

جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع "قانون المسؤولية المهنية"

تحت إشراف الأستاذة :
د/ كجار (سي يوسف)
زاهية حورية

إعداد الطالبة :
بلحورابي سعاد

لجنة المناقشة:

د/ جبالي واعمر، أستاذ ، جامعة مولود معمري، تيزي وزورئيسا .
د/ كجار (سي يوسف) زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفة و مقررة.
د/ بويصري السعيد، أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا.

تاريخ المناقشة : 2014/02/27

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« يَوْمَئِذٍ يُوفِّيهِمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ
وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ »

صدق الله العظيم

سورة النور الآية 25.

شكر وعرفان

أتوجه بجزيل الشكر و العرفان

إلى:

أستاذتي الفاضلة الدكتورة كجار (سي يوسف)

زاهية حورية التي أشرفت على إعداد

هذه المذكرة، كما أشكر لها توجيهاتها

القيمة و صبرها الدائم.

- شكرا -

سعاد

الإهداء

إلى أمي الغالية - أطلال الله في عمرها - التي كانت لي عوناً و وسداً في كل

مراحل هذا العمل،

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جناته،

إلى رفيق دربي زوجي

إلى فلذة كبدي ابني يوبا أرفاق.

إلى جميع إخواني وأخواتي و كل أفراد

عائتي الكبيرة والصغيرة

إلى كل زملائي وزميلاتي وكل من

ساعدني من قريب ومن بعيد .

أهدي هذا العمل المتواضع

سعاد

قائمة أهم المختصرات

أولا : باللغة العربية:

ق.م. ج :	القانون المدني الجزائري
ق.م. ف :	القانون المدني الفرنسي
ق.م.م:	القانون المدني المصري
ج.ر :	الجريدة الرسمية
د.د.ن :	دون دار نشر
د.س.ن:	دون سنة نشر
د :	دكتور
ص :	صفحة
ص.ص:	من الصفحة...إلى صفحة ...
ج :	الجزء

ثانيا : باللغة الفرنسية

Art: Article

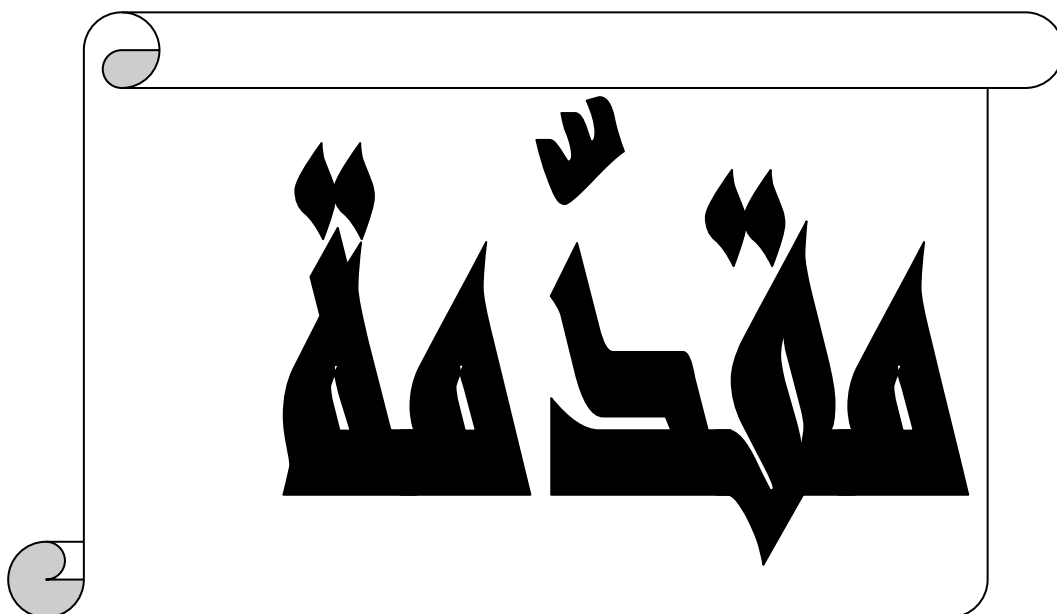
Ed: Edition

N: Numéro

Op.cit.: opus citatum.une locution latine qui signifie « ouvrage précédemment cité »

P : page

Pp : De la page....à la page.....



إن الشريعة الإسلامية هي تشريع سماوي صادر من الله سبحانه وتعالى لتنظيم حياة البشر في الدنيا وفلاحهم في الآخرة ، فالحقوق في الشريعة الإسلامية مرتبطة بإرادة الباري تعالى.

إن الحق عند فقهاء المسلمين هو ما كان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعاً^(١) وقد عيّنت الشريعة الإسلامية حقوق البشر وفرضت حرمتها وقديستها فالسعادة لا يمكن أن تتحقق إذا كان البحث عن المصالح مطلقاً من غير تقييد ولهذا أرست الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة أسس تقييد الحق ومنع ممارسته على نحو يضر بالغير.

إن الشريعة الإسلامية غنية بنظمها وقواعدها، وكانت السبّاقة إلى وضع نظرية التعسف في استعمال الحق بحيث تناولها فقهاء الشريعة بكثير من البحث والتعليق، فالحق في الشريعة هو منحة من الله تعالى وقد وصلت في رقيها درجة لا تدانيها فيها أي شريعة أخرى فلقد أرست دعائم فكرة التعسف في استعمال الحق وأعطتها أوسع تصوير ممكن أن تصل إليه الشرائع والمذاهب الأخرى .

لاقت فكرة التعسف في استعمال الحق في بادئ الأمر رفضاً من قبل الفقهاء المسلمين فالفعل لا يمكن أن يكون غير مشروع إذا نتج عن ممارسة الحق. ومن هؤلاء، الإمام الشافعي، الذي قرر أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه كما يشاء وبالطريقة التي يراها^(٢)، ثم ما لبث الحال أن تطورت، وتوسعت فكرة التعسف وأعطاهم الفقهاء المسلمون منذ القرن الثاني الهجري أوسع تصوير ومن هؤلاء الفقهاء الإمام مالك، وابن قيم الجوزية والإمام الغزالي الذين انتهوا إلى وجوب تقييد الحقوق واستعمالها وفقاً لغرضها الاجتماعي والاقتصادي^(٣).

إن الحق في القانون هو استثناء يقّره هذا الأخير لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلّط على شيء معين أو قضاء معين من شخص آخر^(٤)، فهذه الميزة تمنح

1- د/ أحمد فراج حسين ، د/ عبد الودود محمد السريتي ، النظرية العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر مصر، د.ب.ن. ص 13.

2- د/ محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول ، مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني ، المسؤولية التقصيرية ، العمل النافع القانون)، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2003، ص 57.

3- د/ بلحاج العربي ، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية ، (الفعل غير المشروع – الإثراء بلا سبب، القانون)، الجزء الثاني ، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008، ص 113.

4- د/ مصطفى الجمال ، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية – الحق) ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2002، ص 602- 603.

صاحبها سلطة الاستفادة من مضمون الحق عن طريق ممارسة المكنتات والسلطات التي يخولها هذا الحق.

والقانون في تنظيمه للحقوق وتحديد له لمضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة ، ولذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها دون أن يتجاوزها، و إذا حصل ذلك يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز، ولكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير وهنا نكون بصدد التعسف في استعمال الحق.

كان سائداً في الحضارات القديمة أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه بحيث لا يكون مسؤولاً عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال ،وقد انتشر هذا الاعتقاد في المذهب الفردي والذي ينظر إلى الفرد باعتباره السيد المطلق الذي تخدمه الجماعة⁽¹⁾، وقد تطورت المجتمعات الرأسمالية نتيجة تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية مما أدى إلى التخفيف من الفردية المطلقة، فأصبح استعمال الحق مقيد بالحدود التي تتفق مع مصلحة الجماعة، وهذا ما كان يهدف إليه المذهب الاجتماعي. ونتيجة لهذا الصراع بين النزعتين الفردية و الاجتماعية أوجد الفكر الحديث فكرة وسطاً تتخذ مظهرها في " نظرية التعسف في استعمال الحق"، فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة، فلا تلغي فكرة الحق بتحويله إلى وظيفة اجتماعية خالصة بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تتدفع بصاحب الحق إلى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة .

إن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن تبلورت في العصر الحديث إلا أن جذورها تمتد إلى العصور القديمة⁽²⁾، بحيث نجد أن أصولها التاريخية متجذرة في القوانين القديمة، إذ ظهرت في القانون الروماني أين سادت بعض الأقوال المتفرقة دون وجود قاعدة عامة⁽³⁾ ومن ذلك أن "سوء النية لا يستحق الرعاية وأن الغلو في الحق غلو في الظلم" وقد اقتضت

¹ _ DUSSAULT Rene, de l'abus des droits, les cahiers de droit, vol, 4,n°3,1961,p119 . URL:

<http://id.erudit.org/iderudit/1004143ar>

2- د/ حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، مصر ، 1993 ، ص753.

³ - GAIUS C. Voltaire, une théorie de droit en droit romain classique, p 82, <http://www.securweb.mcgill.ca>.

هذه النظرية على بعض التطبيقات من ذلك أنّ الفقيه إيلبيان (ulpien) قرر أن من حفر في أرضه وتعمق فيه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق من شأنه أن يسقط حائط جاره وقد توسع القانون البريطوري (droit prétorien) في تطبيق هذه النظرية حتى يخفف من حدة القانون القديم وصرامته، إلا أنها لم تصل إلى نظرية عامة⁽¹⁾ وهذا أمرٌ طبيعيٌّ، إذ أن القانون الروماني وباعتباره من الشرائع القديمة والتي لم تكن وليدة النظريات، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الواقعية المعروضة على الفقهاء وبالتالي لا يمكن أن نستخلص نظريةً عامةً للتعسف في استعمال الحق في هذا القانون.⁽²⁾

انتقلت نظرية التعسف في استعمال الحق من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي على يد الفقيه دوما (DOMAT) الذي ذهب إلى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله. وكذلك من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي لتحقيق مسؤوليته. وظهرت لها عدة تطبيقات من بينها تنظيم العلاقة بين الملاك وجيرانهم، واستقرت هذه النظرية وتناولها الفقهاء بالجدل والشرح وطبقها القضاء الفرنسي في أحكامه، ولما قامت الثورة الفرنسية التي تؤيد المذهب الفردي اختفت النظرية لمدة من الزمن. فمبدأ نصرة الفردية معناه تسخير القوانين لحماية الفرد باعتباره العنصر الأهم في الحياة لا باعتباره جزء من كل الجماعة، ونتيجة لذلك اعتبرت الحقوق مطلقة المدى وأن صاحب الحق في استعماله لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التي تلحق بغيره.

لقد صدر القانون المدني الفرنسي ولم يرد فيه نصٌ يؤيد هذه النظرية ويحبذ المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء الفرنسيان في عهد القانون الفرنسي القديم، والتي تعتبر امتداداً لما جاء في القانون الروماني إلا أنّ التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي سادت خلال القرن التاسع عشر، أثّرت في المذهب الفرنسي وسادت النظرية الاجتماعية التي تقضي بأن الفرد عنصرٌ في الجماعة تتجه جهوده إلى تحقيق مصالحه مع مصالح الجماعة التي يعيش فيها ومن ثم قُيّدت الحقوق الفردية، ولقد ناصر هذا المذهب الحديث القضاء الفرنسي نتيجة لانتقاص مبادئ الفردية وأيدها في ذلك الفقيهان سالي (saleilles) وجوسران

1 - د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 52.

2 - محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2004، ص 439.

(Josserand) ففي سنة 1905 وضع هذا الفقيه مؤلفاً أسماه "التعسف في استعمال الحقوق"⁽¹⁾ وحاولوا جميعاً الحدّ من صرامة النصوص الصادرة وليدة الرّوح الفردية فأصبح من المسلم به أن الحقوق الشخصية قد منحها القانون للفرد لغرضٍ معينٍ ولا يصح استعمالها بما يتنافى مع هذا الغرض وإلا تعرّض صاحب الحق للمسؤولية المدنية⁽²⁾ وقد أخذت المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر تقرّر المبدأ بكثيرٍ من الصراحة والوضوح الذي قرّره القانون القديم والقانون الروماني قبله، وهو منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، إذ أن بسط قواعد العدالة تقضي بذلك ولذا أجمع على الأخذ بها الفقه والقضاء الفرنسيين ومثال ذلك محكمة استئناف كولمار (Colmar) قضت في 2 مايو 1855 بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنةً وكان غرضه الوحيد منها حجب الضوء عن جاره⁽³⁾، وعلى إثر ذلك قرّرت محكمة النقض الفرنسية في سنة 1862 المبدأ التالي "حتى يكون ثمة محلٌ للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ ، والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك" وتوالت أحكام القضاء الفرنسي بعد ذلك فاعتبرت المالك متعسفاً في استعمال حقه بإقامة فواصل خشبية كبيرة على حدود ملكه أو شجيرات كثيفة أو حائطاً من الإسمنت المسلح أو استبدال حائط بشبكة حديدية لمجرد حجب النور أو الهواء عن نوافذ الجار، وكذلك المالك الذي يحفر في أرضه ليقطع مجرى مياه باطنية عن جاره⁽⁴⁾.

وباعتبار أن نظرية التعسف في استعمال الحق وردت في الشريعة الإسلامية كما أنها وردت في القوانين الوضعية، ارتأينا طرح الإشكال التالي: **ما مدى الاختلاف في طرح نظرية التعسف في استعمال الحق في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؟**

1- حيث جمع الفقيه جوسران في هذا المؤلف de l'abus des droits أحكام القضاء منسقة واستخلص منها أصول نظرية عامة على غرار نظرية عامة سبقتها هي نظرية التعسف في استعمال السلطة. نقلاً عن محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 56
2- د/ أحمد شوقي عبد الرحمان ، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (دراسة فقهية وقضائية) ، د. د. ن. ، مصر 2002، ص 252.

3- استئناف كولمار 2 ماي 1855 ، دالوز ، 1856، 2، 9 نقلاً عن د/ بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 115 ، وجاء في الحكم : "ومن حيث أن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق ، يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء وأن يستعمله وفقاً لهواه ولكن استعمال الحق ، كاستعمال أي حق آخر هو استيفاء مصلحة جديّة مشروعة أن مبادئ الأخلاق والعدالة لا تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة وقد وقعت تحت سلطان شهوة خبيثة دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية . وهي تلحق بالغير أذى جسيماً " .

4- أنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 56.

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا فصلين الفصل الأول يتناول التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والفصل الثاني يتضمن التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي من خلال تبيان تطبيقات النظرية في كل فصل .

وقد اخترت دراسة هذا الموضوع و مقارنته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لأنّ الفقه الإسلامي هو موطن الدراسة التفصيلية التي جهد فيها الفقهاء على استنباط الأحكام من مصادر الشريعة فنظرية التعسف في استعمال الحق هي وليدة الفقه الإسلامي وهي بارزة في آيات القرآن وأحاديث السنة النبوية وهي من المبادئ التي حُفظت بها الحقوق حيث صاغها الفقهاء المسلمون وفقا لما أتى به الشارع سبحانه وتعالى في كتابه العزيز.

في المقابل فإنّ القانون الوضعي قد تصدى لهذه النظرية واعتمدتها الكثير من التشريعات، وقد إرثت من خلال هذه الدراسة تبيان نقاط تلاقي واقتراق هذه النظرية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي سائلةً العليّ القدير أن يوفقني فيها .

الفصل الأول
التعسف في استعمال الحق
في الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العادلة الصالحة لكل زمان ومكان، وباعتبارها خاتمة الشرائع الإلهية فقد جاءت بالكثير من النظم المدنية حمايةً للحقوق، وقد اعتبر الفقه الإسلامي أن الحق منحة إلهية يعطيها للأفراد وفق ما يقضي به صالح الجماعة، وعلى هذا فقد قيّدت حقوق الأفراد في استعمالها بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بهم و من المسلم به بأن حصول الأفراد على حقوقهم وسيادة العدل والمساواة هي من أهم اللبّات الأساسية التي قام على أثرها بناء الفقه الإسلامي. وقد كانت الشريعة الإسلامية سبّاقةً إلى الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، لأنها تبني أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، هذا ما يستوجب التطرق إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (مبحث أول) وقد طبّقت الشريعة الإسلامية هذه النظرية في كثير من النواحي (مبحث ثان) .

المبحث الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

إن الحق أمانة سامية في يد المكلف يجب أن يكون وسيلةً لتحقيق المصالح لا المفساد فإذا حاد به عن نهجه القويم يصبح مصدرَ ضررٍ للآخرين، وأعتبر هذا الفعل خارجاً عن مقصود الشارع الذي راعى حماية الأنفس والأموال عن طريق نظرية التعسف في استعمال الحق. ولبيان المعنى الحقيقي للفظ التعسف وكذلك مجال تطبيقه نتطرق إلى تعريف التعسف ونطاق تطبيقه (المطلب الأول)، ونظرية التعسف في استعمال الحق لم توجد من العدم، بل لها أسس تقوم عليها وضوابط تحكمها (المطلب الثاني) كما أن تطبيقها يستوجب بالضرورة ترتيب الجزاء على من ارتكب فعلاً تعسفياً (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

التعريف الشرعي للتعسف ونطاق تطبيقه

لم يرد مصطلح " التعسف " في عبارات فقهاء أصول الدين وإنما ورد بدلاً منه عبارة " المضارة في الحقوق " في كتاب الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية.⁽¹⁾ ونظرية التعسف في استعمال الحق - بهذه التسمية - منقولة عن رجال الحقوق في الغرب. وقد تطرق الفقه الإسلامي إلى مضمون هذه النظرية من خلال تعريف التعسف شرعاً (الفرع الأول)، كما أن لهذه النظرية مجالاً تسري عليه ويتبين ذلك في نطاق تطبيق هذه النظرية (فرع ثان).

الفرع الأول

التعريف الشرعي للتعسف

للتعسف تعريفٌ يوافق معناه الشرعي (أولاً)، وتستند فكرة التعسف في الشريعة الإسلامية إلى الكثير من الأدلة الشرعية (ثانياً).

أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق شرعاً

يُعرّف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، على أنه مناقضة قصد الشارع في تصرفٍ مأذونٍ فيه شرعاً بحسب الأصل.⁽²⁾ ومعنى ذلك أن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه، هدم قصد الشارع عيناً، بأن يستعمل الحق قصد الإضرار، كأن يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله كهبة المال صورياً قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، ويشمل التصرف بهذا المعنى التصرف القولي والتصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات وكلا هذين التصرفين (القولي والفعلي) يتخذان منحاً إيجابياً أو سلبياً كبيع السلاح أيام الفتنة مثلاً بالنسبة للتصرف الإيجابي. وأمّا التصرف السلبي كما في حالة

¹ - أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتاب العلمية ، لبنان ، د س.ن ، ص 310.

² - فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة دمشق ، سوريا ، 1967 ، ص ص 312 - 316 .

امتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العامة عن هدمه ويجب أن يكون هذا الفعل مأذون فيه شرعاً فالأفعال غير المشروعة تعتبر اعتداءً لا تعسفاً.

ثانياً: الأدلة على نظرية التعسف في استعمال الحق من القرآن والسنة

1- الأدلة من القرآن الكريم

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مِنْبَاحِ أَجَلُهُنَّ فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا أَيْدِي اللَّهِ سُبُوتًا وَاللَّهُ سَازِئٌ بِكُمْ وَما أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ بِحِكْمَةٍ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاللَّهُ يَأْخُذُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ.﴾⁽¹⁾

تدل هذه الآية صراحةً على جواز ممارسة الحقوق المشروعة في الطلاق، والعودة في الإمساك إذا كان بقصد بناء الحياة الزوجية الكريمة. أما إذا كان استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة، أو إجبارها على الافتداء من الزوج، تخلصاً من ضرره، فهذا أمر حرّمه الشرع، لأنه تعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له.

فالرجعة لا تكون إلا برغبة الزوج فيها، فإن قصد بها أن يمنعها من النكاح، فهذا يعتبر ظلم وتعسف في استعمال حق الرجعة⁽²⁾.

ب- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيَّةَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعاً لَا ظَهَرَ وَالِدَةٌ بَوْلَها وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلَاهُ﴾⁽³⁾

وفي الآية نهى صريح للأب عن الإضرار بالأم بإساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه، فلا يجوز للأب أن ينتزع الولد من أمه إذا أرادت أن ترضعه مجاناً بعد أن ألفها، وفي المقابل هناك نهى أيضاً للأم عن التعسف في استعمال حق رضاع ولدها إضراراً بأبيه ومثال ذلك أن تكون الأم مطلقةً وانتهت عدتها فتطلب أجراً عن الرضاع أو ترفض إرضاع الولد إضراراً بأبيه.

¹- سورة البقرة الآية 231.

²- د/جميل فخري محمد حاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع الأردن، 2009، ص 148.

³- سورة البقرة، الآية 233

ج- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ حُكْمُ عُصْرَةٍ غَضْبَةً إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَإِنْ تَكَدَّتْهُمَا فَغُزٍّ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (1)

وفي الآية يُدعى الدائن إلى الرفق بالمدين، بتأجيل مطالبته بالوفاء حتى يتيسر حاله فلا يتعسف في استعمال حقه ويطالب المدين وهو معسر.

2- الأدلة الشرعية من السنة النبوية:

أ- قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو سعيد الخدري: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (2)

يعتبر هذا الحديث قاعدةً عامةً تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وفيه نهْيٌ صريحٌ عن إلحاق الضرر بالغير. وتشتمل هذه القاعدة على كلِّ ضررٍ، ومنه الأضرار المترتبة عن التعسف في استعمال الحق (3)

ب- روى أبو داود في سننه، من حديث أبي جعفر محمد بن علي، أنه حدث سمرة بن جندب أنه كان له غدقٌ من نخل في حائط رجلٍ من الأنصار، ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به وشق عليه، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال فهبه له ولك كذا وكذا أمراً رغبةً فيه فأبى، فقال أنت مضارٌّ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري: «إِذْهَبْ فَأَقْلَعْ نَخْلَهُ» (4)

فالحديث بيّن جزاء التعسف في استعمال الحق، إذ أنّ قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بقطع النخل جاء بعد محاولته التوفيق بين مصلحة الأنصاري ومصلحة سمرة ولما لم تجد هذه الوسيلة نفعاً، أمر بقطع الملك وأساس الترجيح في هذه الواقعة هو قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (5).

1- سورة البقرة، الآية 280

2- أبي الوليد سليمان بن خلف بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى في شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، لبنان، 1938، ص 32.

3- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 183.

4- زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، جامع العلوم والحكم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي لبنان، 1950، ص 297.

5- تعتمد هذه القاعدة على ضابط الموازنة بين ما يترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً من نفع يعود على صاحبه، وما يلزم عن ذلك من مضرة لاحقة به أو بغيره من الفرد والجماعة وهي تحكم التعارض بين الحقوق الخاصة بعضها قبل بعض كما تحكم بين الحق الفردي والمصلحة العامة وتدخل في هذه القاعدة، قاعدة أخرى يختار أهون الشرين. أنظر. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 458.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

إن الفقه الإسلامي لا يفرّق - فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف - بين جميع الحقوق، فالأدلة التي تمنع المضارة والانحراف في الاستعمال وردت عامةً في كل شأنٍ من شؤون الحياة، حتى الأكل والشرب والجلوس في الطرقات، ويكون كذلك في استعمال الحقوق العامة التي اصطلح على تسميتها الرخص العامة، فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه الخاص، وهو ما كان صاحبه مختصاً به، يرد كذلك على الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التقاضي وحرية التجارة والاجتماع والمنافسة والتنقل وما إلى ذلك من الحريات العامة.⁽¹⁾

فالإباحة أو الحريات العامة هي إذن من الشارع، مع العلم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع، فكلاهما يمنحان صاحبها مكنة الانتفاع لتحقيق غرضٍ معينٍ وينطبق التعسف عليها لأنه ينطوي على استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع لها. فالتعسف متصورٌ في الإباحة كما هو متصورٌ في الحق.

وقد أورد فقهاء أصول الدين في باب تحريم التعسف أمثلةً من الحق والإباحة دون وضع التفرقة بينهما ومن ذلك أن الإمام الشاطبي⁽²⁾ في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على

الفعل المأذون فيه شرعاً، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجهٍ سلبيٍّ بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من أرضه وبين تلقي السلع للمصلحة العامة وهذا من حرية التجارة وذلك تصرفٌ في حق الملكية⁽³⁾

ونستنتج من كل ما سبق أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تسري على الحقوق وكذا الرخص والحريات العامة دون استثناءٍ وذلك نتيجةً لخصائص الشريعة الإسلامية والتي تتميز بالعمومية والشمولية.

1- فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص ص 508-510.

2 يعرف الشاطبي المباح أو الحرية العامة "أن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل وتركه من غير مدح ولا ذم" أنظر : إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، الجزء الأول ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س. ن. ، ص 69.

3- إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، الجزء الثاني ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س. ن. ، ص 348.

المطلب الثاني

أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق

عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق مكانة بارزة في الشريعة حيث أقرتها كنظرية عامة وصاغها الفقه الإسلامي بدقة في أحكامها وهذه النظرية تقوم على قواعد تبنى عليها معطياتها ونرى ذلك من خلال الأساس الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق (الفرع الأول).

وقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط تسري على جميع الحقوق وتقيد استعمالها حتى يكون هذا الاستعمال منطبقاً مع المقصد الشرعي وتتمثل هذه الضوابط في المعايير التي تعتمد عليها نظرية التعسف في استعمال الحق. (الفرع الثاني)

الفرع الأول

أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

إن الحق في الشريعة الإسلامية هو منحة من الله تعالى _ كما سبق القول - لتحقيق المصلحة التي شرع من أجلها وليس صفة طبيعية في الإنسان وبالتالي فالقاعدة العامة فيه تقييده دون إطلاقه فالشريعة الإسلامية هي أساس الحق ومادام أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي من النظريات الراسخة في الفقه الإسلامي فقد أسسها فقهاء الشريعة الإسلامية على عدة أسس وتتمثل في : أن تكون المصالح معتبرة في الأحكام (أولاً)، التكافل الاجتماعي (ثانياً)، مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض (ثالثاً)، الوظيفة الاجتماعية للمال (رابعاً)، التوسط والاعتدال (خامساً).

أولاً: أن تكون المصالح معتبرة في الأحكام

فالحق شرع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع من المكلف وهو أن يتبع الإنسان هذا القصد والذي يكون موافقاً لما يبتغيه الله عز وجل من التشريع وهو سبحانه وتعالى يبتغي مصالح العباد في الدنيا والآخرة ، ويقول الإمام الشاطبي في هذا المجال " إن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل والأجل معا^(١) وعليه فإن استعمال الحق بما يناقض قصد الله تعالى يؤدي إلى إبطاله بالإجماع .

