جامعة 8 ماي 1945

كلية الحقوق والعلوم السياسة

قسم العلوم القانونية والإدارية

تخصص قانون أعمال (استثمار)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

إعداد الطالبتين

1/ بوكرالدين إيمان

2/ بلعزلة خديجة

إشراف الدكتور :

حميداني محمد

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د. حميداني محمد	جامعة قالمة	أستاذ محاضر	مشرفا
2	د. فارة سماح	جامعة قالمة	أستاذ محاضر	رئيسا
3	د. حسون محمد علي	جامعة قالمة	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2015-2016

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ اللَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ لَا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا
فِي الْأَرْضِ مَنْ ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا
يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَلَا يَئُودُهُ
حِفْظُهُمَا وَهُوَ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

إذا كان الخالق الكامل المستغني عن مخلوقاته يستحب الشكر من عباده ليزيدهم من فضله، فلا شك أن الشكر الأول وكامل الامتنان والعرفان **لله تعالى** على توفيقه لنا وعوننا.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى:

الدكتور "**حميداني محمد**" الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة، ولما قدمه لنا من نصح وتوجيه ودعم لإنجاز هذا العمل، فجزاه الله عنّا كل الخير وله منّا كل التقدير والاحترام.

أعضاء اللّجنة الكريمة: الدكتورة "**فارة سماح**" والدكتور "**حسون محمد علي**" لموافقتهما على مناقشة هذه المذكرة وإغنائها بما ستؤول إليه هذه الجلسة العلمية من توجيهات ونصائح.

عميدة وأساتذة قسم الحقوق الكرام الذين عرفنا فيهم القانون فنّا لا مهنة، وعرفنا العطاء فيهم إيمانا لا منّة.

كل عمال مكتبة الجامعة الذين لم يبخلوا علينا بالمراجع.

مقدمة

إنّ فساد الذّمم في هذا العصر وما آلت إليه الحقوق من تداخل وكثرة الحيل التي يلجأ إليها الأفراد لتهرب من التزاماتهم تجاه الأخرين، وما أصبحت عليه حياة الناس المعاصرة، وهذا ما زاد من التعسف في استعمال الحق في المجال القانون، وذلك ما أدى الى بُروز فكرة التعسف في استعمال الحق كفكرة قبل أن تبرز للعامة كنظرية، ومن ثمّ تصبح من أهمّ النظريات التي يرتكز عليها القانون في إطار سعيه لتحقيق الغاية من وضعه وذلك لارتباطها الوثيق بنظرية الحق.

بل إنّ الحق أصبح يعبّر عن حقيقة النظام القانوني، وكلّما تمكّنت الدولة من حماية الحقوق للمواطنين تُحقّق الأمن والاستقرار في المجتمع وساد النظام فيه.

فإذا كانت نظرية التعسّف في استعمال الحق تعد من معالم الفكر القانوني الحديث فهذا لا يعني أنّها نظرية مُستحدثة من ابتداع هذا الفكر، بل إنّ جذورها تمتدّ عبر التاريخ.

حيث أن فكرة التعسّف في استعمال الحق ترجع في الأصل للقانون الروماني لكنّها لم تظهر فيه بوضوح، باعتبار هذا القانون كان مشبّعا بالرّوح الفردية، ومع بُزوغ فجر العصر الحديث تعرّضت هذه الفكرة للهجر بسبب تعاظم أنصار المذهب الفردي الذي كان يمجّد فكرة الاستعمال المُطلق للحق ومن بين الفقهاء الفقيه دوماDOMAT الذي على يده انتقلت النظرية للقانون الفرنسي وقام بتطبيقها لكن وبعد الثورة الفرنسية اختفت لمدة من الزمن .

وازدادت أهمّية هذه الفكرة بتأثير من الفكر الاشتراكي الذي هاجم فكرة الاستعمال المُطلق للحق في إطار نقده للنظام الرأسمالي بحيث يرى الماركسيون أنّ الاستعمال المُطلق للحق أدّى إلى الطبقية وهضم حقوق العُمال فاقترح فقهاء المذهب الفردي إجراء تعديلات على فكرة استعمال الحق بإخضاعها إلى ضوابط أهمّها ضابط عدم التعسّف في استعمال الحق، وكان من أنصار هذه الفكرة الفقيه سيايس والفقيه جوسرنا اللّذان جعلا من المصلحة الاجتماعية الحد الذي يقيّد أيُّ استعمال للحق وسُرعان ما لقيت هذه الفكرة القبُول حيث تبنّتها أغلب التشريعات المعاصرة.

وقد كانت الشريعة الإسلامية سبّاقة في إرساء معالم نظرية التعسف في استعمال الحق فعرفتها كنظرية عامة تتطرق إلى جميع الحقوق، حيث كان الفقه الإسلامي ينظر للحق نظرة اجتماعية فقيد صاحبه في التصرف بقيود مُؤداها المحافظة على مقصود الشّرع وحقّ الغير، وقد توسّع الفقه الإسلامي في هذه الفكرة وصاغ منها نظرية عامة تُصارع في شموليتها أحدث ما وصلت إليه التشريعات الحديثة.

ولقد تطوّرت هذه النظرية في الشريعة الإسلامية حتّى بلغت من الدّقة والضّبط ما لم تبلغُه غيرها من النظريات.

وهذا ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع وذلك من أجل التّنبيه لموضوع يعيشه الناس في حياتهم اليومية وقد ظهرت دراسات قيّمة تناولت حالة التعسّف في استعمال الحق وهذا ما زاد شغفنا في المساهمة في جمع قواعد هذه النظرية إلى جانب أسباب ذاتية تكمن في الميول والرّغبة في دراسة هذا الموضوع نظراً لحداثته ونقص تناول الموضوع ونقص الشروحات الكافية، ومن أجل إثراء المكتبة ببحث جديد، في حين أنّ الأسباب الموضوعية تكمن في الأهمّية البالغة للموضوع ذاته من عديد الجوانب.

وممّا لا شكّ فيه أنّ دراسة هذا الموضوع تكتسي أهمّية علمية وعملية، حيث تتمثّل الأهمّية العلمية في الكشف عن نظرية ليست معروفة لدى الجميع ألا وهي التعسف في استعمال الحق باعتبارها لم تبقى مقتصرة على تشريعات معيّنة، وإنّما أصبحت منشورة في أغلب التشريعات الحديثة، أما الأهمية العملية فتظهر من خلال اعتمادها في التشريعات ومساعي القضاء لتطبيق هذه النظرية كما تجسد أهميتها على المستوى النظري والتي تمكن في توضيح فكرة التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري بالنسبة لدارسي القانون والعاملين في المجال القانوني.

ومن خلال دراسة موضوع التعسّف في استعمال الحق حاولنا إعطاء صورة عامة ما تناوله القانون الجزائري وهو ما دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما المقصود بالتعسف في استعمال الحق؟ وكيف تعامل المشرّع الجزائري مع هذه النظرية ؟"وهل فعلا التشريع الجزائري استفاد من أحكامها لمعالجة بعض المشاكل المطروحة في الحياة العملية والتي سبّبها تعسف الافراد في استعمال حقوقهم؟

وعليه سنحاول من خلال هذه المذكرة الإجابة عن هذه التساؤلات وذلك وفقا للخطة التالية:

ولقد قسمنا بحثنا إلى فصلين بدأ بدراسة ماهية التعسف في استعمال الحق، في الفصل الأول وهذا الفصل تم تقسيمه إلى مبحثين بداية بمفهوم التعسفي استعمال الحق (المبحث الأول)، والتعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري(المبحث الثاني)، وفي الأخير تطبيقات استعمال الحق في القانون الجزائري الفصل الثاني وهذا الفصل بدوره ينقسم إلى مبحثين فالأول تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (المبحث الأول)، وتطبيقات التعسف في استعمال الحق في المعاملات (المبحث الثاني)

ومحاولة منا للإلمام بجميع أبعاد وتفاصيل الموضوع، قمنا بالاستعانة بعدة مناهج قانونية يكمل احدهما الأخر ومن أجل تحقيق هذه الغاية اتبعنا المنهج التحليلي والوصفي .

وللإشارة فقد اعترضتنا صعوبات في اعداد هذا البحث ونذكر:

صعوبة إيجاد المراجع ونقص الدراسات المتخصصة التي تناولت الموضوع التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري وإن وجدت فإنها تدرس تطبيقا من تطبيقاتها أي تبقى مجرد دراسات جزئية غير شاملة للموضوع.

الفصل الأول

لقد تطورت سياسة المشرع التشريعية، فلم يعد مترددا في استعمال مصطلح "التعسف" ولم يعد متحفظا من سعة الاصطلاح وإبهامه، بعد أن ارتبطت فكرة التعسف بطبيعة الحق وغايته وقيدت استعمالاته المختلفة بتحقيق مصلحة جادة ومشروعة لصاحبه.

ورغم تعدد الآراء حول هذا المصطلح من حيث طبيعته ومدى صحته ودقته، إلا أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار هذه النظرية التي لم تعرف في القوانين الوضعية إلا في أوائل القرن العشرين الميلادي وعلى نحو ضيق ومبهم ولقد خص المشرع الجزائري التعسف في نصوصه القانونية، وحدد صور قيامه والتي توجب بدورها الجزاء.

ولذلك سنقوم بدراسة هذا الفصل في مبحثين نبدأ بمفهوم التعسف في استعمال الحق (المبحث الأول) ثم نتطرق إلى التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق

من الحقائق المسلم بها أن الانسان أناني بطبعه ،ولذلك فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة على حساب غيره، ومن البداهة عند تحقيق هذه المصالح فهو كثيرا ما يتعسف في استعمال حقه وهذا يعتبر خروجا عن مقصود الشارع الذي راعى حماية الأنفس والأموال ولبيان المعنى الحقيقي للتعسف في استعمال الحق سنتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب نبدأ بتعريف التعسف في استعمال الحق (المطلب الأول) ثم نمر إلى طبيعة التعسف في استعمال الحق (المطلب الثاني) وننتهي بنطاق التعسف في استعمال الحق (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه والإفادة منه، ويتم استعمال الحق من خلال الاستفادة من مضمونه الذي يتمثل في السلطات التي يخولها الحق لصاحبه والمقصود بالتعسف في استعمال الحق يتم التعرض إليه من خلال تحديد المقصود بالتعسف(الفرع الأول) ثم تمييز التعسف في استعمال الحق عن غيره من المصطلحات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: المقصود بالتعسف

ولقد تناولنا في هذا الفرع المقصود بالتعسف لغة (أوّلا) وتعريفه الاصطلاحي (ثانيا).

أولا – لغة: التعسف مأخوذ من فعله "عفّ، يعف، عفا الذي يعني: السير بغير هدى والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف[1].

ويقال عف الطريق: أي سار فيه على غير هدى ولا جادة، وعف عنه: مال وعدل ويقال عف عن الطريق أي عدل وحاد، ويقال عف عن الطريق أي عدل وحاد ،وعف عن الأمر أي فعله بلا

1– ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، الطبعة الرابعة، دار صادر للنشر، لبنان، 2005، ص245.

روية ولا تدبر وعفى فلان أخذه بالقوة والعنف وظلمه، وعف السلطان أي ظلم وتعسف، وتعسف فلان إذ ركبه بالظلم ولم ينصفه.

ثانيا- المقصود بالتعسف اصطلاحا: لقد اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف بناء على اختلاف نظرتهم إلى طبيعته حيث نجد الفقيه "سالي" عرفه بأنه : "انتقاء الحق وليس اساءة استعماله"[1].

ويمكن القول بأن استعمال الحق هو وظيفة يقررها القانون للحق ويحميها شريطة عدم الإضرار بالغير، ومن خلال تعريف "سالي" يتّضح بأنّ التعسف في استعمال الحق هو خروج عن حدود الحق، باعتباره من القائلين بعدم وجود التعسف في استعمال الحقوق انّما هو خروج عن حدود الحق" ومن أهم تعريفات التعسف في استعمال الحق نذكر:

حيث عرفه رمضان أبو السعود بأنه: "استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة قانونيا بكيفية تلحق ضررا بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة"[2].

وما يؤخذ على هذا التعريف أنه أعطى لهذه الفكرة مفهوم واسع في حين أن مثل هذه الأفكار تحتاج إلى تعريف ضيق حتى لا تكون هذه الفكرة للتضييق على حقوق الأفراد كما أن الكاتب لم يحدد المقصود بالضرر.

*ويعرفه بلحاج العربي على أنه: " كل استعمال للحق بنية الضرر بالغير دون أن يكون لصاحب الحق مصلحة في ذلك [3].

*كما عرفه الفقيه حسن كيره: "أن التعسف في استعمال الحق هو تخلف عن غاية الحق أو مناقضته"[4].

1-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977، ص314.

2-رمضان أبو السعود ومحمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2003، ص361.

3-بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الاسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص17.

4- حسن كيرة، المدخل إلى القانون بوجه عام، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، مصر، بدون سنه نشر، ص763.

*وقد عرفه أيضا منصور مصطفى بأنه " انحراف صاحب الحق في استعمال عن غاية الحق"[1].

*كما عرفه عجة الجيلالي بقوله: "ممارسة للحق بنية الحاق الضرر بالغير من أجل منفعة قليلة لا تتناسب وحجم هذا الضرر على نحو تكمن فيه الفائدة غير مشروعة "[2].

*ومعنى التعسف في استعمال الحق عند الدكتور محمد رأفت عثمان: " أن يستعمل الانسان حقه على وجه غير مشروع، والفرق بينه وبين استعمال الانسان لما ليس له من حق هو أن التعسف في استعمال الحق مزاولة الانسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة، وأما استعمال الانسان لما ليس من حقه فهو مزاولته من حقه من أول الأمر"[3].

أما موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال فهو على غرار أغلب التشريعات العربية لم يعطي تعريفا لنظرية التعسف، اقتصر على ذكر معايير التعسف في استعمال الحق وذلك من خلال المادة 124مكرر من القانون المدني الجزائري.

ويترتب عن هذه التعريفات تمييز التعسف في استعمال الحق بالخصائص التالية:

✓ أنه ظاهرة مرتبطة بالحق فقط دون باقي الظواهر القانونية وعلى هذا الأساس لا نكون أمام تعسف في حالة تجاوز المرخص له حدود الرخصة هي حرية القيام بما لا يحرمه القانون كالتنقل، والتقاعد، والتعبير والابداع، وما إلى ذلك من غير المقصور وجود التعسف في استعمال الحرية نظرا لكون هذه الأخيرة مقررة للإنسان بوجه عام على أساس المساواة وعدم التمييز.

✓ أنه ظاهرة تمليها المصلحة العامة وتعجل من الحق وظيفة اجتماعية أكثر منها امتياز فردي مطلق وهذا يعني عدم خضوع الحق لمشيئة القانون وفي حدوده.

1- سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص16.

2-الجيلالي عجة، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، برتي لنشر،الجزائر،2009، ص 519.

3- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية والقانون مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، دون سنة نشر، ص4.

✓ أنه ضابطة قانونية للحق أكثر منه قيد عليه بحيث يمثل مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق وسيلة كضبط الحقوق على نحو مماثل لما هو معمول به بشأن لوائح الضبط الاداري التي تنظم استعمال الأموال العامة[1].

الفرع الثاني: تمييز التعسف عن غيره من المصطلحات الأخرى

إنّ التعسّف قد يختلط في كثير من الأحيان مع غيره من المصطلحات ممّا يستوجب تمييزه عنها، ونذكر بذلك تمييز التعسف عن التجاوز (أوّلا) وكذلك تمييز التعسف عن الإساء (ثانيا).

أولا –تمييز التعسف عن التجاوز:

يعرف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون[2]، لذلك الحق ومثال ذلك: تجاوز المالك حدود ملكه والدخول في ملك جاره.

أما التعسف فيفهم منه أن الشخص لا يتجاوز نطاق حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها القانون، ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير وهذا التمييز له أثر في النتائج المترتبة على كل منهما وذلك على النحو التالي:

- تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرجه عن كونه حقا ولا يعد ذلك إلا اعتداء واستعمال لما ليس حقا، أما التعسف في استعمال الحق فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا.
- التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود ملكه إلى حدود غيره، أما التعسف فليس هناك تعد على حق الغير ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع ففي المثال الأول تجاوز المالك حدود أرضه وبنى على جزء من أرض جاره إنما يخرج عن حدود الحق بينما إذا بنى على أرضه حائطا عاليا وسدّ على جاره منافذ الهواء والضوء حتى أصبح من المتعذر الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد كان هذا تعسفا[3].

1- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص520.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص110.

3- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص241.

فالفقه المعاصر يفرق بوضوح بين الخروج عن الحق والتعسف فيه ويجعل كل منهما صورة من صور الخطأ التقصيري.

ثانيا – تمييز التعسف عن الإساءة :

يستعمل شراح القانون والفقه المعاصر في الغالب لفظة التعسف والإساءة فهل بينهما اختلاف في المعنى؟.

إنّ اللفظين هما مترادفان في استعمال الحق لكن كثيرا ما تستخدم اللفظة الأولى عند الحديث عن الحقوق واستعمالها، أمّا اللّفظة الثانية (الإساءة) فكثيرا ما يستخدمهما شراح القانون في المجال الاجرائي حيث يقال إساءة الحق في التقاضي ويرى الدكتور عباس الصراف : بأن هناك اختلاف بين إساءة استعمال الحق والتعسف فيه، فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بالعنصر الأساسي بالمسؤولية التقصيرية وهو الخطأ فمن يبني بناء بطريقة غير سليمة يميل معها البناء على الشارع ميلا يعرض أرواح المارة للخطر يكون بعمله هذا قد أساء استعمال حقه، فهذه حالة من حالات الخروج عن الحق أي عدم وجود حق أصلا وهو تعد بموجب المسؤولية التقصيرية .

