جـــــامعة قـــــاصدي مربـــــــاح ورقـــــلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديـــــــــــــمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة : الحقوق

التخصص : قانون خاص

مقدمة من قبل الطالبة : بوعلي رميصاء

العنوان

نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

نوقشت وأجيزت بتاريخ: ../../....

أمام اللجنة المكونة من:

الأستاذ عياض محمد عماد الدين	أستاذ مساعد(أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
الأستاذ بامون لقمان	أستاذ مساعد (ب)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا
الأستاذة بن أحمد صليحة	أستاذ مساعد (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا

الموسم الجامعي: 2014/2013

بسم الله الرحمان الرحيم

((..... رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والد ي وأن اعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك صالحين))

صدق الله العظيـــــــــم

سورة النمل الآية 19

((.....ومـــــــا أوتيتم من العلـــم إلا قليلا))

صدق الله العظيـــــــم

قـــال رسول الله صـــلى عليه وسلم

((من كان يؤمن بالله واليوم الأخر فـــلا يـــؤدي جاره))

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في الوجود إلى أمي الحبيبة

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني أن العلم سلاح والحياة عقيدة وجهاد وشجعني على طلب العلم والمعرفة أبي العزيز الله يشفيه

إلى كل إخوتي وجميع أفراد العائلة الكريمة والمحترمة

إلى أبناء إخوتي عائشة ' ملاك، ولاء ، عبد الله ، زكرياء

إلى رفقاء الدرب الدراسي بجامعة قاصدي مرباح ورقلة خاصة دفعة 2014فرع قانون خاص

إلى كل من ساعدني ولو بكلمة

إلى كل من عرف معنى التعب وسهر في طريق البحث العلمي .

الشـــكر

نشكر المولى عز وجل ونحمده حمدا يليق بجلال وجهه وعظيـــــم سلطانه على نعمـــه الجليلة، أنه تبـــارك وتعالى أمدنا بالصحة والقـــوة لإتمام هذا العمل.

يطيب لي بكثير من الاحترام أن أتقدم بشكر الجزيل إلا الأستاذة المشرفة بن أحمد صليحة الذي بفضل الله تم بفضل جهدها المتواصل أفادني كثيرا بنصائح والارشاداة وتوجيهاتها تم انجاز هذا العمل فلها مني كل الشكر والوفاء والتقدير.....

كما أتقدم بالشكر الجزيل لجميع الأساتذة الكرام خاصة الدين قاموا بتحكيم هذا الدراسة جزاهم الله عنا خير جزاء .

كما لاننسى أن نتقدم بشكرنا الخالص إلى عمال مكتبة وإدارة كلية الحقوق .

مـــــــقدمة

مقدمـــــــة

إن استعمال الحق أو مباشرته هو الإفادة بمضمونه أي مباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، هذه السلطات يحددها القانون وهو بصدد تنظيمه لكل حق على حدة فالقانون هو الذي يعين حدود الحق.
والحق الذي يهدف القانون إلى حمايته هو ما يقع به الفرد على ما هو عائد له بصفة مشروعة من قيم وأشياء والاستفادة منها بنطاق واسع وإلزام الغير بعدم التعرض له، ولقد اعتنت سائر التشريعات برعاية حقوق الأفراد والمحافظة عليها ومنحت صاحب الحق سلطة كبيرة في مجال استعماله لحقه.

فالقانون إذن من هذا المنطلق هو مصدر حقوق الأفراد وواجباتهم فكل حق لشخص يقابله واجب على شخص أخر بأدائه أو بعدم التصرف فيه وعليه نجد أن الحق يشكل قطبا رئيسا في مجال الدراسات القانونية ، فكان لذلك صدارة في الفكر القانوني أين برزت وتجلت للجميع ضرورة نقض فكرة الحق المطلق والتي مفادها اعتبار الحقوق بمثابة امتيازات طبيعية.

فهذا التطرف الفكري أدى إلى فوضى عارمة في المجتمع الواحد، وإلى خلق طبقة متنافرة واتساع الاستغلال والتسلط مما أستوجب الأمر إلى إعادة النظر في مسألة إستعمال الحق وذلك من خلال تقيده وجعله يتماشى والتطلعات الاجتماعية، وقد ثار جدل حول تعريف الحق، فأصحاب المذهب الشخصي يعرفون الحق من خلال صاحبه، أما أصحاب المذهب الموضوعي فيعرفون الحق من خلال موضوعه ولقد عمدت كل هذه المذاهب إلى تحديد معنى الحق وفق المبادئ والأيديولوجيات المعتنقة من جانب كل مذهب، فالحق الخاص لم يعد مجرد ميزة للفرد بل أصبح من خلال هذا تأدية وظيفة اجتماعية ، وعلى هذا النحو فإن القانون يحميه وإذا ما ابتعد عن الغرض الذي من أجله منح له الحق ، فقد حماية القانون له، بل واستحق الجزاء لتعسفه في إستعمال الحق .

ولهذا أصبحت نظرية التعسف في إستعمال الحق أهمية قصوى في القوانين الحديثة بما فيها القانون الجزائري فلم تعد مقتصرة على القانونين الروماني والفرنسي، الأمر الذي يؤكد فائدة نظرية التعسف في إستعمال الحق فهي تستند لفكرة العدالة ، أي لا يمكن تسبيق المصلحة الخاصة على المصالح العامة لهذا التشريعات والقضاء تسعى لتطبيق هذه النظرية كلما كان لها محل.
ولهذه النظرية العديد من التطبيقات في فروع مختلفة من قانون أسرة، وقانون التجاري، والقانون الإداري والقانون المدني.

حيث نذكر منها ما ورد بخصوص حق الملكية الذي يعتبر أوسع الحقوق نطاقا إذ يمنح صاحبه سلطة على الشيء تمكنه وحده من استعماله والتصرف فيه في حدود القانون، حيث نص الدستور الجزائري لعام 2008

في المادة 52 منه على أن : " الملكية الخاصة مضمونة " وتأكيدا لذلك فقد نص المشرع الجزائري في المادة 674 من ق.م.ج : " على أن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة ".

إشكالية البحث:

بما أن نظرية التعسف في إستعمال الحق ترتبط بطبيعة الحق وغايته، لدى نحن نتساءل إذا كان لصاحب الحق مطلق الحرية في إستعمال حقه كيفما يشاء ولو أدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالغير، فهل هذا الاستعمال مقيد بمعايير أم أنه مطلق ؟

إذا كان الأمر كذلك فهذا يستدعي طرح مجموعة من التساؤلات :

- ما هو مفهوم الحق والتعسف ؟
- ما هو المرجع الأساسي لنظرية التعسف في إستعمال الحق وهل نص المادة 124 مكرر كافي لمعالجة ذلك ؟
- ما هي المعايير التي تقوم عليها هذه النظرية ؟
- ما هو الجزاء المترتب على التعسف في إستعمال الحق ؟
- ما مدى تطبيق نظرية التعسف في إستعمال الحق في مجال الملكية العقارية ؟

منهج البحث:

بالنسبة للمنهج المتبع فقد اخترنا منهج يتيح لنا عرض أفكارنا بوضوح وهو المنهج الوصفي الأكثر ملائمة للبحوث الاجتماعية والقانونية، فمن خلاله قمنا بوصف الظاهرة بإعطاء تعار يف لأهم متغيراتها، كما استعنا بالمنهج التحليلي في عرض حالات والجزاء المترتب على التعسف، أيضا اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج المقارن.

الصعوبات:

حبذنا ذكر بعض الصعوبات التي وجهتنا في إنجاز هذا البحث وهذا لندلل على ما قد ترونه قصورا في بحثنا ويمكن تلخيص أهم هذه الصعوبات كالأتي :

- هو العدد المحدد للصفحات غير كافي لدراسة الموضوع دراسة دقيقة وشاملة، كون الموضوع واسع ولا يمكن تحديد عدد معين للصفحات، وهذا ما جعلني لا أتطرق إلى بعض النقاط مما تطلب مني اللجوء إلى الدقة مع الاختصار.

خطة البحث :

لقد انطلقنا في اختيارنا لخطة البحث تسليط الضوء على موضوع دراستنا والمتمثل في نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية وعلى هذا الأساس قسمنا البحث إلى فصلين أساسيين، فيدخل ضمن الفصل

الأول المتمثل في : الأساس القانوني لفكرة التعسف في إستعمال الحق، تحديد مفهوم الحق كما تطرقنا إلى مفهوم التعسف في إستعمال الحق وأحكامه وتطرقنا إلى حالاته والجزاء المترتب على التعسف.

أما الفصل الثاني والمتمثل في : تطبيق نظرية التعسف على حق الملكية وتطرقنا فيه إلى القيود الواردة على حق الملكية، والجزاء المترتب على التعسف في إستعمال حق الملكية.

وعليه قسم البحث على النحو الأتي :

- الفصل الأول : الأساس القانوني لفكرة التعسف في إستعمال الحق .
- الفصل الثاني : تطبيق نظرية التعسف على حق الملكية.

