

جامعة الجزائر – 1 –

كلية الحقوق بن عكنون

عنوان المذكرة :

التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية و النظام المستقل

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

الأستاذ المشرف :

أ.د علي فيلاي

من اعداد الطالب :

حجاج مبروك

السنة الجامعية

2012/2011

- بسم الله الرحمان الرحيم -

- مقدمة -

نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية فرضت نفسها على المذهب الفردي فرضا فهي لم تنشئها النظريات الفلسفية والأبحاث النظرية ، وإنما افرضها الواقع وتكرست بأحكام وقرارات قضائية جريئة ، رغم قصور النص ورغم دعوات الرأسماليين فانحسر بها مد الفردية الجارف ، وبدا القانون ينتعش بروح اجتماعية .

ولا أدل على أهمية هذه النظرية البالغة ، من كيفية ظهورها هذه ، إذ كان النطق بأحكام - في ذلك الحين - تكرر هذه النظرية ، أمام غيبة نص صريح وضد الاتجاه السائد في الفكر والقضاء شيء صعب جدا ، ولكن الحق أحق أن يتبع والعدل أولى بالنطق به لقد افرضها نداء العدل في كل ضمير بعيداً عن الفلسفات وما يشوبها من غموض أو شطط . فل هذه النظرية الأهمية البالغة في حياة الناس اليومية ، ولحياة المجتمع كمجتمع ، إنها تضع نظرية الحق في وضعها الصحيح ، وتضع بذلك الفرد والمجتمع كل في مكانه وترسم لكل حدوده ، وتنسق العلاقة بينهما على نحو مرن فعال .

وإذا كان لنظرية التعسف هذه الأهمية التي ألمحنا لها فمعرفة ما إذا كانت صورة عن الخطأ أو لها أساس مستقل نفس الأهمية أيضا .

ذاك انه وفي نظام المسؤولية عن الفعل الشخصي ، لا يسأل الناس إلا عن أخطائهم ولكن هناك من قال أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا يمكن بناؤها على فكرة الخطأ في المسؤولية ، فهي نظام مستقل للمسؤولية ، فنكون وفقا لهذا الرأي أمام نظام آخر مستقل عن نظام المسؤولية التقصيرية ، هو التعسف في استعمال الحق ، ومجاله هو الشخص الذي يلحق ضررا بغيره وهو يستعمل حقا .

إن معرفة التأصيل القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق شيء ذو أهمية بمكان معرفته ، والوقوف على حقيقته ، فالأمر متعلق بالمسؤولية .

فهل التعسف في استعمال الحق صورة عن الخطأ ؟

أم هو نظام مستقل للمسؤولية ؟

فالتعسف لغة يأخذ معنى : الجور والظلم والانحراف عن الغاية أو الوجهة المقصودة فقد جاء في القاموس المحيط (1) عسف عن الطريق يعسف : مال وعدل كاعتسف وتعسف أو خبطه على غير هداية والسلطان ظلم ، وعسفه تعسيفا : اتعبه وتعسفه ظلمه وانعسف : انعطف والعسوف الظلوم "

أما معنى التعسف إصلاحا فهو غير بعيد عن معناه في اللغة فهو انحراف صاحب الحق عن الغاية التي من أجلها منح هذا الحق

فلكل حق غاية منح من أجلها ، قد تكون اجتماعية أو اقتصادية فانحراف صاحب الحق أثناء استعماله لحقه عن هذه الغاية يحقق التعسف .

فهذه الغاية هي التي تمثل العنصر الاجتماعي في الحق .

هذا المفهوم لم يكن بهذه البساطة في أول الأمر ، ففي ظل المذهب الفردي : لا يمكن تصور العنصر الاجتماعي الذي يدخل ضمن تكوين الحق ، فالحق كان أنانيا مطلقا ولكن هذه النظرة أدت إلى ممارسات ظالمة ، مما أدى إلى ظهور بعض الأحكام

1- الفيروز آبادي ط 7 2003 مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، مادة عسف ص 837

القضائية التي تصدت لهذه الممارسات في أول الأمر ، قبل أن تكون بوادر إلى اتجاه اجتماعي جديد يناهض الفردية والأنانية إلى حد إنكار فكرة الحق أصلا أو على الأقل جعلها وظيفة اجتماعية محضة .

وبين هذا وذاك، ظهر بعض المعتدلين ، وجعلوا للحق وظيفة اجتماعية أو غاية منح من أجلها ، ويعتبر جوسران أول من حمل لواء هذه النظرية في الفقه الحديث غير أن الكتاب العرب يجمعون على الأصول الإسلامية لهذه النظرية .

فهذه النظرية معروفة في الفقه الإسلامي ، بل أن المشرع العثماني اخذ بكثير من تطبيقاتها في مجلة الأحكام العدلية كما سوف نرى .

هذا لا يعني ان جرسران قد اخذ هذه النظرية من الفقه الإسلامي ثم انتحلها لنفسه إن القوانين العربية قد اخذت هذه النظرية مما انتهى إليه الفقه والقضاء في الغرب ، وبما حفل به الفقه الإسلامي من تطبيقات .

لذلك فكان لزاما على الدارس في هذا الموضوع – فضلا عن الباحث – ان لا يكتفي باتجاه دون آخر .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا عن التشابه في الأفكار والنتائج بالرغم من اختلاف المشارب والعقائد والفلسفات بين الاتجاهين .

غير أن الغرض من هذا البحث ليس المقارنة بين الشريعة والقانون ، بل الغاية هي معرفة الأساس الذي تبنى عليه نظرية التعسف في استعمال الحق هل هو مستقل عن الخطأ أم أنها صورة من الخطأ .

فعند فقهاء القانون يوجد اتجاهين اتجاه يعتبره خطأ وهذا هو السائد ، واتجاه يعتبره مستقل، ونفس الشيء عند فقهاء الشريعة الإسلامية .

لذا فإننا لا نفرّد رأي الشريعة في نقطة ما إلا إذا كان لها نظرة متميزة ، كما أننا لا نستطيع أن نتجاهل رأي فقهاء الشريعة الإسلامية – على كثرتهم وتفرّع آرائهم – كونها من مصادر القانون لا سيما هذه النظرية بالذات .

فهذا الخلاف بين هذين النظرتين أو الاتجاهين إنما هو اختلاف في الاديولوجيات أو القناعات .

ومحاولة التوفيق بين هذين النظرتين على هذا المستوى ضرب من الخيال .

إنما الذي أحاول الوصول إليه هو الاتفاق على تطبيقات عملية على ضوء نصوص القانون بصفة عامة .

فكان لابد من وضع تصور لفكرة الحق يحتمل المسؤولية (الفصل الأول)

ثم بعد ذلك دراسة النظام القانوني للتعسف في استعمال الحق (الفصل الثاني)

* الفصل الأول *

تصور فكرة الحق يحتمل فكرة المسؤولية

نظرية التعسف في استعمال الحق هي أداة يمكن بواسطتها مساءلة صاحب الحق إذا اضر بغيره و هو يستعمل حقه .

هذه النظرة لم تكن بهذه البساطة في أول الأمر، فعلى المستوى الفلسفي و في ظل المذهب الفردي لا يمكننا مساءلة صاحب الحق إذ كان الحق مطلقا، فالحق وفق هذا المذهب يتنافى مع المسؤولية، غير أن النزعة الاجتماعية غيرت هذه النظرة إلى الحق .

فنظرية التعسف في استعمال الحق صاحب ظهورها تغير في مفهوم الحق .

فينبغي أولا بحث فكرتي < الحق > و < المسؤولية > على السواء حتى يمكن وضع نظرية التعسف في استعمال الحق في سياقها (المبحث الأول)، ثم نورد في المبحث الثاني بعض التطبيقات القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق .

المبحث الأول : استعمال الحق والمسؤولية :

من القواعد العامة أن كل حق يقابله واجب، أي أن كل حق له طرفان، طرف إيجابي هو صاحب الحق، وطرف سلبي هو الذي يقع عليه الواجب المقابل للحق، فحق الملكية مثلا نجد أن المستفيد منه يمثل الطرف الإيجابي، وسائر الأفراد فضلا عن المجتمع ذاته يمثلون الطرف السلبي، أي يقع عليهم واجب عام باحترام حق المالك وعدم التعرض له.¹

ذلك أن الحق يفترض حتما وجود شخص آخر ليثبت في مواجهته، وإلا لم تكن ثمة حاجة أو معنى للحق.²

وعلى هذا الأساس عرف الضرر بأنه مساس بحقوق الآخرين³ ، ومن ثم كان المبدأ العام أنه من يستعمل حقا لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للغير، طالما أنه يتصرف في صدد حقه ولم يخرج عليه، فالتاجر الذي يضر غيره من التجار وهو يستعمل حقه في التجارة والمنافسة لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لغيره من التجار، إذا كان ذلك ضمن حدود المنافسة المشروعة.⁴

وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا المبدأ بقولهم "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أو "لا يجتمع الإذن والضمان".

إذ من التناقض أن يقال بتبعة مالك لم يخرج في استعمال ملكه عما بنص عليه الشرع وأجازه، فلو حفر الإنسان بئرا، فوقع فيه حيوان رجل وهلك، لا يضمن صاحب البئر شيئا، هذا ما نصت عليه المادة 09 من مجلة الأحكام العدلية.⁵

¹ د. جلال العدوي، د. رمضان أو السعود، د. محسن القاسم ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ط1 ، 1996 منشأة المعارف الإسكندرية ص 61.

² نفس المرجع ص 63.

³ علي فيلاي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ط1 ، 2002 موفم للنشر، الجزائر ص 244.

⁴ أحمد محمد محرز - الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي، القاهرة 1994 ص9.

⁵ محمد وحيد الدين سوار- النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986 ، ص 84.

هذا المبدأ العام نصت عليه العديد من تشريعات الدول العربية¹، لكن التشريع الوطني جاء خلوا من هذا النص. مما أدى بالبعض إلى انتقاده على هذا النقص² وفي الحقيقة فإن هذا المبدأ بديهي لا يحتاج أبدا إلى نص لتقريره³.

ولكن الذي يحتاج إلى إيضاح هو حدود هذا المبدأ أي هل هو مبدأ مطلق؟ أم مقيد هو مقيد ونسبي؟

وللوصول إلى إجابة لهذا السؤال يقتضي منا الأمر إثبات العلاقة بين نظرية الحق ونظرية التعسف بأنها علاقة تلازم (المطلب الأول) ثم فك التناقض المنطقي المزعوم بين فكرة الحق و المسؤولية (المطلب الثاني) لنصل في الأخير إلى تقرير مبدأ نسبية الحقوق (المطلب الثالث).

¹ أنظر على سبيل المثال : المادة 04 من القانون المدني المصري والمادة 05 من القانون المدني السوري
² من الفقهاء المنتقدين للمشرع الجزائري على عدم النص على هذا المبدأ أنظر:
 - ابراهيم أبو النجا - أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري مجلة الشرطة عدد 35 نوفمبر 1987 ص 50.
 - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري مجلة الشرطة العدد 21، أبريل 1983 ص 8.
 - بن شنيته حميد، دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 39 رقم 02، 2002 ص 104.
³ في تأييد هذا الرأي أنظر فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، محاضرات أقيمت على طلبه الماجستير جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون مطبوعة على الآلة، غير منشورة، ص 13.

المطلب الأول : ضرورة تلازم نظريتي "الحق" و"التعسف"

إن نظرية التعسف في استعمال الحق تقيم مسؤولية صاحب الحق إذا أساء استخدامه، فبدونها تصبح نظرية الحق أهلا لما وجه إليها من إنكار، نحاول أن نبين ضرورة تلازم نظرية الحق ونظرية التعسف على المستوى الفلسفي، وكيف تكون نظرية التعسف أداة لحفظ التوازن الاجتماعي والاقتصادي.

الفرع الأول : تقديس الفرد ينفي التعسف

يعد المذهب الفردي أقوى المذاهب الفلسفية وأكثرها ذيوعا، فلقد هيمن ولمدة طويلة على النظريات المتعلقة بفلسفة القانون.¹

فهذا المذهب ليس وليد القرون الوسطى أو العصر الحديث كما قد يتوهم البعض إنه ضارب في عمق التاريخ، إلى الفلسفة اليونانية، إنك تجد فردية لدى السوفسطائيين والابوقوريين والإباحيين، غير أنها لم تتعد المجال الفلسفي فلقد كان "لوك" أول من قدم فكرة نظامية عن المذهب في نتائج القانونية، ثم استأنفه "روسو" في عبارة مختلفة، ثم وجد لدى "كانط" نصه الدقيق، وقد اتخذ "فيخته" أيضا نقطة انطلاق، ثم أضفى عليه بيان حقوق الإنسان صده السياسي ولذلك فهو يسود التفسير القانوني في القرن التاسع عشر.²

وقد ساعد على نشأة المذهب عدة عوامل بعضها ديني وبعضها تاريخي وبعضها اقتصادي.³

وينطلق أنصار المذهب الفردي من نقطة مفادها أن الإنسان سابق في وجوده على المجتمع وأنه أي - الإنسان الفرد- أوجد المجتمع لمصلحته لا العكس، فالإنسان

¹ د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون في فلسفة القانون- دراسة في فلسفة القانون الدار الجامعية- 2000 ص 58.

² هنري باتيفول، فلسفة القانون ترجمة سموي فوق العادة- منشورات عويدات- بيروت- باريس ط 1984 ص 83.

³ د. أحمد إبراهيم حسن- المرجع السابق ص 84.

أسمى من المجتمع لكن ثمن الحياة الاجتماعية قائم في الحرية لذلك لا معنى للمجتمع إذا لم يكن يتوخى حماية الحرية الفردية ونموها.¹

وتعتبر فكرة العقد الاجتماعي خير تعبير عن المذهب الفردي في مجال القانون² والمسألة الجوهرية التي عمل على حلها "العقد الاجتماعي" هي إيجاد المجتمع المنظم بحيث ينضم كل فرد إلى الجماعة ولكن لا يخضع إلا لإرادته ويبقى حرا مثلما كان، فيفقد الفرد حريته الطبيعية ويكتسب مقابل ذلك حرية مدنية.³

أ- نتائج المذهب الفردي على مفهوم الحق:

الحق في ظل هذا المذهب ما هو إلا تعبيراً خارجياً للإرادة الفردية، وبذلك اتحد مفهوم الحق بالإرادة ذاتها وأصبح خاصية من خصائصها.⁴

لذا فإن الإرادة تلعب دوراً رئيسياً في هذا المذهب، فقد ساد مبدأ سلطان الإرادة ومن ثم أولوية العقد على القانون في تنظيم العلاقات بين الأفراد، بل أصبح العقد عنواناً للعدالة، فكل ما هو تعاقدى هو عادل.⁵

وبذلك أصبح المثل الأعلى للعدالة في هذا المذهب هي العدالة التبادلية، فلا ضير

- في منطق هذا المذهب- من إطلاق الحقوق والحريات لأن مصلحة الجماعة تتحقق بمصلحة الأفراد.⁶

بل إن حق الملكية حق مطلق ولصاحبه استعماله واستغلاله والتصرف فيه بالوسيلة الأكثر إطلاقاً.

¹ د. أحمد إبراهيم حسن- غاية القانون في فلسفة القانون ، المرجع السابق ص 84.

² نفس المرجع ص 66.

³ عياض بن عاشور، الضمير والتشريع- العقلية المدنية والحقوق الحديثة، المركز الثقافي العربي ط1، 1998 ص 176.

⁴ أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق ص 72.

- إبراهيم أبو النجا- أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، المرجع السابق ص 57.

⁵ أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق ص 74.

⁶ إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ص 57.

ومهمة القانون في هذا المذهب هي حماية الأفراد في التمتع بحقوقهم الطبيعية، ويتم التوصل إلى ذلك بحمل الغير على احترام هذه الحقوق، وذلك بإلقاء واجبات والتزامات على عاتق الغير، فكل حق يقابله واجب، وبالتالي يكون الحق هو سلطة اقتضاء هذا الواجب.¹

فدور الدولة والقانون في ظل هذا المذهب دور سلبي إزاء حقوق الفرد وحياته والذي يقتصر على حمايتها والمحافظة عليها وتنظيم ممارستها.² ففي هذا المذهب لا يمكن مساءلة من أضر غيره وهو يستعمل حقا، إذ في ذلك تقييد للحق وهذا ما لا يجوز النطق به في هذا المذهب.

ب - نقد المذهب الفردي :

بات واضحا أن الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي أساس غير سليم، ذلك أن القول بأن الإنسان يوجد حرا في حالة الطبيعة حاملا حقوقا لصيقة به، هو مجرد ادعاء خال من أية قيمة علمية، فالإنسان لا تثبت له حقوق إلا إذا كان في مجتمع إضافة إلى أنه لا يستطيع العيش إلا في مجتمع.³

أما إطلاق الحقوق وإفساح المجال للحرية التعاقدية والمساواة فقد أدى ذلك إلى استخدامها أسوأ استخدام، لأن الأفراد وإن كانوا متساوين في الحقوق والواجبات من الناحية الطبيعية فإنهم غير ذلك في الحياة الواقعية، لاسيما في المجال الاقتصادي، فكثير من العقود مشبعة بالظلم.⁴

¹ د. أحمد إبراهيم حسن- غاية القانون في فلسفة القانون، المرجع السابق ص 72.

² إبراهيم أبو النجا - أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائي، المرجع السابق ص 57.

³ أحمد إبراهيم حسن - المرجع السابق ص 81- أنظر كذلك هنري ليفي برول. سوسيولوجيا الحقوق ترجمة عيسى عصفور- منشورات عويدات بيروت لبنان ط3 س 1984 ص 20.

⁴ أحمد إبراهيم حسن- المرجع السابق ص 73.

لذلك فقد كانت هذه الحرية أداة في يد الأقوياء لتشدّد قبضتهم على الضعفاء فلقد استبد أرباب العمل ففرضوا شروطا جائرة على العمال باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الإرادة.¹

وأدت المنافسة إلى إنتفاء المنافسة حقيقة، مما أدى إلى تحويل العديد من المنتجين إلى مجرد عمال تابعين لا حرية لهم.²

إنه إذا كان دور القانون هو حماية الحرية الفردية فإنه يؤدي في ظل هذا المذهب إلى زيادة النزاع بين الأفراد أكثر مما يؤدي إلى تفاديه، وإلى تبديد الموارد الطبيعية وإهدارها بدلا من المحافظة عليها.³

إن الفردية حملت أسباب دمارها في جانب كبير منها.

الفرع الثاني: تقديس المجتمع ينفي الحق

قام المذهب الاجتماعي كرد فعل على نتائج المذهب الفردي.⁴

وتجدر الملاحظة أن هذا المذهب يظهر في أشكال مختلفة وفي مدارس فقهية مختلفة غير أنه يجمعها تقديم المجتمع على الفرد.⁵

ويقوم المذهب الاجتماعي على حقيقة واقعية مفادها أن الإنسان كائن اجتماعي ويجب أن يعامل على هذا الأساس، فما يتقرر له من حقوق يكون بصفته عضوا في الجماعة لا بصفته فردا منعزلا عنها.⁶

وبالتالي فإن الجماعة وليس الفرد هي الهدف الأسمى في الوجود ومن ثم فإن فلسفة القانون والغاية منه- وفق هذا المذهب- هي تحقيق مصلحة الجماعة وسعادتها.¹

¹ د أحمد ابراهيم حسن- غاية القانون في فلسفة القانون ، المرجع السابق ص78.

² نفس المرجع ص 78.

³ روسكو باوند ،مدخل إلى فلسفة القانون ترجمة د. صلاح دباغ، بيروت 1968 ص 56.

⁴ د. أحمد ابراهيم حسن- المرجع السابق ص 80.

⁵ ابراهيم أبو النجا- أثر المذهبين الفردي والاجتماعي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري ،المرجع السابق ص 53.

⁶ أحمد ابراهيم حسن- المرجع السابق ص 80.

- ابراهيم أبو النجا - نفس المرجع ص 54.

هذه الأفكار ليست وليدة العصر الحديث، إنها ضاربة في عمق التاريخ، تمتد إلى الحضارة الإغريقية، إلى أفلاطون وأرسطو بل إن المجتمعات البدائية كان الفرد فيها يذوب في القبيلة أو العشيرة باعتباره جزءا منها.²

على هذا الأساس قام هذا المذهب في صورة نداءات للمفكرين والكتاب في منتصف القرن التاسع عشر والتي وجدت تطبيقها العملي على نطاق واسع في القرن العشرين.³

أ- أهم نتائج المذهب الاجتماعي على مفهوم الحق :

لقد أثر تقديس الجماعة على هذا النحو على مفهوم الحق، فالجماعة هي صاحبة الحق، وهي التي تمنحه للفرد، ليقوم بالمهمة الاجتماعية الملقاة على عاتقه، فهو لم يمنح حقا إلا ليؤدي واجبا.

وبذلك فإن الحقوق لا تعتبر مزايا وقدرات مطلقة، بل هي وظائف اجتماعية يغلب فيها معنى الواجب على معنى الحق.⁴

بل إن بعض مدارس هذا المذهب أنكرت وجود الحق.⁵

مما أدى بالبعض إلى القول بأن الخدمة التي أداها هذا المذهب للقانون هي اختفاء كلمة الحق المبهمة والتي حلت محلها كلمة مصلحة.⁶

فخذ مثلا حق الملكية وفق هذا المذهب، إنه مجرد وظيفة اجتماعية تفرض على صاحبها الالتزام بممارستها على نحو يحقق زيادة ثروة الجماعة¹، بل إن بعض أنصار

¹ أحمد إبراهيم حسن- غاية القانون في فلسفة القانون، المرجع السابق ص 80.

² صالح دجال- محاضرات في الحريات العامة أُلقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق، بن عكنون- جامعة الجزائر سنة 2003 ص 12.

³ إبراهيم أبو النجا- أثر المذهبين الفردي والاجتماعي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، المرجع السابق ص 53.

⁴ نفس المرجع ص 54.

⁵ من المذاهب المنكرة للفكرة الحق- مذهب التضامن الاجتماعي للفقهاء "دوجي" ومذهب كلنس وغيرها من المذاهب لتفصيلات أكثر حول إنكار الحق ونقد هذه المذاهب أنظر :

- د. عبد الهادي يونس العطافي، ماهية الحق في القانون الخاص- نقد نظرية ديجي في القانون الخاص، مجلة القانون والاقتصاد سنة 33 ع 4. وانظر كذلك الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - المرجع السابق ص 43 وما بعدها

⁶ روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، المرجع السابق ص 57.

هذا المذهب نادوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء تاما، بحيث تستولي الدولة على جميع وسائل الإنتاج، وتعطي لكل فرد حاجته أو بقدر إنتاجه، ومنهم من يرى إبقاءها لكن بصفتها وظيفة اجتماعية ومنهم من يقصرها على المسكن ولواحقه ومدخراته.²

لقد اتفقت مدارس هذا المذهب على تقييد حق الملكية من حيث الكم ومن حيث الكيف³ فيتم التقييد كما بوضع حد أقصى لا تتجاوزه الملكية الفردية وذلك بالقدر الذي يحول دون الاستبداد والاستغلال ، وذلك باحتكار وسائل الإنتاج الرئيسية.

ويتم التقييد كيفا وذلك باعتبار حق الملكية وظيفة اجتماعية بحيث يمارس المالك السلطات المخولة له من استعمال واستغلال وتصرف في حدود مصلحة المجتمع.

من أجل ذلك يتدخل القانون بوضع قيود على ممارسة الحق بما يضمن أداء الوظيفة الاجتماعية بل إن المالك ملزم- في ظل هذا المذهب- باستغلال ملكه لأن عدم الاستغلال من شأنه الإضرار بالمجتمع.

ب -نقد المذهب الاجتماعي:

إذا كان يؤخذ على المذهب الفردي تطرفه في تقديس الفرد على حساب المجتمع فإنه يؤخذ على المذهب الاجتماعي تطرفه في الجهة المقابلة، فلقد وصل هذا التطرف إلى حد إنكار الملكية الفردية في بعض المذاهب الاشتراكية.

