

جامعة سعد لحلب - البليدة
كلية الحقوق



نظرية النقص في استعمال الحق وتطبيقاتها على حق الملكية العقارية

دراسة مقارنة بين لقانون الوضعي والشريعة الإسلامية

مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون

فرع القانون العقاري والزراعي

من إعداد الطالب: شمش رشيد المشرف: الأستاذ الدكتور/محمودي مراد

لجنة المناقشة

الدكتور: بلمامي عمر، أستاذ محاضر، جامعة سطيف رئيسا

الدكتور: محمودي مراد، أستاذ محاضر، جامعة البليدة مقرر

الدكتور: حداد العيد، أستاذ مكلف بالبحث، جامعة البليدة عضوا

الدكتور: العشاوي عبد العزيز، أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة عضوا

الأستاذ: بوبكر مصطفى، أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة عضوا

تاريخ المناقشة: 2002/05/15

31-340-77-1



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى أمي وأبي

إلى محب العدل والخير

أهدي هذا العمل

شكر

أتقدم بالشكر الجزيل لكل أساتذة كلية الحقوق بجامعة البليدة وكذا إدارتها على كل ما قدموه لي من توجيهات من أجل إتمام هذا البحث ، و أخص بالشكر الأستاذ الدكتور محمودي مراد الذي ساندني في كل خطوة خطوتها في إعداد هذا البحث .

مقدمة.

أقر كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية الحق الفردي، وكفلا له حماية خاصة ، ووضع له حدودا معينة، حيث يترتب على الخروج عن هذه الحدود قيام المسؤولية. ولقد شيد فقهاء الشريعة الإسلامية نظرية الضمان ، وخصوصها بدراسات مستفيضة، وبنفس الاهتمام حظيت المسؤولية التقصيرية لدى فقهاء القانون. وكانت الغاية من بناء هاتين النظريتين هي التعويض عن الضرر الناتج عن الخروج عن الحق و الرخصة. غير أن هاتين النظريتين كانتا أضيق من أن تشمل كل حالات الضرر، فالفرد قد يحدث ضررا بالغير أثناء خروجه عن حدود حقه، كما قد يحدث ضررا بدون الخروج عن حدود حقه، ولهذا فلا بد من منع الإضرار بالغير سواء كان نتيجة تخطي الحدود الموضوعية للحق، أم بدون تخطي هذه الحدود، ولا بد من إيجاد أساس يقوم عليه الحكم بالتعويض لصالح المضرور، مهما كان نوع الفعل الذي أدى إلى هذا الضرر.

هذا ما عمل على إيجاده كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، فأسس الفقه الإسلامي بجانب نظرية الضمان، نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي عرفت عندهم بنظرية المضارة. فتكفلت النظرية الأولى بمراقبة صاحب الحق إذا خرج عن حدود حقه، واهتمت النظرية الثانية بمراقبة صاحب الحق داخل حدود حقه، والهدف واحد وهو إقامة مسؤولية صاحب الحق وتعويض المضرور.

وهكذا فقد ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بصفة مبكرة نظرا لتوافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية والتي تجعل من الدعامة الخلقية أساسا للتشريع. بخلاف القانون الوضعي والذي لم تظهر فيه هذه النظرية إلا في أواخر القرن التاسع عشر، وكانت قبل هذا العهد مجرد فكرة تداولتها أحكام المحاكم وأقلام الفقهاء. وإذا كانت نظرية التعسف مستقلة عن نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، فإن استقلالها عن المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي أمر مختلف فيه من بداية ظهور النظرية إلى يومنا هذا.

وعليه فنظرية التعسف تبين لنا الحدود الموضوعية للحق، إذ تعتبر هذه الحدود الفاصل بين المسؤولية المبنية على الخطأ، والمسؤولية المبنية على التعسف، ولدقة هذه الحدود، اختلفت عند بعض الفقهاء، وجعل منها البعض الآخر حجة لإنكار نظرية التعسف كلية.

هذا وإذا كانت نظرية التعسف تركز لنا الحدود بين نظامين مختلفين للمسؤولية، فإنها تحتل مكانة خاصة في الدراسة القانونية، فهي تتعلق بنظرية المشرع للحق الفردي فالاتجاه التشريعي الذي يطلق

الحق الفردي ينكر هذه النظرية أو يضيقها، أما الاتجاه الذي يقيد الحق الفردي بوظيفته الاجتماعية، فإنه يرحب بهذه النظرية، لأنها وسيلة تشريعية فعالة لتكريس هذه الوظيفة.

و حق الملكية العقارية يعتبر أهم الحقوق الفردية ، خاصة بالنسبة للسلطات التي يمنحها للمالك، والتي قد تجعل منه وسيلة للإضرار بالغير ، خاصة وأن الاضرار هنا تحدث في علاقات الجوار مما يجعل الضرر أكثر حدة ، بل قد يؤدي استمراره إلى ترحيل الجيران، ولن يتعدى المالك في ذلك حدود ملكيته، وحالة كهذه تؤدي إلى المشاحة بين الجيران وتفتح الباب أمام النزاع .

فما هو مدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية ؟ وكيف يمكن لنظرية التعسف في استعمال الحق أن تقيم التوازن بين مصلحة المالك و مصالح الغير ، و على الأخص كيف يمكن لها التوفيق بين مصالح الجيران المتضاربة ؟
وعليه ستكون الخطوط العريضة لبحثنا هذا كما يلي :

-الباب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ، ونقسمه إلى فصلين، الأول تناول فيه مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون و الفقه و القضاء الوضعيين ، ونحدد فيه المفهوم الأساسي للتعسف، و هو ذلك المفهوم المستمد من طبيعة الحق و غايته ، و لن نبحث في طبيعة الحق و غايته بصفة عامة بل سنركز الحديث على حق الملكية العقارية ، ثم ننتقل إلى دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات، حيث نعرضها وفق تسلسل تاريخي ، ونبرز دور القضاء في تشييد هذه النظرية ، و بعد ذلك نعرض آراء الفقهاء في نظرية التعسف ، ونبرز اختلافهم بشأنها . و الفصل الثاني سنتناول فيه مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، فنبرز فيه ارتباط هذا المفهوم بطبيعة حق الملكية العقارية و غايته، ثم نعرض أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق ، و هي مستمدة من القرآن الكريم و السنة النبوية و الأصول التشريعية و القواعد الفقهية .

- الباب الثاني : معايير التعسف وإثباته و جزاؤه في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ونقسمه الى فصلين،الأول نبحث فيه معايير التعسف و إثباته و جزاؤه في القانون الوضعي، ونقسم هذه المعايير إلى معايير عامة تنطبق على كافة الحقوق بما فيها حق الملكية العقارية ، ومعايير خاصة بالتعسف في استعمال الملكية العقارية ، بحيث نصت عليها التشريعات في النصوص المتعلقة بحق الملكية العقارية، مما يقصر تطبيقها على هذا الحق. و الثاني ندرس فيه المعايير والجزاء في الشريعة الإسلامية، فنبحث فيه معايير

التعسف ، وهما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي ، والذين يندرج ضمنهما عدة معايير ، ثم نتكلم عن إثبات التعسف وجزأؤه، ومدى خصوصيته في الشريعة الإسلامية .

الباب الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي
والشريعة الإسلامية

الباب الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية .

المقصود باستعمال الحق أن يستفيد صاحب الحق من مضمونه، ومضمون الحق هو السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، ويتفاوت مقدار ما يمنحه الحق من سلطات من حق إلى آخر ، فمضمون حق الملكية العقارية هو مجموع السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، وهذه السلطات هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه والافادة منه .

وسواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية ، فإن صاحب الحق يتمتع بالحماية في استعماله لحقه طالما لم تتعارض مصلحته مع مصلحة الغير الخاصة أو العامة ، فإذا حدث هذا التعارض فإن المشرع يرجح المصلحة الأولى بالرعاية ، وهذه الأخيرة هي المصلحة الاجتماعية التي يسطرها المشرع مسبقا قبل حدوث أي تعارض ، وحينما يحدث صاحب الحق في استعماله لحقه ضررا بالغير ترفع عنه الحماية التي كانت مقررة له ، لتخلف سبب هذه الحماية لأن الحماية المقررة لصاحب الحق تثبت له طالما كان استعماله لحقه مشروع ، أما إذا خالف ذلك واستعمل حقه استعمالا غير مشروع سقطت عنه تلك الحماية ، لأن مناط هذه الأخيرة كما قلنا هو مشروعية الاستعمال ، ويعتبر الاستعمال غير مشروع إذا ما خالف الغاية التي من أجلها شرع الحق ، فسواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، حددت غاية معينة توخاها المشرع الوضعي أو الشارع الحكيم من الحق ، فلم يشرع الحق ليكون وسيلة للإضرار بالغير .

بهذا المنطق سندرس مفهوم التعسف في استعمال الحق ، فالتعسف انحراف عن غاية الحق ، لهذا وجب تحديد الغاية التي شرع من أجلها الحق في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية . وغاية الحق ترتبط بمفهوم آخر هو طبيعة الحق ، فإذا اعتبرنا الحق مطلق فإننا نعدم الغاية التي من أجلها شرع، بل سنعتبر الحق في حد ذاته غاية ، وإذا قلنا أن الحق مقيد ونسبي أفسح لنا المجال للتحدث عن غايته ، لذا سنربط مفهوم التعسف كفعل غير مشروع بكل من غاية الحق وطبيعته .

وحق الملكية العقارية هو أكثر الحقوق التي يمكن أن تستعمل للإضرار بالغير لاسيما في علاقات الجوار ، ولهذا كانت أكثر تطبيقات التعسف في استعمال الحق في مجال استعمال حق الملكية العقارية بل أنها نشأت في البداية لتحكم فقط استعمال هذا الحق ، ثم توسعت لتشمل كافة الحقوق ، لذا سنقتصر في بحثنا هذا على ربط مفهوم التعسف بغاية هذا الحق وطبيعته .

وعليه سندرس مفهوم التعسف في استعمال الحق بداية في القانون الوضعي وفق المنطق الذي تقدم ذكره، ثم ندرس النظرية في ظل التشريعات والقضاء والفقہ ، ليكتمل مفهوم التعسف من جميع جوانبه . ثم ندرس بنفس الكيفية مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، فنربط بين التعسف وغاية حق الملكية العقارية وطبيعته ثم ندرس أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق ، وذلك من خلال الفصلين الآتيين :

-الفصل الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون والفقہ والقضاء الوضعيين .

-الفصل الثاني : مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية .

الفصل الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون و الفقه و القضاء
الوضعيين

الفصل الاول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون والفقهاء والقضاء الوضعيين

لم يشرع الحق الفردي ليكون وسيلة للإضرار بالغير، لذا فإن مفهوم التعسف يرتبط أساساً بغاية الحق، ولكن نظرية الحق تنازعها عدة تيارات فكرية كانت ناتجة عن مذاهب فلسفية، فمنها من ألغت فكرة الحق كلية لتستبدله بفكرة المراكز القانونية ومنها من اعتبرت الفرد محور التشريع، وأطلقت الحق الفردي واعتبرته في حد ذاته غاية، وبين هذا وذاك حاولت التشريعات إيجاد منهج وسط لأنها أدركت التطرف الذي يحمله كل منهج، لهذا السبب تأثرت فكرة غاية الحق بطبيعة الحق ذاته.

لذا سنبحث في مفهوم التعسف من خلال غاية الحق وطبيعته، وسنقتصر في دراسة ذلك على حق الملكية العقارية، فنحدد طبيعته وغايته من خلال الاتجاهات التشريعية المختلفة ثم التشريع الجزائري، فإذا ما حددنا هذه المفاهيم يسهل علينا تحديد مفهوم التعسف.

وبعد تحديدنا لهذه المفاهيم ندرس نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع والقضاء والفقهاء، فقد عرف كل منهما اختلافات شتى، أثرت في مفهوم التعسف لتحوّله من مجرد فكرة متفرقة التطبيقات إلى نظرية عامة تنبسط على كافة الحقوق، وقد كان حق الملكية العقارية أول حق تثار بشأنه فكرة التعسف، وبعد تأسيس النظرية فإنه استأثر بأكثر التطبيقات العملية.

وعليه سنتناول هذا الفصل في ثلاث مباحث كما يلي:

- المبحث الأول: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته.
- المبحث الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع والقضاء.
- المبحث الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الحديث.

المبحث الأول

ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته.

إن موضوع الملكية العقارية هو أكثر المواضيع التي اختلفت فيه التشريعات ، وذلك للمفاهيم المتعددة التي يمتاز بها هذا الحق ، فإلى جانب كونه موضوع قانوني ، فهو أيضا موضوع اقتصادي واجتماعي وسياسي ، فالملكية تتأثر بالاقتصاد وتؤثر فيه ، وهي تؤثر في المجتمع ، إذ باعتبارها ثروة اقتصادية فهي معيار للتفاوت الاجتماعي ، وفي جوهرها هي موضوع سياسي تتأثر بالنهج السياسي المتبع⁽¹⁾ ، ولهذا السبب اختلفت طبيعتها في القانون الوضعي اختلافات شتى ، وهذه الاختلافات أثرت في مفهوم التعسف . فكيف يرتبط مفهوم التعسف بطبيعة حق الملكية العقارية و غايته ، هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث من خلال المطالبين الآتيين :

المطلب الأول: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته في الفقه القانوني .

المطلب الثاني : ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته في القانون الجزائري .

المطلب الأول

ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق و غايته في الفقه

القانوني

اختلف الفقه القانوني والتشريعات في تكييف طبيعة حق الملكية العقارية تأثرا بالنهج السياسي المتبع ، و انعكس ذلك على مبدأ منع التعسف في استعمال الملكية العقارية فهو يتوقف على مدى هذا الحق ، وسنقتصر على ذكر اتجاهين في هذا الصدد.

(1) أنظر في ذلك: الدكتور / أحمد سلامة ، الملكية الخاصة في القانون المصري، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1968 ، ص 6 بند 1 .

د/ أحمد سلامة ، الملكية الفردية في القانون المصري ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1970 ، ص 1 ، بند 1 .

أولا / الملكية العقارية حق مطلق :

هذا الاتجاه نابع من فلسفة المذهب الفردي ، والتي أساسها اعتبار الفرد وحقوقه محور القانون وغايته ، لأن هذه الحقوق في نظره سابقة في الوجود على القانون نفسه وعلى المجتمع ، بل وعلى الدولة ، لأنها حقوق طبيعية مستمدة من ذات الإنسان باعتباره كان يتمتع بهذا منذ الفطرة الأولى ، فهي لذلك امتيازات طبيعية مطلقة ، وتأسيسا على هذا فإن الحقوق هي أساس القانون لذا فإن القانون والمجتمع والدولة إنما وجدوا لخدمة الفرد وحقوقه ، وتمكينه من التمتع بها ، وبهذا تحددت وظيفة الدولة بحراسة هذه الحقوق ، إذ لا يجوز لها التدخل لتقييدها ، لأن في إطلاق الحق الفردي تنمية للمواهب الفردية ، وهو ما يضمن تقدم وازدهار المجتمع ، ويرى أصحاب هذا المذهب أن القانون لا يقيد صاحب الحق إلا إذا تجاوز حدود حقه ، وتدخل الدولة -عن طريق القانون- لا يكون إلا على وجه الاستثناء ، والاستثناء لا يجوز القياس عليه ولا التوسع فيه . فالقانون في المذهب الفردي لا يكون إلا للتنسيق والتوفيق بين الحريات الفردية ومنعها من الاعتداء والمجازرة وليس له دور توجيهي . والمصلحة العامة في منطلق المذهب الفردي لا تختلف عن المصلحة الخاصة ، إذ تعتبر حصيلة للمصالح الخاصة تتحقق تلقائيا بمراعاة هذه الأخيرة ، لأن الجماعة ليس لها كيان مستقل فهي مجموعة من الأفراد لكل منهم مصلحته الخاصة ، والفرد إذا دخل الجماعة كان مزودا بحقوقه الطبيعية السابقة في الوجود عن الجماعة والدولة ، ولذلك لم يكن للدولة التدخل لتقييد الحق لأنها لم تمنحه للفرد⁽¹⁾.

ونتيجة لذلك أطلق أصحاب هذا المذهب حق الملكية العقارية ، بمعنى أنه يخول لصاحبه سلطات مطلقة يتصرف فيها كما يشاء حتى وإن أضر بغيره من الأفراد أو المجتمع⁽²⁾. ومن أنصار هذا الرأي -

(1) وهذا المذهب له أثره على الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية وليس فقط الناحية القانونية، فمن الناحية السياسية الفرد ينشئ الدولة ويحكم نفسه بنفسه وهو ما يسمى بالنظام النيابي ، ومن الناحية الاقتصادية يحرم هذا المذهب تدخل الدولة حيث تقتصر وظيفتها على الحراسة ، ومن الناحية الاجتماعية الفرد كيان مستقل وذو شخصية كاملة بل هو القيمة الكبرى في مواجهة الجماعة ، والجماعة ما هي إلا مجموعة من الأفراد وليس لها كيان مستقل (راجع في ذلك : الدكتور / فتحي الدبريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري ، بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية : محاضرات أقيمت بمعهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1974 ، ص 19).

(2) راجع في ذلك : - الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الاشتراكي ، بدون رقم الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر ص 648 و 649.

- الدكتور / فاضلي إدريس ، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني (رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1996) ص 320.

كروس- و - فيست- و - إهرنج - وهم من المدرسة الألمانية والرأي عند هؤلاء اعتبار الملكية حقا طبيعيا يتماشى مع الوظيفة الطبيعية التي تؤديها الملكية وهي إشباع حاجات الإنسان⁽¹⁾. وعلى هذا النهج سار التقنين المدني الفرنسي الصادر في سنة 1804 في المادة 544 إذ نصت على أن: " الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه بطريقة مطلقة إلى أبعد مدى بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح ". وجاء - بورتاليس - معلقا على هذه المادة بقوله " لقد اعتبر دائما مبدأ من المبادئ الحرة أن الملكية الفردية في التقنين المدني تدخل ضمن النظم الطبيعية ، بل النظم الإلهية ، وأن حقوق الملاك على أملاكهم هي حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة"⁽²⁾.

وقد صدر التقنين المدني المصري - القديم - متأثرا هو الآخر بالنزعة الفردية لحق الملكية بوصفه حقا مطلقا حيث عرفت المادة 27/11 من هذا التقنين الملكية بأنها "حق المالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة"⁽³⁾.

وإجمالا يمكن القول بأن المالك في ظل هذا المذهب يتمتع بسلطات مطلقة على ملكيته فله أن يستعملها على أي وجه حتى وإن أضر بالغير و له أن يعدمها أو يتركها بدون استعمال ، فلا يعترف هذا المذهب بغائية الحق بل يعتبر الحق في حد ذاته غاية ، وهذه النظرة بدون شك تعدم نظرية التعسف في استعمال الحق⁽⁴⁾، وهذا ما جعل قضاة البلدان التي تأخذ بالمذهب الفردي يحاولون إيجاد أساس تستند إليه مسؤولية صاحب الحق حين استعماله لحقه للأضرار بالآخرين، فحاولوا إخضاع التعسف لنظرية الخطأ لأن القانون لا يقر بالمسؤولية التعسفية.

ونظرا للطابع المتطرف الذي أمتاز به هذا الفكر ، بدأت الفردية المطلقة التي كان يمتاز بها حق الملكية تتراجع ، وبدأت التشريعات حتى في البلدان الأكثر تأثرا بأفكار الفردية تفرض القيود القانونية العديدة ، وذلك لأن حق الملكية بطبيعته يحاط بالحدود و الاستثناءات التي ترد على استعماله مراعاة لحقوق الغير ، وذلك تطبيقا لقواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة⁽⁵⁾ وقد زاد الطابع الفردي المطلق تقهقرا بفعل الأفكار الاشتراكية ، فأصبح ينظر إلى الملكية بطابع اجتماعي .

(1) انظر في ذلك : الأستاذ /فيليبان شالاي ، تاريخ الملكية. ترجمة : صباح كنعان ، بدون رقم الطبعة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، بدون سنة نشر ، ص 89.

(2) أنظر في ذلك: أ / فيليبان شالاي ، المرجع نفسه ، ص 89

(3) أنظر في ذلك :د/نزبه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الاشتراكي ، المرجع السابق ذكره ، ص 649 .

4) Professeur / NOUR EDDINE TERKI, LA RESPONSABILITE CIVIL, Institut des sciences juridiques et administratives, cours, 1981, P 54.

(5) أنظر في ذلك :د/ نزبه محمد الصادق المهدي ، المرجع نفسه ، 649 و 650 .

ثانيا / الملكية العقارية حق ذو وظيفة اجتماعية :

بعد التطرف الذي امتاز به المذهب الفردي ، استقر الفقه على اعتبار الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية ، ولم يقتصر الأخذ بهذه النظرية على بلد معين ينتهج نظاما معيناً ، بل أصبحت البلدان التي تأخذ بالمذهب الفردي تفرض القيود على المالك ، إذ أن إشباع الفرد وبالذات إشباع المالك لحاجاته الأنايية لم يعد كما لم يكن في أي وقت مضى كل شيء، بل أن هناك مكانا هاما لإشباع المصالح الاجتماعية⁽¹⁾.

والقول بأن الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية يختلف في صياغته ومدلوله عن القول بأن الملكية وظيفة اجتماعية ، فبينما يرفض الفقه الصياغة الثانية فإنه يرحب بالصياغة الأولى ، وذلك لأن اعتبار الملكية وظيفة اجتماعية وهي الفكرة التي نادى بها - ديجي -⁽²⁾ يعني نفي فكرة الحق عن الملكية إذ يصبح المالك مجرد موظف يحوز جزءاً من الثروة ويقتضي أجره عينا من الناتج ، ولا يحمى إلا في الحدود التي يقوم فيها بمهام وظيفته، وهذا المفهوم ينكر الجانب الذاتي في حق الملكية مع أنه من الثابت أن في الملكية مجالاً متسعاً لإشباع المصالح الشخصية البحتة للمالك ، كما أنه من المعروف أن الفرد يسعى لتحقيق مصالحه الشخصية أكثر مما يسعى لتحقيق مصالح الجماعة ، وهذه حقيقة لا ينكرها أحد لأنها فطرة في الإنسان ، وإنكارها يؤدي حتماً إلى تناقض ، فمركز المالك يختلف عن مركز الموظف ، فالمالك يباشر سلطاته على ملكيته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، فتتحقق مصلحة الجماعة بطريق غير مباشر، أما الموظف فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة و تتحقق مصلحة الجماعة بطريق مباشر ، إذن فالصحيح أن الملكية الخاصة حق فردي له وظيفة اجتماعية ، أي حق تهيمن عليه وظيفة اجتماعية حافزة لا تهدر سيادة المالك بل تعززها ، موفقة بين المبادرة الفردية المستمدة من تلك السيادة وبين مطالب الجماعة⁽³⁾ ، ويظهر هذا التنسيق بين المصالح في القيود التي يفرضها المشرع على الملكية وفي نظرية التعسف في استعمال الحق .

1) professeur / George Ripert , La regle morale dans les Obligations Civiles, 4^{ème} éditions librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris , 1949, P 182 et suiv

2) أنظر في ذلك : د/ نزيه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الاشتراكي ، المرجع السابق ذكره ، ص 97 و ما بعدها.

3) أنظر في ذلك : د/ أحمد سلامة ، الملكية الخاصة في القانون المصري ، المرجع السابق ذكره ، ص 144 و 145 ، بند 56 .

- الدكتور / صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي ، حق الملكية في ذاته ، بدون رقم الطبعة ، مطبعة

الرسالة ، بدون مكان الطبع ، 1960 ، 1961 ، ص 161 .

وقد اصبح الفقه الفرنسي ينادي بالوظيفة الاجتماعية للملكية رغم أن القانون الفرنسي يعتبرها حقا مطلقا ، فذهب الفقيه - جوسران -و- ريبار - إلى أن الأخذ بفكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية من شأنه أن يدخل تغييرا جوهريا على كيفية استعمال هذا الحق ، فلم يعد هذا الحق حقا مطلقا بل أصبح حقا نسبيا بحيث من الممكن أن تفرض القيود والالتزامات المختلفة على استعماله بحيث على المالك عند ممارسته لسلطته في حق الملكية أن يراعي إلى جانب المصلحة الخاصة ، مصالح الغير الذين يمسهم هذا الاستعمال ، ويرى أن أي حق قد منح إلى صاحبه من أجل تحقيق غاية أو هدف اجتماعي معين ، ولا يعتبر استعمال هذا الحق مشروعاً إلا في حدود هذا الغرض ومن أجل تحقيقه ، فلم يعد الحق مطلقا بل أصبح مقيدا ومشروطا بهذا الهدف الاجتماعي وأي استعمال يخرج به المالك عن هذا الهدف يعتبر استعمالا غير مشروع ، وينتهي هذا الرأي إلى تأكيد رقابة القضاء على استعمال حق الملكية ، بحيث تعتبر هذه الرقابة وسيلة فعالة لتقرير نسبة هذا الحق والحد من إطلاقه بحيث أن المالك عليه أن يختار في هذا الاستعمال أقل الطرق إضرارا بالغير ويجب عليه أن يراعي إلى جانب مصلحته الخاصة مصلحة الغير الجماعية أو الفردية⁽¹⁾ . ويرى هذا الجانب من الفقه أن الملكية لا يمكن تفسيرها وتبريرها إلا لضرورتها لمصالح الجماعة ، وعلى الأخص لمصالحها الاقتصادية ، وفي اليوم الذي يتبين فيه أن هذا النظام -نظام الملكية - لم يعد يفي بحاجات الجماعة ، في اليوم الذي يظهر فيه أن المصالح الشخصي لصاحب الحق لم يعد متفقا مع مصالح الجماعة ، في هذا اليوم يجب أن يتغير نظام الملكية ليتماشى مع الحالة المستجدة⁽²⁾ .

ولتكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية يمكن القول بأن استعمال الملكية إذا لم يخرج المالك فيه عن الحدود الموضوعية لهذا الحق يعد تعسفا في استعمال الحق ، فنظرية التعسف تأتي هنا لتقييم التوازن بين عنصري الفردية والجماعية الذين يمتاز بهما حق الملكية ، وهذا ما يجسد العلاقة التي تربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية ، حيث تعتبر هذه الأخيرة أساسا للنظرية الأولى ومبرر لها فلا يمكن تكريس نظرية التعسف إذا ما اعتبرنا الملكية مجرد وظيفة اجتماعية

(1) أنظر في ذلك: - د/ نزيه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الاشتراكي ، المرجع السابق ذكره ، ص 656 ، 657 .

- P/ Terki, la responsabilité civile , op cit, P 55

- الأستاذ / زهدي يكن ، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة ، الطبعة الأولى ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر ص 146 .

(2) أنظر في ذلك : الدكتور / أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ،

سنة 1947 ، ص 74 .

لأن الخروج عن الوظيفة هو مجاوزة وليس تعسف⁽¹⁾، ولا يمكن تكريسها أيضا إذا ما اعتبرنا أن الملكية حق مطلق، لأن المالك لا يسأل في هذه الحالة إلا بخروجه عن الحق إذ تقوم المسؤولية التقصيرية بشأنه ولا مجال للمسؤولية التعسفية، ولهذا فنظرية التعسف تجد تبريرها في القاعدة الأخلاقية، في ممارسة الحق كما يسميها ريبار⁽²⁾ وهي متمثلة في ضرورة مطابقة الاستعمال للغرض الاجتماعي لحق الملكية، وبهذا المبدأ تأثرت بعض التشريعات وجعلت للتعسف معيارا عاما هو مخالفة الغرض الاجتماعي للحق⁽³⁾.

المطلب الثاني

إرتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق و غايته في القانون الجزائري.

تعرضنا لاتجاهين مختلفين، الأول يطلق حق الملكية، والثاني يقيد بها بوظيفتها الاجتماعية، وقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني لاعتبارين اثنين هما:

- الأول: تأثره بالشريعة الإسلامية، والتي تعتبر مصدرا من مصادر القانون، وهي تقيد حق الملكية بوظيفته
- الثاني: تأثره بأفكار الاشتراكية، والتي كانت سائدة أثناء وضع القانون المدني، والتي بدورها تقيد الملكية. ولكن المشرع الجزائري لم يقع في دائرة الغلو الذي وصل إليه هذا النظام.

وقد عرف المشرع الجزائري الملكية في نص المادة 641 من القانون المدني⁽⁴⁾ بما يلي " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة ". وبالإضافة إلى نص المادة 641 من التقنين المدني نجد نص المادتين 27 و28 من قانون التوجيه العقاري⁽⁵⁾ إذ نصت المادة 27 على أنه "الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور وتخضع للأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون"، ونصت المادة 28 على أنه " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها وغرضها"

(1) أنظر في ذلك: الدكتور/ فتحي الدبريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون،

الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، سورية، 1967 (رسالة مقدمة لجامعة الأزهر لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية)، ص 310.

(2) p/ George Rippert, La règle morale dans les Obligations Civiles, op cit, P 158 et suiv.

(3) كقانون الموجبات اللبناني في المادة 124 منه (أنظر في ذلك: أ/ زهدي يكن، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ذكره، ص 148).

(4) الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقوانين رقم: 83-01 المؤرخ في 1983/01/29، 88-14

المؤرخ في 13 ماي 1988، 89-01 المؤرخ في 1989/02/07.

(5) قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 49، السنة 27، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

ويخرج من مفهوم الملكية العقارية الخاصة حسب هذا القانون العقارات المبنية⁽¹⁾.

ويستنتج من هذه المواد ما يلي :

- إن حق الملكية معترف به ومصون ولكن يشترط في استعماله مراعاة الأنظمة والقوانين، فإذا اصطدم استعمال حق الملكية بهذه القوانين والأنظمة اعتبر الاستعمال غير مشروع، واعتبر المالك مخطئا ويسأل مسؤولية تقصيرية⁽²⁾.
- إن المشرع تدخل في سنة 1990 وخص الملكية العقارية الخاصة للأمالك الغير مبنية بقانون خاص، وجعل استغلالها مرتبط بتحقيق الفائدة العامة والتي يقصد بها المصلحة العامة.
- جعل المشرع استعمال واستغلال الأملاك العقارية مرتبط بطبيعتها وغرضها وهي إشارة واضحة إلى غائية حق الملكية العقارية، فهو وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي الوظيفة الاجتماعية وليس غاية في حد ذاته، ففي الأراضي الفلاحية يجب على المالك أن يستغلها وفق طبيعتها، أي أن لا يحول وجهتها الفلاحية، كتحويلها من أرض فلاحية إلى أرض عمرانية، وأن لا يستغلها لأغراض أخرى غير ما خصصت له وفق طبيعتها، وأن يستغلها وفق غايتها، أي وفق ما يحقق وظيفتها الاجتماعية فلا يتركها بدون استغلال.

و قد نص أيضا في الفقرة الأولى من المادة 48 من نفس القانون، " يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي " وبهذا أصبحت الوظيفة الاجتماعية للملكية لا تبنى على استنتاجات من خلال القيود الواردة على الملكية، بل تستند إلى نص قانوني صريح، وهذا النص لم يكن له من دور سوى كشف هذه الوظيفة والتي كانت القيود الواردة على حق الملكية تسيير في فلها، ونص المادة 48 يسمح بتفسير هذه القيود، وتحديد مسؤولية المالك عند مخالفتها، وتزود القاضي بإمكانية تفسيرها وردها إلى أساس قانوني، وبذلك تتأكد رقابة القضاء، على حق الملكية، ويتكسر مبدأ نسبية هذا الحق⁽³⁾.

والقيود التي تترتب على الوظيفة الاجتماعية للملكية منها ما يفرض على المالك عدم تجاوز حدود حقه ومنها ما يفرض على المالك عدم التعسف في استعمال حقه، فالمجاوزة تكون حين مخالفة المالك القيود القانونية المفروضة على حق الملكية العقارية كعرقلة صاحب المرور في عقاره من الانتفاع بهذا

(1) حسب نص المادة 02 من القانون نفسه إذ تنص على أن : " الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات غير المبنية "

(2) أنظر في ذلك: د/فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص330.

(3) أنظر في ذلك: د/فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص326.

الحق، أو منع إمرار الماء لصاحب حق المجرى الذي تقرر له و كذلك حق المسيل⁽¹⁾، ففي هذه الحالات وغيرها يعتبر المالك مخطئا و يسأل مسؤولية تقصيرية⁽²⁾. أما أثر الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية داخل الحدود الموضوعية لهذا الحق، فيبرز في نظرية التعسف في استعمال الحق، و هذه النظرية مستوحاة من الفقه الإسلامي، والذي عرفت لديه كاملة منبسطة على كافة الحقوق. وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 41 من التقنين المدني بقولها " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

وهذه المعايير⁽³⁾ عامة تنبسط على كافة الحقوق، وباعتبار الملكية العقارية هي أكثر الحقوق التي يمكن أن تكون وسيلة للتعسف في استعمال الحق، عمل المشرع على إيجاد معيار آخر تنفرد به الملكية العقارية، وذلك من خلال نصه على مضار الجوار غير المألوفة في المادة 691 من القانون المدني إذ تنص " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره.

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخرين والغرض الذي خصصت له".

ولكن هذه المعايير تبقى قاصرة على استيعاب حالات التعسف في الملكية العقارية، ولترجمة الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق، ينبغي على المشرع إضافة معيار رابع هو: " وإذا كان يتعارض مع مصلحة عامة رئيسية"⁽⁴⁾ وذلك لأن هذا المعيار كفيل بتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية بجانب المعايير الأخرى، حيث لا يمكن لهذه الوظيفة أن تتحقق بدونه، فقد يستعمل المالك حقه في الحدود الموضوعية له، ولا يخالف القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة إلا أنه يضر بهذه المصلحة، والفقه الإسلامي قد طبق هذه النظرية على كثير من حالات الإضرار بالمصلحة العامة كالاختكار⁽⁵⁾، وبهذا رسم الفقه الإسلامي نظرية

(1) وهي اتفاقات قانونية طبقا للمواد 40 و41 و42 من قانون المياه رقم 83-17، المؤرخ في 16 جويلية 1983، الجريد الرسمية عدد 30.

(2) أنظر في ذلك: د/فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص330.

(3) سيأتي تفصيل هذه المعايير في الباب الثاني.

(4) أنظر في ذلك: د/فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص334.

(5) نقوله (ص): " لا يحتكر إلا خاطئ" رواه مسلم والترمذي وصححه، وابن ماجه (د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص344).

يمكن تطبيقها على كل حالة ينجم عنها ضرر بالمصلحة العامة ، بدون الحاجة إلى تحديد هذه الحالات والنص على منعها في نصوص خاصة لأن ذلك يعتبر قاصرا لا يستوعب الحالات المستجدة ، والمشرع الجزائري قد نص على العديد من القيود في قوانين مختلفة⁽¹⁾ إلا أن ذلك لا يكفي لحصر كل الحالات التي يكون فيها الإضرار بالمصلحة العامة ، ولهذا وجب إخضاع كل هذه الحالات لنظرية التعسف لأنها الأداة الناجعة للتصدي لها ، بحيث لا يكون على القاضي سوى تطبيق معيار الإخلال بالمصلحة العامة ، بدون مشقة البحث عن النصوص القانونية الخاصة ، فتصبح نظرية التعسف مرنة تستوعب كل الحالات حتى المستجدة منها ، وتخرج بذلك مساءلة المالك الذي يضر بالمصلحة العامة من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية التعسفية .

هذا وقد تبنى المشرع الجزائري معيار الإخلال بمصلحة عامة ولكن قصر تطبيقه على استغلال الأراضي الفلاحية بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة 48 من قانون التوجيه العقاري على أنه "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق ، نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي" وهذا النص يبعد عنا مشقة البحث عن تأسيس قانوني لمثل هذا الفعل ، وهو يوافق تماما ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في مسألة تحجير استغلال الأراضي الفلاحية دون استثمارها⁽²⁾ ، فإذا بحثنا عن المعيار الذي اعتمده المشرع لتكييف عدم استغلال الأراضي الفلاحية ، بأنه تعسف ، فلا نجد سوى معيار الإخلال بمصلحة عامة ، وما يبرر ذلك هو ربطه الفعل التعسفي بالوظيفة الاجتماعية ، بمعنى أن هذه الوظيفة الاجتماعية تبرر اعتبار الفعل تعسفيا ، ومن المؤكد أن المصلحة العامة تعتبر من مقتضيات الوظيفة الاجتماعية للملكية، ولهذا فإن المشرع الجزائري أدرك أن المادة 41 لا تستوعب مثل هذه الحالة المستجدة -وهي عدم استثمار الأراضي الفلاحية - ولو كانت تستوعبها لما احتاج الأمر إلى النص صراحة على اعتبار الفعل تعسفيا وهو الأمر الذي نستنتج منه أن هذه الحالة يحكمها معيار جديد وهو الإخلال بمصلحة عامة .

(1)نص المادة 690 من القانون المدني الجزائري "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة ، أو المصلحة الخاصة به ، وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية " .

(2) أنظر في ذلك: -الدكتور/ محمد كمال الدين إمام ، نظرية الفقه في الإسلام ، مدخل منهجي ، بدون رقم الطبعة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص 436 و 437 .

-الأستاذ / محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، بدون رقم الطبعة ، دار الفكر العربي ، بدون مكان الطبع ، 1976 ، ص 123 .

المبحث الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع والقضاء .

لم تستقر نظرية التعسف في التشريعات الحديثة إلا بعد مرورها بمراحل تاريخية ، ورغم قيامها كفكرة في أذهان الفقهاء والقضاة إلا أنها لم تتركس من طرف المشرع الفرنسي فلم يكن لها لفترة طويلة من الزمن أساس تشريعي تستند إليه ، فما هو سبب عدم تكريسها من طرف التشريع الفرنسي ، وما هو الأساس الذي اعتمده القضاة لتكريس النظرية في غياب الأساس التشريعي ؟

المطلب الأول

فكرة التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة .

هذه التشريعات تعتبر أصلاً تاريخياً للتشريعات الحديثة ، فهل عرفت نظرية التعسف فيها أم لا ؟

أولاً / فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني :

يتجه القانون الروماني إلى تحقيق غايات نفعية محضة ، وهي حفظ مصالح الناس بما يكفل النظام والاستقرار في المجتمع ، وقد كانت الآفاق التي انطلق إليها هذا القانون ضيقة محدودة ، حيث ركز النظر على مصلحة الفرد فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة وتقديم المصالح الخاصة على المصالح العامة⁽¹⁾ . ولذا كان قائماً في أساسه على نظرية الحق المطلق ، أي على السلطة المطلقة ؛ ومن صور هذه السلطة المطلقة ، كان لرب العائلة حقوقاً مطلقة غير محدودة على جميع أفرادها ، وكان له حق الحياة أو الموت على زوجه وأولاده وعبيده ، فلم يكن للزوجة حقوقاً ولا أموالاً ، وكان الولد معرضاً للبيع ، والعبد للترك والقتل ، وفي المعاملات كان للدائن سلطة مطلقة على مدينه ، فكان المدين يباع⁽²⁾ .

(1) أنظر في ذلك: الدكتور / محمد أحمد سراج ، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، بدون رقم الطبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1997 ، ص 204 .

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ص 77 و 78 .
- د/ محمد أحمد سراج ، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ذكره ، ص 204 .

وقد توحي هذه الصورة بأن فكرة التعسف في استعمال الحق كانت مجهولة في هذا القانون، غير أن الواقع يكذب ذلك، فالقانون الروماني وإن لم يعرف نظرية عامة للتعسف فإنه عرف بعض تطبيقاتها، وسبب ذلك أن الشرائع القديمة بما فيها القانون الروماني، لم تكن وليدة نظريات عامة، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الواقعية التي عرضت على الفقهاء⁽¹⁾. وهذه التطبيقات قد كشف عنها الفقهاء من بينهم -أهرنج- في كتابه "روح القانون الروماني" والذي أوضح دور العادات في الحد من إطلاق الحقوق وفي التخفيف من غلوها، وبني -جوسران- في كتابه "في التعسف في استعمال الحق" هذا التحديد من إطلاق الحقوق على فكرة التعسف في استعمال الحق، فهي التي أدت إلى الانتقاص من سلطة رب الأسرة على أفرادها، ومن سلطة السيد على عبده، فلم يعد للأب بدون سبب مشروع الحق في الاعتراض على زواج ابنه أو في حرمانه من الميراث، فحق الأب في حرمان أبنائه من الميراث قد تحدد بعد إطلاقه بفضل العادات، وبفعل "النظرية العرفية لعدم تحقق الأثر" و يذهب -جوسران- إلى أن "محكمة المائة"⁽²⁾ عندما وضعت هذه النظرية التي قيدت حق الأب في حرمان أولاده من الميراث لم تفعل أكثر من الاعتراف بإمكان تعسف الأب في استعمال هذا الحق⁽³⁾. وقد أدخل على القانون الروماني نوع من النسبية في الحقوق بفضل آراء فقهاء الرومان و من ذلك مقولة: (Molitis non est indulgendum)، والتي تعني أن سوء النية لا يستحق الرعاية فتسقط الحماية المقررة لصاحب الحق، و عبارة: (Summum . jus . summa . injuria)، والتي تعني أن الغلو في الحق غلو في الظلم⁽⁴⁾، وقد عرف القانون الروماني بعض التطبيقات منها الدعوى الكيدية، حيث كان على الخصوم أن يقسموا على حسن نيتهم وأن الدعوى ليست كيدية⁽⁵⁾. وبالنسبة لحق الملكية فلا يسأل المالك إذا أساء استعمال هذا الحق، فهو حق فردي مطلق، إلا أن استعماله بنية الإضرار بالغير كان ممنوعاً، فذهب -إيليان- إلى أنه يجوز للمالك القيام بعمل حفر في أرضه من شأنه قطع العروق النابتة في عين جاره

(1) أنظر في ذلك: د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره ص 521.

(2) محكمة مشكلة من مائة قاضي (د/فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 524).

(3) أنظر في ذلك: د/أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره ص 78.

(4) أنظر في ذلك: الدكتور / رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، بدون رقم الطبعة، الدار الجامعية، بيروت لبنان، 1992، ص 647.

-الدكتور/ محمد حسين منصور والدكتور / محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، بدون رقم الطبعة، الدار الجامعية، بيروت

لبنان، 2000، ص 253، 254.

(5) الدعوى الكيدية هي التي تستعمل للتشهير، فهي تحمل نية الإضرار (أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 79).

وليس للجار أن يرفع عليه دعوى الغش ما دام لم يقصد من الحفر الإضرار به، وهذا ما يبين أن التعسف في استعمال حق الملكية كان متصوراً ومعياره هو نية الإضرار⁽¹⁾ كما أنه -إيلبيان- قرر من حفر بئراً في أرضه وتعمق فيها يكون مسؤولاً ، إذا كان التعمق من شأنه إسقاط حائط الجار⁽²⁾ وكان القانون الروماني ينص على جريمة الإضرار بالغير (le damunum injuria datun) ، والتي تنطبق أيضاً على التعسف في استعمال الحق ومن تطبيقاتها ، إذا وجد المالك في أرضه حيوانات للغير فله أن يتظلم لمالكها أو يطردها بشرط إلا يترتب على طردها ضرر بها ، أي أن حقه في طردها كان مقيداً ، وقد تقيد حق مالك العقار في استعماله أيضاً ، حيث لا يجوز له ترك عقاره المتخرب بحالة تهدد سلامة عقار الجار⁽³⁾.

ومن هذه التطبيقات يتبين أن فكرة التعسف في استعمال الحق كانت موجودة في القانون الروماني ، ولكن لم تعرف في شكل نظرية عامة ، ولهذا فلا يمكن إرجاع هذه التطبيقات سوى لمبدأ الإنصاف والعدالة وليس لنظرية التعسف⁽⁴⁾ ، كما أن العادات كان لها دور في تقييد الحقوق ، وما يؤكد ذلك أن أقوال بعض فقهاء الرومان كانت تتنافى تماماً مع جوهر نظرية التعسف ، منها قول الفقيه - جايوس- "ليس بالمتعدي من يستعمل حقه" ، فهذا القول يرفض وصف صاحب الحق بالمتعدي عند استعماله لحقه ولو رتب ضرراً بالغير وقال الفقيه -أولبيانوس- "ليس بالمؤذي من استعمل حقه" ، وقال كذلك "من استعمل حقه فما ظلم"⁽⁵⁾.

وهذه الأقوال تناقض تماماً جوهر نظرية التعسف ، الأمر الذي يبين لنا أن هذه النظرية لم تكن معروفة تماماً ، وما التطبيقات التي وردت في القانون الروماني إلا نتائج منطقية لمبدأ الإنصاف والعدالة

(1) أنظر في ذلك :د/أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ،المقال السابق ذكره ،ص79.

- Professeur /Gabriel marty et Professeur/ Piere raynaud , doit civil, tome 2, 1^{ere} volume, les obligations,sirey, paris 1962, p 412.

(2) أنظر في ذلك: الأستاذ/ عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الأول ،المجلد الثاني ،نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان ،1998، ص948 بند 554 .

- الدكتور / محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، بدون مكان النشر ، 1991 -1992 ، ص 47

(3) أنظر في ذلك :د/فتح الدين ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ذكره ،ص524

(4) أنظر في ذلك: الدكتور/ علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ،مصادر الإلتزام ،في القانون المدني الجزائري ،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1992، ص211 فقرة 131.

(5) أنظر في ذلك :د/ علي علي سليمان ،المرجع نفسه، ص210 .

والذي يفرض تقييد بعض الحقوق ، كما أنها نتيجة منطقية لإصلاح المنظومة القانونية⁽¹⁾ فلم تأت هذه الأحكام إلا بعد تطور القانون الروماني حيث كان في بدايته يتصف بالوحشية ، ولما شعر الرومانيون بالظلم والاضطهاد قام الحكام -مجبرين- بالسعي لإيجاد بديل .

ثانيا / فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم :

ورث القانون الفرنسي القديم فكرة التعسف عن القانون الروماني ، ولكنه لم يعرفها كنظرية عامة بل مجرد فكرة محدودة التطبيق ، جرت بها أقلام الفقهاء وأحكام البرلمانات⁽²⁾ . فقد أجمع فقهاء القانون الفرنسي القديم على الحد من سلطات المالك فذهب -بوتية- إلى أنه لا يجوز للمالك أن يعمل عملا مضرا بالجار ومناقضا للالتزامات الجوار ، بمعنى أن حق المالك في استعمال ملكه محدود بعدم الإضرار بجاره ، فإذا أضر به كان متعسفا ويسأل بموجب هذا الفعل ، وقرر-دوما- و- توليير- " أنه لا يسوغ للمالك أن يأتي عملا في عقاره من شأنه مضايقة صاحب العقار المجاور أو الإضرار به كإحداث دخان كثيف من فرن"⁽³⁾ وقال - دوما - أيضا " إن المرء يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا قصد به الإضرار بالغير أولم تكن له مصلحة مشروعة في استعماله ، وأن من يتعسف في استعمال حق التقاضي يكون مسؤولا"⁽⁴⁾، ورأى - جي كوكي- أنه " يجوز لمالك الحقل أن يحفر حفرا لتصريف الماء الضار بفلاحة الأرض ولو ترتب على ذلك الإضرار بالجيران بشرط ألا يقصد بهذا العمل مجرد إلحاق الأذى بهم وبشرط ألا يكون

(1) فقد اختفت الشريعة الرومانية في القرن السادس ميلادي ولم تعد إلا في القرن الثاني عشر للميلاد ، ويتفق المؤرخون على أن القانون الروماني الذي ظهر في القرن 12 للميلاد ليس هو القديم لا في جوهره ولا في نصوصه ومواده ، ويعزي هذا التحول إلى تأثر القانون الروماني بالفقه الإسلامي ، حيث أنه لما شكوا الرومان جور شرايعهم ، وظلم قضاتهم ، سعى واحد من كبار علمائهم ورجالات الدين فيهم ، وهو البابا-سلفستر الثاني ومعه بعض من رجاله إلى الأندلس فأعدوا مجموعة قانونية أخذت عن الفقه الإسلامي لتكون قانون بلادهم ، ولكي لا يتهم بالكفر والزندقة وحتى لا ترد العصبية الدينية ما جاءوا به من إصلاح نسبها إلى الإمبراطور البيزنطي -جستينيان- وأعلن الملك -لوثاريوس- سنة 1137م اكتشاف مجموعة الحقوق الرومانية الشهيرة ، ولم تكن إلا الفقه الإسلامي في ثوب لاتيني ، وعليه فما سمي بالشرايع الرومانية ، إذن هي عين الشريعة الإسلامية محورة بما يلائم الطوائف الأوروبية ، مغيرا اسمها لحفظ عواطف الأمم المسيحية ، وقد ترجمت العديد من كتب الفقه الإسلامي إلى لغاتهم ولهذا رأينا الشبه في أحكام القانون الروماني بالفقه الإسلامي ، مثلا الدعوى الكيدية ، وتقييد سلطة الآباء وغيرها ، فالمؤثر هو الشريعة الإسلامية ، والمنتأثر هو القانون الروماني (راجع في ذلك:د/محمد كمال الدين إمام ، نظرية الفقه في الإسلام ، المرجع السابق ذكره ، ص 97 وما بعدها).

(2) أنظر في ذلك : - د/أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 80 .

-د/فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ذكره ، ص 526.

-الدكتور/ محمد فاروق النبهان ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت

لبنان ، 1985 ، ص 134 .

(3) أنظر في ذلك:د/أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 80.

(4) أنظر في ذلك:د/علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ذكره ، ص 213.

