

التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية

.Abuse of Real Estate Laws

ط.د. حكيمة السباعي

جامعة عبد المالك السعدي، المغرب

Hakimasbai1@gmail.com

الملخص:

property in a manner that does not deviate from the social function of the right. . If such a deviation occurs, he is mistaken and is obliged to compensate the damage. The importance of the subject is to shed light on the criteria and controls through which to distinguish between acts deemed legitimate, from other acts that are abusive in the use of the right to property, and to clarify its scope, forms and applications, and the implications.

Keywords: abuse – right – property – real estate – law.

تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية على ضرورة تصرف الفرد في ملكه بشكل لا ينحرف به عن الوظيفة الاجتماعية للحق. وإذا ما حصل ذلك الانحراف عد محطى مجبرا على تعويض الضرر.

وتكمن أهمية الموضوع في تسليط الضوء على المعايير والضوابط التي يتم التمييز من خلالها بين الأفعال التي تعتبر مشروعة، عن غيرها من التصرفات التي تعد تعسف في استعمال حق الملكية العقارية، وبيان نطاقه، صوره وتطبيقاته، والآثار المترتبة عنه

الكلمات المفتاحية: تعسف – حق – ملكية –

عقار – قانون

Abstract :

The idea of arbitrariness in the use of the right in real estate laws is based on the need for the individual to act in his

مقدمة:

الأصل أن للفرد كامل الحرية في التملك ومباشرة الحقوق المخولة له قانونا على ملكه من استعمال واستغلال وتصرف. غير أن هذه الحرية المطلقة - التي انتشرت بفضل المذهب الفردي - قد تأثرت بالتطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي عرفته المجتمعات الحديثة، أصبح معها الحق مقيدا بتحقيق مصلحة كل من الفرد والمجتمع على حد سواء.

ومن ذلك الوقت أصبح الفرد ملزما بالتصرف في حقوقه بشكل لا ينحرف به عن الوظيفة الاجتماعية للحق، التي تحددها قيم المجتمع ومصلحته، وإذا ما حصل ذلك الانحراف عد مخطئ مجبرا على تعويض المتضرر.

لكن قد يحدث أن يستعمل الشخص ملكه دون الخروج عن الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير، هنا نكون أمام فكرة التعسف في استعمال الحق.

والجدير بالذكر أن الفضل في إحياء وتقوية فكرة التعسف إلى أن أصبحت نظرية لها قواعد وأسس، يعود إلى الفقه والقضاء¹.

يُعرف التعسف في استعمال الحق بأنه "إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"².

ونقترح تعريفًا للتعسف في استعمال الحق ونقول "هو تصرف خارج عن غائية الحق، هدفه إما الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة لا تتناسب وحجم الضرر".

ولقد عانيت بعد ذلك مختلف التشريعات الأجنبية والعربية بنظرية التعسف في استعمال الحق، حتى أصبح مبدأ كونيا ودستوريا³.

❖ فكيف تعامل المشرع المغربي مع هذه النظرية وخاصة في التشريعات العقارية؟.

ويتفرع عن هذا الإشكال الرئيس مجموعة من الأسئلة الفرعية أهمها :

✓ كيف يمكن للحق أن يكون حقا ونقيضه في نفس الوقت ؟

✓ ما هي أهم القيود الواردة على حق الملكية العقارية ؟

✓ ما هي الآثار المترتبة على التعسف في مجال العقار؟

وتكمن أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على التعسف في استعمال الحق في التشريعات العقارية المغربية منها والمقارنة، وبيان نطاقه، صوره وتطبيقاته، والآثار المترتبة عنه، وفق منهجية ثنائية مقسمة لمبحثين، بحثنا في أولهما عن إرادة المشرع الحقيقية من نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال العقار. في حين خصصنا المبحث الثاني لآثار التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

كالتالي:

المبحث الأول: البحث عن إرادة المشرع الحقيقية من نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال العقار.

المبحث الثاني: آثار التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

المبحث الأول : البحث عن إرادة المشرع الحقيقية
 من نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال العقار.
 وسنتعرف على معايير التعسف في استعمال الحق في
 مجال العقار في (المطلب أول)، بينما سنخصص
 (المطلب الثاني) لتطبيقات نظرية التعسف في استعمال
 الحق في التشريعات العقارية.

المطلب الأول : معايير التعسف في استعمال الحق
 في مجال العقار بين الحق والواجب

سنتناول في هذا المطلب معايير التعسف في استعمال
 الحق في مجال العقار من خلال فقرتين الأولى سنبين فيها
 حالات التعسف في استعمال الحق، بينما الفقرة القانية
 سنتعرف من خلالها على موقف المشرع المغربي من
 نظرية التعسف في استعمال في مجال العقار.

الفقرة الأولى : حالات التعسف في استعمال الحق
 يمكن إجمال المعايير التي من شأنها التمييز بين حق
 استعمال لتحقيق مصلحة جديدة بالرعاية والاعتبار وبين
 حق تجاوز الغاية التي وجد من شأنها في: (أ) معيار
 قصد الإضرار. (ب) انعدام المصلحة المشروعة. (ج)
 رجحان الضرر على الفائدة.

أ- معيار قصد الإضرار

يعد عنصر قصد الإضرار أهم معيار لنشوء نظرية
 التعسف في استعمال الحق، وأقدمها على الإطلاق، إذ
 أن تطبيقاته تعود جذورها إلى القانون الروماني،
 ويتلخص معيار قصد الإضرار في أن الشخص يعتبر
 متعسفا في استعمال حقه إذا نزحت نيته لمجرد إلحاق
 الضرر بالغير.