إن هذا التطرف مضر بالجماعة نفسها، لأنه يؤدي إلى قتل روح الباعث الشخصي على العمل، وإلى شل نشاطهم، ويفقدون القدرة على الإنشاء والابتكار، ويثبط عزيمتهم في مجال الإنتاج والتنافس، بل إنه يقضي بآمالهم من هذا كله.⁴

¹ ابراهيم أبو النجا - أثر المذهب الفردي والاجتماعي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، المرجع السابق ص 54.

- فاضلي ادريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، رسالة دكتوراه بن عكنون - جامعة الجزائر سنة 1996 ص 306 وما بعدها.

² ابراهيم أبو النجا - نفس المرجع ص 54، 55.

³ ابراهيم أبو النجا - نفس المرجع ص 54، 55.

⁴ ابراهيم أبو النجا - نفس المرجع ، ص 55.

وذلك بأنه قضي على فكرة الحق وجعلها مجرد وظيفة اجتماعية دون الالتفات إلى المصلحة الذاتية لصاحب الحق، ففي هذا المذهب قد يختفي الحق فضلا عن التعسف في استعماله.

المطلب الثاني : فك التناقض بين "الحق" و "المسؤولية"

تردد الفقهاء طويلا حول مدى جواز اعتبار استعمال الحق موجبا للمسؤولية ومصدر هذا التردد أن الحقوق في نظرهم لا تعدو أن تكون امتيازات قانونية تمنح حرية التصرف في العمل، ومن ثم لا يعقل أو يتصور القول بعدم مشروعية فعل قرره القانون، فاستعمال الحق دائما مشروعاً ولو أدى إلى الإضرار بالغير.¹

وكما يقول "ديمولومب"² "إذا كان العمل مشروعاً وداخلاً في الاستعمال العادي للحق فلن يؤدي إلى قيام مسؤولية صاحبه بناءً على المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ، لأنه لو أدى إلى قيام مسؤولية فمعنى ذلك أن الحق غير موجود" ويعتبر "بلانيول" و"اسمان" من ألد خصوم نظرية التعسف، إذ يرى هذا الأخير³ أن نظرية التعسف في استعمال الحق متناقضة مع المبادئ القانونية ، لأن ركن الخطأ الذي تستلزمه المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي لقيام المسؤولية التقصيرية لا يتوافر إلا في حالة العمل غير المشروع على حين أن استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع مهما كانت نية صاحبه عند استعماله، لأننا إذا سلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية سيؤدي إلى قيام مسؤولية صاحبه فقد ينتهي بنا الأمر إلى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني، وإلى الخلط بين علم الأخلاق وعلم القانون.

فعلى هذا الأساس يرى "اسمان" بالنسبة لحق الملكية إذ لم يكن العقار مثقلاً بحق ارتفاق بالمطل بمصلحة العقار المجاور فإن لصاحبه أن يعلي من بنائه ولو لم يقصد من هذه التعلية سوى مضايقة الجار.

¹ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1979، ص 73.

² ذكره أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد العدد 1 سنة 17 مارس 1947 ص 25

³ نفس المرجع ص 25، 26.

غير أن "اسمان" يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي إلى قيام مسؤولية صاحبه إذا ترتب عنه تعطيل حق شخص آخر، كحالة الإضراب الذي يقوم به العمال لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين إلى النقابة، إذ في هذا الإضراب تعطيل لحق رب العمل واعتداء على حرية العمل.

هي ذي نظرية الأستاذ "اسمان" التي ناهض بها مبدأ التعسف في استعمال الحق، على أساس أنها غير منطقية من جهة، وخطرة من جهة أخرى، ومصدر الخطورة هو الخوف من تحكم القضاة عند البحث والتفتيش عن النية التي تصاحب استعمال الحق ومباشرته وما قد ينجم عنه من ضياع للطمأنينة التي يجب أن تسود الحياة والمعاملات القانونية.¹

وغير بعيد عن هذا الرأي نجد نداء "بلانيول" يعترض فيه على هذه النظرية كونها تقوم على أساس خاطئ. لأن من يستعمل حقه لا يأتي إلا عملا مشروعاً، فإذا أتى عملاً غير مشروع فمعنى ذلك أنه تعدى حدود حقه، لأن الحق ينقضي حيث يبدأ التعسف والعمل الواحد لا يمكن أن يكون في نفس الوقت مشروعاً وغير مشروع، (conforme au droit et contraire au droit) والمسؤولية التقصيرية لا تتوافر إلا حيث يحدث إخلال بالتزام سابق، أي حيث يأتي المرء عملاً غير مشروع والعمل غير المشروع هو العمل المخالف للحق، أي الذي لا يركز إلى حق، ولما كانت الحقوق محدودة و غير مطلقة، فعلى ذلك ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق هو في الواقع عملاً لا يستند إلى حق، أي أن نظرية التعسف لم تأت بجديد.²

هذه أشهر آراء الفقهاء الذين ناهضوا نظرية التعسف في استعمال الحق على أساس التناقض الموجود بين الحق والمسؤولية، غير أنها ليست الوحيدة.

وإذا حللنا ما سبق نخلص إلى أن "اسمان" و"بلانيول" بنوا انتقادهما على ما يلي :

¹ انور سلطان – نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 25-26

² نفس المرجع ص 27-28

- يستحيل منطقاً وقانوناً أن يكون العمل الواحد مشروعاً وغير مشروع في نفس الوقت.

- الخطأ وهو أساس المسؤولية التقصيرية لا يتوافر إلا في حالة انتفاء الحق، أي حين لا يستند العمل على حق.

- النتائج العملية للأخذ بالنظرية، تؤدي إلى خلط علم القانون وعلم الأخلاق والخوف من تحكم القضاة.

غير أن الفقهاء لم يصعب عليهم رد هذه الأفكار. فبالنسبة للفكرة الأولى، وهي أن العمل لا يمكن أن يكون مشروع وغير مشروعاً في آن واحد (conforme au droit et contraire au droit.)

تقوم في الواقع على تلاعب بالألفاظ، لأن كلمة droit في الفرنسية تعني الحق وقد يقصد بها القانون، وعلى ذلك فلا مانع أن يكون الفعل مرتكزاً على حق وداخلاً في نطاقه كما رسمها القانون، وغير مشروع بمعنى مخالفته المبادئ القانونية.¹

كما أن المشروعية أو عدم المشروعية لم يتصف بها ذات الفعل في وقت واحد، إذ لا يمنع أن يكون ذات الفعل مشروعاً لأنه يستند إلى حق، لكن النتيجة أو الباعث إليه غير مشروع وهما منفصلان عن الفعل، فلا تناقض هنا.²

أما عن الفكرة الثانية : وهي أن ركن الخطأ الذي تنبني عليه المسؤولية التقصيرية لا يوجد إلا في حالة انتفاء الحق، وأن جميع الأعمال التي نصفها بالتعسف إنما هي في أعمال لا تستند إلى حق فكرة غير صحيحة على إطلاقها، فالمادة 1382 مدني فرنسي لا تفرق بين ما إذا كان الفعل الضار قد أتاه الإنسان أثناء ممارسته للحرية وما تتضمنه من رخص أو أثناء مباشرته للحق ، فعناصر المسؤولية من خطأ وضرر يمكن أن تتوافر في الحالة الثانية كما تتوافر في الحالة الأولى، إذ لا يمكن إنكار أن استعمال الحق بنية

¹ أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق ص29
² فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق ، ط 1 س 1966 مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ص 537

الإضرار بالغير أو الإهمال في استعماله بما يلحق خسارة بالغير يكون ركن الخطأ الذي تنص عليه هذه المادة والقول بعكس هذا فيه تضيق للمادة 1382 مدني فرنسي، وتعطيل لها بما يؤدي إلى فوضى الحقوق وتنازعها.

أما عن الفكرة الثالثة والتي تخص النتائج العملية للأخذ بهذه النظرية، وخاصة منها الخوف من تحكم القضاة وخلق علم القانون بعلم الأخلاق فقد رد عليها بما يلي.

- أن القاضي لم يمنح سلطة جديدة بل هو مدعو لتطبيق القانون وخاصة النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية .

- أن القانون قد أباح للقاضي في مواضع عدة البحث عن النية دون أن يخشى مغبة ذلك التحكم المزعوم.

- لا يوجد حدود بين قواعد الأخلاق وقواعد القانون، بل إن هذه الحدود لم توجد قط إلا في مخيلة بعض الفقهاء كما قال ¹ "جوسران" والذي يقول كذلك، أن القانون ما هو إلا القاعدة الأخلاقية الملزمة، بل إن كثير من قواعد القانون مصدرها قواعد الأخلاق، و كما يقول ² "ربير" لكل نظام قانوني مثل أخلاقي أعلى يسعى المشرع والقاضي إلى تحقيقه.

إطلاق مبدأ الجواز الشرعي ينافي الضمان لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية:

وفي الشريعة الإسلامية يوجد من أطلق العمل بالمبدأ الشهير، أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، ومن هؤلاء متقدمو الحنفية والشافعية في الراجح والظاهرية وأحمد في رواية عنه، الزيدية والإمامية في المشهور ³.

¹ - روح الحقوق و نسبيتها، نبذة 204 ذكره أنور سلطان ، التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق ص 26.

² - القاعدة الخلقية في الإلتزامات المدنية نبذة 203 ذكره أنور سلطان نفس المرجع ص 26.

³ -وحيد الدين سوار، النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية ، المرجع السابق ص 85.

وقد عبر الإمام أبو حنيفة عن هذه النزعة بوضوح إذ قال ¹ "من تصرف في ملكه فلا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به" وفي نفس السياق قال الشافعي ² "لا يحمل على الرجل في ماله ما ليس بواجب عليه، وأن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ولو أضر بغيره، بل ولو أضر بنفسه أيضا".

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بجملة من الأدلة منها:

- عدم ورود نص صريح يمنع التعسف: ويعزى هذا الاستدلال لابن حزم الظاهري إذ يقول: "لكل أحد أن يعطي بنيانه ما شاء وإن منع جاره الريح والشمس، لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له، ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام أو فرن أو رحي أو غير ذلك إذ لم يأت النص بالمنع في شيء من ذلك" أما حديث: "لا ضرر ولا ضرار" فيقول ابن حزم أن الحديث ضعيف من حيث السند وإن كان صحيح من حيث الموضوع فلا يعمل به ³.

وهذا الرأي ليس غريب عن ابن حزم ومذهبه الظاهري فهو يرفض العمل بالقياس.

- أن المالك يتصرف في خالص حقه وهو حر في تصرفه هذا، ولا يصح أن يمنع عنه أو يقيد فيه ولو تضرر به الآخرون لأن القياس يقضي بإطلاق حق الملكية، لأن تقييدها ينطوي على نقض أصل الملكية ذاتها ⁴.

- لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء في التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا، فعلى هذا الأساس يكون لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ أو نافذ ويقول لجاره ابن في حقاك ما تستر به على نفسك ⁵.

¹ - ذكره وحيد الدين سوار، النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية، المرجع السابق ص 85.

² - مذكور في نفس المرجع ص 85.

³ - نفس المرجع ص 87.

⁴ - السرخسي، المبسوط، ج 15 ص 22/21، ذكره وحيد الدين سوار، نفس المرجع ص 86.

⁵ - ابن حزم الظاهري، المحلل بالآثار ج 8 ص 289 ذكره وحيد الدين سوار، نفس المرجع ص 86.

- خشية المعاملة بالمثل تنأى بالجيران عن إضرار بعضهم ببعض لأن في مقدور كل منهم أن يلحق الضرر بجاره فالضرر يدفع بالضرر ما دامت حرية التصرف مطلقة للجميع فتشابك المصالح بين الجيران كفيل إذن بأن يضع كل جار عند حده.¹

هذه بعض الآراء من الفقه الإسلامي التي ترفض مسؤولية صاحب الحق غير أنها لا تمثل إلا رأي الأقلية فيه، كما أنها لا تمثل سوى الرأي المرجوح فيه فلقد اندثرت وعفا عنها الزمن، فتجد أبا حامد الغزالي الذي هو شافعي المذهب يأخذ بالتعسف في استعمال الحق، كما أن أبا يوسف صاحب أبو حنيفة قد أقر التعسف وسار على أثره متأخروا الحنفية مستندين في ذلك على المصالح المرسلّة والاستحسان وحاجات الحياة الاجتماعية والمبادئ العامة للتشريع الإسلامي.²

¹- المواردي ، الحاوي ج7 ص275 ذكره وحيد الدين سوار، النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية ص86.

²- نفس المرجع ص 86.

المطلب الثالث: نسبة الحقوق والحقوق الوظيفية

الفرع الأول : تقييد الحقوق ضرورة اقتصادية واجتماعية

أدى التطور الذي عرفه العالم إلى تقييد الحقوق، نتيجة لكثرة العلاقات بين الأفراد وزيادة تدخل الدولة، كما أدى كذلك إلى بروز واستحداث حقوق جديدة لم تكن معروفة من قبل تلبيبة لحاجات جديدة.

بوسعنا إجراء مقارنة بين مالكين لقطعة أرض، أحدهما في الريف بعيد عن المدينة وضواها لا يحد ملكه إلا جار له أو جارين، والآخر في المدينة، يحيط به الجيران من كل جانب، الشيء الأكيد أن الذي في الريف يملك من الحرية مالا يملكه الذي هو في المدينة من حيث استعماله لحقه.

لقد أدت الثورة الصناعية والهجرة التي صحبتها إلى المدن، إلى زيادة المضار الناتجة عن علاقات الجوار.

وبذلك أدرك الفقهاء الصلة الموجودة بين علاقات الجوار والتعسف في استعمال الحق¹ بسبب انتشار المصانع التي تنبعث منها الضجة المزعجة والأدخنة والروائح الكريهة وبسبب ازدحام المساكن وكثافة السكان وتلاصقها. فوضع ريبير RIPERT رسالة دكتوراه عن علاقات الجوار تحت عنوان²:

وبين في هذه الرسالة كيف أن حق الملكية الذي كان من أكثر الحقوق إطلاقا قد دخلت عليه مختلف التقييدات حتى

¹ علي علي سليمان- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة السادسة 2005 ص 219.

2-L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines

أي استعمال حق الملكية في علاقاته بالملكيات المجاورة

لا يترتب على استعماله ضرر للجيران، ثم توالى الدراسات الفقهية التي تنادي بتقييد حق الملكية من هذه الزاوية.¹

وأيد القضاء الفرنسي هذه النظرة، ولعل أشهر أحكامه، الحكم الذي أصدره في قضية كليمان بايار (Clement Bayard) في 1915/08/03 وتتلخص هذه القضية أن كليمان بايار هذا كان يملك أرضا مجاورة لمطار تملكه إحدى الشركات فعمد إلى إقامة مبان على أرضه ووضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لا شيء إلا ليجبر شركة الطيران على شراء أرضه، فحكمت عليه المحكمة بأنه قد تعسف في استعمال حقه.²

كما أدى التطور الذي أفرزته الثورة الصناعية إلى نزوح سكان الريف إلى المدن قصد العمل، فاستغل أرباب العمل حاجاتهم إلى العمل، فاستخدموهم بشروط مجحفة تحت ستار حرية التعاقد، وأفرز مبدأ حرية التجارة غياب المنافسة الحقيقية، وتحول معظم المنتجين إلى تابعين لأصحاب رؤوس الأموال الضخمة، هذا الواقع الذي أفرزه التطور المدني والثورة الصناعية الذي انشطر على إثره المجتمع إلى قسمين، قوي وضعيف غني وفقير تابع ومتبوع، أدى بالمشرعين للتدخل للحد من استغلال الأقوياء لفقوتهم، وذلك بإعادة النظر في مفهوم الحق، وبضرورة تقييده، وهذا الذي نادى به أغلب الفقهاء، بل إن بعض الفقهاء نادى بإلغاء هذه الفكرة أصلا، وذلك للدور السلبي الذي كانت تلعبه في التضامن الاجتماعي.

لكن الأمر استقر على ضرورة تقييد الحق، فأصبح الحق ذو مفهوم نسبي وزال الإطلاق الذي أضفاه عليه المذهب الفردي.

ولما كانت النتيجة الأولية لتطور المجتمع وازدياد الكثافة السكانية دخول المرء في علاقات كثيرة مع غيره، فإن كثرة هذه العلاقات تؤدي إلى تضيق الحقوق، ذلك لأن مصالح الأفراد تتعارض وحاجاتهم تختلف، فيتدخل المشرع ليفض هذا التعارض ويفك

¹ فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، المرجع السابق ص336
² انظر هذا الحكم وغيره- علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ص219.

الخلاف، فتدخل المشرع لتنظيم العلاقات بين الأفراد هو في ازدياد مستمر كلما تقدم المجتمع، فلم يبق ميدان من ميادين الحياة لم يتولاه المشرع بالتنظيم حتى إن الإحسان أصبح منظما بل إن المشرع قد نظم اللهو، وتدخل المشرع على هذا النحو يقتضي تقييد الحق والحد من الحرية المطلقة بما يتلاءم وحياة المجتمع.

إن تطور مفهوم الحق من الإطلاق إلى النسبية يجب أن لا يؤخذ على أنه انتقاص من الحق أو حد من الحرية، بل هو على العكس، إنه وضع توازن بين مختلف المصالح لضمان استمرار الحق، وتحقيق للمساواة.

فمن الناحية الواقعية إن الحقوق وإن كانت مطلقة في عهد الثورة الفرنسية، فإنها لم تشمل إلا الحقوق الأساسية فقط.

فحق الاجتماع والتجمع لم يكن يعترف به، بل إن بعض الحقوق المقررة اليوم كانت يومها جرائم يعاقب عليها القانون.

كما أن التطور المدني الذي تبعه ظهور حقوق جديدة لم تكن معروفة نتيجة لحاجات جديدة أو اعتبارات اجتماعية اقتصادية أفرزها هذا التطور، خذ مثلا الحق في التعويض الاستحقاقى للتاجر الذي اكتسب القاعدة التجارية، وحق البقاء في الأمكنة المؤجرة ، وحق الملكية لبراءة الاختراع وغيرها.

إن أهم تطور في فكرة الحق هو أنه ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية، هذا التطور الذي نقض دعائم المذهب الفردي يضيف على الحق صبغة اجتماعية.

الفرع الثاني : مضمون مبدأ نسبة الحقوق

نادى بهذا المبدأ الكثير من الفقهاء، فهم يقولون بأن مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد، دون أن نضحي بمصلحة الفرد، فمصلحة الأفراد و حقوقهم معترف بها، و لكن في إطار مصلحة المجتمع، لذلك يجب الحد من حقوق الأفراد عن طريق الواجبات الملقاة على عواتقهم¹.

و بذلك فهم يقولون بأن الحقوق ليست مطلقة بل نسبية، و أن ضمن كيان كل حق يوجد عنصران، عنصر شخصي و عنصر اجتماعي، و أن الهدف الأول للقانون هو إعطاء الإمكانيات للعيش بسلام في المجتمع وليس فقط ضمانا الحرية الشخصية².

إن فكرة نسبية الحقوق أو الهدف أو الغاية التي منحت لأجلها الحقوق، قال بها العلامة "جوسران" "Jossrand" فقد سعى جاهدا في تدعيم نظريته على هذا الأساس، في كتابين أصدرهما الأول هو De l'abus des droits الذي صدر في 1905 فقد جمع في هذا الكتاب الحلول القضائية التي توصلت إليها المحاكم و نظمها و ألف بينها بعد تحليل و تمحيص فخرج منها بمبدأ عام، ثم أتبعه بكتاب آخر هو L'esprit des droits et de leur relativité أي روح الحقوق و نسبيتها، تبسط فيه بحث نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها العملية³.

وقد ذكر في كتابه الأخير⁴ أن كل سلطة أو مكنة قانونية هي اجتماعية في منشأها و في جوهرها، و في الغاية التي من أجلها منحت هذه الحقوق، و أن كل فكرة القانون ما هي إلا القاعدة الاجتماعية الملزمة، لذلك فالجزء لا يمكن أن يكون من طبيعة تخالف طبيعة الكل.

و ينتهي « جوسران » إلى تقييد الحق إذا خرج به صاحبه عن الهدف الاجتماعي، أو كانت النية أو الدافع مطابق للغاية الاجتماعية عندئذ يمكن الجهر بأن الحق استعمل في سبيله الشرعي، فلا مسؤولية عندئذ على صاحبه، أما إذا ظهر عدم انسجام بين الدافع و الغاية الاجتماعية فيكون هناك تعسف يوجب مسؤولية صاحب الحق.

و في هذا السياق يقول: "مراد سيد أحمد" رئيس إحدى اللجنتين التي ناقشت المادة 05 من القانون المدني المصري⁵ "الواقع أن ضرورة الجزاء على إساءة استعمال الحق إنما مبعثها تغير فكرة الحق نفسها، ففي ظل القانون الروماني و الأفكار التي تمخضت عنها

¹ - جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات و العقود ط 2 ، بيروت، لبنان، ص 425.

² - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث و الدراسات العربية 1981 ص 323.

-أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 38.

³ - عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ص 837 .

⁴ - Dé l'esprit des droits et de leur relativité théorie dite de l'abus des droits 2^{ème} Ed.1939 paris ,p 369.

⁵ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري 1961، ص 90-91 هامش رقم 01.

الثورة الفرنسية كان الحق يعد ممنوحا لغاية فردية و أنانية بحتة، أمام اليوم فقد اجتثت هذه النظرية من أساسها"

"... الحقوق نسبية تنقيد بالدافع الشخصي و بالغرض الاجتماعي (But social) الذي أعطيت من أجله، ذلك أن الحقوق أصبحت بمثابة وظائف اجتماعية يجب أن يكون استعمالها مرصودا أولا على مصلحة المجموع، ومتى وعينا ذلك ، كان من السهل أن نتصور أن يخرج الشخص و هو في دائرة حقه على حد استعماله الاستعمال الذي توصي به مصلحة المجموع".

إذن نخلص إلى أن الحقوق مقيدة بالدافع الشخص و الغرض الاجتماعي و هذا ما يفسر نسبية الحقوق.

1- المصلحة قوام استعمال الحق

إن الحقوق وباعتبارها مزايا يتمتع بها الأفراد في الحياة، وقد تقررت لهم في سبيل تحقيق السلام الاجتماعي، ولأجل تأكيد التوازن بين المصالح المختلفة تأكيدا صحيحا فإن هذه الحقوق لا يجوز أن تكون محلا لقضاء نوازع المكر و الخداع والإيذاء والضرر فإذا ما وقع العمل القانوني و كان الدافع إليه إرادة مبيتة في إلحاق الأذى بالغير ، تعين وقتئذ أن لا يستفيد ذلك العمل من حماية القانون الحماية الشرعية ، حتى لو أجراه صاحبه على أنه حقا مقرر له ، مادام قد ألبسه لباس الخديعة و الاستهتار و السخيرية¹.

وقد أدرك "جوسران" مدى صعوبة الكشف عن الدافع الشخصي لذا أسندها إلى إجراء مطابقة بين استعمال الشخص لحقه و الهدف الاجتماعي للحق ، فتحقق المسؤولية بعدم مطابقة استعمال ذو الحق لحقه مع الغاية الاجتماعية لذلك الحق².

2- الهدف الاجتماعي للحق

تنقسم الحقوق³ من حيث المصلحة التي تحققها إلى حقوق تحقق مصلحة غير ذاتية و غيرية ، و حقوق تحقق مصلحة ذاتية، و يختلف الهدف الاجتماعي تبعا لاختلاف هذه الحقوق.

1-2- الهدف الاجتماعي في الحقوق التي تحقق مصلحة غيرية.

هذه الحقوق هي نوع من المكنات و الواجبات هدفها المباشر تحقق مصلحة غير ذاتية لا تخص الشخص الذي تقررت له هذه الحقوق و إن كانت قد تتحقق من وراء ذلك و بطريق غير مباشرة مصلحة ذاتية لهذا الشخص ، لما لهذه المصلحة غير المباشرة من ارتباط بالمصلحة المباشرة ، و بما أنه في هذا النوع من الحقوق تتقرر المكنات تحقيقا لمصلحة غير ذاتية، فإن الطرف الذي تتقرر له هذه المكنات تكون وظيفته أو مهمته رعاية تلك المصلحة الجماعية أو الغيرية أو المشتركة، بحيث يقع عليه واجب رعايتها، و تتحقق مسؤوليته إذا قصر في أداء واجبه هذا.