ثانياً: التكافل الاجتماعي، وهو التضامن بين الأفراد وهو ثمرة طبيعية لأصول مستقرة في الشريعة تنبع من أصل العقيدة مثل الرحمة والأخوة طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢)، وطبقاً لقوله: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾^(٣)، والولاية والتناصر لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٤)، التعاون على البر والتقوى لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٥)، فهذه دوافع طبيعية يخلقها الإيمان في جميع المجالات الحيوية، وهي التي تخلق التكافل بين المؤمنين وتقيد استعمال الحق على نحو يضر بالغير، وقد يصل بالمسلم إلى حد الاشتراك في الخيرات والإيثار على النفس^(٦).

ثالثاً: مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض، فهو أصل الالتزامات الإيجابية والسلبية في استعمال الحقوق، لأنها مقيدة بما شرع المستخلف وهو الله سبحانه وتعالى من أحكام لتتحقق هذه الخلافة على الوجه الأكمل^(٧)، فالخلافة تقتضي التقيد بهذه الالتزامات فالإنسان خليفة على نفسه أولاً ثم على أهله طبقاً لقوله صلى الله عليه وسلم " كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ " ^(٨).

1- إبراهيم موسى اللخمي المالكي الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص 8

2- سورة الأنبياء الآية 107

3 - سورة الحجرات الآية 10.

4 _ سورة التوبة الآية 71.

5- سورة المائدة الآية 2.

6- الإمام الغزالي ، إحياء علوم الدين ، الجزء الثاني، مطبعة كريمة فوتر سماراغ ، إندونيسيا ، د.س.ن. ، ص، 190.

7- فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص253.

8- أبي الحسين بن الحاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، الطبعة الأولى، دار السلام ، الرياض ، 1419هـ، كتاب الإمارة ، باب فضيلة الإمام العادل ، حديث 1829 ، ص، 1016.

رابعاً : الوظيفة الاجتماعية للمال، إنّ المال وسيلةٌ آمنٌ وخيرٌ ولا يكون كذلك إلاّ إذا أدّى وظيفته نحو الجماعة من الإنفاق و الاستثمار في الوجوه المشروعة .

خامساً : التوسط والاعتدال، وقد جاءت النصوص بتقرير هذا الأصل، وذلك مما ينفي عن استعمال الحق صفة الغلو والتطّرف أو الإهمال والتفريط فالإنسان فهذا يؤدي به إلى القضاء على الثروة وفي هذا الباب يرشد رسول الله الناس على الصدقة التي لا يضار معها المتصدق مادةً وروحاً.⁽¹⁾

ويتبيّن لنا من هذا أن التشريع الإسلامي يهدف إلى غايتين أساسيتين في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع وهما مصلحة الفرد و الجماعة معا.

و أنّ نظرية التعسف تؤسّس على طبيعة الحق المستمدة من الشريعة الإسلامية السّمحاء والذي يعتبر وسيلة لتحقيق غايات الشرع، فالحق في الشريعة الإسلامية يُبنى على أساس ديني وأخلاقي يتماشى مع الفطرة البشرية.

الفرع الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق

إن معايير التعسف في استعمال الحق لها أهميتها في ضبط وتحديد ماهية التعسف وتساعد في ترتيب الجزاء المناسب من المنع أو الإيجابار أو التضمين ذلك أن صاحب الحق في تصرفه قد تتنابه أكثر من غاية، منها ما هو مشروع ومنها ما هو على غير ذلك وقد جمعت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بين المعيار المعنوي(أولاً) والمعيار الموضوعي (ثانياً)⁽²⁾.

أولاً: المعيار المعنوي.

يعتمد هذا المعيار في بحث إرادة صاحب الحق للتصرف في حقه من قصد الإضرار بالغير أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

¹- فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 67.

²- د/ جميل فخري محمد حاتم ، مرجع سابق، ص 162

1- قصد الإضرار بالغير :

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير ظهوراً بدليل ظهوره في الشرائع القديمة وهذا لمخالفته لمبادئ الأخلاق والعدالة، ولطالما نهت الشريعة الإسلامية عن القصد إلى الإضرار بالغير وهو الثابت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وبالتالي يمنع أي فعل يتخذ كوسيلة للتعبير عن هذا القصد ونعمد إلى المقصود من هذا المعيار، وحكمه والأمثلة عن هذا المعيار.

أ- المقصود بمعيار قصد الإضرار بالغير:

فهذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال الحق، وفيها يوجه الشخص إرادته نحو غاية محددة وهي الإضرار بالغير والإساءة إليه ولهذا كان هذا المعيار كما سبق القول هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية لكثرة استعمال الأفراد حقوقهم بقصد الإضرار بالآخرين.⁽¹⁾

ب- حكم قصد الإضرار بالغير :

والقصد إلى الإضرار بالغير، ممنوع في الشريعة الإسلامية⁽²⁾ فيمنع الفعل الذي أُنْزِلَ وسيلةً للتعبير عنه أو تحقيقه، لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق، وقد حرّمته الشريعة الإسلامية في مناسبات عدّة تبينها النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية⁽³⁾، في مواضع منها:

قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ وَمَلَكَ الْوَلَدُ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾.⁽⁴⁾

وتدل هذه الآية عن تحريم قصد الإضرار لأنه مناقض لمقاصد الشريعة، ومخالف للحقوق الشرعية، فلا ينبغي أن يتخذ أحد الوالدين من الرضيع سبباً وذريعة لمضارة الآخر

¹ - د/ جميل فخري محمد حاتم ، مرجع سابق، ص162.

² - حسين عامر ، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود ، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، مصر، 1960، ص ، 596.

³ - د/ أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ،كتاب الخراج المطبعة السلفية ، مصر ، 1972 ، ص 104.

⁴ - سورة البقرة ، الآية 233 .

فلا تضار والدّة زوجها ،بسبب ولدها، بأن تطلب منه ما ليس بعدل من الرزق والكسوة وأن تشغل قلبه بالتفريط في شؤون الولد، وأن تدفع الصبي عنها بعدما ألفها لتضر أباه بتربيته وما أشبه ذلك، ولا يضار مولودٌ له امرأته بسبب ولده، بأن يمنع عنها شيئاً مما وجب عليه من رزقها، وكسوته أو يأخذه منها وهي تريد إرضاعه إضراراً بها.

وقوله تعالى: ﴿ أَكْفَرْتُمُونِ مِنْ خَلْقٍ مَخْنُوعٍ مِنْ ذُرِّيَّتِهِمْ لَسَاءَ أَعْدَاءُكُمْ وَلَا تَحْزَنُوا وَمَنْ لِيُضِلَّكُمْ أَكْفَرْتُمُونِ مِنْ خَلْقٍ مَخْنُوعٍ مِنْ ذُرِّيَّتِهِمْ لَسَاءَ أَعْدَاءُكُمْ ﴾¹

وجه الدلالة في هذه الآية نهْيٌ للأزواج عن الإضرار بزوجاتهن المطلقات، وذلك بالتضييق عليهن في النفقة والمسكن من إنزال من لا يوافقهن أو يشغل مكانهن أو غير ذلك حتى تقتدي منه بمالها، أو تخرج من مسكنه.

والظاهر مما تقدم أن الممنوع هو قصد إلحاق الضرر بالغير بغير وجه حق، أما إدخال الضرر على أحد يستحقه، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره، فيطلب المظلوم مقابلاته بالعدل فهذا غير ممنوع قطعاً، ولا يعد فاعله مسيئاً⁽²⁾.

ج- شروط معيار قصد الإضرار:

إنّ شروط معيار قصد الإضرار بالغير تتمثل فيما يلي :

- 1- أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير.
 - 2- أن يتمخض قصده لذلك، أي أن يكون الإضرار هو القصد الوحيد ، بحيث لا يصحبه قصدٌ إلى شيءٍ آخر من وراء هذا الفعل كالقصد إلى تحقيق منفعةٍ، ولو ضئيلةٍ منه.
- فإذا صحب قصد الإضرار بالغير قصد تحصيل منفعةٍ ما، ولو تافهةٍ لم يكن الفعل محكوماً بهذا المعيار، وإن كان في ذاته يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، ويحكمه معيار آخر وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق، والضرر الذي يلحق الغير⁽³⁾

فالعبرة في تحقيق هذا المعيار هو تمخض قصد الإضرار بالغير، من غير أن يصحبه قصد إلى شيءٍ آخر، ولا يهم بعد ذلك أن يترتب عليه نفعٌ، مادام هذا النفع غير مقصودٍ فمن غرس في أرضه أشجاراً كثيفةً بغرض حجب الضوء عن جاره، من غير قصد إلى شيءٍ

¹- سورة الطلاق ، الآية 6.

²- يقول الشاطبي مؤيداً تحريم قصد الإضرار: "لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار، من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام

³- د/ أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ، مجلة الشريعة والقانون، عدد 38 ،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة،، ص 30.

آخر يكون مسيئاً حتى ولو عادت هذه الأشجار عليه بالنفع، مادام هذا النفع لم يكن مقصوداً وإنما جاء عارضاً بحتاً.

ويدخل في معيار قصد الإضرار بالغير كل فعل لم يقم فيه دليلٌ معينٌ على قصد الإضرار بالغير، ولكن هذا الفعل قد خلا من المصلحة وتجرد من الفائدة، فالأصل أنَّ أفعال العقلاء لا تخلو من المصلحة فإن لم يحقق الفعل مصلحة ما، ولو ضئيلةً كان ذلك قرينةً على قصد الإضرار بالغير، فيكون الفاعل مسيئاً في هذا الاستعمال، فالمالك الذي يبني جداراً مرتفعاً على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء والهواء عن جاره يعتبر متمخض القصد للإضرار بهذا الجار إذ لم تكن له مصلحة حقيقية في بناء هذا الجدار المرتفع.⁽¹⁾

د- أمثلة على معيار قصد الإضرار بالغير:

ونورد هنا المسائل الفقهية من المذاهب المختلفة التي تبين ذلك كما يلي:

- ففي الفقه الحنفي :

رجلٌ أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعاً لا يضمن إلا أنه يعلم لو أنه أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره، لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع غيره ، قالوا إن كان زرع غيره يبعد عن حصائده التي أحرقها وكان يأمن من أن يحترق زرع جاره ولا يطير شيء من ناره إلا شرارة أو شرارتان، فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره قريباً من أرضه فإن كان الزرعان ملتصقان أو قريبان من الالتصاق على وجه أنَّ ناره تصل إلى زرع جاره يضمن صاحب الحق زرع الجار⁽²⁾.

كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي عبيدة يأمره أن يمنع المسلمين من ظلم أحد من أهل الذمة، وإن عرف أن صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للإضرار بجيرانه والذهاب بغلاتهم وتبين ذلك، فينبغي أن يمنع من الإضرار.⁽³⁾

- وجاء- في الفقه الشافعي :

¹ - د/فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 236 .

² - أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، الطبعة الأولى، عالم الكتب، لبنان، 1987 ص 161 .

³ - د/ أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، مرجع سابق ، ص 56.

تقرّر في الفقه الشافعي أنّ حبس المدين الذي امتنع عن أداء دينه، الهدف منه إكراهه على أن يظهر ما أخفى من ماله شرط أن يغلب على الظن يسره، وهذا بناء على طلب الدائن وإذا ثبت إعسار المدين فلا ينفذ طلب الدائن لأنّ استعماله لحقه في هذه الحالة لا يؤدي الغرض الذي مارسه من أجله ويمكن اعتباره قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد الإضرار، فالأصل أن تكون الأعمال موافقةً لقصد الله في التشريع⁽¹⁾.

- وجاء - في الفقه المالكي:

"لو ادعى غصباً على رجل من أهل الخير ، ففي الصحيح من رأي مالك ، أن الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف المدعي عليه، لئلا يتطرق الأزدال والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم"⁽²⁾

- وجاء - الفقه الحنبلي:

"ليس لمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره ، نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة، يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جانب جاره يجتذب ماءها"⁽³⁾ ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».

2- الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة

أ- المقصود بهذا المعيار:

يتحقق هذا المعيار عند استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي شرع من أجلها أي أن يكون الباعث من استعمال الحق مخالفاً لقصد الشارع فيكون بذلك باطلاً بالضرورة؛ فلا خلاف بين علماء الشريعة في هذا الأمر وذلك لأن الخروج عن غاية الحق تحايلٌ على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدمٌ لقواعدها⁽⁴⁾، فاستعمال الأفراد لحقوقهم في الشريعة الإسلامية ليس مطلقاً بل هو مقيدٌ بما يلي:

¹- د/ فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص 472

²- د/ فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص 472

³- ابن قدامة عبد الله بن عبد المحسن المقدسي ، المغني ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1997، ص 572.

⁴- د/جميل فخري محمد حاتم ، مرجع سابق، ص 167.

1- ألا يؤدي استعمال الحق إلى الإضرار بالمصلحة العامة التي يعود نفعها على كافة الناس أو المصلحة الخاصة التي يعود نفعها على بعض الأفراد.

2- ألا يستعمل الحق في غير غايةٍ أبدًا، بأن يستعمله في مجرد التلذذ من غير أن يقصد به تحقيق نفع الفرد أو الجماعة.

3- ألا يُستعمل في تحقيق غايةٍ غير مشروعةٍ، بأن يُتخذ وسيلةً للوصول إلى مآرب وغاياتٍ، تتنافى مع مشروعية ذلك الحق.

4- أن يوازن بين المنافع، والأضرار التي تتجم عن استعمال الحق. فإن غلبت الأضرار على المنافع بطل استعمال الحق، والمعيار هنا وبهذه الصورة على درجةٍ كبيرةٍ من الوضوح وقد ذهب الإمام الشاطبي: إلى بطلان تصرف صاحب الحق، إن هو قصد منه مجرد العبث ولم يهدف إلى تحقيق أية مصلحة.

ب- حكم معيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحةٍ غير مشروعةٍ يعتبر تعسفاً في استعمال الحق وهو باطلٌ وحرامٌ، لا يجوز لأنه تحايلٌ على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها وإنما الخلاف في التطبيق، وفي الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف القصد أو الباعث .

ج- أمثلة على معيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة:

-جاء- في الفقه المالكي⁽¹⁾ : قلت أرأيت إن زوج ابنته وهي بكرٌ، ثم حط من الصداق أيجوز ذلك على الابنة في قول الإمام مالك قال الإمام مالك : لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً ، إذ لم يطلقها زوجها وأرى أن ينظر في ذلك، فإن كان ما صنع الأب على وجه النظر مثل أن يكون الزوج معسراً بالمهر، فيخفف عنه، وينظره ، فذلك جائزٌ على البنت، لأنه لو طلقها، ثم وضع الأب النصف الذي وجب للابنة من الصداق أن ذلك

1- الإمام مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الفكر، الجزء الرابع، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم لبنان 1978، ص 9

جائزٌ على البنت، فأما أن يضع من غير طلاقٍ ، ولا على وجه النظر لها فلا أرى أن يجوز ذلك له ."

ويتّضح من هذا النص أنه ليس للأب أن يحط من مهر ابنته لأنّ الحط من مهرها ليس فيه مصلحة لها، فلا يمكن له ذلك، فالحق الممنوح للأب في أن يزوج ابنته القاصر دون رضاها أو أن يحط من مهرها لا يمكن إلاّ في حدود مصلحتها، لأنّ الحقوق التي تتضمنها الولاية على النفس والمال إنّما منحت لتحقيق المصلحة.

-جاء- في الفقه الشافعي :

"يجوز أمر الأب على البكر في النكاح حظاً لها، وغير نقصٍ عليها ولا يجوز إذا كان نقصاً لها، أو ضرراً عليها، كما يجوز شراؤه وبيعه عليها، ولا يجوز إذا كان نقصاً لها، أو ضرراً عليها كما يجوز شراؤه وبيعه عليها لا ضرراً عليها في البيع والشراء، من غير ما لا يتغابن أهل البصر فيه ولو زوج رجل ابنته عبداً له، أو لغيره لم يخبر النكاح لأنّ العبد غير كفء، فلم يجز وفي ذلك عليها نقص بضرورة ولو زوجها غير كفء، لم يجز لأنّ في ذلك عليها نقصاً، ولو زوجها كفواً أجزم أو أبرص أو مجنوناً لم يجز عليها لأنّها لو كانت بالغاً كان لها الخيار إذا علمت هي بدءاً من الأدواء" (1)

والخلاصة أن الشريعة لا تجيز اتخاذ الحق وسيلةً لتحقيق أغراضٍ غير مشروعة. لم يتقرر ذلك الحق من أجلها لأنّ هذا تعسفاً في استعمال الحق.

ثانياً: المعيار الموضوعي:

لقد وسّعت الشريعة الإسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف إلى حدٍ كبيرٍ فلم تقتصر فقط على المعيار الذاتي من تمخض قصد الإضرار بالغير، أو انتفاء المصلحة المشروعة للحق، بل أضافت إلى ذلك معياراً موضوعياً (2) يستند على نتائج الأفعال وهو مشتقٌّ من أصلٍ مستقرٍ في أصول الفقه الإسلامي وهو النظر في مآلات الأفعال ويشمل هذا المعيار على الضوابط التالية:

1- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الخامس، دار المعرفة الطبعة الثانية، لبنان، 1393هـ، ص 20.
2- يقصد بالمعيار الموضوعي: "مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة .

انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره، والضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره.

1- انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره.

أ - المقصود بهذا المعيار :

يقصد به اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين، وصورته أن يستعمل صاحب الحق حقه من أجل تحقيق المصلحة المشروعة لكنه يتعارض مع مصلحة شخص آخر أو أشخاص بحيث يترتب على تصرفه ضرر يلحق بالشخص أو الأشخاص، وهذا الضرر قد يكون أعظم من المصلحة المقصودة من التصرف أو يساويها أو أقل منها. فإذا كان بالإمكان التوفيق بين المصالح المتعارضة وجب الأخذ به. أما إذا كان التعارض بين المصالح شاسعاً بحيث يستحيل معه التوفيق، فإنه لا بد من تغليب المصلحة على المفسدة فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحاناً كبيراً يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع ومن ثم يتحقق التعسف⁽¹⁾.

ب - أمثلة عن هذا المعيار:

ما جاءت به السنة من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على سمرة بن جندب بقلع نخلته، دفعاً للضرر الأشد بالأخف، وهذا لا يمنع من أخذ التعويض.

ويقول في هذا ابن قيم الجوزية:

"وإن كان عليه - على صاحب الشجرة - في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع يدفع أعظم الضررين بأيسرهما فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه"⁽²⁾.

1 - د/ جميل فخري محمد حاتم ، مرجع سابق، ص 171.

2- ابن قيم الجوزية ، مرجع سابق ، ص 310.

"لو غصب ساجةً فأدخلها في بنائه انقطع حق المالك - كما يقول الكرخي - إذا كانت قيمة البناء أكثر، ويضمن الغاصب قيمتها، دفعاً لأشدّ الضررين بارتكاب أخفها" (١)

وجاء في المدونة: " لو أنّ رجلاً غصب أرضاً ، فغرس فيها شجراً، فاستحقها ربّها فإنه يقال للغاصب اقلع شجرك ، إلا أن يشاء ربّ الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعةً " (٢)

2- الضرر الفاحش:

أ- المقصود بهذا المعيار :

يقصد بالضرر الفاحش ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق (٣).

ورد هذا المعيار بصفة خاصة في الفقه الإسلامي وقرر لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما في العلاقات الجوارية، ولاشك أنّ في تنظيمها وتنسيقها رعايةً للصالح العام (٤). و يتبين في المذاهب الفقهية أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يدفع الأضرار الفاحشة عن جاره وهي المضار غير المألوفة، فالضرر المألوف يمكن تحمله والتسامح فيه، إذ لو منع حصوله لترتب عنه تعطيل استعمال حقوق الملكية، فهذا مخالف للإجماع والمعقول لعدم استقامة إمكانية استعمال حق الملكية بإطلاق، فالتصرف على نحو يلحق أضراراً فاحشةً يخل بالتوازن بين المصالح الفردية، ومآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي وهذا يعتبر انحرافاً عن غاية الحق وتأسيساً على هذا يمكن القول بأن نظرية التعسف ترتبط أساساً بالنتائج المترتبة عن استعمال الحق لا بمضمونه، أي بالسلطات الممنوحة لصاحب الحق لأن المفروض أن المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات ولا يجاوزها، أو بعبارة أخرى فنظرية التعسف تتعلق بغاية الحق فلم يشرع الحق ليكون وسيلةً تفرض على الناس أضراراً فاحشة، أو تلحق بالجماعة ضرراً عاماً لأن ذلك لا يتفق مع روح الشريعة وغايتها الأساسية.

1_ أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، 135.

2_ الإمام مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 190.

3_ د/ جميل فخري محمد حاتم، مرجع سابق، ص 175.

4_ عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005، ص 35.

يشمل الضرر الفاحش الضرر المادي والمعنوي كالأصوات المقلقة للراحة والروائح الكريهة الضارة بالصحة و الإشراف على مقر النساء في المساكن المجاورة.

ب- أمثلة عن معيار الضرر الفاحش :

_ **في الفقه المالكي:** جاء في المدونة: « قلت: وكذلك لو كانت بئري في وسط داري، فحفر جاري في وسط داره بئراً يضر ببئري، منع من ذلك؟ قال: نعم ! ووسط الدار وغير وسطها سواء يمنع جاره من أن يحدث في داره بئراً يضر ببئر جاره عند مالك»⁽¹⁾

_ **في الفقه الحنبلي:**

يقيد المذهب الحنبلي المالك في التصرف بملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره، فقد جاء في المعنى « وليس للجار التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره على نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة»⁽²⁾

- **في الفقه الحنفي:**

جاء في البدائع: حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره، وليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا للضرورة ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير صاحب الحق⁽³⁾

وخلاصة القول أن هذه المعايير منظمة بأصل عام واحد يمكن أن يعتبر معياراً عاماً هو استعمال الحق في غير ما شرع له، فالحق لم يشرع ليستعمل وسيلة إضرار بالغير أو لتحقيق أغراض غير مشروعة وكذلك منع أن يكون وسيلة لتحقيق مصلحة ضئيلة ينتج عنها أضرار تفوقها أهمية للغير، لأن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يشرع، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لتسبب أضرار فاحشة تلحق بالغير، فإن استعمل في أحد من هذه الوجوه كان مخالفاً لقصد الشارع.

1- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 10، مرجع سابق، ص 197.

2- زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص 267.

3- زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي، المرجع نفسه، ص 267.

المطلب الثالث

جزاء التعسف في استعمال الحق

جاءت الشريعة الإسلامية لهداية الناس لصالح الأعمال تارةً بالترغيب بنيل رضا الله تعالى والفوز بالجنة وتارةً أخرى بالترهيب وذلك عند القيام بما يخالف الله تعالى ومن ذلك التعسف في استعمال الحق وثرتب الشريعة على هذا الأخير جزاءً دنيوياً (الفرع الأول) وجزاءً أخروياً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجزاء الدنيوي

ويشمل هذا الجزاء على الجزاء المالي (أولاً) والجزاء العيني (ثانياً).

أولاً : الجزاء المالي

فهو التعويض المالي المحض عما تسببه إساءة التعسف في استعمال الحق ويلزم من أساء في استعمال حقه ، تعويض الغير عما أصابه من ضررٍ، سواء كان مادياً أو معنوياً فمن أتلف زرع جاره، أو مال غيره يضمن هذا التلف ومن أجرى الماء في أرضه بقصد إتلاف زرع جاره، ألزم بالتعويض المالي عما أصاب الغير من الضرر .

ثانياً : الجزاء العيني

ويشمل هذا الجزاء عدّة صورٍ، ويختلف باختلاف حالات التعسف:

1- فقد يكون الجزاء، بحرمان صاحب الحق من حقه عقوبةً له: وذلك مثل سلب الولاية

من الولي على النفس، أو المال إذا تعسف في استعمال حقه، فأضرّ بالصغير في نفسه أو ماله، والحجر على السفية، وتطليق الزوجة على زوجها عند مضارتها في مذهب الإمام مالك.

2- وقد يكون بإلزام صاحب الحق باستعماله: كجبر المحتكر على بيع الطعام للمحتاجين

وجبر الولي على تزويج ابنته، التي منعها من الزواج فإذا أصرّ كل واحدٍ منهم على

الامتناع ، قام الحاكم مقامه في ذلك (1)

¹ -- د/ أحمد الصويغي شليبيك ، مرجع سابق ، ص64.

3- وقد يكون بإزالة سبب التعسف بحيث يوقف الضرر الناتج عنها :وذلك كإجبار الجار على بناء ساتر يمنعه من الاطلاع والإشراف على عورات جاره وهدم بئره التي كانت سبباً في ذهاب الماء من بئر جاره .

4- وقد يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه، منعا للضرر الناتج منه : كمنع الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الشريك الآخر يصاب بضرر من ذلك .

5- وقد يكون بإبطال التصرف الذي يتعسف استعمال الحق فيه : كإبطال البيع المؤدي إلى الربا.

ثالثاً: الجزاء التعزيري^(١) : يجوز للحاكم أن يعزّر كل من يرتكب معصيةً ليس لها حد في الشرع، سواءً كانت هذه المعصية تتعلق بحقوق الله عز وجل، كترك الصلاة أو تتعلق بحقوق العباد كمن يؤذي جاره.

أما التعسف في استعمال الحق إذا ترتب عنه ضررٌ بالغير، جاز للإمام أن يوقع عقوبةً تعزيريةً ، إذا لم ترد فيها عقوبةٌ خاصةٌ ، كتعزير من يدعي على أهل الفضل دعاوى باطلةٍ لإيقافهم أمام القضاء إيلاماً وامتهاناً^(٢).

الفرع الثاني

الجزاء الأخروي

تمتاز الشريعة الإسلامية بترتيب جزاءٍ أخرويٍّ بجانب الجزاء الدنيوي على البواعث أو النيات غير المشروعة، والجزاء الأخروي أبقي وأعظم من الجزاء الدنيوي، لما له أثرٌ بالغٌ في توجيه النفوس، إلى ضرورة العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وإتباع أوامر الله واجتناب نواهيه^(٣)؛ فالله لا تخفى عليه خافية في الأرض أو في السماء ولن يستطيع الإنسان أن يفلت

1- الجزاء التعزيري : هو التأنيب على الذنوب والمعاصي التي لم يرد في شأنها نص بحد مقدر من قبل الشارع سواء تعلقت بحقوق الله تعالى أم بحقوق الإنسان لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ، انظر محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق ، ص 187.