أما التعسف في استعمال الحق، فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استعماله وفقا لمعايير التعسف وذلك يقصد الاضرار بالغير أو أن المصلحة المشروعة أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير [1].

المطلب الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق بعد الاقرار بوجودها، غير أنهم من انتقد هذا التفسير لكونه غير دقيق وغير صحيح بحسبهم واختلفوا في ذلك بين من يرى أن التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة عن الخطأ ومنهم من ينادي بعدم استقلاليتهما.

1- عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2008، ص12.

ومن خلال ذلك منهم من اعتبر التعسف تجاوز الحق أو عملا دون حق، ومنهم من قال بأن التعسف والخطأ سواء، ومنهم من قال بأن التعسف خطأ من نوع خاص.

وهناك من أخرج التعسف عن نطاق المسؤولية التقصيرية بمبادئ الاخلاق أو المبادئ الاجتماعية للحقوق.

ويتم توضيح الخلاف الدائر حول تحديد طبيعة التعسف ثم موقف المشرع الجزائري[1]

الفرع الأول: الخلاف الدائر حول تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق

لقد تزعم الفقيه الفرنسي "بلانيول" الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق لا يغدو أن يكون تجاوزا للحق وهو بهذا المعنى عمل غبر مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، وللفقيه بلانيول قول ذائع الصيت في هذه الخصوص حيث قال: "إن الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف"[2].

فقيام التعسف هنا يتحقق عند مجاوزة الحق ومن قول الاستاذ بلانيول يستخلص رأيه المتمثل في كون التعسف والحق لفظان متناقضان وهو يقر بأن الحقوق ليست كلها مطلقة وأن استعمال الحق ينبغي أن يبنى على أسباب مشروعة، فقد تأثر بلانيول بالمنطق الشكلي للمسؤولية التقصيرية الذي جعلها قاصرة على الخروج عن الحق[3].

ومن الفقهاء من رأى أن التعسف والخطأ سواء، فالشخص ملزم بالعمل بعناية وبطريقة يتحاشى بها الأضرار التي قد تصيب الغير، وذلك بحدر وحرص وتجد هذه الفكرة معناه بغض النظر عن كون العمل المكون للخطأ قد جرى بمناسبة استعمال الحق أم لا، فيعد مرتكب الخطأ تقصيريا من

1-زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، ص33,

2-شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2008، ص25.

3- زرارة عواطف، المرجع السابق، ص44.

يستعمل حقه دون قصد الاضرار بالغير ويعد مرتكب الخطأ شبه تقصيري من يستعمل حقه دون قصد الاضرار بالغير ولكن بإهمال وعدم تبصر ويقظة[1].

والخطأ التقصيري كما هو معروف، هو انحراف في السلوك، لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر فالسلوك المألوف هو الذي اعتاده الناس في حياتهم.

ثم جاء منافي لرأي السابق يقول: "بأن التعسف متميز عن الخطأ في صورته العادية، ولكن دائما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالخطأ هنا مرتبط بغاية الحق الاجتماعية.

ولذلك ينبغي استعمال الحقوق بما يتفق مع هذه الغاية وبما يتفق مع المبدأ العام في الحقوق سواء كان مردها الاخلاق أو المبادئ الاجتماعية.

ولاشك أن فكرة التعسف قد أخذت من الشريعة الاسلامية منهجا في هذا المجال أشد اتساعا من فكرة الخطأ.

فالتعسف في استعمال الحق يختلف عن الخروج عن حدود الحق ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يدخل الشخص في نطاق ممنوع عليه، ويعتبر هذا التجاوز محص تعد على الغير[2].

مثال ذلك حالة تعدى الشخص حدوده والدخول في ملك جاره فالمالك هنا تجاوز حدوده فإذا استغل ملك جاره كان مخطئا في ذلك والتزم بالتعويض، أما في حالة التعسف في استعمال الحق، فإن الشخص لا يتجاوز حدود حقه بل انه يستعمله في النطاق المحدود له ومع ذلك فإن القانون لا يقر هذا الاستعمال إذا تعسف صاحب الحق[3].

1- شوقي السيد، المرجع السابق، ص105.

2- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، 1980، ص847.

3- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص44.

الفرع الثاني: تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

إن التعسف في استعمال الحق يجد مصدره الحقيقي في الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر الثاني من مصادر القانون المدني بعد التشريع وتعرف بقاعدة المضارة في استعمال الحق.

وقد وضع المشرع الجزائري نصا يقرر نظرية التعسف في استعمال الحق، وبين صور التعسف في المادة 124 مكرر من القانون رقم05-10 المؤرخ في 2005/1/20 المعدل والمتمم للقانون المدني[1].

حيث غير المشرع الجزائري موضع هذه المادة إذا أعاد ادراجها تحت قسم المسؤولية عن الأفعال الشخصية بدلا مما كانت عليه قبل التعديل، حيث كانت المادة سابقا مدرجة تحت الفصل الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية في المادة 41 والتي ألغيت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/01/20 المعدل والمتمم للقانون المدني[2].

ومن الواضح أن المشرع الجزائري أدمج التعسف ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية وذلك بالنظر إلى أحكام الفصل الثالث المعنون بالفعل المستحق للتعويض والمادتين124و124مكرر من القانون المدني، وهذا الدمج في الواقع في غير محله لصعوبة اعتبار التعسف كخطأ تقصيري، أو فعل ضار مادام أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه أو أغراضه غير مقبولة[3].

كما أورد المشرع الجزائري القاعدة نفسها في القسم الثالث الوارد تحت الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية، تحت الباب الأول المتعلق بحق الملكية بعنوان القيود التي تلحق

1-القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر75-58، المؤرخ في 26-09-1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 44.

2- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص45.

3- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص523.

حق الملكية في المادة 691 التي نصت على أنه: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر يملك الجار"[1].

المطلب الثالث: نطاق تطبيق التعسف في استعمال الحق

لم تتطرق التشريعات العربية وكذا الغربية إلى النص على نطاق التعسف في استعمال الحق، وإنما جاءت النصوص عامة بحيث لم تحدد أي نوع من الحقوق يندمج ضمن هذه النظرية، بينما اختلف فقهاء القانون في تحديد نطاق التعسف ومجال تطبيقه ونتج عن ذلك اتجاهين:

الأول يرى أن التعسف يرد على الحقوق دون الرخص (أولا) والثاني يبسط محل التعسف على الحقوق والرخص العامة(ثانيا).

الفرع الأول: سريان التعسف على استعمال الحقوق فقط

يذهب هذا الجانب من الفقه ومنهم السنهوري وعبد المنعم فرج الصدة وسليمان مرقس إلى أن التعسف مقصور على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص، ومثالها حرية التعاقد والتملك وغيرها من الحقوق العامة، فعندما تباشر هذه الرخص ويترتب بذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس أحكام المسؤولية المدنية التي تتكفل بذلك فالرخص لا تخول لصاحبها الاستئثار بأي قيمة وإنما تثبت للناس كافة.

إلا أنه وطبقا لأحكام المسؤولية فإن الانحراف في استعمال الرخصة يعتبر خطأ مستوجبا التعويض[2].

1- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص45.

2- سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص56.

وإذا كان التعسف حسب هذا الرأي لا يكون إلا بالنسبة للحقوق بالمعنى الدقيق، فنظرية التعسف إذن لا تنطبق على الرخص والحريات وهي الحقوق العامة التي يعترف بها القانون للناس كافة، فإذا وقع من الشخص انحراف في السلوك عندما يستعمل رخصة من الرخص، فإنه يكون قد أخطأ خطأ عاديا يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه[1].

ونجد اتجاها قويا في الفقه الفرنسي خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال في دوافعه وأعراضه لرقابة أو تعقيب القضاء، وهو ما يحمي أصحابها من أي حد من هذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسؤولية تترتب بسببه وهذه هي "الحقوق المجردة أو غير المسببة" كما يسميها البعض أو الحقوق التقديرية كما يسميها البعض الاخر[2].

فهذه الحقوق يكون لصاحبها مطلق التقدير في استعمالها ومن ذلك حق الشريك على الشيوع في طلب القسمة، والحق الأدبي للمؤلف والواقع أن هذا الاتجاه غير صحيح لأنه من آثار النزعة الفردية المتطرفة التي تجعل لصاحب الحق سلطة مطلقة في استعماله حقه، وليس هناك أي مبرر لاستبعاد أي نوع من أنواع الحقوق من نطاق النظرية[3]، فليس هناك اي مبرر لاستبعاد أي نوع من أنواع الحقوق من نطاق النظرية بل ينبسط تطبيق النظرية على جميع أنواع الحقوق في كافة المجالات، حيث يجب أن تمتد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص على حد سواء فالمشرع يهدف إلى أن تشمل رقابة هذه النظرية كافة التصرفات القانونية، وبالتالي فإن الشخص الذي يصدر عنه تصرف في ظروف غير مشروعة مسببا بذلك أضرار للغير فتنعقد مسؤوليته[4].

1- محمد حسين منصور ومحمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، نظرية الحق الدار الجامعية للطباعة والنشر الاسكندرية، 2000، ص250.

2- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص25.

3- محمد حسين منصور ومحمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص257.

4- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص56.

الفرع الثاني: سريان التعسف في استعمال الحق على الحقوق والرخص بصفة عامة

ذهب هذا الجانب من الفقه ومنهم "جوسران" و"أنور سلطان" و"اسماعيل غانم" أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق هو الحقوق كلها، والحريات أو الرخص العامة أي جواز امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص على حد سواء، فباشتراط المشرع لمشروعية الحق أي أن استعماله لا ينطوي على تعسف، ففي المقابل قد وضع معايير تحدد التصرفات المشروعة، سواء كانت هذه التصرفات تتمثل في الحق بالمعنى الدقيق أم كانت من الحقوق العامة الممنوحة للجميع، فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه القانوني الدقيق على الحقوق يرد كذلك على الحريات والرخص العامة[1].

وبناءً على هذا الرأي يمكن لهذه النظرية أن تشمل حرية التعاقد وحرية التقاضي، وحرية التجارة وحرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية المنافسة وما إلى ذلك من الحريات أو الرخص العامة[2].

كما تجري على الحقوق الخاصة كحق الطلاق وحق اقتضاء الدين وحق الدعوى وغير ذلك من الحقوق، فيحق مثلا لكل شخص أن يجري منافسة مع الغير، فهذه رخصة أي حق عام، ويتميز استعمال هذه الرخصة بالمشروعية بالرغم من أنه ينتج أضرار للغير، لكن إذا انطوى هذا الاستعمال على تحقيق مصلحة غير مشروعة مثل الرغبة في تحطيم منافسه فإن هذا يعتبر تعسفا وبالتالي فإن من يستعمل رخصة ويسبب أضرار مشروعة للغير يحميه القانون شائنه شئن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق وبالموازاة فإن من يستعمل رخصة في ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم الحق، فالقانون يحكمهما في حالة الاستعمال المشروع وكذلك في حالة الاستعمال غير مشروع وبذلك بالحد من التعسف في استعمالها وبهذا نرى أنه لم ينعقد اجماع بين رجال فقهاء القانون في الغرب والعرب على أن يستثنوا الحريات العامة من نظرية التعسف في استعمال الحق[3].

1- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص57.

2- محمد حسين منصور ومحمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص256.

3- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص 59.

فالبعض يذهب إلى شمول هذه النظرية للحق والرخصة على حد سواء بينما يقصي البعض الأخر هذه الأخيرة من نطاقها.

المبحث الثاني

التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري

ينبغي أن يكون استعمال الحق في الحدود التي شرع من أجلها والتي حددها المشرع وتكفل بحمايتها، ومن خلال ذلك قام المشرع الجزائري بتحديد حالات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني وحصرها في ثلاث حالات، ويتبين من خلال ذلك أنه أخذ بنظرية التعسف بضوابطها الواردة في الفقه الاسلامي، وأنه صاغها على شكل مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، بل يسري في جميع نواحي القانون.

وقد راعى المشرع في تحديد هذه الضوابط الثلاثة المعيار العام في الخطأ وهو السلوك المألوف للشخص العادي الذي يهيئ للقاضي ما يمكن الإسترشاد به لمعرفة استعمال الحق غير المشروع، وعليه فإنّ الانحراف عن هذا السلوك في استعمال الحق لا يعتبر تعسفا إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث الواردة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني[1].

وإذا كان الأصل أن افتراض صاحب الحق يستعمل حقه استعمالا عاديا بحسب الغرض منه وبحسن نية، إلا أن المسؤولية عن الخطأ قد تقوم إذا ما أثبت الطرف المضرور قيام التعسف ومن ثم يتم الحكم على المتعسف بالجزاء.

ومن هذا المنطلق سنقوم بدراسة أساس التعسف في استعمال الحق (المطلب الأول) وصور التعسف في استعمال الحق قد خصصنا لها (المطلب الثاني)، لنتنقل إلى إجراءات التعسف في استعمال الحق (المطلب الثالث).

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص125.

المطلب الأول: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

لدراسة أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري يجب التطرق إلى مرحلتين هما: مرحلة ما قبل التعديل (الفرع الأول) ومرحلة ما بعد التعديل (الفرع الثاني)[1]، والمرحلة الحالية.

الفرع الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق قبل التعديل:

نص المشرع بعد صدور القانون المدني الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 منه على النحو التالي:

يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

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

وأدت هذه الصياغة إلى انتقادات شديدة للمشرع وذلك في الجانب الشكلي وكذلك الموضوعي.

أ/ الانتقادات من الناحية الشكلية:

نظم المشرع النظرية في الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان(الأشخاص الطبيعية والاعتبارية)، وتناول النظرية في المادة 41من الفصل الأول المعنون بالأشخاص الطبيعية، ويستنتج ضمنيا أن هذه النظرية لا تسري على الأشخاص الاعتبارية مادام قد خصص لها الفصل الثاني ومن جهة أخرى، فقد وضع المشرع الجزائري المادة المتضمنة النص على

1- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص56.

التعسف بين المادة 40 وما يليها وهي مواد تتعلق بأحكام الأهلية وظاهر من ذلك خلو العلاقة بين هاتين المادتين ونظرية التعسف[1].

كما تجدر الاشارة هنا أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري، من حيث موضع النص أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني[2]

ب/الانتقادات من الناحية الموضوعية:

رغم أن المشرع الجزائري استمد أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق من نظيره المصري إلا أنه خالفه فيها باعتباره لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير.

فنظرية التعسف استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة لذا الواجب ذكر القاعدة العامة[3].

جعل المشرع حالات التعسف على سبيل الحصر باستعمال عبارة تدل على ذلك وهي عبارة: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية، فعبارة (الأحوال التالية) تفيد أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر وبذلك لم يترك الفرصة للقاضي لإمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف قد تظهر نتيجة تداول القضايا، وبذلك يكون قيد حرية القاضي في الاجتهاد[4].

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة41 من النص باللغة العربية والتي تقضي: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير"، لا تتطابق مع نفس الفقرة من النص باللغة الفرنسية التي نصت على أنه: " SI IL Y A LIEU DE NUIRE A AUTRUI"

1- بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء التعديل القانون المدني رقم: 05-10 الموافق لـ: 20جوان 2005، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 1، 2011، ص 275.

2- بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، سنة1999، ص690.

3- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص60.

4- بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص276.

فالنص باللّغة العربية، أوسع مجالا من النص باللغة الفرنسية إذا أنه لا يشترط تمحص قصد الاضرار بالغير واشتراط أن يكون هذا القصد فقط ولو وجدته معه عناصر أخرى اتجهت إليها إدارة صاحب الحق، ومثل ذلك أن يهدف لأى مصلحة نفسه، بالإضافة إلى قصد الاضرار بالغير، وهذا المضمون تضيق به عبارات النص باللغة الفرنسية، ومن ثم فإن النص باللغة الفرنسية لا ينسجم مع النص باللغة العربية إلا إذا حذفنا منه عبارة SEUL لأن هذه العبارة هي التي تضيق من مجال هذا المعيار من النص باللغة الفرنسية[1].

ج/ المزايا التي توخاها المشرع الجزائري في تنظيمه للنظرية

رغم الانتقادات الموجة للمشرع الجزائري، إلا أن تنظيم المشرع لهذه النظرية يتضمن بعض المزايا التي تجاوز بها مضمون النظرية في القانون المصري وهي:

- استعمل المشرع الجزائري عبارة التعسف متفاديا بذلك العمل الغير المشرع عل عكس لكل التشريعات العربية الأخرى.
- صاغ المشرع الجزائري النظرية صياغة أعطت لها مدلولا أوسع من المدلول الذي أعطته لها التشريعات العربية[2].

الفرع الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق بعد التعديل[3]

يتبين من خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم05-10 الموافق ل20 يوليو 2005، أن المشرع غير موضع نظرية التعسف من المادة41 والتي أصبحت ملغاة إلى المادة124 مكرر من القانون المدني، كما أعلاد صياغتها لتصبح على الشكل التالي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

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

1- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص61.

2- بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص277.

3- بوبكر مصطفى، المرجع نفسه، ص 280 و181.

ويقيم موقف المشرع الجزائري هنا من جانبين:

أ/ تقييم موقف المشرع من الجانب الشكلي:

تجاوز المشرع الجزائري الانتقادات الموجهة إليه قبل التعديل وذلك يتضح من خلال النظر إلى الموقع الذي اختاره لنظرية التعسف وهو المادة 124 مكرر لم يعد هناك أي شك في انطباق هذه النظرية على الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية خاصة إذا علمنا أن المشرع قد أعاد صياغة المادة124 ذاتها وأدخل فيها عبارة "الشخص" بدلا من عبارة "المرء"، وذلك للتدليل على امكانية قيام مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية تماما مثل الشخص الطبيعي.