أمام المالك إلا هذه الوسيلة لتصريف مياه أرضه" ، وقضى -دي لهومو - بأنه لا يسوغ لإنسان أن يأتي في عقاره عملا يضر بالغير ، كسد مطلاته وحرمانه من الضوء ، إذا لم يكن له من وراء هذا العمل نفع ، وأخيرا ذهب -جيبوت- إلى أنه "على الجيران مراعاة بعضهم بعضا بالامتناع عن الأعمال الضارة ، بتحمل المضايقات التي يسببها الجوار في بعض الأحيان .وعلى ذلك لا يجوز في المدن مزاولة الحرف التي من شأنها جعل المنازل المجاورة غير صالحة للسكن ،ولكن ليس معنى هذا منع الاشتغال بجميع الحرف التي تسبب هذه الأضرار ، لأن من مصلحة الجماعة والتجارة التي زاد شأنها ،السماح ببعض المضايقات إلى حد معين"⁽¹⁾.

إذن ففكرة التعسف كانت معروفة لدى فقهاء القانون الفرنسي القديم فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقا وهو حق الملكية العقارية، وإن لم تظهر لديهم في شكل نظرية عامة ،والفكرة نفسها أخذ بها القضاة، ويظهر هذا من المبدأ الذي استخلصه الأستاذ -آبر - من قضاء البرلمانات وهو " لا يجوز للإنسان ولو عند مزاوله صناعة مفيدة أن يعطل عمل الجيران ، أو أن يجعل منازلهم غير صالحة للسكنى، أو أن يضر بالأخص بالصحة العامة " ، فقد عرف القضاء أيضا فكرة التعسف ولكنه لم يأخذ بها كنظرية عامة الأمر الذي جعل تطبيقها محدود⁽²⁾.

وقد عرفت بعض التشريعات الفرنسية القديمة فكرة التعسف ومنها الأمر العالي الصادر من -فرانسو الأول - سنة 1539 (ordonance de villers cotterets) والذي نص على معاقبة من يتعسف في استعمال حق التقاضي (المادة 88منه)⁽³⁾ . وهذا الحكم موروث عن القانون الروماني ،حيث كان على الخصوم أن يقسموا على حسن نيتهم و أن الدعوى ليست كيدية⁽⁴⁾ ، وعليه فإن فكرة التعسف عرفها كل من القانون الفرنسي القديم ، وتناولتها أقلام فقهاءه ، وعرفت في تطبيقات القضاء ، وقد عرفت هذه الفكرة بنفس الحجم الذي عرفت به في القانون وأضاف الفقهاء إلى ذلك أن استعمال حق الملكية يمنع في حالة

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية : المقال السابق ذكره ، ص 81.

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان ، المقال نفسه ، ص 81.

-د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 527.

(3) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 81.

(4) وهذا الحكم معروف في الشريعة الإسلامية أيضا لقوله تعالى : "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتداولوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون " (سورة البقرة، آية 188 ، القرآن الكريم برواية ورش عن الإمام نافع، وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1984)، وقد فسر الفقهاء هذه الآية بأنها أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق ، والحق هنا يتمثل في حق التقاضي فلا يجوز استعماله إذا كان بنية الإضرار، أي يهدف إلى التشهير بالناس الشرفاء (راجع في ذلك: د/أنور سلطان: نظرية التعسف في

استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ص 82 هامش (1) .

انتفاء المصلحة المشروعة أو المنفعة الجدية التي تعود على صاحبه⁽¹⁾، إلا أن هذه الفكرة لم تكن تسند إلى نظرية عامة، فلم تكن تستند سوى على مبادئ العدالة والإنصاف، وكانت نتيجة للتفقه الجيد في القانون، والملكية القانونية التي آلت إليهم من القانون الروماني، إذن فلم تعرف نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم مثله مثل القانون الروماني، بل عرفت كفكرة أو بذرة ولم يكتمل نموؤها، حيث طمسها الثورة الفرنسية والمذهب الفردي الذي قامت عليه، والذي ينادي بفكرة الحقوق المطلقة المقدسة أين يمكن لصاحب الحق التمتع بحقه واستعماله على الوجه الذي يشاء ولو أدى هذا الاستعمال إلى الإضرار بالغير مادام صاحب الحق لم يتجاوز الحدود الموضوعية لحقه، ومن ثم أضحت فكرة المسؤولية عن استعمال الحق لا تتلاءم وطبيعة الحق ذاته، مما أدى إلى اختفاء فكرة التعسف نهائياً، ولم تظهر إلا في أواخر القرن التاسع عشر وقد ساعد على اختفائها أنها لم تصاغ على يد فقهاء الرومان والقانون الفرنسي القديم في شكل نظرية عامة، فقد كانت فكرة ضيقة التطبيق سرعان ما اندثرت⁽²⁾.

المطلب الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة والقضاء.

ذكرنا أن نظرية التعسف في استعمال الحق لم تعرف كنظرية عامة في التشريعات القديمة، وإنما عرفت كمجرد فكرة ذات تطبيقات قانونية موزعة عبر قوانين عديدة وقد كانت الثورة الفرنسية نقطة فاصلة بين التشريعات القديمة والتشريعات الحديثة كما قرر ذلك الفقهاء وشراح القانون، فقد انقلبت هذه الثورة على الفكر القانوني، كما انقلبت إلى الفكر الفلسفي، فقضت على كل نزعة جماعية في الحقوق، وتبعاً لذلك تأثرت نظرية التعسف في استعمال الحق بهذا الفكر الجديد، وقد ساهم القضاء - رغم ذلك - في إنعاشها من جديد، وقد تأثر القانون المدني المصري القديم بهذه النزعة الجديدة فسار في طريق سلفه القانون الفرنسي، ولكن لم تدم هذه النزعة طويلاً فقد عادت نظرية التعسف من جديد لتكرس في

(1) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 525

- د/ علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ذكره، ص 213

(2) أنظر في ذلك: أ/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، بدون رقم الطبعة، دار

إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 334.

- د/ محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 134.

- الدكتور / علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، بدون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية

الجزائر، 1992، ص 15 فقرة 11.

التشريعات أكثر من أي وقت مضى .

أولا / انعدام الأساس التشريعي لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي لسنة 1804 والقانون المدني المصري القديم:

ينادي المذهب الفردي⁽¹⁾ بفكرة الحق المطلق ، وذلك لأن الفرد فيه هو محور التشريع ، ولا يستمد حقوقه من القانون ، لأن هذه الحقوق سابقة على وجود القانون ، ومن ثمة أصبح الحق الفردي يخول لصاحبه سلطات مطلقة ، وفكرة المسؤولية أثناء استعمال الحق ، أصبحت تنافي وطبيعة الحق فلا يسأل الفرد مادام يستعمل حقه حتى وإن أضر بالغير ، وحق الملكية العقارية أصبح أكثر الحقوق إطلاقا . وفي خضم هيمنة المذهب الفردي كانت الثورة الفرنسية عام 1789 قد نشبت ، وقلبت الأوضاع رأسا على عقب وانعكست هذه الأفكار على دستور 1791 والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 ، حيث جاء مرآة عاكسة لصورة المذهب الفردي ، وقد أكد القانون المدني على إطلاق حق الملكية في المادة 544⁽²⁾ وبهذه النزعة الفردية أنتكصت نظرية التعسف على عقبيها لا كمنظية فقط بل كفكرة أيضا ، لأنها صارت تنافي من حيث مضمونها مع مبادئ المذهب الفردي⁽³⁾

وقد جاء القانون المدني المصري القديم متمسما بالنزعة الفردية الغالبة التي ورثها عن أصله القانون الفرنسي . فقد عرف حق الملكية في المادة 27/11 بأنها : " الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة " ، والمشرع المصري وإن لم يذكر القيد الوارد في المادة 544 من القانون الفرنسي وهو : " بشرط عدم استعمالها - الملكية - استعمالا مخالفا للقوانين أو اللوائح " فإنه عمل بهذا القيد وأحاط حق الملكية بقيود قانونية مقررة للمصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، مثل القيود الخاصة بنزع الملكية والاستيلاء المؤقت وغيرها ، ومثل القيود الواردة على ملاك العقارات في البناء كفتح المظلات وغيرها⁽⁴⁾ ،

(1) انظر موضوع الملكية حق مطلق (في المذهب الفردي) ص 10 من هذا البحث .

(2) راجع في ذلك : د/فاضلي إدريس ، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ص 321 و322 .

(3) راجع في ذلك : د/ حسين منصور ، د/ محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق ذكره ، ص 254 .

أ - عبد الزق أحمد السهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، المرجع السابق ذكره ، ص 334

د - فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ذكره ، ص 528

(4) راجع في ذلك : أ / محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، مقال منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ،

سنة 1961 ، ص 94 .

ولكن هذه القيود أحاطت حق الملكية ماديا أي تعتبر قيودا خارجية ، إذ تنقرر المسؤولية التقصيرية حين مخالفتها ، فالخروج عنها كفتح مطلات في غير ما قرره القانون يعد خطأ ، أما القيود الداخلية التي ترد داخل الحدود الموضوعية للحق ، فقد انعدمت في هذين القانونين وهي التي ترجع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فلم تنقرر نظرية التعسف في هذين القانونين إلا في تطبيقات قليلة مثل نص المادة 59/38 و60 من القانون المدني المصري ، الذي يقضي بأنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد إرادته ، إذا كان يترتب على ذلك حصول ضرر للجار المستمر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوي " وهذه المادة وإن كانت تعتبر تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف إلا أن هذا لا يعني أن المشرع المصري أخذ بهذه النظرية فهو لم يقرر نظرية عامة ، وما هذا التطبيق إلا امتثال لمبادئ العدالة والإنصاف⁽¹⁾.

ثانيا / دور القضاء في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق رغم انعدام النصوص القانونية :

القضاء ملزم بتطبيق القانون ، فالقاضي الذي لا يحكم بالقانون أو يحكم بما سواه ، يعرض حكمه للنقض ، فكيف تناول القضاء سواء في فرنسا أو في مصر قضايا التعسف في استعمال الحق ، والقانون لا ينص على التعسف ولا يجعل له نظرية عامة ، وكيف استطاع القضاء تكريس نظرية التعسف رغم انعدام هذه النصوص ؟

لقد لجأ القضاء إلى حل أقام بموجبه مسؤولية المالك أثناء تعسفه ، وبنى نظرية التعسف على أساس العدالة وحفظ السلام بين الملاك ، عن طريق حمل كل مالك على استعمال ملكه لتحقيق الغرض منه والذي تقرره العدالة ، لا لإلحاق الأذى بالجيران⁽²⁾ ، فقد قرر القضاء فكرة الغرض من حق الملكية ، رغم أن القانون تأثرا بالمذهب الفردي يندب فكرة غائية الحقوق ، والقضاء إذ لجأ إلى هذا الحل فإنه لم يخالف القانون بل لجأ إلى أحد أهم مصادره وهو مبدأ العدالة والإنصاف ، كما أنه أعطى لنص المادة 1382 تفسيرا واسعا ، وبفضل هذا التفسير استطاع أن يعطي حلولاً لمعظم حالات التعسف فهذه المادة

(1) أنظر في ذلك : أ / عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، م 2 ، المرجع السابق ذكره ، ص 952 بند 556 -الدكتور/ عيسوي أحمد عيسوي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي : مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، مصر ، العدد الأول ، السنة الخامسة ، سنة 1963 ، ص 36 و37 .

(2) أنظر في ذلك : د/أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 112 .

التي تنص على المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ ، لم تفرق بين ما إذا كان الفعل الضار قد أتاه الإنسان أثناء استعماله للحرية وما تتضمنه من رخص ، أم إبان مباشرته لحق ، فعناصر المسؤولية من خطأ وضرر ، يمكن أن تتوافر في الحالة الثانية كما تتوافر في الحالة الأولى ، إذ لا يمكن إنكار أن استعمال الحق بنية الإضرار أو بإهمال يعتبر خطأً ، والقول بعكس ذلك فيه تضيق لنص المادة 1382 بدون مقتضى مما يؤدي إلى فوضى الحقوق وتنازعها⁽¹⁾ .

وكان القضاء قد تأثر في ذلك بأقوال بعض الفقهاء ، فقد قال -إهرنج- في كتابه " الحدود المفروضة على ملاك العقارات لمصلحة الجيران " ، " لو ترك كل مالك حراً يأتي ما يشاء في ملكه لاستطاع طرد جيرانه أو حملهم أن يبيعوه عقاراتهم بثمن تافه ، بأن يبني سلخانة تفسد رائحتها الهواء ، أو يملأ بئراً بمواد مسممة لأراضي الجيران ، أو مصنعا تسبب إدارته اهتزاز الأرض وسقوط المنازل المجاورة أو يقتل الدخان المتصاعد منه زراعات الجيران ، أو تمنع الحرارة المتولدة عنه كل إقامة في جيرته ، أو يحفر بالقرب من حائط الجار بما يسبب سقوطه ، وفي كل هذه الأعمال لن يتخطى المالك حدود ملكه ، ولن يتعدى مباشرة على الحدود القانونية لملك الجار ، برغم أن هذا الأخير سيتأثر بهذه الأعمال ، حالة كهذه مستحيلة ، لأنها ستؤدي إلى حرب دائمة بين الجيران " ، ويواصل القول حول تقييد حق الملكية " لأن الحياة في الجماعة تلزمنا باحترام حقوق الغير ، ولا تجيز لنا أن نأتي في عقاراتنا ما من شأنه المساس بحقوق الجار ، أو بغيره ، إذ العلاقات الاجتماعية وضرورتها وتعددتها قد فرضت تحت اسم حقوق الارتفاق وتحت أسماء أخرى واجبات والتزامات وخدمات لا يمكن للمالك أن يتغافل عنها دون أن يخرج عن مبادئ العدالة ويعرض علاقات الجماعة للانقطاع"⁽²⁾ ، ولهذا رأى القضاء أنه لا بد من تقييد حق الملكية ، ولأن القانون سواء في فرنسا أو في مصر لم يسعفه في ذلك فإنه لجأ إلى مبدأ العدالة والإنصاف وفي حقيقة الأمر إن هذا الأساس ما هو إلا نظرية التعسف ، والتي لا يمكن تفسير الأحكام القضائية التي صدرت في هذه الفترة إلا على أساسها⁽³⁾ .

ومن بين الأحكام ، قضت محكمة استئناف باريس بأن المالك قد تجاوز حقوقه ، إذا أحدث في عقاره ، في اليوم الذي يستعد فيه جاره للصيد ، ضوضاء بقصد إرهاب حيوانات الصيد وتغييرها⁽⁴⁾ ، وفي

(1) أنظر في ذلك : د/ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 74 .

(2) أنظر في ذلك : د/ أنور سلطان ، المقال نفسه ، ص 113 .

(3) وقد لار جدل فقهي في فرنسا حول الأساس الذي اعتمده القضاء لإقامة مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة سنأتي عليه في الباب الثاني ص 110 وما بعدها من هذا البحث .

(4) أنظر في ذلك : د/ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ص 115 .

مصر قضت المحكمة المختلطة بأن للمالك " الحق في أن ينتفع بملكه كيف شاء ، ولكن هذا الحق مقيد بوجوب مراعاة واحترام ملكية الجار ، فإذا أجرى المالك حفرا في أرضه دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة ، ونتج عن حفره ، وعن عدم حيطته أن انحطت أرض الجار وسقط البناء القائم فيها ، كان هذا المالك مسؤولاً عن تعويض الضرر الحاصل لجاره"⁽¹⁾ .

وفي الحكم الأول والثاني نجد أن أساس مسؤولية المالك هو الخطأ المتمثل في سوء نية المالك في استعماله لعقاره أو إهماله في أخذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر ، إذن فالوسيلة التي لجأ إليها القضاء لمواجهة حالات التعسف هي توسيع فكرة الخطأ ، لتشمل بجانب الخطأ في استعمال الإباحة ، الخطأ في استعمال الحق .

وقد تخطى القضاء هذا المعيار -نية الإضرار والإهمال- ليصل إلى معيار آخر يظهر فيه الغرض الاجتماعي للملكية بأكثر وضوح ، وهو معيار تجاوز مزار الجوار العادية ، فاعتبر القضاء الفرنسي الإذن الإداري أو الترخيص بإقامة محال خطيرة ومقلقة للراحة والصحة لا يعفي من مسؤولية مالكيها وتمسك في إقامة مسؤولية المالك بمبدأ العدالة ، فمن اللاعدل أن يتحمل الجيران هذه المضار ، وتمسكه بمبدأ العدالة كأحد مصادر القانون يرجع كما ذكرنا إلى انعدام النصوص التي تقيم مسؤولية المالك في هذه الحالة ، وبهذا المبدأ قضت محكمة - نيم - على صاحب مصنع بتعويض الجار عن الضرر الذي أصاب النبيذ المستخرج من كرمه ، بسبب الدخان المتصاعد من القطران⁽²⁾ .

وخلاصة القول أن القضاء في فرنسا ومصر ، وفي ظل انعدام النصوص القانونية التي تنص على التعسف ، وفي ظل التيار الفردي الذي يرفض نظرية التعسف ، استطاع أن يواجه حالات التعسف التي كان يطرحها الواقع العملي بوسيلتين هما :

-الأولى : أعطى تفسيرا وأسعا لفكرة الخطأ ، حيث أصبحت المسؤولية التقصيرية تشمل نظرية التعسف في معيارها الشخصي المتمثل في نية الإضرار .

-الثانية : أنه اعتمد على مبدأ العدالة ، فأقام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة .

وبهذا يكون القضاء قد تصدى للفراغ القانوني ، وتوصل إلى حلول للمشكلات العملية ، رغم عدم اعتماده لمصطلح التعسف صراحة ، وكانت نظرية التعسف تقوم في هذه الفترة على أساسين الأول تشريعي وهو الذي يتمثل في نصوص المسؤولية التقصيرية ، والثاني هو مبدأ نسبة الحقوق ، وهو الذي

(1) حكم صادر في 16 مارس 1925 ، أنظر في ذلك : د/ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 116 .

(2) أنظر في ذلك : د/ أنور سلطان ، المقال نفسه ، ص 121 و 122 .

يفرضه مبدأ العدالة .

ثالثا / استقرار نظرية التعسف في استعمال الحق أخيرا في التشريعات الحديثة:

بعدها كانت فكرة التعسف بارزة في التشريعات القديمة، أدت الروح الفردية التي كانت تسود مبادئ الثورة الفرنسية إلى انتكاسها، ثم عادت إلى الظهور في أواخر القرن التاسع عشر في أحكام القضاء ثم على أقدام الفقهاء، و لم تلبث النظرية أن أرتفع شأنها ، و تحددت تطبيقاتها، وامتدت إلى جميع نواحي القانون⁽¹⁾.

و حتى المشرع الفرنسي الذي كان ينبذ فكرة التعسف في ظل قانون 1804 ، فإنه عاد من جديد إلى تبني هذه الفكرة في شكل تطبيقات موزعة عبر عدة قوانين، فهو وإن لم يأخذ بنظرية التعسف إلا أنه رأى ضرورة الأخذ ببعض تطبيقاتها مراعاة لمبدأ العدالة في التشريع، وتظهر هذه التطبيقات فيما يلي:

• القانون الصادر في 1890/12/27 الذي عدل المادة 1780 و جعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، و قد حدد هذا الحكم في قانون العمل بالمادة 23 من الكتاب الأول في 1910/12/26

• القانون الصادر في 1941/02/05 الذي يعتبر المؤجر الذي يرفض إيجار مسكن لشخص لديه أولاد متعسف .

• القانون الصادر بتاريخ 1941/05/23 المؤيد بالمرسوم 1958/12/22 المعدل بالمادة 71 من قانون الإجراءات المدنية و الذي يقضي بغرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه .

• القانون الصادر بتاريخ 1956/04/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده، بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة معينة .

• القانون الصادر بتاريخ 1957/03/11 الخاص بحق المؤلف ، و هو ينص في المادتين 20 و 29 على أن ممثلي المؤلف المتوفى يعتبرون متعسفين إذا أساءوا الحق في إذاعة المؤلف أو في عدم إذاعته⁽²⁾.

و رغم هذه التطبيقات، فإن المشرع الفرنسي لم يتبن فكرة التعسف كمبدأ عام أو كنظرية ، كما أنه لم

(1) أنظر في ذلك : أ/ عبد الرزاق أحمد السنيوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ذكره، ص 334.

(2) أنظر في ذلك : د/ علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق ذكره، ص 121 .

-P/Gabriel MARTY et P/ Pierre RAYNAUD, Droit civil, o.p.cit, p 413 .

يأت بأي تطبيق لفكرة التعسف في مجال استعمال الملكية العقارية لأنه يعتبرها حقا مطلقا ، لا يمكن تقييده.

و على العكس من هذا الاتجاه فإن التشريعات الحديثة⁽¹⁾ أصبحت تعطي لنظرية التعسف مكانا بارزا و نلاحظ في هذه التشريعات مسألتين :

-المسألة الأولى : أنها نصت على نظرية التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني ، مما يجعل نظرية التعسف تنطبق على كافة الحقوق⁽²⁾، و هذا يعني أن نظرية التعسف ترتبط بفكرة الحق و ليست مجرد تطبيق لنظرية العمل غير المشروع⁽³⁾، إلا أن بعض التشريعات رغم نصها على النظرية في الباب التمهيدي فهي ترتب المسؤولية عن استعمال الحق بناء على فكرة الخطأ، و بالتالي تجعل التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية ، فالنص على النظرية في الباب التمهيدي في هذه التشريعات رغم أنه يعني أن النظرية تنطبق على كافة الحقوق إلا أنه لا يعني الخروج من إطار المسؤولية التقصيرية، و بالتالي إقرار نوع آخر من المسؤولية و هي المسؤولية التعسفية. ولكن رغم اختلاف أساس المسؤولية عن استعمال الحق في هذه التشريعات، تبقى نظرية التعسف تحتل مكانا بارزا فيها منسطة التطبيق على كافة الحقوق.

-المسألة الثانية : إن نطاق تطبيق نظرية التعسف يختلف في هذه التشريعات بين الضيق و الاتساع و هذا بموجب معايير التعسف التي نصت عليها هذه التشريعات، فمنها من اقتصرت على المعيار الشخصي و منها من اعتمدت المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي معا، كالتشريعات العربية

(1) كالقانون المدني السويسري في المادة 02 منه ، و الإنجليزي في المادة 226 ، و الألماني في المادتين 226 و 826 ، و النمساوي في المادة 1295 و الصيني في المادة 148 منه ، و اللبناني في المادة 124 منه، و المصري في المادتين 04 و 05 منه، و الليبي في المادتين 04 و 05 منه. و العراقي في المادتين 06 و 07 منه... إلخ (أنظر في ذلك : أ/ عبد الرزاق احمد الصهوري ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق ذكره، ص 335) و ستفصل الحديث في هذه النصوص في دراسة معايير التعسف .

2) Professeur/ Jean Carbonnier, Droit civil, tome 2, les biens et les obligations , P.U.F(éd), Paris 1967 p 193

(3) أنظر في ذلك: الدكتور/ بلحاج العربي ، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، مقال منشور في مجلة الشرطة ، العدد 44 ، سنة 1990 ، ص 15.

المبحث الثالث

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الحديث .

أثارت الأحكام القضائية التي اعتمدت نظرية التعسف في استعمال الحق و إن لم تصرح بها ، جدلا فقهيا حاول من خلاله الفقهاء تأسيس هذه الأحكام و ردها إما إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أو لنظرية التعسف ، و هذا هو محل الخلاف ، ومن الفقهاء من رفض فكرة المسؤولية عن استعمال الحق جملة و تفصيلا .

المطلب الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق بين الإنكار و التأييد.

إن الفقه على غرار القانون قد تأثر بالنزعة الفردية خاصة في حق الملكية العقارية ، فرفض الأخذ بنظرية التعسف ، و لكن ظهر فقه معارض له متأثر بالنزعة الجماعية و جاء بحلول معاكسة ، ولهذا تأرجحت نظرية التعسف بين الرفض و التأييد ، وهذه الآراء المتضاربة هي نتيجة منطقية للاختلاف في طبيعة الحق في ذاته .

أولا / النظريات المناهضة لمبدأ التعسف في استعمال الحق :

قامت هذه النظريات على مبدأ أساسي وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون مشروع و غير مشروع في نفس الوقت ، ولهذا قال أصحابها بأن مبدأ التعسف متناقض مع نفسه، لأن هذا المبدأ يقضى بمسؤولية صاحب الحق حين استعماله لحقه و في حدود هذا الحق ، على حين أن الحق في نظرهم ينتهي حتما عندما يبدأ التعسف، و قد صاغ الأستاذ - ديمولومب- هذه الفكرة في قوله " إذا كان العمل مشروعا و داخلا في الاستعمال العادي للحق فلن يؤدي إلى قيام مسؤولية صاحبه بناء على المادة 1382- التي تشترط لقيام المسؤولية التقصيرية ركن الخطأ- من القانون المدني ، لأنه لو أدى إلى قيام مسؤوليته ، فمعنى ذلك أن الحق غير موجود" (1) .

بهذا المنطق يفكر هذا الاتجاه من الفقه، و نتعرض لأهم النظريات التي جاء بها لنقدم نقدا لها مستعينين بآراء أكثر الفقهاء معارضة لهم و هو الأستاذ - جوسران - .

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره، ص 95.

1- نظرية الأستاذ- إسمان - : بنى الأستاذ - إسمان - رفضه لمبدأ التعسف على ثلاث نقاط رئيسية وهي

- يقول أن مبدأ التعسف يخالف المنطق القانوني ، لأنه يقضي بمسؤولية صاحب الحق حين استعماله لحقه و في حدود هذا الحق ، بيد أن المسؤولية طبقاً للمادة 1382 - من القانون المدني الفرنسي - لا تقوم إلا إذا كان العمل غير مشروع ، فركن الخطأ الذي تقضي به هذه المادة لا يمكن توافره إلا في العمل غير المشروع ، ولهذا فلا يمكن مساءلة صاحب الحق الذي يستعمل حقه طبقاً للحدود التي وضعها القانون ومهما كانت نيته في ذلك .

- يرى أن البحث عن نية صاحب الحق في استعماله لحقه ، ومساءلته عن ذلك، يؤدي إلى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني ، و إلى الخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق⁽¹⁾ ولذلك يرى الأستاذ - إسمان - بالنسبة لحق الملكية العقارية ، إذا لم يكن العقار محملاً بحق إرتفاق بالمطل لمصلحة العقار المجاور فإن لصاحبه أن يعلي من بنائه و لو لم يقصد من هذه التعلية إلا مضايقة الجار .

- يرى أن اعتماد مبدأ التعسف أمر خطير لأنه يفتح المجال أمام القضاة للبحث عن النية مما يؤدي إلى تحكمهم و تقديرهم الكيفي ، إذ يجعل للقاضي سلطاناً فوق سلطان القانون ، فيقدر ما هو استعمال بنية الإضرار ، و ما هو استعمال بدون نية الإضرار، وهذا خطر على الناس وعلى العدالة⁽²⁾ . و من هذا المنطلق انتقد الأستاذ - إسمان - أحكام القضاء التي حكمت مبدأ التعسف في أكثر من موضع .
- و لكن الفقه رد عليه فيما يلي :

- بالنسبة لقوله أن مبدأ التعسف يناقض المنطق القانوني مبالغ فيه ، إذ يقول الأستاذ - جوسران - " إن كلمة (droit) في اللغة الفرنسية لها معنيان ، فهي تعني الحق الشخصي (le droit subjectif) قارة، وقارة أخرى تعني القانون (le droit objectif) ، ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفاً للقانون"⁽³⁾ .

- إن قوله إن مبدأ التعسف يؤدي إلى الخلط بين علم الأخلاق وعلم القانون ، يرد عليه الأستاذ - جوسران - بقوله " إن هذه الحدود - بين علم الأخلاق وعلم القانون - لم توجد قط إلا في مخيلة بعض الفقهاء ، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين لتوضح الفرق بينهما

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 95 .

(2) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 540 و 541 .

-أ/ زهدي يكن، المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ذكره، ص 152 .

3)Professeur /Mazeaud, leçons de droit civil, obligations, théorie générale, tome 2, 2^{ème} édition, éditions Montchrestien, Paris, 1978, p 451 et 452

من بعد عن الدقة وتصنع الحيرة التي فيها أصحابها، والعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين إلى كل واحد، إذ مبادئ القانون ما هي إلا الأخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاء، وعلم الأخلاق ما هو إلا البودقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء⁽¹⁾، وعلى حد تعبير الأستاذ- ريبار - " لكل نظام قانوني مثل أخلاقي أعلى يسعى المشرع والقاضي إلى تحقيقه"⁽²⁾.

• أما تحكم القضاء في الوصول إلى نية صاحب الحق في استعماله لحقه، رد عليه الفقه بأن القانون أباح للقاضي في مواضع عديدة البحث عن النية، دون أن يخشى مغبة ذلك من التحكم المزعوم فقد أعطى القانون-الفرنسي- سلطة للقاضي في البحث عن حسن نية الشخص الذي تملك عقارا بالحيازة والذي يستفيد من المدة القصيرة للتقادم، وكذلك حسن النية في تملك الثمار، كما أعطى القانون الحق للدائنين في رفع دعوى إبطال التصرفات التي تصدر من مدينهم إضراراً بهم، كما نص القانون على التدليس أيضاً، والقاضي لا يصل إليه إلا بالبحث عن سوء النية، ففي كل هذه الحالات خول القانون للقاضي سلطة البحث عن النية، وبالإضافة إلى ذلك فإن مبنى المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، هو فكرة مائعة يستلزم تحديدها حسن تقدير من جانب القاضي وتبصر بالواقع⁽³⁾. وعلى افتراض صحة الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية الناجمة عن استعمال الحق⁽⁴⁾، يقول-جوسران- أننا لم نمنح القاضي سلطة جديدة، بل دعواناه إلى مباشرة حقه الذي خولته إياه النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾.

2- نظرية الأستاذ- بلانيول- : إذا كان الأستاذ-اسمان- قد انتقد أحكام القضاء التي اعتمدت مبدأ التعسف، فإن الأستاذ- بلانيول- يؤيد بها، رغم اعتراضه على نظرية التعسف، وسبب ذلك أنه يعتمد

(1) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدبريني، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق ذكره، ص 13.

(2) أنظر في ذلك: د/ انور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 96.

(3) أنظر في ذلك: د/ انور سلطان، المقال نفسه، ص 97.

(4) لا يمكن التسليم بذلك مباشرة، لأن الفقه قد اختلف في الأساس القانوني للتعسف هل هو الخطأ أم التعسف بوصفه أساس مستقل، وفي هذا الرد انطلق-جوسران- من الفكرة التي ينادي بها خصومه وهي الخطأ كأساس للمسؤولية عن استعمال الحق والتي ينادي بها-بلانيول- كما سرى في التكييف الفقهي للتعسف ص 36 وما بعدها من هذا البحث.

(5) راجع في ذلك: أ/ زهدي يكن، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ذكره، ص 152.

- د/ فتحي الدبريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 541

معيار الخطأ بدل التعسف، حيث يقول أن نظرية التعسف تقوم على أساس خاطئ، لأن من يستعمل حقه لا يأتي إلا عملاً مشروعاً، فإذا أتى عمل غير مشروع فمعنى ذلك أنه تعدى حدود حقه، لأن الحق ينقضي حيث يبدأ التعسف والعمل الواحد لا يمكن أن يكون في نفس الوقت مشروعاً وغير مشروع، والمسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا حين خروج المرء عن حقه، أي ارتكابه لعمل غير مشروع، إذ أن أساس المسؤولية هو الخطأ فلا تقوم المسؤولية إلا بتوافر ركن الخطأ، و المتمثل في الخروج عن الحق، و لما كانت الحقوق محدودة و غير مطلقة فعلى ذلك ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق هو في الواقع عمل لا يستند إلى حق، أي أن نظرية التعسف- عند بلانيول- لم تأت بجديد⁽¹⁾.

وقد تأثر بهذه النظرية كثير من شراح القانون المدني، أمثال الأستاذ - بورشو - و - سالي - و - شارمورن -، فيؤيد الأستاذ - سالي - بلانيول - فيما ذهب إليه و يقول " إن تعبير التعسف في استعمال الحق تعبير خاطئ، و أنه يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق و ليس إساءة استعماله، و أن الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلية في نطاق الحق المدعى به " ويرى الأستاذ - شارمورن - أنه " كثيراً ما يطبق مبدأ إساءة استعمال الحق تطبيقاً غير سليم، وأنه في غالبية الأحوال التي يوصف فيها عمل المالك بالتعسف، يسعى القاضي إلى تحديد نطاق الحقوق المختلفة أكثر مما يحاول البحث عن التعسف و العقاب عليه " ⁽²⁾.

ونضرب مثلاً هنا لنوضح به مضمون نظرية - بلانيول -، فالمالك الذي يبني جداراً في ملكه و ليس له أي منفعة في بنائه، غير أنه يقصد من ذلك الإضرار بجاره كأن يحجب عليه الضوء و الهواء، فهذا الفعل تعسف في استعمال الحق، ولكن حسب هذه النظرية يعتبر هذا الفعل خطأً يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية لأن حق الملكية و إن كان يخول لصاحبه استعماله على أي وجه كان كالبناء مثلاً، فهو محدود و غير مطلق، فيحده عدم استعماله للإضرار بالغير، و لهذا فقد خرج هذا الوجه من الاستعمال - للإضرار بالغير - من الإطار الموضوعي للحق فاعتبر المالك متجاوزاً لحدود حقه، هذه الحدود التي ذكرناها و هي عدم الإضرار بالغير، و لهذا عد فعله هذا خطأً. و بموجب هذا المفهوم فإن نظرية التعسف لم تأت بجديد، بل هي مجرد ترديد لنظرية سابقة عنها و هي نظرية الخطأ.

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 98.

- د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ذكره، ص 216.

- أ/ زهدي يكن، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ذكره، ص 151.

- P/Mazeaud, leçons de droit civil, obligations, o.p.cit, p 451.

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 98 و 99.

و لتقييم هذه النظرية يمكن تحليلها إلى فكرتين ، الأولى هي أنه يستحيل منطقاً و قانوناً أن يكون العمل الواحد مشروعاً و غير مشروع في نفس الوقت و الثانية أن ركن الخطأ الذي تبنى عليه المسؤولية التقصيرية - وهو مبنى المسؤولية التعسفية في نظره- لا يتوفر إلا في عمل غير مشروع أي حيث لا يستند العمل إلى حق، فجميع حالات التعسف هي حالات خروج عن الحق.

و يرد د/ فتحي الدريني على الفكرة الأولى التي تقوم عليها نظرية- بلانيول- بقوله " لا نسلم لزوم التناقض، لأن النفي و الإثبات، أو المشروعية و عدم المشروعية، لم ينصبا على ذات الفعل في وقت واحد، إذ الأولى-وهي المشروعية- منصبة على ذات الفعل، لاستناده إلى حق، و الثانية - عدم المشروعية - منصبة على الباعث أو نتيجة الفعل⁽¹⁾، و الباعث عنصر نفسي منفصل عن الفعل، كما أن الفعل مقدمة و الضرر نتيجة، فعدم المشروعية إذن ينصب إما على القصد أو الباعث وإما على النتيجة، وهما غير الفعل، فالجهة منفكة و لا تناقض"⁽²⁾، و هذا الرأي يؤيده أصل النظر في مآلات الأفعال كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذه النظرية. و لهذا فالقول بأن الفعل لا يمكن أن يكون مشروع و غير مشروع في أن واحد ما هو إلا تلاعب بالألفاظ.

أما الفكرة الثانية التي تقوم عليها نظرية- بلانيول-، فهي أيضا غير صحيحة، لأن هناك اختلاف كبير بين المجاوزة لحدود الحق و التعسف في استعماله، فالتعسف مرتبط بغائية الحق، إذ تعمل نظرية التعسف على إيجاد التوافق و الانسجام بين القانون و الحاجات الاجتماعية دون الحاجة إلى الالتجاء إلى المشرع⁽³⁾ فالتعسف لا يرتبط بالحدود الموضوعية للحق بل بغايته، وهو يفترض عدم مجاوزة المتعسف لحدود حقه الموضوعية، أما المجاوزة فهي فعل غير مشروع لذاته، سواء ترتب عنه ضرر أم لا عكس التعسف و الذي لا تقوم بشأنه المسؤولية إلا بإثبات الضرر⁽⁴⁾.

و بجانب نظريتي - إسمان - و - بلانيول -، نجد نظرية الأستاذ -ليفي- الذي توصل إلى نفس نتائج نظرية- بلانيول-، وكذا الأستاذ - مارك دسرتو- و الأستاذ - بيغوار-⁽⁵⁾.

إلا أن هذه النظريات لم يكتب لها النجاح خاصة أنها جاءت في فترة سيطرت فيها النزعة الجماعية

(1) الباعث يتمثل في المعيار الشخصي لنظرية التعسف، و النتيجة تتمثل في المعيار المادي لها. أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 468 .

(2) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني المرجع نفسه، ص 536 .

(3) أنظر في ذلك: أ/ زهدي يكن، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ذكره، ص 151 .

(4) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 538 .

(5) راجع في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 100 و ما بعدها .

للحقوق، و أهتم خلالها شراح القانون بتعميم هذه النزعة على الحقوق، و إيجاد تأصيل فقهي لمختلف القضايا العملية و الأحكام القضائية و التي بدورها أيدت نظرية التعسف.

ثانيا / النظريات المؤيدة لمبدأ التعسف في استعمال الحق :

لم ينتبه الفقه إلى أحكام القضاء-الفرنسي- التي كانت تسير نحو إرساء نظرية التعسف إلا في أواخر القرن التاسع عشر، فكتب بعض الفقهاء في نظرية التعسف مثل - سنكلت - و - سوزيه - ، على أن الفقيهين الذين قادا النظرية في الفقه القانوني الحديث هما - سالي - و - جوسران - ، وكان لهذا الأخير دور كبير في إبراز معالم النظرية من خلال كتابين، الأول صدر في سنة 1905 بعنوان " التعسف في استعمال الحق " (De L'abus des Droits) و الثاني صدر في سنة 1927 بعنوان " روح الحقوق و نسبتها " (De L'esprit des Droits de Leur Relativité)، فحوى مؤلفه الأول جميع الحلول التي توصلت إليها المحاكم ، و توسع في مؤلفه الثاني في بحثه للنظرية و أبان تطبيقاتها العملية ، و يعتبر الفقيه - جوسران - أن الحقوق نسبية وليست بمطلقة ، و أن كل حق يحتوي عنصرين ، عنصر شخصي ذاتي ، و عنصر اجتماعي موضوعي ، و ردا على فكرة الفرديين بأن القانون جاء ليحمي الحريات و الحقوق الفردية يرى الفقيه - جوسران - أن القانون بجانب هذه الغاية يهدف إلى التوصل للعيش بأمان ، فالحقوق مهما بلغت مظاهرها الذاتية من استئثار صاحب الحق بحقه كحق الملكية ، فإنما وضعت لخدمة المجتمع وصالحه ، فالحقوق لها وظيفة اجتماعية و إن على كل صاحب حق أثناء استعماله لحقه أن يتقيد بعدم الإضرار بالغير سواء لحق الإضرار المجتمع أو أفراد معينين، فيجب أن تبقى الحقوق في نطاق وظيفتها الاجتماعية و الخروج عن هذه الوظيفة يعد تعسفا من جانب صاحب الحق⁽¹⁾.

فقد أسس - جوسران - مسؤولية صاحب الحق في حالة عدم تجاوزه لحدود حقه الموضوعية على التعسف ، و أيد أحكام المحاكم والتي لم تتبن صراحة اصطلاح التعسف إلا أنها كانت تحكم به . و بناء على هذه الأفكار صاغ - جوسران - نظريته في معيار يجمع حسب رأيه كل حالات التعسف و هو التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق، لأنه يعتبر أن القانون ما هو إلا " قاعدة اجتماعية ملزمة " ⁽²⁾.

(1) أنظر في ذلك : أ / زهدي يكن، المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ذكره ، ص 146 و 147.

-P/ Mazeaud , leçons de droit civil, obligations, o.p.cit, p 452.

-P/ J.Carbonnier , droit civil, o.p.cit, p 193

(2) أنظر في ذلك : د / أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره، ص 108 .

- P/ Marty et P/ Raynaud , droit civil, o.p.cit , p 415 .

و إلى نفس الاتجاه ذهب الفقيه - سالي - حيث اعتبر جميع الحقوق نسبية و صاغ نظرية التعسف في معيار مبني على فكرة مباشرة الحق بما ينافي الغرض الاجتماعي و الاقتصادي منه إذ يقول " يتولد التعسف من الاستعمال غير العادي للحق، أي من الاستعمال المخالف للغرض الاجتماعي و الاقتصادي للحق لأن الحقوق جميعا نسبية من الناحية الاجتماعية " (1).

و بهذا لاحظنا أن الآراء التي تؤيد نظرية التعسف مع اختلافها في المعايير، تعتبر الحقوق نسبية و تبني نظرية التعسف على فكرة واحدة و هي النزعة الجماعية في الحقوق، و بموجب هذه الأخيرة يمكن تفسير كل حالات التعسف.

وقد تأثر المشرع الفرنسي بهذه الآراء بالإضافة إلى تأثيره بأحكام القضاء، و قام بتعديل بعض مواد التقنين المدني، و تبني فكرة التعسف، و تبنيه لهذه الفكرة لا يعني تبنيه لنظرية التعسف، فلم يظهر من التعديلات التي أحدثها سوى تطبيقاتها لفكرة التعسف (2).

وإذا كان الفقه الفرنسي قد اختلف في نظرية التعسف بين منكر لها و مؤيد، فإن الفقه العربي أغلبه يدافع عن النظرية، و لم يرقم الاختلاف سوى في مسائل تفصيلية كمعايير التعسف و تكييفه.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للتعسف.

ثار جدل فقهي حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق، أو التكييف الفقهي للتعسف، و قد كان الخلاف على اتجاهين رئيسيين، الأول يرى بأن التعسف هو تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، والثاني يرى بأن التعسف يختلف عن الخطأ.

أولا / التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية:

إنفق جانب كبير من الفقه على أن التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية إلا أنهم اختلفوا في تأصيل التعسف، فمنهم من يعتبر التعسف تجاوز لحدود الحق وهم المنكرون لنظرية التعسف، ومنهم من يعتبر التعسف انحراف عن سلوك الرجل العادي أي أنه خطأ، ومنهم من يرى أن التعسف خطأ من نوع خاص.

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 106.

(2) P/ Marty et P/ Raynaud, droit civil, o.p cit, p 413.

1 - التعسف تجاوز لحدود الحق الموضوعية : نادى بهذا الرأي الفقهاء المنكرون لنظرية التعسف في استعمال الحق ومن بينهم - بلانيول - حيث يقول " أن الحق ينتهي حينما يبدأ التعسف " ولكن هذا الرأي انتقد نظرا لما يشوبه من خلط بين مفهومين مختلفين وهما المجاوزة والتعسف⁽¹⁾.

2- التعسف هو خطأ من نوع خاص : نادى جانب من الفقه ، وفي مقدمتهم -جوسران - بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص ، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية ، فاستعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا كان متفقاً مع غاية الحق وروحه ، وهو ما يخرج التعسف من مدلول الخطأ العادي ، ويشير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي - العادي -⁽²⁾.
وانتقد هذا الرأي على أنه يفتح المجال لتحكم القضاة أثناء بحثهم عن الغرض الاجتماعي للحق ، فضلا عن أن بحث القاضي عن الغرض الاجتماعي يخرج من نطاق وظيفته وهي تطبيق القانون إلى البحث في النواحي السياسية والاجتماعية ، وذلك لأن غاوية الحق ترتبط بهذه المفاهيم⁽³⁾.
كما أن أصحاب هذا الرأي أرادوا إيجاد صورة جديدة للخطأ تدخل تغيراً في المفهوم التقليدي له ، إلا أنهم رغم ذلك لم يستطيعوا إخراج التعسف من نطاق المسؤولية التقصيرية .

3- التعسف صورة من صور الخطأ : هذا الجانب من الفقه يعتبر التعسف خطأ بدون الخروج عن الحدود الموضوعية للحق ، ويرون أن الخطأ أصبحت له صورتين :
- صورة تقليدية : تتمثل في الإخلال بحق الغير ، وذلك بالخروج عن حدود الرخصة التي أباحها له القانون أو الخروج عن حدود الحق ، وهذا هو الخطأ بالمفهوم التقليدي ، وبموجب هذه الصورة من الخطأ لا يسأل صاحب الحق إذا لم يخرج عن حدود حقه ، لذا فهذه الصورة لا تستوعب فكرة التعسف .
- صورة حديثة : وهي الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه ملتزماً حدود هذا الحق .
والمعيار في كلا الصورتين هو التقصير من عناية الرجل اليقظ ، وفي الصورة الثانية وجه التقصير هو أن صاحب الحق أثناء استعمال حقه لم يبذل عناية الرجل اليقظ في منع الإضرار بالغير ، و لهذا فاعتبرها هذا الرأي خطأ⁽⁴⁾.

1) P/ Repert , la règle morale dans les obligations civiles , o.p.cit , p 167.

2) راجع في ذلك: د/ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص 650.

- P/ Mazeaud , leçons de droit civil, obligations, o.p.cit, p 452.

3) P/ Mazeaud, Leçons de droit civil, O.P..cit, P. 453

4) أنظر في ذلك: أ/ عبد الرزاق أحمد السهوي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق ذكره، ص 329

و قد سار على هذا الاتجاه كثير من الفقهاء و شراح القانون المدني حتى يومنا هذا ⁽¹⁾ حيث رأوا بأن معايير التعسف الثلاثة التي ذكرها القانون ما هي إلا صور للخطأ ، وبالتالي فالمعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ، وهو سلوك الرجل المعتاد*، الذي لا يستعمل حقه بنية الإضرار بالغير ، و الذي لا يستعمل حقه لتحقيق مصالح تافهة هي أقرب إلى المصلحة الوهمية التي لا وجود لها ، كما أن الشخص المعتاد لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع، فإذا انحرف الشخص في استعمال حقه عن هذا السلوك كان متعسفا في هذا الاستعمال ، و بالتالي فإن كل معيار من معايير التعسف يعتبر صورة من صور الخطأ و يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية .

و يؤيد هذا الاتجاه القضاء المصري، حيث جاء في قرار له : " إن المسؤولية التقصيرية من الناحية القانونية - المادة 163 مدني - تقوم بتوافر الخطأ و الضرر و علاقة السببية. والخطأ يقوم على ركنين أحدهما مادي و الآخر معنوي ، و يتمثل في الخروج عن حدود الرخصة و عن حدود الحق . كذلك أيضا فإنه من المقرر أن الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق - المادة 05 مدني - ليس إلا مسؤولية تقصيرية لأن مبناه خطأ في ممارسة الحق. ففي استعمال الحقوق كما في مزاولة الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فإذا انحرف ، حتى و لو لم يخرج عن حدود الحق، و كان انحرافه على صورة من الصور التي عدتها المادة الخامسة من القانون المدني ⁽²⁾ عد انحرافه خطأ تتحقق معه مساءلته عن التعويض " ⁽³⁾

(1) راجع في ذلك : د/ بلحاج العربي ، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المقال السابق ذكره ، ص 18 .

-الدكتور/عبد الودود يحي ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، بدون رقم الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1994 ، ص 249 ، بند 155 .

-د/ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المرجع السابق ذكره، ص 650.

-د/ محمد حسين منصور ، د/ محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق ذكره، ص 255

-الدكتور/ أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق ، بدون رقم الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1991 ، ص 47 .

* الرجل المعتاد يقاس باب الأسرة الطيب (Le B.P.F) .

(2) وهذه الصور التي تناوئتها المادة 05 من القانون المدني المصري هي كالاتي :

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

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

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

(3) محكمة إستئناف القاهرة، بتاريخ 1957/06/23 ، أنظر في ذلك : الأستاذ / عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية

التقصيرية والعقدية ، الكتاب الأول ، الجزء الأول ، بدون رقم الطبعة ، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر ، 1979 ، ص 168 ، فقرة 227 .

ثانيا / نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة وقائمة بذاتها :

هذا الجانب من الفقه يجعل لنظرية التعسف كيانا مستقلا بحيث لا تستند إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ، و من المؤيدين لهذا الرأي نجد الأستاذ علي علي سليمان حيث يستند إلى الحجج التالية :

- فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.
- وإذا كان التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية ، فما هو جدوى تخصيص نص خاص به، ألا يمكن اعتبار أن كل عمل خاطئ يضر بالغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ ؟
- ثم أن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على الخطأ ، لم تعد تستوعب كل الأفعال الضارة الموجبة للتعويض، فظهرت نظرية تحمل التبعة المبنية على المخاطر، كما تطورت فكرة الخطأ على يد القضاء الفرنسي أيضا، إذن المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ، لا تشمل كل الأفعال الضارة، و ليس التعسف وحده الذي يخرج منها ، فقد ثبت أن تحمل التبعة هي أيضا تخرج من نطاق المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ ، حيث أحدثت نظاما مستقلا و هو نظام المسؤولية الموضوعية .
- و بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدد المادتين 4 و 5 منه، و هما مصدر نصوص التعسف في القوانين العربية الأخرى ، نجدها تقول : " إن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع " .
- و بالنظر إلى المصدر التاريخي لنظرية التعسف ، نجد أن القوانين العربية قد استمدت نظرية التعسف من الشريعة الإسلامية ، التي لا تقيمها على الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية تعتمد على ركن الضرر .
- إن الجدل الفقهي بشأن تكييف التعسف بأنه خطأ و الذي ثار على وجه الخصوص لدى الفقهاء

(1) وقد تناولها المشرع الجزائري في المواد 124 و ما بعدها، من القانون المدني الجزائري، و نفس الحجة تنطبق على القوانين العربية حيث فصلت بين نصوص المسؤولية التقصيرية ، و النص الخاص بنظرية التعسف، و تناولت هذا الأخير في الباب التمهيدي.

