إن إساءة إستعمال هذا الحق أو التعسف في إستعماله وإن تبلورت في العصر الحديث فهي ليست من النظريات الحديثة لأن جذورها تمتد إلى العصور القديمة فقد عرفها القانون الروماني على يد الفقيه إيلبيان " Ulpian " وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه دوما "Domat" ، كما عرفها الفقه الإسلامي و أسهم بنصيب وافر بصياغتها، غير إنها اختفت ردحا من الزمن بسبب انتشار المذهب الفردي ثم عادت واستقرت بالفقه والقضاء وأخذت بها القوانين الحديثة ومنها القانون المدني العراقي والقانون الأردني والمصري والقانون السويسري واللبناني والقانون الجزائري الذي نص على نظرية التعسف في مادة وحيدة : م 124 مكرر التي أدرجها في القانون المدني، الكتاب الثاني المعنون بالإلتزامات والعقود، الباب الأول المتعلق بمصادر الإلتزام، الفصل الثالث المنظم للفعل المستحق للتعويض، قسم المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فما هو المقصود بالتعسف في إستعمال حق الملكية في التشريع و الفقه؟ وما هي المعايير التي من خلال أعمالها يمكننا إستنباط الأفعال التعسفية في شتى الحقوق ومن بينها حق الملكية وتمييزها عن الأفعال المشروعة ؟

المبحث الأول: تعريف التعسف في إستعمال حق الملكية

يستوجب منا أمر التعريف بالتعسف في إستعمال حق الملكية، أن نعرف بحق الملكية باعتباره النطاق الذي يرد عليه التعسف في بحثنا، و ذلك من خلال التطرق إلى تحديد المقصود به ثم أبين أهم خصائصه التي تميزه عن غيره من الحقوق.

المطلب الأول: : تعريف التعسف في إستعمال حق الملكية وتمييزه عما يشابهه

من مفاهيم

سأقسم دراستي في هذا المطلب إلى فرعين ؛ الفرع
حق الملكية و الفرع الثاني: تمييز التعسف في إستعمال حق امتحيه عما يسابيه من
مفاهيم.

الفرع الأول: تعريف التعسف في إستعمال حق الملكية

1- المقصود بحق الملكية: و سوف أتناول المقصود بحق الملكية في كل من التشريع
و الفقه القانوني.

أ- المقصود بحق الملكية في التشريعات:

بالرغم من أن التعاريف تعد أصلا من عمل الفقه إلا أن المشرع في بعض الأحيان يتدخل
و يضع تعريفات قانونية لبعض المصطلحات، عرفت المادة 644 من القانون المدني
الجزائري على أن: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء، شرط أن لا تستعمل
استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "، بمعنى سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه
تصرفا مطلقا عينا ومنفعة وإستغلالا وله وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبعثتها وثمارها
وننتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعا فالمشرع المصري يستهدي
بتعريف " مرشد الحيران " في تعريف حق الملكية الذي عرفه في المادة 11¹ الملك
التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة وإستغلالا "
وهو بدوره تأثر في تعريفه بإدراجه هذه العناصر الثلاث: التصرف والإستعمال
والإستغلال بالمادة 28/11 مصري قديم التي تنص على أن: "الملكية هي حق المالك في
الإنتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة"، وقد أخذ المشرع المصري بدوره هذا
التعريف من المادة 544 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 ، التي تعرف حق
الملكية بقولها " الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه و التصرف فيه بطريقة
مطلقة بشرط ألا يستعمله استعمالا مخالفا للقوانين واللوائح" إضافة إلى أن المشرع
المصري عرف حق الملكية في نص المادة 182 من القانون المدني المصري الجديد التي
تنص : " لمالك الشيء وحده وفي حدود القانون حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه"

¹ - محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ،الحقوق العينية الأصلية الأموال ، الحقوق ، حق الملكية بوجه عام
ج 1، منشأة المعارف ، مصر ، 2005 ، ص.246 .

حيث نجده أبرز من خلال هذا التعريف كل ء والإستغلال و التصرف، و هو ما يبين أن حق المصلحة جمع لكل ما يحل أن يتعلق بالشيء من سلطات و يتضح أيضا من هذا التعريف أن حق الملكية و إن كان يمنح كل السلطات للمالك إلا أنه مقيد بحدود القانون، هذا على عكس ما كان عليه قبل التعديل حيث كان يعتبر حق الملكية بأنه حق مطلق متأثرا بنص المادة 544 من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر¹¹، كما نصت المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الفرنسي على أن: " الملكية حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمة ولا يجوز حرمان صاحبه منه إلا إذا إقتضت ذلك صراحة وبوضوح ضرورة من المصلحة العامة التي تثبت قانونا وشريطة دفع تعويض عادل للمالك مقدما"²، وكما سلف الذكر أن المشرع الجزائري عرف الملكية من خلال نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري التي يتضح لنا من خلالها أن المشرع الجزائري و على خلاف باقي التشريعات لم ينص على سلطتي الإستعمال و الإستغلال، وإنما إكتفى بتحديد السلطات في سلطتي الإنتفاع و التصرف و ذلك متأثرا بنص المادة 544 من ق م ف غير أننا نجده على عكس المشرع الفرنسي لم ينص على صفة الإطلاق³ أما القانون رقم 90 / 25 المتعلق بالتوجيه العقاري فقد عرف في المادة 27 منه حق الملكية العقارية الخاصة كما يلي: " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها " فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أعطى للملكية العقارية تعريفا خاصا في حين جاءت المادة 674 من القانون المدني الجزائري تعرف حق الملكية بصفة عامة و رغم ذلك فإننا نجد التعريفين يشتركان في أنهم حددا عناصر الملكية العقارية⁴.

ب - المقصود بحق الملكية في الفقه القانوني

¹ - أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

² - عواطف وزارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومو للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009 ص 10 .

³ - القانون رقم 90 / 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري.

⁴ - إدريس فاضلي، نظام الملكية و مدى وضيقها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 260 .

نظرا للنقائص و الإنتقادات التي شابت التعاريف

تعاريف لحق الملكية محاولين إيجاد تعريف شامل في حديهما شرح القانون حيب عرفها
الفقيهان "Rua" و "Aubri" بمايلي : " الملكية هي الحق الذي بمقتضاه يوضع
الشيء تحت إرادة شخص و تصرفه بصفة مطلقة مقصورة عليه دون سواه"¹ و لكن هذا
التعريف لم ينص على القيود التي تحد حق الملكية.

و يعرفه " عبد الرزاق أحمد السنهوري" بقوله : "حق ملكية الشيء هو حق الإستئثار
بإستعماله وإستغلاله و التصرف فيه على وجه دائم و كل ذلك في حدود القانون² و ما
يلاحظ بالنسبة لهذا التعريف هو أنه لم يأتي بجديد فيما يخص حق الملكية، و إنما قد عدد
سلطات و نص على تقييدها بما يحدده القانون مقلدا بذلك ما جاءت به التعريفات التشريعية
دون الوقوف على حقيقة حق الملكية³، حيث جاء في الحاوي القدسي في تعريفه حق
الملكية أنه اختصاص حازر أي إستئثار يحجز ويمنع الغير من الإعتداء عليه وهو ما
عبرت عنه النظرية الحديثة بعنصر إحترام الغير.

2 - خصائص حق الملكية

إن حق الملكية يتميز بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من الحقوق
و التي من خلالها يمكننا التعرف على الحقيقة التي جعلت منه مجالا خصبا لتعسف الملاك
و هي كالاتي :

أ/ الملكية حق جامع (Total):

فهو من أقوى وأوسع الحقوق العينية لأنه يخول صاحبه السلطات الثلاث (إستعمال،
إستغلال، تصرف) و يترتب على ذلك نتيجتان :

النتيجة الأولى :

إن المالك لا يطلب منه إلا أن يثبت حق ملكيته بكافة طرق الإثبات وتبعاً لذلك فمن يدعي
أن له حقا في ملك الغير أن يثبت ذلك، كما لو كان له حق منفعة أو حق رهن مثلا.

¹ - محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق ، ص 246.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، لبنان ، 1967 ، ص.493 .

³ - عواطف زرارة ، المرجع السابق ، ص.ص 12 - 13 .

النتيجة الثانية :

هناك بعض الحقوق التي تتفرع عن حق المصلحة تسمى باسمه التوفيق حق المنفعة وحق الإستعمال وحق السكنى، فمثل هذه الحقوق تنقص من سلطات المالك ولا بد من إرتداد هذه السلطات إليه بإنقضاء هذه الحقوق، فهذه الخاصية جوهرية لحق الملكية لأنها مستمدة من مضمونه ولا توجد في غيره من الحقوق ، فإعتبار حق الملكية حق جامع بمعنى أنه يخول صاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء¹.

ب/ الملكية حق مانع (Exclusif) :

فالمالك الشيء وحده أن يستأثر بجميع مزاياه، فهو حق مقصور على المالك دون غيره، ومما لا شك فيه أن للمالك في الفقه الإسلامي أن يستأثر بجميع مزايا الشيء وليس لغير المالك التصرف بالشيء أو إستعماله أو إستغلاله دون رضاه، بمعنى إقتصار حق الملكية على المالك، و ينتج عن ذلك منع كل فرد من الغير من المساس بالشيء و لو كان الإعتداء بسيطاً، و أنه ليس لغير المالك أن يستعمل الشيء الوارد عليه حقه و لو لم يؤد ذلك إلى إلحاق الضرر بالمالك²، ولكن هذا القول لا يحول دون أن يستفيد الغير من هذا الحق إما بالاتفاق أو تبعا لنص القانون، فالمالك أن يرتب حقوقا للغير عن طريق الإيجار أو الإعارة، كما له أن يرتب حق منفعة للغير أو حق إرتفاق.

ج/ الملكية حق دائم (Perpétuel) :

إن الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة لشخص المالك لان حق الملكية يبقى مادام محله باقيا ولا يزول إلا بزوال محله لأن المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة.... الخ، وقد تنتقل بالوفاة إلى ورثة المالك وتبعا لذلك فان حق الملكية حق لا يسقط بعدم الإستعمال ولا بالتقادم، كما إن توقيت حق الملكية بمدة معينة غير جائز لأن التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية³.

¹ - عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني و المصري، دار النهضة العربية للنشر، لبنان، د ت ن ، ص 17.

² - محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق ، ص 250 .

³ - غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة، حق الملكية، ج الأول، مطبوعات جامعة الكويت 1997 ، ص 52.

ت / حق الملكية لم يعد حقا مطلقا :

حق الملكية كان حق مطلق يعني به أن صاحب هذا الحق يمارس حقه دون حاجة إلى تدخل أحد، فحق الملكية يمكن الإحتجاج به قبل الكافة ، فكان للمالك كل الحرية في مباشرة السلطات التي يمنحها له حق الملكية دون قيد، إلا أن صفة الإطلاق بهذا المعنى لم تعد تنسجم مع التطورات الإجتماعية الحديثة

1

- و بعد أن تعرضنا إلى تحديد المقصود بالتعسف في إستعمال الحق، و عرفنا بحق الملكية باعتباره المحل الذي يرد عليه التعسف في بحثنا، يمكننا أن نتوصل إلى تحديد المقصود بالتعسف في إستعمال حق الملكية، بأنه مجاوزة صاحب حق الملكية لمضمون هذا الحق الذي منحه له القانون، فالتعسف في استعمال حق الملكية يفترض بقاء المالك في الحدود التي يعينها القانون لحق الملكية، و يتحقق بمباشرة السلطات التي يمنحها هذا الحق لصاحبه بصورة تجعل نتيجة هذا الإستعمال إحداث الضرر للغير، أو تجعل هذا الضرر النتيجة الأساسية لإستعمال حق الملكية إذا ما تحققت عنه لصاحبه فائدة تافهة القيمة لا تتناسب مع ما يحدثه من ضرر للغير.

الفرع الثاني: تمييز التعسف في إستعمال حق الملكية عما يشابهه من مفاهيم

سوف نتعرض من خلال هذه الفرع إلى تمييز التعسف في إستعمال حق الملكية عن الخروج عن حدودها من حيث النطاق أولا ثم نميز بينهما من حيث حقيقة كل منهما ثانيا. **أولا: تمييز التعسف في إستعمال حق الملكية عن الخروج عن حدودها من حيث النطاق** يتعين علينا هنا أن ألقت النظر إلى أن هذا التمييز له أثر في النتائج و الآثار المترتبة على كل منهما²، فإذا إستعمل المالك السلطات التي يخولها له حقه فإنه يكون داخل حدود حقه أما إذا باشرها على نحو يتعدى حدوده، فإنه يجاوز حدود حقه ويدخل في

¹ - غني حسون طه، المرجع و الموضع نفسه.

² - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته ، مجلة العدل ، ع الثاني و العشرون ، السنة التاسعة ، الأردن ، ص22 .

نطاق الممنوع ويعتبر متعديا فمثلا : إذا أقام

و الجزء الآخر على أرض الغير فإنه بالنسبة للجزء الأول يحون قد استعمل حقه، أما بالنسبة للجزء الآخر فيكون متعديا و يلتزم بالتعويض، و هذه هي الصورة التقليدية للخطأ ولكن قد لا يخرج الشخص المالك عن الحدود المرسومة لملكيته، و مع ذلك لا يقر القانون هذا الإستعمال¹، و ذلك لأنه إنحرف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود حقه، أي أن المالك يعمل داخل نطاق حقه ولكن يتعسف في إستعمال هذا الحق، ففكرة التعسف في إستعمال حق الملكية إنما تفترض وجود فعل يدخل في حدود مضمون حق الملكية، فيكون مشروعاً في ذاته لأنه سلطة من السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه، غير أنه ينقلب غير مشروع لعدم مشروعية الباعث من إتيانه، أو الإنحراف عن الغرض أو الباعث الذي شرع من أجله، و التعسف في إستعمال حق الملكية على هذا النحو يتميز تميزاً واضحاً عن مجاوزة حدوده أو الخروج عنه²، فتجاوز الحدود الشرعية لحق الملكية يخرج عن كونه حقا ، و لا يعود بذلك إلا إعتداء و إستعمالاً لما ليس حقا أما التعسف في إستعمال حق الملكية فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا³، فلا تنصرف عدم المشروعية إلى ذات الفعل التعسفي و إنما إلى نتيجته أو الباعث عليه و مثال ذلك إذا أقام مالك في أرضه و ضمن حدودها حائطا عاليا فسد على جاره منافذ الهواء مما أدى إلى تعطيل إنتفاع الجار بملكه على الوجه المألوف فهذا المالك يعتبر متعسفا في إستعمال ملكه، لأنه و إن تصرف في حدود ملكه الموضوعية غير أنه رتب أضرارا بالجار⁴.

ثانيا : التمييز التعسف في إستعمال حق الملكية عن الخروج عن حدودها من حيث حقيقة كل منهما.

التعسف في إستعمال حق الملكية يعتمد في الأصل على وجود الحق، لأن ما تفرع عن المشروع مشروع بالضرورة وكما سبقت الإشارة إليه من أمثلة فإن الإستعمال يكون معيبا

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، منشأة المعارف ، ط الثالثة ، مصر 2001 ، ص 945 .

² - حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط 4 ، 1998 ، ص 760- 759 .

³ - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 22 .

⁴ - محمد رياض ، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي و القانون المغربي ، المطبعة و الوراقة الوطنية، ط 1 ، المغرب 1992 ، ص 41 .

في الباعث عليه، أو في نتائجه وبالتالي فإذا تجرد ه
لم تترتب عليه نتيجة غير مشروعة عاد الفعل مشروع
¹ ، لذلك يظل لصاحب الحق رغم الحكم بالجزاء على فعله التعسفي القدرة على معاودته،
دون خطر التعرض للجزاء طالما أنه لم يبتغي به أغراض غير مشروعة²، أما مجاوزة
حدود الحق فإنه يمنع ولو قصد فاعله إحداث النفع كمن زرع أرض غيره، ذلك لأنه
تصرف غير مشروع في ذاته لعدم إستناده إلى حق أي أنه محضور في كل حال.

المطلب الثاني : معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية

نجد الفقه قد وضع جملة من المعايير من خلال أعمالها يمكننا إستنباط الأفعال التعسفية
في شتى الحقوق ومن بينها حق الملكية وتمييزها عن الأفعال المشروعة، كما نجد
التشريعات قد تبنت جملة من هذه المعايير، وبالتالي سوف أتولى دراسة هذه المعايير من
خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول تطرقت فيه للمعايير من وجهة الفقه والفرع
الثاني تعرضت فيه إلى المعايير من وجهة التشريع.

الفرع الأول: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة الفقه الإسلامي
بنتبّع المسائل الخاصة بالتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، التي تعرّض لها
الفقهاء أثناء علاجهم لجزئيات الفقه المختلفة، أمكن وضع معايير خمسة يتوصّل عن
طريقها إلى الكشف عن وجود التعسف ومعرفته؛ بحيث يمكن أن تستوعب هذه المعايير
جميع حالات وصور التعسف في استعمال الحق ، وهذه المعايير هي:³

¹ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة، المرجع السابق، ص. 19 .

² - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص. 760.

³ - أحمد فهمي أبو سة ، تعداد معايير التعسف في استعمال الحق وعرضها، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة
الإسلامية، ص. 105 وما بعدها، والدكتور فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في
استعمال الحق ص. 468 وما بعدها، والدكتور سعيد أمجد الزهاوي: التعسف في استعمال حق الملكية ، ص 180 وما
بعدها.

1- تمحُّض قصد الإضرار بالغير.

2- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير.

3- إستعمال الحق في غير ما شرع من أجله.

4 - إستعمال الحق على وجه غير مُعتاد أو مع عدم مُراعاة الحيطة والحذر.

5- ترتُّب الضرر الفاحش.

وأتكلم فيما يلي عن كل معيار من هذه المعايير، مع ذكر أمثلة لحالات وصور التعسف التي يمكن أن يشملها كل منها.

المعيار الأول - تمحُّض قصد الإضرار:

وقد نصَّ على هذا المعيار صراحة فقهاء الحنابلة حيث قالوا عند شرح حديث "لا ضرر ولا ضرار" وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق، وهذا على نوعين أحدهما: ألا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير فهذا لا ريب في قبضه وتحريمه.

وعلى ذلك فالشخص يكون مُسيئاً في استعمال حقه إذا لم يكن له من غرض عند استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير، حتى لو ترتَّب على هذا الاستعمال بعض المنافع والمصالح غير المقصودة، فلا عبرة بها طالما لم تكن مقصودة ابتداءً. ومن هذا يتبيَّن أنه يُشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان:

أحدهما: أن يكون قصد صاحب الحق عند استعماله لحقه هو إلحاق الضرر بالغير.

والثاني: ألا يكون له قصد آخر من وراء هذا الاستعمال؛ بحيث إذا صاحب قصد الإضرار قصد تحصيل منفعة ما ولو كانت تافهة، فإن الفعل حينئذ لا يكون محكوماً بهذا المعيار، وإن كان التصرف في ذاته يُعتبر إساءة في استعمال الحق، وإنما يحكمه معيار آخر، وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير¹ ومن المتفق عليه بين الفقهاء جميعاً أن قصد الإضرار بالغير محرَّم؛ حيث نهى عنه الشارع في أكثر من

¹ - سامح عبد السلام محمد، معايير التعسف في استعمال الحق، مقال ، ص.01.

مناسبة، فقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في
وقد ذكرنا النصوص الدالة على ذلك منذ قليل عندنا

لبيان أدلة نظرية التعسف من الكتاب، كذلك فقد وردت أحاديث عن الرسول - صلى الله
عليه وآله وسلم - تنهى عن الضرر.

وبشأن هذا الحديث الجامع " لا ضرر ولا ضرار " الذي أوجب نفي الضرر في جميع
الأفعال والتصرفات، يقول الإمام الشاطبي¹ " لا إشكال في منع قصد الإضرار من حيث
هو إضرار؛ لثبوت ألا ضرار في الإسلام"² ، ويقول أبو يوسف في الخراج³ " لا يحل
لمسلم أن يتعمد الإضرار لجاره، ولا القصد لتغريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء
يحدثه في أرض نفسه " .

ولما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب تبيينها أو إثباتها، فيمكن الاستدلال
عليه بالقرائن، ومن ذلك خلو الفعل من المصلحة؛ حيث يُعتبر قرينة على تمحض قصد
الإضرار بالغير؛ إذ الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو عن مصلحة، فإذا جاء الفعل خاليًا
عن ذلك، كان هذا قرينة في القضاء على قصد الإضرار بالغير.

ومن تطبيقات هذا المعيار عند الفقهاء:

أ/ رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض
جاره، فأحرق زرعها، لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع
جاره؛ لأنه إذا علم، كان قاصدًا إحراق زرع الغير، وكذلك رجل له قطن في أرضه،
وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرق
ذلك القطن، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار؛ لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن
قاصدًا إحراق القطن .

¹- هو إبراهيم بن موسى بن محمد، أبو إسحاق اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، وكنيته التي عُرف بها أبو إسحاق،
ولد بغرناطة ونشأ وترعرع بها، ولم يُعلم أنه غادرها، توفي سنة 790 هجرية، من مؤلفاته: الاعتصام، وكتاب
الموافقات في أصول الفقه، وهو غير الشاطبي أبي محمد القاسم بن فيرّه الأندلسي ناظم "الشاطبية" القارئ
²- الموافقات، المرجع السابق، ص. 256 .
³- الخراج ، ص. 113 .

ب/ قال ابن عتاب: الذي أقول به وأنقله من مذهب ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس أن مُحدث ذلك أراد الضرر بجاره".

ت / وجاء في تبصرة الحكّام أيضًا: " لو ادّعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاًماً وامتناً، لا تُسمع الدعوى، ويؤدّب المدّعي."

ومن هذه الأمثلة يتبيّن لنا: أن صاحب الحق يُعتبر مسيئاً في استعمال حقه، إذا كان قصده من الاستعمال هو الإضرار بالغير، وفي هذه الحال يجب منعه من استعمال حقه مع إلزامه بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة هذا الاستعمال، ويجوز للحاكم أن يؤدّبه أيضًا إذا كان الحق المستعمل هو دعوى، وكان قصده من استعمالها التشهير بذوي الفضل والصلاح، وإلحاق المعرّة بهم؛ وذلك ردعاً له وزجرًا لأمثاله من الصعاليك والأراذل.

المعيار الثاني- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير:

وفي هذا المعيار يكون لصاحب الحق مصلحة عند استعماله لحقه، وفي نفس الوقت يترتب على هذا الإستعمال ضرر بالغير، يفوق في ضخامته المصلحة التي يجنيها صاحب الحق ونظرًا لهذا التفاوت بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير، اقتضى منطوق العدل ومبدأ عدم جواز إلحاق الضرر بالغير الذي هو قاعدة من قواعد الإسلام، اقتضى ذلك منع صاحب الحق من استعماله لحقه، إذا لم يكن هناك تناسب بين مصلحته والضرر الذي يحلُّ بالغير.

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

أ/ قضاء الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - على سمرّة بن جندب بقلع نخله كما ذكرنا القصة من قبل؛ دفعًا لضرره عن الأنصاري حينما أصرّ سمرّة على الدخول إلى نخله إضرارًا بالأنصاري، ورفض البيع والمناقلة والهبة؛ وذلك لأن سمرّة - وإن كان صاحب حق ومصلحة في دخوله إلى نخله، إلا أن الضرر الذي يُصيب الأنصاري وأهله بسبب هذا الدخول يفوق بكثير المصلحة التي يجنيها سمرّة من ذلك، ومن هنا قضى الرسول -

عليه السلام - بَقَعَ نخل سَمْرَةَ وإن كان في ذلك بالضرر الأَخْفَ.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

وفي هذا يقول ابن القيم مُعلِّقًا على قضاء الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم -: "وإن كان عليه - أي صاحب الشجرة - في ذلك - أي في القضاء عليه بالقلع - ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها - أي الشجرة في بستانه - أعظم؛ فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه" ¹.

ب/ مانصَّ عليه الفقهاء من جواز التسعير عند مُغالاة التجار وأصحاب السِّلَع في أثمان بضائعهم وسدِّلعهم، وتجاوزهم الحدود المألوفة في الربح، فهذا التسعير وإن كان فيه ضرر بالتجار وأصحاب السلع، إلا أن الضرر الذي يُحدثه أقلُّ بكثير، ومن المقرَّر شرعًا: أن الضرر الخاصَّ يُتحمَّل من أجل دفع الضرر العام²، ومما يَرتبط بجواز التسعير مانصَّ عليه الفقهاء أيضًا من منع الاحتكار وبيع السِّلَع على المُحتكرين حسب السعر القائم جبرًا عليهم؛ وذلك دفعًا للضرر العام بالضرر الخاص³.

وفي ذلك يقول ابن القيم: " وقال أصحاب أبي حنيفة: لا ينبغي للسلطان أن يسعّر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامّة، فإذا رفع القاضي أمر المُحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله، على إعتبار السعر في ذلك، ونهاه عن الاحتكار، فإن أبى حبسه وعزّره على مقتضى رأيه زجرًا له ودفعًا للضرر عن الناس، فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعديًا فاحشًا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، سعّره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة"⁴.

ت/ ومن تطبيقات هذا المعيار أيضًا مانصَّ عليه ابن نجيم⁵ في الأشباه والنظائر، حيث يقول: "طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه يتضرر، فإن صاحب الكثير يُجاب على أحد

¹ - الطرق الحكمية، لابن القيم، ص. 310.

² - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص. ص 87، 183، 184.

³ - ابن نجيم، المرجع والموضع نفسه.

⁴ - الطرق الحكمية لابن القيم، ص. 308.

⁵ - هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي، من العلماء، مصري، له عدة تصانيف منها: (الأشباه والنظائر) و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) فقه، و(الرسائل الزينية) في مسائل فقهية 41 رسالة، و(الفتاوى الزينية) وغيرها، توفي سنة 970 هـ؛ الأعلام 3: 104.

الأقوال؛ لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من
الأقل مُتَعَسِّفًا في استعمال حقه عند امتناعه عن إ.

أكثرَ من ضرر شريكه الآخر صاحب الأقل بسببها، ينبغي إجابة صاحب الأكثر في طلبه
القسمة دفعًا للضرر الأشد بالضرر الأخفّ.

المعيار الثالث- استعمال الحق في غير ما شرع من أجله:

الحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق مصالح جليّة وغايات سامية، ولم تُشرع لمجرد التلهي
أو العبث أو لاستغلالها فيما لا يُفيد، وعلى ذلك فإذا استعمل الإنسان حقه في غير الغرض
الذي شرع له، والغاية التي مُنح من أجلها، كان مناقضًا لقصد الشارع، ومسيئًا في
استعمال حقه.