كما أن النظرية لم تعد محشورة بين مادتين لم تربطهما علاقة بهما، بل أن المشرع قد أعاد التسلسل المنطقي للنصوص المتعلقة بالأهلية من المادة 40 إلى غاية 44[1].

إن المشرع قد نجح فعلا في اختيار المكان المناسب للنظرية وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لأن التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويولد التزام بالتعويض وبالتالي فإن أنسب مكان للنظرية، إن لم يكن في النصوص الأولى من الباب التمهيدي هو هذا المكان ولو من الناحية الشكلية[2]، مع الأخذ بعينه الاعتبار ما يترتب عن ذلك من آثار تتعلق بالطبيعة القانونية.

فالمشرع وبالرغم من كل المزايا التي حققها من الناحية الشكلية في اختياره المكان المناسب للنظرية إلا أنه الصياغة التي استعملها لم تحقق النتيجة التي كان عليها أن تحققها وذلك عندما نص على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ. لا سيما في الحالات الآتية..."

إن قصد المشرع من ذلك هو حسم مسألة فقهية وهي الطبيعة القانونية للنظرية وجعل من التعسف خطأ ولكن استعماله لهذه الصياغة قد حمل معنى أخر لم يكن المشرع يقصده أصلا[3].

1-سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص61 و62.

2- بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص281.

3- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص64 و65.

إن ما يفهم من تلك الصياغة هو أن التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ، من الأحوال التي ذكرها النص، أما في غيرها من الأحوال والتي لم يذكرها النص فلا يشكل التعسف فيها خطأ وإنما يقوم على أساس أخر وبذلك يكون المشرع قد وقع في خلط في الصياغة إذا أنه عوض أن يعالج التعسف في استعمال الحق عالج الطبيعة القانونية له فكان يجب عليه أن يصوغ النظرية كما كانت في النص القديم وذلك بالنص على أنه:" يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية..." إذا أراد أن تكون تلك الحالات واردة، على سبيل المثال وهذا هو المألوف في العمل التشريعي، إذا أن الوظيفة الأساسية للمشرع هي تناول أحكام الموضوعات وليس طبيعتها القانونية أو تعريفها لأن ذلك يعتبر من صميم عمل الفقهاء[1].

فالنص على النظرية في الفصل الثالث من الباب الأول من الكاتب الأول من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، يغني المشرع عن البوح بأن التعسف في استعمال الحق يعتبر خطأ، فبمجرد تنظيم النظرية في هذا الموقع يجعل الفقه يستنتج نية المشرع في اتجاهه إلى اعتبار التعسف صورة للخطأ أو تطبيقا من تطبيقاته دون حاجة للتصريح بذلك.

ب/ تقييم موقف المشرع الجزائري من الجانب الموضوعي:

الملاحظ أن المشرع قد أعاد صياغة النظرية صياغة جديدة، تفيد بأن المعايير الواردة فيها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وذلك باستعماله عبارة تفيد هذا المعنى أن الإستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ، لا سيما في الحالات الأتية: فهذه العبارة تفيد أن هذه المعايير الثلاثة ليست واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال مما يسمح معه للقاضي أن يمارس رقابة واسعة على الإستعمال التعسفي للحقوق بحيث تمنح له حرية وسلطة تقديرية في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع وذلك عن طريق القياس أو الاجتهاد[2].

كما يلاحظ أن الموضع الذي اختاره المشرع لنظرية التعسف بنقلها إلى المادة 124مكرر من القانون المدني لم يتجاوز به الإنتقادات الشكلية والموضوعية ،كما سبق وأن رأينا، وإنما أحدث تأثيرا

1- بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص283.

2-بوبكر مصطفى، المرجع نفسه، ص 65.

واضحا على طبيعتها القانونية وحسم اختلافا فقهيا كبيرا بين اتجاهين فقهيين كثيرا ما تجاذبا حول الطبيعة القانونية لنظرية[1]، حيث أن الاتجاه الأول يرى: بأنها نظرية قانونية مستقلة وقائمة بذاتها استمدتها التشريعات العربية من أحكام الشريعة الاسلامية، وهي بعيدة كل البعد على أن تكون مجرد تطبيق للخطأ أو المسؤولية التقصيرية.

ويستدلون في ذلك على أن المشرع قد اختار لها مكان بارزا بين نصوصه الأولى من الباب التمهيدي للتدليل على ذلك أنها تختلف عن المسؤولية التقصيرية مجالا وجزاء.

والاتجاه الثاني لم يرى فيها إلا تطبيقا من تطبيقات الخطأ وصورة من صور المسؤولية التقصيرية لأن الذي يتعسف في استعمال حقه عندهم إنما يقوم بما لا يقوم به الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف الخارجية وهذا هو معيار الخطأ[2].

حسم المشرع الجزائري في التعديل هذه المسألة بصفة ضمنية، لما نقل النظرية من الباب التمهيدي تحت عنوان "الأحكام العامة"، إلى الفصل الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان" الفعل المستحق للتعويض".

ومرة بطريقة صريحة لما نص في المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق، خطأ لا سيما في الحالات التالية وعدد بعض صور التعسف ومن خلال هذه الدراسة نتوصل إلى النتائج التالية:

تمكن المشرع الجزائري من معالجة بعض الأخطاء الشكلية المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق إلا أنه وقع في أخطاء من حيث الصياغة حيث أنه تكلم عن طبيعة التعسف في استعمال الحق ولم يعالج التعسف في حد ذاته.

ذكر المشرع كذلك حالات أخرى للتعسف لا تشكل خطأ. وهذا لا يعبر عن نية المشرع وإنما كان خطأ في الصياغة[3].

1- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص65.

2-بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص 283.

3-بوبكر مصطفى، المرجع نفسه، ص 36.

وتبعا لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري أن يتدخل مرة أخرى لمعالجتها، وذلك بتناول أحكام التعسف دون تحديد طبيعته القانونية وذلك باقتراح أن يكون النص على النحو التالي: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا، لاسيما في الحالات الأتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة غير مشروعة".

المطلب الثاني: صور التعسف في استعمال الحق

إن أهم ما يميز التشريعات الحديثة هو تبنيها لنظرية التعسف في استعمال الحق، لذلك فإننا نجد النص عليها في أغلب التشريعات الغربية والعربية، ومنها المشرع الجزائري، إلا أنها اختلفت في تحديد حالاتها.

وقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال المادة124 مكرر من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد فرض على استعمال الحقوق قيودا يتعين على صاحب الحق مراعاتها في استعماله إياه، وإلا عد مخطئا وجازت مساءلته عن الضرر الذي سببه للغير بهذا الخطأ[1].

1- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، المنشورات الحقوقية، مصر، لبنان، ص369.

وبالرجوع إلى الحالات نجد أنها ثلاث حالات، وقد وردت على سبيل المثال، حيث يظهر ذلك من خلال استعماله لعبارة" لاسيما"[1]، وهو ما سنحاول معالجته في هذا المطلب، حيث قسمناه إلى ثلاثة فروع، تناولنا الصورة الأولى (الفرع الأول)، ثم تطرقنا إلى الصورة الثانية (الفرع الثاني) ولنختم بالصورة الثالثة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير

هذه أول صورة من صور التعسف، وهي أكثرها وضوحا[2]، ويكون الشخص متعسفا إذا قصد الإضرار بالغير[3]، أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه، حتى ولو أدى هذا الاستعمال إلى منفعة عارضة، كأن يغرس صاحب الحق أشجارا في حدود ملكه وغرضه الوحيد من ذلك حجب النور عن جاره، فيعد متعسفا في استعمال حقه ولو عادت الأشجار على الأرض بالنفع[4].

والنية مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها، ولذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من استعماله له ،ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي وهو نية الاضرار، يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف[5]، فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجع رجحانا كبيرا على الضرر الذي يلحقه بالغير، فقصد الاضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفا، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الدي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير،

1- سعدية شرقي، المرجع السابق، ص 26 و27.

2- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 46.

3- فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص153.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126.

5- عبد الرزاق، أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص957.

اعتبر هذا تعسفا ولو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تحقق [1].

فالمنفعة هنا تعد قرينة على قصد الإضرار، وهذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع الحديثة، لأنه كثيرا ما يسخر المالك حقه بمجرد تحقيق مآرب شخصية للإضرار بجاره.

ولو أن المالك وهو يستعمل حق الملكية كان الدافع له إلى ذلك هو إحداث ضرر للجار، بدون أن يصيب منفعة من ذلك، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفا يستوجب مسؤولية ويظل متعسفا حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال بعض الفوائد له[2].

فمعيار التعسف في هذه الحالة إذن شخصي ذاتي، يقضي الكشف عن نية صاحب الحق عند استعماله، ولما كانت النية أمرا نفسيا داخليا فلا يمكن الكشف عنها إلا بالاستعانة ببعض المظاهر الخارجية، وعلى ذلك، فقصد الاضرار يمكن الاستدلال عليه من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها، ولابد من إثبات أن صاحب الحق قد استعمل حقه بقصد الاضرار بالغير[3]، فإذا أدى استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير إلى خرق هذا الواجب وإلحاق الضرر فعلا بالغير كانت إساءة استعمال الحق موجبة المسؤولية وفقا للقواعد العامة[4].

الفرع الثاني: ترجيح الضرر على المصلحة

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية[5]، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وهذا المعيار موضوعي بحت، فهو يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق، وإنما يقوم على

1- سعدية شرقي، المرجع السابق، ص 46 و47.
2- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 46 و47.
3- عواطف زرارة، المرجع نفسه، ص 47.
4- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 369.
5- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، وفي ذلك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي[1].

فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة، كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد، فتتحقق المسؤولية.

وهكذا إذا كان الضرر بليغا والمنفعة ضئيلة، فإن فعل مسبب الضرر إما أن ينطوي على نية خفية للإضرار بالغير تحت ستار يتظاهر مصلحة غير جدية، أو أنه يرمي إلى مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر بالسعي إليها، وفي الحالتين يكون قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، وارتكب خطأ يوجب المساءلة[2].

أو أن ما أصاب صاحب الحق من فائدة تعد تافهة بالنسبة للضرر الذي أصاب الغير[3]، وبما أنه معيار موضوعي فينظر من خلاله إلى نتائج استعمال الحق، فحسب هدا المعيار يعتبر الشخص متعسفا حتى ولو كانت له مصلحة من استعمال حقه على وجه معين، وذلك بالنظر إلى أن هده المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير فترجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد ويصبح بذلك استعمال الحق تعسفيا[4].

ويتم تقدير عدم التناسب بين الفائدة المحققة والضرر الذي أصاب الغير من خلال إجراء مقارنة بين الواقعتين، واقعة الفائدة وواقعة الضرر من حيث المعاينة أو من حيث التحليل الكمي أو الكيفي لهما.

ويخضع هذا التقدير لرقابة قاضي الموضوع ولسلطته، غير أنه قد يكون هنا التقدير مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا إذا تجاهل القاضي تطبيق هذا الشرط على الوقائع محل النزاع لأنه بذلك يكون قد خالف تطبيق قاعدة قانونية نصت عليها المادة 124 مكرر في فقرتها الثانية بقولها: "...إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير...".

1- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص48.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص127.

3- سهيل حسين الفتلاوي، نظرية الحق، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002، ص150.

4- سعدية الشرقي، المرجع السابق، ص28.

والملاحظ أن المشرع لم يحدد المقصود بالضرر ودرجة جسامته وهنا يأخذ الفقه بالضرر الفاحش دون الضرر البسيط[1].

ومن ذلك قيام صاحب الدار بسقي حديقة داره بالمياه، مما يؤدي إلى تسربها إلى بناء الجيران مما يؤثر عليها[2].

الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة أو ذات قيمة كبيرة لاستعمال حقه، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة[3]، وتقرير هذا الشرط نابع من فرضية قانونية أن الحق بوجه عام له وظيفة اجتماعية، إذ أنه وسيلة لتحقيق التكافل والتضامن في المجتمع، والمساس بذلك يمثل تعسفا في استعمال الحق[4].

وما يلاحظ على هذا المعيار كذلك أنه موضوعي في أساسه، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية من استعمال الحق، فنفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق تقوم أساسا على عدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال[5].

والمصلحة المقصودة هنا في المصلحة التي رسمها القانون وقررها الحق، إذ يعتبر الفعل تعسفيا إذا استعمل لمصلحة تافهة وغير جدية أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة تهدف إلى الاضرار بالجار.

كما تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي المشروعية عن المصلحة، ويتحقق ذلك في عدة صور كتخصيص المالك منزله لمقابلات مخالفة للآداب أو لتعاطي المخدرات[6].

1- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص524.

2- سهيل الفتلاوي، المرجع السابق، ص150.

3- سوزان على حسن، الوجيز في مبادئ القانون، الدار الجامعة المدينة للنشر، 2001، ص185.

4-الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص525.

5- سعدية شرقي، المرجع السابق، ص28.

6- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص49.

فتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون[1].

وهكذا يبدو واضحا أن المصلحة قيد على استعمال الحق، لأنها تمثل غاية له، وعلى صاحب الحق عند استعمال سلطاته المقررة أن يحقق من هذا الاستعمال مصلحة أو منفعة، ولم يكن ذلك تافها، وانما كانت المصلحة بحاجة إلى ضوابط إذ أن قيامها وحده غير كاف بذاته، بل يجب أن تتسم المصلحة بالجدية، أي عدم تفاهمها، وهذه الجدية نتيجة موازنة بين المصلحة والضرر، فإذا كانت المصلحة تافهة فإذا كانت المصلحة تافهة فإن من يسعى إلى تحقيقها يعد متعسفا في استعمال حقه، فالتعسف يقع إذا انعدمت المصلحة أو أصابها عيب ما في إحدى ضوابطها[2].

ومثال ذلك طرد المالك للمستأجر بحجة أنه يحتاج للعقار لاستخدامه الشخصي وإلا قام برفع الإيجار بقدر يتجاوز القيمة التي القانون ،فالحقوق إذن إنما تقررت لأصحابها ليحققوا بها مصالح يحميها[3]القانون لتحقيق مصالح غير مشروعة، فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة مهما عظمت هذه المصلحة سيئ استعمال حقه ويعد مخطئا خطأ بموجب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر للغير.

وهذه في القيود الثلاثة التي يفرضها القانون على استعمال الحقوق، فإذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا يخل بأي من هذه القيود كان مسيئا استعماله، وعد مرتكبا خطأ يوجب مسؤوليته عما يسبب ذلك من ضرر للغير[4].

المطلب الثالث: التصدي للتعسف في استعمال الحق

قد يستعمل صاحب الحق حقه استعمالا عاديا، وهي القاعدة العامة، وقد ينحرف على هذا الاستعمال فيصبح استعمالا غير عادي، كما أنه إذا استعمل الشخص حقه استعمالا غير مشروع، يكون بذلك قد ابتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق، فالقانون منح الشخص المتضرر وحده

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 213.
2- عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 49 و50.
3- سوزان على حسن، المرجع السابق، ص 185.
4- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 373 و374.

أن يطلب التعويض من صاحب الحق، وهذا التعويض إذن يمثل الجزاء على التعسف في استعمال الحق عن الاضرار المترتبة عليه، لذا سنعالج في هذا المطلب إثبات التعسف في استعمال الحق في (الفرع الأول) ،ثم نتطرق إلى الجزاء على هذا الاستعمال في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات التعسف في استعمال الحق

حدد المشرع الجزائري شروط المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني كما أوردناها[1]، ولا يكفي التمسك بالتعسف بل يجب تحديد معياره على نحو ما تضمنته المادة أعلاه، فإن تمسك الخصم بالتعسف وحدد معياره، وجب عليه فضلا عن ذلك إثباته بإقامة الدليل عليه[2]، وسنتناول في هذا الفرع على من يقع عبء الاثبات أولا ثم نتطرق إلى دور القاضي في استنباط القرائن ثانيا.

أولا: على من يقع عبء الاثبات

إن اثبات وجود نية لدى صاحب الحق بالإضرار بالغير مسألة ليس سهلا إثباتها لارتباطها بنفسية هذا الشخص، إلا أنه يمكن الاستدلال على وجودها بتحليل طبيعة الفعل والبحث عن دوافعه[3] ويقع عبء إثبات التعسف الذي حدث من صاحب الحق عند استعماله حقه على المدعي وفقا للقواعد العامة التي تقضي بأن البينة على من ادعى[4]، لأن الأصل افتراض أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالا عاديا بحسب الغرض منه وبحسن نية، فإذا ادعى مالك مثلا أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره أو أن الحائط أو المدخنة اللذين شيدهما إنما بقصد الاضرار به فعليه إثبات ادعائه، ويعتبر قرينة على التعسف انعدام مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه على النحو الذي تم، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الغير[5].

1- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 523.

2- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، 1998، الاسكندرية، ص57.

3- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 523.

4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 282.

5- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 342.

وعلى هذا فإنه يكفي وجود دافع مسيئ في استعمال الحق لاعتباره تعسفا وأن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة تعتبر إساءة ستتوجب رفع الأضرار وقيام المسؤولية التي توجب التعويض عن الضرر.

ثانيا: دور القاضي في استنباط القرائن

يستطيع القاضي أخذا القرائن القضائية أن يستنبط نية الاضرار بالغير لدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالا مشروعا، من أهم هذه القرائن انعدام كلي للمصلحة أو ان تكون تافهة أو الدافع المسيء[1].

ويمكن للقاضي الاستعانة بمعيار سلوك الرجل العادي فإذا لاحظ القاضي انحراف المدعي عن هذا السلوك كيّف القاضي هذا الانحراف على أنه تعسف في استعمال الحق، كما يمكن للقاضي أن يستعين بملابسات الواقعة للكشف عن التعسف أو مظاهرها الخارجية كبناء حائط يحجب نور الشمس عن الجار [2]

كما أن انتقاء نية الإضرار في حالة حدوث ضرر للغير لا يتناسب البتة مع المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق، لا ترفع قانونا من مستعمل الحق وصف الاساءة(أي الخطأ)، طالما أنه استعمل حقه لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الفاحش الذي سببه للغير كما أنه لا يكفي لنفي إساءة استعمال الحق إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها الشخص غير مشروعة ومثال ذلك مالك المذياع إذا أطلق المذياع ليل نهار، أو أقام الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين إخلاء مساكنهم به بالرغم من أحكام القانون[3].