الفصـــــل الأول

الفصل الأول

الأساس القانوني لفكرة التعسف في استعمال الحق

لقد كان موضوع الحق واستعماله والتعسف فيه موضوعا شاغلا للفكر الإنساني وفكر القانونيين خصوصا، و كان هذا الاختلاف بخصوص تحديد معنى الحق ،فقد برزت نظريتان في هذا الشأن الأولى شخصية يتزعمها الفقيه سافني ويرى أن جوهر الحق هو إرادة الشخص صاحب الحق، أما النظرية الثانية هي النظرية الموضوعية وعلى رأسها الفقيه اهرنج ، حيث تعرف هذه النظرية الحق انطلاقا من موضوعه غير أنها تخلط بين جوهر الحق وغايته، لذلك سنتطرق في هذا إلى مبحثين :

المبحث الأول : مفهـــوم الحـــــق.

المبحث الثاني : استعمـــال الحـــــق.

المبـــــحث الأول

مـــفهـــوم الـــحـــــــق

رغم الاقتراحات التي قدمها الفقه لتعريف مفهوم الحق، غير انه لم يحصل إجماع حول تعريف جامع للحق قد يرجع ذلك إلى صعوبة وضع تعريف معين لظاهرة قانونية [1]، وقد يرجع السبب إلى كثرة الحقوق وتنوعها ولعل هده الأسباب هي التي دفعت بوجود فكرة الحق بين الإنكار والتأييد،لذلك سنخصص :

المطلب الأول : لتعريـــف الحـــق.

المطلب الثاني : تقسيمات الحق.

المـــــطلب الأول

تـــــــعريف الـــحـــــــق

إن اصطلاح الحق لا يتغير معناه في اللغة أو القانون ، فالشخص العادي يدرك المعنى الذي يحمله لفظ الحق، فإذا قيل أن فلان له الحق في ملكية هذا المترل، أمكن بسهولة إدراك أن هذا الشخص يحق له دون غيره أن يستعمل هذا الشيءأو يستغله أو يتصرف فيه[2].

---

[1] رمضان أبو السعود،النظرية العامة للحق، شرح مقدمة القانون المدني، دار المطبوعات الجامعة ، الإسكندرية ، 2006 ، ص18 .

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص8.

ولقد تعرضت فكرة الحق لهجوم بعض الفقهاء ومن بينهم ليون ديجي حيث اتخذ من صعوبة تعريف الحق ، سببا لنفي وجود الحق وفي هذا الشأن ظهرت عدة مذاهب لتعريف الحق وهذا ما سنتطرق إليه كالتالي :

الفـــــــرع الأول

المـــذهـــب الشـــــخصـــــي

ويسمى بمذهب الإرادة تزعمه الفقيهان الألمانيان سافيني وفيندشايد[1]، حيث ينظر إلى فكرة الحق من خلال صاحبه فيعرفه بأنه " القدرة أو السلطة الإرادية التي يمنحها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين "[2]،يتضح من ذلك أن جوهر المذهب الشخصي يكمن في أنه لا يوجد حق إلا إذا أراد الشخص ذلك في حدود القانون ونطاقه.

ويعاب على هذا التعريف انه ينكر للأشخاص المعنوية القدرة على اكتساب الحقوق وكذا الأشخاص الذين لا يملكون إرادة مثل المجنون، والصبي، وغير المميز فهذا المذهب خلط بين الحق الذي يوجد دون أن يتوقف على قدرة إرادة صاحبه، وبين مباشرة الحق التي تستلزم غالبا إرادة ، كحق الانتخاب يثبت لكل مواطن ولكن مباشرته لابد أن تكون لشخص له إرادة[3].

الفـــــــرع الثـــــاني

المـــذهب المـــوضوعـــي

صاحب هذا المذهب هو الفقيه الألماني اهرنج حيث ينظر إلى الحق من خلال موضوعه فعرف الحق "بأنه مصلحة يحميها القانون "،ويتضح من هذا أن الحق يتكون من عنصرين احدهما موضوعي والأخر شكلي يتصل العنصر الموضوعي أو المادي بالغاية العملية من الحق، ويتمثل العنصر الشكلي في حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية[4].

ويعاب على هذا الاتجاه انه لم يعرف الحق نفسه بل عرفه بالهدف منه هذا من جهة، ومن جهة أخرى كذلك ليست كل مصلحة تعتبر حق فالمصلحة غير المشروعة لايحميها القانون،كما قيل في نقد هذا المذهب أن النتيجة المنطقية لها، هي أن تحديد صاحب الحق يتوقف على تحديد من تعود عليه المصلحة[5].

كما أن أصحاب هذا المذهب قد جعلوا للحق عنصرين ، عنصر المصلحة وعنصر الحماية القانونية أو لدعوى فالمصلحة يجب لكي ترتفع إلى مرتبة الحق، أن يحميها القانون ، أي أن عنصر الحماية هو الملاحظ في وجود

[1] محمد حسين منصور ، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2004، ص456 .
[2] إبراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق ، فقها و قضاء ، (ط1) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002، ص11 .
[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ،ص456.
[4] محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص.657
[5] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 26.

الحق، وهذا ما لا يمكن قبوله ، فالحماية القانونية هي نتيجة أو أثر للتسليم بوجود الحق، فالحماية لاحقة على نشأة الحق.

الفـــــــرع الـــثالث

المـــذهب المختلـــط

إزاء الانتقادات السابقة لنظريتي الإرادة والمصلحة، وجدت نظريات أخرى تجمع بين النظريتين، مع اختلاف فيما بينهما على تغليب عنصر على أخر،حيثذهب البعض إلى القول بأن العنصر الجوهري في الحق هو المصلحة ، غير أنهم لم يكتفوا بهذا العنصر وإنما أضافوا إليه عنصر الإرادة باعتبارها الوسيلة الضرورية لتحقيق المصلحة ، فالحق إذن هو مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية لشخص، وذهب آخرون إلى تعريف الحق[1] ، "بأنه قدرة لإرادة شخص يعترف بها القانون ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة" .

الفـــــرع الـــرابع

النـــــظرية الحـــــديثة

صاحب هذه النظرية هو الفقيه البلجيكي دابان حيث يعرف الحق " بأنه مكنة يسندها القانون لشخص معين ويضفي عليها حمايته ، بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها فيما يملكه أو فيما هو مستحق له"،حيث تقوم هذه النظرية على أربعة عناصر : عنصر الاختصاص والاستئثار، عنصر التسلط،احترام الغير للحق ،الحماية القانونية .

ويرى الفقيه إسحاق إبراهيم منصور بأن التعريف الراجح "هو أن الحق قدرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين مادي وأدبي" [2].

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن أن نعرف الحق: هو الاستئثار الذي يقره القانون لشخص معين من الأشخاص ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص أخر.

---

[1] أنظر علي فيلا لي ، نظرية الحق ، موفم للنشر، الجزائر، 2011 ، ص 35 . **وهكذا فإن الحرية أو الحريات العامة التي كثيرا ما تكرس دستوريا كحرية المعتقدة و التجارة وحرية الرأي تختلف اختلاف واضحا عن الحق فمكنة الحريات العامة معترف بها لكل الناس دون أن ينفرد بها شخص معين، فهي ذات طابع عمومي أما الحق يثبت للشخص على وجه التخصيص دون غيره ، فهو يتميز بطابع الخصوصية ، فيترتب عنه تفاوت الأشخاص ، بحيث يكون صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره ،في حين يكون الناس على قدم المساواة بالنسبة للحريات العامة .**

[2] إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992، ص 205

المـــطلب الثـــــاني

تقسيمـــات الحـــــق

تتعدد أنواع الحقوق وطوائفها حيث هناك العديد من التقسيمات للحقوق بحسب ما تتسم به من خصائص وصفات وتختلف التقسيمات باختلاف الزوايا التي ينظر منها للحق ، حيث يتم تصنيف الحقوق إلى طوائف تظم كل طائفة منها الحقوق ذات الطبيعة الواحدة والأحكام المشتركة، غير أن التقسيم التقليدي الذي اتفق عليه اغلب الفقه واتبعته أكثر التقنينات هو تقسيم الحقوق إلى حقوق إلى مالية وغير مالية لذا سنتناول في هذا المطلب :

الفـــرع الأول : الحقـــوق المـــالية.

الفـــرع الثـــاني : الحقوق غير المـــالية.

الفـــــــرع الأول

الحقـــــــوق المـــاليـــــة

هناك بعض الحقوق ذات طابع مالي ، أي أن يكون لها قيمة مالية لان موضوع الحق فيها يقوم بالمال وتدخل هذه الحقوق في دائرة التعامل وتكون الجانب الايجابي من الذمة المالية للشخص كما أن هذه الحقوق تنتقل إلى الورثة كقاعدة عام، ويجوز التعامل فيها ، وتخضع للتقادم المكسب والمسقط وهي تظم طائفتين من الحقوق.

أولا: الحق العيني :

الذي يرد على شيء معين ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء [1]، وهذه الحقوق تنقسم إلى نوعين حقوق العينية الأصلية وحقوق العينية التبعية.

الحقوق العينية الأصلية هي الحقوق تقوم بذاتها استقلالا دون أن تستند في وجودها إلى حق ، والحق العيني يخول لصاحبه الاستئثار بالقيمة الاقتصادية للشيء الذي يرد عليه هذا الاستئثار قد يتبع ليشمل كافة السلطات و التي تتمثل في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه فإذا ما اجتمعت هذه السلطات فحقه حق ملكية [2] ،أما إذا توزعت هذه السلطات نكون بصدد حقوق عينية متفرعة ، حق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى ، حق الحكر ، حق الارتفاق .

[1] محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، (القاعدة القانونية، نظرية الحق) ، ج 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الإسكندرية، 2009، ص 104 .