^{1- 2} - Jossorand ,_de l'esprit de droit et de leur relativité. Opcit P 368 et p 302

³ - أنظر في تقسيم الحقوق إلى هذا النحو : رمضان أبو السعود، جلال العدوي، محسن القاسم، الحقوق و غيرها و المراكز القانونية ، المرجع السابق ص 12 و ما بعدها.

و ما دام الأمر على هذه الحال، فإن من تقرر له هذه الحقوق ليس له الخيار في استعمالها من عدمه، بل يجب عليه أن يستعملها، فهذه الحقوق تعتبر سلطة تكليفية أو وظيفة اجتماعية، ففي هذه الحقوق الواجبات هي التي تهمين¹.
و بالتالي فأى انحراف في استعمالها ، كأن يستعملها الشخص لتحقيق مصلحة ذاتية فإن مسؤوليته تتحقق، لأنه انحراف بها عن الهدف الاجتماعي والاقتصادي.

2-2- الهدف الاجتماعي في الحقوق التي تحقق مصلحة ذاتية:

هذه الحقوق تتضمن نوعا من المكنات و الواجبات هدفها المباشر تحقيق مصلحة ذاتية للشخص الذي تقرر له، إذن فحب الذات و الأنانية هو الغالب في هذه الحقوق².
فإذا كان الهدف الاجتماعي في الحقوق غير الذاتية لا يطرح إشكالا، فإن الأمر ليس بالسهولة نفسها في هذا النوع من الحقوق.
لكن "جوسران" قال بأن هذه النظرية -نسبية الحقوق- صحيحة ليس فقط في الحقوق الغيرية التي لها صبغة غير نفعية، لكن رغم جميع الطواهر في تلك الإمكانيات (Faculter) التي يغلب عليها حب الذات، كحق التملك وحق الدائن في ملاحقة مدينه، و مطالبته بجميع الطرق المشروعة بدفع ما عليه من دين، وإذا كان المجتمع منح لصاحب هذه الصلاحيات لصاحب حق الملكية و للدائن، فذلك ليس لمصلحتهما الشخصية، و لكن من أجل المحافظة على كيانه كمجتمع، إنه يضع محبة الذات الفردية في خدمة مصلحة المجموع، و طالما أن كل اندفاع أناني يسهم في الوصول إلى الهدف النهائي و هو الحفاظ على المجتمع، فإن حقوقنا الذاتية يجب أن توجه نحو هذا الهدف، و كل حق من هذه الحقوق له وظيفته خاصة، بصورة أنه يمكن القول بأن الحقوق الذاتية في كل هيئة اجتماعية منظمة ليست سوى حقوق وظيفية (Droit Fonctions) لذلك يجب أن تبقى هذه الحقوق ضمن الوظيفة التي تقابلها ، وإلا فإن صاحب تلك الحقوق إن هو أخرجها عن وظيفتها الاجتماعية أو هدفها الاجتماعي فإنه أساء استعمالها³.
غير أن ما ذهب إليه "جوسران" و إن كان مستحسنا لم يقبله جانب من الفقه في مقدمتهم "ربير" "G.RIPERT".

¹ - رمضان أبو السعود، جلال العدوي، محسن القاسم ، الحقوق و غيرها و المراكز القانونية ،المرجع السابق ص14

- 15.

² - نفس المرجع ص 11

³ -Josserand.L de l'esprit de droit et de leur relativité op.cit p369.

3 اعتراض ريبير RIPERT على مبدأ نسبية الحقوق:

يرى "ريبير"¹ أن الأصل في الحقوق أنها سلطات مطلقة، و أن القيود المتزايدة التي أخذ المجتمع يفرضها على الحقوق لا تغير من هذا الأصل شيئا، و أن النظرية الجديدة التي تقول بنسبية الحقوق نظرية غير مقبولة أصلا، لأن الحق يجب أن يخول صاحبه شيئا من حرية العمل و بالتالي شيئا من الحصانة إذا ما سبب هذا العمل ضررا للغير، و إلا فإنه لا يكون له معنى، فالحق سيادة مكتسبة و هي لا تكتسب أبدا بغير سبب، بل تفترض دائما جهدا سابقا بذل لكسبها أو تضحية بحق آخر من أجل كسب هذا الحق، و هي متى كسبت لا تبقى حقا إلا إذا كانت تخول صاحبها سلطة استعمالها لصالحه الخاص، و هذا ما يجعل للحق قيمة مالية، لأنه إذا كان الحق لا يضيف شيئا إلا الحرية العادية فإنه لا تكون له قيمة، فالاعتراف الرسمي بثبوت حق لشخص معناه تخويل هذا الشخص سلطة قبل سائر الأشخاص، و بالتالي إيجاد تفاوت في مراكز الأشخاص.

فكل حق يرمي بطبيعته إلى الإطلاق، و لا معنى لنسبية الحقوق، فالحق يمكن أن يكون محدودا، و لكن لا يمكن أن يكون نسبيا، **Relative à quoi** فبالرغم بأن الإنسان يحب أن يباشر حقوقه وفقا لما يقتضيه صالح المجتمع، و أن استعمال هذه المزية الشخصية يتوقف دائما على موافقة المجتمع لا يؤدي فحسب إلى الانتقاص من قدر الحق الشخصي، بل يؤدي إلى إلغائه تماما، إذ يصبح وجود الحق الشخصي مرهونا بصالح المجتمع وحده دون مبالاة بصالح الفرد، فإذا أردنا أن نكون منطقيين يقول "ريبير" فإما أن نسلم بأن الحقوق مطلقة و إما أن ننكر وجودها كلية.

فالأستاذ "ريبير" يسلم بتحديد الحقوق، و لا يسلم بنسبيتها، فإذا كان ثم عنصرا اجتماعيا في الحق فعلى الصياغة القانونية أن تتجه لتحديده².

غير أن "ريبير" يسلم بأن قصد الإضرار بالغير أمر يخالف الأخلاق و العدالة و لا يصح أن يقره القانون بأي حال من الأحوال، و أن إحداث الضرر بالغير عن قصد، خطأ قائم بذاته بقطع النظر عن وسيلة إحداثه و عن التذرع فيه باستعمال حق أو عدمه³.

ويظهر أن الخلاف الحاصل بين القطبيين "جوسران" و "ريبير" هو أولا خلاف لفظي فكلاهما متفق على تقييد الحق، و لكن أنسمي الحق نسبيا **Relatif** أو محددا **Limité** و ثانيا على ضابط التقييد و مداه.

أما الخلاف اللفظي فلا أهمية له ، طالما يوجد اتفاق على مبدأ تقييد الحق.

أما الخلاف على ضابط التقييد فهو الخلاف الحقيقي الذي يسبب الانقسام بين الفقهاء ويرجع خطره إلى أنه نتيجة لخلاف أعمق غورا هو الخلاف بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي⁴.

¹ - G.Ripert Abus et relativité des droits R.C.L 1929

ذكره سليمان مرقس. المسؤولية المدنية في التقنيات العربية ، المرجع السابق ص 323، 324.

² - ذكره أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 39.

³ - سليمان مرقس، المرجع السابق . ص 325.

⁴ - المرجع نفسه . ص 325.

الفرع الثالث : الوظيفة الاجتماعية للحق

إذا كانت الوظيفة الاجتماعية للحق واضحة بينة في الحقوق التي شرعت من أجل تحقيق مصلحة غيرية، فإنها ليست بنفس الدرجة من الوضوح في الحقوق التي شرعت من أجل تحقيق مصلحة ذاتية، أي القائمة على الأنانية وحب الذات.

و لما كان حق الملكية يمثل النموذج الأمثل لهذه الطائفة من الحقوق، لذا فإننا سنركز اهتمامنا عليه، لنبين مدى وظيفته الاجتماعية، و من ثم استقرار النتائج.

و جدير بالذكر أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تخبو و تظهر بحسب الخلفية الإيديولوجية و الفلسفية للمجتمع.

فالالاتجاه الاجتماعي يوسع نطاقها إلى أبعد حد حتى أن هناك من قال بأن الحق هو وظيفة اجتماعية كما مر معنا.

و أما الاتجاه الفردي فيعمل على تضيقها إلى أقصى حد ممكن من التضيق إلى حد إنكارها تماماً.

لكن اليوم فإن الملكية لم تعد حقاً مطلقاً حتى في الدول الرأس مالية إذ عمدت هذه التشريعات على تضيقها و الحد من نطاقها¹.

و من المقرر أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تقوم على اعتبارين هما² :

أ- مبدأ التضامن الاجتماعي : و هذا المبدأ يقضي بوجوب التعاون في المجتمع و الملكية من أهم الدعائم التي يقوم عليها هذا التعاون، فالمالك يجب أن يعتبر نفسه عضواً في المجتمع الذي يعيش فيه، يأخذ منه ويعطيه.

ب- على المالك إذا كان قد كسب ملكه بعمله ، إلا أنه مدين أيضاً للمجتمع بما كسب فليس عمله وحده هو الذي أكسبه الملك، بل إن المجتمع ساهم مساهمة فعالة و ملحوظة في جهود المالك حتى أصبح مالكا لما ملك، وتقيد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الأمور التالية³ :

- 1- حيث ما يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فتقدم المصلحة العامة.
- 2- حيث ما يتعارض حق الملكية مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك، فتقدم هذه الأخيرة مع دفع تعويض معادل للمالك.

¹- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية. الدار الجامعية، بيروت، لبنان ص 48.

²- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان ص 690.

³- نزيه الصادق المهدي ، حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنته بالقانون الوضعي، مجلة القانون و الاقتصاد كلية الحقوق، جامعة القاهرة عدد خاص السنة 50، 1980 ص 222.

3- إن إسقاط الملكية عن مالكيها أو إسناد استغلالها إلى شخص آخر، هو المصير الحتمي لعودة المالك عن استعمال ما يملك لمدة معينة. إذ في ذلك القعود إخلال بالدور الاجتماعي للملكية.

4- يستطيع المشرع إلزام المالك بتقديم أدعاءات للصالح العام من الناحية الاقتصادية.

5- يمكن نزع الملكية الفردية تحقيقا للمنفعة العامة، و ذلك إذا اقتضت مصلحة الجماعة ذلك.

يتضح أن مفهوم الوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية مفهوم مرن متغير، صعب الانضباط، ذلك أنه مرتبط بالإيديولوجيا والإرادة السياسية. ربما هذا ما يفسر عدم وجود نص صريح يكرس هذه النظرية بصورة جازمة¹، لكن هناك من ينتقد المشرع الجزائري على عدم النص صراحة على الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية².

و على أي حال فإن النص عليها لا يضيف لنا أي شيء لتحديد مفهومها، وأن في التطبيقات المختلفة التي أتى بها القانون عبر مختلف الأطوار والتي قد تصل إلى حد التناقض، تؤكد مرونة هذا المفهوم.

خذ مثلا تكريس حق البقاء في العين المؤجرة ثم العدول عنه³، و الحق في التعويض لاستحقاقه للتاجر الذي اكتسب القاعدة التجارية ثم العدول عنه.

وما يهمنا نحن في هذا السياق، هو صلة الوظيفة الاجتماعية للحق، بالمسؤولية فالأخذ بالوظيفة الاجتماعية للملكية يبرر قبول فكرة التعسف في استعمال الحق، إذ المالك الذي يتعسف في استعمال حقه، يخرج عن الوظيفة الاجتماعية للملكية، ولا يحميه القانون

¹ - لقد تم إدراج نص يكرس من الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لكن تم حذف عبارة الوظيفة الاجتماعية للملكية من النص على أساس أن العبارة تدخل في باب الشروح الفقهية التي تتعارض مع منهج التقنين، للتفصيل : أنظر مصطفى جمال نظام الملكية منشأة المعارف الإسكندرية بدون تاريخ ص 30.

² - أنظر في هذا ، فاضلي إدريس- نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، المرجع السابق ص 326

³ - لقد ألغي حق البقاء في الأمكنة المؤجرة المكرس بالمواد 514 إلى 528 من القانون المدني بالمادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 03/93

و الواقع أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يقوم على نطاق واسع في صدد حق الملكية¹.

إذن فلا يصح القول أن الملكية وظيفة اجتماعية، بل الصحيح هو أن للملكية الفردية وظيفة اجتماعية، كرسنها القوانين و التشريعات، وقد أخذ المشرع الجزائري بآخر ما وصلت إليه التقنيات الحديثة في اعتبار الملكية الفردية ذات وظيفة اجتماعية. و على هذا فإنه إذا كان ينبغي أن تبقى الملكية حقا ذاتيا، فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعيا، أي يتعين على المالك أن يراعي مصالح الغير، فإذا لم يقم بذلك طوعا كان باستطاعة المشرع إجباره على ذلك²، و هذا ما كرسه المادة 674 و المادة 690 من القانون المدني.

الفرع الرابع: الحق ومدى نسبته في الشريعة الإسلامية.

نحاول في هذا الصدد أن نبين باختصار النظرة المتميزة التي تنظر بها الشريعة الإسلامية إلى الحق، بعيدة عن التطرف الذي اتسم به كلا المذهبين الفردي و الاجتماعي. إن الحق في الشريعة الإسلامية منحة من الله، تفضل بها علي العبد³، بصفته خليفة له في الأرض، فالإنسان - وفق هذا المعنى - له ناحيتان ناحية إيجابية كونه سيد في هذا الكون و أخرى سلبية هي كونه عبد الله.

إن هذه الفلسفة هي أساس الحرية و المساواة و حقوق الإنسان في الإسلام، و هي أي نظرية الاستخلاف تشكل الأساس الميتافيزيقي للحقوق.

لذا فإن الحقوق في الشريعة الإسلامية لا تثبت إلا بحكم شرعي، و هو ما يعني القاعدة القانونية في المصطلح القانوني، فلا يعتبر الحق حقا إلا إذا أقره الشارع بحكم.

فكانت بذلك مصادر الشريعة نفسها مصادر الحقوق، و هذا ما ينفي أولوية الحق على القانون التي أقرها المذهب الفردي.

و يقسم فقهاء الشريعة الحقوق إلى نوعين:

حق الفرد و يتمثل في جميع الحقوق التي تتعلق بمصالح الأفراد، و حق الله و هو حق المجتمع إنما أضيف إليه سبحانه نظرا لأهميته و عموم نفعه، فلا يسقط بالإسقاط، و ليس لأحد فيه الخيرة، و يتوقف على ذلك نتائج أهمها :

- إن الحق في الشريعة الإسلامية ليس غاية في ذاته، وإنما وسيلة إلى مصلحة شرع

الحق من أجلها.

- الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه، لأن الفرد ذو كيان مستقل وشخصية ذاتية في

المجتمع، لا مجرد عنصر تكويني لها، و الجماعة كالفرد، كلاهما تلقيا الحقوق من

¹ - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 48.

² - Henri et Léon Mazeaud, leçons de droit civil, tome2, page 1065.

³ - أحمد إبراهيم بك، الحق و رأي فقهاء الشريعة الإسلامية فيه من حيث إطلاقه و تقييده، مقال منشور بمجلة القانون و الاقتصاد، السنة 6، العدد 3 مارس 1639 مطبعة نذري ص 403.

الشارع، فالشارع الذي أعطى الفرد حقه هو من أعطى ولي الأمر حق الطاعة في حدود رعاية للأحكام.

لهذا فإن الجماعة لا تملك أن تهب للفرد حقا و لا أن تسلبه حقا ووظيفتها هي رعايته في حدود مصلحة الجماعة، و بتمكينه من التمتع به بوجه لا يضر فيه غيره و إذا تدخلت الجماعة (الدولة) في شؤون الأفراد فإن ذلك يكون في حق مقرر شرعا¹.

و من ثم فإنه تثبت للأفراد الحرية و الاستقلالية، و لكنها مقيدة بقواعد المسؤولية فالإنسان في نظر الشريعة الإسلامية هو حر مستقل و مسؤول². لذا فإنها قررت حق الملكية الفردية كحقيقة ثابتة، و كقاعدة أساسية في النظام الاقتصادي الإسلامي³.

غير أنها ليست مطلقة بل مقيدة بقواعد المسؤولية، لأن الفرد مسؤول قبل الجماعة أنه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسؤول عن تحصيل مصلحة نفسه⁴. فمن حق الجماعة على الفرد ألا يعيث بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق، من أجل هذا فإن الشريعة الإسلامية أقامت من الجماعة نفسها رقيا على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه⁵.

و بذلك يتسم الحق في الشريعة الإسلامية بالصيغة الاجتماعية، فالفرد فيها ليس محور التشريع و غايته، فالشريعة أقرت حق الفرد حتى أصبح معلوما من الدين بالضرورة كما أقرت حق الجماعة وبينته.

و من هنا كانت فلسفة الشريعة الإسلامية في أصولها و فروعها ذات طبيعة مزدوجة و هي رعاية مصلحتين الفرد و مصلحة الجماعة، ووضعت من القواعد ما ينسق التعارض بينهما على حسب ما يقضي به العدل و تغليب الخير⁶.

¹ - فتحي الدريني-الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده و نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 73

² - نفس المرجع ص 74

³ - عيسوي أحمد عيسوي. نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، يناير 1963، العدد 1، السنة 5، ص 6 و ما بعدها.

⁴ - فتحي الدريني. المرجع السابق ص 75

⁵ - د/محمد زكي عبد البر، لا ضرر و لا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة القانون و الاقتصاد - س 55. ع. 1985 مطبعة عبيد 86، ص 22

⁶ - فتحي الدريني. المرجع السابق ص 17 وانظر في مبدأ تغليب الخير على العدل و أثره في تفسير الحق عيسوي أحمد عيسوي، المرجع السابق ص 51 و ما بعدها.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق :

سنبحث تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية باعتباره أهم أنواع الحقوق وأكثرها تطبيقا -المطلب الأول - ثم تطبيقاتها في مجال المنافسة (المطلب الثاني) ثم في مجال قانون الأسرة - المطلب الثالث -

المطلب الأول : التعسف في استعمال حق الملكية العقارية:

قيد القانون المالك في استعمال حقه بعدة قيود قانونية، جعل الخروج عليها خروجاً على حق الملكية في ذاته، مثل القيود التي فرضها على الارتفاق، والأرض المحصورة، واحترام المسافات القانونية، ونمط العمران.. الخ والخروج على هذه القيود هو خروج عن الحق، وليس تعسفاً في استعماله.

وزيادة على هذه القيود، هناك قيد عام وهو عدم التعسف في استعمال الحق إلى حد يضر بملك الغير، هذا بالإضافة إلى الحماية المقررة للجار من المضار غير العادية للجوار.

وهناك من لا يميز بين القيد العام المفروض على المالك وهو عدم التعسف في استعمال الحق، وبين تجاوز المضار العادية للجوار¹. ونظراً لتقارب هذان القيدان، لأن مجالهما واحد وهو التجاور في الملكيات في الغالب، إلا أن بينهما فرقا دقيقاً ينبغي توضيحه أولاً، وذلك بإيضاح العلاقة بين المادة 124 مكرر والمادة 691 من القانون المدني .

¹ انظر في الفرق بين التعسف في استعمال الحق كقيد عام على استعمال الحق وبين المضار غير المألوفة للجوار توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 113 وما بعدها.

أولاً: العلاقة بين المادة 124 مكرر والمادة 691 من القانون المدني .

- يحتل الجار مكانة مرموقة في المجتمعات الإنسانية لاعتبارات اجتماعية ودينية توصي بالإحسان إليه.¹

لكن القانون لم يفرض سوى واجبا سلبيا نحوه ، يتمثل في عدم السعي للإضرار به .

وقد نص المشرع على المضار غير المألوفة للجوار في المادة 691 مدني بقوله :

"يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار متى تجاوزت الحد المألوف..."

ويمكن فهم هذا النص على وجهين :

الوجه الأول :

تقييد حق الملكية بنظرية التعسف في استعمال الحق (الحالات المذكورة في المادة 124 مكرر، غير أنه لا يجوز التعويض إلا عن الأضرار غير المألوفة.

فيكون نص المادة 691 أتى بحكم خاص بمضار الجوار يتضمن تقييد المادة 124 التي توجب التعويض عن أي ضرر سببه الشخص بفعله الخاطئ مهما كان طفيفا، مألوفاً أو غير مألوف، وفي نفس الوقت ماهي إلا تطبيق للمادة 124 مكرر. وقد سار على هذا الرأي قضاء المحكمة العليا.²

¹ كان الجار يرث جاره في القانون الجرمانى القديم، وهناك مثل فرنسي قديم جعل من الجار القريب خير من الاخ البعيد « Mon voisin près de moi vaut mieux que mon frère au loin »

أما في الشريعة الإسلامية فقد تضافرت الآيات والأحاديث في التشديد بالإيحاء على الإحسان إلى الجار خذ مثلاً قوله تعالى في سورة النساء الآية 36 : "...وبالوالدين إحسانا ، وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب ... " .

ومنها حديث : " مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ضننت أنه سيورثه " وحديث " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره " ، وحديث " لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه " للاستزادة على ما ورد في الشريعة الإسلامية من حقوق الجار انظر: أبو حامد الغزالي - إحياء علوم الدين - دار الفكر ط 1999 ، ج 2 ص 183 وما بعدها.

² قرار مؤرخ في 30 / 11 / 1994 ملف رقم 334 - 115 - غير منشور.

- قرار مؤرخ في 25/06/1997 ملف رقم 10. 1488 ، المجلة القضائية لسنة 1997 ع 1 ، ص 190

- قرار مؤرخ في 03/06/1992 ملف رقم 8644 ، مجلة قضائية لسنة 1993 ع 4 ص 46.

الوجه الثاني :

أن النص المذكور يتضمن حكما خاص بالمضار التي يسببها الجار دون قصد أو إهمال أو تقصير، فالمضار التي يسببها الجار لجاره بناء على نص المادة 124 مكرر، توجب التعويض عن كل أنواع الضرر باعتبارها أضرارا ناشئة عن قصد أو إهمال أو عدم إتخاذ حيلة، وفي حالة ما اتخذ الجار كل احتياطاته ولم يعتور سلوكه أي عيب، من إهمال أو عدم تبصر، ولكن رغم هذا أضر بجاره، فالعدل يقتضي أن يسأل المتسبب في هذه الأضرار متى تجاوزت الحد المألوف، فيكون بالتالي نص المادة 691 حالة خاصة بهذا النوع من المضار، وبهذا فهي تكمل نص المادة 124 مكرر بالإضافة إلى كونها قيد على المادة 124.

وقد سار على هذا الفهم القضاء في فرنسا وفي مصر، والأغلبية العظمى من الفقهاء- كما سنبين فيما بعد.

فعلى أي الوجهين ينبغي فهم المادة 691 ؟

إننا نرجح الفهم على الوجه الثاني للحجج الآتية :

- نفرض جدلا عدم وجود هذا النص، فيكون الجار مقيدا في استعمال حقه بنص المادة 124 مكرر ونص المادة 124، أي أنه إذا أحدث ضررا بجاره على أساس المادة 124 مكرر يكون ملزما بالتعويض عنه على أساس المادة 124 مألوف أو غير مألوف.

ولما كانت اعتبارات حسن الجوار والتضامن الاجتماعي تقتضي زيادة هذه الحماية وليس الانتقاص منها، فإنه من غير المنطق أن نقول أن حرمان الجار المتضرر على أساس المادة 124 مكرر، من التعويض عن الأضرار المألوفة أمر يقتضيه حسن الجوار والسلام الاجتماعي بل عين المنطق يقتضي حماية الجار- زيادة على حالات التعسف المذكورة - من الأضرار غير المألوفة التي يسببها الجوار والتي تحدث رغم اتخاذ كل أسباب الحيلة والحذر.

- الاهتزازات التي تسببها بعض النشاطات والأصوات المزعجة والمقلقة للراحة التي تصدرها الآلات والروائح الكريهة التي تنفثها مداخن المصانع... إلخ بالرغم من حصول أصحابها على التراخيص الإدارية وبالرغم من اتخاذهم أحدث الاحتياطات العلمية والتكنولوجية لمنع الضرر على الجيران، لكن رغم هذا تلحق هذه المصانع ضررا بالجيران، فما مصير الجيران اللاحق بهم الضرر في هذه الحالة، إذا فهمنا النص على الوجه الأول وكيف نسوي بين هذا النوع من المضار والنوع الذي يحدث بإحدى حالات المادة 124 مكرر؟

- إن المشرع قد استلهم نص المادة من المشرع المصري، الذي أخذ به بدوره عن الشريعة الإسلامية وعن القضاء الفرنسي، وكل من القضاء الفرنسي والمصري والفقهاء الإسلاميين على الفهم الثاني.