وهذا المبدأ لا يُنازع في صحته أحد من الفقهاء، وإنما هو محل اتفاق بينهم جميعًا، وإذا
كان هناك خلاف في بعض مسائله، فإنما هو خلاف في التطبيق، وليس خلافًا في نفس
المبدأ.¹

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

أ/ جاء في المدونة: "أرأيت إن زوج الصغيرة أبوها بأقل من مهر مثلها، أيجوز ذلك
عليها في قول مالك؟ قال: سمعتُ مالكا يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى إن زوجها
الأب بأقل من مهر مثلها أو بأكثر، فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها،
قال: ولقد سألتُ مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها،
فأراد أبوها أن يُزوجها من ابن أخ له معدّمًا لا شيء له، أفترى لي أن أتكلّم؟ قال: نعم،
أرى لك في ذلك مُتكلّمًا، قال ابن القاسم: فأرى أن إنكاح الأب إياها جائز، إلا أن يأتي من
ذلك ضرر، فيُمنع من ذلك"²، وواضح من هذا النص: أن حق الولاية على النفس مُقيّد
بمصلحة الصغير؛ حيث يرى الإمام مالك أن حق الأب في تزويج ابنته الصغيرة التي هي
في ولايته يجب أن يُمارس على وجه النظر والمصلحة لها، فإذا رأى أن مصلحتها تتحقّق

¹ - سامح عبد السلام محمد ، المرجع السابق، ص5.

² - المدونة: (4: 155)، وقريب من ذلك ما جاء في نفس المرجع ، ص 159.

في تزويجها من شخص معيّن جاز له أن يُزوَّجها في ذلك مصلحة لها، أما إذا انعدم وجه المصلحة في غير أمين عليها أو يُسيء عشرتها ومعاملتها، فإن الأب حينئذ يكون مسيئاً في استعمال حق الولاية الذي منحه الشارع إياه، ويكون لمن تُعنيه مصلحة الصغيرة ويهمه أمرها أن يُخاصم الأب في ذلك، ويمنعه من إتمام هذا الزواج.

ويتفق الأحناف مع الإمام مالك فيما ذهب إليه من أن حق ولاية الأب في تزويج الصغيرة مُقيّد بمصلحتها، فلا يجوز للأب أو الجد أن يُزوَّجا الصغيرة بأقل من مهر مثلها؛ لأن ذلك ليس من مصلحتها¹.

ب/ شرع الله - تعالى - البيع وسيلة للحصول على المال الطيب الحلال وحرّم الربا؛ لأنه وسيلة للمال الخبيث الحرام، فقال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾²، ومن ذلك يتبيّن أن البيع مشروع لمصالح جليلة وغايات نبيلة، وأن الربا حرّمه الله تعالى نظراً لما يؤدّي إليه من المكاسب الخبيثة، وما يترتّب عليه من المضارّ التي تُعصّف بالفرد والجماعة، وما يورثه من العداوة والبغضاء بين أفراد الأمة، ومن هنا ذهب الإمام مالك والإمام أحمد إلى تحريم بيع العينة؛ لأنه وإن كان في ظاهره بيع إلا أنه وسيلة إلى الربا، وتحايل عليه، والأشياء لا تُشرع لذاتها، وإنما تُشرع نظراً لما ترتّب عليها من مصلحة، فإذا كان ما يترتّب عليها ليس على وجه المشروعات كانت الوسائل المؤدية إليه غير مشروعة أيضاً، وإن كان ظاهرها يبدو موافقاً لمقاصد الشارع، وهذا ما قرّره الإمام الشاطبي في أكثر من مناسبة؛ حيث يقول: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال مُعتبرة بذلك؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما

¹ - كتاب الهداية، المرجع السابق، ص. 425، 1426.

² - سورة البقرة، الآية 275.

فُصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشر

المعيار الرابع- استعمال الحق على وجه غير مُعتاد أو مع عدم مراعاة الحيطة والحذر:
يتحقَّق التعسُّف في استعمال الحق وفقًا لهذا المعيار: إذا استعمل الإنسان حقه بأسلوب غير معتاد، وغير مُتعارَف عليه بين الناس أو دون مُراعاة لما يقتضيه واجب الاستعمال العادي من مراعاة للحيطة والحذر، فإذا ترتَّب على استعمال الإنسان لحقه بهذه الصورة ضرر بالغير كان متعمدًا وعليه ضمان هذا الضرر باتِّفاق الفقهاء.
وقد نصَّ على هذا المعيار ابن رجب حيث يقول: " فأما التصرُّف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره: فإن كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجَّج في أرضه نارًا في يوم عاصف فيحترق ما يليه، فإنه مُتعدِّ بذلك وعليه الضمان"²، وذلك لأن هبوب الريح في مثل هذا اليوم العاصف يقتضي من الإنسان العادي الامتناع عن تأجيج النار في أرضه؛ لأن من شأن الريح أن تنقل النار إلى ما جاورها من أشياء قابلة للاحتراق، فمن أوقد النار في أرضه في مثل هذا اليوم، فترتَّب على ذلك مضرار لحقت بجاره ضامن، وذلك باتِّفاق الفقهاء، نظرًا لاستعماله لحقه استعمالاً غير مشروع؛ حيث استعمله على وجه غير معتاد، ولم يراعِ الحيطة والحذر عند استعماله.

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

أ/ رجل أحرَق شوگًا أو تينًا في أرضه، فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره وأحرقت زرعته، إن كان بُعِد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة، فلا ضمان عليه؛ لأنه حصل بفعل النار، وأنه جُبار، ولو كان بقرِب من أرضه على وجه يصل شرر النار غالبًا، فإنه يضمن؛ لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة³.

ب/ وجاء في مجمع الضمانات: " إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره فأفسدَها، إن كان السقي غير مُعتاد ضامن، وإن كان مُعتادًا لا يضمن"⁴.

¹ - الموافقات ، ج2، ص. 283 ، 284.

² - جامع العلوم والحكم، ص. 290.

³ - جامع الفصولين، ج 2 ، ص. 89.

⁴ - مجمع الضمانات، ص . 163.

وواضح من المثالين السابقين أن الإنسان مُقَيَّد عند
المُعْتاد المتعارَف عليه بين الناس، فإذا ما استعمله

حقه، فإذا ترتَّب على هذا الاستعمال ضرر بالغير كان ضامناً له، أما إذا استعمله على
الوجه المُعتاد فترتب على ذلك ضرر بالغير، فلا ضمان عليه؛ حيث لم يكن متعدياً أو
مسيئاً في استعمال حقه.

ت / وكتأجيج نار في يوم عاصف - أي شديد الريح - فأحرقت شيئاً، فيضمن المال في
ماله والدية على عاقلته، إلا أن يكون في مكان بعيد لا يظنُّ فيه الوصول إلى المحروق
عادة فلا ضمان¹.

ت/ جاء في المهذب للشيرازي²: "إذا أجبَّ على سطحه ناراً فطارت شرارة إلى دار الجار
فأحرقته أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت
به العادة لم يضمن؛ لأنه غير مُتعدِّ، وإن فعل ما لم تجر به العادة بأن أجبَّ من النار ما لا
يقف على حدِّ داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضامن؛ لأنه مُتعدِّ"³.

ث/ جاء في كشف القناع عن متن الإقناع: "وإن أجبَّ ناراً في موات أو في ملكه أو سقى
أرضه فتعدى ما ذكر من النار والماء إلى ملك غيره فأتلفه لم يضمن الفاعل؛ لأن ذلك ليس
من فعله ولا تعدّيه ولا تفريطه، إذا كان التأجيج أو السقي مما جرت به العادة بلا إفراط
ولا تفريط، فإن فرط بأن ترك النار مؤجَّجة والماء مفتوحاً ونام، فحصل التألف بذلك وهو
نائم، ضامن لتفريطه، كذلك إن أجبَّ ناراً تسري في العادة لكثرتها، أو أجبَّها في ريح
شديدة تحملها إلى ملك غيره، ضمن لتعدّيه⁴، وواضح من هذه النصوص أن صاحب
الحق يضمن إذا استعمل حقه على وجه لم تجر العادة عليه، أو لم يُراع عند الاستعمال
الحَيْطة والحذر مما ترتَّب على ذلك إلحاق الضرر بالغير؛ حيث يعتبر مُتعدِّاً نتيجة

¹ - الشرح الكبير للرددير على هامش حاشية الدسوقي، ج. 4، ص. 355، 356.

² - هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي أبو إسحاق، العلامة، المناظر، ولد في فيروز آباد (فارس)،
وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها، وانصرف إلى البصرة، ومنها إلى بغداد سنة 415 هـ، فأتى ما بدأ به من الدرس
والبحث، واشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة، له تصانيف كثيرة، منها: (التنبيه) و(المهذب) في الفقه و(التبصرة)
في أصول الشافعية، و(طبقات الفقهاء) وغيرها، توفي في بغداد سنة 476 هـ، وصلى عليه المقتدي العباسي؛ وقِيَّات
الأعيان ج 1، ص 9، 12، والإعلام، ج 1، ص. 44، 45.

³ - سامح عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 7.

⁴ - سامح عبد السلام محمد، المرجع و الموضوع نفسه.

إساءته في استعمال حقه، أما إذا استعمله على وجه
فلا ضمان عليه لعدم تعدّيه.

المعيار الخامس- ترتب الضرر الفاحش:

يُعتبر الإنسان مسيئاً في استعمال حقه إذا استعمله بطريقة يترتب عليها ضرر فاحش
بالغير، مهما كانت قيمة المصلحة أو الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق نتيجة لهذا
الاستعمال، وحينئذ يمنع صاحب الحق من استعماله لحقه بهذه الصورة؛ لأنه من المقرّر
شرعاً أن درء المفسد مقدّم على جلب المصالح¹، أما الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر
عادي ومألوف، فليس من التعسف، ولا يُعتبر صاحبه مسيئاً فيه، وبناءً عليه فلا يُمنع
صاحب الحق منه، وإلا لأدّى ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالحقوق؛ حيث لا يخلو استعمالها
من بعض المضارّ التي يمكن تحملها عادة² مثل: رائحة الدخان التي تأتي من بيت الجار
نتيجة طبخه أو خبزّه على العادة، وكصوت المذياع الذي يُمكن تحمّله عادة، ونحو ذلك.
وقد حدّد بعض الفقهاء الضرر الفاحش بأنه: ما يكون سبب الهدم، وما يوهن البناء، أو
يخرج عن الانتفاع بالكلية وما يمنع الحوائج الأصلية؛ كسدّ الضوء بالكلية³.

والواقع أن تحديد الضرر الفاحش من الأمور التي تختلف باختلاف الأشخاص والأماكن
والأزمان، فما يُعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لشخص مُعيّن أو في بعض الأمكنة والأزمنة،
قد لا يُعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر، أو في أمكنة وأزمنة أخرى؛ فالأصوات التي تنتج
عن الآلات والمصانع تعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لأشخاص تقتضي طبيعة عملهم الهدوء
وعدم الضوضاء، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين لا تقتضي طبيعة عملهم مثل
ذلك، كذلك فإن مثل هذه الأصوات تعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة لمنطقة مخصّصة للسكن
أو في الأوقات المتأخرة من الليل، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لمنطقة صناعية أو في وقت
النهار⁴.

¹ - ابن نجيم، المرجع السابق، ص. 90.

² - ابن نجيم، المرجع نفسه، ص. 97.

³ - الطحاوي في حاشيته على الدر المختار، ص. 3- 215، فتح القدير، ص. 5 - 503، والمادة: 1199 من
مجلة الأحكام العدلية.

⁴ - الطحاوي في حاشيته على الدر المختار، المرجع والموضع نفسه.

وعلى ذلك ينبغي أن يُترك تحديد مفهوم الضرر
الأمكنة والأزمنا فما يُعتبره هذا العرف ضرراً فإ

أصحاب الحقوق من استعمال حقوقهم إذا استعملوها على وجه يترتب عليه مثل هذا النوع
من الضرر، وأما الضرر الذي لا يُعتبره العرف فاحشاً فلا يُمنع أصحاب الحقوق منه؛
لأنهم غير مُسيئين في استعمال حقوقهم، بناءً على هذا المعيار، ومع ذلك فيمكن اعتبارهم
مسيئين بناءً على بعض المعايير السابقة التي تحدّثنا عنها من قبل.
بعض التطبيقات لهذا المعيار:

أ/ جاء في تبين الحقائق للزيلي¹: "للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من
التصرفات، ما لم يضر بغيره ضرراً ظاهراً، ولو أراد بناء تئور في داره للخبز الدائم،
كما يكون في الدكاكين، أو رحاً للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأن ذلك يضر
بالجيران ضرراً ظاهراً، لا يمكن التحرُّرُ عنه، والقياس أنه يجوز؛ لأنه تصرف في ملكه،
وترك ذلك إستحساناً لأجل المصلحة"²، وواضح مما قرره الزيلي: أن صاحب الحق
يتقيد عند استعماله لحقه بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً، فإن استعمل حقه على وجه
ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير، وكان هذا الضرر فاحشاً، منع من هذا الاستعمال لتعسُّفه
فيه، مع إلزامه بتعويض من أصابه الضرر نتيجة لذلك.

ب/ جاء في المدونة: "أرأيتَ إن كانت لي عرصة إلى جانب دُور قوم، فأردت أن أحدث
في تلك العرصة حماماً أو فرناً أو موضعاً أرحاً فأبى عليّ الجيران ذلك، أليكون لهم أن
يمنعوني في قول مالك؟ قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما
أشبهه، فلهم أن يمنعوك من ذلك؛ لأن مالكا قال: يمنع من ضرر جاره، فإذا كان هذا
ضرراً مُنع من ذلك، قلت: وكذلك إن كان حداداً فأخذ فيها كثيراً أو اتخذ فيها أفراً يسيل
فيها يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران، أو حفر فيها
أباراً، أو اتخذ فيها كنيفاً قرب جدران جيرانه منعه من ذلك؟ قال: نعم، كذلك قال مالك في
غير واحد من هذا في الدخان وغيره، قلت لإبن القاسم: أرأيتَ إن كانت دار الرجل إلى

¹- هو عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلي: فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة 705 هـ، فافتى ودرس، وتوفي فيها،
من مصنفاته: (تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق) فقه، و(بركة الكلام على أحاديث الأحكام)، و(شرح الجامع الكبير)
فقه، وغيرها، وتوفي سنة 743 هـ؛ الإعلام، ص 4-373.

²- الزيلي، تبين الحقائق، ص 4-196، وانظر نفس المعنى - أيضاً - في حاشية الطحاوي على الدر المختار
ص 3-215.

جنب دار قوم ففتح في غرفة كوى أو أبوابًا يُشرف
من ذلك أم لا؟ قال: قال مالك: يُمنع من ذلك¹.

ت / جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون:² "يُمنع الرجل من إحداث إسطبل للدواب عند باب جاره، بسبب بولها وزبلها وحركتها ليلاً ونهاراً، ومنعها الناس من النوم، وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه، وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضرُّ ببئره، وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئره منع³.

وواضح من هذين النصين: أن أصحاب الحقوق يلتزمون عند استعمال حقوقهم بعدم الإضرار بالغير، فإن استعمل أحدهم حقّه على وجه ترتّب عليه إضرار بالغير، سواء كان هذا الإضرار مادياً، أو أدبياً كالإشراف على مقرّ النساء، منع من ذلك، مع إلزامه بتعويض الشخص المضرور عما أصابه من ضرر نتيجة لهذا الاستعمال المتعسف فيه، وسواء كان هذا الضرر مباشراً أم بطريق التسبب⁴ ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جنب بئر جاره يجتذب ماءها⁵.

ث / جاء في مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: "وحرّم على المالك أن يحدث بملكه ما يضر بجاره؛ لخبر: "لا ضرر ولا ضرار"، احتج به أحمد، كحمام يتأذى جاره بدخانه، أو ينزر حائطه بمائه، ومثله مطبخ سكر، وكنيف ملاصق لحائط جاره يتأذى بريجه، أو يصل إلى بئره، ورحاً يهتزُّ بها حيطانها، وتثور يتعدى دخانها إليه، وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه، ويهز الحيطان؛ للخبر، ويحرم غرس شجر نحو تين كجميز تسري عروقه فتشق مصنع جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره، وسقي وإشعال نار يتعديان إلى جاره، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه.

¹ - سامح عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 9.

² - هو إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدّين اليعمرى: عالم بحّاث، ولد ونشأ في المدينة، وهو مغربي الأصل، رحل إلى مصر والقدس والشام سنة 792 هـ، وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 هـ، وهو من شيوخ المالكية، من تصانيفه: (الدبّاج المذهب) في تراجم أعيان المالكية، و(تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام) و(تسهيل المهمات) في شرح جامع الأمهات؛ لابن الحاجب (فقه)، وغيرها، وتوفي سنة 799 هـ؛ الأعلام، ص 1، 47.

³ - تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش، ص 2، 363.

⁴ - سامح عبد السلام محمد، المرجع نفسه، ص 40.

⁵ - سامح عبد السلام محمد، المرجع و الموضوع نفسه.

ويضمّن من أحدث بملكه ما يضرُّ بجاره ما تلف بس
بخلاف طبخه وخبزه في ملكه، فلا يُمنع منه؛ لعد
بالقري¹.

ج- وجاء في مطالب أولي النهى أيضًا: " ويلزم الأعلى من الجارين بناء سترّة تمنع
مُشارفة الأسفل؛ لأن الإشراف على الجار إضرار به؛ لأنه يكشفه ويطلع على حرمة،
فمنع منه، وكذا لو كانت السترة قديمة فانهدمت، فإنه يجب إعادتها، فإن استويا في العلو
اشتركا في بنائها؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر بالسترّة فلزمتها، ويجبر ممتنع منهما
على البناء مع الحاجة؛ لأنه حق عليه، لتضرُّ جاره بمجاورته له من غير سترّة، فأجبر
عليه كسائر الحقوق، وإن كان سطح أحدهما أعلى من الآخر، فليس له الصعود على
سطحه على وجه يُشرف على بيت جاره، إلا مع السترة كما تقدّم"².

وواضح من هذه النصوص أن المالك يتقيد عند تصرُّفه في ملكه بعدم إلحاق ضرر فاحش
بجاره، فإن أتى تصرُّفاً ترتب عليه مثل هذا النوع من الضرر مُنع من ذلك، سواء كان
الضرر مادياً أو أدبياً، مع. تضمينه قيمة ما تلف بسبب هذا التصرف؛ لتعديده وإلزامه
بإقامة سترّة تحول دون اطلاعه على عورات جاره، كقالمضارّه عنه.

الفرع الثاني: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة التشريع

إن أهم ما يميز التشريعات الحديثة هو تبنيها لنظرية التعسف في استعمال الحق، لذلك
فإننا نجد النص عليها في أغلب التشريعات الغربية، و العربية، و من بينها المشرع
الجزائري إلا أنها قد اختلفت فيما بينها في تحديد حالاتها كل حسب المذهب المتبع فيها، و
هو ما سوف نتناوله في هذا الفرع من خلال التطرق إلى معايير التعسف في التشريع
الجزائري أولاً و بعدها أتطرق إلى معايير التعسف في التشريعات المقارنة ثانياً.

أولاً: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري:

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني من
خلال المادة 124 مكرر و التي تنص على ما يلي: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ
لاسيما في الحالات الآتية:

¹ - سامح عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص. 10.
² - سامح عبد السلام محمد، المرجع نفسه، ص. 11.

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إليه،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" ، فالمشرع الجزائري قد نص على نظرية التعسف بهذه المادة الوحيدة دون أن ينص على الأصل العام بأن من استعمل حقه إستعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، كما فعل المشرع المصري في نص المادة الرابعة قبل سرده لمعايير التعسف¹ فمن خلال نص هذه المادة أنها ثلاثة معايير، وقد وردت على سبيل المثال حيث يظهر ذلك من خلال استعماله لعبارة لا سيما" بالإضافة إلى معيار رابع نص عليه في المادة 691 من ق م ج ، و سوف أتولى دراسة هذه المعايير على التوالي كالاتي:

1- معيار قصد الإضرار بالغير:

فإستعمال الحق يكون غير مشروع، بلا أدنى شك، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. وواضح هنا أن المشرع يعتمد معيارا ذاتيا أو شخصيا بحتا، بمعنى أنه ينظر أساسا الى نية صاحب الحق في إستعماله، فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه هو من الإستعمال أية فائدة، كان متعسفا في هذا الإستعمال. ومثال هذا القرض، أن يحفر صاحب الأرض بجوار جدار جاره، لا لهدف إلا لانهيان هذا الجدار. أو يقيم فوق بنائه جدارا عاليا أصم، لا يقصد به إلا حجب الهواء عن ملك جاره، وهكذا.

2- معيار ترجيح الضرر على الفائدة:

إن هذا المعيار هو معيار مادي يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى الناحية الشخصية لدى صاحب الحق، و إنما هو معيار موضوعي ينظر من خلاله إلى نتائج استعمال الحق، وقد نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر، فحسب هذا المعيار يعتبر الشخص متعسفا حتى و لو كانت له مصلحة من استعمال حقه على وجه

¹ - علي علي سليمان، ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984، ص. 222 .

معين، وذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتنازل
فترجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد و يص

فهذا المعيار يقوم على أساس أن القانون يقوم على التوازن بين المصالح المختلفة، فإذا
أخل أحد الطرفين بهذا التوازن اختلالا كبيرا وجب تغليب المصلحة التي تكون أكثر أهمية
على غيرها من المصالح القليلة الأهمية فإذا استعمل شخص حقه لتحقيق مصلحة قليلة
الأهمية لا تتناسب مطلقا مع الضرر الذي يصيب الغير فان المشرع يعتبره متعسفا تعسفا
يوجب المسؤولية عن الضرر، مثال ذلك أن يقيم الشخص جدار عاليا يحجب النور
والرياح عن عمارة متعددة الطوابق لتحقيق مصلحة بسيطة له في حجب حديقته المجاورة
عن أنظار السكان ومن الواضح أن المعيار في هذه الحالة معيار موضوعي وهو السلوك
المألوف للشخص المعتاد لأنه ليس من المألوف أن يستعمل الشخص المعتاد حقه بحيث
يضر بالغير ضررا كبيرا مقابل مصلحة غير جدية أو محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى
لها، وفي الحالتين يعتبر قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وارتكب خطأ
يوجب مسؤوليته، كما انه لا يكفي وجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق لإعفاء من
الضمان إذا تسبب استعماله لحقه في ضرر يصيب الغير وإنما يجب أن تكون هذه
المصلحة على قدر من الأهمية يزيد على الضرر اللاحق بالغير كي تكون مبرر استعمال
الحق، أما إذا كانت المصلحة المقصودة قليلة القيمة إذا قيست بالضرر الفادح اللاحق
بالغير والناشئ عن استعمال الحق اعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه وترتبت
مسؤوليته³ وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تكون لقاضي الموضوع فيها
سلطة تقديرية واسعة، وواضح أن المعيار لتقدير هذه المسؤولية في هذه الحالة معيار
موضوعي لا يعتد بالباعث النفسي الدافع إلى استعمال الحق وإنما بالموازنة بين المصلحة
والضرر، وهو معيار يبرز النزعة الاجتماعية في نظرية استعمال الحق.

كما أن في هذه الحالة من حالات أو صور التعسف من قبل المالك في استعمال حقه لا
يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الإضرار بالجار، ولكن يثبت المصالح التي

¹ - محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، Les Editions Internationales الجزائر 2000، ص. 153 .

² - علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، د ت ن، الجزائر، 2002، ص. 58 .

³ - عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص. 232.

ترمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب بسببها، ومن يفعل ذلك فهو على رأي الأستاذ السد

يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه و إما منطو على نية خفيفة يضرر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها¹.

3- معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

وهو أمر بديهي مادام أن الحقوق غاية اجتماعية، تجعل من الضروري أن ينسق استعمالها مع النظام العام الذي يقوم عليه كيان المجتمع، ومع ماتسود هذا الأخير من أخلاقيات وعليه فإن استعمال الحق يكون غير مشروع باعتباره إستعمالا تعسفيا، إذا كانت المصالح التي يبغى صاحبها تحقيقها منه، مصالح غير مشروع تخالف النظام العام والآداب. كمن يدير مسكنه للدعارة أو لتزييف العملة أو كمن يحيط ملكه المجاور لنادي للطيران الشرعي بأعمدة عالية تعلوها أسياخ مدبرة ليحجر النادي على شراء أرضه بسعر مرتفع². ما يلاحظ على هذا المعيار هو أنه موضوعي في أساسه، و إن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية من استعمال الحق، فنفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق تقوم أساسا على عدم مشروعية الدافع إلى هذا الإستعمال³. فالحقوق ليست لها قيمة إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروع، و تكون المصلحة غير مشروع سواء كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو كانت تتعارض مع النظام العام والآداب العامة⁴، و هذا المعيار نص عليه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر التي بينت في فحواها أن حق الملكية يجب أم يستعمل في الغايات المشروعة التي منح من أجلها وإلا كان ضربا من ضروب التعسف⁵، وإن الإستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ لا سيما إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية ط 13 ، بيروت، لبنان 2001 ، ص. 690.

² - عبد الرحمان مجوبي ، المرجع السابق، 2006 ، ص. 42 ، 43.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية ط الخامسة، الجزائر، 2000 ، ص. 129 .

⁴ - شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و التشريع المصري، دار الخلدونية، للنشر، ط الأولى، الجزائر، 2010، ص. 746 .

⁵ - أحمد الصويحي شليبيك، المرجع السابق، ص. 123 .

مشروعة¹ وهذه الحالة يمتزج فيها العنصر المادي تكون العلة الأساسية لنفي المشروعية أمثلة هذه للمشتبه في سلوكهم، أو منزلا للدعارة².

4 معيار الضرر الفاحش

يقصد بالضرر الفاحش ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق وورد هذا المعيار بصفة خاصة في الفقه الإسلامي وقرر لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للمصالح العام ، فنظرية التعسف تتعلق بغاية الحق فلم يشرع الحق ليكون وسيلة تفرض على الناس أضرار فاحشة، أو تلحق بالجماعة ضررا عاما لان ذلك لا يتفق مع روح الشريعة وغايتها الأساسية، ويشمل الضرر الفاحش الضرر المادي والمعنوي كالأصوات المقلقة للراحة والروائح الكريهة الضارة بالصحة والإشراف على مقر النساء غي المساكن المجاورة.

يمكن إضافة معيار الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة، ولقد نص المشرع الجزائري عليه في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة ، وهذا المعيار نتيجة اجتهاد الفقه الإسلامي إذ خصه بكيان مستقل وعبر عليه بالتعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف ، وليس هناك مانع بالأخذ بهذا المعيار المادي إذا اعتبرنا أن الحالات الواردة في نص المادة 124 مكرر جاءت على سبيل المثال، فكل المعايير التي وضعها الفقهاء لم ترد على سبيل الحصر بل للاسترشاد بها والقياس عليها، وليس ثمة ما يمنع القضاء من استنباط معايير أخرى حسبما تستلزمه وقائع ومناسبات ما يطرح عليه من منازعات، فلقد جاء النص على معيار الضرر الفاحش ضمن نص المادة 691 من ق م ج المقابل لنص المادة 807 من القانون المدني المصري، التي تنص على ما يلي : " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 128

² - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998 ص.