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 105 .

و الحقوق العينية التبعية تقضي المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أن "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه،وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان "[1].

وهذا ما يسمى بالضمان العام ، ومؤذى هذا أن كل دائن حل أداء حقه دون أن يقوم المدين بأدائه مختارا أن يستوفي حقه جبرا عن المدين بالتنفيذ على أمواله عن طريق الحجز، عليها وبيعها بالمزاد العلني واستفاء الحق من ثمنها، وأنواع الحقوق العينية التبعية هي،الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، حق الاختصاص، حقوق الامتياز.

ثانيا: الحق الشخصي :

يتمثل في رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها احدهما وهو المدين في مواجهة الأخر وهو الدائن بأداء معين أي القيام بعمل ،أو الامتناع عن عمل ، ويكون للدائن سلطة اقتضاء هذا الأداء من المدين .

الفـــــرع الثاني

الحـــــــقوق غير الماليـــــــة

هناك بعض الحقوق التي لا تقوم بالمال لأنها ذات قيمة معنوية ،ومن ثم لا تدخل في دائرة التعامل وكذلك لا تنتقل بالميراث، ولا تكتسب أو تسقط بالتقادم وتظم الحقوق غير المالية كل من الحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الأسرة والحقوق الذهنية.

أولا: الحقوق السياسية :

هي الحقوق يقررها القانون للمواطن باعتباره منتميا إلى جماعة معينة ، ويتمكن بمقتضاها من المشاركة في إدارة شؤون هذه الجماعة مثل حق الانتخاب وحق الترشح للمجالس النيابية وحق تولي الوظائف العامة.

ثانيا: الحقوق العامة أوالحقوق الشخصية :

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بمجرد وجوده لكونه إنسانا ، فهي تتصل بالشخص ، لذا يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية[2] ،كالحق في الحياة والحق في السلامة البدنية والحق في السرية والشرف.

[1] الأمر 58/75 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم(الجريدة الرسمية العدد1975/58)
[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 482 .

ثالثا : الحقوق الذهنية والحقوق المعنوية :

هي الحقوق التي تتقرر للشخص على محل معنوي غير محسوس وهو نتاج فكره وخياله ، فيكون له الاستئثار بما يرد عليه حقه ، بحيث ينسب إليه وحده باعتباره امتداد لشخصيته وله الحق في استغلاله ماليا مثل حق المؤلف على مؤلفاته [1]؛فحق المؤلف له طبيعة مزدوجة الأول أدبي يتمثل في أبوة المؤلف لنتاجه الفكري والتاني مادي ،يتمثل في أحقية استغلال هذا النتاج والحصول على منافعه .

المبحث الثاني

مفهوم التعسف في استعمال الحق

عرفنا سابقا أن الحق هو الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين، أو أداء معين من شخص أخر، فصاحب الحق يملك حق استعماله، والتصرف فيه ضمن الحدود المرسومة بما يحقق المصلحة دون اعتداء بمعنى انه لا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوزها مادام في هذا التجاوز إضرار بالغير، وتجاوز هده الحدود في استعمال الحق،سيؤدي إلى نتائج ضارة لابد من تفاديها لذلك ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق وللبحث عن مفهوم التعسف ارتأينا أن نقسم هذا المبحث على:
المطلب الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني :أحكام التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق

يقتضي الوصول إلى مدلول صحيح لفكرة التعسف في استعمال الحق،البحث في معنى التعسف في الفرع الأول ، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى البحث في أصوله التاريخية .

الفـــــرع الأول

تعـــــريف التـــــعسف

[1] الأمر رقم 03 / 05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (الجريد الرسمية العدد 44 / 2003)

التعسف في اللغة هو أخذ الشيء على غير طريقته، والسير بغير هداية ومثله الاعتساف وعسفه عسفا ، أخذه بقوة وعسف في الأمر من غير رؤية ولا تدبر[1].

أما اصطلاحا يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه، والإفادة منه ويتم استعمال الحق من خلال استعمال مضمونه ويتمثل مضمون الحق في السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، ويتفاوت ذلك المضمون من حق لأخر فمضمون حق الملكية هو مجموع السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، ومضمون حق الدائنية هو قدرة الدائن على اقتضاء الدين من المدين في الأجل المطلوب .فالقانون يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه، والقانون عند تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها والسلطات التي تخولها لأصحابها يعمل على التوفيق بين كافة المصالح العامة والخاصة فالشخص يهدف غالبا من وراء استعماله لحقه يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة به، إلى أنه لا ينبغي أن يقوم بما يتعارض مع مصلحة الغير، فالقانون يوفر الحماية للشخص طالما كان يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة لا تتعارض مع مصلحة الجماعة وكانت هذه المصلحة مشروعة فإذا تجاوز هذه النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروعا سقطت عنه الحماية القانونية، ولذلك هناك جانب من الفقه من عرف التعسف في استعمال الحق abus de droit انه استعمال صاحب الحق لحقه على وجه غير مشروع ، كذلك هو استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالا يضر بالغير[2].أو هو أن يستعمل صاحب الحق لحقه بغرض الإضرار بالغير أو من اجل الحصول على فائدة غير مشروعة[3] .

وهناك من اختار تعبير المضارة في استعمال الحق وهو تعبير المختار لدي فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة و أخد هذا التعبير من القران الكريم عند تنفيذ الوصية، إذ لم يكن فيها مضارة تطبيقا لقوله تعالى: "**من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم**"[4].

طبيعة نظرية التعسف في استعمال الحق:

إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق قد استقرت في القانون المعاصر إلا أن الفقه قد اختلف في تأصيلها فذهب البعض منهم إلى إسناد التعسف إلى فكرة الخطأ، والبعض الأخر أسندها إلى تصوير الحق . حيث يذهب الاتجاه السائد في الفقه الحديث إلى رد التعسف إلى فكرة الخطأ، فيظل أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في نطاق المسؤولية التقصيرية[5]، يرى الأستاذ بلانيول أن " الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف " فلا يوجد استعمال تعسفي لحق ما ، فما التعسف إلى تطبيق من تطبيقات الخطأ المنشئ للمسؤولية التقصيرية ، أو هو خطأ من نوع خاص يستقل من حيث المناط و النطاق عن الخطأ العادي فالتعسف وإن كان يقوم على

[1] لسان العرب، لمختار الصحاح، ج4، (د.م.ن)، (د.س.ن)، ص 2993.
[2] عبد الودود يحي الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 244 .
[3] ابتسام القلام ، المصطلحات القانونية ، قصر الكتاب، الجزائر،(د.س.ن)، ص 3 .
[4] سورة النساء، الآية رقم 12.
[5] رمضان أبو السعود ،المرجع السابق ، ص 507 .

المسؤولية التقصيرية ، إلى أنه ليس إلا صورة من صور الخطأ ألتقصيري ، وإنما هو نوع متميز من الخطأ فهو خطأ خاص أو خطأ اجتماعي يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية[1].

أما الفقه الحديث جعل من هذه النظرية ذات كيان خاص و مستقل وأخرجها من نطاق المسؤولية التقصيرية وعدها نظرية عامة لا ترتبط بالخطأ ألتقصيري ، بل ترتبط بفكرة الحق ذاتها ، فالحق ليس غاية في ذاته بل هو وسيلة لغاية يستهدفها القانون من تقريره[2].

وبذلك التعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة ، ذلك الإخلال الذي ينتج عنه الخطأ بالمعنى الدقيق ، وهو ما يفصل بين التعسف و الخطأ ويخرجه من دائرة المسؤولية التقصيرية ليكون مبدأ عام ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق وبذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق إذ هي في حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته [3]، مما يجعلها فكرة ملزمة ومكملة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر إليها بمعزل عنها ، ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها ، بل أن فكرة التعسف تصبح في الواقع هي التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق .

الفـــــرع الثـــاني

الأصول التاريخية لنظرية التعسف في استعمال الحق

لقد مرت نظرية التعسف في استعمال الحق بعدة مراحل تاريخية كانت في القوانين القديمة ، ثم استقرت بعد ذلك في القوانين الحديثة .

أولا:نظرية التعسف في إستعمال الحق في القوانين القديمة :

في القانون الروماني :تمتد جذور هذه النظرية إلى القانون الروماني حيث سادت بعض الأقوال المتفرقة بالمقولة التي تقضي : jure utiturnomine Loudi qui ureutit""أن من يستعمل حقه استعمالا قانونيا لا يكون مسئولا مهما ترتب عليه ضرر للغير" [4]، ولكن دون وجود قاعدة عامة ومع ذلك يعزى إلى الفقيه ألبان قوله :" أن من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره ،لا يكون مسؤولا عن التعويض لهذا الضرر ولكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شانه أن يسقط حائط الجار" وهذه عبارة غامضة لا تقيد إدانة التعسف إذ تنفي المسؤولية في الحالة الأولى وتجعل لها محلا في

[1] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 441 .
[2] عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في ا ستعمال الحق بوصفة سببا من أسباب الإباحة ، ط 1 دار الثقافة للنشر والتوزيع ، (د .م .ن) ،2011 ،ص 38 .
[3] رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ،ص 509 .
[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ،ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 ص210 .