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق

الأصل في الجزاء هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمضرور على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحقه، ولكن هل يجوز الحكم على المتعسف كذلك بالتعويض العيني بدلا من التعويض بمقابل، أي الحكم بإزالة العمل الضار كهدم الحائط الدي شيد بقصد حرمان الجار من

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 139.
2- الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 523 و524.
3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 342.

ضوء الشمس أو الهواء؟ ومن ثم سنعالج في هذا الفرع الجزاء الوقائي للتعسف (أولا)، ثمّ ننتقل إلى الجزاء التعويضي(ثانيا).

أولا: الجزاء الوقائي

قد يمنع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالا تعسفيا قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضرر ما[1]، فيلتجأ صاحب الحق إلى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله، هنا يتأكد القاضي قبل إجابة طلب المدعي من وجود الحق من جهة ومن أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى، ويرفض القاضي طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالتعسف ويترتب على ذلك منع الاستعمال التعسفي أصلا، مثال دلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه، إذا كان قد تصرف في هذا حق استغلاله ماليا، إلا بعد الحصول على اذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك.

ومن الأمثلة التطبيقية على الجزاء الوقائي أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ،جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء لقاء تعويض عادل، ففي مثل هذه الحالة يؤدي تطبيق مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق إلى إنهاء الحق ذاته ومن ثم لا يوجد مجال للتعسف في استعماله .[2].

ثانيا: الجزاء التعويضي

هو صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه، ويتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، والأصل في الجزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمضرور على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحقه[3].

1- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006، ص591.

2- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص 74.

3- سعاد بلحورابي، المرجع نفسه، ص 73 و74.

غير أنه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل أي النقدي، ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق وتلافي الضرر اللاحق، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار وبتعويض الجار عن الخسارة التي لحقته.

ويجوز للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط، أو الاكتفاء بالتعويض النقدي وفقا لطبيعة العمل الدي أنصب عليه التعسف[1].

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 140.

في الأخير وممّا سبق يتّضح لنا بأنّ التعسّف في استعمال الحق في القانون الجزائري هو خروج عن حدود الحق المحمي من طرف القانون، ويتحقّق ذلك في عدّة صور أو حالات، يشكّل استعمال الحق فيها خطأ، وقد وردت في نصّ المادة 24 مكرر من القانون المدني، وهي حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، وإذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضّرر الناشئ للغير، وإذا كان استعماله يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة، غير أنّ حالات التعسّف في استعمال الحق لا تنحصر في هذه الحالات فقط، بل هي مجرّد عرض لأهم حالات التعسف، تُهيّئ للقاضي ضوابط نافعة لمعرفة الاستعمال التعسّفي للحق من عدمه للاسترشاد بها ممّا يفتح أمامه المجال للإجتهاد.

ومن ثمّ فإنّ التعسف في استعمال الحق يُعتبر تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية وخاضع لرقابة القانون، فإذا تعسّف صاحب الحق في استعماله فإنّه يلتزم بالضرورة بالتعويض على اساس مسؤوليته التقصيرية وبالتالي إصلاح الضّرر الناجم عن هذا الاستعمال التعسّفي.

الفصل الثاني

خلصنا فيما سبق إلى أنّ أيّ تصرّف مباح في الأصل قصد به صاحبه الضرر أو كان استعماله سيؤول إلى مضرّة أو مفسدة راجحة على المصلحة المقصودة أو كان ممنوع، فإنّ هذا التصرّف يمنع كونه تعسّفاً ظاهراً وبالتالي فإنّ التعسّف قد يصاحب أيّ حق من الحقوق المشروعة وفي جميع جوانب الحياة سواء في جانب الأحوال الشخصية أو في جانب المعاملات الأخرى المختلفة ومجالها واسع جدّاً ،لذا اكتفينا بمحاولة ذكر أبرزها كالتعسف في استعمال حق الملكية بما أنّها تعدّ من لوازم الحياة، وإنهاء علاقة العمل إنهاءً تعسّفياً.

وقد تمّ ذكرها على سبيل المثال فقط كون المشرّع لم يحصر حالات التعسف في نصّ المادة 124 مكرر من القانون المدني السالفة الذكر بل أورد لها تطبيقات عديدة في القوانين الخاصة ،فإذا أُحيد بهذه الحقوق عمّا شرعت له أصبح تعسّفاً رتّب عليه المشرّع جزاءا بحسب الضرر المترتب عليه، وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال التطرق إلى أهم تطبيقات التعسّف في استعمال الحق في القانون الجزائري.

وارتأينا في ذلك تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، بداية تناولنا تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (المبحث الأول) وقمنا بعد ذلك بدراسة تطبيقات التعسف في استعمال الحق في جانب المعاملات (المبحث الثاني).

المبحث الأول
تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية

لنظرية التعسف في استعمال الحق عدة تطبيقات في عدة مجالات ،و من بينها مجال الأحوال الشخصية، ولدراسة تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ينبغي التعرض إلى التعسف في استعمال حق الطلاق (المطلب الاول) ثم نتطرق إلى التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (المطلب الثاني) وأخيرا ننتقل إلى التعسف في استعمال حق الإيصاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعسف في استعمال حق الطلاق

قد يوقع الطلاق بدون أسباب مقنعة مما يلحق أضرار بالمرأة وهذا يناقض الحكمة التي دعت إليه، لأن استعمال الحق في الطلاق ولو كان مشروعا من حيث الأصل إلا أنه لم يشرع ليكون مصدرا للضرر وإنما شرع لتحقيق المصالح[1].

وقد تمت معالجة هذا المطلب في ثلاث فروع، بدأ بمفهوم الطلاق التعسفي(الفرع الأول) ثم صور الطلاق التعسفي(الفرع الثاني)، تطبيق معايير التعسف على الطلاق التعسفي(الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

لكي نستطيع تعريف الطلاق التعسفي ينبغي قبل ذلك التطرق لتعريف الطلاق (أولا) تعريف الطلاق التعسفي (ثانيا).

أولا: تعريف الطلاق

سنتطرق إلى تعريف الطلاق لغة ثمّ اصطلاحاً وأخيرا نعرفه في القانون

1- حياة خطاب، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2001، ص21.

1-**الطلاق لغة:** حل القيد والاطلاق، ومنه ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق قيده وخلي عنه، ولكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المرأة.

2-تعريفه اصطلاحا: وهو حل عقدة النكاح، أو هو انهاء الحياة الزوجية في الحال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناه صراحة أو دلالة[1].

3-تعريفه قانونيا: عرف المشرع الطلاق في قانون الأسرة في المادة 48 بقوله: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجان أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"[2].

ثانيا: تعريف الطلاق التعسفي

إن الطلاق التعسفي مصطلح يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتأذت منه الزوجة، وقد أشار إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة52 منه دون أن يبين ما المقصود منه.

ومن التعريفات السابقة يتضح أن المقصود بالطلاق التعسفي أن يطلق الرجل زوجته بدون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع من تشريع الطلاق وهو ما دفع الضرر فيكون كل طلاق لا يحقق هذا المقصد طلاقا تعسفيا.

ولقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي دون أن يبين ما يقصد من ورائه إلا أنه بين آثاره كالتعويض الذي يقدم للزوجة عن الضرر الذي لحق بها وبذلك فالمطلق بتطليقه لزوجته تعسفيا يعد بمثابة المريض الذي زاد في جرعة الدواء فأضر بنفسه فيحتمل تبعات الطلاق لأنه كان متعسفا في إيقاعه[3].

1- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون مذكرة ماجيستر، تخصص الشريعة والقانون، جامعة الجزائر،2002، ص141.

2- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/07/09 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، عدد 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

3- حياة خطاب، المرجع السابق، ص22 و24 و25.

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي

سنتطرق في هذا الفرع إلى طلاق المريض مرض الموت (أولا) ثم الطلاق بغير سبب (ثانيا).

أولا: طلاق المريض مرض الموت

للتطرّق إلى طلاق المريض مرض الموت ينبغي التعرّض إلى مفهومه (أولا) ثمّ حكم هذا الطلاق في القانون الجزائري (ثانيا).

1-مفهوم طلاق المريض مرض الموت:

أ/المفهوم اللغوي: مرض الموت مركب إضافي يفهم معناه اللغوي من خلال تحليل ألفاظه وتعريفها وهي المرض والموت.

***تعريف المرض:** المرض ضد الصحة وهو السقم

***تعريف الموت:** الموت ضد الحياة ويطلق في لغة العرب على السكون ومات الحي أي فارقته الحياه ومات ويُمات فهو ميت والميت الذي فارق الحياة ويفهم مما سبق أن مرض الموت هو الحال التي يصاب بها المرء من فقدان لصحته تدريجيا وبعقبها الموت وهو الفناء.

ب/المفهوم الاصطلاحي: اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومه لديهم إلا أنه يجب توفر شرطين لاعتبار الانسان مريض مرض الموت وهما:

أن يكون المرض مخوفا: والمرض المخوف هو الذي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به، وأن يتصل الموت بالمرض فعلا، وهذا الشرط محل اجماع الفقهاء لذلك نجدهم يصرحون بأن المريض مرض الموت إذا شفي من مرضه ثم مات فإنه يلحق بالأصحاء إذ بشفائه تبين أن مرضه لم يكن مرض الموت فيمتنع الورثة على الطعن في تصرفاته[1].

ج/ المفهوم القانوني: لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني لتعريف مرض الموت لكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع والتي تجري أثناء ذلك وصية

1- حياة خطاب، المرجع السابق، ص32 و33.

فنص عليه في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة في مرض الموت ظن والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريف المريض مرض الموت، لم يقف المشرع عاجزا عن ذلك فقد استقر المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984/4/7 على أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير وإن كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف[1].

2-حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري:

إن مرض الرجل مرض الموت لا يؤثر على طلاقه أثناءه فطلقه واقع بلا خلاف سواء في العدة أو بعدها، فقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص في عدة الطلاق في المادة 132 منه على أنه: "إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث، وذلك دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن"[2].

وخلاصة القول أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته بطلاقها في مرض موته اعتبر هذا فرارا من ميراث زوجته فرد عليه قصدا بتوريثها منه[3].

ثانيا: الطلاق بدون سبب مشروع

إن الطلاق التعسفي قائم على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول لأنهاء الرابطة الزوجية، وفيما يلي بيان ذلك.

1-تعريف التعسف في الطلاق بدون سبب: التعسف في الطلاق هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع أو دون حاجة داعية إليه.

1- حياة خطاب، المرجع السابق، ص 34.

2- المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

3- حياة الخطاب، المرجع السابق، ص 36 و37.

ومن صور تطليق المرأة انتقاما منها لمطالبتها بحق لها أو لعدم تعاونها معه على الإثم بقصد ابتزاز أهلها لتحقيق أغراض شخصية أو مضارة لأهلها لسبب أو لأخر[1].

2-موقف المشرع الجزائري من هذا الطلاق:

لقد قضى المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري بالتعويض للمطلقة التي ثبت تعسف زوجها في طلاقها حيث تنص على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

هذا وتكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا متروكا للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية[2].

ومن خلال فحص القاضي لمواقف الطرفين يتمكن من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الأثار المترتبة عن هذا الاستعمال[3].

وعليه فإن المشرع الجزائري بقضائه لحكم بالتعويض للزوجة المطلقة طلاقا بدون سبب معقول يكون مستنده مبدأ التعسف في استعمال الزوج حق الطلاق، حيث أن انتفاء السبب المشروع لإيقاعه يعتبر قرينة للضرر[4].

والجدير بالذكر، أن التعويض المقرر عن الطلاق التعسفي لصالح الزوجة لا يخضع للقواعد العامة في المادة124 مكرر قانون مدني جزائري السالفة الذكر، والحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق حق ذو طبيعة خاصة تتمثل في العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وأن

1- حياة خطاب، المرجع السابق، ص 38.
2- العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 144.
3- حياة خطاب، المرجع السابق، ص 40.
4- العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 144.

تعويض الزوجة لا ينطلق من المادة 124 قانون مدني جزائري وكذا المادة 124 مكرر سالفة الذكر، وإنما مصدره مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية[1].

الفرع الثالث: معايير الطلاق التعسفي

بما أن الطلاق حق شرعي للزوج ونظرا لما قد يترتب على سواء استعماله من أضرار قيده الشارع للمحافظة على حق استقرار الأسرة، وقد ارتأينا تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على التعسف في استعمال الحق في الطلاق.

وذلك وفقا للمعايير الثلاثة المذكورة في نص المادة 124 مكرر قانون مدني جزائري، وهي معيار قصد الضرر (أولا)، ومعيار ترجيح الضرر على المصلحة (ثانيا) وأخيرا معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة(ثالثا).

أولا: معيار قصد الضرر

حيث يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أي أن تكون النية هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف، ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة، وبذلك فإن انعدام المبرر يجعل الطلاق تعسفيا، ومن أمثلة هذا المعيار أن يوقع الزوج الطلاق على زوجته قاصدا الاضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهة أو في مرض الموت قاصدا حرمانها من الميراث.

وقد يطلقها بدون سبب مشروع حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق أو قد تكون تافهة لا تعتبر سبب له ولا تناسب أبدا ما يترتب عليها من أضرار كذلك تعتبر قرينة على قصد الاضرار بالزوجة، ومثال ذلك كأن يقوم الرجل بتطليق زوجته لأنها خرجت لزيارة والدها دون إذنه لاضطرارها لذلك وبطلاقه لها يكون قد تعسف في ذلك[2].

1- حياة خطاب، المرجع السابق، ص67.

2- حياة خطاب، المرجع نفسه، ص30.

ثانيا: اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبر ها مبررات ودوافع للطلاق، وذلك لدفع الضرر عن نفسه، وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح وما يترتب عنه من مفاسد وأضرار تلحق كلا من الزوج والأولاد نجد أن المفاسد والأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، وبذلك يكون الزوج متعسفا في حقه، وبذلك يكون الزوج متعسفا في حقه، وفي ذلك يقول زياد صبحي: "إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق وألحق بالمرأة ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسف[1].

ثالثا: معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة

إذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا، فإنه يكون متعسفا في ذلك لأن الشرع وإن وكّل أمر الطلاق للرجل كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية، أما أن يستعمله الزوج دون سبب فقد يؤدي إلى اختلال في نقص المصلحة التي كان من المفترض الحفاظ عليها فأدى ذلك إلى انهدام أسرة ومن أمثلة هذه الحالة:

طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث لأنه لم يستعمل الطلاق فيما شرع له وإنما يقصد مصلحة مادية في مرض موته تتمثل في حرمان زوجته من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا[2].

المطلب الثاني: التعسف في العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة حق مكفول قانونا لكل الطرفين من طرفي العلاقة، سواء للخاطب أو للمخطوبة، إلا أن لهذا الحق ضوابط حتى لا يترتب عنه ضرر بالطرف الأخر، ناتج عن التعسف في استعمال حق العدول.

1- حياة خطاب، المرجع السابق، ص31.

2-حياة خطاب، المرجع نفسه، ص30.

وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم التعسف في العدول عن الخطبة(الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تطبيق معايير التعسف في العدول عن الخطبة(الفرع الثاني)، ثم التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة بالنسبة للمشرع الجزائري(الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التعسف في العدول عن الخطبة

نتناول في هذا الفرع تعريف الخطبة (أولا)، ثم تبيان طبيعتها القانونية (ثانيا)، وأخيرا حكم العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري (ثالثا).

أولا: تعريف الخطبة

1-**تعريفها لغة:** بكسر الخاء من الخطاب وهو الكلام ولها علاقة بكلمة الخطب بفتح الخاء وهو الشأن والحال.

2-**تعريفها اصطلاحا:** هي التماس أو طلب الرجل الزواج من امرأة تحل له شرعا.

3-**تعريفها قانونيا:** عرفها المشرع الجزائري في المادة 5 فقرة 1 بقوله: "الخطبة وعد بالزواج"، وبذلك يكون التعريف قد تناول مرحلة ما بعد الموافقة على طلب الزواج، فالخطبة التزام يرتب حقوق وواجبات لكلا الطرفين لا سيما عند العدول عنها[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة

جاء قانون الأسرة الجزائري في المادة5 المعدلة بالأمر رقم 05-02 التي تنص على أن "الخطبة وعد بالزواج"، المادة 5 فقرة 1، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة، المدة2/5 فباستقراء المادة نجد أنها قررت الخطبة هي طلب الزواج والوعد به ومن خلال هذا التعريف يتضح جليا أن الخطبة هي طلب الزواج والوعد به، ومن خلال هذا التعريف يتضح جليا أن الخطبة ما هي إلا وعدا بالزواج في المستقبل، وطالما هي كذلك وطبقا للمادتين 71 و72 من القانون المدني، فإن مجرد الوعد لا ينشئ التزاما مما يترتب على أنه

1- نسرين شريفي وكمال بوفرفورة، المرجع السابق، ص12.

يجوز لهما التحلل منه متى شاءوا ولا يلزم العادل عن الخطبة في إبداء أسباب عدول للطرف الأخر.

فالخطبة إذن من الناحية القانونية لا تتعدى أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج، فهي وسيلة لتعارف الخطيبين ببعضهما البعض ولتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج[1].