الآخرين و الغرض الذي خصصت له "و هذا
الجوارية¹ ؛ ومقتضاه أن الشخص يكون متعسفا، إذ

عليه الناس في استعمال حقوقهم، و القاضي هو الذي يقدر ذلك، و ما تجدر الإشارة إليه
بالنسبة لهذا المعيار هو أنه مرن يتسع لتطور الحياة الاجتماعية، ويمكن القاضي من
الاعتداد بالظروف الخاصة بكل حالة على حدة ليقرر ما إذا كان الضرر فاحشا أم لا².

المبحث الثاني: حالات التعسف في استعمال حق الملكية

إن التشريعات العربية أوردت نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال التطرق
إلى المبدأ العام ثم التطرق إلى معاييرها أو حالاتها مستندة في ذلك ماجاء به الفقه
الإسلامي والذي نص على النظرية بصفة واضحة رغم اقتصار القوانين العربية على
بعض حالات التعسف التي وردت في الفقه الإسلامي دون التطرق لغيرها مثل ما ذهب
إليه المشرع الجزائري والمشرع المصري بتحديدتهما ثلاثة معايير للنظرية، كما قد أورد
المشرع الجزائري معيار خاص بحق الملكية و ذلك بالمادة 691 من ق م ج، و بحسب
هذا التقسيم سوف نتناول حالات التعسف في استعمال حق الملكية من خلال هذا المبحث
بتقسيمه إلى مطلبين الأول نتناول من خلاله حالات التعسف في استعمال حق الملكية طبقا
للمعايير العامة، والمطلب الثاني نخصه للتطبيق الخاص للتعسف في استعمال حق
الملكية في القانون المدني الجزائري، وهي حالة مضار الجوار الغير مألوفة إضافة إلى
أن حالات التعسف في استعمال حق الملكية لا تنحصر في هذه الحالات فقط، و إنما يمكننا
استنباط حالات أخرى للتعسف في استعمال حق الملكية بتطبيق معايير أخرى للتعسف لم
يرد النص عليها بالمادة 124 مكرر، ذلك لأن معايير التعسف في التشريع الجزائري لم
ترد على سبيل الحصر و إنما وردت على سبيل المثال.

المطلب الأول: حالات التعسف في استعمال حق الملكية طبقا للمعايير العامة للتعسف

فيما يلي سأركز الدراسة في هذا المطلب على المعايير التي وردت ضمن المادة 41 من
القانون المدني القديم والمادة 124 مكرر من القانون المدني الجديد وهي نفسها المادة 05
من ق م م ، و ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتناول من خلال الفرع

¹ - جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق، ص. 184 ، و حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق
العينية الأصلية أحكامها و مصادرها، منشأة المعارف، ط الرابعة، مصر، 1998 ، ص 778 .

² - عبد الرحمان مجوبي ، المرجع السابق ، ص. ص 42- 43 .

الأول حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بال
انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال م

الفرع الثالث فنخصه لحالة استعمال حق الملكية لغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة.

الفرع الأول: حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير

يتم التطرق في هذا الفرع إلى مضمون حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار
بالغير كعنصر أول، ويليه ذكر أهم تطبيقات هذه الحالة تشريعا وقضائيا.

أولا: مضمون حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير

يتعلق هذا المعيار بالقصد والنية، أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث
الوحيد لصاحب الحق في استعماله لحقه وهي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة
عليها وعليه يكون الاعتماد في ذلك غالبا على الظروف والوقائع التي تحيط بالتصرف، إذ
يستخلص القاضي هذه النية من انعدام الفائدة الكلية من استعمال الحق.

ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يقتضي الإستعانة بما يعرف بمسلك الرجل المعتاد في
مثل هذا الموقف¹ فقد يقصد الشخص وهو يستعمل حقه أن يضر به غيره ولكن لتحقيق
مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا عن الضرر الذي يلحق بالغير، فقصد
الإضرار لا يعتبر تعسفا إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك
المألوف للشخص العادي، أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي المرجح
عند صاحب الحق إعتبر هذا التصرف تعسفا².

ومن حالات استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير كالذي يغرس في ملكه أشجار عالية و
كثيفة أو يقيم جدار عالي بحيث يحجب النور والهواء على عقار جاره المعد للسكن بحيث
أن هذا التصرف لا يعود على صاحب الحق بأي نفع وما يؤيد هذا في الفقه الإسلامي
قاعدة " الأمور بمقاصدها" فيتحمل المضرور عبئ إثبات قصد الإضرار، وله في هذا
الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية، فإذا أقام المضرور الدليل على نية
الإضرار اعتبر مستعمل الحق متعسفا في استعماله ومسؤولا عن الأضرار التي وقعت³.

ثانيا: تطبيقات عن حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 685.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري حق الملكية، المرجع السابق، ص. 844.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 684.

منها ماهي تطبيقات تشريعية وتطبيقات قضائية :

1 - تطبيقات تشريعية :

لقد إهتم المشرع الجزائري بنظرية التعسف في إستعمال الحق، فإلى جانب النص على المبدأ العام باعتبار التعسف في إستعمال الحق يشكل خطأ، نجده قد أورد جملة من التطبيقات على هذه النظرية فيما يخص حق الملكية¹، و من هذه التطبيقات نذكر ما جاءت به المادة 705 من ق م ج في فقرتها الأولى و التي تنص على ما يلي : " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا"، و يتضح من خلال هذه المادة بأنها تحمل تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية و بالتحديد حالة إستعماله بقصد الإضرار بالغير، حيث أننا نجد المشرع الجزائري من خلالها يقيد من سلطة المالك الشريك للحائط الفاصل في تعليته بضرورة وجود مصلحة جدية تدفعه إلى هذه التعلية بالإضافة إلى أن لا ينتج عن هذه التعلية ضرر بشريك²، في حين الأصل أن لمالك الحائط المشترك عليه كل سلطات الملكية بما فيها التعلية، و ذلك تفاديا لتعسف ملك الحائط المشترك بهدمه فقط لقصد الإضرار و بالتالي فإننا نجده في هذه الحالة يعتبر انعدام المصلحة الجدية لدى المالك قرينة على قصده الإضرار ولذلك فقد اعتبر الهدم في هذه الحالة غير مشروع.

2- تطبيقات قضائية :

و لما كانت حالة إستعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير من أقدم حالات التعسف في إستعمال الحق، لذا فإننا نجد القضاء يحفل بالأحكام التي تدين الملاك لاستعمال حقوقهم بقصد الإضرار بالغير، و لكن نظرا لقلّة الأحكام القضائية الجزائرية في هذا المجال و كذا صعوبة الحصول عليها، فسوف أكتفي بذكر حكم من القضاء الفرنسي، و هو قضاء محكمة كولمار الإستئنافية (Colmar) 02 / 05 / 1855 بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله الذي تقابل نافذة جاره غرضه الوحيد منها هو إيذاؤه ، و قد جاء في حكمها ما يلي:" و من حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما حق

¹ - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، مكتبة الثقافة للنشر، ط الثانية، الأردن، 1997، ص. 69 .

² - محمد وحيد الدين سوار، المرجع نفسه، ص. 69 .

مطلق، يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء و أن يستغله
كاستعمال أي حق آخر يجب أن يكون حده هو إستيف

الأخلاق و العدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة و
قد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة لا يبررها أية منفعة شخصية وهي تلحق بالغير أذى
جسيما " و من هذا الحكم يتضح لنا بأن القضاء الفرنسي قد منع استعمال حق الملكية
لقصد الإضرار بالغير، على الرغم من أن حق الملكية آنذاك كان يعتبر حقا مطلقا¹.

**الفرع الثاني : حالة ترجيح الضرر عن المصلحة أو حالة إنعدام التناسب بين مصلحة
المالك من استعمال ملكه وما يلحق الغير من ضرر**

سيتم التطرق إلى مضمونها أولا ثم إيراد بعض التطبيقات عنها ثانيا .

**أولا :مضمون حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه و ما يلحق
الغير من ضرر**

قد يتعذر أو قد يصعب التعرف على نية الشخص من خلال تصرفه، في هذه الحالة يلجأ
إلى معيار "اختلال التوازن بين المصالح"² ، فهو معيار يتخذ قرينة على توافر نية
الإضرار بالغير، وهو معيار مادي يقوم على الموازنة بين ما يصيب الغير من ضرر بالغ
وبين ما يتحقق من نفع ضئيل أو قليل الأهمية لصاحب الحق، وهذا المعيار منبثق من
أصل مقرر في أصول الفقه وهو النظر في مآلات الأفعال ونتائجها³.

فهذا المعيار يعتمد على التفاوت برجة كبيرة بين القائدة المقصودة من استعمال الحق
والضرر الذي يلحق الغير بسبب استعمال نفس الحق، ويتبين هذا التفاوت للقاضي بعد
إجراء الموازنة بين المصالح المتضاربة، فإذا كان ثمة اختلال ظاهر في التوازن بين
الفائدة القليلة والضرر الكبير اعتبر مستعمل الحق متعسفا.

والمشرع الجزائري انفرد باستعماله لمصطلح "القائدة" عكس التشريعات الأخرى التي
استعملت مصطلح المصلحة كالمشرع المصري مثلا، فمصطلح الفائدة يحمل في طياته

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ، ص. 950 .

² - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 684

³ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 345

معاني مادية وكان الأمر هنا يتعلق بالأمر المالية
ملائمة كون أن الشخص في استعماله لحقه يسع
اقتصادية أو سياسية وعليه فالمصلحة هي الغاية الشرعية للحق¹ .

وقد أورد المشرع الجزائري مثال لهذا التطبيق في المادة 708 / 2 " غير أنه ليس لمالك
الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني، إذا كان هذا الجار يستتر ملكه بالحائط " ،
فكلما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الذي يصيب الغير اعتبر متعسفا في
استعمال حقه ولو لم يكن عدم التوازن نتيجة قصد الإضرار بالغير² .

**ثانياً: تطبيقات عن حالة إنعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه و ما يلحق
الغير من ضرر**

و سوف أورد بعض التطبيقات التشريعية و القضائية عن هذه الحالة.

**1 - تطبيقات تشريعية عن حالة إنعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه
و ما يلحق الغير من ضرر**

لقد أورد المشرع الجزائري جملة من التطبيقات التشريعية عن هذه الحالة، و التي
نذكر منها ما جاءت به المادة 708 الفقرة الثانية من ق م ج المقابلة للمادة 818 من

ق م م³ و التي تنص على ما يلي : " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون
عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"، فمن خلال هذه المادة
يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد طبق نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، و
بالتحديد حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه والضرر الذي يلحق
بالغير، وذلك من خلال تقييده لسلطة مالك الحائط في هدمه بضرورة وجود " عذر
قانوني " إذا كان في ذلك ضرر يصيب الجار الذي يستتر ملكه به، غير أن الأصح هو ما
ورد النص عليه في المادة 818 ق م م ، وهو تقييد سلطة المالك في هدمه " بالعدر القوي "
، فيما أن الحائط في هذه الحالة مملوك ملكية خاصة لأحد الجارين، فالأصل أن لمالكه

¹ - الغوتي بن مالحه، دروس ألقبت على طلبية الماجستير، السنة الأولى ، 2000 / 2001 ، ص. 70 .

² - محمدي فريدة، المرجع السابق، ص. 1543.

³ - تنص المادة 818 من القانون المدني المصري على ما يلي: " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون
عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " .

عليه كل السلطات المتوقعة من استعماله و استغلاله
بالببيع مثلا أو تصرف مادي بالهدم، غير أنه لما كان

هدمه ضرر محقق له، لذلك فإن المشرع الجزائري و تفاديا منه لتعسف المالك، قد قيد
بهذه المادة سلطته في هدمه، بضرورة وجود عذر قوي يبرر الهدم، كاستهدافه منفعة
كبيرة تتوازي مع الضرر العائد على الجار الذي يستتر به، و إلا عد تصرفه بهدم الحائط
و الذي هو من السلطات التي يمنحها له حق ملكية الحائط، تصرفا غير مشروع بالنظر
إلى عدم تناسب مصلحته من الهدم، مع ما يلحق الجار من ضرر¹ومن التطبيقات التي
أوردها المشرع الجزائري عن هذه الحالة أيضا نذكر ما جاءت به المادة 881 من ق م ج
المقابلة للمادة 1029 من ق م م و التي تنص على ما يلي: "يجوز لمالك العقار المرتفق
به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا
لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به" و
يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعطى لمالك العقار المرتفق به،
الحق في التحرر من الإرتفاق إذا فقد العقار المرتفق به كل المنفعة التي تعود العقار
المرتفق، أو أنها باتت محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، و
ذلك تطبيقا لمعيار انعدام التناسب بين المنفعة المرجوة من استعمال الحق و الضرر الذي
يصيب الغير، و بالتالي يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعتبر مطالبة
المالك بالإبقاء على الإرتفاق بالرغم من انعدام منفعته، أو ضآلتها مقارنة بالأعباء التي
يتحملها العقار المرتفق به، تعسفا منه في استعمال حق الارتفاق، و استعمال حق الارتفاق
هو ضرب من استعمال حق الملكية، ولذلك فإننا نجد المشرع من خلال هذه المادة قد أجاز
لمالك العقار المرتفق به التحرر من الارتفاق، بمجرد أن يتحقق الشرطان الذين سلف
ذكرهما ، تفاديا لتعسف مالك العقار المرتفق بالمطالبة بالإبقاء على الإرتفاق².

و من التطبيقات التي أوردها المشرع الجزائري عن هذه الحالة أيضا، ما جاءت به المادة
788 من ق م ج بنصها : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية
على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة، إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب

¹ - عواطف زرارة، المرجع السابق، و حسن كبيرة ، المرجع السابق، ص. 142- 141 .
² - عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، حق الملكية، المرجع السابق ، ص. 691 .

الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية عادل "فمن خلال هذه المادة يتضح بأن المشرع الد

الملاصقة بإزالة البناء الذي أقامه صاحب الأرض بحسن نية، طلبا غير مشروع إذا كان الضرر الذي يلحق هذا الأخير من إزالته، يفوق بكثير الضرر الذي يلحق صاحب الأرض الملاصقة من فقده للجزء الذي تم البناء فوقه، و ذلك تطبيقا لمعيار انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الأرض الملاصقة و الضرر الذي يلحق المالك، و بالتالي يعد ذلك تعسفا منه في استعمال ملكه ولذلك فإننا نجد من خلال نص هذه المادة، قد منح للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر هذا المالك المتعسف على التنازل عن الجزء الذي تم البناء عليه¹.

2 - تطبيقات قضائية عن حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه وما يلحق الغير من ضرر

و نظرا لصعوبة الحصول على الأحكام القضائية الجزائية و قلتها فسوف أكتفي بذكر هذا الحكم من القضاء الفرنسي ، حيث أدانت محكمة باريس في حكم لها بتاريخ 1941/10/ 28 مالك و اعتبر متعسفا في استعمال ملكه تطبيقا لمعيار انعدام التناسب بين مصلحته من استعمال ملكه و الضرر الذي لحق جاره ، عند إقامته على حدود ملكه جدار بطريقة عادية بقصد منع تطاير الغبار إلى منزله و تطلع الجيران، و تسببه بحجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره، في حين كان بإمكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار، و دون تفويت ما يقصده من غرض ، و ذلك بجعل أجزاء الحائط المقابلة لمطبات ملك الجار من زجاج غير شفاف يسمح بتسرب الضوء².

الفرع الثالث : حالة عدم مشروعية مصالح المالك التي يرمي إلى تحقيقها

سيتم التطرق إلى مضمونها أولا ثم بعد ذلك يتم ذكر بعض التطبيقات لها ثانيا.

أولا :مضمون حالة عدم مشروعية مصالح المالك من استعمال ملكه

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف النظام العام والآداب العامة أو حكما من

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص. 71 .

² - محمد وحيد الدين سوار ، المرجع نفسه ، ص. 72 .

أحكام القانون، ذلك إن المشرع لا يمكن أن يوفر إلا
لامها تتعارض مع مصالح الجماعة والنظام القانوني

والمعيار في هذه الحالة هو معيار موضوعي أيضا وأن كان يستند عليه بعوامل شخصية
وهي القصد أو النية من استعمال الحق، وبهذا مزج هذا المعيار بين العنصر الذاتي
والعنصر المادي، إذ يجب معرفة وجه المصلحة فيه كما يجب تقدير مشروعية هذه
المصلحة.

وتجدر الإشارة هنا أن معيار عدم المشروعية المصلحة يشبه المعيار الفقهي القائل
بالغرض الغير مشروع لجوسران الذي يقول: أن الشخص يكون متعسفا في استعماله
لحقه إذا كان الغرض الذي يرمي إليه غرض غير مشروع، فللمعيارين نتيجة واحدة إلا
أن معيار المصلحة في المشروع كما يقول الأستاذ السنهوري هو تعبير موضوعي عن
المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار الغرض غير المشروع، فهو إذا أدق من ناحية
الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق².

نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر على أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل
خطأ لاسيما إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروع³، و هذه الحالة
يتمزج فيها العنصر المادي و الذاتي، لأن النية لدى المالك كثير ما تكون العلة الأساسية
لنفي المشروعية عن مصلحته من استعمال ملكه، ومن أمثلة هذه الحالة أن يتخذ المالك من
داره ملتقى للمشتبه في سلوكهم، أو منزلا للدعارة⁴.

ثانيا: تطبيقات عن حالة عدم مشروعية مصالح المالك التي يرمي إلى تحقيقها

المشرع الجزائري لم يذكر تطبيقات تشريعية عن هذه الحالة وعليه سأتناول التطبيقات
القضائية فقط.

1 - تطبيقات قضائية عن حالة عدم مشروعية مصالح المالك التي يرمي إلى تحقيقها

و من أشهر التطبيقات القضائية عن هذه الحالة ما قضى به النقض الفرنسي في قضية

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 683 .

² - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص. 142 .

³ - أحمد الصويغي شليبيك ، المرجع السابق ، ص. 44 .

⁴ - أنور سلطان، المرجع السابق ، ص. 341 .

كليمان بايار التي تتلخص وقائعها في أن 03/ 8 بايار "Bayard" هذا كان يملك أرضا مجاورة لم

إجبار هذه الشركة على شراء أرضه عمد إلى إقامة مباني على أرضه واضعا فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لا لشيء إلا لمضايقة الطائرات في هبوطها على المطار و إقلاعها منه، و بالتالي فليس وضع الأسلاك الشائكة والأعمدة إلا لتحقيق مصلحة غير مشروعة، تتمثل في التضيق على الشركة وإجبارها على شراء الأرض بأموال طائلة، ولذلك فقد أدانه القضاء بالتعسف¹.

المطلب الثاني: حالة مضار الجوار غير المألوفة

يقع على الجار الالتزام بأن لا يسبب أضرار غير مألوفة لجيرانه ، حفاظا على العلاقة الإنسانية بينه و بينهم ، وصيانة حقوقهم و عدم التعدي عليها من منطلق قدسية علاقة الجوار، التي تفرض عليهم في المقابل تحمل ما هو مألوف من مضار الجوار التي تقتضيها ضرورة الحياة في المجتمع.

و من هنا فإن مسؤولية الجار تقوم إذا تسبب أثناء استعماله لحقه على ملكيته بإحداث أضرار غير مألوفة بجاره ، و ألزم نتيجة لذلك بجبر الضرر و التعويض عنه. وهذه الحالة أوردها المشرع الجزائري كمعيار خاص للتعسف في استعمال حق الملكية، لأن الثابت اليوم هو تحميل المالك مسؤولية الأضرار الفاحشة التي تلحق جيرانه نتيجة استعمال حق الملكية²

وبالتالي فسوف أقسم دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

فنخصص الفرع الأول الاطار المفاهيمي لمضار الجوار غير المألوفة ونتناول من خلال الفرع الثاني الخلاف الفقهي حول تأصيل مضار الجوار غير المألوفة أما الفرع الثالث فيعالج اعتبارات تقديره هذه المضار و الفرع الرابع فخصصته للحديث عن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

الفرع الأول : الاطار المفاهيمي لمضار الجوار غير المألوفة

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية، المرجع السابق ، ص. 692 .
² - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص. 143

إتخذت هذه الفكرة أهمية خاصة في العصر الحديث
إزدياد النشاط الإقتصادي إذ ترتب على ذلك أن كثر

الأنواع التي تبعث الضوضاء و الدخان و الروائح الكريهة و غير ذلك مما يؤذي الجار و
يفلق راحة¹ و لذا فقد عمدت التشريعات الحديثة إلى مساءلة المالك عن هذه المضار و هو
ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 691 من ق م ج التي تنص على ما يلي:
" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى 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 إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له" و بالتالي و
من خلال ما سبق فسوف نتولى التعريف بهذه المضار من خلال التطرق إلى مفهوم
الجوار أولاً، أنواع الجيران ثانياً، مفهوم المضار غير المألوفة ثالثاً و رابعاً أتناول عنصر
شروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة.

أولاً: مفهوم الجوار:

نظراً لأهمية تحديد معنى الجوار فسوف أحاول التطرق له من جميع جوانبه من خلال
التعريف الآتية:

التعريف اللغوي للجوار: الجوار بكسر الجيم مصدره جاور ، ويقال : جاور جواراً و
مجاورة أيضاً و من معاني الجوار المساكنة و الملاصقة ، و الاعتكاف في المسجد ،
و العهد و الأمان و من الجوار الجار ، و يطلق على معان منها: المجاور في المسكن ، و
الشريك في العقار أو التجارة ، و الزوج و الزوجة ، و الحليف ، و الناصر ، جارا لغيره إلا
و ذلك الغير جار له ، كالأخ و الصديق حيث دل مصطلح الجوار على معنى الملاصقة و
القرب كالمسكن أو نحوه كالبستان و الحانوت و ما إلى ذلك من المعاني التي لهن نفس
المدلول² .

ب - التعريف الإصطلاحي للجوار:

¹ - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 54.

² - ابن منظور المرجع السابق ، د ت ن ، ص 617 .

بالرغم من أن ضبط تعريف إصطلاحي دقيق للجوا
لم يمنع الفقهاء من الاجتهاد في إيجاد تعريف له ،

المكاني أو الجغرافي الذي يتجاوز فيه الأشخاص و الأموال أيا كانت طبيعتها و سواء
كانت متلاصقة أم غير متلاصقة ، والذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى
الأنشطة المجاورة و الذي يختلف تبعا لذلك من حالة إلى أخرى بحسب هذه الأنشطة¹ .

ت -التعريف القانوني للجوار:

لا يوجد تعريف للجوار في القانون المدني الجزائري ولا في القوانين المقارنة ، حيث
اكتفت هذه القوانين و على غرارها القانون الجزائري بتنظيم علاقات الجوار و تبيان
القيود الواردة عليها ، إذ تضمنت القيود محددة الجزاء على مخالفتها دون أن تبين معنى
الجوار غير أن هذا النقص في التعريف لا يعني بأن الجوار ظاهرة ليس لها مدلول قانوني
و ما يؤكد ذلك اعتراف أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري بنظرية مضار
الجوار غير المألوفة ، لأن تعريف الجوار تعريفا قانونيا ثابتا و محددًا من بين الأمور التي
يصعب حسمها ، لكون فكرة الجوار ذات طابع مرن متغير فلا يمكن إخضاعها لمعيار
ثابت ما عدا التجاور الجغرافي الدائم و غير المؤقت سواء بين الأشخاص أو الأشياء² .

ث-التعريف الفقهي للجوار:

اختلف الفقهاء في تعريف الجوار من حيث مدى التلاصق الذي يتحقق به الجوار حيث
ذهب البعض منهم للقول بضرورة امتداد التلاصق بين العقارين بما يكفي ، حتى يمكن
القول بوجود الجوار بين العقارين³ ليترك هذا الاتجاه للقاضي تقدير كفاية التلاصق في
تحقيق معنى الجوار تبعا للحالة المعروضة عليه وذهب البعض الآخر من الفقهاء للقول
بأن مجرد الاتصال بين عقارين في أقل قدر يكفي ليتحقق معنى الجوار⁴ بل أن الدكتور
شفيق شحاته يذهب إلى أبعد من ذلك⁵ بقوله : " لا يهم إذا كان الذي لحقه الضرر جارا
ملاصقا أو شخصا آخر مقيما بالحي على مسافة من المحل الذي يستعمل إستعمالا غير

¹ - عطا سعد محمد حواس ، المرجع السابق ، ص. 92 .

² - مروان كساب، المرجع السابق ، ص. 20 .

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، ص. 568 .

⁴ - فيصل زكي عبد الواحد ، أضرار البيئة في محيط الجوار و المسؤولية المدنية عنها ، سيد عبد الله وهبة ، مصر ،
1988، 1989 ص. 30 . و ما بعدها.

⁵ - فيصل زكي عبد الواحد ، المرجع نفسه ، ص. 30 .

مألوف " و منهم من اعتبر بأن مجرد اجتماع الد
لتحقق الجوار¹ بناء على ما سبق فإن صفة التجاو
شرط التلاصق² وجدير بالذكر أن لفظ الجوار قد ورد ذكره بالقرآن الكريم في عدة آيات
قرآنية منها قوله تعالى ﴿ و هي الأرض قطع متجاورات و جنانة من ألحباب و زرع و نخيل و
صنوان و غير صنوان يسقى بماء واحد و يفضل بعضها على بعض في الأكل إن في ذلك
لآيات لقوم يعقلون ﴾³ .

قطع متجاورات أي أراض يجاور بعضها بعضاً⁴ .

ثانياً: أنواع الجيران

بعد أن تطرقنا لتعريف الجوار ، فإنه من الضروري تبين أنواع الجيران و ذلك وفق ما
يلي:

أ- المفهوم القانوني لشخص الجار:

لم يتطرق القانون المدني الجزائري و لا القوانين المقارنة للمفهوم القانوني لشخص
الجار ، غير أن الراجح هو أن هذه الصفة تنعقد لكل من⁵ يشغل العقار سواء كان مالكا أو
أو مستأجرا له أو غير ذلك ، و لضمان تحقيق التكافل الاجتماعي بين الجيران تقوم
علاقات الجوار بينهم على أساس الالتزامات المتبادلة³ وتبرير عدم حصر صفة الجار في
شخص المالك كون أن حالة الجوار لا بد أن ينظر إليها على أساس أنها حالة قانونية لا
نمة مالية⁶ .

ب - مفهوم الشريعة الإسلامية لشخص الجار

¹ - مراد محمود محمد حسن حيدر ، التكييف الشرعي و القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مزار الجوار غير
المألوفة ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2009 ، ص. 104 .
² - عبد الرحمان علي حمزة ، مزار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ص. 83 .
³ - سورة النساء ، الآية 36 .

⁴ - إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، تفسير القرآن العظيم ، المجلد الرابع ، دار طيبة ، 1999 ، ص. 431 .
⁵ - أشرف جابر السيد ، المرجع السابق ، ص. 22 .
⁶ - منذر عبد الحسين الفضل ، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، ديوان
المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1988 ، ص. 172 .

