

التعسف في استعمال الحق في اطار الملكية العقارية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون عقاري

إعداد الطالبة:
شيبات سماح

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. جابر صالح	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
أ. لموشية سامية	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د. كرام محمد الأخضر	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

شكرًا وعرفانًا

أشكر بثمره عملي المتواضع الله الواحد الأحد الرحمان الرحيم الذي أنار
قلوبنا بالقرآن الكريم و عقولنا بالإيمان ، ووهبنا من عمله العظيم، فجعل طريقنا
سراجا مستقيما، اللهم لك ألف شكر وحمد.

أتقدم بالشكر الخالص إلى كل من ساعدني في اتمام عملي هذا وأخص
بالذكر أستاذتي المشرفة:

الأستاذة سامية لموشية

لما منحته لي من وقت و توجيه و ارشاد.

و الشكر الجزيل لعضوي اللجنة المناقشة،

الأستاذ جابر صالح رئيسا و الدكتور كرام محمد الأخضر مناقشا

الldان شرفاني بقبولهما عضوية لجنة مناقشة هذا العمل لإثرائه و تصويبه
بملاحظاتهم القيمة.

كذلك أتقدم بجزيل الشكر لأساتذتي الكرام في كلية الحقوق و العلوم
السياسية بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي.

مقدمة

إن الملكية ليست فكرة قانونية مجردة، بل هي كذلك فكرة اقتصادية و اجتماعية و ما الجانب القانوني إلا المظهر الخارجي لها، أي التنظيمي للجانب الاقتصادي و الاجتماعي لموضوع الملكية، و هي ليست فكرة حديثة انما ظهرت مع اول ظهور تجمع إنساني، كما انها تطورت في كل جوانبها بتطور المجتمعات البشرية.

و مما لا شك فيه أن إطلاق هذه الملكية بشكل مطلق دون قيد سوف يتسبب في انتشار الاستغلال والاستبداد، لذلك فإن التطور المعاصر لحق الملكية العقارية يتجه نحو التوفيق بين مصلحة الفرد و الجماعة مع ضرورة تقييدها ببعض القيود، و توجيه وظيفتها وجهة اجتماعية لتحقيق الصالح العام.

و ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق باعتباره أوسعها على الإطلاق نظرا لما يمنحه لصاحبه من سلطات واسعة يستأثر بها لوحده دون ان يشاركه فيها أحد، هو كونه حقا جامعا مانعا، فالإنسان دائما يسعى لتحقيق مصالحه من خلال إستعمال ملكه دون وضع اعتبار لما قد ينشأ من أضرار للغير، و من اجل ضمان إستعمال السلطات وفق ما هو مشروع فقد ذهب معظم التشريعات الحديثة و من بينها التشريع الجزائري إلى تقييد مدى استئثار المالك بهذه السلطات عن طريق تقييد المالك بعدم الإضرار بالغير عند استعماله لملكه، و عدم استعماله فيما يتنافى و الغاية التي شرع من اجلها حق الملكية و إلا أعتبر استعماله لحقه تعسفيا و لا يحظى بالحماية القانونية.

ومنه فالملكية العقارية لم تعد حقا مطلقا، بل أصبحت بالإضافة إلى كونها ميزة يتمتع بها المالك حين تؤدي الوظيفة الاجتماعية فإنها حق تقر به معظم التشريعات الحديثة و تخضع بالتالي لمختلف أنواع القيود التي تملئها المصلحة العامة و التضامن الاجتماعي و من بين هذه القيود نظرية التعسف في استعمال الحق التي نحن بصدد البحث فيها.

و استعمال الحق يكمن في استفادة صاحب الحق بمضمونه، و مضمون الحق هو السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، و يتفاوت مقدار ما يمنحه الحق من سلطات من حق إلى آخر، و بالنسبة لحق الملكية العقارية يتمثل مضمونه في مجموع السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك و هي السلطات النظامية التي يحق للمالك أن يباشرها على الشيء الذي يملكه في الحدود الجائزة شرعا و تنحصر في ثلاث سلطات هي استعمال الشيء و إستغلاله و التصرف فيه و هذه السلطات هي التي يستعملها صاحب حق الملكية العقارية في سبيل التمتع بحقه.

و تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق اداة يمكن بواسطتها مساءلة صاحب الحق إذا أضر بالغير وهو يستعمل حقه، لكن المذهب الفردي ظل يدافع عن فكرة عدم مساءلة صاحب الحق على أساس أن الحق مطلق و استعمال الأفراد لحقوقهم لا يعرف أي حدود، أما المذهب الاجتماعي فقد كرس الجماعة على حساب الفرد و ممتلكاته و اعتبر الحق من الجماعة وللجماعة و استلزم ذلك إنكار للفرد و كيانه الذاتي و مصلحته، فباتباع المذهب الفردي نجد ان مجال السلطات المخولة لصاحب الحق يتسع مما يؤدي إلى تضيق دائرة التعسف، و إذا ما اقتربنا للمذهب الاجتماعي فإن مجال التعسف في استعمال الحق يتسع ليضيق معه مجال سلطات صاحب الحق، هذا ما جعل الفقه و القضاء في أواخر القرن التاسع عشر يسعى إلى تحقيق التوازن فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهرا لهذا التوازن بحيث أصبح الحق يتضمن واجبا اجتماعيا يمثل في أن لا يكون استعماله مضرا بالغير أو خارجا عن الغرض الذي تقرر من أجله مع ضمان الحق في الإستعمال لصاحبه.

أهمية الموضوع:

- التعرف على مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية و حالاته و تمييزه عما يشابهه من المفاهيم.
- نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية لها دور مهم في مجال التشريع والاجتهاد، كما لها أهمية بالغة في توضيح حدود استعمال الحق الفردي و غايته الاجتماعية و الاقتصادية.

- تعتبر نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الوسيلة المثلى لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة.
- تعمل نظرية التعسف في استعمال حق الملكية على ضمان الاستعمال القانوني لحق الملكية، و تقييد سلطة الفرد في ممارسة هذا الحق إلى الحد الذي يمنع الاستعمالات التعسفية له.

أهداف الدراسة:

- التعرف على الإطار القانوني لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.
- توضيح حالات قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية العقارية، وتطبيقاتها التي تضمنها القانون الجزائري، و ما ترتبه من آثار.
- بيان دور نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في تقييد سلطة المالك لاستعمالها على وجه مشروع لا يضر بالغير.
- بيان دور نظرية التعسف في ضمان استعمال المالك لاستعمال حقه في مقابل التزامه بعدم الإضرار بالغير و بالتالي تحقيق التوازن بين المصلحة الفردية و المصالح التي تتعارض معها.

في سبيل انجاز هذا البحث واجهتني صعوبات تمثلت في عدم نشر القرارات القضائية رغم وفرتها و بالتالي صعوبة الوصول إليها، بالإضافة لتداخل نظرية التعسف في استعمال الحق مع العديد من المفاهيم الأخرى مما يصعب الفصل و التمييز بينهما، خاصة منها نظرية مضار الجوار غير المألوفة في مجال الملكية العقارية، و ذلك ما دفعنا بالاستعانة بالبحوث الأكاديمية و المقالات العلمية، إذ جاءت أغلبها متتالة لموضوع التعسف في استعمال الحق بصفة عامة و إن تطرقت للملكية العقارية فإن ذلك بإيجاز.

الدراسات السابقة :

لقد أثمر البحث في موضوع التعسف في استعمال حق الملكية العقارية عن إيجاد عديد المراجع التي تتضمنه أو تقاطعت معه في زاوية معينة. و من المراجع التي تقاربت إلى حد كبير

مع موضوعنا مذكرة مقدمة من طرف سعاد بلحورابي المعدة لنيل شهادة الماجستير في القانون بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مولود معمري تيزي وزو المعنونة بنظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي. حيث تطرقت الباحثة في دراستها لنظرية التعسف في استعمال الحق بشكل عام دون التخصص في مجال الملكية العقارية، بالإضافة إلى تطرقها لمدى اختلاف نظرية التعسف في استعمال الحق في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

بالإضافة إلى مذكرة مقدمة من طرف سعدية شرقي معدة لنيل شهادة ماستر في القانون بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة بعنوان التعسف في استعمال حق الملكية، حيث تطرقت الباحثة الى دراسة نظرية التعسف في استعمال الملكية من ناحية مدى اعتبار المالك حرا في استعمال ملكه وهو ضمن حدوده المقررة قانونا.

بالإضافة إلى المذكرة المقدمة من طرف إيهاب علي محمد عبد العزيز معدة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، بجامعة الشرق الأوسط تحت عنوان نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، حيث تطرق الباحث في دراسته لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في مختلف التشريعات العربية، و قد حاول إعطاء نظرة موسعة لهاته النظرية بعرض تطورها التاريخي و بعض تطبيقاتها في بعض فروع القانون و في حقل الملكية العقارية.

الإشكالية:

من خلال ما تم تناوله نطرح الإشكال التالي: إلى أي مدى أعادت القواعد القانونية المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق التوازن بين مصلحة صاحب الحق العيني العقاري و مصالح الغير المتضرر؟

و التي تتفرع عنها التساؤلات الفرعية التالية:

- ما المقصود بالتعسف في استعمال حق الملكية العقارية؟ و على أي أساس تقوم المسؤولية

عنه؟

- ما هي تطبيقات هذه النظرية في مجال الملكية العقارية؟
- ما هو الأثر المترتب عن التعسف في استعمال الملكية العقارية؟
- إلى أي مدى تقيد هذه النظرية سلطات صاحب الحق العيني العقاري؟ و ما هي الضمانات التي يتمتع بها مقابل هذا التقيد؟

منهج الدراسة:

و للإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا المنهج التحليلي و الذي يعتبر من المناهج التي تتطلبها الدراسات القانونية حيث تكون مادة التحليل جاهزة و المتمثلة في الكتاب و الوثيقة حيث السهولة في الحصول على البيانات و المعلومات، و ذلك لتحليل آراء الفقه، بالتالي توضيح موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق.

كما يعمل على توضيح المفاهيم المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، و الآثار الناجمة عنها، بالإضافة إلى تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة لتحديد حالات قيام مسؤولية التعسف عن استعمال حق الملكية و الجزاء المترتب عنها.

تقسيم الدراسة:

و إتبعنا في دراسة الموضوع الخطة التالية قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية، حيث تطرقنا في المبحث الأول لمفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، بينما تناولنا في المبحث الثاني تأصيل نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

أما الفصل الثاني فجاء متناولاً قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية، فتعرضنا في المبحث الأول صور قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال حق في إطار الملكية العقارية، أما في المبحث الثاني فقد تطرقنا لآثار قيام المسؤولية عن التعسف في إطار الملكية العقارية.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية:

يمنح حق الملكية لصاحبه سلطات واسعة يستأثر بها لوحده، وبما أن صاحب الحق يسعى دائما لتحقيق منفعه الخاصة دون وضع أي اعتبار لما قد يسببه للغير من أضرار، فقد أخذت معظم التشريعات بمبدأ تقييد سلطات المالك وتبنت نظرية التعسف في استعمال الحق لضبط الاستعمال المشروع للملكية وتحديد الفعل التعسفي ولتوضيح ذلك أكثر نتطرق لمفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني لتأصيل نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية:

إن التعسف يرد على حق استعمله صاحبه فانحرف في هذا الاستعمال ولتحديد مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية تحديدا مفصلا سنتطرق لتعريفه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له في المطلب الأول أما في المطلب الثاني سنتطرق لطبيعة التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: تعريفه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له:

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، ونتناول في الفرع الثاني تمييز التعسف في استعمال الحق عن الأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الملكية العقارية:

إن التعريف الدقيق التعسف في استعمال الملكية العقارية يتطلب تفكيكه إلى العناصر المكونة له وتناول كل منها بالتعريف على حدة حيث نتعرض بداية إلى تعريف الحق و من ثم تعريف التعسف وصولا الى تعريف الملكية العقارية.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أولاً: تعريف الحق:

بالرغم من شيوع كلمة " الحق " على الألسنة في اللغة الدارجة مما يوحي إلى الأذهان أنها لا تحتاج إلى تعريف إلا أنها أثارت خلافا كبيرا في الفقه القانوني بسبب اختلاف وجهات النظر في تحديد العنصر الأساسي والجوهري في الحق.¹

1. تعريف الحق لغة:

جاء في لسان العرب أن كلمة الحق تستعمل في اللغة للدلالة على عدة معاني منها نقيض الباطل والثابت والواجب واليقين.²

وجاء في قاموس المحيط: أن الحق من أسماء الله تعالى، أو من صفاته، والقرآن، وضد الباطل والأمر المقضي، والموت والحزم.³

2. تعريف الحق اصطلاحاً:

لتعريف الحق اصطلاحاً ينبغي تحديد تعريف الحق في القانون، وتعريف الحق في الفقه الإسلامي.

2. 1. تعريف الحق في القانون:

لتعريف الحق قانوناً ينبغي تحديد تعريفه من جانب التشريع ومن جانب الفقه القانوني.

أ. تعريف الحق في التشريع:

لم يعرف الدستور الجزائري الحق بوجه عام بل اكتفى بتعداد الحقوق التي يتمتع بها المواطن في الفصل الرابع منه، كما أنه اعتبر أن الحق مرادف للحرية رغم الاختلاف الفقهي الموجود بينهما كما احتوى القانون المدني على نصوص عديدة بشأن الحق تعرضت لأنواع

¹ فاطمة الزهراء رابحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص7.

² ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968، ص 49.

³ مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص 385.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

الحقوق،¹ هذه النصوص لم تعرف الحق بوجه عام وحسنا ما فعل المشرع بذلك لأن مهمة تعريف الحق مهمة فقهية كما سنعرضها لاحقا.

ب. تعريف الحق في الفقه القانوني:

سلم أغلب الفقهاء بفكرة الحق باعتبارها فكرة لازمة من الناحية الاجتماعية ومن ناحية الصياغة القانونية، وقد اختلفوا في تعريف الحق كل حسب منظوره مما نتج عنه اتجاه تقليدي ينظر إلى الحق من جهة صاحبه (الاتجاه الشخصي)، أو ينظر للحق من زاوية موضوعه والغاية منه (الاتجاه الموضوعي)، ثم جاء الاتجاه الحديث الذي عرف الحق على انه استئثار وتسلط والذي ينظر للحق من زاوية الغير وأضاف عنصرين هما ثبوت الحق في مواجهة الغير فيجب على الأشخاص احترام الحق الذي يثبت في مواجهتهم بالامتناع عن كل ما يضر صاحب الحق في استئنائه وتسلطه والحماية القانونية فيضمن القانون الحقوق التي تم الاعتراف بها للأفراد ويصبح الاستئثار مشروعاً قانوناً وتعتبر الدعوى من أهم الوسائل الموضوعية لحماية الحق.²

وعليه عرف الأستاذ هشام القاسم الحق على أنه " سلطة أو قدرة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقاً لمصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها "،³ وقد وفق في هذا التعريف بين آراء المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي.

كما عرف الأستاذ حسنين محمد الحق على أنه "مزية يستأثر بها شخص دون سائر الناس بنص قانوني"⁴، حصر هذا التعريف الحق في عنصر الاستئثار وعنصر الإقرار القانوني به، وأهمل عنصر الحماية القانونية وعنصر المصلحة.⁵

¹ عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 11.

² العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2001/2002، ص 212.

³ هشام القاسم، مدخل إلى القانون، دار النهضة، دمشق، سوريا، 1977، ص 132.

⁴ حسنين محمد، الوجيز في نظرية الالتزام، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 1.

⁵ عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 37

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

وعرفه الأستاذ إسحاق إبراهيم منصور الحق على أنه "مزية أو قدرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين مادي أو أدبي"،¹ هذا التعريف جاء بمفاهيم متناقضة كونه أخلط بين فكرة المزية وفكرة القدرة وربط كليهما بما يقره القانون، كما أغفل من جهة أخرى عنصر المصلحة، لأنه لا فائدة من إقرار الحقوق إذا لم تكن تتضمن مصلحة معينة، باعتبار أنه لا دعوى بدون مصلحة.²

وعرف الكاتب عجة الجيلالي الحق على أنه "مزية مشروعة يستأثر بها صاحب الحق وتقع على مصلحة مادية أو أدبية محمية تجاه الغير"،³ هذا التعريف شكل الحق من عنصر المزية المشروعة وعنصر الاستثناء وعنصر المصلحة المادية و الأدبية، بالإضافة إلى عنصر الحماية تجاه الغير المقررة قانونا.

2. 2. تعريف الحق في الفقه الإسلامي:

فقهاء الشريعة الإسلامية لم يهتموا بوضع تعريف للحق، ومرد ذلك انهم رأوه واضحا فاستغنوا عن تعريفه، وأساس استعمال الحق له معنى الثبوت والوجوب وتشتق منه استعمالات كثيرة لا تخرج عن جوهرها عن الحق، وهناك أصوليون حاولوا تعريفه فعرفه محمد بن عبد الحليم اللكنوي بأنه "حكم يثبت"، وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه "مصلحة مستحقة شرعا"، ووضع الشيخ مصطفى الزرقا للحق تعريفا بكونه "اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفا"، واهم ما تتميز به كل هذه التعريفات هي كون الحق حكما ومصلحة.⁴

¹ إسحاق إبراهيم منصور، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 243.

² عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 37.

³ المرجع نفسه، ص 38.

⁴ إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011/2012، ص 29.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ويطلق على الحق في الفقه الإسلامي كل عين أو مصلحة تكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو التنازل عنها أو منع تعدي الغير عليها، فيطلق على العين المملوكة، وعلى الملك نفسه، ويطلق بصفة عامة على المنافع والمصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع و فرضه، إن لفظ الحق كما يطلق على العين فإنه يطلق على المنفعة المالية والأدبية وعلى المال سواء كان منقولاً أو عقاراً أو على مرافق العقار كحق المرور.¹

ويقوم الحق في الفقه الإسلامي على قاعدة مفادها "لا ضرر ولا ضرار" حيث توازن بين حق الفرد وحق غيره حتى لا يكون تعسف، حيث جاء في قول النبي _ صلى الله عليه وسلم _ فيما رواه أبو سعيد الحذري "لا ضرر ولا ضرار" وجاء في بعض الروايات الخاصة بالحديث "من ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه".²

ثانياً: تعريف التعسف في استعمال الحق:

لتحديد تعريف التعسف في استعمال الحق ينبغي التطرق لتعريفه لغة، وتعريفه في الفقه القانوني، بالإضافة لتعريفه في الفقه الإسلامي.

1. تعريف التعسف لغة:

جاء في لسان العرب أن كلمة التعسف تستعمل للدلالة على عدة معاني منها العسف أي السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، وكذلك الاعتساف و التعسيف وهو السير على غير علم ولا أثر، وتعني أيضاً الظلم.³

¹ فاطمة الزهراء راجحي، مرجع سابق، ص 20.

² مرجع نفسه، ص 21.

³ ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968، ص 245.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

وجاء في قاموس المحيط: أن معنى كلمة التعسف هي عسف عن الطريق يعسف، مال، وعدل، وظلم.¹

2. تعريف التعسف في الفقه القانوني:

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف بناء على اختلاف نظرتهم إلى طبيعته، حيث نجد الفقيه (saleilles) عرفه بأنه "انتفاء الحق وليس إساءة استعماله" حيث يبدو من هذا التعريف أنه يعتبر التعسف في استعمال الحق خروجاً عن حدود الحق، وهذا راجع إلى أن الفقيه (saleille) من القائلين بعدم وجود التعسف في استعمال الحقوق إنما هو خروج عن حدود الحق، ولقد رد عليه فقهاء القانون وهم انصار الاتجاه القائل باستقلال نظرية التعسف عن مجاوزة الحق بقولهم "لا مانع مطلقاً من أن يكون عمل الإنسان مشروعاً، أي متمركزاً على حق، كحق الملكية، وادخلاً في نطاقه وحدوده التي رسمها القانون، وغير مشروع بمعنى مخالفته للمبادئ والقواعد القانونية العامة."²

فيعرف التعسف في الفقه القانوني بأنه "انحراف بالحق عن غايته، أو استعمال الحق على وجه غير مشروع، أو هو انحراف على الهدف المشروع."³

ومن تعريفات التعسف في استعمال الحق نذكر ما جاء به الفقيه حسن كيرة بقوله "أن التعسف في استعمال الحق هو تخلف عن غاية الحق أو مناقضتها" وقد عرفه أيضاً منصور مصطفى بأنه "انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق" تعريفهما للتعسف جاء في جملته يوضح الفكرة العامة للتعسف من انحراف، أو التخلف عن غاية الحق، إلا أنها قاصرة عن إعطاء مفهوم شامل ومحدد لمعنى التعسف.