المصريين، كان ناتجا من أن نصوص القوانين العربية لم تستعمل مصطلح التعسف مباشرة بل معظمها نص على أنه: " يعتبر استعمال الحق غير مشروع ... " وهذه العبارة تثير الالتباس ، بينما لا تثير المادة 41 من القانون المدني الجزائري أي التباس لأن المشرع قد فصل في الأمر و استعمل مباشرة لفظ التعسف بقوله " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية ... " .

- الغالب في الجزاء عن التعسف هو التعويض العيني، بينما يغلب الجزاء النقدي في المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾ و ننتهي إلى أن التعسف مستقل عن نظام المسؤولية التقصيرية فهو يرتبط بفكرة الحق ذاته و يستمد وجوده كنظرية من فكرة النزعة الجماعية في الحقوق، و تكييفه على هذا النحو هو الذي يبين لنا حقيقة التعسف ، بينما إذا كيفنا التعسف بأنه صورة من صور المسؤولية التقصيرية فإننا نهمل الأساس الحقيقي الذي تستند إليه نظرية التعسف وهو النزعة الجماعية في الحقوق ، كما نهمل سبب تشريع هذه النظرية و هو تخويل القاضي سلطة في مراقبة استعمال الحقوق ، لمنع الإضرار بالغير . وهذه السلطة أوسع نطاقا من سلطته في المسؤولية التقصيرية التي تشترط وقوع خطأ .

(1) أنظر في ذلك: د/ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ذكره ، ص 224 و 225 .

الفصل الثاني

مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة
الإسلامية

الفصل الثاني

مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

على خلاف ما عرفه الفكر القانوني من اختلاف بشأن نظرية الحق، فإن الفقه الإسلامي اتفق بشأن هذه النظرية في كون الحق الفردي هو منحة من الشارع الحكيم، فيجب استعماله وفق الغاية التي شرع من أجلها، فإذا استعمل وفق هذه الغاية وجبت حمايته وإذا خالف صاحب الحق هذه الغاية رفعت عنه هذه الحماية وعد استعماله تعسفا، لذا فيجب للوصول إلى المعنى الحقيقي للتعسف تحديد الغاية التي من أجلها شرع الحق، ومدى اهتمام الفقه الإسلامي بهذه الغاية، وربط استعمال الحقوق بها.

وسنقتصر على دراسة الغاية التي من أجلها شرع حق الملكية العقارية لنحدد معنى التعسف في استعمال هذا الحق، وقد عرف الفقه الإسلامي اختلاف بشأن طبيعة حق الملكية العقارية فمنهم من أطلقه، ومنهم من قيده، ولهذا فإن مفهوم التعسف تأثر بفكرتين هما : غاية حق الملكية العقارية وطبيعتها.

وعليه سندرس مفهوم التعسف باعتباره انحراف عن الغاية التي شرع من أجلها حق الملكية العقارية، ثم سندرس أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق، ومن خلال التطبيقات التي عرفتتها النظرية والتي سنقصرها على حق الملكية العقارية سيتوضح لنا مفهوم التعسف بصفة كاملة.

لهذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي :

المبحث الأول : إرتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته.

المبحث الثاني : الأدلة الشرعية لنظرية التعسف في استعمال الحق.

المبحث الأول

إرتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته

ذكرنا أن حق الملكية العقارية لم يشرع ليكون وسيلة للإضرار بالغير، فهو مرتبط بغاية معينة يرسمها الشارع الحكيم، وهذه الغاية تتأثر بطبيعة حق الملكية العقارية، ولهذا سندرس طبيعة هذا الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ونحدد صلته بمفهوم التعسف، ثم ندرس معنى الغاية التي شرع من أجلها حق الملكية العقارية، فهذا المصطلح - الغاية - هو مصطلح غامض، لذا يجب تحديده، وتحديد الصلة التي تربطه بمفهوم التعسف، وذلك من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: طبيعة حق الملكية العقارية في الفقه الإسلامي وصلته بمفهوم التعسف.

المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الملكية العقارية انحراف بهذا الحق عن غايته.

المطلب الأول

طبيعة حق الملكية العقارية في الفقه الإسلامي وصلته بمفهوم التعسف.

للحق في اللغة معان عديدة كلها تصب في معنى الثبوت والوجوب، وعلى العموم فإنه يعرف بأنه: "الأمر الثابت الموجود"، ولا يثبت الحق إلا بحكم الشارع⁽¹⁾. والملكية باعتبارها أحد الحقوق الفردية عرفها الفقهاء بأنها الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعا، والذي به تكون القدرة على التصرف إلا لمانع⁽²⁾. وغالبا ما يستعمل فقهاء الشريعة لفظ الملك بدلا من الملكية. فهذا الاختصاص بالأشياء هل هو مطلق أم مقيد؟ اختلف أئمة المذاهب الفقهية في الإجابة عن هذا السؤال إلى رأيين، فمنهم من اعتبر الملكية حق مطلق، ومنهم من اعتبرها حق مقيد.

أولا / الملكية العقارية حق مطلق:

يعتبر حق الملكية عند الإمامين الشافعي وأبي حنيفة حقا مطلقا، وللمالك أن يتصرف في ملكه كيفما شاء، حتى وإن أضر بالغير⁽³⁾، وذلك لأنهما لا يأخذان بحديث "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁴⁾، كأصل لتقييد

(1) أنظر في ذلك: الأستاذ/علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، بدون رقم الطبعة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة مصر 1969 ص6.

(2) أنظر في ذلك: أ/محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص70 و71 فقرة 15

(3) أنظر في ذلك: الإمام ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1996، ص327.

(4) رواه أبو سعيد الخدري (أنظر في ذلك: الإمام/محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء الخامس، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص276 فقرة 655).

حق الملكية، حيث قال الإمام الشافعي فيه : «فإن تأول رجل قول النبي (ص) "لا ضرر ولا ضرار" فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل شيئا إلا احتمل عليه خلافه، ووجهه الذي يصح به أن "لا ضرر" في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، و "لا ضرار" في أن يمنع رجل من ماله ضررا»⁽¹⁾، وبهذا فإن الشافعي يطلق حق الملكية إلى أبعد مدى للمالك استعمال ملكه كيفما شاء، وحمل الحديث على أنه لا ضرر أعظم من منع المالك في التصرف في ملكه⁽²⁾. وكذلك الإمام أبي حنيفة، فالمالك عنده حر في استعمال ملكه حتى وإن أضر بالغير، إلا إذا كان للغير على ملكه حق عيني، كحق صاحب العلو على السفلى، فقد قسم الأحناف التصرفات المادية في ملكية الطبقات إلى ثلاثة أصناف :

الصف الأول : التصرفات التي تضر أحدهما ضررا محققا كأن يهدم صاحب السفلى بناءه أو يبني صاحب العلو ما يوهن السفلى، وقد اتفق أبو حنيفة وصاحبه - أبو يوسف ومحمد - على ضمان المالك ما يفعله.

الصف الثاني : التصرفات التي لا يتحقق فيها ضرر بأحدهما، كدق مسمار في الجدار، وهنا لا يرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه لزوم الضمان أو المنع من التصرف.

الصف الثالث : التصرفات التي يشك في نتائجها فلا يعرف على وجه اليقين أيحدث منها ضرر أم لا، كأن يقوم صاحب السفلى بفتح نافذة فيه أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال فيه، وهذا النوع من التصرفات جائز عند الصحابين خلافا لأبي حنيفة، والذي لم يجزها إلا إذا أذن بها أحدهما للآخر، ولأن المالك أدري بمصلحته فهي جائزة بسبب الإذن⁽³⁾.

وفيما عدا هاته الحالات لا يمنع المالك من استعمال ملكه حتى وإن أضر بالغير سواء في العقارات المبنية أو غير المبنية، فقد جاء في الخراج "وسألت يا أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص

(1) أنظر في ذلك: د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 353.

(2) أنظر في ذلك: الأستاذ/محمد أبو زهرة، أبي حنيفة، بدون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص 359، فقرة 231.

(3) راجع في ذلك - الأستاذ/محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1969، ص 365.

-الدكتور/منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طبعة 1988، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 112.

-الدكتور/عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، الطبعة الثالثة، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 280.

-الدكتور/محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، بدون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، بدون مكان الطبع، 1987، ص 181.

فيسقي منه حرثه ونخله وشجره، فينفجر من ماء نهره في أرضه فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره فيغرقها، هل يضمن؟ قال - أبو يوسف - : ليس على رب النهر في ذلك ضمان، من قبل أن ذلك في ملكه، وكذلك لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت لم يكن على رب الأرض الأولى شيء، وعلى صاحب الأرض التي غرقت و نزلت أن يحصن أرضه" (1). و يظهر من خلال هذا الرأي لأبي يوسف - صاحب الإمام أبي حنيفة - كيف أن المالك حر في استعمال ملكه حتى وإن أدى هذا الاستعمال إلى الإضرار بالغير مادام أنه لم يتعد، إذ لا ضمان إلا مع التعدي، وفي هذا يقول السرخسي - الفقيه الحنفي -: " ولإنسان أن يتصرف في ملك نفسه -ملكه- بما يبدو له و ليس للجار أن يمنعه عن ذلك و له أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لأنه يتصرف في خالص ملكه، رأيت لو أراد أن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك و الحاصل أن من تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم و إن كان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ألا ترى أن أتجر في حانوته نوع من تجارة لم يمنع من ذلك إن كانت تكسد بسببه تجارة -غيره- ، و إن أصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنايك الدواب المارة، و أن يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها في حوانيتهم، ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك. و للإنسان أن يسقي أرضه و ليس لجاره أن يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء البئر ، فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه" (2)، و هذا يبين أن الأحناف لا يقيدون المالك في التصرف -المادي - فمعنى الملك يقتضي إطلاق اليد في التصرف إطلاقا تاما و المنع يكون لتعلق حق غيره به، فإذا لم يتعلق به حق عيني لا يمنع و على ذلك يكون للشخص أن يصنع في عقاره ما يشاء، فله أن يحفر بئرا أو بالوعة ، و لو كان ذلك يوهن بناء جاره ، و لو فعل شيئا من ذلك أو مثله حتى وهن الجدار فسقط لاضمان عليه، لأنه لا ضمان إلا مع التعدي و استعمال الملك لا يعتبر تعديا، و لأن منعه من الانتفاع بملكه يعتبر ضررا اكبر من الضرر الذي وقع للجار من جراء هذا الاستعمال (3). و هذا رأي الشافعي أيضا (4) ، فلا يعني الملك عندهم سوى حرية التصرف. و إذا كان أبو حنيفة لا يقيد الملكية قضاء، فإنه يترك التقييد للديانة (5) فان الوازع الديني يحول

(1) أنظر في ذلك: الإمام/ أبي يوسف، الخراج ، الطبعة الخامسة ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، مصر ، 1396هـ ، ص 107 .

(2) أنظر في ذلك: الإمام/ السرخسي ، المبسوط، الجزء 15، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، 1993، ص 21

(3) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة ، أبي حنيفة، المرجع السابق ذكره، ص 359 فقرة 231

(4) أنظر في ذلك: الإمام/ محمد بن محمد أبي حامد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، بدون رقم الطبعة، دار الفكر ، بيروت لبنان ، 1994 ،

(5) راجع في ذلك : د/ عيسوي احمد عيسوي ، الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ذكره ، ص 282

دون الإضرار بالغير و في هذا يقول السرخسي "و إن كف -المالك- عما يؤدي جاره كان أحسن له قال صلى الله عليه وسلم " مازال جبريل عليه السلام يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه" و التحرز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لا يجبر على ذلك في الحكم -القضاء-⁽¹⁾ . و عليه فكان أبو حنيفة يرشد المتنازعين إلى حيل، لكي يبين من خلالها أن الجوار مصالح مشتركة يجب مراعاتها، و الخوف من المعاملة بالمثل تدعوا الجار إلى أن يتحرز عن الإضرار بجاره، و المعاملة بالمثل التي كان يقضي بها أبو حنيفة هي نتيجة لحرية التصرف في الملكية ، فيخاف الجار من أن يعامله جاره بمثل ما فعل فيتفادى الإضرار به، و لهذا قال السرخسي " و الحيلة للجار أن يتصرف في ملكه على وجه يدفع به ضرورة عن نفسه و يحول بينه و بين مقصوده على ما حكي أن رجلا جاء إلى أبي حنيفة -رضي الله عنه- فقال : إن جاري اتخذ مجمدة بجنب حائطي، فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو ما يجمع من الجمد" و كذلك ليس للجار أن يمنع جاره من فتح باب أو كوة في بنائه، بل يجب على المتضرر منعا لهذا الضرر أن يبني في ملكه ما يستتر به⁽²⁾.

إذن فكان أبو حنيفة لا يقيد الملكية قضاء و يقيد دينا، و ذلك نظرا لما كان للوازع الديني من اثر في عصره، و لأن تدخل القضاء قد يؤدي إلى المشاحة و الخصومة و إضعاف الوازع الديني الذي يكفي وحده لقطع المنازعة و منع الاعتداء، و إن إشعار كل جار بأن مصلحته مع جاره مصلحة مشتركة قد يدفعه إلى الخير ، و إذا جاء تدخل القضاء ليلزم بأحكامه ضعف الإحساس بالمصلحة المشتركة ، و يكون النزاع بدل التعاون الحر المختار ، و أن أبو حنيفة في فقهه يؤثر في تعامل الناس دائما الحربة المتسامحة المقيدة بالدين ، عن القضاء الملزم المقيد القاطع لمعاني التسامح⁽³⁾.

و لكن جاء المتأخرون من فقهاء الحنفية، فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا لحديث " لا ضرر و لا ضرار"، و لأن الناس لسوء أخلاقهم و ضعف دينهم تركوا ما أوجبه الله عليهم من التزامات خلقية و دينية في رعاية الجار، و جب حملهم على احترام حقوق الجوار بسلطة القضاء، و إلا عمت الفوضى و الفساد⁽⁴⁾ أو هذا هو سبب الأخذ بالاستحسان و لا يتدخل القضاء لمطلق

(1) أنظر في ذلك: / / السرخسي، المبسوط، ج 15، المرجع السابق ذكره، ص 21

(2) أنظر في ذلك: / / السرخسي، المرجع نفسه، ص 21.

(3) أنظر في ذلك: / / محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، الجزء الثاني، بدون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 169، فقرة 145.

- / / محمد أبو زهرة، أبي حنيفة، المرجع السابق ذكره، ص 359 و 360، فقرة 231 و 232.

(4) أنظر في ذلك: أ / علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 124.

الضرر، بل الفاحش البين، وهو ما يكون سببا للهدم، وما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، و يمنع الحوائج الأصلية-الضرورية- كسد الضوء بالكلية، ولا يعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس أو سد منافذ الهواء على المساكن، لأنه يمكن الانتفاع مع ذلك في الجملة⁽¹⁾، و يعتبر ضررا فاحشا الدق الذي يهدم الحيطان و ينثرها⁽²⁾. و لا يمنع المالك عن إيقاع الضرر إذا لم يكن فاحشا كفتح كوة في بنائه العالي مشرفة على جاره أو يبني بناءا عاليا يشرف على جاره، و ذلك عند الشافعية و الأحناف، و قد خالفهم في ذلك الإمام احمد و وافقه الإمام مالك في بعض الصور⁽³⁾.

و إجمالا يمكن القول بان للمالك لدى الحنفية مطلق الحرية في التصرف في ملكه، ما لم يتعلق حق الغير بملكه، و شريطة ألا يؤدي هذا الاستعمال إلى ضرر فاحش، و قد ضيقوا من مجال الضرر الفاحش و جعلوه فقط ما يؤدي إلى هدم البناء أو يوهنه، و هو الذي يكون نتيجة استعمال غير معتاد للعقار، أما الإضرار الناتجة عن الاستعمال المعتاد فلا توجب لديهم الضمان اعتبارا بالأصل و هو إطلاق الملكية و عليه فإن نظرية التعسف بفضل آراء المتأخرين من الحنفية أصبحت تقوم لديهم على مبدئين:

المبدأ الأول: استعمال الحق يعتبر غير مشروع إذا تولد عنه ضرر غير عادي-فاحش- .

المبدأ الثاني: لا يسوغ استعمال الحق بنية الإضرار بالغير.

فالمبدأ الأول أرساه متأخرو الحنفية أخذا بالاستحسان، و المبدأ الثاني هو قائم من قبل في الفقه الحنفي، حيث يمنع المالك من استعمال ملكه إذا قصد من وراء ذلك إيقاع الضرر بالغير، و في هذا قال أبو يوسف " و إن عرف أن صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للإضرار بجيرانه و الذهاب بغلاتهم و تبين ذلك فينبغي أن يمنع من الإضرار بهم"⁽⁴⁾.

و عليه فالقول بإطلاق الملكية إطلاقا تاما يعدم نظرية التعسف، و هذا ما ذهب إليه الشافعي و ناهضه في ذلك جميع فقهاء الشافعية حتى تلامذته⁽⁵⁾ و هو رأي الإمام أبو حنيفة، إلا أن رأيه يشمل استثناءات، وبهذا تقررت نظرية التعسف عنده، و قد كرستها آراء المتأخرون من الأحناف.

(1) أنظر في ذلك: أ / محمد أبو زهرة، أبي حنيفة، المرجع السابق ذكره، ص 260 فقرة 233 .

(2) أنظر في ذلك: / ابن قدامة، المغني، المرجع السابق ذكره، ص 327 .

(3) أنظر في ذلك: / ابن رجب، جامع العلوم و الحكم، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ص 217 .

(4) أنظر في ذلك: / أبي يوسف، الخراج، المرجع السابق ذكره، ص 107 .

(5) أنظر في ذلك: د / انور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 87 .

ثانيا / الملكية العقارية حق نسبي:

خلافا للرأي الذي يطلق حق الملكية، ظهر اتجاه يعتبر الملكية وظيفة اجتماعية وأسس هذا الرأي على نظرية الخلافة الإنسانية، حيث اعتبر كل ما على الأرض، بما فيها الملكية هي لله تعالى، وما الإنسان إلا خليفة في الأرض، والخلافة الأصلية تكون للجماعة وتسمى الخلافة العامة، والجماعة تستخلف الفرد خلافة خاصة، فملكية الله تعالى هي ملكية حقيقية، وملكية الفرد هي ملكية فعلية، وهذا الرأي جاء لتبرير القيود التي تفرضها الجماعة على الفرد، باعتبارها صاحبة الخلافة أصلا. (1)

إلا أن هذا الرأي لم يحظ بالقبول من طرف الفقه، فما كانت الملكية يوما وظيفة بل هي حق فردي، منذ أقدم القرون، كما أن الشريعة الإسلامية أقرت الملكية الفردية، وقررت لها حماية خاصة، وقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن القيود التي ترد على حق الملكية تشكل عنصر الجماعة في هذا الحق، وبالتالي فإن حق الملكية يمتاز بعنصرين، عنصر الفردية و عنصر الجماعة، فالشريعة الإسلامية إذ تقر حق الملكية وتحميه، فهي تجعل له ضوابط تحول بينه وبين استعماله في غير غايته التي من أجلها شرع، وهذا الرأي يتفق مع رأي الإمامين أحمد ومالك حيث يعتبران الملكية حقا فرديا مقيد بقيود شرعية (2) إذ فرضت الشريعة على المالك الكثير من القيود لصالح الجماعة والأفراد، وسبيلها في ذلك الموازنة بين أهم قوتين هما غريزة التملك و غريزة الاجتماع. (3) وهذه القيود تعزى أولا إلى الجانب الروحي العقائدي، وهو الإيمان بأن المالك الحقيقي للإنسان وما بيده و الكون هو الله فيتقيد الإنسان بقوانين الشريعة في التملك طبقا لما يريد صاحب الملك. (*) وثانيا إلى الجانب القانوني وهو ما تفرضه الشريعة من قيود على

(1) راجع في ذلك: الدكتور/ ضياء مجيد الموسوي، لمحات من اقتصاديات الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي، بدون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 27.

الدكتور/ محمد باقر الصدر، اقتصادنا، بدون رقم الطبعة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1977 ص 396.

(2) أنظر في ذلك: ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 212.

الدكتور / وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، دمشق، سورية، 1998، ص 22 و 23.

(3) أنظر في ذلك: د/ مندر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق ذكره، ص 65.

(*) والرجوع لنظرية الاستخلاف لتأسيس الملكية عليها هنا، يكون له بعد عقائدي فقط، عكس الاتجاه الذي يعتبر الملكية وظيفة اجتماعية والذي اعتبر أن الخلافة الإنسانية في الأرض تقتضي إلغاء الملكية الفردية، فهذا علو قد هجره الفقهاء.

سلطات المالك تحول بينه وبين الأضرار بالغير سواء فرداً أم جماعة⁽¹⁾ .

ويمكن تقسيم هذه القيود إلى قسمين:

• تقييد حق الملكية لصالح الجماعة: وهذا النوع من القيود يتمثل في أمرين:

الأول: لا يجوز للفرد أن يتصرف في ملكيته بما يضر المجتمع عامة .

الثاني: تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة، وبناء عليه فقد أجاز الفقهاء الاستملاك الجبري -نزع

الملكية- في حالة الضرورة كاستملاك الأرض المجاورة للمسجد أو للطريق العام لأجل توسيعهما.⁽²⁾

• تقييد الملكية بما تقتضيه المصالح الخاصة ومثال ذلك قيود الجوار.⁽³⁾

ومن هنا نستطيع إيجاد العلاقة بين نظريتين قررهما الفقه الإسلامي، وهما نظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية، ونظرية التعسف في استعمال الحق، فالنظرية الأولى تفترض وجود حق فردي وهو ما ترفضه النظرية القائلة بأن الملكية وظيفة اجتماعية، فثمة فرق كبير بين هذه العبارة والقول بأن الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية، فالحق الفردي ثابت بمقتضى هذا الاصطلاح، وبالإضافة إلى اعترافها بفرديتها حق الملكية، فإنها تدخل عليه عنصر الجماعة، وهو المتمثل في الوظيفة التي يؤديها هذا الحق، وهو ما يرفضه القائلون بإطلاق حق الملكية، وبناء على هذا تنقرر نظرية التعسف في استعمال الحق التي لا يمكن تطبيقها إلا في وجود حق فردي مقيد، فإذا استعمل المالك ملكيته بما يخالف الوظيفة المنوطة بهذا الحق وأدى ذلك إلى الإضرار بالغير سواء فرداً أم جماعة، فيكون قد تعسف في استعمال حقه، وسبيل الشريعة في ذلك هو تقديم المصلحة الأولى بالرعاية، كما أنها لا تهدر حق المالك، إذ لا يجوز منعه من استعمال حقه إذا كان ذلك يؤدي به إلى ضرر، فتوازن بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.

(1) أنظر في ذلك: الأستاذ/ سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، الطبعة 8، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1982، ص 106 و107

(2) أنظر في ذلك: الدكتور/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، بدون رقم الطبعة، جامعة حلب

كلية الحقوق، 1964، 1965، ص 32

(3) أنظر في ذلك: أ / محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 111.

المطلب الثاني

التعسف في استعمال حق الملكية العقارية انحراف بهذا الحق عن غايته.

التعسف في استعمال الحق هو أن يمارس الإنسان الحق المشروع الذي منح له بطريقة تلحق الضرر بغيره⁽¹⁾، فالتعسف لا يكون إلا مع وجود الحق، وهذه الكلمة-تعسف-هي اصطلاح حديث أطلقه علماء القانون وهي ترجمة لـ: (the abuse of rights) الإنجليزية، أو (l'abus des droits) الفرنسية، ولم ترد هذه الكلمة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، بل وردت عندهم بتعبيرات أخرى تدل عليها، ككلمة (الاستعمال المذموم) و(المضارة في الحقوق)⁽²⁾ غير أن كلمة تعسف أدق لأنها تؤدي المعنى بشكل واضح، أما المضارة فهي نتيجة للتعسف فلا تؤدي المعنى الدقيق له، وهناك من الفقهاء من استعمل كلمة التعدي، ويظهر من خلال شروحاتهم أنهم يريدون بها التعسف، فالعبرة بالمعاني لا بالمباني⁽³⁾

ونجد بعض الكاتبيين يخلطون بين التعسف والمجاوزة منهم د/أحمد النجدي زهو، حيث يعرف التعسف بأنه: هو ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له⁽⁴⁾. فالشق الثاني من التعريف يتنافى مع معنى التعسف، فمجاوزة الحدود المشروعة للحق تسمى التعدي وهو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي وضابطه الخروج عن سلوك الرجل العادي⁽⁵⁾، والأصل في الملكية هو حرية الاستعمال، ومنع الاستعمال لا يكون إلا لسبب عارض أجنبى عنه، ولولا هذا العارض كان استعماله جائزا مشروعاً⁽⁶⁾ وإذا زال هذا العارض رجع الاستعمال إلى أصله أي إلى المشروعية، أما المجاوزة فهي عمل غير مشروع أصلاً، ومن أمثلة ذلك، بناء المالك في أرضه يعتبر استعمالاً مشروعاً للملكية، غير أنه ينقلب إلى تعسف إذا قصد من وراء ذلك الأضرار بجاره كأن يسد عنه الضوء والهواء، فيصبح استعمال الملك على هذا الوجه غير مشروع، أما إذا قام بالبناء على ملك جاره فيعد متعدياً أو مجاوزاً لحدود حقه، وكذلك لمالك الأرض الزراعية اختصاص على أرضه، أي أن ينتفع بها بصفة

(1) أنظر في ذلك: د/محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 141.

(2) أنظر في ذلك: د/محمد فاروق النبهان، المرجع نفسه، ص 141.

(3) أنظر في ذلك: د/فتحي الدربني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظريته التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 271 و 272 وص 302.

(4) أنظر في ذلك: د/أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 27.

(5) أنظر في ذلك: الدكتور/محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، بدون رقم الطبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 83 و 84.

(6) أنظر في ذلك: أ / علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 116.

استثنائية بحيث يمنع الغير من الانتفاع بها، ولكن إذا منع جاره من إمرار الماء من خلال أرضه للسقي، ولم يكن للجار أي سبيل آخر في ذلك، ولم يلحق المالك من هذا الإمرار أي ضرر كان متعسف في هذا المنع، و الوصية باعتبارها تصرف في حق الملكية ، إذا كانت بأكثر من الثلث أو لو ائث مجاوزة لحدود الحق، فتكون باطللة لهذا السبب، أما إذا كانت في حدود الثلث ولغير وارث، فإنها تكون مشروعة، لأن الموصي استعمال حقه في الحدود المشروعة له، فإذا لم يكن للموصي من وصيته سوى الإضرار بالورثة عد متعسفا في استعمال حقه لأن وصية الضرار محرمة شرعا، والعارض الذي قلب استعمال حق الايضاء من استعمال مشروع إلى استعمال غير مشروع يتمثل هنا في نية الإضرار. وقد لا يكون للمالك قصد الإضرار بالغير إلا أن استعماله يعتبر غير مشروع بالنظر إلى مآله أو نتيجته، ومثال ذلك ما يحدثه الجار في ملكه من دق وهز يوهن جدار جاره، فيؤدي ذلك إلى عدم انتفاع جاره بملكه على النحو المعتاد، فيمنع من ذلك حتى ولو لم يقصد الإضرار بجاره.

إذن فالفرق الأساسي بين المجاوزة والتعسف، هو أن المجاوزة فعل غير مشروع في ذاته، بينما التعسف هو فعل مشروع في ذاته ولكن انقلب إلى فعل غير مشروع لعيب في باعته أو نتيجته⁽¹⁾. وقد يظهر أن قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان " تتنافى مع مفهوم التعسف كما ذكرناه، فهذه القاعدة الفقهية تقضي بأن الأصل أن المالك إذا ما استعمال ملكه، فإنه يكون حرا في استعماله على الوجه الذي يحلو له، حتى ولو أدى استعماله إلى إلحاق الضرر بالناس، إذ من التناقض أن يقال بتبعة مالك لم يخرج في استعمال ملكه عما ينص عليه الشرع ، فلو حفر بئرا في ملكه ووقع فيه إنسان، وهلك لا يضمن حافر البئر شيئا، وسبب ذلك أن حافر البئر قد استعمال ما شرع له من حق، وهذا الجواز يرفع عن الفاعل مسئوليته عن الضرر⁽²⁾. ولكن قد يسبب استعمال حق الملكية ضررا جسيما للغير، فهل من التناقض أن نقول بضمان المالك؟ في هذا يقول د/فتحي الدريني: "لا يقال أن ثمة تناقضا بين وصف الفعل بكونه مشروعا في الأصل، ثم وصفه بأنه متعسف فيه، لأننا نقول : أن الجهة منفكة، فلا يلزم التناقض المزعوم، إذ المشروعية منصبة على ذات الفعل، والتعسف منصب على كيفية استعماله، إما بالنظر إلى

(1) أنظر في ذلك: د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص290.

- أ/محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص82و83.

(2) أنظر في ذلك: د/ محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الاسلامي وأثرها في حق الملكية، المرجع السابق ذكره، ص84.

- الأستاذ / علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار

الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1991، المادة 91، ص81.

الباعث عليه أو مآله، وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد لتعدد الجهة"⁽¹⁾.

وفي الأخير نقول أن التعسف بالنظر إلى نتيجته يؤدي إلى الإضرار بالغير سواء بقصد أو بدون قصد والحق لم يشع ليكون وسيلة لإيقاع الضرر بالغير، فالحق في الشريعة الإسلامية ليس بمطلق فهو يمتاز بصفة الجماعية وصفة الفردية في آن واحد. و عليه فالتعسف هو خروج عن الغاية التي شرع من أجلها الحق و عن طبيعة الحق ذاته ، و نعتد في إجمال هذا المعنى التعريف الذي جاء به د/فتحي الدريني للتعسف إذ يقول:"التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل". ومعنى "مأذون فيه شرعا بحسب الأصل" أن الشخص يستعمل حقه، ولا يخرج عن حدوده، ولأنه لم يخرج عن الحدود الشرعية لحقه، فإن الاستعمال يعتبر مأذونا فيه، أي مباح، غير أنه ينقلب إلى استعمال غير مباح إذا طرأ عليه عيب في باعته أو نتيجته، بحيث أصبح يضر بالغير، فكانت المشروعية بحسب الأصل والتحریم بحسب ما طرأ عليه من عيب ، والتعسف إما أن يكون فعلا إيجابيا أو سلبيا، و مثال الفعل الإيجابي بناء مالك الأرض في ملكه حائط يسد به الهواء والنور عن جاره، ومثال الفعل السلبي، امتناع مالك الحائط الذي مال إلى الطريق العام عن هدمه⁽²⁾.

أما معنى "مناقضة قصد الشارع" هي استعمال الحق في غير ما شرع له أي في غير غايته، لأن قصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار، والمصلحة المقصودة ليست هي المصلحة الفردية الأنانية و إنما هي المصلحة الاجتماعية، والتي تكون نتيجة ترجيح أحد المصالح المتضاربة، فيرسم الشارع مسبقا أي مصلحة أولى بالرعاية، وعليه فقد تكون المصلحة مشروعة أصلا، ولكن لمعارضتها لمصلحة أخرى أولى بالرعاية أصبحت غير مشروعة⁽³⁾، ومناقضة قصد الشارع إما أن تكون بقصد وهي حالة استعمال الشخص لحقه بقصد الإضرار بالغير، أو أن تكون بدون قصد، وهي تشمل الأفعال التي تكون نتيجتها مضادة للأصل العام في جلب المصالح ودرء المفاسد⁽⁴⁾. وفي هذا يقول الإمام الشاطبي:"قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع"⁽⁵⁾ ويقول:"كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في

(1) أنظر في ذلك: د/فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 273 و 274.

(2) أنظر في ذلك: د/فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 317.

(3) أنظر في ذلك: د/فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 265 وما بعدها.

– أ/محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 84.

(4) سيأتي تفصيل ذلك في أدلة النظرية من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية ص 71 وما بعدها من هذا البحث.

(5) أنظر في ذلك: الإمام الشاطبي، الموافقات، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 23.

التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل، أما أن العمل المناقض باطل فظاهر فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولف لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة⁽¹⁾.

ومناقضة قصد الشارع لا تقتصر على قصد الإضرار فقط بل تتعدى ذلك لتشمل النتيجة، فإذا كانت النتيجة غير مشروعة كان الفعل تعسفاً.

ومن أمثلة مناقضة قصد الشارع، نجد وصية الضار⁽²⁾، فقصد الشارع من شرعية الوصية هو جعلها وسيلة قربي لا وسيلة إضرار بالورثة، فقد لا يكون للموصي من خلال وصيته سوى الإضرار بالورثة، وذلك بالإنقاص من مقدار التركة، فالمناقضة هنا ظاهرة وجزاء الفعل هو -عند البعض- الإبطال، وتحريمها ديانة لا خلاف فيه، والمناقضة هنا تعسف لأن الموصي لم يجاوز حدود حقه.

ومن الأمثلة نجد نزع الملكية للمنفعة العامة، فقد شرعه الشارع لمصلحة راجحة وهي المصلحة العامة، وامتناع المالك عن تسليم عقاره، وتنفيذ ما صدر بشأنه يعتبر تعسفاً، لأنه يعارض مصلحة جعلها الشارع راجحة، وكذلك امتناع المالك عن هدم جداره المائل إلى الطريق العام عد تعسفاً لأنه يتعارض مع مصلحة أولى بالرعاية، وهي المصلحة العامة.

وهكذا فإن كل ما يعتبر مناقضة لقصد الشارع وفي الحدود المشروعة للحق يعتبر تعسفاً، فالتعسف في الشريعة أوسع من أن نعتبره مجرد أحكام جزئية، فهو نظرية قائمة بذاتها لا تستند إلى نظرية التعدي، ولا تستمد وجودها منها، بل كلا النظريتان تكملان بعضهما، والتعسف يستند إلى أصول عامة في الشريعة، منها درء المفاسد أولى من جلب المصالح وغيرها.

(1) أنظر في ذلك: / / الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 27 و 28.

(2) سيأتي تفصيل ذلك في أدلة نظرية التعسف من القرآن الكريم ص 54 وما بعدها من هذا البحث.

المبحث الثاني

الأدلة الشرعية لنظرية التعسف في استعمال الحق.

كرست نظرية التعسف في استعمال الحق والتي عرفت باسم نظرية المضارة بوسائل تشريعية شتى، من بينها الأحكام التي تحرم نية الإضرار حيث جاء بها القرآن الكريم في مواضع متعددة و أرساها الرسول (ص) بسنته المطهرة كما أن هذه النظرية تستمد من المبادئ التي تستند إليها الشريعة الإسلامية ، فكل فقيه مقيد بهذه المبادئ والمقاصد و روح الشريعة- لا سيما نظرتها إلى الحقوق- وفي ذلك مجال خصب للاجتهاد، ومن ثم كان تعدد المذاهب الفقهية واختلافها، ورغم هذا الاختلاف إلا أن الفقه قد أرسى قواعد فقهية تقوم عليها نظرية المضارة، وكان الاختلاف فقط في تطبيق هذه القواعد على الجزئيات، ومن ثم كان لنظرية المضارة أدلة من القرآن وأدلة من السنة وأدلة من خلال القواعد الفقهية التي وضعها الفقهاء.

المطلب الأول

أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق في القرآن الكريم.

لقد سطر لنا القرآن الكريم أسسا يقوم عليها المجتمع في جميع النواحي، ولا يجاد مجتمع إسلامي فاضل، فإنه حرم المضارة في الحقوق في كل أنواعها، فنجد حرم المضارة في : حق الطلاق وحق الرجعة وحق الإرضاء والوصايا وحق طلب حبس المدين عند إعساره... إلخ⁽¹⁾.

(1) بالنسبة لحق الطلاق وتحديده قال الله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان". (سورة البقرة ، آية 229، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره) وبالنسبة لحق التقاضي والنهي عن التعسف في استعماله قال الله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون" (سورة البقرة آية ، 188 ، القرآن الكريم ، المرجع نفسه). وبالنسبة للوصايا قال الله تعالى: "وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا". وبالنسبة لحق الرجعة وتحريم المضارة في استعماله قال الله تعالى: "وإذا طلقتم النساء، فبلغن أجلهن، فامسكوهن بمعروف، أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضارا لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه..." (البقرة آية 231 ، القرآن الكريم ، المرجع نفسه). وقوله أيضا "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن، إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر، ويعتدنهن أحق بردهن إن أرادوا إصلاحا" (البقرة آية 228 ، القرآن الكريم ، المرجع نفسه). وبالنسبة للإرضاء والتعسف في استعماله قال الله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها، لا تضار والدة مولودها ولا مولود له بولده" (البقرة آية 233 ، القرآن الكريم ، المرجع نفسه). وبالنسبة لحق المطالبة بحبس المدين فيحرم استعماله إذا كان المدين مسرا لقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى مسرة، وإن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون" (البقرة، آية 280) انظر في ذلك، د/أنور سلطان، نظرية =

أولا / تقييد الوصية بعدم الإضرار بالورثة :

قال تعالى " من بعد وصية يوصي بها أو دين، غير مضار، وصية من الله، والله عليم حلِيم"⁽¹⁾.
الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت⁽²⁾، والآية الكريمة إذ أعطت الحق للمالك في التصرف في ملكه بالوصية، فإنها قيدته بعدم الإضرار بالورثة، والتصرف عن طريق الوصية لا يخلو من أحد الأوجه التالية:
الوجه الأول: أن يوصي بما يزيد عن الثلث: في هذه الحالة لا ينفذ ما أوصى به إلا في حدود الثلث إلا بإجازة الورثة، سواء قصد المضارة أم لم يقصد⁽³⁾، فالموصي لا يملك حق الإيضاء بأكثر من الثلث، وعليه فهذه الحالة تخرج من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، التي تفترض وجود حق، وفي هذا الوجه انتفى وجه الحق، إذ يعتبر التصرف هنا مجاوزة لحدود الحق، وإذا أجاز الورثة التصرف انتفى وجه المجاوزة.

الوجه الثاني: أن يوصي لوارث: والوصية هنا باطلة* (إلا إذا أجازها الورثة⁽⁴⁾ عملا بالحديث الشريف " لا وصية لوارث"⁽⁵⁾، وهذا الوجه يخرج أيضا من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ يعتبر مجاوزة لحدود الحق لا تعسفا في استعماله⁽⁶⁾.

الوجه الثالث: أن يوصي لغير وارث بالثلث أو بما دونه: والموصي هنا له الحق في الإيضاء بثلث أمواله، لقوله (ص): "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم"⁽⁷⁾ ويعني بذلك الوصية⁽⁸⁾، ولكن باعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالحقوق المطلقة، فحق الإيضاء لا يعتبر حقا مطلقا بل مقيد، فالآية

= التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 82، هامش (1).

(1) سورة النساء آية 12، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره

(2) أنظر في ذلك: الشيخ / السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1971، ص 583.

(3) أنظر في ذلك: الإمام / أبي بكر بن عبد الله، المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، القسم الأول، بدون رقم الطبعة، دار الجيل، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 351.

- / ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 213.

* المقصود البطالان النسبي الذي يصح بالإجازة.

(4) أنظر في ذلك: / ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق ذكره، ص 351.

(5) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه (أنظر في ذلك: ش / السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق ذكره، ص 595).

(6) أنظر في ذلك: د / محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 144.

(7) أخرجه أبي شيبة عن معاذ بن جبل (أنظر في ذلك: الإمام / محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص 556)

(8) أنظر في ذلك: / الشوكاني، المرجع نفسه، ص 556.

الكريمة "من بعد وصية ... قيدته بعدم الإضرار، وأساس المضارة هنا هو الخروج عن غاية الحق، أي مناقضة قصد الشارع، فقد شرع الله سبحانه الوصية كوسيلة للقربى لا وسيلة للإضرار بالورثة، وفي حديث للرسول (ص): "من حضرته الوفاة فأوصى فكانت وصيته على كتاب الله كانت كفارة لما ترك من زكاة"⁽¹⁾. ومن هذا الحديث يتبين لنا أن تشريع الوصية هدفه القربى والتكفير عن ما فات⁽²⁾ لا الإضرار بالورثة، فإذا لم يقصد الموصي من الإيصال سوى الإضرار بالورثة، وذلك بإنقاص مقدار المال الموروث كان متعسفا في استعمال حقه باعتبار القصد أو النية، وقد جاءت أحاديث كثيرة تؤيد معنى الآية الكريمة وتحرم المضارة في الإيصال حتى وإن كانت بالثلث أو بما دونه منها:

عن أبي هريرة قال قال رسول الله (ص) "إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة، فإذا أوصى حاف في وصيته، فيختتم له بشر عمله، فيدخل النار، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة، فيعدل في وصيته، فيختتم له بخير عمله، فيدخل الجنة، ثم يقول أبو هريرة: إقرءوا إن شئتم: "تلك حدود الله" إلى قوله "عذاب مهين"⁽³⁾ وفي حديث آخر: "من قطع ميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة"⁽⁴⁾، وقد ثبت في الصحيحين، وغيرهما، من حديث سعد بن أبي وقاص "أن النبي (ص) أتاه يعود في مرضه، فقال: "إن لي مالا كثيرا وليس يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بالثلثين؟ فقال لا، قال فالشطر؟ قال لا، قال فالثلث؟ قال الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس"⁽⁵⁾.

ويقول الشوكاني في الحديث الذي رواه أبو هريرة "إن الرجل ليعمل ...": "فيه وعيد شديد وزجر بليغ وتهديد لأن مجرد المضارة في الوصية إذا كانت من موجبات النار بعد العبادة الطويلة في السنين المتعددة بلا شك أنها من اشد الذنوب التي لا يقع في مصيقتها إلا من سبقت له الشقاوة وقراءة أبي هريرة للآية لتأييد معنى الحديث وتقويته لأن الله سبحانه قد قيد ما شرعه من الوصية بعدم الضرر، فتكون الوصية المشتملة على الضرر مخالفة لما شرعه الله تعالى، وما كان كذلك فهو معصية"⁽⁶⁾.

(1) رواه الدار قطني عن معاوية بن قره عن أبيه (أنظر في ذلك: الأستاذ/ فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 128، فقرة 984

(2) أنظر في ذلك: / فريد عبد العزيز الجندي، المرجع نفسه، ص 128، فقرة 984.

(3) أنظر في ذلك: / الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 40 فقرة 2511.

(4) أخرجه ابن ماجه عن أنس (أنظر في ذلك: / الشوكاني، فتح القدير، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 555).

(5) أنظر في ذلك: / الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 40 فقرة 2511.

(6) أنظر في ذلك: / الشوكاني، المرجع نفسه، ص 40 فقرة 2511.

وقد أجمع الفقهاء على أن وصية الضرار من الكبائر⁽¹⁾، و قال ابن عباس "الإضرار في الوصية من الكبائر"⁽²⁾.

وإذا كان حكم وصية الضرار أنها محرمة وهي من الكبائر التي نهى عنها الله تعالى وجاءت أحاديث كثيرة مؤيدة لهذا المعنى، فإن الفقهاء اختلفوا في الجزاء المترتب على وصية الضرار، فمنهم من يبطلها ومنهم من يجعلها نافذة، فالإمام الشوكاني يبطل هذا النوع من الوصية إذ يقول "فما أحق وصية الضرار بالإبطال من غير فرق بين الثلث وما دونه وما فوقه"⁽³⁾، ونجد بعض المفسرين للقرآن الكريم منهم الإمام البغدادي يقول إن إثبات القصد مشكل ولا يكون إلا بالإقرار ويقول "والظاهر إن قصد الإضرار لا القربة بالوصية بالثلث فما دونه لا يمنع من التنفيذ، فقد أخرج ابن أبي شيبة عن معاذ بن جبل قال: إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم، نعم ذلك محرم بلا شبهة وليس كل محرم غير منفذ فإن نحو العتق والوقف للرياء والسمعة محرم بالإجماع مع أنه نافذ، ومن ادعى تخصيص ذلك بالوصية فعليه البيان وإقامة البرهان"⁽⁴⁾. ويقول ابن رجب "وهل ترد وصيته إذا ثبت ذلك -قصد الضرار- بإقراره أم لا؟ حكى ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد، وقيل: إنه قياس مذهب أحمد"⁽⁵⁾ غير أنه توجد رواية أخرى عن مالك أنها تنفذ و لا ترد، أما الإمام أحمد فمذهبه لا يبطل وصية الضرار فقط بل كل تصرف اشتمل على باعث غير مشروع⁽⁶⁾.

إذن فهناك من يبطل وصية الضرار إذا ثبت ذلك بالإقرار، وهناك من يجعلها نافذة، إلا أنه في كلا الرأيين إجماع على تحريم وصية الضرار دينياً، وتبقى الآية الكريمة "من بعد وصية... أصل قرآني تقوم عليه نظرية التعسف في معيارها الشخصي والذي مناطه نية الإضرار والتي تعتبر مناقضة لقصد الشارع، ولا يمكن النظر إلى المعيار الموضوعي، وذلك لأن الاعتماد على هذا المعيار يؤدي إلى إبطال أصل الوصية، لأن كل وصية -مهتما كانت- تؤدي إلى الإضرار بالورثة، فلا يمكن الحكم عن طريق المآل -مآل التصرف- بل يجب الاعتماد على المعيار الشخصي فقط حفاظاً على أصل الوصية، فقد تكون للموصي نية حسنة محتسبة شرعاً، إلا أنها - الوصية - تؤدي إلى الإضرار بالورثة، فتبقى جائزة شرعاً لانتفاء نية الإضرار⁽⁷⁾.

(1) أنظر في ذلك: / ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 213.

(2) رواه سعيد بن منصور بإسناد صحيح (أنظر في ذلك: / ابن رجب، المرجع نفسه، ص 213)

(3) أنظر في ذلك: / الشوكاني، نيل الأوطار، م 3، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 40 فقرة 2511.

(4) أنظر في ذلك: / البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المجلد الثالث، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1993، ص 361

(5) أنظر في ذلك: / ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 312.

(6) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 336

(7) أنظر في ذلك: فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 338.

ثانيا / الحجر على السفية:

قال الله تعالى: "ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما، وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا"⁽¹⁾.

السفيه هو الذي لا يحسن إدارة ماله، فينفقه فيما لا يحل وفي البطالة، ويعمل فيه بالتبذير والإسراف، سواء في وجود الشر أم البر⁽²⁾. والسفيه كما يقول الإمام القرطبي "هو الكبير البالغ باعتبار الآية" فإن كان الذي عليه الحق سفيا أو ضعيفا⁽³⁾ فثبت الولاية على الضعيف وهو الصغير، ومعنى السفية الكبير، لأن السفه اسم ذم ولا يذم الإنسان على ما لم يكتسب⁽⁴⁾.

أما تفسير "أموالكم" فيقول فيه الإمام البغدادي "وإنما أضيفت - الأموال - إلى ضمير الأولياء المخاطبين، تنزيلا لاختصاصها بهم، فكان أموالهم عين أموالهم، لما بين الأولياء وهؤلاء السفهاء من الاتحاد الجنسي والنسبي مبالغة في حملهم على المحافظة عليها، ونظير ذلك قوله تعالى "ولا تقتلوا أنفسكم"⁽⁵⁾، فإن المراد لا يقتل بعضهم بعضا إلا أنه عبر عن نوعهم بأنفسهم مبالغة في الزجر عن القتل حتى كان قتلهم قتل أنفسهم، وقد أيد ذلك بما دل عليه قوله سبحانه "التي جعل الله لكم قياما" حيث عبر عن جعلها مناط لمعاش أصحابها - السفهاء - بجعلها مناطا لمعاش الأولياء⁽⁶⁾، وفي الآية الكريمة إشارة إلى مدح الأموال، وهو ما أشارت إليه في "قيما"⁽⁷⁾. فالمال هبة من الله تعالى يجب إدارته إدارة حسنة وفيما شرع من أجلها و الإدارة السيئة تعني التبذير، سواء كان الإنفاق في المعاصي أو كان في وجوه البر كبناء مدرسة أو مسجد، وذلك لأن الله إنما كلف الإنسان بعمل الخير إذا كانت حالته المالية تسمح بذلك بحيث لا ينفق ماله ويفلس من أجل عمل الخير⁽⁸⁾ ويصبح بذلك عالة على المجتمع، والمطلوب هو الوسطية في الإنفاق، وهو ما لا يتصف به السفية، ولا يقال إن هذا المال يتصرف فيه مالكة بمقتضى حق ملكيته وبرضاه، لأن ذلك يصح إذا اعتبرنا أن هذا المال حق خالص لصاحبه، فليس الأمر كذلك، فالمال

(1) سورة النساء آية 05، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره.

(2) أنظر في ذلك: الأستاذ/ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثاني بدون رقم الطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 328 و329.

(3) سورة البقرة، آية 282، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره.

(4) أنظر في ذلك: أ / فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، المرجع السابق ذكره، ص 67، فقرة 880.

(5) سورة النساء، آية 29، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره.

(6) أنظر في ذلك: إ / البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 314، 315.

(7) أنظر في ذلك: إ / البغدادي، المرجع نفسه، ص 317.

(8) أنظر في ذلك: أ / عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، م 2، المرجع السابق ذكره، ص 328.

من المقومات الأساسية للمجتمع، يجب أن يكون في يد من يديره إدارة حسنة ويحقق به مصالحه ومصالح المجتمع عامة، ولهذا أضاف الآية " أموالكم " للأولياء ولم تضيفها إلى السفهاء، فناسب إلا يختصوا بشيء من التصرف، مع وجوب الإنفاق عليهم لقوله تعالى " وارزقوهم فيها واكسوهم "، وتنمية أموالهم⁽¹⁾.