ثالثا: حكم العدول عن الخطبة

إذا تمت الخطبة بين الرجل والمرأة وأوصلتهما إلى درجة التفاهم الذي يؤهلهما لإبرام عقد الزواج فإن الخطبة هنا قد حققت أغراضها، أما إذا لم يتفق الطرفين وفكر أحدهما أو كلاهما في فكرة العدول عنها، فإلى أي مدى يجوز العدول عن الخطبة.

1_تعريف العدول:

أ/ **تعريفه لغة:** مشتق من عدل عدلا وعدولا أي مال ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد وعاد إليه أي رجع.

أما العدول إصطلاحا: فهو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد اتمامها وحصول الرضا منهما.

2-مدى جواز العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائر:

قرر المشرع الجزائري أنه يجوز لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج وليست زواجا شرعيا ولا عقدا ملزما وهو ما قضت به المحكمة العليا تطبيقا لنص المادة05 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"[2].

1- محمد خارف، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2014، ص63.

2- حجيلة بريكي، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 14.

الفرع الثاني: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة

قد يعدل طرفي العلاقة عن الخطبة دون سبب مشروع، أو يقصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر، أو غير ذلك وكما بينا سابقا هناك ثلاث معايير للتعسف في استعمال الحق والواردة في نص المادة124 مكرر قانون مدني، لذا سنحاول تطبيق معيار قصد الاضرار على العدول عن الخطبة (أولا) ثم معيار اختلاف التوازن بين المصالح المتعارضة (ثانيا) وأخيرا معيار المصلحة غير المشروعة (ثالثا).

أولا: معيار قصد الاضرار

معيار قصد الاضرار هو أن يستعمل الانسان حقه قصد الاضرار بالغير، وكان هذا القصد هو الدافع لاستعمال الانسان لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق، بل إن هذه الصورة من صور الاستعمال تعد أظهر صورة للتعسف في استعمال الحق على الاطلاق[1].

أما بالنسبة للعدول عن الخطبة، فيظهر قصد الاضرار من العادل إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الأخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل اقامتها ولديها أو لديه الرغبة الكامنة في انهاء الخطبة والعدول عنها وذلك بأن يكون العدول بعد مدة وجيزة من طلب ذلك[2].

ثانيا: اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

يقوم هذا المعيار على الموازنة بين المصالح المتعارضة، فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للغير أعظم منها كان ذلك صورة من صور التعسف.

1- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص8.

2- حجيلة بريكي، المرجع السابق، ص32.

فإذا قام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة لأسباب التي يعتقد بأنها دوافع ومبررات لهذا العدول ولتحقيق مصالح خاصة به لكن هذه المصالح يترتب عنها مفاسد وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الأخر، أشد ضررا وأعظم خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة فإن هذا العدول يعد تعسفا لأن دفع الضرر أولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية "درء المفاسد أولى من جلب المصالح".

وتطبيقا لهذه القاعدة فإذا عدل أحد الخطبين عن الخطبة عد متعسفا في استعمال حقه، إذا ترتب عن هذا العدول ضرر ومفسدة أكثر وأكبر من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول، كالعدول عن الخطبة من أجل السفر إلى العمل وكان الخاطب عاملا في بلده وهذا ما يؤدي إلى التأثير في الطرف المعدول عنه سواء ماديا أو معنويا، أو العدول عن الخطبة بسبب مشاكل تافهة بين عائلتي الخطبين[1].

ثالثا: معيار المصلحة غير المشروعة

هذا المعيار هو الأوسع مجالا في تطبيقاته العملية، ومرد هذا المعيار أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة بحيث لا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية، وعلى ذلك فإن استعمال صاحب الحق لحقه مع انتقاء مصلحته في هذا الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة ضئيلة بحيث لا تبرر الأضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه.

وفي موضوع الخطبة فإن الحكمة من مشروعية العدول عنها هي أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف الأخر لا يصلح أن يكون زوجا، جاز له أن يعدل عن الخطبة، فإن كان العدول لغير هذه الغاية، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الأخر بالمال والجاه أو غيرهما، كان مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن

1- حجيلة بريكي، المرجع السابق، ص34.

الخطبة، أو كان عُدوله لتشويه سمعة الطرف الأخر حتى يعرض الناس عن مصاهرته ، كأن يكون العدول عن الخطبة بفترة قليلة قبل موعد الزواج وبدون سبب يذكر[1].

الفرع الثالث

التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة بالنسبة للمشر الجزائري

الخطبة كما ذكرنا سابقا هي وعد بالزواج، ولا ترقى إلى مرتبة العقد وإنما تعتبر مجرد مقدمة للزواج قد يصاحب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي يصيب ويلحق الطرف المعدول عنه، وسنتطرق في هذا العنصر إلى حكم المهر والصداق في حال العدول عن الخطبة (أولا) ثم حكم التعويض عن الاضرار المترتبة عن التعسف في العدول عن الخطبة (ثانيا).

أولا-حكم الهدايا و الصداق حين العدول عن الخطبة:

1_حكم الهدايا حين العدول عن الخطبة سار المشرع الجزائري في مسألة الهدايا حال العدول عن الخطبة وفسخها على وفق المذهب المالكي بالنظر إلى جهة العدول إن كانت من الخاطب أو المخطوبة حيث تنص المادة 5 من قانون الأسرة في الفقرتين 3 و4 على أنه:" لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك" وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قراراتها الصادرة في هذه المسألة"[2].

2-حكم الصداق حين العدول عن الخطبة:

إن الصداق شرط في عقد الزواج وللعاقد أن يقيمه مع العقد أو مع الدخول لكن قد يقدم الخاطب الصداق بمجرد الخطبة دلالة على الرغبة الصادقة في إتمام الزواج، ثم يحدث بعد ذلك عدول فالصداق هنا يرجع للخاطب في كل الأحوال سواء كان العدول منه أو من المخطوبة لأن ملكيته مازالت قائمة للرجل.

لكن قد يحدث أن تتصرف في الصداق ففي هذه الحالة إذا كان المهر ملكيا يسترد الخاطب مثله، وإذا كان قيميا استرد قيمته[3].

1- حجيلة بريكي، المرجع السابق، ص35.

2- مجيدي العربي، المرجع السابق، ص122.

3- نسرين شريفي وكمال بوفرفورة، المرجع السابق، ص19.

ثانيا: حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن التعسف في العدول عن الخطبة

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يلحق بأحد الطرفين ماديا أو أدبيا، وخاصة إذا استمرت الخطبة عدة سنوات، كما لو كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن الزوجية ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مبررا، أو طلب الخاطب من مخطوبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها أو اعداد جهاز مهم، كما قد يفوت عنها الخاطب خطاب أخرين أو يكون في فسخ الخطوبة ما يمس كرامة الطرف الأخر.

وعليه بما أن الخطبة ليست بعقد ملزم فإن مجرد العدول عنها لا يكون سبب موجب للتعويض، إلا في حال اقتران العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضررا بأحد الخطبين، فهنا جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استنادا للمادة 124 من القانون المدني[1]، وتوافقا مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي قررت "لا ضرر ولا ضرار"، فيكون التعويض ليس مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل الطرفين وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سبقته[2].

المطلب الثالث: التعسف في استعمال الحق في الوصية

إن الوصية من المجالات التي يمكن أن يقع فيها التعسف باعتبار حق الإيصاء فيتوقف على إرادة الموصي[3]، وسوف نتطرق في هذا المطلب على تعريف الوصية في (الفرع الأول)، ثم مقدار الوصية في القانون الجزائري (الفرع الثاني)، وأخيرا صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الوصية

حيث تطرقنا إلى التعريف اللغوي (أولا)، ثم الاصطلاحي (ثانيا) وكذلك تعريف المشرع الجزائري (ثالثا).

1- نص المادة 124 من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب أضرار للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

2- نسرين شريفي وكمال بوفرفورة، المرجع السابق، ص19 و20.

3- سعاد بلحواربي، المرجع السابق، ص38.

أولا: تعريف الوصية لغة

من أوصى الرجل وأوصاه أي عهد إليه، والوصية ما أوصيت به وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، ووصل الشيء بغيره وصيا وصلة، ووصيت الشيء ووصلته سواء[1].

ثانيا: اصطلاحا

الوصية عند الفقهاء اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته، أو هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان التمليك عينا أم منفعة[2].

ثالثا: تعريف المشرع الجزائري للوصية

تناول المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة في الكتاب الخاص بالتبرعات عرفها على وفق الفقهاء لها فقد نصت المادة 184 منه على أن: "الوصية تمليك على ما بعد الموت بطريق التبرع" حيث يشمل التعريف جميع أنواع الوصايا وذلك باستعماله لفظ التمليك بصيغة الطلاق مما يشمل الوصية بالأعيان والوصية بالمنافع، أو بإسقاط الديون على الغير لأنها من باب تمليك الدين للمدين.

وإرادة للفظ التبرع يدل على المشرع يقصد بالنص الوصية التي تبنى على محض التبرع ولا يكون في مقابلها أي عوض فقد أخرج بهذا القيد الوصايا التي تنشئ عن بيع أو إيجار لأن مثل هذه الوصايا هي تمليك ولكن بعوض وليست بتبرع.

الفرع الثاني: مقدار الوصية المشروعة

للتطرق إلى مقدا ر الوصية المشروعة، علينا التعرض لمقدار الوصية فقها(أولا)، ثم قانونا (ثانيا).

أولا: مقدار الوصية عند الفقهاء

لقد قيدت الوصية بمقدار الثلث، حيث أن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثه، هذا وإن الثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من الدين، لأن سداد الدين أولا وبعد الدين تقدر الوصية بثلث الباقي فيخلص للورثة ثلثان كاملين.

1- العربي مجيدي، المرجع السابق، ص152.

2- العربي مجيدي، المرجع نفسه، ص152.

وعلى هذا فإنه إذ ما تعدى الموصي في وصيته ما حددت به شرعا بأن أوصى بأكثر من ثلث تركته فإن نفادها يتوقف على إذن وإجازة الورثة فإن أجازوها نفذت واعتبر ذلك تنازلا منهم عن جزء من حقهم في التركة.

ثانيا: مقدار الوصية في القانون الجزائري

لقد قيد المشرع كذلك الوصية بمقدار الثلث، وجعل نفادها في حال تجاوز الموصي الثلث المحدد لها على إجازة الورثة كما ذهب إليه الفقهاء، حيث تنص المادة185 من قانون الاسرة على: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة"[1].

الفرع الثالث: صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها

شرعت الوصية لتأخذ مقصدها الطبيعي بعد موت صاحبها على سبيل التبرع بشرط الاضرار وعدم الاضرار بالورثة، غير أن الموصي قد يقصد بذلك إلحاق الضرر بالورثة، وذلك من خلال عدة صور لهذه الضارة سنتطرق لها وهي: الوصية للوارث (أولا)، الوصية لما يزيد عن الثلث لغير وارث (ثانيا)، والإيصاء في حدود الثلث مع قصد الاضرار بالورثة (ثالثا).

أولا: الوصية للوارث

بأن يؤثر وارثا بوصية دون باقي الورثة أو اضرار بهم وقد أبطلها المشرع الجزائري إلا إذا أجازها الورثة كما ورد في المادة 189 من قانون الأسرة: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"، وهذه الصورة من المضارة في الوصية لا تكيف على أنها تعسف وذلك كون التعسف في استعمال الحق في تأسسه يقوم على وجود حق حتى يتم وصفه متعسفا فيه وفي الوصية لوارث فإن الحق منتف وذلك لبطلان الوصية من أصلها[2].

ثانيا: الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث

ونخرج هنا عن حدود الحق إلا إذا رضي الورثة بهذه الزيادة فإن أجازها الورثة عد ذلك تبرعا وتنازلا منهم[3]، عن جزء من حقهم في الميراث، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة

1- العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 153 و154.

2- العربي مجيدي، المرجع نفسه، ص 155.

3- سعاد بلحواربي، المرجع السابق، ص 39.

في المادة185 السالفة الذكر بقولها: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

وكذلك فإن هذه الصورة لا تعد ولا تكيف على أنها تعسف من الموصي في استعمال حقه في الوصية، وذلك لنفس سبب الصورة الأولى أي انتقاء وجود الحق حتى بوصف بكونه تعسفا فالوصية بأكثر من الثلث المحدد شرعا هي من باب الخروج عن حدود الحق، وبالتالي فلا تدخل في نطاق نظرية التعسف أصلا[1].

ثالثا: الإيصاء في حدود الثلث مع قصد الاضرار بالورثة

وهذه الصورة هي عين التعسف، وذلك أن الموصي قد تقيد بالشروط الموضوعية ولم يخرج عن الحدود المشروعة لها غير أنه قصد بإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة وعليه فإن حق الوصية قد شرع في حدود الثلث كوسيلة مشروعة للتبرع غير أنها تبطل إذا ما ثبت تعسف الموصي فيها بأن قصد بها الاضرار بالورثة.

موقف المشرع الجزائري: لم يرد في قانون الأسرة ما يتناول موضوع الاضرار بالوصية والتعسف فيها، وذلك لإحالة منه على مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان قد تناول مسألة تجاوز الوصية حدود الثلث في المادة 185 والإيصاء للوارث، في المادة189 غير أنه هذين النصين لا يتناولان المضارة في الوصية المتأسسة على التعسف فيها، وذلك لكون تجاوز مقدار الثلث في الوصية والإيصاء للوارث يعدان خروجا وتعديا عن الحق وليس تعسفا وهذا احد ما يؤخذ على قانون الأسرة الجزائري بإغفاله لأثر التعسف في استعمال حق الوصية من تصريح باعتباره قد اعتد بهذه النظرية في القانون المدني، وإن كان النصان السابقان قد تناولا موضوع الاضرار في الوصية ولكنه ضرر غير ناشئ عن التعسف فيها وذلك لاقتناء الحق في حد ذاته كما ذكرنا والتعسف لا يقوم إلا إذا وجد الحق أصلا[2].

1- العربي مجيدي، المرجع السابق، ص155.

2- العربي مجيدي، المرجع نفسه، ص 156.

المبحث الثاني
تطبيقات التعسف في إستعمال الحق في جانب المعاملات

إن تطبيقات التعسف في استعمال الحق بصفة عامة عديدة وبالخصوص تطبيقاته في جانب المعاملات، لذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى التعسف في إنهاء علاقة العمل (المطلب الأول) ثم ننتقل إلى التعسف في استعمال حق الملكية (المطلب الثاني) و في الأخير نتعرض إلى التعسف في استعمال حق التقاضي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعسف في إنهاء علاقة العمل

عقد العمل هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إرادته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[1].

ومن السلطات التي يملكها رب العمل هو توقيع العقوبات التأديبية على العامل ومن هذه العقوبات إنهاء عقد العمل وقد يكون هذا الأخير تعسفيا ومن خلال هذا وجب معرفة المقصود بالإنهاء التعسفي (الفرع الأول) ثم الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفيا وفقا لنص المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[2] (الفرع الثاني) واخيرا حالات الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها أو إنهائها بصفة قانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالإنهاء التعسفي لعلاقة العمل:

إن الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل هو إنهاء غير مشروع ومخالف لأحكام قانون العمل، فلصاحب العمل سلطة إيقاف أو فصل العامل وذلك بموجب علاقة التبعية التي تربط بين العامل ورب

1- عبد الله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء علاقة العمل، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2001، ص6.

2 - القانون 90-11 المؤرخ في 12 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، عدد 17، الصادرة في 25 أفريل 1990، ص 569.

العمل، وذلك حماية لمصالح رب العمل من جهة وضمانا لاستقرار وفعالية النظام من المؤسسة من جهة أخرى.

وعليه يكون الإنهاء تعسفيا إذا لم تتوفر لدى الطرف الراغب في انهاء العقد مصلحة مشروعة من وراء هذا الإنهاء وفقا للنص العام الذي يتضمن التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني، حيث أن الإنهاء يصدق عليه وصف التعسف إذا كان الطرف الراغب في الإنهاء قد أراد من وراء ذلك مجرد الإضرار بالطرف الآخر أو تحقيق مصلحة تتصف بعدم المشروعية، أو حتى ولو انطوت المصلحة على المشروعية ولكنها لا تتناسب البتة مع ما يصيب المتعاقد الآخر من ضرر من جراء الإنهاء[1].

وبعبارة أخرى فإن الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل هو كل تصرف من قبل صاحب العمل أو العامل بقصد إنهاء عقد العمل بدون مبرر ويهدف إلى الإضرار بالطرف الآخر.

غير أن سلطته هذه مقيدة في حدود الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في قانون العمل للأنظمة الداخلية مجال تحديد الأخطاء والعقوبات الموافقة لها، بما فيها عقوبة العزل أو التسريح التأديبي وهو ما خلق مشكلا كبيرا، إذا تباينت الأنظمة الداخلية للمؤسسات الإقتصادية في تحديد الأخطاء التي توجب التسريح، فما يعد خطأ جسيما في مؤسسة ما يستوجب التسريح، لا يعد كذلك في مؤسسة أخرى، وهو ما جعل المشرع في تعديله للمادة 73 بموجب قانون 29/91 يلجأ إلى حصر الأخطاء الجسيمة التي ينجم عنها التسريح، وذلك ضمانا لعدم تعسف أصحاب العمل، وأيضا لتفادي مشكل آخر كان قائما في ظل المادة 73 قبل تعديلها، وهو يخص المؤسسات التي كانت تشغل أقل من 20 عاملا وبالتالي فهي غير ملزمة بوضع قانون داخلي.

الفرع الثاني: الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفيا وفقا لنص المادة 73 من قانون (90-11) المتعلق بعلاقات العمل

تنص المادة 73 فقرة 4 والمدرجة بالمادة 9 من قانون 91-29 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل على أنه:" إذا حدث تسريح العامل

1- عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص698 و699.

خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا وعليه فإن الحالة التي يعتبر فيها التسريح تعسفيا[1] هي: إذا وقع خارج حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 73، ذلك أن هذه الحالات وردت على سبيل الحصر وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 4 جوان 1994".

تنص المادة 73 فقرة 1 من قانون 90-11 والمدرجة بالمادة 3 من قانون رقم 29/91 "يجب أن يراعي المستخدم الظروف التي ارتكب فيها الخطأ..."، وعليه فإن الحالة الثانية من الحالات التي يعد فيها التسريح تعسفيا هو عدم مراعاة صاحب العمل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ، فهذه القاعدة آمرة في صياغتها ولا يجوز لصاحب العمل مخالفتها وإلا اعتبر تصرفه باطلا وتسريحه تعسفيا، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 6 مارس 1989.

تسريح العامل أجير في غياب النظام الداخلي: تنص المادة 73 فقرة 2: "يعلن عن التسريح المنصوص عليه في المادة 73 أعلاه ضمن احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي".

إذ يتبين من خلال هذه المادة أنه لا يمكن للمستخدم أن يتخذ قرار التسريح إلا بوجود نظام داخلي في مقر الهيئة المستخدمة، وبمفهوم المخالفة فإن كل تسريح تأديبي متخذ من قبل صاحب العمل في غياب النظام الداخلي يعد تعسفيا.

إذ وقع تسريح العامل خرقا للإجراءات التأديبية القانونية أو الاتفاقية الملزمة فإنه يعد تسريحا تعسفيا[2].

تنص المادة 73 فقرة 3 من قانون 90-11 المعدل والمتمم بأنه: "كل تسريح فردي يتم خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفيا، وعلى المستخدم أن يثبت العكس".

وفي الواقع أن تسريح العامل كما هو محدد بقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل في

1- قانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1991، المعدّل والمتمّم للقانون 90-11 المؤرخ في 12 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، عدد 68، الصادرة في 25 ديسمبر 1991، ص 2656 .

2- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص89.

نص المادة 73 بأنه: "يعتبر قرار التسريح تعسفيا، وذلك رغم أن قرار التسريح جاء منفذا أو طبقا لكل الإجراءات القانونية والاتفاقية الملزمة المحددة بالأنظمة الداخلية للمؤسسات، ولكن رغم هذا يكون التسريح تعسفيا نظرا لكون الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت في حقه"، ومثال ذلك أن يطرد صاحب العمل العامل من منصبه على أساس أنه شتمه ويستدل صاحب العمل ببعض العمال على أساس أنهم شهود وفي الأخير تبين أن العمال صرحوا في المحاضر بأنهم لم يسمعوا الشتم الموجه لصاحب العمل، فهنا إجراءات الفصل صحيحة ولكن الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت الدليل وغير مسبب، إذن عدم ثبوت ارتكاب الخطأ من قبل العامل يجعل التسريح التأديبي وفقا للإجراءات التأديبية تسريحا تعسفيا، وهو المبدأ الذي أقرته وأكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها ومنها القرار الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2001 القاضي بـ:" من الثابت أن الخطأ المنسوب لما يكون غير ثابت أو غير قائم يجعل قرار التسريح تعسفيا ولو احترمت الإجراءات التأديبية"[1].

وهو تسريح العامل عند انتهاء مدة عقد العمل المبرم مخالفة للمادة 12 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل سالف الذكر، ذلك أن عقد العمل المحدد المدة ينصب على إنجاز أعمال ذات طبيعة مؤقتة أو موسمية، وهي الأعمال التي تقتضي مدة محدودة لإنجازها، وذلك طبقا لما ورد في المادة 12 من قانون رقم 90-11 المتممة بالمادة 2 من قانون 96-21[2].

التي تنص على أنه: "يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه:

أ- عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة.

ب- عندما يتعلق الأمر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتا ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه.

ت- عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع.

ث- عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية.

1- قرار رقم 212611، الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، بتاريخ 13 فيفري 2001، المجلة القضائية، عدد 1، 2002، ص177.

2- أمر رقم 96-21، المؤرخ في 9 يوليو 1996، يعدل ويتمم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية، عدد 43، الصادرة في 10 يوليو 1996، ص 7.

ج- عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو أشغال ذات مدة محددة أو مؤقتة بحكم طبيعتها.
ويبين بدقة عقد العمل في جميع هذه الحالات مدة علاقة العمل، وأسباب المدة المقررة ".

إن حق العمل المحدد المدة يجب أن لا يخرج عن إحدى هذه الحالات المنصوص عليها في المادة 12، ويجب أن يذكر في عقد العمل بدقة سبب تحديد مدة العقد ذلك أن الأصل في عقود العمل بدقة في سبب تحديد مدة العقد ذلك أن الأصل في عقود العمل هو أنها تبرم لمدة غير محددة وذلك حسب نص المادة 11، ومن ثم تنتهي علاقة العمل المنعقدة بين العامل والمستخدم طبقا للمبادئ العامة للعقود المحددة بانتهاء المدة المتفق عليها، فلا يترتب أي التزام على عاتق طرفي العقد إلا فيما يتعلق بإمكانية الإعلام بنية عدم تجديد العقد من أحد الطرفين، إذ أنه يمكن أن يفسر السكوت في هذه الحالة والإستمرار في تنفيذ الإلتزام رغبة في تجديد العقد وتمديده وهنا يتحول العقد إلى عقد غير محدد المدة.

كما يمكن إنهاء العقد محدد المدة قبل حلول أجل باتفاق الطرفين، وفي هذا الصدد فإن تسريح العامل دون صدور خطأ منه وقبل انتهاء مدة العقد يعد هو الآخر تسريح تعسفي ومن ثم فإن هذا النوع من عقود العمل يتقارب مع عقود غير محددة المدة من حيث تطبيق نظرية التعسف في التسريح مع إثباته.

كما أن إبرام عقد عمل محدد المدة خارج إحدى الحالات المذكورة في المادة 12 من قانون 90-11 فإن هذا يجعله عقد غير محدد المدة طبقا للمادة 14 من قانون 90-11، ومن ثم يعتبر تسريح العامل عند انتهاء مدة العقد المبرم مخالفة للمادة 12 ودون ارتكاب خطأ جسيم منه يعد تسريحا تعسفيا[1].

أما بخصوص الأفعال الجزائية التي يعاقب عليها التشريع الجزائري، والتي تعد أخطاء جسيمة حسب نص المادة 73 من قانون رقم 90-11 المعدلة والمتممة بالمادة 2 من قانون 91-29 وعلاوة على الأخطاء المهنية الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي "فإن المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 17 جانفي 2001 اعتبرت أن الخطأ المهني المؤدي إلى انهاء علاقة العمل والذي

1 - سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص 71.

يشكل جريمة في القانون الجزائي لا يمكن إعتماده كسبب للتسريح، ما لم يثبت وقوعه بحكم قضائي نهائي حائز على قوة الشيء المقضي فيه قبل التسريح من العمل[1].

الفرع الثالث: حالات الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها أو إنهائها بصفة قانونية

نص المشرع الجزائري على أسباب تعليق علاقة العمل في المادة 64 من القانون 90-11 المتضمن علاقات العمل على الحالات التي يتوقف فيها عقد العمل عن التنفيذ أو السريان تفاديا لقطع علاقة العمل وحفاظا على مناصب الشغل، ومع ذلك نرى أن صاحب العمل يتجاهل هذه النصوص لينهي علاقة العمل وعليه نتطرق الى إنهاء صاحب العمل لعلاقة العمل تعسفيا نتيجة لتعليقها (أولا)، أو نتيجة لإنهائها بصفة قانونية (ثانيا).

أولا- الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها:

من أسباب تعليق علاقة العمل والتي تمكن لصاحب العمل أو يتخذها حجة لإنهاء علاقة العمل كليا، العطل المرضية وحرمان العامل من حريته، وممارسة الحق النقابي.

1/ العطل المرضية: هي تلك العطل التي يعتبرها تشريع الضمان الإجتماعي من العطل الممنوحة للعامل بسبب حالته الصحية البدنية أو العقلية أو بسبب عجز مؤقت وما ينفرد به المشرع الجزائري في هذا الشأن أن العامل الذي ينقطع لهذه الأسباب لا يتقاضى أجرا بل أداءات يتكفل بها الضمان الإجتماعي.

غير أن صاحب العمل قد يستغل فرصة مرض العامل لإنهاء علاقة العمل، وأهم ما يميز القانون الجزائري أثناء مرض العامل أو عجزه أن مراقبة العامل والتأكد من مرضه تكون مخولة لهيئة الضمان الاجتماعي لوحدها، غير أنها هذا لا يعني العامل من ضرورة إخبار صاحب العمل، فقد

1- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص91.

يؤدي عدم الإخبار بالمرض الى فسخ علاقة العمل بسبب إهمال المنصب فلا يجوز لصاحب العمل عزل العامل بسبب المرض إلا بعد إستنفاذ مدة الإجازة المرضية التي يستحقها قانونا[1].

سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة فيبقى عقد العمل خلال مدة العطلة المرضية موقفا، وذلك لأن مرض العامل ليس من الأسباب التي تؤدي إلى فسخ العقد بين العامل وصاحب بقوة القانون فقيام صاحب العمل بفصله العامل خلال مدة إجارته المرضية يعدد ذلك فصل تعسفيا موجبا للتعويض.

سواء كان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة، بالإضافة إلى أن رب العمل يعوض العامل عن مرضه إذا كان المرض بسبب المهنة بعد الحصول على تقرير طبي من الجهات المختصة تبين أن المريض هو من أمراض المهنة أو بسببها.

2/ حرمان العامل من حريته: وهي الحالة التي يتم فيها وضع العامل بالحبس الاحتياطي الى حين صدور حكم بالإدانة أو البراءة نتيجة ارتكابه لفعل يجرمه القانون ،فباعتبار أن هذه الحالة تعد حالة من حالات تعليق العمل، فعلى صاحب العمل إعادة إدماج العامل في منصب عمله بمجرد صدور حكم البراءة حيث نصت المادة 65 من القانون 90-11 المتعلق بالعمل على أنه: "يعاد إدراج العمال المشار إليهم في المادة 64 أعلاه، قانونا في منصب عملهم أو في مناصب ذات أجر مماثل، بعد انقضاء الفترات التي تتسبب في تعليق علاقة العمل".

إذا أصر صاحب العمل على إنهاء علاقة العمل وتسريحة، أعتبر متعسفا في ذلك.

3/ ممارسة الحق النقابي: أصبح الحق النقابي من الحقوق الدستورية في جميع الدول من أجل تكريس حقوق العمال والدفاع عن مصالحهم وهو ذلك النشاط الذي مارس الممثلون النقابيون في إطار قواعد وأحكام القانون الخاص للنقابات العمالية[2].

حيث تنص المادة 53 الفقرة1 من القانون 90-14: "لا يجوز للمستخدم أن يسلط على أي مندوب نقابي بسبب نشاطاته النقابية عقوبة العزل أو التحويل أو عقوبة تأديبية كيفما كان نوعها"[3]،

1- سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص93.

2- همام محمد محمود زهران، قانون العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص556.

3- قانون 90-14 المؤرخ في 2 يونيو سنة 1990، يتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية، عدد 23 الصادرة في 6 يونيو سنة 1990، ص 769.

وبالتالي يمنع على المستخدم إتخاذ أي إجراءات تأديبية ضد أحد العمال بسبب نشاطه النقابي، وعليه أن ييسر عليه القيام بعمله النقابي ومنحه عشر (10) ساعات في الشهر مدفوعة الأجر كوقت عمل فعلي لممارسة مهمته النقابية ويتضح من هذا أن فصل العامل بسبب النشاط النقابي يعد فصل تعسفيا لا يجيزه القانون، وبناء على ما تقدم فإنه لا يجوز لرب العمل فصل العامل إذا قام هذا العامل بالانضمام إلى عمل نقابي أو رفض الانضمام ولا يحق لرب العمل فسخ العقد بسبب تنفيذ العامل لقرار من قرارات النقابة المشروعة في أعمالها الجائزة قانونا.

ثانيا- الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة إنهائها بصفة قانونية

يمكن لصاحب العمل أن يتعسف في إنهاء علاقة العمل لأحد العمال متحججا بتوافر سبب قانوني ينهي هذه العلاقة حتى يعطي الشرعية لهذا الإنهاء والذي قد يجنبه دفع الكثير غير أنه يعتبر متعسفا في إنهاء تلك العلاقة بالرغم من وجود السبب القانوني لذلك، وهذا لكون هذا الانهاء إما أن يكون مبالغا فيه أو أن سلوكه غير المشروع هو الذي دفع بالطرف الآخر إلى اللجوء الإنهاء إلى وهنا يكون التعسف في حالة الاستقالة والإحالة إلى المعاش أو التقاعد.

1- **الإستقالة:** تعتبر الإستقالة كحالة من حالات أو سبب من أسباب إنهاء علاقة العمل من جانب العامل، وهو ما نصت عليه المادة 68 من القانون رقم 90-11: "الإستقالة حق معترف به للعامل"، إذ أنه يحق للعامل كلما رأى ذلك مناسبا له أن يطلب إنهاء علاقة العمل وفسخ عقد العمل غير أنها بالرغم من أنها حق للعامل، فإن ممارسته لهذا الحق مقيد بعدة قيود من بينها أن تكون الإستقالة في وثيقة مكتوبة مع احترام مهلة الإشعار المسبق وفقا للشروط التي تمكنه من تعويض العامل المستقيل وتختلف هذه المدة من مؤسسة الى أخرى ومن منصب الى آخر مثال ذلك: شركة سوناطراك تشترط مهلة ما بين شهر الى 03 أشهر بالنسبة للعمال غير المؤهلين ومن 6 أشهر الى 12 شهرا بالنسبة للإطارات السامية[1].

ويجب على العامل احترام الإجراءات المنصوص عليها قانونا حتى يكون إنهاؤه لعلاقة العمل مشروعا حتى ولو رفض صاحب العمل فالعبرة باحترام الإجراءات لا بالأسباب.

1- سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص337.

أما إذا لم يحترم العامل الإجراءات اعتبر متعسفا في استعمال حقه.

2- التقاعد: يعتبر حالة من حالات إنهاء علاقة العمل بسبب وصول العامل الى سن معينة يستفيد فيها من الضمانات الاجتماعية التي تخول له الحق في تقاضي منحة مقابلة لاشتراكات دفعها طيلة حياته المهنية[1]، حيث تنص المادة 6 من القانون المتعلق بالتقاعد :

"تتوقف وجوبا استفادة العامل من معاش التقاعد على استفاء الشرطين التاليين:

- بلوغ ستين سنة من العمل بالنسبة للرجال و55 بالنسبة للنساء.
- قضاء 15 سنة على الأقل في العمل"[2].

المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

إن صاحب حق الملكية العقارة يتمتع بسلطات واسعة، لكن هذه السلطات المخولة له إذا لم يعرف حدودها يكون بذلك متعسفا في استعمال الحق، لذلك سنتعرض إلى مفهوم حق الملكية العقارية (الفرع الأول) ثم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حق الملكية العقارية

وسنتناول في هذا الفرع تعريف حق الملكية العقارية (أوّلا) ثمّ ننتقل إلى خصائص حق الملكية العقارية (ثانيا).

أولا: تعريف حق الملكية العقارية

1- لغة: يملك ملك الشيء حازه وانفرد بالتصرف فهو مالك (ج) ملك وملاك[3].

2- تعريف حق الملكية اصطلاحا: يستعمل الفقهاء لفظ الملك كما يستعملون لفظ الملكية والمملوكية إلا أن الأكثر شيوعا هو لفظ الملكية وقد عرف فقهاء المذهب الحنفي بأنه (قدرة الشارع ابتداءً على

1- عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2003، ص 332.

2- قانون رقم 83-12، المؤرخ في 2 جويلية سنة 1983 المتعلق بالتقاعد المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 28، المؤرخة في 3 جويلية سنة 1983، ص 1803.

3- قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب لسبب الملكية في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص 12.

التصرف إلا بمانع) ويستفاد من هذا التعريف أن المالك عبارة عن إختصاص الإنسان بشيء والتصرف فيه إبتداء والإنتفاع به منفردا ومنع الغير عنه على الوجه الذي أذن فيه الشارع إذا منع مانع من التصرف والانتفاع كما في المحجور عليهم، رغم أنهم ملاك للموانع التي اقتضت الحجر عليهم ومنعتهم من التعرف، فالصغير والمجنون والمعتوه والسفيه لا قدرة لهم على التصرف عنهم الأولياء والأوصياء بحكم عليهم يؤول إليهم التصرف ابتداءً من زوال المانع.

3- تعريف حق الملكية قانونا:

بالرجوع الى المشرع الجزائري نجده أيضا يعرف الملكية من خلال نص المادة 674 من القانون المدني التي تنص "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمال تحرمه القوانين والأنظمة" فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري وعلى خلاف باقي التشريعات لم ينص على سلطتي الاستعمال والاستغلال وإنما اكتفى بتحديد السلطات في سلطتي الانتفاع والتصرف وذلك تأثرا بنص المادة 544 من القانون المدني الفرنسي غير أننا نجده على عكس المشرع الفرنسي لم ينص على صفة الإطلاق[1].

فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائر يقد أعطى الملكية العقارية تعريفا خاصا في حين جاءت المادة 674 من القانون المدني تعرف حق الملكية بصفة عامة ورغم ذلك فإننا نجد التعريفين يشتركان في أنهما حددا عناصر الملكية العقارية.

ثانيا: خصائص حق الملكية

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

1- الملكية حق جامع: وهذه الخاصية جوهرية لحق الملكية باعتبار أن الملكية ترد على شيء معين وتخول لصاحبها جميع السلطات من استعمال إلى استغلال والتصرف، فالملكية أوسع الحقوق العينية جميعا والطابع العيني لحق الملكية يخول لصاحب مُكنة الاحتجاج بها ضد الكافة[2].