الحالة الثانية[1]،إلى أن الفقه الروماني اتفق على أن الهدف الذي يؤدي إليه الحق هو تحقيق النفع لا الضرر ، وعارضو استعمل الحق إذا لم يقصد صاحبه من وراء ذلك سوى إلحاق الضرر بالغير[2].

وتأثر القانون الفرنسي القديم بتلك الأفكار ، وانحصر نطاق الإساءة في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير[3] ، واستقر مبدأ كل استعمال للحق لا يقصد به سوى الإضرار بالغير يعد تعسفا، ولكن ذلك المبدأ انحصر وتراجع أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أوائل القرن الثامن عشر .

أما في الشريعة الإسلامية فقد عرف هذا المبدأ مكانته مند بداية الشريعة الإسلامية، حيث أقرته كنظرية عامة وعنى الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تفوق في دقتها و أحكامها أحدث ما استقرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب، فالحقوق منحة من الله سبحانه وتعالى لعباده بقصد تحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة، ولا يتم ذلك إلا من خلال أداء حقوق الله وحقوق العباد وأن يتم استعمال الحق بنية الطاعة و الامتثال لأمر الشارع الكريم، فالفرد له مطلق الحرية في استعمال حقه بل هو مقيد في ذلك بمراعاة مصلحة الجماعة وعدم الإضرار بالجار .

ثانيا : نظرية التعسف في القوانين المعاصرة :

لقد جاء التقنين المدني الفرنسي متأثرا بالمذهب الفردي فلم يتضمن نصا عاما يقرر مبدأ التعسف في استعمال الحق وذلك لأن المذهب الفردي يعتبر أن الفرد هو العنصر الأهم في الجماعة وأن القانون ليس إلا وسيلة لتقرير حقوقه الطبيعية وحمايتها ، وضمان استمتاعه بها ومن هذا القول أن نظرية الحق المطلق ، هي أساس القانون ، وعليه أصبحت الحقوق الفردية مقدسة ومصدر سلطات مطلقة لا يسأل أصحابها عما يترتب على استعمالها أضرار تصيب الفرد وعليه فإن المسؤولية عن استعمال الحق أصبحت لا تتلاءم وطبيعة الحق ولاسيما حق الملكية لدى يعتبر أكثر الحقوق إطلاقا ، فهو مقدس ولا يجوز التنازل عنه لأنه حق طبيعي للفرد بل هو الضمان الوحيد لحريته [4] ،ولكن ظهر مبدأ التعسف في استعمال الحق في فرنسا من خلال بعض التطبيقات القضائية الخاصة من جهة والعمل القضائي من جهة أخرى .

أما في القانون الجزائري، فأفكار المذهب الفردي الذي نادي بحقوق طبيعية ومطلقة للإنسان لكونه حرا ومستقلا قد ولت وحلت محلها أفكار حديثة ، مفادها أن الفرد كائن اجتماعي تمنح له حقوق ، حتى يتمكن

[1]عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، المجلد2، (نظرية الإلتزام بوجه عام)، ط 3 ، منشورات الحليي الحقوقية ، لبنان، 2000، ص948.
[2]محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 439 .
[3] علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 213 .
[4]فتحي الدرينيظرية التعسف في استعمال الحق ، ط 2 ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 1977 ، ص 302 .

من القيام بالدور المنوط به في المجتمع ، فالحقوق ليست مطلقة يستعملها الفرد كيفما يشاء وحين ما يشاء وأصبح القانون يعتبر استعمال الحق بقصد التعسف يرتب المسؤولية المدنية [1].

وهكذا استقرت نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات المعاصرة ومنها التشريع المدني الجزائري ، وقد كرس المشرع الجزائري نصا يقرر فيه نظرية التعسف في استعمال وقد بين فيه صور هذا التعسف في المادة 124مكرر من القانون المدني الجزائري، حيت تنص هذه المادة على ما يلي " 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 غير المشرع الجزائري موضع هذه المادة إذا أعاد ادارجها تحت قسم المسؤولية عن الأفعال الشخصية من خلال تعديله للقانون المدني في سنة 2005 حيث كانت المادة سابقا تحت الفصل الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية في المادة 41التي ألغيت بموجب القانون كما أوردت القاعدة نفسها في القسم الثالث الوارد تحت الباب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية، تحت الباب الأول المتعلق بحق الملكية، بعنوان القيود التي تلحق حق الملكية في المادة 691 التي نصت على انه " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".

المطلب الثاني

أحكام التعسف في استعمال الحق

تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق على ضوابط مصاغة في شكل مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع الحقوق ، سواء كانت شخصية أو عينية ،أو معنوية ، وقد راعى المشرع في تحديده هذه الضوابط المعيار العام في الخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي، وعليه فإن الانحراف عن هذا السلوك في استعمال الحق يعتبر تعسفا، لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى :

الفـــــرع الأول : حالات التـــــعسف.

الفـــــرع الثـــــاني :إثبات التـــــعسف.

الفـــــرع الثـــالث : الجزاء المترتب على التعسف في إستعمال الحق.

[1] فقد نصت المادة 4 من القانون المدني السويسري " يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ".

الفرع الأول

حالات التعسف في استعمال الحق

نصت المادة 124مكررمن القانون المدني الجزائري السابقة الذكر على انه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير ،

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " والحقيقة أن هذه الحالات الثلاث للتعسف في استعمال الحق التي أشار إليها النص ذكرت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، كما هو الحال في النص السابق أي المادة 41 التي تم إلغاؤها والتي تقوم على فكرة الخطأ .

أولا: قصد الإضرار بالغير:

تتعلق هذه الحالة بالقصد أو النية ، أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله[1]،وهي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها وكذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق عند استعماله، فهي قرينة على نية الإضرار بالغير ، ومع ذلك فإن لتطبيق هذا المعيار يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف [2]، وقد تساعد المظاهر الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها على التعرف على نية الإضرار بالغير ، ولو صاحب القصد نفع له ، إذا كان قصد الإضرار هو القصد الرئيسي [3]، مثال ذلك المالك الذي يبني جدار مرتفعا أو يزرع أشجارا كثيفة متعسف في استعمال حقه ، حتى ولو زادت منفعة الأرض بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ، مادام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار. وينبغي إثبات أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الإضرار بالغير ،ذلك أنا لأصل في الإنسان حسن النية ، والأصل أن صاحب الحق يهتغله بطريقة مشروعة ، وعلى من يدعي العكس عبئ إثباته[4].

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

يعتبر صاحب الحق متعسف في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ،بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها وفي ذلك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي [5] ،وهذا المعيار موضوعي بحيث أنه يقوم على موازنة المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير،فإذا كانت المصلحة

---

[1] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام القانون المدني الجزائري ،ج 2 ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 ، ص 126 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص957 .

1TErki : les obligation, responsabilité civile et régime général , o.p.u , Alger, 1982, p 57 et 58.

[4] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 444 .

[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص958.

دون الضرر بدرجة كبيرة كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد تتحقق المسؤولية مثال ذلك كمالك يقيم مدخنة تؤدي الجار وكان يمكنه ، دون فوات المنفعة عليه تجنب الأذى لو أقام المدخنة في مكان أخر[1]، وقد طبق المشرع هذا المعيار في حالات عديدة نذكر منها ما نص عليه في المادة 708 /2 : "غير انه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " كذلك ما قضت به المادة 881 ق.م. ج 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 ".

ثالثا: عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق :

كرب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لمجرد أنه ذو نشاط نقابي ، يريد بذلك أن يحرم عماله من حق خوله القانون لهم ، وكالمالك الذي يحيط أرضه بأعمدة عالية حتى يحمل شركة طيران تهبط طائراتها في ارض مجاورة على شراء أرضه بثمن مرتفع ،وكمن يخصص المترل المملوك له لمقابلات مخالفة للآداب ،وكالمالك الذي يطالب بإخلاء المترل من مستأجره بحجة حاجته للسكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون وإخفاقه في ذلك [2] ،ويلاحظ على هذا المعيار انه معيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق .

الـــــفرع الثـــــاني

إثبات التعسف في استـــعمال الحـــق

للإثبات أهمية بالغة في الحياة العملية ، فصاحب الحق لايستطيعالمطالبة به أمام القضاء إلا إذاأقام الدليل على وجوده، فالحق يعتبر في حكم العدم ويتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث المنشئ له .
وكما هو معلوم يقع إثبات التعسف على المدعي طبقا لقاعدة " البينة على من ادعى"لأن الأصل افتراض أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالا عاديا ، بحسب الغرض منه وبحسن النية [3]. وعليه يمكن لمن يدعي أن الطرف الأخر تعسف في استعمال حقه إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات كالكتابة والبينة القرائن و الإقرار وغيرها، وعلى هذا فانه يكفي وجود دافع مسيء في استعمال الحق لاعتباره تعسفا، وإن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة تستوجب رفع الأضرار وقيام المسؤولية التي تستوجب تعويض الضرر، ويستطيع القاضي الأخذ بالقرائن القضائية أن يستنبط نية الإضرار بالغير لدى من يشرع باستعمال الحق استعمالا

[1] محمد حسين منصور ،المرجع السابق ، ص 446 .
[2] رمضان أبو السعود ،المرجع السابق ، ص 512 .
[3] محمد صبري السعدي ، القانون المدني الجزائري ، (مصادر الالتزام، الواقعة القانونية) ، ج 2 ،ط2 ، دار الهدى الجزائر ، 2004 ، ص 67 .