2- د/ أحمد الصويغي شليبيك ، مرجع سابق ، ص 65.

3- د/أحمد الصويغي شليبيك ، المرجع نفسه ، ص 66.

من عقاب وسيلقى جزاءه من جنس عمله طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ حَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ
وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ حَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ • (1)

المبحث الثاني

تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

لما كانت نظرية التعسف في استعمال الحق وليدة الشريعة الإسلامية والتي تتصف بالعموم والشمولية، فإنّ هذه النظرية عرفت تطبيقاً واسعاً على صعيد جميع الميادين، إلاّ أنّه يمكن اختيار بعض المجالات التي تعتبر ميداناً خصباً لهذه النظرية ويمكن القياس عليها وتتمثل في تطبيقات النظرية في الجانب الشخصي للإنسان (المطلب الأول) أوفي جانب المعاملات (المطلب الثاني)

المطلب الأول

تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الجانب الشخصي

ونتطرق في هذا المطلب إلى التعسف في حق الطلاق (الفرع الأول)، والتعسف في حق العدول عن الخطبة (الفرع الثاني)، التعسف في حق الإيضاء (الفرع الثالث)

الفرع الأول

التعسف في حق الطلاق

إنّ الطلاق هو رفع النكاح في الحال أو المآل بلفظٍ مخصوصٍ، فحلُّ الرابطة الزوجية في الحال يكون بالطلاق البائن وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام (2)

لم يرد لفظ الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى ولا على ألسنتهم، لكنه مصطلحٌ جديدٌ وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين في

1- سورة الزلزلة الآيتان 7- 8.

2- د/ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، الطبعة الأولى دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 212.

الغرب، وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف، وذلك تبعاً لأن مضمون هذه النظرية موجودٌ عند الفقهاء المسلمين القدامى، وعرفت بأسماء ومصطلحات أخرى إلا أننا نجد أنهم تعرضوا للحديث عن بعض صور التعسف كطلاق المريض مرض الموت. غير إن الفقهاء المعاصرين تطرقوا إلى الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية وسوف نتناول تعريفه(أولاً)، وصوره (ثانياً)، وتطبيق معايير التعسف عليه(ثالثاً).

أولاً : تعريف الطلاق التعسفي : "هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظٍ مخصوص" (1).

أي أنه مخالفة قصد الشارع في إيقاع الطلاق، فالهدف عند الشارع هو الخلاص من الحياة الزوجية التي تطرأ عليها بعض العوارض التي لا تتماشى معها مصالح الأسرة وتستحيل فيها حياة الزوجين معاً، فهو أمرٌ تحتّمه الضرورة، أي أنه يكون فقط عند الحاجة مع ما يترتب عنه من أضرارٍ، فكل طلاقٍ يكون بسببٍ غير شرعيٍّ ولغير حاجةٍ يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعيته وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه ويتبين من هذا أنه لكي يكون الطلاق تعسفياً يستوجب شرطين هما :

— أن يكون مناقضاً لحكمة مشروعيته أو مؤدياً إلى مآلٍ ممنوعٍ شرعاً
— أن لا يكون الطلاق بناءً على طلب الزوجة أو برضاها لأنّ هذا من الأسباب المعقولة.(2)

ثانياً: صور الطلاق التعسفي :

إن للطلاق التعسفي تطبيقاتٍ وصورٍ عديدةٍ أشهرها تلك التي تطرّق إليها الفقهاء وأسهبوا في ذكر أحكامها وهي:

1-الطلاق في الحيض :

وتطبيق التعسف فيه يتمثل في رغبة الزوج بتطويل العدة فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبةٍ من مدة العدة، وقد أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض بغير رضاها.(3)

1- د/ جميل فخري محمد حاتم، مرجع سابق، ص 196

2- د/جميل فخري محمد حاتم، المرجع نفسه، ص 196.

3- المصري مبروك،الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، ص 125.

2- طلاق الثلاث بلفظ واحد:

ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة من التفريق في الطلاقات الثلاث ومناقضة قصد الشارع في ذلك، فإنها شرعت ليتدارك الزوج ويعتبر⁽¹⁾.

3- الطلاق من غير حاجة:

الأصل في الطلاق هو الحضر والمنع وأولى أن يكون لداع يدعو الزوج لإيقاعه كسوء سلوك الزوجة أو تعذر الحياة معها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَعْطَاكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْكُمْ سَبِيلًا﴾⁽²⁾

4- الطلاق بقصد الحرمان من الميراث:

وهو أن يطلق الرجل المريض مرض الموت زوجته ليحرمها من إرثها منه ويعتبر المطلق في هذه الحالة فاراً من ميراث زوجته وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة إذ كيف يطلق الرجل هذه المرأة في آخر أيامه بعد أن قطعت معه أشواط العمر وربما تحملته وصبرت على أذيته ليفاجئها بهذه الأذية، فعاملته الشريعة الإسلامية على نقيض مقصوده وذلك بتوريثها سواء مات وهي في عدتها أو بعد انقضاء عدتها وسواء تزوجت بزوجة أخرى أو لم تتزوج سداً للذريعة ورداً لمقصده السيئ⁽³⁾.

وقد رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق التعسفي أثراً يهدف إلى تخفيف الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقتها، وهو ما يسمى بالمتعة⁽⁴⁾ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁵⁾

ثالثاً: تطبيق معايير التعسف على الطلاق

إن تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على الطلاق التعسفي يبين أنه مناقض لقصد الشارع من تشريعه وذلك على النحو التالي:

1- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 125.

2- سورة النساء، الآية 34.

3- د/ أحمد الحصري، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، الطبعة الأولى، دار الجيل، الأردن، 1992، ص 120-121.

4- د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 233.

5- سورة البقرة 241.

1- المعايير الشخصية :

أ- معيار قصد الإضرار بالغير:

وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصداً الإضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية، أو في مرض موته قاصداً حرمانها من الميراث، وقد يطلقها بدون سبب مشروع، حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من الطلاق، وقد تكون المصلحة المراد تحقيقها من إيقاع الطلاق تافهة لا تعتبر سبباً له ولا تتناسب البتة مع ما يترتب عليها من أضرارٍ كل ذلك يعتبر قرينةً على قصد الإضرار بالزوجة.⁽¹⁾

ب- معيار الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة:

شرع الطلاق وجعل بيد الرجل ليكون حلاً نهائياً وحاسماً لما يقع بين الزوجين من شقاقٍ ونزاعٍ وعدم إقامة حدود الله مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلاً بينهما ويجعل من بقائها مفسدةً كبرى وضرراً عظيماً لذلك شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة الزوجية ولم يشرع إلا لهذا المقصد وإيقاعه في غيره مناقضٌ لهدف الشارع منه، كما أن في إيقاعه بدون سببٍ سعيٍّ في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض .

2 - المعايير الموضوعية :

أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناءً على أسبابٍ يعتبرها مبرراتٍ ودوافعٍ للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه بالموازنة بين ما يترتب على الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفساد وأضرار تلحق الزوجة والأبناء، وهذه المفساد أكبر من المصلحة المرجوة من هذا الطلاق وبذلك يكون الزوج متعسفاً في استعمال حقه.

ب - معيار الضرر الفاحش:

إن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يضر بها ضرراً فاحشاً خاصةً إذا مضت فترةً طويلةً من عيشهما معاً واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وقد تقدم بها العمر وحدث الطلاق، وهي

¹ - د/جميل فخري محمد حاتم ، مرجع سابق ، ص 203.

في هذه الحالة التي تكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها ، ومن يخفف عليها ألام الوحدة والفرق ومشاق الحياة، فإن الزوج يكون قد أضر بها ضرراً فاحشاً، و العلاج الذي قدمه الشرع لهذا التعسف هي المتعة التي تعطي للمطلقة جبراً لخاطرها مما حل بها من حزنٍ وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج كحق له متعسفاً فيه (1) .

الفرع الثاني

التعسف في حق العدول عن الخطبة

الخطبة لغةً هي طلب المرأة للزواج منها، يقال : خطبها إلى أهلها أي طلبها منهم للزواج(2)، ومنه اختطب المرأة أي خطبها، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية تعرّف الخطبة بكسر الخاء في الشريعة الإسلامية وهي وعدٌ بالزواج وليست عقداً وإن تمت باتفاق ورضا الطرفين، وهي التماس الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية(3). ومادامت الخطبة هي من مقدمات الزواج فيجوز لكل من الخاطبين العدول عنها وهو حقٌ يمكن لكليهما ممارسته ورغم هذا فإنّ الشريعة الإسلامية تنص على ضرورة الوفاء بالوعد لقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ (4)، وتمنع الخطيبين من أن يتعسفا في ممارسة هذا الحق ونتطرق في هذا العنصر إلى تعريف العدول عن الخطبة (أولاً) وصور التعسف فيه(ثانياً)

أولاً: تعريف العدول عن الخطبة

هو أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة ويفسخانها بعد تمامها وحصول الرضا والقبول(5)، فحق العدول ينشأ عن كون أن الخطبة هي وعد غير ملزم بالزواج وهو أمر مشروع إن كانت له مسببات شرعية وعقلانية، فالمقصود هنا العدول التعسفي أو العدول الذي ينتج عنه ضررٌ لأحد الخاطبين ويظهر من خلال صور العدول التعسفي.

1- المتعة هي ما يجب للمطلقة جبراً وترقيها وتخفيفاً لما يصيبها من أسفٍ، وحسرةٍ، ووحشة بسبب استعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياه على سبيل الاستثناء، أنظر في ذلك د/ المصري مبروك ، مرجع سابق ، 225.

2 - د/ عبد الله مبروك النجار ، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة (أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، مصر ، 2008، ص 18.

3- د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 95.

4- سورة الإسراء ، الآية 34.

5- نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 224.

ثانيا : صور العدول التعسفي عن الخطبة :

1- تأخير فسخ الخطبة:

جعلت الشريعة الإسلامية العدول حقاََ شخصياً تقديرياً خاضعاً لاعتباراتٍ خاصةٍ لكل من الخطيبين، حيث أن كلا الطرفين في الخطبة يعلم مسبقاً أن حق العدول مقررٌ شرعاً فكان لزاماً عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر في كل وقت فلا يعتبر وقوعه مفاجأةً له من الطرف الآخر وليس فيه اعتداءٌ على حق أحد منهما، وإذا كان الأمر كذلك فيجب أن لا يتعارض حق العدول مع استعمال هذا الحق، فمن يخطب فتاةً وتدوم الخطوبة لفترةٍ طويلةٍ كان يؤكد لها أنه سيتزوجها ويعيش معها حياةً طويلةً معترفاً لها عن التأخير في إتمام الزواج بسبب حالته المادية وغيرها من الأعذار، مما أبعد فكرة العدول عن الأذهان وبعدها صدر العدول من الخاطب فيعتبر هذا إيلاماً بعواطف المخطوبة ومساساً بسمعتها مما يتسبب في عزوف الخاطبين عنها، فتصرفه هذا موجبٌ للمسؤولية لأنه أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة، فالضرر هنا حصل كنتيجةٍ لازمةٍ للتأخر في فسخ الخطبة ولو لم يكن يقصد إيذاؤها⁽¹⁾ .

2 - استعمال حق العدول بدون سبب معقول :

إن منح العدول من المشرع لا يبرر استعماله على نحو ضارٍ بالمخطوبة دون سببٍ شرعيٍّ فالعدول عن الخطبة من أحد الطرفين دون سببٍ جديٍّ هو تعسفٌ في استعمال الحق لأنَّ الناس عادةً يعلمون بالخطبة ويركنون إليها فينصرف عن المخطوبة من يفكر في الزواج كأن سافر الخاطب إلى بلدٍ أجنبيٍّ لطلب العلم ومكث عدّة سنوات التقى خلالها بأجنبيةٍ من ذلك البلد وتزوج بها، وفسخ خطبة الأولى فالعدول وقع هنا دون سببٍ معقولٍ ونتج عنه تقويتُ فرص الزواج التي كانت متوفرةً للخطيبة، فتكثر الظنون السيئة مما يؤدي إلى تعطيل المصلحة الأساسية التي أعدها الله لها والعدول هنا ضربٌ من الإخلاف بالوعد⁽²⁾.

وعليه فالعدول إذا أدّى إلى إلحاق الضرر البالغ بالطرف الآخر ولو كان مجرداً عما يلابسه من أفعالٍ ضارةٍ يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عنه

1- محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، سوريا ، 1994، 523.

2- محمد فتحي الدريني ، المرجع نفسه، ص 525.

لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق، وذلك لأن الفقه الإسلامي لا يتضمن الحقوق المطلقة والتي يتصرف فيها أصحابها كما يشاءون فالشارع يرسم لكل حق غاية ينبغي على صاحب الحق أن يتوخاها عند استعماله لحقه ويجب أن تكون الغاية من هذا موافقة لقصد الشارع (1) وبهذا الشرط يكون الحق في الفقه الإسلامي مقيداً لا مطلقاً وبناءً على هذا فإن حق العدول والذي هو منحة من الشارع فهذا المنح ليس مبرراً لاستعماله على وجه ضار بل شرع لتمكين الخاطبين من التعرف على بعضهما لينشأ عقد الزواج على أساس متين (2)

الفرع الثالث

التعسف في حق الإيصاء

إن الوصية من المجالات التي يمكن أن يقع فيها تعسف باعتبار أن حق الإيصاء متوقف على إرادة الموصي وحده ، وسوف نتطرق في هذا العنصر إلى تعريف الوصية ودليل مشروعيتها من القرآن والسنة ، (أولاً)، صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها (ثانياً).

أولاً: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها في القرآن والسنة النبوية :

عرّفها الفقهاء على أنها تملك مضافاً إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع (3).

والوصية مشروعة بما ثبت من نصوص القرآن والسنة .

1_ القرآن الكريم: ﴿تَجِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (4)

وقوله عز وجل: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةِ يُوْسَىٰ بِمَا آوَىٰ دَاوُدَ خَيْرَ مُّضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ (5)

2_ السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿قَوْلُهُ مَا حَقَّ لِأَمْرِي مُسْلِمٌ لَّهُ هَيْئَةٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ بِرَبِّهِ لِمَنْ لَيْسَ لَهُ إِلَّا وَصِيَّةٌ مَكْتُوبَةٌ مِنْكَ﴾ (6)

1- إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص 385.

2- محمد فتحي الدريني ، المرجع نفسه، 522.

3- د/أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2003، ص 12.

4- سورة البقرة الآية 180 .

5- سورة النساء الآية 12.

6- أبي الحسين بن الحاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص 766.

ثانيا : - صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها

1- الوصية لو ارث :

يتم في هذه الوصية الإيصاء لواحد من الورثة دون الباقي وهذه وصية باطلة ولا تجوز باتفاق العلماء وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنَّ اللَّهَ هَذَا أَنْطَى لِخَلِ خِي حَقَّ حَقَّةً فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثِهِ﴾ وهذه الصورة من المضارة في الوصية لا تكيف على أنها تعسف، وذلك كون أن التعسف في استعمال الحق يقوم على وجود حق يتم التعسف فيه، وفي الوصية لو ارث فإن الحق منتفٍ وذلك لبطلان الوصية من أصلها.

2- الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث :

ونخرج هنا عن حدود الحق إلا إذا رضي الورثة بهذه الزيادة، وكذلك هذه الصورة لا تكيف على أنها تعسف من الموصي في استعمال حقه لعدم وجود الحق أصلاً.

3- الإيصاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة :

وهذه الصورة هي عين التعسف ذلك أن الموصي قد تقيّد بالشروط الموضوعية للوصية ولم يخرج عن الحدود المشروعة لها، غير أنه قصد بإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة وعليه فإن أول ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمؤاخذة باعتبار أنه ارتكب محرماً ثابتاً بصحيح القرآن والسنة⁽¹⁾.

إن الأصل أن الوصية في مفهوم الإسلام هي باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء الذين لا يرثون، و على أصحاب الخير، وعموماً على وجوه الخير كالوصية للفقراء أو لدور العلم و المستشفيات، أي أنّ الهدف منها هو تحقيق التكافل الاجتماعي، إلى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع ، واعتبار الوصية محرمة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أنّ ورثته كثيرون ومحتاجون مصداقاً لقوله - صلى الله عليه وسلم - : «إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»⁽²⁾. وعليه فتحقيقاً لهذا الغرض النبيل للوصية، أعتبرت الشريعة الإسلامية الوصية باطلة إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، و هذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَغَدَ وَصِيَّةً

¹ - د/أحمد فراج حسين، مرجع سابق ، ص 342.

² - أبي الحسين بن الحاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص 767.

يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ^(١) وطبقاً للأحاديث النبوية الشريفة فعن ابن عباس - بإسناد صحيح - أنَّ وصية الضرار من الكبائر، فوصية الضرار باطلة بغض النظر عن مقدارها وهذا تطبيقاً لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "الإِضْرَارُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْكَبَائِرِ"^(٢).

فوصية الضرار يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثلاث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة و يصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله في هذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث منافٍ لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية؛ وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية في إعلامه: "قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ،إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، صحيحاً أو فاسداً ، وطاعة أو معصية ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر ، فمنها قوله تعالى ... «من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار» فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الضرار فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها"^(٣)

و تقييد الوصية خصوصاً في عدم إجازته الوصية لوارث يكون قد تماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة منها "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" ؛ فهو يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدتها، و الحفاظ على صلات الرحم بين أفرادها، فهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث؛ حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الاجتماعي و النظام العام الإسلامي في تنظيم تداول الأموال، وتوزيعها بين أكبر عدد ممكن ممن هو أقرب صلة بالميت من ذوي قرابته"^(٤)

¹ - سورة النساء الآية 12.

² - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الكتب المصرية ، مصر ، د. س. ن ، ص 252.

³ - أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الأزعي الدمشقي ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عند رب العالمين ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، 1977، ص

84

⁴ - أنور طلبية، العقود الصغيرة (الهيئة والوصية)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 206.

المطلب الثاني

تطبيقات التعسف في استعمال الحق في جانب المعاملات

الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع لا تتفصل عنه أبداً وهي تعد من لوازم الحياة ولهذا فإن الإسلام أتى بمنهج شامل للحياة كلها. وحُب التملك لدى الإنسان غريزة فطرية جُب عليها، وتجنباً لأن يُعتدي على الملكية فقد تناولها الفقه الإسلامي من كافة جوانبها ونظمها تنظيمًا دقيقاً، ووضع القيود على استعمالها حق الملكية وذلك حماية لحقوق الجار. فهذه الحقوق ثابتة ومستقرة كما نص عليها القرآن الكريم صراحة⁽¹⁾ ونص الآيات الكريمة دليل واضح على هذا الكلام في قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْذَرُونَ أَلَّهُ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ هَيْبًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنْبِ وَالْكَلِيبِ وَالْجُنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا﴾⁽²⁾ ويظهر التعسف في تلك القيود الموسوعة على حقوق الارتفاق (الفرع الأول)، وكذا حقوق الجوار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعسف في حقوق الارتفاق

يكون التعسف في حقوق الارتفاق فيما يلي: حق السقي (أولاً)، حق المجرى (ثانياً)، حق المسيل (ثالثاً)، حق المرور (رابعاً).

¹- د/أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006،الأردن ، ص 282.

²- سورة النساء الآية 36.

أولاً: حق السقي

1 - المقصود بحق السقي:

أ - في اللغة :

هو النصيب المعلوم من الماء الذي ينتفع به سقي الحيوان والزرع، ويطلق على وقت الشرب وزمنه ومن هذا قول الله تعالى مخاطباً النبي صالح عليه السلام: ﴿إِنَّا مُرْسِلُو النَّاقَةِ فِتْنَةً لَّهُمْ فَارْتَبِعْنَهَا وَأَلِظْ رَجُلُهَا وَمَنْ يَرْتَبِهَا لَنَبْلُوَنَّ مِنْكُمْ آلُفَ مَنَافِعٍ وَمَنْ يَنْسِفْهَا يُنْسِفْهَا يَوْمَ نُؤْتِي السَّيِّدَاتِ يَهُودِيَّاتٍ وَنِسَاءَ النَّبِيِّ مِكْرًا وَمَنْ يَعْصِ أَمْرًا مُنْفَرَاً لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (١).
وقوله تعالى: ﴿هَذِهِ نَاقَةُ آلِمَا هَرَبَ وَلَكِنَّهُ هَرَبَ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ (٢).

وبهذا يتبين من المعنيين أنهما مؤولان إلى معنى واحدٍ ذلك أن النصيب من الماء لا يكون معلوماً إلا حين يُعلم وقته ومدته .

ب- في الاصطلاح :

هو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع فهو يطلق على المعنيين النصيب المستحق من الماء وزمن الانتفاع به (٣)

2- القيود الواردة على حق السقي : وتسري هذه القيود على ماء المجاري العامة وماء المجاري الخاصة.

أ- ماء المجاري العامة :

هذا النوع من المياه يشمل الأنهار العظيمة كنهر النيل ودجلة والفرات، ويشمل أيضاً الترع والقنوات التي تحفرها الدولة للمنفعة العامة، ويكون في هذا القسم لكل إنسان الحق في أن ينتفع به، فله أن يشرب أو يسقي دوابه وزرعه ويأخذ ما يشاء لشؤون حياته الأخرى وأن يقيم الآلات لرفع الماء، ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد عدم الإضرار بالناس فمن فعل فعلاً يضرّ بالعامة كأن يقيم على التربة آلة بخارية تأخذ كل مائها مُنع من ذلك لا لحرمانه حقاً له وإنما لدفع الضرر تنفيذاً للمبدأ الإسلامي الذي قرره النبي عليه السلام بقوله: «لَا

1 - سورة القمر الآيتين: 27، 28 .

2- سورة الشعراء آية 155.

3- محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، لبنان 1983 ، ص 356.

ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ»^(١) ، فقد جاء في كتاب الخراج مايلي: "لا يحل لمسلم أن يتعمد أرضاً لمسلم أو ذمي بذلك ، ليفرق حرثه فيها ، يريد بذلك الإضرار به ، فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الضرر ثم ينتقل فيبين ضرورة قصد الإضرار إذ يقول وإن عرف أن صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه ، للإضرار بجيرانه والذهاب بغلاتهم، وتبين ذلك فينبغي أن يمنع من الإضرار بهم" ^(٢).

ب - ماء المجاري الخاصة:

وهو الماء الذي يجري في أرض مملوكة كترعة حفرها شخص أو أشخاص في أرض مملوكة لهم لتأخذ المياه من الأنهار العامة لسقي أراضيهم، ومثل ذلك المياه التي تتبع من عين أو بئر حفرت في أرض مملوكة، فهذا النوع من الماء يثبت لأصحاب الأرض الحق فيه؛ فإن كان واحداً انتفع بالماء كيفما يشاء وإن كان أكثر من واحدٍ وجب توزيعه بينهم توزيعاً عادلاً ولا يشترط في استعمالهم شيءٌ إلا عدم إضرار بعضهم بعض .^(٣)

ومما يجب ملاحظته هنا أن ثبوت حق الشرب للناس في هذا النوع من الماء مقيدٌ بعدم إلحاق الضرر بأصحاب الأرض التي فيها الماء فيجب على المنتفعين به أن يحافظوا على حافة هذه الأماكن حتى لا تُسد أو تتخرب، كما يجب عليهم أن يسلكوا إليها الطريق العام إن كان موصلاً إليها ولا يذهبوا إليها من أرض مملوكة لصاحبها^(٤)، أو يخرج لهم الماء ليشربوا فإن لم يفعل دخلوها رغم أنفه فإن منعهم قاتلوه أولاً من غير سلاح، فإن لم يقد قاتلوه بالسلاح وذهب بعض الأئمة إلى جواز قتال صاحب الماء بالسلاح استناداً إلى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « ذلك أن قوما وردوا ماء فساءلوا أهله أن يدلّوهم على البئر فأبوا فساءلوهم أن يعطوهم دلو فأبوا فقالوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع من العطش فأبوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو خليفة فقال هلا وضعت فيهم السلاح وكانت مقالة عمر رضي الله عنه أمام محضر من الصحابة ولم ينكر

¹ - د/ أحمد فراج حسين ، د/ عبد الودود محمد السريتي ، مرجع سابق ، ص 69.

² -/ أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ،كتاب الخراج ،مرجع سابق ، ص6.

³ - محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 358.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص 358.

عليه احد منهم فكان ذلك بمثابة إجماع منهم على جوازه لأنه لو كان غير جائز لأنكروا عليه ،خصوصا كأمر خطير كالقتال بالسلاح»^(١) .

ثانيا : حق المجرى

1-المقصود بحق المجرى :

هو أن يكون لعقار حق مرور الماء لسقي الزرع أو الشجر على عقار آخر ملك لشخص آخر وهو تابع لحق السقي^(٢) .

2-القيود الواردة على حق المجرى

وهذا المجرى إما أن يكون مملوكاً لصاحب الأرض التي يمر بها المجرى، وإما أن يكون ملكاً لصاحب الشرب وإما يكون مشتركاً بين منتفعين آخرين؛ فمتى ثبت الحق لعقار كان لمالكه حق إجراء الماء الصالح لسقي زرعه وليس لمالك الأرض التي يمر فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من إجراء الماء، كما لا يكون له أن يمنعه من المرور بنفسه للإشراف على الماء وإصلاح المجرى، فإن منعه من المرور بنفسه وإصلاح العطل يجب على صاحب الأرض أن يصلحه، وإذا لحق بصاحب الأرض التي يمر فيها المجرى ضرر وجب على من له حق الشرب إزالة هذا الضرر إما بتعميق المجرى أو بتقويته أو بتقليل الماء هذا وإصلاح المجرى واجب على من له حق الشرب لأنه هو الذي ينتفع بإجراء الماء فيكون إصلاحه واجباً عليه إذ الغنم بالغرم^(٣) .

ثالثا : حق المسيل

1- المقصود بحق المسيل :

هو حق تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة في مصرف يمر بعقار الغير لتصل إلى المصاريف العامة^(٤) .

1- د/ أحمد فراج حسين ، د/ عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق ، ص 71.

2- د/ فاضلي إدريس ، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2010 ، ص 90.

3- د/ أحمد فراج حسين ، د/ عبد الودود محمد السريتي، المرجع نفسه ، ص 71.

4- د/ فاضلي إدريس، المرجع نفسه ، ص 91.