1- عواطف زرارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 10.
2- سعدية شرقي، المرجع السابق، ص 16.

وهذه السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك لا تكلفه إلا بإثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا، ومن يدعي أن له حق في ملك الغير مهما كان نوع الحق، يقع عليه عبء الإثبات وفقا للطرق المقررة قانونا[1].

2- الملكية حق مانع:

بمعنى اقتصار حق الملكية على المالك، وينتج عن ذلك منع كل فرد من الغير المساس بالشيء ولو كان الاعتداء بسيطا، وأنه ليس لغير المالك أن يستعمل الشيء الوارد عليه حقه ولو لم يؤد ذلك إلى إلحاق الضرر بالمالك[2].

3- الملكية حق دائم:

لا يقصد بدوام حق الملكية، أنها دائمة بالنسبة للشخص المالك وللأبد، لأن المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية، وإنما المقصود بذلك أن حق الملكية هو الدائم ذلك لأنه يدوم ما دام محله موجودا وقائما، ولا يزول إلا بزواله[3].

4- الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية:

لقد عمدت معظم التشريعات الحديثة الى التضييق من إطلاق حق الملكية وقيدوا من سلطات المالك بما يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للملكية حيث بدأت المصلحة الخاصة تتراجع أمام المصلحة العامة في البلدان المختلفة تأثير الاتجاهات الاجتماعية حيث تقول الأستاذة "مازوني" في هذا المعنى: (إذ كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتيا فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعيا ومعنى ذلك أنه على المالك أن يقيم في إعتباره وزنا لمصالح الغير ويستطيع المشرع أن يرغمه على أن يفعل ذلك إذا كان نسبي) [4].

وهذا هو الذي يبرر القيود التي تحد من إطلاق حق الملكية ويبرر فرض الضرائب على الإيرادات وعلى رأس المال.

1- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 13.

2- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، لحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشأة المعارف، مصر، ص250.

3- عواطف زرارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 18.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 545.

الفرع الثاني: حالات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

تتمّ دراسة حالات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية و ذلك بدءا بحالة استعمال حق الملكية العقارية بقصد الإضرار بالغير(أولا) ثم حالة اعدام التناسب في استعمال المالك ملكه وما يلحق الغير من ضرر(ثانيا) وأخيرا حالة عدم مشروعية مصالح المالك من استعمال ملكه (ثالثا).

أولا: حالة استعمال حق الملكية العقارية بقصد الإضرار بالغير

1- مضمون حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير

وهذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال حق الملكية وأقدمها، ذلك أنه كثيرا ما يسخر الإنسان ملكه لمجرد تحقيق مآرب شخصية في النكاية بالغير والإضرار به، ووجود التعسف من عدمه في هذه الحالة مرتبط بقصد ونية المالك، وذلك بأن يمتحص من استعمال مالكه سوى الإضرار بالغير من دون أن يصحبه القصد إلى شيء آخر ولا يهم بعد ذلك أن يترتب عليه نفع مادام هذا النفع غير مقصود في ذاته[1].

ومثال ذلك: أن يقوم المالك بغرس أشجار كثيفة عالية في حدود ملكه حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع، مادام لم يكن مقصودا وإنما جاء تحققه عارضا إذ كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الإضرار بالغير[2]، ولقد تشدد المشرع الجزائري في صدد هذه الحالة إذ نص في المادة 124 مكرر على أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ لاسيما: "... إذا وقع بقصد الإضرار بالغير...".

ويتضح من النص أنه لا يكفي لتوافر التعسف طبقا لهذه الحالة في مفهوم المشرع الجزائري وجود قصد الإضرار عند المالك، إذا لم يكن هو قصده الوحيد بأن كان له إلى جانبه قصد آخر وهو

1- أحمد الصويعي شليك، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون، المارات المتحدة، 2009، ص 29 و35.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص690.

تحقيق منفعة ما، حتى ولو كان قصد الإضرار هو الغالب، ولكن إذا انتفى توافر التعسف وفق هذه الحالة فقد يتوافر وفق حالة أخرى[1].

ولما كان التعسف في استعمال حق الملكية في هذه الحالة يقوم على نية الإضرار لدى المالك من استعمال ملكه، وبما أن نية الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب الكشف عنها، لذا فقد عمد القضاء إلى افتراضها في المالك بمجرد استعمال ملكه بطريقة تلحق أضرار بالغير دون تحقيق أي منفعة تذكر، معتبرا هذا الانعدام قرينة على أن المالك لم يقصد سوى الإضرار بالغير[2]، فيعتبر متعسفا المالك الذي يقيم جدارا في حدود ملكه يحجب النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له، أما إذا أقامه من أجل أن يستتر منزله به فلا تعسف ولا تعويض[3].

2- أمثلة تطبيقية عن حالة استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير

ومن هذه التطبيقات نذكر ما جاءت به المادة 705 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى والتي تنص على ما يلي: "للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا...".

ويتضح من خلال هذه المادة بأنها تحمل تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية وبالتحديد حالة استعماله بقصد الإضرار بالغير، حيث أننا نجد المشرع الجزائري من خلالها يقيد من سلطة المالك الشريك للحائط الفاصل في تعليته بضرورة وجود مصلحة جدية تدفعه الى هذه التعلية بالإضافة إلى أن لا ينتج عن هذه التعلية ضرر بشريكه[4]، في حين الأصل أن لمالك الحائط المشترك عليه كل سلطات الملكية بما فيها التعلية، وذلك تفاديا لتعسف مالك الحائط المشترك بهدمه فقط لقصد الإضرار وبالتالي فإننا نجد في هذه الحالة يعتبر انعدام المصلحة الجدية لدى المالك قرينة على قصده الإضرار ولذلك فقد اعتبر الهدم في هذه الحالة غير مشروع.

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 39.

2- سعدية شرفي، المرجع السابق، ص 33.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 690.

4- عواطف زرارة، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

ثانيا: حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه وما يلحق بالغير من ضرر

1- مضمون حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه وما يلحق بالغير من ضرر.

وهذه الحالة تمثل الصورة الثانية من صور تعسف المالك في استعمال ملكه، فلا يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الإضرار بالجار، ولكن يثبت أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها[1]، وما يلاحظ بالنسبة لهذه الحالة هو أنّه لا ينظر فيها إلى شخص المالك وما قصده من استعمال ملكه، وإنما قوامها الموازنة المجردة بين النفع العائد على المالك والضرر الذي يلحق الغير، وهو أمر تقدره المحكمة حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة[2]، وبالتالي يتضح لنا من خلال هذه الحالة أنه لا يكفي أن تكون للمالك منفعة من استعمال ملكه، وإنما يتعين أن تكون له منفعة ذات شأن، تسوغ ما قد يلحق بالغير من ضرر من جراء استعماله أمّا إذا كانت المنفعة قليلة الأهمية بالنسبة إلى الضرر الذي يلحق بالغير، بحيث لا يوجد تناسب بينهما، فعندئذ يعتبر المالك بأنه قد انحرف في استعمال ملكه[3].

2- أمثلة تطبيقية عن حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه وما يلحق بالغير من ضرر

وهو ما جاءت به المادة 2/708 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي:(... غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) فمن خلال هذه المادة يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد طبق نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، وبالتحديد حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه والضرر الذي يلحق بالغير، وذلك من خلال تقييده لسلطة مالك الحائط في هدمه بضرورة وجود "عذر قانوني" إذا

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص690.

2- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، مصر، 2002، ص70.

3- سعدية شرفي، المرجع السابق، ص35.

كان في ذلك ضرر يصيب الجار الذي يستتر ملكه به، غير أن الأصلح هو ما ورد النص عليه في المادة 818 من القانون المدني المصري.

لذا فالمشرع الجزائري وتفاديا منه لتعسف لمالك، قد قيد بهذه المادة سلطة المالك بهدم الجدار الذي كان مستترا به جاره وذلك بضرورة وجود عذر قوي يبرر الهدم، كاستهدافه منفعة كبيرة تتوازى مع الضرر العائد على الجار الذي يستتر به، وإلا عد تصرفه بهدم الحائط والذي هو من السلطات التي يمنحها له حق الملكية على الحائط، تصرف غير مشروع بالنظر إلى عدم تناسب مصلحته من الهدم، مع ما يلحق الجار من ضرر[1].

ومن التطبيقات أيضا ما أورده المشرع الجزائري عن هذه الحالة ما جاءت به المادة 881 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: " يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو إذا لم تبقى له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعية على العقار المرتفق به".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعطى 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، وذلك تطبيقا لمعيار انعدام التناسب بين المنفعة المرجوة من استعمال الحق والضرر الذي يصيب الغير، وبالتالي يفهم من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعتبر مطالبة المالك بالإبقاء على الإرتفاق بالرغم من انعدام منفعة، أو ضآلتها مقارنة بالأعباء التي يتحملها العقار المرتفق به، تعسفا منه في استعمال حق الإرتفاق، واستعمال حق الإرتفاق هو ضرب استعمال حق الملكية، ولذلك فإننا نجد أن المشرع من خلال هذه المادة قد أجاز لمالك العقار المرتفق به التحرر من الإرتفاق بمجرد أن يتحقق الشرطان الذين سلف ذكرهما، تفاديا لتعسف مالك العقار المرتفق بالمطالبة بالإبقاء على الإرتفاق.

ومن التطبيقات التي أوردها المشرع الجزائري ما جاءت به المادة 788 من القانون المدني بنصها:" إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة،

1- عواطف زرارة، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص141.

جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري، قد اعتبر مطالبة مالك الأرض الملاصقة بإزالة البناء الذي أقامه صاحب الأرض بحسن نية، طلبا غير مشروع إذا كان الضرر الذي يلحق هذا الأخير من إزالته، يفوق بكثير الضرر الذي يلحق صاحب الأرض الملاصقة بإزالة البناء الذي أقامه صاحب الأرض بحسن نية، طلبا غير مشروع إذا كان الضرر الذي يلحق هذا الأخير من إزالته يفوق بكثير الضرر الذي يلحق صاحب الأرض الملاصقة من فقده للجزء الذي تم البناء فوقه، وذلك تطبيقا لمعيار عدم التناسب بين مصلحة صاحب الأرض الملاصقة والضرر الذي يلحق المالك، وبالتالي يعد ذلك تعسفا منه في استعمال ملكه ولذلك فإننا نجده من خلال نص هذه المادة، قد منح للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر هذا المالك المتعسف على التنازل عن الجزء الذي تم البناء عليه[1].

ثالثا: حالة عدم مشروعية مصالح المالك من استعمال ملكه

1- مضمون حالة عدم مشروعية مصالح المالك من استعمال ملكه

إن أهم ما يميز هذه الحالة هو أن المالك يقصد الإضرار بالغير، وأن الغير ليست له مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحة المالك، وإنما نجد المالك فيها يسعى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة من استعمال ملكه[2]، وبالتالي يتضح لنا من خلال هذه الحالة أنه لا يكفي أن تكمن المصلحة التي يسعى المالك إلى تحقيقها، ظاهرة أو ذات قيمة أو نفع له بل يجب أن تكون مشروعة أيضا[3]، لأن الحقوق عامة وحق الملكية خاصة إنما شرعت لتحقيق غايات نبيلة ومصالح عامة ولم تشرع عبثا أو لمجرد التلهي بها ،فحق الملكية يجب أن يستعمل في الغايات المشروعة التي منح من أجلها وإلا لكان ضربا من ضروب التعسف[4]، وعلى هذا نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر

1- سعدية شرفي، المرجع السابق، ص37.

2- إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، الأردن، 2012، ص96.

3- حسن كيرة، المرجع السابق، ص142.

4- سعدية شرفي، المرجع السابق، ص38.

على أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ لاسيما إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[1]، وهذه الحالة يمتزج فيها العنصر المادي والذاتي، لأن النية لدى المالك كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي المشروعية عن مصلحته من استعمال ملكه، ومن أمثلة هذه الحالة أن يتخذ المالك من داره ملتقى للمشتبه في سلوكهم، أو منزل للدعارة.

2-أمثلة تطبيقية عن حالة عدم مشروعية مصالح المالك من استعمال ملكه

ونظرا لأن المشرع الجزائري لم يورد تطبيقات عن هذه الحالة فيما يخص حق الملكية لذلك سوف نكتفي بالتطبيقات القضائية فقط.

ومن أشهر التطبيقات القضائية عن هذه الحالة ما قضى به النقض الفرنسي في قضية "كليمان بايار" في 1915/08/03 التي تتلخص وقائعها في أن كليمان بايار هذا كان يملك أرضا مجاورة لمطار تملكه إحدى الشركات، و من أجل إجبار هذه الشركة على شراء أرضه عمد إلى إقامة مباني على أرضه واضعا فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لا لشيء إلا لمضايقة الطائرات في هبوطها على المطار وإقلاعها منه وبالتالي فليس وضع الأسلاك الشائكة والأعمدة إلا لتحقيق مصلحة غير مشروعة تتمثل في التضييق على الشركة وإجبارها على شراء الأرض بأموال طائلة ولذلك فقد أدانه القضاء بالتعسف[2].

المطلب الثالث: التعسف في استعمال حق التقاضي

حق التقاضي من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد في الجماعة ،و هو مكفول لكل فرد فيها، وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى هذا الحق، وكيف يتم التعسف في استعماله، لذا سندرس مفهوم حق التقاضي (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى معيار التعسف في استعمال حق التقاضي (الفرع الثاني).

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص128.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص692.

الفرع الأول: مفهوم حق التقاضي

لدراسة مفهوم حق التقاضي ينبغي التطرق إلى تعريف حق التقاضي (أولا) ثم أهمية حق التقاضي (ثانيا) لنختم بشروط حق التقاضي (ثالثا).

أولا: تعريف حق التقاضي

وهو من الحقوق الطبيعية للإنسان والمسلم به أن هذه الحقوق الطبيعية لصيقة بشخص الانسان، وأن لكل فرد وقع عليه اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاستدعاء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه.

فحق التقاضي إذن حق الانسان في الالتجاء إلى القضاء ليعرض عليه ادعائه عن طريق الدعوى التي تمثل الوسيلة القانونية الممارسة لحق التقاضي، حيث هو المدخل إلى حماية الحقوق الحريات والذود عنها في حالة الاعتداء عليها، سواء المنصوص عليها في الدستور أو التي تكفلتها القوانين الأخرى[1].

ومن خلال التعاريف نستخلص طبيعته، فحق التقاضي يعد من المبادئ الدستورية الهامة، وهذا يعني أن يكون للحق في التقاضي محل احترام جميع السلطات القائمة في الدولة، فالدور الذي يقوم به القضاء في حماية الأفراد وحرياتهم هو دور رئيسي لا يمكن إنكاره[2]، وهو ما فعله المشرع في الدستور الجزائري[3].

ثانيا: أهمية حق التقاضي

حق التقاضي حق اصيل ؟غذ بدونه يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم وحقوقهم المشروعة أو يردوا كما يقع عليها من اعتداء لذلك فإن تقرير حق التقاضي وكفالته في مجتمع ما يؤدي إلى استقرار المجتمع وتقدمه، ويشرع العدل والاحساس بالطمأنينة فيه، وعلى ذلك فإن أي مساس بهذا الحق أو مصادرته يعد عملا غير مشروع، كما أن أي نص تشريعي هذا الحق يعد باطلا وغير دستوري لخروجه على النصوص الدستورية التي تؤكد

1- أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 29 و 30.

2- عبد الله محمد المغازي، كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص قانون عام، جامعة القاهرة، 2015، ص2 .

3- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادرة في 7 مارس 2016.

هذا الحق من القانون أو القرار الذي يجرم بعض الأفراد من حقهم في الالتجاء إلى القضاء أو يمنع طائفة من الطوائف من الطعن في القرارات التي تمس حقوقها يناهك بذلك المبدأ الذي رسخ في ضمير العالم وكلفته الدساتير المختلفة، أظلا وهو حق المواطنين في التقاضي[1].

ثالثا: شروط حق التقاضي

إن شرط التقاضي يجب أن يستمر بشرط "حسن النية" ممن استعمله الأمر الذي يفرض عليه في المقابل عدم التعسف في استخدامه.

1-شرط حسن النية:

حسن النية في الخصومة يعن الامتناع عن استخدام الغش وأساليب المكر والاحتيال، والذي تؤدي إلى تضليل القاضي بما يعوق توصله إلى الكشف عن الحقيقة، فحسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم، حتى يمكن تجنب مباشرة ما يثيره المنازعة القضائية من ضغائن وأحقاد، وإذا اقتضى الأمر ولوج القضاء بتعيين اظن يكون المدعى أمنيا في دعواه، وألا يرتكب غشا نحو القانون بالتحايل عليه ويودع ما في حوزته من مستندات الخصومة، ويتعين كذلك على المدعي عليه أن يكون أمينا في منازعته، فلا يتخذ من الانكار وسيلة للإضرار بالمدعي وأن يحيط المحكمة علما بما لديه من معلومات حول حقيقة الدعوى وألا يرتكب غشا نحو القانون سواء في استعمال حقوقه أو القيام بواجباته أثناء نظر الدعوى. وهذا الالتزام يقع على عاتق هؤلاء الخصوم مدعى عليهم كذلك بصدق على الشهود والخبراء[2].

2- عدم التعسف في استعمال حق التقاضي:

يكون استعمال حق التقاضي غير مشروع عندما ينحرف به صاحبه عما شرع له من منطلق غرضه الإجتماعي متى استعمله صاحبه ابتغاء مضارة الغير تأسيسا على نص المادة 124 فقرة 1 مكرر قانون مدني جزائري، بل حين يرمي صاحبه من استعماله تحقيق مصلحة غير مشروعة طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة.

1- عبد العزيز عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة دكتوراه، تخصص العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص44.

2- أحمد قطب عباس، المرجع الساق، ص73.