مشروعا ومن أهم هذه القرائن، انعدام كلي للمصلحة أو تحقيق منفعة ضئيلة أو الاستعمال الكيدي للحق [1]، كما أن انتقاء نية الإضرار في حالة حدوث ضرر للغير لا يتناسب مع مصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق .

الفرع الثالث

الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق

الأصل في الجزاء هو تعويض المضرور بمبلغ من المال عن الضرر الذي لحقه ويثور التساؤل عما إذا كان من الجائز الحكم على المتعسف بالتعويض العيني[2]..بما أن القانون رتب الجزاء على كل فعل ضار فإن لتعسف جزاءا ، حيت تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على التعويض : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " إن الجزاء على التعسف قد يكون عينا أو ماليا أو وقائيا .

أولا :الجزاء العيني :

اختلفت أراء الفقهاء حول جزاء التعسف ،فهناك من يرى انه يكون نقدي فقط لأنه لا يمكن التعويض العيني وحجتهم أن هذا الأخير يكون عند مجاوزة حدود الحق ، ولكن هذا الرأي لم يؤيده الفقه والقضاء أي أن ليس هناك ما يمنع التعويض العيني إن دعت الأحوال إلى ذلك[3]،وهذا ما أكدته المادة 164 من ق.م.ج والتي تنص على ما يلي "يجبر المدين بعد اعذراه طبقا للمادتين 180و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا " وبالتالي يمكن للمضرور أن يطلب هذا التعويض العيني طبقا لنص المادة السابقة ،فإذ بنى شخص حائط في ملكة وسد هذا الحائط النور والهواء عن الجار فانه هذا الجار يعد متعسف في استعمال حقه والتعويض في هذه الحالة عن الضرر يكون عينيا بهدم الحائط على حساب من قام ببنائه[4].

ثانيا: الجزاء المالي :

إذا تعذر التعويض العيني يلجأ إلى التعويض المالي فهو جزاء من الجزاءات التي تلحق بصاحب الحق المتعسف في استعماله ، حتى الضرر الأدبي يمكن تعويضه بالنقد.

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 138 – 140 .
[2] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 67 .
[3] حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط 5 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1974 ،ص 991 .
[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص966 .

وهذا ما نصت عليه المادة 132 من ق.م .ج والتي جاء فيها ما يلي"يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصبح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدم تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد ، على انه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ،أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض ، بأداء بعض الإعانات بالفعل غير المشروع "

ثالثا : الجزاء الوقائي :

ويعتبر هذا من خصوصيات نظرية التعسف ، فيحول الجزاء دون وقوع الضرر ومثاله المادة 788 ق. م ج والتي تقضي بأنه : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض ملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أنتجبر صاحب الأرض الملاصقة على يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل " وعليه فانه إذا تعسف صاحب الأرض الملاصقة وطلب هدم البناء فالقاضي لا يجب طلبه ويحكم على الباني بالتعويض تلافيا للضرر وجبره [1].

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 141 .

الفصـــــل الثانـي

الفصل الثاني

تطبيق نظرية التعسف على حق الملكية

موضوع الملكية هو أكثر المواضيع التي اختلفت فيها التشريعات فإلى جانب كونه موضوع قانوني فهو أيضا موضوع اقتصادي واجتماعي وسياسي، فالملكية تتأثر بالاقتصاد وتؤثر فيه وباعتبارها ثروة اقتصادية فهي معيار للتفاوت الاجتماعي و في جوهرها هي موضوع سياسي تتأثر به ، ولهذا اختلفت طبيعتها في القانون الوضعي اختلافات شتى، أثرت هذه الاختلافات في مفهوم التعسف .

وقد عرف المشرع الجزائري الملكية في نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أنها "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، وبالإضافة إلى نص هذه المادة نجد المادتين 27و28 من قانون التوجيه العقاري تعرف ذلك إذ نصت المادة 28 منه على أن "الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور"[1]،من خلال هذا نستنتج أن حق الملكية يتمتع بحماية قانونية طالما كان استعماله موافقا للقوانين ، فإذا اصطدم استعمال حق الملكية بهذه القوانين أعتبر الاستعمال غير مشروع و يسأل المالك مسؤولية تقصيرية[2].لذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل على مبحثين نتناول في :

المبحث الأول : القيود الواردة على الملكية.

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في هذه القيود.

المبحث الأول

القيود الواردة على حق الملكية

حفاظا على علاقات الجوار نظم المشرع هذه العلاقات وذلك بوضع قيود بموجبها يمنع المالك من استعمال حقه بالحد الذي يضر بجاره ،ويطلق على هذه القيود التزامات الجوار والتي مفادها ألا يستعمل المالك ملكه إلى الحد الذي يرتب ضرر غير مألوف لجاره، بالإضافة إلى هذا ذكر المشرع قيدا أخر في المادة 1/48 من قانون التوجيه العقاري على أن عدم استثمار الأراضي الفلاحية يعتبر فعلا تعسفيا وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول : التزامات الجوار غير المألوفة.

المطلب الثاني : قيد عدم استثمار الأراضي الفلاحية.

[1] القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري (الجريدة الرسمية العدد 1990/49).

[2] فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1996 ، ص 330.

المطلب الأول

التزامات الجوار غير المألوفة

لم يعد حق الملكية في العصر الحديث حقا مطلق بل أصبح مقيدا بقيود عديدة هي تلك القيود التي ترمي إلى رعاية مصالح الجيران ، أو من يتصل استعمال الحق بهم من الأشخاص وأغلب هذه القيود يرد على الملكية العقارية ويرجع ذلك إلى سلطة المالك في استعمال ملكه ، وسلطته في استغلال ملكه وكذا سلطات المالك في التصرف في ملكه[1].

وقد كرست مسؤولية المالك تجاه جيرانه منذ القديم ، ليس فقط بسبب الأضرار التي تلحقها بهم دون أن يكون لهم مصلحة بل وتقوم مسؤوليته كذلك عن المضار الغير المألوفة التي قد يلحقها بجيرانه حتى ولو كان ذلك يحقق مصلحة[2]،ولبيان حد المشروعية في استعمال حق الملكية سنعرض ذلك في فروع .

الفـــرع الأول

تعريف مضار الجوار غير المألوفة

لقد نص المادة 691 من القانون المدني على مضار الجوار الغير المألوفة كقيد من القيود التي ترد على حق الملكية العقارية الخاصة ، والغاية من هذا القيد هي حماية الجيران من الضرر الذي يلحقهم من استعمال المالك ملكه ،أو الملاحظ أن هناك قواعد أخرى في القانون المدني تهدف إلى هذه الغاية ، كقواعد المسؤولية عن الأفعال الشخصية ، والتي تلزم الشخص بتعويض الغير عن كل خطأ يرتكبه بخطئه المادة 124 ق.م.ج والمادة 124مكرر والتي تمنع البعض في استعمال الحق [3]،والملاحظ أن المواد التي أوردها المشرع لتنظيم علاقات الجوار، وبيان القيود التي ترد عليها نفس القيود وجزاء مخالفتها دون نسيان معنى الجوار وباستطلاع المواد المذكورة لا يمكن القول بأن الجوار في القانون المدني هو التلاصق بين عقارين مختلفين لمالكين مختلفين.مهما كانت المسافة التي يتحقق فيها فإذا لم يتحقق التلاصق فلا يكون هناك جوار بينهما وبالرغم من أن القانون لم يعرف الضرر بل نص على أنواع الضرر المختلفة من ضرر مادي و معنوي إلا أن الفقه يتفق مع اعتباره كل بمصلحة من مشروعة له، والضرر نوعان : مادي ومعنوي

[1]محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، ج1 ، ط 2 ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص 61 .

[2]Marcel PLANIOL ET Georges ; RIPERT TRAITEPRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ; LIBARALNE GENERALE DE DROIT DE JURISPRUDERCR ; PARIS ; 1930 ; P795

[3]زرارة عواطف ، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة ، ماجستير ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية ، 2008/2007، ص55-56..

الضرر المادي يصيب الجار في جسمه كأن يصاب الجار المضرور بمرض معين نتيجة استنشاقه غازات ضارة أو أدخنة سامة ، وقد يبلغ الضرر حدا بعيد قد يصل إلى الموت كما يصيب الضرر الجار في عقاره أو محتوياته كتصدع جدران منزله ، أو تلوثه ، كما قد يمتد الضرر إلى حرمان الجار من الانتفاع بملكه ويعتبر هذا الضرر البارز بين أنواع الأضرار في بنية الجوار أما الضرر المعنوي فيصيب الشخص في غير ماله كالكرامة و الشعور و الراحة النفسية .فنجد في القضاء الجزائري تطبيقا لهذا القيد فيما يخص حق الارتفاق بالمرور لا يزول سببه المنشئ له طبقا للمادة 699 من القانون المدني ولهذا اعتبرت المحكمة العليا أن الحكم بزوال هذا الحق يرتب ضرر غير مألوف طبقا للمادة 691 من نفس القانون وقررت نقض القرار الصادر من مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1990/03/27، الذي قضى بزوال حق المرور بدون مراعاة المادتين 691و699 من القانون المدني الجزائري[1].