كما أنه يكاد ينعقد إجماع فقهي وتشريعي¹ على وجوب التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تحدث عند الاستعمال المشروع للحق وبتخاذ كل وسائل الحيطة والحذر هذا فضلا عن وجوب التعويض عن الإضرار الناشئة عن إحدى حالات التعسف المعروفة فما معنى أن يشذ المشرع الجزائري في هذا الصدد.

لهذه الاعتبارات ينبغي عدم تأييد قضاء المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1994/11/30، حيث قضت أن "صرف المياه القذرة أو وضع النفايات قرب الجار يعتبر استعمالا تعسفيا لحق الملكية وأسسته على المادة 691 والمادة 124، في حين كان يجب أن تؤسسه على المادة 1/41، لأن في هذا الفعل قصد لإلحاق الضرر بالجار.

مما سبق اتضح لنا أن المالك مقيد في استعماله لحقه- زيادة على ما تفرضه القوانين والأنظمة - بعدم استعماله بإهمال أو سوء نية أو عدم اتخاذ حيطة (المادة 124 مكرر) وعدم الإضرار بالجيران أضرارا غير مألوفة.

¹ انظر الصفحة 38 ومابعدا من هذه المذكرة .

ثانيا : التزام المالك بعدم استعماله لحقه بإهمال أو سوء نية أو عدم اتخاذ حيلة:

إن حق الملكية كان أول الحقوق الذاتية التي طبقت عليها نظرية التعسف في استعمال الحق، فقضت المحاكم في فرنسا على أنه "إذا كان المبدأ هو أن حق الملكية مطلق يحول المالك أن يفعل ما يشاء في ملكه فإن استعمال هذا الحق ككل حق آخر يجب أن يكون الغرض منه تحقيق مصلحة جدية مشروعة، إذ قواعد العدالة والأخلاق تتعارض وحماية أي عمل لم يقصد به منفعة شخصية بل قصد به الإضرار بالغير".¹

وبناء على هذا قضت المحكمة بهدم مدخنة بنيت فقط لحجب الضوء عن عقار الجار وكذلك قضي بهدم سياج عال طلي باللون الأسود لمنع الضوء عن الجار.²

ومن الأمثلة كذلك على استعمال حق الملكية لمجرد الضرر المقصود ما ورد في حكم صدر عن محكمة "كومبين" وصدق من محكمة استئناف "إميان". ملخصه أن مالك عقار بالقرب من محطة مناطيد أقام على حدود العقارين أكواما من الخشب رفع فوقها قضباناً من الحديد مرتفعة إلى علو شاهق والمحددة الأطراف، وقد أراد من وراء ذلك إيقاع الضرر بتلك المناطيد التي أصبحت معرضة للتمزيق أثناء طيرانها، وقد حصل ما كان يتوقعه صاحب الأسلاك، فإن أحد المناطيد تعطل بسبب ارتطامه بالأسلاك المحددة الأطراف وقد طلب المتضرر من المحكمة الحكم له بالتعويض وإزالة هذه الحواجز المصطنعة، وقد أجابته المحكمة إلى مطالبه استناداً إلى قاعدة التعسف في استعمال الحق³

فانتفاء المصلحة قرينة على التعسف، فإذا ما عارض المالك على ما يقام من عمل على مسافة من العلو فوق ما يملكه بحيث لا تكون له أي مصلحة في منعه كان متعسفاً في

¹ استئناف كولمار 2 ماي سنة 1855 ، دالوز سنة 1856 ذكره أنور سلطان ،نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ،المرجع السابق ص 44.

² ذكره أنور سلطان ، نفس المرجع ص 45 .

³ ذكره، جورج سيوفي ، الموجبات والعقود، المرجع السابق ص 432 ، 433.

استعمال حقه، لان الملكية وإن كانت تشمل الأرض علوا وعمقا إلا أنها مقيدة بالحد الذي يمكن من التمتع بها علوا وعمقا (المادة 675 /2).¹

وكذلك ذهبت المحاكم الفرنسية إلى الحكم بمسؤولية المالك الذي يتخير الطرق اللازمة لاستغلال عقاره أكثرها ضررا بالغير "إذا كان المبدأ ألا مسؤولية على من يتسبب في ضرر غيره عند استعمال ملكه بحسب الغرض منه، فإن هذا لا يمنع من قيام مسؤوليته طبقا للمادة 1382 ، إذا تخير من الطرق الممكن بها استعمال حقه أكثرها ضررا بالغير".²

وكذلك قضي بمسؤولية المالك على أساس التعسف في استعمال الحق، عند مباشرته لأعمال جدية بقصد تحقيق منفعة مشروعة، ولكنه أهمل أثناء القيام بها اتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع الضرر عن الجيران، كما لو تهدم الجدار بسبب أعمال الحفر التي يقوم بها، أو الحريق من عقار جاره.³

وكذلك قضي بمسؤولية طبيب عن استخدامه جهازا للأشعة، يؤدي عند تشغيله إلى حدوث تشويش بالأجهزة الكهربائية المعدة للبيع في محل مجاور، وقد ثبت أن هذا الطبيب لم يراع الاحتياطات الواجبة عند تشغيل هذا الجهاز، لمنع الضرر الواقع على الجار، أو حتى التقليل منه⁴، كما قضي بمسؤولية مالك الحيوانات التي يستخدمها في الصيد، عن إتلافها للمزروعات المجاورة، نظرا لأنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنعها من ذلك⁵.

وبات من الأمور المستقرة أنه حتى ثبت خطأ الجار سواء كان ذلك عمديا أو كان متمثلا في الإهمال أو عدم التبصر وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر بجاره فإنه يسأل على أساس المادة 1382 مدني فرنسي.

¹ نقض مصري، مؤرخ في 1996/5/15 ، مذكور في ابراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة 02 ، سنة 2002 ، ص 100.

² أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 45.

³ نفس المرجع ص 45، 46.

⁴ C ass. 18. fev. 1907- 6- 1907-1-77

⁵ Req. 9. Fev- 1923- 13- 1923- 1-68

وبطبيعة الحال، إن تطبيق الأحكام التي يتضمنها نص المادة 1382 يعد أمرا بديهيا لا يحتاج إلى نقاش، فما دام الجار قد ارتكب خطأ ما، تمثل في إهماله أو عدم تبصره مما أدى إلى إلحاق ضرر بجاره على نحو أو على آخر، فلا شك في تطبيق قواعد المسؤولية عليه وفقا للأحكام التي يتضمنها نص هذه المادة.¹

ولكن التساؤل الذي يثور هاهنا هو في مدى مساءلة الجار عما يلحق جاره من مضرar برغم اتخاذه كافة الاحتياطات الممكنة، لمنع وقوع الضرر على جاره بحيث لا يمكن أن ينسب إليه أدنى إهمال أو تقصير، أي لا ينسب إليه ارتكاب خطأ ما.

ثالثا: التزام المالك بعدم الإضرار بجاره أضرار غير مألوفة:

في الحقيقة لقد استقر الوضع على تقرير المسؤولية عن الأضرار غير المألوفة التي يحدثها الجار برغم اتخاذه كافة الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر.

وقبل أن نخوض في مسألة مضرar الجوار غير المألوفة وفقا لنص المادة 691 مدني يحسن بنا أن نقدم عرضا للمسألة في الشريعة الإسلامية ثم في القضاء الفرنسي.

1- مضرar الجوار في الشريعة الإسلامية :

لم تكف الشريعة الإسلامية بالإيذاء على منع الأذى عن الجار بل أوصت بالإحسان إليه، ويميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين التجاور الجانبي والتجاور الرأسي، فالحق الثابت بالتجاور الرأسي أقوى وأشد من الحق الثابت بالتجاور الجانبي، لأن في التجاور الرأسي الملك ليس خالصا لواحد منهما لتعلق كل منهما بالآخر وانتفاع كل منهما بملك صاحبه.

ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لأي أحد من صاحب العلو أو السفلى أن يتصرف تصرفا يضر بالآخر.²

¹ أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضرar الجوار غير المألوفة، مجلة الحقوق والشريعة السنة 10 للعدد 2 يونيو 1983 ص 79.

² عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص 106. لكن الحنفية قسموا التصرفات التي تصدر عن كل من صاحب العلو وصاحب السفلى إلى ثلاثة أقسام: =

أما الجوار الجانبي فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يثبت به حق الجار على جاره يقيد تصرفاته في ملكه، بحيث لا يفعل شيئا يضر بجاره ضررا فاحشا، وإنما الخلاف بينهم في أن هذا يثبت ديانة فقط أو يثبت قضاء مع ثبوته ديانة.

فذهب الشافعي ومتقدمو الحنفية إلى عدم ثبوته قضاء فليس للقاضي أن يمنع المالك من التصرف في ملكه بما يريد، لأن مقتضى الملك أن يكون للمالك حرية في ملكه كيف ما يشاء، ولكن الديانة توجب إلا يضر بالجار لتسود المودة بين الناس.

أما المالكية وبعض الحنابلة فذهبوا إلى أن الضرر الفاحش يمنع، ويعد المستعمل للحق مسيئا في استعماله، وعلى هذا الرأي سار متأخروا الحنفية، وعليه سار الجمهور من الفقهاء¹ وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية².

وهناك رأي آخر يقول أن الضرر المعتبر ضررا ولو كان غير فاحش يمنع ما دام ضررا لأن الانتفاع بالملك يوجب أن لا يؤذى الجار، وكل ضرر يعتبر إيذاء للجار ما دام غير يسير ودائم، أما الضرر غير اليسير أو غير الدائم فباتفاق الفقهاء لا يوجب الضمان³.

هذه مجمل الآراء التي قيلت في الفقه الإسلامي نقلناها على وجه العموم، وهي توجب الضمان على الضرر الفاحش ولو كان سلوك صاحب الحق سليما واستعماله لحقه مشروعا.

فاختلال التوازن بين المصالح الفردية، بحيث يؤدي تحصيل أحدهما إلى إلحاق الضرر الفاحش بالأخرى يكون سببا يحد ذاته في منع المتصرف بحقه دفعا لهذا الضرر حتى

=

أ/ ما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط فهذا يجوز إجماعا.

ب/ ما فيه ضرر ظاهر كفتح صاحب السفلى بابا، فهذا يمنع اتفاقا.

ج/ ما يشك في الضرر به، كدق صاحب السفلى وتدا في الجدار أو السقف، أو كبناء صاحب العلو على علوه، فهذا عند صاحبين لا يمنع لأن الأصل عندهما الإباحة، لكن أبي حنيفة قد رفضها، والفتوى على رأيه في المذهب، انظر عيسوي أحمد عيسوي نفس المرجع ص 107.

¹ محمد أبو زهرة- إساءة استعمال الحق، المرجع السابق، ص 104.

² أنظر المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت الضرر الفاحش، والمادة 1200 التي تقضي بأن الضرر الفاحش يدفع بأي وجه كان.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 104، وهو يرى أن المشرع المصري قد أخذ بهذا الرأي.

إذا وقع كان موقعه مسؤولاً عن دفعه تعويضاً مع قطع سببه ليمنع استمراره في المستقبل.¹

2- مضار الجوار غير المألوفة في القضاء :

نظراً للتوسع الصناعي الهائل، وما أدت إليه المنشآت الصناعية الجديدة من مضار تمثلت إما في الضوضاء الناشئة عنها أو الروائح الكريهة التي تنفثها أو التهديد بخطر اشتعال الحرائق في العقارات المجاورة وأمام عدم ورود نص يقضي بمسؤولية الملاك عن هذه المضار، أخذ القضاء في فرنسا يتوسع في تفسير المادة 1372 توسعاً يمكن تطبيقه على تلك المضار التي تقع للجيران، وقد دفعه إلى ذلك الضرورات العملية التي خلفتها الأوضاع الجديدة وما تفرضه قواعد العدالة والإنصاف.²

فقضى بمسؤولية مالك مصنع لتجفيف الجلود عن الروائح الكريهة التي يسببها للجيران لتجاوزها المضار المألوفة، برغم من اتخاذه كل الاحتياطات الواجبة لمنع انتشار هذه الروائح³ وقضى أيضاً بمسؤولية مستأجر مصنع عما يلحقه الغبار والدخان الناتج عن تشغيل المصنع من أضرار غير مألوفة بجيرانه⁴، كما قضى بمسؤولية الجهة المالكة لمدرسة عن الأضرار التي تقع لمالك فندق مجاور من أضرار تجاوزت الحد المألوف متمثلة في الضوضاء التي يحدثها صعود وخروج عدد كبير من تلاميذ المرحلة الأولى حوالي ثماني مرات يومياً⁵، كما قضى بمسؤولية مستغل بيت للدعارة عن الأضرار المادية التي تقع لجيرانه من جراء هذا الاستغلال، متمثلة في نقص قيمة المنازل

¹ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 506
إن نظرية مضار الجوار في الفقه الإسلامي لا تقتصر على كفا الأذى فقط، بل تمتد إلى السلوك الإيجابي للجار، فهي تلزم صاحب الحق بعدم منع جاره من الانتفاع بملك صاحب الحق، إذا كان الجار يتضرر من هذا المنع وهذا غاية ما يصل إليه التضامن الاجتماعي عملاً بالحديث الذي رواه أبو هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال: "لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبة على جداره" قال أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بين أكتافكم" أنظر ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم تحقيق حامد أحمد الطاهر، دار الفجر للتراث، القاهرة ط1، سنة 2002، ص 506.

² د. أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق ص 80.

³ Req. 14. Fev- 1910- D- 1910-1- 256.

⁴ Bordeaux 15 juillet. 1845 – s- 1847-2- 537 Paris 19 Avril 1893-2-124.

⁵ Paris 9 déc 1904- S- 1905-2- 175 et D- 1905-2- 32 Req 20 Fev 1849-S- 1849- 346- Net 25, Aout 1863- S- 1863-2-57.

المجاورة له الناشئ عن وجوده بينهما، إلى جانب الأضرار الأدبية التي تقع للجيران، ولا يؤثر في هذه المسؤولية الترخيص الصادر عن جهة الإدارة بهذا الاستغلال¹، كما قضى لصالح السكان بمسؤولية مستغل مسرح عما تحدثه ضوضاء الجمهور وسياراتهم من مضار²، كما قضى لصالح الجيران بمسؤولية مستغل دار لعلاج المرضى من الدرجة المتأخرة جدا عن الأضرار المتمثلة في خشية الإصابة بالمرض أو تلك المتمثلة في نقل العدوى فعلا إليهم³، كما قضى بمسؤولية مرفق السكك الحديدية عما تحدثه القاطرات من مضار غير مألوفة للجيران الذين تقع مساكنهم بالقرب من مسارها، تتمثل في الضوضاء التي تحدثها حركة القاطرات أو خطر الحريق من جراء الشرر المتطاير منها⁴.

وقد سائر القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم- الذي لم يتضمن نصا خاصا عن هذه المضار القضاء الفرنسي في القول بالمسؤولية عن الأضرار غير المألوفة للجوار، وقد استند في ذلك على قواعد العدالة والإنصاف تارة وعلى أحكام الشريعة الإسلامية تارة أخرى.

3- المسؤولية عن المضار غير المألوفة للجوار في التشريع:

إن نص المادة 691 سالفه الذكر يقضي بمسؤولية الجار عن الأضرار التي تجاوزت الحد المألوف مما يعني كذلك أن النص أوجب على الجار تحمل الأضرار الناجمة عادة على المجاورة، من مضايقات ومتاعب أو ما يطلق عليها مضار الجوار التي لا يمكن تفاديها⁵.

¹ Cass. 27 Aout 1861 et cass. 3 déc 1861- D- 1861 -1- 351.

² Req. 24 Avril 1865-D- 1866-1-169

³ Limoges 5. fev.1902-D-1902-2-95.

⁴ Bordeaux 21 juin 1859-DP-1859-2-187.

⁵ يلاحظ خلو النص من هذه العبارة، التي أتى على ذكرها النص المصري في المادة 807 - أنظر توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص119، وعبر عنها المشرع التونسي- بالتالي لا محيص عنها- أنظر يوسف الكنانى، فوزي بالكتاني قانون الأموال- مركز النشر الجامعي، تونس 2003 ص 93.

فخلافًا للقواعد العامة للمسؤولية التي تفرض التعويض عن الضرر مهما كان طفيفا فهذه الأضرار لا يعرض عنها متى لم تتوافر شروط المسؤولية طبقا للقواعد العامة¹.

فهذه المتاعب والمضايقات تفرضها الحياة المشتركة حيث لا يستطيع أحد الفكك منها ويجب تحملها، بل يسوغ اعتبار تحمل مضايقات الجوار أبرز اختبار الأخوة السلبية بين البشر².

3-1 مرونة معيار المضار غير المألوفة:

لا توجد قاعدة ثابتة للتمييز بين ما هو مألوف من المضار أو غير المألوف منها³. ويبقى تحديد ذلك مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي على عدة اعتبارات ذكرتها المادة 691 بقولها " على أن يراعي في ذلك العرف...".

أ/ **العرف** : كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر أو يرجع إليها في وقت متأخر فيحدث حركة محسوسة بسيارته أو كسماع بكاء طفل، أو الضجيج الناتج عن إقامة الحفلات والمآتم فكل هذا يعتبر من قبيل الأضرار المألوفة التي لا يمكن تفاديها، وينبغي التسامح فيها، ولكن إذا استمرت لمدة لا يقرأها العرف استطاع المتضرر أن يطالب بإيقاف الإزعاج⁴.

ب/ **طبيعة العقارات** : فإذا كان العقار محلا عاما أو مقهى أو فندقا أو معملا تحمل من الضوضاء أكثر مما يتحمل المسكن الهادئ أو المستشفى.

ج/ **موقع كل عقار بالنسبة للآخر** : فصاحب السفلى يتحمل بحكم موقعه من العلو ما لا يتحمله صاحب العلو من السفلى.

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 119.

² يوسف الكنانى، فوزي بالكتاني، المرجع السابق ص 92.

³ في الشريعة الإسلامية هناك الضرر الفاحش، وهو كل ما يمنع الحوائج الأصلية كما نصت على ذلك المادة 1197 من مجلة الأحكام العدلية، وهناك من يميز بين الضرر الفاحش والضرر غير المألوف.

⁴ وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ط2 1997 عمان الاردن ص78.

د/ الغرض الذي خصص له العقار : إذا كان الغرض الذي خصص له العقار من الأغراض العادية، (كاستغلال منزل يستعمل كدار للاستشفاء) وكان من شأن المضار الصادرة عن الجار مضايقته بصورة غير مألوفة قامت المسؤولية، مثل ذلك مساءلة صاحب مصنع قبل صاحب منزل يستعمل كدار للاستشفاء والعلاج، ففي مثل هذه الحالة تقوم مسؤولية صاحب المصنع قبل صاحب المسكن الذي خصص غرضه للاستشفاء حتى ولو كانت لا تقوم إذا كان المنزل مخصصا لمجرد السكنى العادية¹.

وعلى أية حال يبقى تحديد الأضرار غير المألوفة قضية موضوعية، فدخان المصانع وضجيج الآلات ضرر عادي في منطقة صناعية، ولكنه غير ذلك في حي هادئ، كما أن المستشفيات وقاعات العلاج تتطلب هدوءا أكبر من المساكن العادية، والضرر المتأتي من نباح الكلاب وثرغاء الخرفان وصياح الديكة عاديا في الريف، غير أنه ينقلب إلى ضرر غير مألوف في عمارة كائنة بحي حضري.

2-3 أثر أسبقية الاستغلال في تحديد الضرر غير المألوف :

إن موقع العقار لا يلبث أن يطرح مشكلة السبق في الاحتلال la pré-occupation على ذلك التقدير، كمن يشتري أرضا بجوار مصنع فيشيد عليها مسكنا أو مصحة ثم يطالب بإزالة الأضرار التي لحقت به من جراء ضجيج المصنع أو ما يتصاعد منه من أدخنة . يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء² أن الأسبقية لا تؤثر في مسؤولية المالك، بحيث لا يجوز له أن يفرض على من كان لاحقا له استعمالا لملكه ينسجم مع استعمال من سبقه، غير أن المالك يعفى من هذه المسؤولية – وفقا لهذا الرأي- إذا كان هذا الاستغلال جماعيا ، بمعنى أن يصبح الحي كله صناعيا، فيكون حينئذ هذا الضجيج أو تلك الروائح المنبعثة ضررا مألوفا في هذا الحي.

¹ توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ص 122.

² انظر عبد الرحمن دغنوش، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون ص 75.
- يوسف الكيناني فوزي بالكتاني المرجع السابق ص 94.

وتتور المشكلة- إذا أخذنا بهذا الرأي- في الحالات التي لا تتحدد فيها طبيعة الحي أو المنطقة بصورة واضحة، ففي هذه الحالة يجب أن تدخل فكرة الأسبقية في الاعتبار¹.

غير أنه يوجد رأي مؤسس على الشريعة الإسلامية² ينادي بإعفاء المالك السابق من المسؤولية ويحرم المتضرر من الرجوع على المالك السابق بصفة مطلقة ذلك أن التفرقة بين الأسبقية الفردية والأسبقية الجماعية ليست بالأمر الميسور السهل.

3-3 أثر الظروف الشخصية :

سبق القول أن القاضي في تقديره للضرر غير المألوف فإنه يلتزم بالصيغة الموضوعية لهذا المعيار.

فلا يعتد بالظروف الشخصية للجار المتضرر، على غرار ما قد يكون عليه الأمر من إرهاف حسن أو توتر في الأعصاب أو إصابة بأمراض تستوجب الهدوء ونقاء الهواء، إذ ليس من المعقول أن تتغير طبيعة الضرر تبعا للظروف الخاصة لكل جار على حدة³.

4-3 الجزاء على تجاوز المضار غير المألوفة للجوار :

لم يورد النص أية إشارة إلى التعويض المالي، بل قرر أن للمتضرر أن يطلب إزالة هذه المضار إزالة المنشآت، فقد تقضي المحكمة بإزالة المضار عن طريق إجراء تعديل يؤدي إلى رفع الضرر، كتحويل مدخل البناية⁴، أو تعلية مدخنة أو وضع عوازل للصوت أو نقل بعض الآلات من مكانها... أو أي إجراء آخر من شأنه رفع الضرر وهذا الحل تقبله الشريعة الإسلامية⁵.

¹ توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ص 124.

² أنظر وحيد الدين سوار - حق الملكية في ذاته، المرجع السابق ص 82.

³ عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية بيروت، لبنان ص 67.

⁴ قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1992/06/16 ملف رقم 90943، المجلة القضائية سنة 1995 ، العدد 1 ص

101

⁵ توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص 125.

وقد تتخذ إزالة الضرر تحديده زمانا¹، أو الحكم بوقف جزء منه، أو إزالته كلياً، ويبدو أن هذا الجراء تقبله الشريعة الإسلامية كذلك².

والواقع أنه من النادر أن يحكم القاضي بإزالة الكلية بالرغم من أنه يملك ذلك³، خاصة في ظل الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية المعقدة التي يثيرها التعامل مع المصانع والمؤسسات الاقتصادية عموماً، في بلد نام يسعى إلى تدعيم مؤسساته الاقتصادية وإلى التخفيف من معضلة البطالة، فهل يجرؤ القاضي في مثل هذه الظروف على الحكم بهدم مصنع لتأثير ما يصدر عنه من ضجيج أو أدخنة على راحة الجيران، وهل نتصور حكماً يصدر بإزالة مطار يعكر أزيز ما يحط فيه وما يقلع منه من طائرات راحة السكان المجاورين له، بل هل يقبل من القاضي في ظل احترام المنافسة الداخلية والخارجية وضرورة الضغط على المصاريف لغزو الأسواق أن يلزم مؤسسة ما ببذل مصاريف باهظة لرفع سبب المضرة المترتبة عنها للجيران⁴.