أكدت الشريعة الإسلامية السماح على احترام ح
المنزلة اللائقة به لقوله تعالى ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا

القريبى و اليتامى والمساكين و الجار ذى القربى و الجار الجنب و الصاحب بالجنب و ابن
السبيل و ما ملكت أيمانكم إن الله لا يحب من كان مختالا فخورا¹ ، ذكرت هذه الآية
نوعين من الجيران هما:

الجار ذو القربى : و يقصد به الجار الذي بينك وبينه قرابة.
الجار الجنب : ويقصد به الجار الذي ليس بينك وبينه قرابة ، و قيل بأنه الأجنبي ، كما قيل
بأنه اليهودي أو النصراني².

ت-أنواع الجوار: الجوار طبقا لما هو متفق عليه في أغلب القوانين الوضعية و وفق
أحكام الشريعة الإسلامية نوعان هما :

1 - الجوار العادي (الرأسي) :

و يسمى حق التعلّي و يتحقق في العقارات المؤلفة من عدة طوابق ، و هذا النوع من
الجوار أقوى من الجوار الجانبي نظرا لتعلق حق كل من الجارين بملك الآخر و انتفاع كل
منهما بملك الآخر ، ولذلك اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحد منهما التصرف في ملكه بما
يسبب ضررا لجاره.

2- الجوار الجانبي (المطلق) :

ويتحقق هذا النوع في العقارات المتلاصقة ، و قد اختلف بشأنه من حيث مدى منع المالك
من التصرف في ملكه بطريقة تضر بملك الجار.

حيث ذهب الشافعي و أحمد و المتقدمون من الحنفية إلى حرية المالك في التصرف بملكه
شرط أن لا يظهر منه قصد الإضرار بالغير، في حين ذهب المالكية و المتأخرون من

¹- سورة النساء ، الآية 36 .

²- علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص. 34 .

الحنفية إلى أن تصرف المالك في ملكه مقيد بعدم الإ

في ذلك إلى قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر ولا ضرار"

ثالثا: مفهوم المضار غير المألوفة :

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد قرر مسؤولية المالك عن الأضرار التي قد يلحقها بجاره إذا تجاوزت الحد المألوف ، كما أقر في إطار التضامن الاجتماعي³ بوجوب التسامح بين الجيران إذا كانت الأضرار مألوفة و ينبغي تحملها تماشيا و معطيات الواقع الاقتصادي وازدياد وتيرة النشاط الصناعي⁴ ، حيث جاء في المادة 691 من ق م ج ضمن الفقرة الثانية ما يلي "وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف⁵ " و لتحديد مدلول الضرر غير المألوف فإنه يتعين علينا ضبط المفهوم القانوني للضرر ضمن القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وفق ما يلي :

أ - مفهوم الضرر ضمن القواعد العامة

لا يوجد في القانون الجزائري و لا بالقوانين المقارنة تعريف للضرر ، حيث اكتفت أغلب التشريعات بتحديد أنواعه من ضرر مادي و معنوي تاركة بذلك المجال للفقه ، وهذا ما سأوضحه من خلال ما يلي: عرف الفقه المصري الضرر بأنه : " ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له "⁶، و عرف بأنه : " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك

¹ - براهيم الهنداوي ، المرجع السابق، ص. ص 11 ، 12 .

² - علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص. 30 .

³ - فاضلي إدريس ، المرجع السابق، ص. 185 .

⁴ - فرج الصدة عبد المنعم ، المرجع السابق، ص. 127 .

⁵ - سليمان مرقص ، المرجع السابق، ص. 120 .

⁶ - مصطفى مرعي المرجع السابق ، ص. 118 .

الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن، بل لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما أنها غير مخ الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه² ، وهناك فقهاء يطلقون عللا المسؤولية التقصيرية تسمية الفعل الضار و أوجدوا تعريفا كالاتي " : مخالفة التزام قانوني ، مقتضاه ألا يضر الإنسان بغيره بخطئه أو تقصيره فهي مخالفة قاعدة قانونية عامة تقضي بأنه لا يجب أن يأتي الشخص بعمل يضر الغير أي أن الفعل الضار حدث مستقل عن أي عقد بين المسؤول و المضرور.

ب - مفهوم الضرر غير المألوف

لم يعمل المشرع الجزائي على ضبط مفهوم الأضرار التي تصيب الجار ، حيث اكتفى بوصفها بغير المألوفة و منح الحق للجار في المطالبة بالتعويض عنها إذا تجاوزت الحد المألوف³.

فقد اختلف فقهاء القانون في وضع مدلول للأضرار غير المألوفة حيث ذهب البعض منهم إلى اعتبار الأضرار المألوفة هي تلك الناتجة عن سلوك مألوف يقوم به الجار، وذهب البعض الآخر إلى القول بأن المضار المألوفة هي تلك الأضرار التي يستلزمها الجوار، والتي ينبغي التسامح فيها مراعاة لمصالح الجيران و حفاظا على حقهم في استعمال حقوقهم المشرعة قانونا بالإضافة أنه لا يمكن تجنبها لكونها من ضرورات الجوار⁴ ، أما بالنسبة للضرر غير المألوف فقد عرف بأنه " : ما يترتب عليه وهن البناء أو هدمه حتى لا يستطيع معه الجار الانتفاع بداره⁵ " ، و عرف كذلك بأنه " : الضرر الذي جاوز المضار العادية للجوار⁶ " و عرف أيضا بأنه " : الضرر الذي يمثل اعتداء على الحق⁷ " ، ومن ثم فإن الضرر غير المألوف هو خروج عن حدود حق الملكية بحكم أن المالك مقيد بعدم

¹ - القرار رقم 44362 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في 2008/ 03/12، مجلة المحكمة العليا، ع الثاني لسنة 2008 ، ص. 257 إلى ص. 260 .
² - عطا سعد حواس ، المرجع السابق، ص. 124 .
³ - محمد يوسف موسى ، الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه و فلسفته دراسة مقارنة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، مصر ، ص. 284 .
⁴ - مصطفى صلاح الدين عبد السميع ملاح ، المسؤولية الإدارية للدولة عن التلوث الضوضائي ، دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010 ، ص. 286 .
⁵ - حسن كبيرة ، المرجع السابق، ص. 39 .
⁶ - عز الدين الدناصوري ، المرجع السابق ، ص. 275 .
⁷ - إيهاب علي محمد عبد العزيز ، المرجع السابق، ص. 42-43.

الغلو في إستعمال هذا الحق¹ وعدم مخالفة القيود ا مراعاة المسافة القانونية و لو بحسن نية² ، كما الجوار حين رؤية مقر النساء كصحن الدار و المطبخ ، فإذا أحدث رجل في داره نافذة أو شيد بناء ا و جعل له نافذة أو مطلا على مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فإنه يؤمر بسدها لأن الضرر في ذلك بين و ظاهر ، أما إذا كانت الغاية من النافذة إدخال النور و كانت فوق قامة الإنسان فليس للجار أن يكلفه بسدها، حتى ولو إحتج بأن جاره قد يستعمل سلما ليطل على مقر النساء، لأنه لا مجال للتأسيس من التوهم و هو الحكم نفسه الذي يسري على الحديقة التي لا تعتبر مقرا للنساء³ .

و مما سبق يمكن القول بأن الضرر غير المألوف هو الذي من شأنه منع المالك من الانتفاع بملكه و فق ما يقتضيه حقه في ذلك⁴ لكن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتمدوا دقة أكثر في تحديد مفهوم الضرر غير المألوف ، حيث ذهبوا إلى تسميته بالضرر الفاحش الذي يلحق بالحق ، ومنهم من عرفه بأنه : " ما يكون سببا للهدم و ما ي وهن البناء سبب له ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية و يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء كلية " .

ت - خصائص فكرة الضرر غير المألوف: تتميز مضار الجوار غير المألوفة بمجموعة من الخصائص وهي كالتالي :

ت- 1 خاصة الاستمرارية

يجب أن تكتسب المضار صفة الديمومة و الإستمرارية أي أن تكون متكررة و متتابعة مثل حالة الضوضاء و الدخان المتصاعد من المخابز و الروائح الكريهة بما يجعل منها أضرارا غير مألوف يلتزم المسئول عن إحداثها بالتعويض و هذا ما إستقر عليه الاجتهاد القضائي في فرنسا ، إذ لا يعتبر الإزعاجات الظرفية و الآنية من الأضرار غير العادية و التي لا يسأل المتسبب فيها عنها لكونها بذلك مألوفة ، ما دامت لا تتميز بخاصية الإستمرارية التي تجعل من الضرر غير مألوف إلا أن شرط اتصافها به الصفة لا يمكن

¹- عواطف زرارة ، المرجع السابق، ص. 55 .

²- الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق، ص. 120 .

³- عبد اللطيف فاحوري، حقوق الجوار في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، مؤسسة الرحاب الحديثة ، ط 1 ، بيروت لبنان ، 2002 ، ص. 96 .

⁴- رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1997 ، ص. 66 .

بأي حال من الأحوال أن يكون سببا للإعفاء من يقومون بأشغالهم في ورشاتهم التي لا تكون في أغل

هذه الحالة ينظر إلى الوقت الذي بدأ فيه المقاول و المشيدين التابعين له بالعمل بالإضافة إلى تحديد مكان الورشة التي قد تنطلق الأشغال فيها بأوقات غير ملائمة للجيران.¹

ت-2 ارتباط المسؤولية بالفعل الضار

يجمع فقهاء القانون على أن الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء عقدية أو تقصيرية² فالضرر هو قوام المسؤولية على أن يكون ضررا فاحشا و بينا فالعبرة بقيمة الضرر لا بكون محدثه قد ارتكب خطأ بفعله³ ، حيث جاء في المادة 691 من ق م ج ما يلي : " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جار"⁴ و هو ما تجسد من خلال أحكام القضاء الفرنسي الذي صدر عن إحدى محاكمه في 10 جوان 1994 حكم يقضي بالكف عن الضرب بالمطرقة التي استعملت في هدم حائط لأن ذلك أدى إلى تشقق في العقار المجاور ناهيك عن الضجيج المنبعث بسبب الطرق⁵ .

ت-3 علاقة الجوار

تتميز خاصية الجوار ضمن نظرية مضار الجوار بالاتساع والمرونة لتشمل بذلك الأضرار البيئية من ناحية ، و تعند بالجوار الجغرافي من ناحية أخرى ، وهو ما يجعل مسألة تحديد و ضبط علاقة الجوار تحديدا دقيقا و موحدا من المسائل الصعبة والمثيرة للجدل⁶.

رابعا: شروط تحقق مضار الجوار غير المألوفة

بالرجوع إلى نص المادة 691 السالفة الذكر فإننا نجد المشرع الجزائري قد وضع لتحقق مضار الجوار غير المألوفة شرطان و هما:
أ/ أن يتعسف المالك في استعمال ملكه

¹- أمر 75 – 58 المؤرخ في 26/09/1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، ع 72، مؤرخة في 30/09/1975.

²- مروان كساب ، المرجع السابق ، ص. 40

³- مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، المجلد 7، ع 2 (2014) ، 77 – 89 ، ص. 83 .

⁴- الأمر 75 -58 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق.

⁵- مروان كساب ، المرجع والموضع نفسه .

⁶- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في القانون المدني الجديد ، ج 8 ، ط الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، 1998 ، ص. 701 .

و أول ما يلفت الإنتباه بالنسبة لهذا الشرط ، هو "التعسف" من أجل التعبير عن إساءة استعمال اله

حيث يلاحظ أنه لم يوفق في إختيار المصطلح المناسب، ذلك أن مصطلح " التعسف " ينطوي على نظرية كاملة وهو أوسع نطاقا من المقصود بهذه الفقرة بالذات إذ يفهم من النص بوجودها ، أن المالك لا يسأل عن تعسفه في استعمال ملكه، إلا إذا تسبب للجار بمضار غير مألوفة، أما إذا تعسف وسبب أضرار مألوفة وعادية ، فإنه لا يسأل عن تعسفه؛ وهذا المعنى يتنافى مع المدلول الواسع لنظرية التعسف في استعمال الحق التي تمنع التعسف في استعمال الحق مهما كان حجم الضرر الناجم عنه¹.

أما بالرجوع إلى المشرع المصري فنجده قد وفق من خلال المادة 807 من ق م ج في إختيار المصطلح الذي يتناسب مع المعنى الذي تحمله المادة، بإختياره لمصطلح " الغلو " للتدليل على الشرط الأول الواجب توافره لتحقيق مضار الجوار الغير مألوفة، فاعتبر أن إستعمال المالك لملكه إستعمالا عاديا لا يوجب مسؤوليته إذا احدث ضرر الجار، بل لا بد لقيام مسؤوليته أن يكون في هذا الإستعمال غلوا منه² أي مغالاة في إستعمال سلطاته و تجاوزه للحد المألوف وقد حددت الفقرة الثانية من نص المادة 807 السالفة الذكر معنى الغلو و رسمت له معيارا مرنا لا قاعدة جامدة، فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرار غير مألوف بالجار³ ومن هذا يتضح لنا بأن تعبير المشرع المصري كان أكثر دقة من المشرع الجزائري.

ب /إصابة الجار بضرر غير مألوف

و الواقع أن هذا الشرط الثاني مندمج بالشرط الأول، فإذا كان الضرر قليلا فمعنى ذلك أن على الجار تحمله لأنه لا بد منه، و يجوز أن يحدث مثله للجار⁴، وهذا هو المعنى الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 691 السالفة الذكر بنصها: " و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة " ، و ما تجدر الإشارة إليه هو أن القاضي الذي

¹- عواطف زاررة ، المرجع السابق نفسه ، ص.ص 82 - 84.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية، المرجع السابق ، ص. 695 .

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، الموضوع السابق.

⁴- زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص. 107 .

يقدر ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف،¹ حددها النص.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول تأصيل مزار الجوار غير المألوفة

و لما كانت مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة في فرنسا من عمل القضاء دون سند تشريعي تقوم عليه، هذا ما أدى إلى اختلاف الفقهاء الفرنسيين في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية² وهو ما سوف أتناوله أولاً و بالرجوع إلى التشريعات العربية فإننا نجد أنها في أغلبها قد أوردت النص عن مزار الجوار الغير مألوفة، و سأعرض موقف المشرع الجزائري ثانياً.

أولاً: الخلاف الفقهي حول تأصيل مزار الجوار غير المألوفة في فرنسا

و كما سبقت الإشارة يمكننا رد هذا الخلاف إلى ثلاثة اتجاهات و هي :

أ/ الاتجاه الذي يقيم مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة على أساس الإخلال بالتزام الجوار

يرد أصحاب هذا الإتجاه³ مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة إلى الإخلال بالتزام قانوني و هو التزام م الجوار، هذا الالتزام الذي يفرض على المالك أن لا يضر بجاره ضرراً غير مألوف، و من ثم يكون الإخلال بهذا الالتزام خطأ يوجب مسؤوليته⁴ غير أن ما يؤخذ على هذا الرأي هو أن إطلاق قاعدة عدم الإضرار بالجوار فيه تقييد للحقوق من حيث هي حقوق بقيود تغلها، و بالتالي فإن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى إهدار حق المالك في استعمال ملكه⁵.

ب/ الاتجاه الذي يقيم مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة على أساس التعسف في استعمال الحق

و أنصار هذا الإتجاه هما العلامتان "كولين" و "كابيتان"، و مقتضاه أن مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة إنما ترجع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، ذلك أنه لا يجوز عند انتفاع الأفراد بحقوقهم أن يتعسفوا في استعمالها، بتجاوزهم في الانتفاع بها

¹- زهدي يكن ، المرجع نفسه ، ص. 103 .

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية، المرجع السابق ، ص، 702 .

³- و من أصحاب هذا الإتجاه كايبتان (ثم عدل عنه ،) كولان دي لا موارن ديير .

⁴- عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 61 - 62 .

⁵- زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص. 103 .

و إستغلالها ما جرى عليه الاستغلال الطبيعي و الرأي ، هو أنه غير صحيح ذلك أن التعسف في إباعث جدي و لا مشروع إلا أننا في مضار الجوار الغير مألوفة نجد المالك يرمي إلى تحقيق مصلحة جدية و مشروعة.²

ج/ الإتجاه الذي يقيم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس تحمل التبعة

ومن أصحاب هذا الإتجاه هم بلانيول "Planiol" و ريبير "Ripert" حيث تقوم مسؤولية المالك عن مضار الجوار حسب رأيهم على أساس نظرية تحمل التبعة، فالمالك عندهم قد ألحق بنشاطه و هو يستعمل حق ملكيته ضرارا غير مألوف بالجار والمفروض أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه ، فيبقى أن يتحمل تبعة نشاطه في إستعماله لحق ملكيته، فعليه الغرم كما كان له الغنم و لكن هذا الرأي على الرغم من وجاهته، إلا أنه يتعذر الأخذ به في القانون الفرنسي، فالمسؤولية في هذا القانون يجب أن تقوم على الخطأ ثابتا أو مفترضا أما المسؤولية التي تقوم على أساس تحمل التبعة، فلا بد فيها من نص قانوني، و النص القانوني فيما يتعلق بمضار الجوار غير المألوفة معدوم³ و ما تجدر الإشارة إليه في الأخير، هو أنه مادام لا يوجد نص قانوني يتعلق بمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، في التقنين المدني الفرنسي فيكون القضاء الفرنسي الذي يلزم المالك بتعويض الضرر غير المألوف، هو الذي خلق هذا الالتزام، و هو في خلقه إياه كان قضاء بريطوريا لا يستند إلى القواعد العامة ولا إلى نص تشريعي⁴.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تأصيل مضار الجوار غير المألوفة

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري فإننا نجدده و من خلال نص المادة 691 من ق م ج السالفة الذكر، قد اتخذ موقفا صريحا و ذلك بنصها في الفقرة الأولى على ما يلي :

" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار " و بالتالي يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد إعتبر إلحاق المالك بجاره أضرارا غير مألوفة تعسفا

¹- زهدي يكن، المرجع نفسه ، ص. 106 .

²- عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع نفسه ، ص. 62 .

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية ، المرجع السابق ، ص. 705 .

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية، المرجع نفسه، ص. 706 .

منه في استعمال حقه ، و ذلك من خلال ربطه في
فنده يمنع التعسف في إستعمال حق الملكية إلى
مألوفة¹ .

الفرع الثالث: إعتبرات تقدير مضار الجوار غير المألوفة

يعتبر أمر تحديد مضار الجوار غير المألوفة، و تمييزها عن غيرها من الأضرار العادية في غاية الصعوبة و ذلك نظرا لمرونة معيارها و تغيره بحسب تطور ظروف الزمان و المكان فنفس الأضرار قد تعتبر مألوفة في حالات، و غير مألوف في حالات أخرى² لذلك فقد عمد المشرع الجزائري إلى النص على جملة من الإعتبرات التي تساعد على تقديرها، وهذا من خلال الفقرة الثانية من المادة 691 السالفة الذكر و التي تنص على ما يلي: " و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له " و بالتالي سأتولى من خلال هذا الفرع دراسة هذه الإعتبرات التي نص عليها المشرع على التوالي :

أولا: العرف

و العرف هو ما جرت به العادة بين الجيران أن يتحملة بعضهم من بعض، و هو يلعب دورا هاما في مساعدة القاضي على تحديد مضار الجوار غير المألوفة و تمييزها عن غيرها من المضار المألوفة بين الجيران، و مثاله: أن يخرج الجار من داره في وقت مبكر أو يرجع إليها في وقت متأخر من الليل فيحدث حركة محسوسة و بخاصة إذا كان يستخدم سيارة في رواحه و غدوه، فكل هذا جرى العرف على اعتباره من مضار الجوار المألوفة³ التي لا يمكن تجنبها بين الجيران وهم ملزمين بتحملها ، بحيث لا يمكنهم الرجوع على المالك فيها، و يعتبر من مضار الجوار المألوفة أيضا بحسب العرف كثرة الضجة في المناسبات و الأفراح أو الحفلات و على الجيران تحملها، أما إذا استمرت حفلات الأعراس إلى مدة لا يقرها العرف في تلك المنطقة استطاع الجار أن يطلب إيقاف

¹- عواطف زاررة ، المرجع السابق ، ص. 94 .

²- حسن كبيرة ، المرجع السابق ، ص. 1 .

³- عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، حق الملكية، المرجع السابق ، ص. 698 .

ذلك الإزعاج ، و يعتبر أيضا في تحديد العرف ظر
الريف قد لا يعتبر كذلك في المدينة¹.

ثانيا :طبيعة العقارات

و لطبيعة العقارات اعتبار في تقدير الضرر غير المؤلف و تمييزه عن غيره من
المضار المؤلفه بين الجيران ، فإذا كان العقار محلا عاما أو مقهى أو فندق أو حانوت
للتجارة، فإنه يتحمل من الجلبة و الضوضاء ما لا يتحمله المسكن الهادئ، و بالتالي فإن ما
يعتبر ضررا غير مؤلف بالنسبة لهذا الأخير، لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى مصنع تشغل فيه
الآلات ليلا نهارا و يعج بحركة العمال و الضوضاء² و ما ينبغي أن نشير إليه في هذا
الصدد، هو أن الأسبقية في الإمتلاك أو في الإستغلال، ليس لها أثر في تحديد درجة
المضار و ما إذا كانت مؤلوفة أم لا، و إنما العبرة في ذلك بطبيعة الحي الذي توجد فيه
العقارات، أو العرف السائد فيه.³

ثالثا :موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الأخر

و يقصد به الموقع الذي يحتله العقارين بالنسبة إلى بعضهما البعض، أي كل من العقار
مصدر الضرر الغير مؤلف و العقار الذي يقيم به المضرور، و لهذا الموقع دور هام في
تحديد الأضرار الغير مؤلوفة و تمييزها عن غيرها، و مثال ذلك المساكن المعدة على
طوابق فصاحب السفلى يجب أن يتحمل بحكم موقعه من العلو ما لا يتحمله العلو من
السفل، و كذلك الأمر بالنسبة للعقار الموجود في حي صناعي، فإنه و بحكم موقعه يتحمل
ما يصدر عن هذه المصانع من ضجة و دخان و بالتالي تعتبر بالنسبة إليه أضرار مؤلوفة،
في حين أنها تكون غير مؤلوفة بالنسبة إلى عقار موجود في حي سكني.⁴

رابعا :الغرض الذي خصص له العقار

و يعتبر كذلك من الأضرار غير مؤلوفة الأضرار التي من شأنها بالنظر إلى التخصيص
المعقول المعد له العقار منع المالك من استعمال ملكه على النحو الذي يحقق الغرض
المقصود من تخصيصه لهذا الاستغلال، فالعقار المعد مثلا : مصحا أو مستشفى النقاهاة أو

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص. 78 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، حق الملكية ، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

³ - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص. 1 .

⁴ - أحمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص. 79 .

العلاج، يتأثر استغلاله بدرجة غير عادية من الضو
لو كانت مما يعتبر في الأصل من الأضرار المألوفة
بالنسبة لهذا المصح من الأضرار غير مألوفة و التي تجب إ زالتها، أو التعويض عن
تحملها¹.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري قد اعتد في تقدير مضار الجوار
باعتبارات تتعلق بالظروف الموضوعية متعلقة بالعقار ذاته، أو باستعماله في الصورة
المعتادة، و لا مكان فيها للظروف الشخصية للجيران، والتي أوردها المشرع على سبيل
المثال لا الحصر ، حتى يساعد القاضي في التعرف على طبيعة المضار، و بالتالي يجوز
له أن يراعي في تقديره لمضار الجوار اعتبارات أخرى لم يرد النص عليها².

الفرع الرابع: آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تتمثل في كل من أسبقية الإستغلال
والترخيص الإداري .

أ/ أثر أسبقية الإستغلال في تقدير الضرر

و يقصد بأسبقية الإستغلال هو عندما يكون صاحب النشاط الضار أسبق من الجار
المضرور في شغل المكان، وقد اختلف الفقهاء حول أثر أسبقية التملك أو الإستثمار على
مضار الجوار غير المألوفة من حيث عدم مساءلة المالك القديم و التأثير على مقدار
الضرر ، فذهب بعض الفقهاء إلى أنه ليس للجار الجديد الرجوع على الجار القديم ، لأنه
يفترض فيه العلم بما في هذا الجوار من مضار فيكون قد ارتضى بها ضمناً³ . و ذهب
فريق آخر بأنه ليس للمالك القديم أو صاحب الحق في العقار بالانتفاع أو الإستغلال
الإضرار بجيرانه ضرراً غير مألوف ، مهما كانت المدة الزمنية لهؤلاء الجيران الجدد ،
فالأقدمية لا تعفي من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة و لا تؤثر على حق
الجار في طلب التعويض⁴ و الرأي الراجح هو عدم تغليب فكرة أسبقية الإستغلال ، حتى
لا يعفى المالك القديم من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة بحجة الأقدمية في

¹- حسن كبيرة، المرجع السابق ، ص. 149 .

²- عواطف زرارة ، المرجع السابق ، ص. 89.

³- عز الدين الدناصوري ، المرجع السابق ، ص. 159 .

⁴- عبد الرحمان عزاوي ، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة ، ط الأولى ، عالم الكتاب للنشر و
التوزيع ، 2003 ، ص. 41 .

التملك ، دون أن يفوتنا البحث في علم الجار الجديد بسبب هذا الجوار ، فإن هو كان على علم مسبق بـ الجوار التي هو مقبل عليها فإنه يتحمل مسؤولية ذلك.

ب/ أثر الترخيص الإداري في تقدير الضرر

يعتبر الترخيص الإداري و سيلة إدارية تمارس من خلاله الإدارة رقابتها على الأفراد سواء كانت سابقة أو لاحقة ، حيث أن له دور وقائي يمنح الإدارة الإمكانية و القدرة على منع الاضطرابات في المجتمع بصفة عامة و تفادي الإضرار بالجار بصفة خاصة¹ و من بين الرخص الإدارية الأكثر تداولاً في المجتمعات رخصة البناء و التي تعتبر من أكثر التطبيقات المتجددة على حق الملكية .

1 / الطبيعة القانونية لرخصة البناء

حتى يتمكن الأفراد من ممارسة حقوقهم على ملكياتهم بصورة طبيعية و تكفل لهم الدولة ذلك على أن تتدخل في المقابل عن طريق فرض إجراءات و اتخاذ احتياطات وقائية للحفاظ على المصلحة العامة² فإنها تلجأ لوسائل من شأنها حماية حقوق الغير كرخصة البناء التي شاع استعمالها في التشريعات الحديثة تبعها في ذلك الفقه و القضاء³ ، أما المشرع الجزائري فإننا نجده قد نظمها بموجب أحكام المادة 50 من ق ت ع⁴ و بالرجوع إلى ما تضمنه هذا القانون فيما يتعلق برخصة البناء فإننا نستخلص الخصائص التي تميز هذه الأخيرة و التي تعتبر قراراً إدارياً يجسد إجراءات الضبط الإداري و تمثل عملاً تقنياً و قانونياً في الوقت نفسه بالإضافة إلى أنها رخصة عينية لكونها مرتبطة بالعمارة الذي سيتم بناؤه ، و تقدم مسبقاً لضمان احترام و تطبيق قواعد العمران التنظيمية أثناء البناء و ليس بعد تشييده ، ناهيك على أنها رخصة عامة لأنها تحمل طابع الإلزام فكل شخص يرغب في القيام بأعمال البناء يطلب منه استصدارها بصرف النظر عن طبيعته القانونية⁵ .