الفـــرع الثـــاني

شروط مضـــار الجوار غير المـــألوفة

في المادة 691من القانون المدني قد أوجب المشرع على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له، فهذه المادة تشترط شرطين الأول وجود ضرر بليغ ، والثاني تعسف المالك في استعمال حقه ، فالتعسف في هذه الحالة يشترط أن يترتب عنه ضرر فاحش بالجار، والضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف في علاقات الجوار ، بينما الضرر المألوف فلا يعتبر فاحشا ، وبالتالي فلا يعد استعمال المالك لملكيته بطريقة ترتب ضررا مألوفا تعسفا بل يعتبر استعمالا عاديا تشمله المسامحة [2].

كذلك نجد المادة 705 من ق.م.ج التي تنص على أن " للمالك إذا كانت له مصلح جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضرر بليغا..."ولمضار الجوار الغير مألوفة ميزانان ، فهو معيار مرن وموضوعي هو معيار مرن لأن مسألة تقدير مألوفية الضرر أو عدم مألوفيته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي والتي يحددها بناءا على اعتبارات معينة والتي تناولتها المادة 691 من ق.م.ج .

العرف كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر ،أو يرجع إليها في وقت متأخر فيحدث حركة محسوسة بسيارته أو كأن يكثر الضجة في مناسبات الأفراح أو المآتم كل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها ، وعلى

[1] المحكمة العليا، ديون الوطني للأشغال التربوية ، 1992/6/3، رقم 86444، المجلة القضائية، العدد 04، 1993، ص46.
[2] رشيد شميشم، التعسف في إستعمال الملكية العقارية ، دار الخلدونية ، (د.م.ن)، (د.س.ن)، ص147.

الجيران أن يتحملوها ، أما إذا استمرت حفلات العرس المدة التي لا يقرها العرف استطاع المشتكي أن يطلب إيقاف الإزعاج[1] .

طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للعقارات الأخرى إنا النظر إلى هذا الاعتبار يجعل نفس الضرر مألوف في فرض وغير مألوف في فرض آخر، فما يعتبر ضررا مألوف في الحي سكني لا يعتبر كذلك في الحي صناعي كما أن صاحب السفل يجب عليه بحكم موقع عقاره، أن يتحمل من العلو ما لا يتحمله العلو من السفل [2] .

الغرض الذي خصصت لها العقارات كما لو العقار المجاور لمصنع قد خصص كدار للعلاج أو الاستشفاء إذ أن هذا أن الغرض يجعل الضرر الذي يصيب العقار من دخان المصنع وضوضائه أكبر مما يصيب غيره من العقارات المجاورة[3] ، وينظر هنا إلى مجموع العقارات لا إلى كل عقار على حدا أي إلى الطابع العام للحي بأكلمة .

الفـــرع الثالـــث

أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

لقد ثار جدل فقهي حول أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة برجوع إلى القانون الفرنسي لم ينص على الغلو في استعمال حق الملكية فأراد تبرير أحكام القضاء وردها إلى أساس قانوني معين ، بينما برجوع إلى الفقه العربي نجده نص على ذلك في المادة 807 من ق.م.م ونص المادة 691 من ق. م .ج ونصوص مشابهة في القوانين أخر .

أولا: موقف المشرع الفرنسي من تكييف مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوف حيت ، قسم الفقيه الفرنسي في ذلك:

1- نظرية تحمل المخاطر:

حيت تذهب مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة تثبت بناءا على فكرة الغرم بالغنم ، ففي مقابل المنفعة التي تعود على المالك نتيجة استعماله املكه عليه أن يتحمل ما يصيب الغير من أضرار غير

[1] محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 78.
[2] رشيد شميشم ، المرجع السابق ، ص 148 .
[3] رشيد شميشم ، المرجع السابق ، ص 149 .

مألوفة بسبب هذا الاستعمال ولو لم يصدر عنه خطأ أو تعسف في هذا الاستعمال، ولكن الفقه رفض الأخذ بهذا الرأي على أساس أن المسؤولية القائمة على تحمل التبعية هي مسؤولية استثنائية [1] .

2-أساس عدم الغلو هو الالتزام القانوني للجوار:

بحيث ذهب رأى أخر إلا أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة هو وجود التزام نوعي فرضه القانون عن الجار، بأن لا يلحق بجاره أضرار غير مألوفة والخروج عن هذا الالتزام يشكل خطأ يتوجب المسؤولية ، وهذا طبق للمادتين 651 و1370 ، حيث أنتقد هذا الرأي على أساس أن المادتين السابقتين لم تنصا على الغلو في استعمال الحق وكل ما نصتا عليه هو الارتفاقات القانونية [2].

3 -أساس عدم الغلو هو واجب الاعتدال في استعمال حق الملكية :

أي أن غلو المالك بغير خطأ في استعمال لملكيته بطريقة تضر الجيران ، فعليه عدم المغالاة التي تؤدي إلى أضرار غير مألوفة تلحق الجيران ، والمعيار في ذلك هو السلوك الشخص الحريص ، فكل خروج عنه يعتبر خطأ، ولكنه أخد على هذا أن كثير من الحالات تترتب مضار الجوار غير المألوفة رغم اعتدال المالك في استعماله لملكه [3] .

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تكييف المسؤولية المالك عن معيار الجوار غير المألوفة :

إن نص المادة 691 من ق.م.ج صريحة في قولها يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر المال الجار" فقد فضل المشرع في ذلك وحد لنا أساس مسؤولية المالك وهو التعسف [4] .

المطلب الثاني

عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعل تعسفي

رأينا أن التعسف في استعمال حق الملكية يعتمد على المعايير العامة المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني ، كما يعتمد على معيار خاص هو مضار الجوار غير المألوفة بالإضافة إلى ذلك فقد نص المشرع الجزائري على حالة أخرى يكون فيها استعمال الحق تعسف وذلك في المادة 1/48من قانون التوجيه العقاري التي نصت : " على أنه يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسف في استعمال الحق

[1] نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي ، دار النهضة العربية ، مصر ، (د.س.ن) ، ص 674 .
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، ج8 ، حق الملكية ، دار الإحياء لتراث العربي ، بيروت ، 1967 ، ص 703 – 704 .
[3] نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ، ص 676 .
[4] رشيد شميشم ، المرجع السابق ، ص 160 .

، نظر إل الأهمية الاقتصادية والوطنية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي " من خلال هذا سنبحث في فرع الأول عن مفهوم عدم استثمار الأراضي الفلاحية ، وفي فرع الثاني أساس عدم استثمار الأراضي الفلاحية.

الفـــــرع الأول

مفهـــوم عدم استثمار الأراضي الفلاحيـــة

لقد عرفت المادة 49 من قانون التوجيه العقاري عدم الاستثمار بأنه "تعد أرضا غير مستثمرة في مفهوم هدا القانون كل قطعة أرض فلاحيه تثبت بشهرة علنية أنها لم تستغل استغلالا فلاحيا مدة موسمين فلاحين متعاقبين على الأقل"، ويمكن القول بأن المادة 48 من قانون التوجيه العقاري تقوم على اعتبارين :

الأول : إذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال ملكه فإن استعمال هذا الحق مشروط بعدم الإضرار بالغير[1] ، وعدم استثمار الأراضي الفلاحية يؤدي إلى ضرر عام يلحق المجتمع كافة ، واستعمال الحق إذا نتج عنه ضرر عام فهو تعسف .

الثاني : إن أقصى ما وصلت إليه الوظيفة الاجتماعية لملكية الأراضي الفلاحية هو أن المشرع أخرج حق استثمار الأراضي الفلاحية من نطاق الحقوق ، وأدخله في نطاق الواجبات أو الالتزامات ، فإذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال أو عدم الاستغلال ملكه كما هو معروف في حق الملكية عموما ، فإن هذا الأصل لا ينطبق على ملكية الأراضي الفلاحية ، إذ يعد استثمارها واجب قانوني ، ولهذا كان عدم الاستثمار فعل تعسفي لأنه يخالف الوظيفة المنوطة بهذه الأرض ، ونشير إلى أن هذا الواجب يخص كل مالك أو حائز سواء كان شخص طبيعي أو معنو ي إذ نصت الفقرة الثانية على أنه : " وفي هذا الإطار ، يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها ، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموما ".

[1] محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، ط2 ، مطبعة دار الحياة ، سورية ، 1976 -1977 ، ص 335 .

الـــفرع الثـــاني

أســـاس عدم استثمـــار الأراضي الفـــلاحية

وعليه يمكن اعتبار المادة 48 من ق التوجيه العقاري تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق والحالة التي نصت عليها تندرج ضمن تطبيقات معيار الإخلال بالمصلحة العامة وإن لم يعتمد صراحتا في المادة 124 مكرر من القانون المدني ، إلا أنه يسمح للمشرع بالتدخل لمواجهة الحالات الخاصة[1] .

المبحث الثاني

جزاء التعسف في استعمال حق الملكية

يتمثل جزاء التعسف في استعمال الحق أساسا في التعويض عن الأضرار المترتبة على هذا التعويض، قد يكون نقديا أو عينيا على حسب الأحوال، أما بالنسبة لعدم استثمار الأراضي الفلاحية ،فيختلف الجزاء المترتب عليها وكذلك كيفية إثباته على الجزاء المدني لذلك شخص وعلى هذا نتطرق إلى ذلك في مطلبين :

المطلب الأول : التعويض عن الأضرار غير المألوفة.

المطلب الثاني : جزاء عدم استثمار الأراضي الفلاحية.