والجدير بالذكر أن هناك بعض التشريعات المقارنة التي
 اعتبرته - أي قصد الإضرار - المعيار الوحيد لقيام
 التعسف، وعليه إذا لم يتوفر لا يمكن الحديث عن
 التعسف، وهو ما نصت عليه المادة 226 من القانون
 المدني الألماني، في حين أن هناك تشريعات اعتبرته
 معيار إلى جانب معايير أخرى سنأتي على ذكرها فيما
 سيأتي، ومنها القانون المدني الكندي الذي ينص في
 مادته 7 على " لا يجوز ممارسة حق غايته إلحاق ضرر
 بالآخرين، أو التصرف بطريقة مفرطة لا تتناسب
 ومتطلبات حسن النية".⁴

ب : انعدام المصلحة المشروعة

يرى الفقه⁵ أن الحقوق ليست غايات في حد ذاتها
 بل هي وسائل ممنوحة لأصحابها لتحقيق مصلحة ما،
 وهذه المصلحة لا تكون محمية قانونا إلا إذا كانت
 مشروعة، وعليه يعد معيار انعدام المصلحة المشروعة
 تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، ويتم تقدير
 هذا المعيار على ضوء النظام العام والآداب العامة.

ومن أشهر الاجتهادات القضائية في هذا السياق قرار
 محكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 غشت 1915
 الذي جاء فيه ما معناه : الذي يحيط أرضه بأعمدة
 عالية مدببة بأسلاك بغية حمل شركة الطيران التي تملك
 المطار المجاور له على شراء أرضه بثمن مرتفع، لتبعد عن
 طائراتها خطر الهبوط والصعود.⁶

ولعل السؤال الذي يثار هنا هو مدى ضرورة إقرار
 بعض القوانين لهذا المبدأ؟ على اعتبار ان مشروعية
 المصلحة كشرط لاستعمال الحق تحصيل حاصل إذا

الضرر يحتاج لعنصر مادي يثبتته، وهو ما يتجلى في المصلحة من حيث وجودها من عدمها، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه كل من قانون المرافعات المصري المادة 3، والمادة 31 من قانون المرافعات الفرنسي.

إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي استهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في استعمالها"⁹.

هذا وقد نجد أمثلة في الحياة العملية يتساوى فيه كل من الضرر الواقع والمصلحة المحققة، فالحل في هذه الحالة يرجع تقديرها للمحاكم الموضوع حسب كل حالة على حدى، بحكم أن معيار رجحان الضرر رجحانا كثيرا من المعايير المادية التي يمكن الاستدلال عليها بكافة وسائل الإثبات الممكنة.

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من نظرية

التعسف في استعمال الحق

ينص الفصل 94 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على : " لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص، بغير قصد الإضرار، ما كان له الحق في فعله . غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه " .

سلمنا بأن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على أساس فعل أو تصرف داخل في نطاق الحق، أما إذا كان عمل غير مشروع فهنا نكون أمام إخلال بقاعدة قانونية.

لذا من الأنسب الإعراض عن هذا المعيار لما يوجد من تشابه بينه وبين أشباه الجرائم في القانون المدني أو الجرائم في القوانين الجزية، هذا فضلا عن صعوبة اثبات نية الإضرار التي يقوم عليها هذا المعيار.

ج : رجحان الضرر على الفائدة

تقوم هذه الحالة على فكرة الضرر الناتج عن استعمال الحق بجانب المصلحة للقول بالتعسف في استعمال الحق، فهنا يقام توازن بين شقين أساسيين الأول يتعلق بالمصلحة وتشمل بدورها مجموع المنافع المادية والمعنوية التي يخولها القانون لشخص ما، والثاني يتعلق بمجموع الأضرار التي قد تصيب كل من صاحب الحق والغير في حالة الممارسة⁷ إلا أنه هل الضرر أم المصلحة هو الضابط لجعل هذا المعيار من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق؟ وما الحل إذا كان كل منهما يتساويان في الميزان؟.

يعتبر اعتماد الضرر كعنصر حاسم لمبدأ التوازن بين النفع والضرر غير كافٍ لأن الضرر قد يتحقق سواء تصرف الشخص داخل حدود حقه ويسمى في هذه الحالة متعسفا أو قام بعمل خرج عن ما هو منصوص عليه في القانون فهو هنا يكون يخالف مبدأ المشروعية، وبالتالي يعد مذنباً يستحق الجزاء⁸ . لذا نرجح أن تحقق المصلحة هي مناط التعسف في استعمال الحق بحكم أن

ويثير هذا الفصل ملاحظات عدة سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون:

أ- من حيث الشكل

إن المشرع اختار الباب الثالث من القسم الأول والمعنون بـ "الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشبه الجرائم" حيث عدد الأفعال التي تدخل ضمن المسؤولية المدنية، وهو بهذا التصرف حسم في الطبيعة القانونية لـ النظرية وجعل من التعسف صورة من صور الخطأ الذي يستحق التعويض عنه طبقاً لمبادئ المسؤولية التقصيرية، ويكون ذلك متى انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي¹⁰، وهو نفس الاتجاه الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي جوسران Josserand الذي يعتبر التعسف خطأ من نوع خاص¹¹.

كذلك خلو قانون الالتزامات والعقود من عبارة "التعسف" راجع طبعاً إلى الفترة التاريخية التي وضع فيها ظهير 1913، إذ لم يكن التعسف في استعمال الحقوق آنذاك تبلور بعد كنظرية قائمة الذات، الأمر الذي جعل بعض الأساتذة الباحثين¹² يخلطون بين التعسف والإساءة أو التعسف والتجاوز في استعمال الحق، رغم الاختلافات الجوهرية بينهما.

الفرق بين التعسف والتجاوز: يعرف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون لذلك الحق¹³، وهو بذلك خلاف التعسف الذي يتحقق رغم تصرف الشخص داخل الحدود التي رسمها له القانون مع ترتب ضرر للغير.

الفرق بين التعسف والإساءة: إن لفظة التعسف تستخدم أثناء الحديث عن الحقوق واستعمالها، أما لفظة الإساءة فهي حسب رأي بعض شراح القانون¹⁴ كثيراً ما تستعمل في المجال الإجرائي، حيث يقال إساءة الحق في التقاضي، فهو حالة من حالات الخروج عن الحق وتعد يوجب المسؤولية التقصيرية، أما التعسف في استعمال الحق، فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استعماله وفقاً لمعايير التعسف الثلاثة التي أسلفنا ذكرها.