¹ - السيد أحمد مرجان ، تراخيص أعمال البناء و الهدم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص. 89 ، المتعلق بالتهيئة و التعمير ، الجريدة الرسمية العدد 01 الصادرة بتاريخ 29 /12/ 1952

² - القانون رقم 90 - 29 الصادر بتاريخ 01 /12/ 1990 ، المتعلق بالتهيئة و التعمير ، الجريدة الرسمية العدد 52 .
³ - عبد الناصر توفيق العطار ، تشريعات المباني و مسؤولية المهندس و المقاول ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، مصر ، 1972 ، ص. 249 .

⁴ - السيد أحمد مرجان ، المرجع السابق ، ص. 92 .

⁵ - الأمر رقم 75 - 58 ، المرجع السابق .

ب - 2 موقف المشرع ورأي القضاء حول تأثير على تقدير التعويض عن مضار الجوار غير المألوف

بالإطلاع على القانون المدني الجزائري ، لا سيما المادة 691 منه فإننا لا نجد المشرع قد أورد الآثار القانونية للترخيص الإداري على مضار الجوار غير المألوفة تاركا بذلك فراغا قانونيا في هذا المجال و هذا على خلاف المشرع المصري الذي أكد صراحة بموجب المادة 807 من ق م م على مايلي : " و لا يحول الترخيص الإداري الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق¹ ."

أما بالنسبة للقضاء فقد ذهب الاجتهاد القضائي على مستوى القضاء الإداري إلى القول بإمكانية رفع دعوى لإلغاء رخصة البناء حتى و إن كانت شرعية ، إذا ثبت بأنها ستحدث ضررا للغير ، شرط أن تتوافر في هذا الأخير المصلحة لرفع الدعوى التي يجب أن تكون نتيجة لضرر مباشر ومحقق² ، وبهذا يبقى الجار مسئولا عن الأضرار غير المألوفة التي يلحقها بجيرانه ، حتى و لو كان نشاطه بناءا على ترخيص إداري مسبق ، باعتبار أن هذا الأخير لا يمثل وسيلة للإضرار بالجيران، و لا يمكن أن يكون سببا للتصل من المسؤولية ، و لا يحول دون الرجوع على المتسبب في الضرر غير المألوف بالتعويض³ .

و في الأخير يتضح لنا بأن تحديد حالات الاستعمال التعسفي لحق الملكية و تمييزها عن الاستعمال المشروع، يكون عن طريق أعمال معايير التعسف في استعمال الحق، و بالرجوع إلى معايير التعسف في التشريع الجزائري، فإننا نجدها تنقسم إلى معايير عامة من خلالها نستبين التعسف في جميع الحقوق، و من بينها حق الملكية وهي حالات ثلاث أوردتها المادة 124 مكرر والتي جاء ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر، و عليه إنما يمكننا استنباط حالات أخرى للتعسف في استعمال حق الملكية بتطبيق معايير أخرى للتعسف لم يرد النص عليها بالمادة 124 مكرر، كما قد أورد المشرع

¹ - قرار رقم 722 ، 76 بتاريخ 1991/10/20 صادر عن المحكمة العليا، المرجع السابق .
² - جاء في المادة 124 من القانون المدني الجزائري مايلي: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"
³ - محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص. 33 .

الجزائري معيار خاص بحق الملكية و ذلك بالما
مضار الجوار غير المألوفة و يعد تطبيق خاص
وبالمقارنة مع ما وضعه الفقه الإسلامي من معايير لاستنباط الأفعال التعسفية في شتى
الحقوق وتمييزها عن الأفعال غير المشروعة في خمسة حالات مما أتاحت مجال واسع
للتوصل عن طريقها إلى الكشف عن التعسف.

ويتضح لنا أيضا أن علاقة الجوار تحمل معاني ذات طابع إنساني و اجتماعي ، مما يجعل
الجار ملزما بعدم الغلو في استعمال حقه على ملكيته إلى الحد الذي يسبب به ضررا غير
مألوف بجيرانه ، الذين من الواجب عليهم تحمل الأضرار المألوفة التي تقتضيها العلاقة
الجوارية. و بالنسبة لمدى تأثير الاستغلال المسبق و الترخيص الإداري على تقدير
الضرر فان التشريع الجزائري لا يأخذ بأسبقية الاستغلال و الترخيص الإداري في تقدير
الضرر غير المألوف ، و هذا ما هو معمول به على مستوى هيكل القضاء في الجزائر،
على خلاف القضاء الفرنسي الذي اعتمد الآراء الفقهية في الأحكام الصادرة عنه بهذا
الخصوص.

و المعايير الموضوعية لتقدير الضرر وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري هي العرف،
وطبيعة العقارات ، و موقع كل منها بالنسبة للآخر ، و الغرض الذي خصص له العقار لا
غير.

الفصل الثاني

تفسير القانونية المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية وتطبيقها

المبحث الأول: الأثار القانونية المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية

المطلب الأول: قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية

الفرع الأول: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية.

الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية.

المطلب الثاني: جزاء قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية

الفرع الأول: دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية.

الفرع الثاني: التعويض في مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق ملكيته.

المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية

المطلب الأول: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الاسلامي

الفرع الأول: التعسف في حقوق الارتفاق.

الفرع الثاني: التعسف في حقوق الجوار.

المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية في القانون الوضعي

الفرع الأول: التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه.

الفرع الثاني: التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار.

الفرع الثالث: التعسف في حق المرور.

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة إستعمال حق الملكية وتطبيقاته

إن المالك يستتر وراء السلطات التي يمنحها له حق الملكية باعتباره من أوسع الحقوق للعمل على تحقيق أهداف وغايات غير مشروعة وبهذا فإننا نجد المالك ومن خلال تصرفاته التعسفية يتخذ حق ملكيته سلاحا يرفعه في وجه غيره سواء كان فردا أو جماعة، ولذلك فقد عمدت معظم التشريعات الحديثة ومن بينها المشرع الجزائري، إلى عدم الإعراف بهذه التصرفات التعسفية، ورفع الحماية القانونية عنها معتبرا إياها أفعالا غير مشروعة ترفع عنها الحماية القانونية، وإنما تستوجب مساءلة فاعلها. وبالتالي فإن أولى الآثار القانونية التي تترتب على تعسف المالك في إستعمال ملكيته هو قيام مسؤوليته فإذا تحققت هذه المسؤولية بكافة شروطها ترتب عليها جزاء وعليه سأتناول هذا الموضوع في المبحث الأول موسمة إياه بالآثار القانونية المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية أما في المبحث الثاني سأنتطرق إلى بعض تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية.

المبحث الأول: الآثار القانونية المترتبة عن التعسف في إستعمال حق الملكية

من الأمور المسلم بها أنه كلما تعسف المالك في استعمال حق ملكيته فإن ذلك يستتبع قيام مسؤوليته عن تلك الأفعال كمطلب أول، فإذا تحققت المسؤولية بكافة أركانها ترتب عليها جزاء وهو موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول: قيام مسؤولية المالك عن التعسف في إستعمال حق الملكية

يبقى التساؤل قائما حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المالك عن التعسف في إستعمال حق الملكية كفرع أول، وما هي الأركان التي تقوم عليها كفرع ثاني.

الفرع الأول: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المالك عن التعسف في إستعمال حق الملكية

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس الذي تقوم عليه استعمال حق الملكية فانقسموا إلى إتجاهين كان للفقهيين.

أولاً: الخلاف الفقهي حول أساس نظرية التعسف في استعمال حق الملكية

إنقسم هذا الخلاف إلى إتجاهين: أولهما يرد أساس مسؤولية المالك في تعسفه في استعمال حقه إلى المسؤولية التقصيرية أما الإتجاه الثاني فيرد هذه المسؤولية إلى نظرية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية.

أ/ الإتجاه الأول: يرد مسؤولية المالك في تعسفه في استعمال حقه إلى المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ: إن مؤيدي هذا الإتجاه هناك من يعتبر تعسف المالك هنا خروجاً عن الحق ومنهم الفقيه بلانيول "Planiol" الذي يرى أن الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف وذلك لأن الفعل لا يمكن أن يكون في آن واحد موافقاً للقانون ومخالفاً له¹ غير أنه إنتقد من حيث أنه يقوم على منطقتين متناقضتين من حيث إعتبار الفعل التعسفي في ذات الوقت موافقاً للقانون ومخالفاً له، وهناك ومن مؤيدي هذا الإتجاه من يساوي التعسف في استعمال حق الملكية للخطأ التقصيري أي اعتبار هذا التعسف عملاً غير مشروع وما هو إلا تطبيق من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية وأبرز من تزعم هذا الرأي الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري القائل: "فأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هو إذن ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض"، فالبرغم من بما يحققه الأخذ بهذا الرأي من سهولة رد أساس قيام المسؤولية إلى معيار الخطأ التقصيري وهو الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي إلا أنه انتقد من عدة جوانب كالقول باعتبار التعسف تطبيقاً من تطبيقات الخطأ، فيه تجاهل لما للحق من غاية يجب الاعتداد بها عند تقدير استعماله وإقحام الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق²، وهناك جانب من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه جوسران "Josserand" ذهبوا إلى القول بأن التعسف لا يعد مساوياً للخطأ العادي وإنما هو خطأ

1- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص. 348.

2- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص. 762.

متميز عنه من حيث إرتباطه بروح الحق وغايه إجتماعي يتحقق بالإنحراف عن غاية الحق الإجتماعي

خطوة تقدمية بالنسبة إلى الإتجاه الآخذ بتسوية التعسف بالخطأ العادي إلا أن مايعاب عليه هو أنه إذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدي قاصرة في نظر هذا الجانب من الفقهاء عن الإحاطة بفكرة التعسف، فما الداعي إلى العمل على إبتداع نوع مميز من الخطأ للدلالة على ماتعنيه فكرة التعسف.

ب/ الإتجاه الثاني: يرد مسؤولية المالك في تعسفه في إستعمال حقه إلى مسؤولية قائمة بذاتها

نادى هذا الإتجاه بضرورة الفصل بين فكرة التعسف في إستعمال الحق وفكرة الخطأ التقصيري، والقول بإعتبار التعسف نظرية قائمة بذاتها غير أنهم إختلفوا فيما بينهم حول الأساس الذي تبنى عليه هذه النظرية وإنقسموا إلى ثلاث إتجاهات، اتجاه يربط التعسف في إستعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية ونادى به الفقيه سالي "Salleilles" ؛ حيث ذهب إلى القول باستقلال نظرية التعسف عن الخطأ ذلك أن التعسف لا يمثل إخلالا بالتزام قانوني وإنما يثير مشكلة تتعلق بالأخلاق حيث يوجد ما يسمى بالمشروعية الأخلاقية إلى جانب المشروعية القانونية والتعسف يقع عند الإخلال بالمشروعية الأخلاقية وبالتالي فان أساس التعسف هو للأخلاقية في استعمال الحقوق وما يؤخذ على هذا الرأي أنه يطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم الإختلاف بينهما.

أما الإتجاه الثاني فربط التعسف في استعمال الحق بالإخلال بالمبادئ الإجتماعية ومن بين فقهاء هذا الإتجاه هو كامبيون "Campion" ؛ حيث يرى أن لكل حق حدود موضوعية وحدود تتصل بالغاية الإجتماعية التي منح من أجلها هذا الحق وعليه يعد متعسفا كل شخص يستعمل حقه بصورة غير إجتماعية، لكن أهم مايعاب على هذا الرأي هو غلوه في وصفه لغاية الحق بالإجتماعية على إعتبارهم أن الحق هو وظيفة إجتماعية، في حين أن الحق ذو وظيفة مزدوجة فردية و إجتماعية¹، أما عن الإتجاه الثالث وصاحبه الفقيه "حسن كيرة" فذهب إلى القول أن فكرة التعسف هي مرتبطة أساسا بفكرة

1_ رمضان أبو السعود ، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، المرجع السابق، ص. 349.

الحق، ذلك أن الحقوق بما تمنحه من سلطات إستثنائية فهي ليست غاية في ذاتها و إنما شرعت من أجل الارتباط

بين نظرية التعسف و فكرة الحق، ويجب أن تتوافر فكرة التعسف على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق".

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الخلاف الفقهي حول أساس نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية

لقد أورد النص على نظرية التعسف في إستعمال الحق في المادة 124 مكرر من ق م ج ، و هي مادة جديدة إستحدثها بموجب هذا التعديل الأخير وقد وضعت هذه المادة في "القسم الأول" المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية من "الفصل الثالث" المخصص للعمل المستحق للتعويض، وبالتالي يتبين لنا بأنه سار وفق الإتجاه الذي يعتبر أن التعسف في إستعمال الحق ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الفعل الغير مشروع المولد للمسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ¹؛ حيث نصت المادة 124 مكرر بنصها:" يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
 - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة الأهمية بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"
- فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع إعتبر التعسف في إستعمال الحق خطأ يلتزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض.

الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية المالك عن التعسف في إستعمال حق الملكية

تنص المادة 124 من ق م ج على مايلي: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، فيتضح لنا من خلالها أن المسؤولية عن العمل الشخصي هي تلك التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه وأن المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية شروطها ثلاثة وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، كما يتضح بأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ، الواجب الإثبات،

وعلى المضرور إثباته، فإذا ثبت الخطأ وترتب علي
بتعويض الغير عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس

تقدير انتفائه، غير أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في عملية تكييفه القانوني .

وسنتناول فيما يلي الأركان الثلاثة للمسؤولية التقصيرية في ثلاث عناصر: الخطأ،

الضرر والعلاقة السببية بينهما فان تخلف احدها أو تخلف احد شروط أي ركن من هذه

الأركان فلا تقوم المسؤولية وهي نفسها أركان قام مسؤولية المالك عن تعسفه في

استعمال حق ملكيته¹.

أولاً: شرط الخطأ

أ/ **تعريف الخطأ:** هو إخلال المالك بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال فهو إخلال

بالتزام قانوني أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي لاسيما بإحدى

الحالات التي حددتها المادة 124 مكرر السالفة الذكر، ويتمثل هذا

الإلتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير

فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركاً لهذا الانحراف كان هذا منه خطأ

يستوجب مسؤوليته وبالرجوع إلى المشرع الجزائري يتضح لنا بأنه يجعل الخطأ الأساس

الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة وهذا دون أن يعرف ماهية الخطأ، لما فيه

من الدقة والصعوبة².

ب/ **أركان الخطأ:** الخطأ في مسؤولية المالك يقوم على ركنين أولهما مادي وهو التعدي

أو الإنحراف والثاني معنوي نفسي وهو الإدراك والتمييز. إذ لا خطأ بغير إدراك.

ب – **1 الركن المادي (التعدي أو الانحراف):** هو انحراف المالك في استعماله لملكه عن

السلوك المألوف للرجل العادي فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في

سلوكه، فيعتبر الإخلال بالالتزام القانوني تعدياً، لكن متى يعتبر الخطأ الذي صدر عن

المالك في استعمال ملكه تعدياً على التزام قانوني؟ أو ما هو المعيار الذي من خلاله نقيس

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 29 .

2- فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، بتيزي وزو، الجزائر،

أعمال الشخص الذي يقوم بها، إذا كانت تمثل إخلالاً بالقواعد العامة، فإننا نجد معيارين يمكننا من خلالهما في استعمال ملكه وهما معيار ذاتي و معيار موضوعي .

المعيار الذاتي (الشخصي): فإننا ننظر إلى الشخص الذي وقع منه السلوك فيجب لإعتبار هذا السلوك أو العمل تعديل أن نضع في نظرنا عدة إعتبارات منها السن والجنس والحالة الإجتماعية وظروف الزمان والمكان المحيطة بإرتكابه التعدي أي عند محاسبة الشخص عن أعماله ننظر إلى تقديره للعمل الذي إرتكبه أي أن الشخص لا يكون مرتكباً لخطأ قانون إلا إذا أحس هو أنه ارتكب خطأ فضميره هو دليله ووازعه¹ .

المعيار الموضوعي: يفترض استبعاد الإعتبارات السابقة وننظر إلى سلوك المالك بسلوك الأشخاص الذين يتعامل معهم ويعايشهم، ونقيس هذا السلوك بأوسط الناس أي بالشخص العادي الذي لا يتمتع بذكاء خارق وفي نفس الوقت ليس محدود الفطنة خامل المهمة، يعتبر العمل تعدياً "خطأ" إذا كان الشخص العادي لا يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها المالك المسؤول ولا يعتبر العمل تعدياً "الخطأ" إذا كان الشخص العادي يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها المالك المسؤول².

غير أن ما تجدر الإشارة إليه بالنسبة لهذا المعيار هو أنه غير كاف لتحديد كل حالات التعسف في استعمال حق الملكية، وخاصة حالة مضار الجوار غير المألوفة ذلك أنها تتحقق نتيجة أفعال مشروعة في ذاتها وهي المكونة لاستعمال حق الملكية، فتطبيقاً لمعيار السلوك المألوف للرجل العادي يعتبر الفعل المشكل للضرر غير مألوف مشروع في حين أنه تصرف غير مشروع يستوجب مسؤولية المالك وذلك لارتباطها بفكرة الحق و مدى مشروعية غايته³.

ب - 2 الركن المعنوي: يشترط أن يكون المالك الذي تعسف في استعمال ملكه مدركاً لذلك أي مميزاً، بالغ سنه ثلاثة عشر سنة فما فوق، و أن لا يكون مصاباً بعارض من عوارض الأهلية يجعله في حكم الصبي الغير مميز، كالجنون أو العته أما إذا تحققت إحدى هذه الحالات بأن يكون المالك الذي تعسف لم يبلغ سن التمييز بعد أو أنه مميز مصاب بالجنون

1_ خليل احمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج الأول، مصادر الالتزام، د م ج ، الجزائر، ط 1994. ، ص. 242 .

2_ خليل احمد حسن قعادة، المرجع نفسه، ص. 242.

3_ حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، المرجع السابق ، ص. 146 .

أو العته ففي هذه الحالة ترتفع عنه المسؤولية، و
تعسف في استعمال ملكه لانعدام الركن المعنوي ف

كالسُّكر، أو المنوم تنويماً مغناطيسياً، وذلك لمدة الغياب عن الوعي و يشترط أن لا يكون ذلك باختياره كمن يتعاطى مسكراً¹، وهذا ما قررته المادة 125 من ق م ج الفقرة الأولى، حيث تنص على أن " يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز "

ج/ حالات انتفاء الخطأ: إذا كان الأصل في التعدي أن يعتبر عملاً غير مشروع (المادة 124 من ق م ج) فإن هناك حالات ترتفع فيها عنه هذه الصفة ومن ثم لا تقوم المسؤولية رغم ما فيها من أضرار بالغير، وعليه فقد تضمن القانون الجزائي نصوصاً تناول فيها حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة، وحالة تنفيذ أمر الرئيس، إلا أن هذه الحالات ليست واردة على سبيل الحصر. ويكون من الممكن انتفاء الخطأ في حالات أخرى كما إذارَضِيَّ المصاب بحدوث الضرر، وهي ذاتها بالنسبة للمسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية و نتناول هذه الحالات كالاتي²:

ت – 1 حالة الدفاع الشرعي: تنص المادة 128 من ق م ج، على أنه " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، أو عن نفس الغير أو عن ماله، كان غير مسؤول على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الإقتضاء يُلزم بتعويض يُحدده القاضي " إن حالة الدفاع الشرعي تنفي عن التعدي وصف الانحراف في السلوك وترفع فيها صفة الخطأ وهذا تطبيقاً سليماً لمعيار الرجل العادل، فالرجل العادي المعتاد كان سيأتي نفس الفعل لو تهدده خطر جسيم على ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري لدفع الاعتداء ولقيام حالة الدفاع الشرعي وفقاً للمادة 128 من ق م ج يجب أن تتوفر فيها الشروط المعروفة في القانون الجزائي وهي³:

- أن يوجد خطر حال أو وشيك الحلول على نفس أو مال المالك الذي صدر منه التعسف، أو على نفس أو مال الغير .

1_ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 41.

2_ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 67 .

3_ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 85.

- أن يكون إيقاع هذا الخطر عملا غير مشروع أو اللص الذي يطارده رجال الأمن فلا يحق له أن يقاوم
- ألا يكون في استطاعة المالك دفع الاعتداء بأية وسيلة أخرى مشروعة كالاستعانة برجال الأمن وغيرهم.
- أن يكون الإستعمال التعسفي لحق الملكية فيه دفع للاعتداء بالفقر اللازم والضروري دون مجاوزة أو إفراط¹.

ت – 2 حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس: نصت المادة 129 ق م ج على أنه :

" لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم"، فتنفيذ المالك في استعمال ملكه لأوامر صادرة من رئيسه يجعل التعدي عملا مشروعاً وذلك إذا توافرت الشروط الآتية:

- أن يكون المالك موظفاً عمومياً .

- أن يكون هذا المالك قد قام بالفعل بتنفيذ الأمر صادر إليه من رئيس وأن تكون طاعة هذا الأمر واجبة، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان العمل مشروعاً
- أن يثبت المالك أنه راعى في عمله جانب من الحيطة و الحذر¹.

ت – 3 حالة الضرورة: تنص المادة 130 من ق م ج على أنه " من سبب ضرراً للغير لیتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره فينبغي ألا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

وتعرضت المادة إلى الحالة الثالثة التي إذا استطاع المالك المسؤول بالتعويض أن يقيم الدليل على أنه وقت ارتكاب التعدي كان في حالة الضرورة أن يتخلص من جزء من مسؤوليته وذلك وفق الشروط التالية :

- أن يكون هناك خطر حال يهدد المالك أو الغير في النفس أو المال .
- أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبياً ر يرجع إلى الشخص المتضرر و لا للمالك
- أن يكون الخطر المراد تفاديه من المالك أشد بكثير من الضرر الذي وقع.

¹- خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص. 244.

ت - 4 حالة رضا المصاب : ويتمثل في قبول المذ

الرضا بحدوثه وعلى هذا الأساس لا يعتبر المصاب

هو قد طلب من المالك إحداث ضرر معين له ، والحكم في حالة الرضا بالضرر وقبول
الخطر أنه متى حدث الضرر ووقع صحيحا يرفع عن المالك واجب احترام الحق الذي
وقع المساس وبالتالي يجعل فعله لا خطأ فيه .

ويشترط لصحة رضا المصاب بالضرر ما يلي :

- أن يكون هذا الرضا أو القبول صحيحا أي صادر من ذي أهليه وغير مشوب بعيب من
عيوب الرضا .

- أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو للأداب العامة¹

ثانيا: شرط الضرر

أ/ **تعريف الضرر:** لا يكفي لقيام مسؤولية المالك في تعسفه في استعمال ملكه أن يقع خطأ
وإذا يجب أن يترتب عن ضرر ، وتُعرفه بصفة عامة " هو الأذى الذي يصيب الشخص
نتيجة مساس المالك بمصلحة مشروعة له أو حق من حقوقه " .²

ب/ **أنواع الضرر:** والضرر في المسؤولية عن التعسف في إستعمال حق الملكية قد يكون
مادياً أو معنوياً ويضيف إليه الفقه والقضاء الضرر المرتد .

ب- **1 الضرر المادي:** هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله ، فيتمثل في الخسارة
المالية التي تترتب على مساس المالك بحق (أو مصلحة) سواء كان الحق ماليا (
كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) ويكون ضرا مادياً إذا
نجم عن هذا المساس إنتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من

الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي كحبس شخص دون حق أو منعه
من السفر للعمل يترتب عليه ضرر مادي أيضا شرط أن تكون المصلحة مشروعة .

ب - **2 الضرر المعنوي أو الأدبي :** هو الضرر الذي يلحق الشخص بسبب تعسف المالك
في حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية ،فهو ما يصيب الشخص نتيجة تعسف المالك
في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته وهو أيضا ما

1- خليل احمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص. ص. 244-245-246.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 134.

يصيب العواطف من آلام نتيجة فقدان شخص
المصلحة الأدبية فأعتبر ضرراً أدبياً ما يصيب

صادر من المالك مما فيه إيذاء للسمعة أو عن آلام النفس إلى نطاق من المحافظة على
إسم الشخص وحرمة عائلته وشرفها، وفيما يخص التعويض على الضرر الأدبي فلم
يأتي المشرع الجزائري بنص صريح يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي ، غير
أن صياغة نص المادة 124 ق م ج جاءت مطلقة لا تميز بين الضرر المادي والضرر
الأدبي كما أن نص المادة 131 ق.م ج جاءت المتعلقة لمدى التعويض التي لم تتعرض
للتعويض الأدبي ، وهو هذا نقص في التشريع الجزائري في حين أن الفقه الجزائري
متفق على تعويض مختلف أنواع الضرر الأدبي كما أن القضاء الجزائري حكم في
تطبيقاته حكم بدفع التعويض الأدبي وقد نص المشرع الجزائري في (مادة 3 فقرة 4 من
ق إ ج ج) من أنه تقبل ديون المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو
جسمانية أو أدبية.

ب - 3 الضرر المرتد : وهو نوع عرفه رجال الفقه، وهو يلحق الضرر في العادة
بالشخص المصاب نتيجة تعسف المالك في استعمال ملكه على مصالحه المادية
أو المعنوية غير أن هذا الضرر لا يقتصر أحيانا على المضرور وحده ، بل قد يرتد أو
ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصيا بوقوعه أضرارا أخرى ، ويسمى هذا
بالضرر المرتد مثال ذلك الضرر الذي يصيب الأسرة التي يموت عائلهم في حادثة (مادي
ومعنوي) على أن القانون الجزائري قد حدد من لهم حق المطالبة بالتعويض عن الضرر
الأدبي نتيجة موت شخص آخر وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، غير أن
الأخوة والأخوات يستحقون التعويض إلا إذا أثبتوا بكفالة مفهوم الضمان الاجتماعي
بواسطة وثيقة رسمية أن الضحية كانت تعولهم.²

ت/ شروط الضرر: يشترط لتحقيق الضرر الشروط التالية :

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 147.
²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 153.

ت - 1 الإخلال بحق مالي أو مصلحة مالية: يجب

ذلك إلى المساس بحق ثابت يحميه القانون¹ كحق

المساس بملكية الجار وكانت ملكيتها مشروعة، فإنها تحظى بالحماية القانونية وبالتالي يحصل مالکها على التعويض ، أما إذا كانت غير مشروعة بأن تملكها صاحبها بطرق مخالفة للقانون، فلا تحظى بالحماية القانونية و لا يحصل مالکها على التعويض ، وقد يكون الضرر مجرد إخلال بمصلحة مالية للمضروب، والتي تشترط فيها المشروعية حتى يحصل المضروب على التعويض² فإذا نتج عن تعسف المالك هلاك المحاصيل الزراعية المجاورة، فإن مالکها لا يحصل على التعويض إذا كانت هذه المزروعات غير مشروعة أي ممنوعة قانوناً لأنها تمثل مصلحة غير مشروعة.