¹ مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 1091.

² سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو لحاج - البويرة، 2013، ص 9.

³ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق (دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2014، ص 27.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

كما عرف التعسف أيضا بأنه "استعمال الشخص لحق له ينشأ عنه ضرر بالغير" يتضح من هذا التعريف أنه يركز على الضرر الذي يلحق الغير من جراء استعمال الحق، ولم يبين لنا حقيقة التعسف ومضمونه.¹

من خلال التعريفات السابقة يتضح بأن التعسف في استعمال الحق يتحقق بمباشرة صاحب الحق للسلطات التي يمنحها له القانون، على أن تكون الغاية من الفعل غير مشروعة.

3. تعريف التعسف في الفقه الإسلامي:

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية تعبير "المضارة في الحقوق" على إساءة استعمال الحق، كما ورد في كتب الأصول إطلاق "الاستعمال المذموم" على التعسف، كما يعرف التعسف في الشريعة الإسلامية بأنه "تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتادا شرعا".²

ثالثا: تعريف حق الملكية العقارية:

لتحديد تعريف الملكية العقارية يقتضي تعريف العناصر المكونة له كل على حدة، ومنه سنتعرض لتعريف الملكية، ثم لتعريف العقار.

1. تعريف حق الملكية:

لتعريف الملكية تحديدا دقيقا يستوجب تعريف حق الملكية لغة و اصطلاحا،

1.1. تعريف حق الملكية لغة:

جاء في لسان العرب أن كلمة ملك تعني ما ملكت اليد من مال، والملك هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.³

¹ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 10.

² أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 29.

³ ابن منظور، مرجع سابق، ص 492.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

وجاء في قاموس المحيط أن الملكية نسبة إلى الملك، مَلَكَه، يَمْلِكُه، مَلَكًا، وهو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، وماله ملك، شيء يملكه، وأملكه الشيء وملكه إياه تمليكًا.¹

1. 2. تعريف حق الملكية اصطلاحا:

لتحديد تعريف حق الملكية اصطلاحا يقتضي تعريفها قانونا، ثم تعريفها في الفقه القانوني.

أ. تعريف حق الملكية قانونا:

بالرغم من أن التعاريف تعد أصلا من عمل الفقه إلا أن المشرع يضع تعريفات قانونية لبعض المصطلحات ومنها فيما يخص الملكية، نص التقنين المدني الفرنسي في المادة 544 منه على أن "الملكية هي حق (الانتفاع بالأشياء والتصرف فيها بالطريقة الأكثر إطلاقا بشرط عدم استعمالها على وجه تحرمه القوانين واللوائح".²

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، نجده يعرف الملكية العقارية من خلال نص المادة 674 من القانون المدني³ التي تنص "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

فالمشرع الجزائري لم يجعل حق الملكية مطلقا بل نص على أن هذا الحق مقيدا بما فرضه القانون من قيود، وقد سائر المشرع الجزائري ما جاء به التقنين المدني الفرنسي الذي عرف حق الملكية في نص المادة 544 منه وقيدتها هو الآخر بقيد عدم استعمالها بما يخالف القوانين والأنظمة.⁴

¹ مجد الدين الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص 1554.

² سميحة حنان خواجية، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2007 / 2008، ص 7.

³ الأمر (75 - 58) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة لسنة 1975.

⁴ عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 10.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

كما أن المشرع اكتفى في هذا التعريف بتحديد السلطات في سلطتي (الانتفاع والتصرف، وأغل سلطة الاستعمال، وذلك تأثراً بنص المادة 544 من القانون المدني الفرنسي التي اقتضت على ذكر السلطتين أيضاً، فالمشرع اكتفى بلفظ (الانتفاع) كتعبير لسلطتي (الاستعمال والاستغلال) فكلاهما لهما معنى استعمال للشيء، فإذا استعمل المالك الشيء بنفسه سمي هذا استعمالاً، وإذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استعمالاً.¹

ب. تعريف الملكية في الفقه القانوني:

تعددت التعاريف بشأن حق الملكية، إلا أنها كلها تشترك في اعتبار حق الملكية حقاً بمقتضاه يوضع الشيء تحت إدارة وتصرف شخص يكون له دون غيره حق (الانتفاع والتصرف وذلك في إطار ما يسمح به القانون وفيما يلي بعض تعاريف فقهاء القانون لحق الملكية بصفة عامة:

يعرف عبد الرزاق السنهوري حق الملكية بقوله هو "حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"،² حيث يتضح من هذا التعريف أن حق الملكية يخول لصاحبه ثلاث سلطات حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في حدود ما يسمح به القانون.

وقد عرف الأستاذ بلحاج العربي حق الملكية في القانون المدني على أنه هو الحق العيني الأصلي الذي يرد على شيء معين من الأشياء، من المنقول أو العقار على حد سواء، وهو حق قاصر على المالك وحده يخول لصاحبه سلطة مباشرة لاستعمال واستغلال والتصرف في هذا الشيء، وذلك في حدود القانون، بأن لا يستعمله استعمالاً تحرمه الأنظمة واللوائح التنظيمية.³

¹ إدريس فاضلي، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 260.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 493.

³ بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 37.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

بين هذا التعريف أن عناصر حق الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، كما وضح أن حق الملكية حق مقصور على صاحبه، وهو المالك الشرعي، وبأن التصرف في العين المملوكة يكون في حدود القانون، وأن حق الملكية من الحقوق المضمونة المعتبرة من النظام العام التي يحميها القانون مدنيا و جنائيا، فلا يجوز التعدي على حق الملكية، ولا يجوز نزع ملك أحد بلا سبب شرعي يقره النظام.¹

2. تعريف العقار:

لتحديد تعريف العقار يستوجب تعريفه لغة و اصطلاحا.

2. 1. تعريف العقار لغة:

بفتح عينه وقافه والذي جمعه عقارات، وهو الشيء الثابت بطبيعته وأصله.²

2. 2. تعريف العقار اصطلاحا:

عرف المشرع الجزائري العقار بمقتضى المادة 683 من القانون المدني على أنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"³

بعد تعريف الملكية والعقار كل على حدة نتطرق لتعريف حق الملكية العقارية الذي تضمنه القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري⁴ في المادة 27 منه كما يلي "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"، ومن خلال نص المادة أعلاه، نلاحظ أن المشرع أعطى

¹ بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 38.

² سمية حنان خوادجية، مرجع سابق، ص4.

³ مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 9.

⁴ القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية رقم 49، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990، ص 1560.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

تعريفاً للملكية العقارية الخاصة، في حين جاء في تعريف نص المادة 674 من القانون المدني عاماً، أي أنه عرف حق الملكية بصفة عامة.¹

ومنه يمكن القول بأن الاستعمال الضار للملكية إذا لم يخرج المالك فيه عن الحدود الموضوعية لهذا الحق يعد تعسفاً في استعمال الحق، فنظرية التعسف تأتي هنا لتقييم التوازن بين عنصرَي الفردية والجماعية الذين يمتاز بهما حق الملكية، وهذا ما يجسد العلاقة التي تربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية،² والأخذ بفكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تجعل هذا الحق مقيداً بقيود في شكل التزامات قررت لصالح الأفراد مما يوجب على المالك أن يراعيها عند ممارسته لحق الملكية،³ مما يثير التساؤل حول المعايير التي تم عل أساسها تحديد هذه الالتزامات و هو ما سنحاول الإجابة عنه في مواضع متقدمة من هذا البحث.

وما يمكن استنتاجه بعد تعريف هاته العناصر كل على حدة أن حق الملكية يتمتع بحماية قانونية طالما كان استعماله موافقاً للأنظمة و القوانين، فإذا اصطدم استعمال حق الملكية بهذه القوانين والأنظمة اعتبر الاستعمال غير مشروع، واعتبر المالك متعسفاً ويسأل مسؤولية تقصيرية.⁴

الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الأنظمة المشابهة له:

لفظة التعسف تتشابه مع العديد من المصطلحات لذا وجب تمييزها عنها.

¹ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 11.

² رشيد شمشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 19.

³ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 49.

⁴ رشيد شمشم، مرجع سابق، ص 21.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أولاً: تمييز التعسف عن الخطأ:

يعرف الخطأ على أنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك الشخص بهذا الانحراف، والشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة قانونية أو عندما يستعمل حقاً خول له القانون.¹

وقد كان رجال القانون سابقاً يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية التقصيرية، فإذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في استعمال الرخصة توفر ركن الخطأ، أما عندما يستعمل حقاً فلا يتوفر ركن الخطأ إلا إذا جاوز حدود هذا الحق، فإذا استعمل حقه دون مجاوزة هذه الحدود فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير وإنما المسؤولية تتحقق وفق ما يراه أصحاب الفقه الغربي الحديث وأطلقوا عليها اصطلاح "التعسف في استعمال الحق".²

ثانياً: تمييز التعسف عن الإساءة:

يستعمل شراح القانون والفقه المعاصر في الغالب لفظين هما "التعسف" و"الإساءة"، وهما لفظان مترادفان عند ربطهما باستعمال الحق، لكن كثيراً ما تستخدم اللفظة الأولى (التعسف) عند الحديث عن الحقوق و استعمالها، أما اللفظة الثانية (الإساءة) فكثيراً ما يستخدمها شراح القانون في المجال الإجرائي حيث يقال إساءة استعمال الحق في التقاضي مثلاً.³

ويرى الدكتور عباس الصراف بأن هناك اختلاف بين إساءة استعمال الحق والتعسف فيه، فعندما يجرى الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بالعنصر الأساس في المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، فمن يبني بناء بطريقة غير سليمة يميل معها البناء على الشارع

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (المسؤولية التقصيرية الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011، ص 30.

² المرجع نفسه، ص 47.

³ سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 55.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ميلانا يعرض أرواحا المارة للخطر يكون بعمله هذا قد أساء استعمال حقه، فهذه الحالة من حالات الخروج عن الحق أي عدم وجود حق أصلا وهو تعد يوجب المسؤولية التقصيرية، أما التعسف في استعمال الحق فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استعماله وفقا للمعايير التعسف وذلك بقصد الإضرار بالغير، أو أن المصلحة من استعماله غير مشروعة أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير.¹

ثالثا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مضار الجوار الغير مألوفة:

ينبغي التمييز بين المعنيين، إذ يحمل كل منهما فكرة مختلفة ومستقلة عن الأخرى

فالدكتور عبد الرزاق السنهوري يعتبر مضار الجوار الغير مألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق إذ يقول "فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا في استعمال الحق بل هو خروج عن حدود الحق.." فالخروج عن الحد المألوف الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً عن حدود الحق وليس تعسفا في استعمال الحق.²

كما أنه في حالة التعسف في استعمال حق الملكية، يكون هناك إما قصد المالك إضرار الجار أو رجحان مصلحة الجار رجحانا كبيرا أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا، بينما في حالة مضار الجوار الغير مألوفة قد لا يكون هناك أي خطأ من جانب المالك وقد لا يكون قاصدا التعسف في استعمال حق ملكيته، ولكن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بجاره في هذه الحالة لا يعرض المالك جاره عن الضرر إلا إذا كان غير مألوف أي ضررا فاحشا، ولا يعرض عن الضرر المألوف أي الضرر الذي يمكن تجنبه بين الجيران³

¹ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 55.

² زرارة عواطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 80.

³ المرجع نفسه، ص 82.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

بالإضافة إلى أن المسؤولية عن مزار الجوار استبعدت عن الإطار الذي ترسم فيه معالم المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق باعتبار أن المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة يمكن أن تظهر في جانب المالك دون أن تستلزم ظهور تجاوز المالك في استعماله لحق الملكية ودون أن يكون قاصدا الإضرار بالغير وإنما يقوم بممارسة حقه بصورة طبيعية وحدود الممارسة الطبيعية قد ينشأ ضرر غير مألوف، ومنه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق تبقى ضمن إطار مفهوم المسؤولية الشخصية الناجمة عن الخطأ الشخصي، في حين أن المسؤولية الناجمة عن مزار الجوار غير مألوفة تبقى ضمن إطار المسؤولية الموضوعية تثار في كل مرة يتوفر الضرر بمعناه الغير مألوف دون حاجة لتوفر الخطأ بمعناه التقليدي.¹

وبلاحظ في هذا الصدد وجود تناقض بين المادتين 691 من القانون المدني و124 مكرر، حيث أن المادة 691 المتعلقة بمزار الجوار غير المألوفة تقيم المسؤولية على أساس الضرر دون أن تقيم لسلوك المتسبب فيه أي وزن، وتصف ذلك بأنه تعسف، أما المادة 124 مكرر المتعلقة بحالات التعسف تعطي وصفا عاما على أن كل تعسف خطأ²، فالمادة 124 مكرر لا تستغرق المادة 691 ولا تغني عنها و القول أن معيار تجاوز مزار الجوار المألوفة يدخل ضمن معيار رجحان الضرر الذي ينزل بالغير عن المصلحة التي يحققها المالك قول خاطئ لأن هذا المعيار يتطلب ضالة المصلحة مقارنة بالضرر، بينما ما تتطلبه المادة 691 هو مصلحة جدية للمالك وضرر غير مألوف يحدث بالجار.³

فلو أراد المشرع تبرير حصول الجار المضروب على التعويض على أساس التعسف لوضع نظرية مزار الجوار كمعيار من المعايير المنصوص عليها في المادة 124 مكرر، كما

¹ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 65.

² حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2011، ص 94.

³ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 161.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أننا لا يمكن إدراجها ضمن معايير التعسف لأنها تنطوي كلها على نية الإضرار بخلاف نظرية مضار الجوار غير المألوفة التي لا تنطوي على أساس نية الإضرار.¹

رابعاً: تمييز التعسف في استعمال الحق عن التعسف في استعمال السلطة:

في المفهومين هناك خطأ يرتكب إما من السلطة الإدارية أو من صاحب الحق، وكلاهما يكمن في استعمال ميزة منحها له القانون استعمالاً مبالغاً فيه، والجزاء فيهما إما الإلغاء أو التعويض أو كلاهما، ففي التعسف في استعمال السلطة يكون الجزاء إما إلغاء القرار المطعون فيه أو التعويض للأضرار المتسببة بضحية القرار، وفي التعسف في استعمال الحق يكون الجزاء إما إلزام صاحب الحق بإزالة الضرر أو بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بغيره أو كليهما.

مجال نظرية التعسف في استعمال الحق هو القانون الخاص، ومجال نظرية التعسف في استعمال الحق هو القانون العام.

كما أن الضمانات الممنوحة للمواطنين في التعسف في استعمال السلطة أكبر من تلك المعطاة في حالة التعسف في استعمال الحق، ففي التعسف في استعمال السلطة هناك قضاء الإلغاء وقضاء التعويض وقضاء التأديب، وذلك سببه أن السلطة التنفيذية عندما تخرج في قرارها عن نطاق المشروعية تهدد الحريات العامة وهذا أخطر من الإساءة للغير أثناء استعمال حق ما، حيث لا يوجد إلا قضاء التعويض.²

خامساً: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن الحق

يعتبر الخروج عن الحق تجاوزاً لحدود الحق التي رسمها القانون.³

¹ سارة بولقواس، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013/2014، ص 39.

² إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 84.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب) الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008، ص 110.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

إن كلاهما يعد خطأ تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، فالخروج عن حدود الحق هو تجاوز للشخص لسلطته، أي أن الشخص الذي يخرج عن حدود حقه فهو يعمل بغير حق، أما التعسف في استعمال الحق هو إخلال بالتزام قانوني عند مباشرة سلطة من سلطات الداخلية في حدود الحق، فالشخص الذي يقيم بناء على أرضه فيتجاوزها ويبنى على أرض جاره يعد خروجاً عن حدود حقه، بينما الشخص الذي يقيم حائطاً مرتفعاً بقصد حجب النور والهواء عن جاره إضراراً به يعد تعسفاً في استعمال حقه.¹

ومنه يختلف النظامان في كون الخروج عن الحق يكون فيه العمل الضار مرتباً للمسؤولية ولو لم يكن هناك سوء نية، أما في التعسف في استعمال الحق فغالبا ما توجد نية الإضرار، إذا ما علمنا أن هناك نظرية تؤسس التعسف على نية الإضرار، كما أن الخروج عن الحق يسبب دائما المسؤولية التقصيرية ويرتب التعويض عن الضرر، أما في التعسف فإن المسؤولية قد تكون تقصيرية أو عقدية أو قيда على الحق، ويكون التعويض غالبا بإصلاح الضرر خصوصا في مجال الملكية العقارية.²

أما من ناحية الإثبات فإثبات الضرر في حالة الخروج عن الحق تطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية المدنية لأنه انحراف في سلوك الشخص المعتاد، أما في التعسف في استعمال الحق يصعب إثباته خصوصا إذا كان الضرر ضئيلا ولم يتجاوز المالك حقه تجاوزا كبيرا.³

المطلب الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق:

يقصد بطبيعة التعسف الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق ولقد اختلف الفقه حول طبيعة التعسف في استعمال الحق فانقسموا إلى اتجاهين أحدهما يرد مسؤولية الشخص

¹ بولقواس سارة، مرجع سابق، ص 35.

² إيهاب علي محمد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 79.

³ المرجع نفسه، ص 80.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

المتعسف في استعمال حقه إلى نظام المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ، أما الاتجاه الثاني فيرد هذه المسؤولية إلى نظرية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية.

ومنه سنتطرق في الفرع الأول الرأي القائل باستقلالية نظرية التعسف في استعمال الحق عن نظرية العمل الغير مشروع، أما في الفرع الثاني فسننتظر للرأي الذي يعتبر التعسف نظاماً للمسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: استقلالية نظرية التعسف في استعمال الحق عن نظرية العمل غير

المشروع:

يذهب هذا الرأي إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق ذو طبيعة خاصة يتعين إخراجها من نطاق المسؤولية التقصيرية لأنه ليس بخطأ حسب المعنى الدقيق للمصطلح بل في الأصل هو تصرف مشروع ولكن نظراً لما سببه من ضرر للغير دون فائدة مبررة اعتبره المشرع فعلاً غير مشروع¹، أي أن التعسف لا يرد إلا بشأن استعمال حق أحدث ضرراً بالغير ولم يكن لصاحبه فيه مصلحة مشروعة أو ذات قيمة، وبالتالي ينظر إلى التعسف من خلال هدف الحق الاقتصادي والاجتماعي.²

وفقهاء هذا الاتجاه اختلفوا في آرائهم فمنهم من ربط التعسف بمبادئ الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية للحقوق ومنهم من ربط نظرية التعسف بفكرة الحق ذاته.

فقد نادى الفقيه (salleilles) بالقول باستقلال نظرية التعسف عن الخطأ لأن التعسف لا يمثل إخلالاً بالتزام قانوني أو تعاقدية وإنما يثير مشكلة تتعلق بالأخلاق. وأنتقد هذا الرأي باعتباره يطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم الاختلاف القائم بينهما.³

¹ الجليلي عجة، مرجع سابق، ص 523.

² أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 50.

³ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 56.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

بذلك يمثل التعسف صلة بين الحق و الأخلاق، حيث هنالك مشروعية أخلاقية بجانب المشروعية القانونية، وبالتالي إذا تم ممارسة الحق بطريقة غير أخلاقية يكون هناك تعسف في استعمال الحق، أو إذا استعمل بسوء نية أو أنانية.¹

أما الفقيه (cambio) فقد ربط التعسف في استعمال الحق بالمبادئ الاجتماعية حيث يرى بأنه لكل حق حدود موضوعية وحدود تتصل بالغاية الاجتماعية التي منح من أجلها هذا الحق وعلى هذا الأساس يعد متعسفا كل شخص يستعمل حقه بصورة غير اجتماعية. وأنتقد هذا الرأي في غلوه في وصفه لغاية الحق الاجتماعية في حين أن الحق ذو طبيعة مزدوجة فردية و اجتماعية،² إذ يجب أن تكون غاية الحق هي الموازنة بين المصالح الاجتماعية في المجتمع سواء كانت هذه المصالح مباشرة كالمصلحة العامة، أو غير مباشرة كالمصلحة الخاصة أو الفردية.³

وهناك جانب من الفقه يجعل لنظرية التعسف في استعمال الحق كيانا مستقلا لا يستند على القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، فهو يرتبط بفكرة الحق ذاته ويستمد وجوده كنظرية من فكرة النزعة الجماعية في الحقوق وتكييفه على هذا النحو يبين حقيقة التعسف.⁴

لأن تكييف التعسف بأنه صورة من صور المسؤولية التقصيرية يهمل سبب تشريع هذه النظرية وهي إعطاء القاضي السلطة لمراقبة استعمال الحقوق لمنع الإضرار بالغير، وهذه السلطة أوسع نطاقا من سلطته في المسؤولية التقصيرية التي تشترط وقوع الخطأ.⁵

¹ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 50.