المطلب الأول

التعويض عن الأضرار غير المألوفة

باعتبار التعويض هو جزاء المسؤولية فقد نصت المادة 132 من ق.م.ج:"يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصبح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام بأن يقدر تأمينا ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض ، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع "، وعلى ذلك فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر كيف يكون هذا الإصلاح بحسب ملابسات كل حالة ليكون ما يقضي به متكافئا مع ما تبث له من ضرر وعليه أذا اثبت المتضرر أن ما وقع عليه هو ضرر غير مألوف، جاز له أن يطلب التعويض عن ذلك ،الأصل أن يقدر التعويض نقدا غير أنه وطبقا للنص السابق يجوز للقاضي أن يحكم بإصلاح ما تسبب فيه المالك من أضرار فالتعويض المالي لا يكون كافيا في بعض

[1] رشيد شميشم ، المرجع السابق ، ص 170 .

الحالات الخاصة في علاقات الجوار فيحتاج المتضرر إلى إصلاح والامتناع عن مضايقته أكثر من حاجته إلى التعويض المالي[1] .

ففي قرار صادر عن المحكمة العليا تأييد القرار الصادر عن مجلس قضاء أم البواقي بتاريخ 1990/10/30 ، والذي قضى بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية المتمثلة في حمام بعيد عن المسكن المطعون ضده بسبب الضرر الذي لحقه من جراء تصاعد الأدخنة الناتجة عن استغلال الحمام. وفي نفس القرار قررت أن الضرر غير المألوف يجب التعويض عنه بغض النظر عن مطابقة أو عدم مطابقة العقارات لقانون العمران، و أدحضت حجة الطاعن في كون المطعون ضده كان يشغل محلا سكنيا غير مرخص به إداريا .كما جاء في نفس القرار تقدير مألوفية الضرر أو عدم مألوفيته هو من شؤون محكمة الموضوع التي لا رقابة للمحكمة العليل عليها[2] .

لذلك فإن الجزاء العام في المسؤولية كما هو معروف ، هو إلزام المسؤول بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر وهذا التعويض قد يكون مبلغا من المال، وقد يكون غير مالي لدى سنتكلم في الفرع الأول عن التعويض العيني أما الفرع الثاني نخصصه لتعويض النقدي .

الـــــفرع الأول

التعـــــــويض العيـــــني

إذا كان التعويض العيني ممكنا جار للقاضي أن يحكم به و إذا كان الضرر ناجما مثلا الحكم بتحويل موضع المدخنة التي نزعج الجار أو الحكم بهدم الحائط الذي حجب الهواء عن الجار ، أو الحكم بإعادة بناء الجدار الذي هدم دون عذر قوي، أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر في المستقبل مع الحكم بإتخاد تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر في المستقبل مع الحكم بتعويض نقدي عن الذي حدث في الماضي [3]، إذ يتخذ التنفيذ العيني صور متعددة بحسب ظروف كل الحالة وطبقا لما يراه القاضي مناسب .

الفـــرع الـــثاني

التـــــــــعويض النقـــدي

الأصل في الجزاء عن التعسف هو الحكم على المتعسف بملغ من المال يدفعة إلي المضرور جبرا للضرر ومقدار التعويض يخضع للسلطة التقدير به للقاضي إستنادا إلى المادة 130 ق.م ج عن حجم الضرر [4] . فإن

[1] رشيد شميشم ، المرجع السابق ، ص 164 .
[2] قرار رقم 90943 ، المؤرخ بتاريخ 1992/06/16 ، المجلة القضائية ،العدد01 ،1995 ، ص 101 .
[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج 8 حق الملكية ، المرجع السابق ،ص 709 .
[4] بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة ،العدد 44 ، 1990 ،ص19 .

تعذر إزالة الأضرار الفاحشة ، فإن السبيل إلى جبر الضرر هو اللجوء إلى التعويض النقدي كما أجازت المادة 132 /2 من ق.م.ج في حالة تقدير التعويض بالنقد ، على أنه يصح للقاضي أن يحكم بدفع التعويض مقسطا على شكل إيراد،ولا مانع من الجمع بن التعويض العيني ،والتعويض النقدي حيث يشمل التعويض ما لحق الجار من الضرار في الماضي فيكون التعويض عنها نقديا وتفاديا لوقوع الضرر ، وهو تعويض عيني [1] .

المطلب الثاني

جزاء عدم استثمار الأراضي الفلاحية

من المقرر أن لكل قاعدة قانونية جزاء بصحبها، وإذا لم يصاحبها جزاء لا تكون إلا قاعدة أخلاقية ، لذلك فإن من تعسف في استعمال حق فإنه يتعرض للجزاء لما ألحقه بالغير من تعسف من الغير ضرر ، فإن المالك الذي يتعسف في استثمار أرصه فيتعرض للجزاء ، وفي هذه الحالة يختلف الجزاء عما ذكرناه سابقا لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين الأول نخصصه إلى إثبات التعسف عدم استثمار الأراضي الفلاحية ، والثاني نخصصه للجزاء المترتب عن التعسف .

الفـــرع الأول

إثبات تعسف عدم استثمار الأراضي الفلاحية

على خلاف ما رأينا في إثبات التعسف ، فإن هذه الحالة تنفرد بخصوصية في الإثبات حيت نصت المادة 50 من ق. التوجه العقاري على أن : " عدم الاستثمار الفعلي للأراضي الفلاحية المنصوص عليه في المادتين 48و49 أعلاه ،تعاينه هيئة معتمد خاصة يحدد تكوينها وأجراء تطبيق المعاينة عن طريق التنظيم "، ويكون الإثبات عن طريق محضر تحرره اللجنة وتودعه لدي الهيئة المختصة بتوقيع الجزاء عن هذا الفعل التعسفي [2] .

الـــــفرع الثاني

جـــــــــزاء التعســـف

نصت المادة 51 من القانون التوجيه العقاري على ما يلي: "إذا ثبت عدم استثمار أرض فلاحيه يندر المستثمر ليستأنف استثمارها وإذا بقيت الأرض غير مستثمرة لذي انتهاء أجل جديد مدته سنة واحدة ،تقوم الهيئة العمومية المخولة لهذا الغرض بما يلي :

[1] رشيد شميشم ، المرجع السابق ، ص146 .
[2] رشيد شميشم ، المرجع السابق ،ص 172 .

– وضع الأرض حيز الاستثمار لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر إذا كان المالك الحقيقي غير معروف .

– أو عرض الأرض للتأجير .

– أو بيعها إذا كانت خصبة جدا أو خصبة".

بالنسبة للإجراء الأول وضع الأرض حيز الاستثمار لا يكون إلا إذا كانت المالك لأسباب قاهرة ، عاجزا عجزا مؤقتا عن استغلال أرضه هذا القيد نصت عليه المادة 52 من نفس القانون وحسب هذه المادة فإنه يلجأ إلى الإجراء مباشر بعد تبليغ الإنذار أي بدون انتظار المهلة التي نصت عليها المادة 51 ،أما إذا ثبت السبب الذي نصت عليه المادة 52 فإنه يلجأ مباشرة إلى البيع، ويمكن للجنة أن تلجأ للإجراء الثاني مباشرة وهو تأجير الأرض ويكون التأجير بحساب مالك الأرض، أما الإجراء الثالث فهو بيع الأرض إذا كانت خصة أو خصبة جدا [1]، وهو أشد صور الجزاء المترتب عن التعسف ، نظرا لخطورة هذا الفعل ومساسه بالمصلحة العامة وفي هذه الحالة تمارس الدولة حق الشفعة المنصوص عنه في الفقرة الثالثة من المادة 52 .

ومن هنا يتبين لنا الاختلاف بين جزاء التعسف في هذه الحالة، وجزاء التعسف الذي ذكرناه سابقا فهذا الأخير جزاء مدني عادي غايته إصلاح الضرر ، أما جزاء التعسف في حالة عدم استغلال الأراضي الفلاحية فهو ذو طابع إداري.

[1] الأراضي الخصبة حسب المادة 7 من قانون التوجيه العقاري هي : الأراضي المتوسطة المق المسقية أو القابلة للسقي ، أو الأراضي الحسنة العمق غير المسقية الواقعة في مناطق رطبة أو شبه رطبة ولا تحتوي على أي عائق طبوغرافي . –الأراضي خصبة جدا حسب المادة 6 من نفس القانون : هي الأراضي الفلاحية الخصبة جدا أي طاقتها الإنتاجية عالية ، هي الأراضي العميقة حسنة التربة ، المسقية أو القابلة للسقي.

الخـــــاتمة

الخاتـــــمة

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات التي أثارت جدلا واسعا بين الفقهاء فهي نظرية مهمة وضرورية لأنها عرفت منذ أن عرفت البشرية الحضارة ، أي منذ نشأة القانون لتنظيم حياة الناس داخل المجتمع فقد عرفها الرومان ، كما عرفتها الشريعة الإسلامية وكذلك القوانين القديمة كالقانون الفرنسي .

كما أن هذه النظرية تمس عنصرا هاما في القانون ، ألا وهو الحق لأن معظم الناس يتصورون أنه إذا كان لشخص ما حق فهو حر في استعماله كيفما يشاء فهذه النظرية جاءت لتضع لهذه النظرة قيدا.