ت- 2 أن يكون الضرر محققاً: لكي يتوفر الضرر لا بد يكون وقع فعلاً أو أنه مؤكد

الوقوع في المستقبل وفي هذا يجب أن نميز بين ثلاث أقسام للضرر المستوجب التعويض.

- **الضرر الواقع** : هذا الواقع فعلاً ولا مشكلة تثار حول وقوعه كمضار الجوار الغير

مألوفة الناجمة عن إنشاء مصنع بالقرب من المجمعات السكنية و ما ينتج عنه من ضجيج و دخان يهدد سلامة السكان.

- **ضرر مؤكد الوقوع** : هو الضرر لم يقع بعد ولكن وقوعه مؤكد فسبب الضرر قد تحقق

ولكن آثاره كلها أو بعضها تراخت في المستقبل مثل ما ينجم عن الروائح والدخان الصادر عن هذه المصانع المجاورة للأراضي الزراعية من تقليل من قيمتها ونقص في مردوديتها بمرور الزمن.

- **الضرر الاحتمالي**: هو الضرر الذي لم يقع بعد ولكن وقوعه مستقبلاً غير محقق الوقوع،

فهو يختلف عن الضرر المستقبلي ولا تقوم عليه المسؤولية المدنية بل ننتظر حتى يصبح

الاحتمال يقيناً فلا تعويض عنه إلا إذا تحقق فعلاً و ينبغي عدم الخلط بين الضرر

المحتمل.

1- شرقي سعيدي، ، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند اولحاج، البويرة، 2013 ، ص 70
2- فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر، 2004 ، ص 4 .

ت - 3 أن يكون الضرر شخصيا: وهذا الشرط ينص

التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت

تعسف المالك في استعمال ملكه وإذا كان طلب التعويض بصفة أخرى فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق عنه ومثال ذلك: الضرر الذي يلحق الجار من تعقيم منزله بسبب تعسف المالك في تعليية الحائط الفاصل بينهما، و يكون التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقع أم لا.¹

ت-4 أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه: إذا أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه، فإذا قام المالك المُحدث الضرر بما يجب عليه من تعويضه اختيارا فقد أوفى بالتزامه، ولا محل بع ذلك لمطالبته بالتعويض غير أنه إذا كان المضرور مؤمنا على نفسه ضد ما قد يصيبه من حوادث فإنه يمكنه بعد الحصول على تعويض شركة التأمين أن يطالب بعد ذلك المالك محدث الضرر بالتعويض بما لم يشمل مبلغ التأمين. وفي الأخير يجدر الإشارة إلى أن الضرر الأدبي كالضرر المادي يجب أن يكون محقق وشخصيا ولم يسبق التعويض عنه حتى يمكن للقاضي التعويض عنه والأمر فيها يخضع تقديره لمحكمة الموضوع .

ثالثا: شرط العلاقة السببية

وهو الشرط الثالث في مسؤولية المالك في تعسفه في استعمال حق ملكيته وتعني وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المالك المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص المضرور.

أ/ تعريف العلاقة السببية : وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 ق م ج في عبارة " ويسبب ضررا" لذا حتى يستحق المتضرر التعويض يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ المتمثل في التعسف في استعمال حق الملكية الذي ارتكبه المالك والضرر الذي أصاب المضرور، وعلى المالك المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية أن يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد فيه .

ب/ تحديد السببية في مسؤولية المالك في استعمال حق الملكية:

1- فريدة دحماني، المرجع السابق، 49.

ولتحديد السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد و
أسباب لا لسبب واحد أي أمام تعدد الأسباب، ويد

ويلحقه وقوع ضرر ثاني ثم ثالث وهذا ما يسمى بتعاقب الأضرار وفي هذا تحديد
الأضرار التي أنتجها الخطأ ومن تحديد النقطة التي تنقطع عندها السببية.
ب - 1 / تعدد الأسباب : يكون الضرر ناتج عن عدة وقائع تشترك مع التعسف في
استعمال حق الملكية في حدوثه ويصعب إستبعاد منها لأن الضرر وقع لاجتماعها معا.

فقد ظهرت نظريات عميقة تثير مسألة تعدد الأسباب خاصة في الفقه الألماني ومن أهمها:¹

- نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها : عرفها الفقيه ميل بأن السبب ما هو إلا مجموع

القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة والسبب ما هو إلا علاقة ضرورية بين السبب

والأثر وبمعنى آخر إذا اشتركت عدة وقائع مع التعسف في استعمال حق الملكية في

إحداث الضرر وكان كل منها شرطا في حدوثه بحيث لولاها لما وقع، إعتبرت كل هذه

الوقائع القريب منها والبعيد أسبابا متكافئة أو متساوية تقوم علاقة السببية بينها وبين

الضرر ولمعرفة ما إذا كان بهذا السبب متكافئا نتساءل إذا كان الضرر سيحدث لولا

مشاركة هذا السبب فإذا كان الجواب بالإيجاب يعتد بهذا السبب وان كان الجواب بالنفي

فتقوم العلاقة السببية ويعتد به، وانتقدت النظرية وظهرت نظرية السبب المنتج.

- نظرية السبب المنتج : رائدها الفقيه الألماني "فون كريس" مفادها : إذا اشتركت عدة

أسباب في إحداث ضرر يجب استخلاص الأسباب المنتجة فقط وإهمال باقي الأسباب.

فالسبب المنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى الطبيعي للأمر إلى وقوع مثل

هذا الضرر الذي وقع و إلا فانه شيئا عرضيا لا يهتم به القانون، و بالتالي فإذا تشارك مع

التعسف في استعمال حق الملكية أسباب أخرى في إحداث نفس الضرر، فإن المالك

المتعسف لا يكون مسئولا، إلا إذا كان تعسفه هو السبب الطبيعي في إحداث مثل ذلك

الضرر، ولقد نجحت هذه النظرية مما حمل الفقه والقضاء على اعتناقها ويمكن القول بأن

المادة 182 من ق م ج إنها تؤيد فكرة النظرية، والأثر الذي يرتب على تعدد الأسباب أنه

يجب الاعتماد بها جميعا ونصت على ذلك المادة 12 ق م ج " إذا تعدد المسؤولون عن

عمل ضار كانوا متضامنين بالتزامهم بتعويض الض
بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في ا

ب - 2 : تعدد الأضرار : تسلسل الأضرار وتعاقبها ويحدث عندما يؤدي الفعل الخاطئ الذي ارتكبه المالك بتعسفه في استعمال حق ملكيته إلى ضرر الشخص ثم يؤدي هذا الضرر إلى ضرر ثان بنفس الشخص وهذا الأخير يؤدي إلى ضرر ثالث وهكذا والتساؤل مطروح عما إذا كان الفعل الخاطئ الذي ارتكبه المالك يعتبر مصدر لجميع هذه الأضرار أم لبعضها فقط.

ونحن نعلم بان التعويض يكون على الضرر المباشر، ويقول "بواتيه" أن المسؤول لا يسأل إلا عن الضرر المباشر أما بقية الأضرار لا يسأل عنها محدث الضرر".
فالقاعدة التقليدية كمل قلنا أننا نقف عن الضرر المباشر فنعوض عنه ونغفل الضرر الغير المباشر ويجب في هذا الصدد أن نضع المعيار الذي يعتد به في الضرر المباشر. ولقد وضعت المادة 182 ق م ج المعيار الذي يحدد مسؤولية محدث الخطأ في حالة تعاقب الأضرار فنصت " إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" فالضرر المباشر هو ما كانت نتيجة طبيعية للضرر الحاصل بسبب تعسف المالك في استعمال ملكه.
ت/ نفي العلاقة السببية : حيث تنص المادة 127 من ق م ج: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". فإذا تدخل السبب الأجنبي وكان السبب الوحيد في إحداث الضرر فان المالك لا يكون مسؤولاً بالتعويض، ويتمثل السبب الأجنبي بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور، وخطأ الغير² وسأتحدث عنهم في النقاط التالية :

¹ - خليل احمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص. 251.
² - شرقي سعدي، المرجع السابق، ص. 73 .

ت - 1 القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: ولقد أخذ

المفاجئ والقوة القاهرة وما ذهب إليه جمهور الفقهاء

التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ بحيث يعتبران شيئاً واحداً لا اختلاف فيه،

فيجب أن يجتمعا فيهما صفتا عدم التوقع وعدم القدرة على دفعه وإلا كان سبباً غير

أجنبي، بالإضافة إلى أن القانون يعطي للحادث المفاجئ حكم القوة القاهرة من حيث

اعتبارهما كسبب أجنبي يمنع من إقامة علاقة السببية،

ومن كل هذا لكي يتحقق الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة كسبب أجنبي يمنع من

قيام مسؤولية المالك لا بد من توافر شرطان:¹

الشرط الأول: عدم إمكان التوقع: وإذا كان المالك قد توقع ما فيعتبر مقصراً لعدم

اتخاذ الاحتياطات اللازمة.

الشرط الثاني: إبطاء الدفع: فإذا كان من الممكن دفع المالك الحادث فلا يعتبر

من قبيل القوة القاهرة ويشترط كذلك أن يترتب على هذا الحادث إبطاء حالة تنفيذ

الالتزام إبطاء مطلقاً والابطال حالة قد تكون مادية أو معنوية مثلاً أن تهب رياح

عاصفة تؤدي إلى هدم الحائط الفاصل وليس بفعل المالك وبالتالي تنتفي

المسؤولية عنه.²

ت - 2 خطأ المضرور: ويقصد أن المدعي عليه هو من وقع منه الفعل الضار ومعيار

قياس خطأ المضرور هو معيار الرجل العادي وبالتالي يعتبر المضرور قد ارتكب خطأ

إذا ما انحرف عن سلوك الرجل العادي ويستطيع المالك المدعي أن يتمسك بخطأ

المضرور ليس فقط في مواجهة المضرور وإنما في مواجهة ورثته

إذا انتهى الحادث بموت المضرور، لكن إذا وقع من الشخص المضرور خطأ ومن المالك

خطأ آخر وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر الذي وقع بالشخص المضرور

فهل يكون خطأ المضرور في هذه الحالة سبباً كافياً لنفي مسؤولية المالك؟ أولاً يجب

التفرقة بين الخطأين إما أن يكون أحد الخطأين يستغرق الآخر وإما أن يكونا مستقلين عن

بعضهما فنكون أمام خطأ مشترك ففي حالة استغراق أحد الخطأين عن الآخر، فإن

1- خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص. 252.

2- خليل أحمد حسن ققادة، المرجع نفسه، ص. 254.

المسؤولية لا تقوم إذا كان الخطأ الذي وقع من اله
وقع من المالك لكن المسؤولية تقوم إذا وقع العكس

في حالتين الأولى يفوق أحد الخطأين الآخر كثيرا في الجسامة والثانية يكون أحد الخطأين
نتيجة للخطأ الآخر.

* إذا كنا في حالة جسامة أحد الخطأين يفوق الآخر فتكون صورتان:
1- أن يكون الخطأ متعمدا : فانه يستغرق الآخر ويحمل صاحبه المسؤولية كاملة
2- رضا المضرور بالضرر : خطأ المضرور يخفف من مسؤولية المالك، إذ نكون أمام
خطأ مشترك يصل إلى الرضا بالخطأ إلى درجة الخطأ الجسيم فيستغرق خطأ المسؤول.
-إذا كان أحد الخطأين نتيجة لآخر: فيجب الوقوف عند الخطأ الذي وقع أولا ويتحمل
صاحبه المسؤولية كاملة لأن الأول يوجب الخطأ الثاني.

وإذا كنا أما خطأ مشترك : ففي هذا الحالة لا تكون مسؤولية المالك كاملة بل تنقص بقدر
تدخل المدعى بفعله في إحداث الضرر، وقد يرى القاضي إن أحد الخطأين قد ساهم بنسبة
أكبر من مساهمة الخطأ الآخر فيحكم بتوزيع التعويض على هذا الأساس¹

ت - **3 خطأ الغير:** إذا وقع الخطأ بفعل الغير فلا يثار أي إشكال إذ تنتفي العلاقة السببية
ويكون هذا الغير هو المسؤول الوحيد بالتعويض ولكن الإشكال يثور حول ما إذا ساهم
خطأ الغير مع خطأ المالك أو خطأ المضرور.

- فإذا ساهم خطأ الغير مع خطأ المالك : أما أن يستغرق أحد الخطأ الآخر (فتكون
المسؤولية كاملة ولا يعتد بخطأ الغير) أو أن يكون كل خطأ مستقل عن خطأ الآخر. فنكون
أمام سبب أجنبي وهو خطأ الغير وبذلك تنعدم المسؤولية لانعدام الرابطة السببية .

- وإذا ساهم خطأ الغير مع خطأ المالك وخطأ المضرور: إذا ما توافرت هذه الحالة فتوزع
المسؤولية بينهم بالتساوي، فيرجع المضرور على المالك والغير بالتلثين
ويبقى الثلث يتحملة هو لاشتراكه. وإن حكم تعدد المسؤولين : تطبق المادة 126 من ق م
ج " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر،

وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين بالتعويض¹.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

المطلب الثاني: جزاء قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية

إذا ما توافرت أركان قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال ملكيته وفقاً لما سبق، فإنه يكون ملزماً بالتعويض عن الضرر المباشر الذي تسبب فيه بسبب تعسفه وهذا ما قصده المادة 124 " يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، فالتعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية وللمطالبة بهذا الجزاء يجب سلوك دعوى المسؤولية التي يرفعها بحمل المالك المسؤول على الإقرار بالتعويض، وسأتناول دراسة هذا المطلب في فرعين دعوى المسؤولية والتعويض.

الفرع الأول: دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية

لما كانت الكثرة الغالبة من الأحوال هي أن المسؤول لا يعترف بمسؤوليته، لذلك فإن المضرور ومن أجل الحصول على التعويض يلجأ إلى أن يقيم عليه دعوى المسؤولية والتي سأتولى دراستها من خلال التطرق إلى أطرافها ثم الطلبات والدفع والحكم الصادر فيها وعبء الإثبات.

أولاً: أطراف دعوى المسؤولية: إن أطراف الدعوى هنا هما المدعي وهو المضرور من التعسف في استعمال حق الملكية و المدعى عليه وهو المالك المتعسف.

أ/ المدعي : وهو الشخص الذي وقع به الضرر أو هو المضرور والذي يثبت له الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من التعسف في استعمال حق الملكية ، وبإمكان رفع الدعوى من نائب المضرور كأن يكون المضرور شخصاً قاصراً أو مجنوناً فيكون للولي أو الوصي أو القيم أن يرفع دعوى المسؤولية أما بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص للمضرور من التعسف في استعمال حق الملكية فعندما يحول الشخص المضرور حقه في التعويض إلى شخص آخر، ففي حالة الضرر المادي يثبت لكل من الخلف العام والخلف الخاص الحق في مطالبة المالك بالحق في التعويض، أما إذا كان الضرر أدبياً فلا يثبت للخلف العام أو الخاص إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمالك المسؤول أو

1- خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق، ص 257.

طالب به المضرور أمام القضاء، وإذا تعدد المضرور المتعسف فيكون لكل شخص مضرور الحق في رفع دعوى عن أضرار ما أصاب كل واحد منهم من ضرر¹.

ب/ المدعى عليه:

إن المدعى عليه في هذه الدعوى، هو المالك المسؤول عن التعسف في استعمال حق الملكية وهو الذي ترفع عليه دعوى المسؤولية، ويقوم مقامه نائبه كالولي أو الوصي، إذا كان قاصراً أو القيم إذا كان محجوراً عليه، ووكيله إذا كان راشداً. أما إذا توفي المسؤول عن التعسف في استعمال حق الملكية فترفع الدعوى على ورثته، ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث إلا بعد سداد الديون، فالتركة تكون هي المسئولة بعد وفاته وفي حدود الأموال التي آلت إلى الورثة، وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم، فيحكم له بالتعويض و يتقاضى حقه كاملاً من التركة.

أما بالنسبة إلى الخلف الخاص فالقاعدة الأصلية أنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض بسبب خطأ سلفه² وقد يكون المدعى عليه في المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية جماعة، ففي هذه الحالة يجب علينا التمييز ما إذا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا، فإذا لم تكن هذه الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية ففي هذه الحالة يعتبر الخطأ أي التعسف صادراً من الشخص الذي إرتكبه ويكون وحده مسؤولاً عن خطئه²، أما إذا كانت هذه الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية، فإذا تعسف أحد أعضائه في استعمال ملكية هذا الشخص المعنوي وسبب ضرر للغير، حينئذ تتحقق مسؤولية هذا الشخص المعنوي و يلتزم بالتعويض فالمسؤول الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي لا ممثلوه³.

- وإذا تعدد المدعى عليهم كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر، ويجوز للمدعى أن يرجع على أحدهم بالتعويض كله بدلاً من الرجوع إلى كل واحد، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض، وبهذا تقضي المادة 126 من ق م ج وتنص على " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر، وتكون

1- خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق، ص 258.

2- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 128 .

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 225.

المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين
بالتعويض." وقيام التضامن بين المسؤولين الـ
الشروط الآتية :

- أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ.
- أن يكون الخطأ الذي وقع من كل واحد منهم سببا في إحداث الضرر.
- أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون،
- أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد.

ثانيا: الطلبات والدفع والحكم لصادر في الدعوى

-**الطلبات:** وهو الوسائل التي يلجأ إليها المدعي إلى القضاء عارضا عليهم حماية حق أو تقريره ، وللمدعي أن يستند في دعواه لكل الطرق والوسائل التي يراها مفيدة في تأييد طلبه.

-**الدفع:** وهي الوسيلة التي يلجأ إليها المالك المدعى عليه لتفادي الحكم لصالح المدعى ، وذلك إما بإنكار المسؤولية عن طريق إقامة الدليل بأن شرطا من شروطها غير متوافر. أو بإثبات السبب الأجنبي أو بالتقادم الذي حدده القانون الجزائري بـ 15 سنة كما نصت عنه المادة 133 ق م ج التي نصت على انه: "تسقط دعوى التعويض بإنقضاء خمس عشرة 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار" ومن خلال هذه المادة يتضح لنا، بأن حق المضرور من جراء التعسف في استعمال حق الملكية في رفع دعوى التعويض يسقط بمضي خمسة عشر سنة من يوم وقوع التعسف.¹

أما عن الحكم الصادر في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية يقوم الحق في التعويض وهو يخضع للطرق العادية للطعن كبقية الأحكام، كالمعارضة إذا كان الحكم غايبيا والاستئناف أمام المجلس إذا صدر من المحكمة الابتدائية كما انه يخضع لطرق الطعن غير العادية وهي الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

ثالثا: الإثبات

ويقع عبء الإثبات على المدعى عليه بالنسبة لرك
علاقة السببية، فيكون للمدعي أن يقيم الدليل بكافة د

من ادعى واليمين على من أنكر¹ ، فالأصل هو أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات
مشروعية استعمال حقه، ذلك أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب افتراضه إلى أن
يقوم الدليل على العكس، إضافة إلى أن الأركان المكونة لنشوء مسؤولية المالك المتعسف
في استعمال حق ملكيته من خطأ و ضرر و علاقة سببية هي كلها وقائع مادية، يجوز
إثباتها بكافة طرق الإثبات وخاصة البيينة والقرائن²، و هو ما ينطبق على الإثبات في
المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية باعتبارها تطبيق للمسؤولية عن الفعل
الشخصي، و بالتالي فإن الإثبات فيها يتم بكافة وسائل الإثبات.

الفرع الثاني: التعويض في مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق ملكيته

نصت المادة 132 ق م ج على " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح
أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام
المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب
المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل
التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير مشروع " ، ومن المادة يتضح أن
الجزاء هو التعويض وغالبا ما يكون تعويضا نقديا أو يتخذ شكل التعويض العيني.
أولا- تعريف التعويض: يقصد بالتعويض في مجال المسؤولية المدنية إصلاح ما اختل من
توازن بحالة المضرور ، نتيجة وقوع الضرر، بإعادة هذا التوازن إلى ما كان عليه قبل
وقوع الضرر.

فهو في عبارة موجزة: جبر الضرر الذي لحق المضرور³، وبالتالي فإن التعويض في
المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية هو الحكم الذي يترتب على تحققها وهو

1- إدريس فاضلي ، ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 23 .

2- إدريس فاضلي ، المرجع نفسه ، الموضوع نفسه.

3- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص .

جزاؤها¹ بمعنى جبر الضرر الذي لحق المضرور
حق ملكيته.

ثانيا- وقت نشوء التعويض: ينشأ حق المضرور في التعويض عما أصابه من أضرار
ناجمة عن تعسف المالك في استعمال ملكه من وقت حدوث التعسف بمعنى من وقت قيام
جميع شروط المسؤولية².

عن التعسف في استعمال حق الملكية والحكم الصادر بإلزام المالك المسؤول بالتعويض
هو حكم كاشف للحق في التعويض يقومه ويقويه.

ثالثا- طرق تعويض الضرر: يتضح لنا من خلال نص المادة 132 من ق م ج أن المشرع
منح للقاضي السلطة التقديرية في تقدير التعويض حسب الظروف وقياسا على هذا وبما
أن المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية ليست إلا تطبيق للمسؤولية التقصيرية
فإن التعويض فيها من تقدير القاضي ، فيكون إما تعويض عيني أو تعويض بمقابل³.

أ/ التعويض العيني: هو الأصل وهو الوفاء بالالتزام عينا، فالمالك المتعسف في استعمال
حق ملكيته قد أخل بالتزامه القانوني من عدم الإضرار بالغير دون حق وقد يتخذ الإخلال
بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره، كما إذا بنى شخص حائطا في
ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفا منه، ففي هذه الحالة يكون المالك مسؤولا نحو
الجار بتعويض ما أحدثه من ضرر كما يجوز أن يكون التعويض عينا بهدم الحائط على
حساب المالك، أو عن طريق التهديد المالي.

والقاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكنا
وطالب به الدائن أو تقدم به المدين⁴.

ب/ التعويض بمقابل: في الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في مسؤولية
المالك المتعسف في استعمال حق ملكه فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض غير
النقدي أو التعويض النقدي

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص. 1037 .
2- علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 196 .
3- السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،
1992، ص. 17 .
4- السعيد مقدم، المرجع السابق، ص. 19 .

ب - 1 التعويض غير النقدي: يجوز للمتضرر من

أن يطالب بمقابل غير نقدي مادام ليس هناك ما يمنح
يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المالك المتعسف في الصحف.

ب - 2 التعويض النقدي: وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية

التقصيرية، فإن كل ضرر حتى الضرر الأدبي يمكن تقويمه بالنقد ففي جميع الأحوال التي

يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلى تعويض غير نقدي، يحكم

بتعويض نقدي¹ ، فالتعويض النقدي في الأصل هو عبارة عن مبلغ معين من النقود

يعطى دفعة واحدة للمضرور و لكن ليس ثمة ما يمنع القاضي وتبعاً للظروف أن يجعل

هذا التعويض النقدي مبلغاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً لمدى الحياة، فالتعويض المقسط يدفع

على أقساط تحدد مددها ويعين عددها ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها، أما

الإيراد المرتب مدى الحياة فيدفع على أقساط تحدد مددها أيضاً غير أنه لا يعرف عددها

لان الإيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان المضرور قد

أصيب نتيجة للتعسف في استعمال حق الملكية بعجز عن العمل لمدة معينة من الزمن،

فيحكم له القاضي بتعويض مقسط حتى يبرأ من الإصابة أو أن يحكم القاضي بإيراد

مرتب يتقاضاه² المضرور لمدى الحياة عند إصابته نتيجة للتعسف في استعمال حق

الملكية بعجز دائم عن العمل، سواء كان جزئياً أو دائماً .

ولما كان المسؤول هو المالك أو المدين بهذا التعويض المقسط أو الإيراد المرتب وكان

الدين المترتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول فقد يرى القاضي أن يلزمه بتقديم تأمين فليس

هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم على المالك المسؤول بدفع مبلغ من المال إلى شركة

التأمين مثلاً إلى تحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضرور ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن.

فإذا تعذر التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي، وتعين الحكم بتعويض نقدي، ولم تستدع

الظروف أن يكوم هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً، رجع القاضي إلى الأصل وهو

الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المالك المسؤول إلى المضرور دفعة واحدة.³

رابعاً: تقدير التعويض

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص. 972.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية، المرجع السابق، ص. 1094 .

3- أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 380 .

أ/ معيار تقدير التعويض : فبالرجوع إلى القانون
منه تنص على ما يلي :

"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182¹ و182 مكرر² مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"، فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع أحاط القاضي بثلاث معايير ليعتمد عليها في عملية تقديره للتعويض وهي كالاتي :

أ – **1 الأخذ بالضرر المباشر:** فالقاعدة في تقدير التعويض أنه يقدر بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملابسة شاملاً ما لحق المضروب من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعمل غير مشروع وبصرف النظر عما إذا كان الضرر متوقع أو غير متوقع والتعويض بمعنى أن يكون الضرر المعروض عنه ضرراً مباشراً وهو مقياس تقدير التعويض فحين أن الضرر غير المباشر لا يعرض عنه لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التصويرية والضرر المباشر الذي لا يستطيع الرجل المضروب أن يتغلب عليه ببذل جهد الرجل العادي³ وكمثال عن ذلك: ما ينجم عن مجاورة المصانع من مضار غير مألوفة و المتمثلة هلاك المحاصيل بسبب الدخان المتصاعد منها، ومن ثم عجز هذا المزارع عن الوفاء بديونه التي كان سيسددها من ثمن المحاصيل التي هلكت، و بيعت ممتلكاته للوفاء بها. فيعتبر هلاك المحاصيل بسبب الدخان المتصاعد من المصنع هو الضرر المباشر إذ المفروض أن المزارع ما كان يستطيع اتقاء ذلك ببذل الجهد المعقول للرجل العادي، أما ما تسلسل بعد ذلك من أضرار فهي تعتبر أضرار غير مباشرة³.

أ – **2 الأخذ بالظروف الملابسة:** ويقصد بها الظروف التي تلابس المضروب لا الظروف التي تلابس المالك المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضروب وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض، أما الظروف

1- تنص المادة 182 ق م ج في فقرتها الأولى على ما يلي " : إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"

2- تنص المادة 182 مكرر على ما يلي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة "

3- علي علي سليمان، المرجع والموضع السابق .

الشخصية التي تحيط بالمالك المسؤول وجسامة الحساب، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضر

يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي ويكون محلاً للإعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية فمن كان عصبياً، فإن الإنزعاج الذي يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخص سليم الأعصاب، كذلك يكون محلاً للإعتبار حالة المضرور العائلية فمن يعول زوجة وأطفال يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه ويضاف إلى هذه الإعتبارات حالة المضرور المالية، فيدخل في الاعتبار اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقته، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد.