وحق التقاضي يكون استعماله غير مشروع لمن ينحرف به عما شرع به، ويستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير، فمثلا يعد متعسفا في استعمال حق التقاضي من يرفع دعوى قبل أوانها مثل الدعوى التي يرفعها الدائن ضد المدين قبل موعد استحقاق الدين، أو الذي يرفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالفصل في خلاف ناشئ عن تنفيذ أو تفسير عقد يتضمن اتفاق المتعاقدين على إحالة خلافاتها الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم، إذ تأبى قواعد العدالة تأييد أن يتغلب الشر على العدالة أن تتخذ النصوص القانونية وسيلة للإضرار بالغير، وعدم المشروعية للمصلحة متى كانت مخالفة للقانون بوجه عام أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

وبالتالي تكون الدعوى غير مقبولة لعدم قانونية أو شرعية المصلحة كالدعوى التي يطالب فيها المدعي باسترداد ما دفعه بناء على اتفاق منافيا للآداب العامة، وطلب الشخص استرداد ما دفعه مقابل علاقة غير مشروعة، أو دعاوى غير مشروعة او دعاوى المطالبة بدين القمار ويكون كذلك متعسفا في استعمال حقه في التقاضي، ومن يرفع الدعوى يكون كذلك متعسف في استعمال حقه في التقاضي ومن يرفع الدعوى التي لم يقصد بها سوى إبهاظ الخصم بمصاريف التقاضي وأعبائه المادية والمعنوي، ومن يقوم بتوقيع حجز بقصد النكاية بالخصم[1].

كما أن الدستور يحمي المتقاضي من أي تعسف قد يصدر من القاضي وهو ما نص عليه المشرع في المادة 168 منه بقوله: "يحمي القانون المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي"[2].

1- أحمد قطب عباس، المرجع السابق، ص75 و 78.

2- المادة 168 من الدستور، المعدلة بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية، عدد 14، المؤرخة في 20 مارس 2016، ص 30.

الفرع الثاني: معيار التعسف في استعمال حق التقاضي

ذهب فريق من شراح القانون إلى أن معيار التعسف يحدد تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية الحق وتوازن المصالح، وإذا كان معيار قصد الاضرار بالغير، هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا بمعنى أظن يكون الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق فإن اثبات تمخض قصد الاضرار بالغير أمر عسير، والقضاء يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق في استعماله لحقه ،معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمخض قصد الإضرار بالغير.

لذا فمعيار التعسف في استعمال الحق بالنسبة لحق التقاضي هو الانحراف عن غايته التي شرع من أجلها[1].

1- عبد العزيز عبد الله العب، المرجع السابق، ص93 و 94.

ومما سبق نستنتج أن تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق عديدة ومتعددة ولا يمكن حصرها فأغلب الدراسات تقتصر على أهم التطبيقات لنظرية التعسف في إستعمال الحق فمنها التعسف في الأحوال الشخصية الذي يتضمن على سبيل المثال التعسف في استعمال الحق في الطلاق وفي الخطبة وفي الوصاية ... إلخ والتعسف في استعمال الحق في جانب المعاملات المختلفة كالتعسف في انهاء علاقة العمل والتعسف في استعمال حق الملكية العقارية وفي إستعمال حق التقاضي ...إلخ.

وتتحقق هذه التطبيقات في عدة حالات تطبيقا للمعايير الواردة في نص المادة 124 مكرر من قانون مدني والتي تتحقق لنا ثلاث حالات وهي حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير وحالة التناسب بين المصلحة المرجوة من استعمال الحق والضرر الناشئ للغير، بالإضافة إلى حالة استعمال الحق لغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة.

الخاتمة

وختامـا لمـا سـبق حاولنـا قـدر الإمكـان التطـرق لموضـوع التعسـف فـي اسـتعمال الحـق مـن خـلال مـا تناولتـه دراسـتنا ، ويتبـيّن مـن ذلـك أنـه موضـوع مهـم وضـروري لأن الإنسـان معـروف بحكـم طبيعتـه أنـه يسـعى دائمـا إلـى تحقيـق مصـالحه علـى حسـاب غيـره، ذلـك أنّ كـلّ صـاحب حـق يصـبح يسـتعمل حقّـه علـى النّحـو الـذي يرغـب ويُلحـق الضّـرر والأذى بغيـره مـدّعياً أنّـه يسـتعمل حقـاّ مشـروعا منحـه إيّـاه القـانون، لـذلك فـلا بـدّ مـن وجـود رادع قـانوني يوقـف كـلّ مـن يتجـاوز فـي اسـتعمال حقوقـه ويُسـيئ إلـى الغيـر بحجّـة اسـتعماله لحـق مقـرّر لـه قانونـاً، وهـو مـا أدى إلـئ تـدخّل القـانون بغيـة تنظـيم هـذه المصـالح حيـث قـام بوضـع قيـود أهمّهـا قيـد عـدم التعسّـف فـي اسـتعمال الحـق والـذي مفـاده ألاّ يسـتعمل الانسـان حقّـه إلاّ فـي الحـدود التـي رسـمها القانون.

وقـد كـان موضـوع بحثنـا يـدور حـول التعسّـف فـي اسـتعمال الحـق فـي التشـريع الجزائـري ويتمثّل هذا التعسّف في استعمال الشخص حقّه متجاوزاً الحدود التي وضعها له القانون.

حيـث وضـعّ المشـرّع الجزائـري أسُـس هـذه النظريـة فـي نـصّ المـادة 124 مكـرر مـن القـانون المـدني، وأورد لهـا تطبيقـات فـي نصـوص متفرّقـة مـن القـوانين الخاصـة، فـتمكّن بـذلك مـن تقييـد حرّيـة الأفـراد فـي اسـتعمال حقـوقهم فـي جوانـب كثيـرة مـن الحيـاة العمليـة، وبالتـالي معالجـة الكثيـر مـن المشـاكل الواقعـة فـي الحيـاة العمليـة و التـي كـان سـببها تعسـف أصـحابها فـي استعمال حقوقهم.

ومن خلال ما تم دراسته توصّلنا إلى النتائج التالية:

1- الأصـل فـي اسـتعمال الحـق هـو الإباحـة، ولكـن إخـراج اسـتعمال الحـق عـن إباحتـه إلـى الحظر يؤدي إلى تقييد ذلك الاستعمال.

2- أخـذ المشـرع الجزائـري بنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق بموجـب المـادة124 مكـرر مـن القـانون المـدني، وقـد صـنف حالـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق ضـمن نطـاق الفعـل المسـتحق للتعـويض وتحديـدا ضـمن نطـاق المسـؤولية عـن الأفعـال الشخصـية، وهكـذا يعـد فعـل التعسـف فـي اسـتعمال الحـق بمثابـة خطـأ، تترتـب عنـه قيـام المسـؤولية التقصـيرية، ويلـزم مـن كـان سـببا في حدوثه بالتعويض.

3- حدد المشرع صور التعسف في استعمال الحق في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، وهي مذكورة على سبيل المثال: إذا وقع بقصد الاضرار بالغير، وإذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، وإذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

4- الحقوق مقيّدة بعدم التعسّف فيها، فإذا قام التعسّف في استعماها ترفع الحماية القانونية عن صاحبها.

5- إنّ تطبيقات التعسّف في استعمال الحق لا تقتصر على حقوق معيّنة فقط بل تتسع بحسب معاييرها لتشمل حقوق الأحوال الشخصية وجانب المعاملات الأخرى المختلفة، وقد توسّع المشرّع الجزائري في تطبيقاتها كالتعسّف في استعمال حقّ الطلاق، التعسف في إنهاء علاقة العمل والتعسف في استعمال حق الملكية العقارية ... الخ.

6- إن الحقوق الشخصية وكذا حقوق جانب المعاملات الأخرى المختلفة حقوق مقرّرة قانوناً، إلاّ أنّه إذا استعملت بطريقة تعسّفية كأن يكون القصد من استعمالها هو إلحاق الضرر بالغير أو لأّي سبب آخر غير مشروع يؤدّي ذلك إلى قيام المسؤولية التقصيرية لصاحبها وهذا للحدّ من الاستعمالات التعسّفية للحقوق.

7- يتمّ تطبيق معايير التعسّف الواردة في نصّ المادة 124 مكرر من القانون المدني للكشف عن الاستعمال التعسفي للحقوق في الحياة العملية، وهي ليست الحالات الوحيدة للتعسف بل هناك تطبيقات للتعسّف أوردها المشرّع في نصوص متفرّقة من القوانين الخاصة يتمّ الرّجوع إليها كلّما استدعت الضرورة لذلك.

وبهذا نكون قد أتممنا دراستنا بما وفّقنا الله إليه في محاولة منا لتوضيح إحدى أهمّ النظريات التي تبناها المشرع الجزائري في جانبها القانوني.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المصادر القانونية

أ/ الأوامر:

1- الأمر 96-21 المؤرخ في 09 يوليو 1996، يعدّل ويتمّم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية ، العدد 43، الصادرة بتاريخ 24 يوليو 1996.

ب/ القوانين

1- القانون 90-10، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، المعدّل والمتمّم، الجريدة الرسمية، 43، الصادرة، بتاريخ 10 يوليو 1996.

2- القانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المعدل والمتمم للقانون 90-11 المؤرخ في 12 أفيل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، عدد 68، الصادرة في 25 ديسمبر 1990.

3- القانون 83-12 المؤرخ في 2 جويلية 1983، المتعلق بالتقاعد المعدل والمتمّم، الجريدة الرسمية، العدد 28، المؤرخ في 3 جويلية 1983.

4- القانون رقم 90-14 المؤرخ في 02 يونيو 1990، المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية، العدد 23، الصادرة بتاريخ 06 يونيو 1990.

5- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر75-58، المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005.

6- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

الكتب:

1- إبـراهيم سـيد أحمـد، التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فقهـا وقضـاء، دار الفكـر الجـامعي، الطبعة الثانية، مصر، 2002.

2- ابـن منظـور، لسـان العـرب، المجلـد السـابع، الطبعـة الرابعـة، دار صـادر للنشـر لبنـان، 2005.

3- أحمـد قطـب عبـاس، إسـاءة اسـتعمال الحـق فـي التقاضـي، بـين النظـام الإسـلامي والأنظمـة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

4- أمجـد محمـد منصـور، النظريـة العامـة للالتزامـات، مصـادر الالتـزام، الطبعـة الأولـى، الاصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

5- أنـور سـلطان، المـوجز فـي النظريـة العامـة للالتـزام، دار المطبوعـات الجامعيـة، الاسـكندرية 1998.

6- أنـور سـلطان، نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، دار المطبوعـات الجامعيـة، الاسـكندرية دون سنة نشر.

7- أنـور طلبـة، الوسـيط فـي القـانون المـدني، الجـزء الأول، دار الفكـر الجـامعي، الاسـكندرية، 1998.

8- بلحـاج العربـي، النظريـة العامـة للالتـزام فـي القـانون المـدني الجزائـري، الجـزء الثـاني، ديـوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

9- توفيـق حسـن فـرج، المـدخل للعلـوم القانونيـة، النظريـة العامـة للقـانون والنظريـة العامـة للحق، الدار الجامعية، بيروت، 1980.

10- الجيلالي عجة، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، برتي لنشر،الجزائر،2009.

11- حسـن كيـرة، المـدخل إلـى القـانون بوجـه عـام (النظريـة العامـة للحـق منشـأة المعـارف)، مصر دون سنه نشر.

12- رمضـان أبـو السـعود ومحمـد حسـين منصـور، المـدخل إلـى القـانون منشـورات الحلبـي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2003.

13- سـليمان أحميـة، التنظـيم القـانوني لعلاقـات العمـل فـي التشـريع الجزائـري، الجـزء الثـاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

14- سـليمان مـرقس، الـوافي فـي شـرع القـانون المـدني، الجـزء الثـاني، المجلـد الثـاني، الطبعـة الخامسة، دار الكتب القانونية، المنشورات الحقوقية، مصر، لبنان.

15- سـمير عبـد السـيد تنـاغو، مصـادر الالتـزام، الطبعـة الأولـى، مكتبـة الوفـاء القانونيـة، 2009، مصر.

16- سهيل حسين الفتلاوي، نظرية الحق، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002.

17- سوزان على حسن، الوجيز في مبادئ القانون، الدار الجامعة المدينة للنشر، 2001.

18- شـوقي السـيد، التعسـف فـي اسـتعمال الحـق وطبيعتـه ومعيـاره فـي الفقـه والتشـريع والقضاء، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2008.

19- عبـاس الصـراف وجـورج حزبـون، المـدخل إلـى علـم القـانون، دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع، عمان،2008.

20- عبـد الحميـد الشـواربي، التعليـق علـى القـانون المـدني، الكتـاب الأول، القـانون وتطبيقـه، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.

21- عبـد الـرزاق، أحمـد السـنهوري، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني الجديـد، الجـزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

22- عبـد السـلام ذيـب، قـانون العمـل الجزائـري والتحـولات الاقتصـادية، دار القصـبة للنشـر، الجزائر، 2003.

23- عجـة الجيلالـي، المـدخل العـام للعلـوم القانونيـة، الجـزء الثـاني، برتـي للنشـر، الجزائـر، 2009.

24- عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، مصر، 2002.

25- عواطـف زرارة، إلتزامـات الجـوار فـي القـانون المـدني الجزائـري، دار هومـة للنشـر والتوزيع، الجزائر، 2009.

26- فتحـي الـدريني، نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي الفقـه الاسـلامي، الطبعـة الثانيـة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.

27- فريـدة محمـدي زواوي، المـدخل للعلـوم القانونيـة، نظريـة الحـق فـي المؤسسـة الوطنيـة للفنون المطبعية، الجزائر، 1998.

28- محمـد حسـين منصـور ومحمـد حسـين قاسـم، المـدخل إلـى القـانون القاعـدة القانونيـة، نظرية الحق الدار الجامعية للطباعة والنشر الاسكندرية، 2000.

29- محمـد حسـين منصـور، النظريـة العامـة للالتـزام، مصـادر الالتـزام، دار الجامعـة الجديـدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2006.

30- محمـد رأفـت عثمـان، التعسـف فـي اسـتعمال الحقـوق فـي الشـريعة الاسـلامية والقـانون مجلة الشريعة والقانون، القاهرة ، دون سنة نشر.

31- محمـد كامـل مرسـي باشـا، شـرح القـانون المـدني، لحقـوق العينيـة الأصـلية، الجـزء الأول، منشأة المعارف، مصر.

32- نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون(نظرية الحق)، منشأ المعارف، مصر 2004.

33- نسـرين شـريفي وكمـال بوفرفـورة، قـانون الأسـرة الجزائـري، الطبعـة الأولـى، دار بلقـيس للنشر، الجزائر، 2016.

34- همـام محمـد محمـود زهـران، قـانون العمـل الفـردي، دار الجامعـة الجديـدة، مصـر، 2003.

المذكرات:

رسائل الدكتوراه:

1- عبـد العزيـز عبـد الله عبـد العزيـز الصـعب، التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي مجـال الإجـراءات المدنيـة، دراسـة تأصـيلية مقارنـة تطبيقيـة، رسـالة دكتـوراه، تخصـص العلـوم الأمنيـة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.

2- مذكرات الماجستير:

1- إيهـاب علـي محمـد عبـد العزيـز، نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي حقـل الملكيـة العقارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، الأردن، 2012.

2- عبـد الله محمـد المغـازي، كفالـة حـق التقاضـي، دراسـة مقارنـة، رسـالة دكتـوراه، تخصـص قانون عام، جامعة القاهرة، 2015.

3- زرارة عواطـف، عـدم التعسـف فـي اسـتعمال حـق الملكيـة العقاريـة الخاصـة فـي النظـام القـانوني الجزائـري، مـذكرة ماجسـتير، تخصـص القـانون العقـاري، جامعـة الحـاج لخضـر، باتنـة، 2008.

4- سـعاد بلحرابـي، نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق وتطبيقاتهـا فـي الفقـه الاسـلامي والقـانون الوضـعي، مـذكرة ماجسـتير، قـانون المسـؤولية المهنيـة، جامعـة مولـود معمـري، كليـة الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2014.

5- عبـد الله فـواز حمادنـة، سـلطة المحكمـة فـي تقـدير التعسـف عنـد إنهـاء علاقـة العمـل، دراسـة مقارنـة، مـذكرة ماجسـتير، تخصـص قـانون خـاص، كليـة الحقـوق، جامعـة الشـرق الأوسط، 2001.

6- العربـي مجيـدي، نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق وأثرهـا فـي أحكـام الأسـرة، دراسـة مقارنـة بـين الشـريعة والقـانون مـذكرة ماجيسـتر، الشـريعة والقـانون، جامعـة الجزائـر، كليـة أصـول الدين، الخروبة الجزائر، 2002.

7- محمـد خـارف، التعـويض عـن الضـرر المعنـوي بـين الفقـه الإسـلامي وقـانون الاسـرة الجزائري، مذكرة ماجستير، شريعة وقانون جامعة وهران، 2014.

مذكرات الماستر:

1- حجيلة بريكي، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

2- حياة خطاب، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج ماستر، قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2001.

3- سعدية شرقية، التعسف في استعمال الملكية، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

الدوريات والمجلات:

1- المجلة القضائية، عدد 1، 2002.

2- أحمـد الصـويعي شـليك، التعسـف فـي اسـتعمال الحـق بقصـد الاضـرار بـالغير، مجلـة الشـريعة والقـانون، جامعـة الإمـارات العربيـة المتحـدة، العـدد الثـامن والثلاثـون، المـارات المتحـدة، 2009.

3- بـوبكر مصـطفى، الطبيعـة القانونيـة لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق علـى ضـوء التعـديل القـانون المـدني رقـم10/05 الموافـق لـ: 20 جـوان 2005، المجلـة النقديـة للقـانون والعلوم السياسية كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 1، 2011.