وحكم السفية - الكبير البالغ - مختلف فيه، فقال مالك وجمهور الفقهاء، يحجر عليه، وقال أبو حنيفة لا يحجر على من بلغ عاقلاً إلا أن يكون مفسداً لماله، فإذا كان كذلك منع تسليم المال إليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا بلغها سلم إليه بكل حال، سواء كان مفسداً أو غير مفسد⁽²⁾. وانتقد أبو حنيفة على هذا الرأي، إذ قال فيه أبو بكر بن العربي: من غريب الأمر أن أبا حنيفة قال أن الحجر على الحر باطل، واحتج بقوله "فتحير رقبة"⁽³⁾، ولم يفرق بين الرشيد والسفيه، وهذا فقه ضعيف لا يناسب قدره، فإن هذه الآية عامة، وقد كان القضاء بالحجر في أصحاب الرسول (ص) فاشياً والنظر يقتضيه، ومن كان عليه حجر لصغر أو لولاية وبلغ سفيهاً قد نهي عن دفع المال إليه، فكيف ينفذ فعله فيه والخاص يقتضي على العام⁽⁴⁾، وعليه فالرأي الراجح هو الحجر على السفية ولا يكون الحجر إلا بحكم القاضي⁽⁵⁾، وتكون جميع تصرفاته بعد الحجر باطلة، أما قبل الحجر فمختلف فيها، فقول مالك وجميع أصحابه إلا ابن القاسم أنها جائزة حتى يحجر عليه وهو قول الشافعي وأبي يوسف، وقال ابن القاسم أفعاله غير جائزة وإن لم يحجر عليه⁽⁶⁾.

وما نخلص إليه أن حق الإنفاق مقيد في الشريعة الإسلامية، ووجه التقييد هو ضرورة الاعتدال والإدارة الحسنة، والتبذير تضييع للأموال وهو ما يتنافى مع أحد مقاصد الشريعة الخمسة وهي حفظ المال، لذا عد استعمال الحق على هذا الوجه - التبذير - مناقضة لقصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع هي من صميم التعسف، والضرر الناتج عن الاستعمال التعسفي لحق الإنفاق لا نحتاج لإبرازه فهو يرجع أولاً على صاحبه - السفية - ثم أسرته والمجتمع عامة، لأنه سرعان ما يصبح عالة على المجتمع ولا شك أن دفع

(1) أنظر في ذلك: /البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 318.

(2) أنظر في ذلك: أ / فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 67 فقرة 882. وحجة أبي حنيفة هي: أن الحجر يؤدي إلى إبطال قدرته على التصرف وهذا إهدار لأدميته، وزوال صفة الإنسانية عنه، وهذا أضر عليه من ضرر الإنفاق، فغاية الإنفاق أن يفنق، ولا يجوز إبطال الأعلى - النفس - لصون الأدنى، فالنفس بكل حال أولى بالنظر من المال لأن المال تابع لها وخلق لمصلحتها وحمايتها (راجع في ذلك: الدكتور / أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، بدون رقم الطبعة، الدار الجامعية، بيروت لبنان، بدون سنة نشر، ص 228).

(3) سورة المجادلة الآية 03، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره.

(4) أنظر في ذلك: أ / فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 67 فقرة 883.

(5) أنظر في ذلك: ش / السيد سابق، فقه السنة، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 574.

(6) أنظر في ذلك: أ / فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 67 فقرة 881.

ضرر الجماعة وحماية مصالحها أولى بالاعتبار من المحافظة على أهليته⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس وجب الحجر على السفه دفعا للتعسف⁽²⁾، وهو الجانب الوقائي لنظرية التعسف.

وما نستنتجه من أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق في القرآن الكريم، أن هذه النظرية تقوم على مبدأ استعمال الحق وفق الغاية التي من أجلها شرع، وعليه:

- يمنع استعمال الحق، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهذا ما نجده في تقييد الوصية بعدم الإضرار بالورثة.
 - يمنع استعمال الوسائل إذا كانت قطعاً لا تفضي إلى غايتها التي من أجلها شرعت، وهذا ما نجده في منع حبس المدين المعسر مثلاً.
 - يجب استعمال الحق من أجل تحقيق مقاصده الشرعية، ولهذا تقيّد حق الإنفاق بغايته، فإذا حاد عنها منع صاحبه من استعماله، ولهذا رأينا وجوب الحجر على السفه المبدّر لأمواله.
- ومن هذه المبادئ نجد أن نظرية التعسف في استعمال الحق تستمدده أصلها مباشرة من القرآن الكريم.

المطلب الثاني

أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق من السنة النبوية.

السنة النبوية الشريفة هي مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، حيث تعتبر أحاديث الرسول (ص) أحكاماً تشريعية لا يجوز الخروج عنها، وكذلك قضاؤه، فلا يجوز الحكم بما يخالفه، وقد كان الرسول (ص) يهدف لإيجاد مجتمع سوي يقوم على الأخلاق الفاضلة، ولهذا حرم الظلم والإضرار بالغير من خلال قاعدة عامة وهي حديث " لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾، وكان خير من طبق هذا الحديث في المجال القضائي، ولهذا فإن كل القضايا التي فصل فيها تخضع لهذا الحديث، وكانت الملكية مجالاً خصباً لهذه التطبيقات، نظراً لما يخوله هذا الحق من سلطات لصاحبه، وفي هذا المطلب سنتعرض بالشرح والتفصيل لهذا الحديث الشريف ثم نأتي على بيان بعض الأحاديث الأخرى التي جاءت في سياقه.

(1) أنظر في ذلك: د/ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 228 و ص 60.

(2) أنظر في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، الجزء الرابع، النظريات الفقهية والعقود، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سورية 1991 ص 30.

- الأستاذ / عبد المجيد عبد الحميد الديباني، المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي، منشورات جامعة قارون، بنغازي، الطبعة

الأولى، 1994، ص 311.

(3) سيأتي تخرجه الحديث في المسححة الموالدة.

أولا / حديث: "لا ضرر ولا ضرار":

قال رسول الله (ص) فيما رواه سعيد الخدري "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾ واختلفت الروايات بشأن هذا الحديث⁽²⁾ فقد قال ابن عبد البر: قال رسول الله (ص) "من ضار أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه"⁽³⁾، وورد بلفظ آخر: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"⁽⁴⁾.

وهناك من أنكروا صحة رواية هذا الحديث مثل ابن حزم -الفقيه الظاهري-⁽⁵⁾ وفي هذا الحديث يقول الإمام الشوكاني⁽⁶⁾ " فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات"، فهذا الحديث وإن كان ظنيا باعتبار سنده إلا أن مضمونه يرقى إلى مرتبة القطعي باستقراء الأحكام الواردة في القرآن والسنة المشهورة⁽⁷⁾، وقد سبق وأن أعطينا أمثلة في القرآن الكريم، وقد تبين أن مبدأ تحريم التعسف ورد في أكثر من موضع في القرآن الكريم، فهذا الحديث يؤيد هذا المبدأ، كما يؤيده و يبين صحته أيضا ما جاء في أحاديث رسول الله (ص) حول المبدأ نفسه وهو تحريم التعسف، كمنعه للاحتكار في الحديث: " لا يحتكر إلا خاطئ"⁽⁸⁾ ومنعه للتعسف في استعمال حق الملكية كما ورد في حديث سمرة بن جندب⁽⁹⁾، وأحاديث أخرى كثيرة كلها تؤيد الحديث السابق الذكر.

• معنى لفظي الضرر والضرار: اختلف الفقهاء في تفسير لفظي الضرر والضرار، ويمكن إجمال معاني الضرر والضرار في ثلاث⁽¹⁰⁾:

- (1) أنظر تخريج الحديث في جامع العلوم والحكم للإمام ابن رجب، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 207.
- (2) أنظر الروايات المختلفة لهذا الحديث في جامع العلوم والحكم لابن رجب، المرجع نفسه، ص 207 وما بعدها.
- (3) أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه من حديث أبي صرمة مالك بن قيس الأنصاري (أنظر في ذلك، إ/الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 278، فقرة 655)
- (4) حديث حسن أخرجه أحمد في مسنده، ومالك في الموطأ، والحاكم في مستدرکه والبيهقي وابن ماجه والدارقطني (أنظر في ذلك: إ/ابن رجب جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 208)
- (5) يقول ابن حزم " فإن احتجوا بالخبر "لا ضرر ولا ضرار" فهذا خير لا يصح، لأنه جاء مرسلًا، أو من طريق فيها زهير بن ثابت، وهو ضعيف، إلا أن مناه صحيح" (أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 365)
- (6) أنظر في ذلك: إ/ الشوكاني، نيل الأوطار، م 3، ج 5، المرجع السابق ذكره، ص 278 فقرة 655.
- (7) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 343
- (8) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وصححه و ابن ماجه (أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 344).
- (9) سنن طريق لها في منع التعسف في استعمال حق المرور، ص 68 وما بعدها من هذا البحث.
- (10) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية انعقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 261 و 262

- لا يجوز للإنسان أن يضر أخاه ابتداءً ولا جزءاً، فالضارر معناه رد الضرر بضرر أي مجازاة من يضرك، وقد ورد الحديث في هذا ترغيباً للمرء في العفو حتى عمن يضره فضلاً عن عدم الإضرار بالغير⁽¹⁾

- وتفسير آخر أن المرء لا يجوز له أن يتعدى ما أصيب به من ضرر لنيل حقه لقوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم".

- أن الضرر ما تضر به الآخر وتنتفع بذلك الضرر، والضرار أن تضر الغير دون نفع لك بهذا الضرر، فيجب - تفسيراً لهذا الحديث - الامتناع عن الضرر سواء كان فيه نفع أم لا.

ولا يفهم من لفظ "لا ضرر" نفي الضرر أي عدم وجوده، فالضرر موجود في كل زمان ومكان، ولكن المعنى هو أنه لا يجوز إيقاع الضرر بالغير⁽²⁾.

ويخرج من مفهوم الضرر، الضرر الواقع لشخص بحق، إما لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جريمته، أو لكونه ظلم غيره⁽³⁾، لأن هذا اللفظ - الضرر - عام يراد به الخصوص، وإلا كان إيقاع التعزيرات وفرض العقوبات غير جائز في الإسلام لأن فيه إضرار بالغير، إنما المقصود بمنع الضرر وهو الضرر الذي يترتب عليه ظلم لا الضرر الذي يفرض لرفع الظلم عن الأفراد والمجتمع⁽⁴⁾.

• شمول هذا الحديث: اختلف الفقه أيضاً في المجال الذي ينطبق فيه هذا الحديث، فبينما قصره البعض على علاقات الجوار، فإن الرأي الراجح في الفقه جعله شاملاً لكل أشكال الضرر. فالذين يقصرونه على علاقات الجوار هم بعض فقهاء المالكية معتبرين أن هذا الحديث جاء ليمنع الضرر بين الجيران، ولكن هذا التخصيص لا يستند إلى دليل فالحديث عام والعموم استفيد من وقوع النكرة في سياق النفي، على ما هو مقرر في علم الأصول⁽⁵⁾، وقد رد الإمام الشوكاني على من قصر هذا الحديث على علاقات الجوار وعلى من لا يعتبر بهذا الحديث⁽⁶⁾ بقوله في معرض تفسيره للحديث "هذا فيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص بهذا العموم، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قبلته، وإلا ضربت بهذا

(1) وقد ترتب على هذا المعنى القاعدة الفقهية: الضرر لا يزال بمثله (أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 269)

(2) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 262.

(3) أنظر في ذلك: د/ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 212.

(4) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 262.

(5) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 347.

(6) وهو ابن حزم إلا أنه يعتبر بمعناه (أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 365).

الحديث وجهه، فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات، وقد ورد الوعيد لمن ضار غيره⁽¹⁾. إذن فلا يقتصر تطبيق هذا الحديث على الإضرار بالجار فقط بل يمتد إلى أوسع من ذلك، كما يشمل أيضا الأفعال غير المشروعة أو التعدي كالاغتداء على ذات الإنسان، ويشمل أيضا منع الإضرار الناتجة عن فعل مشروع في ذاته، والفعل المشروع قد يكون إباحة أو حق، ففي الإباحة قد يترتب على استعمالها ضرر فتصبح محرمة لا لذاتها بل لما ينشئ عنها من أضرار، فالصيد هو إباحة لكل شخص أن يستعملها، ولكن قد يصبح محرما إذا ترتب عنه ضرر، كنفور الحيوانات الأليفة، أو كان سببا لخوف المواطنين واضطرابهم وكذلك الأمر بالنسبة للحق فاستعماله مشروط بعدم الإساءة والإضرار بالغير⁽²⁾. وبهذا يكون حديث "لا ضرر ولا ضرار" أصلا من أصول نظرية التعسف، فهو يمنع الإضرار على وجهين:

- الأول: نية الإضرار، وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه، وقد ورد التحريم في القرآن الكريم وفي السنة النبوية في مواضع عديدة.

- الثاني: أن يكون له غرض صحيح، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه، فيتضرر الممنوع بذلك⁽³⁾.

وفي هذا المعنى يقول د/ فتحي الدريني: "وعندي، أنه إذا انتفت مشروعية الضرر بصريح قول النبي (ص): "لا ضرر ولا ضرار" كان ذلك نهيا عن الأفعال التي تؤدي إلى الضرر مقصودا أم غير مقصود، اجتثا لواقعة الضرر في أي صورة من صورها، تطبيقا لعموم هذا الحديث في أوسع مدى، إلا ما استثنى منه بدليل"⁽⁴⁾.

وبهذا تقوم نظرية التعسف على أساس هذا الحديث، فتتدخل كوسيلة لتطبيقه، وهي تدخل هنا على وجهين:

- الأول: دفع الضرر قبل وقوعه، وهذا الدفع يمثل الجانب الوقائي لنظرية التعسف، ومن هنا وضع الفقهاء قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"⁽⁵⁾، ومبدأ سد الذرائع، ومبدأ الاستحسان وكلها تهدف إلى دفع الضرر

(1) أنظر في ذلك: إ/ الشوكاني، نيل الأوطار، م 3، ج 5، المرجع السابق ذكره، ص 278 فقرة 655.

(2) راجع في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 263 وما بعدها.

(3) أنظر في ذلك: إ/ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 217.

(4) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 348.

(5) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 274.

د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 352.

قبل وقوعه .

-الثاني: إزالة الضرر بعد وقوعه، فمن الواجب أن يرفع الضرر ويزال إذا أصيب به الغير وإلا كان إقرارا للظالم عن ظلمه وتأيدا للمضر عن إضراره للغير، ومن هنا وضع الفقهاء قاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "الضرر لا يزال بمثله" التي تحد من القاعدة الأولى وهي إزالة الضرر فلا يجوز إزالته بمثله، وتوجد قواعد كثيرة تفرعت عن معنى الحديث السابق⁽¹⁾.

• اختلاف أئمة المذاهب في تطبيق حديث "لا ضرر لا ضرار" على الملكية: سار أئمة المذاهب في تطبيق حديث "لا ضرر ولا ضرار" على الملكية على اتجاهين:

- الاتجاه الأول: لا يستدل بالحديث لتقييد حق الملكية: وهو رأي الشافعي حيث فسر الحديث بأنه "لا ضرر" في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، "ولا ضرار" في أن يمنع رجل من الانتفاع بملكه، فهو يطلق الملكية إلى أبعد مدى، و عنده أنه لا ضرر أعظم من منع المالك من استعمال ملكه⁽²⁾، وهو رأي أبي حنيفة أيضا⁽³⁾.

- الاتجاه الثاني: يستدل بالحديث لتقييد حق الملكية: وهو رأي مالك وأحمد ومتأخروا الحنفية، إذ استدلوا بهذا الحديث، وجعلوه أصلا يقيّد حق الملكية، ومن فقهاء المالكية نجد الإمام الشاطبي، حيث جعل من حديث "لا ضرر لا ضرار" أصلا لتقييد الحقوق عامة وحق الملكية على وجه الخصوص⁽⁴⁾. ومن فقهاء المذهب الحنبلي نجد الفقيه ابن رجب، حيث يستشهد بالحديث الشريف لتقييد حق الملكية ويقسم تصرفات صاحب الحق إلى قسمين: القسم الأول: استعماله لملكه بنية الإضرار، ويقول فيه أنه لا شك في قبحه وتحريمه، والقسم الثاني: أن يكون لصاحب الحق غرض صحيح ويتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه.

ففي الأول- تعدي الضرر لغيره- يفرق بين التصرف غير المعتاد و التصرف المعتاد، ففي التصرف غير المعتاد كأن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف فيحترق ما يليه-من عقارات- فإنه ضامن بدون خلاف و في التصرف المعتاد - يقول ابن رجب- "فيه قولان مشهوران للعلماء: أحدهما لا يمنع من ذلك وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما- لأنهم يطلقون حق الملكية ولا يستدلون بحديث "لا ضرر لا ضرار" كما ذكرنا- والثاني المنع وهو قول أحمد ووافقه مالك في بعض الصور، و من صور ذلك أن يفتح كوة

(1) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 266.

(2) أنظر في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق ذكره، ص 21.

(3) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، أبي حنيفة، المرجع السابق ذكره، ص 359 فقرة 231.

(4) أنظر في ذلك: !/ الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 55.

في بنائه العالي مشرفة على جاره أو يبني بناءً عاليًا يشرف على جاره، فيمنع من ذلك - في مذهب أحمد ومالك - ومنها أن يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره فيذهب ماؤها، فإنها تطم في ظاهر مذهب أحمد ومالك، ومنها أن يحدث في ملكه ما يضر بملك جاره من هز ودق ونحوها، فإنه يمنع من ذلك في مذهب مالك وأحمد وهو أحد الوجوه للشافعية".

والثاني - أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه - فإنه في مذهب الإمام أحمد لا يجوز ذلك إذا كان فيه إضرار، وقد منع الإمام أحمد أن يمنع الجار جاره أن يغرز خشبه في جداره وقال "كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك".

وبهذا فإن الإمامين أحمد ومالك يستدلون على أوسع مدى بحديث " لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾. أما متأخروا الحنفية فإنهم استدلوا بالحديث، واستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً فاحشاً⁽²⁾.

ثانياً / المضارة في انتفاع الجار بملك جاره :

عن أبي هريرة "أن النبي (ص) قال: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره، ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمنن بها بين أكتفاكم"⁽³⁾.

وعن ابن عباس قال: "قال رسول الله (ص): لا ضرر ولا ضرار، وللرجل أن يضع خشبه في حائط جاره، وإذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع"⁽⁴⁾.

وعن عكرمة بن سلمة بن ربيعة " أن أخوين من بني المغيرة أعتق أحدهما أن لا يغرز خشبا في جداره، فلقيا مجمع بن يزيد الأنصاري ورجالا كثيرا فقالوا: نشهد أن رسول الله (ص) قال: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبا في جداره، فقال الحالف أي أخي قد علمت أنك مقضي لك علي وقد حلفت فاجعل أسطوانا دون جداري ففعل الآخر فغرز في الأسطوان خشبه"⁽⁵⁾.

(1) أنظر في ذلك: - / ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 212 وما بعدها.

- / ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 326 و 327.

- د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق ذكره، ص 22 و 23.

(2) راجع في ذلك: - أ/ محمد أبو زهرة، أبي حنيفة، المرجع السابق ذكره، ص 360 فقرة 333.

- د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق ذكره، ص 22.

(3) رواه الجماعة إلا النسائي (أنظر في ذلك: / الشوكاني، نيل الأوطار، م 3، ج 5، المرجع السابق ذكره، ص 276، فقرة 655).

(4) أنظر سند الحديث في: نيل الأوطار للشوكاني، المرجع نفسه، ص 277، فقرة 655.

(5) رواهما أحمد وابن ماجه (أنظر في ذلك: / الشوكاني، المرجع نفسه، ص 277، فقرة 655).

هذه الأحاديث يجيز فيها الرسول (ص) الانتفاع بملك الجار، فقد يحتاج الجار إلى حائط جاره ليضع التسقيف فيسند - يغرز - خشبه في جدار جاره ، لأن ذلك أيسر له من أن يبني جداراً لأجل الإسناد وإذا كان الحديث الأول قد فسره البعض⁽¹⁾ بأن الهاء المتصلة بلفظ "جداره" تعود على الجار الذي يريد الغرز، أي لا يمنعه من وضع الخشب في جداره، وبالتالي منعه من استعمال ملكه، إلا أن الحديث الثاني والثالث بينا بوضوح أن الرسول (ص) كان يقصد وضع الخشب في جدار الجار وليس الجدار الذي يملكه صاحب الحاجة في الغرز ، وما يؤيد ذلك قوله في الحديث الثاني " في حائط جاره" وفي الحديث الثالث "فاجعل أسطوانا دون جداري"⁽²⁾.

وبشروط لإعمال هذا الحديث، ألا يؤدي إسناد الخشب في جدار الجار إلى الإضرار بهذا الجار، لأن امتناع الجار عن إعطاء هذا الحق لجاره قد يكون سببه الضرر اللاحق به، فيكون امتناعه مشروعاً لا تعسف فيه ، وفي هذا يقول ابن قدامه "فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله - حمل الخشب- لم يجز بغير خلاف نعلمه لما ذكرناه، وقول رسول الله (ص) "لا ضرر ولا ضرار"، وإن كان لا يضر به إلا أن به غنية عن وضع خشبه عليه لإمكان وضعه على غيره، فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً، وهو قول الشافعي وأبي ثور، ولأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير حاجة فلم يجز"⁽³⁾.

ومن هنا نحدد الإطار الذي ينطبق فيه الحديث -مع مراعاة الاختلاف بين الفقهاء- وهو الحالة التي لا يكون للجار فيها أي خيار آخر سوى إسناد الخشب على جدار جاره، لأن انتفاعه بملك جاره ما هو إلا استثناء على الأصل الذي يقضي باختصاص صاحب الملك وحده بملكه وهذا الاستثناء هو قيد على حق الملكية دفعا للضرر الذي يحصل للجار إذا لم يستعمل جدار جاره لا سيما التكلفة الزائدة إذا ما اضطر إلى بناء جدار في ملكه لأجل هذا الغرض، ولهذا فإذا كان الجار في غنى عن إسناد خشبه على جدار جاره، أي أنه يملك وسائل أخرى لذلك، ففي الراجح أنه لا يجوز لأنه انتفاع بملك الغير من غير حاجة، ويقول الشوكاني:⁽⁴⁾ "وأما اعتبار حاجة الغازر فأمر لا بد منه"، كما أنه لا يجوز أن يسند خشبه إذا كان الجدار واه لا يحتمل الإسناد.

وقد اختلف الفقهاء فيما أن كان إسناد الخشب على جدار الجار يشترط إذنه أم لا، على رأيين:

(1) وقع لأبي عوانة من طريق زياد بن سعد عن الزهري أنه يضع جده على جدار نفسه ولو تضرر به جاره (أنظر في ذلك: / الشوكاني، نيل الأوطار، م، 3، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 278 فقرة 655).

(2) أنظر في ذلك: / الشوكاني، المرجع نفسه، ص 278 فقرة 655.

(3) أنظر في ذلك: / ابن قدامة، المتني، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 306 و 307.

(4) أنظر في ذلك: / الشوكاني، نيل الأوطار، م، 3، ج 5، المرجع السابق ذكره، ص 278 فقرة 655.

يحتمل، أو لم تكن للغارز حاجة في الغرز، فيعد هنا الغارز متعسفا في استعمال حقه، ولا يجوز للجار أن يمنع جاره من الغرز إذا لم يكن له ضرر في ذلك⁽¹⁾، وكانت للجار حاجة في الغرز وإذا امتنع عن ذلك عد متعسفا في استعمال حقه⁽²⁾ وأجبره القاضي على ذلك - في رأي بعض الفقهاء- وبهذا تكون الملكية حق مقيد بعدم إساءة استعماله، صحيح أن لمالك الجدار الحرية في التصرف فيه ولكنه مقيد بالألا يؤدي هذا الاستعمال إلى الإضرار بالجار كأن يهدم جداره بدون سبب جدي⁽³⁾، وبهذا يكون الحديث الشريف - السالف الذكر- أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق .

ثالثا / منع التعسف في استعمال حق المرور :

حق المرور هو حق ارتفاق⁽⁴⁾ يخول لصاحب الأرض المحصورة أن يمر في الأرض المجاورة له⁽⁵⁾ فقد يستعمل هذا الحق للإضرار بصاحب العقار المرتفق به، وهذا ما وقع في قضية سمرة بن جندب مع الأنصاري، فقد أخرج أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه حدث عن سمرة بن جندب أنه كان له عضد⁽⁶⁾ من نخل في حائط⁽⁷⁾ رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى النخلة، فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، فأتى النبي (ص) فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي (ص) أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، فأتى النبي (ص) فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي (ص) أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، قال: "فهبه له ولك كذا وكذا" أمرا رغبه فيه، فأبى، فقال " أنت مضار"، فقال النبي (ص) للأنصاري: " إذهب فاقلع نخله"⁽⁸⁾.

وخرج أبو بكر الخلال من رواية عبد الله بن محمد بن عقيل عن عبد الله بن سليط بن قيس عن أبيه أن رجلا من الأنصار كانت له في حائطه نخلة لرجل آخر، فكان صاحب النخلة لا يربمها غدوة وعشية،

(1) المشرع الجزائري تطرق فقط للحالة التي يكون فيها الحائط مشتركا في المادة 704 من القانون المدني .

(2) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 106 .

(3) المشرع الجزائري تطرق فقط للحالة التي يكون فيها الحائط ستره للجار حيث لا يجوز هدمه بدون عذر قانوني (قوي) وذلك في الفقرة الثانية من المادة 708 من القانون المدني .

(4) اختلفت القوانين العربية في تكييف حق المرور، منها ما اعتبرته قيد قانوني كالتقنين المدني المصري والعراقي والليبي ، ومنها ما اعتبرته ارتفاق قانوني كالتقنين المدني السوري واللبناني والجزائري، والفقه الإسلامي يعتبره حق ارتفاق (راجع في ذلك: أ/ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 1 المرجع السابق ذكره، ص 139).

(5) أنظر في ذلك: أ/ علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 152 .

(6) إذا صار للنخلة جذع يتناول منه، فهو عضيد، والعضيد يعني أيضا الصف من النخل (أنظر في ذلك: الاستاذ/ لويس معلوف، المنجد في اللغة، الطبعة 17، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 511، بند 50).

(7) الحائط معناه البستان (أنظر في ذلك: أ/ لويس معلوف، المرجع نفسه، ص 162، بند 20).

(8) أنظر في ذلك: إ/ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 218.

"إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁽¹⁾ إلا أن صيانة حق الملكية مشروط بألا يتحول إلى وسيلة للإضرار بالغير، وهذه القاعدة وضعها حديث "لا ضرر ولا ضرار"، ومن ثمة شرعت الشفعة لمنع الضرر اللاحق بالشريك، والإجبار على المعاوضة في هذين الحديثين - الثاني والثالث - يشبه الشفعة⁽²⁾ لأن في كليهما نجد الإجبار على المعاوضة دفعا للضرر. ومن هنا فالقياس الذي يؤدي إلى صيانة حق الملكية بصفة مطلقة، قياس فاسد⁽³⁾.

ولكن يشترط للإجبار على المعاوضة - كما في الحديثين الثاني والثالث - أو استئصال آفة الضرر - كما في الحديث الأول - تحقق سبب الحكم وهو الضرر، لأنه المناط من مخالفة القياس الذي يقضي بصيانة حق الملكية مطلقا، فلا يجوز توسيع الحكم - المخالف للقياس - ليشمل حالات لا يكون فيها الضرر أو يكون غير راجح، فما شرع بما يخالف القياس لا يتوسع فيه بل يقتصر على موضع الضرورة⁽⁴⁾.

وقد اتخذ الفقهاء قضاء رسول الله (ص) في قضية سمرة بن جندب أصلا يحكم كل المسائل المشابهة، وفي هذا قال الإمام أحمد "كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب، وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه مرفق له" ومن المسائل المشابهة البناء والغراس في أرض الغير، فإذا بنى المستعير أو غرس في ملك المعير، و امتنع المعير من الضمان مطلقا فطلب قيمة الغراس والبناء أجيب إلى ذلك، وإن طلب القلع وضمان النقص لم يجب⁽⁵⁾ ووجه الاستدلال بحديث سمرة بن جندب هنا هو من جهتين، الجهة الأولى، أن الرسول (ص) طلب المعاوضة أولا فلما أبي سمرة حكم بالقلع، إذن فسبق المعاوضة على القلع، والجهة الثانية هي الموازنة بين الضررين، فالضرر الذي يلحق مالك الأرض من جراء الهدم والقلع أشد من الضرر الذي يلحق المستعير من جراء المعاوضة، بل له في ذلك منفعة لعدم إمكانية فصل العقارين بدون ضرر، فطلب المستعير الهدم أو القلع تعسف في استعمال الحق لأنه يؤدي إلى الإضرار بصاحب الأرض ضرا راجحا.

من خلال هذه الأدلة يتضح لنا أن درء التعسف في استعمال حق الملكية يتخذ صورة ترجيح مصلحة على مصلحة أخرى عملا بالقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي "الضرر الأشد يزال بالأخف"⁽⁶⁾ ومن

(1) سورة النساء آية 29، القرآن الكريم، المرجع السابق ذكره.

(2) أنظر في ذلك: / ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 219.

(3) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 376 و 377.

(4) أنظر في ذلك: د/ محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 205.

(5) أنظر في ذلك: / ابن رجب، القواعد، المرجع السابق ذكره، ص 142.

(6) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 377.

هنا تكون هذه الأحاديث أصلا من أصول نظرية التعسف في معيارها المادي والذي يعتمد ضابط الموازنة بين الضررين -

المطلب الثالث

أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية.

بالإضافة إلى الكتاب والسنة كمصدرين ثابتين للتشريع الإسلامي، توجد أصول يعتمدها المجتهد لتحديد الوصف الشرعي لحالة ما، فيحرمها أو يحللها بناء على هذه الأصول، ولأن الأحكام شرعت لتحقيق المصالح، فإن الإسلام يقيم التشريع على أساس النظر في مآلات الأفعال وما إذا كانت تحقق تلك المصالح - فضلا عن النظر في مشروعية الأفعال ذاتها - وهذا الأصل التشريعي تترتب عنه قواعد فقهية تؤيده وتعمل على تطبيقه.

أولا / أصل النظر في مآلات الأفعال :

إن الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح العباد⁽¹⁾، فما هو مصلحة فيه مطلوب جاءت الأدلة بطلبه، وما هو مضرة منهي عنه، وتضافرت الأدلة على منعه، وإن هذا أصل مقرر مجمع عليه من فقهاء المسلمين، فما قال أحد منهم أن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس فيه مصلحة العباد⁽²⁾، فكل فعل يخل بتلك المصالح يعد مناقضا للشريعة، ولا ينظر في المناقضة ابتداءً فقط بل يتعدى ذلك إلى المآل، وهذا الأصل يؤدي إلى التحقق من مآلات الأفعال حسب الاتجاهين الآتيين:

الأول: النظر إلى المآل، وذلك بصفة أساسية، والثاني: النظر إلى الباعث وذلك بصفة ثانوية⁽³⁾ ويتفرع على أصل النظر في المآلات ثلاثة قواعد وهي التي تضمن لهذا الأصل التطبيق في ميدان التشريع وهي:

- قاعدة الذرائع عند المالكية والحنابلة
- الاستحسان عند الأحناف

(1) أنظر في ذلك: /! الشاطبي، الموافقات، م 2، المرجع السابق ذكره، ص 17 وما بعدها.

(2) أنظر في ذلك: /! محمد أبو زهرة، مالك، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 293.

(3) أنظر في ذلك: -/! محمد أبو زهرة، ابن حنبل، بدون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 284.

- د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 405

• قاعدة الحيل

1- قاعدة الذرائع: الذريعة لغة هي الوسيلة، واصطلاحاً هي الوسيلة إلى المفسدة، ومعنى سد الذرائع دفعها ومؤدى الكلام أن الوسيلة إلى المحرم محرمة، والذرائع هي أصل من الأصول التي أسهب في الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك⁽¹⁾، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل⁽²⁾. وتحريم الذرائع يكون باعتبار مآل الفعل لا الفعل ذاته، فإذا اتجه -الفعل- إلى تحقيق المصالح الشرعية، كانت الوسائل مشروعة بقدر يناسب تحقيق تلك المصالح، وإن كان الفعل يتجه مآلاً لتحقيق مفسد كان باطلاً وكانت الوسيلة (الذريعة) باطلة (محرمة)، هذا ولا اعتبار للنية وإن كانت مخلصاً⁽³⁾ لأن العبرة بالمآل فحسب.

ومن أمثلة سد الذرائع، تلقي السلع قبل نزولها في الأسواق وأخذها للتحكم فعل ممنوع، لأنه وإن كان في أصله جائزاً -لأنه بيع وشراء- إن أجزى كان الناس في ضيق، ولم تستقم حرية التعامل، فيكون في بقاء الأذن ضرر عام، فيمنع الأمر لسد الذرائع، ويكون المنع عاماً، ولو كان لبعض المتلقين نية حسنة محتسبة، وأيضاً احتكار الطعام وما يحتاج إليه الناس لقوله (ص): "لا يحتكر إلا خاطئ"⁽⁴⁾. ولو لي الأمر أن يتدخل لمنع الاحتكار سداً للذريعة الفساد والأذى الذي يلحق الناس⁽⁵⁾. ومما لا شك فيه أن الاحتكار هو من قبيل التعسف لأن استعمال الحق هنا ينتج عنه ضرر عام.

وتظهر فائدة دراسة قاعدة الذرائع إذا قمنا بربطها بفكرة استعمال الحق، وهذا لكي يتبين لنا مدى اعتبارها كأصل لنظرية التعسف، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي⁽⁶⁾: "جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذوناً فيه على ضربين: أحدهما: أن لا يلزم عنه إضرار بالغير والثاني: أن يلزم عنه ضرر". ثم يقسم

(1) راجع في ذلك - أ/ محمد أبو زهرة، مالك، المرجع السابق ذكره، ص 323.

- الدكتور/ وهبة الزحيلي، الذرائع في السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار المكتبي، سورية، دمشق، 1999 م، ص 11.

(2) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، ابن حنبل، المرجع السابق ذكره، ص 283.

(3) كسب الوثنيين، قد تكون النية مخلصاً وهي الاستهانة بهم وإجلال الله، إلا أنها محرمة لأنها تؤدي إلى سب الله عز وجل من قبل هؤلاء الوثنيين لقوله تعالى "ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم" (سورة الأنعام، آية 108)، وقد استدل الفقهاء بهذه الآية وغيرها لبيان مشروعية الأخذ بقاعدة الذرائع (راجع في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 412).

(4) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وصححه وابن ماجه (أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 344).

(5) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، ابن حنبل، المرجع السابق ذكره، ص 286 و 287.

(6) أنظر في ذلك: إ/ الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 53 وما بعدها.

الضرب الثاني إلى قسمين وكل قسم تندرج فيه أقسام، وهكذا، ومجمل هذه الأقسام هي سبعة سندكرها مع بيان حكمها.

• ما يلزم عنه الإضرار، ويقصد الفاعل الإضرار: إذا استعمل الشخص حقه لتحقيق مصلحة شخصية قاصدا الإضرار بالغير فإننا نميز بين حالتين:

- الحالة الأولى: إذا كان له وجه آخر لاستعمال حقه لا يضر بالغير، تقوم قرينة الإضرار ويمنع من هذا الوجه للاستعمال.

- الحالة الثانية: إذا لم يكن له أي وجه آخر ولزم عنه الإضرار: فإذا كان الضرر اللاحق بالغير مساويا أو أقل من ضرر صاحب الحق قدمت مصلحة صاحب الحق لأنه أولى بحقه، وإذا لزم عنه ضرر راجح أي أكبر من ضرر صاحب الحق، منع صاحب الحق من هذا الوجه من الاستعمال وهذا بإجماع الجمهور من الحنفية والحنابلة والمالكية.

• ما لا يقصد فيه الإضرار، وكان الإضرار اللازم فيه عاما: وهنا تقدم المصلحة العامة ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، مثال ذلك نزع الملكية للمنفعة العامة كبناء مسجد، ولا يشترط هنا أن تكون لصاحب الحق نية الإضرار.

• ما لا قصد فيه، والإضرار اللازم خاص والفعل محتاج إليه: وهو أن يلحق صاحب الحق بمنعه من استعمال حقه ضرر، فهو محتاج إلى فعله، كالدافع عن نفسه مظلما يعلم أنها تقع بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام أو ما يحتاج إليه أو إلى صيد أو حطب أو ماء أو غيره، عالما أنه إذا حازه استضر غيره بعدمه، ولو أخذ من يده استضر، وهذا الوجه يتعلق بالرخص والإباحات كالشراء والإجارة وغيرها، ففي استعمال هاته الإباحات الأولوية تكون للأسبق حتى وإن نجم عن هذا الاستعمال ضرر للغير، لأنه ليس لأحدهما حق في محل الضرر - بل لهما إباحة فقط - أما إذا تقرر لأحدهما حق في محل الضرر، كحق الملكية، فإن للمالك أن يستعمل ملكه كيفما شاء حتى وإن أضر بالغير ضررا مماثلا - مساويا - ولا يمنع إلا إذا كان الضرر راجحا، ويمنع مهما كانت درجة الضرر إذا كان عاما، لأن حق المالك أسبق في استعماله لملكه من حق الغير، فقد تقرر حق المالك على ما يملك ولم يتقرر للغير حق عليه.

• ما لا قصد فيه، والفعل غير محتاج إليه و يؤدي إلى مفسدة قطعا: ومعنى هذا أن الجالب للمصلحة أو الدافع للمفسدة لا يلحقه من منعه من استعمال حقه ضرر، ويؤدي فعله هذا قطعا إلى الإضرار بالغير فيمنع من جهة أنه عالم بالضرر، وبوسعه أن يتفادى وقوعه، فقامت قرينة أنه يقصده، بمعنى اعتبر العلم بوقوع الضرر قرينة على قصد الإضرار، لأن الفعل هنا مناقض لقصد الشارع، وكل ما ناقض الشريعة فهو باطل.

- أن تكون المفسدة على سبيل الندور وينعدم قصد الإضرار: فهنا يرجح قصد الجالب للمصلحة أو الدافع للمفسدة لأن العبرة في الموازنة بين المصلحة والمفسدة هو رجحان المصلحة لا ندرة المفسدة.
- أن تكون المفسدة على سبيل الكثرة ولزومها غير أغلبي: بمعنى وقوعها لا غالبا ولا قطعا ولكن كثير الوقوع، وهنا يتعارض جانبان قويان من النظر، أحدهما النظر إلى أصل الإذن، وأصل الإذن كان لمصلحة راجحة للفاعل، ولذا أجازته الشارع منه، والثاني المفسدة التي كثرت وإن لم تكن غالبية، فنظر أبو حنيفة والشافعي إلى أصل الإذن، ولذلك كان التصرف عندهم جائزا لا مجال لمنعه، وذلك أن العلم أو الظن بوجوده منتفیان، ولا يبنى المنع إلا على أحدهما، وأيضا فإنه لا سبيل لأن تحمل عمل العامل - صاحب الحق - وزر المفسدة، لأنه لم يقصدها، ولم يكن مقصرا في الاحتياط لتجنبها، لأنها ليست غالبية، وإن كانت كثيرة الوقوع فإنها لم تصل إلى درجة الأمر الغالب، حتى يعد عدم الاحتياط تقصيرا يوجب ضمان العدوان، أو ضمان التقصير، هذا نظر أبي حنيفة والشافعي، فرجحا جانب الإذن، لأنه الأصل. وأما الإمام مالك، فقد نظر إلى الجانب الآخر وهو جانب قوي أيضا، وهو كثرة الفساد المترتبة على الفعل، وإن لم يكن غالب، ورجح مالك هذا الجانب لاعتبارات ثلاثة:
- أولها: أنه ينظر إلى الواقع لا إلى المقاصد، وقد وجد أن المفاسد المترتبة على الفعل كثيرة الوقوع، وكثرة المفاسد تصل في الاحتياط لها إلى درجة الأمور الظنية الغالبة لهذا وجب منعها دفعا للمفاسد، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، وما دامت كثيرة الوقوع فترجح كفتها على كفة المصلحة التي كانت في الأصل الإذن.
- الثاني: أنه هنا تعارض أصلان، الأصل الأول هو الإذن، والثاني هو صيانة الإنسان عن الإضرار بغيره ولكثرة وقوع هذه المفاسد رجح الأصل الثاني وكان المنع سدا لذرائع الشر.
- الثالث: إن الآثار الصحاح قد وردت بتحريم أمور كانت في الأصل مأذونا فيها لأنها تؤدي في كثير من الأحيان إلى مفاسد وإن لم تكن غالبية ولا مقطوعا بها، منها أن الرسول (ص) نهى عن بناء المساجد على القبور حتى لا تعبد الموتى، ونهى عن الخلوة بالأجنبية، وفي ذلك كثير من الأمثلة، فقد نهى عن ذلك رسول الله (ص) خشية أن تؤدي إلى المفاسد وإن لم يكن الترتب بغلبة الظن أو بالعلم القاطع.
- إذن فقهاء المالكية يتجهون في سد الذرائع إلى سد وسائل الفساد، فكل ما يؤدي إلى فساد غالبا فهو ممنوع بناء على نص خاص به أو أن يدخل في النهي العام عن الضرر والضرار وعن كل فساد⁽¹⁾.

[1] أنظر في ذلك: - أ/ محمد أبو زهرة: مالك، المرجع السابق ذكره، ص 329 و330.

- د/ محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع السابق ذكره، ص 196.

ومن هنا كان أكثر الفقهاء أخذًا بالذرائع الإمامين أحمد ومالك، وأقل الفقهاء أخذًا بها الإمام الشافعي، وكان أبو حنيفة وأصحابه أقرب إلى الشافعي من القلة، وقد اتفقوا على مسألتين فقط هما: أن ما يؤدي إلى إيذاء جمهور المسلمين ممنوع لا محال كحفر بئر في الطريق العام، والمسألة الثانية أن ما يكون سببًا للخير والشر، ويكون في فعله فوائد للناس لا يكون ممنوعًا كغرس العنب، فإنه يؤدي إلى عصره وتخميمه، إلا أنه لم يكن بذلك في الأصل كما أن هذا الاستعمال أمر احتمالي لا مؤكد، بينما المنفعة مؤكدة وهي غالبية، والعبرة بالأمر الغالب والراجح في الظن. وفيما عدا هاتين المسألتين فقد اختلف الفقهاء في الأخذ بالذرائع، فالشافعي يأخذ بظاهر الأمور ولا ينظر إلى المآلات والنوايا. وقد عمم الشافعي تلك النظرة الظاهرية في كل نواحي الشريعة وخاصة العقود والتصرفات، ففي المجال العقدي لا ينظر إلى آثار العقد ومآله في المستقبل، ولا إلى النوايا المقترنة بالعقد بل يحكم بصحته أو بطلانه بناء على الألفاظ الدالة عليه وما يستفاد منها في اللغة وعرف العقادين⁽¹⁾، وفي مجال الملكية فإن الشافعي لا يقيد المالك في استعمال ملكه حتى وإن أدى الاستعمال إلى الإضرار بالغير، ويعتبر التقييد مفسدة⁽²⁾، أما أبي حنيفة فهو يأخذ بأصل النظر في المآلات تحت اسم الاستحسان، فممنوع الحنفية التدرع بالمشروع إلى تحقيق إضرار راجحة، وقال متأخروا الحنفية بمنع المالك من استعمال عقاره إذا أفضى إلى أضرار فاحشة بجارته استحسانًا ولأجل المصلحة، ولا يعدو أن يكون الحق في هذه الحالة قد اتخذ ذريعة إلى ذلك⁽³⁾، وقد عارضهم الشافعي في الأخذ بالاستحسان وقال: "من استحسنت فقد شرع"، وعقد فصلا في كتاب الأم سماه "كتاب إبطال الاستحسان"، غير أن الاستحسان الذي نادى الشافعي بإبطاله ليس هو الاستحسان الذي يقول به أبي حنيفة ومالك، وإنما هو الحكم بالهوى من غير دليل ولهذا فقد ثبت عليه أنه أخذ بالاستحسان في بعض المسائل منها ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام⁽⁴⁾

ومن هذه الاختلافات الفقهية نلمس النظرة الاجتماعية لمآلات الأفعال التي تميز بها الفقه الحنبلي والمالكي حيث لا يقتصر في نظره على الصورة الفردية الواقعة، فهما ينظران إلى الثمرات المترتبة في مجموعها لا إلى الوقائع في آحادها، ولا شك أن ذلك النظر أسلم وأجدر بالشرائع التي تجيء قاصدة إلى إصلاح الجماعة، وترمي إلى تكوين بنيانها على أسس من الفضائل الخلقية والاجتماعية⁽⁵⁾.

(1) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، ابن حنبل، المرجع السابق ذكره، ص 291 وما بعدها.

(2) أنظر في ذلك: أ/ أبي حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق ذكره، ص 145.

(3) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، أبي حنيفة، المرجع السابق ذكره، ص 360.

(4) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 213.

(5) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، ابن حنبل، المرجع السابق ذكره، ص 295.

و ما يستنتج من قاعدة الذرائع بهذا التحليل الذي تقدم، أنها تعتبر أصلا من أصول نظرية التعسف، وذلك من النواحي التالية:

• فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف: لم يفرق الفقهاء بين الرخصة والإباحة والحق، ولهذا فنظرية التعسف في الشريعة الإسلامية تشمل كل ذلك.

• فيما يتعلق بمعايير النظرية: يتمخض عن قاعدة الذرائع ثلاثة ضوابط:

- الأول: ذاتي ينظر فيه إلى نية صاحب الحق، وقد بينا أن أصل النظر في المآلات ينظر إلى الباعث بصفة ثانوية، ويندرج الوجه الأول من استعمالات الحق التي جاء بها الشاطبي ضمن هذا المعيار.

- الثاني: موضوعي وهو ترتب ضرر عن الفعل حتى ولو لم يقصد صاحب الحق ذلك، وفي هذا المعيار تقدم دراسة الأقسام التي جاء بها الشاطبي، في حالة انتقاء القصد وكلها تدخل ضمن هذا المعيار.

- الثالث: وهو الباعث غير المشروع، وقد أبطل الإمام مالك بموجبه بيع العينة، وهذا المعيار هو من صميم نظرية التعسف.

• ما يتعلق بتكييف التعسف: وقد تقدم أن سد الذرائع لا يقوم على مفهوم التعدي، فالأصل في الفعل التعسفي أنه فعل مأذون فيه شرعا إلا أنه اتخذ ذريعة لتحقيق نتيجة غير مشروعة أو لزم عنه الإضرار بالغير فكان محرما، بينما التعدي هو فعل غير مشروع في ذاته.

• ما يتعلق بوظيفة نظرية التعسف: مبدأ سد الذرائع قائم على دفع الضرر قبل وقوعه، وهو ما يمثل الدور الوقائي لنظرية التعسف، وبهذا تكون هذه الأخيرة أوسع مجالا من نظرية التعدي في الفقه الإسلامي والتي تؤدي دور رفع الضرر لا دفعه، بمعنى لا تثار المسؤولية فيها إلا بعد وقوع الضرر⁽¹⁾.

2- قاعدة الحيل: يقول الإمام الشاطبي: " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأ نفسها وإنما قصد بها أمورا أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع - أي تحايل على الحكم الشرعي فحافظ على ظاهره ولم يحافظ على جوهره بل سعى به إلى غاية أخرى - فليس على وضع المشروعات"⁽²⁾. ولأن قصد الشارع من المكلف أن

(1) راجع في ذلك: د / فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 425 وما بعدها.

(2) راجع في ذلك: إ/ الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 120.

يكون قصده في العمل موافقا لقصده الشارع في التشريع⁽¹⁾ فيكون المحتال على قواعد الشرع قد ناقض قصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع التي تعد خروجاً بالحق عن غايته المتمثلة في تحقيق مصلحة إلى غاية أخرى هو من قبيل التعسف، فالوصية هي تصرف في حق الملكية وتجاوز لغير وارث، أما الوارث فلا بد من إجازة الورثة، فيأتي الموصي ليتحايل على هذا الحكم - وهو عدم جواز الوصية لوارث - فيوصي لوارث في صورة إقرار بدين، فيكون الموصي قد ناقض حكم شرعي وتهرب من تطبيقه ليخرج استعمال حقه في الإيصال إلى غير غايته، وقد يرغب الموصي في الإيصال لصديق بأكثر من الثلث، ويتحايل على الحكم الشرعي الذي يقضي بعدم جواز هذا المقدار من الوصية، فيقر له بدين ويكون الإقرار هو التصرف الظاهر الصحيح شرعا، ولكنه يخفي تصرفا حقيقيا وهو الوصية بأكثر من الثلث، وحكم هاتين الحالتين هو معاملة الموصي بنقيض ما قصد، اعتبارا لقوله (ص): "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽²⁾ فيكون تصرفه باطل لأنه ناقض في قصده الشارع، ومناقضة قصد الشارع تعسف في استعمال الحق، والتعسف في هذه الحالة يرفع بإبطال التصرف.