وعلى كل حال فإنه يبقى للقاضي سلطة التقدير فيما يتعلق بالتعويض العيني، إذ قد يكون فيه إرهاب للمسؤول أو إضراراً به ضرراً فادحاً، ولهذا فإن له في مثل هذه الحالة أن يحكم بالتعويض النقدي ويقوم بالموازنة بين المصالح وإذا كان من الممكن أن يحكم بالتعويض العيني بالنسبة لما يستجد وإزالة ما يقع من أضرار مستقبلاً، فإن ما وقع في الماضي قد يعرض عليه تعويضاً نقدياً نظراً لاستحالة التعويض العيني.

3-5 أثر الترخيص الإداري:

لم يذكر المشرع هذه الحالة في حين أن المشرع المصري قد أتى على ذكرها في آخر نص المادة 807 بقوله " ولا يحول الترخيص الإداري الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق".

¹ ذهب القضاء في تونس إلى إلزام بائع مواد غذائية بغلق ثلاثته خلال الفترة المتراوحة بين الساعة التاسعة مساءً والسابعة صباحاً، ذلك نتيجة لذنبات والضجيج الصادر عنها، أنظر يوسف الكناني، فوزي بالكناني، قانون الأموال المرجع السابق ص 88.

² توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق ص 125.

³ وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق ص 81.

⁴ يوسف الكناني فوزي بالكناني، المرجع السابق ص 89.

فمن المتفق عليه أن الترخيص الإداري هو أمر لازم، ولا يحول دون مسؤولية المالك على أساس المادة 691 بل إن عدم وجوده يعرضه لمسؤولية أشد على أساس المادة 124، إضافة إلى إمكانية مساءلته جزائياً¹.

وإذا كان هذا الترخيص لا يحول دون مسؤولية المالك، فهل وجوده يقف قيدا على تقرير التعويض العيني؟

ففي فرنسا حيث لا يوجد نص يقابل المادة 691 يرد قيد على التعويض العيني، هو أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق محل مقلق للراحة حاصل على ترخيص إداري، إذ القاضي باعتباره ممنوعا طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات من إلغاء الأوامر الإدارية أو تعطيلها، فهو لا يملك أمام هذا الترخيص إلا مجرد الحكم بالتعويض دون الحكم بإزالة الضرر².

أما في البلدان العربية فقد نصت صراحة على مشروعية طلب الإزالة وعلى أنه لا يحول الترخيص الإداري دون استعمال هذا الحق³، أما نص المادة 691، فقد تضمن الشرط الأول وسكت عن الثاني، فهل يعتبر سكوته قرينة عن عدم جواز الحكم بالتعويض العيني في حالة وجود الترخيص الإداري طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات؟ إننا لا نؤيد هذا لأن نص المادة صريح في ذكر التعويض العيني وهو الحكم بالإزالة

ولقد سبق القول أن مزاولة النشاط دون ترخيص إداري هو خطأ طبقا للمادة 124 مدني، فمجال تطبيق نص المادة 691 يقتصر على المجالات المقلقة للراحة التي تزاوّل نشاطها في نطاق المشروعية أي التي استوفت جميع الشروط القانونية لمزاولة النشاط والتي منها الترخيص الإداري فسكوت المشرع عن ذكر أثر الترخيص الإداري لا يغير من الحكم شيئا، فلو أتى عليه النص لم يكن سوى تأكيدا لحكم مستفاد من النص بالضرورة.

¹ عبد الرحمن دغوش، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، المرجع السابق ص75

² نفس المرجع ص77

³ خذ مثلا نص المادة 807 مصري والمادة 30 كويتي.

المطلب الثاني : نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال المنافسة:

إن مبدأ حرية الصناعة والتجارة تكرر في القوانين بصورة مؤكدة وجلية بعد تحول عن النهج الاشتراكي الذي سلكته الجزائر والتوجه نحو الاقتصاد الحر¹.

ومبدأ حرية المنافسة هو المبدأ الجوهرى الذي يقوم عليه الاقتصاد الحر غير أن هذا المبدأ يرد عليه قيد جوهري، ألا تكون وسائل التسويق والترويج للمنتوجات والخدمات غير مشروعة².

وبعيدا عن الجدل الفقهي القائم حول تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة³. فإن تأثير المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال المنافسة واضح وأكد.

لقد نص المشرع الجزائري على الأفعال أو الممارسات المقيدة للمنافسة في الأمر 03/03⁴ ، والأمر 07/95⁵ ، والقوانين المكملة له. والتي نذكر منها :

أولا - رفض البيع أو أداء خدمة دون مبرر شرعي:

تنص المادة 2/58 من الأمر 06/95 على أنه يمنع رفض بيع سلعة أو أداء خدمة للمستهلك بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة أو الخدمة معروضة للبيع وطلبها المستهلك، فتتص المادة على العناصر المكونة لرفض البيع⁶:

فيجب أن يكون رفض البيع فعليا لا مجرد تهديد بالرفض، أو تأخر في تسليم السلعة أو إتمام الخدمة، ويقوم مقام رفض البيع رفض التعامل مع زبون بالشروط التي يعامل بها غيره، وكثيرا ما يكون رفض البيع قائما على اعتبارات تمييزية، ويجب أن يوجه رفض البيع إلى المستهلك، وقد كانت المادة 07 من الأمر 06/95، الملغاة، تنص على أنه

¹ أنظر المادة 37 من دستور 1996 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
² د. بختة موالك، محاضرات في قانون المنافسة أقيمت على طلبه الماجستير القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعية الجزائر ، السنة الدراسية 2003 / 2004 غير منشورة .
³ أنظر هذا الجدل : سواشي وسيلة ، مميزات الدعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى المسؤولية التقصيرية مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق 2007 ص 9.
⁴ مؤرخ في 19 جمادى الاولى 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003 الجريدة الرسمية العدد 43 ص 25-33
⁵ مؤرخ في 25 يناير 1995 لجريدة رسمية العدد 9 سنة 95.
⁶ لأكثر تفصيل أنظر: موالك بختة ، المرجع السابق ص 37 وما بعدها.

يمنع كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو احتكار له أو على جزء منه يتجسد في رفض البيع دون مبرر شرعي..."

ويؤدي ذلك إلى استبعاد التعامل ما بين الأعوان الاقتصاديين من مجال تطبيق هذا الحكم خاصة وأن الأمر 03/03 الذي جعل رفض البيع محضورا إذا كان ناتجا عن استغلال مؤسسة وضعية التبعية لمؤسسة أخرى.

وعلى هذا فإن رفض البيع بين الأعوان الاقتصاديين دون أن يكون ناتجا عن استغلال وضعية تبعية يبقى محل تساؤل. ولكن ألا يمكن تأسيس الدعوى المدنية على التعسف في استعمال الحق؟

وبالمقابل يجب أن يكون طلب المستهلك للسلعة أو الخدمة طلبا عاديا خال من أي سوء نية.

فإذا طلب المستهلك ما يفوق مقدرة البائع أو مؤدي الخدمة في تلبيةه كان طلبه غير عادي، أو أن يطلب كمية قليلة لا تتناسب مع الكمية التي اعتاد البائع على التعامل بها كأن يطلب من بائع الجملة بيع السلعة بالتجزئة¹.

فإذا كان الطلب غير عادي كان هذا مبررا لرفض البيع. ويجب أن يكون المستهلك حسن النية في طلبه، وتتجلى نية الإضرار بالبائع في أي عمل ينوي المشتري القيام به ويكون الغرض منه إلحاق خسارة بالبائع أو تقويت فرصة عليه، كأن يشتري مسحوق غسيل لإجراء إشهار بالمقارنة بينه وبين مسحوق غسيل آخر بإظهار مساوئ الأول ومحاسن الأخير بغية ترويج هذا الأخير².

فإذا كان رفض البيع على النحو الذي ذكرنا، فإنه لا مجال للشك أنه تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق.

فانعدام المبرر الشرعي قرينة على قصد الإضرار.

¹ د. بختة موالك – محاضرات في قانون المنافسة، المرجع السابق ص 39.

² نفس المرجع ص 40.

لذا فإن المشرع قرر له جزاءا جنائيا زيادة على الجزاء المدني.

ثانيا : التعسف في وضعية الهيمنة **Abus de position dominante**

وهذا التعسف نصت عليه المادة 07 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة. وقد عرفت المادة 03 وضعية الهيمنة بأنها " الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها ".

تتمثل حالات التعسف التي حددتها المادة 07 من الأمر 03/03 إجمالا في فرض شروط في التعامل مع المؤسسات الأخرى، والممارسات التي تتعلق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.

وإذا كان الأمر 03/03 لا يمنع أن تتمتع مؤسسة ما بوضعية هيمنة في السوق، فهذه رخصة مثل الرخص الأخرى، ولكنه يمنع التعسف في استعمال هذه الهيمنة والمادة 14 من الأمر 03/03 تعتبره ممارسة مقيدة للمنافسة، وبالتالي غير مشروعة في الأصل لأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.¹

وبذلك يثبت الحق في التعويض المدني على أساس التعسف في استعمال الحق لكل من أصابه ضرر، هذا فضلا عن الجزاء الجنائي الذي تبوء به المؤسسة المتعسفة.

لكن هناك حالات يصبح فيها التعسف في استعمال وضعية الهيمنة أمر مشروعا وهي الحالات التي حددتها المادة 09 من الأمر 03/03، وهي حالة التعسف الناتجة عن تطبيق نص قانوني، فإذا كان القانون يجيز أو يبرر هذا التعسف فإنه مسموح به في ذلك الإطار.

وحالة التعسف المبررة بالتطور الاقتصادي، وتمثل هذه الحالة النموذج الفعلي لتقييد الحق بالغاية الاقتصادية وبتغليب مصلحة الجماعة عن مصلحة الأفراد.

¹ د. بختة موالك – محاضرات في قانون المنافسة، المرجع السابق ص 67.

فإذا أثبتت المؤسسة المتعسفة في الهيمنة أن هذه الممارسات تؤدي إلى نتيجة إيجابية تساهم في التطور الاقتصادي والتقني أو تساهم في توفير مناصب شغل أو تساهم في تحسين الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة في المجال الذي تمارس فيه المؤسسة المتعسفة نشاطها، فإن هذا التعسف يكون مشروعاً ولكن إذا أمكن تحقيق هذه النتائج دون أن تلجأ المؤسسة إلى هذه الممارسات كان هذا الأمر غير مشروع¹.

ثالثاً : الاستغلال التعسفي لحالة التبعية:

عرفت المادة 3 من الأمر 03/03 حالة التبعية الاقتصادية بأنها "العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما، حل بديل إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا".

من هذا التعريف يتضح أن التبعية تخلق هيمنة لكنها تتميز عن الهيمنة الحقيقية بأنها نسبية وليست مطلقة. فالمؤسسة لا تهيمن على السوق أو جزء منه وإنما تهيمن على مؤسسة أخرى.

فالتبعية المذكورة هي تبعية اقتصادية وليست قانونية².

فقد يكون الممون تابع للزبون، إذا كان هذا الأخير يتمتع بقوة شرائية كبيرة، فيصبح الممون ضحية لتعسف المشتري، وقد يكون العكس، فقد يكون للممون امتيازات اقتصادية يفقدها غيره من المومنين، فتنشأ علاقة تبعية اقتصادية يتعسف فيها المتبوع على تابعه.

وقد عدت المادة 11 من الأمر 03/03 هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر وهي: رفض البيع دون مبرر شرعي والبيع الملازم والبيع التمييزي، والبيع المشروط باقتناء كمية دنيا، والإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، وقطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

¹ د. بختة موالك – محاضرات في قانون المنافسة، المرجع السابق ص 66.

² نفس المرجع السابق ص 68.

رابعاً: خفض الأسعار بشكل تعسفي:

الأصل في الاقتصاد الحر هو حرية الأسعار، وليس معنى ذلك تركها للحرية الفردية لكل منتج أو موزع أو بائع يرفعها أو يخفضها حسب ما تمليه رغبته لذلك يمنع القانون الاتفاقات الجماعية الرامية إلى التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.

كما يمنع عليهم ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين، فتنص المادة 12 من الأمر 03/03 على أنه يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق.

فخفض الأسعار بهدف إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق فيه قصد للإضرار، وإذا لم يقصد ذلك ولكن من شأن خفض الأسعار أن يؤدي إلى الإضرار بمؤسسة أخرى فهذا الضرر لا يتناسب مع ما يحصل عليه من فائدة وفي الحالتين يتحقق التعسف.

خامساً : في الإشهار:

كذلك طبق المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال استعمال المنتج أو الصناعي أو الموزع لحقه في الإشهار.

فإن المشرع قد منح المنتجين والصناعيين والموزعين الحق في إشهار منتجاتهم والإعلان عنها، بغرض جلب الزبائن إليها وترغيبهم فيها وإعلامهم بها، بل وجعل الإشهار بغرض إعلام المستهلك حقاً من حقوق هذا الأخير، لأهمية الدور الذي يقوم به في تعريف المستهلك بالمنتجات أو الخدمات المعروضة للاستهلاك وتبيان مميزاتها

وخصائصها التقنية والنوعية والكمية وشروط وكيفية الاستعمال وبالمخاطر التي قد تلحق منها¹.

وألزم المعلن بالصدق والموضوعية، وحضر عليه التعسف في استعمال حقه في الإشهار ، واعتبر في المادة 8 من المرسوم التنفيذي 366/90 ، المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها بأن كل بيان يوضع على المنتج أو الخدمة بهدف التمييز بشكل تعسفي بين منتج معين ومنتجات أخرى مماثلة "ممنوعا" لأن من شأن ذلك الإضرار بصانع ما أو موزع ما، ويترتب عنه منافسة غير مشروعة يمكن أن تطبق عليها القواعد العامة في التعسف في استعمال الحق².

¹ سواشي وسيلة، مميزات دعوى المنافسة غير الشرعية عن دعوى المسؤولية التقصيرية- المرجع السابق ص 17.

² نفس المرجع ص 17.

المطلب الثالث : بعض تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال قانون الأسرة

نحاول في هذا الصدد أن نبين بعض صور التعسف في مجال قانون الأسرة واخترنا العدول التعسفي عن الخطبة ، والطلاق التعسفي ، الإمساك التعسفي ، و التعسف في الوصية ، و حق الولاية ، وسنتكلم عنهم تباعا

الفرع الأول : التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

الخطبة هي التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها وسواء كان هذا الالتماس أو الطلب صراحة بإظهار الرغبة بطريقة مباشرة كأن يقول لمن يخطبها "أريد أن أتزوجك: أو بالتعريض بما يستعمله من ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عارضها بالقرائن¹.

و تكيف الخطبة عند الفقهاء بأنها وعد بالزواج، فلا يترتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح حتى وإن وافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة².

و قد نص المشرع على هذا في المادة 05 من قانون الأسرة بقوله: " الخطبة وعد بالزواج، و يجوز للطرفين العدول عنه" فهي لا تعد و أن تكون وعدا وليست عقدا و إن تمت باتفاق الطرفين³ و بالتالي فإن حق العدول ثابت للطرفين مادام العقد لم يتم، و ذلك لتوافر الحرية في اختيار الزوج و الزوجة، حتى أن القوانين التي تعتبر الوعد بالعقد ملزما، استثنت الوعد بالزواج لما لهذا العقد من خطر⁴.

و لا يغير من طبيعة الخطبة كونها وعدا بالزواج و من ثم ثبوت حق العدول للخاطب من اقترانها بالفاتحة، و من ثم فإن الخاطب لا يربطه بمخطوبته إلا التزام أدبي قد يحتم

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، الزواج و الطلاق ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص 44.

²- العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة – دراسة المقارنة بين الشريعة و القانون ، ماجستير 2001، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين ، ص 110.

³- بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 121.

⁴- محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق، المرجع السابق ص 109، 110.

عليه الوفاء بالوعد¹، لكن رغم هذا إذا عدل أحد الخاطبين فليس له حق استرداد ما أهداه، و للطرف الذي لم يكن العدول منه ، له حق استرداد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته إذا استهلك (المادة 05 من قانون الأسرة) و التساؤل هنا عن حكم العدول التعسفي عن الخطبة؟

أ- العدول التعسفي عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

لم يتناول فقهاء الشريعة القدامى هذه المسألة و تكلم عنها الفقهاء المحدثين، وتعددت آراؤهم بشأنها، و يمكن إجمالها في ثلاثة آراء:

الرأي الأول : العدول عن الخطبة حق مطلق

ذهب بعض الفقهاء إلى أن العادل عن الخطبة لا يضمن الضرر الناشئ عن العدول وليس للقاضي أن يحكم به، لأن العدول حق للخطاب و المخطوبة بلا قيد و لا شرط، و قد استندوا على الحجج التالية:

1- للعادل بحكم بعض الفقهاء استرداد ما أهداه، و له بإجماع الفقهاء استرداد ما قدمه على أنه مهر، فأولى ألا يدفع مالا في نظر ما يسمى ضررا.

2- من المقرر فقها أنه لا ضمان في استعمال الحق ما لم يكن متعديا و لا تعدي هنا.

3- إن الذي وقع عليه الضرر يعلم أن للطرف الآخر حق العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم المتضرر على عمل بمقتضى أحكام الخطبة فليتوقع النتائج إذا كان العدول ، و إذا حصل ضرر، فهو نتيجة الاغترار و لم يغرر به أحد، و من المقررات الفقهية أن الضمان عند التغرير لا عند الاغترار.

4- تحميل الخطاب مغارم مالية بسبب العدول فيه نوع من الإكراه على الزواج،و يجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضاء و الحرية.

¹ - أنظر محمد أبو زهرة، إساءة استعمال الحق ، المرجع السابق ص 110، بتصرف.

5- كان على من وقع عليه الضرر أن يطلب البت في الأمر، إما بقطع الخطبة أو بإمضاء الزواج وما دام لم يفعل فليتحمل مغبة تقصيره، من غير أن يشركه أحد.

الرأي الثاني : وجوب التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول

يتجه بعض الفقهاء¹ المحدثين إلى الأخذ بالحكم بالتعويض إذا تضرر أحد الطرفين بسبب عدول الطرف الآخر عن الخطبة استنادا على الحجج التالية :

1- من المقررات الشرعية أنه لا ضرر، و الضرر يزال، و طريق إزالته هو التعويض و لأن الخطبة إن لم تكن عقدا فهي اتفاق وارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببها مغارم مالية و قد تكون أسبابه قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه أو تحت سمعه و بصره، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغرير.

2- و لا تعارض في هذا أن يكون العدول حقا و بين التعويض عن الضرر، لأن التعويض ليس ناشئا عن العدول المجرد و لكنه لضرر ناشئ عن العدول بعد أخذ الأهبة و السير في الأسباب و تفتح أبواب النفقات، فالأحوال التي أحاطت بالعدول و للخطاب دخل فيها هي التي أوجدت الضرر، فإذا عدل بعد ذلك، فقد استعمل ذلك الحق في وقت ينزل فيه الضرر بغيره و لكل حق ميقات معلوم في حكم العقل و الإنصاف.

الرأي الثالث : الإتجاه الوسط

هذا الرأي هو نتيجة الموازنة بين الرأيين الأول و الثاني، و هذا الذي عليه أغلب الفقهاء و يذهب أصحابه إلى أن العدول عن الخطبة لا يكون في ذاته سببا في التعويض، لأنه استعمال حق، و الحق ما دام لا تعدي فيه و لا تعسف في استعماله لا يترتب عليه تعويض، و بالتالي لا تعويض عن العدول عن الخطبة إلا إذا كان تعسفا في استعمال هذا الحق².

¹ - محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، المرجع السابق ص 110 ، 111.
² - العربي مجيدى ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة ، المرجع السابق ص 125.

فإذا نشأ ضرر عن أفعال صاحب العدول أو سبقتة كأن تترك المخطوبة وظيفتها للتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج بإيعاز من الخاطب ثم عدل بعد ذلك عن الخطبة¹، أو يستأذنه أولياء المخطوبة في الجهاز فيأذن²، أو تطلب المخطوبة إعداد مسكن يكلف الخاطب كثيرا ثم تعدل بعد ذلك هنا تدخل المسألة في باب التغرير الموجب للضمان³.

و بالتالي يكون الضرر الناشئ عن العدول، وفقا لهذا الرأي قسما، ضرر ينشأ للطرف الذي عدل دخل فيه، و القسم الثاني ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب الطرف الذي عدل، فالأول يعوض و الثاني لا يعوض، فالأول كان فيه تغرير و هو موجب للضمان و الثاني كان نتيجة اغترار فلا تعويض⁴.

و عليه يمكن القول أن العدول الذي يستوجب التعويض هو التعسفي الذي يعتبر قرينة على الإيذاء و الضرر⁵.

و تجدر الملاحظة أن الأفعال الأجنبية عن الخطبة الكل متفق على حق المتضرر في التعويض عنها، كأن ينسب أحد الطرفين إلى الآخر أفعالا أو أوصافا مؤذية، فقد يكيف فعله هذا بأنه جريمة يعاقب عليها القانون.

ب- موقف المشرع من العدول التعسفي عن الخطبة:

بعد استعراض آراء الفقهاء نبين موقف المشرع الذي تكرر بنص المادة 5 فقرة 3 من قانون الأسرة التي تنص: "... إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

و واضح أن المشرع أقر التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن العدول، و لكن جعل الحكم به أمر جوازي للقاضي أي يخضع لسلطته التقديرية فقد يحكم به أولا يحكم به ؟

1- العربي مجيدى ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة ، المرجع السابق ص 126.

2- محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، المرجع السابق ص 111.

3- العربي مجيدى، المرجع السابق ص 126.

4- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص 111.

5- العربي مجيدى، المرجع السابق ص 126.

و صياغة النص على النحو السابق التي جاءت عامة مطلقة تدعو للتساؤل بأي رأي أخذ المشرع؟

إن الإلتزام بحرفيه النص قد يؤدي إلى نتائج متناقضة على المستوى العملي، ذلك أن القاضي يجوز له - بحكم النص - الحكم بتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول، دون أن يكون هذا العدول ينطوي على حالات التعسف، و يجوز له بحكم النص أيضا عدم الحكم بالتعويض عن العدول الذي فيه تعسف بّين؟

فصياغة النص السابقة تحمل في طياتها بعض الصعوبات نجلها في ملاحظتين:

أما الأولى : فهو عدم تقييد التعويض عن الضرر إلا الضرر الناشئ عن العدول التعسفي و لقد سبق أن رأينا أن ما في حكم التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول مطلقا دون تقييده من خطر، كونه لا يخلو من إكراه الخاطب على المضي قدما في إتمام الزواج و لو كرها، خوفا من الأعباء المالية التي قد تترتب عليه إذا عدل عن الخطبة، في حين يجب أن تتوافر في عقد الزواج كامل الإرادة والرضا.

و إضافة إلى ما سبق و بالتأمل في النص ، تجعلنا نعتقد أن النص يقيم المسؤولية عن العدول المنشئ للضرر على أساس موضوعي قوامها الضرر، و هذه المسؤولية لم يأخذ بها المشرع الجزائري في المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

و النص بهذه الصياغة يحمل تناقضا غير خفي، كون العدول عن الخطبة ثابت للخاطب و المسؤولية عن استعمال هذا الحق؟ حيث أنه من المعلوم أنه لا مسؤولية عن استعمال الحق إلا بالتعسف في استعماله.

و لكن برد النص إلى الأصول العامة عن الأفعال الشخصية، و عدم الإلتزام بحرفية النص و إنما بالفحوى، فإن النص ينضوي تحت نظرية التعسف في استعمال الحق و بالتالي يثبت التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول التعسفي عن الخطبة، و لا يثبت التعويض عن الضرر الناشئ عن حق العدول المجرد الخالي من التعسف.

و أما الثانية : أن المشرع جعل الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول جوازياً، أي خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي .

فإذا سلمنا بالنتيجة التي انتهينا إليها فيما سبق، التي مقتضاها أن لا تعويض إلا عن العدول التعسفي فإنه لا يسع القاضي إذا تبين له التعسف إلا الحكم بالتعويض، أي يكون ملزماً بالحكم به، و هذا هو مقتضى المادة 124 من القانون المدني .