² سعدية شرقي، مرجع نفسه، ص 56.

³ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 50.

⁴ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 52.

⁵ المرجع نفسه، ص 54.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

الفرع الثاني: التعسف كنظام للمسؤولية التقصيرية:

يوجد جانب كبير في الاتفاق حول كون التعسف واحد من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، غير أن الاختلاف يكمن في تأصيل التعسف في حد ذاته، فهناك من يعتبره تجاوزاً لحدود الحق، وفي ذلك إنكار لنظرية التعسف، فيما يرى البعض الآخر أن التعسف خطأ من نوع خاص، وآخرون يعتبرون التعسف بمثابة الخطأ، إذ يعتبر المتعسف مخطئاً في استعمال حقه سواء كان الخطأ جسيماً أو يسيراً¹ وسنتطرق لهاته الآراء بشيء من التفصيل على النحو التالي:

أولاً: التعسف في استعمال الحق مساو للخروج عن الحق:

لقد تزعم الفقيه الفرنسي (planio) الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق لا يعدو أن يكون تجاوزاً للحق، وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية وشرحاً لرأيه يذهب ذات الفقيه إلى القول أن "الحق ينتهي حين يبدأ التعسف".²

وفي رأيه أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون متفقاً مع القانون ومخالفاً له في نفس الوقت، وعلى ذلك إن وجد تعسف في سلوك الأفراد فإن ذلك لا يكون عند استعمالهم لحقوقهم وإنما يكون عند تجاوزهم لحدود هذه الحقوق المرسومة قانوناً، ومنه فالعمل في هذه الحالة يكون دون حق،³ ويترتب على ذلك عدم وجود استعمال تعسفي لحق معين، لأن الشخص لا يكون في حالة استعمال "حق" بل يكون فعله بمثابة خطأ يقع خارج دائرة الحق لأن الالتزام بدائرة الحق يفترض مراعاة الأحكام القانونية التي تقره وتحميه.⁴

¹ مونة مقالاتي، التأصيل القانوني لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية (دراسة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)، مجلة دراسة وأبحاث، المجلد 7، العدد 19، جامعة قلمة، الجزائر، 2015، ص 402.

² عواطف زرار، مرجع سابق، ص 60.

³ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 27.

⁴ الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 522.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أنتقد هذا الرأي نظراً لما يشوبه من خلط بين مفهومين هما والتعسف¹، فالفرق بينهما ظاهر، فالخروج عن الحق يسبب دائماً المسؤولية التقصيرية ويرتب التعويض عن الضرر، أما في التعسف فإن المسؤولية تكون تقصيرية أو عقدية ويكون التعويض غالباً بإصلاح الضرر خصوصاً في مجال الملكية العقارية²، كما أن التعسف في استعمال الحق يفترض فعلاً في إطار المشروعية والحدود المرسومة قانوناً، بينما الخروج عن الحق يفترض فعلاً خارج إطار المشروعية أي عمل مشروع في ذاته تقحم مسؤولية فاعله³.

بالإضافة إلى أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يدخل الشخص نطاق ممنوع عليه ويعتبر هذا التجاوز مجرد تعد على الغير، أما في حالة التعسف في استعمال الحق فإن الشخص لا يتجاوز حدود حقه ويستعمله في النطاق المحدد له ومع ذلك لا يقر القانون هذا الاستعمال إذا تعسف صاحب الحق⁴.

ثانياً: التعسف هو خطأ من نوع خاص:

نادى جانب من الفقه في مقدمتهم (Josserand) بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية⁵، لكن دائماً في نطاق المسؤولية⁶، فهو مستقل عن نطاق الخطأ العادي التقليدي المعروف في المسؤولية التقليدية إذ إنه خطأ اجتماعي أكثر منه خطأ يمس مصلحة شخصية للغير⁷.

وفي سبيل تأييد رأيه قسم (Josserand) الأعمال إلى ثلاثة أنواع مستقلة تقيم مسؤولية صاحبها وهي الأعمال المخالفة للقانون هي تجاوز حدود الحق وتمثل على حق آخر والأعمال

¹ رشيد شمشم، مرجع سابق، ص 55.

² مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص 402.

³ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 27.

⁴ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 61.

⁵ رشيد شمشم، مرجع سابق، ص 55.

⁶ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 61.

⁷ الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 523.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

غير المشروعة هي استعمال الحق على نقيض غايته وهدفه وتمثل انحراف بالحق، وأخيرا العمل الفاحش فهو عمل متفق عليه قانونا غلا أنه يؤدي إلى اضرار غير عادية فاحشة تلحق الغير، ويجد ذات الفقيه التعسف في استعمال الحق نطاقه في الأعمال غير المشروعة، فالعمل في أصله مشروع ولكنه يتصادم مع روح الحق وغايته الاجتماعية، ولذلك كان خطأ متميزا عن الخطأ التقصيري العادي ويعتبر خطأ اجتماعيا لأنه ينطوي على استعمال الحق ضد مصلحة المجتمع.¹

ويصل (Josserand) إلى القول بوجود نوعين من الخطأ: خطأ يقع خارج استعمال الحق وهو الخطأ العادي، وخطأ يقع في استعمال الحق وهو الخطأ الاجتماعي أي التعسف في استعمال الحق.²

أنتقد هذا الرأي على أنه يفتح المجال لتحكم القضاة أثناء بحثهم عن الغرض الاجتماعي للحق، فضلا عن أن بحث القاضي عن الغرض الاجتماعي يخرج من نطاق وظيفته وهي تطبيق القانون إلى البحث في النواحي السياسية والاجتماعية لأن غائية الحق ترتبط بهذه المفاهيم.³

وبالرغم من أن هذا الرأي يمثل خطوة تقدمية بالنسبة إلى مذهب التعسف بالخطأ العادي، إلا أنه لم يتوصل النتيجة التي تقود إليها مقدمته، فإذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدي قاصرة في نظر هذا المذهب عن الإحاطة بفكرة التعسف فما الداعي إلى التمسك بها وابتداع نوع متميز من الخطأ للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف.⁴

¹ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 30.

² المرجع نفسه، ص 30.

³ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 56.

⁴ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 55.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ثالثاً: التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ:

هذا الاتجاه يكيف التعسف في استعمال الحق على أنه تطبيق عاد لفكرة الخطأ المنتج للمسؤولية التقصيرية بحيث يعد هذا الفعل كخطأ متى كان بنية الإضرار بالغير ويقاس هذا الفعل بالنظر إلى تصرفات الرجل العادي وسلوكه المألوف.¹

فالشخص ملزم بالعمل بعناية وبطريقة يتحاشى بها الأضرار التي قد تصيب الغير، وذلك بحذر و حرص، وبغض النظر عن كون العمل المكون للخطأ قد جرى بمناسبة استعمال الحق أم لا فيعد مرتكباً خطأ تقصيرياً من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، ويعد مرتكباً خطأ شبه تقصيري من يستعمل حقه دون قصد الإضرار بالغير ولكن بإهمال وعدم يقظة.²

ويعتبر أصحاب هذا الرأي التعسف خطأ دون الخروج عن الحدود الموضوعية للحق وله:

صورة تقليدية تتمثل في الإخلال بحق الغير، وذلك بالخروج عن حدود الرخصة التي أباحها القانون، أو الخروج عن حدود الحق، وهذا هو الخطأ بالمفهوم التقليدي، وبموجب هذه الصورة من الخطأ لا يسأل صاحب الحق إذا لم يخرج عن حدود حقه لذا فهذه الصورة لا تستوعب فكرة التعسف، أما الصورة الحديثة تتمثل في الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه ملتزماً حدود هذا الحق.³

فقد تزعم هذا الرأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله " فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هو إذا ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض"، ويقول أيضاً "ويبقى التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد".⁴

¹ الجليلي عجة، مرجع سابق، ص 523.

² عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 60.

³ رشيد شمش، مرجع سابق، ص 126.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 955، 956.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أنتقد هذا المذهب باعتبار أن القول بأن التعسف تطبيق من تطبيقات الخطأ فيه تجاهل لما للحق من غاية يجب الاعتداد بها عند تقدير استعماله، وإقحام على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق،¹ كما أنه من غير المعقول القول بعدم مسؤولية الشخص إذا ألحق ضرراً بالغير إذا لم يجاوز الحدود التي رسمها القانون، والصواب أن يقال بقيام مسؤوليته لأنه بإضراره بالغير يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي وهذه الصورة تسمى بالتعسف في استعمال الحق.²

و سنتعرض لموقف المشرع الجزائري من طبيعة نظرية التعسف في استعمال الحق عند تأصيل هذه النظرية.

المبحث الثاني: تأصيل نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة تمتد جذورها إلى الماضي البعيد فقد مر القانون بمراحل متعددة في نظريته لهذه النظرية قبل أن يستقر عليها الفقه القانوني الحديث كنظرية واضحة المعالم يستمد منها أهل القانون تشريعاتهم بحسب ما يرونه محققا للتوازن بين المصالح العامة ومصالح الأفراد، فقد عرفها الرومان وانتقلت بعد ذلك إلى القانون الفرنسي القديم الذي يعد نقلا عن القانون الروماني ثم مجموعة نابليون لسنة 1804م، لتستقر في مختلف التشريعات الحديثة بعد مرورها بجملة من التطورات عبر إطار زمني طويل، وذلك بالأخذ بما وصلت إليه الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول للنظرية فقد سبقت القوانين الوضعية في تطبيق هذه النظرية، ومنه نسعى في هذه الدراسة لمحاولة معرفة كيفية التي تبلورت بها فكرة التعسف في استعمال الحق وتأصلت في القوانين الوضعية.

ومنه سنخصص المطلب الأول لفكرة التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة والمطلب الثاني سنخصصه لنظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة.

¹ سعيدة شرقي، مرجع سابق، ص 54.

² فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 28.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

المطلب الأول: في التشريعات القديمة:

نظرية التعسف في استعمال الحق لم تعرف كنظرية عامة في تشريعات القديمة، وإنما عرفت كمجرد فكرة ذات تطبيقات قانونية موزعة عبر قوانين عديدة وعليه سنتقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتناول في الفرع الأول فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني، أما في الفرع الثاني سنتناول فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم ثم نتطرق في الفرع الثالث لفكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني.

عرف الرومان قديما فكرة مضمونها أن الحقوق تتقيد بغاياتها وفقا للقاعدة القانونية التي تقرر "أن أحكام القانون هي أن يحيا الفرد آمنا ولا يؤدي أحدا وأن يؤدي لكل ذي حق حقه".¹

كما عرف القانون الروماني القديم فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة وهي صورة تقتصر على تعمد الإضرار بالغير، وذهبوا إلى أن الهدف الذي يؤدي إليه الحق هو تحقيق النفع لا الضرر، كما عارضوا استعمال الحق إذا كان صاحبه يقصد إلحاق الضرر بالغير فقط،² وقد ركز القانون الروماني على مصلحة الفرد وقدم المصالح الخاصة عن المصالح العامة، ولذا كان قائما في أساسه على نظرية الحق المطلق، أي على السلطة المطلقة.³

ومن خلال بعض الأقوال الصادرة عن الفقهاء الرومان أمثال "الغلو في الحق غلو في الظلم" و"سوء النية لا يستحق الرعاية" يلاحظ بأن الفكر القانوني الروماني قد عرف التعسف في استعمال الحق.⁴

¹ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 13.

² العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 263.

³ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 7.

⁴ عمار حننيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود مسؤولية، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2014/2015، ص 21.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ومن الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني نصوص صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق، لأن الشرائع القديمة كالقانون الروماني لم تكن وليدة نظريات، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الحقيقية التي عرضت على الفقهاء،¹ ومنه فالقانون الروماني عرف التعسف في استعمال الحق من خلال بعض الأقوال ولم يعرفه كنظرية عامة، وتعتبر هذه الأقوال مجرد تطبيقات.

من بعض التطبيقات القانون الروماني التي تخص حق الملكية فإنه لا يسأل المالك إذا أساء استعمال هذا الحق، فهو حق فردي مطلق، إلا أن استعماله بنية الإضرار بالغير كان ممنوعاً²، وقد ورد في كتاب النظم للفقهاء (جستينيان) أن "من يترك عقاره المخرب بحالة تهدد سلامة عقار الجار يعتبر ظالماً"، وذهب (إيلبيان) إلى أن "للمالك القيام بعمل حفر في أرضه من شأنها قطع العروق النابعة في عين جاره، وليس للجار أن يرفع عليه دعوى الغش مادام لم يقصد من الحفر الإضرار به"،³ ويرى (لا بيون) أن "بإمكان المالك أن يهدم مجرى المياه التي بأرضه ولو أدى ذلك إلى حرمان الجار منها شريطة أن لا يكون ذلك بقصد الإضرار بالجار وإن يكون هدف المالك هو منع الضرر المتولد من جريان هذه المياه بأرضه".⁴

ومنه فالقانون الروماني وردت فيه تطبيقات قامت على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة، أكثر من كونها تطبيقاً حقيقياً لنظرية التعسف.⁵

¹ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص 295.

² رشيد شمشم، مرجع سابق، ص 29.

³ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 297.

⁴ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 23.

⁵ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 299.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

الفرع الثاني: فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم:

ورث القانون الفرنسي القديم فكرة التعسف عن القانون الروماني، لكن على نحو أكثر اتساعاً فلم يعد التعسف محصوراً في استعمال الحق بنية الإضرار فحسب بل أصبح ممنوعاً كذلك في حالة انتفاء المصلحة أو المنفعة الجدية التي تعود على صاحبها.¹

فقد أجمع فقهاء القانون الفرنسي القديم على الحد من سلطات المالك، فقد ذهب "بوتيه" إلى أنه لا يجوز للمالك أن يأتي عملاً مضراً بالجار ومناقضاً للالتزامات الجوار، بمعنى أن حق المالك في استعمال ملكه محدود بعدم الإضرار بجاره، فإذا أضر به كان متعسفاً،² وقال "جي كوكي" أنه يجوز للمالك الحقل أن يحفر حفراً لتصريف الماء الضار بفلاحة الأرض ولو ترتب على ذلك الإضرار بالجيران بشرط أن لا يقصد بهذا العمل مجرد إلحاق الأذى بهم وبشرط ألا يكون أمام المالك إلا هذه الوسيلة لتصريف مياه أرضه،³ وذهب (dommat) إلى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير، ولم تكن له مصلحة في استعماله، وكذلك من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي، تتحقق مسؤوليته.⁴

ولم تكن فكرة التعسف في استعمال الحق حبيسة أقلام الفقهاء فحسب بل طبقتها المحاكم والتي كانت تعرف حينها باسم البرلمانات⁵، حيث قضت بأن "ليس لأحد إبان قيامه بعمله أو صناعته أن يعطل أعمال جيرانه، أو أن يجعل سكانهم في منازلهم غير محتملة" من قرارات القضاة قرار القاضي "دي لهومو" الذي كان يقضي بمنع التصرف في الملك بما يؤدي إلى سد مطلات الجار، أو حجب الضوء عنه إذا لم يكن للمالك منفعة جدية من وراء ذلك،⁶ ففكرة التعسف

¹ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 299.

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 31.

³ المرجع نفسه، ص 32.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 49.

⁵ العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 264.

⁶ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 301.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

كانت معروفة لدى الفقهاء الفرنسيين حيث طبقوها على أشد الحقوق إطلاقاً وهو حق الملكية العقارية.¹

وإذا كان أعلام الفقه الفرنسي قد بحثوا في فكرة التعسف، إلا أن القانون الفرنسي القديم لم يكن يعرف نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق، إلا إذا كانت النصوص تتعلق بتنظيم علاقات جوارية،² وقد صدرت قرارات كبار القضاة مبنية على الفكرة نفسها ويظهر هذا المبدأ الذي استخلصه "أبر" من قضاء البرلمانات و هو " لا يجوز للإنسان ولو عند مزاوله صناعة مفيدة أن يعطل عمل الجيران، أو أن يجعل منازلهم غير صالحة للسكنى، أو أن يضر بالأخص بالصحة العامة" فقد عرف القضاء أيضاً فكرة التعسف ولكنه لم يأخذ بها كنظرية عامة الأمر الذي جعل تطبيقها أمراً محدوداً.³

غير أن فكرة التعسف وبالرغم من استقرارها في الفقه القانوني بما جرت به أقلام فقهاء، لم يلبث أن طمست معالمها وزالت أثرها في أواخر القرن التاسع عشر إثر الثورة الفرنسية التي انتهجت وتبنّت المذهب الفردي في قيامها والذي يعطي للفرد مطلق الحرية في استعماله لحقوقه، إلا أنها عادت وعرفت طريقها للتشريع في فضاء المحاكم الفرنسية عقب ذلك.⁴

الفرع الثالث: فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

نظراً للمبدأ السائد لدى فقهاء الشريعة القدامى الذي يقضي "بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان" فإن الشريعة الإسلامية في أول نشأتها لم تعرف نظرية التعسف في استعمال الحق، فالشخص الذي يستعمل حقه المشروع لا يضمن الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا الاستعمال مادام لم يخرج عن حدود هذا الحق، بعدها اختلفت نظرة الفقهاء الشريعة للحق عن

¹ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 32.

² فتحي دريني، مرجع سابق، ص 300.

³ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 33..

⁴ العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 265.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

نظرة أصحاب المذهب الفردي وأصبحت النظرية تطال جميع الحقوق وإضافة صور أخرى إلى صورة تعمد الإضرار بالغير كقلة المصلحة والضرر العام والضرر الفاحش.¹

إذ أن الراجح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن طبيعة الملكية في الإسلام هي حق فردي ذو طبيعة اجتماعية، مما يجعل هذا الموقف يتميز بالوسطية والاعتدال فلم يلغي الملكية الفردية ولم يعتبرها حق مطلقا يستعمله المالك حسب هواه، إلى جانب ذلك اجمعوا على وجود الملكية الاجتماعية التي يكون الانتفاع بها من حق الجماعة.²

من خلال هذا أقامت الشريعة الإسلامية التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فهي لا تعتبر الحق وظيفة اجتماعية خالصة، بل حافظت على العنصرين الفردي والجماعي في الحق باعتبار هذا الأخير منحة من الله سبحانه وتعالى لتحقيق مصالح من أجلها شرع هذا الحق، ولذا فالأصل فيه التقييد، فالشارع الحكيم قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي.³

فقد كرست نظرية التعسف في استعمال الحق والتي عرفت باسم نظرية المضارة بوسائل تشريعية شتى، من بينها الأحكام التي تحرم نية الإضرار حيث جاء بها القرآن الكريم في مواضع متعددة وأرساها الرسول صلى الله عليه وسلم بسنته المطهرة.⁴

¹ عمار حننيت، مرجع سابق، ص 23.

² فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 72.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 50.

⁴ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 77.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ومن أحكام القرآن الكريم استمد فقهاء الشريعة الإسلامية أسس النظرية فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن التعسف في أكثر من موضع¹ خاصة بالنسبة لحق الإيضاء والطلاق والتقاضي.²

وقد عرفت الشريعة الإسلامية عدة تطبيقات في نطاق حق الملكية فنجد تطبيق النظرية في مجال عقود المعاوضة لقول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم ".³

كما أستمد فقهاء الشريعة الإسلامية أسس نظرية التعسف من السنة النبوية خاصة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه سعيد الخدري " لا ضرر ولا ضرار " فأقام الفقهاء على هذه الأسس نظرية عامة وتوسعوا في تطبيقاتها باستعمال القياس.⁴

هذا الحديث أيد نظرية التعسف في استعمال الحق، والمعنى من لفظ " لا ضرر " هو أنه لا يجوز إيقاع الضرر بالغير ويمتد ليشمل الأفعال الغير مشروعة أو التعدي، ويشمل أيضا منع الإضرار إذا كان ناتجا عن فعل مشروع في ذاته، والفعل المشروع قد يكون إباحة أو حق.⁵

اختلف الفقهاء في تطبيق هذا الحديث فمنهم من لا يستدل بهذا الحديث لتقييد حق الملكية العقارية وهو رأي الشافعي حيث فسر الحديث " لا ضرر " في ألا يحمل على رجل في ماله ما ليس واجب عليه و " لا ضرار " في أن يمنع رجل من الانتفاع بملكه، وعنده أنه لا ضرر أعظم من منع المالك من استعمال ملكه⁶، وهو رأي مذهب الإمام أبي حنيفة أيضا فيرى أن حق الملكية حق

¹ فقد ورد التعسف في استعمال الحق في حق الإيضاء في سورة النساء الآية 12، وورد حق التعسف في استعمال الحق في الطلاق في سورة البقرة الآية 231، وورد التعسف في استعمال الحق بالنسبة للحجر عن السفية في سورة النساء، الآية 5.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 50.