إذن العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمالك المسؤول سواء كان غنياً أو فقيراً، وسواء كان يعول إلا نفسه أو عائلته ضف إلى ذلك أنهن يكون المالك المسؤول قد أمن على مسؤوليته .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المالك المسؤول عند تقدير التعويض وإنما يؤخذ بجسامة الضرر مهما كان الخطأ يسيراً فالتعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر، و بالتالي يتضح لنا بأن للظروف الشخصية التي تلابس المضرور من التعسف في استعمال حق الملكية، دور كبير في تقدير التعويض.¹

أ - 3 شمول التعويض لما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب :

إن الضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين عما الخسارة التي لحقت المضرور والربح أو الكسب الذي فاتته وهو ما نصت عليه المادة 182 من ق م ج، فهما عنصران يقومهما القاضي بالمال ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض عن الإضرار الناجمة عن التعسف في استعمال حق الملكية أن يكون الضرر متوقعا أو غير

متوقع¹، فإذا أدى تعسف المالك في استعمال ملكه إلى

آخر، فإن الضرر الذي أصاب هذا الشخص يتمثل

الأرض و أجره الأرض ذاتها وهذا ما لحقه من خسارة ، يضاف إلى ذلك ما فاتته من كسب، وهو الفرق بين نفقات الزراعة و أجره الأرض، و بين الثمن الذي كان سيبيع به المحصول

و التعويض يشمل العنصرين معا .²

ب/ وقت تقدير التعويض: إن الضرر متغير من وقت وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، فقد يتغير ليصبح أشد خطورة مما كان عليه فلا شك هنا أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم، كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم فأصبح أقل خطورة مما كان في أول مرة فيحسب القاضي التعويض مراعيًا ما كان عليه الضرر من خطر ثم ما فالعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم اشتد الضرر أو خف، أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم والذي تغير هو سعر النقد الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم، ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض، على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فإنه يرجع بما دفعه فعلا مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .³

ت - سلطة القاضي في تقدير التعويض:

بالرجوع إلى القواعد العامة، فإننا نجد المحكمة تتمتع بسلطة واسعة في مجال تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر، وهو ذات ما ينطبق على المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية، فبالإضافة إلى أنها تستخلص قيام الخطأ، وتقول بتحقق أو عدم تحقق العلاقة السببية بينه وبين الضرر، فهي تحدد أيضا مقدار التعويض⁴ و الذي يعتبر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون خضوعه لرقابة المحكمة

1- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص. 976 - 977 .

2- شرقي سعدي، المرجع السابق، ، ص. 91.

3- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص. 981.

4- شرقي سعدي، المرجع السابق، ص. 92 .

العليا، غير أنه يتوجب على هذا الأخير تعيين عا
التعويض وذلك لخضوع المحكمة بخصوصها لرقاب

و خلاصة لما سبق يتضح لنا بأن المشرع الجزائري عندما إعتبر التعسف في إستعمال الحق خطأ بموجب المادة 124 مكرر، فإن هذا يعني أن التعسف في استعمال حق الملكية ليس سوى خطأ تقصيريا تنطبق عليه القواعد العامة فيما يخص آثاره و هي المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الضرر، و بالتالي فإذا ترتب على التعسف في استعمال حق الملكية ضرر و تحققت العلاقة السببية بينهما لقامت مسؤولية المالك المتعسف و التزم بالتعويض أما إذا لم يترتب على الإستعمال التعسفي ضرر فلا مسؤولية ولا تعويض، غير أنه و نظرا لارتباط التعسف بالغاية التي شرع من أجلها هذا الحق، فهذا ما أدى إلى صعوبة تطبيق ما جاءت به القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية على التعسف في استعمال حق الملكية وخاصة ما يتعلق بمعيار التعدي فهو لا ينطبق تماما على حالة مضار الجوار غير المألوفة أين نجد المالك إتخذ كل الحيطة و اليقظة في استعمال ملكه و مع ذلك يترتب ضرر للغير.

المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في إستعمال حق الملكية

الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع لا تنفصل عنه أبدا وهي تعد من لوازم الحياة ولهذا فإن الإسلام والقانون أتيا بمنهج شامل للحياة، فحب التملك لدى الإنسان غريزة فطرية جبل عليها وتجنبنا لأن يعتدى على الملكية فقد تناولها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من كافة جوانبها ونظمها تنظيما دقيقا، ووضع القيود على استعمال حق الملكية وذلك حماية لحقوق الجار الثابتة والمستقرة، وعليه سأتناول الحديث عن تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية من جانبين: الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول: تطبيقات التعسف في إستعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي

يقول الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿والمجدوا لله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن

السبيل وما ملكته أيمانكم إن الله لا يجذب من كان م

واضح على تقييد استعمال حق الملكية تجنباً للتعسف وإحسان الضرر بالصغير ويصير
التعسف في تلك القيود الموضوعية على حقوق الارتفاق وكذا حقوق الجوار.

الفرع الأول: التعسف في حقوق الارتفاق

إن الارتفاق لغة هـ و الانتفاع، يقال: ارتفعت بالثبتيء إذ انتفعت به، والمرفاق بكسر
الميم وفتح الفاء هـ و ما يرتفق به، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَيَهْدِي لَكُمْ مَسَاجِدَ كَم

مرفقا 2

أما الارتفاق في استعمال الفقهاء فأكثر ما يطلق على المنافع التي تتحقق للعقار فعرفه
مثلا الحنفية على أنه: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر فحين عرفه المالكية: انه
تحصيل منافع تتعلق بالعقار وكذا الشافعية و الحنابلة، فالارتفاق إذن إنتفاع بالعقار وما
يتصل به من ماء ونحوه وسواء كان عقار خاص أو عام وهو يرتبط بالحقوق العينية وان
أشكال حق الارتفاق قد تأتي بأشكال مختلفة حسب حاجات كل عصر والمشهور في كتب
الفقهاء الحقوق التالية: حق السقي، حق المجرى، حق المسيل و حق المرور.

أولا: حق السقي

1/ المقصود بحق السقي:

أ- في اللغة: هو النصيب المعلوم من الماء ويطلق على وقت الشرب وزمنه.³

1- سورة النساء، الآية 36.

2- سورة الكهف، الآية 16.

3- سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مذكرة لنيل
شهادة الماجستير في القانون، 2014، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية العلوم والحقوق السياسية ، ص.42.

ب - في الإصطلاح: هو النصيب من الماء لسقي
المستحق من الماء وزمن الانتفاع به.

2/ القيود الواردة على حق السقي: وتسري هذه القيود على ماء المجاري العامة
والخاصة

أ- ماء المجاري العامة: يشمل هذا النوع من المياه الأنهار العظيمة كنهر النيل والفرات،
فيكون لكل إنسان الحق في أن ينتفع به فله أن يشرب أو يسقي دوابه وزرعه ويأخذ ما
يشاء لشؤون حياته الأخرى ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد عدم الإضرار بالناس.

ب- ماء المجاري الخاصة: وهو الماء الذي يجري في أرض مملوكة مثل المياه التي تتبع
من عين أو بئر حفرت في أرض مملوكة، فهذا النوع من الماء يثبت لأصحاب الأرض
الحق فيه ولا يشترط في استعمالهم إلا عدم إضرار بعضهم ببعض¹.

ثانيا: حق المجرى

1 – المقصود بحق المجرى:

أ- في اللغة: اسم مكان، صيغ من مصدره وهو الجري.

ب - في الإصطلاح: حق إجراء الماء الصالح في أرض الغير لإيصاله إلى الأرض المراد
سقيها

وحق المجرى في حقيقته مرتبط بحق الشرب، فالشرب هو النصيب من الماء والمجرى
هو موضعه الذي يجري فيه¹ وقد يكون الحق في الارتفاق بالمجرى الخاص الذي يكون
في عقار الغير، وقد يكون المجرى مشتركا، وقد يكون عاما فمجاري المياه العامة في
العصر الحاضر صارت تحت نظر الدولة و مسؤوليتها فليس لأحد أن يتصرف فيها إلا
بعد إذن الدولة.

2 – القيود الواردة على حق المجرى: فالمجرى إما أن يكون مملوك لصاحب الأرض
التي يمر بها المجرى وإما أن يكون ملكا لصاحب الشرب وإما أن يكون مشتركا بين

¹- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص. 43.

منتفعين آخرين، فمتى ثبت الحق لعقار كان لمالكه وليس لمالك الأرض التي يمر فيها المجرى أن يملكه بحق بصاحب الأرض التي يمر فيها المجرى ضرر وجب على من له حق الشرب إزالة هذا الضرر لأن إصلاح المجرى واجب على من له حق الشرب لأنه هو الذي ينتفع بإجراء الماء فيكون إصلاحه واجبا عليه إذ الغنم بالغرم.¹

ثالثا: حق المسيل

1 – المقصود بحق المسيل:

أ – في اللغة: مجرى المسيل وموضعه، والجمع مسایل ومسل بضمّتين، والسيل مياه الأمطار إذا سالت.

ب – في الإصطلاح: هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي أو في أنابيب أعدت لذلك، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع¹.

2 – القيود الواردة على حق المسيل: وحكم هذا الحق أنه مادام ثابتا لعقار بسبب صحيح معلوم أو بالعدم مع الجهل بالسبب فإنه لا يكون لصاحب العقار الذي يمر به المسيل أن يمنع صاحب العقار المنتفع من استيفاء حقه إلا إذا ترتب على ذلك ضرر، ففي هذه الحالة له المنع لأن الضرر يجب منعه أو إزالته.

رابعا : حق المرور

1 – المقصود بحق المرور:

أ – في اللغة: مصدر مر يمر مرا ومرورا بمعنى جاء وذهب ومر به ومره: جاز عليه والمر: موضع المرور

¹ - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص. 235.

ب- في الاصطلاح: هو حق مرور الإنسان إلى

غيره¹

2 – القيود الواردة على حق المرور:

وتختلف طبيعة الإرتفاق في حق المرور بحسب الطريق الذي يكون فيه المرور، وقد ذكر فقهاء الحنفية ثلاث طرق :

أ- **الطريق الأعظم:** هو ما يسمى بالطرق العامة التي لا يختص بها فرد أو جماعة معينون من الناس حق الارتفاق بالمرور فيها، ويتبع حق المرور في الطرق العامة أنواع ارتفاقات أخرى منها مؤقتة كالجلوس أو البيع والشراء ومنها حقوق دائمة كفتح الأبواب والنوافذ وإخراج الشرفات أو الإعلانات أو وقوف السيارات.

وقد اشترط الفقهاء للارتفاق بالطرق العامة انتفاء الضرر عند الإرتفاق أيا كان نوع الإرتفاق .

ب – **طريق إلى سكة غير نافذة:** والمقصود بهذا هو الطريق الخاص لجماعة معينين، فهي مشتركة بينهم، وان كان لغيرهم حق المرور فيها للحاجة ولذلك لا يجوز لهم سدها أو بيعها وان كانت في الأصل ملكا لهم كما لا يجوز لأحد منهم إحداث شيء فيها إلا بإذن الشركاء.

ت – **طريق خاص في ملك الإنسان:** وهو المملوك لأشخاص فيثبت لهم حق المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ من غير قيد وليس لغيرهم أن يفتح فيه نافذة إذا كان طريقه من جهة أخرى إلا إذا كان الحق ثابت له من قديم الزمان وبناء احدهم لدكان فيشترط إذن الكل فان اتفقوا على ذلك جاز ولا يبطل حق أحد منهم بسد بابه فله أن يفتحه ثانيا منهم بسد بابه،

¹ - عبد الله بن عمر السحيباني، حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم،

ويتبع العقار كيفما كان مالكة وإذا أذن أصحابه للذ
المنع عند ذلك لأنه ثبت للعامة حق المرور فيه¹.

الفرع الثاني: التعسف في حقوق الجوار

جاءت الشريعة الإسلامية منظمة لشريعة الجوار، وحثت على إكرام الجار ليعيش الناس
في ألفة من غير تباغض ولا شحناء وفي السنة أحاديث في هذا المعنى منها قوله صلى الله
عليه وسلم: « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه »، وقوله
أيضا: « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره » وقوله: « من كان يؤمن با □
واليوم الآخر فليكرم جاره »².

إن الجوار لغة: هو مصدر جاور يجاور مجاورة وجوارا، والجار المجاور في السكن،
ويطلق الجار على الشريك في العقار والخفير الذي يجبر غيره و يؤمنه والحليف والزوج.
والجوار في الاصطلاح: حق يثبت لعقار على عقار مجاور له يتمكن الجار بسببه من تمام
الانتفاع بملكه، أو يمنعه من بعض التصرفات³.

وتنقسم حقوق الجوار إلى نوعين وهما حق الجوار العلوي وحق الجوار الجانبي

أولاً: حق الجوار العلوي

1 – المقصود بحق الجوار العلوي:

أ – في اللغة: مأخوذ من العلو وهو ضد السفلى، يقال سفل الدار وعلوها، وسفلها وعلوها
وعلو كل شيء وعلوه علاوته وعاليه وعاليته: أرفعه، يتعدى إليه الفعل بحرف وبغير
حرف كقولك قعدت علوه وفي علوه.

ب – في الاصطلاح: فقيل هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على
الطبقة السفلى والانتفاع بسقفها مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة.

وحق التعلّي هو نوع من حقوق الجوار فهو جوار رأسي، وقد جعل فقهاء الشافعية
والحنابلة السقف الذي بين العلو و السفلى كالجدار المشترك بين الجارين المتلاصقين فهو

¹ - محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1983، ص. 364 .

² - الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1992، ص. 1279.

³ - أبي زهرة، الملكية ونظرية العقد، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي، ص. 29.

ملك بينهما كما لو كانت دار مكونة من دورين مملو
والآخر الدور العلوي، فكل من صاحب العلو و الأهد

2 – القيود الواردة على حق الجوار العلوي: لقد أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز لأي من الجيران العلوي والسفلي أن يتصرف تصرفا يضر بالجار وقسموا التصرفات بناءا على ذلك إلى ثلاثة أقسام: ¹

أ- التصرفات التي تضر أحدهما ضررا محققا

فهي تصرفات ممنوعة باتفاق الفقهاء بلا خلاف لأنها تدخل في نهى النبي صلى الله عليه وسلم كحفر صاحب العلو زيادة بنائه بما يضر بالسفل أو هدم صاحب السفلى شيئا من الجسور أو الأعمدة التي تضر بالعلو .

ب – التصرفات التي تحتل الضرر

فهذه التصرفات لا يعلم أيحصل فيها ضرر أم لا فهي تدور بين النفع والضرر، كوضع متاع ثقيل في الدور الأعلى أو فتح باب أو نافذة في الدور السفلي فهي

محل خلاف بين الفقهاء والذي نص عليه جماعة من الفقهاء أن لصاحب العلو والسفل أن يتصرف في ملكه بما يشاء إذا كان لا يضر بصاحبه، وهذا القول هو قول صاحبي أبي حنيفة وهو المذهب عند المالكية والأصح عند الشافعية ومقتضى مذهب الحنابلة، وقد قيد المالكية تصرف صاحب العلو وصاحب السفلى ووضعوا لهما ضوابط فقالوا: هو ألا يحصل بذلك التصرف ضررا حالا أو مآلا، يرجع في ذلك لأهل المعرفة وهذا القيد هو المتعين خاصة مع اختلاف تقدير الأضرار باختلاف البناءات والأزمنة فيرجع في كل زمن لأهل الخبرة المختصين بالبناء والعمارة، فيقدرون ما يمكن أن يكون مضرا فيه فلا يجوز وما لا يعتبر ضررا فيجوز ².

ثانيا: حق الجوار الجانبي:

¹ - سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص. 46.
² - عبد الله بن عمر السخيني، المرجع السابق، ص. 27.

1 – المقصود بحق الجوار الجانبى: يثبت هذا ال
فتح النوافذ و المطلات .

2 – القيود الواردة على حق الجوار الجانبى: اختلف الفقهاء في ثبوت حق الجار على
جاره بتقييد تصرفاته حتى يمنع من أن يضر بملك جاره في اتجاهين :

أ – الرأي الأول: لا يحق لأحد الجيران أن يقيد تصرفات الجار الآخر فلكل منهما أن
يتصرف في ملكه كيفما يشاء فله أن يفتح ما شاء من الأبواب والنوافذ بشرط أن لا يضر
بالغير من الجيران وفقا للمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية وذهب إلى هذا الرأي
المتقدمون من الحنفية والإمام الشافعي وأحمد.

ب – الرأي الثانى: أن تصرفات الجيران مقيدة بعدم الإضرار بالجيران الآخرين، ومنهم
المالكية والمتأخرين من الخنفية مستندين في ذلك القاعدة لا ضرر ولا ضرار.¹

المطلب الثانى: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية في القانون الوضعى

لقد قرر القانون الوضعى لكل شخص مجموعة من الحقوق حيث تكون الحرية الكاملة
لصاحبها في استعمالها في أوجه النفع ومن أهم الحقوق التي نصت عليها التشريعات حق
الملكية وقد ارتبط التعسف باستعمال هذا الحق منذ القدم نتيجة ممارسته ويعتبر حق
الملكية مجالا واسعا لإنتشار التعسف في استعمال الحق²،

وقد جاءت نظرية التعسف في استعمال الحق لتقييد المالك ويظهر ذلك في تعسف المالك
في علاقات الجوار.

يعرف الجوار على أنه تلاصق عقارين أو أكثر كما أن المضار الناتجة عن علاقات
الجوار يجب أن تكون أضرارا تجاوز الحد الأدنى المألوف بحيث لا يمكن تجنبه بين
الجيران، وما الجوار إلا نتيجة حتمية للتجمع الإنسانى والذي يفرض على الملاك
المتجاورين احترام بعضهم بعض وعليه وجب على الجار في حالة حدوث أضرار
خارجة عن المعقول أن يتحمل مسؤوليته، ودليل ذلك ما نصت المادة 691 من ق م ج

¹- سعاد بلحورابى، المرجع السابق، ص. 34.

²- سعاد بلحورابى، المرجع السابق، ص. 75.

"يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى في القيود التي فرضها المشرع على المالك في المتعلقة بالمياه، الحقوق المتلاصقة للجوار وحق المرور.

الفرع الأول: التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه

دليل هذا التعسف ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 692 من ق م ج، حيث راعى المشرع تجاور الأراضي الزراعية وحاجياتها للمياه الري والتخلص من المياه الزائدة عن حاجة الري وذلك عن طريق أرض الجار، فيكون التعسف في كل من حق الشرب والسقي وكذلك في حق مجرى والصرف.

أولاً : حق الشرب و السقي

1 – المقصود بحق الشرب والسقي والقيود الوارد عليهما :

استعمل المشرع الجزائري حق الشرب في الباب الرابع من قانون المياه حيث نص على أن المياه الصالحة للشرب تعني المياه الصالحة للاستهلاك والاستعمال المنزلي، وحق الشرب هو حق الشخص في أن يروي نفسه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر وهذا المعنى يختلف عن المعنى المقصود من قيد الشرب والسقي والذي يعني حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم من المسقاة التي تخص صاحبها والذي وضع لتفادي تعسف صاحب المسقاة في استعمال حقه.¹

2 – مظاهر التعسف في حق الشرب والسقي:

إن مالك المسقاة مصلحته ان يحتفظ بحق ملكيته كاملاً دون شريك له في المسقاة حتى ولو فاضت عليه المياه لكن هذه المصلحة ضعيفة تنطوي على أنانيته ويتغلب على هذه المصلحة مصلحة الملاك المجاورين فإذا كان لأصاحب الأرض مسقاة وقد استوفى حاجياته منها فيكون من حق جاره سقي أرضه في الاحتفاظ بالمياه لنفسه .

ثانياً: حق المجرى والصرف :

¹- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص. 80 .

1 – المقصود بحق المجرى والصرف: يقصد بحق

عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره التي بها ه الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا، أما حق الصرف فهو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف الماء الزائد عن حاجة أرضه، فيجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يحصل المالك على تعويض أو يقوم مالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بإنشاء مصرف خاص على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام على فهو حق يعطيه القانون.¹

2 – مظاهر التعسف في حق المجرى والصرف: إذا قام مالك الأرض بمنع جاره من وضع قنوات للاستفادة من المياه ولا يوجد له مورد آخر أو كانت موارده غير كافية لري أرضه يعتبر متعسفا في² استعمال حقه، فمصلحته من الانتفاع بأرضه كاملة ضعيفة مقابل الضرر اللاحق بالجار، والأمر نفسه بالنسبة للصرف، حيث يعتبر مالك الأرض متعسفا في استعمال حقه إذا قام بمنع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة أو استعمال لأرضه في أقرب مصرف عمومي

- وتبقى مصلحته في استنثاره بالمصرف لنفسه بما أنه هو الذي قام بإنشائه ضعيفة مقارنة بمصلحة الجار.

الفرع الثاني: التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار

يثير التلاصق في الجوار عدة مشاكل بين الجيران ولأجل تجنبها فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق، تتعلق هذه القيود بالحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين وبالمطبات والمناور.

أولا: القيود المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين

¹- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص. 79.

²- زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، منشورات المكتبة العصرية، ط2 ، لبنان، 1962 ، ص. 220.

نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بالـ

المواد من 704 إلى 707 من ق م ج ، والحائط

فصل بين أرضين أو بين أرض وبناء لما كان حائطا فاصلا، وقد ميز المشرع بين الحائط المملوك الواحد¹ من الجيران والحائط المملوك ملكية مشتركة.

1 – الحائط الفاصل المملوك الواحد من الجيران

إن المادة 708 / 2 من ق م ج² قيدت سلطة المالك في هدمه للحائط الفاصل مختارا دون عذر قوي إذا كان يستتر ملكه بمعنى أن المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة مع ما يصيب الجار من ضرر وهو تطبيق لمعيار نظرية التعسف في استعمال حق الملكية القائم على موازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها والضرر بدرجة كبيرة.

2 – الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران

إن الاشتراك في الملكية يقتضي قيودا على ملكية كل شريك حيث نصت المادة 704 من ق م ج على أن لا يتعارض استعمال الشريك للحائط مع الغرض الذي خصص له وأن لا يحول دون استعمال الشريك الآخر، وان لا يكون من شأنه تحميل الحائط فوق طاقته فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعليته مع تقيده ببعض الشروط التي نصت عليها المادة 705 من ق م ج وهي :

- للشريك مصلحة جدية في تعلية الحائط كبناء طابق آخر فوق طبقات بنائه شريطة أن لا تلحق هذه التعلية ضررا بليغا بالشريك الآخر.
- أن يقوم الشريك بعمل ما يلزم حتى لا يؤثر البناء الناشئ من التعلية على متانه الحائط.

¹- سعاد بلحورابي، المرجع والموضع السابق.

²- تنص المادة 708 من ق م ج على مايلي: "ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط".

- تحمل الشريك وحده نفقات التعلية وصيانة ال

3 - مظاهر التعسف بالنسبة للحائط الفاصل بين متحين مدرصين

إذا قام أحد المالكين بتعلية الحائط المشترك ونتج عنه حجب الضوء عن جاره، فيعد تعسفا في استعمال حق ملكيته أو يقوم بتحميل الحائط المشترك فوق طاقته من العوارض مما يجعله مهددا، كما انه ليس للجار أن يفتح مطلات أو مناور لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له وهو ستر كل من العقارين الذين يفصل بينهما.²

ثانيا: القيود المتعلقة بالمطلات والمناور

الأصل أن للمالك الحرية في بناء ما يشاء له من بناء على حافة ملكه، كأن يفتح ما يشاء من فتحات للتهوية والنظر، غير أن القانون يقيد هذه الحرية بقيود مشتركة بين جميع الملاك لتوفير السكنية والطمأنينة وتمتص تلك المضايقات التي قد تنشأ بسبب وجود مطلات على ملك الجار، حيث تم تنظيم هذه القيود من المواد 709 إلى 711 من ق م ج .

1 - المطلات (Vues)

يقصد بها تلك الفتحات التي تمكن من النظر الى الخارج كالنوافذ والشرفات والمطل إما أن يكون مواجهها (vues droites) يمكن الاطلاع منه على ملك الجار مباشرة دون الحاجة إلى الالتفات يمينا أو يسارا، وإما أن يكون مطلا منحرفا (vues obliques) وهو المطل الذي لا يمكن الاطلاع منه إلى ملك الجار إلا بعد الالتفات يمينا أو يسارا.³

بالنسبة للمطل المواجه، نجد المشرع الجزائري قيده في نص المادة 709⁴ من

¹- محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص.218.

²- محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص.218.

³- زهدي يكن، المرجع السابق، ص. 117.

⁴- تنص المادة 709 من ق م ج على ما يلي: "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من النتوء وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل." "

ق م ج بمسافة مترين تقاس من ظهر الحائط الذي للشرفة، فإذا كانت المسافة بين خط البداية والنهاي

مفتوحا في الحدود القانونية وإذا قل عن مترين كان المطل مخالفا للمسافة القانونية، وإذا كان المطل شرفة فان نقطة البداية هي حافة هذه الشرفة ونقطة النهاية هي الخط الفاصل بين عقارين ويجب أن تكون المسافة بين هاتين النقطتين لا تقل عن مترين.

أما بالنسبة للمطل المنحرف فقيده المشرع في نص المادة 710 من ق م ج بمسافة ستون سنتمتر من ظهر الحائط أو الحافة الخارجية للشرفة ويرفع هذا القدر إذا كان المطل المنحرف على العقار مواجه للطريق العام.¹

2 – المناور

يقصد بها تلك الفتحة التي تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء دون التمكن من منها إلى ملك الجار وهذه الفتحات لا تضر بالجار لأنها لا تسمح بالإطلال عليه، وعليه يجوز فتحها في بناء مقام على حافة الحد الفاصل دون التقيد بمساحة معينة، غير انه يجب تقدير ارتفاعها على أرضية الغرفة بمترين وهذا ما أورده المادة 711² من ق م ج، فإذا تم فتحها على ارتفاع يقل عن مترين من أرضية الغرفة يجوز للجار الاعتراض على ذلك مطالبا بسده.²

3 – مظاهر التعسف فتح المظلات والمناور

يكون المالك متعسفا في استعمال حقه إذا قام بفتح نافذة في ملك جاره حيث يمكن النظر من خلالها لملك هذا الجار ولم يحترم المسافة المنصوص لملك هذا الجار ولم يحترم المسافة المنصوص عليها قانونا، وإذا قام بفتح المناور مع عدم احترامه المسافة المنصوص عليها قانونا وهي مترين بالنسبة بالنسبة للمطل المواجه وستون سنتمتر بالنسبة للمطل المنحرف فهنا يعد متعسفا في استعمال حقه.³

¹- رمضان أبو السعود، ص. 60 – 61.

²- تنص المادة 711 ق م ج على: "لا تشترك أية مسافة لفتح المناور، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها ولا يقصد بها مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور".

³- زهدي يكن، المرجع السابق، ص. 120.