و على هذا فإن صياغة النص معيبة و لعلها تكون أفضل لو صيغت على النحو التالي "إذا ترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي، فللطرف المتضرر الحق في التعويض"

و يترك تقدير العدول كونه تعسفاً موجبا للمسؤولية إلى القاضي بحسب ما يراه كونها مسألة موضوعية.

الفرع الثاني : التعسف في فك الرابطة الزوجية

من ميزات عقد الزواج أنه عقد أبدي أي أنه يعقد بنية التأبيد، فعقد الزواج المؤقت لا يقره الشرع و القانون، و لكن قد تطرأ أموراً تجعل استمراره أمراً عسيراً على الطرفين معا أو على أحدهما لذا قرر الشرع ثلاث طرق يحل بها عقد الزواج، و هي الطلاق و التطليق و الخلع.

و الطلاق يتم بإرادة الزوج و هو حق له لا يملكه إلا هو ، غير أنه ليس حقاً مطلقاً، بل مقيد بقيود قررها الشرع و هي¹ :

- أن يكون الطلاق لسبب يدعو إليه و يبرره .

- أن يقع في حالة طهر لم يمسه فيه.

- أن لا يكون بأكثر من طلاقة واحدة.

1- العربي مجيدى، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، المرجع السابق ص 43.

و متى استعمل الزوج حقه في الطلاق فإنه يقع عملا بالقاعدة - العصمة بيد الزوج¹ - فتستحق الزوجة المطلقة تعويضا عن ألم فراق زوجها يسمى نفقة المتعة².

وقد يتفق الزوجان على الطلاق، و قد يمضيه الزوج وحده إذا توافرت مبرراته و قد يكون بطلب من الزوجة المادة 49 من القانون الأسرة.

أما تعسف الزوج في الطلاق، كأن يطلق الزوج زوجته بدون سبب أو مبرر، أو يكون لمجرد إلحاق الضرر بها، أو يطلقها ليقيم علاقة غير مشروعة مع أخرى، فإنه يقع ويثبت لها الحق في التعويض.

و تقدير التعسف في إيقاع الطلاق مسألة موضوع متروكة للقضاء³.

غير أن القضاة يمكنهم الاسترشاد بالمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق، أو على الأقل بالمعيار العام و هو استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله، أما أن يترك لهم - القضاة - أمر تقدير التعسف دون إلزامهم بمعايير تبين ما هو التعسف و ما هو غير ذلك فيه مجازفة و خطورة ينبغي على المشرع تفاديها، و ذلك بتوجيه القاضي بمعايير أكثر دقة خاصة بالطلاق التعسفي.

و على كل فإنه يثبت بالطلاق التعسفي إضافة إلى نفقة المتعة الحق في التعويض (المادة 52) و ينبغي على القاضي أن يبين مبالغ التعويض على وجه الدقة ما هو تعويض و ما هو نفقة متعة و لا يحكم به إجمالا و إلا تعرض قرارهم⁴ للنقض.

و لاشك أن الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة 124 مكرر مدني.

1- أنظر في هذا قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/12/31 ، ملف رقم 35346 م ق ، س 90 ع ، ص 86.
2- أنظر قرار المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1985/04/08 ، ملف رقم 35912 جلسة قضائية سنة 89 ع 4 ص 89.

3- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1969/05/29 ، مذكور في بلحاح العربي المرجع السابق ص 235.

4- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1986/04/07 ، ملف رقم 41560 ، م ق سنة 89 العدد 2 ص 69.

وتعتبر المادة 52 من قانون الأسرة التأسيس الصحيح للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي ولكنه غير كاف، ذلك انه لا بد من الرجوع إلى أحكام المادة 124 مكرر مدني لأخذ مفهوم التعسف، فحالات التعسف مسالة قانونية إما قيامها أو عدم قيامها مسألة واقع. لذا فإننا نتصور أنه يمكن للقاضي الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي حتى في غياب المادة 52 أسرة، استنادا إلى المادة 124 مكرر(قيام حالات التعسف) والمادة 124 للحكم بالتعويض عن الضرر.

وإنما خصه المشرع بنص خاص في قانون الأسرة، ليسهل الأمر على قاضي الأحوال الشخصية، ونظرا لخطر الطلاق وكثرة وقوعه.

وخلاصة القول أن الطلاق التعسفي لا يخرج عن المسؤولية التقصيرية.

صورة أخرى من صور الطلاق التعسفي- الطلاق في مرض الموت:

اتفق العلماء أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته في مرضه ومات من ذلك المرض فإن الطلاق يقع نافذا كطلاق صحيح، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، وذلك كون صحة الطلاق ونفاذه لا يشترط فيها صحة المطلق، كما أنهم اتفقوا على أن المطلقة ترث من زوجها إن كان طلقها طلاقا رجعيا ومات في عدتها من مرضه، لكنهم اختلفوا في ميراثها إن طلق طلاقا بائنا في مرض موته، فذهب الجمهور إلى توريثها وذهب الشافعية إلى عدم توريثها.

والقائلين بتوريثها اختلفوا أيضا بين القائلين بتوريثها مطلقا سواء مات أثناء عدتها أو بعد انقضاء عدتها، حتى وإن تزوجت غيره وهذا رأي المالكية، بينما ذهب الحنابلة أنها ترثه ولو انقضت عدتها مالم تتزوج غيره فإذا تزوجت غيره فلا ميراث لها.

وذهب الحنفية إلى أنها ترث ما دامت في عدتها فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها¹.

انظر في هذه التفصيلات الفقهية العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة المرجع السابق ، ص145 وما بعدها.

لقد سكت المشرع عن الطلاق في مرض الموت، ونص المادة 132 من قانون الأسرة أتى بالحكم المتفق فيه ولم يتطرق للمسالة الخلافية، وهي أن تحدث الوفاة بعد انقضاء العدة والطلاق البائن الذي يكون في مرض الموت.

ويتجه الفقه إلى توريث المطلقة طلاقا بائنا إن حدثت الوفاة قبل انقضاء عدتها¹.

لكن الطلاق في مرض الموت يغلب فيه قصد الأضرار بالمطلقة وذلك بحرمانها من الميراث فإذا ما ثبت هذا، فإن نص المادة 124 مكرر يجد مكانا لتطبيقه ويكون التعويض. وحق التعويض حق للمطلقة يثبت لها تجاه الورثة بحدود ما آل إليهم من التركة باعتباره دينا في ذمة المورث طبقا للقواعد العامة، ويبدو أن تعويض المطلقة في مرض الموت على أساس التعسف حتى وإن لم تستحق الإرث- طبقا للقانون- حل يتفق مع الأصول العامة للقانون، وتقبله الشريعة الإسلامية وتبقى هنالك مسالة دقيقة نوضحها بالمثال التالي:

إذا طلقت المرأة طلاقا تعسفيا رجعيًا وحدثت الوفاة أثناء عدتها، فإنها ترث طبقا للقانون، وتستحق التعويض عن الطلاق التعسفي طبقا لنص المادة 52، أما إذا حدثت الوفاة بعد انقضاء عدتها أو كان طلاقها بائنا فما الحكم في هذه الحالة ؟ .

طبقا لقواعد التعويض عن الأضرار، فإن المتضرر يستحق التعويض عن ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وعلى المتضرر إثبات ذلك، ولما كان حق الإرث يكيف من فوات الكسب فإنها تستحقه، ويجوز لها المطالبة به عينا أو بقيمته، زيادة على التعويض عن الطلاق التعسفي طبقا لنص المادة 52.

¹ - انظر:- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، المرجع السابق ص 151 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 2، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2005، ص 51، 52.

الفرع الثالث : الإمساك التعسفي.

عقد الزواج يقوم على المودة والرحمة وكل المعاني النبيلة، ولكن قد تتحول الحياة الزوجية إلى شيء يشق على النفس تحمله تفقد معها الحياة الزوجية تلك المعاني النبيلة وتحل محلها معاناة يومية، والمرأة بحكم مركزها القانوني و الواقعي قد تكون أكثر عرضة لتحمل هذه المعاناة، ذلك أن الرجل يملك أن يطلقها ويملك أن يمسكها، وكثيرا ما يحدث في الحياة أن تتحول الألفة بين الأزواج إلى تنكر ووحشة والرحمة إلى قسوة والمودة إلى كره وبغض، بل قد يعلنان لبعضهما العداء ويضمران في نفوسهما نية الانتقام، فيصبح الخلاص بالنسبة للزوجة حلما بعيد المنال، إذا أعرض الرجل عن حل هذه الرابطة بالطلاق أو بغيره، وتمسك بإبقائها عنده، لا رغبة فيها وإنما رغبة في الأضرار بها، ويتركها معلقة ليفوت عليها فرصة الزواج بغيره.

لقد منع القرآن هذا التصرف المشين»... وإذا طلقتم النساء فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه»¹.

هذا الذي قضى به المجلس الأعلى² «ذلك إن الطاعنة اشتكت منذ حوالي عشرة سنوات من الإساءات المسلطة عليها من المطعون ضده، وأن قضاة الموضوع لا حضوا هذه الإساءات من خلال الموقف التعسفي الذي أظهره والمتمثل في تصلبه ورفضه بتسريح زوجته، بعد استحالة الحياة الزوجية بينهما، وحيث أن المطعون ضده أبدى هذا الموقف بصورة جلية وواضحة لما صرح أمام قاضي الدرجة الأولى بأنه يتركها معلقة وأنه إلى جانب هذا الاستمرار في استعمال طرق المساومة معها وأعلن أنه يقبل الطلاق مقابل عوض لا تطيق عليه، وحيث أن هذا مخالفة صريحة لمعاني الزواج التي تقوم على الوفاق والوئام وفيه تعسف بين في استعمال الحق....»

وقد يتخذ التعسف هنا، صورة أخرى، وذلك بان يطلقها ثم يراجعها ويكون قصده بالإرجاع إلحاق الضرر بها، وقد كانوا في أول الإسلام- قبل حصر الطلاق في ثلاث-

¹ - الآية 231 من سورة البقرة.

² - قرار صادر في 1985/04/22، ملف رقم 36709، المجلة قضائية، سنة 1989، ع1، ص92.

يطلق الرجل امرأته ثم يتركها حتى تقارب انقضاء عدتها ثم يرجعها لكي لا تذهب إلى غيره ثم يطلقها ثم يرجعها وهكذا. فيترك امرأته لا مطلقة ولا ممسكة، فأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات¹.

وذهب الإمام مالك إلى أن من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها ثم طلقها من غير مسيس، إن قصد بذلك مضرتها بتطويل العدة، لم تستأنف العدة وبنت على ما مضى منها وإن لم يقصد بذلك مضارتها استأنفت العدة من جديد²

بل ذهب البعض إلى أنها تبين مطلقاً³

الفرع الرابع: التعسف في الوصية.

لقد قيد المشرع الوصية بقيدتين يجعلان منها حقا محددا، أولهما ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة»، والثاني هو ما نصت عليه المادة 185 بقولها «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة».

أي حددها من حيث صفة الأشخاص الذين تثبت لهم بان لا يكونوا من الورثة، ومن حيث قيمتها ومقدارها بان لا تزيد عن ثلث التركة.

وإذا لم يلتزم المورث بهذين القيدتين فقد خرج على حدود حقه، فلا تنفذ وصيته إلا إذا أجازها الورثة.

ولكن ماذا لو التزم الموصي بهذين القيدتين، وكان قصده من الوصية الأضرار بالورثة أو الحصول على مصلحة غير مشروعة.

لم يرد نص خاص بهذه الحالة في قانون الأسرة، مما يرجعنا إلى الفقه الإسلامي عملا بالمادة 222 منه.

¹ - الدكتور، محمد زكي عبد البر. لا ضرر ولا ضرار والتعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص17.

² - ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، المرجع السابق، ص51.

³ - هذا القول لقتادة وعطاء الشافعي ذكره ابن رجب، المرجع نفسه، ص51.

إن فقهاء الشريعة الإسلامية وخاصة الحنابلة والمالكية الذين يعتدون بالبائع، تكلموا عن هذه الحالة.

فيقول ابن قيم الجوزية¹ « قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في القربات والعادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلال أو حراما أو صحيحا أو فاسدا.... ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر، فمنها... وقال الله تعالى ومن بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار، فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرر، فان قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها».

ويقول ابن رجب الحنبلي: « وأما قصد المضارة بالوصية لأجنبي بالثلث فإنه يأنم وهل ترد وصيته إذا تثبت بإقراره أم لا؟ حكى ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد، وقيل انه قياس احمد»².

وبالرجوع إلى قواعد الفقه المالكي، والذي اعتدّ بالبائع في التصرفات، وتوسع في الأخذ بمبدأ سد الذرائع يرجح القول بإبطال الوصية إذا ما قصد بها الأضرار بالورثة.³

« فإذا أوصى المورث لأحد الورثة ثم قال إن لم يجر الورثة فذلك للمساكين، فان الوصية تبطل وترجع ميراثا، لان تصرفه على هذا النحو يدل على قصد الإضرار بالورثة »⁴
هذا موقف الرأي الراجح من المذهبين المالكي و الحنبلي من الفقه الإسلامي، وهم لا يجيزون قصد الأضرار بالوصية ويرتبون عليه إبطالها.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص95، 96. ذكره العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق

¹ وأثرها في أحكام فقه الأسرة، المرجع السابق، ص156.

² - جامع العلوم والحكم، المرجع السابق، ص501.

³ - العربي مجيدي، المرجع السابق، ص156.

⁴ - هذه العبارة لأبي القاسم المالكي، نقلتها بتصرف عن العربي مجيدي، نفس المرجع، ص156.

فالفوصية إذن مقيدة بعدم التعسف في استعمالها، بالاعتماد على ما نقلناه من رأي بعض الفقهاء، وعلى نص المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تطبق على حق الإيضاء أيضا.

الفرع الخامس : حق الولاية على النفس وعلى المال:

شرعت الولاية على النفس والمال لرعاية مصلحة المولى عليه وتحقيق الخير له وصلاح أمره في نفسه وماله، ولذلك تثبت في الشريعة الإسلامية لمن كان شأنه الحرص على منفعة المولى عليه بسبب ما بينهما من قرابة ونحوها، مما يستوجب الشفقة والعطف وحسن الرعاية، فإذا استعمل المولى هذا الحق في غير ما شرع من أجله كان متعسفا في هذا الاستعمال¹.

فحق الولاية اقرب إلى السلطة منه إلى الحق، باعتباره شرع لتحقيق مصلحة المولى عليه فإذا استعمل هذا المولى هذا الحق لتحقيق مصلحة نفسه عدّ متعسفا في استعمال حقه، ويدخل في هذا الباب من الأمثلة والتطبيقات الشيء الكثير، لكننا نتوقف عند هذا الحد مخافة التظويل.

¹ - عيسوي احمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص99.

* الفصل الثاني *

النظام القانوني للتعسف في استعمال الحق

مسألة النظام القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هي محل خلاف بين الفقهاء فهم لم يتفقوا أولا عن المعايير التي بها نميز التعسف (المبحث الأول) ، و لم يتفقوا حول مسألة تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ، أي ما إذا كانت هذه النظرية مستقلة بذاتها أم أنها إحدى تطبيقات الخطأ (المبحث الثاني)

المبحث الأول : معايير و ضوابط التعسف في استعمال الحق

تعددت محاولات الفقهاء للإتيان بمعيار يميز به التعسف ، و على العموم فمعايير التعسف يمكن تصنيفها إلى صنفين ، الصنف الأول يهتم بسلوك صاحب الحق و ظروفه الشخصية و النفسية و هذا هو المعيار الذاتي (**المطلب الأول**) و الصنف الثاني هو المعيار المادي أو الموضوعي (**المطلب الثاني**) هذا المعيار لا يهتم بسلوك الشخص فحسب ، بل تكون نتائج استعمال الحق محل اعتبار ، فما مدى تأثير المشرع بالمعيارين السابقين (**المطلب الثالث**)

المطلب الأول: المعيار الذاتي أو الشخصي:

يتمثل هذا المعيار في قصد الإضرار بالغير، و هو أول صور التعسف وأقدمها على الإطلاق إذ وجدت هذه الصورة في القانون الروماني في القاعدة التي تقرر أن « الفعل السيئ لا يغتفر »⁽¹⁾

و لقد قال الفقيه ulpien أن من حفر بئرا في أرضه و تعمق في حفره حتى قطع العروق النابغة في عين جاره لا يكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر و لكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط جاره، إذ انه قصر التعسف على مجرد قصد الإضرار بالغير، فإذا كان هذا القصد غير أكيد في الحالة الأولى فإنه أكيد في الحالة الثانية.⁽²⁾

ووجدت هذه الفكرة أيضا لدى الفقه و القضاء الفرنسيين ووجدوا فيها استثناءا من القاعدة التي تقرر عدم مسؤولية من استعمل حقه غير أن هناك من استثنى الأخذ به في حق الملكية الذي يجب أن يبقى مطلقا.⁽³⁾ غير أن الأمر استقر على الأخذ به، إذ يعتبر العنصر الأساسي الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق في أغلب الأحوال التي عرضت على القضاء الفرنسي⁽⁴⁾، و في الشريعة الإسلامية « فإنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر و ضرار في الإسلام »⁽⁵⁾ فإذا استعمل الشخص حقه و لم يكن « له في ذلك غرض سوى الإضرار بذلك الغير فهذا فلا ريب في قبحه و تحريمه... »⁽⁶⁾

¹ - محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 129 .

² - ذكره على علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق ص 211.

³ - و هو (بيفنوار bufnoir)، الملكية و العقد، ص 807، ذكره أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية المرجع السابق ص 33.

⁴ - josserand, l'esprit des droits et de leur relativité ,op.cit p352

⁵ - أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات، ط1، 1997 دار بن عفان، المملكة العربية السعودية ج3 ص55.

⁶ - ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم و الحكم ، المرجع السابق 500.

لكن هناك جانب من الفقه حاول تخصيص النهي المفهوم في الحديث السابق بالنهي عن الضرر الفاحش البين⁽¹⁾

و لكن الرأي الراجح أنه لا وجه لتخصيص الحديث بالضرر البين الفاحش، فقصد الإضرار محرم قليله و كثيره⁽²⁾ فيقول الشاطبي⁽³⁾ «الإذن من حيث هو إذن لم يسلتزم الإضرار، و كيف و من شأن الشارع أن ينهى عنه؟ ألا ترى أنه إذا قصد الجالب أو الدافع (أي صاحب الحق) الإضرار أثم و إن محتاجا إلى ما فعل»

1- هل يشترط تمحض قصد الأضرار للقول بالتعسف:

هناك جانب من الفقه يشترط أن يكون قصد الإضرار بالغير هو القصد الوحيد لصاحب الحق حتى يقال بالتعسف ، فهم يشترطون لإعمال هذا المعيار شرطان : الأول هو القصد إلى الإضرار، و أما الثاني فهو تمحض القصد إلى الإضرار، بحيث لا يصحبه أي شيء آخر من وراء هذا الفعل، كالقصد إلى تحقيق منفعة و لو قليلة⁽⁴⁾

و بناء على هذا، إذا تمحض الشخص الإضرار بالغير تحقق التعسف ، و لو ترتب على الفعل فائدة غير مقصودة، فمن غرس في أرضه شجرا كثيفا أو أقام بناء مرتفعا و ليس له غرض من وراء ذلك إلا حجب الضوء و الهواء عن جاره كان مسيئا، حتى و لو عادت عليه تلك الأشجار و البناء بالنفع ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا و إنما جاء عارضا.⁽⁵⁾

¹- وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي ،المرجع السابق ص 91.

²- نفس المرجع ص91.

³- الموافقات ،المرجع السابق ص 62.

⁴- عسيوي أحمد عسيوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص 92.

⁵- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق ص 844.

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن يكفي لإعمال هذا المعيار في الحالة التي يكون فيها صاحب الحق قد توخى من استعماله لحقه فوق قصد الإضرار - مصلحة مشروعة له أن يكون القصد إلى الإضرار هو الباعث الرئيسي الدافع إلى استعمال الحق بالشكل الذي استعمل به، فإذا كانت مصلحة قد تحققت مع نية الإضرار، فيمكن الأخذ بنية الإضرار إذا غلبت ورجحت على فكرة المصلحة عند مباشرة الحق⁽¹⁾.

إذن -حسب هذا الرأي- فلا يلزم أن تكون نية الإضرار بالغير هي الدافع الوحيد لأنه إذا استلزمنا ذلك كان فيه القضاء على فكرة التعسف⁽²⁾

وجدير بالذكر أن المشرع المصري قد اشترط صراحة تمحض قصد الإضرار في المادة الخامسة منه إذ يقول " ... إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ... "، وقد سار القضاء في مصر على العمل بهذا الشرط⁽³⁾.

وقد جاء النص القانوني في الجزائر خاليا من هذا الشرط، إذ تنص المادة 124 مكرر "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير..."

وعدم اشتراط النص صراحة على تمحض قصد الإضرار يفسح المجال لتقبل الرأي الثاني من الفقه⁽⁴⁾.

و في هذا الشأن يقول فتحي الدريني⁽⁵⁾: "...فكان هذا النص منطويا في الحقيقة على معيارين :

الأول: تمحض قصد الإضرار، وهذا ما يستلزمه نص الفقرة الأولى بطريق الأولوية و لا حاجة لقصره عليه لأن ذلك يضيق من شمول هذا المعيار الذاتي .

¹ - أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 105.

² - نفس المرجع ص 105.

³ - نقض مدني مصري، ذكره ابراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، المرجع السابق ص 68.69.

⁴ - انظر العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 68 إذ يشترط تمحض قصد الإضرار.

⁵ - محاضرات في نظرية التعسف في الاستعمال الحق، المرجع السابق ص 79.

الثاني: قصد الإضرار بالغير مصحوبا بقصد المنفعة أو المصلحة إلا إذا كان القصد الأول هو الحافز الرئيسي على العمل.

وفي هذه الحال يجب البحث عن مدى جدية المصلحة المقصودة، وهل هي الغالبة أو أن الضرر هو الغالب، أو هو المقصود أساسا، و على كل حال فإنه ينبغي إجراء الموازنة بين ما يعود عن صاحب الحق من مصلحة مقصودة وبين الضرر المقصود اللاحق بالغير، وعلى ضوء هذه الموازنة يمكن تكييف الفعل بأنه تعسفا أو مشروعاً ، فهذا المعيار الثاني يؤول إلى المعايير و الضوابط الأخرى الموضوعية، من انعدام تناسب أو المصلحة غير المشروعة....".

ويستنتج من ذلك أن الذي يستعمل حقه من غير أن تصحبه نية الإضرار بالغير، بل تكون نيته في تحقيق الغاية من الحق (المصلحة المشروعة) فإن عمله باق على أصل المشروعية حتى وإن تضرر به غيره -شريطة أن لا يرجح ضرر هذا الأخير عن المصلحة المقصودة رجحانا كبيرا- ولقد مر معنا ما في قانون المنافسة من أمثلة على ذلك، فالتخفيض التعسفي للسعر بأقل من سعر التكلفة فيه قصد إلى الإضرار مبين وغيبة للمصلحة، فإذا كان هذا التخفيض بسبب أعمال تصفية لسلعة ما، أو بسبب كساد فلا تعسف هنا⁽¹⁾.

ومرد هذا المعيار يعود إلى قواعد الأخلاق في استعمال الحق، إذ أن استعمال الحق لإشباع رغبة الإضرار بالغير يتجاهل القاعدة الأخلاقية في الالتزام التي ينبغي احترامها⁽²⁾.

إن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ، بل هو خطأ عمدي باعتبار أن القصد الوحيد الذي انصرفت إليه نية صاحب الحق هو الإضرار بالغير⁽³⁾.

¹ - انظر المادة 06 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، المذكور سابقا، وانظر كذلك بختة موالك، محاضرات في قانون المنافسة، المرجع السابق ص 28.29.

² Voir Jossorand , l'esprit des droits et de leur relativité , Op. Cit p 341.

³ - د- علي فيلاي، الإلتزامات، العمل المستحق لتعويض، المرجع السابق ص 56.