³ سورة النساء، الآية 29.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 50.

⁵ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 88.

⁶ المرجع نفسه، ص 92.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

مطلق وله أن يتصرف في ملكه كما يشاء حتى ولو أضر بالغير، إلا إذا كان للغير على ملكه حق عيني.¹

ومنهم من يستدل بالحديث لتقييد حق الملكية من بينهم فقهاء الحنفية نجد لإمام الشاطبي حيث جعل هذا الحديث أصلاً لتقييد الحقوق العامة وحق الملكية على وجه الخصوص، ومن فقهاء المذهب الحنبلي نجد الفقيه ابن رجب حيث يستشهد بالحديث الشريف لتقييد حق الملكية ويقسم تصرفات صاحب الحق إلى قسمين الأول استعماله لملكه بنية الإضرار والثاني أن يكون لصاحب الحق غرض صحيح ويتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه،² أما المتأخرون من فقهاء الحنفية، فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً.³

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره، ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عليها معرضين والله لأرmin بها بين أكتافكم".⁴

هذا الحديث يجيز فيه الرسول صلى الله عليه وسلم الانتفاع بملك جاره، ويشترط لإعمال هذا الحديث ألا يؤدي إسناد الخشب في جدار الجار إلى الإضرار بهذا الجار، لأن امتناع الجار عن إعطاء هذا الحق لجاره قد يكون سببه الضرر اللاحق به فيكون امتناعه مشروعاً لا تعسف فيه.⁵

وخلاصة مما تقدم فإن نظرية التعسف في استعمال الحق عرفت ازدهاراً في الشريعة الإسلامية، وقد وضع لها الفقهاء ضوابط للتوفيق بين الفرد وحقوق الجماعة⁶، وعلى العموم فإن

¹ مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 397.

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 93.

³ مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 397.

⁴ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 93.

⁵ المرجع نفسه، ص 94.

⁶ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 45.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

القيود الواردة على الملكية في الشريعة الإسلامية تخول لولي الأمر اتخاذ تدابير لدرء المفسد أو لتحقيق المصالح كالاستيلاء على جزء مما يملكه الأفراد لغرض اجتماعي عملاً بمبدأ الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، كما جاء في السنة جواز نزع الملكية الخاصة من أجل المصلحة العامة¹، إن هذا القيد وغيرها تعتبر قيوداً شرعية ومن المبادئ التي تنظم الملكية في الشريعة لتؤدي وظيفتها الاجتماعية².

المطلب الثاني: في التشريعات الحديثة:

صياغة الفقه لنظرية التعسف في استعمال الحق و قيامه بالتنسيق بين أجزائها أنار الطريق أمام القضاء فكثرت أحكامه وتطبيقاته للنظرية وبذلك نجد التأثير المتبادل بين الفقه والقضاء مما جعل المشرع الفرنسي يسير في نفس الطريق رغم ظهورها في شكل تطبيقات تشريعية فقط، إلا أن أغلب التشريعات الحديثة أخذت بها وجعلتها نظرية عامة سنتطرق لها بشيء من التفصيل من خلال فرعين، نتطرق لنظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الأوروبية في الفرع الأول، و في التشريعات العربية في الفرع الثاني و موقف المشرع الجزائري في الفرع الثالث.

الفرع الأول: في التشريعات الأوروبية:

نتناول في هذا الفرع نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي أو لا، ثم نتناول نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الأوروبية الأخرى ثانياً.

أو لا: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي الحديث سنة 1804

كان لآراء الفلاسفة في القرنين السابع عشر والثامن عشر أثرها في النظريات القانونية وكان صدور هذا القانون على أساس تعاليم المذهب الفردي ثمرة لتلك الآراء، وتعتبر تعاليم هذا

¹ إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 82.

² المرجع نفسه، ص 82.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

المذهب أن الفرد هو أساس الجماعة وأن القانون ليس إلا وسيلة لتقرير حقوقه وحمايتها، وكفالة استمتاعه بها على الوجه الذي يشاء.¹

وينادي المذهب الفردي بفكرة الحق المطلق، وذلك لأن الفرد فيه محور التشريع، ولا يستمد حقوقه من التشريع، لأن هذه الحقوق سابقة على وجود القانون، ومن ثمة فالحق الفردي يخول لصاحبه سلطات مطلقة، وفكرة المسؤولية عن استعمال الحق تتنافى وطبيعة الحق، فلا يسأل الفرد مادام يستعمل حقه حتى وإن أضر بالغير، وحق الملكية العقارية هو أكثر الحقوق إطلاقاً.²

وقد جاء تقنين نابليون الكبير لسنة 1804 مشبعا بالفلسفة الفردية، وبهذا تقلصت نظرية التعسف وانحدرت بعد صدور القانون المدني المتأثر بالروح الفردية³، وأدى انتشار المذهب الفردي في القرن التاسع عشر إلى احتجاج النظرية في فرنسا لبعض الوقت باعتبار أن حقوق الفرد مطلقة وسابقة على دخولهم الجماعة، ومن ثم لا مجال للقول بتعسف في استعمال الحق.⁴

غير أن نصوص هذا القانون المشبعة بروح الفردية لم تمنع نشاط القضاء الفرنسي من فرض رقابته على استعمال الحقوق⁵، وإن كان ذلك ليس على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما على أساس قواعد العدالة والأخلاق.⁶

فقد لعب القضاء دورا هاما في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق رغم انعدام النصوص القانونية، فأخذت المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر تقرر بكثير من

¹ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 301 .

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 35.

³ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 46.

⁴ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 15.

⁵ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 302.

⁶ عمار حننيت، مرجع سابق، ص 22.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

الصراحة والوضوح المبدأ الذي قرره القانونان الفرنسي القديم والروماني قبله وهو منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، وقد أجمع الأخذ بها الفقه والقضاء الفرنسيان.¹

كما لجأ القضاء الفرنسي إلى حل أقام بموجبه مسؤولية المالك أثناء تعسفه وبنى نظرية التعسف على أساس العدالة وحفظ السلام بين الملاك عن طريق حمل كل مالك على استعمال ملكه لتحقيق الغرض منه والذي تقرره العدالة، لا لإلحاق الضرر بالجيران، وبهذا القضاء لم يخالف القانون بل لجأ إلى أحد أهم مصادره وهو مبدأ العدالة والإنصاف.²

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية سنة 1862 أنه حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ، والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤدي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك.³

إلا أن ثمة حالات أخرى للتعسف أثارت نزاعاً بين الفقهاء، وأثارت صعوبة في تطبيق قاعدة نية الإضرار ومن تلك الحالات، ما إذا اختلط قصد الإضرار بالغير بغرض آخر مشروع، والذي استقر عليه اجتهاد المحاكم الفرنسية هو أن ينظر إلى الغرض الأساسي الذي دفع المالك إلى استعمال حقه على النحو الذي ترتب عليه الضرر، فإن كان هو قصد الإضرار استوجب استعماله المسؤولية، واعتبروا أن انتفاء المصلحة لدى صاحب الحق يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالغير،⁴ ومن أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد محكمة استئناف كولمار قضت في 2 مايو 1855 بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنة وكان غرضه الوحيد منها حجب النور عن جاره بناء على وجوب تقييد استعمال حق الملكية،⁵ كما قضت المحكمة الفرنسية سنة 1915 على أحد مالكي قطعة أرضية بالتعسف في استعمال حقه، باعتبار أنه يملك قطعة أرضية ضغط على

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 52.

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 37.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 52.

⁴ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 303.

⁵ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري (في ضوء أحدث الإجهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا)، مرجع سابق، ص 118.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

شركة الطيران المجاورة لشرائها، وعند رفضها قام ببناء أعمدة بأسلاك لمضايقة حركة الطائرات عند هبوطها أو إقلاعها.¹

ثم استمرت هذه الأحكام واعتبرت المالك متعسفا في استعمال حقه بإقامة فواصل خشبية كبيرة على حدود ملكه، أو شجيرات كثيفة، أو حائطا من الإسمنت المسلح أو شجيرات كثيفة أو استبدال حائط بشبكة حديدية لمجرد حجب النور أو الهواء أو الرؤية عن نوافذ الجار، وكذلك المالك الذي يحفر في أرضه ليقطع مجرى مياه باطنية عن جاره.²

ثانيا: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الأوروبية الأخرى:

أخذت أغلب التشريعات الحديثة بنظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة واختلفت من حيث نطاق المعايير فقد اقتضت بعض هذه التشريعات على المعيار الذاتي وهو "قصد الإضرار" ومنها من كان أكثر توسعا في هذا المعيار، وبعضها الآخر أخذ بالمعيار المادي وحده.³

ف نجد في القانون المدني الألماني الصادر سنة 1907 في المادة 226 ينص على أنه "لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له سوى غرض الإضرار بالغير"،⁴ هذا النص لا يتيح تطبيق نظرية التعسف إلا في أضيق الحدود، وهو حالة استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار فلو صحب هذا القصد غرض آخر لصاحب الحق كان استعماله لحقه مباحا،⁵ فمعيار التعسف في القانون الألماني هو معيار شخصي يعتمد على البواعث والنوايا وهو يضيق من مدى نظرية التعسف.⁶

¹ مقالاتي مونة، مرجع سابق، ص 399.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 52.

³ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 338.

⁴ مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 400.

⁵ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 329.

⁶ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 53.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

أما القانون المدني السويسري لسنة 1907 فقد وضع هذه النظرية في صدر نصوصه ليَجعل منها نظرية عامة تطبق في جميع نواحي القانون، وليس فقط تطبيقات المسؤولية التقصيرية، فلم يذكرها في الموضع الذي نص على هذه المسؤولية فيه بل نص عليها في المادة الثانية منه.¹

وقد جاء متضمناً حقيقة أنه "يجب على كل فرد أن يستعمل حقوقه، ويقوم بالتزاماته حسبما تقتضي قواعد حسن النية، وإن التعسف الظاهر في استعمال الحق لا يحميه القانون"²، نلاحظ هنا أن مجال التعسف أو سع بحيث لم يقتصر على نية الإضرار بل يشمل أيضاً حالات التعسف التي تنشأ المسؤولية فيها بقطع النظر عن نية الإضرار.³

فقد أخذ القانون السويسري بالمعيار الشخصي كنظيره الألماني ولكنه توسع واعتمد الإساءة الموضوعية المتركزة على مخالفة قواعد حسن النية بحيث يكفي المتضرر أن يثبت أن استعمال الحق من طرف خصمه قد أضر به.⁴

ويقرر القانون السوفييتي في مادته الأولى أن "الحقوق المدنية يحميها القانون إلا في الحالات التي تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله".⁵

فقد تجاوز المعيار الضيق للنظرية وذهب إلى أن التعسف يكون عند مخالفة الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحقوق⁶، فقد أخذ بالمعيار المادي⁷، وهو معيار واسع مما يعسر تطبيقه

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 56.

² مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 400.

³ عبد الرحمان مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 22.

⁴ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 53.

⁵ مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 400.

⁶ عبد الرحمان مجوبي، مرجع سابق، ص 22.

⁷ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 56.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

في القضاء، فضلا على أنه يفسح مجالا لأهواء القضاء وميولهم السياسية لأن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق يختلف باختلاف المذاهب السياسية والاجتماعية.¹

أما القانون البولوني فقد جاء في المادة 135 منه "إن كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه، يكون ملزما بضمانه إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق"،² وهذه المادة تشترط أن يكون الضرر ناشئا عن "قصد أو إهمال" متى كان استعمال الحق تجاوزا لحدود النية الحسنة، أو للهدف الذي من أجله وجد الحق، وهذا دون شك يضيق من نطاق معايير التعسف.³

أما بخصوص مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 74 منه أنه "يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير، متجاوزا في استعمال حقه حدود النية الحسنة، أو الهدف الذي من أجله أعطي هذا الحق" وظاهر من هذا النص متى كان في استعمال الحق تجاوز لحدود حسن النية أو للهدف الذي من أجله وجد الحق " ويرد عليه تضيق في مجال تطبيق النظرية، فضلا عن تعسره في القضاء بالنظر لما يكتنفه من إبهام.⁴

الفرع الثاني: في التشريعات العربية:

التشريعات في البلاد العربية تكاد تتفق على معايير واحدة للنظرية⁵ نذكر منها:

أولا: القانون المدني المصري.

تطرق المشرع المصري لهاته النظرية بعد أن انتقلت إليه من الفقه والقضاء الفرنسيين في ظل القانون المدني المصري القديم، فأخذ القضاء بالرأي السائد حينئذ في القضاء الفرنسي الذي

¹ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 330.

² عبد الرحمان محجوبي، مرجع سابق، ص 22

³ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 330.

⁴ فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 330.

⁵ المرجع نفسه، ص 328.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

يعتبر التعسف إحدى صورتَي الخطأ، وأدخله في المسؤولية التقصيرية¹، وبعدها جاء القانون المصري الجديد سنة 1948 بنظرية عامة للتعسف مستعينا في ذلك بما استقر عليه الفقه الإسلامي وما خلصت إليه المذاهب الفقهية الحديثة.²

حيث نصت المادة 04 منه على أنه "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر" فالمفهوم المخالف لهذا النص يعني مسؤولية من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع.³

ونصت المادة 05 منه على أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يقصد به سوء الإضرار بالغير.

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

ج - إذا كانت المصالح التي ترمي إلى تحقيقها غير مشروعة."

ومنه فإن القانون المصري وضع نصوص هذه النظرية في الباب التمهيدي ليَجعل منها مبدأً يسود جميع نواحي القانون دون إقامة هذا المبدأ على غير أساسه القانوني وهو التعسف في استعمال الحق فما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري وبذلك يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية،⁴ وقد أخذ المشرع المصري بالمعيار الموضوعي المجرد وهو الانحراف عن سلوك الرجل العادي غير أن هذا المعيار لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي عددها نص المادة 05.⁵

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 56.

² عبد الرحمان مجوبي، مرجع سابق، ص 23.

³ مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص 401.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 57.

⁵ المرجع نفسه، ص 57.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ثانياً: القانون المدني اللبناني:

اعتبر قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي وضعه العلامة الفرنسي (Josserand) في المادة 124 منه أنه "يلزم بالتعويض من يضر بالغير بتجاوزه في استعمال حقه، حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق".¹

هذا النص يقرر نفس ما يقرره مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات، وبالتالي فهو يشمل المعيارين الذاتي والموضوعي معاً للنظرية، إذ أنه يعتبر الشخص متعسفاً إذا استعمل حقه بنية الإضرار بالغير واستعمله بغرض يخالف الغرض الذي شرع من أجله الحق.²

ثالثاً: القانون المدني الأردني:

تطرق المشرع الأردني للتعسف ضمن نص المادة 66 من القانون المدني الأردني تحت عنوان "إساءة استعمال الحق" بما يلي "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع".³

ويكون استعمال الحق غير مشروع

أ - إذا توافر قصد التعدي.

ب - إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج - إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

د - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.⁴

اشتمل نص المادة سابقة الذكر على معيارين، أول هذه المعايير معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير، وهذا المعيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء بالأخذ به والجوهر في هذا الشأن هو نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق

¹ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 13.

² عبد الرحمان مجوبي، مرجع سابق، ص 23.

³ مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص 400.

⁴ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 55.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

إلى تحصيل مصلحة لصاحبه أو تحقيق أهداف ثانوية له، أما المعيار الوارد في الفقرة الثانية تندرج تحته حالة استعمال الحق استعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب، وإنما إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب.¹

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق:

لتحديد موقف المشرع الجزائري من تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق فإننا نقسمه إلى مرحلتين: مرحلة ما قبل تعديل 26 سبتمبر 1975 ثم نتطرق لمرحلة ما بعد 20 جوان 2005.

أولاً: موقف المشرع الجزائري من تأصيل نظرية التعسف قبل تعديل 2005:

أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني في الفصل الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية²، على النحو التالي "يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

أنتقد هذا النص من حيث الشكل باعتبار أن نظرية التعسف في استعمال الحق نظمت في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية" وتناول النظرية في المادة 41 من الفصل الأول الذي عنوان بـ "الأشخاص الطبيعية" وعنون الفصل الثاني "الأشخاص

¹ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 56.

² عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 62.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

الاعتبارية" مما قد يفهم منه لو ضمنا أن هذه النظرية لا تطبق على الأشخاص الاعتبارية، مادام أنه خصص لها الفصل الثاني والنظرية مدرجة في الفصل الأول.¹

كما جاءت بالتحديد ضمن المواد الخاصة بالأهلية المادة 40 و45 وهو مكان غير مناسب مطلقا، ولا صلة لهذه الأحكام بنظرية التعسف.²

أما من حيث الموضوع فإن المشرع الجزائري لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأن "من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير" لأن نظرية التعسف هي استثناء من هذه القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة ولا يستقيم العمل بتناول الاستثناء بمعزل عن القاعدة العامة وإلا كان الاستثناء مبتورا عن أصله.³

كما أن المشرع حدد نطاق نظرية التعسف تحديدا حصريا في المعايير الثلاثة وذلك باستعمال عبارة تفيد ذلك وهي عبارة "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية" فعبارة الأحوال التالية تفيد أن المعايير واردة على سبيل الحصر.⁴ بذلك يكون المشرع قد أصاب بحصره للمعايير و منعه للقضاء من التوسع في معايير أخرى إلى الحد الذي تتمتع به النظرية.

فالمشرع جاء تأصيله لنظرية التعسف مبهما، فلم ينص عنها ضمن الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، كما لم ينص عن النظرية في الباب التمهيدي حتى نعتبر النظرية مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية.⁵

¹ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 38.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 60.

³ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 39.

⁴ المرجع نفسه، ص 39.

⁵ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 58.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تأصيل نظرية التعسف بعد التعديل:

بعد تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 ألغى المشرع المادة 41 منه وأعاد تنظيم مسألة التعسف في استعمال الحق بنص المادة 124 مكرر. والتي نصت على أن: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

وقد وضعت هذه المادة في القسم الأول المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية من الفصل الثالث المخصص للعمل المستحق للتعويض،¹ ونقل المشرع لمضمون المادة 41 إلى المادة 124 مكرر لم يكن اعتبارا وإنما كان عملا منهجيا مقصودا أراد به المشرع أن يقول أن أساس المسؤولية عن التعسف هو الخطأ مثله مثل المسؤولية التقصيرية ولا داعي للبحث عن الفرق بين التعسف والخطأ لأنهما شيء واحد.²

ومنه صنف المشرع الجزائري حالة التعسف في استعمال الحق ضمن نطاق الفعل المستحق للتعويض وتحديدًا ضمن نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية وهكذا يعد فعل التعسف في استعمال الحق بمثابة خطأ يلزم المتسبب فيه بالتعويض كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية.³

وباستقراء المادة 124 طبقا لقواعد التفسير فإننا نرى أن المشرع الجزائري لم يحصر حالات التعسف بقولها "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية" فالنص أوضح أن التعسف في استعمال الحق يعتبر خطأ بصفة مطلقة وبؤيد ذلك ورود كلمة (لاسيما).⁴

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 61.

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 59.

³ الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 521.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 68.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ومما سبق ذكره يتضح أن المشرع الجزائري أدمج التعسف ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية¹، ومنه التعسف في استعمال حق الملكية هو الخطأ الذي تتأسس عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال حق الملكية، وبالتالي فإن المسؤولية المترتبة عن التعسف في استعمال حق الملكية ما هي إلا المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ.²

¹ الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 523.

² سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 59.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

ملخص الفصل الأول

بيننا خلال هذا الفصل مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، والذي يعتبر من أبرز صور التعسف في استعمال الحق وهو عبارة عن قيد يفرض على المالك عدم استعمال حقه على وجه يضر بالغير وهو ضمن حدوده وفي إطار استعمال السلطات المشروعة التي يمنحها له الحق.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة هذه النظرية فمنهم من يذهب إلى استقلالية نظرية التعسف في استعمال الحق عن نظرية العمل غير مشروع، باعتبار أن التصرف مشروع ولكن لما يسببه من ضرر للغير دون فائدة مبررة اعتبره المشرع فعلا غير مشروع، ومنهم من يرى بأن التعسف هو أحد تطبيقات المسؤولية التقصيرية فهناك من يعتبره تجاوزا لحدود الحق وبهذا يكون عمل غير مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، ومنهم من يرى بأنه خطأ من نوع خاص يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية في نطاق المسؤولية باعتباره خطأ اجتماعي أكثر مما هو خطأ يمس مصلحة شخصية للغير، ومنهم من يعتبره صورة من صور الخطأ المنتج للمسؤولية التقصيرية إذ يعتبر خطأ متى كانت بنية الإضرار بالغير ويقاس بالنظر إلى تصرفات الرجل العادي. أما المشرع الجزائري قد صنف حالة التعسف في استعمال الحث ضمن نطاق العمل المستحق للتعويض ضمن نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ومنه اعتبره بمثابة الخطأ يلزم المتسبب فيه بالتعويض كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية.

بالنظر لتأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق، فهي ليست نظرية جديدة، بل عرفها القانون الروماني، و أورد تطبيقات لها، وانتقلت بعد ذلك إلى القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه (DOMMAT)، وقد اختلفت النظرية تحت تأثير المبادئ الفردية التي توسعت بعد انتصار الثورة الفرنسية وقد عادت من جديد بعد تطور الفقه الاشتراكي الذي جعل من وظيفة القانون المحافظة على كيان المجتمع وتحقيق المصلحة الاجتماعية، وهكذا استقرت هذه النظرية في أحكام القضاء الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر كما تناولتها العديد من التقنيات الحديثة وأصبحت بذلك نظرية ثابتة.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق:

كما ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري لم يترك مجالا للشك بأن التعسف أصبح من تطبيقات العمل الغير مشروع طبقا لما جاء في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، ومن المقرر قانونا أنه لكل قاعدة قانونية جزاء يصاحبها، وبناء على ذلك فالتعسف في استعمال الحق عند قيامها عدة صور تتعدد بتعدد معاييرها و تطبيقاتها، كما ان لها بعد قيامها جزاء، ومنه سنتناول في المبحث الأول صور قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في اطار الملكية العقارية، أما في المبحث الثاني سنتناول آثار قيام المسؤولية عن التعسف في اطار الملكية العقارية.

المبحث الأول: صور قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في إطار الملكية العقارية.

لقيام مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية عدة معايير بتوفرها يعتبر المالك مسؤولا عن الضرر الذي يصيب الغير من جراء تعسفه ومنه سنتناولها في المطلب الأول معايير التعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة، أما في المطلب الثاني سنتناول تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة.

حدد المشرع الجزائري معايير قيام المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني وتتحصر في ثلاثة معايير أساسية إذا تحققت إحداها اعتبر الشخص مسؤولا عن تعويض الأضرار التي تصيب الغير من جراء تعسفه، وعليه نتطرق لشرح كل صورة وهي كالاتي توفر نية الإضرار في الفرع الأول، و شرط عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامه الضرر الذي لحق بالغير في الفرع الثاني، وعدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال في الفرع الثالث.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الفرع الأول: توفر قصد الإضرار بالغير

يعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً، إذ كثيراً ما يحدث أن يستعمل شخص حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية للإضرار بغيره.¹

وقد اشترط المشرع الجزائري لاعتبار الفعل تعسفاً في استعمال الحق أن تكون نية الإضرار بالغير هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله،² ويظل متعسفاً حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال بعض الفوائد له.³

فإذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص لاستعمال الحق كمن يبني حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره دون نفع ظاهر له يعتبر متعسفاً، أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته فلا يعتبر متعسفاً.⁴

وكذلك المالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عال لا يبتغ من وراء ذلك أي منفعة شخصية له، وإنما لمجرد حجب الضوء عن بناء جاره، أو المالك الذي يقيم سياجاً عالياً يطليه باللون الأسود لا لشيء سوى إظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك⁵، أو أن يحفر أحد بئراً في أرضه لا ليستسقي منها ولكن لتغيض بئر جاره ففي هذه الأحوال لا ينطوي تصرف المالك على فائدة له.⁶

¹ مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 403.

² الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 523.

³ زرارة عواطف، مرجع سابق، ص 64.

⁴ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 93.

⁵ مونة مقالاتي، مرجع سابق، ص 403.

⁶ محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، طبعة جديدة، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016، ص 75.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

ومثال ذلك أيضا أن يقوم المالك بغرس أشجار كثيفة عالية على حدود ملكه لحجب النور عن جاره ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق جاره.¹

ولهذه الحالة عدة عيوب باعتبار الصعوبات الواردة في إثباتها، ولكن يمكن استنتاج نية الإضرار إذا كانت الممارسة لا تهدف لتحقيق مصلحة مشروعة أو إذا كانت الممارسة عديمة الفائدة بالنسبة لصاحب الحق، بالإضافة إلى كون حصر نظرية التعسف في عنصر القصد يؤدي إلى التضييق في مجال النظرية بدون سبب وجيه فالعديد من الحالات التي تستوجب العمل بأحكام نظرية التعسف لا يتوفر فيها بالضرورة قصد الإضرار.²

ومنه تستند هذه الحالة على معيار شخصي ذاتي يعتمد على نية صاحب الحق وأمام صعوبة إثباته اتخذ القضاء والفقه قرائن على هذا القصد من بينها انتفاء المصلحة أو ضآلتها بالمقارنة مع الضرر اللاحق بالغير، أو إذا كان صاحب الحق يختار الطرق الأكثر إضراراً بالغير.³

ومعيار الموازنة الذي يعتمد على القاضي في هذه الحالة قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون النظر إلى الظروف الشخصية للمتضرر أو الضرر، وانعدام المصلحة انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر.⁴

الفرع الثاني: عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامة الضرر اللاحق بالغير:

تمثل الصورة الثانية من صور تعسف المالك في استعمال حق ملكيته حيث يشترط المشرع لوقوع فعل التعسف في استعمال الحق في هذه الحالة عدم تناسب الفائدة من استعمال

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 690.

² محمد الشرفي، علي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، 1995، ص 119.

³ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 43.

⁴ سارة بولقواس، مرجع سابق، ص 37.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الحق مع جسامه الضرر الذي أصاب الغير، بحيث تكون الفائدة المحققة قليلة الأهمية بالمقارنة مع ما يسببه الفعل من ضرر جسيم للغير، وقلة الفائدة هي دليل مادي على انحراف صاحب الحق عن سلوك مسلك الرجل العادي¹ وهذه لا يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الإضرار بالجار.²

فتقوم مسؤولية صاحب الحق إذا ما كانت المصلحة المقصودة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الناشئ للغير طبقا للمادة 124/مكرر، ويلاحظ من صياغة هذه المادة أن المشرع أشار إلى أن الفائدة القليلة مقصودة من استعمال صاحب الحق لحقه بنصها "...التي ترمي إليه" ولكن الضرر الذي يلحق بالغير لم يشر إلى أنه مقصود من قبل صاحب الحق، بل وصفه بأنه ناشئ من استعمال الحق سواء كان مقصودا أو غير مقصود.³

ويجب أن يكون مقدار هذا التفاوت بين المصلحة المقصودة من قبل صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير على قدر من الجسامه ويكون تفاوتا كبيرا لا راجحا، فلا يكون الشخص متعسفا إذا تساوى الضرر والمصلحة أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبة معقولة.⁴

ومنه فهذا معيار موضوعي بحت يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، ويتسم بالمرونة من شأنه أن يسهل مهمة القضاء باعتباره يعتمد على ضابط محدد لا معيار نفسي، كما يتيح للقضاة سلطة تقدير تفاهة المصلحة أو جدتها⁵، فالقاضي لا يبحث في نية الإضرار مادام القانون أعطاه طريقة أفضل وهي الموازنة بين المصلحة والضرر.⁶

¹ عجة الجيلاني، مرجع سابق، ص 524.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 690.

³ فاطمة الزهراء رابحي، مرجع سابق، ص 43.

⁴ المرجع نفسه، ص 43.

⁵ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 65.

⁶ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 128.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال:

في هذه الصورة لا يقصد المالك الإضرار بالجار وليس للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحة المالك ولكن المالك في استعمال حقه يسعى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة في استعمال ملكه.¹

وتكون هذه الغاية أو المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، أي إذا كان الغرض يتناقض مع المصلحة العامة والتي تفرض على أصحاب الحقوق احترام مقتضيات الصالح العام عند ممارسة حقوقهم تحت طائلة عدم مشروعيتها²، كالذي يؤجر بيته أو يخصصه لمقابلات مخالفة للنظام والآداب العامة أو الذي يطالب بإخلاء المنزل من مستأجره بحجة السكن فيه بعد محاولته زيادة الأجرة.³

ومن تطبيقات هذا المعيار أيضا قضية "كليمان بايار" الذي أقام مبان في أرضه المجاورة للمطار ووضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها ولإجبار شركة الطيران على شراء أرضه، فأدانته القضاء الفرنسي سنة 1915 بالتعسف تحت ستار فكرة الخطأ⁴.

ويرى السنهوري أن المالك الذي أجر عقاره لمن أقام عليه مصنعا، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع فيمتنع المالك من الترخيص للمستأجر في الإيجار الباطن لمشتري المصنع يكون متعسفا في استعمال ملكه، وقد قضى القانون في هذه الحالة بإبقاء الإيجار للمشتري إذا قدم ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق.⁵

¹ إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 96.

² الجيلاني عجة، مرجع سابق، ص 524.

³ حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 91.

⁴ مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص 405.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 692.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

هذا المعيار يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي لأن تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، ويأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مآل الفعل وما إن كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة.¹ وهذا ما يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة ممارسة الأشخاص في استعمالهم لحقوقهم.²

وفي هذه الحالات لا تتعدد مسؤولية المالك على أساس التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري، وإنما تتعد على أساس الخطأ الذي يوجب التعويض.³

المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في إطار الملكية العقارية:

تضمن القانون الجزائري عدة تطبيقات متعلقة بنظرية التعسف في استعمال حق الملكية منها ما يتعلق بالحائط الفاصل، ومنها ما يتعلق بفتح المطلات و المناور، بالإضافة لحق الارتفاق والالتصاق بالإضافة لعدم استثمار الأراضي الفلاحية نتطرق لها بشيء من التفصيل كالاتي:

الفرع الأول: هدم الحائط الفاصل أو تعليته:

الحائط المشترك هو الحائط الفاصل بين عقارين يملكه صاحباهما مشتركا على وجه الشيوع، ويحدد القانون كيفية استعماله من طرف ملاكه مثل تعليته أو إسناد السقف إليه دون إلحاق ضرر بشريك،⁴ وينشأ الحائط الفاصل إذا تلاصق ملكان فإما أن يكون مملوكا للجارين معا، وإما أن يكون مملوكا ملكية خالصة لأحدهما.⁵

إن الحائط المشترك الذي يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا بينهما (طبقا للمادة 707 من القانون المدني) ما لم يقيم دليل على العكس، ومن ثم فعلى من يدعي أن الحائط

¹ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 132.

² إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 97.

³ سميرة حنان خوادجية، مرجع سابق، ص 121.

⁴ العربي بلحاج، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 141.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010، ص 95.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

كله مقام على أرضه أو أنه يملك الحائط ملكية خالصة و لو بالتقادم المكسب أن يثبت ذلك، فإذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط كنا بصدد شيوع إجباري لا يجوز طلب القسمة فيه كما لا يجوز لأي من المالكية التصرف في حصته مستقلا عن العقار الذي يملكه.¹

وقد نظم المشرع التطبيقات المتعلقة بالحائط الفاصل و فرق بين الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران، والحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران سنتطرق لها كالاتي:

أو لا: تطبيقات متعلقة بالحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران:

نظم المشرع حقوق والتزامات مالكي الحائط الفاصل ملكية مشتركة بين الجيران في المواد من 704 إلى 707 من القانون المدني، ذلك أن الاشتراك في الملكية يقتضي بذاته قيودا على ملكية كل شريك.²

فنستخلص من المادة 704 من القانون المدني أن استعمال الشريك للحائط يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي خصص له، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر، وألا يكون من شأنه تحميل الحائط فوق طاقته، فإذا جاوز هذا القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط أعتبر ذلك تعسفا، كان للشريك الآخر ان يطلب إزالة ما قام به أو تعليته.³

وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15 بما يلي "النزاع يتعلق بالجدار الفاصل بين ملكيتي الطرفين والذي اعتبره القضاء مشتركا، ولذا نص المادتين 704 و 705 من القانون المدني تحددان كيفية استعمال الحائط المشترك من طرف الملاك مثل تعليته أو إسناد السقف عليه دون الحاق أي ضرر بشريكه، إلا انه لا يجوز للمالك القيام بفتوحات في الحائط المشترك أو الانتقاص من علوه أو سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانتته، وبالتالي لا يمكن للطاعنين التمسك بالمادة 827 من القانون المدني والأولوية في إنجاز

¹ العربي بلحاج، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 142.

² سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 80.

³ المرجع نفسه، ص 80.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الفتحات مادامت غير مشروعة ومخالفة للمادتين المذكورتين، عليه فإن الوجهين غير مبررين والطعن بالنقض جاء غير مؤسس يتعين رفضه".¹

فقد نصت المادة 1/705 من القانون المدني على أن "لمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا..". ويتضح من نص المادة أن المشرع يعطي الشريك في الحائط الفاصل الحق في تعليته ولكنه يقيد استعمال هذا الحق بضرورة توفر مصلحة جدية من التعلية وأن لا يسبب ضررا بليغا بالشريك الآخر²، وهذا بالرغم من أن لمالك الحائط المشترك كل سلطات الملكية وهذا تفاديا لتعسفه وبالتالي فإن انعدام المصلحة الجدية لدى المالك قرينة على قصده الإضرار.³

ثانيا: تطبيقات متعلقة بالحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران:

جاء في نص المادة 2/708 على أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط⁴، قيدت هذه المادة سلطة المالك في هدمه للحائط الفاصل مختارا دون عذر قانوني إذا كان يسبب ضررا لجاره الذي يستتر ملكه.⁵

نص المشرع الجزائري في المادة 2/708 على أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، كان من الاجدر على المشرع استعمال عبارة العذر القوي كما نص المشرع المصري حتى تدل على جدية المصلحة، أي أن المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها يجب أن لا تكون قليلة الأهمية مقارنة مع ما يصيب الجار من ضرر، وبهذا يكون قد طبق نظرية التعسف في استعمال الحق و المعيار المستعمل في هذه الحالة يقوم على الموازنة بين المصلحة التي ترمي إلى تحقيقها والضرر بدرجة كبيرة.

¹ عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ص 143.

² المرجع نفسه، ص 144.

³ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 34.

⁴ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 66.

⁵ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 80.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الفرع الثاني: فتح المطلات والمناور:

تنظم قيود الملكية المتعلقة بالمطلات والمناور في المواد 709، 71 و711 من القانون المدني وهي قيود تتعلق بملكية المباني وتقرض مسافات معينة يجب مراعاتها على الخصوص في فتح المطلات على أملاك الجيران، أما المناور ففتحتها لا يضع له القانون قيودا ولكن هذه القيود ترد على استعمالها إذ يحتاج البناء إلى فتحات فيه تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء بما يحقق الاستفادة منه، وقد ميز المشرع بين المطلات والمناور سنتطرق لها كآلاتي:¹

أولاً: المطلات:

المطلات هي فتحات يحدثها المالك في ملكه للنظر منها إلى الخارج أو للتهوية والإضاءة²، كالنوافذ والشرفات، والمطل إما أن يكون مواجهها يمكن الاطلاع منه على ملك الجار مباشرة دون الحاجة إلى الالتفات يمينا ويسارا، وإما أن يكون مطلا منحرفا وهو المطل الذي لا يمكن الاطلاع منه إلى ملك الجار إلا بعد الالتفات يمينا أو يسارا.³

فقد قيد المشرع حرية فتح المطل المواجه وطريقة قياسه بنص المادة 1/709 من القانون المدني بنصه "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء".

وقد قررت المحكمة العليا تطبيقا لذلك في الملف رقم 33909 بتاريخ 1985/09/29 أنه:

"من المقرر قانونا انه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، ومن ثم النعي عن القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه، لما كان

¹ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 146.

² نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 101.

³ سعاد بلحوراني، مرجع سابق، ص 81.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

ثابتاً أن الخبير أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجهة لجاره تقل عن مترين، والقضاة طبقوا صحيح القانون بمنع الطاعن من فتح نوافذ مطلع على جاره".¹

أما المطل المنحرف فتحدد المسافة الواجب تركها للفتحة المادة 710 من القانون المدني التي تنص على أنه "لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمتراً من حرف المطل، على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام".²

فالمطل المواجه يعد من أكثر المطلات مضايقة للجار، فإذا كان المطل نافذة في حائط مبنى أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية، فإذا كانت المسافة بين الخطين مترين أو تزيد عن ذلك كان المطل مفتوحاً في الحدود القانونية أما إذا كان المطل شرفة فإن نقطة البداية هي حافة الشرفة ونقطة النهاية هي الخط الفاصل بين عقارين،³ أما بالنسبة للمطل المنحرف فالمسافة تقدر بستين سنتيمتر من ظهر الحائط إلى الحافة الخارجية للشرفة ويرفع هذا القدر إذا كان المطل المنحرف على العقار مواجهاً للطريق العام.⁴ وأي مخالفة لكل من القاعدتين السابقتين تعتبر تعسفاً في استعمال المالك لحقه في فتح المطلات عن استعماله لعقاره.

ثانياً: المناور:

المناور هي الفتحات التي لا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، بحيث تكون على ارتفاع لا يستطيع معه الإطلال منها على ملك الجار⁵، هذه الفتحات لا تضر بالجار فهي لا

¹ عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 147.

² المرجع نفسه، ص 147.

³ سعاد بلحوراي، مرجع سابق، ص 82.

⁴ المرجع نفسه، ص 82.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 104.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

تسمح بالإطلال عليه فيجوز فتحها في بناء مقام على حافة الحد الفاصل دون التقييد بمساحة معينة ولكن يجب أن يقدر ارتفاعها على أرضية الغرفة بمترين.¹

فقد نصت المادة 711 من القانون المدني على أنه "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 الاطلاع منها على العقار المجاور"، فالمشرع نص على قيد وحيد وهو أن تفتح المناور على ارتفاع معين لا يجب أن يقل عنه.²

ومنه فإن للمالك كقاعدة عامة الحق في أن يفتح مطلات في بنائه لكن إذا قام بفتح نافذة في ملك الجار يمكن له من خلالها النظر إليه ولم يحترم المسافة المنصوص عليها قانونا يكون متعسفا في استعمال حقه³، وكذلك إذا أساء مالك المنور استخدامه بالتسلسل عليه والإطلال منه على جاره أو إلقاء مخلفات من منزله بواسطته فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه فيجوز للجار أن يطلب سده تطبيقا للقواعد العامة في استعمال الحقوق.⁴

الفرع الثالث: حق الارتفاق:

حق الارتفاق هو الحق المجرد المقرر على عقار معين (يسمى العقار الخادم المرتفق) لفائدة عقار آخر (يسمى العقار المخدم أو المرتفق به) يملكه شخص آخر⁵، وحق الارتفاق يقتضي وجود عقارين متجاورين تستقل ملكية كل منهما عن الآخر بحيث يكون أحدهما في خدمة الآخر، فهو قيد أو تكليف يتقرر للعقار المرتفق به لمنفعة العقار المرتفق.⁶

¹ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 82.

² عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 149.

³ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 82.

⁴ عواطف زرارة، مرجع سابق، ص 150.

⁵ العربي بلحاج، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 286.

⁶ سلمان قصي، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان، الأهلية اربيل، 2012، ص 147.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

وسنتعرض فيما يلي بعض تطبيقات التعسف في استعمال الحق المرتبطة بهذا الحق أو لها حق مالك العقار المرتفق به في التحرر من الارتفاق، كما سنتعرض بصورة موجزة لبعض تطبيقات التعسف في استعمال حقوق الارتفاق القانونية التي نظمها القانون المدني.