2- القيود الواردة على حق المسيل :

وحكم هذا الحق أنه مادام ثابتاً لعقارٍ بسبب صحيحٍ معلومٍ أو بالعدم مع الجهل بالسبب فإنه لا يكون لصاحب العقار الذي يمر به المسيل أن يمنع صاحب العقار المنتفع من استيفاء حقه إلا إذا ترتب على ذلك ضرر، ففي هذه الحالة له المنع لأن الضرر يجب منعه أو إزالته⁽¹⁾

رابعاً: حق المرور

1- المقصود بحق المرور:

هو أن يكون للشخص حق المرور إلى عقاره عن طريق عقار غير مملوك له ⁽²⁾

2- القيود الواردة على حق المرور:

فالتريق الذي يثبت فيه حق المرور نوعان : وعليه سوف نرى القيود المفروضة على حق المرور في كليهما:

أ- القيود الواردة على حق المرور في الطريق العام:

فهذا الطريق لا يكون مملوكاً لأحد ،و يثبت حق المرور فيه لكل إنسانٍ مطلقاً غير مقيدٍ بقيدٍ إلا عدم الإضرار بغيره، سواء كان عقاراً واقعاً على أحد جانبيه ، وهو حق فتح الأبواب والنوافذ و إنما ثبت فيه لأن الطريق العام جعل لارتفاق العامة فيثبت الحق لكل من غير تفرقة .

ب - القيود الواردة على حق المرور في الطريق الخاص :

وهو المملوك لأشخاص فيثبت لهم حق المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ من غير قيدٍ ⁽³⁾ وليس لغيرهم أن يفتح فيه نافذةً إذا كان طريقه من جهةٍ أخرى إلا إذا كان الحق ثابتاً له من قديم الزمان، وأما بناء أحدهم لداكانٍ فيشترط إذن الكل، فإن اتفقوا على ذلك جاز ولا يبطل

1- د/ أحمد فراج حسين ، د/ عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق ، ص 71.

2- د/ فاضلي إدريس ، المرجع ، نفسه 91، .

3- ويرى المالكية أن الطريق إذا كان مملوكاً لعدة أشخاص واقتصر حق المرور فيه عليهم كان لكل من الشركاء أن يرتفق به بفتح ما يشاء من أبواب ونوافذ مالم يضر ذلك بغيره ولو أدى الفتح إلى كشف من دار جاره فيكشف نساؤه وعوراتهم وليس الشركاء فيه أن يتفقوا عن سده أو إزالته...أنظر في ذلك د/ فاضلي إدريس ، مرجع سابق ، ص 91.

حق أحد منهم بسد باب، فله أن يفتحه ثانياً منهم بسد باب، ويتبع العقار كيفما كان مالكة وإذا أذن أصحابه للناس بالمرور فيه، وكان نافذاً فليس لهم المنع عند ذلك، كما أنه ليس لهم سده بإقامة بابٍ عليه حتى ولو كان الطريق غير نافذٍ ، لأنه ثبت للعامة حق المرور فيه إذا كان نافذاً وحق الالتجاء إليه عند ازدحام الطريق فليس لهم إبطاله بأي وجه من الوجوه إلا إذا كانوا قد أقاموا عليه باباً من أول إنشائه، فإنه يكون بمثابة المال المشترك الخاص بهم فلم يثبت لأحد الحق في قسمته، ومنع الناس من دخوله وبيعه.^(١)

الفرع الثاني

التعسف في حقوق الجوار

جاءت الشريعة الإسلامية منظمةً لشريعة الجوار، وحثت على إكرام الجار ليعيش الناس في ألفةٍ من غير تباغضٍ ولا شحناءٍ، وفي السنة أحاديثٌ في هذا المعنى منها قوله صلى الله عليه وسلم: « مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالْجَارِ حَتَّى ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُورِثُهُ »^(٢) « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ »^(٣) وتنقسم حقوق الجوار إلى نوعين وهما حق الجوار العلوي (أولاً) وحق الجوار الجانبي (ثانياً).

أولاً : حق الجوار العلوي:

1_ المقصود بحق الجوار العلوي : حق التعلّي يثبت بسبب الجوار الرأسي وذلك فيما لو كانت هناك دارٌ مكونةً من دورين مملوكةً لشخصين لأحدهما الدور الأرضي وللآخر الدور العلوي، فكل من صاحب العلو والأسفل يعتبر جاراً للآخر .

1- محمد مصطفى شليبي ، مرجع سابق ، ص 364.

2_ الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1992، ص1279 ، (كتاب الأدب، باب الوصاية بالجار ص 1279)، حديث ((6013،6010)).

3_ الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق ، ص 1280، كتاب الأدب، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره ، حديث 6019 .

2- القيود الواردة على حق الجوار العلوي :

لقد أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز لأي من الجيران العلوي والسفلي أن يتصرف تصرفاً يضر بالجار وقسموا التصرفات بناءً على ذلك إلى ثلاثة أقسام .

أ- : التصرفات التي تضر أحدهما ضرراً محققاً

وهذه التصرفات ممنوعة باتفاق الفقهاء لما فيها من الضرر المؤكّد، فإذا فعل أحدهما شيئاً وترتب على ذلك ضرر بالآخر لزمه ضمان هذا الضرر. كهدم صاحب الدور السفلي بناءه أو بعض الأعمدة التي تقع في هذا البناء، وكبناء صاحب العلو بناء لا يقوي على حمله البناء الأسفل .

ب- : التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر

فهذه تصرفات لا تمنع باتفاق الفقهاء، كدق المسامير الصغيرة في حائط البناء الأسفل وتعليق الثريات الكهربائية وتبديل الأبواب والنوافذ.

ج- : التصرفات التي تحتل الضرر

فهذه التصرفات لا يُعلم أيحصل فيها ضرر أم لا كفتح باب أو نافذة في حائط الدور السفلي، أو وضع متاع ثقيل في الدور الأعلى قد يؤثر في السقف وهذا النوع من التصرفات اختلف الإمام أبو حنيفة وصاحبه في جواز مباشرته، فأبو حنيفة يمنعه والإمام مالك وابن حنبل يجوزانه؛ ووجه الخلاف بينهما أن الإمام أبو حنيفة ينظر إلى تعلق حق الغير بالملك فقيد تصرفه أما صاحبه فنظراً إلى أنه ملك خالص والمالك يتصرف بإطلاق في ملكه فالأصل عنده المنع ما لم يقدّم الدليل على عدم الضرر، وعندهما الأصل الإباحة ما لم يقدّم دليل على الضرر فيمنع⁽¹⁾.

وعليه فالقيود المترتبة على صاحب العلو :

- الامتناع عن تعلية البناء بحيث يضر بصاحب الطابق السفلي

¹- محمد مصطفى شليبي ، مرجع سابق ، ص 366.

- الامتناع عن تحميل السقف فوق طاقته، والعناية بأرضية طبقته، فيتعين على صاحب العلو أن يتولى صيانة أرضية طبقته من بلاطٍ وأخشابٍ حتى لا تتكشف فيتربط على ذلك ضررٌ بسقف الطابق السفلي (١).

ثانيا : حق الجوار الجانبي

1- المقصود بحق الجوار الجانبي : يثبت هذا الحق بين أبنية متجاورةً جانبياً مثل حق فتح النوافذ والمطلات.

2- القيود الواردة على حق الجوار الجانبي:

اختلف الفقهاء في ثبوت حق الجار على جاره بتقييد تصرفاته حتى يمنع من أن يضر بملك جاره في اتجاهين :

1_ الرأي الأول :

أنه لا يحق لأحد الجيران تقييد تصرفات الجار الآخر، فلكلٍ منهما أن يتصرف في ملكه كيفما شاء، فله أن يفتح ما شاء من الأبواب والنوافذ، ويعلي ما شاء ويهدم منه ما شاء وذهب إلى هذا الرأي المتقدمون من الحنفية والإمام الشافعي وأحمد وهم يرون حرية تصرف المالك في ملكه بشرط ألا يضر بالغير من الجيران وفقاً للمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية .

2_ الرأي الثاني :

وهذا الرأي يذهب إلى أن تصرفات الجيران مقيدةٌ بعدم الإضرار بالجيران الآخرين، ومنهم المالكية والمتأخرين من الحنفية واستندوا في ذلك إلى حديث لا ضرر ولا ضرار، وفي بعض أحاديث الجوار تصريحٌ بالنهي عن التطاول في البناء إلا بإذن الجار (٢).

فقد روي أن رسول الله قال لأصحابه « أَتَدْرُونَ مَا حَقُّ الْجَارِ إِذَا اسْتَعَانَكَ عَنْهُ، وَإِذَا اسْتَفْرَضَكَ أَقْرِضْهُ، وَإِذَا افْتَقَرَ عُدْتَ عَلَيْهِ بِمَالِكَ وَإِذَا مَرِضَ عُدْتَهُ، وَإِذَا أَصَابَهُ خَيْرٌ هَنَيْتَهُ

¹ - د/ محمد وحيد سوار ،حق الملكية في ذاته ،مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،1997،ص 212.

² محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق،صص 367_360.

وَإِذَا أَصَابَتْهُ مُصِيبَةٌ عَزِيَّتُهُ، وَإِذَا مَاتَ اتَّبَعَتْ جَنَازَتَهُ، وَلَا تَسْتَطِلُّ عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ فَتَحُجِبَ عَنْهُ
الرَّيْحُ إِلَّا بِإِذْنِهِ.»

و تجدر الإشارة إلى أن المسلمين الأولين كانوا يهتدون بهدي القرآن والسنة لذلك لم
يجد الفقهاء السابقون حاجةً إلى تقييد تصرفاتهم، أما بعد ذلك فقد تغيّرت عجلة الزمن
وضعف سلطان الدين على النفوس وتهاون الجار في الإحسان إلى جاره بل أصبح يكيد له
ويتفنن في إيذائه فاستحسن الفقهاء المتأخرون تقييد تصرفات الجار حتى لا يضر بها
جيرانه.

الفصل الثاني
التعسف في استعمال الحق
في القانون الوضعي

تغيّرت النظرة إلى الحق في الفقه القانوني الحديث فلم يعد استعماله مطلقاً متروكاً إلى محض إرادة صاحب الحق يمارسه كيفما يشاء، وإنما أصبحت حماية القانون مبسوطاً على الاستعمال المشروع وحده، أما الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي فلا يخضع لحماية القانون مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر؛ وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها، وأصبحت نظرية التعسف في استعمال الحق التي تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة، كذلك ويثير البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق أول ما يثير مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون (المبحث الأول)، ومادام أنّ نظرية التعسف أصبحت مستقرة في المنظومات القانونية فقد نتج عن ذلك تطبيقها في كثير من نواحي القانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

إن القانون في تنظيمه للحقوق وتحديد مضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء أكانت مصلحة عامة أو خاصة، ولذلك فإنّ الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون دون أن يتجاوزها، وإذا جاوز الشخص في استعماله لحقه، الحدود التي رسمها له القانون، فإنّه يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز.

لكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير لذا وجب أن ندرس التعسف في استعمال الحق من ناحية تعريفه ونطاق تطبيقه (المطلب الأول)، ومن ناحية أخرى تأصيله والمعايير التي تضبطه في (المطلب الثاني)، كما أن الضرر المترتب على التعسف في استعمال الحق يستوجب تطبيق الجزاء على الشخص المتسبب فيه (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه

يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه والإفادة منه وليس له أن يستعمله بكيفية مطلقة، بل يجب أن يستعمله في نطاق وحدود القانون وإلا أصبح متعسفاً فيه، ولذلك وجب تحديد تعريف التعسف في استعمال الحق (الفرع الأول)، وتبعاً لمعرفة ما ينطوي عليه مقصود التعسف لابد من إدراك إلى أي مدى ينطبق هذا الأخير أو ما هي حدود سريانه (الفرع الثاني)

الفرع الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق

نتطرق في هذا الصدد إلى معنى التعسف في استعمال الحق في القانون (أولاً)، كما أنّ لفظة التعسف تتشابه مع كثيرٍ من المصطلحات ولذا وجب تمييزه عنها (ثانياً)

أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون

لم يرد تعريف التعسف في استعمال الحق في التشريعات سواء العربية أو الغربية بل تم التطرق إلى حالاته وطبيعته القانونية فقط .

ففي القانون الفرنسي لم يتعرض بتاتا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لكن المشرع الفرنسي تأثر بهذه النظرية وجسدها في بعض القوانين الخاصة ومنها:

1_ القانون الصادر في 1890/12/27 الذي عدل المادة 1780 وجعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، وقد جدد هذا الحكم في قانون العمل بالمادة 23 من الكتاب الأول في 1910/12/26.

2_ القانون الصادر بتاريخ 1941/05/23 المؤيد بمرسوم 1958/12/22 المعدل للمادة 71 من قانون الإجراءات والذي يقضي بغرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه .

3_ القانون الصادر بتاريخ 1956/04/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عاملٍ أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة .⁽¹⁾

1- د/ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2005، ص 221.

4_ القانون الصادر بتاريخ 1957/3/11 خاص بحق المؤلف، وهو ينص في المادتين 20 و 29 على أن: "ممثلي المؤلف المتوفى يعتبرون متعسفين إذا أساءوا الحق في إذاعة المؤلف أو في عدم إذاعته"، بينما نص على التعسف في القانون المدني الألماني في المادتين 226 و 826⁽¹⁾

كما نص المشروع الفرنسي الإيطالي الذي وضع في سنة 1945 على التعسف في المادة 2/74 وكل هذه القوانين لم تتطرق إلى تعريف التعسف بل تناولت حالاته فقط.

أما القوانين العربية فقد تناولت التعسف منفصلاً عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي فقد ورد في القانون المصري والليبي النص على التعسف بالمادتين الرابعة والخامسة. والقانون المدني العراقي في المادتين الخامسة والسابعة وفيما يخص القانون المدني الجزائري فقد ورد التعسف في استعمال الحق في المادة 41 الملغاة، ثم بعدها نص عليه في التعديل الجديد في المادة 124 مكرر .

فكل هذه المواد نصت على أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما يحدثه من ضرر للغير، ثم نصت على الاستثناءات التي أوردها القانون المدني الجزائري في المادة 41 الملغاة والمادة 124 مكرر⁽²⁾، إلا أن الفقه القانوني اهتم بمسألة تعريف التعسف في استعمال الحق حيث اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف بناءً على اختلافهم في نظرتهن إليه ومع ذلك يمكن إعطائه تعريفاً قريباً من مضمونه.

يقصد بالتعسف في استعمال الحق استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانوناً بكيفية تلحق ضرراً بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة ومثال ذلك المالك الذي يبني جداراً في حدود ملكه ولكن يرتفع به قصد منع الضوء والهواء عن جاره⁽³⁾.

ويبقى هذا التعريف قاصراً عن الإلمام بالمفهوم الدقيق والشامل للتعسف في استعمال الحق وهذا لأن كل فريق من فقهاء القانون يرى التعسف من زاويته الخاصة حيث نظر البعض إليه على أنه صورة من صور الخطأ والخروج عن الحق ومنهم الدكتور عبد الرزاق

1- نقلا عن د/ علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 221.

2- د/ علي سليمان ، المرجع نفسه ، ص 222 .

3- عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون ، (النظرية العامة للحق) ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2003، ص ص 79-

السنهوري، بينما يرى البعض الآخر أنه مستقل عن الخطأ وهو مرتبط بغاية الحق ومن هؤلاء الدكتور حسن كيرة بحيث لا زال الفقه القانوني لم يحسم هذا التعارض لحد الآن وهذا مقارنة مع الفقه الإسلامي والذي تكفل فقهاؤه بتعريف التعسف في استعمال الحق بطريقة أكثر دقة وشمولاً وبيان حقيقة المناقضة والمضادة لقصد الشارع واشتماله على معايير الأساسية فقد عرّفه الدكتور فتحي الدريني على أنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل .

ثانيا : تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات

1- تمييز التعسف عن الخطأ

يُعرّف الخطأ على أنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك هذا الانحراف. والشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة قانونية أو عندما يستعمل حقاً خوله له القانون، وسابقاً كان رجال القانون يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية فإذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في استعمال الرخصة توفّر ركن الخطأ وإذا انحرف عن سلوك الرجل العادي في استعمال الحق لا يتوفّر ركن الخطأ⁽¹⁾.

2- تمييز التعسف عن التجاوز

يُعرّف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون⁽²⁾ لذلك الحق، ومثال ذلك تجاوز المالك حدود ملكه والدخول في ملك جاره، أما التعسف فيفهم منه أن الشخص لا يتجاوز نطاق حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها القانون، ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير، وهذا التمييز له أثر في النتائج المترتبة على كل منهما وذلك على النحو التالي:

تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرج عن كونه حقاً ولا يعد ذلك إلا اعتداءً واستعمالاً لما ليس حقاً، أما التعسف في استعمال الحق فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقاً.

¹- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 51

²- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 110 .

- التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود ملكه إلى حدود غيره، أما التعسف فليس هناك تعدٍ على حق الغير ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع في المثال الأول تجاوز المالك حدود أرضه وبنى على جزء من أرض جاره إنما يخرج عن حدود الحق بينما إذا بنى في أرضه حائطاً عالياً وسّد على جاره منافذ الهواء والضوء حتى أصبح من المتعذر الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد كان هذا تعسفاً⁽¹⁾ فالفقه المعاصر يفرق بوضوح بين الخروج عن الحق والتعسف فيه ويجعل كل منهما صورة من صور الخطأ التقصيري.⁽²⁾

3- تمييز التعسف عن الإساءة:

يستعمل شراح القانون والفقه المعاصر في الغالب لفظة " التعسف " و " الإساءة " فهل بينهما اختلاف في المعنى؟.

إن اللفظين هما مترادفان عند ربطهما في استعمال الحق، لكن كثيراً ما تستخدم اللفظة الأولى عند الحديث عن الحقوق واستعمالها، أمّا اللفظة الثانية (الإساءة) فكثيراً ما يستخدمها شراح القانون في المجال الإجرائي حيث يقال إساءة الحق في التقاضي، ويرى الدكتور عباس الصراف بأن هناك اختلاف بين إساءة استعمال الحق والتعسف فيه؛ فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بالعنصر الأساس في المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، فمن يبني بناءً بطريقة غير سليمة يميل معها البناء على الشارع ميلاناً يعرض أرواح المادة للخطر يكون بعمله هذا قد أساء استعمال حقه، فهذه حالة من حالات الخروج عن الحق أي عدم وجود حق أصلاً وهو تعدٍ يوجب المسؤولية التقصيرية أما التعسف في استعمال الحق فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استعماله وفقاً لمعايير التعسف وذلك بقصد الإضرار بالغير، أو أن المصلحة من استعماله غير مشروعة أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير⁽³⁾.

¹ - د/ سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2009 ، مصر ، ص 241.

² - Mazeaud et Tunc , traité théorique et pratique de la responsabilité civile, , T1 6eme édition paris, 1939, p551 .

³ - د/ عباس الصراف ، المدخل إلى علم القانون (نظرية الحق) ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2008 ، ص 270.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

لم تتطرق التشريعات العربية وكذا الغربية إلى النص على نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما جاءت النصوص عامة بحيث لم تحدد أي نوع من الحقوق يندمج ضمن هذه النظرية، بينما اختلف فقهاء القانون في تحديد نطاق نظرية التعسف ومجال تطبيقها ونتج عن ذلك اتجاهين: الأول يرى أن التعسف يرد على الحقوق دون الرخص والثاني: يبسط محل التعسف على الحقوق والرخص العامة.

أولاً: سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط

يذهب هذا الجانب من الفقه ومنهم السنهوري وعبد المنعم الصدة وسليمان مرقس إلى أن التعسف مقصور على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص ومثالها حرية التعاقد والتملك، وغيرها من الحقوق العامة، فعندما تباشر هذه الرخص ويترتب بذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس أحكام المسؤولية المدنية التي تتكفل بذلك، فالرخص لا تخول لصاحبها الاستئثار بأي قيمة وإنما تثبت للناس كافة⁽¹⁾.

إنه وطبقاً لأحكام المسؤولية المدنية، فإن الانحراف في استعمال الرخصة يعتبر خطأً مستوجباً للتعويض⁽²⁾

ومثال ذلك أن استعمال شخص الحق في التقاضي (رخصة) تثبت للكافة إلا أن استعماله في غير ما وضع له كأن يستعمله استعمالاً كيدياً فهذا يلزم بالتعويض.

ويرد على هذا الاتجاه أنه لا مبرر لتلك التفرقة، حيث يجب أن تمتد نظرية التعسف لتشمل الحقوق و الرخص على حدٍ سواء؛ فالمشرع يهدف إلى أن تشمل رقابة هذه النظرية كافة التصرفات القانونية وبالتالي فإن الشخص الذي يصدر عنه تصرف في ظروف غير مشروعة مسبباً بذلك أضراراً للغير فتتعد مسؤوليته.⁽³⁾

¹- د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ همام محمد محمود زهران، المدخل للقانون (نظرية الحق)، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2002، ص 208.

²- د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 109.

³- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 442

ويرجع الرأي القائل بعدم سريان نظرية التعسف على الرخص إلى اعتبارات تاريخية فالحقوق العامة أو الرخص⁽¹⁾ كانت مقيدة في القرن الماضي دون غيرها من الحقوق وبالتالي كان من غير الحاجة أن تبحث نظرية التعسف في استعمال الحق في حقوق مقيدة مادامت تهدف إلى التقيد من إطلاق الحقوق.

ثانيا : سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق والرخص بصفة عامة.

ذهب هذا الجانب من الفقه ومنهم وجو سران (Josserand)، وأنور سلطان وإسماعيل غانم أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق هو الحقوق كلها والحريات أو الرخص العامة أي جواز امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص على حد سواء؛ فباستشرط المشرع لمشروعية الحق أي أن استعماله لا ينطوي على تعسف ففي المقابل قد وضع معايير تحدّد التصرفات المشروعة، سواء كانت هذه التصرفات تتمثل في الحق بالمعنى الدقيق أم كانت من الحقوق العامة⁽²⁾ الممنوحة للجميع فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه القانوني الدقيق على الحقوق يرد كذلك على الحريات والرخص العامة وبناءً على هذا الرأي يمكن لهذه النظرية أن تشمل حرية التعاقد وحرية التقاضي، حرية التجارة وحرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية المنافسة وما إلى ذلك من الحريات أو الرخص العامة كما تجري على الحقوق الخاصة كحق الطلاق وحق اقتضاء الدين وحق الدعوى وغير ذلك من الحقوق، فيحق مثلاً لكل شخص أن يجري منافسة مع الغير فهذه رخصة أي حق عام ويتميز استعمال هذه الرخصة بالمشروعية بالرغم من أنه ينتج أضراراً للغير، ولكن إذا انطوى هذا الاستعمال على تحقيق مصلحة غير مشروعة مثل الرغبة في تحطيم منافسه فإن هذا يعتبر تعسفاً.

وبالتالي فإن من يستعمل رخصةً ويسبب أضراراً مشروعةً للغير يحميه القانون شأنه شأن من يستعمل حقاً بالمعنى الدقيق وبالموازاة فإن من يستعمل رخصةً في ظروف غير مشروعة فإن

1- الرخصة (simple faculté) هي الحرية المباحة للشخص في التصرف كالتعاقد والقاضي والتأليف والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها جميع الدساتير للأفراد أي القيام بما لا يحرمه القانون، أما الحق (droit défini) فهو مصلحة معينة يحميها القانون، أنظر د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 50.

2- د/ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 497.

التعسف يوجد سواءً بالنسبة للرخصة أم الحق، فالقانون يحكمهما في حالة الاستعمال المشروع وكذلك في حالة الاستعمال غير المشروع⁽¹⁾ وذلك بالحد من التعسف في استعمالها. وبهذا نرى أنه لم ينعقد إجماع بين رجال فقهاء القانون في الغرب والعرب على أن يستثنوا الحريات العامة من نظرية التعسف في استعمال الحق، فالبعض يذهب إلى شمول هذه النظرية للحق والرخصة على حدٍّ سواءٍ بينما يقصي البعض الآخر هذه الأخيرة من نطاقها وهذا عكس الفقه الإسلامي والذي لم يفرق بينهما فنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي قائمة على نظرية سدّ الذرائع⁽²⁾ والتي يقول فيها القرطبي: "الذريعة عبارة عن أمرٍ غير ممنوعٍ لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع" ⁽³⁾

ومعناه أن العمل لا ينظر إليه في حد ذاته من حيث الصحة والفساد بل يأخذ حكم ما أدى إليه ، وذلك تجنباً لأن يكون هذا العمل مناقضاً لمقصد الشارع عز وجل كما في البيع الذي يتخذ وسيلةً ليتوصل به إلى الربا، فإنّه يصبح غير مشروع بالنظر إلى ما يفضي إليه من مفسدةٍ ، وعليه فالفقه الإسلامي لا ينظر إلى الفعل كونه ينطوي على حقٍ أو رخصةٍ، بل ما ينطوي عليه من تعسف والذي يتمثل في مناقضة قصد الشارع وهذا يعود دائماً لشمولية الشريعة الإسلامية واتساع أحكامها لكل الظروف والقضايا في كل الأزمنة والأمكنة .

المطلب الثاني

أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق

بعد استقرار التفرقة بين تجاوز حدود الحق والتعسف في استعمال الحق اختلف المشرعين في وضع أساسٍ للتعسف في استعمال الحق ووضع مكانٍ له في التقنيات الداخلية لبلدانهم تبعاً لهذا الأساس، (الفرع الأول)، ولا ريب أن التعسف في استعمال الحق يوجب مساءلة صاحبه وبالتالي إلزامه بالتعويض لذا وجب أن نثبت أننا بصدد حالةٍ من حالات التعسف من خلال المعايير التي عمد الفقهاء وضعها كضوابط لذلك (الفرع الثاني).

¹- د/ رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 498.

²- الذريعة لغة :تعني الوسيلة إلى الشيء مطلقاً ، أما اصطلاحاً فهي الوسيلة إلى المفسدة، أنظر فتحي الدريني ، ص 407.

³- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق ، ص 51.

الفرع الأول

أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

أولاً : موقف المشرع الفرنسي

لم ينص المشرع الفرنسي على نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني وبالتالي فلا أساس لها في هذا القانون إنما كان القضاء الفرنسي يطبق المادة 1382 ق م ف والمتعلقة بالنص العام للخطأ لتوقيع المسؤولية على المتعسف.⁽¹⁾

ثانياً : موقف المشرع المصري

جعل المشرع المصري نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدي وهذا يعني أنها نظرية عامة تسري على كل نواحي القانون وأنها بعيدة عن نطاق المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن آراء الفقهاء.

ثالثاً : موقف المشرع الجزائري

لدراسة أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري يجب التطرق إلى مرحلتين مرحلة ما قبل التعديل الذي جاء به المشرع على القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10⁽²⁾ والمرحلة الحالية .