ب : من حيث المضمون

لقد وفق المشرع المغربي في صياغة الفصل 94 من ناحيتين :

الأولى : وتتعلق بوضعه مبدأ عاماً " لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص، بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله " وما هو في الحقيقة إلا ترسيخ لقاعدة اسلامية عامة مفادها " الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما تنشأ عن ذلك من ضرر".¹⁵

أما النقطة الثانية تتمثل في عدم تعداده لحالات التعسف على سبيل الحصر بل جاءت عامة تسري على كل نواحي القانون، وهذا عكس ما ذهب إليه نظيره المصري في المادة 5 والمستهلة بـ " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية... فعبارة "الأحوال الآتية" تفيد أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر، وهو بهذا التصرف قطع الطريق أمام القضاء في الاجتهاد واستنباط معايير أخرى تفرضها تطور الحياة وتعتقداها.

المطلب الثاني: تجليات نظرية التعسف في استعمال

حق في التشريعات العقارية.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المغربي جاءت عامة تسري على مختلف أنواع القوانين، إلا أن هذه الأنواع تشكل مجتمعة فئة متكاملة تتفق من حيث المبدأ على ضرورة التوازن بين الحق والواجب.

الفقرة الأولى : مضار الجوار احد تطبيقات نظرية

التعسف.

عرف المشرع المغربي حق الملكية في المادة 14 من قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية بقوله " يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك الا القانون والاتفاق ". ويقابل هذه المادة الفصل 544 من التقنين الفرنسي الذي جاء فيه " هي حق التمتع والتصرف في الاشياء بطريقة مطلقة بشرط ان لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والانظمة.¹⁶

أ- مضار الجوار بوجه عام

لا يمكن للأشخاص مهما بلغوا من الحرص في استعمالهم لحقهم أن لا يترتب على هذا الإستعمال قدر من الضرر للجيران، لذا أجاز القانون الأضرار التي يفرضها الجوار والتي يمكن التسامح فيها¹⁷ وهي التي لا تتجاوز الحد المألوف حسب تعبير الفصل 92 من ق.إ.ع. أما التصرفات التي يكون من شأنها إلحاق ضرر بملك الجار فيجب إزالتها أو إجراء ما يلزم من تعديلات عليها لرفع الضرر، الفصل 91 ق.ل.ع.¹⁸

هذا وبالإضافة الى هذين الفصلين نظم المشرع المغربي مضار الجوار في المواد من 70 الى 78 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية تحت "عنوان التحملات العقارية".

فكيف يمكن التمييز بين الضرر العادي والضرر غير العادي؟ وما هي المعايير المعتمدة لتمييز الضرر غير المألوف عن العادي منه؟.

لقد عرف عبد الرزاق أحمد السنهوري الضرر الغير العادي بـ " تلك المضار التي تزيد عن الحد المألوف فيما يتحملة الجيران عادة من بعضهم البعض بحكم الجوار"¹⁹.

اذن يمكن القول أن الضرر غير العادي هو : الضرر الفاحش الذي لم تجري العادة على تحمله دون رفع دعوى.

أ - وسائل تقدير مضار الجوار غير المألوفة

حسب المادة 71 من مدونة الحقوق العينية يعد معيار الضرر غير المألوف، معيار مرن يتغير بتغير الزمان والمكان، فما قد يعد ضرر مألوفاً في حالات قد لا يعد كذلك في حالات أخرى، وتتجلى اعتبارات تقدير الضرر غير العادي التي ورد النص عليها في المادة أعلاه في :

✓ العرف

✓ طبيعة العقارات

✓ موقع العقار بالنسبة للآخر

✓ الغرض الذي خصص له العقار

المشتركة، واعتبرها من القواعد الآمرة التي يمكن إثارتها من طرف كل ذي مصلحة.²³

الفقرة الثانية : مظاهر التعسف في حقوق الارتفاق

نظم المشرع المغربي حق الارتفاق في الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الأول المعنون بـ الارتفاقات والتحملات العقارية، من المادة 37 إلى المادة 69. وينشأ حق الارتفاق لعدة أسباب، منها ما يتعلق بالوضعية الطبيعية للأماكن، أو عما يفرضه القانون من التزامات، أو عما يقع من اتفاقات بين المالكين. هذا وقد أقر المشرع المغربي خمس أنواع من حقوق الارتفاق : حق الشرب، حق المجرى، حق المسيل أو الصرف، حق المرور، حق المطل، وهي في مجملها تكاليف قانونية تحد من سلطة صاحب العقار لفائدة المصلحة العامة أو الخاصة.

ونسوق نماذج للتعسف في استعمال الحق في مجال العقار كالتالي:

أ- قيد المطلات

يقصد بالمطلات vues : الفتحات التي تمكن من النظر الى الخارج كالنوافذ والشرفات والمطل اما ان يكون مواجهها (vues droites) يمكن لاطلاع منه على ملك الجار مباشرة دون الحاجة الى الالتفاف يمينا او يسارا، واما ان يكون مطلا منحرفا (vues obliques) وخو المطل الذي لا يمكن الاطلاع منه الى ملك الجار الا بعد الالتفاف يمينا²⁴

وهناك تساؤل آخر هو هل يجب أن يكون الضرر حالا وظاهرا أم يمكن أن يكون محتمل الوقوع؟ إن القضاء المغربي استبعد في أحكامه إمكانية المساءلة عن الأضرار المحتملة الوقوع وهذا ما يستشف من القرار الصادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 21 يناير 1976²⁰ والذي جاء فيه: " إن الضرر الذي يحق للشخص أن يطالب برفعه إذا توافرت إحدى حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في الفصول 91 و 92 و 94 من ق.ل.ع هو الضرر المحقق بأن يكون قد وقع فعلا أو وقعت أسبابه وترامت أثاره إلى المستقبل، ولا عبرة لد القاضي بالضرر الاحتمالي المبني على الوقائع التي قد تقع أو قد لا تقع".