الفرع الثالث: التعسف في حق المرور

أولاً: القيد المتعلق بالمرور

إن الطريق العام وجد لتحقيق المنفعة العامة وعليه ليس لأحد الحق فيه أكثر من غيره لذلك راعى المشرع الجزائري حالة العقار المحصور و أعطى هذا الأخير حق المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام وقد أورد المشرع ذلك في نص المادة 693 من ق م ج¹ الذي وضع جملة من الضوابط والشروط لممارسة حق المرور تتمثل في وجوب تحقق الحصر أو عد كفاية الممر حيث يتحقق هذا الحصر في حالتين:

الأولى: أن لا يصل بين الأرض والطريق العام

الثانية: يكون للأرض ممر إلى الطريق العام ولكنه غير كاف أو غير ممكن المرور إليه إلا بمشقة كبيرة، أو أنها تكلف المالك بذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

فإذا تحققت هذه الشروط يكون الجار مالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره للوصول إلى الطريق العام وذلك مقابل تعويض مناسب للأضرار التي تنجم من جراء استعمال هذا الحق، فالعبرة في التعويض تكون بالضرر وليس بالمنفعة فإذا لم يوجد ضرر فلا تعويض وكل ضرر بهذا المعنى يرتب تعويضاً منفرداً.

وطبقاً لنصوص المواد 699 و878 من ق م ج فقد أخضع المشرع حق المرور إلى نظام التقادم الذي أثار في حيازة الممر، فينقضي بزوال الضرورة التي أدت إلى إنشائه ويتحقق ذلك بزوال الانحصار وبالتالي انقضاء الحاجة إلى الارتفاق وذلك ما لم يتم حيازة الممر لمدة خمسة عشر سنة إذ يكتسب هذا الحق بواسطة الحيازة التي تصبح بمثابة سند الملكية.²

ثانياً: مظاهر التعسف في حق المرور

¹- تنص المادة 693 ق م ج على مايلي: "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك".

²- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص. 129.

يعتبر مالك العقار المرتفق متعسفا في استعمال حقه المحصور من الوصول إلى الطريق العام كأن يقو

الحدود التي تفصل بين العقارين، وفي المقابل وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط تمنع مالك العقار المحصور من التعسف في استعمال حقه في المرور وبمخالفة هذه الشروط يعتبر متعسفا في استعمال حقه وهي:

1/ ضرورة حق المرور لاستعمال العقار واستغلاله، فإذا كان العقار المحصور أرض زراعية فإن الممر المطلوب هو الذي يسمح بمرور الآلات الزراعية كالجرار أما إذا كان العقار المحصور مسكن وكان لصاحبه سيارة فالممر اللازم هو الذي يسمح بمرور السيارة، فإذا تعدد توسيع الممر على نحو مبالغ فيه يتنافى مع طبيعة استعمال واستغلال المسكن يعتبر متعسفا في استعمال حقه.¹

2/ لا يكون الحصر بسبب إرادة مالك الأرض المحصورة فيكون بفعله تسبب في تحقيق انحصار أرضه فلا يجوز له مطالبة جيرانه بحق المرور، كان يقيم ببناء مخزن على الممر فهنا يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

3/ لا يكون لمالك الأرض المحصورة حق مرور اتفاقي أو على سبيل الإباحة لأنه في هذه الحالة لا يجوز له مطالبة جيرانه بممرات أخرى توصله إلى الطريق العام على أساس حقه في المرور فإذا قام بفتح عدة ممرات توصله إلى الطريق العام يعتبر متعسفا في استعمال حقه نتيجة قصد إضراره بالملاك الآخرين .

4/ وجوب اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها المرور أخف ضررا على الجيران، كأن يكون هناك أرض بور و أخرى زراعية فيتم اختيار الممر في الأرض البور، فإذا قام مالك العقار المحصور بفتح الممر في الأرض الزراعية فانه سيلحق بالمالك ضررا بليغا مقابل الفائدة المحققة للعقار المحصور.²

¹- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص. 399.

²- محمد كامل مرسي باشا، ص. 399.

وإن المحكمة العليا طبقت مبدأ عدم التعسف في

قراراتها حينما قضت بأنه: " من المقرر قانونا

إستعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار، يجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، ولما كان ثابتا

- في قضية الحال- أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما ألزمهم بالدخول إلى منزلهم بطريف بعيد، فان قضاء المجلس لما قضا بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون وبالتالي فان النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب وانعدام التسبب ليس في محله".¹

* و خلاصة القول وكما صرح بعض الفقهاء القدامى أن مسائل الارتفاق والجوار يكتنفها شيء من التداخل والغموض، حيث قال حسام الدين الشهيد : " وجدت مسائل دعوى الحيطان والطرق ومسيل الماء من أصعب المسائل مراما وأعسرها التثاماً"، فإن كانت هذه المسائل صعبة ومعقدة في ذلك الوقت فهي اليوم أصعب وأكثر إشكالا لتعدد أنماط المعاملات والعادات والأعراف واستحداث ألوان كثيرة من الحقوق المتعلقة بحق الارتفاق في العقارات الخاصة والعامة مما يعني ضرورة مراجعة ما كتبه الفقهاء مع مراعاة هذا التغير أو التحول في عصرنا الحاضر ومن أبرز أشكال وتطبيقات حقوق الارتفاق المعاصرة حقوق الارتفاق في الحدائق والشواطئ العامة ومواقف السيارات وكذا حقوق الارتفاق الجوي للمطارات وخدمات الشقق المشتركة في عقار الخ، وهذه الحقوق لم تحظ بالعناية والدراسة الكافية من الدارسين علما أن هذا الموضوع بتفاصيله يحتمل أكثر من بحث أو رسالة علمية ليكون مشروعا علميا مفيدا للمختصين عند إقرار القوانين والأنظمة المتعلقة بالأماكن المشتركة وإن العمل بأنظمة الارتفاق المعاصر مسؤولية عدة وزارات وهيئات في الدول الحديثة فالواجب على تلك الوزارات تبني أنظمة حقوق الارتفاق المعاصر، وجعلها جزءا واضحا في بنود نظامها.

¹- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25_06_1977 ، قضية رقم 148810 .



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

الفاتحة

خاتمة

من المعروف أن غاية القانون هو خير المجتمع وأن نشاط الفرد يجب أن يوجد لخير الجماعة، لأن كل ما يحقق الخير للجماعة ينعكس على أفرادها فالיום نعيش في عالم يجب أن يجعل إستعمال الحقوق بصفة عامة مفيدا بما يحقق الخير للمجتمع ويأبى إعتبار الحقوق سلطات مطلقة بل ينظر إليها باعتبارها وظائف إجتماعية الغرض منها تحقيق النفع العام ، ومن أهم هذه الحقوق حق الملكية الذي يعتبر من أبرز مجالات التعسف في إستعمال الحق يفرضه ما يمنحه هذا الحق لصاحبه من سلطات واسعة يستأثر بها لوحده دون أن يشاركه فيها أحد، غير أنه تم فتح المجال أمام ظهور قيد جديد على إستعمال حق الملكية، وهو قيد عدم التعسف في إستعمالها هذا القيد الذي يفرض على المالك عدم استعماله على وجه يضر الغير وهو ضمن حدوده وهنا يتجلى لنا الدور الفعال الذي تلعبه نظرية التعسف في استعمال الحق في ضمان العمل بما يفرضه هذا القيد ، فهي تلعب دورا فعالا من خلال إظهارها للاستعمال التعسفي و رفع الحماية القانونية عنه، ومن خلال البحث يمكن بيان بعض الملاحظات والمقترحات والنتائج التالية:

- 1- ضرورة أن يصار إلى تشريع حديث فيما يتعلق بالتعسف في استعمال حق الملكية بنحو يتسم بالوضوح، وأن نشهد خيارات تشريعية أو نصوصا قانونية صريحة في المسائل التي تقاطعت حولها الآراء والإجتهادات.
- 2- حاولت من خلال البحث خلق إلتماس بين الدراسة النظرية والتطبيقات التشريعية لبعض الدول العربية والتطبيقات القضائية لبعض المحاكم سعيا للفائدة.

3- إن المشرع القانون الجزائري لم يولي هذا

من الأمور الهامة والمؤثرة في المجتمع والتي تخص

نجده عالج هذا الموضوع بمواد قليلة.

4- لو تفحصنا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني

لوجدناه أنه ذكر ثلاث حالات لإساءة استعمال الحق، يمكن إبداء بعض المقترحات على

هذه الحالات منها:

أ- ما تجدر الإشارة إليه بالنسبة لهذه الحالات الثلاث (وهي إستعمال حق الملكية

بقصد الإضرار بالغير، وحالة إنعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال

ملكه والضرر الذي يلحق بالغير، وحالة استعمال حق الملكية من أجل تحقيق

مصلحة غير مشروعة) هو أنها واردة على سبيل المثال وذلك عملا بالمادة

124 مكرر التي جاء في نصها عبارة " لاسيما " التي تدل على المثال و بالتالي

يمكن أن يحدث التعسف في استعمال حق الملكية في غير هذه الحالات المذكورة

بإمكانية إضافة حالة رابعة فتكون: " يكون استعمال الحق غير جائز إذا سلك

صاحب الحق طريقا إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير وكان في وسعه

طريق آخر لا يلحق الضرر بالغير".

ب- لم يميز المشرع إساءة استعمال الحق التي تلحق ضررا بمصلحة خاصة

وبين الإساءة التي تصيب بالضرر المصلحة العامة.

ت- وفيما يتعلق بالضرر الفاحش، فإن المشرع لم يبين ما المقصود به ولهذا

يتعين تحديده تحديدا دقيقا وفي نظري أن يؤخذ بمعيار " الضرر غير المألوف" .

ث- إن المدونات العربية في كل من الكويت والأردن والإمارات والسودان لم

تكتفي بإيراد المعايير الثلاث الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني

الجزائري والذي سار على نهجه القانون المدني العراقي في المادة 07 والقانون

المدني المصري في المادة 05 منه ، بل أضافت هذه المدونات معيارا رابعا يقوم

على استعمال الحق غير المشروع إذا تجاوز

أن هذا المعيار جدير بالإضافة إلى المعايير
ج- بالإضافة إلى حالات التعسف السالفة الذكر فقد أورد المشرع الجزائري تطبيقا
خاصا للتعسف في استعمال حق الملكية بالمادة 691 من القانون المدني و ذلك تطبيقا
لمعيار الضرر الفاحش هذا المعيار الذي ظهر في الفقه الإسلامي لتنظيم العلاقات
الجوارية، إلا أن ما يعاب عليه هو سوء استعمال المصطلح الدال على إساءة استعمال
المالك لملكه إلى حد الإضرار بالغير، حيث نجده استعمال مصطلح " التعسف " و بهذا جاء
نص المادة كالأتي : " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك
الجار، و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة " هذا ما جعل
المادة 691 السالفة الذكر تتناقض مع المضمون الواسع لنظرية التعسف في استعمال
الحق، حيث يفهم من المادة أن المشرع الجزائري يمنع التعسف الذي يؤدي إلى الإضرار
بالغير أضرارا فاحشة فقط، في حين أن التعسف ممنوع مهما كان حجم الضرر الناشئ
عنه.

التوصيات:

و من خلال هذا البحث أقترح التوصيات التالية:

- 1- ضرورة أخذ التشريع الجزائري بأسبقية الإستغلال و الترخيص الإداري في تقدير
الضرر غير المألوف.
- 2- تصحيح الفقرة الثانية من المادة 708 من القانون المدني التي تنص على ما يلي
" غير أنه ليس للمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني " فهذه المادة التي أورد
من خلالها المشرع الجزائري تطبيقا عن التعسف في استعمال حق الملكية في معيار قصد
الإضرار و بالتالي فإن عبارة " العذر القانوني " لا تدل على ضالة المصلحة التي يتبين
لنا من خلالها توجه نية المالك نحو الإضرار بجاره من خلال هدم الحائط و لذا فالأصح

هو " العذر القوي " كما نص المشرع المصري
المصري للتدليل على جدية المصلحة التي ينشدها

3- كما أقتراح أيضا إعادة صياغة نص المادة 691 من القانون المدني و التي توجي
من خلال قراءتها، بأن المشرع الجزائري منع التعسف في إستعمال الحق فقط إذا ألحق
المالك بفعل تعسفه في إستعمال ملكه أضرارا غير مألوفة بالجار، و كأن المشرع يرخص
التعسف في إستعمال الحق متى لم يلحق بالجار بأضرار غير مألوفة.

* وفي الختام أقول أن البحث ما هو إلا نتاج جهد مقل قليل الزاد ضئيل الباع
حاولت بما وفقني الله إليه توضيح إحدى كبرى النظريات في جانبها الشرعي والقانوني
والتي بالرغم مما كتب فيها فإنها مازالت في حاجة إلى تمحيص ودراسة جادة من الباحثين
على إعتبار أنه موضوع مرن وبالأخص في جانبه التطبيقي لإرتباطه بمقاصد التشريع
وإنبناء أحكامه على فكرة الموازنة بين المصالح والمفاسد التي لا ينكر تغييرها بتغير
ظروف الزمان والمكان.

وآخر الختام أرجو أني وفققت في هذا البحث، فما وجد فيه من صواب فهو توفيق
من الله وما كان فيها من زلل فهو من نفسي وما أبريء نفسي كفى بالمرء نبلا أن تعد
معاييه وتلك خاصية من خصائص البشر، والله المسئول أن يوفقنا لصواب القول والعمل،
وأن يرزقنا إجتناب أسباب الزيغ والزلل إنه قريب مجيب لمن سأل، لا يخيب من أتاه راجيا
وعليه التوكل، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه الطيبين والطاهرين وسلم.



*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

قائمة المصادر والمراجع

1 - القرآن الكريم

2- أ- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري،

صحيح الإمام البخاري المسمى الجامع المسند الصحيح المختصر من أصول رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الجزء الثالث، المجلد الثاني، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، دار طوق النجاة، ط الأولى، لبنان، 1422 هـ.

ب- أبي زهرة، الملكية ونظرية العقد، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي.

ت- الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1992.

ث- ابن نجيم، الأشباه والنظائر.

ج- الشرح الكبير للدردير على هامش حاشية الدسوقي، الجزء الرابع.

ح- الطرق الحكيمة، لابن القيم.

خ- المغني " لابن قدامه في البيع، و"نيل الأوطار" في البيع، و" الدر

د- "الموافقات" الجزء الأول في بحث الجبل، وج 4 في سد الذرائع، و"تنقيح

الفصول" للقرافي في آخر الكتاب - "إعلام الموقعين" في بحث سد الذرائع، ج 3 منيرية.

ذ- تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عيش بتصرف.

ر- تبين الحقائق للزيلعي.

س- شرح الزيلعي، وحاشية ابن عابدين في كتاب الجنائيات، و"مغني المحتاج" في

كتاب الجراح، و" الدر" وابن عابدين في باب ضمان الأجير.

ش- كتاب الهداية شرح بداية المبتدئ، مطبوع مع فتح القدير، الجزء 2.

3- المعاجم والقواميس

- أ- ابن منظور، لسان العرب، اعداد يوسف العرب، 1988، الجزء الأول، 2005.
- ب- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة و القانون، عربي فرنسي إنجليزي الهيئة العامة لشؤون المطابع. مصر 1995 .
- ت- معجم القانون، مجمع اللغة العربية المصري، مصر، 1999 .
- ث- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة 6. 1988،

ثانيا: المراجع

أ- الكتب:

- 1- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، مصر، 2002 .
- 2- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته، مجلة العدل، ع الثاني و العشرون، السنة التاسعة، الأردن.
- 3- ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، الجزء الأول، إدريس فاضلي، نظام الملكية و مدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 .
- 4 - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 5 - إدريس فاضلي، نظام الملكية و مدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 .
- 6 - الخفيف علي، الملكية في الشريعة، الجزء 1، القاهرة 1965.

- 7- **الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد ب**
العالمية، 1989، الجزء الأول .
- 8- **السعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية،**
المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1992 .
- 9- **السيد أحمد مرجان ، تراخيص أعمال البناء و الهدم ، دار النهضة العربية ،**
القاهرة ، مصر، 2002 .
- 10- **الغزالي أبو حامد أحمد، أحياء علوم الدين، ج 2 ، الطبعة 1352.**
- 11- **اللكنوي محمد عبد الحليم، قمر الأقمار على نور الألوان، شرح المنار،**
الجزء 2.
- 12- **احمد إبراهيم ، القانون المدني معلقا على نصوص بالأعمال التحضيرية وأحكام**
القضاء وآراء الفقهاء، القاهرة 1964 .
- 13- **أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو**
لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون ، مجلة الشريعة و القانون،
جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثالثة و العشرون، ع الثامن والثلاثون،
2009.
- 14- **أحمد فراج حسين، عبد الودود السيرتي، النظرية العامة في الفقه الإسلامي**
وتاريخه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر.
- 15- **أحمد فهمي أبو سنّة ، تعداد معايير التعسّف في استعمال الحق وعرضها،**
النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية.
- 16- **أعامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء الحقوق، القاهرة، دار**
النهضة العربية، 1960.

- 17- **أنس محمد عبد القادر**، التعسف في استعم
القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الكتا
- 18- **أنور سلطان**، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار
المطبوعات الجامعية، مصر، 1998 .
- 19- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء
الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2008 .
- 20- **جميل فخري محمد جانم**، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق
التعسفي في الفقه و القانون، دار حامد للنشر و التوزيع، ط 1، الأردن، 2008 .
- 21- **حسن علي الذنون**، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر،
شركة التاييمز للطباعة و النشر، العراق، 1991.
- 22- **حسن كيرة**، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة
القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، مصر، بدون تاريخ نشر.
- 23- **حسن كيرة**، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية،
أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة،
مصر، 1998 .
- 24- **خليل أحمد حسن قدارة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء
الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر،
2010.
- 25- **رمضان أبو السعود**، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و
مصادرها، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003
- 26- **رمضان أبو السعود**، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة
للحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006 .

- 27- زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأم
العصرية، الطبعة الثانية، لبنان، 1962 .
- 28- سعدون العامري، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العلي في القسم
الخاص في كلية القانون، جامعة بغداد سنة 1986 .
- 29- سليمان مرقص، الوافي في شرح الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام ،
أثار الالتزام، أوصافه، إنتقاله، إنقضاؤه، دار الكتب القانونية، الطبعة الثانية، مصر
1992.
- 30- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد الإ رادة المنفردة، العمل غير
المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، منشأة المعارف، مصر ، 2005 .
- 31- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة
بأحكام الفقه الإسلامي و التشريع المصري، دار الخلدونية، للنشر، الطبعة الأولى،
الجزائر، 2010
- 32- عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون،
نظرية الحق، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2008 .
- 33 - عبد الله بن عمر السحيباني، حق الارتفاق وتطبيقته المعاصرة ،كلية الشريعة
والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم.
- 34- عبد الرحمان عزاوي ، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة ،
ط 1 ، عالم الكتاب للنشر و التوزيع ، 2003 .

- 35- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 13 ،
- 36- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 2005 .
- 37- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 38- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 1998 .
- 39- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967.
- 40- عبد العزيز كاظم، جبر الضرر المرتد و تعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1998 .
- 41- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية
- 42- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، ط 1986، جامعة بغداد.
- 43- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و المصري، دار النهضة العربية للنشر، لبنان بدون تاريخ نشر.

44- عبد الناصر توفيق العطار ، تشريعات المباد

مطبعة السعادة ، القاهرة ، مصر ، 1972

45- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني

الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، 2008 .

46- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري،

مطبعة السعادة ، القاهرة ، مصر ، 1972 .

47- علي حسين نجيدة ، محاضرات في النظرية العامة للحق.

48- علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي،

1992

49- علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض ، دون تاريخ نشر، الجزائر،

2002.

50- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية، دعوى التعويض،

دار الكتب القانونية، مصر، 2002 .

51- عواطف زرارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومه،

الجزائر، 2009 .

52- غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة،

حق الملكية، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت 1997 .

53- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في

استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة

دمشق، سوريا 1967.

- 54- **فتحي الدريني**، نظرية التعسف في استعما
الرسالة، الطبعة الثانية، لبنان، 1977 .
- 55- **فتحي عبد الرحيم عبد الله**، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، منشأة
المعارف، الطبعة الثالثة، مصر، 2001 .
- 56- **محمد حسين قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية،
منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2006
- 57- **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة
الجديدة للنشر، مصر، 2006 .
- 58 - **محمد رياض**، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي و
القانون المعارف، الطبعة الثالثة، مصر، 2001 .
- 59- **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة
لالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2011 .
- 60- **محمد كامل مرسي باشا**، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية،
الأموال،
- الحقوق، حق الملكية بوجه عام، الجزء الأول، منشأة المعارف، مصر، 2005 .
- 61- **محمد مصطفى شلبي**، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية
والعقود فيه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1983 .
- 62- **محمد مصطفى شلبي**، تحليل الأحكام، بيروت، دار النهضة العربية، 1981 .
- 63- **محمد وحيد الدين سوار**، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول،
مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 1997 .
- 64- **محمدي فريدة زواوي**، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق،

- 65 - مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار النشر، 1988 .
- 66 - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999 .
- 67- نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى القانون، نظرية الحق، بيروت، دار النهضة العربية، 1996.

أ- الأطروحات

- 1- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية.

ب- المذكرات:

- 1- العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2001-2002 ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر.
- 2- إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، 2011 – 2012، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.
- 3- سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، 2014 ، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- 4- شرقي سعدية، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون الخاص، 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة .

5- فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية

الماجستير، فرع قانون أعمال، 2004، كما

بتيزي وزو ، الجزائر.

عبد الرحمان مجوبي، التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية،

مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2005 - 2006، تخصص عقود و مسؤولية،

جامعة الجزائر.

ت- المجلات:

1- الطحاوي في حاشيته على الدر المختار، ص. ص 3- 215 ، فتح القدير، من

مجلة الأحكام العَدلية .

2- زامل شبيب الركاض، المحامي ، مقال في التعسف في استعمال الحق : رأي

في الأنظمة المقصود بالتعسف لغة.

3- سامح عبد السلام محمد، معايير التعسف في استعمال الحق، مقال.

ث- النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني

المعدل و المتمم.

2- القانون رقم 90 - 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري.

3- لقانون رقم 90 - 29 الصادر بتاريخ 01 /12/ 1990 ، المتعلق بالتهيئة والتعمير،

الجريدة الرسمية العدد 52.

4- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه ، ج . ر عدد 60

المؤرخة في 4 سبتمبر 2005 .

5- القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية.

6- قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني، طبعة

ديسمبر 2014 مصححة ومحينة.

ج- الأحكام القضائية

1- القرار رقم 90943 مؤرخ في 16- 06

العدد الأول، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995 .

2- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25_06_1977.

ح- وثائق

1-الدكتور سعدون العامري، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العلي ،

القسم الخاص في كلية القانون ،جامعة بغداد سنة 1986 .

 **PDF**
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

فكرس الموضوعات

ب..... موضوع الدراسة

ت..... أهمية والهدف من الدراسة

ث..... دوافع اختيار موضوع الدراسة

ث..... الصعوبات والعوائق في معالجة موضوع الدراسة

ج..... المنهج المتبع في معالجة موضوع الدراسة

ج..... الإشكالية المطروحة

ج..... الخطة المتبعة في معالجة موضوع البحث

فصل تمهيدي: أحكام التعسف في استعمال الحق

02..... خطة الفصل التمهيدي

03..... المبحث الأول: ماهية الحق والتعسف

04..... المطلب الأول: ماهية الحق

04..... الفرع الأول: تعريف الحق في الفقه الإسلامي

06..... الفرع الثاني: تعريف الحق في اللغة

07..... الفرع الثالث: تعريف الحق في اصطلاح فقهاء القانون

09..... المطلب الثاني: ماهية التعسف في استعمال الحق

11..... الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق لغة

11..... الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال الحق اصطلاحا

13..... الفرع الثالث: تعريف التعسف في استعمال الحق شرعا

14..... المبحث الثاني: الموقف التشريعي والفقهي من التعسف في استعمال الحق

14..... المطلب الأول: الموقف التشريعي من التعسف في استعمال الحق

14..... الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التعسف في استعمال الحق

16..... الفرع الثاني: موقف بعض القوانين المدنية من التعسف في استعمال الحق

20..... المطلب الثاني: الموقف الفقهي من التعسف في استعمال الحق

- الفرع الأول: أدلة التعسف في استعمال الحق من الـ
- الفرع الثاني: أدلة التعسف في استعمال الحق من الـ
- الفرع الثالث: أدلة التعسف في استعمال الحق من الآراء الفقهية.....25
- الفصل الأول: ماهية التعسف في استعمال حق الملكية**
- 30..... خطة الفصل الأول
- 32..... **المبحث الأول: تعريف التعسف في استعمال حق الملكية**
المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال حق الملكية وتمييزه عما يشابهه
من مفاهيم.....33
- 33..... الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال حق الملكية
- الفرع الثاني : تمييز التعسف في استعمال حق الملكية عما يشابهه من مفاهيم.....37
- المطلب الثاني: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية.....39
- الفرع الأول: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة الفقه.....39
- الفرع الثاني: معايير استنباط التعسف في استعمال حق الملكية من وجهة التشريع..51
- 56..... **المبحث الثاني: حالات التعسف في استعمال حق الملكية**
المطلب الأول: حالات التعسف في استعمال حق الملكية طبقا للمعايير العامة
للتعسف.....57
- الفرع الأول: حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير.....57
- الفرع الثاني : حالة ترجيح الضرر عن المصلحة أو حالة انعدام التناسب
بين مصلحة المالك من استعمال ملكه وما يلحق الغير من ضرر.....59
- الفرع الثالث : حالة عدم مشروعية مصالح المالك التي يرمي إلى تحقيقه.....63
- المطلب الثاني: حالة مضار الجوار غير المألوفة.....64
- الفرع الأول : الإطار المفاهيمي لمضار الجوار غير المألوفة.....65
- الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول تأصيل مضار الجوار غير المألوفة.....74
- الفرع الثالث: اعتبارات تقدير مضار الجوار غير المألوفة.....76
- الفرع الرابع: آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.....79

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن التعسف وتطبيقاته

84..... خطة الفصل الثاني

المبحث الأول: الآثار القانونية المترتبة عن التعسف في استعمال

85..... حق الملكية

85..... المطالب الأول: قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية

الفرع الأول: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال

86..... حق الملكية

الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق

89..... الملكية

المطلب الثاني: جزاء قيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق

103..... الملكية

103..... الفرع الأول: دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية

الفرع الثاني: التعويض في مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق

106..... ملكية

114..... المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية

المطلب الأول: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه

114..... الإسلامي

114..... الفرع الأول: التعسف في حقوق الارتفاق

119..... الفرع الثاني: التعسف في حقوق الجوار

المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية في القانون

121..... الوضعي

122..... الفرع الأول: التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه

124..... الفرع الثاني: التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار

127..... الفرع الثالث: التعسف في حق المرور

133..... خاتمة

138..... قائمة المصادر والمراجع



PDF
Complete

*Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)