1- وضع نظرية التعسف في استعمال الحق قبل التعديل:

- نص المشرع بعد صدور القانون المدني الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 منه على النحو التالي:
- "يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
 - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

¹- عبد الرحمن مجوبي ، مرجع سابق، ص47.

²- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج. ر. عدد 44 ، الصادرة في 26 جوان 2005.

أدت هذه الصياغة إلى انتقادٍ شديدٍ للمشرع وذلك في الجانب الشكلي و كذا الموضوعي.

أ - الانتقاد من الناحية الشكلية : نظم المشرع النظرية في الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان (الأشخاص الطبيعية والاعتبارية) وتناول النظرية في المادة 41 من الفصل الأول المُعَنُون بالأشخاص الطبيعية، ويستنتج ضمناً أنّ هذه النظرية لا تسري على الأشخاص الاعتبارية مادام قد خُصص لها الفصل الثاني ومن جهة أخرى، فقد وضع المشرع الجزائري المادة المتضمنة النص على التعسف بين المادة 40 وما يليها وهي مواد تتعلق بأحكام الأهلية وظهر من ذلك خلوّ العلاقة بين هاتين المادتين ونظرية التعسف⁽¹⁾، كما تجدر الإشارة هنا أنّ المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري من حيث موضع النص أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني⁽²⁾.

ب - الانتقاد من الناحية الموضوعية:

- خالف المشرع الجزائري نظيره المصري في هذه النظرية رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامها، إذ أنّه لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي بأنه من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضررٍ يصيب الغير. فنظرية التعسف استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة لذا وجب ذكر القاعدة العامة

- جعل المشرع حالات التعسف على سبيل الحصر باستعمال عبارة تدلّ على ذلك وهي عبارة " يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية: فعبرة (الأحوال التالية) تفيد أنّ هذه المعايير واردة على سبيل الحصر وبذلك لم يترك الفرصة للقاضي لإمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف قد تظهر نتيجة لتداول القضايا، وبذلك يكون قيد حرية القاضي في الاجتهاد⁽³⁾.

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

² - العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 4 ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 1999، ص 690.

³ - بوبكر مصطفى، المرجع نفسه، ص 276.

- أن الفقرة الأولى من المادة 41 في النص باللغة العربية والتي تقضي ب: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير"، لا تتطابق مع نفس الفقرة من النص باللغة الفرنسية التي نصت على أنه " Si il y'a lieu de nuire à autrui "

فالنص باللغة العربية، أوسع مجالاً من النص باللغة الفرنسية، إذ أنه لا يشترط تمخض قصد الإضرار بالغير واشترط أن يكون هذا القصد فقط ولو وجدت معه عناصر أخرى اتجهت إليها إرادة صاحب الحق، ومثل ذلك أن يهدف إلى مصلحة نفسه بالإضافة إلى قصد الإضرار بالغير، وهذا المضمون تضيق به عبارات النص باللغة الفرنسية، ومن ثم فإن النص باللغة الفرنسية لا ينسجم مع النص باللغة العربية إلا إذا حذفنا منه عبارة « seul » لأن هذه العبارة هي التي تضيق من مجال هذا المعيار في النص باللغة الفرنسية⁽¹⁾.

ج- المزايا التي توخاها المشرع الجزائري في تنظيمه للنظرية:⁽²⁾

رغم الانتقادات الموجهة إلى المشرع الجزائري، إلا أن تنظيم المشرع لهذه النظرية يتضمن بعض المزايا التي جاوز بها مضمون النظرية في القانون المصري وهي كالتالي:

استعمل المشرع الجزائري عبارة التعسف متفادياً بذلك عبارة "العمل غير المشروع" على عكس كل التشريعات العربية الأخرى.

صاغ المشرع الجزائري النظرية صياغة أعطت لها مدلولاً أوسع من المدلول الذي أعطته لها كل التشريعات العربية وخاصة القانون المصري وهو المصدر التاريخي الذي استمد منه هذه النظرية إذ يلاحظ أنه لم يستعمل كلمة "سوى" من المعيار الأول مما أعطى للنظرية مجالاً أوسع، وكذلك الحال بالنسبة لعبارة "البتة" التي أسقطها من المعيار الثاني إذ يلاحظ أن المشرع المصري قد ضيق من مجال النظرية في هذا المعيار بحيث صاغها كالتالي: "إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من الضرر بسببها"، وفي المقابل فإن المشرع الجزائري قد صاغها كالتالي: إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير...". فاشترط فقط

¹- بوبكر مصطفى ، مرجع سابق ، ص 277 .

²- بوبكر مصطفى ، المرجع نفسه، ص 278-279.

اختلال التوازن بينما المشرع المصري اشترط انهيار التوازن وبالتالي فإن ذلك يضيق من دائرة تطبيق هذه النظرية.

2- وضع النظرية بعد تعديل القانون المدني⁽¹⁾

ومما نلاحظه بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 5-10 الموافق لـ 20 يوليو 2005، أنّ المشرع غيّر موضع نظرية التعسف من المادة 41 والتي أصبحت ملغاة إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني كما أعاد صياغتها لتصبح على الشكل التالي:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ويمكن تقييم موقف المشرع بعد التعديل من جانبين:

أ - تقييم موقف المشرع الجانب الشكلي :

لقد تجاوز المشرع الانتقادات السابقة ويتبين ذلك مما يلي:

أنّه بالنظر إلى الموقع الذي اختاره لنظرية التعسف وهو المادة 124 مكرر لم يعد هناك أيّ شكّ في انطباق هذه النظرية على الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية خاصة إذا علمنا أن المشرع قد أعاد صياغة المادة 124 ذاتها وأدخل فيها عبارة الشخص بدلاً من عبارة المرء وذلك للتدليل على إمكانية قيام مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية تماماً مثل الشخص الطبيعي .

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

¹- بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص ص 280-281.

أنّ المشرع قد نجح فعلاً في اختيار المكان المناسب للنظرية وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لأنّ التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويولد التزاماً بالتعويض وبالتالي فإنّ أنسب مكان للنظرية - إن لم يكن في النصوص الأولى من الباب التمهيدي - هو هذا المكان ولو من الناحية الشكلية^(١)، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يترتب عن ذلك من آثارٍ تتعلق بالطبيعة القانونية. لها فالمشرع وبالرغم من كل المزايا التي حققها من الناحية الشكلية في اختياره المكان المناسب للنظرية إلا أنّ الصياغة التي استعملها لم تحقق النتيجة التي كان عليها أن يحققها وذلك عندما نص على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:.....الخ"

إنّ قصد المشرع من ذلك هو حسم مسألةٍ فقهيةٍ^(٢) وهي الطبيعة القانونية للنظرية وجعل من التعسف خطأً، ولكن استعماله لهذه الصياغة قد حمل معنىً آخر لم يكن المشرع يقصده أصلاً.

¹ - بوبكر مصطفى ، «مرجع سابق، ص 281.

² - يذهب جانب من الفقه إلى أن التعسف لا يعدو أن يكون صورة من صور الخطأ الذي يستحق التعويض عنه طبقاً لمبادئ المسؤولية التقصيرية أنظر في ذلك سميّر عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 242 ، ويكون ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي وذلك سواء كان الخطأ عمدياً جسيماً أم يسيراً، وتتجلى الصورة بوضوح في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير فيكون من السهل القول بأن التعسف هنا ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيق لمفهوم الخطأ فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ما هو إلا خطأ تقصيري والمتمثل في تعمد الإضرار بالغير أمام الانتقادات الموجهة إلى الرأي السابق اتجه أنصار هذا الرأي إلى فكرة الخطأ المتميز وذلك من أجل إعطاء نظرية التعسف نوعاً من الاستقلالية لكن دائماً ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية، وعلى رأس هذا الاتجاه الفقيه جوسران (Josserand) الذي يعتبر التعسف خطأً من نوع خاص بالرغم من ميوله إلى الخطأ إلا أنه يستقل عن غيره لأنه خطأ يرتبط أساساً بالغاية الاجتماعية للحق وقد قسم الفقيه جوسران الأخطاء المؤدية إلى المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أقسام يستقل كل منها عن الآخر وهي:

أولاً: العمل المخالف للقانون ،

ثانياً: العمل غير المشروع ،

ثالثاً: العمل المجاوز (العمل الضار).

فالعمل المخالف للقانون هو عمل يتضمن اعتداء على حق آخر، أما العمل غير المشروع فهو استعمال الحق عكس غايته.

أما العمل الضار: فهو العمل يستند إلى حق ويكون مطابقاً لهدفه وغايته، ولكن يترتب عليه أضرار فاحشة وغير عادية للغير؛ فلا هو عمل مخالف للقانون ولا هو فعل غير مشروع وإنما هو فعل يولد مخاطر غير عادية ويؤدي إلى إنشاء مسؤولية من نوع جديد.

فالتعسف حسب جوسران يقع في النوع الثاني، إلا أن الخطأ هنا يتميز بأنه خطأ اجتماعي لأنه ينشأ عن استعمال الحقوق استعمالاً لا ضد المجتمع، فالتعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله أنظر في ذلك :

إذ ما يفهم من تلك الصياغة هو أن التعسف في استعمال الحق يشكّل خطأً من الأحوال التي ذكرها النص، أما في غيرها من الأحوال والتي لم يذكرها فلا يشكّل التعسف فيها خطأً وإنما يقوم على أساسٍ آخر وبذلك يكون المشرع قد وقع في خلطٍ في الصياغة إذ أنه عوض أن يعالج التعسف في استعمال الحق عالج الطبيعة القانونية له فكان يجب عليه يصوغ النظرية كما كانت في النص القديم وذلك بالنص على أنه: "يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية". إذا أراد أن تكون حالات التعسف واردةً على سبيل الحصر أو بالنص على: "يعتبر استعمال الحق تعسفياً لاسيما في الحالات التالية". إذا أراد أن تكون تلك الحالات واردةً على سبيل المثال وهذا هو المؤلف في العمل التشريعي؛ إذ أن الوظيفة الأساسية للمشرع هي تناول أحكام الموضوعات وليس طبيعتها القانونية أو تعريفها لأنّ ذلك يعتبر من صميم عمل الفقهاء⁽¹⁾.

فالنص على النظرية في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، يغني المشرع عن البوح بأنّ التعسف في استعمال الحق يعتبر خطأً، فمجرد تنظيم النظرية في هذا الموقع يجعل الفقه يستنتج نية المشرع في اتجاهه إلى اعتبار التعسف صورةً للخطأ أو تطبيقاً من تطبيقاته دونما حاجةٍ للتصريح بذلك.

Louis Josserand, *essai de téléologie juridique , l'esprit des droit et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit*, librairie Dalloz paris.1929 , p368.

أمام عجز الاتجاه السابق في تأسيس التعسف على الخطأ بنوعيه العادي والخاص اتجه جانب من الفقه للبحث عن طبيعة التعسف خارج نطاق الخطأ بعيداً عن فكرة المسؤولية التقصيرية. والذي مؤداه أن فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لهدف معين إذ ترتبط حماية القانون للحق وصاحبه بمدى الالتزام بغايته، أنظر في ذلك د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، 2001 ، 478 .

فالحقوق ليست غاية في حد ذاتها وإنما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة ويترتب على اعتبار الحق وسيلة لا غاية أن استعمالها يكون نسبياً لا مطلقاً، وهو ما يقتضي رقابة القضاء لهذا الاستعمال لضمان منع التعسف (أي الخروج عن غاية الحق) وبناء على ذلك تعتبر فكرة التعسف مكملة لفكرة الحق، فهي التقويم اللازم لفكرة الحق وأنها تثير مشكلة المسؤولية وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحث الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، وترتيباً على ذلك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية لتصبح بذلك نظرية مستقلة نجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق، اعتمدها كثير من القوانين كنظرية قائمة بنفسها، كالتقنين المدني السويسري والتقنين السوفياتي ويظهر ذلك من الحرص على وضعها بين النصوص التمهيدية لهذه القوانين لا ضمن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية .

¹- بوبكر مصطفى ، مرجع سابق، ص 282.

ب- تقييم موقف المشرع الجزائري من الجانب الموضوعي:

الملاحظ أن المشرع قد أعاد صياغة النظرية صياغةً جديدةً، تفيد بأن المعايير الواردة فيها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وذلك باستعماله عبارة تفيد هذا المعنى أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأً لاسيما في الحالات الآتية: " فهذه العبارة تفيد أن هذه المعايير الثلاثة ليست واردةً على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال مما يسمح معه للقاضي أن يمارس رقابةً واسعةً على الاستعمال التعسفي للحقوق بحيث تمنح له حريةً وسلطةً تقديريةً في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع وذلك عن طريق القياس أو الاجتهاد.⁽¹⁾

كما يلاحظ أن الموضع الذي اختاره المشرع لنظرية التعسف بنقلها إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني لم يتجاوز به الانتقادات الشكلية والموضوعية كما سبق أن رأينا، وإنما أحدث تأثيراً واضحاً على طبيعتها القانونية وحسم اختلافاً فقهاً كبيراً بين اتجاهين فقهيين كثيراً ما تجاذبا الطبيعة القانونية للنظرية؛ اتجاه يرى بأنها نظرية قانونية مستقلة وقائمة بذاتها استمدتها التشريعات العربية من أحكام الشريعة الإسلامية، وهي بعيدة كل البعد على أن تكون مجرد تطبيق للخطأ أو المسؤولية التقصيرية. ويستدلون في ذلك على أن المشرع قد اختار لها مكاناً بارزاً بين نصوصه الأولى في الباب التمهيدي للتدليل على ذلك أنها تختلف عن المسؤولية التقصيرية مجالاً وجزاءً. واتجاه آخر لم ير فيها إلا تطبيقاً من تطبيقات الخطأ وصورة من صور المسؤولية التقصيرية لأنّ الذي يتعسف في استعمال حقه عندهم إنما يقوم بما لا يقوم به الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف الخارجية وهذا هو معيار الخطأ⁽²⁾.

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

¹- بوبكر مصطفى ، مرجع سابق، ص 283.

²- بوبكر مصطفى ، المرجع نفسه ، ص 282.

ومرةً بطريقةً صريحةً لما نص في المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق، خطأً لاسيما في الحالات التالية وعدد بعض صور التعسف، ومن خلال هذه الدراسة نتوصل إلى النتائج التالية:

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

- ذكر المشرع كذلك الحالات التي يشكل فيها التعسف في استعمال الحق خطأً. ويفهم من هذا أن هناك حالاتٍ أخرى للتعسف لا تشكل خطأً وهذا لا يعبر عن نية المشرع وإنما كان خطأً في الصياغة⁽¹⁾

وتبعاً لذلك كان لزاماً على المشرع الجزائري أن يتدخل مرةً أخرى لمعالجتها، وذلك بتناول أحكام التعسف دون تحديد طبيعته القانونية وذلك باقتراح أن يكون النص على النحو التالي: يعتبر استعمال الحق تعسفياً، لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

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

- إذا كان لغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية، فيكون لأصحاب الشأن الذين سيكتشفون من مجرد تنظيم المشرع للنظرية أنها داخلة في إطار المسؤولية التقصيرية وأنه جعلها صورةً من صور الخطأ بما أنه نظمها في المادة 124 مكرر⁽²⁾.

فالملاحظ لهذه الدراسة، يدرك أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تعتمد في تأصيلها على أسسٍ دينيةٍ وخلقيةٍ توسع من دائرة هذه النظرية من ناحية الشمولية وكذا تجعل فكرة تقييد الحق أكثر واقعية. فالأساس الديني مفاده أن الأحكام وهي

¹- بويكر مصطفى ، مرجع سابق ، ص 285

²- بويكر مصطفى ، المرجع نفسه ، ص 286

مناشئ الحقوق مبنيةً على مصالح العباد ويجب أن تكون هذه المصالح وفق ما قصده الله تعالى في شريعته السماوية (القرآن)، فالوازع الديني يجعل الأفراد يبتعدون عن الغلو في ممارسة حقوقهم. فالفقه الإسلامي يحكم جانب الضمير الإنساني في الإنسان بالإضافة إلى الأساس الأخلاقي من خلال زرع فضيلة التعاون والتآزر والرحمة الأخوة، وكلها عوامل تبعث على التكافل الاجتماعي والذي بدوره يقيد من الحق الفردي في مواجهة الحقوق الفردية الأخرى وكذا الحقوق الجماعية فهذه النظرية متجذرة في الشريعة الإسلامية وقد أرساها الشارع وفقاً للفترة الإنسانية، وهذا مقارنةً مع القانون الوضعي والذي يحصر الأساس الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ والذي هو مفهوم قانوني محدد مسبقاً بأنه الانحراف عن السلوك المعتاد للرجل العادي فالمسؤولية التقصيرية تقوم على فعل غير مشروع أصلاً فكيف تكون أساساً قانونياً لفعل مشروع في ذاته ولكن الغلو وسوء الاستعمال وهو تصرفٌ بعدي خارج طبيعة الفعل الأولية جعله غير مشروع ويعتبر هذا الأساس قاصراً على أن يكون قاعدةً تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق كما أنها تعجز عن الإلمام بجميع حالات التعسف مما يترتب عنه عجز القانون عن تغطية هذه النظرية ومن ثم عدم إمكانية التوفيق والتوازن بين الحق الفردي في مواجهة حق الفردي آخر وفي مواجهة حق الجماعة من جهة أخرى، وهذا ما يجعل القانون الوضعي قاصراً بالمقارنة مع الفقه الإسلامي والذي يستند إلى تشريع سماوي شاملٍ وكاملٍ صالحٍ لكل زمان ومكان ويعيد عن كل نقصٍ وعجزٍ .

الفرع الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق

نصت المادتين، 124 مكرر من ق م ج و 5 من ق م م على معيارين فيما يخص نظرية التعسف في استعمال الحق معياريين الأول شخصي (أولاً)، والثاني موضوعي (ثانياً) .

أولاً: المعيار الشخصي.

ويتمثل هذا المعيار في قصد الإضرار بالغير ويعد من أقدم المعايير وأكثرها انتشاراً في الشرائع المختلفة، وذلك ناتج عن كثرة استعمال الأفراد لحقوقهم من القدم بهدف الإضرار بالغير. ويكون الشخص متعسفاً في حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. فالحقوق تتقرر لتحقيق المصالح لا للإضرار بالآخرين. فمعيار التعسف هنا قوامه وجود قرينة الإضرار لدى صاحب الحق حيث يكون قصد الإضرار، وهو العامل الأساسي الذي دفع صاحب الحق إلى استخدام السلطات التي يتضمنها فيعتبر صاحب الحق متعسفاً ولو نتج عن هذا الاستعمال منفعة غير مقصودة ولكن بصفة ثانوية^(١)، مثال ذلك المالك الذي يبنى جداراً مرتفعاً أو يزرع أشجاراً كثيفة متعسفاً في استعمال حقه حتى لو زادت منفعة الأرض، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة مادام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار، ومادام أن الأصل في الإنسان حسن النية وأن يستعمل حقه بطريقة شرعية فيجب إثبات أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الإضرار بالغير وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بكل الطرق^(٢)، وإثبات قصد الإضرار بالغير يعد أمراً عسيراً لأننا بصدد معيار ذاتي يستند إلى أمور نفسية كامنة داخل النفس البشرية، لذلك فإن القضاء في أحكامه يستخلص هذا القصد من قرينة قضائية تتمثل في انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاقتها، ومن تطبيقات هذا النوع من التعسف دعاوي الإفلاس الكيدية والتنفيذ الكيدي حيث تكشف عن تعسف الدائن في استعمال السلطات التي خولها له القانون لاستيفاء حقه كدعاوي إخلاء المستأجر للعين المؤجرة^(٣) في حين أن المبلغ الذي لم يسدده المستأجر يكون مبلغاً تافهاً^(٤).

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، مصر ، 2005 ، ص 218.

² - Alain Sériaux, droit des obligations, 2^e édition, imprimerie des presses universitaires de France, France, 1998, , page 368 .

³ - د/أمجد محمد منصور، مرجع سابق ص 280.

⁴ - وفي هذا الصدد تقول محكمة التمييز الأردنية " إن دعوى المؤجر بتخلية المأجور بسبب هذا النقص الزهيد استناداً إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين ، تكون ، مشوبة بغيب التعسف في استعمال الحق نظراً لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص وإخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين وخروج عن روح القانون وغاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف إليه المشرع ، (تميز رقم 1978/68 مجلة نقابة المحامين 1978 س 26 - ع 12 ص 894)، أنظر د/أمجد محمد منصور، المرجع نفسه ، ص 280.

وهناك قضايا حكمت فيها المحاكم ضد المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير نذكر منها:

حيث قضت مثلاً محكمة ليون الاستئنافية (فرنسا) في 18 أفريل سنة 1856، بأن المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه، لمجرد منع وصول الماء إلى أرض جاره، ومالك الطاحونة القائمة، إلى جوار طاحونة أخرى، إذا رفع فجأة أبواب الأحواض من غير مقتضى إلا حجز الماء عن طاحونة جاره، وتعطيها عن العمل، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه جداراً يصل ارتفاعه إلى الطبقة الثالثة من عقار جاره، بحيث يحجب النور عن الغرفة المواجهة له إذا لم يكن له من إقامة هذا الجدار منفعة حقيقية⁽¹⁾.

كما قضت محكمة كولمار الاستئنافية في 2 مايو سنة 1855 بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله، تواجه تماماً نافذة جاره بقصد إيذائه، وقد قام قضاؤها على أسباب أهمها: من حيث المبادئ العامة، تقضي بأن حق الملكية هو حق مطلق يبيح لصاحبه استعمال ما يملك استعمالاً سليماً، أو أن يسيء استعماله، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق، يجب أن يكون لاستعماله ثمة مصلحة جدية مشروعة، إذ تأبى قواعد الأخلاق والعدالة، تأييد ما يصدر عن سوء نية، وما يقترب من مجرد هوى جائر، ولم يحقق لصاحبه منفعة شخصية ولكن يحدث ضرراً جسيماً للغير وقد تبع هذا الحكم أحكاماً عديدة تقضي بذات المبدأ والأسباب⁽²⁾.

ثانياً: المعيار الموضوعي: ويتمثل في وجود صورتين

1- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير:

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنقضي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر

¹ - د/ أحمد الصويدي شليبيك ، مرجع سابق ، ص 38

² - استئناف كولمار 2 ماي 1855 ، دالوز ، 1856+209 نقلا عن د/ بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 115

الذي يعود على الغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً يصبح استعمال الحق أمراً غير مشروع، فنرجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد⁽¹⁾.

وهذا المعيار موضوعي لا شخصي قوامه التفاوت الشائع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمرٌ تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة؛ والواقع أنه كثيراً ما يكون وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينةً على قصد الإضرار بالغير دون أن يتمخض القصد من استعمال الحق لذلك⁽²⁾.

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه في هذه الحالة إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير⁽³⁾، والمطلوب هنا ليس تحقيق توازنٍ كاملٍ فقد لا يكون الشخص متعسفاً إذا تساوى الضرر والمصلحة أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبةٍ معقولةٍ، أما إذا رجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، كان هذا تعسفاً. كمن يغرس أشجاراً عاليةً لتوفير نوع من الرطوبة ويحجب بذلك النور عن جاره أو يمنع من استعمال شرفته استعمالاً مألوفاً، فيكون متعسفاً في استعمال حقه، لأنّ المصلحة التي يسعى إليها هي الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير، وجاءت في هذا السياق المادة 881 من ق م ج: "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كلّ منفعةٍ للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدةٍ محدودةٍ لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به" ومعيار التعسف في هذه الحالة معيارٌ موضوعي لا يؤخذ فيه بعين الاعتبار القصد من استعمال الحق، وإنما يعتد فيه بالمقارنة بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير أي التفاوت بدرجة بين الفائدة المقصودة من استعمال الحق والضرر الذي يلحق الغير، فإذا كانت المصلحة التي يقصدها صاحب الحق، دون الضرر بدرجةٍ صارخةٍ كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي فتتحقق مسؤوليته⁽⁴⁾، وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري انفرد باستعماله لمصطلح الفائدة عكس

1- علي فيلالي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 ص 58.

2- مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون، (نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق)، الطبعة الأولى، مؤسسة

الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 462.

3- د/ حميد بن شنتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، نظرية الحق، الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي، الجزائر، 2008، ص 175.

4- د/ أيمن سعد سليم، نظرية الحق، مطابع الدار الهندسية، مصر، 2003، ص 237.

التشريعات الأخرى التي استعملت مصطلح المصلحة، كالمرشع المصري مثلاً، فمصطلح الفائدة يحوي في طياته معاني مادية أي مالية فقط، غير أن المصلحة هو الأجر كون أن الشخص في استعماله لحقه يسعى إلى مصالح قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية.

2- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه، ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له. بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة، لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردّها من قيمتها ويخلع عنها حمايتها، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكماً من أحكام القانون وتتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة.⁽¹⁾

والمصلحة تكون غير مشروعة بصفة مباشرة مثال ذلك استعمال مالك لمسكنه لغرض مخالف للنظام العام والآداب العامة كما قد تكون المصلحة غير مشروعة بصفة غير مباشرة مثل ذلك أن يتمسك المتعاقد مثلاً بحقه في إبطال العقد مدعياً وقوعه في غلط غير أنه يريد في الحقيقة التخلص من العملية العقدية التي أبرمها لكونها غير رابحة فالغاية في هذا المثال هو التهرب من أحكام القانون وهو غرض غير مشروع⁽²⁾.

ويتبين أن هذا المعيار معيار موضوعي مرّن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق فالمصلحة هي الغاية الشرعية للحق⁽³⁾.

إن المالك الذي يضع أسلاكاً شائكة، أو أعمدة عالية في حدود ملكه، لعرقلة هبوط الطائرات حتى يفرض على شركة الطيران التي تهبط طائرتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه

¹ - د/ محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية ، نظرية الحق) ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2007، ص 543.

² - علي فيلاي ، مرجع السابق ، ص 59. انظر المادة 85 من ق م ج .

³ - لقد زاد المشرع الأردني معياراً آخر مقارنة مع التشريعات العربية الأخرى ويظهر ذلك في المادة 2/66 من القانون المدني الأردني والتي تنص على : " ويكون استعمال الحق غير مشروع

أ- إذا توافر قصد التعدي كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة

ب - إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر

ج- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة . "، انظر مهني وليد الحداد ، خالد وليد الحداد، مرجع سابق ، ص 462.