كخلاصة لأصل النظر في مآلات الأفعال، يمكن القول بأن صاحب الحق يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال يؤدي مآلا إلى الإضرار بالغير سواء كان فردا أم جماعة، أو كان هذا الاستعمال يؤدي إلى أغراض غير مشروعة، ولهذا فإن قاعدة سد الذرائع تعمل على إبطال الوسيلة الموصلة إلى المفساد، فكل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام، وقد أجمع الفقهاء على ذلك واختلفوا في تطبيقات هذه القاعدة، ومنهم من أخذ بها تحت اسم آخر وهو الاستحسان، وهذه القاعدة ليست وحدها التي تحقق أصل النظر في المآلات بل توجد إلى جانبها قاعدة الحيل التي تعمل على كشف الباعث غير المشروع وإبطال التصرف بموجب ذلك، ومنه فإن أصل النظر في المآلات يجد تطبيقه من خلال قاعدتين: - الأولى: قاعدة الذرائع عند المالكية والحنابلة والاستحسان عند الأحناف.
- الثانية: قاعدة الحيل.

(1) راجع في ذلك: /1/ الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 23.

(2) رواد البخاري ومسلم، وقد حصل خلاف بين المذاهب الفقهية في الحيل التي يتوصل بها إلى قلب الأحكام، فعند الحنفية وبعض الشافعية القول بجواز هذه الحيل، وأما باقي المذاهب (مالك والشافعي وأحمد) فتحرّمها، ويستدلون بالقاعدة الأصولية "الأمر بمقاصدها" التي تستفاد من الحديث السابق، ولأن الشارع إذا حرم فعلا ثم أباح الحيل التي يتوسط بها لإسقاط حكم التحريم، فيكون ذلك تناقضا في التشريع، ومخالف لروح الشريعة؛ (راجع في ذلك: د/وهبة الزحيلي، الذرائع في السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 60).

ثانيا / أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال القواعد الفقهية :

لم يبن الفقه الإسلامي على نظريات ولا قواعد عامة، بل كان بناؤه على الجزئيات وهي حلول لمشاكل عملية، فكان الفقه يتألف من مجموع فتاوى الصحابة واجتهادهم في القضايا التي طرحت عليهم، ومن تفسيراتهم لآيات القرآن الكريم ونقلهم لسنة رسول الله (ص)، فكان تدوين الفقه الإسلامي على أساس الجزئيات وفروع ومسائل توصلوا إليها من خلال السماع أو الاجتهاد أو بالتخريج عن أصول أئمتهم، فالفقه الإسلامي يختلف في نشأته عن القوانين الوضعية التي تعنى بالمبادئ والنظريات التي صاغها فقهاؤها، إذ أن هذا الأسلوب لم يكن معروفا في عصر تدوين الفقه الإسلامي وبعد تدوين الفقه الإسلامي صار يتطور هذا التدوين من المسائل والجزئيات والفروع إلى القواعد والضوابط والنظريات، فقد انصرف الفقهاء إلى فن جديد في علم الفقه هو علم القواعد الكلية، حيث انصرف اهتمام هؤلاء الفقهاء إلى استخراج ضوابط عامة وقواعد كلية من المسائل والجزئيات، تمهيدا للانتقال إلى طور جديد في التدوين وهو النظريات العامة⁽¹⁾، وبهذا التسلسل التاريخي ظهرت القواعد الكلية والتي نقدم تعريفا لها ثم نأخذ منها ما يفيد نظرية التعسف.

1- تعريف القواعد الكلية: القاعدة لغة تعني الأساس، واصطلاحا حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه⁽²⁾، وهي بذلك تختلف عن قواعد علم أصول الفقه، والتي تعنى باستنباط الأحكام من أصولها ومصادرها والوسائل المؤدية إليها لإيجاد أحكام للوقائع التي لا نص فيها، وذلك كقاعدة العام والخاص، وكيفية الترجيح بينهما، ثم قاعدة المطلق والمقيد وطرق التوفيق بينهما، إلى غير ذلك من القواعد الأصولية والتي تسمى بأصول الفقه⁽³⁾.

(1) راجع في ذلك : - د/ عبد الرحمن الصابوني ، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 236 - د/ عبد الرحمن الصابوني ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الجزء الأول، مصادر التشريع والقواعد الكلية ، الطبعة الرابعة ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، سورية، 1977، 1978، ص 255 .

(2) أنظر في ذلك: الأستاذ / علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المرجع السابق ذكره، ص 17 .

(3) راجع في ذلك: - د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي ، المرجع السابق ذكره، ص 239 .

- د/ عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج 1، ص 259 .

- د/ محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع السابق ذكره، ص 325 .

2- القواعد الكلية التي تحكم نظرية التعسف: سنأخذ من بين هذا التعداد الضخم للقواعد الكلية، فقط ما يفيد نظرية التعسف لنعرف من خلالها اهتمام الفقه الإسلامي بهذه النظرية لا على مستوى الأحكام الجزئية فقط بل أيضا على مستوى القواعد الكلية التي صاغها⁽¹⁾.

وتقوم نظرية التعسف على قاعدة أساسية وهي قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾، وهذه القاعدة أصلها حديث الرسول (ص) " لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾، ولأن هذا الحديث شامل لكل حالات الضرر جعله الفقهاء قاعدة فقهية ورتبوا عليها قواعد تحتكم إليها كل من نظرية التعدي ونظرية التعسف⁽⁴⁾ سنقتصر على قواعد نظرية التعسف.

- القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها: تعني هذه القاعدة أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر⁽⁵⁾، فيحرم أو يحلل بناء على ذلك القصد، وأصل هذه القاعدة حديث " إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽⁶⁾، فإذا كان صاحب الحق لا يقصد من استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير أو أنه يسعى لتحقيق مصلحة غير مشروعة، كان الاستعمال تعسفا، ومنع منه، وإذا وقع الفعل كان ضامنا - مسؤولا -، وإذا تعددت البواعث كانت العبرة بالباعث الرئيسي، ففكرة الباعث إذن وسيلة لإبطال التصرف الذي ظاهره الجواز - استعمال حق - وباطنه الوصول إلى أغراض محرمة، وتقوم على هذه الفكرة - الباعث - قاعدة الاحتيال على قواعد الشرع⁽⁷⁾، وهذه القاعدة - قاعدة الأمور بمقاصدها - يبنى عليها المعيار الشخصي لنظرية التعسف⁽⁸⁾.

- القاعدة الثانية: الضرر يزال: والضرر يكون إما خاص أو عام، فإذا وقع الضرر وجب أن يرفع ويزال، وإلا كان إقرارا للمضر عن إضراره بالغير، ومثال الضرر الخاص لو بنى أحد الأشخاص في داره جدارا عاليا

(1) وأول من قام بصياغة القواعد الكلية هم فقهاء المذهب الحنفي، من بينهم ابن نجيم في الأشباه والنظائر واستندت إلى هذا المؤلف مجلة الأحكام العدلية، والتي أعادت صياغة هذه القواعد صياغة قانونية منظمة، وهذه المجلة صدرت بتركيا سنة 1286 هـ وأعلن عن تطبيقها سنة 1293 هـ وتحتوي على 1851 مادة تحكم فقه المعاملات حسب المذهب الحنفي (راجع في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 82 وما بعدها)

(2) أنظر في ذلك: أ / علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق ذكره، المادة 19 ص 32.

(3) أنظر شرح هذا الحديث في أدلة نظرية التعسف في السنة النبوية، ص 61 وما بعدها من هذا البحث.

(4) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 27

(5) أنظر في ذلك: أ / علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق ذكره، المادة 02، ص 17.

(6) رواه البخاري ومسلم.

(7) أنظر في ذلك: إ / الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 27 و 28 وص 108.

(8) سيأتي تفصيل ذلك في الباب الثاني، ص 128 وما بعدها من هذا البحث.

سد الهواء أو النور على جاره، فإنصاف المتضرر يكون بإزالة الضرر عنه فيؤمر حينئذ من بنى الجدار بهدمه، وإعادة الحال إلى ما كان عليه⁽¹⁾، ومثال الضرر العام: إذا مال حائط على الطريق العام وجب هدمه. والضرر الحاصل إما أن يكون بقصد أو بدون قصد، أي بمآل الفعل، ولهذا فهذه القاعدة يقوم عليها المعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي لنظرية التعسف.

- القاعدة الثالثة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف: هذه القاعدة تقيد من القاعدة السابقة - الضرر يزال - وتبين كيفية إزالة الضرر إذا كانت إزالته ترتب ضرراً، حيث تكون الموازنة بين الضررين، فيزال الأشد بالأخف، ولا يجوز إزالة الضرر بضرر أشد منه أو مثله⁽²⁾، مثال ذلك إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع أبنية فجاء الشفيح يطالبه بهدم هذه الأبنية، و في الهدم ضرر يصيب المشتري، و في نفس الوقت فإن الشفيح يتضرر من أخذ العقار المشفوع مع الأبنية بعد دفع قيمتها، ولكن الضرر الذي يصيب الشفيح من دفع قيمة البناء أخف من الضرر الذي يصيب المشتري من هدم البناء وتغريمه نفقاته، ولهذا قال الفقهاء، يدفع الشفيح قيمة البناء للمشتري لأن ضرره أخف من ضرر المشتري⁽³⁾ وكذلك في غراس المستأجر وبنائه بعد انقضاء المدة، فللمؤجر تملكه بالقيمة وكذا غراس المستعير وبنائه إذا رجع المعير أو انقضت المدة⁽⁴⁾. والملاحظ على هذه القاعدة أنها تعتمد معياراً موضوعياً وهو الموازنة بين الضررين وبذلك تعتبر أصلاً لنظرية التعسف.

- القاعدة الرابعة: الضرر يدفع بقدر الإمكان: هذه القاعدة هي شاملة بحيث تحرم الإضرار بالغير سواء كان بفعل غير مشروع في الأصل وهنا نكون أمام تعدي⁽⁵⁾ - المسؤولية التقصيرية - أو كان الفعل مشروع وهو استعمال لحق فإنه يمنع إذا أفضى إلى الإضرار بالغير سواء قصداً أو بدون قصد الإضرار وهي تمثل الجانب الوقائي لنظرية التعسف بحيث تحرم إيقاع الضرر قبل وقوعه أي تدفعه، وهي بذلك تتصل بقاعدة الدرائع، والتي تعمل على إبطال الوسائل المفضية إلى ضرر أو مفسدة بوجه عام، ومن تطبيقات هذه القاعدة إبطال وصية الإضرار والتي تكون في حدود الثلث ولغير وارث على رأي فريق من الفقهاء⁽⁶⁾.

(1) أنظر في ذلك: د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 266 و 267

(2) راجع في ذلك: د/ محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المرجع السابق ذكره، ص 356.

(3) راجع في ذلك: أ/ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق ذكره، المادة 27، ص 36.

(4) أنظر في ذلك: إ/ ابن رجب، القواعد، المرجع السابق ذكره، القاعدة 77، ص 140 وما بعدها.

(5) أنظر في ذلك: - أ/ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق ذكره، المادة 31، ص 37.

- د/ عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 27

(6) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 457

- القاعدة الخامسة: درء المفسد أولى من جلب المنافع: معنى هذه القاعدة أنه إذا قام المرء بعمل ما وكان فيه نفع له، وفي نفس الوقت يصيب الغير من جراء ذلك العمل ضرراً يساوي ذلك النفع أو يفوقه، فيمنع من القيام بهذا العمل لأن دفع الضرر مقدم على جلب النفع، إلا أنه يشترط لتطبيق هذه القاعدة أن يكون الضرر أكبر من النفع أو يساويه⁽¹⁾، فإذا كان النفع أكبر من الضرر قدم حق صاحب النفع، ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه يمنع المالك من التصرف في ملكه فيما إذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً.

- القاعدة السادسة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام: هذه القاعدة تطبق كلما كان الفعل ينتج عنه ضرر عام وضرر خاص، فتفضل مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، ويمنع من ذلك الفعل حتى وإن ترتب عن المنع ضرره لأن المصلحة العامة أولى بالرعاية، ولا ينظر في أعمال هذه القاعدة إلى نية صاحب الحق، بل ينظر إلى مآل الفعل فإذا كان يضر بالمصلحة العامة منع من ذلك⁽²⁾، ولا يشترط في المصلحة العامة أن تكون لعامة المجتمع بل يكفي أن يلحق الضرر فئة كبيرة من الناس⁽³⁾.
ومن تطبيقات هذه القاعدة:

- هدم جدار مائل في الطريق العام، يجوز ولو كان فيه ضرر بمالكة، وذلك لدفع ضرر عام على جميع الناس الذين يمرون بجانبه كل يوم، فإذا امتنع صاحب الحائط عن هدمه عد متعسفاً⁽⁴⁾.
- الحجر على المدين فيه ضرر بالمدين ولكن لرفع الضرر عن الدائنين لعدم تهريب أمواله جاز الحجر عليه⁽⁵⁾، وكذلك الحجر على السفينة، فإنه يفوت عليه - على السفينة - التصرف في أمواله كما يشاء لقاء الحفاظ على المصلحة العامة المتمثلة في إدارة الأموال إدارة حسنة لأن الأموال من ضروريات قيام المجتمع.
- نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة كتوسيع مسجد أو بناء مرفق عام، مع تعويض عادل، وإذا امتنع المالك عد متعسفاً، لأن امتناعه يلحق ضرراً بالعامة⁽⁶⁾.

(1) ويستثنى من ذلك الضرر اللاحق بالغير من جراء استعمال المالك لملكه حيث يشترط دوماً أن يكون راجحاً (أنظر في ذلك: أ / محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 100)

(2) أنظر في ذلك: أ / محمد أبو زهرة، المقال نفسه، ص 99 .

(3) أنظر في ذلك: د / فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 463 .

(4) أنظر في ذلك: د / عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، المرجع السابق ذكره، ص 271 .

(5) أنظر في ذلك: د / أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 76 .

(6) أنظر في ذلك: أ / علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 45 .

ما يستنتج من خلال الأصول التشريعية والقواعد الفقهية، أن أصل النظر في المآلات ينظر إلى استعمال الحق من وجهتين:

الوجه الأول: موضوعي، بدون النظر إلى النوايا، وهو النظر إلى ما يترتب على استعمال الحق من ضرر راجح أو مساوي، وتؤيد هذا الوجه القواعد الفقهية التي توازن بين الضررين، ويتمخض عن هذا المعيار الموضوعي لنظرية التعسف.

الوجه الثاني: شخصي، وهو النظر إلى الباعث، وهي الحالة التي يتحایل فيها صاحب الحق عن الشرع فيتذرع بعمل ظاهر الجواز للوصول إلى نتيجة غير مشروعة - قاعدة الحيل - وتؤيد هذا الوجه قاعدة الأمور بمقاصدها، ويتمخض عنه - عن هذا الوجه - المعيار الشخصي لنظرية التعسف.

الباب الثاني

معايير التعسف و إثباته و جزاؤه في القانون الوضعي

والشريعة الإسلامية

الباب الثاني

معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

إنهينا إلى أن التعسف مرتبط أساسا بطبيعة الحق، وأنه مستقل عن الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، أو التعدي كأساس للضمان - كما في الفقه الإسلامي -، فهو يرتب مسؤولية مستقلة عن تلك القائمة على التعدي أو الخطأ، ولكن لترتيب هذه المسؤولية وإعمال نظرية التعسف في المجال التشريعي والقضائي، صاغ الفقه معايير لها، وكان الفقه الإسلامي الأسبق لذلك، حيث ظهرت فيه نظرية التعسف كاملة بمعيارها الشخصي والموضوعي، وهذين المعيارين صاغهما الفقه الإسلامي القديم، واقتصر دور شراح الفقه المحدثين على إبراز هذه المعايير لدى هؤلاء الفقهاء، وعمدوا إلى توضيحها أكثر وصياغتها بشكل يتناسب مع متطلبات التشريع الحديث، أما التشريعات الحديثة، فقد اختلفت في هذه المعايير، بين الموسع لها والمضيق. ولهذا سنعمد إلى كشف هذا الاختلاف وبيان معايير التعسف في الوقت الحاضر.

وتحديد المعايير له أهمية في ضبط نظرية التعسف، لأن كل نظرية غير منضبطة الجوانب يحكم عليها بالفشل، فكان لزاما أن تضبط هذه النظرية بمعايير جامعة مانعة، تجمع مفاهيم النظرية، وتمنع دخول مفاهيم خارجة عنها، لكي يستطيع القاضي تطبيقها بشكل واضح وقانوني بعيد عن التعقيد والغموض، ويستطيع بذلك إعمال الجزاء المترتب عنها والذي سنتعرض له ونبين الإختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بشأنه.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين هما :

الفصل الأول : معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي.

الفصل الثاني : معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

معايير التعسف و إثباته و جزاؤه في القانون
الوضعي

الفصل الأول

معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي

بعد أن نادى الفقه بضرورة تقييد الحقوق الفردية وخاصة حق الملكية العقارية ، بحيث يصبح صاحب الحق مسؤولاً عند إحدائه لضرر بالغير أثناء إستعماله لحقه ، وهي الحالة التي تحكمها نظرية التعسف في استعمال الحق إختلف - الفقه - في الإجابة عن سؤال هام وهو متى يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه ؟ ولهذا رأى الفقهاء أن ترك نظرية التعسف في استعمال الحق بدون معايير تضبط تطبيقها قد يهدد مستقبل هذه النظرية ، فسعى هؤلاء الفقهاء إلى إيجاد معايير تحكم النظرية ، وقد اختلفوا في ذلك ، حيث اعتمد أغلبهم المعيار الشخصي للنظرية متأثرين بما كرسه القضاء الفرنسي من حلول للقضايا العملية.

وتأثرت التشريعات الحديثة أثناء صياغتها لمعايير التعسف ، وانقسمت إلى فئتين ، الفئة الأولى أخذت نظرية التعسف من خلال آراء الفقهاء ، والفئة الثانية تأثرت بالفقه الإسلامي وصاغت المعايير وفق ماسطره لها فقهاؤه.

وعليه سنعمد إلى دراسة معايير التعسف من خلال التشريعات الحديثة ، ونفرق بين الفئتين مبرزين في ذلك مسلك المشرع الجزائري ، ونفرق بين المعايير العامة للتعسف، والتي تنطبق على كل الحقوق بما فيها حق الملكية العقارية، وبين تلك التي تختص بها فقط الملكية العقارية، إذ هذه الأخيرة تعتبر الحق الوحيد الذي استأثر بمعايير خاصة به نظرا لخصوصيته فهو الحق الأكثر فردية، كما سنحدد الجزاء سواء المترتب عن أعمال المعايير العامة أو الخاصة، وندعم هذا الفصل بأحكام قضائية نظرا لصفته التطبيقية مقارنة بأجزاء البحث الأخرى.

وبناء عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : المعايير العامة للتعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي.

المبحث الثاني : المعايير الخاصة بالتعسف في استعمال حق الملكية العقارية.

المبحث الأول

المعايير العامة للتعسف و إثباته وجزاؤه في القانون الوضعي

اختلفت التشريعات في معايير التعسف ، وتوضيح هذا الإختلاف هو هام جداً لأنه يحدد مجال تطبيق النظرية ، فبينما جنحت التشريعات الأجنبية إلى المعيار الشخصي ، جمعت التشريعات العربية المعيارين الشخصي والموضوعي للنظرية ، ولذا سنكشف عن هذا التباين ، ونحدد طرق إثبات التعسف وجزاؤه ، مبرزين في ذلك مدى خصوصيته ، وندعم هذا المبحث بأحكام قضائية.

وعليه سنتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : المعايير العامة للتعسف في التشريعات الحديثة.

المطلب الثاني: إثبات التعسف وجزاؤه وتطبيقاته في أحكام القضاء.

المطلب الأول

المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة

كان لأحكام القضاء وآراء الفقهاء أثرها في التشريعات الحديثة، حيث أصبحت تقيّد الحق الفردي بعد أن كانت تطلقه، و أخذت في أواخر القرن 19 ومطلع القرن العشرين بنظرية التعسف، ولكن هذه النظرية أثارت مسألتين قانونيتين لدى التشريعات.

- الأولى: هل يمكن النص على النظرية في الباب التمهيدي أم في أحكام المسؤولية ؟

- الثانية: هل يكفي النص على معيار شخصي فقط، أم يجب النص على المعيار المادي أيضاً⁽¹⁾ ؟

إذا كان هنالك شبه إجماع بين التشريعات التي أخذت بالنظرية على وجوب النص عليها في الباب التمهيدي للتقنين المدني، فإن هناك اختلاف كبير بشأن صياغة المعايير بين التشريعات العربية و التشريعات الغربية.

1) P / Carbonnier , droit civil , T2 , op. cit , p 192

أولا / المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في التشريعات الغربية :

هناك بعض التشريعات اكتفت بمعيار واحد للتعسف و هو نية الأضرار، من هذه التشريعات، القانون المدني الإنجليزي الصادر في 1911 الذي نص في مادته 226 على أنه " لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الأضرار بالغير " وبهذا النص يكون المشرع الإنجليزي قد أخذ بنظرية التعسف في نطاق ضيق، حيث قصر تطبيقها بمعيار واحد وهو قصد الأضرار⁽¹⁾.
وذهب المشرع الألماني إلى نفس الإتجاه من خلال المادتين 226 و 826 من القانون المدني لسنة 1896 والذي عمل به ابتداءً من سنة 1900⁽²⁾ ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني النمساوي في المادة 1295⁽³⁾.

أما قانون الالتزامات السويسري لسنة 1907 فنص في المادة 02 منه على أنه " يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته، طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق، فلا يقره القانون " ، وهذا النص لا يقصر التعسف على حالة نية الأضرار فحسب بل يشمل حالات التعسف الأخرى التي تثور المسؤولية فيها بقطع النظر عن نية الإضرار و لذا فهو أوسع مجالاً من القانون الإنجليزي، لولا الإبهام الذي يكتنف تعبير "التعسف الظاهر"⁽⁴⁾.

وفي القانون المدني البولوني تناول المشرع نظرية التعسف في المادة 135 حيث تنص " إن كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضرراً بالغير وهو يستعمل حقاً من حقوقه، يكون ملزماً بضمانه، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق " ، وهذا النص يضيق من مجال نظرية التعسف إذ يقصرها على الضرر الناشئ عن قصد أو إهمال، كما أنه يتميز بالغموض في قوله " الهدف الذي من أجله منح هذا الحق"⁽⁵⁾ ، فالقاضي لن يتسنى له الوصول إلى هذا الهدف إلا بالبحث في مجال السياسة و الفلسفة التي بني عليها قانونه، وهذا ليس من مهام القاضي⁽⁶⁾ وهذا عكس ما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي إذا ما قلنا بغائية الحق أو وظيفته الاجتماعية لأن القاضي سيحتكم إلى الأصول

(1) أنظر في ذلك : د/ عيسوي احمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره ، ص 37.

(2) P/ Marty et P/ Raynaud , droit civil , T2 , op.cit , p413.

(3) أنظر في ذلك : د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ذكره ، ص 221

(4) أنظر في ذلك : د/ فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تبيده و نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ذكره ، ص 555

(5) أنظر في ذلك : د/ فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص 556 .

(6) P/ Mazeaud , Leçons de droit civil ,T2, op.cit , p 453.

التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، ومقاصدها لتحديد هذا المفهوم، فهو لا يخرج عن إطار النصوص الشرعية.

والقانون المدني البولوني بنصه هذا يتشابه مع مشروع القانون الفرنسي - الإيطالي للالتزامات والذي نص في مادته 74 على أنه " يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير، متجاوزا في استعمال حقه حدود النية الحسنة، أو الهدف الذي من أجله أعطى هذا الحق"⁽¹⁾، ويوجه له نفس النقد السابق. في الأخير نلاحظ أن هذه التشريعات قد أخذت بنظرية التعسف و طبقتها على كافة الحقوق وهو أمر إيجابي، إلا أن العيب الذي شملها هو تبنيها لمعيار واحد فقط، و اعتبارها التعسف تطبيق من تطبيقات الخطأ، لهذا نستطيع أن نقول بأن نظرية التعسف برزت في هذه التشريعات بطريقة محتشمة نظرا للخلفية الأيديولوجية والتاريخية التي بنيت عليها هذه التشريعات.

ثانيا / المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في تشريعات الدولة العربية :

أخذت أغلبية التشريعات العربية نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي لذا برزت فيها هذه النظرية بأكثر وضوح و بصورة كاملة عكس ما رأيناه في التشريعات الأجنبية، و قد اتفقت أغلبها على معايير ثلاث للتعسف ، ما عدا بعض منها كالتشريع اللبناني، و الذي اختلف عنها بحكم مصدره على ما سنذكره .

1- معايير التعسف في قانون الالتزامات اللبناني: تنص المادة 124 من قانون الالتزامات اللبناني الصادر في سنة 1932 على أنه "يلزم بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق" و هذا النص يتشابه مع نص المادة 135 من القانون المدني البولوني و نص المادة 74 من مشروع القانون الفرنسي - الإيطالي للالتزامات، و هو يقرر معيارين، الأول: الغرض غير المشروع و هو المتمثل في مجاوزة حدود حسن النية، و الثاني: الهدف الاجتماعي، و قد صاغ المشرع اللبناني هذين المعيارين بناء على نظرية -جو سران- لاسيما المعيار الذي جاء به و المتمثل في الدافع غير المشروع⁽²⁾.

(1) أنظر في ذلك: / فتحي الدربني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، الرجوع السابق ذكره، ص 756 و 557

(2) أنظر في ذلك: د/ عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، بدون مكان الطبع، 1980، ص 311 و 312، بند 275

و هذين المعيارين يجمعان بين المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي، فيكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كان الإستعمال بنية الإضرار أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو نتج عن هذا الإستعمال ضررا راجحا للغير⁽¹⁾ . و يوجه لهذا النص نفس النقد الموجه للقانون البولوني و مشروع القانون الفرنسي - الإيطالي للالتزامات .

2- معايير التعسف في القانون المدني المصري الصادر في 1948: من المقرر أن القانون المدني المصري القديم كان متأثرا بقانون نابليون الفرنسي، فلم يرد فيه نص على نظرية التعسف، أما القانون المدني الجديد جاء على نقيض القانون الأول بنزعة جماعية، حيث اقتبس نظرية التعسف من الفقه الإسلامي، و نص عليها في الباب التمهيدي لجعلها تنطبق على كافة الحقوق⁽²⁾ حيث نصت المادة الرابعة منه على أنه "من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر" و هذا هو الأصل في استعمال الحقوق ثم نص على الإستثناء في المادة الخامسة منه في قوله "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير

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

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ."

وهذه المعايير الثلاثة منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شخصي، فالفقرة الأولى تدرج ضمن المعيار الشخصي والفقرتين الثانية والثالثة تدرجان ضمن المعيار الموضوعي، وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي . إلا أن المشرع المصري لم ينص على معيار رابع قرره الفقه الإسلامي و هو "حالة استعمال الحق استعمالا يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية" وهو معيار موضوعي، ويرر الأستاذ عبد الرزاق أحمد السهوري عدم

(1) أنظر في ذلك د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 557
(2) وجاء في المذكرة الإيضاحية له ما نصه: "إن المشروع أحل النظر الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيديّة، لأنّه هذه النظرية من العموم ما يجعلها تبسط على جميع النواحي القانونية دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، و إذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، و إنما بسطه على هذه النواحي جميعا، فهو يجزم بأنّ النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، و أنها تسري في شأن الحقوق العينية سرياتها في شأن الحقوق الشخصية و أنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوز إلى القانون العام. لذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضا عاما محتديا في ذلك مثال أحدث القوانين... (راجع في ذلك : أ/ محمد ابو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ص 95) .

النص على هذا المعيار بأنه : "أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة، من أن يكون معيارا يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأفضية اليومية".⁽¹⁾

3- معايير التعسف في القانون المدني السوري : نص المشرع السوري على نظرية التعسف في المادتين 5 و 6 من القانون المدني ، وهما مطابقتين لنص المادتين 4 و 5 من القانون المدني المصري ، وبهذا يكون قد أخذ بنفس المعايير السابقة.⁽²⁾

وقد كان المشروع التمهيدي لهذا القانون ينص على معيارين آخرين، إلا أن المشرع تنازل عنهما في وضعه للمادة السادسة السالفة الذكر، وهما :

- حالة استعمال الحق استعمالا يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية.
- التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف.

وسبب عدم النص على هاتين الفئتين هو أن المشرع قد اعتبرهما تطبيق لمعيار المصلحة غير المشروعة، فكان النص عليهما مجرد تكرار بدون داع، إذ تناولت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفقرة (ج) من المادة السادسة، وفسرتها على أن " المصالح تعتبر غير مشروعة في الحالات التالية :

- إذا كانت تتعارض مع نصوص القوانين والأنظمة واللوائح.

- إذا كانت تخالف النظام العام والآداب.

- إذا كان استعمال الحق مؤديا إلى تعطيل استعمال حقوق الآخرين على الوجه المألوف وذلك بصرف النظر عن قصد الإضرار وعن التفاوت بين النفع والضرر"⁽³⁾.

وبنفس المعايير أخذ كل من المشرع اليمني في المادة 18 من القانون المدني والمشرع الليبي في المادة 05 والعراقي في المادتين 6 و 7.

إذن فنظرية التعسف في هذه القوانين تقوم على ثلاثة معايير، فما مدى مطابقتها للمعايير التي جاء بها الفقه الإسلامي؟

-المعيار الأول: معيار تمخض قصد الإضرار: هذا المعيار مأخوذ من الفقه الإسلامي، وهو معيار شخصي، ويشترط فيه ألا يصاحب نية الإضرار مصلحة لصاحب الحق ولو ضئيلة، ويتبين ذلك من كلمة "سوى" فقد

(1) أنظر في ذلك : أ / عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 ، م 2 ، المرجع السابق ذكره ، ص 962 بند 563.

(2) أنظر في ذلك : الأستاذ / نبيل المصري ، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المدني السوري ، مقال منشور في مجلة

المحامون ، الأعداد 8،7 ، 9 ، لعام 1991 ، السنة 56 ، ص 538.

(3) أنظر في ذلك : أ / نبيل المصري ، المقال نفسه ، ص 538 .

صاغت هذه القوانين المعيار صياغة واحدة وهي "إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير"، لأنه إذا كانت ثمة مصلحة ضئيلة فإن الفعل يخضع للمعيار الثاني الموضوعي، وهذا لا يمنع من أن ضالة المصلحة تعد قرينة على قصد الإضرار.

- المعيار الثاني : معيار رجحان الضرر الذي يصيب الغير عن المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق رجحانا كبيرا : وهذا المعيار هو موضوعي مأخوذ من الفقه الإسلامي لا سيما القواعد الفقهية مثل "يختار أهون الشرين" و "الضرر الأشد يزال بالأخف"، وكذلك الأصول الفقهية مثل أصل النظر في مآلات الأفعال، فالنظر هنا يكون لمآل الفعل لا إلى نية صاحب الحق.

- المعيار الثالث : معيار تحقيق مصالح غير مشروعة : هذا المعيار يجمع ما بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي لأن تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، ويأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مآل الفعل وما إن كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما نصه : "إن معيار المصلحة غير المشروعة إذا كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة"⁽¹⁾.

ويعيب الأستاذ محمد أبو زهرة على المشرع المصري أخذه بهذا المعيار كمعيار لنظرية التعسف، إذ يرى أن من يسعى لتحقيق مصالح غير مشروعة لا يعد ابتداءً قد استعمل حقا حتى يعتبر قد أساء استعماله، لأن المنافع غير المشروعة حرام في ذاتها، فتكون ممنوعة في الإسلام بأصل عدم المشروعية⁽²⁾.

وبنفس الرأي انتقد الأستاذ نبيل المصري القانون المدني السوري، حيث اعتبر استعمال الحق لأجل تحقيق مصلحة غير مشروعة تجاوزا لحدود الحق لأنه يخالف بذلك قيما قانونيا فلا يعتبر متعسفا، واستند إلى المذكرة الإيضاحية . للقانون المدني السوري . في شرحها للمادة 06 الفقرة (ج) حيث أوردت ثلاث حالات - السابق ذكرها - تتحقق فيهم المصالح غير المشروعة، ليوجه نقدا لهذه المادة من ناحيتين - الناحية الأولى : اعتبار المصالح غير المشروعة هي مخالفة نصوص القانون والأنظمة واللوائح أو مخالفة النظام العام والآداب يتناقض مع مفهوم التعسف والذي يفترض وجود حق، إذ أن استعمال الحق لتحقيق مصالح غير مشروعة حسب المفهوم السابق يعد خروجاً عن حدود الحق لا تعسفا فيه، ويترتب على

(1) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى السلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 574

(2) راجع في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 98

ذلك قيام المسؤولية التقصيرية.

- الناحية الثانية : اعتبار المشرع المصالح غير المشروعة هي ما يؤدي إلى تعطيل حقوق الآخرين على الوجه المألوف، لا يدخل ضمن معيار تحقيق مصالح غير مشروعة لسبب بسيط هو أن مثل هذا الاستعمال يعتبر غير مشروع وإن لم تكن هناك مصلحة غير مشروعة⁽¹⁾.

ولكن إذا نظرنا إلى تطبيقات هذا المعيار فإننا لا نستطيع الاستغناء عليه، وكمثال لهذه التطبيقات قضية -كليمان بايار - والذي أقام مبان في أرضه المجاورة للمطار، ووضع فوقها اعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها، وليجبر شركة الطيران على شراء أرضه، فأدانته للقضاء سنة 1915 بالتعسف - تحت ستار فكرة الخطأ-، فإذا نظرنا إلى هذه القضية فإننا لا نستطيع إخضاع الفعل للمعيار الأول -وهو نية الإضرار- لأن الفعل قد صاحبه قصد تحقيق مصلحة كما لا نستطيع تطبيق المعيار الثاني - وهو رجحان الضرر عن المصلحة - لأن المصلحة التي يتطلبها هذا المعيار هي المصلحة المشروعة، فلم يبق لنا سوى المعيار الثالث - عدم مشروعية المصلحة - .و الفعل هنا لا يعد خروجاً عن حدود الحق لأن المالك لم يستعمل سوى حقه وهو حق البناء على أرضه، والقانون لا يمنعه من البناء بهذه الكيفية، إذن فهو لم يخطئ، فلا نستطيع مساءلته تقصيراً، فماذا نسمي هذا الفعل سوى بأنه تعسف؟.

و بحكم الأصل التاريخي لنظرية التعسف في التشريعات العربية ، و هو الفقه الإسلامي ، يمكن اعتبار هذا المعيار معيار أصيل للنظرية و يتمثل في معاندة قصد الشارع⁽²⁾.

هذه هي معايير التعسف كما عرفتتها بعض قوانين الدول العربية، فهل ذكرت على سبيل الحصر أم

المثال؟

أجاب جمهور الفقه المصري على هذا السؤال بأن المعايير التي عددها المشرع ذكرت على سبيل الحصر، حيث لا يعتبر صاحب الحق متعسفاً إلا إذا اتخذ استعماله لحقه أحد الصور المذكورة في المادة الخامسة⁽³⁾. ويخالف هذا الرأي اتجاه آخر يرى بأن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ويستدل هذا الرأي بما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني السوري حيث نصت على أن هذه الضوابط "تهيئ عناصر نافعة للاسترشاد" وهذا يفيد أن المشرع إنما قصد بوضعها أن تكون نافعة للاهتداء

(1) أنظر في ذلك : أ / نبيل المصري، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المدني السوري، المقال السابق ذكره ، ص 540-541

(2) أنظر في ذلك : د/ فتحي الدين، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره ، ص 573

(3) أنظر في ذلك : أ / عبد الرزاق احمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 ، م 2، المرجع السابق ذكره ، ص 955 بند 558

- د/ عبد المنعم فرج الصده ، مبادئ القانون ، المرجع السابق ذكره ، ص 313 بند 276

بها والقياس عليها ولم يقصد حصرها في هذه الحالات الثلاثة، ويستدل هذا الرأي أيضا بأن الضرر الفاحش هو معيار للتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ولم يرد له ذكر في القانون ولهذا فمعايير التعسف غير محددة، حيث يستطيع المشرع إدخال أي معيار جديد، لأن كل معيار تفصيلي يدخل في الضابط العام وهو المناقضة لقصد الشارع⁽¹⁾.

ثالثا / المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري :

تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق أسوة بما استقرت عليه التشريعات الوضعية الحديثة لا سيما العربية منها، وجعل منها نظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، حيث خص لها نص المادة 41 من التقنين المدني الجزائري التي جاءت صياغتها عامة، مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون⁽²⁾ دون أن تكون مجرد تطبيق لنظرية العمل غير المشروع⁽³⁾.

وقد نصت المادة 41 على أنه : "يكون استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

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

والملاحظ من صياغة هذه المادة أن المشرع استعمل صراحة مصطلح التعسف، عكس ما ذهب إليه التشريعات العربية الأخرى التي عبرت عن التعسف بالاستعمال غير المشروع للحق، وهذا شيء إيجابي في مسلك المشرع الجزائري، ولكن يؤخذ على هذه المادة ما يلي :

- من حيث الشكل : حشر المشرع الجزائري النص على نظرية التعسف بين أحكام الأهلية، حيث وردت النظرية ما بين نص المادتين 40 و 42 واللتين تناولتا الأهلية، وليس هناك ما يربط بين التعسف وبين أحكام الأهلية، فكان ينبغي أن يضع النص في الباب التمهيدي أسوة بالقوانين العربية الأخرى⁽⁴⁾.

- من حيث الموضوع : كان ينبغي أن يذكر الأصل في استعمال الحق أولا ثم يذكر الاستثناء، كما فعلت التشريعات العربية، إذ الأصل في استعمال الحق هو المشروعية وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه، ولكن المشرع اقتصر على ذكر الاستثناء فقط وهو عدم مشروعية الاستعمال، والمنطق العلمي

(1) أنظر في ذلك : د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 569 و 570

(2) و من تطبيقات هذه النظرية نجد المواد 343، 200-193، 271 من قانون الإجراءات المدنية و نجد المواد 534، 2/708، 705 من القانون المدني، فهي تنبسط على كافة القوانين و كافة الحقوق.

3) P / TERKI : les obligations (Responsabilité Civil et régime général) Office des publications Universitaires, Alger 1982, P70

4) P / TERKI, Les Obligations Op.Cit, P70

يقضي بأن الاستثناء يرد على الأصل⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن المشرع الجزائري استعمل كلمة "فائدة" بدلا من كلمة "مصلحة" في حين أن كلمة مصلحة أدق من كلمة فائدة خاصة في استعمال الحقوق⁽²⁾.
والملاحظ على المعايير الواردة في المادة 41 أن منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي.

1. المعيار الشخصي : وعبر عنه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة بأنه : "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير" وعليه يعد متعسفا من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير ولو صاحب هذا القصد نفع لنفسه، إذا كان قصد الإضرار هو القصد الرئيسي⁽³⁾. وهذا عكس بعض التشريعات العربية من بينها القانون المصري الذي صاغ المعيار الشخصي في عبارة "إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير" وهذه الصياغة تدل على اشتراط ألا يصاحب قصد الإضرار بالغير منفعة ولو ضئيلة لصاحبه، ولا يهم إن تحققت فيما بعد مصلحة لصاحب الحق ما دامت عرضية وغير مقصودة⁽⁴⁾.

2. المعيار الموضوعي : ونص عليه المشرع في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 41 كما يلي :

أ) إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ : والقاضي بموجب هذا المعيار يوازن بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق وبين الضرر الناشئ عن ذلك الاستعمال، بدون النظر إلى نية صاحب الحق⁽⁵⁾، رغم أن النية في غالب الأحيان تكون سببا حيث يصاحبها قصد الإضرار، إلا أن القاضي لا يبحث في النية ما دام أن القانون أعطاه طريقة أفضل في هذه الحالة وهي الموازنة بين المصلحة والضرر، فذلك يكون أسر له من البحث في النوايا، وهذا ما أكده القضاء المصري حيث اعتبرت محكمة النقض أن المعايير الثلاثة للتعسف لا تخلو من قصد الإضرار⁽⁶⁾.

وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات عديدة لهذا المعيار نذكر من بينها ما يلي :

-هدم الحائط الفاصل : ونصت عليه المادة 708 في فقرتها الثانية وجاء فيها : "غير أنه ليس لمالك

(1) أنظر في ذلك : د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ذكره، ص 222

(2) أنظر في ذلك : د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ذكره، ص 59

(3) P/ TERKI, La Responsabilite Civile, Op, Cit ; P57et58

(4) أنظر في ذلك : د/ محمد حسين منصور و د/ محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق ذكره، ص 359

(5) TERKI, La Responsabilite Civile Op.Cit, P58

(6) في حكمها الصادر في 1979/12/15، أنظر في ذلك : د/ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات المرجع السابق ذكره، ص 245:246

هامش (1) .

الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني⁽¹⁾، إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"⁽²⁾.
والعذر القوي - القانوني كما ورد في المادة - يبين المصلحة الجدية التي يرمي مالك الحائط إلى تحقيقها، ومصالحته هنا تقدم لأنه يتصرف في ملكه، أما إذا لم يستند في ذلك إلى عذر قوي فيبعد متعسفا وترجح مصلحة الجار⁽³⁾.

- الالتصاق بالعقار : وردت في الأحكام المتعلقة بالالتصاق بالعقار عدة أحكام استعمل فيها المشرع معيار الموازنة بين الضرر والمصلحة، من بينها :

• نصت الفقرة الأولى من المادة 785 على أنه "إذا كان من أقام المنشآت -المشار-⁽⁴⁾ إليها في المادة 784⁽⁵⁾ يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها" ، فإذا طلب مالك الأرض نزع المنشآت يكون متعسفا وجزاء تعسفه أنه لا يجاب في طلبه بل يتملك المنشآت معاوضة، وذلك لأن الضرر الذي يصيب صاحب المنشآت أكبر من المصلحة التي يحققها.

• ما نصت عنه المادة 788 " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل"⁽⁶⁾ ، فيكون مالك الأرض متعسفا إذا طلب إزالة البناء، لأن هذا الطلب يترتب عنه ضرر أكبر من الضرر اللاحق بمالك الأرض إذا ما تنازل عن جزء من أرضه، وبذلك فإن القاضي يجبر مالك الأرض على تمليك الجزء المشغول من أرضه لصاحب البناء⁽⁷⁾.

(1) والأصح هو كلمة (قوي) بدلا من (قانوني) كما ورد في النص الفرنسي

(2) وهذه المادة تقابلها المادة 818 فقرة 02 من القانون المدني المصري ، والمادة 1279 من القانون المدني الأردني ، والمادة 827 من القانون المدني الليبي (أنظر في ذلك : الدكتور / محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار الحياة ، دمشق ، سورية ، 1976 ، 1977 ، ص 313 ، بند 136).

(3) أنظر في ذلك د/ فريدة محمدي زواوي ، نظرية الحق ، الجزء الثاني ، طبعة 1998 ، المؤسسة الوطنية للفنون والطباعة ، وحدة الرغاية ، الجزائر ص 153

(4) بإضافة كلمة (المشار) يستوي النص كما في النص الفرنسي.

(5) وهي منشآت يقيمها شخص في أرض غيره متقددا بحسن نية أن له الحق في إقامتها. والمادة 784 قد أشارت إلى حالة سوء النية في إقامة هذه المنشآت

(6) وهي تقابل المادة 928 من القانون المدني المصري ، وتقارب المادة 889 من القانون المدني السوري(أنظر في ذلك : أ/ عبد الرزاق احمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، م 2 ، المرجع السابق ذكره، ص 966 و 967 . بند 566).

(7) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 273 بتاريخ 1956/2/5 وجاء فيه " لا يصار إلى التحكيم بإزالة التجاوز على العقار، إذا كان الضرر الحاصل من إزالته للعقار الجاري التجاوز لمصلحته يفوق الفائدة الناتجة عن إزالته للعقار المتجاوز عليه" أنظر في ذلك =:

• ما نصت عنه المادة 790 " إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت " فهذه المادة رجحت مصلحة مالك المنشآت ودفعت الضرر الذي سيلحقه من جراء نزعها لأن هذا الضرر أكبر بكثير من الضرر الذي يلحق مالك المواد وقد لا يكون ثمة أي ضرر يلحقه لأنه سيتلقى تعويضا عن فقدها⁽¹⁾.

- التحرر من حق الإرتفاق : و نصت عنه المادة 881 حيث ذكرت أنه " يجوز لمالك العقار المر تفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه و إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المر تفق أو إذا لم تبقى له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المر تفق به " ⁽²⁾ و التعسف هنا في أن يطالب مالك العقار المر تفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته و الجزاء هو إزالة الضرر عينا بإنهاء حق الارتفاق ⁽³⁾.

-إنقاص التخصيص: وورد تطبيق لمعيار رجحان الضرر عن المصلحة في المادة 946 و التي تنص " يجوز لكل ذي مصلحة أن يطالب بإنقاص التخصيص إلى الحد المناسب، إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين .

و يكون إنقاص التخصيص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين... " و التعسف هنا يكون في طلب من له حق التخصيص في الإبقاء عليه، فيوازن القاضي بين مصلحته و الضرر الذي سيلحق صاحب العقار و في هذه الحالة الضرر الذي سيلحق بهذا الأخير أكبر لأن قيمة العقار أكبر بكثير من قيمة الدين، في حين توجد عقارات أخرى تتناسب مع الدين، و لهذا ودرءا للتعسف يحكم القاضي بإنقاص التخصيص ⁽⁴⁾.

ب) إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة: و هذا المعيار هو موضوعي ينظر فيه إلى نتيجة الفعل أو المصلحة التي يريد صاحب الحق تحقيقها، حيث يعد متعسفا إذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة، و تكون كذلك إذا كانت مخالفة للنظام العام و الآداب العامة كاستعمال مالك المنزل لمنزله

=د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص 313 بند 136.

(1) و هذا الحكم يشبه الحكم الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية و هو إذا غضب شخص خشبة و بنى عليها، فإن ملكية الخشبة تنقطع عن صاحبها و ليس له إلا طلب التعويض، دفعا للضرر الأشد و هو تهديم البناء (راجع في ذلك: د/ عبوي احمد عبوي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره ، ص 98) .

(2) و هذه المادة تطابق المادة 1029 من القانون المدني المصري، (أ/ السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، م 2، المرجع السابق ذكره، ص 966 ، بند 566) .

(3) أنظر في ذلك: أ/ السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 ، م 2 ، المرجع السابق ذكره ، ص 966 و 967 بند 566

(4) أنظر في ذلك: أ/ السهوري ، المرجع نفسه، ص 967 ، هامش (1).

لفرض مخالف للنظام العام و الآداب العامة أو لحكم من أحكام القانون⁽¹⁾ و لا شك أن هذا المعيار مرن يخول للقاضي سلطة تقديرية كبيرة في رقابة استعمال الحق .

هذه هي المعايير التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 41 من التقنين المدني، فهل وردت على سبيل المثال أم الحصر؟

هناك من يرى أنها وردت على سبيل الحصر⁽²⁾ و هناك من يرى أنها وردت على سبيل المثال⁽³⁾، ونرى أن المشرع الجزائري قد حصر المعايير العامة للتعسف في ثلاثة معايير لا يجوز التوسع فيها لأنها استثناء من الأصل و هو مشروعية استعمال الحق و عدم ترتيب مسؤولية على ذلك، و الاستثناء لا يمكن التوسع فيه بإضافة حالات جديدة، و القول بعكس ذلك يؤدي إلى تهديد الحقوق الفردية ، و توجد بجانب المعايير العامة للتعسف معايير خاصة بالتعسف في استعمال الملكية العقارية نص عليها المشرع في المادة 691 من التقنين المدني و جاء بمعيار خاص بالتعسف في استغلال الأراضي الفلاحية، و نص عليه في المادة 48 من قانون التوجيه العقاري و لهذا فإن مجال المعايير الخاصة بالتعسف يتسع ليشمل بعض الحالات الخاصة التي يرى المشرع أنه لا يمكن ردها إلى المعايير الثلاثة المنصوص عليها في المادة 41 من التقنين المدني، فيتدخل المشرع ليحكمها بمعايير خاصة .

و عليه فإن المشرع الجزائري ذكر معايير للتعسف تنبسط على كافة الحقوق و حددها على سبيل الحصر في المادة 41، و أضاف لها معايير خاصة بالتعسف في استعمال الملكية العقارية .

المطلب الثاني

إثبات التعسف و جزاؤه و تطبيقاته في أحكام القضاء

من المقرر أن لكل قاعدة قانونية جزاء يصحبها و إذا لم يصاحبها جزاء فلا تعدو سوى أن تكون قاعدة أخلاقية لا يترتب عن مخالفتها سوى تأنيب الضمير⁽⁴⁾، و نظرية التعسف تظهر أهميتها في الجزاء المادي المترتب عن التعسف، و هذا ما يجعلها تسير جنباً إلى جنب مع نظرية الخطأ و لا تقل عنها أهمية و

(1) أنظر في ذلك : د/ فريدة محمدي زواوي، نظرية الحق، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 154.

- د/ بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المقال السابق ذكره، ص 17

(2) أنظر في ذلك : د / علي علي سليمان ؛ النظرية العامة للإلتزام ؛ المرجع السابق ذكره، ص 223 .

(3) أنظر في ذلك : د / بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المقال السابق ذكره، ص 16 .

(4) راجع في ذلك : د/ عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، المرجع السابق ذكره، ص 17 و 18

في هذا المطلب سنتكلم عن مسألة هامة قبل الحديث عن الجزاء و هي إثبات التعسف و كنقطة ثالثة سنتكلم عن الجانب العملي لنظرية التعسف و هو أحكام القضاء، و الذي أثرى هذه النظرية بأمثلة عملية عديدة .