ب : مضار الجوار وفق قانون 18.00

نظرا لخصوصية العقار موضوع الملكية المشتركة، فقد فرض المشرع المغربي من خلال قانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية مجموعة من القيود تحد من حرية الأطراف في التصرف غايتها احترام حقوق الملاك المشتركين،²¹ وباطلاعنا على قانون 18.00، نستنتج أن هذه القيود تنقسم إلى شقين، منها ما تفرضه الملكية المشتركة في حد ذاتها، أي محاولة المشرع الموازنة بين المصالح المشروعة في أصلها والمتضاربة في نفس الوقت للملاك المشتركين. أو ما تدخل في خانة المنع من التصرف في الملك بالشكل الذي يخالف ما خصص له العقار المشترك لأجله،²² وهو ما يمكننا استنباطه من المادة التاسعة من قانون 18.00 التي عدد من خلالها المشرع - على وجه الإلزام - مقومات نظام الملكية

لقد فرض المشرع المغربي قيود المطلات على الملكية العقارية تفاديا لنزاعات التي عادة ما تثار بين الجيران بحكم التلاصق في الجوار.

وقد حددت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1981/4/23 تحت رقم 1993²⁵ المطل إذ جاء فيه " فالمطل تسمح قاعدته بالإطلال ورؤية ملك الجار أو الطريق المواجهة أو غيرها، إذ هو في مستوى قامة الإنسان المعتاد، والتي حددتها محكمة النقض المصرية بأنها (185سم) فأى فتحة في الجدار تكون قاعدتها على ارتفاع (185 سم) من ارضية المنزل الموجودة به الفتحات، تسمى مطلا وتخضع لحكم المطلات..."

فالأصل حسب الفصول المنظمة لحق المطل - 66 إلى 68- من التشريع العقاري المغربي هو حرية المالك في التصرف في ملكه كيف شاء، وأن يبني داخل حدود أرضه ما يشاء له من بناء، وأن يفتح في هذا البناء ما يشاء من الشبائيك والنوافذ، المادة 67 من قانون 39.08، إنما فرضت هذه القيود لدرء ما قد ينشأ من ضرر ومضايقات بفعل وجود نوافذ وشبائيك تطل على ملك الجار..

أما بالنسبة لحكم المطلات، فقد قسم المشرع المغربي في المادة 68 من مدونة الحقوق العينية والمقابلة للمادة 819 من القانون المدني المصري: المطلات إلى نوعين : مواجهة ومنحرفة.

ولقد حدد المشرع مسافة مترين في المطلات المواجهة وهو بذلك خالف المشرع المصري الذي حددها في متر)

100سم)، ولعل الداعي لتقدير هذه المسافة هو أن المطل في هذا الوضع يكون أكثر مضايقة، فهو يسمح برؤية ملك الجار المواجه وحرمة منزله وأهله أو أملاكه. أما المطلات المنحرفة فحددت في متر.

وكخلاصة لما قيل، أن للمالك الحرية المطلقة في فتح مطلات في بنائه كيفما شاء، لكن إذا قام بفتح نوافذ أو شبائيك ينظر منها مباشرة على ملك جاره ولم يحترم في ذلك المسافة المحددة قانونا يكون متعسفا في استعمال حقه.

ب: التعسف في حق المرور

حق المرور هو " حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه، سواء أكان الطريق عاما غير مملوك لأحد، أو خاصا مملوكا للغير".²⁶

إذن يفرض حق المرور بقوة القانون عند وجود أرض منزلة لا يربطها ممر بالطريق العام. هذا الانعزال يعطل الاستفادة منها في أي غرض، ولقد تولى المشرع المغربي في المواد 64 و65 من م.ح.ع. المقابلة للمادة 812 من التقنين المدني المصري، تحديد الشروط قيام المرور وأحكامه.²⁷

ومن جملة هذه الشروط وجود حالة الإنجbas الكلي أو عدم كفاية الممر، وأن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار، واستغلاله، وأن لا يتسبب بأضرار فادحة للأرض المرتفق بها.

المبحث الثاني : أثار التعسف في استعمال حق الملكية العقارية

إلا أن غالبية الفقه التقليدي يميل إلى المساواة بين التعسف في استعمال الحق بالخطأ التقصيري، فالتعسف بالنسبة لهم ما هو إلا تطبيقاً من تطبيقات الخطأ المنتج للمسؤولية التقصيرية. وأبرز من تزعم هذا الرأي الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري، وهو المبدأ الذي أعتمدته القانون الفرنسي لأسس المسؤولية المدنية في المادة 1328³⁰.

في حين أن هناك اتجاه ثالث بقيادة الفقيه Josserand الذي حاول جاهداً تمييز التعسف عن الخطأ العادي لإرباطه حسب رأيهم بروح الحق وغايته الاجتماعية إذا يقول Josserand "... ينظر القاضي إلى الاتجاه الذي أعطى للحق عند استعماله، فإذا كان هذا الاتجاه وهذا الإستعمال يخالف الروح الاجتماعية فيكون عندئذ صاحبه متعسفاً ومسؤول عن تصرفه هذا"³¹.

وما يمكن ملاحظته هنا هو إذا كان الخطأ هو الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق نكون قد رجحنا كفت المتعسف عن الضحية أو المتضرر، في حين أنه قد يتسبب في بعض الأحيان صاحب الحق في ضرر لغيره دون ارتكابه لأي خطأ!!

ب : موقف المشرع المغربي من الخلاف الفقهي

لعل الملاحظة الأساسية التي تبدو لنا من خلال قراءتنا للنصوص القانونية المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، هو أخذ المشرع المغربي بالمسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية التي تأخذ بعين الاعتبار وجود الضرر ومقداره

ما هي طبيعة المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق العقاري وأساسها القانوني؟ وما هو الجزاء المقرر في هكذا حالة؟.

للإجابة على هذه الأسئلة سنقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين نخصص الأول منه لـ المسؤولية المدنية ونتحدث في الثاني عن الجزاء.

المطلب الأول : إقرار المسؤولية لأهداف اجتماعية

سنعرض في هذا المطلب للآراء الفقهية حول طبيعة المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية وموقف المشرع المغربي منها (الفقرة الأولى)، بينما نخصص (الفقرة الثانية) لأركان هذه المسؤولية.

الفقرة الأولى : الآراء الفقهية حول أساس

المسؤولية.