بثمنٍ مرتفعٍ، فليس وضع المالك للأسلاك الشائكة أو الأعمدة العالية في أرضه لتحقيق مصلحةٍ مشروعةٍ، بل لإحراج شركة الطيران والتضييق عليها وحملها قصراً على شراء أرضه بمبالغ طائلة، فهذا تصرفٌ في الحق بدافعٍ غير مشروعٍ ويستهدف تحقيق مصلحةٍ غير مشروعةٍ⁽¹⁾

أصدرت محكمة استئناف مصر الوطنية عام 1931 قراراً جاء فيه أن نظرية التعسف في استعمال الحق، تسمح بأن يكون لصاحب الحق، جواز إنكاره بما يرجع لتقديره لظروفه الخاصة به إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرضٍ جديٍّ شريفٍ يرجوه لنفسه من وراء الإنكار.⁽²⁾

والمتمعن في هذه الدراسة يلاحظ أن نصوص القوانين المدنية العربية قد استمدت معايير التعسف من الشريعة الإسلامية أصلاً وإن لم تأخذها كاملةً، فوفقت لحد ما في تقرير هذه المعايير ومنها المشرع الجزائري والذي اقتصر على ثلاث معايير؛ فلم يشأ أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون ولم يشأ أن يضيق كما كانت النظرية التقليدية تفعل حين حصرت معايير التعسف في نية الإضرار بالغير، أما في القانون الفرنسي فلم يرد النص على نظرية التعسف في استعمال الحق بما فيها معاييرها، لكن الفقه والقضاء تصديا لهذه المسألة وقد أتى الفقيه جوسران بنظرية التعسف في استعمال الحق وضبطها على معيار مدى مطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله، بحيث أن للحق وظيفة اجتماعية إذا حاد عنها كان هذا تعسفاً، ولقد انتقدت نظريته بأنها تفسح المجال أمام القضاة لتفسيرها طبقاً لما يراه كل قاضٍ حسب أرائه الشخصية وحسب معتقداته الحزبية والسياسية⁽³⁾، وهذا ما أدى بالبعض إلى تبني المعيار المادي، فالفقيه سالي يرى أنّ القاعدة الأساسية للتعسف في استعمال الحق تكمن في الاستعمال الغير طبيعي للحق فيبقى هذا المعيار خاضعاً لمعيار الغرض الاجتماعي⁽⁴⁾

1- د/ أحمد الصويعي شليبيك ، مرجع سابق ، ص 59

2- د/ أحمد الصويعي شليبيك ، المرجع نفسه ، ص 59.

3 - George Ripert , la règle morale dans les obligations civiles ,librairie générale de droit et de jurisprudence, paris , 1935, p177.

4 -jean charmeront ,l'abus de droit , revue trimestrielle de droit civile, T2 ,librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts ,ancienne maison,la rose et forcel ,parais ,p 123.

و يبقى هذا المعيار قاصراً على استيعاب جميع حالات التعسف خصوصاً تلك التي أتى بها الفقه الإسلامي لهذه النظرية من معايير ذاتية وموضوعية، وبهذا يتبين أن المعايير التي أنت بها القوانين الوضعية الأجنبية والناجمة عن دراسات الفقهاء قاصرة أمام تلك التي أتى بها الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث

جزاء التعسف في استعمال الحق

إذا استعمل الشخص حقه استعمالاً غير مشروع، يكون بذلك قد ابتعد عن الهدف الذي مُنح من أجله هذا الحق، فالقانون منح الشخص المتضرر أن يطلب التعويض من صاحب الحق فهذا التعويض يمثل الجزاء على التعسف في استعمال الحق عن الأضرار المترتبة عليه⁽¹⁾، وقد ذهب بعض الفقهاء في بادئ الأمر إلى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملاً مجاوزاً حدود الحق بينما التعسف يفترض عملاً داخل حدود الحق ومضمونه، ولكن هذا الرأي لم يلق تأييداً من الفقه أو القضاء فاستقر الرأي على هجره وعلى القول بالجزاء التعويضي (الفرع الأول)، من جهة أخرى فإنه في نظرية التعسف في استعمال الحق فقد يوقع الجزاء قبل وقوع الضرر وهو ما يسمى بالجزاء الوقائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجزاء التعويضي

هو صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه، ويتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، والأصل في جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمتضرر على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحق به⁽²⁾.

¹ - مهني وليد الحداد ، خالد وليد الحداد، مرجع سابق ، ص 463.

² - Mazeaud et Tunc ,traité théorique et pratique de la responsabilité civile, op.cit , p 582.

غير أنه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق ولتجنب الضرر اللاحق، ومثال ذلك الحكم بهدم المدخنة التي أقامها المالك للإضرار بجاره وبتعويضه عما لحقه من خسارة، ويمكن للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط أو الاكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لحالة التعسف.⁽¹⁾

الفرع الثاني

الجزاء الوقائي

هو جزاء يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ويحول دون وقوع الضرر أصلاً⁽²⁾ وهذا الجزاء يميز نظرية التعسف في استعمال الحق ويهدف إلى منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضررٌ ما، فيلتجأ صاحب الحق إلى القضاء مطالباً بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله، هنا يتأكد القاضي قبل إجابة طلب المدعي من وجود الحق من جهة ومن أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى .

ويرفض القاضي طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالتعسف ويترتب على ذلك منع الاستعمال التعسفي أصلاً ، مثال ذلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه ، إذا كان قد تصرف في حق استغلاله مالياً، إلا بعد الحصول على إذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك .

ومن تطبيقات المشرع للجزاء الوقائي مايلي :

_ إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتنازل لجا ره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل ...⁽³⁾ .

1- د/ محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 72-73.

2- د/ حسن كيرة ، مرجع سابق ، 792.

3- انظر المادة 928 ق م م، والمادة 788 ق م ج.

ـ "لمالك العقار المر تفق أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المر تفق ، أو لم تبقى له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المر تفق به"⁽¹⁾.

في مثل هذه الحالات يؤدي تطبيق مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق إلى إنهاء الحق ذاته، ومن ثمة لا يوجد مجالاً للتعسف في استعماله، ويحكم بالتعويض على المتعسف بعد إثبات التعسف طبقاً للقواعد العامة أي على من يدعي التعسف فإذا ادعى شخص أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره يقصد بها الإضرار به وكذلك الحال في تشييده مدخنة للإضرار به، فإن عليه إثبات ادعائه.

وانعدام مصلحة صاحب الحق في استعماله أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة تمنع الضرر عن الجار يعتبر قرينة على التعسف⁽²⁾ .

إنه ومقارنةً مع ما جاء في جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي نجد أن هناك توافقاً بين القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي في الجزاء الدنيوي سواءً أكان مادياً أو عينياً، ولكن تميزت الشريعة الإسلامية في اعتبار الجزاء الأخروي بهذا الشأن كما كان موضعاً في الفصل الأول من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

لقد قرّر القانون لكل شخص مجموعة من الحقوق حيث تكون الحرية الكاملة لصاحبها في استعمالها في أوجه النفع. ومن أهم الحقوق التي نصت عليها التشريعات حق الملكية؛ وقد ارتبط التعسف باستعمال هذا الحق منذ القدم نتيجة ممارسته ويعتبر حق الملكية مجالاً واسعاً لانتشار التعسف في استعمال الحق.⁽³⁾

¹ - انظر المادة 1029 ق م م.

² - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 139.

³ - radmila, KOVACEVICVIC-KUSTRIMOVIC, le domaine de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit , faculté de droit à Nice , 1995, p41, <http://www.facta.junis.ni.ac.rs>.

وقد جاءت نظرية التعسف في استعمال الحق لتقييد المالك ويظهر ذلك في تعسف المالك في علاقات الجوار (المطلب الأول)، كذلك فإنّ التعسف في استعمال الحق يكون في ميدان علاقات العمل حيث يتوفر الحق لصاحب العمل في إنهاء علاقة العمل لأي من العمال (المطلب الثاني)، ولعل هذه المجالات هي أهم التطبيقات التي جسدت فيها التشريعات نظرية التعسف في استعمال الحق بشكل واسع ويمكن القياس عليها في ميادين أخرى .

المطلب الأول

تعسف المالك في علاقات الجوار

عُرف الجوار على أنّه تلاصق عقارين أو أكثر كما أن المضار الناتجة عن علاقات الجوار يجب أن تكون أضراراً تُجاوز الحد المألوف حيث لا يمكن تجنبه بين الجيران فمسؤولية المالك تكون عن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار⁽¹⁾ لأنّ الجوار ما هو إلّا نتيجة حتمية للتجمع الإنساني والذي يفرض على المالك المتجاورين احترام بعضهم بعض وعليه وجب على الجار في حالة حدوث أضرارٍ خارجةٍ عن المعقول أن يتحمل مسؤوليته⁽²⁾. ويظهر التعسف في القيود التي فرضها المشرع على المالك في علاقات الجوار وعليه سوف نتناول التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه (الفرع الأول)، التعسف في الحقوق التي ترجع لتلاصق الجوار (الفرع الثاني)، التعسف في حق المرور (الفرع الثالث)

الفرع الأول

التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه

تستمد قيود الجوار الخاصة بالمياه التي فرضها المشرع الجزائري للحد من سلطة المالك لفائدة جيرانه من نصوص القانون المدني الجزائري وبالذات نص المادة 692 ق م ج⁽³⁾، حيث راعى المشرع تجاور الأراضي الزراعية وحاجياتها لمياه الري والتخلص من المياه

¹ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 73 - 74

² - د/أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، 1983، ص 130 .

³ - تنص المادة 692 ق م ج على " الأرض ملك لمن يخدمها وتعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة بالنصوص الخاصة بالثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالبحث والتوزيع واستعمال، واستغلال المياه .

الزائدة عن حاجة الري وذلك عن طريق أرض الجار، ويكون التعسف هنا في كل من حق الشرب والسقي (أولاً) وكذلك حق المجري و الصرف.(ثانياً)

أولاً: حق الشرب والسقي

1- المقصود بحق الشرب والسقي والقيّد الوارد عليهما :

استعمل المشرع الجزائري حق الشرب (**droit d'irrigation**) في الباب الرابع من قانون المياه ⁽¹⁾، حيث نص على أنّ المياه الصالحة للشرب تعني المياه الصالحة للاستهلاك والاستعمال المنزلي⁽²⁾، وحقّ الشرب هو حقّ الشخص في أن يروي نفسه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر⁽³⁾، هذا المعنى يختلف عن المعنى المقصود من قيد الشرب والسقي والذي يعني حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم من المسقاة التي تخص صاحبها والذي وضع لتقادي تعسف صاحب المسقاة في التعسف في استعمال حقه⁽⁴⁾؛ وقد نص المشرع المصري بالمقابل على حقّ الشرب والقيّد الوارد عليه في المادة 808 من ق. م م التي تنص: "من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ريّ أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها" تنص المادة 10 من قانون الري والصرف المصري " إنّ لأصحاب الأراضي التي تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضي المذكورة ويفصل مفتش الري والصرف بقرار نهائي في كل نزاع ينشأ في كيفية استعمال هذا الحق " فالقاعدة أن من أنشأ مسقاة خاصة كان له وحده حق استعمالها لكن المشرع وضع قيداً خطيراً على هذا الحق الذي للمالك في أن يستأثر باستعمال مسقاته، إذ أجاز للملاك المجاورين أن يستعملوا هذه المسقاة فيما تحتاجه أراضيهم من ريّ بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها⁽⁵⁾.

1- قانون رقم 12-05، مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426، الموافق لـ 4 أوت 2005م يتعلق بالمياه. ج.ر عدد 60 المؤرخة في 30 رجب عام 1426 الموافق لـ 4 سبتمبر 2005 م.

2- انظر المادة 111 من قانون المياه.

3- د/ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية والأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر د. س. ن، ص 26.

4- وزارة عواطف، مرجع سابق، ص 103-104.

5- د/ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 73.

2- مظاهر التعسف في حق الشرب والسقي

إنَّ إعطاء حقَّ الشرب والسقي لكل من المالك والملاك المجاورين فيه تغليبٌ لمصلحة عامةٍ راجحةٍ على مصلحةٍ خاصةٍ، فمالك المستقاة مصلحته في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملاً دون شريكٍ له في المسقاة حتى ولو فاضت عليه المياه لكن هذه المصلحة ضعيفةٌ تتطوي على أنانيةٍ لا مبرر لها ويتغلب على هذه المصلحة مصلحة الملاك المجاورين فإذا كان لصاحب الأرض مسقاةً وقد استوفى حاجياته منها فيكون من حق جاره سقي أرضه فإذا قام المالك بمنع جاره يكون متعسفاً في استعمال حقه على الرغم من حقه في الاحتفاظ بالمياه لنفسه .

ثانياً : حق المجرى والصرف

1- حق المجرى: (droit de passage d'eau ou d'equeduc)

المقصود بحق المجرى: هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرضه غيره المياه الكافية لري أرضه^(١)، ويجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضاً عادلاً.

2- حق الصرف: (droit d'écoulement d'eaux)

أ_المقصود بحق الصرف: هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف الماء الزائد عن حاجة أرضه، فيجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرفٍ عموميٍّ، بشرط أن يحصل المالك على تعويض. فحق الصرف يعطيه القانون لمالك الأرض البعيدة عن المصرف المملوك للجار بعد أن يستوفي الجار حاجياته، أو في أن ينشئ مصرفاً خاصاً على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام^(٢).

¹ - د/ عيد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه ، ص 75.

² - زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علماً وعملاً ، منشورات المكتبة العصرية ، لبنان ، 1962 ، ص 220.

3_ مظاهر التعسف في حق المجرى والصرف : إذا قام مالك الأرض بمنع جاره من وضع قنوات للاستفادة من المياه ولا يوجد له مورد آخر أو كانت موارده غير كافية لزي أرضه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، فعلى الرغم من مصلحته من الانتفاع بأرضه كاملة، لكن هذه المصلحة ضعيفة مقابل الضرر اللاحق بالجار.

والأمر ذاته بالنسبة للصرف، حيث يعتبر مالك الأرض متعسفاً في استعمال حقه إذا قام بمنع جاره من استعمال مصرفه لصرف المياه الزائدة أو استعمال لأرضه لتصب في أقرب مصرفٍ عمومي؛ فعلى الرغم من حق المالك في أن يستأثر بالمصرف لنفسه بما أنه هو الذي قام بإنشائه بحيث يكون له مصلحة في أن لا يشاركه أحد في ذلك، وله أيضاً الحق في أن ينتفع بأرضه .

الفرع الثاني

التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار

يثير التلاصق في الجوار نزاعات عديدة بين الجيران .ولتجنبها فرض المشرع قيوداً على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق⁽¹⁾.

وتتوفر في القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين (أولاً)، القيود الخاصة بالمطلات والمناور (ثانياً)

أولاً : القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين

تتضمن الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكين في المواد من 704 إلى 707 من ق م ج؛ وتنظم نصوص هذه المواد ملكية الحائط المشترك وسلطات المالك في الاستعمال والتصرف والحائط الفاصل هو الذي يفصل بين بنائين فلو فصل بين أرضين أو بين أرض وبناء لما كان حائطاً فاصلاً، ولقد ميز المشرع بين الحائط المملوك الواحد من الجيران والحائط المملوك ملكية مشتركة.

¹ - pierre_ CLAUDE LAFOND ,L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage, la revue juridique Thémis, éditions Thémis inc, faculté de droit , université de Montréal,1999,p249
<http://www.themis.umontreal.ca>

1- الحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران

قيّد المشرع حرية المالك في ملكيته للحائط لصالح جاره وذلك بموجب المادة 2/708 من ق م ج⁽¹⁾ وتقابلها المادة 2/818 من ق.م.م والتي قيّدت سلطة المالك في هدمه للحائط الفاصل مختاراً دون عذرٍ قويٍّ إذا كان يسبب ضرراً لجاره الذي يستتر ملكه؛ بمعنى أن المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنةً مع ما يصيب الجار من ضررٍ، وهذا تطبيقٌ لنظرية التعسف في استعمال الحق والمعيار المستعمل في هذه الحالة يقوم على موازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها والضرر بدرجةٍ كبيرة.

2- الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران

نظم المشرع حقوق والتزامات مالكي الحائط الفاصل ملكية مشتركة بين الجيران في المواد 704 إلى 707 من ق.م. ج، ذلك أن الاشتراك في الملكية يقتضي بذاته قيوداً على ملكية كل شريك .

ونستخلص من نص المادة 704 من ق.م. ج، أن استعمال الشريك للحائط يجب أن لا يتعارض مع الغرض الذي خصص له، وأن لا يحول دون استعمال الشريك الآخر، وأن لا يكون من شأنه تحميل الحائط فوق طاقته؛ فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعليته في نص المادة 1/705 ق.م. والمادة 1/814 من الق.م.م. والتي تشترط توفر شروط وهي :

- للشريك مصلحة جديّة في تعلية الحائط كبناء طابق آخر فوق طبقات بنائه، شرط أن لا تلحق التعلية ضرراً بليغاً بالشريك الآخر.
- أن يقوم الشريك بعمل ما يلزم حتى لا يؤثر البناء الناشئ من التعلية على متانة الحائط.

- تحمل الشريك نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى⁽²⁾.

¹- تنص المادة 708 من ق م ج على: "ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط."

²- وزارة عواطف ، المرجع السابق ، ص ص 142-145

3- مظاهر التعسف بالنسبة للحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين

إن استعمال الشريك للحائط المشترك يجب أن لا يحول دون استعمال الشريك الآخر له؛ فإذا قام أحد المالكين بتعلية هذا الحائط ونتج عن ذلك حجب الضوء عن جاره، فيعد هذا تعسفاً في استعمال الحق⁽¹⁾، وكذلك من مظاهر تعسف المالك الشريك للحائط تحميله فوق طاقته من العوارض مما يجعله مهدداً، وليس للجار أن يفتح مطلات أو مناوِر لأنّ هذا يتعارض مع الغرض الذي أُعد له وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما.

ثانياً : القيود الخاصة بالمطلات والمناوِر

تنظم هذه القيود المواد من 709 إلى 711 من الق. م. ج. حيث تقضي بأن الأصل للمالك الحرية في أن يبني على حافة ملكه ما يشاء له من بناء، وأن يفتح في هذا البناء ما يشاء من فتحات للنظر والتهوية؛ لكن القانون يفرض قيوداً في هذا الصدد وهي قيودٌ مشتركة تفرض على كل الملاك وأساسها توفير الحرية والسكينة، وتدرأ أسباب كثير من المضايقات التي تنشأ بسبب وجود مطلٍ على ملك الجار.

1- المطلات: (vues)

يقصد بها الفتحات التي تمكن من النظر إلى الخارج كالنوافذ والشرفات والمطل إما أن يكون مواجهاً (vues droites) يمكن الإطلاع منه على ملك الجار مباشرة دون الحاجة إلى الالتفات يميناً أو يساراً، وإما أن يكون مطلاً منحرفاً (vues obliques) وهو المطل الذي لا يمكن الإطلاع منه إلى ملك الجار إلا بعد الالتفات يميناً أو يساراً⁽²⁾.

وقيّد المشرع من حرية فتح المطل فأوجب التقييد بمسافة معينة تختلف من حيث نوع المطل، مواجهاً أو منحرفاً، فبالنسبة للمطل المواجه، نجد أنّ المشرع الجزائري قيده في نص المادة 709⁽³⁾ من ق م ج بمسافة مترين تقاس من ظهر الحائط الذي يوجد به المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة وتقابلها المادة 1/819 والمادة 820 ق.م.م .

¹ - محمد وحيد سوار، مرجع سابق، ص 218.

² - زهدي يكن، مرجع سابق، ص 117.

³ - تنص المادة 709 من ق م ج " لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من النّتو وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها. أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل .

فالمطل المواجه يعد أكثر المطلات مضايقة للجار المفتوح عليه المطل، فإذا كان المطل نافذة مثلاً في حائط المبنى، أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبدائية، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية^(١)؛ فإذا كانت المسافة بين خط البداية والنهاية مترين أو يزيد على ذلك كان المطل مفتوحاً في الحدود القانونية وإذا قل عن مترين كان المطل مخالفاً للمسافة القانونية، وإذا قل عن مترين كان المطل مخالفاً للمسافة القانونية. وإذا كان المطل شرفاً فإن نقطة البداية هي حافة هذه الشرفة ونقطة النهاية هي الخط الفاصل بين عقارين، و يجب أن تكون المسافة بين هاتين النقطتين لا تقل عن مترين، أما بالنسبة للمطل المنحرف فقيده المشرع في نص المادة 710 من ق. م. ج. بمسافة ستون سنتيمتر من ظهر الحائط أو الحافة الخارجية للشرفة ويرفع هذا القدر إذا كان المطل المنحرف على العقار مواجهاً للطريق العام⁽²⁾.

2- المناور:

يقصد بها الفتحة التي تسمح بمرور الهواء ونفاذ الضوء دون أن تمكن من النظر منها إلى ملك الجار. فهذه الفتحات لا تضر بالجار فهي لا تسمح بالإطلال عليه، فيجوز فتحها في بناء مقام على حافة الحد الفاصل دون التقيّد بمساحة معينة. ولكن يجب أن يقدر ارتفاعها على أرضية الغرفة بمترين⁽³⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 711⁽⁴⁾ من ق. م. ج. فإذا تم فتحها على ارتفاع يقل عن مترين من أرضية الغرفة، يجوز للجار الاعتراض على ذلك مطالباً بسدّه⁽⁵⁾.

3- مظاهر التعسف في فتح المناور والمطلات :

إن للمالك كقاعدة عامة له الحق أن يفتح مطلات في بنائه، لكن إذا قام بفتح نافذة في ملك الجار حيث يمكن النظر من خلالها لملك الجار ولم يحترم المسافة المنصوص عليها قانوناً، يكون متعسفاً في استعمال حقه.

1- د/ محمد كامل مرسى باشا ، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) ، منشأة المعارف ، مصر ، 2005 ، ص332.

2- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2003 ص 60-61

3- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 118

4- تنص المادة 711 ق م ج على " لا تشترك أية مسافة لفتح المناور ، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها ولا يقصد بها مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور" .

5- رمضان أبو السعود ، المرجع نفسه، ص ص 63-64

كذلك الأمر بالنسبة للمالك الذي يقوم بفتح المناور ولكن يحترم المسافة المنصوص عليها قانوناً وهي مترين بالنسبة للمطل المواجه وستون سنتمتر بالنسبة للمطل المنحرف؛ في هذه الحالة يكون متعسفاً في استعماله حقه وقد حدّد المشرع المصري بأن تعلو قاعدة المناور على قامة الإنسان المعتادة أو أنه يلقي منها مخلفات منزله فتسقط في ملك الجار ويجوز للجار أن يطلب سدّها (١).

الفرع الثالث

التعسف في حق المرور

أولاً : القيد الخاص بالمرور

وُجد الطريق العام من أجل تحقيق المنفعة العامة، فليس لأحد الحق فيه أكثر من غيره، لذلك راعى المشرع حالة العقار المحصور وأعطى لصاحب هذا الأخير حق المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام (٢)، وقد أقر المشرع الجزائري ذلك في المادة 693 ق. م. ج. (٣).

ويتحقق الحصر طبقاً لنص المادة 693 من ق. م. ج. في حالتين:

- الأولى: أن لا يصل بين الأرض والطريق العام أي ممر

ـ الثانية: فهي التي يكون فيها للأرض ممر إلى الطريق العام ولكن الممر غير كاف أو غير ممكن المرور إليه إلا بمشقة كبيرة، أو أنها تكلف المالك بذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار.

وعليه لا يلزم لاعتبار الأرض محصورة أن يكون الحصر كلياً، بل يكفي أن يكون جزئياً. فإذا كان للأرض ممر خاص بالراجلين ثم بني فوقها مصنعاً وكان بحاجة إلى عربات لنقل المنتوجات، فيصبح الممر غير كافٍ لمرور العربات أصبحت بمشقة، ونفقات توسيعه

¹- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 120.

²- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري الجديد، حق الملكية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان

1998، ص 694.

³- تنص المادة 693 ق م ج على مايلي: "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك".

باهظة؛ و مسألة كون الأرض لا منفذ لها إلى الطريق العام مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁽¹⁾.

ولقد وضع المشرع الجزائري جملةً من الضوابط والشروط لممارسة حق المرور تتمثل في وجوب تحقق الحصر أو عدم كفاية الممر، وأن يكون الممر ضرورياً لاستعمال العقار واستغلاله، لا يكون الحصر ناتجاً عن إرادة المالك، وألا يكون هناك حق المرور اتفاقي وعلى سبيل الإباحة. بالإضافة إلى ملائمة حق المرور للملاك الآخرين بأن يتم اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها المرور أخف ضرار عليهم .

فإذا تحققت هذه الشروط يكون الجار مالك الأرض المحصورة حق المرور في أرض جاره للوصول إلى الطريق العام وذلك مقابل تعويض مناسب للأضرار التي تنجم من جراء استعمال هذا الحق؛ فالعبرة في التعويض تكون بالضرر وليس بالمنفعة فإذا لم يوجد ضرر فلا تعويض وكل ضرر بهذا المعنى يرتب تعويضاً منفرداً.

لقد أخضع المشرع حق المرور إلى نظام التقادم الذي أثر في حيابة الممر طبقاً للمادة 699 ق م ج، وينقضي حق المرور طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بحقوق الارتفاق المنصوص عليها في المادة 878 من نفس القانون بزوال الضرورة التي أدت إلى إنشائه، ويتحقق ذلك بزوال الانحصار وبالتالي انقضاء الحاجة إلى الارتقاء وذلك ما لم يتم حيابة الممر لمدة خمسة عشر سنة إذ يكتسب هذا الحق بواسطة الحيابة التي تصبح بمثابة سند الملكية⁽²⁾

ثانياً: مظاهر التعسف في استعمال حق المرور

أقر المشرع حق المرور لمالك العقار المحصور حتى يمنع جاره من التعسف في استعمال حق ملكيته، بمنع مالك العقار المحصور من الوصول إلى الطريق العام كأن يقوم ببناء جدار أو إقامة شباكٍ عازلٍ عن الحدود التي تفصل بين العقارين، ففي مثل هذه الحالات يعتبر مالك العقار المرتفق قد قصد الإضرار بجاره فهو يعتبر متعسفاً في استعمال حقه.