أولا / إثبات التعسف :

يقع عبء الإثبات على المدعي طبقا للقاعدة التي تقضي بأن " البينة على من ادعى " و ذلك لأن الأصل في استعمال الحقوق هو المشروعية ، و على من يدعى عدم مشروعية الاستعمال إثبات ما يدعيه، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن الأصل أنه لا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً فلا يكون من ثم مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر⁽¹⁾.

و يختلف الإثبات باختلاف الصورة التي اتخذها صاحب الحق في تعسفه ، فإذا ادعى شخص أن أعمال الحفر التي يقوم بها المالك في ملكه تعود عليه بضرر كبير يفوق ما يجنيه من مصلحة ، فيجب عليه إثبات مقدار الضرر الذي سيلحقه، و مقدار المصلحة التي تعود على المالك كي يتسنى للقاضي أن يوازن بينهما . أما إذا ادعى أن أعمال الحفر التي يقوم بها المالك في ملكه إنما هي بقصد الإضرار به، فإن الإثبات لا يكون سهلاً ، لأن قصد الإضرار هو من البواعث النفسية التي يصعب الوصول إليها ، و لهذا فإن القضاء يعتمد قرائن للوصول إلى هذه النية، و هي قرينة انتفاء المصلحة في استعمال الحق، و قرينة تخير أكثر الطرف إضراراً بالغير في استعمال الحق ، و هاتين القرينتين إعتددهما القضاء الفرنسي منذ زمن طويل⁽²⁾ ، كما إعتددهما القضاء المصري أيضاً حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن " نصت المادتان الرابعة و الخامسة من التقنين المدني على أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير و أن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير و هو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ... " ⁽³⁾.

كما إعتبر القضاء المالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه، بحيث تضر بالجار و كان في وسعه تجنب ملك الجار هذا الضرر بإقامتها في مكان آخر من البناء - إعتبره - متعسفاً في استعمال

(1) محكمة النقض بتاريخ 1946/11/28، أنظر في ذلك: أ / عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقابية ، ج 1 المرجع السابق ذكره ، ص 166 فترة 223 .

2) P / CARBONNIER , droit civil , T2 , OP , Cit , P189

(3) حكم صادر في 1977/03/28 ، أنظر في ذلك: د / عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ذكره ، ص 243 ، هامش (1)

حقه⁽¹⁾ وقرينة قصد الإضرار هنا تتمثل في تخير أكثر الطرق إضراراً بالغير في استعمال الحق. وهاتين القرينتين و إن ذكرنا هما على سبيل المثال إلا أنه يصعب تصور قرائن أخرى تدل على نية الإضرار، فتكاد تكون هاتين القرينتين الوسيلة الوحيدة لكشف نية الإضرار. هذا و إذا أقام المدعي الأدلة على وجود التعسف ، فيكون للقاضي السلطة التقديرية في اعتبار الفعل تعسفياً أو انه غير ذلك، و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن " تقدير التعسف و الغلو في استعمال المالك لحقه هو من شؤون محكمة الموضوع..."⁽²⁾

ثانياً / جزاء التعسف :

يأخذ الجزاء الذي أوردته التشريعات الوضعية للتعسف في استعمال الحق صوراً ثلاث فقد يكون وقائياً و قد يكون عينياً و قد يكون مالياً.

1-الجزاء الوقائي : يعتبر هذا الجزاء من خصوصيات نظرية التعسف ، و يتخذ صورة منع وقوع الضرر ابتداء عن طريق منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي⁽³⁾ متى كان الضرر متوقفاً أو محتملاً احتمالاً راجحاً، وتسمية هذا الأمر جزاءً، يعد من قبيل التوسع و المجاز ، لأن حقيقة الجزاء ما يترتب على فعل وقع. و من صور هذا الجزاء ما قضت به معظم التشريعات ، من أنه إذا تعدى مالك الأرض و هو يقيم عليها بناءه بحسن نية على جزء ضئيل من أرض جارده، و أصر الجار على طلب هدم البناء الذي يشغل هذا الجزء ، فعلى المحكمة ألا تستجيب لطلبه، توقياً للضرر الذي ينجم عن الهدم وتكتفي بالحكم على صاحب المبنى بالتعويض⁽⁴⁾ ، و منها أيضاً منع الخصم في الدعوى من توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، إذا بدأ للقاضي أنه متعسفاً في توجيهها⁽⁵⁾ .

2-الجزاء المالي : الأصل في جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه إلى

(1) أنظر في ذلك: د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص 314 فقرة 136

(2) نقض، بتاريخ 1969/02/13، أنظر في ذلك: د/ عبد الودود يحيى، النموذج في النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق ذكره، ص 250 هامش (1)

(3) أنظر في ذلك: د/ فريدة محمدي زواوي، نظرية الحق، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 155

(4) المادة 788 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 928 من القانون المدني المصري

(5) المادة 343 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 410 من القانون المدني المصري

المضروور جبرا للضرر⁽¹⁾ و مقدار التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، استنادا إلى حجم الضرر و أهمية المصلحة التي يدعيها المتضرر، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «تقدير التعسف و الغلو في استعمال المالك لحقه هو من شؤون محكمة الموضوع، كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه⁽²⁾».

3- الجزء العيني : يكون الحكم بالتعويض العيني كلما كان ذلك ممكنا، كالحكم بتحويل موضع المدخنة، أو الحكم بهدم الحائط الذي حجب الضوء و الهواء عن الجار أو الحكم بإعادة بناء الجدار الذي هدم دون عذر قوي.

و يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل أي التعويض النقدي، و يكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق و تلافي الضرر اللاحق⁽³⁾، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار تلافيا للضرر الذي سيلحقه، و الحكم بالتعويض النقدي على ما أصابه من ضرر، و هذه الصورة من الجزء هي الغالبة في التعسف في استعمال حق الملكية العقارية⁽⁴⁾.

ثالثا / التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية:

1- في القضاء الفرنسي: عرف القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة لنظرية التعسف، و أقام مسؤولية المالك في الأحوال التالية:

(أ) المالك الذي يقيم على حدود ملكه بقصد منع الغبار و تطلع الجيران جدارا بالطريقة العادية، في حين أنه كان في وسعه تشييده على نحو أقل ضررا بالجار، و ذلك بجعل أجزاء الحائط المقابل لمطل الجار من زجاج غير شفاف يسمح بتسرب الضوء⁽⁵⁾ و في هذه الحالة اعتمد القضاء على قرينة تخير الطرق الأكثر إضرارا بالجار في استعمال الملكية للوصول إلى نية الإضرار.

(ب) شركة التعدين التي كان لها حق إجراء بعض الأعمال و كان لها للوصول إلى ذلك و سيلتان، و لكنها

(1) أنظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المقال السابق ذكره، ص 19.

(2) قرار صادر بتاريخ 1969/02/13، م نقض، أنظر في ذلك: د/ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق ذكره، ص 250.

(3) أنظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المقال السابق ذكره، ص 19.

(4) P/ MAZEAUD, leçons de droit civil, T2, Op.Cit, P 456

- P/ CARBONNIER, droit civil, T2, Op. Cit, P 189

(5) محكمة باريس في 1941/10/28 أنظر في ذلك: د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص 314 بند 137

اختارت بغير موجب الوسيلة الضارة بجارها⁽¹⁾، و اعتمدت المحكمة على نفس القرينة السابقة للوصول إلى نية الإضرار.

ج) المالك الذي يدير جهازاً كهربائياً بقصد التشويش على أجهزة لا سلكية يبيعها أحد التجار المجاورين حتى لا يتمكن من بيعها⁽²⁾، و قرينة قصد الإضرار هنا هي انتفاء المصلحة في استعمال الحق.

د) مالك طاحونة المياه القائمة تجاه طاحونة جاره الذي رفع فجأة أبواب الأحواض لما تبين أنه لا لزوم لرفع هذه الابواب، و التي أصابت الجار بالأضرار نتيجة تغيير مستوى حيز المياه⁽³⁾.

هـ) المالك الذي وضع مضخة في النبع الواقع في أرضه فسحبت بدون أدنى فائدة له كمية كبرى من مياه النبع المتفجرة في أرض جاره⁽⁴⁾.

2- في القضاء المصري : في معرض قضاؤه في المسائل العملية التي طرحت عليه، قرر القضاء المصري بعض المبادئ الهامة التي تحكم نظرية التعسف في استعمال الحق من بينها:

أ) إن نظرية إساءة استعمال الحق مردها قواعد المسؤولية في القانون المدني، لا قواعد العدل و الإنصاف المشار إليها في المادة 29 من لائحة المحاكم الأهلية، فإذا كان الحكم قد أسس قضاؤه على تلك النظرية، فإنه يكون قد اعلم القانون المدني في الدعوى لا قواعد العدل و الإنصاف⁽⁵⁾.

ب) من المبادئ الخالدة في علم القانون أن من استعمل حقاً مشروعاً لا يسأل عما فعل، و هذه المبادئ قد أقرها المشرع المصري بنص تشريعي صريح هو المادة 04 من القانون المدني الجديد حيث قالت أن " من استعمل حقاً استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"⁽⁶⁾.

1) محكمة دار جينيان في 17/05/1910، أنظر في ذلك: د/نزبه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، المرجع السابق ذكره، ص 669، هامش (1)

2) محكمة أميان، في 22/11/1932، أنظر في ذلك: د / صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، المرجع السابق ذكره، ص 125

3) نقض فرنسي 30/07/1918، أنظر في ذلك: د/ نزبه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، المرجع السابق ذكره، ص 669.

4) محكمة استئناف ليون سنة 1856، أنظر في ذلك: أ / زهدي يكن، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ذكره، ص 180 بند 87.

5) محكمة النقض في 28/11/1946، أنظر في ذلك: أ/ عبد المعين لظفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 166 فقرة 223.

6) محكمة مصر الكلية في 19/02/1949، أنظر في ذلك: أ / عبد المعين لظفي جمعة، المرجع نفسه، نفس الصفحة، فقرة 224.

ج) فيما بين المالك حق كل مالك محدود بحق الآخر، وأنه حتى في غير حالة الاعتداء على حق مكتسب للجار، يعتبر استعمال حق الملكية تعسفي و غير مشروع و موجب للتعويض إذا قصد المالك منه مجرد الإضرار بجاره لأنه إذا انتفت الضرورة و المصلحة الحقيقية أصبح استعمال حق الملكية و ليد سوء النية، و لا يحمى القضاء مثل هذا العمل⁽¹⁾.

د) استعمال المالك للحق الذي خوله إياه القانون على الشيء المملوك له، لا يعتبر غير مشروع و بالتالي موجب للمسؤولية كأي خطأ آخر، إلا إذا كان وليد نية الإضرار و مضايقة الجار عن طريق الحد من انتفاعه بماله أو جعل هذا الانتفاع عسيرا، و بالعكس لا غبار على هذا الاستعمال و لو ترتب عليه مضايقة الجار مضايقة محتملة إذا قصد به رفع أو تخفيف مزار الجوار العادية، كمن يقيم عرش لحمل النباتات النامية بين عقاره و العقار المجاور لمنع مستأجري هذا العقار من النظر في عقاره، خصوصا إذا كان العقار المجاور قد بنى أخيرا و لم يترك صاحبه إلا المسافة القانونية بين العقارين⁽²⁾.

هـ) إذا وقع الضرر و تبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في الاستعمال، أمكن اعتبار انتفاء المصلحة أو تفاهتها قرينة على توفر قصد الإضرار⁽³⁾.

3- القضاء الجزائري : قرار مجلس قضاء عنابة الذي قضى بتأييد حكم محكمة القالة القاضي بتهديم الجدار الذي بناه المدعي عليه في ملكه، و تسبب في منع التهوية العادية و الدخول الطبيعي للمرحاض عن المدعي، و قرر المجلس أنه إذا كان للجار أن يبني و يرفع جداره كما يشاء، استعمالا لحق الملكية، فإن هذا الاستعمال إذا ألحق ضررا بالغير، يعتبر تعسفا يمنع منه صاحبه⁽⁴⁾.

(1) استئناف مختلط في 1919/04/17 أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 118.

(2) استئناف مختلط في 1937/12/09، أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، المقال نفسه، ص 119.

(3) محكمة مصر الكلية في 1937/05/31، أنظر في ذلك: د / عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، تحليل ومدى حق الملكية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مطبعة الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1961، ص 87 بند 55.

(4) قرار غير منشور صادر بتاريخ 1981/02/17، قضية رقم 79/16.

المبحث الثاني

المعايير الخاصة بالتعسف في استعمال حق الملكية العقارية

إن المعايير الثلاثة التي نصت عليها المادة 41 من القانون المدني الجزائري والتي تناولناها سابقا هي معايير عامة تنبسط على كل الحقوق سواء كانت شخصية أو عينية أو معنوية⁽¹⁾، إذن فهي تنبسط أيضا على استعمال حق الملكية العقارية، وبالإضافة إلى المعايير العامة للتعسف فإن المشرع الجزائري جاء بمعيار الضرر الفاحش، وخص به حق الملكية العقارية، وهذا المعيار لا يمكن تعميمه على كافة الحقوق خاصة وأن المشرع قد نص عليه في أحكام حق الملكية ولم ينص عنه في الباب التمهيدي أو بالأحرى في المادة 41.

وبالإضافة إلى نصوص القانون المدني، جاء المشرع بنص المادة 48 من قانون التوجيه العقاري والتي اعتبرت عدم استثمار الأراضي الفلاحية يعد فعلا تعسفيا، فهل تدخل هذه الحالة ضمن معايير التعسف الواردة في المادة 41 من القانون المدني أم أن المشرع اعتمد معيارا جديدا للتعسف؟ وبناء على ذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأول: معيار الضرر الفاحش

المطلب الثاني: عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعل تعسفي.

المطلب الأول

معيار الضرر الفاحش

إعتبر الفقه الإسلامي الضرر الفاحش معيارا للتعسف بحيث ينظر فيه إلى نتيجة الفعل، فهو معيار موضوعي، وقد بسط تطبيقه على الجوار والعلاقات التعاقدية⁽²⁾، غير أن القانون الوضعي لم ينص على هذا المعيار سوى في أحكام الملكية، مما يقصر تطبيقه على استعمال الملكية فحسب.

(1) أنظر في ذلك: د/ بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المقال السابق ذكره، ص 16.

(2) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييد ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 507.

أولا / مفهوم الضرر الفاحش:

معيار الضرر الفاحش ليس بالمعيار الحديث، فقد عرفه الفقه الإسلامي من قبل، كما عرفه فقهاء القانون الفرنسي القديم وكذلك القضاء، فذهب -بوتيه- إلى أنه " لا يجوز للمالك أن يعمل عملا مضرا بالجار و مناقضا لالتزامات الجوار، و إلى نفس الاتجاه ذهب القضاء الفرنسي و يظهر ذلك من المبدأ الذي استخلصه-آبر- من قضاء البرلمانات "لا يجوز لإنسان و لو عند مزاوله صناعة مفيدة أن يعطل عمل الجيران، أو أن يجعل منازلهم غير صالحة للسكنى، أو أن يضر على الأخص بالصحة العامة"⁽¹⁾، و قد سار على نفس الاتجاه القضاء الفرنسي الحديث و كذا القضاء المصري ثم انتقل هذا المعيار إلى التشريعات الحديثة، و لكنها اختلفت في تأصيله على ما ستراه فيما بعد، و لم تأت هذه التشريعات بتعريف للضرر الفاحش. و لأن هذا المعيار أخذته التشريعات العربية من الفقه الإسلامي فيمكن الاستدلال بالتعريف الذي جاء به هذا الفقه للضرر الفاحش، حيث تناولته المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية و عرفته بأنه: " كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أي يجلب له وهنا و يكون سبب انهدامه"⁽²⁾، و الحوائج الأصلية التي ذكرها التعريف تختلف باختلاف طبيعة العقارات، ففي العقارات السكنية يعتبر ضررا فاحشا، الصخب أثناء الليل، و الروائح الكريهة التي تعكر الهواء النقي الذي تستلزمه السكنى، و إلقاء القمامة في باب الجار حتى لا يطبق الإقامة في مسكنه و الأعمال الضارة بالبناء كأن يتخذ الجار من داره حدادا أو طاحونة، و كان من طرق الحديد و دوران الطاحونة يحصل وهن للبناء⁽³⁾.

و قد نص المشرع الجزائري على معيار الضرر الفاحش في المادة 691 من القانون المدني و جاء فيها ما يلي: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين"⁽⁴⁾ و الغرض الذي خصصت له".

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 80 و 81.

(2) أنظر في ذلك: أ/ علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، م3، المرجع السابق ذكره، ص 222.

(3) أنظر في ذلك: د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص 315.

(4) الأصح هو (العقارات الأخرى) بدلا من (الآخرين) استنادا إلى النص الفرنسي.

إذن فهذه المادة تشترط شرطين لقيام مسؤولية المالك، الأول، وجود ضرر بليغ أو فاحش، والثاني تعسف المالك في استعمال حقه، فالتعسف في هذه الحالة يشترط أن يترتب عنه ضرر فاحش بالجار، والضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف في علاقات الجوار بينما الضرر المألوف فلا يعتبر فاحشا، وبالتالي فلا يعد استعمال المالك لملكيته بطريقة ترتب ضررا مألوفا تعسفا بل يعتبر استعمالا عاديا تدخله المسامحة لأن مساءلة المالك عن كل الأضرار الناجمة عن استعماله لملكه مهما كانت تافهة تنقض أصل الملكية، وتقل أيدي المالك عن استعمال أملاكهم، ولهذا اشترط المشرع درجة معينة من الضرر حتى يعتبر الفعل تعسفا وهذه الدرجة هي الضرر الفاحش⁽¹⁾.

ومن تطبيقات معيار الضرر الفاحش نجد المادة 705⁽²⁾ من القانون المدني الجزائري التي تنص " للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تلبية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا... "، فقد اشترطت هذه المادة أن يحدث ضرر بليغ أي ضرر فاحش بالجار، ولهذا فهي تعد أحد تطبيقات المادة 691 والتي وردت في صيغة العموم.

وقد نصت معظم التشريعات على الضرر الفاحش ضمن أحكام حق الملكية، منها القانون الألماني في المادة 906 وورد فيها " لا يجبر المالك على أن يتحمل في ملكه الغازات والأبخرة والروائح والدخان والحرارة والضوضاء والاهتزاز ونحوها إلا إذا كان الضرر الناشئ عنها تافها زهيدا أو إذا كانت ناتجة عن استعمال العقار استعمالا عاديا حسب عرف المكان "، وقد ذكرت هذه المادة بعض الأضرار الفاحشة وعددتها على سبيل المثال لا الحصر، ثم اشترطت أن تكون ناتجة عن الاستعمال غير العادي للملكية وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بالتعسف.

وكذلك نص عليه القانون السويسري في المادتين 684 و 685 فنصت الأولى على: " أن المالك يلزم عند استعمال حقه خصوصا عند الاستغلال الصناعي أن يمتنع عن كل إفراط يضر بملك الجار فتمنع على الأخص الضوضاء، والاهتزاز، والأدخنة المتصاعدة التي ينشأ عنها ضرر والتي تزيد عن المقدار الذي يتحملة الجيران، مع ملاحظة الاستعمال المحلي ومكان وطبيعة العقار، وعلى المالك الذي يحدث حفرا

(1) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، المرجع السابق ذكره، ص 42.

(2) تقابلها المادة 815 من القانون المدني المصري وتقابلها المادة 1198 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص " كل أحد له التعليل على حائط الملك و بناء ما يريد، و ليس تجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا " (راجع في ذلك: أ/ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م 03، الكتاب العاشر، المرجع السابق ذكره، ص 221).

أو أبنية أن لا يضر جيرانه بإحداث إرتجاج بأراضيهم أو بتعريض الأعمال الموجودة فوقها للتلف" (1). كما أخذت به كل القوانين العربية من بينها المشرع العراقي الذي نص في المادة 1051 من القانون المدني على أنه "لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجوار فاحشاً والضرر الفاحش يزال سواء كان حديثاً أو قديماً" (2).

ونص المشرع المصري على هذا المعيار في المادة 807 إلا أن الفقه اختلف في تكييف هذا النص على ما سنراه فيما بعد، وسأيرت المشرع المصري بقية التشريعات العربية بحيث جاءت نصوصها مطابقة لنص المشرع المصري، كالمشرع السوري في المادة 776، والأردني في المادة 1027، والليبي في المادة 816، والمادتين 1168 و 1169 من القانون المدني اليمني.

ومعيار مضار الجوار غير المألوفة له ميزتين، فهو معيار مرن، وموضوعي. فهو معيار مرن لأن مسألة تقدير مألوفية الضرر أو عدم مألوفيته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي والتي يحددها بناء على اعتبارات معينة ذكرتها معظم التشريعات العربية، وتناولتها المادة 691 من القانون المدني الجزائري، وهي تمتاز بالمرونة لأنها تتغير بتغير المكان والزمان وتتمثل في ثلاث اعتبارات هي :

- العرف : أي ما اعتاد الناس على تحمله من مضار وما لم يعتادوا عليه، كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر، أو يرجع إليها في وقت متأخر، فيحدث حركة محسوسة بسيارته، أو كأن تكثر في بيته مناسبات الأفراح والمآتم، كل هذه الأضرار مألوفة، لا يمكن تجنبها، وعلى الجيران أن يتحملوها (3).

والنظر إلى العرف يؤدي إلى التفرقة بين ظروف الزمان وظروف المكان، فالأفراح والضجيج يتحملة الجيران في النهار ولا يتحملونه في الليل، وفي الريف يتحمل الجيران ضرراً لا يتحملة أهل المدينة أو لا يتحملون ضرراً يتحملة أهل المدينة (4).

- طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للعقارات الأخرى : والنظر إلى هذا الاعتبار يجعل نفس الضرر مألوف في فرض وغير مألوف في فرض آخر، فما يعتبر ضرراً مألوفاً في حي سكني لا يعتبر كذلك في حي صناعي كما أن صاحب السفلى يجب عليه بحكم موقع عقاره، أن يتحمل من العلو ما لا يتحملة العلو من السفلى (5).

(1) أنظر في ذلك : أ / زهدي يكن ، المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ذكره ، ص 182 و 183 ، بند 87.

(2) أنظر في ذلك : د / صلاح الدين التاهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ذكره ، ص 117.

(3) أنظر في ذلك : د / محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ، ص 318 ، بند 142.

(4) أنظر في ذلك : د / عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، ج 1 ، المرجع السابق ذكره ، ص 95 ، بند 58.

(5) أنظر في ذلك : د / أحمد سلامة ، الملكية الفردية في القانون المصري ، المرجع السابق ذكره ، ص 119 و 120 ، بند 38.

- الغرض الذي خصصت له العقارات : كما لو كان العقار المجاور لمصنع قد خصص كدار للعلاج أو الاستشفاء إذ أن هذا الغرض يجعل الضرر الذي يصيب العقار من دخان المصنع وضوضائه أكبر مما يصيب غيره من العقارات المجاورة⁽¹⁾. وينظر هنا إلى مجموع العقارات لا إلى كل عقار على حدى أي إلى الطابع العام للحي بأكمله.

وهذه الاعتبارات الثلاث تجعل من معيار مضار الجوار غير المألوفة معيار مرن، وهو بالإضافة إلى هذه الخاصية، فهو معيار موضوعي، ذلك لأنه لا يعتد بالظروف الخاصة بالجار الذي أصابه الضرر، وهذه المسألة محل خلاف في الفقه فكثير من الشراح يفرقون فيما يتعلق بالظروف الخاصة بالجار المضور بين الظروف العادية والظروف الاستثنائية، فيرون وجوب مراعاة الأولى دون الثانية، فإذا كانت هذه الظروف راجعة إلى الغرض الذي خصص له العقار المجاور كانت ظروفًا عادية تجب مراعاتها، أما إذا كانت هذه الظروف متعلقة بشخص المضور، كما لو كان مريضاً أو مرهف الحس أو ضعيف الأعصاب، فإنها تكون ظروفًا استثنائية لا يعول عليها، ويرى آخرون أن الظروف الخاصة بالجار المضور لا ينظر إليها أياً كان نوعها، وهذا الرأي يقيم تقدير مضار الجوار غير المألوفة على معيار موضوعي بحت، لا مجال لشخص المضور فيه، وهو لا يعتد بالغرض المخصص له العقار بصفة منفردة بل إلى مجموع العقارات بصفة عامة، فإذا كانت مثلاً أغلبية العقارات صناعية فلا يعتبر ضرر غير مألوف الضجيج وما شابه ذلك، إذا تضرر منه عقار سكني لأن الاعتبارات التي ذكرها المشرع من العرف وطبيعة العقارات ... ينظر فيها إلى الطابع العام الذي يسود الملكيات في مجموعها، لا إلى كل عقار على حدى، وليس من المعقول أن يتغير حق المالك في الاستعمال تبعاً للظروف الخاصة بكل جار على حدى، ولهذا فإن المشرع لما نص على هذه الاعتبارات لم يذكر شخص الجار المضور، ولم يذكر العقار الذي يملكه هذا الجار وحده، وإنما هو يتحدث عن مجموع العقارات المحيطة بعقار المالك، وعليه فإن الظروف الخاصة بالجار المضور لا دور لها في تقدير مألوفة الضرر أو عدم ذلك، مهما اختلفت هذه الظروف سواء كانت راجعة إلى شخص الجار أي إلى ظروف شخصية أم راجعة إلى الغرض الذي خصص له عقاره، ولكن يكون لهذه الظروف أثرها في تقدير التعويض

(1) أنظر في ذلك: د/ عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 95 بند 58.

إذا تجاوز الجار مضار الجوار المألوفة طبقاً للمعيار الموضوعي الذي ذكرناه⁽¹⁾، وبعبارة أخرى فإن الظروف الشخصية للجار لا تعتبر عنصراً في تقدير التعويض، وسبب ذلك أن المعيار الموضوعي إذ لا يأخذ بحالة الجار الشخصية فلأنه يأخذ بحالة الشخص المعتاد⁽²⁾.

ونفس المنطق المتقدم ينطبق في تحديد وصف الضرر في حالة أسبقية الاستغلال، فينظر إلى الطابع العام للحي فإذا كان طابعاً سكنياً، فلا يحتج صاحب المصنع بأسبقيته في الاستغلال حيث يعتبر الضرر الناتج عن استغلال المصنع في هذه الحالة ضرراً غير مألوف موجب للتعويض، وفي هذا الفرض يكون المصنع قائماً ثم يأتي السكان من بعده فيعطون للحي طابعاً سكنياً، بينما إذا كان الطابع العام للحي طابعاً صناعياً، فلا يحتج من يشغل عقاراً سكنياً بالضرر الغير مألوف، إذ مثل هذه المضار بموجب الطابع الذي يميز الحي، أصبحت مألوفة⁽³⁾.

ثانياً / أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة :

لقد نصت أغلب التشريعات العربية على التزام المالك بعدم الغلو في استعمال ملكه بما يرتب مضاراً غير مألوفة للجار فنصت المادة 807 من القانون المدني المصري على أنه "على الجار ألا يغلو في استعمال حقه، إلى حد يضر بملك الجار".

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق⁽⁴⁾.

(1) أنظر في ذلك : دجنوش عبد الرحمان ، حق الملكية والقيود القانونية والإتقافية التي ترد عليه في القانون الجزائري ، (بحث لنيل دبلوم

الدراسات العليا في القانون الخاص ، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، جامعة الجزائر ، سنة 1977) ، ص 74 .

(2) أنظر في ذلك : الأستاذ / عز الدين الدناصوري ، والدكتور / عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه واقتضاء الضبعة السادسة ،

دار الكتب ، الإسكندرية ، مصر ، 1997 ، ص 138

(3) أنظر في ذلك : أ / عز الدين الدناصوري و د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ذكره ، ص 140 .

(4) وهي مطابقة للمادة 776 من القانون المدني السوري ، والمادة 1027 من القانون المدني الأردني ، والمادة 816 من القانون المدني الليبي ، والمادتين 1168 و 1169 من القانون المدني اليمن ، ونصت على نفس الحكم المادة 1051 من القانون المدني العراقي وإن اختلفت صياغتها

حيث ذكرت أنه " لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً والضرر الفاحش يزال ، سواء كان حادثاً أو قديماً " وهذه المادة مأخوذة من المادة 1300 من مجلة الأحكام العدلية (أنظر في ذلك : د / صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي ،

المرجع السابق ذكره ، ص 117 و 118) .

كما أن القضاء الفرنسي كان يرتب المسؤولية عن الغلو في استعمال الملكية الذي يرتب مضارا غير مألوفة وهذا ما دعا الفقه العربي والفرنسي إلى البحث عن تكييف قانوني لالتزام عدم الغلو في استعمال الملكية وبالتالي أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة. ولكن الجدل الفقهي الذي ثار في الفقه الفرنسي يختلف كلية عن نظيره في الفقه العربي، وذلك لأن الفقه الفرنسي لم يستطع الاستناد إلى نص قانوني لأن القانون المدني الفرنسي لم ينص عن الغلو في استعمال الملكية، فأراد تبرير أحكام القضاء، وردّها إلى أساس قانوني معين، بينما على العكس من ذلك فالفقه العربي كان بين يديه نص قانوني كالمادة 807 من القانون المدني المصري، وكل ما دار عليه النقاش هو تأصيل هذا النص ورده إلى وجه معين من وجوه المسؤولية.⁽¹⁾ ولهذا سنبين أثناء عرضنا لمختلف الآراء الفقهية بين الطائفتين - الفقه الفرنسي والفقه المصري - على النحو التالي :

1- اختلاف الفقه الفرنسي في تأسيس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة : انقسم الفقه الفرنسي في تأسيس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة إلى عدة آراء كان أهمها ما يلي :

(أ) أساس عدم الغلو هو نظرية تحمل التبعة أو المخاطر : ذهب بعض فقهاء القانون الفرنسي إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة تثبت بناء على فكرة الغنم بالغرم، ففي مقابل المنفعة التي تعود على المالك نتيجة استعماله لملكه عليه أن يتحمل ما يصيب الغير من أضرار غير مألوفة بسبب هذا الاستعمال ولو لم يصدر منه خطأ أو تعسف في هذا الاستعمال، لأن العدالة تأبى أن يتحمل الذي لم ينتفع بشيء هذه الأضرار.

ولكن الفقه الفرنسي رفض الأخذ بهذا التكييف على أساس أن المسؤولية القائمة على تحمل التبعة هي مسؤولية استثنائية لا تقوم إلا بنص يقررها، ولا يوجد نص قانوني في التشريع الفرنسي يقرر المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.⁽²⁾

(ب) أساس عدم الغلو هو الالتزام القانوني للجوار : ذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية

(1) أنظر في ذلك : أ / عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، حق الملكية، المرجع السابق ذكره، ص 706
فقرة 437.

(2) راجع في ذلك : - د / نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الإشتراكي، المرجع السابق ذكره، ص 674.

- أ / عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، حق الملكية، المرجع السابق ذكره،

ص 705 فقرة 435.

- P. Carbonnier, droit civil, T2, op. Cit, p195.

المالك عن مزار الجوار غير المألوفة هو وجود التزام نوعي (Obligation générique) فرضه القانون على الجار بألا يلحق بجاره أضراراً غير مألوفة، ويشكل خرق هذا الالتزام خطأً موجباً للمسؤولية، وأراد أصحاب هذا الرأي أن يؤسسوا هذا الالتزام على نص المادتين 651 و 1370 اللتين تنصان على أن هناك التزامات معينة تنشأ بين الملاك المتجاورين بحكم القانون دون أي اتفاق بينهم.

وانتقد هذا الرأي على عدم استناده إلى أساس قانوني، حيث أن المادتين السابقتين لم تنصا على الالتزام بعدم الغلو وكل ما ذكرته هاتين المادتين هو ما يسمى بالارتفاقات القانونية، مثل ارتفاقات المظل والمسيل، وحق المرور والحائط المشترك وبالتالي يندم الأساس القانوني لهذا الالتزام.⁽¹⁾

وقد حاول البعض إيجاد سند قانوني آخر من خلال الأسس التقليدية للمسؤولية، حيث نادى الفقيه -بوتيه- بفكرة "شبه عقد الجوار" (Quasi-Contrat de Voisinage) أي بوجود شبه تعاقد بين ملاك العقارات المتجاورة مضمونه الإلتزام بألا يلحق أي جار بجاره ضرر جسيم وإلا التزم بالتعويض.

وانتقد هذا الرأي على أنه يقلب المسؤولية في الجوار من مسؤولية عقدية إلى مسؤولية تقصيرية تقوم على الامتناع عن عمل، وهو التزم لم يتضمنه القانون، وبالتالي يندم الأساس القانوني في هذه الحالة، فضلاً عن ذلك أن شبه العقد كمصدر للالتزام إنما هي فكرة قديمة أستبعدت نهائياً من نطاق مصادر الإلتزام، وحتى مع التسليم بها لا يمكن اعتبار التزامات الجوار شبه عقد لكون الجوار واقعة مادية لا تستند لأي فكرة تعاقدية.⁽²⁾

ج) أساس عدم الغلو هو واجب الاعتدال في استعمال حق الملكية: يذهب كثير من شراح القانون المدني الفرنسي إلى ترتيب المسؤولية على أساس أن غلو المالك يعتبر خطأً لاستعماله لملكيته بطريقة تسبب ضرراً بالجيران، لأن عليه الاعتدال وعدم الإفراط والمغلاة بما يترتب عنه أضراراً غير مألوفة بالجيران، والمعيار في ذلك هو سلوك الرجل الحريص، فكل ما يعد خروجاً عن هذا السلوك فهو خطأ. ولكن أخذ على هذا الرأي أنه وإن كان من المستحب أن يرقى الإعتدال في استعمال الملكية إلى مرتبة الإلتزام القانوني إلا أنه لا يرقى إلى ذلك، ففي كثير من الحالات تترتب مزار الجوار غير المألوفة رغم اعتدال المالك في استعماله لملكه، وقدّموا مثلاً لذلك بأنه لا يوجد أي تطرف أو مغلاة في فتح

(1) أنظر في ذلك: 1/ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حق الملكية، المرجع السابق ذكره، ص 703 و704 فقرة 433.

-P / Carbonnier, droit civil, T2, op. Cit, p191.

(2) أنظر في ذلك: د/ نزية محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، المرجع السابق ذكره، ص 676.

-P / Marty et P / Raynand, droit civil, T2, op. Cit, p 497, 498.

مصنع أو مسرح في داخل المدينة، ولذلك يجب الاعتراف بأن الخطأ في حالات الغلو في استعمال الملكية خطأ غير ملموس أو غير محسوس (Impalpable) فيجب البحث عن أساس آخر للمسؤولية غير هذا الخطأ⁽¹⁾.

(د) أساس عدم الغلو هو نظرية التعسف في استعمال الحق : قال بهذا الرأي أنصار فكرة الخطأ الذين يؤسسون مسؤولية المتعسف على الخطأ ، حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن تجاوز مزار الجوار المألوفة يعد تعسفاً ، والتعسف - حسب رأيهم - هو خطأ ، ويتمثل في الإخلال بروابط الجوار العادية ، إذ يعتبرون أنه بفضل نظرية التعسف يمكن تفسير مسؤولية المالك :
- في حالة إهماله أو تعمده الأضرار بالغير .

- في حالة استعماله ملكه استعمالاً يتولد عنه ضرر غير عادي للجيران⁽²⁾.

لكن أخذ على هذا الرأي أن للتعسف في استعمال الحق صوراً ثلاث وهي نية الأضرار ، ورجحان الضرر على المصلحة ، وتحقيق مصلحة غير مشروعة ، والغلو في استعمال حق الملكية لا نستطيع إدراجه في أي من هذه الصور ، وهذا معناه أنه يعتمد على أساس آخر غير نظرية التعسف⁽³⁾.
هذه أهم الآراء التي جاءت لتكييف الغلو في استعمال الملكية⁽⁴⁾ ، وتبرير أحكام القضاء ، والتي كما رأينا لم تكن مدعومة بسند قانوني نظراً لافتقار القانون المدني الفرنسي لذلك .

2- اختلاف الفقه المصري في تأصيل مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة : على خلاف ما دار في الفقه الفرنسي من جدل حول تأسيس مسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة فإن الفقه المصري لم يختلف سوى في تأصيل نص المادة 807 ورده إلى وجه معين من وجوه المسؤولية ، وانقسم في ذلك إلى عدة آراء كان أهمها ما يلي :

(1) أنظر في ذلك : د / نزيه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الاشتراكي المرجع السابق ذكره ، ص 677.

- P / Carbonnier, droit civil , T2 , op. Cit, p195.

(2) أنظر في ذلك : د / أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المقال السابق ذكره ، ص 129

(3) أنظر في ذلك : أ / عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 8 ، حق الملكية ، المرجع السابق ذكره ، ص 704 ، فقرة 434 .

(4) وبجانب هذه الآراء هناك من أسس مسؤولية المالك على التعدي والمساس بملكية الجار ، وهناك من أسسها على رفض المالك التعويض عن الضرر ، وهناك رأي حاول تأسيسها على الإثراء بلا سبب ، وهناك من رأى بأن المسؤولية تستند إلى حالة الضرورة ، وثمة آراء عديدة اقتصرنا على ذكر أهمها وفي هذه الآراء راجع : د / نزيه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الاشتراكي ، المرجع السابق ذكره ، ص 677 وما بعدها .

أ) الغلو في استعمال حق الملكية أحد صور الخطأ: يعتبر هذا الرأي الغلو في استعمال حق الملكية مجاوزة للحدود الموضوعية لهذا الحق، والخروج عن الحق هو خطأ. إذ أورد المشرع في المادة 807 قيّداً محدداً لسلطة الاستعمال وهو عدم الغلو، فإتيان هذا الفعل يعد خطأً موجباً للمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾. وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي على أساس أن مجاوزة الحق تفترض أصلاً فعلاً غير مشروع في ذاته بينما استعمال الملكية هو فعل مشروع ولكنه ينقلب - حسب ظروف الحال وملابساته - إلى فعل غير مشروع بالنظر إلى نتيجته غير المألوفة⁽²⁾.

ب) أساس عدم الغلو هو تحمل التبعة: يرى هذا الاتجاه أن المالك الذي يغلو في استعمال ملكيته ويرتب مضاراً غير مألوفة في الجوار، لا يعتبر مخطئاً لأنه لم يخرج عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، بل قد لا يخرج حتى عن سلوك الرجل الحريص بأن يكون قد اتخذ كافة الاحتياطات لمنع وقوع الضرر، ولهذا يمكن تأسيس مسؤولية المالك على تحمل التبعة، فالمادة 807 قد ألقت على المالك التزاماً قانونياً بعدم الغلو، لأن المالك يجني من استعمال ملكه منافع، وتبعاً لذلك فهو يرتب أضراراً للغير، فمن العدل أن يتحمل تبعه هذا الاستعمال لأن الغرم بالغنم⁽³⁾.

وهذا الرأي يختلف عن سابقه في الفقه الفرنسي، حيث واجه هذا الأخير نقداً بأن المسؤولية عن تحمل التبعة لا تكون إلا بناءً على نص صريح، أما هذا الرأي في الفقه المصري والذي نادى به الأستاذ السنهوري فإنه يستند إلى نص المادة 807.

وأخذ عليه أنه انطلق مما يجب إثباته، فقد انطلق من فرضية أن المالك لم يخطئ، في حين أن المراد إثباته هو هل المالك أخطأ أم لم يخطئ، واعتمد في ذلك على معيار الرجل المعتاد وهذا المعيار يرجع إليه عندما لا يحدد المشرع مسلكاً معيناً، أما نص المادة 807 - كما يقول أنصار فكرة الخطأ كأساس لعدم الغلو - فقد حدد المشرع مسلكاً معيناً وهو عدم الغلو فيعتبر مخالفة هذا المسلك خطأً بغض النظر عن

(1) راجع في ذلك: - د/ أحمد سلامة، الملكية الخاصة في القانون المصري، المرجع السابق ذكره، ص 190، بند 71.

- د/ عبد المنعم فوج الصده، محاضرات في القانون المدني، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 93، بند 57.

(2) أنظر في ذلك: الدكتور / نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار المعرفة الجامعية، مصر، طبعة 1999، ص 65.

(3) أنظر في ذلك: أ / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حق الملكية، المرجع السابق ذكره،

ص 707، فقرة 437.

المعيار السابق ، وبلوغ هذا المسلك هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية حيث يعتبر المالك مسؤولاً بمجرد تحقق الضرر.⁽¹⁾

ج) الغلو في استعمال الملكية تعسف في استعمال الحق : على النقيض من الرأي الأول ، فإن هذا الرأي لا يعتبر المالك مخطئاً إذا غالى في استعمال ملكه ، بل يعتبر ذلك الاستعمال يدخل ضمن النطاق الداخلي لحدود الحق ، وهذا الاتجاه انقسم إلى رأيين :

-الرأي الأول : يرى أن الغلو ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف المنصوص عنها في المادة 05 - من القانون المدني المصري- وبالضبط في الفقرة (ب) ، أي تطبيق لمعيار ضالة المصلحة التي يريد تحقيقها المالك مقارنة بالضرر الذي يلحق الغير، وهذا الرأي انتقد على أساس أن مسؤولية المالك تتحقق حتى وإن كان الضرر يسيراً مقارنة بمصلحة المالك، إذ لا يشترط رجحان الضرر عن المصلحة.

- الرأي الثاني : يرى بأن الغلو في استعمال حق الملكية هو تعسف ولكن لا يعد تطبيقاً للمادة 05، ولا تخوف من أن نصل بنظرية التعسف إلى صياغة عامة تتعلق بفكرة الحق ذاتها، لأنه ليس معنى أن صور التعسف التي ذكرتها المادة 05 وردت على سبيل الحصر - على فرض صحته - أن تكون حبيسة التطبيقات التي وردت في المادة المذكورة بل يمكن أن يأتي أي نص آخر بتطبيق آخر كما فعل في المادة 807، إذن فاعتبار هذه المادة تطبيقاً لنظرية التعسف يستند إلى الإرادة التشريعية ولا يضيف شيئاً غريباً عنها، فلا داعي للتخوف من توسيع نظرية التعسف لأن هذا التوسيع يكون بناء على إرادة المشرع لا إلى الاجتهاد الفقهي. ولأن المشرع اكتفى بتطبيق هذا المعيار على حق الملكية فكان من الطبيعي أن ينقل مكان هذا المعيار من الباب التمهيدي حيث وردت المعايير العامة للتعسف إلى باب حق الملكية وهو موطن تطبيقه. كما أن هذا الرأي يدعم صحة ما يقوله باعتماد الفقه الإسلامي لهذا المعيار كمعيار لنظرية التعسف، وهو مصدر النظرية في التشريعات العربية⁽²⁾.

(1) أنظر في ذلك د/ أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، المرجع السابق ذكره، ص 115 بند 36.
(2) أنظر في ذلك - د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق ذكره، ص 316، 317، بند 141.
- د/ أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، المرجع السابق ذكره، ص 113، 114 بند 36.

ولقي هذا الرأي معارضة من أنصار الرأي الأول - الذين يعتبرون الغلو خروجاً عن الحق - حيث اعتبروا أن الفاصل بين ما هو تعسف وما هو خطأ هو الحدود الموضوعية للحق ، وفي الحالة التي تناولتها المادة 807 يكون المالك قد خرج عن حدود حقه لأنه أخل بقيد قانوني أوجبه المشرع ، كما لم يخفوا تخوفهم من الوصول بنظرية التعسف إلى صياغة عامة تخشى نتائجها على فكرة الحق ذاتها ويتعذر تحديد المدى الذي تقف عنده هذه النظرية⁽¹⁾.

د) أساس عدم الغلو هو التزام الجوار: يذهب هذا الرأي إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ترجع إلى تنظيم خاص لعلاقات الجوار ، فهي مسؤولية يملئها التضامن الاجتماعي بين الجيران ، ذلك أن الملاك المتجاورين يكونون مجموعة لها قوانينها التي يقضي بها العرف ، فمن يخرج على هذه القوانين في استعمال ملكه يلتزم بتعويض الضرر الفاحش الذي ينجم عن هذا الاستعمال، ولهذا انتقلت مسألة حسن الجوار من الطابع الأخلاقي إلى القانون لتصبح التزاماً قانونياً، مخالفته تشكل خطأ تقصيرياً⁽²⁾. وهذا الرأي منتقد من طرف أنصار توسيع نظرية التعسف لتشمل الغلو في استعمال الملكية. وعليه يمكن رد الآراء السابقة في معظمها إلى طائفتين، طائفة تقول بخطأ المالك إذا ما غالى في استعمال حقه، وطائفة تعزي الغلو إلى نظرية التعسف، وليس هناك ما يرجح بين إحدى الطائفتين.

3- موقف المشرع الجزائري من تكييف مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة : إذا كان الفقه الفرنسي قد اختلف في أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة بسبب عدم وجود نص قانوني بشأن ذلك، وإذا كانت عبارة "الغلو" في القانون المدني المصري قد أثارت جدلاً فقهيًا بشأن تكييفها ، فإن المادة 691 في فقرتها الأولى صريحة في قولها "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار" فقد فصل المشرع الجزائري في المسألة وحدد لنا أساساً لمسؤولية المالك وهو التعسف⁽³⁾. وهذا المسلك للمشرع الجزائري يوافق الرأي الفقهي الذي يرى بأن تطبيقات نظرية التعسف تخضع للتشريع، حيث يستطيع المشرع أن يسن معايير جديدة للتعسف ويحدد مجال تطبيقها⁽⁴⁾.

(1) أنظر في ذلك: د / عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني، ج 1 ، المرجع السابق ذكره ، ص 92 بند 57 .

(2) راجع في ذلك: د / عبد المنعم فرج الصده ، المرجع نفسه ، ص 92 ، بند 57 .

(3) أنظر في ذلك: د / فريدة محمدي زواوي ، نظرية الحق ، ج 2: المرجع السابق ذكره ، ص 154 ،

- د / فاضلي إدريس ، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ، ص 330 .

(4) أنظر في ذلك: د / محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ، ص 317 بند 141 .

وتبقى بذلك المعايير العامة للتعسف محددة على سبيل الحصر في المادة 41 من القانون المدني، بينما المعايير الخاصة فهي غير محددة وهي الوسيلة التي يملكها المشرع لمواجهة الحالات الخاصة. وهناك من يرى أن المشرع الجزائري ما دام أنه اعتبر مزار الجوار غير المألوفة أساسها التعسف في استعمال الحق كان يجب عليه ألا يذكرها في موضعين مختلفين ما دام أنه لم يأت بجديداً⁽¹⁾.

ويمكن الرد على هذا الرأي بأن الفرق واضح بين ما تتطلبه المادة 41 - من القانون المدني - من معايير للتعسف وبين المعيار المنصوص عليه في المادة 691، فالمادة 41 لا تستغرق المادة 691 ولا تغني عنها، والقول بأن معيار تجاوز مزار الجوار العادية يدخل ضمن الفقرة الثانية من المادة 41 أي ضمن معيار رجحان الضرر الذي ينزل بالغير عن المصلحة التي يحققها المالك، قول خاطئ لأن هذا المعيار يتطلب ضالة المصلحة مقارنة بالضرر، بينما ما تتطلبه المادة 691 هو مصلحة جديده للمالك وضرر غير مألوف يحدث بالجار، وعليه فيمكن اعتبار هذا المعيار جديداً.

وما يؤكد أن مزار الجوار غير المألوفة تخضع لنظرية التعسف، قول المشرع في المادة 691 "غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف" أي إذا ازداد الضرر في الجسامة إلى حد ينكره العرف، بحيث أضحى لا يحتمل، والمجاوزه هنا في جسامة الضرر لا في حدود الحق، إذ لو كانت المجاوزة في حدود الحق لكان الفعل غير مشروع أصلاً، ولما تطلب المشرع أن يكون الضرر على قدر معين من الجسامة، إذ ينظر إلى الفعل ليكيف بالمشروعية من خلال مقدار الضرر، لا من حيث ذاته، بل من حيث نتيجته وأثره، وهذا هو التعسف، إذ الفعل التعسفي لا يخرج عن دائرة المشروعية في أصله، بل في مآله، على عكس الفعل التقصيري الذي مبناه الخطأ، فهو خارج دائرة المشروعية أصلاً، والعيب فيه ذاتي⁽²⁾، وبذلك فإن مسلك المشرع الجزائري لا يثير أي شك في قوله "على المالك ألا يتعسف..." لأن العبارة صريحة، وتؤيدها آراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثالثاً / أثر الترخيص الإداري في المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة.

يشترط القانون لإنشاء وتشغيل المحال الخطرة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة^(*) حصول صاحبها على ترخيص إداري، وبالرغم من احترام المالك لشروط الترخيص وخضوعه للقيود التي يستلزمها

(1) أنظر في ذلك دغنوش عبد الرحمن، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، المرجع السابق ذكره، ص 73.

(2) أنظر في ذلك د/ فتحي الدرسي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، المرجع السابق ذكره، ص 42.

(*) هذا النوع من المحال يعتبر الأكثر تسبباً لمزار الجوار غير المألوفة.

فإن ذلك لا يمنع من إحداث أضرار غير مألوفة بالجيران كالاهتزازات والضوضاء والدخان، وغيرها، وقد ثار نقاش فقهي حول من يتحمل هذه المضار في حالة صدور ترخيص بالاستغلال، هل يتحملها المالك أم الجيران؟

ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن للمالك أن يعتصم بالإذن الإداري للإفلات من المسؤولية، إذ لا يعتبر المالك قد تعدى حدود حقه ما دام أنه تقيّد بشروط الترخيص، وهذا بالنسبة للمحلات التي يشترط القانون إذنا إداريا في تشغيلها، أما المحلات المعفاة من الإذن، فهي تجد في هذا الإعفاء حصانة ضمنية ضد كل طلب تعويض⁽¹⁾.