أو لا: التحرر من الارتفاق:

قضت المادة 881 من القانون المدني بقولها "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري منح لمالك العقار المرتفق به، الحق في التحرر من الارتفاق إذا فقد العقار المرتفق به كل المنفعة التي تعود على العقار المرتفق، أو أنها باتت محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، تطبيقاً لمعيار انعدام التناسب بين المنفعة المرجوة من استعمال الحق والضرر الذي يصيب الغير.¹

والتعسف هنا في أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته والجزاء هو إزالة الضرر عينا بانتهاء حق الارتفاق.²

ثانياً: تطبيقات التعسف في استعمال بعض حقوق الارتفاق القانونية:

بتعدد حقوق الارتفاق تتعدد صور التعسف في استعمال الحق، و منه سنتطرق لتطبيقات التعسف في بعض حقوق الارتفاق المتمثلة في حق المرور، و حق الشرب و السقي، و حق المجرى، بالإضافة لحقي الصرف و المسيل.

¹ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 36.

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 131.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

1. حق المرور:

حق المرور هو حق يتقرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام يخول له الحصول على ممر في الأراضي المجاورة للوصول إلى هذا الطريق¹، وهو حق يثبت لشخص حق السير في ملك غيره ليصل إلى ملكه الذي قد يكون منزلا أو أرضا زراعية.²

أقر المشرع حق المرور للأرض المحصورة التي ليس لها اتصال بالطريق العام ولا تتحقق فيها الظروف المناسبة لحسن استغلالها، لكنه لم يعط تعريفا دقيقا له بل إكتفى بذكر الشروط القانونية لثبوت هذا الحق، إذ نصت المادة 693 من القانون المدني على أنه "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي 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".³

وقد أقر المشرع حق المرور لمالك العقار المحصور حتى يمنع جاره من التعسف في استعمال حق ملكيته، بمنع مالك العقار المحصور من الوصول إلى الطريق العام كأن يقوم ببناء جدار أو إقامة شباك عازل للحدود التي تفصل بين العقارين، ففي مثل هذه الحالات يعتبر مالك العقار المرتفق قد قصد الإضرار بجاره ويعتبر متعسفا في استعمال حقه.⁴

وفي مقابل ذلك وحتى لا يتعسف صاحب الأرض المحصورة في استعمال حق المرور لأرض جاره، قيده المشرع بجملة من الشروط ومنح له ضوابط لممارسته نذكر منها أن تكون الأرض محصورة ليس لها ممر إلى الطريق العام أو يكون الممر غير كاف (المادة 694)، وأن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله على الوجه المألوف، بالإضافة إلى اشتراط ألا

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 76.

² إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 91.

³ فاطمة الزهراء بن شاعة، حق المرور كقييد على الملكية العقارية في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحيى بن فارس المدينة، الجزائر، 2011/2012، ص 17.

⁴ سعاد بلحوراني، مرجع سابق، ص 84.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

يكون الحصر بفعل المالك (المادة 1/695)، كما يجب أن يكون حق المرور من جهة تكون فيها مسافة بين العقار والطريق العام ملائمة وتحقق ضرر أقل بالمالك المجاورين (المادة 696).¹

وقد قضت المحكمة في هذا الشأن في الملف رقم 303259 بتاريخ 2005/03/23² "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز لمالك الأرض المحصورة، طلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجاً عن إرادته، وقد أشار قضاة المجلس أن الطاعن قام ببناء حمام ولم يترك مسافة بين ملكيته وملكية المطعون ضدهم وعليه يكون هو المتسبب في الحصر فضلاً على أنه لديه باب رئيسي يطل على الطريق العام ولم يأبه بأن هذا الأخير غير كاف لاستغلال حمامه، ومنه الوجه المثار من طرف الطاعن غير مبرر يتعين رفضه.

إضافة للقرار 55985 الصادر بتاريخ 1989/11/15³ جاء فيه أنه يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالمالك المجاورين، وثبت في قضية الحال أن أرض الطاعن أصبحت محصورة بعد إنجاز الطريق الجديد، وقد بين الخبير أن الجهة التي تؤدي إلى الطريق لا تحدث ضرراً للجار، وثم فإن قضاة المجلس قد خالفوا القانون بإلغاء الحكم المستأنف وقضائهم برفض طلب الطاعن.

2. حق الشرب أو السقي:

حق الشرب هو حق لشخص في أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر، بمعنى التناوب بين عدة أشخاص في الانتفاع بالماء من مصدر واحد.⁴

¹ عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير مألوفة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2013، ص 115.

² قرار المحكمة العليا رقم 303259، الصادر بتاريخ 2005/03/23، نقلاً عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سبتمبر 2009، ص 101.

³ قرار المحكمة العليا رقم 55985 الصادر بتاريخ 1989/11/15، نقلاً عن: عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير مألوفة، مرجع سابق، ص 77.

⁴ غازي أبو عرابي، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص 374.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

والمقصود به أيضا حق مالك الأرض الزراعية أن يروي أرضه من مجرى ماء مملوك لشخص آخر وبهذا يعتبر حق الشرب قيذا على استئثار المالك بملكه لأن الأصل أن له الانتفاع بها وحده إلا أنه يجبر قانونا على تمكين غيره من الانتفاع بها فهو مقرر للملاك المجاورين فقط¹، ويشترط لاستعمال هذا الحق أن يكون مالك المسقاة قد استوفى حاجته من الماء.²

لم ينص المشرع صراحة على هذا الحق في الباب الرابع من قانون المياه،³ حيث نص على أن المياه الصالحة للشرب تعني المياه الصالحة للاستهلاك والاستعمال المنزلي، هذا المعنى يختلف عن المعنى المقصود من قيد الشرب والسقي الذي يعني حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم الذي وضع لتفادي صاحب المسقاة في التعسف في استعمال حقه.⁴

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 53572 الصادر بتاريخ 1988/05/11⁵ أنه "لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع فيه يكونوا قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح".

ومنه فأعطى حق الشرب والسقي لكل من المالك والملاك المجاورين فيه تغليب لمصلحة عامة راجحة على المصلحة الخاصة، فمالك المسقاة مصلحته أن يحتفظ بحق ملكيته دون شريك له فيها هي مصلحة ضعيفة تتغلب عليها مصلحة الملاك المجاورين، فإذا كان لصاحب الأرض

¹ العربي بلحاج، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 311.

² عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 107.

³ القانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية عدد 60، لسنة 2005، ص 3.

⁴ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 77.

⁵ قرار المحكمة العليا رقم 53572، المؤرخ في 1988/05/11، نقلا عن: عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 108.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

مسقاة وقد استوفى حاجياته منها فيكون من حق جاره سقي أرضه فإذا قام المالك بمنع جاره يكون متعسفا في استعمال حقه على الرغم من حقه في الاحتفاظ بالمياه لنفسه.¹

3. حق المجرى:

حق المجرى يتقرر لمالك أرض بعيدة عن مورد المياه، فيخول له القانون أن يشق مجرى للمياه في أرض الجار حتى تصل إلى مورد المياه²، ومنه يعرف حق المجرى على أنه حق مرور المياه لري أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر.³

يكون بناء على هذا الحق لصاحب الأرض المراد ريهها، حق ارتفاقي على الأراضي المتوسطة التي تفصل بينها وبين منابع المياه. ويبرز هذا الحق أن الماء هو ملك للجميع وللحق الانتفاع به، حيث يحق لأصحاب الأراضي المجاورة الانتفاع به مقابل قيود تفرضها حقوق الارتفاق.⁴

وقد نصت المادة 40 من القانون 05-12 المتضمن قانون المياه على أنه "يستفيد كل شخص طبيعي، أو كل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يكون حائز الإمتياز من حق مرور المياه مهما كانت طبيعتها عبر قناة باطنية في العقارات الوسطية، ويتم هذا المرور في الظروف الأكثر عقلانية والأقل أضرارا شريطة دفع تعويض مناسب".⁵

¹ عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 78.

² غازي أبوعرابي، مرجع سابق، ص 375.

³ عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير مألوفة، مرجع سابق، ص 69.

⁴ سارة شيبات، القيود الواردة على الملكية العقارية والمتعلقة بالموارد المائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 15، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، جانفي 2017، 161 ص.

⁵ عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير مألوفة، مرجع سابق، ص 68.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

و هو ما ذهب اليه قرار المجلس الأعلى رقم 53572 بتاريخ 11/05/1988¹ بقضائه بأن القضاة قد طبقوا صحيح القانون لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع فيه.

و هو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها رقم 211512 لسنة 2001² حين نقضت قرار قضاة الموضوع القاضي برفض طلب الطاعن الذي يرمي الى عدم التعرض له في استغلال نصيبه من ماء المنبع رغم عدم ثبوت ملكية المنبع للأطراف وعدم وجود غيره، وذلك بعد أن ثبت عن تقرير الخبرة أن منبع الماء موجود على أرض المطعون ضدهم لكن ملكيته ليست ثابتة لهم و إنما للجماعة الوطنية وأن للمواطن الحق في التموين بالماء منه.

ومنه إذا قام مالك الأرض بمنع جاره من وضع قنوات للاستفادة من المياه ولا يوجد له موردا آخر أو كانت موارده غير كافية لري أرضه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، فعلى الرغم من مصلحته من (الانتفاع بأرضه كاملة لكن هذه المصلحة ضعيفة مقابل الضرر اللاحق بالجار.³

و يشترط لتوظيف حق المجرى موافقة مالك الأرض المحتملة للحق الارتفاقي، مقابل تعويض عادل و مسبق و يشترط أيضا في تحديد الارتفاق والتعويض رضا المالك نظرا لما ينشأ عن هذا الحق من تقييد و تحديد لحق الملكية، و عند عدم رضا المالك و نظرا لحاجة الأرض للمياه جعل المشرع الأمر من اختصاص المحاكم، كما نص المشرع على الحق الارتفاقي للأراضي المجاورة لفائدة الأرض التي تجري فيها تنقيبات أو أشغال بباطنها لاستخراج المياه طبقا لنص المادة 99 من قانون المياه، و يتمثل هذا الحق الارتفاقي في سيلان المياه النابعة منها عبر الأراضي السفلى، مقابل دفع تعويض في صورة حصول ضرر ناتج عن تدفق المياه.⁴

¹ قرار المجلس الأعلى رقم 53572، المؤرخ في 11/05/1988، نقلا عن: نبيل صقر، العقار الفلاحي نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 282.

² قرار المحكمة العليا رقم 2115112، لسنة 2001، نقلا عن: نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 279.

³ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 79.

⁴ سارة شيبات، مرجع سابق، ص 161.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

و يتعلق هنا الحق الارتفاقي بالري لأصحاب الأراضي الفلاحية أو الصناعية، لأن الهدف منه هو النشاط الفلاحي و المنفعة متعلقة بالأرض و استغلالها. و نظرا للتقيد المفروض على الأراضي الوسطية الناتج عن حق المجرى و عن تمديد قنوات المياه، يخول لمالكي الأراضي المرتفق بها حق الاستغلال و استعمال الأشغال المنجزة قصد تصريف المياه الداخلة إلى أراضيهم أو الخارجة منها، مقابل حصة نسبية من قيمة الأشغال التي يستفدون بها إضافة إلى حصة للمساهمة في صيانة المنشآت المشتركة، و إذا ما أرادوا تغيير موضعها فإنهم يتحملون مصاريف التغيير طبقا للمادة 95 من قانون المياه.¹

من خلال هذه الأحكام سعى المشرع لتحقيق التوازن بين ما يتحمله ملاك العقارات المتجاورة من تكاليف، و ما يمكن أن يحقق لهم مقابل ذلك من منفعة، حيث ينشأ مقابل توظيف الحق الارتفاقي بمرور الماء، حق عيني على القنوات يتمثل في حق الانتفاع، يكون بمقابل تعويض، أو بتبادل الالتزامات أو بأي امتياز آخر، و يأخذ بعين الاعتبار تقدير التعويض بالمنفعة التي تتجر للأراضي المرتفق بها من إمكانية استعمالها لتلك القنوات.²

4. حق الصرف أو المسيل:

يعرف حق الصرف بأنه "هو طريق إسالة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي الزائدة عن الحاجة بمرورها في أرض الغير".³

هو حق تصريف المياه الزائدة أو غير الصالحة في ملك الغير، لتصل إلى المصاريف العامة وقد يكون التصريف بواسطة مجرى على سطح الأرض أو بواسطة أنابيب في باطنها وهو

¹ سارة شيبات، مرجع سابق، ص 162.

² زكية الصافي، علاقات الجوار، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2000/1999، ص 176.

³ غازي أبوعرابي، مرجع سابق، ص 378.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

حق ملازم للعين كيفما كان وضعها، ولا يمنع صاحب الحق من استيفائه إلا إذا كان هذا الحق يسبب ضررا ظاهرا لمالك الأرض المقيدة بهذا الحق.¹

فقد نصت المادة 95 من القانون 05-12 أنه "يجوز لمالكي أو مستعملي العقارات الوسطية الخاضعة لحق الارتفاق المبين في المادة 94 أعلاه أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة برسم الارتفاق المذكور قصد تصريف المياه الداخلية في عقاراتهم أو الخارجة منها...."

كما نظم المشرع صورة أخرى للمسيل والصرف في المادة 98 من نفس القانون التي جاء فيها "يتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقى على عقاره المياه المنصبة بصفة طبيعية من العقار العلوي ولاسيما مياه الأمطار والثلوج والينابيع غير المجمعة"،² بموجب هذه المادة تتحمل الأراضي المخفضة إزاء الأراضي المرتفعة سيلان مياهها، إذا كانت المياه جارية بنفسها دون تدخل فعل.³

بخلاف المياه المنزلية المستعملة ومياه التصريف فأخراجها يكون بفعل فاعل عن طريق مد قناة تربط بالقناة الرئيسة وتخضع أيضا لأحكام الحق الإرتفاقي المنصوص عليه في المادة 94 واستنادا لنص المادة 124 التي تنص على أنه "يمكن جمع المياه المستعملة الآتية من السكنات وتوجيهها نحو منشآت الجمع ضمن نفس الشروط والتحفظات المنصوص عليها في المادة 94 من هذا القانون".⁴

ومنه يعتبر مالك الأرض متعسفا في استعمال حقه إذا قام بمنع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة أو استعمال لأرضه لتصب في أقرب مصرف عمومي، فعلى الرغم من حق المالك في أن يستأثر بالمصرف لنفسه بما أنه قام بإنشائه بحيث يكون له مصلحة في أن لا

¹ ادريس فاضلي، مرجع سابق، ص 91.

² عواطف زراة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، مرجع سابق، ص 69.

³ سارة شيبات، مرجع سابق، ص 163.

⁴ المرجع نفسه، ص 163.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

يشاركه أحد في ذلك، وله أيضا الحق في أن ينتفع بأرضه، لكن المصلحة ضعيفة مقابل الضرر اللاحق بالجار.¹

الفرع الرابع: الالتصاق بالعقار:

يعرف الالتصاق على أنه الاتصال أو الالتحاق ويعتبر إتحاد أو اندماج شئيين متميزين أحدهما عن الآخر، مملوكين لشخصين مختلفين على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف، ودون أن يوجد اتفاق بينهما على هذا الاندماج سواء تم ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.²

ومن تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية المتعلقة بالالتصاق بالعقار ما نصت عليه المادة 788 من القانون المدني "إذا كان مالك الأرض و هو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن النية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره على ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".³

المشرع في هذه المادة اعتبر مطالبة مالك الأرض الملاصقة بإزالة البناء الذي أقامه صاحب الأرض بحسن نية، طلبا غير مشروع إذا كان الضرر الذي يلحق بمالك الأرض من إزالته يفوق بكثير الضرر الذي يلحق صاحب الأرض الملاصقة من فقدته للجزء الذي تم البناء فوقه ويعتبر تعسفا منه في استعمال ملكه.⁴

كما نصت المادة 1/785 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784،⁵ يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب

¹ سعاد بلحوراي، مرجع سابق، ص 79.

² العربي بلحاج، الوسيط في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 199.

³ عواطف زرارة، إلزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 130.

⁴ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 37.

⁵ وهي المنشآت التي يقيمها شخص في أرض غيره معتقدا بحسن النية أن له الحق في إقامتها، والمادة 784 قد أشارت إلى حالة سوء النية في إقامة هذه المنشآت.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي مازاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها".¹

فإن طلب مالك الأرض نزع المنشآت يكون متعسفا، فلا يجاب طلبه ويتملك المنشآت معاوضة لأن الضرر الذي أصاب صاحب المنشآت أكبر من المصلحة التي يحققها.²

الفرع الخامس: عدم استثمار الأراضي الفلاحية:

العقار الفلاحي غير المستثمر هو كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تستغل استغلالا فلاحيا لمدة موسمين فلاحين متعاقبين على الأقل، ومن تطبيقات التعسف في استعمال الحق ما نصت عليه المادة 1/48 من قانون التوجيه العقاري³ التي نصت على أنه "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي".

ف نجد أن المشرع الجزائري قرر إلزامية استثمار الأراضي الفلاحية تحت طائلة الجزاء القانوني نظرا للوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للعقار الفلاحي، باعتبار أن الاستغلال الأمثل للعقار الفلاحي يؤدي إلى الاكتفاء الذاتي في مجال الاستهلاك الإنساني والحيواني والوصول إلى مرحلة تصدير المنتجات الفلاحية الوطنية، لاسيما إذا انتهجت وسائل قانونية وإدارية فعالة لتنظيم العقار الفلاحي، لذا قرر المشرع العقاري وجوب استثمار الأراضي الفلاحية وأعتبر قيدا أساسيا يرد

¹ رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 129.

² مونة مقلاتي، مرجع سابق، ص 404.

³ القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد 49، صادرة بتاريخ 1990/11/18 معدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 مؤرخ في 25 سبتمبر 1995، الجريدة الرسمية عدد 55، الصادرة بتاريخ 1995/09/27، ص 1560.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

على حق الملكية¹، وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي المباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها.²

المشرع هنا كيف شروط قيام التعسف على أساس أن عدم استعمال الأراضي الفلاحية له تأثير سلبي على وظيفتها الإقتصادية والاجتماعية، و بالتالي الإضرار بالفائدة العامة التي أقرها القانون وبناءا عليه أصبح استثمار الأراضي الفلاحية واجبا قانونيا يقع على عاتق كل مالك أو حائز لعقار فلاح.³

ويمكن القول بان المادة 48 من قانون التوجيه العقاري تقوم على اعتبارين هما:

الاعتبار الأول: إذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال ملكه فإن استعمال هذا الحق مشروط بعدم الإضرار بالغير، وعدم استثمار الأراضي الفلاحية يؤدي إلى ضرر عام يلحق المجتمع كافة، واستعمال الحق إذا نتج عنه ضرر عام فهو تعسف.

الاعتبار الثاني: إن أقصى ما وصلت إليه الوظيفة الاجتماعية لملكية الأراضي الفلاحية هو أن المشرع أخرج حق استثمار الأراضي الفلاحية من نطاق الحقوق وأدخله نطاق الواجبات والالتزامات، فإذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال أو عدم استغلال ملكه كما هو معروف في حق الملكية عموما، فإن الأصل لا ينطبق على ملكية الأراضي الفلاحية إذ يعد استثمارها واجب قانوني ولهذا الاعتبار كان عدم الاستثمار فعل تعسفي لأنه يخالف الوظيفة المنوطة بهذه الأراضي.⁴

¹ أحمد دغيش، تدخل الدولة ضمن استغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد الثالث، سبتمبر 2014، جامعة بشار، الجزائر، ص 93.

² زهير عماري، إشكالية تنظيم العقار الفلاحي الجزائري وأهم الخيارات الممكنة لتطوره، أبحاث إقتصادية وإدارية، العدد الثالث عشر، جوان 2013، جامعة سطيف، الجزائر، ص 149.

³ المرجع نفسه، ص 149.

⁴ رشيد شميم، مرجع سابق، ص 171.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

المبحث الثاني: آثار قيام المسؤولية عن التعسف في إطار الملكية العقارية:

تتحقق مسؤولية المالك المسؤول عن التعسف في استعمال حق الملكية إذا لم يتمكن من نفي المسؤولية عن نفسه وإثبات السبب الأجنبي، و إجمعت في جانبه أركانها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية وتترتب عنها آثارها، وللمطالبة به يلجأ المضرور إلى رفع دعوى عن المالك تسمى دعوى المسؤولية، ولتوضيح ذلك سنتطرق في المطلب الأول لدعوى المسؤولية، أما المطلب الثاني سنتناول فيه التعويض.

المطلب الأول: دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:

عند عدم اعتراف المسؤول بمسؤوليته يلجأ المضرور لرفع دعوى المسؤولية من أجل الحصول على تعويض، حيث ينبغي تحديد طرفي دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية في الفرع الأول، وكذلك بيان طرق الإثبات فيها وتقادمها في الفرع الثاني، وتحديد لمن يعود الاختصاص في النظر فيها في الفرع الثالث.