في المقابل أقر المشرع مجموعة من الشروط والضوابط حتى لا يتعسف مالك العقار المحصور في استعمال حقه في المرور، وبمخالفة الشرط يعتبر متعسفاً في استعمال حقه:

¹- رمضان أبو السعود ،مرجع سابق ، ص 49

²- وزارة عواطف ، مرجع سابق ، ص 129

1- أن يكون حق المرور ضرورياً لاستعمال العقار واستغلاله، ومن هنا فإن هذا الحق يخضع في وجوده وفي مداه لحاجيات هذا الاستعمال والاستغلال؛ فإذا كانت الأرض المحصورة زراعية فإن الممر المطلوب هو الذي يسمح بمرور الآلات الزراعية كالجرار أما إذا كان العقار المحصور مسكنً هادئاً وكان لصاحبه سيارةً فالممر اللازم هو الذي يسمح بمرور السيارة فإذا تعدد توسيع الممر على نحوٍ مبالغٍ فيه يتنافى مع طبيعة استعمال واستغلال المسكن يعتبر متعسفاً في استعمال حقه. (1)

2- أن لا يكون الحصر ناتجاً عن إرادة المالك، ففي هذه الحالة لا يكون العقار محصوراً لوجود ممر يوصله بالطريق العام، لكن المالك بفعله تسبب في تحقيق انحصار أرضه فلا يجوز له مطالبة جيرانه بحق المرور، كان يقوم ببناء مخزن على الممر فهنا يعتبر متعسفاً في استعمال حقه.

3- أن لا يكون لمالك الأرض المحصورة حق مرور اتفاقي أو على سبيل الإباحة ففي هذه الحالة لا يجوز لمالكه مطالبة جيرانه بممرات أخرى توصله إلى الطريق العام على أساس حقه في المرور فإذا قام بفتح عدة ممرات توصله إلى الطريق العام يعتبر متعسفاً حقه نتيجة قصد إضراره بالملاك الآخرين .

4- ملائمة حق المرور للملاك الآخرين؛ أي يجب اختيار الممر في الأرض التي يكون فيها المرور أخف ضرراً على الجيران، كأن يكون هناك أرض بور وأخرى زراعية فيتم اختيار الممر في الأرض البور، فإذا قام مالك العقار المحصور بفتح الممر بالأرض الخصبة فسيلحق بالمالك ضرراً بليغاً مقابل الفائدة المحققة للعقار المحصور (2)

وقد طبقت المحكمة العليا من خلال قراراتها المتعددة، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق حينما قضت بأنه:

" من المقرر قانوناً أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار، يجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن جيران المدعي تضرروا

1- د/ محمد كامل مرسى باشا، مرجع سابق ، ص 399

2- وزارة عواطف ، مرجع سابق، ص 127.

من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما ألزمهم بالدخول إلى منزلهم بطريق بعيد، فإن قضاء المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه يتناقض الأسباب وانعدام التسبب ليس في محله ⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التعسف في علاقات العمل

إن عقد العمل هو عقد يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إرادته وإشرافه مقابل أجرٍ يتعهد به المتعاقد الآخر ⁽²⁾. ومن السلطات التي يملكها رب العمل هو توقيع العقوبات التأديبية على العامل ومن هذه العقوبات إنهاء عقد العمل وقد يكون هذا الأخير تعسفياً ومن خلال هذا وجب معرفة المقصود بالإنهاء التعسفي (الفرع الأول)، الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفياً وفقاً لنص المادة 73 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل (الفرع الثاني)، حالات الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها أو إنهاؤها بصفة قانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بالإنهاء التعسفي لعلاقة العمل

إن الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل هو إنهاء غير مشروع ومخالف لأحكام قانون العمل. فلصاحب العمل سلطة إيقاف أو فصل العامل وذلك بموجب علاقة التبعية التي تربط بين العامل ورب العمل، وذلك حماية لمصالح رب العمل من جهة وضماناً لاستقرار وفعالية النظام في المؤسسة من جهة أخرى.

وعليه يكون الإنهاء تعسفياً إذا لم تتوافر لدى الطرف الراغب في إنهاء العقد مصلحة مشروعة من وراء هذا الإنهاء وفقاً للنص العام الذي يتضمن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، حيث إن الإنهاء يصدق عليه وصف التعسف إذا كان الطرف الراغب في

¹- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/06/25 ، قضية رقم 148810 ، نقلاً عن محمد الصغير بعلي، مرجع سابق ، ص 191.

²- عبد الله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط

الإنهاء قد أراد من وراء ذلك مجرد الإضرار بالطرف الآخر، أو تحقيق مصلحة تتصف بعدم المشروعية، أو حتى ولو انطوت المصلحة على المشروعية ولكنها لا تتناسب البتة مع ما يصيب المتعاقد الآخر من ضرر من جراء الإنهاء.⁽¹⁾ وبعبارة أخرى فإنّ الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل هو كل تصرف من قبل صاحب العمل أو العامل بقصد إنهاء عقد العمل بدون مبرر ويهدف إلى الإضرار بالطرف الآخر.⁽²⁾

غير أنّ سلطته هذه مقيدة في حدود الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في قانون العمل للأنظمة الداخلية مجال تحديد الأخطاء والعقوبات الموافقة لها، بما فيها عقوبة العزل أو التسريح التأديبي وهو ما خلق مشكلاً كبيراً، إذ تباينت الأنظمة الداخلية للمؤسسات الاقتصادية في تحديد الأخطاء التي توجب التسريح، فما يعد خطأً جسيماً في مؤسسة ما يستوجب التسريح، لا يعد كذلك في مؤسسة أخرى، وهو ما جعل المشرع في تعديله للمادة 73 بموجب قانون 29/91⁽³⁾ يلجأ إلى حصر الأخطاء الجسيمة التي ينجم عنها التسريح، وذلك ضماناً لعدم تعسف أصحاب العمل، وأيضاً لتقادي مشكل آخر كان قائماً في ظل المادة 73 قبل لتعديلها، وهو يخص المؤسسات التي كانت تشغل أقل من 20 عاملاً وبالتالي فهي غير ملزمة بوضع قانون داخلي.

الفرع الثاني

الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفياً وفقاً لنص المادة 73 من قانون 90-11⁽⁴⁾
المتعلق بعلاقات العمل

تنص المادة 73-4 المدرجة بالمادة 9 من قانون 29/91 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: "إذا حدث تسريح العامل خرقاً لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفياً وعليه فإن الحالة التي يعتبر فيها التسريح تعسفياً هي:

¹ - د/ عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص ص 698-699.

² - عبد الله فواز حمادنة، مرجع سابق، ص 13.

³ - قانون رقم 91-29 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق لـ 21 ديسمبر سنة 1991 ج ر عدد 68 الصادرة في 18 جمادى الثانية عام 1412 هـ الموافق لـ 25 ديسمبر 1991م المعدل والمتمم للقانون 90-11 المؤرخ في 12 أبريل لسنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل.

⁴ - قانون 90-11، مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، السنة 27، مؤرخة في 1 شوال 1410، الموافق لـ 25 أبريل 1990، معدل ومتمم.

إذا وقع خارج حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 73، ذلك أن هذه الحالات وردت على سبيل الحصر، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 4 جوان 1994⁽¹⁾.

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

تسريح العامل أجبر في غياب النظام الداخلي: تنص المادة 73-2: "يعلن عن التسريح المنصوص عليه في المادة 73 أعلاه ضمن احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي". إذ يتبين من خلال هذه المادة أنه لا يمكن للمستخدم أن يتخذ قرار التسريح إلا بوجود نظام داخلي في مقر الهيئة المستخدمة، وبمفهوم المخالفة فإن كل تسريح تأديبي متخذ من قبل صاحب العمل في غياب النظام الداخلي يعد تعسفيا.

إذا وقع تسريح العامل خرقاً للإجراءات التأديبية القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة فإنه يعد تسريحاً تعسفياً.

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

وفي الواقع أن تسريح العامل كما هو محدد بقانون رقم 29/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل في نص المادة 73 بأنه: "يعتبر قرار التسريح تعسفيا، وذلك رغم أن قرار التسريح جاء منفذاً أو طبقاً لكل الإجراءات القانونية والاتفاقية الملزمة المحددة بالأنظمة الداخلية للمؤسسات، ولكن رغم هذا يكون التسريح تعسفياً نظراً لكون الخطأ المنسوب للعامل غير

¹ - قرار عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 135452، 4 جوان 1994. المجلة الجزائرية للعمل، عدد 22، 1998.

ثابت في حقه، ومثال ذلك أن يطرد صاحب العمل العامل من منصبه على أساس أنه شتمه ويستدل صاحب العمل ببعض العمال على أساس أنهم شهود وفي الأخير تبين أن العمال صرحوا في المحاضر بأنهم لم يسمعوا الشتم الموجه لصاحب العمل، فهنا إجراءات الفصل صحيحة، ولكن الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت الدليل وغير مسبب، إذن عدم ثبوت ارتكاب الخطأ من قبل العامل يجعل التسريح التأديبي حتى ولو تم وفقاً للإجراءات التأديبية تسريحاً تعسفياً، وهو المبدأ الذي أقرته وأكّده المحكمة العليا في عدة قرارات لها ومنها القرار الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2001 القاضي ب: "من الثابت أن الخطأ المنسوب لما يكون غير ثابت أو غير قائم يجعل قراراً التسريح تعسفياً ولو احترمت الإجراءات التأديبية".⁽¹⁾

وهو تسريح العامل عند انتهاء مدة عقد العمل المبرم مخالفةً للمادة 12 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل سالف الذكر، ذلك أن عقد العمل المحدد المدة ينصب على إنجاز أعمال ذات طبيعة مؤقتة أو موسمية، وهي الأعمال التي تقتضي مدةً محدودةً لإنجازه، وذلك طبقاً لما ورد في المادة 12 من قانون رقم 90/11 المتممة بالمادة 2 من قانون 21/96⁽²⁾ التي تنص على أنه: "يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحةً أدناه:

- أ- عندما يوظف العامل لتنفيذ عملٍ مرتبطٍ بعقود أشغالٍ أو خدماتٍ غير متجددة.
 - ب- عندما يتعلق الأمر باستخلاف عاملٍ مثبتٍ في منصبٍ تغيب عنه مؤقتاً، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه.
 - ج- عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغالٍ دورية ذات طابعٍ متقطع.
 - د- عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية.
 - هـ- عندما يتعلق الأمر بنشاطاتٍ أو أشغالٍ ذات مدةٍ محدودةٍ أو مؤقتةٍ بحكم طبيعتها.
- ويبين بدقة عقد العمل في جميع هذه الحالات مدة علاقة العمل، وأسباب المدة المقررة".

¹- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، ملف رقم 212611 بتاريخ 13 فيفري 2001، مجلة قضائية، عدد 1، 2002، ص 177.

²- أمر رقم 96-21 مؤرخ في 23 صفر عام 1917 الموافق لـ 9 يوليو سنة 1996 ج ر عدد 43 الصادرة في 24 صفر عام 1417 الموافق لـ 10 يوليو سنة 1996 يعدل ويتم قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 افريل 1990.

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

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

كما أن إبرام عقد عمل محدد المدة خارج عن إحدى الحالات المذكورة في المادة 12 من قانون 11/90 فإن هذا يجعله عقد غير محدد المدة طبقاً للمادة 14 من قانون 11/90، ومن ثمة يعتبر تسريح العامل عند انتهاء مدة العقد المبرم مخالفة للمادة 12 ودون ارتكاب خطأ جسيم منه يعد تسريحاً تعسفياً.

أما بخصوص الأفعال الجزائية التي يعاقب عليها التشريع الجزائي، والتي تعد أخطاءً جسيمةً حسب نص المادة 73 من قانون رقم 11/90 المعدلة والمتممة بالمادة 2 من قانون 29/91 "وعلاوةً على الأخطاء المهنية الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي" فإن المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 17 جانفي 2001 اعتبرت أن الخطأ المهني المؤدي إلى إنهاء علاقة العمل والذي يشكل جريمةً في القانون الجزائي لا يمكن اعتماده كسبب للتسريح، ما لم يثبت وقوعه بحكم قضائي نهائي حائز قوة الشيء المقضي فيه قبل التسريح من العمل، إذ جاء في قضية رقم 211629 بين (م.أ) و (ص.م) وفي حيثيات قرار المحكمة العليا أنه: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المنتقد تبين منه أن قاضي الدرجة الأولى أسس قضاءه بأن تهمة السرقة المنسوبة للعامل تعد من الأخطاء التي يعاقب عليها

القانون الجزائي والتي لا يمكن إثباتها في حق العامل إلا بموجب حكم قضائي نهائي بإدانتها وفي قضية الحال فإن هذه التهمة تبقى مجرد اتهام غير ثابت في حق العامل بانعدام الحكم القضائي.

وحيث أنه من الثابت من اجتهاد المحكمة العليا أن الخطأ المهني المؤدي إلى إنهاء علاقة العمل والذي يكون جريمة في القانون الجزائي لا يمكن اعتماده كسبب للتسريح ما لم يثبت وقوعه بحكم نهائي حاز قوة الشيء المقضي فيه قبل الإعلان على التسري

وحيث أن قاضي الدرجة الأولى لما أسس قضاءه بأن طرد العامل لا يوجد ما يبرره بانعدام الحكم القضائي المثبت للخطأ فإن قضاءه مطابق للاجتهاد القضائي".⁽¹⁾

الفرع الثالث

حالات الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها أو إنهائها بصفة قانونية

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

أولاً : الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها

من بين أسباب تعليق علاقة العمل والتي تمكن لصاحب العمل أن يتخذها حجة لإنهاء علاقة العمل كلياً، العطل المرضية وحرمان العامل من حريته، وممارسة الحق النقابي

1_ العطل المرضية :

هي تلك العطل التي يعتبرها تشريع الضمان الاجتماعي⁽²⁾ من العطل الممنوحة للعامل بسبب حالته الصحية البدنية أو العقلية أو بسبب عجز مؤقت عن العمل أو بسبب حوادث العمل أو الأمراض المهنية، أو العطل الممنوحة للعاملة بسبب الحمل والولادة وما ينفرد به

¹- قرار صادر عن المحكمة العليا 2001/01/17 ، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2002، ص 173.
²- قانون رقم 83-11، مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ، الموافق لـ 2 جويلية سنة 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، معدل ومتمم ج.ر. السنة 20، عدد 28، المؤرخة في 24 رمضان عام 1403 هـ، الموافق لـ 3 جويلية سنة 1983 م ..

هذا النظام القانوني الجزائري في هذا الشأن، أن العامل الذي ينقطع لهذه الأسباب لا يتقاضى أجراً، بل أداءات يتكفل بها الضمان الاجتماعي، وقد نص المشرع المصري في المادة الخمسون 50 من قانون العمل المصري في فقرتها الأخيرة على أنه "لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل بسبب المرض إلا بعد استنفاد المدد المشار إليها"⁽¹⁾.

و تعليق علاقة العمل بسبب المرض ليس سبباً من أسباب الإنهاء، غير أنه إذا استقال لمدة طويلة من شأنها الإخلال الجسيم في سير العمل، إذ لا سبيل لدفعه إلا بإحلال العامل المريض بآخر كان للمرض الطويل أثراً منهيّاً للعقد.

غير أن صاحب العمل قد يستغل فرصة مرض العامل لإنهاء علاقة العمل، وأهم ما يميز القانون الجزائري أثناء مرض العامل أو عجزه أن مراقبة العامل والتأكد من مرضه حق مخول لهيئة الضمان الاجتماعي لوحدها، غير أن هذا لا يعفي العامل من ضرورة إخبار صاحب العمل، فقد يؤدي عدم الإخبار بالمرض إلى فسخ علاقة العمل بسبب إهمال المنصب فلا يجوز لصاحب العمل عزل العامل بسبب المرض إلا بعد استنفاد مدة الإجازة المرضية التي يستحقها قانوناً، سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة فيبقى عقد العمل خلال مدة الإجازة المرضية المستحقة موقوفاً، وذلك لأن مرض العامل لا يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى فسخ العقد بين العامل وصاحب العمل بقوة القانون فقيام صاحب العمل بفصل العامل خلال مدة إجازته المرضية يعد ذلك فصلاً تعسفياً موجباً للتعويض⁽²⁾، فلا يجوز لصاحب العمل استعمال حقه في إنهاء عقد العمل أثناء الإجازة المرضية للعامل، فليس من المعقول أن يقرّر القانون للعامل إجازة مرضية ويجيز لصاحب العمل في نفس الوقت الحق في إنهاء العقد في أثناء المرض، كما أن هذا الحكم ينطبق على كل الإجازات سواء المرضية أو العطل السنوية⁽³⁾، فالفصل في هذه الحالة يعد تعسفياً سواء كان العقد

¹- أنظر عصام أنور سليم ، مرجع سابق ، ص 703.

²- قرار النقض الصادر عن محكمة النقض المصرية في 28/12/1981 ومنطوقه: "العبارة في سلامة قرار الفصل وفيما إذا كان صاحب العمل قد تعسف في فصل العامل أو لم يتعسف - وعلى ما جرى بقضاء محكمة النقض - بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت الفسخ لا بعده ، وكانت الطاعة قد تمسكت بأنها فصلت المطعون عليه بإتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة 64/7 من القانون رقم 61 لسنة 1971 ، إذ كان ذلك ، وكان الثابت أن المطعون عليه قد انقطع عن العمل اعتباراً من 18/04/1978 وأرسلت الطاعة إنذاراً كتابياً مؤرخاً في 11/05/1978 ثم أعقبته بخطاب الفصل المؤرخ 22/07/1978 فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر فصل المطعون عليه تعسفياً وقضى له بالتعويض تأسيساً على أن تغيبه عن العمل بعذر قهري لمرضه قبل استعمالها لحقها المقرر لها بالقانون في فسخ العقد بالردة المنفردة ، فإنه يكون معيباً بالقصور مما يستوجب نقضه "، نقلاً عن أنور طلبية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررت محكمة النقض ، الجزء الثالث ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، د.س.ن ، ص 134.

³- د/ سيد محمود رمضان ، الوسيط في شرح قانون العمل ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006 ، الأردن ، ص 430.

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

2_ حرمان العامل من حريته:

وهي الحالة التي يتم فيها وضع العامل بالحبس الاحتياطي إلى حين صدور حكم بالإدانة أو البراءة نتيجة ارتكابه لفعل يجرمه القانون فباعتبار أن هذه الحالة تعد حالة من حالات تعليق العمل، فعلى صاحب العمل إعادة إدماج العامل في منصب عمله بمجرد صدور حكم البراءة حيث نصت المادة 65 من قانون 90-11 المتعلق بالعمل على : " يعاد إدراج العمال المشار إليهم في المادة 64 أعلاه ، قانونا في مناصب عملهم أو في مناصب ذات أجر مماثل ، بعد انقضاء الفترات التي تسبب في تعليق علاقة العمل " فإذا أصّر صاحب العمل على إنهاء علاقة العمل وتسريحه، أعتبر متعسفاً في ذلك؛ غير أن الفقه أجمع على أن حكم البراءة ليس في ذاته قرينة على براءة العامل ما عدا الحالات التي يتأسس فيها حكم البراءة على انتفاء الواقعة، أو بعدم صحة الاتهام المنسوب إلى العامل فهنا يعتبر حكم البراءة قطعياً ورفض صاحب العمل لإعادة إدماج العامل في هذه الحالة يعد قرينة قاطعة على تعسفه (1).

3_ ممارسة الحق النقابي :

أصبح الحق النقابي من الحقوق الدستورية في جميع الدول من أجل تكريس حقوق العمال والدفاع عن مصالحهم وهو ذلك النشاط الذي مارسه الممثلون النقابيون في إطار قواعد وأحكام القانون الخاص للنقابات العمالية(2).

حيث تنص المادة 53 من القانون 90/14 (3) " لا يجوز للمستخدم أن يسلط على أي مندوب نقابي بسبب نشاطاته النقابية عقوبة الغزل أو التحويل أو عقوبة تأديبية كيفما كان نوعها"، وبالتالي يمنع على المستخدم اتخاذ أي إجراء تأديبية ضد أحد العمال بسبب

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

2- همام محمد محمود زهران ، المرجع نفسه ، ص 566 .

3- قانون 90-14 مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1410 الموافق ل2 يونيو سنة 1990، يتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي ، ج ر عدد 23 الصادرة في 13 ذو القعدة عام 1410 الموافق ل6 يونيو سنة 1990.

نشاطه النقابي، وعليه أن ييسر عليه القيام بعمله النقابي ومنحه عشر 10 ساعات في الشهر مدفوعة الأجر كوقت عملٍ فعليٍّ لممارسة مهمته النقابية ويتضح من هذا أن فصل العامل بسبب النشاط النقابي يعد فصلاً تعسفياً لا يجيزه القانون؛ وبناءً على ما تقدم فإنّه لا يجوز لرب العمل فصل العامل إذا قام هذا العامل بالانضمام إلى عملٍ نقابيٍّ أو رفض الانضمام ولا يحق لرب العمل فسخ العقد بسبب تنفيذ العامل لقرارٍ من قرارات النقابة المشروعة في أعمالها الجائزة قانوناً .

ثانياً : الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة إنهاؤها بصفة قانونية

يمكن لصاحب العمل أن يتعسف في إنهاء علاقة العمل لأحد العمال متحججاً بتوافر سببٍ قانونيٍّ ينهي هذه العلاقة حتى يعطي الشرعية لهذا الإنهاء والذي قد يجنبه دفع الكثير غير أنه يعتبر متعسفاً في إنهاء تلك العلاقة بالرغم من وجود السبب القانوني لذلك، وهذا لكون هذا الإنهاء إما أن يكون مبالغاً فيه أو أن سلوكه غير المشروع هو الذي دفع بالطرف الآخر إلى اللجوء إلى الإنهاء وهذه ويكون التعسف في حالة الاستقالة والإحالة على المعاش أو التقاعد .

1- الاستقالة :

تعتبر الاستقالة كحالة من حالات أو سببٍ من أسباب إنهاء علاقة العمل من جانب العامل، وهو ما نصت عليه المادة 68 من القانون رقم 90-11⁽¹⁾، إذ أنّه يحق للعامل كلما رأى ذلك مناسباً له أن يطالب بإنهاء علاقة العمل وفسخ عقد العمل غير أنها بالرغم من أنها حق للعامل، فإن ممارسته لهذا الحق مقيدٌ بفترة قيودٍ من بينها أن تكون الاستقالة في وثيقة مكتوبةٍ مع احترام مهلة الإشعار المسبق وفقاً للشروط التي تمكنه من تعويض العامل المستقيل وتختلف مدة الإقرار هذه من مؤسسة إلى أخرى ومن منصبٍ إلى آخر فمثلاً شركة سونطراك تشترط مهلة ما بين شهر إلى 3 أشهر بالنسبة للعمال غير المؤهلين، ومن 6 أشهر إلى 12 شهر بالنسبة للإطارات السامية⁽²⁾

1- تنص المادة 68 من قانون 90-11 على: " الاستقالة حق معترف به للعامل على العامل الذي يبدي رغبة في إنهاء علاقة العمل مع الهيئة المستخدمة أن يقدم استقالته كتابة ويغادر منصب عمله بعد فترة إشعار مسبق وفقاً للشروط التي تحددها الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية "

2- أحمية سليمان ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري ، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002 ، ص 337

وهنا يطرح سؤال هل يمكن للعامل مغادرة منصبه بعد انتهاء مهلة الإخطار رغم رفض صاحب العمل للاستقالة أم لا؟

والجواب هو أنه متى احترم العامل الإجراءات المنصوص عليها في قانون العمل، كان إنهاءه لعلاقة العمل مشروعاً حتى ولو رفض صاحب العمل، فالعبرة باحترام الإجراءات لا بالأسباب، أما إذا لم يحترم العامل الإجراءات الملزم بها قانوناً وترك منصب عمله قبل انتهاء مدة الإخطار اعتبر متعسفاً في استعمال حقه .

غير أنه إذا كانت استقالة العامل راجعةً إلى السلوك غير المشروع لرّب العمل كمحاولة صاحب العمل التخلص من العامل بمعاملة سيئة ، حتى يدفعه إلى إنهاء عقد العمل فهذا يعد تعسفاً في استعمال حقه و يجوز للعامل في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر⁽¹⁾.

2- التقاعد :

يعتبر حالة من حالات إنهاء علاقة العمل بسبب وصول العامل إلى سن معينة يستفيد فيها من الضمانات الاجتماعية التي تخول له الحق في تقاضي منحة مقابلة لاشتراكات دفعها طيلة حياته المهنية⁽²⁾، وهذا بغض النظر عن صاحب المبادرة سواء العامل أو صاحب العمل. غير أن الإشكال هنا يتمثل في كون القوانين المتعلقة بتحديد التقاعد وكيفيات الاستفادة منه تنص فقط على السن الذي يصبح فيه العامل الحق في طلب الإحالة على التقاعد، ولا تتضمن أي نص أو حكم يجبر العامل على مغادرة عمله بمجرد بلوغه السن التي تمنحه الحق في الإحالة على التقاعد وقد كرس القانون الجزائري هذه الإشكالية بشكل يصعب معه اعتبار الإحالة على التقاعد إجراءً تعسفياً بعد بلوغ السن المحددة مالم يطلبها العامل، حيث تنص المادة 6 من القانون المتعلق بالتقاعد "تتوقف وجوباً الاستفادة العامل من معاش التقاعد على استيفاء الشرطين التاليين :

- بلوغ ستين سنة بالنسبة للرجال و 55 بالنسبة للنساء.

- قضاء 15 سنة على الأقل في العمل ."⁽³⁾

1- عصام أنور سليم ، مرجع سابق ، ص 808.

2- عبد السلام ذيب ، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي، دار القصة للنشر ، الجزائر ، 2003 ، ص 332 .

3- قانون رقم 83- 12 ، مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ، الموافق لـ 2 جويلية سنة 1983 المتعلق بالتقاعد معدل ومتمم ، ج.ر عدد 28 السنة 20 ، المؤرخة في 24 رمضان عام 1403 هـ، الموافق لـ 3 جويلية سنة 1983 م .

وهي الشروط التي تسمح للعامل طلب الإحالة على التقاعد، كما تضيف المادة 10 من نفس القانون حيث منع صاحب العمل أن يحيل عاملاً على التقاعد ولو بلغ سن 60 سنة إذا لم يكن قد استوفى الشرط الثاني أي لم يكمل عمل 15 سنة، وهو ما جاء في نص المادة 10/ 2 من قانون التقاعد بنصها "لا يجوز لصاحب العمل أن يقرر وحده إحالة عامل على التقاعد ما لم يبلغ العامل السن التي تخول له الحق في معاش التقاعد مزيد بخمس 5 سنوات إذا كان قد عمل مدة تقل عن 15 سنة".

فهذان الشرطان متلازمان لا يجوز تجاوزهما إلا في حالة معينة ومبررة قانوناً مثل التسريح لأسباب اقتصادية أين يجوز للمستخدم إحالة العمال على التقاعد المسبق، وهي الحالات التي تقدير جديتها وصحتها من طرف القاضي فإذا ثبت عكس ذلك كانت الإحالة في حكم الفصل التعسفي وجاز له طلب التعويض كما هو منصوص عليه في التشريعات العمالية .