2- صعوبة إثبات قصد الإضرار:

قصد الإضرار مسألة نفسية، ولاشك أن سبر أغوار النفس والإطلاع على النوايا من الأمور الغيبية التي تبقى مستعصية على الإنسان.

لكن هناك قرائن لا تدع شكاً في دلالتها على موقف معين أو على الأقل تفيد الترجيح أو غلبة الظن على توفر قصد الإضرار.

وقد استخلص القضاء الفرنسي عدة قرائن للحكم على توفر قصد الإضرار، ومنها انتفاء المصلحة أو تفاؤها، أو إمكانية الحصول على نفس المصلحة باستعمال الحق بطريقة أقل ضرراً، أي على صاحب الحق أن لا يتخير الطرق الأكثر إضراراً بالغير⁽¹⁾.

و الحق أن الإمام الشاطبي قدم سبقاً في هذا المجال إذ يقول⁽²⁾: "...لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد الإضرار وقصد نفع النفس، هل يمنع منه فيصير غير مآذون فيه أمر يبقى على حكمه الأصلي من الإذن ويكون عليه إثم ما قصد؟ هذا ما يتصور فيه الحلاف على الجملة.

وهو إنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة حصل له ما أراد أولاً، فإن كان كذلك فلا إشكال عليه في منعه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار.

كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار، وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير، فحق الجالب أو الدافع -صاحب الحق- مقدم وهو ممنوع من قصد الإضرار، و لا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق، فإنه كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار، وهو داخل تحت الكسب لا ينفي

¹ - أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 44، 45.

² - الشاطبي- الموافقات، المرجع السابق ص 57.

الإضرار بعينه". ويبقى على المضرور عبئ إثبات قصد الإضرار عند صاحب الحق، وله أن يثبت هذا بجميع طرق الإثبات طالما أنه ينصب على واقعة مادية⁽¹⁾.

قصور المعيار الذاتي عن استيعاب جميع حالات التعسف:

فضلا عن الصعوبة العملية لإثبات قصد الإضرار، فإن الاقتصار على هذا المعيار وحده يؤدي إلى نتائج ضارة، وغريبة، فمثلا إذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة مشروعة و لم يصحبه قصد الإضرار بالغير، ولكن رغم هذا أضر بغيره ضررا يفوق ما تحصل عليه من نفع، وكذلك لا يسمح لنا بالمسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة... الخ⁽²⁾.

و على كل فإن التطبيقات القضائية تواترت على تقرير مسؤولية صاحب الحق دون أن تعتمد على معيار قصد الإضرار بشكل حصري، بدء بحكم استئناف صادر في 1807/01/10، لم يكن فيه صاحب مصنع القبعات قد استعمل حقه بقصد إلحاق الضرر بالغير، وإنما استعمله استعمالا ضارا بالغير دون قصد⁽³⁾، وكما في استئناف كولمار، لم يثبت أن المالك قد قام بهذه الحفريات بقصد الإضرار بجاره ولكن المحكمة رأت أن إجراء هذه الحفريات يعد استعمالا غير مألوف كحق الملكية، ينبغي ألا يباشر الشخص إلا مع إتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الغير⁽⁴⁾.

¹ - العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ص 685.
² - لمزيد من التفاصيل حول قصور هذا المعيار، أنظر أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق ص 40 ، محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 134 و ما بعدها.
³ - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ص 329.
⁴ - نفس المرجع ص 329.

المطلب الثاني : المعايير الموضوعية:

تعددت محاولات الفقه، للإتيان بضوابط موضوعية تميز التعسف في استعمال الحق، ولن يسعنا ذكرها جميعا، لذا فإننا نلقى الضوء على بعض منها، والتي نعتقد أن المشرع قد تأثر بها عند صياغة المادة 124 مكرر {41 سابقا}

لذا فسننولي دراسة معياران أتى يهما الفقه الحديث (فرع 1) وهما معيار الدافع غير المشروع، و معيار المصلحة.

ومعايير التعسف في الفقه الإسلامي (فرع 2) .

الفرع الأول : في الفقه الحديث.

أ-معيار الدافع غير المشروع :

قال بهذا المعيار جوسران Josseland ، وهو فيه أنه يشمل جميع حالات التعسف في استعمال الحق، ومرد هذا المعيار هو التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق، ذلك أن القانون ما هو إلا القاعدة الاجتماعية الملزمة، وكل ما يتفرع عنه طابعه، فالفرع لا يمكن أن يكون من طبيعة خلاف الكل، وإذا كان المجتمع يعترف لأصحاب الحقوق بالصلاحيات والسلطات المقررة لهم فذلك ليس من أجل مصلحتها الشخصية فحسب ، بل من أجل المحافظة على كيانه كمجتمع أي انه يضع محبة الذات الفردية في خدمة المجموع.

وعلى هذا فإن كل حق من هذه الحقوق له وظيفة خاصة، وبالتالي فإن الحقوق وإن كانت مبنية على الأنانية وحب الذات فما هي إلا حقوقا وظيفية في الهيئة الاجتماعية المنظمة و يتحقق التعسف في استعمال الحق، إن خرج صاحب الحق أثناء استعماله لحقه عن الوظيفة الاجتماعية والهدف الاجتماعي لهذه الحقوق ومن ثم يتعرض للمسؤولية.

إن كل الموضوع – يقول جوسران- ينحصر في تبيان روح ووظيفة الحق المبحوث عنه ومن جهة ثانية في معرفة الدافع الذي حدا بصاحب الحق على استعماله بطريقة معينة.

فإذا تبين أن الدافع هو مطابق للغاية التي من أجلها منح الحق، عندئذ يمكن القول بأن استعمال الحق كان مشروعاً، فلا مسؤولية حينئذ على صاحبه، وأما إذا ظهر عدم الانسجام بين وظيفة الحق الاجتماعية و الغاية التي من أجلها استعمله صاحبه فيكون هناك إساءة استعمال توجب مسؤولية صاحب الحق⁽¹⁾.

بتأسيس هذا المعيار المجرد وهو "التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق" على فكرة الدافع المشروع، يمكن -في نظر جوسران- تأمين نظرية التعسف وتحقيق تطورها تبعاً لتطور الجماعة وتغيير ظروفها ومعتقداتها ومثلها، كما يمكن بهذه الفكرة تيسير مهمة المدعي في دعوى التعسف، وهو إثبات إيجابي من السهل إقامة الدليل عليه⁽²⁾.

ولقد تعرض هذا المعيار للنقد، لأنه كما يقول "ريبير Ripert" أن هذا القول من جانب "جوسران" يهدم فكرة الحق من أساسها، لأن فكرة الحق ليست ضد المجتمع، ولا يمكن إنكارها، لأن هذا الإنكار يؤدي إلى تهديد المدنية بالانهيار بواسطة الأفكار الشيوعية، فضلاً عن أنه ليس ثمة خطورة من الاعتراف بالحقوق متى كانت لا تنطوي على مصلحة غير اجتماعية حيث يرسم القانون غاياتها المشروعة، التي تمثل قيوداً على استعمالها، وعلى ذلك فلو قيل بأن غاية الحق هي المصلحة الاجتماعية وحدها، فإن ذلك ينطوي على حرمان صاحب الحق من الحصول على المزايا و المنافع التي يحصل عليها من جراء استعماله لحقه، وهي الحكمة التي من أجلها تقرر حق معين⁽³⁾.

وهذا ما جعل "ستارك" يذهب في تعليقه على هذا المعيار إلى أنه يرجع إلى رؤية "جوسران" للحق بأنه وظيفة اجتماعية، نتيجة لتأثيره بأساتذته السوفييت الذين استوحى منهم أفكارهم وعقائدهم الاشتراكية، لذلك فقد نال إعجابه نصوص القانون السوفيتي وتأثر بها في أفكاره⁽⁴⁾.

¹ - Jossierand, l'esprit des droits et de leur relativité, op.cit. P329.

² - أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 40.

³ - Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, op.cit. P 183.

⁴ - Starck.B – Droit civil, Paris – Librairie technique – 1972 . TII obligations . P 131.

ولقد هاجم الأساتذة مازو معيار الغاية الاجتماعية خشية تحكم القضاة في تحديد الوظيفة الاجتماعية للحق، لأن القاضي سوف يقع هنا في السياسة و سوف يخرج عن نطاق القانون⁽¹⁾.

ولقد نقد هذا المعيار على كونه ينطوي على صعوبة جمة إن لم نقل استحالة في التطبيق إذ أن تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق أمر من الصعوبة بمكان⁽²⁾، فمن الناحية التطبيقية، فإن هناك حقوقا كثيرة قائمة على الأنانية وحب الذات، لا بل هي في هدفها الأساسي تقوم على جلب المنافع إلى الذات الشخصية، وإن كان من حدود لها تقتضيها الضرورات الاجتماعية فإن هذه الحدود لم يعينها القانون حتى الآن⁽³⁾.

وربما هذا الذي جعل "ريبير" يقول على الصياغة القانونية أن نتيجة إلى تحديد العنصر الاجتماعي في الحق⁽⁴⁾.

ونرى أن هذا النقد غير سديد، ذلك أنه يلغي دور نظرية التعسف في استعمال الحق، فإذا تم تحديد العنصر الاجتماعي في كل حق، فما حاجة إلى صياغة هذه النظرية؟ فيكفي حينئذ الخروج على حدود الحق ليقضي بالمسؤولية، هذا فضلا على أن تحديد العنصر الاجتماعي في كل حق أمر غير ممكن، نظرا للحقوق المتزايدة من جهة، وما يقتضيه التطور الاجتماعي من تغير في الأفكار و القناعات و الفلسفات... الخ. فتحديد الحقوق على النحو السابق سيحكم على المجتمع بالجمود.

"فالغرض من نظرية التعسف هو مساءلة من يسيء استعمال حقه دون اللجوء إلى المشرع⁽⁵⁾.

¹ - Henri et Léon Mazeaud, leçons de droit civil, Op.cit N 575

² - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره، المرجع السابق، ص 137.

³ - جورج سيوفي، الموجبات والعقود، المرجع السابق ص 425.

⁴ - Ripert . La règle morale dans les obligations civiles op.cit P103.

⁵ - أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 30، إذ يقول: "... لأن الحقوق ليست مطلقة بل مقيدة ومحدودة بحدود مادية من الميسر تغييرها، دون تدخل من جانب المشرع، أما التعسف في استعمال الحق فمبدأ حديث قصد به إيجاد التوافق والانسجام بين القانون والحاجات الاجتماعية دون حاجة إلى الالتجاء إلى المشرع".

وإنما يصح أن يوجه النقد إلى عدم دقة المعيار بصورة كافية، يجعل تطبيقه أكثر سهولة وأقل خطرا من تحكم القضاة.

ب - انتفاء المصلحة كمعيار للتعسف :

اتجه جانب كبير من الفقهاء إلى تميز فكرة التعسف بانتفاء المصلحة المشروعة⁽¹⁾ وقد استلهم واضعوا هذا المعيار معيارهم هذا من تعريف اهرنج للحق بأنه " مصلحة يحميها القانون " فالمصلحة هي غاية الحق فالحقوق لم تمنح عبثا، وإنما لتحقيق مصالح مشروعة، و على صاحب الحق أن يستعمله في حدود المصلحة المشروعة و إلا عد متعسفا في استعمال حقه⁽²⁾ فيقول (بردسي Pordessus) في هذا الشأن " لا يجوز استعمال الحقوق لا لتحقيق منفعة بل للإضرار بالغير " ويذهب "جيني" إلى أنه يمكن تحديد الحقوق تحديدا عادلا حقيقيا بتعيين الغرض الاجتماعي والاقتصادي منها و بمقارنة أهميتها بالمصالح التي تعارضها" ويقرر "ديموج" أن العمل لا يعتبر تعسفا إذا قصد به تحقيق مصلحة جدية مشروعة إلا إذا أثبت سوء نية صاحبه"⁽³⁾.

إذن فمردّ هذا المعيار أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، وعلى ذلك فإذا استعمل صاحب الحق حقه، مع انتفاء مصلحته في هذا الاستعمال، أو كانت المصلحة ضئيلة بحيث لا تبرر الأضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال، فإن صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه. و يوفر هذا المعيار درجة كبيرة من الوضوح واليسر، و هذا ما يبرر أخذ القضاء به سواء في حق الملكية أو في حق التعاقد أو حق التقاضي و غيرها من الحقوق الأخرى⁽⁴⁾.

و في هذا الشأن فإنه ليس كافيا القول بأنه ثمة غايات غير مشروعة حققها صاحب الحق من استعماله لحقه، أو أن الانحراف عن هذه الغايات هو الذي يدعو إلى مساءلته، ذلك أن

¹ - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 138.

² - أنور سلطان، التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق ص 36.

³ - ذكر هذه الأقوال وغيرها، أنور سلطان، نفس المرجع ص 36.

⁴ - محمد شوقي السيد، المرجع السابق ص 138.

العديد من الأحكام القضائية قد أكدت لنا أنه لا يسوغ استعمال الحق إلا لحماية المصالح المشروعة⁽¹⁾.

ولكن ما المقصود بالمصلحة في هذا المعيار؟ يجيب البعض على ذلك بأن المراد هو المصلحة المشروعة بصرف النظر عن منفعة صاحب الحق الشخصية⁽²⁾.

لكن "جوسران" لم يقبل بهذا المعيار، لأن فيه خروجاً على المؤلف، لأنه يراد عادة بكلمة مصلحة المنفعة الشخصية لصاحب الحق، و بالتالي فإن هذا المعيار إذا كان يصح بالنسبة للحقوق ذات الطبيعة الأنانية أو الفردية فإنه لا يصح قبوله بالنسبة للحقوق التي هي وظائف و ليست امتيازاً شخصياً كحق السلطة الأبوية⁽³⁾ مثلاً ذلك أن هذه الحقوق – وهي حقوق بالمعنى القانوني الدقيق – إذا استعملها صاحبها لمصلحة الشخصية يعد تعسفاً في استعمالها، ولم يكن ذلك تحقيقاً للواجب الذي يهدف القانون إلى حمايته، أما الحقوق التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة – كحق النقد الأدبي مثلاً – فإذا انحرف صاحب الحق عن تحقيق هذه الغاية فإنه متعسفاً في استعمال حقه⁽⁴⁾.

وقد حاول البعض دفع اعتراض "جوسران" بأن المقصود بالمصلحة هنا هي المصلحة التي أراد القانون تحقيقها عند تقرير الحق⁽⁵⁾.

وفي الحقيقة هذا الرد مبني على منطق لفظي، إذا أنه يرجعنا إلى القول بتقييد الحق بغايته ومن ثم فإن المشكلة تظل قائمة، وهي تحديد ماهية المصلحة التي أراد القانون تحقيقها عند تقرير الحق.

ومن ثم فهو رد غير كاف، لأن المقصود بالمصلحة المنفعة الشخصية أو ناتج العمل منظوراً إليه في جانب من تقرر الحق لمصلحته، وقد يكون هو صاحب الحق نفسه أو غيره، فحق الولي مثلاً مرده حق الولاية، وهذا الحق مقرر لمصلحة القاصر دون الولي

¹ - Ripert – La règle morale dans les obligations civiles op-cit. P 180.

² - أنور سلطان، التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 36.

³ - Josserand, l'esprit des droits et de leur relativité, op-cit P 290.

⁴ - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره، المرجع السابق ص 139.

⁵ - أنور سلطان، المرجع السابق ص 37.

وعلى ذلك ينبغي أن يؤدي استعمال الحق إلى مصلحة تعود على هذا القاصر، وهكذا أيضا بالنسبة للحقوق الغيرية الأخرى⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي في الشريعة الإسلامية:

أ- اختلال التوازن بين المصالح – أو انعدام التناسب :

لم تقتصر الشريعة الإسلامية على المعيار الشخصي وهو انفاء المصلحة المشروعة لصاحب الحق، بل أقرت – إلى جانب ذلك – معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه العدل المطلق في الفقه الإسلامي⁽²⁾.

وينبني هذا المعيار في الحقيقة على مجموعة من القواعد الفقهية قدمتها مجلة الأحكام العدلية تفيد الموازنة و الترجيح والتي منها : قاعدة الضرر يزال (المادة 20)، الضرر الأشد يزال بالأخف (المادة 27) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (المادة 26) يختار أهون شرين (المادة 29) ، درء المفاسد مقدم على جلب المصالح (المادة 30) الضرر لا يزال بمثله (المادة 20)⁽³⁾ ، فهذه القواعد وغيرها من القواعد المستقرة في الفقه الإسلامي يقوم عليها هذا المعيار.

¹ - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 141.140 .
² - فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 490 .
³ - أنظر في تفصيل هذه القواعد الفقهية، محمد شوقي السيد، المرجع السابق ص 203 و ما بعدها.

ومن ثم فإن هذا المعيار ينطوي على المعايير التالية⁽¹⁾ :

- الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين.
- الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره
- الضرر العام اللاحق بالمجتمع الإسلامي أو بجماعة عظيمة منهم من جراء استعمال الحق الشخصي.

أولا : اختلال البين بين مصلحتين فرديتين :

ومفاد هذا المعيار هو إجراء مقارنة أو موازنة بين المصلحة المقصودة لصاحب الحق و الضرر اللاحق بالغير، و على ضوء هذه المقارنة أو الموازنة يتقرر وجود التعسف من عدمه ولكي يتجلى هذا المعيار بصورة أدق، نحاول بحثه من خلال تطبيقاته في الفقه الإسلامي ثم نرى مقدار التفاوت المشروط للقول بالتعسف لنعلم بعد ذلك هل يعد هذا الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين قرينة على قصد الإضرار أو الإهمال أو لا.

1- تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

تحفل كتب الفقه الإسلامي بتطبيقات لهذا المعيار، نختار منها :

2- قضاء الرسول – صلى الله عليه وسلم – على سمرة بن جندب

3- نص الحديث :

أخرج أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه حدث سمرة بن جندب : أنه كان له عضيد من نخل في حائط – أي بستان – رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فتأذى به وشق عليه، فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر له ذلك، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى

¹ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 490 و 491 وانظر كذلك : عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص 98 .

فطلب إليه أن يناقله فأبى قال : " فهبه له و لك كذا و كذا " أمرا رغبة فيه ، فأبى فقال: أنتت مضار ، فقال النبي صلى الله عليه و سلم للأنصاري : " اذهب فاقلع نخله"(1).

يقول ابن القيم(2) تعليقا على هذا الحديث " وإن كان عليه – صاحب الشجرة – في ذلك ضرر يسير فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه و القياس و المصلحة وإن أباه من أباه".

وقضاء الرسول (ص) ، على سمرة كان نتيجة موازنة بين مصلحة سمرة – صاحب الحق – و الضرر اللاحق بالغير – والقضاء عليه بقلع النخل لا يمنع من التعويض بأخذ القيمة(3).

وفي قسمة الملك، فإن صاحب الملك الأكبر متى طلب القسمة، وقال صاحب الملك الأقل بعدم موافقته، أجيب صاحب الملك الأكبر و إن كان فيه ضرر لشريكه(4).

ولو أن أحد غصب خشبة وبنى عليها بنيانا، فإذا كانت قيمة البناء أكبر من قيمة الخشبة انقطع حق صاحب الخشبة، ويضمن الغاصب قيمتها، وإن كانت قيمة البناء أقل فلا ينقطع حق صاحب الخشبة عنها، وله حق استردادها و لا يغرم شيئا للغاصب(5).

4- مقدار التفاوت :

من الضروري معرفة التفاوت، للحكم بوجود التعسف، ويمكن افتراض ثلاث فروض(6) :

الفرض الأول : أن تكون المصلحة المقصودة مساوية للضرر الذي يلحق بالغير .

1- نص الحديث، ذكره ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ،المرجع السابق ص 505 .
 2- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ،مصطفى الزرقاء،صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي ،الشركة المتحدة للنشر والتوزيع ط2،س 1987 ،عمان الأردن ص 36 ،
 3- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق ،المرجع السابق ص 492
 4- نفس المرجع ص 493 .
 5- عيسوي أحمد عيسوي – نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ،المرجع السابق ص 98 .
 6- يقول محمد شوقي السيد : الحال في الموازنة لا يخلو من أحد فروض ثلاثة : 1- أن تكون المصالح راجحة على الضرر الذي يصيب الغير ، فيعد الاستعمال مشروعاً لأن المصالح هنا ذات أهمية تربو على الأضرار التي تصيب الغير.
 2- أن تكون المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير و هنا الاستعمال تعسفياً. 3- أن تكون المصلحة متساوية أو مماثلة للضرر الذي يصيب الغير ، وفي هذه الحالة الاستعمال يعد مشروعاً و بمنأى عن التعسف =

الفرض الثاني : أن يكون الضرر اللاحق بالغير راجع على المصلحة، والرجحان هو درجة فوق المساواة.

الفرض الثالث : هو أن تكون المصلحة ضئيلة تافهة بالنسبة إلى الضرر اللاحق بالغير.

فإذا كان الفرض الأول لا يطرح إشكالا، في كون الفعل باق على أصله من المشروعية عملا بالقاعدة التي تقضي أن الضرر لا يزال بمثله، و أن حرمان صاحب الحق من استعماله لحقه إضرار به، ولكن رغم هذا كتب فتحي الدريني⁽¹⁾ قائلا : " على أن من الفقهاء المحققين من ذهب إلى أن المساواة بين النفع و الضرر تبطل التعسف فضلا عن التفاوت.

يقول الشاطبي : "و لا مصلحة تتوقع إذا لزم عنها مفسدة توازيها، أو تزيد عنها" بمعنى أن استعمال الحق إذا لزم عنه ضرر بالغير يوازي الفائدة التي يرمي إليها صاحب الحق يعتبر تعسفيا، وكذلك إذا زادت المفسدة من باب أولى، و لا نرى أثرا لاشتراط وجوب التفاوت الفاحش؟".

ثم يواصل "فتحي الدريني"⁽²⁾ ويعلن تأييده للفرض الثاني، أي يكفي عنده لقيام التعسف أن يكون الضرر اللاحق بالغير راجحا فقط على المصلحة.

ولكن الغريب أنه كتب في مكان آخر : " وهذا التوازن بين المصالح قد حرص المشرع الإسلامي علي إقامته ، و جعل ضابط المشروعات غلبة المصلحة على المفسدة فالاختلال

= التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 286، و نتساءل عن أهمية التقسيم بهذا الشكل، إنه لا يفيد شيئا، خاصة أن الكاتب يذهب إلى عدم اشتراط تفاوت كبير، بل يكفي عنده مجرد رجحان الضرر على المصلحة ليوصف الفعل بالتعسف، الشيء الذي لم يظهر في تقسيمه؟ .

¹ - نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنيين المدني الجزائري، محاضرات مرقونة - المرجع السابق ص 93.

² - نفس المرجع ص 94 .

و في نفس الرأي - محمد شوقي السيد، المرجع السابق ص 288 إذ كتب قائلا : " ونحن من جانبنا نرى في هذا الخصوص، استنادا إلى أحكام الفقه الإسلامي لحسابانه مصدرا رسميا وتفسيريا لأحكام التعسف أنه لا يلزم درجة معينة لاختلال التوازن بين "المصلحة" و "الضرر" وأنه يكفي أن نصل إلى درجة ترجيح الضرر على المصلحة، ورجحان الضرر هنا مرتبة تعلو تساوي المصلحة مع الضرر" وهذا الاستدلال تعوزه الدقة، فلم يبين ما هي الأحكام المستند عليها في الفقه الإسلامي، خاصة وأن الكاتب نفسه لم يأت إلا على ذكر صورة تقاها المصلحة أثناء بحثه صورة التعسف في الشريعة الإسلامية أنظر الصفحة 247 من المرجع نفسه.

البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحانا كبيرا يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع ومن ثم يكون غلبة في تحقيق التعسف أو مناقضة الشارع".