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

طرفا الدعوى هما المدعي الذي لحقه الضرر من التعسف في استعمال حق الملكية والمدعى عليه و هو المالك المتعسف، والذان نوضحهما كالتالي:

أولاً: المدعى في دعوى المسؤولية:

المتضرر في دعوى المسؤولية هو الذي يرفعها، و هو الذي يطالب بالتعويض، والمضرور أو نائبه أو خلفه يثبت له هذا الحق¹، وفي حالة تعدد المضرورين من الاستعمال التعسفي لحق الملكية فمهما كانت صور التعدد فإن لكل منهم حق المطالبة بالتعويض بدعوى مستقلة لا تتأثر بدعوى الآخرين.²

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 126.

² سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 76.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

وقد يكون المتضرر جماعة، فهذا يجب أن نميز بين الضرر الشخصي الذي يكون قد لحق أحد أفراد هذه الجماعة، وبين الضرر الذي أصاب الجماعة ككل، ففي الحالة الأولى يكون للمصاب وحده رفع دعوى المسؤولية، أما في الحالة الثانية فإذا كانت الجماعة تكون شخصا معنويا كان لها الحق في رفع دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض.¹

وخلف المتضرر لهم الحق في المطالبة بالتعويض سواء كان الخلف عاما أو خاصا، وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له،² إذ يستطيع المتضرر أو يحول حقه في التعويض إلى آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له،³ وهنا نميز بين إن كان التعويض عن ضرر مادي أو معنوي. إذا كان الضرر ماديًا وثبت الحق في التعويض عنه للمتضرر فإن الوارث يستطيع المطالبة بالتعويض الذي كان يطالبه به المتضرر و لو بقي حيا⁴، كما يستطيع دائن المتضرر أن يطالب بهذا التعويض بإسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.⁵

أما إذا كان التعويض عن الضرر أدبي فإنه لا ينتقل إلى الخلف المتضرر إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين المتضرر و المسؤول أو طالب به المتضرر أمام القضاء⁶، ومنه إذا تم تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالتراضي أو بالتقاضي فإن الحق في التعويض ينتقل إلى الورثة.

ثانيا: المدعى عليه في دعوى المسؤولية:

ترفع دعوى المسؤولية على المسؤول عن التعسف في استعمال حق الملكية وعن العمل الضار وقد يكون مسؤولا عن فعله الشخصي وقد يكون مسؤولا عن فعل الغير وقد يكون مسؤولا

¹ مصطفى جمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1987، ص 414.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 1040.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 126.

⁴ المرجع نفسه، ص 126.

⁵ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 76.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 1041.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

عن شيء في حراسته، ويقوم مقام المسؤول في هذا الصدد نائبه كالولي أو الوصي، ويحل محل المسؤول خلفه العام أو الخاص إذا كان محالاً عليه بدين التعويض.¹

فإذا توفي المسؤول عن التعسف في حق الملكية فترفع الدعوى على ورثته، ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث إلا بعد سداد الديون، فالتركة تكون هي المسؤولية بعد وفاته وفي حدود الأموال التي آلت إلى الورثة، وما على المتضرر إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم للمطالبة بالتعويض، أما بالنسبة للخلف الخاص فلا يجوز الرجوع عليه بالتعويض بسبب خطأ سلفه.²

وإذا تعدد المسؤولون عن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية عن الضرر الواحد كانوا جميعاً مسؤولين على وجه التضامن بتعويض المضرور طبقاً للمادة 126 من القانون المدني، فيحق للمضرور أن يرجع على أي من المسؤولين كيفما يشاء بتعويض كل الضرر الذي لحقه ويرجع على باقي المسؤولين بقدر نصيب كل منهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض، بحسب جسامه خطأ كل فرد منهم، ويمكن للمضرور أن يقيم الدعوى على المسؤولين جميعاً.³

وقد يكون المدعى عليه في المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية جماعة، فإذا لم تكن هذه الجماعة متمتعة بشخصية معنوية فيكون الخطأ صادراً عن عضو من هذه الجماعة ويكون مسؤولاً عن خطئه باعتباره فرداً لا جماعة.⁴

أما إذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية، فالمسؤول الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي ذاته لا ممثلوه، ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذي يرتكبه في الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً، فيكون المسؤول هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في

¹ مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 415

² سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 77.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 128.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1054.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

المسؤولية، فإذا دفع الشخص المعنوي التعويض رجع على ممثليه بكل ما دفع دون ان يخصم نصيبا عن مسؤوليته.¹

الفرع الثاني: الإثبات في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق وتقادمها:

في هذا الفرع سنتطرق إلى دراسة عبء الإثبات وتقادم دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في عنصرين على التوالي:

أولاً: الإثبات في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:

1. عبء الإثبات في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:

لتحديد على من يقع عليه من الخصمين عبء الإثبات أهمية كبيرة إذ يترتب على عجز المكلف قانونا بالإثبات عن تقديمه خسارته لدعوى والحكم فيها لخصمه، لذلك عنت الإرادة التشريعية بتوزيع عبء الإثبات نظرا لما لذلك من أثر على مركز الخصوم في الدعوى.²

أ. عبء إثبات الخطأ:

الخطأ ركن جوهري من أركان المسؤولية لا تقوم بدونه سواء أكان واجب الإثبات أو مفترضا، ومتى كان واجب الإثبات نجد أنفسنا أمام فحص سلوك محدث الضرر للتحقق من اقترافه للخطأ أو لا حتى يكون للتعويض مقتضى فكلما تبين بأنه يسبب ضرر للغير متعمدا أو نتيجة لتقصيره أو رعونته أو عدم حيظته وجب مساءلته وإلزامه بالتعويض.³

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1055.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2009/2008، ص 30.

³ عبد الحفيظ خرشف، حق ذوي الحقوق في التعويض، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2013، ص 49.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

و باعتبار أن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية يعتبر تطبيقاً من تطبيقات الخطأ التقصيري، فتطبق عليه القاعدة العامة على المدعي عبء إثبات الخطأ،¹ وتضمن هذا المبدأ مثل قديم (عبء الإثبات على المدعي) فالأصل براءة الذمة فمن يدعي حقا في ذمة آخر إثبات الواقعة التي كانت مصدرا لذلك،² ويعني ذلك إثبات توافر أحد معايير التعسف في استعمال الحق المتمثلة في وجود نية الإضرار و عدم التناسب بين الفائدة من استعمال الحق مع جسامه الضرر اللاحق بالغير، وعدم مشروعية المصلحة المبتغاة من هذا الاستعمال.

أ. عبء إثبات الضرر:

عرف الفقه الضرر على انه "الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة"، والضرر ركن جوهري من أركان المسؤولية لا تقوم بدونه لأن التعويض يقدر بقدر الضرر و بإنتقائه لا يظل محل للتعويض.³

وعبء إثبات الضرر في المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية يقع على المدعي و هو الذي يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر، ولا يستطيع أن يخطو في المسؤولية خطوة قبل أن يثبت ذلك،⁴ والقانون قد يعفي المدعي من اثبات الضرر في احوال استثنائية إذا أقام قرينة قانونية على وقوع الضرر، وهذه قد تكون بسيطة تقبل إثبات العكس أو قاطعة لا تقبل ذلك.⁵

ج. عبء إثبات العلاقة السببية:

أخذ المشرع بنظرية السبب المنتج، التي تتلخص في أنه متى اشترك أكثر من عامل في إحداث النتيجة الضارة فإنه ينبغي استبعاد العامل العارض و إستبقاء العامل المنتج لها، ويتحمل

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 139.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائي، مرجع سابق، ص 31.

³ عبد الحفيظ خرشف، مرجع سابق، ص 53.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1066.

⁵ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 138.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

المتضرر عبء إثبات خطأ المسؤول والضرر الذي أصابه ووجود علاقة سببية بينهما وإلا كانت دعواه غير مقبولة.¹

غير ان هذه القاعدة مجال تطبيقها محدود إذ أنه متى أثبت المدعى (المتضرر) وقوع الخطأ ووجود الضرر، يفترض أن الضرر قد نشأ عن خطأ وتثبت العلاقة السببية ضمناً²، ومن ثم تقوم قرينة قضائية على توافر ركن العلاقة السببية وتنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه بنفيها، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ بسبب عامل أجنبي.³

2. وسائل الإثبات في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:

إن الأركان الثلاثة لنشوء المسؤولية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية لذا يجب إثباتها لتحقيق المسؤولية، وباعتبار أن هذه الأركان كلها وقائع مادية فإنه يجوز إثبات أية واقعة منها بجميع طرق الإثبات، وخاصة العلاقة السببية والقرائن وفي غالب الأحيان يثبت الضرر والعلاقة السببية بالمعاينة المادية أو بتقدير الخبراء، ويثبت الخطأ إما بشهادة شهود أو تحقيق بالانتقال إلى مكان الواقعة ومعاينته أو بالقرائن القضائية.⁴

و هو ما ينطبق على الإثبات في المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية باعتبارها تطبيق للمسؤولية عن الفعل الشخصي، وبالتالي يكون الإثبات بكافة وسائل الإثبات.⁵

¹ عبد الحفيظ خرشف، مرجع سابق، ص 69.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 140.

³ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 80.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 140.

⁵ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 80.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

ثانياً: تقادم دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:

تنص المادة 133 من القانون المدني على أنه "تسقط دعوى التعويض بإنقضاء 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار"، إذ إن مدة سقوط دعوى المسؤولية التقصيرية هي خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع العمل الضار فتتقضي سواء علم أو لم يعلم المضرور بحدوث الضرر و المسؤول عنه.¹ ومنه يتضح أن حق المضرور في التعسف في استعمال حق الملكية يسقط بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع التعسف.²

الفرع الثالث: الإختصاص في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:

طبقاً للمادة 3/32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ التي تنص على أنه "... تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليمي..."، فالإختصاص النوعي لهذه الدعوى يؤول إلى القسم المدني باعتباره ذات ولاية عامة، كما أن المحكمة تختص بالنظر في جميع القضايا دون إستثناء.⁴

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فقد نصت عليه المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه..."، فقد بين نص المادة الجهة القضائية المختصة في النظر في النزاعات المدنية وهي الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه متى كان معروفاً، أو

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 137.

² سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 81.

³ القانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

⁴ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 90.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

آخر موطن له متى لم يعرف له موطن أو عنوان، أو الجهة التي اتفق الأطراف على التقاضي أمامها¹

ونظرا لأن التعسف يقع في استعمال حق ملكية عقارية فقد يختص القسم العقاري نوعيا بالنظر في التصرفات التي ترد على العقار أو تنشق عليه بأي حال كان، انطلاقا من حق الملكية والي أي تصرف يمكن ان يقع حول العقار بصفة عامة طبقا للمادة 512 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، ويؤول الاختصاص الاقليمي الى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك طبقا للمادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

ومنه ينشأ حق المضرور في التعويض من وقت قيام أركان المسؤولية المذكورة سابقا، والحكم الصادر في الدعوى يقتصر على الكشف عن حق قائم قبل صدوره، إلا أنه يقوم الحق في التعويض و يقويه، ويكون هذا الحكم قابل لطرق الطعن العادية والغير عادية.³

ومنه تختص بحكم هذه الدعوى المحاكم المدنية بوصفها ذات الولاية العامة بكل دعاوى التعويض إذ أن الالتزام بالتعويض يدخل ضمن الالتزامات أو الحقوق المالية التي ينظمها القانون المدني.⁴

المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق الملكية:

إذا استعمل شخص حقه استعمال الملكية العقارية استعمالا غير مشروع، يكون بذلك ابتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق، فالقانون منح الشخص المتضرر الحق في أن يطلب التعويض من صاحب الحق، هذا التعويض يمثل الجزاء عن التعسف في استعمال الحق عن الأضرار المترتبة عليه ومنه سنتطرق في الفرع الأول لتعريف التعويض عن التعسف في استعمال

¹ سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 99.

² المرجع نفسه، ص 686.

³ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 81.

⁴ المرجع نفسه، ص 82.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

حق الملكية العقارية ووقت نشوء الحق فيه، وفي الفرع الثاني سنتطرق لطرق تعويض الضرر اللاحق بالمتضرر، أما في الفرع الثالث سنتطرق لتقدير التعويض.

الفرع الأول: تعريف التعويض ووقت نشوء الحق فيه:

سنتطرق في هذا الفرع لتعريف التعويض عن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية (أولا) ولوقت نشوء حق المضرور في التعويض عن الضرر (ثانيا).

أولا: تعريف التعويض:

التعويض هو "الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية" و هو جزاؤها، وتسببه دعوى المسؤولية، ففي غالب الأحيان لا يسلم المسؤول بمسؤوليته ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه دعوى.¹

وعرف التعويض أيضا بأنه " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية".²

ومنه فالتعويض في المسؤولية عن التعسف في استعمال الملكية العقارية هو الحكم الذي يترتب عن تحققها و هو جزاؤها، ويقصد به جبر الضرر الذي لحق المتضرر من التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.³

ثانيا: وقت نشوء حق المضرور في التعويض:

اختلف الفقهاء في طبيعة الحكم الصادر عن المسؤولية التقصيرية فهناك من يرى أن مصدر الحق في التعويض هو العمل الغير مشروع ويعتبر الحكم في الدعوى مقررا، ويذهب البعض إلى أن الحكم نفسه هو مصدر الحق في التعويض ويعتبر الحكم منشئا، و حاول بعض

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1037.

² باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 20.

³ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 83.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الشرح التوفيق بين الرأيين على أساس التفرقة بين الالتزام بإصلاح الضرر وبين الالتزام بدفع التعويض.

1. نشوء الحق في التعويض منذ وقوع الضرر:

حق المضرور في التعويض ينشأ من العمل غير مشروع الذي ارتكبه المسؤول فالحكم ليس مصدر للحق بل مقرر لهذا الحق لا منشى له وينشأ حق المضرور من وقت تحقق الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ.¹

2. الحكم منشى بالنسبة لتقدير التعويض:

إذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض إلا انه له أثر محسوس منذ صدوره على هذا الحق، إذ يصبح الحق بعد صدوره مقوماً،² لذلك فإن الالتزام بدفع التعويض لا يكون إلا من وقت صدور الحكم ويرجع إلى هذا الوقت لتقدير التعويض و احتساب فوائد التأخير.³

بالرجوع للقواعد العامة التي تحكم الوقت الذي ينشأ فيه حق المتضرر في التعويض، نجد المشرع الجزائري يعتبر الفعل الضار هو مصدر الحق في التعويض، أي ان حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت تحقق الضرر و إكتمال اركان المسؤولية، ومنه فإن حق المضرور في التعويض عن الضرر الناشئ عن التعسف في استعمال حق الملكية ينشأ من وقت حدوث التعسف ويعتبر الحكم الذي ألزم المسؤول بالتعويض كاشفا للحق في التعويض وليس منشأ.⁴

الفرع الثاني: طرق التعويض:

بعد قيام دعوى المسؤولية في التعسف في استعمال حق الملكية وثبوت الضرر اللاحق بالمضرور يلجأ لتحديد الطرق التي يتم بها التعويض.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 151.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1089.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 151.

⁴ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 83.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

فقد ذهب الفقهاء في بادى الأمر على اقتصار التعويض عن التعسف في استعمال الحق على التعويض النقدي وحدة دون التعويض العيني بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه لكن هذا الرأي لم يلقى تأييدا من الفقه والقضاء فاستقر بعدها على الجزاء التعويضي.¹

فقد نصت المادة 132 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح ان يكون التعويض مقسطا، كما يصح ان يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع."²

ويتضح من هذا النص أن القاضي يعين طريقة التعويض والأصل أن يكون نقديا، والتعويض بالمعنى الواسع إما ان يكون تعويضا عينيا أو تعويضا بمقابل،³ ومنه سنتطرق للتعويض العيني (أو لا) ثم إلى التعويض بمقابل (ثانيا).

أو لا: التعويض العيني:

التعويض العيني هو الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي ادى إلى وقوع الضرر، وذلك ما يؤدي إلى إزالة الضرر و محوه،⁴ ويقصد بالتعويض العيني كذلك تغطية ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، وهذا هو معنى التعويض العادل، بحيث لا تبقى خسارة دون تعويض.⁵

¹ سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 74.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 153.

³ المرجع نفسه، ص 153.

⁴ محمود عبد الرحيم ديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 13.

⁵ سارة بولقواس، مرجع سابق، ص 86.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

والتعويض العيني من أفضل طرق التعويض، إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، والقاضي ملزم بالتعويض العيني إذا ما كان ممكناً وطلبه المتضرر أو تقدم به المضرور.¹

وهناك بعض حالات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية يجبر فيها الضرر بالتعويض العيني كأن يهدم المالك عند قيامه بأعمال الحفر جزء من حائط الجار فعليه أن يصلح له هذا الحائط، وإذا بنى المالك مدخنة لا لشيء إلا لحجب ضوء الشمس عنه فيجب أن يلزم هذا المالك المتعسف بهدم المدخنة، وإذا فتح المالك نافذة تطل على عقار الجار دون التقييد بالمسافات القانونية يجب إلزامه بإغلاقها.²

وبحكم بالتعويض العيني عند الإخلال بواجب عدم إلحاق الضرر بالغير، ومضى ثبت ذلك وتحققت المسؤولية ووجب التعويض العيني، فقد يتخذ هذا الإخلال صورة القيام بعمل يمكن إزالة أثره (المادة 2/132)، ولكن يتضح أن التعويض العيني لا يزيل ما حدث خلال الفترة الواقعة بين حدوث الضرر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه في تلك الفترة فالضرر لا يزال قائماً وهذا ما يوجب على المسؤول تعويض المضرور عن تلك الفترة التي حرم فيها من الاستفادة من الشيء المتضرر.³

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/06/5 بأن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة القاضي بوجوب فتح الممر الذي تم غلقه من قبل المالك المؤدي إلى منزل الجيران المتضررين الذين لم يتمكنوا من دخول منزلهم مما ألزمهم بالدخول إليه مروراً بطريق بعيد قد طبقوا صحيح القانون مما يعرض الطعن للرفض، والقرار

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 153.

² إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 136.

³ عبد الفتاح صالح، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012/2013، ص 81.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

الصادر بتاريخ 16/06/1992 القاضي بإلزام الطاعن بتحويل مدخنة الحمام بعيدا عن مسكن المطعون ضده بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك¹

كما قضى مجلس الدولة في قراره الصادر في 23/07/2007 بغلق المفرغة العمومية المتواجدة في وسط حي سكاني التي تمس بسلامة الأشخاص نتيجة الغازات والروائح التي تنبعث منها، أم طلب التعويض لا يوجد ما يبرره فالمجلس لا يستجيب له.²

ويتخذ التعويض العيني صورا شتى تهدف كلها إلى إزالة الضرر بحسب ظروف كل حالة وطبقا لما يراه القاضي مناسبا، فقد يحكم القاضي بمنع الاستعمال جزئيا كمنع تشغيل المصنع ليلا بسبب الضوضاء التي تقلق راحة الناس، أو مجرد منع الضرر مع بقاء الاستعمال في صورة غير ضارة كالقضاء بتحويل مدخنة حمام بعيدة عن مسكن المضرور، وقد يقتضي منع الاستعمال الضار منعاً باتاً كالقضاء بغلق المفرغة التي تسبب ضرراً للسكان أو القضاء بفتح ممر قام المالك بغلقه.³

وعلى القاضي في تقدير الإزالة ألا يتأثر وقت تقديره للضرر إلا بالضرر المطلوب إصلاحه ليكون ما يقضي به من التعويض متكافئاً مع ما ثبت لديه من ضرر، وله السلطة التقديرية في طريقة الإزالة لا يتقيد فيها إلا بنوع الضرر وطبيعته ودرجة جسامته، كما يمكن إضافة لحكم الإزالة أن يحكم بالتعويض النقدي عما لحق الجار من ضرر في الماضي.⁴

ثانياً: التعويض بمقابل:

التعويض بمقابل هو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم المدين بالوفاء به عوضاً عن عدم تنفيذه عين ما التزم به، ويوصف التعويض بمقابل أنه إدخال قيمة في ذمة المتضرر تعادل القيمة

¹ أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير مألوفة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم (فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2015/2016، ص 254.

² المرجع نفسه، ص 254.

³ عواطف زرار، أساس مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير مألوفة، مرجع سابق، ص 161.

⁴ أسماء مكي، مرجع سابق، ص 255.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

التي فقدها¹، فإذا ما تعذر التعويض العيني عن المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية يبقى امام القاضي إلا الحكم بالتعويض بمقابل، وغالبا ما يكون هذا التعويض نقدا لكن يجوز أن يكون غير نقدي.