ولكن هذا الرأي لم يصادف قبولا من طرف القضاء الفرنسي لمنافاته لقواعد العدالة، ولأن الغرض من الترخيص الإداري هو حماية المصلحة العامة لا مصالح الأفراد الخاصة، أي أن الإذن الإداري لم يعطى للمالك ليفلت من المسؤولية المدنية، وبالتالي يحقق مصلحته الخاصة فقط، بل أعطى له حماية للمصلحة العامة التي تتطلب تسليط رقابة على كافة النشاطات التي من شأنها الإضرار بها، ولهذا فهو يعطي للمالك تحت شرط ضمني وهو عدم المساس بحقوق الغير، وبهذا الاتجاه أخذ القضاء الفرنسي، وتأييد اتجاهه هذا بالقانون الصادر في 1917/12/19 والذي ينص على أن الإذن الإداري، لا يعطل حق الغير في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ من المحلات الخطرة أو المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة (المادة 120 منه)⁽²⁾.

وعلى هذا الرأي أجمع الفقه المصري⁽³⁾، فهو يستند إلى صريح نص المادة 2/807 " ... ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق - حق طلب التعويض من طرف الجار المتضرر- ... ". والترخيص الإداري يعطى للمالك لإعفاؤه من المسؤولية الجزائية، ولا علاقة له بعلاقة الجيران بعضهم ببعض، وعلى هذا المبدأ اتفقت معظم التشريعات العربية⁽⁴⁾. ما عدا القانون المدني

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 121.

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، المقال نفسه، ص 122.

(3) أنظر في ذلك: أ/ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حق الملكية، المرجع السابق ذكره، ص 699
700 فقرة 430.

- د/ عبد المنعم فرج الصده، محاضرات في القانون المدني، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 98 بند 61.

(4) كالقانون المدني السوري في المادة 776، والقانون المدني اليمني في المادة 1169، والقانون المدني الليبي في المادة 816 (د/ عبد المنعم

فرج الصده، المرجع نفسه، ص 98، هامش (1))

الجزائري والذي لم يدرج الفقرة الأخيرة للمادة 807 - من القانون المدني المصري - ضمن المادة 691.

رابعاً/ التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة:

إذا أثبت الجار المضرور وقوع مضارا غير مألوف ، فله أن يطلب إزالتها ، وهذا هو الأصل في التعويض ، وهو أن يكون عينيا ، فيحكم به القاضي متى كان ذلك ممكنا ، وقد ثار نقاش فقهي حول إمكانية غلق المحل المرخص به إداريا ، فذهب رأي -متأثرا بالفقه الفرنسي- إلى أنه ليس للقاضي أن يحكم بغلق المحل أو الحكم بالإزالة ، ذلك لأن الترخيص يصدر بقرار إداري ، والحكم بالإزالة معناه إلغاء هذا القرار أو على الأقل تعطيله ، وهذا ليس من صلاحيات القاضي المدني ، إلا أن هذا الرأي انتقد بأنه يصح في فرنسا حيث لا يوجد نص صريح يبيح للقاضي إزالة هذه المضار وبالتالي إلغاء القرار بطريقة غير مباشرة ، بينما القانون المصري فنص المادة 807 صريح بأن الترخيص الإداري لا يحول بين الجار وبين استعماله لحق طلب إزالة المضار ، حتى وإن كانت ناتجة عن تشغيل محل خاضع لترخيص إداري ، وإزالة المضار قد تبلغ درجة غلق المحل⁽¹⁾ .

وللحكم بإزالة المضار يستطيع القاضي أن يستعمل وسيلة الغرامة التهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه المالك عن إزالة هذه المضار⁽²⁾ .

وإذا تعذر التعويض أو كان مرهقا للمالك ، أو أن الجار كان متعسفا في طلبه ، فإن للقاضي أن يحكم بالتعويض النقدي . وكذلك يحكم القاضي بالتعويض النقدي إذا كان الضرر الذي يلحق المالك من جراء إزالة المضار لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق طالب التعويض ، ويشمل التعويض النقدي ما لحق الجار من ضرر وما سيلحقه بعد ذلك.

ولا مانع من الجمع بين التعويض العيني والنقدي ، حيث يشمل التعويض هنا ، ما لحق الجار من أضرار في الماضي فيكون التعويض عنها نقديا ، وتفاذي وقوع الضرر في المستقبل بإزالة المضار وهو تعويض عيني⁽³⁾ .

(1) أنظر في ذلك : د / أحمد سلامة ، الملكية الفردية في القانون المصري ، المرجع السابق ذكره ، ص 116 و 117 ، بند 37

(2) أنظر في ذلك : د / صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ذكره ، ص 129 .

(3) أنظر في ذلك : د / نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ذكره ، ص 63 .

خامسا / معيار مضار الجوار غير المألوفة من خلال تطبيقات القضاء :

- 1- في القضاء الفرنسي : إعتبرت المحاكم في فرنسا الأفعال الآتية مضارا غير مألوفة للجوار .
(أ) من يدير أجهزة كهربائية في منزله دون أن يتخذ ما يكفل منع ما تحدثه من اضطراب في أجهزة جاره⁽¹⁾.
(ب) ما تحدثه إدارة مصنع من مضار تفوق المضار العادية التي يمكن احتمالها كالضجة أو الاهتزازات أو الدخان أو الرائحة⁽²⁾.
(ج) إدارة منزل للدعارة أو لسكنى النساء الساقطات⁽³⁾.
(د) ترك المالك لكلبه الذي ينبح بنحو يقلق راحة الجار⁽⁴⁾.
(هـ) ما يصدر من منظمي حلبات الرقص والإحتفالات العامة من إزعاج بسبب صخب الموسيقى وضوضاء المجتمعين⁽⁵⁾.

2 - في القضاء المصري :

- (أ) لا مسؤولية على أصحاب المعامل التي تضايق الجيران وتسبب لهم بحيرتها أضرارا كتصاعد الدخان أو الحرمان من السكون والهدوء ، إذا كان أولئك الجيران قد بنو منازلهم وهم على بينة من معائب الجيرة وأضرارها⁽⁶⁾. وهذا الحكم اعتمد على الإعتبارات التي نصت عليها المادة 807 مدني مصري ، فإذا كان الطابع العام للحي طابعا صناعيا فلا تعتبر أضرارا غير مألوفة الأضرار التي ذكرها الحكم .
(ب) أقام القضاء مسؤولية المالك الذي حفر خمسة آبار مجانية لمنزل جاره مما أدى بتصدع جدران منزل هذا الأخير وأشار في الحكم إلى أنه " المستأنف عليه - المالك - مسؤول على الضرر الفاحش الذي

1) نقض فرنسي في 1937/05/29 أنظر في ذلك : أ / عز الدين الدناصوري و د/عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، المرجع السابق ذكره ، ص 142 .

2) نقض فرنسي في 1926/05/18 أنظر في ذلك : أ / عز الدين الدناصوري و د/عبد الحميد الشواربي ، المرجع نفسه ، ص 142 .

3) محكمة سان جرمان في 1928/05/10 أنظر في ذلك : أ / عز الدين الدناصوري و د/عبد الحميد الشواربي ، المرجع نفسه ، ص 143 .

4) محكمة سان جرمان في 1928/05/10 أنظر في ذلك : أ / عز الدين الدناصوري و د/عبد الحميد الشواربي ، المرجع نفسه ، ص 143 .

5) نقض فرنسي في 1872/04/17 أنظر في ذلك : أ / عز الدين الدناصوري و د/عبد الحميد الشواربي ، المرجع نفسه ، ص 144 .

6) محكمة استئناف مصر في 31 / 12 / 1927 أنظر في ذلك : أ / عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية المرجع السابق ذكره ، ص 192 .

أصاب المستأنفين بسقوط منزلهم ، ويلزم بتعويض هذا الضرر " (1) .

ج) أقام القضاء مسؤولية المالك الذي زرع في أرضه الجازورينا ، والتي أدت إلى الإضرار بزراعة الجار ، حيث بلغ ارتفاعها خمسة عشر مترا ، فأدى ظلها الممتد إلى أرض الجار إلى الإضرار بزراعته ، فكيف القضاء هذا الفعل بأنه غلو في استعمال الحق ، وطبق المادة 807 ، مدني مصري ، وجاء في القرار "إن المالك قد أسرف في استعمال حقوقه في ملكه ، وتخطى حدود الاعتدال مما تسبب عنه ضررا فاحشا غير مشروع ، فوجب عليه تجنبه وتعويض المستأنف " (2) .

د) وقرر أن الشركة التي تقيم مصانع وآلات في أحياء للسكن تكون مسؤولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (3) .

هـ) وأقام مسؤولية شركة الفنادق التي تقيم جهازا لتوليد الكهرباء في ملحق فندق تملكه ، والتي تصيب الجيران بأضرار نتيجة الإهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز (4) .

3- في القضاء الجزائري :

أ) إن حق الإرتفاق بالمرور لا يزول بزوال سببه المنشئ له طبقا للمادة 699 من القانون المدني ، ولهذا إعتبرت المحكمة العليا أن الحكم بزوال هذا الحق يرتب ضررا غير مألوف طبقا للمادة 691 من نفس القانون وقررت نقض القرار الصادر من مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1990/03/27 ، الذي قضى بزوال حق المرور بدون مراعاة المادتين 691 و 699 (5) .

ب) قررت المحكمة العليا تأييد القرار الصادر من مجلس قضاء أم البواقي الصادر بتاريخ 10/30/1990 ، والذي قضى بالزام الطاعن بتحويل مدخل البناية - المتمثلة في حمام - بعيدا عن مسكن المطعون ضده بسبب الضرر الذي لحقه من جراء تصاعد الأدخنة الناتجة عن إستغلال الحمام .

(1) محكمة استئناف القاهرة . بتاريخ 1953/11/17 ، أنظر في ذلك: أ/ عبد المعين لطفى جمعة ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، ج 1 ، المرجع السابق ذكره ، ص 192 و 193 و 194 فقرة 264 .

(2) محكمة استئناف القاهرة ، بتاريخ 1955/11/30 ، أنظر في ذلك: أ/ عبد المعين لطفى جمعة ، المرجع نفسه ، ص 194 فقرة 265 .

(3) استئناف مختلط ، في 1940/05/02 ، أنظر في ذلك: أ/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، المرجع السابق ذكره ، ص 143 .

(4) محكمة مصر المختلطة ، في 1932/11/04 ، أنظر في ذلك: أ/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي ، المرجع نفسه ، ص 143 .

(5) قرار صادر بتاريخ 1992/06/03 ، ملف رقم 86444 ، المجلة القضائية ، صادرة عن المحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، العدد 04 ، سنة 1993 ، ص 46 .

وفي نفس القرار قررت أن الضرر الغير مألوف يجب التعويض عنه بغض النظر عن مطابقة أو عدم مطابقة العقارات لقانون العمران ، وأدحضت حجة الطاعن في كون المطعون ضده كان يشغل محلا سكنيا غير مرخص به إداريا .

كما جاء في نفس القرار تقدير مألوفية الضرر أو عدم مألوفيته هو من شؤون محكمة الموضوع التي لا رقابة للمحكمة العليا عليها⁽¹⁾.

ج) قررت المحكمة العليا رفض الطعن المقدم من طرف المالك الذي غرس في حدود ملكه وكذا في أرض تابعة للإملاك الوطنية بعد الترخيص له بذلك أشجارا ، وأيدت قرار مجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 1995/04/16 ، والذي اعتبر الفعل الذي قام به الطاعن تعسفا في استعمال حق الملكية لكونه رتب مضارا تجاوزت مضار الجوار المألوفة وذلك لأنه قطع الطريق على الجيران واضطرهم ذلك لإتخاذ ممر بعيد ليصلوا إلى عقاراتهم⁽²⁾.

المطلب الثاني

عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعل تعسفي

رأينا أن التعسف في استعمال حق الملكية يعتمد على المعايير العامة المنصوص عنها في المادة 41 من القانون المدني ، كما يعتمد على معيار خاص وهو الضرر الفاحش ، بالإضافة إلى ذلك فقد نص المشرع الجزائري على حالة أخرى يكون فيها استعمال الحق تعسفيا ، وذلك في المادة 48 من قانون التوجيه العقاري⁽³⁾ ، وأفرد له جزاء من نوع خاص يختلف عن ذلك الذي رأيناه سابقا والمترتب عن التعسف . لذا سنبحث في هذا المطلب في المعيار الذي طبقه المشرع للحكم على عدم استثمار الأراضي الفلاحية بأنه فعل تعسفي ، وندرس بعد ذلك طبيعة الجزاء المترتب عن هذا الفعل .

(1) قرار صادر بتاريخ 1992/06/16 ، ملف رقم 90943 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، سنة 1995 ، ص 101 .

(2) قرار صادر بتاريخ 1997/06/25 ، ملف رقم 148810 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، سنة 1997 ، ص 190 .

(3) وتنص المادة 48 على ما يلي : يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق ، نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي .

وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها ، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموما " (قانون التوجيه العقاري ، المرجع السابق ذكره)

أولا / عدم استثمار الأراضي الفلاحية بوصفه تعسف تطبيق لمعيار الإخلال بمصلحة عامة :
لم يتبن المشرع الجزائري معيار الإخلال بمصلحة عامة كمعيار عام لنظرية التعسف أثناء عرضه
للمعايير العامة للتعسف في المادة 41 من القانون المدني ، وقد سائر في ذلك باقي التشريعات العربية
والتي لم تتبن هذا المعيار ، ومنها من جعلت هذا المعيار يدخل ضمن معيار تحقيق مصالح غير مشروعة
كالقانون المدني السوري⁽¹⁾ .

ووجه البعض انتقادا للمشرع الجزائري على عدم نصه على هذا المعيار ، ورأى ضرورة النص على
ذلك منهم د / فاضلي إدريس إذ يقول : " إن هذا المعيار التكميلي - معيار الإخلال بمصلحة عامة - في
رأينا يجعل من نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مرنة شاملة لكافة الحقوق ، وتساعد القاضي في
تقييد حق الملكية الخاصة خدمة للمصلحة العامة ، وتأكيدا لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية "⁽²⁾ .

وبنفس الكيفية انتقد المشرع المصري على عدم نصه على هذا المعيار ، ويعلل الأستاذ عبد الرزاق
أحمد السهوري عدم النص على هذا المعيار بأنه " أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على
مقتضاها ، في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معيارا يتخذه القاضي للتطبيق
العملي في الاقضية اليومية "⁽³⁾ .

وهذا التعليل ينطبق على مسلك المشرع الجزائري ، انطباقه على مسلك المشرع المصري^(*) ،
فالمشرع الجزائري لم يعتمد معيار الإخلال بمصلحة عامة ، لأنه يعتبر هذا المعيار بمثابة الخطة التشريعية ،
الأمر الذي يسمح له بالتدخل لاعتبار فعل ما تعسفي مستندا إلى هذا المعيار حتى بدون النص عليه .
فمعايير التعسف على فرض أنها عدت على سبيل الحصر في القانون المدني ، فهذا لا يمنع من تدخل
المشرع للنص على تطبيقات جديدة ، إذ أن التوسع في تطبيق نظرية التعسف يستند إلى الإرادة
التشريعية لا إلى الاجتهاد الفقهي أو القضائي⁽⁴⁾ .

(1) أنظر في ذلك : أ / نبيل المصري ، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المدني السوري ، المقال السابق ذكره ، ص 538

(2) أنظر في ذلك : د / فاضلي إدريس ، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ، ص 334 .

(3) أنظر في ذلك : أ / عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، م 2 ، المرجع السابق ذكره ص 962
فقرة 563 .

^{*} باعتبار أن نص المادتين 4 و 5 من القانون المدني المصري هما مصدر نصوص التعسف في القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى

(4) أنظر في ذلك : د / أحمد سلامة ، الملكية الخاصة في القانون المصري ، المرجع السابق ذكره ، ص 190 بند 71 .

وعليه يمكن اعتبار المادة 48 من قانون التوجيه العقاري التي تنص في فقرتها الأولى على أنه " يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي ". - يمكن اعتبار هذه المادة - تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق ، والحالة التي نصت عليها تدرج ضمن تطبيقات معيار الإخلال بالمصلحة العامة ، والذي - كما قلنا - وإن لم يعتمد صراحة في المادة 41 من القانون المدني ، إلا أنه يمثل خطة تشريعية تسمح للمشرع بالتدخل لمواجهة الحالات الخاصة ، وهذه الحالة هي من بين الحالات الخاصة التي قصدها الأستاذ السنهاوري ، والمشرع الجزائري نص صراحة في المادة 48 من قانون التوجيه العقاري على المصلحة العامة بقوله: " نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي "، وقد سبق وأن أوضحنا مفهوم الوظيفة الاجتماعية للملكية ، بأنها تمثل عنصر الجماعة في الملكية ، حيث يتعلق حق المجتمع بحق المالك في استثمار أرضه ، لأنه يملك جزء من الثروة الوطنية ، فليس له أن يبددها أو يتركها بدون استثمار ، لأن هذا الفعل يعد تعظيلا لهذه الثروة ، إذ تستوجب هذه الثروة إنمائها وعدم الإستثمار عرفته المادة 49 من نفس القانون كما يلي "تعد أرضا غير مستثمرة في مفهوم هذا القانون كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تستغل إستغلالا فلاحيا مدة موسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل " ويمكن القول بأن المادة 48 من قانون التوجيه العقاري تقوم على اعتباريهما:

- الاعتبار الأول : إذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال ملكه⁽¹⁾ فإن استعمال هذا الحق مشروط بعدم الإضرار بالغير ، وعدم استثمار الأراضي الفلاحية -على فرض أنه حق - يؤدي إلى ضرر عام يلحق المجتمع كافة ، واستعمال الحق إذا نتج عنه ضرر عام فهو تعسف.

- الاعتبار الثاني : إن أقصى ما وصلت إليه الوظيفة الاجتماعية لملكية الأراضي الفلاحية هو أن المشرع أخرج حق استثمار الأراضي الفلاحية من نطاق الحقوق ، وأدخله في نطاق الواجبات أو الالتزامات ، فإذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال أو عدم استغلال ملكه كما هو معروف في حق الملكية عموما فإن هذا الأصل لا ينطبق على ملكية الأراضي الفلاحية ، إذ يعد استثمارها واجب قانوني ، ولهذا الاعتبار كان عدم الاستثمار فعل تعسفي لأنه يخالف بذلك الوظيفة المنوطة بهذه الأراضي . ونشير إلى أن هذا الواجب يخص كل مالك أو حائر سواء كان شخص طبيعى أو معنوي إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 48 على أنه "وفي هذا الإطار، يشكل الإستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل

(1) أنظر في ذلك : د / محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ، ص 335 بند 158

مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها ، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموماً ."

ثانياً / إثبات عدم استثمار الأرض الفلاحية والجزاء المترتب عليه :

1- إثبات التعسف : على خلاف ما رأيناه في إثبات التعسف ، فإن هذه الحالة تنفرد بخصوصية في الإثبات حيث نصت المادة 50 من قانون التوجيه العقاري على أن " عدم الاستثمار الفعلي للأراضي الفلاحية المنصوص عليه في المادتين 48 و49 أعلاه ، تعينه هيئة معتمدة خاصة ، يحدد تكوينها وإجراء تطبيق المعاينة عن طريق التنظيم " ، ويكون الإثبات عن طريق محضر تحرره اللجنة وتودعه لدى الهيئة المختصة بتوقيع الجزاء عن هذا الفعل التعسفي.

2- جزاء التعسف : نصت المادة 51 من قانون التوجيه العقاري على ما يلي :

" إذا ثبت عدم استثمار أرض فلاحية يندر المستثمر ليستأنف استثمارها ، وإذا بقيت الأرض غير مستثمرة لدى انتهاء أجل جديد مدته سنة - واحدة - تقوم الهيئة العمومية المخولة لهذا الغرض بما يلي :

- وضع الأرض حيز الاستثمار لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر إذا كان المالك الحقيقي غير معروف.
- أو عرض الأرض للتأجير
- أو بيعها إذا كانت خصبة جداً أو خصبة "

بالنسبة للإجراء الأول " وضع الأرض حيز الاستثمار ... " لا يكون إلا إذا كان المالك لأسباب قاهرة ، عاجزاً عاجزاً مؤقتاً على استغلال أرضه وهذا القيد نصت عليه المادة 52 من نفس القانون ، وحسب نفس المادة فإنه يلجأ إلى هذا الإجراء مباشرة بعد تبليغ الإنذار أي بدون انتظار مهلة سنة التي نصت عليها المادة 51 ، أما إذا لم يثبت السبب الذي نصت عليه المادة 52 وهو الأسباب القاهرة فإنه يلجأ مباشرة إلى البيع حسب نفس المادة.

ويمكن للجنة أن تلجأ إلى الإجراء الثاني مباشرة وهو تأجير الأرض ويكون التأجير لحساب مالك الأرض. أما الأجراء الثالث فهو بيع الأرض إذا كانت خصبة⁽¹⁾ أو خصبة جداً⁽²⁾ ، وهو أشد صور الجزاء

(1) الأراضي الخصبة حسب المادة 7 من قانون التوجيه العقاري هي " الأراضي المتوسطة العمق ، المسقية أو القابلة للسقي ، أو الأراضي الحسنة

العمق غير المسقية ، الواقع في مناطق رطبة أو شبه رطبة ولا تحتوي على أي عائق طبوغرافي " (قانون التوجيه العقاري ، المرجع السابق ذكره).

(2) الأراضي الخصبة جداً حسب المادة 06 من نفس القانون هي " الأراضي الفلاحية الخصبة جداً ، أي طاقتها الإنتاجية عالية ، هي الأراضي

العميقة الحسنة التربة ، المسقية أو القابلة للسقي " (قانون التوجيه العقاري ، المرجع نفسه).

المرتتب على التعسف ، نظراً لخطورة هذا الفعل ومساسه بالمصلحة العامة ، وفي هذه الحالة تمارس الدولة حق الشفعة المنصوص عنه في الفقرة الثالثة من المادة 52 من نفس القانون ، لشراء هذه الأرض (*).

ومن هنا يتبين لنا الاختلاف الكبير بين جزاء التعسف في هذه الحالة ، وجزاء التعسف الذي درسناه سابقاً فهذا الأخير هو جزاء مدني عادي ، غايته إصلاح الضرر ، أما جزاء التعسف في حالة عدم استغلال الأراضي الفلاحية ، فهو ذو طابع خاص.

* (وليس هنا مقام تفصيل هذه الإجراءات ، لأن هدفنا هو توضيح فكرة التعسف فقط .

الفصل الثاني

معايير التعسف و إثباته و جزاؤه في الشريعة
الإسلامية

الفصل الثاني

معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في الشريعة الإسلامية

كان لعاملي الدين والأخلاق أثرهما في تقييد الحقوق في الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة لا تعترف بالحق المطلق، بل تعتبر كل الحقوق الفردية نسبية، فبنيت على هذه النسبية نظرية التعسف في استعمال الحق، ولكن الفقهاء اختلفوا في معايير التعسف، لذا سنبحث في المعايير التي وضعها الفقهاء للتعسف، وهذا البحث أساسي لأنه يجيبنا على سؤال هام وهو: متى يكون صاحب الحق متعسفا؟ وبالتالي: متى تقوم مسؤوليته عن استعمال حقه؟، وبفضل ذلك سنحدد مجال تطبيق نظرية التعسف لدى الفقهاء، فمنهم المضييق لها ومنهم الموسع لها. وعند تحديدنا لهذه المعايير نبحث في كيفية إعمالها، أي كيف تكون أداة لتطبيق النظرية، وبالتالي مساءلة المتعسف، وذلك يستوجب البحث في طرق إثبات التعسف وجزاؤه، ونبرز اختلاف الفقهاء في ذلك. وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: إثبات التعسف وجزاؤه في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

وضع فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط التي يستدل بها للكشف عن التعسف في استعمال الحق، وإذا كان قد ورد عند هؤلاء إصطلاحات مختلفة للتعبير عن تلك المعايير، فإن هذا لا يمنع من وحدة مضمونها إجمالاً على الرغم من اختلافهم في بعض المسائل الفرعية، وهذه المعايير إما أن تتعلق بذات أو شخص صاحب الحق، وإما أن تتعلق بموضوع الفعل بصفة مجردة ومادية، ولهذا صنفها الفقهاء إلى معيارين هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، وتدرج تحت كل نوع معايير أخرى، وعليه سنتناول هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : المعيار الشخصي.

المطلب الثاني : المعيار المادي أو الموضوعي.

المطلب الأول

المعيار الشخصي.

يقف هذا المعيار عند البحث عن العوامل النفسية والبواعث الكامنة في ذات صاحب الحق، والتي تقف من وراء استعماله لحقه، وأطلق على هذا المعيار صفة المعيار الشخصي لأنه يتعلق بشخص أو بذات صاحب الحق لا بالفعل ومآله، وعليه اعتبر الفقهاء التعسف قائماً وفق هذا المعيار في حالتين :

الحالة الأولى : تمخض قصد الإضرار.

الحالة الثانية : عدم مشروعية الباعث على استعمال الحق أي استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها.

أولاً / تمخض قصد الإضرار :

وفقاً لهذا المعيار يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يكن له قصد من هذا

الاستعمال سوى الإضرار بالغير من غير حق، والمتمتعن في هذا المعيار، يلاحظ أنه يتحقق بشرطين :

الشرط الأول : أن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير.

الشرط الثاني : ألا يصاحب هذا القصد قصد جلب منفعة ولو ضئيلة⁽¹⁾.

(1) أنظر في ذلك : د/ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره، ص 91 و92.

لأن في هذه الحالة الأخيرة وإن كان الفعل تعسفياً إلا أنه يحكم بمعيار آخر هو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، ولا يهم بعد ذلك أن يعود هذا الاستعمال بالنفع على صاحبه طالما أنه جاء بصفة عرضية، أي أن هذا النفع لم يكن في قصد صاحب الحق في البداية كمن غرس في أرضه أشجاراً كثيفة بقصد حجب الهواء والنور عن جاره، اعتبر متعسفاً في استعمال حق الملكية، بحكم معيار تمخض قصد الإضرار، ولو عادت عليه هذه الأشجار بالنفع طالما أن هذا النفع لم يكن مقصوداً.

ولما كان قصد الإضرار يقوم على النية، وهو أمر نفسي يصعب كشفه، فإن الفقهاء يستدلون بقرينة انتفاء المصلحة⁽¹⁾، فإذا لم يكن لصاحب الحق أي مصلحة من وراء استعماله لحقه ورتب بهذا الاستعمال ضرراً بالغير، فإن ذلك يعد قرينة على قصد الإضرار، وقد يقال أن صاحب الحق قد يستعمل حقه عبثاً، فلم يقصد الإضرار بالغير ولم يقصد جلب منفعة تعود عليه، فهل يعد متعسفاً؟ نقول أنه يعد متعسفاً لأن الحقوق لم تشرع للعبث وإنما شرعت لنفع أصحابها.

ودليل تحريم قصد الإضرار⁽²⁾ ثابت بالكتاب والسنة وفقه الصحابة، ففي الكتاب نجد تحريم قصد الإضرار في أكثر من موضع مثل تحريم قصد المضارة في الإيضاء، وحق الرجعة إضراراً بالزوجة، إلى غير ذلك، ومن السنة نجد حديث "لا ضرر ولا ضرار"، ومن فقه الصحابة نجد قضاء عمر بن الخطاب بحق المجري للضحاك بن قيس على أرض محمد بن مسلمة الذي اعتبره قاصداً للإضرار⁽³⁾.

وقد أجمع الفقهاء على تحريم قصد الإضرار بالغير ديانة، حيث يعتبر آثماً عند ربه، ولكنهم اختلفوا في حكمة قضاء، أي في الجزاء الدنيوي، فمنهم من قضى بالمنع والضمان - جزاء قضائي - وسنهم من اكتفى بالجزاء الأخروي فقط.

ومن بين الفقهاء الذين تناولوا هذا المعيار، وأكدوا على تحريم قصد المضارة، نجد الإمام الشاطبي - المالكي المذهب - الذي يقول "فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"⁽⁴⁾. وأيضاً تناول الإمام ابن رجب - الحنبلي المذهب - مسألة إلحاق الضرر بالغير، وقسمها تطبيقاً لحديث "لا ضرر ولا ضرار" إلى نوعين: ويقول في النوع الأول

(1) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبوزهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 99، 100.

(2) أنظر في ذلك إلى أدلة نظرية التعسف ص 54 من هذا البحث.

(3) أنظر في ذلك: إ/ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 221.

(4) راجع في ذلك: إ/ الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 55.

"أحدهما : نية الإضرار وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه" ويستدل في ذلك بالآيات التي تحرم قصد المضارة⁽¹⁾ .

وقد ورد لهذا المعيار - تمخض قصد الإضرار - تطبيقات عديدة في فقه المذاهب الأربعة نستعرضها فيما يلي :

- مذهب الإمام مالك : وضع فقهاء المالكية هذا المعيار ليحكم استعمال حق الملكية، فمنعوا بموجبه المالك من استعمال ملكه بما يلحق بالغير ضررا دون أن يعود عليه بنفع، واعتبروا انتفاء مصلحة المالك قرينة على قصد الإضرار، إذ ورد في المدونة الكبرى للإمام مالك "أرأيت لو أن لي أرضا وإلى جانب أرضي أرض لغيري وعين لي خلف أرض جاري، وليس لي ممر إلا في أرض جاري فمنعني من المرور إلى العين، قال سمعت مالكا يقول : وسئل عن رجل له أرض وحواليه زرع للناس في أرضهم فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، قال: إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"⁽²⁾ . ومعنى ذلك أنه لا يجوز منع من له حق المرور إذا لم يكن في المرور ضرر لصاحب الأرض، وذلك لأن المنع هنا يتمخض عنه قصد الإضرار فمنع لهذا السبب.

وقد منع الإمام مالك المستعير الذي بنى وغرس في الأرض المستعارة، من هدم البناء وقلع الغراس بعد انتهاء فترة الإعارة إن لم تكن له أية فائدة من ذلك، ونركز على مسألة انتفاء الفائدة التي تعود على المستعير من النقص أو القلع، لأنه إذا كانت له فائدة، فإن التعسف يتوصل له بمعيار آخر وهو الموازنة بين المصالح وهو معيار مادي لا شخصي، وفي هذا يقول الإمام مالك في المدونة "وما كان لا منفعة له فيه إذا نقضه، فليس له أن ينقضه"⁽³⁾ .

- مذهب الإمام أحمد : ورد في مذهب الإمام أحمد تطبيقات عديدة حول تحريم قصد الإضرار، وقد اتفق مع مالك في تطبيقات كثيرة، منها المضارة في غراس المستعير وبنائه⁽⁴⁾. وورد في القواعد : "ونقل أبو طالب عن أحمد في قوم اقتسموا دارا كانت لها أربعة سطوح يجري الماء عليها، فلما اقتسموا أراد

(1) أنظر في ذلك: / ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 212.

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 84.

(3) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 473.

(4) راجع في ذلك: / ابن رجب، القواعد، المرجع السابق ذكره، القاعدة 77، ص 140 .

أحدهم أن يمنع من جريان الماء للآخر عليه - أي على ملكه - وقال هذا قد صار لي وليس بيننا شرط، فقال أحمد يرد الماء إلى ما كان وإن لم يشرط ذلك ولا يضر به⁽¹⁾ فقد تبين أن المالك هنا متعسف، وقامت قرينة قصد الإضرار لأن جريان الماء على سطحه لا يضر، فقد كان الأمر كذلك من قبل، ومنع مالك الحصة الأخرى فيه ضرر له إذ ليس له أي طريقة أخرى لإجراء مائه.

وبهذا تبين لنا أن الفقهاء الحنابلة يعتمدون معيار قصد الإضرار كمعيار أساسي لنظرية التعسف، ويجعلون انتفاء مصلحة صاحب الحق قرينة على قصد الإضرار.

- مذهب الإمام أبي حنيفة: رغم أن المذهب الحنفي يطلق حق الملكية، إلا أنه يمنع استعماله بقصد الإضرار بالغير، فقد ورد في الخراج لأبي يوسف: ((وسألت يا أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص فيسقي منه حرثه ونخله وشجره فينجر من ماء نهره في أرضه فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره فيغرقها، هل يضمن؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان من قبل أن ذلك في ملكه، وكذلك لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت لم يكن على رب الأرض الأولى شيء وعلى صاحب الأرض التي غرقت ونزلت أن يحصن أرضه، ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضاً لمسلم أو ذمي بذلك ليهلك حرثه فيها، يريد بذلك الإضرار به، فقد نهى رسول الله (ص) عن الضرار، وقد قال "ملعون من ضار مسلماً" ... وإن عرف صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للإضرار بجيرانه والذهاب بغلاتهم وتبين ذلك فينبغي أن يمنع من الإضرار بهم))⁽²⁾.

ويظهر من هذا القول أن الأحناف يحرمون قصد الإضرار ديانة، وقضاء إذا دلت على ذلك القرائن.

- المذهب الشافعي: ثبت في مذهب الإمام الشافعي أنه لا يجوز للدائن طلب حبس المدين الممتنع عن الوفاء بدينه، إلا إذا ثبت يساره، فإذا طلب الدائن حبسه، على الرغم من علمه بإعساره، فلا يجاب إلى طلبه ويعد هذا الطلب قرينة قاطعة على قصد الإضرار بالمدين، لأن الحبس هنا لا يجدي نفعاً، كما أنه يضر بالمدين، وهذا لا يجوز، لأن الأفعال والوسائل يجب أن تستهدف المصالح التي شرعت لأجلها⁽³⁾.

ورغم وجود هذا التطبيق وغيره من التطبيقات التي تدل على اعتماد الإمام الشافعي بمعيار قصد الإضرار، إلا أنها لا تعدو أن تكون مجرد استثناءات تقيد فيها الإمام الشافعي بالآيات القرآنية الدالة صراحة على منع قصد الإضرار، أما في غيرها فلم يعتد الإمام الشافعي بمعيار قصد الإضرار، بل قد ناهضه، واعتبر الحقوق مطلقة لصاحبها أن يستعملها كيفما شاء حتى وإن أضر بالغير، وأنه لا محل للرجوع إلى النية

(1) أنظر في ذلك: / ابن رجب، القواعد، المرجع السابق ذكره، القاعدة 85، ص 183.

(2) أنظر في ذلك: / أبي يوسف، الخراج، المرجع السابق ذكره، ص 107.

(3) راجع في ذلك: / أبي حامد الغزالي، التوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق ذكره، ص 139.

والبحث عنها لأنه بحث عقيم، إذ يستحيل معرفة الدوافع التي يخضع لها الإنسان في تصرفاته وأعماله، وأن من الواجب الحكم على الأعمال بشكلها وبظاهر أمرها⁽¹⁾، وهذا المبدأ قد ناهضه الفقهاء بما فيهم تلامذة الإمام الشافعي كالغزالي وابن القيم الجوزية، فقد انتقد الغزالي هذا المبدأ وجاء بعكسه، حيث جعل الحقوق وسيلة لتحقيق الغرض الإقتصادي والاجتماعي والخلقي منها، وللحكم على الأعمال التي يباشرها صاحب الحق يجب البحث عن النية ومطابقتها مع هذه الأغراض، وقد بحث الغرض من حق الملكية العقارية ورتب على ذلك تقييد المالك في استعمال ملكيته بما لا يضر بجاره مستدلا بذلك بالأحاديث التي توصي خيرا بالجار⁽²⁾.

ثانيا / استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

لم تشرع الحقوق للعبث، وإنما شرعت لتحقيق المصالح، فينبغي على صاحب الحق أن يبتغي تحقيق تلك الغايات من استعماله لحقه، وعليه فمتى استعمل حقه لغرض تحقيق مصالح غير تلك التي شرع لأجلها، عد متعسفا لمناقضة عمله لقصد الشارع في تشريعه للحق، فإذا كانت معاندة قصد الشارع الحكيم عبثا باطلا، فإن كل ما يفضي إليها يكون باطلا بالضرورة⁽³⁾.

وتحقيق غرض غير مشروع يكون نتيجة حيلة يستعملها صاحب الحق، فيكون عمله باطلا لأنه ابتغى الوصول إلى غير ما شرعت له الأحكام، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل"⁽⁴⁾ ويقول أيضا: "الحيل هي التوسط لإسقاط حكم أو قلبه ولا ينقلب ولا يسقط إلا بالوساطة فهو مشتمل على مقدمتين: الأولى قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر، والثانية جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام"⁽⁵⁾، وبهذا أوضح الإمام الشاطبي أن الأحكام لها معان، وعلى المكلف مراعاة هذه المعاني، والمعاني هي المصالح التي شرعت لأجلها الأحكام، فإذا قصد الشخص من استعماله لحقه غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة

(1) أنظر في ذلك: / محمد أبو زهرة، ابن حنبل، المرجع السابق ذكره، ص 291.

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 87.

(3) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره، ص 99.

(4) راجع في ذلك: / الشاطبي، الموافقات، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 27.

(5) راجع في ذلك: / الشاطبي، المرجع نفسه، ص 106.

المقصودة من الحق كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول، ولا يقصد به الزواج الدائم، واتخاذ عقد البيع وسيلة للربا أو الفائدة مثل بيع العينة، وهو شراء شيء بثمن مؤجل ثم بيعه لنفس البائع الأول بثمن فوري أقل من الثمن الأول، قاصداً به الربا، فذلك كله تعسف حرام⁽¹⁾. وأكثر تطبيقات هذا المعيار تندرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية.

ودليل تحريم الغرض الغير مشروع هو حديث "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽²⁾، وعلى أساس هذا الحديث بنيت نظرية الباعث في الفقه الإسلامي والتي صاغها الفقه الإسلامي الحديث⁽³⁾.

ويكشف عن الغرض غير المشروع عن طريق القرائن مثله مثل معيار تمخض قصد الإضرار لأن كلاهما يعتبره الفقه الإسلامي معيار ذاتي. ومع ذلك فقد يبدو أن معيار الباعث غير المشروع معيار موضوعي إذ ينظر فيه إلى المصلحة غير المشروعة بغض النظر عن النية، وهذا صحيح إلا أن هذا المعيار ينظر أساساً إلى الباعث، فإذا كان غير مشروع اعتبر صاحب الحق متعسفاً، لأن العيب هنا يشوب نية صاحب الحق⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي .

يقوم هذا المعيار على النظر إلى مآلات الأفعال، أي ينظر إلى ثمرة ونتائج الأفعال في حد ذاتها، فيقارن بين المصلحة التي يجنيها صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين الضرر الذي يلحق الغير من جراء هذا الاستعمال، فإذا كانت الأضرار راجحة مقارنة بالمصلحة، عد صاحب الحق متعسفاً، وبالتالي تقوم مسؤوليته، ويستمد هذا المعيار مشروعيته من السنة النبوية الشريفة كما في قضية سمرة بن جندب، كما يستمد أيضاً من أصول الفقه الإسلامي، وهو أصل النظر في مآلات الأفعال، الذي تفرع عنه مبدأ سد الدرائع والاستحسان والاستصلاح، كما تأيد هذا المعيار بالقواعد الفقهية⁽⁵⁾.

ويندرج تحت هذا المعيار معايير فرعية للتعسف هي :

- (1) أنظر في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق ذكره، ص32.
- (2) رواه البخاري ومسلم (أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص431).
- (3) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص433.
- (4) أنظر في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق ذكره، ص33.
- (5) أنظر ما سبق في بحث أدلة النظرية ص60 من هذا البحث.

- إنعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير من الأفراد.
- الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره.
- ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض.

أولا / انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير من الأفراد:

وفقا لهذا المعيار الفرعي، يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه، إذا قصد تحقيق مصلحة مشروعة له، ولكن ترتب على هذا الإستعمال ضرر بالغير أعظم من المصلحة أو يساويها عملا بالقاعدة الفقهية "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"⁽¹⁾. ومن باب أولى يعتبر التعسف قائما إذا كانت المصلحة التي يجنيها تافهة وضئيلة مقارنة بما يلحق الغير من ضرر، وقد تكون ضالة المصلحة قرينة على قصد الإضرار، وفي هذه الحالة يحكم الفعل المعيار الشخصي لا الموضوعي⁽²⁾.

كما يستمد هذا المعيار أصله من مبدأ العدل المطلق الذي تقوم عليه الشريعة الاسلامية، فمن اللاعدل أن يتحمل الغير أضرارا ناتجة عن مغانم يجنيها صاحب الحق.

ومن المقررات الشرعية أن الحقوق في الإسلام تصدر عن الشارع مقيدة لا مطلقة، وأن الله تعالى عندما أعطى هذه الحقوق قيدها بعدم الضرر، ولكن يجب ألا تكون المحافظة على دفع الضرر عن الغير مؤدية إلى الإضرار بصاحب الحق الذي ثبت له ابتداء، لذا فإن أعمال هذا المعيار مبني أساسا على الموازنة بين مقدار الضرر الذي ينزل بالغير، ومقدار المصلحة التي يجنيها صاحب الحق أو الضرر النازل به من جراء منعه من استعمال حقه⁽³⁾.

وتطبيقات هذا المعيار في مجال الملكية لا حصر لها، ونورد منها على سبيل المثال ما يلي :

- قضية سمرة بن جندب⁽⁴⁾ ، حيث أمر الرسول (ص) بقلع النخلة حينما رأى أن الضرر اللاحق بصاحب البستان أكبر من الضرر اللاحق بصاحب النخلة.
- إذا انقضت مدة إيجار الأرض والزرع فيها بقلها لم يحن وقت حصاده بعد، فلا يحق لمالك الأرض إنهاء

(1) أنظر في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق ذكره، ص33.

(2) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص492.

(3) أنظر في ذلك: محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص85-84.

(4) أنظر أدلة النظرية من السنة النبوية الشريفة ص68 وما بعدها من هذا البحث.

في حق الملكية فقد ورد فيه إذن خاص - إذن بالاستعمال - فيقدم جانب المالك، لذا يشترط لتطبيق معيار الموازنة بين المصلحة الفردية والضرر- الحاصل للغير من الأفراد - على حق الملكية أن يكون الضرر راجحاً⁽¹⁾.

ثانياً / الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره :

معيار الضرر الفاحش معيار موضوعي، يقوم على النظر في نتيجة الفعل وتقدير الضرر الذي يلحق بالغير، فإذا كان هذا الضرر فاحشاً، كان الفعل تعسفياً، يوجب منع صاحب الحق من إتيانه ولو أدى هذا المنع إلى الإضرار بالمالك نفسه، طبقاً للقواعد الفقهية، "يختار أهون الشرين" و "الضرر الأشد يزال بالأخف" و "درء المفسد أولى من جلب المنافع"⁽²⁾.

وفي تعريف الضرر الفاحش تنص المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا، ويكون سبب انهدامه"⁽³⁾.

والضرر الفاحش إما أن يكون مادياً، كالمدخان الكثيف والأصوات المقلقة للراحة، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات، والروائح الكريهة الضارة بالصحة، وحجب والهواء والنور عن الجار، وغير ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار أو تسبب وهنا أو انهدامه، أو معنوياً، كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة⁽⁴⁾.

وقد صاغ الفقهاء هذا المعيار أصلاً ليحكم العلاقات الجوارية⁽⁵⁾، فقد جاء في المغني "وليس للرجل

(1) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 100

(2) راجع في ذلك: أدلة نظرية التعسف من خلال القواعد الفقهية ص 78 من هذا البحث.

(3) أنظر في ذلك: أ/ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، م 3، المرجع السابق ذكره، ص 222.

(4) راجع في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 497.

(5) وهناك من توسع في تطبيقه، فشمّل أيضاً العلاقات التعاقدية، مثال ذلك أنه ليس لأحد المتعاقدين التمسك بتنفيذ التزامات العقد، إذا كان ذلك يلحق بالطرف الآخر أضراراً فاحشة، لم تكن متوقعة ابتداءً لقيام ظروف طارئة، وليس له أيضاً فسخ العقد دون عذر قوي، إذا كان الفسخ يلحق

بالطرف الآخر ضرراً فاحشاً، وبناء على ذلك صاغ الأحناف نظرية العذر، وصاغ الحنابلة والملكية نظرية الجوانح والثمار، راجع في ذلك: د/ فتحي

الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 506. وراجع في ذلك: أ/ محمد

أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 107 وما بعدها.

الإيجار، وإيجار المزارع على قلع زرعه قبل نضجه، فيمدد الإيجار إلى وقت الحصاد بأجرة المثل، لأن الضرر الذي يلحق المزارع من جراء قلع زرعه، وهو بقل أشد من الضرر الذي يلحق صاحب الأرض بتمديد مدة إيجار أرضه دون رضاه⁽¹⁾.

• متى تعذرت القسمة في الملك الشائع لكون المقسوم يتضرر بقسمته، وطلب أحد الشريكين البيع، أجبِر الآخر، وقسم الثمن وهو مذهب الإمام أحمد⁽²⁾.

• تنص القاعدة 77 من كتاب القواعد لابن رجب: "من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له، ولم يكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكة، فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكة، ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل"⁽³⁾.

وطبق ابن رجب هذه القاعدة على كثير من الفروع منها، غراس المستاجر وبنائه بعد انقضاء المدة حيث يتملكه المؤجر بالقيمة ولا يملك قلعه، وغراس المستعير وبنائه إذا رجح المعير أو انقضت مدة الإعارة، ففي مذهب الإمام أحمد يتملكه المعير بالقيمة، وغراس الغاصب وبنائه، إذ المشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً وعليه الأصحاب، وعنه رواية ثانية لا يقلع بل يتملك بالقيمة، وإذا طلب الغراس أو الباني قلع غراسه وهدم بنائه وكان في ذلك ضرر لصاحب الأرض منع من ذلك⁽⁴⁾. وفي هذه التطبيقات التي أوردها ابن رجب أمثلة حية لنظرية التعسف في معيارها الموضوعي المتمثل هنا في الموازنة بين المصالح الفردية المتضاربة.

• إذا غصب رجل خشبة وبنى عليها، وكانت قيمة البناء أكبر من قيمة الخشبة - وهو أمر منطقي - قال الفقهاء حق ملكية الخشبة ينقطع ويتملكها المغتصب بقيمتها ولا يهدم البناء لاستردادها لأن في ذلك ضرر أعظم من الضرر اللاحق بمالك الخشبة⁽⁵⁾.

وكل هذه الأمثلة يحكمها معيار الموازنة بين مصلحة صاحب الحق والضرر النازل بالغير، وتنفرد الملكية بحكم خاص هنا، وهو إذا تساوى الضرر والنفع قدم النفع عن الضرر، ولا يحتج بتطبيق قاعدة "دفع الضرر مقدم على جلب النفع" لأن ذلك إنما يكون حيث يكون الأمر غير وارد فيه إذن خاص، أما

(1) أنظر في ذلك: /! ابن رجب، القواعد، المرجع السابق ذكره، القاعدة 85، ص 184.

(2) لقوله (ص) من حديث محمد بن أبي بكر عن أبيه مرفوعاً: " لا تعضيه في الميراث إلا ما احتمل القسم " وهذا الحديث ضعفه الشافعي، والتعضية هي القسمة (أنظر في ذلك: /! ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 220).

(3) أنظر في ذلك: /! ابن رجب، القواعد، المرجع السابق ذكره، ص 140.

(4) أنظر في ذلك: /! ابن رجب، المرجع نفسه، ص 141-142.

(5) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره، ص 98.

التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو أن يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها⁽¹⁾. وهذه الأضرار هي مادية، وقد ورد فيه ما يشير إلى الأضرار المعنوية مثل: "وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره إلا أن يبني سترة تستره"، ويعارض ابن قدامة الإمام الشافعي في قوله -قول الإمام الشافعي- "لا يلزمه عمل سترة، لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه"، ويشبه ابن قدامة الضرر المعنوي بالضرر المادي - الفاحش - ويجعل لهما نفس الحكم ويقول: "ولنا أنه إضرار بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان - ضرر مادي - وذلك لأنه يكشف جاره ويطلع على حرمة، فأشبهه ما لو اطلع عليه من صير⁽²⁾ بابه أو خصاصه⁽³⁾ وقد دل المنع من ذلك قول النبي (ص): "لو أن رجلا اطلع إليك فحذفته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليك جناح"⁽⁴⁾.

والجوار نوعان، جوار جانبي ناشئ عن الملاصقة، وجوار رأسي أين يكون ملك كل واحد وحقه متعلقا بملك وحق الجار الآخر، وانتفاع كل واحد بملك جاره، فالعقار واحد - ملكية الطبقات - والمالك أكثر من واحد⁽⁵⁾.

واتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يحمل السقف متاعا ثقيلًا يوهن البناء ويكون سببا في انهدامه، ولا يجوز لصاحب السفلى هدم أحد العمود، لأنه في كلتا الحالتين تصرف في حق يلزم عنه ضرر فاحش بالآخر يعطل انتفاعه بملكه، فاعتبر تعسفا ممنوعا بلا خلاف بين الفقهاء⁽⁶⁾.
أما الجوار الجانبي فقد اختلف الفقهاء في مدى تقييد تصرفات الجار في ملكه إذا لزم عنه ضرر بالجار الآخر، رغم اتفاقهم على أن الجار ملزم بعدم الإضرار بجاره ضررا فاحشا ديانة.

(1) أنظر في ذلك: ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 326.

(2) الصير: شقة عند ملتقى الترتاج والعضادة، والترتاج هو إطار الباب، وعضاداتها الباب أي خشبته من جانبيه (أ/ لويس معلوف، المنجد في اللغة المرجع السابق ذكره، ص 442 بند 20).

(3) الخصاص جمع الخصاصة، وهي الفرجة أو الخلل في باب أو غيره (أ/ لويس معلوف، المرجع نفسه، ص 181، بند 30).

(4) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد في مسنده (إ/ ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 327).