خاتمة

إنّ تطوّر الحياة في شتى مجالاتها لم يبق مفهوم الحق مطلقاً، بل عملت الشرائع على الحد من هذه الفكرة و إصباغ الوظيفة الاجتماعية عليه ، وعلى غرار ذلك فإنّ الشريعة الإسلامية من خلال القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و فقه الصحابة و اجتهادات الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه كانت السبّاقة إلى وضع و تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق، و التي كان لها الأثر البالغ في الحدّ من إطلاق الحقوق وإقامة التوازن بين مصالح الفرد في مواجهة فرد آخر و الجماعة من جهة أخرى، كما أنها أعطت مقاييس لذلك وقد طبقتها القوانين في كل المجالات الشخصية والمالية وإنّ هذا لا يمنع من وجود نقاط تلاقي و اختلاف بين هذه الأخيرة و التي هي تشريعٌ إلهيٌّ فوق قدرة البشر وكذا القوانين الوضعية التي هي من عملهم.

فبالمقارنة بين نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية سواءً العربية أو الغربية، نجد تشابهاً كبيراً من ناحية الطرح فيما يخص قوانين الدول العربية، وذلك لأنّ هذه الأخيرة تعتبر مصدراً من مصادر هذه القوانين. فالتشابه يكمن في استنباط هذه القوانين من معايير التعسف مباشرة من الفقه الإسلامي ولو بطريقة جزئية أحياناً، كما نلمس توافقاً مع الشريعة الإسلامية في الجزاء الديني أو بمفهوم قانوني ما يسمى بالجزاء التعويضي .

والمتمعن في هذه الدراسة يلمس اختلافاً واضحاً في نظرية التعسف في استعمال الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فمن ناحية المصدر، فإن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مصدرها تشريعٌ إلهيٌّ غير قابل للنقاش ولا للتأويل، وهو القرآن الكريم، فالقدرة الإلهية فوق قدرة البشر المحدودة كما أنّ هذا التشريع وُجد ليتناسب مع الفطرة البشرية وليحقق مقاصد الشريعة والتي هي صالحة لكل زمانٍ و مكانٍ، في حين أنّ القوانين الوضعية هي من عمل البشر و كما هو معروف جاءت نتاجاً لزخمٍ فكري و واقعي وهي عرضة للنقص و خاضعة لتعديلاتٍ قانونيةٍ تبعاً لهذا النقص وتبعاً للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية

تطرق الفقه الإسلامي إلى تعريف التعسف في استعمال الحق وأعطاه معنىً دقيقاً لا على سبيل الحصر بحيث أن كل واقعةٍ تنطبق معه تعتبر تعسفاً عن طريق القياس و اجتهاد

الفقهاء، في حين أن القانون الوضعي ترك هذا العمل وذلك لاختلاف المذاهب الفقهية القانونية في وضع الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق، والذي بناءً عليه يتحدد التعريف ومن ثمة تتحدد معايير التعسف.

يأخذ الفقه الإسلامي بعين الاعتبار السلوك الإنساني و مآله، بحيث أنه لا يقيم الفرق بين ما إذا كان هذا السلوك ينطوي على حق أو حرية عامة، وهذا طبقاً لقواعد فقهية متأصلة فيه " كالضرر يزال " و " سد الذرائع " فالعمل لا ينظر إليه في حد ذاته من حيث الصحة والفساد بل يأخذ حكم ما أدى إليه ، وذلك تجنباً لأن يكون هذا العمل مناقضاً لمقصد الشارع عز وجل، وهذا يعود دائماً لشمولية الشريعة الإسلامية واتساع أحكامها لكل الظروف والقضايا في كل الأزمنة والأمكنة .

أما القانون الوضعي لم يتطرق إلى نطاق نظرية التعسف وترك هذا المجال مبهماً في حين أن هناك احتداماً فقهياً قانونياً حول مجال هذه النظرية، بحيث أن هناك جانباً من الفقه يجعل الحقوق وحدها مناطاً لهذا النظرية بينما جعلها الآخرون تسري على الحقوق والحريات العامة بصفة شاملة.

أسهب الفقه الإسلامي و وسع في تقرير معايير التعسف فمنها المعنوية وتتمثل في قصد الإضرار بالغير والدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ومنها الموضوعية وتتمثل في عدم تناسب المصلحة المبتغاة مع الضرر اللاحق بالغير وكذا الضرر الفاحش هذا الأخير والذي يخصه الفقه الإسلامي بكيان مستقل وهو مرتبط باستعمال حق الملكية ومضار الجوار.

أما القوانين الوضعية الغربية و بغض النظر عن قوانين الدول العربية والتي استمدت هذه المعايير أو بعضها من الشريعة الإسلامية فقد اكتفت ببعض المعايير الذاتية في بعض الأحيان كالقانون المدني الألماني، أو كانت المعايير مبهمة و غير واضحة و تترك مجالاً واسعاً للقضاة للتأويل كالمعايير التي أتت بها الاجتهادات القضائية الفرنسية.

و تجدر الإشارة أنّ المشرع الجزائري خالف بقية التشريعات العربية إذ أنه لم يتناول القاعدة العامة والتي تضمن أن استعمال الحق بصفة مشروعة لا يولد المسؤولية كالمشرع المصري رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامه، وكنظيره الأردني الذي نص على الجواز ينافي

الضمان ثم تطرق إلى المعايير فنظرية التعسف في استعمال الحق هي استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة .

جعلت الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي أسساً تقام على القواعد الكلية التي تسعى إلى تحقيق مقاصد الشريعة وهي ذات طابع ديني و أخلاقي يجعل الفرد يقيد من استعمال حقه وفقاً لإرادة الشارع عزّ و جلّ . أما في القانون الوضعي فقد اختلفت الشرائع في وضع أساس قانوني لهذه النظرية انطلاقاً من اتجاه فقهاء القانوني، فبعضها يقيم نظرية التعسف على أساس الخطأ و يجعلها صورة من صور المسؤولية التقصيرية، و منها القانون المدني الجزائري الذي نص على هذا في المادة 124 مكرر منه، وهذا ما يجعل النظرية غير مستقلة وغير قائمة بذاتها فإذا كان المعيار الأول وهو قصد الإضرار بالغير ينطوي تحت عنصر الخطأ والذي تقام عليه المسؤولية التقصيرية فالعنصران الآخران لا علاقة لهما بالخطأ ولعل مضار الجوار غير المألوفة والتي يعبر عنها معيار الضرر الفاحش وإن لم يدرج ضمن معايير النظرية إلا أنه منصوص عليه في مواد أخرى كالمادة 691 ق م ج هي خير دليل على عجز المسؤولية التقصيرية أن تكون أساساً قانونياً لنظرية التعسف فكيف يكون الخطأ أساساً قانونياً لفعل مشروع في الأصل والبعض الآخر يجعل لها نظرية مستقلة و يقيمها في الباب التمهيدي لقانونه ومنها القانون المدني المصري .

من هذا كله نستنتج عدم دقة القوانين الوضعية في الفصل ما بين المفاهيم كما هو معمول به في الشريعة الإسلامية. من هذا يتبين أن المكان الذي يمكن توضع فيه أحكام هذه النظرية يرتبط أساساً بتحديد التكييف القانوني أو الأساس القانوني لها .

ومن هنا نلمس وضوح هذه النظرية و دقتها و شموليتها في الفقه الإسلامي، وفي المقابل قصورها في القوانين الوضعية، فلا مكان للغلو أو التطرف في الفقه الإسلامي من خلال نظريته إلى الحق كما أنه لا يقرّ التناقض بين مصلحة الفرد والجماعة بل بالعكس وفق بينهما كما أنه يعرف بمرونة لم يعرفها أي تشريع آخرى تجابه كل تطور في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية وهذا لأن قواعد من وضع الشارع الحكيم فكان أجدر بالتشريعات العربية أن تصوغ نظرية التعسف في استعمال الحق كما جاءت بها الشريعة الإسلامية حتى تتفادى النقص والتناقض وتتفادى الصراعات الفقهية .

قائمة المراجع

باللغة العربية

المصحف الشريف

أولاً : الكتب

أ. كتب الحديث

1- أبي الحسين بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الثاني الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1419هـ _ 1998.

2- الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية لبنان، 1412هـ _ 1992م.

أ. كتب التفسير

_أبو عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الأولى دار الكتب، الرياض، 1998.

أ. كتب الفقه الإسلامي

1. الفقه المالكي

أ_ أبي الوليد سليمان بن خلف بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقى في شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، لبنان، 1938 .

ب_ الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، دار الفكر، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم عن الإمام مالك لبنان، 1987 .

2. الفقه الشافعي

الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار المعرفة
لبنان، 1393هـ.

3. الفقه الحنبلي

أ- أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين
عند رب العالمين، الجزء الثالث، دار الفكر، لبنان، 1977.

ب- _____، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية
دار الكتاب العلمية ، لبنان ، د.س.ن.

ت- ابن قدامة عبد الله بن عبد المحسن المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، الرياض
1997.

ث- زين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي
العلوم والحكم ، مطبعة مصطفى الباجي الحلبي، لبنان، 1950 .

4. الفقه الحنفي

أ- أحمد محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، الطبعة الأولى، عالم
الكتب، لبنان، 1987 .

ب- أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، المطبعة السلفية، مصر، 1972.

5. كتب حديثة في الفقه الإسلامي

أ- الإمام الغزالي إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، مطبعة كرياضة فوترا سماراغ، أندونيسيا
د.س.ن.

ب-د/ أحمد الحصري، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي
المقارن، الطبعة الأولى، دار الجيل، 1992 .

ت- إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي، الموافقات في أصول
الشريعة، الجزء الثاني، دار المعرفة ، لبنان، د س ن.

ث- د/ أبي عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق بالفقه
الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار
الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

ج- د/ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار
الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2003.

ح- د/ أحمد فراج حسين، د/ عبد الودود محمد السيرتي، النظرية العامة في الفقه
الإسلامي وتاريخه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر.

خ- د/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال
الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.

د- د/ محمد فتحي الدريني ، بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله ، الطبعة الأولى
مؤسسة الرسالة، سوريا، 1994.

ذ- د/ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود
فيه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1983.

ر- د/ نايف محمد الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار
الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2008.

IV . كتب قانونية

- 1_ د/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، الجزء الأول (الطلاق والزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 2_ _____ ، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية ، (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب القانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة ، الجزائر ، 2008 .
- 4_ _____ ، الوجيز في شرح الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول الطبعة السادسة، الجزائر ، 2010.
- 3- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 .
- 5_ أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 6_ د/ أيمن سعد سليم، نظرية الحق، مطابع الدار الهندسية، مصر، 2003.
- 7- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (دراسة فقهية و قضائية) د.د.ن، مصر، 2002 .
- 8_ د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006 .
- 9_ أنور طلبة، العقود الصغيرة (الهبة والوصية)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.
- 10_ _____ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الجزء الثالث، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د. س. ن.

- 11_ **المصري مبروك**، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، 2010 .
- 12_ **د/أمجد محمد منصور**، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.
- 13_ **د/ جميل فخري محمد حاتم**، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.
- 14_ **د/ حسن كيرة**، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1993 .
- 15- **د/ حميد بن شنتي**، مدخل لدراسة العلوم القانونية، (الجزء الثاني ، نظرية الحق) الطبعة الأولى، مطبعة حسناوي، الجزائر، 2008.
- 16_ **حسين عامر**، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، مصر، 1960.
- 17- **د/رمضان أبو السعود**، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005.
- 18- **زرارة عواطف**، التزامات الجوار في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر، 2006.
- 19_ **زهدي يكن**، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا ، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، 1962.
- 20- **د/ سمير عبد السيد تناغو**، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ،مكتبة الوفاء القانونية

مصر، 2009.

21_ سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع

الأردن، 2006.

22_ د/- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني

الجزائري) ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005.

23_ د/عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة (أسسه ومدى مشروعيته

في الفقه الإسلامي والقانون)، الطبعة الثانية، دار النهضة

العربية مصر، 2008.

24_ د/ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة

للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

25_ د/عباس الصراف، المدخل إلى علم القانون، (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، دار

الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

26_ د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول

المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1997.

27_ _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)،

الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 1998.

28_ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية والأصلية، دار النهضة العربية للطباعة

والنشر مصر، د.س. ن.

29_ د/ عصام أنور سليم، قانون العمل ، منشأة المعارف، مصر، 2002.

- 30_ عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصبية للنشر
الجزائر، 2003 .
- 31_ علي فيلاي، الالتزامات، (العمل المستحق للتعويض)، الطبعة الأولى، موفم للنشر
والتوزيع ، الجزائر، 2008.
- 32_ د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، منشأة
المعارف، مصر، 2001.
- 33- د/ فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري
ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 34_ د/ مصطفى الجمال، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية – الحق)، منشورات
الحلبي الحقوق، لبنان، 2002 .
- 35_ د/ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول ، مصادر الالتزام
الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع القانون)، دراسة
مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003 .
- 36_ د/ محمد وحيد سوار، حق الملكية في ذاته، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن
2003.
- 37_ مهدي وليد الحداد ، خالد وليد الحداد ، المدخل لدراسة علم القانون، نظرية الدولة
نظرية القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع
الأردن، 2008.
- 38_ د/ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)،

منشأة المعارف، مصر، 2005.

39_ محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية نظرية الحق)، الجزء

الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2007.

40- د/نبيل إبراهيم سعد، د/ همام محمد محمود زهران، المدخل للقانون (نظرية الحق)
منشأة المعارف، مصر، 2002.

41_ همام محمد محمود زهران، قانون العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003.

ثانيا :المذكرات

1- عبد الله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل
(دراسة مقارنة)،مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق
الأوسط ، 2011.

2- عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية،
مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،
2005.

ثالثا : المقالات

1- د/أحمد الصويعي شلييك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو
لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون، مجلة الشريعة والقانون، عدد
38 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، الإمارات العربية
المتحدة، 2008، ص15- 65.

2- د/ العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري
مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 04، كلية
الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر، سنة 1992، ص680_694.

3- أبو زيد عبد الباقي ، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير

المألوفة مجلة الحقوق، العدد الثاني ، الكويت ، 1983، ص 130- 150

4- بوبكر مصطفى ، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء

تعديل القانون المدني بالقانون 05-10 الموافق لـ 20 يونيو 2005

المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود

معمر تيزي وزو، العدد 1 سنة 2011، ص 244-286.

ثالثا: القرارات القضائية

1_ استئناف كولمار 2 ماي 1855، دالوز ، 9، 2، 1856 نقلا عن د/ بلحاج العربي، نظرية العامة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

2_ قرار النقض الصادر عن محكمة النقض المصرية في 28 /12/ 1981 نقلا عن أنور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، مرجع سابق.

3- قضية رقم 148810، قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25/06/ 1997 ، مشار إليه ومنشور من طرف د/ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق .

4_ قرار رقم 135452، صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، 4 جوان 1994

المجلة الجزائرية للعمل، عدد 22، 1998.

5_ ملف رقم 212611 ، قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، بتاريخ

13 فيفري 2001، المجلة قضائية، عدد 1، 2002.

6_ قرار صادر عن المحكمة العليا 2001/01/17، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2002.

تميز رقم 1978/68 مجلة نقابة المحامين 1978 س 26-ع12 ص 894، مشار إليه

ومنشور من طرف د/أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق.

رابعاً: نصوص تشريعية :

قانون رقم 75-58، مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج. ر. عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005.

قانون رقم 83-12، مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 هـ، الموافق لـ 2 جويلية سنة 1983 المتعلق بالتقاعد معدل ومتمم، ج. ر. عدد 28 المؤرخة في 24 رمضان عام 1403 هـ، الموافق لـ 3 جويلية سنة 1983 م.

قانون رقم 90-11، مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل معدل ومتمم، ج. ر. عدد 17، السنة 27، مؤرخة في 1 شوال 1410، الموافق لـ 25 أفريل 1990.

قانون رقم 90-14، مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1410، الموافق لـ 2 يونيو سنة 1990 يتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، ج. ر. عدد 23 الصادرة في 13 ذو القعدة عام 1410 الموافق لـ 6 يونيو سنة 1990.

قانون رقم 05-12، مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426، الموافق لـ 4 أوت 2005م يتعلق بالمياه، ج. ر. عدد 60 المؤرخة في 30 رجب عام 1426 الموافق لـ 4 سبتمبر 2005 م.

Ouvrages :

1_JOSSERAND Louis, essai de téléologie juridique, l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, librairie Dalloz, Paris, 1929.

2_MAZEAUD et TUNC, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T1 6e édition Paris, 1939.

3_RIPERT George, la règle morale dans les obligations civiles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1935.

4_SERIAUX Alain, droit des obligations, imprimerie des presses universitaires de France, 2^e Ed, France, 1998.

Articles :

1 -CHARMERONT Jean , l'abus du droit, revue trimestrielle de droit civil, T2, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts ,ancienne maison, la rose et forcel , Paris. P120-

2 - CLAUDE LAFOND Pierre, L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage, la revue juridique Thémis, Ed Thémis inc, faculté de droit, université de Montréal, 1999, p226_276,
[http:// :www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

3_ DUSSAULT René, de l'abus des droits, les cahiers de droit vol, 4, n°3,1961, 114-125.

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/1004143ar>

4– GAIUS C. Voltaire, une théorie de l'abus de droit en droit romain classique, université de Montréal, 2006, p 75_90, [http// ;www.securweb.mcgill.ca](http://www.securweb.mcgill.ca).

5– KOVACEVIE–KUSTRIMOVIC Radmila, le domaine de l'application du principe de l'interdiction de droit, faculté de droit à Nic, 1995, p41_55, [http// :www.facta.junis.ni.ac.rs](http://www.facta.junis.ni.ac.rs).

فهرس الموضوعات

6.....	مقدمة.....
12.....	الفصل الأول : التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
13.....	المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
14.....	المطلب الأول: التعريف الشرعي للتعسف ونطاق تطبيقه
14.....	الفرع الأول : التعريف الشرعي للتعسف
14.....	أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق شرعاً.....
15.....	ثانياً: الأدلة على نظرية التعسف في استعمال الحق من القرآن والسنة
15.....	1- الأدلة من القرآن الكريم:.....
16.....	2- الأدلة الشرعية من السنة النبوية:.....
17.....	الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
18.....	المطلب الثاني: أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق
18.....	الفرع الأول : أساس نظرية التعسف في استعمال الحق
19.....	أولاً: أن تكون المصالح معتبرة في الأحكام.....
19.....	ثانياً: التكافل الاجتماعي.....
19.....	ثالثاً : مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض
20.....	رابعاً : الوظيفة الاجتماعية للمال
20.....	خامساً : التوسط والاعتدال
20.....	الفرع الثاني : معايير التعسف في استعمال الحق
20.....	أولاً: المعيار المعنوي:.....
21.....	1- قصد الإضرار بالغير :.....
24.....	2- الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.....
26.....	ثانياً: المعيار الموضوعي:.....
27.....	1-انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره.
28.....	2- الضرر الفاحش:.....
30.....	المطلب الثالث : جزاء التعسف في استعمال الحق

30	الفرع الأول الجزاء الدنيوي
30	أولا : الجزاء المالي
30	ثانيا : الجزاء العيني
31	1- حرمان صاحب الحق من حقه عقوبة له.....
31	2 - إلزام صاحب الحق باستعماله:
31	3- إبطال التصرف الذي يتعسف استعمال الحق فيه.....
31	ثالثا: الجزاء التعزيري.....
32	الفرع الثاني : الجزاء الأخروي.....
32	المبحث الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
32	المطلب الأول : تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الجانب الشخصي
33	الفرع الأول: التعسف في حق الطلاق
33	أولا : تعريف الطلاق التعسفي :
34	ثانيا: صور الطلاق التعسفي :
33	1-الطلاق في الحيض :.....
34	2- طلاق الثلاث بلفظ واحد:.....
34	3- الطلاق من غير حاجة:.....
34	4-الطلاق بقصد الحرمان من الميراث:
34	ثالثا: تطبيق معايير التعسف على الطلاق
35	1- المعايير الشخصية :.....
36	2 - المعايير الموضوعية :.....
36	الفرع الثاني: التعسف في حق العدول عن الخطبة
36	أولا :تعريف العدول عن الخطبة
37	ثانيا : صور العدول التعسفي عن الخطبة :
37	1- تأخير فسخ الخطبة:.....
37	2 - استعمال حق العدول بدون سبب معقول :
38	الفرع الثالث : التعسف في حق الإيضاء.....

أولا: تعريف الوصية ودليل مشروعيتها من القرآن والسنة النبوية :	38
1- القرآن الكريم:	38
2- السنة النبوية:	38
ثانيا :- صور المضارة في الوصية وأثر التعسف فيها	39
1- الوصية لوارث :	39
2- الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث :	39
3- الإيضاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة :	39
المطلب الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الحق في جانب المعاملات	41
الفرع الأول: التعسف في حقوق الارتفاق	41
أولا: حق السقي	42
1 - المقصود بحق السقي :	42
2- القيود الواردة على حق السقي :	42
ثانيا: حق المجرى:	44
1- المقصود بحق المجرى :	44
2- القيود الواردة على حق المجرى	44
ثالثا : حق المسيل	44
1- المقصود بحق المسيل :	44
2- القيود الواردة على حق المسيل :	45
رابعا: حق المرور	45
1 - المقصود بحق المرور:	45
2- القيود الواردة على حق المرور:	45
الفرع الثاني: التعسف في حقوق الجوار	46
أولا : حق الجوار العلوي	46
1- المقصود بحق الجوار العلوي :	46
2- القيود الواردة على حق الجوار العلوي :	47
ثانيا : حق الجوار الجانبي	48

1- المقصود بحق الجوار الجانبي :	48
2- القيود الواردة على حق الجانبي	48
الفصل الثاني : التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي	50
المبحث الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي	51
المطلب الأول تعريف التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه	52
الفرع الأول : تعريف التعسف في استعمال الحق	52
أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون	52
ثانياً : تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات	54
1- تمييز التعسف عن الخطأ :	54
2- تمييز التعسف عن التجاوز :	54
3- تمييز التعسف عن الإساءة:	55
الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق	56
أولاً: سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط	56
ثانياً : سريان نظرية التعسف الحقوق والرخص بصفة عامة.	57
المطلب الثاني :أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق	58
الفرع الأول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق	59
أولاً: موقف المشرع الفرنسي :	59
ثانياً: موقف المشرع المصري	59
ثالثاً:موقف المشرع الجزائري	59
1-وضع نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني الجزائري:	59
2- وضع النظرية بعد تعديل القانون المدني الجزائري	62
الفرع الثاني :معايير التعسف في استعمال الحق	67
أولاً: المعيار الشخصي.	68
ثانياً :المعيار الموضوعي:	69
1- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير :	70
2- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:	71

المطلب الثالث: جزاء التعسف في استعمال الحق	73
الفرع الأول: الجزاء التعويضي.....	73
الفرع الثاني: الجزاء الوقائي.....	74
المبحث الثاني : تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.....	75
المطلب الأول: تعسف المالك في علاقات الجوار	76
الفرع الأول: التعسف في الحقوق المتعلقة بالمياه	76
أولاً: حق الشرب والسقي	77
1-المقصود بحق الشرب والسقي والقيد الوارد عليهما :	77
2-مظاهر التعسف في حق الشرب والسقي.....	78
ثانياً : حق المجرى والصرف.....	78
1-حق المجرى:.....	78
2-حق الصرف:.....	78
3-مظاهر التعسف في حق المجرى والصرف.....	78
الفرع الثاني :التعسف في الحقوق الملاصقة للجوار	79
أولاً : القيود الخاصة بالحائط الفاصل بين ملكيتين متلاصقتين	79
1- الحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران.....	80
2-الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران.....	80
3- مظاهر التعسف بالنسبة للحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين	81
ثانياً : القيود الخاصة بالمطلات والمناور	81
1- المطلات:	81
2- المناور:.....	82
3- مظاهر التعسف في فتح المناور والمطلات:.....	82
الفرع الثالث :التعسف في حق المرور	83
أولاً : القيد الخاص بالمرور	83
ثانياً :مظاهر التعسف في استعمال حق المرور	84
المطلب الثاني :التعسف في علاقات العمل	86

الفرع الأول: المقصود بالإلغاء التعسفي لعلاقة العمل.....	86
الفرع الثاني: الحالات التي يعتبر فيها التسريح تعسفيا وفقا لنص المادة 73 من قانون	
90-11 المتعلق بعلاقات العمل.....	88
الفرع الثالث: حالات الإلغاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها أو إنهاؤها بصفة قانونية	
.....	91
أولا : الإلغاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة تعليقها.....	91
1-العطل المرضية:.....	91
2_حرمان العامل من حريته:.....	93
3_ممارسة الحق النقابي :.....	93
ثانيا : الإلغاء التعسفي لعلاقة العمل نتيجة إنهاؤها بصفة قانونية	94
1_الاستقالة :.....	95
2-التقاعد:.....	95
خاتمة	97
قائمة المراجع	100
فهرس الموضوعات.....	112

ملخص

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من أهم النظريات التي غيّرت النظرة إلى الحق باعتباره حقاً مطلقاً، فأصبح ذو قيمة اجتماعية إذ لها الفضل في الحفاظ على حقوق الأفراد من خلال تقييد استعمالها، بما يضمن مصلحة الفرد والجماعة على حد سواء وذلك من خلال وضعها مقاييس تحدد متى يتحقق التعسف في استعمال الحق. عرفت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق منذ أربعة عشر قرن مضت وكانت السبّاقة إلى وضعها، وأرستها القوانين الوضعية في تشريعاتها الداخلية ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص عليها في المادة 124 مكرر وطبقها القضاء في كثير من القضايا.

Résumé

La théorie de l'abus de droit est considérée comme l'une des plus importantes théories ayant changé la pensée juridique vis-à-vis au droit absolu, qui devenu ensuite un droit caractérisé par les valeurs sociales, en préservant les droits individuels à travers la limitation de son usage, tout en garantissant l'intérêt de l'individu et de la communauté par la détermination des critères et les cas de l'abus de droit.

Cette théorie, de l'abus de droit, est le produit de la législation islamique connue il y'a quatorze siècles de ça, avant qu'elle soit adoptée par les législations contemporaines, y compris le droit civil algérien où elle est précisée dans l'article 124 bis du fait qu'elle soit appliquée par les organes judiciaires dans les cas afférents.