1. التعويض النقدي:

التعويض النقدي هو الحكم الغالب في المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية إذ أن كل انواع الضرر يمكن تقويمها بالنقد، وهذا النوع من التعويض أكثر ملاءمة لإصلاح الضرر الناتج عن العمل غير مشروع.²

ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني فإنه يحكم بتعويض نقدي، وبعبارة أخرى إذا تعذر إزالة الأضرار الفاحشة فإن السبيل إلى جبر الضرر هو اللجوء إلى التعويض النقدي.³

وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض الذي يراه مناسبا من خلال نص المادة 130 من القانون المدني التي تنص على انه "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر، محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا" كما أجازت المادة 2/132 من القانون المدني في حال تقدير التعويض بالنقد على انه يصح للقاضي أن يحكم بدفع التعويض مقسطا على شكل إيراد".⁴

ويكون التعويض النقدي مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم تبعا للظروف بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة،⁵ ويكمن الفرق بين الصورتين في ان التعويض المقسط يدفع على أقساط تحدد مددها ويعين عددها ويتم استقاء

¹ عواطف زرارة، أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير مألوفة، مرجع سابق، ص 163.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 155.

³ عواطف زرارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 98.

⁴ المرجع نفسه، ص 99.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1094.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

التعويض بدفع آخر قسط منها كأن يصيب المضرور نتيجة التعسف في استعمال حق الملكية بعجز لمدة معينة، أما الإيراد المرتب مدى الحياة فيدفع على أقساط ولا يعرف عددها لأنها تدفع مدام صاحبها على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته مثال ذلك لو يصاب المضرور بعجز دائم عن العمل سواء جزئياً أو كلياً.¹

2. التعويض غير النقدي:

التعويض غير النقدي هوان تحكم المحكمة أو يقرر القاضي بأداء أمر معين على سبيل التعويض،² فليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً وإن كان هو الغالب، فيجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض نشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية في الصحف على نفقته.³

وقد ظهر في هذا الشأن رأيان، يرى الأول أن التعويض غير النقدي ليس سوى نوع من أنواع التعويض العيني الذي يهدف إلى تأكيد المنفعة للمتضرر لأن إجراءات التعويض غير النقدي تدور في مصدر الضرر نفسه وحسب هذا الرأي يوجد نوعان فقط من التعويض هما العيني و النقدي، أما الرأي الثاني فيرى أن هذا النوع لا هو بالعيني ولا هو بالنقدي ولكنه قد يكون أنسب لما تقتضيه الظروف في بعض الحالات.⁴

الفرع الثالث: تقدير التعويض.

إن التعويض يقدر وفقاً لعنصرين ما أصاب المضرور من ضرر وما فاتته من كسب ومجموع هاذين العنصرين يشكلان الضرر الكامل أو المباشر.⁵

¹ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 86.

² عبد الفتاح صالح، مرجع سابق، ص 82.

³ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 87.

⁴ عبد الفتاح صالح، مرجع سابق، ص 82.

⁵ سارة بولقواس، مرجع سابق، ص 105.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

فقد نصت المادة 131 من القانون المدني الجزائري على انه "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا للمادتين 182، و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".¹

وتنص المادة 1/182 من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاتته 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".²

من خلال نص المواد يتضح ان المشرع وضع عدة معايير يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض نتطرق لها كالاتي:

1. مقياس تعويض الضرر المباشر:

يتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، فالتعويض في أية صورة كانت تعويضا عينيا أو بمقابل نقديا أو غير نقديا، مقسطا أو إراديا يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أنتجه الخطأ سواء كان حالا أو مستقبلا مادام الضرر محققا، ويشمل الضرر المباشر عنصرين هما الخسارة التي أصابت المضروب والكسب الذي فاتته، فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال.³

فإذا تعسف المالك في استعمال ملكه وأتلف محصولا زراعيا لشخص آخر فإن الضرر اللاحق بهذا الأخير يتمثل في النفقات التي أنفقها في زراعة الأرض وأجرة الأرض هذا ما لحقه

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 155.

² المرجع نفسه، ص 155.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1097

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

من خسارة، وما فاتته من كسب هو الفرق بين نفقات الزراعة و اجرة الأرض وبين الثمن الذي سيبيع به المحصول.¹

كذلك المالك الذي يحفر في أرضه وتسبب في قطع الماء على جاره قد الحق به خسارة ويلزم المالك بالتعويض لأنه لم يكن من المستطاع جعل المضرور في الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر فيعوضه عما لحقه من خسارة وما عما حرمه من ربح كان سيعود عليه.²

وبمقتضى المادة 1/182 من القانون المدني فإن الضرر المباشر هو الذي لا يستطيع الرجل المضرور أن يتغلب عليه ببذل الجهد العادي، ومثال ذلك ما ينجم عن مجاورة المصانع التي تسبب هلاك للمحاصيل بسبب دخانها ومن ثم عجز المزارع عن الوفاء بديونه التي كان سيسدها من ثمن المحاصيل التي هلكت، فيعتبر هلاك المحاصيل بسبب دخان المصانع الضرر المباشر باعتبار ان المزارع لم يستطع تقادي الضرر ببذل جهد الرجل العادي.³

2. تأثير الظروف الملازمة على مقدار التعويض:

نصت المادة 131 من القانون المدني الجزائري على انه "يقدر القاضي مدى التعويض...مع مراعاة الظروف الملازمة"، والمقصود بالظروف الملازمة هي الظروف الخاصة بالمضرور فيجب الاعتداد بها عند تقدير التعويض، ولا يعتد القاضي بالظروف الشخصية التي تتصل بحالة المسؤول كما لو كان غنيا أو مؤمنا على مسؤوليته، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور يجب أن يدخلها القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التعسف في استعمال حق الملكية الذي يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور.⁴

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمتضرر تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المتضرر بالذات، فيقدر على اساس ذاتي لا على اساس موضوعي

¹ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 90.

² إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 144.

³ شرقي سعدية، مرجع سابق، ص 89.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 158.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

ويكون محلاً للاعتبار حالة المتضرر الجسمية و الصحية،¹ مثال ذلك إذا تعسف المالك ببناء جدار بقصد حجب الضوء والهواء عن جاره فإن الضرر الذي يصيب الجار المصاب بأمراض تستوجب التهوية والنور أكثر من الأضرار التي ستصيب الجار الذي هوفي صحة جيدة.²

كذلك يكون محلاً للاعتبار حالة المتضرر العائلية،³ ومثال ذلك إذا أدى تعسف المالك بإشعال النار في ملكه إلى هلاك محاصيل جاره التي تعد مكسب رزقه فإذا كان هو المعيل الوحيد لعائلته يكون الضرر اللاحق به أكثر مما كان سيصيبه إذا كان يعيل نفسه.⁴

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1098.

² سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 89.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1098.

⁴ سعدية شرقي، مرجع سابق، ص 90.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

ملخص الفصل الثاني

مما سبق دراسته يتضح أن حق الملكية هو حق مقيد إذ يجب على المالك مراعاة عدة التزامات عند ممارسته لحق الملكية، وتقوم مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حق الملكية بتحقق ثلاث معايير طبقاً للمادة 124 مكرر، وهي حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير، وحالة عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامه الضرر الذي لحق بالغير، أما الحالة الثالثة تتمثل في عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال.

وفي حالة تحقق إحدى الصور السالفة الذكر أعتبر الشخص مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء تعسفه، ومنه فإن المسؤولية التقصيرية الناجمة عن التعسف في استعمال حق الملكية قوامها الخطأ الذي يعتبر خطأ يترتب المسؤولية في جانب المالك المتعسف طبقاً للمادة 124 مكرر، بالإضافة إلى توفر ركن الضرر والعلاقة السببية.

وإذا لم يتمكن المالك المسؤول عن التعسف في استعمال حق الملكية من نفي المسؤولية عن نفسه و اجتمعت أركانها الثلاثة تتحقق مسؤوليته وترتب أثرها، بإلزامه بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه وذلك بعد مطالبة المضرور برفع دعوى المسؤولية.

خاتمة

منح لصاحب الحق العيني العقاري سلطات واسعة يستأثر بها لوحده دون أن يشاركه فيها أحد و خوفا من الإستعمال التعسفي لهذا الحق من طرف المالك و السعي وراء تحقيق منفعه الخاصة دون وضع أي اعتبار للضرر الذي يمكن أن يلحق بالغير جراء تعسفه في استعمال الحق قيدت معظم التشريعات من بينها المشرع الجزائري استعمال المالك بعد الإضرار بالغير و ذلك بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، بحيث يعتبر التعسف عبارة عن انحراف الحق عن الغاية المشروعة التي منحها القانون. و قد خلصنا بعد الخوض في ذلك إلى النتائج التالية :

1 - استعمال حق الملكية العقارية هو تصرف مشروع طالما كان موافقا للأنظمة و القوانين، فإذا ما خالفها اعتبر التصرف غير مشروع. و يكون هذا الاستعمال في حدود حق المالك لكن تصرفه يؤدي الى احداث ضرر بالغير أو أدى به للحصول على فائدة لا تتناسب وهذا الضرر، أو كانت مصلحته من هذا الإستعمال غير مشروعة، و منه فالاستعمال هنا يكون مشروع لكن الهدف منه معيب.

2 - صنف المشرع الجزائري حالة التعسف في استعمال الحق ضمن نطاق الفعل المستحق للتعويض و ذلك في نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية. هكذا يعد فعل التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بمثابة الخطأ.

3 - جعل المشرع حق الملكية العقارية حقا مقيدا بحث فرض قيود في شكل التزامات قررت لصالح الغير يجب على المالك مراعاتها عند ممارسته لحق الملكية، و هذا ما يجعل هذه النظرية تقيم التوازن بين صاحب الحق العيني العقاري و الغير، و هذا ما يوضح العلاقة التي تربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية.

4 - يعتبر العديد من الفقهاء أن نظرية مضار الجوار تطبيق من تطبيقات التعسف و الحل غير ذلك، باعتبار أن التعويض في نظرية التعسف في استعمال الحق يقوم مهما كان الضرر ضئيلا

خاتمة

وتقوم على أساس نية الإضرار أما التعويض في نظرية مضار الجوار يستوجب أن يكون الضرر غير مألوف فقط كما انه لا ينطوي على أساس نية الإضرار.

5 - حدد المشرع المعايير التي بتحققها تقوم مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال حقه طبقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني على سبيل المثال باستعمل عبارة لاسيما.و تتمثل في توفر ثلاث حالات و هي استعمال حق الملكية على وجه يضر بالغير، و حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه و الضرر اللاحق بالغير، و حالة استعمال حق الملكية من أجل تحقيق مصلحة غير مشروعة.

6 - حدد المشرع الآثار المترتبة عن ما قد ينجم عن استعمال بعض الحقوق العقارية من ضرر للغير كملكية الحائط المشترك و حقوق الارتفاق و آثار الالتصاق، لكنه لم ينص صراحة على اعتبارها تعسفا في استعمال هذه الحقوق، و يمكننا اعتبارها كذلك بناء على كونها مجرد صور للمعايير الثلاث المذكورة في المادة 124 مكرر من القانون المدني.

7 - حسنا فعل المشرع حينما اعتبر عدم استثمار الاراضي الفلاحية تعسفا في استعمال الحق وجعل استثمارها واجبا قانونيا يقع على عاتق كل مالك أو حائز لعقار فلاحي، نظرا للأهمية الاقتصادية و الاجتماعية للأراضي الفلاحية.

و من خلال هذا البحث أقترح التوصيات التالية :

1 - اعتبر العديد من الفقهاء ان المشرع اورد تطبيقا خاصا للتعسف في استعمال الملكية طبقا لنص المادة 691 من القانون المدني التي تتضمن نظرية مضار الجوار غير مألوفة، إذ كان من الأجدر على المشرع الفصل بين هاتين النظريتين باعتبارهما مختلفتين تماما كما أوردنا سابقا، باعتبار أن المشرع منع التعسف في المادة 691 من القانون المدني في حالة ما إذا كان الضرر فاحشا فقط و غير مألوف، غير أن التعسف يقوم مهما كان الضرر ضئيلا مما يستوجب الفصل بين النظريتين.

خاتمة

2 - يعاب على المشرع في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني ترك المجال واسعا عند لتحديد الحالات التي يحدث فيها التعسف و لم يتم بحصرها باستعماله لعبارة لاسيما، و كان يفترض به تحديدها على سبيل الحصر حتى لا يترك المجال واسعا في تقرير حالات اخرى إلى الحد الذي تتميع معه هاته النظرية.

3 - نص المشرع المادة 708 على انه "ليس لماك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " و كان يجدر به أن يستعمل عبارة العذر القوي بدل عذر قانوني حتى تدل على ضالة المصلحة مقابل جسامة الضرر الذي يصيب الجار فيحقق في هذه الحالة أحد معايير التعسف في استعمال الحق.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية:

أ - القوانين:

- (1) القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد 49، الصادرة بتاريخ 1990/11/18.
- (2) القانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية عدد 60، لسنة 2005.
- (3) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 لسنة 2008.

ب - الأوامر:

- (1) الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975.

ثانياً: المؤلفات:

أ - الكتب:

- (1) إدريس فاضلي، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- (2) اسحاق ابراهيم منصور، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.
- (3) أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق (دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقہ الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2014.

- 4 جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سبتمبر 2009.
- 5 حسنين محمد، الوجيز في نظرية الالتزام، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 6 رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 7 سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2011.
- 8 سلمان قصي، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان، الأهلية اربيل، 2012.
- 9 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009.
- 10 الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجع عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 11 عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 12 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب) الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.
- 13 عواطف زرارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 14 غازي أبوعرابي، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.
- 15 فاطمة الزهراء رابحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 201، الجزائر.

- (16) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
 - (17) نبيل صقر، العقار الفلاحي نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
 - (18) مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
 - (19) محمد الشرفي، علي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، 1995.
 - (20) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2009/2008.
 - (21) الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات (المسؤولية التقصيرية الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
 - (22) محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، طبعة جديدة، دار السنهوري، بيروت لبنان، 2016.
 - (23) محمود عبد الرحيم ديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
 - (24) مصطفى جمال، النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية، 1987.
 - (24) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010.
 - (25) هشام القاسم، مدخل إلى القانون، دار النهضة، دمشق، سوريا، 1977.
- ب - القواميس:**
- (1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968.
 - (2) لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968.
 - (3) مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.
- ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية:**

أ - أطروحات الدكتوراه:

- (1) أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير مألوفة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم (فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2016/2015.
- (2) زكية الصافي، علاقات الجوار، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2000/1999.
- (3) عواطف زرارة، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير مألوفة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2012.

ب - رسائل الماجستير:

- (1) إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012/2011.
- (2) باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- (3) حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2011.
- (4) سارة بولقواس، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013.
- (5) سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- (6) سميحة حنان خوادجية، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008 / 2007.

- (7) عبد الحفيظ خرف، حق ذوي الحقوق في التعويض، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.
- (8) عبد الرحمان مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.
- (9) العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002/2001.
- (10) عمار حنيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود مسؤولية، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2015/2014.

ج - مذكرات الماستر:

- (1) سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو لحاج - البويرة، 2013.
- (2) عبد الفتاح صالح، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012.
- (3) فاطمة الزهراء بن شاعة، حق المرور كقيد على الملكية العقارية في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدينة، جامعة الجزائر، 2012/2011.

رابعاً: المقالات:

- (1) أحمد الصويغي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد 38، أبريل 2009، جامعة الشارقة الإمارات العربية.
- (2) أحمد دغيش، تدخل الدولة ضمن استغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد الثالث، سبتمبر 2014، جامعة بشار، الجزائر.
- (3) زهير عماري، إشكالية تنظيم العقار الفلاحي الجزائري وأهم الخيارات الممكنة لتطوره، أبحاث إقتصادية وإدارية، العدد 13، جامعة سطيف، الجزائر، جوان 2013.
- (4) سارة شيبات، القيود الواردة على الملكية العقارية والمتعلقة بالموارد المائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 15، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، جانفي 2017.
- (5) مونة مقلاتي، التأصيل القانوني لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية (دراسة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)، مجلة دراسة وأبحاث، المجلد 7، العدد 19، جامعة قالم، 2015.

الفهرس

شكر و عرفان

1	مقدمة
6	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية:.....
6	المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية:
6	المطلب الأول: تعريفه وتمييزه عن الأنظمة المشابه له:
6	الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الملكية العقارية:
7	أو لا: تعريف الحق:
10	ثانيا: تعريف التعسف في استعمال الحق:
12	ثالثا: تعريف حق الملكية العقارية:
16	الفرع الثاني: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الأنظمة المشابهة له:
17	أولا: تمييز التعسف عن الخطأ:
17	ثانيا: تمييز التعسف عن الإساءة:.....
18	ثالثا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مضار الجوار الغير مألوفة:
20	رابعا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن التعسف في استعمال السلطة:
20	خامسا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن الحق
21	المطلب الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق:.....
22	الفرع الأول: استقلالية نظرية التعسف في استعمال الحق عن نظرية العمل غير المشروع:
24	الفرع الثاني: التعسف كنظام للمسؤولية التقصيرية:
24	أو لا: التعسف في استعمال الحق مساو للخروج عن الحق:.....
25	ثانيا: التعسف هو خطأ من نوع خاص:
27	ثالثا: التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ:.....
28	المبحث الثاني: تأصيل نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.....
29	المطلب الأول: في التشريعات القديمة:
29	الفرع الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني.
31	الفرع الثاني: فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم:

32	الفرع الثالث: فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:
36	المطلب الثاني: في التشريعات الحديثة:
36	الفرع الأول: في التشريعات الأوروبية:
36	أولا: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي الحديث سنة 1804
39	ثانيا: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الأوروبية الأخرى:
41	الفرع الثاني: في التشريعات العربية:
41	أولا: القانون المدني المصري.
43	ثانيا: القانون المدني اللبناني:
43	ثالثا: القانون المدني الأردني:
44	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق:
44	أولا: موقف المشرع الجزائري من تأصيل نظرية التعسف قبل تعديل 2005:
46	ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تأصيل نظرية التعسف بعد التعديل:
48	ملخص الفصل الأول.....
49	الفصل الثاني: قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق:
49	المبحث الأول: صور قيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في إطار الملكية العقارية. ..
49	المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة.
50	الفرع الأول: توفر قصد الإضرار بالغير
52	الفرع الثاني: عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامه الضرر اللاحق بالغير
53	الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال:
54	المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في إطار الملكية العقارية:
54	الفرع الأول: هدم الحائط الفاصل أو تعليته:
55	أولا: تطبيقات متعلقة بالحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران:
56	ثانيا: تطبيقات متعلقة بالحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران:
57	الفرع الثاني: فتح المطلات والمناور:
57	أولا: المطلات:
59	ثانيا: المناور:

60	الفرع الثالث: حق الارتفاق:
60	أو لا: التحرر من الارتفاق:
61	ثانيا: تطبيقات التعسف في استعمال بعض حقوق الارتفاق القانونية:
68	الفرع الرابع: الالتصاق بالعقار:
69	الفرع الخامس: عدم استثمار الأراضي الفلاحية:
71	المبحث الثاني: آثار قيام المسؤولية عن التعسف في إطار الملكية العقارية:
71	المطلب الأول: دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:
71	الفرع الأول: طرفا دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:
71	أولا: المدعى في دعوى المسؤولية:
72	ثانيا: المدعى عليه في دعوى المسؤولية:
74	الفرع الثاني: الإثبات في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق وتقدمها:
74	أولا: الإثبات في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:
77	ثانيا: تقدم دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية:
77	الفرع الثالث: الإختصاص في دعوى المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية: ...
78	المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق الملكية:
79	الفرع الأول: تعريف التعويض ووقت نشوء الحق فيه:
79	أولا: تعريف التعويض:
79	ثانيا: وقت نشوء حق الضرر في التعويض:
80	الفرع الثاني: طرق التعويض:
81	أولا: التعويض العيني:
83	ثانيا: التعويض بمقابل:
84	1. التعويض النقدي:
85	2. التعويض غير النقدي:
85	الفرع الثالث: تقدير التعويض:
86	1. مقياس تعويض الضرر المباشر:
87	2. تأثير الظروف الملازمة على مقدار التعويض:
89	ملخص الفصل الثاني

90	 خاتمة
93	 قائمة المراجع
99	 الفهرس