لقد عمد الفقه جاهداً لإيجاد أساس قانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن خلال إطلاعنا على هذه الآراء لمسنا مدى تأثرها بالمذاهب القانونية التي ينتمون إليها²⁸، ونجمل هذه الأفكار كالاتي :

أ - نبذة تاريخية عن الآراء الفقهية

يقول Planiol "إن الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف"

« le droit casse ou l'abus commence ».

ويعد الفقيه متزعم الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق لا يعد أن يكون تجاوز للحق، وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع ومن ثم يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية²⁹.

لتوقيع الجزاء، وهذا ما يستشف من المبدأ العام المنصوص عليه في الفصل 94 من ق.إ.ع.

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما أرفق نظرية التعسف بالمعيار الشخصي لأن المتعسف قد يتسبب بضرر حتى وإن تصرف داخل الحدود المرسومة له قانونا، وعدم الأخذ بهذا المعيار معناه الإفلات من العقاب تحت ذريعة عدم الإخلال بالتزام قانوني.

هذا ونجد نفس الأساس - أي معيار الضرر - يتكرر في الفصلين 91 و 92 من ظهير 1913 والفصول 70 إلى 78 من مدونة الحقوق العينية، والفصلين 9 و 31 من قانون رقم 18.00.

ومن المستقر عليه فقها تقسيم المسؤولية المدنية الشخصية إلى ثلاثة أركان : خطأ وضرر أصاب الضحية، وعلاقة سببية تربط بينهما³².

الفقرة الثانية : أركان المسؤولية

إن أركان المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في قوانين العقار تتمثل في الانحراف عن الغاية المشروعة لحق الملكية ورجحان الضرر على مصلحة صاحب الحق وعلاقة سببية بينهما.

أ- خطأ ناتج عن حق محمي قانونا

المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية، حالة خاصة تقف فكرة الخطأ التقصيري في العديد من الحالات عاجزة أمامها. ونسوق هنا مثالين نحسبهما تأكيدا لهذا الطرح:

المثال الأول: حالة انعدام التناسب بين مصلحة المالك من استعمال ملكه، وما يلحق الغير من ضرر.

فقد أورد كل من التشريع العقاري المغربي والتشريع المقارن جملة من النصوص القانونية التي تعزز عدم كفاية الخطأ للقول بوجود تعسف. إذ أن الشخص هنا يتصرف ضمن ملكه، وبالتالي له كامل السلطة المتوقعة من استعمال واستغلال وتصرف، فتكون العلة في الحكم بالمسؤولية للمتعارف ليس قيام الخطأ، وإنما انعدام التوازن بين المصلحة المتوقعة والضرر الحاصل للشخص المادة 30 و 76 من م.ح.ع المقالة للمادة 818 من القانون المدني المصري.

المثال الثاني: مسألة التمييز بين الضرر المألوف والضرر غير المألوف المصحوب بنية الإضرار³³، فالمشرع أقام مسؤولية الشخص المتعارف على أساس الإخلال بالتزام الجوار الذي أدى إلى إحداث ضرر فادح، لا يمكن جاره تحمله، وهو الضرر الذي تجاوز الحد المألوف حسب تعبير الفصل 92 من ق.ل.ع. فهنا يكون المالك يرمي تحقيق مصلحة جديدة ومشروعة، إلا أن استعماله هذا رتب ضررا غير مألوف، وبالتالي يدخل في خانة المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية.

ب- الضرر كركن من أركان المسؤولية عن

التعسف في استعمال الحق

لا تقوم المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية على مجرد مخالفة حق الملكية للوظيفة المحددة لها قانونا، بل يجب أن يكون لهذا الانحراف نتيجة مادية ملموسة تتمثل في ضرر ألحق أذى بالمضرور.

وبعد ركن الضرر عنصرا أساسيا لقيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق، لذا نجد مختلف التشريعات،

مانعا، وذلك متى ظهر التعسف في استعمال حق الملكية بصفة واضحة قبل تمامه (الفقرة الأولى)، أو دورا علاجيا غايته جبر ضرر المضرور (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدور الوقائي لنظرية التعسف في

استعمال حق الملكية

نظرا لما يشكله العقار من ثروة أساسية يعول عليها لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، كان لزاما على المشرع المغربي تدعيم الملكية العقارية بمجموعة من التدابير الحمائية التي تمكن كل مالك من استغلال ملكه، دون أي منغصات أو مضايقات، وهذا التوجه يتمشى، والدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق.

أ- النظرية وسيلة وقائية من التعسف

إن القواعد والأسس التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق تجعلها تضطلع بدور وقائي يحول دون وقوع عمل قد يتضمن عسفا في طبياته.

وهذا الطرح ما هو إلا تأكيد لما سبق ذكره حول عجز المسؤولية التقصيرية عن استيعاب الأركان التي تقوم عليها المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق، بحيث أنه لا يمكن الحديث عن وجود مسؤولية تقصيرية، إلا بعد حدوث الفعل الضار فيكون دورها إذ ذاك علاجيا فقط، بينما تطبيق نظرية التعسف غي استعمال الحق تمنع وقوع الفعل التعسفي، وبالتالي تحول دون ترتيب أضرار.

ومعهم المشرع المغربي، يؤكد على ضرورة وجود ضرر فادح ألحق بالغير. المادة 21 من م. ح. ع و الفقرة 2 من المادة 31 ق. 18.00.

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إذ قضت بأنه: "من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة والضرر الواقع، هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر الواقع..."³⁴.

ج- علاقة سببية تربط بين خطأ متخفي في حق

وضرر فادح

طبقا للقواعد العامة، تعد العلاقة السببية الشرط الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية الشخصية، وعليه، يتعين لنهوض المسؤولية عن التعسف في حق الملكية العقارية، توافر علاقة سببية مباشرة تربط بين كل من استعمال خاطئ للحق، وضرر فادح ناتج عن هذا الخطأ. والعبرة في قيام المسؤولية في هذا الصدد، أن تصرف الشخص بشكل انحرف فيه عن المصلحة التي قررها القانون لهذا الحق، هو ما تسبب في أذى للغير.