(5) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره، ص 106.

(6) راجع في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 112 وما بعدها.

ففي المذهب الحنفي والشافعي للمالك سلطة مطلقة على ملكه⁽¹⁾. يتصرف فيه كيفما شاء، ولا سلطان للجار عليه، فإذا حفر شخص في ملكه بئرا، كان سببا في انهدام جدار جار ه، أو أقام في ملكه بالوعة نجس بسببها بئر جار ه، فلا ضمان عليه، وليس للقاضي منعه في التصرف في ملكه، وحجتهما في ذلك أن منع المالك من التصرف في ملكه مراعاة لحق الغير نقض لأصل الملكية والتي تقتضي حرية الإستعمال كما أن القاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان" تنفي المسؤولية عن المالك عند تصرفه في خالص ملكه⁽²⁾.

والإمام الشافعي لا يقر بالضرر الفاحش المعنوي أيضا، إذ لا يلزم صاحب العلو بعمل سترة إذا أدت تلبية البناء إلى الإشراف على سطح جاره⁽³⁾. إلا أن طائفة من أصحاب الشافعي يلزمون المالك بعمل سترة، ومنهم من يرى⁽⁴⁾ أن الحاكم يجتهد ويمنع المالك من ذلك إذا ظهر له التعتت وقصد الفساد⁽⁵⁾. وذهب متأخرو الحنفية إلى وجوب تقييد الجار في استعماله لملكه بما لا يضر بجاره ضررا فاحشا، وذلك أخذا بالاستحسان، واستدلوا بحديث "لا ضرر ولا ضرار"، وبهذا لم يعد الجار مسؤول دينيا فقط بل قضاء أيضا⁽⁶⁾.

أما المذهبين المالكي والحنبلي فهما يقيدان استعمال حق الملكية دينيا وقضاء⁽⁷⁾. وهما يمنعان الضرر الفاحش سواء كان ماديا أو معنويا.

فروي عن أحمد أنه قال: "وليس للجار أن يتصرف في ملكه بما يضر جاره، كأن يبني حماما بين الدور، أو يفتح مخبزا بين العطارين أو دكان قسارة..."⁽⁸⁾. ومن أوجه الضرر الممنوعة في المذهب الحنبلي الهز والدق ونحوهما، وحفر البئر بجنب بئر الجار فإنها تطم في ظاهر المذهب لقوله (ص): "لا

(1) أنظر في ذلك: الملكية حق مطلق، الرأي الذي سبق شرحه ص 43 من هذا البحث.

(2) أنظر في ذلك: د/وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق ذكره، ص 21.

(3) أنظر في ذلك: ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 326.

(4) وهو قول أبو المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل بن أحمد بن محمد الروياتي الشافعي (أنظر في ذلك: إ/ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج 2، المرجع السابق ذكره، ص 217).

(5) أنظر في ذلك: إ/ ابن رجب، المرجع نفسه، ص 217.

(6) أنظر في ذلك: أ/ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج 1، المرجع السابق ذكره، ص 124.

(7) راجع ما سبق في شرح حديث "لا ضرر ولا ضرار" وآراء أئمة المذاهب فيه، وراجع بحث طبيعة حق الملكية في الشريعة الإسلامية ص 16 ص 43 من هذا البحث.

(8) أنظر في ذلك: إ/ ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق ذكره، ص 326.

تضاروا في الحفر، وذلك أن يحفر الرجل إلى جنب الرجل ليذهب بمائه" ، وكذا يمنع من تصدر من عقاره رائحة خبيثة ونحو ذلك⁽¹⁾.

وفي مذهب الإمام مالك ما يتفق في كل هذه الحالات مع المذهب الحنبلي ، حيث يمنع كل ضرر فاحش سواء كان معنويا أو ماديا، إذ ورد في المدونة الكبرى للإمام مالك ما نصه : "أرأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماما أو فرنا أو موضعا لرحا، فأبى علي الجيران ذلك أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك (قال) إن كان ما يحدث ضررا على الجيران من الدخان وما أشبه فلهم أن يمنعوك من ذلك ، لأن مالكا قال يمنع من ضرر جاره، فإذا كان هذا ضررا منع من ذلك..."⁽²⁾.

ورغم هذه الأمثلة التي ساقها الفقهاء حول الضرر الفاحش إلا أن هذا المعيار يحتاج إلى ضابط لا إلى تعداد ، ولهذا حاول الفقه الإسلامي الحديث وضع معيار للضرر الفاحش، فقالوا أن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأمكنة والأزمان، فقد يكون الضرر فاحشا بالنسبة لبعض الأشخاص دون بعض، وفي مكان أو زمان دون مكان أو زمان آخر، فالآلات التي يكون لها صوت ودوي شديد عند إدارتها ضرر فاحش بالنسبة لمن يكون عملهم يقتضي الهدوء وراحة الأعصاب كالأطباء والمحامون، بينما لا يعتبر فاحشا بالنسبة لغيرهم من العمال والصناع، وهي كذلك ضرر فاحش لحي هادئ خال من الصناع، بينما لا يعتبر فاحشا بل لا يعتبر ضررا أصلا بالنسبة لمكان أعد لمثل هذه الصناعات، وعلى هذا ينبغي أن يترك تحديد ذلك إلى العرف وأن يحتكم إليه في ذلك، فما يعتبره العرف ضرر فاحش يمنع الجار منه، وما يعتبره غير ذلك فلا يمنع منه الجار.

وفي الأخير نلاحظ أن الفقه الإسلامي قد سبق الشرائع الوضعية في الاعتماد بهذا المعيار، وقد أجمع الفقه الإسلامي الحديث على اعتباره معيارا للتعسف، عكس ما رأيناه في القانون الوضعي، حيث اختلفت بشأنه القوانين، والفقه، فمنهم من اعتبره معيارا للتعسف ومنهم من لم يعتبره كذلك.

(1) أنظر في ذلك: /1 ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج2، المرجع السابق ذكره، ص218.

(2) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف غفي استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص83.

ثالثاً / ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض:

هذه الصورة هي أوضح صور الإختلال بين المصالح، فإذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، قدمت المصلحة العامة ودفع الضرر العام وذلك لسببين:

-أولهما: أن الضرر العام، ضرر كبير دائماً، والضرر الكبير يدفع، ويتحمل لذلك الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام⁽¹⁾، فكل ضرر يلحق الكافة هو في دائرة المنع، وبعد متعسفا في استعمال حقه من أقدم عليه،

ولذلك يتجه الفقه الإسلامي إلى منع أمور قد يكون فيها ما يحتمل إساءة استعمال الحق إذا كان ضرره للكافة ولو محتملاً.

- والثاني: أن الأضرار العامة لا ينظر فيها إلى قصد الإضرار أو عدم قصده، وإنما ينظر فيها إلى المآلات أي إلى نتيجة العمل وثمرته، فالأمر الجوهري بالنسبة للفعل الذي يكون استعمالاً لحق مأذون فيه ثم ترتب عليه ضرر عام هو مقدار الضرر لا النية التي نواها صاحب الحق⁽²⁾.

ولهذا المعيار تطبيقات عديدة في استعمال حق الملكية العقارية⁽³⁾ نذكر من بينها:

- إجبار مالك الحائط الذي مال إلى الطريق العام على هدمه، دفعا للضرر المتوقع حدوثه وهو سقوطه على أحد المارة، وهذا الضرر هو عام لأنه يهدد كل من يمر بذلك الطريق⁽⁴⁾.
- وجوب تسمير الأراضي الفلاحية، وتوجيه الاستثمار فيها، وذلك لأن إساءة الاستغلال ينتج عنها ضرر عام يصيب المجتمع في اقتصاده، كذلك بالنسبة للإمتناع عن التسمير فهو تعطيل لثروة الأمة، لذا وجب تدخل الدولة لتقييد سلطة الاستغلال وتوجيهها، ومنع التعسف في ذلك⁽⁵⁾.

(1) أنظر في ذلك: أدلة نظرية التعسف من خلال القواعد الفقهية ص 81 من هذا البحث.

(2) أنظر في ذلك: أ/ محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص 99..

(3) بالإضافة إلى تطبيقات أخرى مثل منع الإحتكار، والاحتكار هو شراء ما يحتاجه الناس وإدخاره بغرض بيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه، وقد نهى عنه الرسول (ص) في قوله: "لا يحتكر إلا خاطئ"، وكثفي الركبان وبيع الحاضر للبادي لقوله (ص): "لا يبيع حاضر لباد ولا تلقوا الركبان" وجواز تسعير السلع عند مقالة التجار في ثمنها إضراراً بالجماعة، وفي كل هذه الحالات يكون المنع درءاً للضرر العام وبدون النظر إلى النوايا حتى وإن كانت شريفة، راجع في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، المرجع السابق ذكره، ص 33، 34.

(4) أنظر في ذلك: د/ أحمد النجدي زهو، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 40.

(5) أنظر في ذلك: أ/ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ذكره، ص 45.

- الحجر على السفية المبذر لماله، لما ينتج عنه من ضرر يلحق عامة المجتمع، لأنه سيصبح عالة على المجتمع، ولأن استعماله لماله يتعارض مع غاية هذا الحق⁽¹⁾.
وفي كل هذه الحالات وغيرها تقدم المصلحة العامة لدفع الضرر العام، ولا يشترط في الضرر العام أن يلحق كل أفراد المجتمع، بل يكفي أن يلحق بقطر من أقطاره، أو بأهل بلد من ذلك القطر أو بأهل حي من ذلك البلد أو بجماعة عظيمة منهم⁽²⁾ ويخضع تقدير ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

(1) أنظر في ذلك: د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، المرجع السابق ذكره، ص 30.

(2) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 491

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأدلة التي يمكن للقاضي أن يحكم بها، والتي لا يجوز له أن يحكم بها، وأساس الاختلاف هو هل أن الأدلة الواردة في نصوص الشريعة الإسلامية محصورة بحيث لا يجوز الحكم بما يخالفها، أو أن بإمكان القاضي أن يتجاوزها إلى ما عداها، فمنهم الموسع لهذه الأدلة ومنهم من ضيقها، فالرأي القائل بتوسيعها، أدخل العقل والحيل كوسائل للوصول إلى الحقيقة، وهم يستندون في ذلك إلى ما روي من أن رجلا قال للنبي (ص): " إن لي جارا يؤذيني، فقال عليه السلام ، انطلق فأخرج متاعك إلى الطريق، فانطلق فأخرج متاعه، فاجتمع الناس إليه، فقالوا : ما شأنك؟ فقال : إن لي جارا يؤذيني. فجعلوا يقولون : اللهم عنه، اللهم أخزه. فبلغه ذلك، فأتاه فقال : إرجع إلى منزلك. والله لا أؤذيك أبدا"، وهذه حيلة كشف بها التعسف الواقع على الجار، فأدت إلى إقراره بهذا التعسف، والتوبة عليه، فقد قال جانب من الفقه إن تحيل الإنسان جائز بفعل مباح على تخلصه من ظلم غيره وأذاه، لا الاحتيال على إسقاط فرائض الله، والحكم بالعقل كوسيلة للوصول إلى الحقيقة يستوجب فهم القاضي ما بين يديه من نزاع وأن يكون واسع البصيرة.

وذهب الجمهور إلى تضيق أدلة الإثبات، وذلك لأنهم حصروا معنى البينة في الشهادات، أما ما عداها من طرق الإثبات التي قالوا بها فقد تقيدوا بما ورد في النصوص الشرعية، ولم يجوزوا للقاضي أن يحكم بغيرها⁽¹⁾.

وبعد إقامة الأدلة على التعسف يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقرير ذلك، لا سيما فيما يتعلق بمضار الجوار، حيث يخضع تقدير التعسف إلى العرف، وطبيعة العقارات، ولهذا اقتضى الأمر تحكيم العقل وإعطاء القاضي سلطة تقديرية للوصول إلى ما إن كان الفعل تعسفا أم لا، حيث يقدر القاضي الأدلة وينظر إلى ظروف الحال وما تستوجبه من حكم، والأدلة قلنا أنها تتمثل في كافة الوسائل المتاحة بما فيها البينة والقرائن، فقد قال رسول الله (ص): " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"⁽²⁾، ولهذا قرر الفقهاء أنه لا تسمع الدعوى بدون أدلة⁽³⁾.

أما القرائن فيقصد بها الأمارات والعلامات التي يستدل بها على حدوث الفعل أو نفيه. وخلاصة القول أن المدعي يجب عليه إثبات التعسف، وذلك بإقامة البرهان والحجة عليه، وله في ذلك جميع الوسائل المشروعة، فإذا أقام الدليل، كان للقاضي سلطة تقديرية في الاعتداد بهذا الدليل،

(1) راجع في ذلك: الاستاذ / بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري وفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 20 و 21.

(2) رواه البيهقي (أنظر في ذلك: أ/ بكوش يحيى، المرجع نفسه، ص 18).

(3) راجع في ذلك: أ/ بكوش يحيى، المرجع نفسه، ص 18 و 19.

وإذا تعلق الأمر بالتعسف في معياره المادي أي الذي لا يتعلق بشخص المتعسف، فيجب أن ينظر إلى ظروف الحال قبل أن يحكم.

ثانيا / إثبات قصد الإضرار:

ذهب الإمام الشافعي إلى أن للمالك مطلق الحرية في التصرف في ملكه حتى وإن كان قاصدا الإضرار بالغير، لأن البحث عن النوايا بحث عقيم إذ يستحيل معرفة الدوافع التي يخضع لها الإنسان في تصرفاته وأعماله، وإن من الواجب الحكم على الأعمال بشكلها وبظاهر أمرها. وقد ناهضه في هذا الرأي فقهاء الشريعة الإسلامية وحتى تلامذته⁽¹⁾، وذهبوا إلى مساءلة المالك قضاء إذا قصد من استعمال ملكه الإضرار بالغير، وأدى هذا الإستعمال فعلا إلى الإضرار وقرر هؤلاء الفقهاء أن الوصول إلى النية يتم عن طريق القرائن، فانعدام المصلحة في استعمال الملكية قرينة على قصد الإضرار، والطلاق البائن في مرض الموت قرينة على قصد الإضرار بالزوجة بحرمانها من الميراث، كما أن تخيير صاحب الحق في استعماله لحقه، الوجه الذي يستضر به غيره دون الوجه الذي يحقق له ما يريد ولا يستضر منه الغير يعد قرينة على قصد الإضرار أيضا، ولو كان للمالك مصلحة مشروعة غير تافهة في ذلك، كمن يحفر بالقرب من جدار جاره بئرا، فيكون متعسفا، إذا أثبت الجار أن المالك يحصل له ما يريد إذا حفر البئر في مكان آخر لا يستضر منه الجار⁽²⁾. كما يعد علم المالك بأن الضرر سيلحق غيره نتيجة لاستعماله لملكه قرينة على قصد الإضرار، ومثال ذلك إذا طلب الشريك في الشيوخ القسمة رغم أنه يعلم أن المال المشاع سيتلف، فهو تعسف لأن العلم بوقوع الضرر وهو إتلاف المال يعد قرينة على قصد الإضرار بالشركاء⁽³⁾.

هذه القرائن الثلاثة هي على سبيل المثال، يستعين بها القاضي لكشف نية صاحب الحق، وإذا ثبت قصد الإضرار، عد متعسفا في استعمال حقه، وبذلك وجب توقيع الجزاء عليه.

(1) أنظر في ذلك: د/ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المقال السابق ذكره، ص 87.

(2) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره، ص 49.

(3) أنظر في ذلك: د/ محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المرجع السابق ذكره، ص 103.

المطلب الثاني

جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

يترتب على التعسف في استعمال الحق نوعين من الجزاء، جزاء دنيوي ويتمثل في الجزاء العيني والجزاء المالي والجزاء التعزيري، وجزاء أخروي.

أولا / الجزاء الدنيوي للتعسف في استعمال الحق:

ونميز فيه بين ثلاثة صور هي :

1- الجزاء العيني : تقوم نظرية التعسف بوظيفتين، وظيفة وقائية، وهي دفع التعسف قبل وقوعه، ووظيفة علاجية وتكون بإصلاح الضرر بعد وقوعه، ولهذا فالجزاء العيني إما أن يكون وقائيا أو يكون علاجيا.

أ) الجزاء الوقائي : يعتبر هذا الجزاء الدور الأساسي لنظرية التعسف في استعمال الحق، وهذا الدور يقوم على منع وقوع التعسف بداية فلا يقع الضرر، وهذا يعتبر ميزة إيجابية للنظرية، لأن دفع التعسف أجدى من رفعه، كما أنه أسهل منه، حيث يترتب عنه عدم وقوع الضرر، وقد يكون في التصرفات الفعلية كمنع التسبب⁽¹⁾، إلا أن مجاله يتسع في التصرفات القولية، حيث يحال بينها وبين ترتيب آثارها، ومثال التصرفات القولية الهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة⁽²⁾، ووصية الضرار، والتي اختلف الفقه بشأنها فمنهم من يبطلها ومنهم من لا يبطلها⁽³⁾، إلا أنه إذا صدر من الموصي إقرار منه بالإضرار بالورثة بموجب الوصية، فإن هذا يعتبر دليلا قاطعا على التعسف وتبطل الوصية، ولكن فيما عدا هذه الحالة من الصعب جدا الوصول إلى نية إنسان ميت.

ومثال الجزاء الوقائي أيضا الحجر على السفية لمنعه من التبذير والإسراف، فالضرر هنا لم يقع ولكنه مؤكد الوقوع، لأن السفية لا يحسن إدارة أمواله، فيقع في غالب الأحيان في الغبن، ويسرف أمواله من غير مسوغ، ودرءا لهذا الضرر وجب الحجر عليه⁽⁴⁾.

(1) أنظر في ذلك : د/ فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ذكره ، ص 515

(2) أنظر في ذلك : د/ فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص 429 .

(3) أنظر في ذلك : أدلة النظرية من القرآن الكريم ص 55 من هذا البحث .

(4) : أنظر في ذلك : - د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 4 ، المرجع السابق ذكره ، ص 30.

- د / فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ذكره ، ص 515

ويستمد الجزاء الوقائي مشروعيته من القواعد الفقهية كقاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان" وغيرها من الأدلة الشرعية.

ب) الجزاء العيني بعد وقوع الضرر: قد لا يمكن دفع الضرر لأنه قد وقع فعلا، والواقع لا يدفع وإنما يرفع، فإذا بنى المالك في ملكه حائطا سد به منافذ الهواء والنور على جاره، فيجب أن يزال هذا الضرر طبقا للقاعدة الفقهية "الضرر يزال"، وذلك بهدم الجدار مع مراعاة ظروف الحال، وإذا حفر المالك في ملكه بئرا بالقرب من بئر جاره، فقطعت عنها الماء، فإنها تظم، مع مراعاة الاختلاف الفقهي بشأن ذلك⁽¹⁾، ومن صور الجزاء العيني ما حكم به الرسول (ص) في قضية سمرة بن جندب، حيث قضى بقلع النخلة التي كانت علة الضرر، وقد يتخذ الجزاء العيني صورة الحكم بترتيب حق في ذمة الغير، كالحكم بترتيب حق مجرى، إذا تعسف المالك في رفضه لترتيب هذا الحق، والحكم بترتيب حق مرور، وهنا يفرض القاضي على المالك قبول ترتيب هذه الحقوق إذا كان المالك متعسفا في رفضه⁽²⁾.

وهذه الصور كلها تعبر عن الجزاء عن الضرر المادي، وقد يترتب عن الضرر المعنوي أيضا جزاء عيني كمن تعالى ببنائه فأشرف على مقر نساء جاره، فالضرر هنا معنوي، والجزاء يكون بعمل سترة تحول بينه وبين هذا الإشراف والنظر، مع مراعاة الاختلاف بشأن ذلك لدى الفقهاء حيث لم يقض بذلك الشافعي⁽³⁾.

وحين إزالة الضرر يجب مراعاة القواعد الفقهية التي تنص على ذلك منها: "الضرر لا يزال بمثله"⁽⁴⁾.

2- الجزاء المالي: الجزاء المالي أو ما يطلق عليه بالجزاء التعويضي يترتب في ذمة من تعسف في استعمال حقه وأصاب الغير بضرر ولا يكون إلا إذا تعذر الحكم بالجزاء العيني، لأن الأصل أن الضرر يزال أو يدفع بقدر الإمكان، فإذا استحال إزالة الضرر أو دفعه حكم بالتعويض ويكون على نوعين من الضرر.

أ) الضرر المادي: أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب التعويض عن الضرر المادي ماليا، إذا وقع فعلا ولم يتمكن من إزالته عينا، فمن صرف المياه بعد سقيه لأرضه إلى أرض جاره فأغرقتها، وتلف زرع جاره، كان عليه ضمان ما تلف.

(1) أنظر في ذلك: // ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج2، المراجع السابق ذكره، ص218.

(2) أنظر في ذلك: // محمد أبوزهرة، إساءة استعمال الحق، المقال السابق ذكره، ص101 وما بعدها.

(3) أنظر في ذلك: // ابن قدامة، المغني، ج6، المراجع السابق ذكره، ص326.

(4) أنظر في ذلك: أدلة النظرية من خلال القواعد الفقهية ص80 من هذا البحث.

ب) الضرر المعنوي : إن قواعد الشريعة الإسلامية، تمنع الضرر في كل صورته حتى وإن كان ضرراً معنوياً يلحق الإنسان في شرفه أو سمعته أو عواطفه وشعوره، فهي تتسع له دون تحديد لمقداره، فإذا كانت الأضرار المادية تستوجب التعويض نتيجة منعها وتحريمها، فلا مانع من استناد الأضرار المعنوية على ذلك لتقرير التعويض عنها⁽¹⁾.

3- الجزاء التعزيري : يترتب هذا الجزاء على كل من يرتكب معصية لم يرد في شأنها حد مقدر في الشرع، وجعله الله في يد القاضي ليحكم به بحسب اختلاف الأشخاص والأحوال، والمعصية المعاقب عليها قد تتعلق بحقوق الله، وقد تتعلق بحقوق العباد كمن يؤدي جاره، فقد أوصى النبي (ص) بمراعاة حقوق الجوار فضلاً عن الآيات التي أوصت بذلك، وانتهاك حقوق الجار معصية لأنها تخالف هذه الأصول الشرعية، والإساءة في استعمال الحق إذا ترتب عليها ضرر بالغير أو كانت وسيلة للوصول إلى أمر يحرمه الشارع ولو لم يترتب عليها ضرر بشخص معين، تكون معصية لم ترد فيها عقوبة، فيكون للقاضي أن يعزر فيها المتعسف بما يراه رادعاً عنها⁽²⁾.

ثانياً / الجزاء الأخروي ودوره في منع التعسف في استعمال الحق:

إذا كان الجزاء الدنيوي القضائي مختلف فيه بين أئمة المذاهب الفقهية، حيث لا يقضي به أبي حنيفة والشافعي، فإن الجزاء الأخروي مجمع عليه، فالنوايا إذ لا يعلمها إلا الله فهو خير من يعاقب عليها في الآخرة، وهذه الصورة من الجزاء تنفرد بها الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي فقصد الإضرار أو التحايل على قواعد الشرع، يترتب عليه الإثم فضلاً عن الجزاء الدنيوي، بل أن الجزاء الأخروي هو الأصل، لأن الشريعة الإسلامية باعتبارها تركز على عقيدة دينية، تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها، ثم تضع القواعد الشرعية الملزمة، أي التي يجب تنفيذها قضاءً، فكانت بذلك نظاماً روحياً ومدنياً معاً⁽³⁾.

(1) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المقال السابق ذكره، ص 115.

(2) أنظر في ذلك: د/ عيسوي أحمد عيسوي، المرجع نفسه، ص 117.

(3) أنظر في ذلك: د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ذكره، ص 517.

وللجزاء الأخروي أثر بالغ في توجيه النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الدين باتباع أوامره، واجتناب نواهيه، ومن ذلك النهي عن التعسف في استعمال الحق.

ولنا صورة للجزاء الأخروي تتمثل في وصية الضرار في قوله (ص) فيما رواه أبو هريرة " إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فيجب لهما النار" وهذا دليل على أن الشريعة الإسلامية إذ تمنع التعسف في استعمال الحق وتقرر له جزاء دنيوي، فإنها أيضا تقرر له جزاء أخروي، مما يضاف عليها طابع المثالية في أحكامها.

الخاتمة

ترتبط نظرية التعسف في استعمال الحق بطبيعة الحق وغايته ، وحق الملكية العقارية سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الإسلامية أبيطت به غاية معينة يحققها ، فهو نموذج كامل للحقوق الفردية لأنه يخول سلطات كاملة لصاحبه ولهذا قيد استعمال هذا الحق بعدم الإضرار بالغير ، لأن ذلك يعني مخالفة الغرض الذي من أجله شرع هذا الحق . وانطلاقاً من هذه الفكرة صاغ الفقه القانوني نظرية التعسف في استعمال الحق والتي عرفت قبل ذلك في الفقه الإسلامي منسطة على كافة الحقوق ، حيث يعتبر هذا الفقه التعسف انحرافاً بالحق عن غايته ، ومناقضة لقصد الشارع ، وهو يختلف عن التعدي الموجب للضمان . أما في الفقه القانوني فقد ثار خلاف ولا زال قائماً حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية عند التعسف ، فمنهم من يؤسسها على الخطأ ، ومنهم من يجعل التعسف مستقلاً عن الخطأ ، ويعتبره فعل غير مشروع قائم بذاته ومصدر من مصادر الالتزام ، لأن التعسف مرتبط بغاية الحق ، ولا يستند الخطأ لهذه الفكرة ، فالخطأ فعل غير مشروع لا يبرر بغائية الحقوق ، لأنه خروج عن حدود الحق ، والخروج عن حدود الحق لا يعتبر انحرافاً بالحق عن غايته ، لعدم استناد هذا الفعل لحق أصلاً .

ولكن اعتبار كل انحراف بالحق عن غايته تعسف فكرة غامضة تحتاج للتدقيق أكثر ، ولأننا أخذنا حق الملكية العقارية كنموذج للحقوق الفردية وأسقطنا عليه هذه الفكرة ، فإن الانحراف بهذا الحق عن غايته يصبح فكرة دقيقة وواضحة إذا ما قيدناه بمعايير التعسف ، ذلك لأن التعسف في هذا الحق ما هو إلا استثناء من الأصل وهو مشروعية الاستعمال ، أي افتراض حسن النية والمصلحة المشروعة في استعمال هذا الحق ، ولهذا كانت لمعايير التعسف أهمية كبيرة في حصر هذا الاستثناء وضبط النظرية ، الأمر الذي يجعلها فكرة قانونية لا فلسفية . ولهذا صاغ كل من الفقه القانوني والفقه الإسلامي معايير للنظرية ، وعند إعمالها في حق الملكية العقارية ، يمكن اعتبار المالك متعسفاً في استعمال حقه في الحالات التالية :

- إذا لم يقصد من استعمال ملكه سوى الإضرار بالغير ، وهذا المعيار متفق عليه بين التشريعات فيما بينها ، وبينها وبين الشريعة الإسلامية .
- إذا كانت المصلحة التي يرمي المالك إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع الضرر الذي أصاب الجار بسببها ، وهذا المعيار اختلفت التشريعات في الأخذ به ، وأخذت به التشريعات العربية منتهجة ما سطره لها الفقه الإسلامي .

- إذا كان المالك يقصد باستعماله لملكه تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهو معيار مأخوذ من الفقه الإسلامي، وأخذت به التشريعات العربية، أما التشريعات الأجنبية فقد اختلفت في الأخذ به .
 - إذا رتب المالك أثناء استعمال ملكه ضرراً فاحشاً بالجلو وهو معيار مأخوذ من الفقه الإسلامي، وأحسن ما فعل المشرع الجزائري أنه أخذ به كمعيار للتعسف، على خلاف التشريعات العربية التي أغلبها لم تعتد به كمعيار للتعسف .
 - إذا أدى استعمال المالك لحقه إلى الأضرار بالمصلحة العامة، وهذا المعيار أخذ به الفقه الإسلامي ولم تنص عليه التشريعات العربية، إلا أن المشرع الجزائري نص على أحد تطبيقاته وهو التعسف في عدم استثمار الأراضي الفلاحية الذي نظمته قانون التوجيه العقاري، وهذا المعيار يعتبر أداة قانونية لتوسيع نظرية التعسف في استعمال الحق، ومواجهة الحالات المستجدة .
- هذه المعايير من شأنها أن تجعل نظرية التعسف منضبطة الجوانب بحيث تجمع كل حالات التعسف، وتمنع دخول الحالات التي تتنافى مع مفهوم التعسف ضمن أطوارها، وهذه الحالات غالباً ما تكون حالات مجاوزة لحدود الحق أي خطأ تقصيري. إذن فيمكن القول بأن نظرية التعسف يحكمها معيار عام ذو طابع فلسفي وهو الخروج عن غاية الحق، وهذا المعيار لا يمكن تطبيقه في الميدان القضائي، لأنه معيار مطاط قد يؤدي تطبيقه إلى تضارب أحكام القضاء خاصة وأن الأمر هنا يتوقف على السلطة التقديرية للقاضي، هذا الأخير الذي يجد نفسه مجبراً على النظر في مسائل فلسفية واجتماعية وسياسية واقتصادية لتحديد غاية الحق، وهذه العملية يختلف فيها القضاء، ولهذا فإن هذا المعيار الفلسفي - الخروج عن غاية الحق - يستند في تطبيقه في المجال القضائي والتشريعي إلى معايير قانونية دقيقة، وعليه يجب التقييد بالمعايير الثلاثة - السابق عرضها - وفي حالة ظهور مسألة ما لا يمكن إخضاعها لها من المعايير الثلاثة فإنه يجب إخراجها من حالات التعسف ولا يمكن ردها إلى المعيار العام الفلسفي - السابق - ولقد لاحظنا أن الفقه الإسلامي - الحديث - كان في حالات كثيرة إذا رأى أن مسألة ما لا تدخل ضمن المعايير الثلاثة فإنه يردّها إلى المعيار العام الفلسفي ويعتبرها تعسفاً وهذا في رأينا غلو يجب تفاديه إذ يؤدي إلى توسيع نظرية التعسف بشكل قد يهدد كيانه القانوني ويخرجها من طابعها القانوني إلى طابع فلسفي ويستحيل تطبيقها في المجال القضائي، ويمكن لنا أن نتساءل كيف يمكننا أن نطلب من القاضي أن يحدد مدى مناقضة بعض التصرفات القانونية أو المادية لغاية الشارع الحكيم أو غاية الحق؟ وبهذا تبقى مسألة توسيع نظرية التعسف في المجال القانوني من اختصاص المشرع وحده لا من اختصاص الفقه ولا القضاء، فالمشرع وحده هو الذي يلائم تطبيق هذه النظرية أو بالأحرى تطبيق المعيار الفلسفي على بعض المسائل التي يرى أنها تخرج من نطاق المعايير الثلاثة القانونية، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 691 من القانون المدني، والمادة 48 من قانون التوجيه العقاري .

المراجع .

1-المراجع باللغة العربية .

أ. المراجع المتخصصة :

1. الدكتور / الدريني (فتحي) ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة دمشق ، سورية ، 1967 (رسالة مقدمة لجامعة الأزهر لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية) .
2. الدكتور / الدريني (فتحي) ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية ، محاضرات أقيمت في معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1974 .
3. الدكتور / زهو(أحمد النجدي) ، التعسف في استعمال الحق ، بدون رقم الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 1991 .

ب - المراجع العامة :

4. الإمام/ ابن ابراهيم(أبي يوسف يعقوب) ، الخراج ، الطبعة الخامسة ، المطبعة السلفية، القاهرة ، مصر ، 1396 هـ .
5. الإمام / ابن رجب (زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي) ، القواعد في الفقه الإسلامي ، بدون رقم الطبعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .
6. الإمام / ابن رجب (زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي) ، جامع العلوم والحكم ، الجزء الثاني ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، إبراهيم باجس ، الطبعة السادسة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1997 .
7. الإمام / ابن العربي (أبي بكر محمد بن عبد الله) ، أحكام القرآن، القسم الأول ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .
8. الإمام / الأندلسي(ابن حزم) ، المحلى ، الجزء الثامن ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، بدون رقم الطبعة ، دار الجيل ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .
9. الأستاذ/ أبو زهرة(محمد) ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، بدون رقم الطبعة ، دار الفكر العربي ، بدون مكان الطبع ، 1976 .

- 10 الأستاذ/ أبو زهرة (محمد)، أبي حنيفة ، بدون رقم الطبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1991
- 11 .الأستاذ/ أبو زهرة (محمد)، تاريخ المذاهب الإسلامية ، الجزء الثاني ، بدون رقم الطبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر .
- 12- الأستاذ/ أبو زهرة (محمد)، مالك ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
- 13- الأستاذ/ أبو زهرة (محمد)، ابن حنبل ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
- 14 .الدكتور / أبو السعود (رمضان) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، بدون رقم الطبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1992 .
- 15 .الدكتور / إمام (محمد كمال الدين) ، نظرية الفقه في الإسلام ، مدخل منهجي ، بدون رقم الطبعة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1998.
- 16 .الإمام / البغدادي (أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألويسي) ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، قرأه وصححه محمد حسين العرب ، بإشراف هيئة البحوث والدراسات في دار الفكر ، المجلد الثالث ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1993 .
- 17 .الأستاذ / بكوش (يحيى) ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1988 .
- 18 .الأستاذ / الجندي (فريد عبد العزيز)، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره ، الجزء الثاني الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1994 .
- 19 .الأستاذ / جمعة (عبد المعين لطفي) ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الكتاب الأول ، الجزء الأول ، بدون رقم الطبعة ، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر ، 1979 .
- 20 .الأستاذ / الجزيري (عبد الرحمان) ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلد الثاني ، بدون رقم الطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .
- 21 .الدكتور / حسين (أحمد فراج) ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، بدون رقم الطبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .
- 22 .الأستاذ/ حيدر (علي) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي: فهمي الحسيني ، المجلدين الأول والثالث ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1991 .
- 23 .الأستاذ / الخفيف (علي) ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، بدون رقم الطبعة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، مصر ، 1969 .

24. دغنوش (عبد الرحمان) ، حق الملكية والقيود القانونية و الاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري (بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ، 1977) .
25. الاستاذ / الدناصوري (عز الدين) ، الدكتور / الشواربي (عبد الحميد) ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة السادسة ، دار الكتب ، الإسكندرية ، مصر ، 1997 .
26. الأستاذ / الديباني (عبد المجيد عبد الحميد) ، المدخل إلى دراسة الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة قاربونس ، بنغازي ، 1994 .
27. الدكتور / الزحيلي (وهبة) ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الرابع ، النظريات الفقهية والعقود ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، 1991 .
28. الدكتور / الزحيلي (وهبة) ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي بدون رقم الطبعة ، دار الفكر ، دمشق سورية ، 1998 .
29. الدكتور / الزحيلي (وهبة) ، الذرائع في السياسة الشرعية والفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار المكتبي ، سورية ، دمشق ، 1999 .
30. الشيخ / سابق (السيد) ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1971 .
31. الدكتور / سراج (محمد أحمد) ، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، بدون رقم الطبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1997 .
32. الإمام / السرخسي (شمس الدين) ، المبسوط ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1993 .
33. الدكتور / سعد (نبيل إبراهيم) ، الحقوق العينية الأصلية ، طبعة 1999 ، دار المعرفة الجامعية ، مصر .
34. الأستاذ / السعدي (محمد صبري) ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، بدون مكان الطبع ، 1991 ، 1992 .
35. الدكتور / سلامة (أحمد) ، الملكية الخاصة في القانون المصري ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1968 .
36. الدكتور / سلامة (أحمد) ، الملكية الفردية في القانون المصري ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1970 .

37. الدكتور / سليمان (علي علي)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
38. الدكتور / سليمان (علي علي)، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، بدون رقم الطبعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
39. الأستاذ / السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول المجلد الثاني والجزء الثامن، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
40. الأستاذ / السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
41. الدكتور / سوار (محمد وحيد الدين)، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الطبعة الثانية، مطبعة دار الحياة، دمشق، سورية، 1976، 1977.
42. الدكتور / سوار (محمد وحيد الدين)، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، بدون رقم الطبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
43. الإمام / الشاطبي (أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي)، الموافقات في أصول الشريعة، المجلدين الثاني والثالث، الطبعة الأولى، دار ابن عثان، المملكة العربية السعودية، 1997.
44. الأستاذ / شالاي (فيلسيان)، تاريخ الملكية، ترجمة صباح كنعان، بدون رقم الطبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.
45. الأستاذ / شلبي (محمد مصطفى)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، وقواعد الملكية والعقود فيه، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1969.
46. الإمام / الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، المجلد الثالث، الجزئين الخامس والسادس، ضبطه وصححه ورقم كته وأبوابه وأحاديثه محمد سالم هاشم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
47. الإمام / الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، فتح القدير، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الجزء الأول، إعتنى به وراجع أصوله يوسف الغوشي، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
48. الدكتور / الصابوني (عبد الرحمان)، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، بدون رقم الطبعة، جامعة حلب، كلية الحقوق، 1964، 1965.

49. الدكتور / الصابوني (عبد الرحمان)، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الجزء الأول، مصادر التشريع والقواعد الكلية، الطبعة الرابعة، المطبعة الجديدة، دمشق، سورية، 1977، 1978
50. الدكتور / الصدر (محمد باقر)، اقتصادنا، بدون رقم الطبعة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1977.
51. الدكتور / الصده (عبد المنعم فرج)، مبادئ القانون، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، بدون مكان الطبع، 1980.
52. الدكتور / الصده (عبد المنعم فرج)، محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، الجزء الأول، تحليل ومدى حق الملكية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1961.
53. الدكتور / عيسوي (عيسوي أحمد)، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، الطبعة الثالثة، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
54. الإمام / الغزالي (محمد بن محمد أبي حامد)، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.
55. الدكتور / فاضلي (إدريس)، نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون المدني (رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996).
56. الدكتور / الفضل (منذر عبد الحسين)، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طبعة 1988، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
57. قطب (سيد)، العدالة الإجتماعية في الإسلام، الطبعة الثامنة، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1982.
58. الدكتور / محمدي زاوي (فريدة)، نظرية الحق، الجزء الثاني، طبعة 1998، المؤسسة الوطنية للفنون والطباعة، وحدة الرعاية، الجزائر.
- 59- الاستاذ / معلوف (لويس)، المنجد في اللغة، الطبعة 17، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
60. الإمام / المقدسي (موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة)، المغني، الجزء السادس، تحقيق: الدكتور / محمد شرف الدين خطاب، الدكتور / السيد محمد السيد، الأستاذ / صادق سيد إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1996.

61. الدكتور / منصور (محمد حسين) و الدكتور / قاسم (محمد حسن) ، المدخل إلى القانون ، بدون رقم الطبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 2000 .
62. الدكتور / المهدي (نزيه محمد الصادق) ، الملكية في النظام الإشتراكي ، بدون رقم الطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
63. الدكتور / الموسوي (ضياء مجيد) ، لمحات من اقتصاديات الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي ، بدون رقم الطبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون سنة نشر .
64. الدكتور / موسى (محمد يوسف) ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، بدون رقم الطبعة ، دار الفكر العربي ، بدون مكان الطبع ، 1987 .
65. الدكتور / الناهي (صلاح الدين) ، محاضرات عن القانون المدني العراقي ، حق الملكية في ذاته بدون رقم الطبعة ، مطبعة الرسالة ، بدون مكان الطبع ، 1960 ، 1961 .
66. الدكتور / النبهان (محمد فاروق) ، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1985 .
67. الدكتور / يحيى (عبد الودود) ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، بدون رقم الطبعة ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، 1994 .
68. الأستاذ / يكن (زهدي) ، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة ، الطبعة الأولى ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر .

ج- المقالات .

- 1 - الأستاذ / أبو زهرة (محمد) ، إساءة استعمال الحق ، مقال منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد 03 السنة 05 ، سنة 1961 من ص 82 إلى ص 111 .
2. الدكتور / بلحاج (العربي) ، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، مقال منشور في مجلة الشرطة ، العدد 44 ، سنة 1990 ، من ص 14 إلى ص 19 .
3. الدكتور / سلطان (أنور) ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مقال منشور في مجلة القانون والإقتصاد ، العدد 01 سنة 1947 ، من ص 71 إلى ص 136 .
4. الدكتور / عيسوي (عيسوي أحمد) ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، جامعة عين شمس ، مصر ، العدد 01 ، السنة 05 ، سنة 1963 من ص 01 إلى ص 118 .

5- الأستاذ / المصري (نبيل) ، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المدني السوري ، مقال منشور في مجلة المحامون ، الأعداد 7 ، 8 ، 9 لعام 1991 ، السنة 56 من ص 538 إلى ص 541.

د- الأحكام القضائية :

المجلة القضائية ، صادرة عن المحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر العدد 04 سنة 1993 و العدد 01 سنة 1995 و العدد 01 سنة 1997.

هـ. النصوص الشرعية و القانونية :

1. القرآن الكريم ، برواية ورش عن الإمام نافع ، وزارة الشؤون الدينية ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة ، الجزائر ، 1984 .
2. الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26/09/1975 ، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
3. القانون رقم 90 - 25 ، المؤرخ في 18/11/1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية لسنة 1990 ، العدد 49 .
4. القانون 83 - 17 ، المؤرخ في 16/07/1983 ، المتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية لسنة 1983 ، العدد 30 .

2. الكتب باللغة الأجنبية :

- 1 - P / CARBONNIER (Jean), Droit Civil , Tome 2 , Les biens et les obligations , Presses Universitaires de France , 1967 .
- 2 - P / MARTY (Gabriel) et P / RAYNAUD (Pierre), Droit Civil , Tome 2 , 1^{er} volume , Les obligations , SIREY, Paris , 1962 .
- 3 - P / MAZEAUD (Henri et Léon) , Leçons de Droit Civil , Obligation , Theorie Generale , Tome 2 , 2^{ème} éditions , éditions Montcherestien , paris , 1978 .
- 4 - P / RIPERT (Georges), la règle morale dans les obligations civiles , 4^{ème} édition , Librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris , 1949 .
- 5 - P / TERKI (Nour-EDDINE), LA RESPONSABILITE CIVIL , Institut des Sciences Juridiques et Administratives , Cours , 1981 .
- 6 - P / TERKI (Nour-EDDINE) ,Les Obligations (Responsabilité Civil et Régime Général) ,O.P.U Alger - 1982.

5. الأستاذ / المصري (نبيل) ، ضوابط التعسف في استعمال الحق في القانون المدني السوري ، مقال منشور في مجلة المحامون ، الأعداد 7 ، 8 ، 9 لعام 1991 ، السنة 56 من ص 538 إلى ص 541.

د- الأحكام القضائية :

المجلة القضائية ، صادرة عن المحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر العدد 04 سنة 1993 و العدد 01 سنة 1995 و العدد 01 سنة 1997.

هـ. النصوص الشرعية و القانونية :

1. القرآن الكريم ، برواية ورش عن الإمام نافع ، وزارة الشؤون الدينية ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة ، الجزائر ، 1984 .
2. الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26/09/1975 ، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
3. القانون رقم 90 - 25 ، المؤرخ في 18 / 11 / 1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية لسنة 1990 ، العدد 49 .
4. القانون 83 - 17 ، المؤرخ في 16 / 07 / 1983 ، المتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية لسنة 1983 ، العدد 30 .

2. الكتب باللغة الأجنبية :

- 1 - P / CARBONNIER (Jean), Droit Civil , Tome 2 , Les biens et les obligations , Presses Universitaires de France , 1967 .
- 2 - P / MARTY (Gabriel) et P / RAYNAUD (Pierre), Droit Civil , Tome 2 , 1^{er} volume , Les obligations , SIREY, Paris , 1962
- 3 - P / MAZEAUD (Henri et Léon) , Leçons de Droit Civil , Obligation , Theorie Generale , Tome 2 , 2^{eme} éditions , éditions Montcherestien , paris , 1978 .
- 4 - P / RIPERT (Georges), la règle morale dans les obligations civiles , 4^{eme} édition , Librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris , 1949 .
- 5 - P / TERKI (Nour-EDDINE), LA RESPONSABILITE CIVIL , Institut des Sciences Juridiques et Administratives , Cours , 1981 .
- 6 - P / TERKI (Nour-EDDINE) , Les Obligations (Responsabilité Civil et Régime Général) , O.P.U Alger - 1982.

الفهرس

1	المقدمة
4	-الباب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
7	-الفصل الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون والفقهاء والقضاء الوضعيين
9	-المبحث الأول: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته
	-المطلب الأول: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق
9	وغايته في الفقه القانوني
10	-أولا: الملكية العقارية حق مطلق
12	-ثانيا: الملكية العقارية حق ذو وظيفة اجتماعية
	-المطلب الثاني: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق
14	وغايته في القانوني الجزائري
18	-المبحث الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع والقضاء
19	-المطلب الأول: فكرة التعسف في استعمال الحق في التشريعات القديمة
18	-أولا: فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني
21	-ثانيا: فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي القديم
23	-المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة والقضاء
	-أولا: انعدام الأساس التشريعي لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي
24	لسنة 1804 والقانون المدني المصري القديم
25	-ثانيا: دور القضاء في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق رغم انعدام النصوص القانونية
28	-ثالثا: استقرار نظرية التعسف في استعمال الحق أخيرا في التشريعات الحديثة
30	-المبحث الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الحديث
30	-المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق بين الإنكار والتأييد
30	-أولا: النظريات المناهضة لمبدأ التعسف في استعمال الحق
35	-ثانيا: النظريات المؤيدة لمبدأ التعسف في استعمال الحق
36	-المطلب الثاني: التكيف الفقهي للتعسف
36	-أولا: التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية

- 39-ثانيا : نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة وقائمة بذاتها
- 41-الفصل الثاني : مفهوم التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية
- 43-المبحث الأول : ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته
- 43-المطلب الأول : طبيعة حق الملكية العقارية في الفقه الإسلامي وصلته بمفهوم التعسف
- 43-أولا : الملكية العقارية حق مطلق
- 48-ثانيا : الملكية العقارية حق نسبي
- 50-المطلب الثاني : التعسف في استعمال حق الملكية العقارية انحراف بهذا الحق عن غايته
- 54-المبحث الثاني : الأدلة الشرعية لنظرية التعسف في استعمال الحق
- 54-المطلب الأول : أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق في القرآن الكريم
- 55-أولا : تقييد الوصية بعدم الإضرار بالورثة
- 58-ثانيا : الحجر على السفه
- 60-المطلب الثاني : أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق من السنة النبوية
- 61-أولا : حديث " لا ضررا ولا ضرار "
- 65-ثانيا : المضارة في انتفاع الجار بملك جاره
- 68-ثالثا : منع التعسف في استعمال حق المرور
- 71-المطلب الثالث : أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق من الأصول التشريعية و القواعد الفقهية
- 71-أولا : أصل النظر في مآلات الأفعال
- 78-ثانيا : أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال القواعد الفقهية
- 83-الباب الثاني : معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية
- 85-الفصل الأول :معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي
- 87-المبحث الأول: المعايير العامة للتعسف وإثباته وجزاؤه في القانون الوضعي
- 87-المطلب الأول: المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة
- 88-أولا : المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في التشريعات الغربية
- 89-ثانيا : المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في تشريعات الدول العربية
- 94-ثالثا : المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري
- 98-المطلب الثاني : إثبات التعسف وجزاؤه وتطبيقاته في أحكام القضاء

- 99 -أولا: إثبات التعسف
- 100 -ثانيا: جزاء التعسف
- 101 -ثالثا: التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية
- 104 -المبحث الثاني: المعايير الخاصة بالتعسف في استعمال حق الملكية العقارية
- 104 -المطلب الأول: معيار الضرر الفاحش
- 105 -أولا: مفهوم الضرر الفاحش
- 109 -ثانيا: أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة
- 115 -ثالثا: أثر الترخيص الإداري في المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة
- 118 -رابعاً: التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة
- 119 -خامساً: معيار مضار الجوار غير المألوفة من خلال تطبيقات القضاء
- 121 -المطلب الثاني: عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعل تعسفي
- 122 -أولا: عدم استثمار الأراضي الفلاحية بوصفه تعسف تطبيق لمعيار الإخلال بمصلحة عامة
- 124 -ثانيا: إثبات عدم استثمار الأرض الفلاحية والجزاء المترتب عليه
- 126 -الفصل الثاني: معايير التعسف وإثباته وجزاؤه في الشريعة الإسلامية
- 128 -المبحث الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية
- 128 -المطلب الأول: المعيار الشخصي
- 128 -أولا: تمخض قصد الإضرار
- 132 -ثانيا: استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها
- 133 -المطلب الثاني: المعيار الموضوعي
- 134 -أولا: إنعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير من الأفراد
- 136 -ثانيا: الضرر الفاحش اللاحق بالجوار من جراء استعمال المالك لعقاره
- 140 -ثالثا: ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض
- 142 -المبحث الثاني: إثبات التعسف وجزاؤه في الشريعة الإسلامية
- 142 -المطلب الأول: إثبات التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية
- 142 -أولا: طرق إثبات التعسف في استعمال الحق
- 144 -ثانيا: إثبات قصد الإضرار

145	-المطلب الثاني : جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية
145	-أولا : الجزاء الدنيوي للتعسف في استعمال الحق
147	-ثانيا : الجزاء الأخروي ودوره في منع التعسف في استعمال الحق
149	-الخاتمة ...
151	-المراجع
158	-الفهرس

تم بحمد الله.



1364

رقم الجرد
رقم الفاتورة
التاريخ: 02/06/2002
الأصل: كلية الحقوق