وبما أن نظرية التعسف مرتبطة ارتباطا وثيقا بالحق ،بل أن التعسف لا يتصور إلا داخل حدود الحق مما أدى إلى انقسام الفقهاء بين مؤيد ومعارض لفكرة الحق لذلك ظهرت عدة مذاهب في تعريف الحق،حيث عرفه أصحاب المذهب الشخصي بأنه " سلطة إرادية يستعملها صاحب الحق في حدود القانون أما أصحاب المذهب الموضوعي فيرون أن " الحق هو مصلحة يحميها القانون حيث أن كل من التعريفين السابقين لقيا نقدا ، مما أدى إلى ظهور مذهب أخر وهو المذهب المختلط الذي جمع بينهما على عدم تغليب أحدهما على الأخر .

وأنواع الحق كثيرة وما تناولناه في بحثنا هو التقسيم الذي أخد به أغلب الفقهاء وهو تقسيمه إلى حقوق مالية وهي تقوم بالمال ، وحقوق غير مالية فهي ذات قيمة معنوية لا تقوم بالمال .

كذالك اختلف الفقه حول أساس القانوني لنظرية التعسف فهناك من ردها إلى المسؤولية التقصيرية ، وهناك من أرجعها إلى فكرة الخطأ .

ولنظرية التعسف تطبيقات مختلفة في مجالات متعددة ، في ميدان التقاضي وفي علاقات العمل وفي العلاقات الشخصية ولكن أوسع مجال لتطبيق نظرية التعسف هو حق الملكية باعتباره أوسع الحقوق ونموذج كاملا للحقوق الفردية لأنه يخول سلطات كاملة لصاحبه ولهذا قيد استعماله بعدم الإضرار بالغير.

والمشرع الجزائري عرف التعسف من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني ومن خلال هذه المادة عبر عن الإساءة في استعمال الحق .

وأهم النتائج المتوصل إليها :

- أن نظرية التعسف مرتبطة بطبيعة الحق وغايته .
- أن نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر أهم تطبيقات المسؤولية عن الأفعال الشخصية فلها خصوصية تتميز بها .
- تعد مبدأ عاما تطبق على التصرفات والأعمال القانونية .

–تقوم فكرة التعسف على معايير تحكمها بالنسبة لجميع الحقوق سواء كانت شخصية أو عينية أو معنوية. وتتمثل هذه المعايير في قصد الإضرار بالغير،عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير ، وعدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق، فإذا توفرت هده المعايير أعتبر صاحبها متعسفا تعرض للمسؤولية .

والجزاء في هذه الحالة متعدد، فقد يكون عيني وذلك عند مجاوزة حدود الحق وقد يكون ماليا، كما يكون وقائيا.

ولحق الملكية قيود كثيرة ومن بينها مضار الجوار غير المألوفة التي قد يلحقها الجار بجاره ، وكذلك عدم استثمار الأراضي الفلاحية يعتبر فعلا تعسفيا ، وفي كل من الحالتين يتعرض فيها المتعسف إلى جزاء .

وهكذا فإن أغلب التشريعات المعاصرة تقنن مبادئها وتنص على أحكامها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فنجدها باسطة فروعها في أغلب فروع القانون من قانون مدني وعقاري وتجاري واجتماعي، بل أكثر من ذلك فإننا نجد صداها في القانون العام ولاسيما القانون الإداري الذي يسمى بنظرية التعسف في إستعمال السلطة.

المراجـــــــع

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر:

1) القرآن الكريم.

ثانيا : المراجع بالغة العربية:

أ- الكتب:

1)إبراهيم سيد أحمد، **التعسف في إستعمال الحق فقها وقضاء**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

2) إسحاق إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

3) بلحاج العربي، **النظرية العامة للإلزام في القانون المدني الجزائري**، ج2، ط5، الجزائر ، 2008.

4) حسن كيرة، **المدخل إلى القانون**، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

5) رشيد شميشم، **التعسف في إستعمال الملكية العقارية دراسة مقارنة**، دار الخلدونية، (د.م.ن)، (د.س.ن).

6) رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**،(شرح مقدمة القانون المدني)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

7) شوقي السيد، **التعسف في إستعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء**، ط1، دار الشروق، مصر، 2007.

8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

9) عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج2، حق الملكية، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، 1967.

10) عمر فخري الحديثي، **تجريم التعسف في إستعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

11)علي فلالي، **نظرية الحق**، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

12) علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

13) فتحي الدريني، **نظرية التعسف في إستعمال الحق**، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977.
14) محمد حسين منصور، **نظرية الحق**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

15) محمد حسن قاسم، **المدخل لدراسة القانون**، (**القاعدة القانونية نظرية الحق**)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2009.

16) محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**،(**مصادر الالتزام، الواقعة القانونية**)، ج2، ط2، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2004.

17) محمد وحيد الدين سوار، **حق الملكية في ذاته في القانون المدني**، ج1، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
18) محمد وحيد الدين سوار، **شرح القانون المدني**، (**الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية**)، ط2، مطبعة دار الحياة، سورية، 1976-1977.

19) نزيه محمد الصادق المهدي، **الملكية في النظام الاشتراكي**، دار النهضة العربية، مصر، (د.ت.ن)

ب- الرسائل:

) زرارة عواطف، **عدم التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق قسم الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2007- 2008.
2) فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

ج- المقالات:

1)بلحاج العربي، مفهوم التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، العدد44، 1990.

د- المجلات القضائية

1) المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1993.
2) المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1995.

هـــ مراجع أخرى:

1) لسان العرب، لمختار الصحاح، ج4، (د.م.ن)، (د.ت.ن).

2) ابتسام القلام، المصطلحات القانونية، قصر الكتاب، الجزائر، (د.س.ن).

ثالثا : المراجع بالغة الفرنسية:

A-Les Ouvrages :

1)marcel Planiol et Georges, Ripert Pratique de droit, civil français, LIbaraIne ,généralede droit, dejurisprence , paris 1930

2) Terki ,les obligations (responsabilité civil et régime général) o.p.u , Alger , 1982.

رابعا : النصوص القانونية :

أ- القوانين:

1) القانون رقم :25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري (الجريدة الرسمية رقم 1990/49).

ب- الأوامر :

1) الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم (الجريدة الرسمية العدد1975/58).

2) الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (الجريدة الرسمية العدد 2003/44).

ج- المراسيم :

1) المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في7ديسمبر1996 والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور (الجريدة الرسمية العدد1996/76).

الفـــــهرس

الفـــــــهرس

الإهداء

الشكر

مقدمة

الفصل الأول : الأساس القانوني لفكرة التعسف في إستعمال الحق.

المبحث الأول : مـــفهوم الحـــــق.....5

المطلب الأول : تـــــعريـــــف الحق.....5

الفـــرع الأول : المذهب الشخصي 6

الفـــرع الثاني : المذهب الموضوعي 6

الفـــرع الثالث: المذهب المختلط 7

الفـــرع الرابع :النظرية الحديثة.....7

المطلب الثاني : تقسيمات الحـــــق.....8

الفـــرع الأول : الحقوق المالية 8

أولا : الحق العيني.....8

ثانيا : الحق الشخصي.....9

الفـــرع الثانـــي: الحقوق غير المالية.....9

أولا : الحقوق السياسية.....9

ثانيا : الحقوق العامة 9

ثالثا : الحقوق الذهنية والحقوق المعنوية.....10

المبحث الثاني : إستعمال الحق

المطلب الأول : تعريف التعسف في إستعمال الحق.....10

الفـــرع الأول : تعريف التعسف.....11

الفرع الثاني : الأصول التاريخية لنظرية التعسف في إستعمال الحق.....12

أولا : نظرية التعسف في إستعمال الحق في القوانين القديمة 12

ثانيا : نظرية التعسف في القوانين المعاصرة.....13

المطلب الثاني : أحكام التعسف في إستعمال الحق 14
الفرع الأول : حالات التعسف في إستعمال الحق..... 15
أولا : قصد الإضرار بالغير 15
ثانيا : عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير..... 15
ثالثا : عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال لحق..... 16
الفرع الثاني : إثبات التعسف في استعمال الحق..... 16
الفرع الثالث :الجزاء المترتب على التعسف في إستعمال الحق..... 17
أولا: الجزاء العيني 17
ثانيا : الجزاء المالي..... 17
ثالثا : الجزاء الوقائي..... 18
الفصل الثاني : تطبيق نظرية التعسف على حق الملكية
المبحث الأول : القيود الواردة على حق الملكية 20
المطلب الأول : التزامات الجوار غير المألوفة..... 21
الفرع الأول : تعريف مضار الجوار غير المألوفة 21
الفرع الثاني : شروط مضار الجوار غير المألوفة..... 22
الفرع الثالث: أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة..... 23
المطلب الثاني :عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعل تعسفي..... 24
الفرع الأول : مفهوم عدم استثمار الأراضي الفلاحية 25
الفرع الثاني : أساس عدم استثمار الراضي الفلاحية..... 26
المبحث الثاني : جزاء التعسف في حق الملكية..... 26
المطلب الأول : التعويض عن الأضرار غير المألوفة 26
الفرع الأول : التعويض العيني 27
الفرع الثاني : التعويض النقدي..... 27
المطلب الثاني : جزاء عدم استثمار الأراضي الفلاحية..... 28
الفرع الأول : إثبات تعسف عدم استثمار الأراضي الفلاحية..... 28
الفرع الثاني : جزاء عدم استثمار الأراضي الفلاحية..... 29

الخاتمة 31
قائمة المراجع..... 34
الفهرس..... 37