يرجع تقدير وجود هذه العناصر من عدمها إلى قاض الموضوع الذي يستعين في استخلاصها على السلوك المألوف للرجل العادي الموجود في نفس الظروف الخارجية للمتعارف.

المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق

الملكية العقارية

إذا تحققت أركان المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، ترتب إذ ذاك جزاء في حق المتعسف. ويتخذ الجزاء في هذه الحالة، إما شكلا وقائيا

ب- تطبيقات الدور الوقائي لنظرية التعسف في

القوانين العقارية

يلعب الجانب الوقائي لنظرية التعسف دوراً مهماً في حماية حق الملكية. ونورد في هذا المقام بعض الأمثلة تعد نموذجاً حياً على الطابع الحمائي لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

لقد قيد المشرع في المادتين 73 و 74 من م.ح.ع حق الجار في غرس أشجار بالقرب من حدود جاره، وأعطى الحق في اللجوء للقضاء إلى الطرف المتضرر للمطالبة إما بقطع الأشجار التي تجاوزت جذورها الحد المعين قانوناً³⁵، أو قطع أغصانها إلى الحد الذي تستوي فيه مع حدود أرضه³⁶. كذلك جعل المشرع في المادة 104 من م.ح.ع تعسف المنتفع في استعمال حقه، سبباً للمطالبة القضائية بإخلاء حق الانتفاع.

ولقد اعتبر قضاء ولاية لويزيانا الأمريكية، أن ترك مالك الأرض لخزان الوقود القابل للاشتعال يتقاطر على حدود أرضه تعسف في استعمال حق الملكية طبقاً للفصول 669 و 667 من القانون المدني³⁷.

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن الجانب الوقائي لنظرية التعسف، يلعب دوراً مهماً من خلال تقليصه للأضرار التي قد تنجم عن تعسف مالك العقار.

الفقرة الثانية: الدور العلاجي لنظرية التعسف في

استعمال حق الملكية

بالإضافة إلى الدور الحمائي الذي تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق، هناك وسيلة علاجية أخرى، هدفها جبر الضرر الناجم عن السلوك التعسفي

لصاحب الحق، أو التخفيف من وطأته، إذا لم يكن إزالته ممكناً³⁸.

ويقصد بالتعويض هنا: الحكم الذي تقرر لمصلحة المتضرر من التعسف بعد تحقق أركان المسؤولية في حق المتعسف. يتخذ التعويض إما شكلاً عيني أو شكلاً تعويضاً بمقابل.

أ- التعويض العيني كجزء عن التعسف في استعمال الحق

يعد التعويض العيني، الجزء الأنسب لرفع الضرر في حالات التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، إذ يصلح الضرر في هذا النوع من التعويض عن طريق إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل وقوعه³⁹.

كإجبار أصحاب المحلات التجارية المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة مثلاً، إما بإزالة هذه المحلات أو بإجراء الإصلاحات اللازمة لرفع الضرر الذي أصاب الجيران منها (الفصل 91 ق ل ع) والفصول 21 و 72 من م.ح.ع.

وفي نفس السياق، قضت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها رقم 8، الصادر بتاريخ 1963/3/29، أن: "السبب الموجب لعدم إباحة فتح النوافذ والشبابيك والشرفات في بناء لم تراعى عند إنشائه المسافة التي حددها القانون، إنما هو منع الرؤيا، فيكفي سد الشرفة لرفع ضرر الرؤيا من البابين الموصولين لهذه الشرفة"⁴⁰.

بقي أن نشير إلى أن التعويض العيني يكون مشروعاً وملائماً إذا كان ممكناً وغير مرهقاً للمدين.

ب- التعويض المالي كجزاء عن التعسف في

استعمال حق الملكية

قد يتعذر في بعض الحالات على المحكمة، الحكم بالتعويض العيني عن التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، فتلجأ إلى الحكم بمبلغ من النقود يقدم ترضية للشخص الذي تأثر من جراء التصرفات التعسفية. ويشكل التعويض النقدي الصورة الغالبة في قوانين العقار، المادة 34 من القانون رقم 18.00 والفقرة الثانية من المادة 104 من م ح ع.

فالتعويض المالي حسب هذه النصوص، هو مبلغ من النقود يعطى دفعة واحدة للمضروب عن التعسف، أو مبلغا مقسما أو إيرادا لمدى الحياة⁴¹.

وما يجب الإشارة إليه، أن استخلاص وجود الضرر من عدمه، تعد من مسائل الواقع التي تستأثر بها محكمة الموضوع في ظل السلطة التقديرية الممنوحة لها. إلا أن تحديد عناصر التعويض يعد من الوسائل القانونية التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض.

الخاتمة

إن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نتاج الاجتهاد القضائي، شقت لها طريقا بعيد المدى في مختلف التشريعات المعاصرة. فكلها تؤكد على ضرورة توجيه استعمال الفرد لحقه على نحو يفضي إلى تحقيق الغاية التي من أجلها أنشأ هذا الحق.

ونعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها وفق الشكل

التالي:

- الوظيفة الاجتماعية للملكية أصبحت قاعدة قانونية ملزمة.

- نظرية التعسف في استعمال الحق تعطي لعنصر القصد أهمية خاصة في تقدير المسؤولية.

- نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية، تنبع من اعتبارات العدالة التي تقضي الموازنة بين الحق والواجب.

- نظرية التعسف في استعمال الحق، هي قاعدة حية ومتحركة وأداة مطوعة قابلة للتأقلم مع تقدم المجتمع وتعدد الحياة.

- وضع بعض القوانين نظرية التعسف في الباب التمهيدي للقوانين المدنية، كمصر - كندا - العراق - سويسرا.

- يعتبر المشرع المغربي النظرية التعسف، مجرد توسع في فكرة العمل غير المشروع.

- المسؤولية التقصيرية قاصرة عن استيعاب الأركان التي تقوم عليها المساءلة عن التعسف في استعمال الحق.

- مساواة المشرع بين المتصرف داخل حقه وبين الخارج عن حدوده في المسؤولية والجزاء.

- امتداد النظرية إلى فروع القانون الأخرى - التجاري، القانون العقاري، الشغل، بل ويمتد مجال تطبيقها إلى القانون العام.

وبناء على ما توصلنا إليه من ملاحظات ونتائج نقترح الآتي:

- لعل المكان الأنسب بهذه النظرية هو الدستور، لأنها تقر مبدأ له مساس بذات الحق وكيانه.

- بيار آميل صوبيا، سلسلة القضاء العقاري، الجزء الخامس، " الملكية المشتركة في العقارات المبنية (ملكية الطوابق والشقق المرسوم الإشتراكي 83/88 " المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى 2013

- عبد الكريم شهبون " الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08 " الطبعة الأولى 2015،

- مصطفى الكيلة: التقدير القضائي للتعويض - دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية - منشورات مجلة الحقوق المغربية، قضائية، العدد 1، نونبر 2001

المراجع باللغة الاجنبية :

- Louis Josserand .de la bus des droit .A .Rousseau. paris 1905

- Marion Turrin, la légitime répression de la Froude Fiscal, Thèse de l'université PAUL CEZANNE AIX- MRSEILL III

- Laurent ECK, controverses constitutionnelles et abus de droit, université jean moulin liyon

- Jacques Picotte, Juridictionnaire, centre de traduction et de terminologie juridique .Faculté de droit Université de Moncton

- وضع أركان لمسألة التعسف في استعمال الحق بعيدة عن تلك المنظمة للمسؤولية التقصيرية.

لائحة المصادر والمراجع :

- فتحي الدريني " نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى 1967.

- غالب علي الداودي " المدخل إلى علم القانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2012.

- عبد الواحد شعير " النظرية العامة للقانون " 2000 بدون مطبعة.

- المختار بن أحمد عطار " النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011.

- مُحمَّد صبري السعدي " النظرية العامة للالتزامات (مصادر الإلتزام الكتاب الثاني، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر. 2003

- عباس الصراف " المدخل إلى علم القانون (نظرية الحق) " الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008

- مأمون الكزبري " التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي الجزء الثاني، الحقوق الأصلية والتبعية"، الطبعة الثانية 1987

- مُحمَّد عزمي البكري " القانون المدني ، حق الملكية، المجلد 14 المواد من 802- 824، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون طبعة.

- مُحمَّد الوكاري " الملكية المشتركة للعقارات المبنية"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2، 2012

الهوامش:

¹ - من أبرز فقهاء القانون الفرنسي الذين يرجح لهم الفضل في التقليل من حدة النزعة الفردية للحقوق من خلال ابتداء نظرية التعسف في استعمال الحق الفقيه Josseland، لمزيد من المعلومات ينظر : Louis Josseland. de la bus des droit. A. Rousseau. paris 1905 p : 45.

كما يعد الحكم الصادر عن محكمة استئناف colmar الصادر في 2 ماي 1855 من أهم وأقدم الاجتهادات القضائية التي طبقت نظرية التعسف في استعمال الحق.

- فتحي الدريني " نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى 1967، ص: 242.

³ - جاء في المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن التالي " لكل موطن الحرية في التكلم والكتابة والطباعة، ويخضع في حالة اساءة استعمال هذه الحرية للمسؤولية وفق الحالات التي يحددها القانون مأخوذ عن :

Marion Turrin, la légitime répression de la Froude Fiscal, Thèse de l'université PAUL CEZANNE AIX- MRSEILL III p :1.

كذلك نجد نفس المبدأ منصوص عليه في المادة 54 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، وهي أيضا مبدأ دستوريا منصوص عليها في المادة 25 من الدستور اليوناني التي تنص على "... لا يسمح بالممارسة المسيئة للحق ، أنظر في هذا الصدد :

Laurent ECK, controverses constitutionnelles et abus de droit, université jean moulin lyon 3 p : 3 et 4.

⁴ - Jacques Picotte, Juridictionnaire, centre de traduction et de terminologie juridique. Faculté de droit Université de Moncton, p :48.

- فتحي الدريني " الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده " مؤسسة الرسالة ⁵ بيروت، الطبعة الثالثة 1948، ص: 25 وما بعدها.

⁶ - Requête du 03 aout 1915, droit privé 1917 « la mauvaise foi du propriétaire était flagrante parc qu'il pour l'intérêt illégitime, la jurisprudence condamne un piquet de bois surmonté de pente de fer au vue de gêne l'arrivée et le départ des aéronefls et obliger ainsi le propriétaire de l'aérodrome a lui acheter son terrain à un prise élevé » voir Henri Capitant, Alex Weill, François terré, les

- Requête du 03 aout 1915, droit privé 1917 « la mauvaise foi du propriétaire était flagrante parc qu'il pour l'intérêt illégitime, la jurisprudence condamne un piquet de bois surmonté de pente de fer au vue de gêne l'arrivée et le départ des aéronefls et obliger ainsi le propriétaire de l'aérodrome a lui acheter son terrain à un prise élevé » voir Henri Capitant, Alex Weill, François terré, les grands arrêts de la jurisprudence civile.

- Louis Josseland, essaie de téléologie juridique l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'bus des droits librairie DALLOZ Paris 1929

- Eason weinmann, civil liability for Abouse of Right, Some thing old, some thing new, conference dedicated to « Equity and Aequitas » at the hebrew universites in jerusalim in May 1993

مُجد صدقي ال بورنو: موسوعة القواعد الفقهية، الجزء 5، مرجع سابق، ص. 58¹⁵

¹⁶ la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue , pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlement.

¹⁷ - مُجد عزمي البكري " القانون المدني ، حق الملكية، المجلد 14 المواد من 802- 824، دار محمود للنشر والتوزيع، بدون طبعة، ص: 301.

²⁰ - ويكاد لا يخرج هذا الفصل مع ما رسمته مجموعة من قواعد فقهية الاسلامي التي اكدت على:

الضرر لا يزال بالضرر او بمثله، مُجد صدقي ال بورنو، ج. 6، مرجع سابق، ص. 257،

الضرر لا يكون قديما ، مُجد صدقي ال بورنو ، ج. 6، ذات المرجع، ص. 258

الضرر مدفوع في الشرع، مُجد صدقي ال بورنو، ج. 6، نفس المرجع، ص. 259

الضرر يزال، مُجد صدقي ال بورنو، ج. 6، المرجع ذاته ص. 261.

الضرورة تقدر بقدرها، مُجد صدقي ال بورنو، نفس المرجع ، ج. 6، ص. 264

- عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية، جزء 8، المرجع السابق، ص: 696¹⁹.

²⁰ - ذكره كل من : عبد الرحمان الشرقاوي " القانون المدني، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي" الطبعة الأولى 2015، ص: 85، عبد الرحمان مصلح الشراي، مرجع سابق، ص: 218.

- مُجد الوكاري " الملكية المشتركة للعقارات المبنية"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2، 2012، ص: 169.

²² - مُجد الوكاري، المرجع السابق، ص: 215.

²⁶ - تم تعديل للمادة 9 من القانون رقم 00.18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية بمقتضى القانون رقم 12.106 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 49.16.1 بتاريخ 19 من رجب 1437 (27 ابريل 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6465 من 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016)، ص 3781 آ.

²⁷ عبد الرزاق احمد السنهوري، حق الملكية، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص: 67.

grands arrêts de la jurisprudence civile .op.cit.p :407.

⁷ - راجع بهذا الخصوص عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية " الجزء 8، نخضة مصر، الطبعة 3 بدون سنة، ص: 690 ما بعدها، صلاح الدين عبد الوهاب، " الدعوى الكيدية"، مجلة المحاماة، السنة 34، العدد 6، فبراير، 1954، ص: 908 منشور على شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني www.Smsma4low.com.

فتحي الدريني، " نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي"، مرجع سابق، ص: 325 وما بعدها.

- عبد الواحد شعير " النظرية العامة للقانون " 2000 بدون طبعة، ص: 269⁸.

- نقض مدني مصري في الطعن المرقم 8388 لسنة 64، ق . جلسة

2000/5/8⁹ نقلا عن علي عبيد الحديدي، مرجع سابق، ص: 154.

¹⁰ - المختار بن أحمد عطار " النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011، ص: 387 وما بعدها.

¹¹ - قسم الفقيه جوسران الخطاء المؤدية إلى المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أقسام يستقل كل منهما عن الآخر وهي 1: العمل المخالف للقانون 2: العمل الغير مشروع 3: العمل الضار، فالتعسف حسب Josserand يقع في النوع الثاني، فالتعسف حسب هذا المعنى هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي يشرع من أجله ينظر في ذلك :

Louis Josserand, essai de téléologie juridique l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'abus des droits librairie DALLOZ Paris 1929,p :368.

¹² - انظر في هذا السياق: المختار بن أحمد عطار، مرجع سابق، ص: 397، عبد القادر الفار " المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون- النظرية العامة للحق"، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2011، ص: 234، عبد الرحمان مصلح الشراي، "الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية"، دار السلام لطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2011، ص: 216 وما بعدها.

¹³ - مُجد صبري السعدي " النظرية العامة للالتزامات (مصادر الإلتزام الكتاب الثاني، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2003، ص: 51 .

- عباس الصراف " المدخل إلى علم القانون (نظرية الحق) " الطبعة الأولى .¹⁴ دار الثقافة للنشر والتوزيع 2008، ص: 270.

- بيار طوبيا: الجزء الثاني، حقوق الارتفاق (حق الارتفاق بالمرور)
المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، الطبعة الأولى
2011، ص: 356.
- عبد الرزاق السنهوري: الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص:
1094⁴¹.

- مأخوذ عن رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، مرجع سابق، ص:
67²⁵.

- منقول عن عبد الكريم شهبون "الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية
الجديدة وفق القانون رقم 39.08" الطبعة الأولى 2015، ص:
169²⁶.

²⁷ - راجع بهذا الخصوص، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء 8، مرجع
سابق، ص: 752، رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، مرجع سابق،
ص: 59-60، رمضان أبو السعود، مرجع سابق ص: 159، ادريس
الفاخوري، الحقوق العينية وفق قانون رقم 39.08 دار نشر المعرفة للنشر
والتوزيع، طبعة 2016، ص: 171.

- هذه الآراء كانت تتجاوزها التيارات الفكرية السائدة آنذاك، والصريح
²⁸ القائم بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي.

²⁹ - انظر في هذا الصدد: Éric Montat, Catherine Fillon,
Répertoire numérique , université Jean -
moulin III 2012.

فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الحق
ومدى سلطان الدولة في تقييده مراجع سابقة.

³¹ - راجع :

ERIC Montat. Catherine Fillon, ré.pré.p : 55
Louis Josserand, ré. Pré, p : 374.

³² - ينظر: عبد الرحمان الشرفاوي، مرجع سابق، ص: 45 وما بعدها،
المختار بن أحمد عطار، مرجع سابق، ص: 387 وما بعدها، عبد الرحمن
مصلح الشراي مرجع سابق، ص: 216 وما بعدها.

- عبد الرحمن مصلح الشراي: مرجع سابق، ص: 222 - 223، رضا
³³ عبد الحليم المجيد عبد الباري، مرجع سابق، ص: 58.

- نقض مدني، الطعن رقم: 2845 لسنة 59، جلسة 23 نوفمبر
³⁴ 1995، منقول عن علي عبد الله الحديدي، مرجع سابق، ص:

312.

³⁵ - عبد الكريم شهبون: مرجع سابق، ص: 185 - 186.

- الأصل أن للمالك كامل الحرية في غرس ما يشاء من الغراس والأشجار
³⁶ في أرضه، إلا أنه مادام حق الملكية مقيد قانوناً، فقد جدد

المشرع في م 72 من م ح ع المسافات القانونية التي يجب على الشخص
احترامها إذا ما هو غرس أشجاراً بقرب حدود جاره.

³⁷ - A.N.Yiannopoulos مرجع سابق.

- مصطفى الكيلة: التقدير القضائي للتعويض - دراسة مقارنة في مجال
³⁸ المسؤولية المدنية - منشورات مجلة الحقوق المغربية،

قضائية، العدد 1، نونبر 2008، ص: 13.

³⁹ - علي عبد الحديدي: مرجع سابق، ص: 345.