والواقع أن "فتحي الدريني" ناقض نفسه : وهذا بسبب إفراطه ومغالاته في فصل هذه النظرية عن الخطأ، إذ أن عدم اشتراط التفاوت بين المصلحة والضرر، والاكتفاء بالرجحان البسيط يوسع من نطاق هذا المعيار إلى أبعد مدى يمكن أن يصل إليه وينفصل بذلك حتما عن الخطأ، أما اشتراط التفاوت بين المصلحة والضرر على الفرض الثالث، وهو التفاوت الشاسع البين ، فهو يربطها حتما بالخطأ، فلقد كتب قائلا⁽¹⁾ : "على أن هذا المعيار وإن كان موضوعيا بحسب الأصل – إلا أن تفاهة المصلحة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير، فقد تتخذ قرينة على قصد الإضرار كما قلنا".

و الذي يثير الاستغراب حقا، هو ما نسبته "فتحي الدريني" لأبي إسحاق الشاطبي فبالرجوع إلى هذا الأخير⁽²⁾، نجده يقيم النظرية على مبدأ التعدي بطريق التسبب أي على الخطأ، التي لا يناسبها إلا الفرض الثالث الذي يعد قرينة على الإهمال وعدم التبصر.

ويذهب " محمد أبو زهرة "⁽³⁾ إلى نص المواد 26، 27 ، 28 من مجلة الأحكام العدلية، توجب الموازنة بين الضرر الناتج عن استعمال الحق و النفع المجلوب منه، فإن كان الثاني ضئيلا لا يلتفت إليه".

ويقول عيسوي أحمد عيسوي⁽⁴⁾ : " كذلك يكون الإنسان مسيئا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه لا تتناسب مطلقا مع الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا الاستعمال" ولقد اقترح مصطفى الزرقاء⁽⁵⁾ صياغة هذا المعيار على النحو التالي :

- إذا تولد من استعماله ضرر للغير جسيم، أو إزعاج شديد، كانت المصالح التي يحققها لصاحب الحق تافهة تجاه الضرر أو الإزعاج.

¹ - الحق ومدى سلطات الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق ،المرجع سابق ص 492.

² - أنظر الموافقات ،المرجع السابق ص.53 وما بعدها،

³ - إساءة استعمال الحق ،المرجع السابق ص 98

⁴ - نظرية استعمال الحق في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص 98.

⁵ - مصطفى الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي.المرجع السابق ص43 وما بعدها

- ومن ثم فإنه لا يكفي الرجحان البسيط للقول بالتعسف بمقتضى هذا المعيار، بلا بد من التفاوت الشاسع بين المصلحة و الضرر، بحيث يكون هذا الاختلال بينا واضحا يصبح قرينة على عدم التبصر وأخذ الحيطة في استعمال الحق.

ثانيا : الضرر الفاحش اللاحق من جراء استعمال المالك لعقاره :

حددت مجلة الأحكام العدلية، الضرر الفاحش بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة المقصودة من العقار، أو يجلب له وهنا يكون سببا في انهدامه⁽¹⁾.

ويعتبر الإنسان مسيئا في استعمال حقه، إذا كان هذا الاستعمال يترتب عليه ضرر فاحش للغير، وحين اذ تزول المشروعية عن هذا الاستعمال الذي ينشأ عنه هذا النوع من الضرر، أما الاستعمال الذي ينشأ عنه ضرر معتاد فليس من باب التعسف في سيئ فلا يجوز منع صاحب الحق منه و إلا أدى ذلك إلى سد باب بالانتفاع بالحقوق⁽²⁾.

ثالثا : الضرر العام اللاحق بالمجتمع أو بجماعة عظيمة منه :

يبدو الاختلال بينا بصورة أوضح، إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة، فتقدم الأولى، ولو كان الفرد يتوخى المصلحة المشروعة التي قرر حقه من أجلها⁽³⁾.

ومن تطبيقات ذلك ما نص عليه الفقهاء من منع الاحتكار وتلقي الجلب، لأن المصالح الخاصة التي يحققها الاحتكار و تلقى الجلب لا تتناسب مطلقا – مهما عظمت – مع الأضرار التي لحقت بالعام من جراء ذلك⁽⁴⁾.

ومن ذلك أيضا جواز التسعير عند مغالاة التجار في ثمن بضائعهم وتجاوزهم الحدود المألوف في الربح بحيث يلحق الناس ضرر من ذلك، ومنها نزع الملكية الخاصة

¹ - المادة 1197 من مجلة الأحكام العدلية.
² - عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص 98.
³ - نفس المرجع ص 98.
⁴ - نفس المرجع ص 98.

إذا احتاجت إليها المصلحة العامة ، كتوسيع الطرق وبناء المساجد والمدارس⁽¹⁾.

وواضح أن هذا المعيار مادي محض، لا دخل له في الإرادة، ومقتضاه أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الأولوية تفرضها الوظيفة الاجتماعية للحق في الشريعة الإسلامية.

ب - استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله⁽²⁾:

ويكتسي هذا المعيار أهمية كبيرة في مجال حقوق الأسرة، كالحقوق التي تتضمنها الولاية على النفس أو المال، أو الحقوق التي يتضمنها التوكيل بالزواج.

وعلى العموم يطبق هذا المعيار في كل الحقوق التي علم الغرض منها من الشريعة الإسلامية، فحق الولاية الغرض منه الحفاظ على مصلحة القاصر، فمتى لم يراعي الولي مصلحة القاصر تقرر عندئذ تعسفه في استعمال حقه.

المطلب الثالث : معايير التعسف في التشريع (موقف المشرع)

تنتهج التشريعات وسيلتين أو طريقتين لتحديد ضابط التعسف، الأولى تكتفي بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار للتعسف، دون أن تعرض لتفصيل ما يندرج تحته من صور متعددة ، أما الثانية فتعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون إبراز المبدأ العام الذي يحكمها. وإذا كان يؤخذ على الطريقة الأولى الغموض والإبهام رغم ما تحققه من مرونة وتجارب تجاه تطور الأوضاع فإنه يؤخذ على الثانية القصور والعجز عن استيعاب الأوضاع الجديدة، لذا فإنه من الحكمة الجمع بين ما في الطريقتين من خير، وهذا الذي سلكه المشرع في التعديل الأخير، حيث نص على المبدأ العام الذي يحكم التعسف في استعمال الحق، ثم أتى بصور متعددة لهذا المبدأ العام ذكرها على سبيل المثال.

¹ - عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص 98.
² - لمزيد من التفصيل حول هذا المعيار: أنظر فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، المرجع السابق ص 478 وما بعدها عيسوي أحمد عيسوي، المرجع السابق ص 99 وما بعدها.

أولاً: المبدأ العام : التعسف في استعمال الحق صورة من الخطأ

نصت المادة 124 مكرر من القانون المدني على أن :

"يعد الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:..."

وبهذا النص انفرد المشرع الجزائري عن باقي التشريعات العربية التي ترددت في النص عن هذا المبدأ بالرغم من أنها تأخذ به.

وبذلك فإن صاحب الحق يلتزم أثناء استعماله لحقه أن يسلك سلوك الرجل العادي، ولقد وجد هذا المعيار قبولاً واسعاً لدى مختلف التشريعات والقضاء والفقه ، لكونه أكثر سهولة ومرونة ، فوق ما يحققه من توحيد قواعد المسؤولية.

فسواء كان الخطأ جسيماً أم بسيطاً يتحقق التعسف، فلا يكفي أن يستعمل الشخص حقه عن حسن نية، بل يجب عليه كذلك أن يراعي عند مباشرته لحقه الاستعمال الصحيح وعلى هذا فتتحقق مسؤولية صاحب الحق إذا ارتكب عند مباشرته لحقه خطأ جسيماً، أو إذا أهمل عند استعمال حقه ولم يتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم الإضرار بالغير¹.

تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني، على حالات أو معايير التعسف بقولها: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

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

والملاحظ من هذه الصياغة أن هذه المعايير وردت على سبيل المثال لا الحصر، إذ أن عبارة . "لا سيما في ..." تعطي دلالة على أن الحالات المذكورة هي أهم الحالات، لكن تبقى هناك حالات أخرى أقل أهمية، لم يأت النص على ذكرها، مما يجعلنا نتساءل عن

1 - أنور سلطان ، التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق ص 37

هذه الحالات؟ فهل تعتبر المضار غير المألوفة معيارا لقيام التعسف في مجال الجوار؟ هذا ما سنحاول الفصل فيه في وقت لاحق.

أم أن المشرع اقتصر على ذكر أهم الحالات، فاسحا المجال للفقه والقضاء لاستخلاص معايير أخرى لكن في إطار المبدأ العام الذي هو الخطأ.

وأيا كان الأمر، فإن المشرع بهذه الصياغة حسم جدلا قد أثير في المسألة¹، و توضيح الصياغة على هذا النحو أمر محمود اتخذه المشرع.

والملاحظ ثانيا على هذه الصياغة، أن المشرع يستعمل مصطلح "الفائدة" للتعبير عن المصلحة، وكان على المشرع تدارك هذا الخلل في التعديل، لكن فاتته الأمر، ولاشك أن مصطلح "المصلحة" أصوب وأعم، فضلا عن كونه المصطلح الذي استعملته أغلب التشريعات العربية.

والملاحظ في الأخير أن المشرع أخذ نص المادة عن المشرع المصري الذي أخذها عن الشريعة الإسلامية، لذا فتحليل هذه المعايير قد يقتضي الرجوع إلى الأصول التاريخية للنص، مع مراعاة ما يتميز به التشريع الوطني.

ثانيا: الحالات المنصوص عليها في المادة 124 مكرر

الحالة الأولى: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

سبق أن تطرقنا إلى دراسة هذا المعيار، وبيننا أهميته، وما ينطوي عليه من صعوبات في الإثبات، وبين أن المشرع لم يشترط تمحض قصد الإضرار، فيكفي لقيام مسؤولية صاحب الحق، أن يكون القصد إلى الإضرار هو الباعث الرئيسي إلى استعمال الحق، حتى لو صاحبه القصد إلى تحقيق مصلحة مشروعة.

1 - كان النص السابق مبهما من هذه الزاوية، لهذا ذهب البعض إلى أن المعايير وردت على سبيل الحصر، العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 685، وذهب آخرون إلى أنها وردت على سبيل المثال، انظر علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المرجع السابق ص 55.

ولاشك في أن القصد إلى الإضرار هو خطأ، بل هو خطأ عمدي إذا كان هو القصد الوحيد في استعمال الحق.

فهذا المعيار هو معيار شخصي ذاتي يعتمد على نية صاحب الحق، وأمام صعوبة إثباته اتخذ القضاء والفقه قرائن على هذا القصد: من بينها انتفاء المصلحة أو ضآلتها بالمقارنة مع الضرر اللاحق بالغير، أو إذا كان صاحب الحق يتخير الطرق الأكثر إضراراً بالغير أي أنه كان بإمكانه استعمال حقه على نحو آخر يجنبه الإضرار بالغير، ولا يكلفه خسائر.

الحالة الثانية : معيار عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير

هذا المعيار هو معيار مادي قوامه الموازنة بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير، فتقوم مسؤولية صاحب الحق إذا كانت المصلحة المقصودة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الناشئ للغير (المادة 124 مكرر فقرة 2).

ويلاحظ من صياغة المادة أن المشرع أشار إلى أن الفائدة القليلة مقصودة من استعمال صاحب الحق لحقه، بقوله: " ...التي يرمي إليها..." ولكن الضرر الذي يلحق بالغير لم يشر إلى أنه مقصود من قبل صاحب الحق، بل وصفه بأنه ناشئ من استعمال الحق، سواء كان مقصوداً أو غير مقصود، مما يؤكد أن هذا المعيار هو معيار مادي يقوم على الموازنة بين الضرر اللاحق للغير والمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق، وهذه الموازنة تطرح مشكلة مقدار التفاوت المطلوب، فهل يكفي رجحان الضرر على المصلحة أم يجب أن يكون هذا التفاوت على قدر من الجسامة.

مقدار التفاوت:

واضح أن النص يشترط أن يكون مقدار التفاوت بين المصلحة المقصودة من قبل صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير أن يكون تفاوتاً كبيراً لا راجحاً فحسب، فالرجحان درجة فوق المساواة، وليس المقصود من النص هو تحقيق توازن كامل، فلا يكون الشخص

متعسفا إذا تساوى الضرر والمصلحة أو زاد الضرر عن المصلحة بنسبة معقولة، أما إذا رجع الضرر عن المصلحة رجحانا كبيرا كان هذا تعسفا¹.

ولتأكيد هذا القدر من التفاوت أضاف المشرع المصري كلمة " البتة" ²

وقد جادل البعض ³ في قيام شرط التفاوت هذا، فتسائل "فتحي الدريني" ⁴ من أين استسقى المشرع المصري والجزائري هذا الشرط في هذا المعيار (شرط التفاوت) وانتقده واعتبره شرطا باطلا، حيث أن الشريعة الإسلامية – حسب رأيه- لا يوجد فيها مثل هذا الشرط، والتي تعتبر الأصل الذي استسقى منه المشرع الجزائري والمصري ضوابط هذه النظرية، وقد سبق لنا بحث هذا الشرط في منظور فقهاء الشريعة الإسلامية.

وأرى أن شرط التفاوت إنما أضيف إلى هذا المعيار – أي معيار التناسب- لإسناده إلى فكرة الخطأ، فتم التضييق منه – أي الحد الذي يعتبر فيه قرينة على الإهمال وعدم التبصر. فليس من سلوك الرجل العادي أن يقدم على مصلحة قليلة ولا يبالى بما يلحق الغير من ضرر من وراء ذلك، ومن يفعل ذلك فهو إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضرر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى بها، وفي الحالتين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وارتكب خطأ يوجب مسؤوليته⁵.

وقد طبق المشرع هذا المعيار في مواطن كثيرة، مثلا نص المادة 176 من القانون المدني التي تقضي بالتعويض النقدي متى كان التعويض العيني مرهقا للمدين، فأساس هذا الحكم هو الموازنة بين الضرر اللاحق بالمدين والمنفعة التي يحصل عليها الدائن، وكذلك نص المادة 2/708 الخاصة بهدم الحائط دون عذر قوي، إذا كان هذا يضر الجار الذي

1 - محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق ص 7.

2 - أنظر المادة 2/05 من القانون المدني المصري .

3 - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره، المرجع السابق ص 277، فتحي الدريني محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 91 وما بعدها.

4 - نفس المرجع ص 91.

5 - عبد الرزاق السنهوري الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق ص 845.

يستتر ملكه بالحائط أو المادة التي تقضي بأنه لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، أو المادة 693، التي تقرر حق المرور في الأرض المحصورة فقد وازن المشرع بين الضرر الذي يصيب صاحب الأرض المحصورة إن لم يصلها بممر وبين مصلحة صاحب الأملاك المجاورة، وقرر ثبوت حق المرور مقابل تعويض مناسب، فإن أبى وامتنع صاحب الملك المجاور تحقق التعسف.

الحالة الثالثة : عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

أخذ المشرع هذا المعيار عن التشريع المصري، وقد أثر واضعوا هذا القانون، هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين في الفقه، هما معيار الهدف الاجتماعي (but social) ومعيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) لما وجه إليهما من نقد ، إضافة إلى أن هذا المعيار أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق¹.

ويتفق أغلب الفقه على أن هذا المعيار هو معيار مادي مرن، يخول القضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق، لكن هذا لا يعني استبعاد النية إذ أن كثيرا ما تكون هي العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة.

وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون، أو متعارضا مع النظام العام والآداب العامة².

ويجب أن يقدر انحراف الشخص الذي يستعمل حقه بسلوك الرجل العادي الذي لا يسعى إلى الحصول على مصلحة غير مشروعة تحت ستار استعمال الحقوق³.

¹ - عبد الرزاق السنهوري الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق ص 847

² -علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام المرجع السابق ص 223.

³ -علي فيلاي، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، المرجع السابق ص 61.

وقد طبق المشرع هذا المعيار، في المادة 187 مدني، بأنه إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بدينه في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر.

فالدائن الذي يبتغي من وراء التسبب في إطالة النزاع حين مطالبته بحقه لتحقيق مصلحة لنفسه ، هي زيادة مبلغ التعويض، فإن هذا الدافع غير مشروع، والمصلحة التي يريد تحقيقها بهذا الدافع غير مشروعة أيضاً، إذ لا تقوم على سبب مشروع¹.

وقد طبق القضاء هذا المعيار، ومن أبرز تطبيقاته فصل العامل بسبب مذهبه السياسي أو انتمائه النقابي، أو الذي يؤجر بيته أو يخصصه لمقابلات مخالفة للنظام العام والآداب العامة، أو كالذي يطالب بإخلاء المنزل من مستأجره بحجة السكن فيه بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون وإخفاقه في ذلك²، أو كمن يقيم أسلاكاً شائكة على ملكه ليحبر شركة الطيران على شراء أرضه³، أو الذي يطلق زوجته لكي يعاشر امرأة أخرى معاشرة غير شرعية⁴.

ويبدو أن الحقوق التي تحقق مصلحة غيرية، مجالا خصبا لتطبيق هذا المعيار ، فإذا تصرف الوصي في أموال القاصر لمصلحة نفسه كان هذا تعسفا لأنها مصلحة غير مشروعة في هذه الحالة، أو إذا تصرف الشريك في شركة لمصلحة نفسه وأضر بمصالح الشركة، فهذه مصلحة لم يقر بها القانون.

وإذا كان هذا هو المعيار الأخير فإنه لا جدال باعتباره خطأ، بل إنه وكما يرى البعض⁵ فإنه ولو لم يؤت على ذكر هذا المعيار، لما حال ذلك من اعتبار الأعمال التي تنضوي تحته موجبة للمسؤولية إن لم تكن الجزائية فالمدنية على الأقل، فالمصالح التي يرمي

1 - فتحي الدريني، محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص93
2 - أورد هذا المثال : علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض ، المرجع السابق ص62
3 - استئناف فرنسي، مذكور في علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، المرجع السابق ص 220.
4 - نفس المرجع ، ص223.
5 - جورج سيوفي ، الموجبات والعقود ، المرجع السابق ص331 .

صاحب الحق إلى تحقيقها إذا كانت غير مشروعة وإذا كانت عند تحقيقها قد سببت ضرراً للغير فإن صاحب الحق يكون مسؤولاً عن هذا الضرر سواء أخذنا بنظرية التعسف أم لا.

هل المضار غير المألوفة للجوار معياراً للتعسف؟:

سبق أن رأينا أن المشرع الجزائري يدخل المضار غير العادية للجوار من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ نص على ذلك صراحة في المادة 691.

وهذا الموقف من المشرع الجزائري. يثير عدة إشكالات، تتعلق أولاً بمفهوم التعسف في نظر المشرع ثم ثانياً بمفهوم الخطأ في نظره.

ويبدو أن المشرع عندما نص على أن المضار غير العادية للجوار على أنها تعسف في استعمال الحق، يكون قد تجاهل أو غفل عن هذه الإشكالات التي يثيرها هذا النص.

وعلى عكس موقف المشرع الوطني، نجد أن المشرع المصري حاول تفادي هذه الإشكالات، فقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة الخامسة منه، يتضمن هذا المعيار ضمن معايير التعسف في استعمال الحق¹، ثم حذف هذا المعيار من نص المادة الخامسة، ونقل إلى المادة 807، كقيد على حق الملكية، واستعمل المشرع المصري مصطلح الغلو في استعمال الحق، محاولاً بذلك قطع العلاقة القائمة بين نص المادة 807 والمادة الخامسة، فتكون بذلك المضار غير المألوفة للجوار منفصلة على نظرية التعسف في استعمال الحق، ويفسر هذا تعليق السنهوري². واذع هذا القانون على أن المضار غير المألوفة للجوار هي خروج عن حدود الحق؟ وهو يقول أن المالك له ثلاث صور للمسؤولية الأولى على أساس الخطأ والثانية على أساس التعسف في استعمال الحق والثالثة على أساس المضار غير المألوفة للجوار³. وأنا لا أعلم كيف يكون الخروج عن الحق- وفق هذا المنطق- حالة متميزة عن الخطأ؟.

¹ - أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب العربي ص 201.

² - الوسيط ج1، مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 849 ص 832 هامش رقم 4.

³ - الوسيط ج8، حق الملكية، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 676 وما بعدها.

في الحقيقة، هذا التخبط يعكس مدى صعوبة المسألة، ومرد هذه الصعوبة أمران.

فالأمر الأول: يرجع إلى الخلاف الحاصل في تأسيس نظرية التعسف في استعمال الحق فمنهم من يرجعها إلى أنها صورة من صور الخطأ، ومنهم من يحاول فصلها عن الخطأ وتخصيصها بكيان مستقل.

وأما الأمر الثاني: فيرجع إلى الخلاف الحاصل بشأن تأسيس المضار غير العادية للجوار فمن قائل بأنها خطأ، وأخرى على أنها خطأ اجتماعي ، وآخر يقول أنها تعسف في استعمال الحق، على أن التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة عن الخطأ، وهناك من أخذ يبحث على أساس موضوعي لها، فتارة تجد من يقول على أنها استعمال غير عادي للحق، وآخر يؤسسها على نظرية تحمل التبعة¹.. إلخ

على أن القضاء في فرنسا كان يحكم بمسؤولية المالك الذي يتجاوز المضار العادية للجوار دون أن يخل بواجب الحيطة والحذر، وكان يؤسس ذلك على قواعد العدالة والإنصاف، ثم أخذ يتوسع في مفهوم المادة 1388².

وقد سايره في ذلك القضاء المصري قبل صدور القانون المدني، وكان يؤسس ذلك على قواعد العدالة والإنصاف تارة، وعلى ما استقر عليه العمل في الفقه الإسلامي³.

ومرد الخلاف في فرنسا هو غيبة النص، أما في مصر ، فهو إذا قلنا أن المضار غير المألوفة للجوار هي تعسف فذلك يعني فصل نظرية التعسف في استعمال الحق عن الخطأ.

لذلك فإن المتمسكين بها كمعيار من معايير التعسف في استعمال الحق، هم الذين ينادون بفصل نظرية التعسف في استعمال الحق عن الخطأ.

¹ -لمزيد من التفصيل حول أساس المضار غير المألوفة الجوار : أنظر أبو زيد عبد الباقي ،تحديد الأساس القانوني لمضار الجوار غير المألوفة ، المرجع السابق، حسن كيرة الموجز في أحكام القانون المدني، المرجع السابق ص 144 وما بعدها

² - أبو زيد عبد الباقي ، نفس المرجع ص 80 وما بعدها.

³ - أنور سلطان ،التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق ص 141.

ولن يسعنا في هذا المقام بسط كل الآراء التي قيلت في تأسيس نظرية مضار الجوار غير المألوفة، ولكن على العموم فهي تدور في فلكين، فهناك من يؤسسها على أساس موضوعي وهناك من يؤسسها على أساس الخطأ.

والذين أسسوها على الخطأ، إنما فعلوا ذلك بعدما توسعوا في مفهوم الخطأ والذي يتضح أن هذه المسؤولية قائمة على أساس موضوعي، العنصر الرئيسي فيها هو الضرر غير المألوف، بقطع النظر على سلوك المتسبب فيه، بل إن سلوكه ان كان يتسم بالإهمال وعدم التبصر، فإن ذلك يعرضه إلى مسؤولية على أساس الخطأ، أو على أساس التعسف في استعمال الحق، أي المادة 124 أو المادة 124 مكرر.

ونكون هنا أمام مشكلة تناقض المادة 691 مدني، والمادة 124 مكرر، فالمادة 691، تقيم المسؤولية على أساس الضرر دون أن تقيم لسلوك المتسبب فيه أي وزن، وتصف ذلك بأنه تعسف، ثم تأتي المادة 124 مكرر، تعطي وصفا عاما على أن كل تعسف خطأ؟

يذهب البعض إلى أن الحل يكمن في التوسع في مفهوم الخطأ¹، فيجب التوسع في مفهوم الخطأ إلى الحد الذي يمكن معه قبول نظرية المضار غير العادية للجوار، وأرى أنه حل غير مرضي، فالتوسع في مفهوم الخطأ على هذا النحو لا يبقى من الخطأ سوى الاسم فالخطأ في القانون هو عيب يشوب سلوك الشخص، فكيف نتوسع في مفهومه ويبقى مع ذلك خطأ؟.

وهذا الحل إن أخذ به القضاء الفرنسي الذي لم تسعفه النصوص، فلا يوجد ما يبرر الأخذ به عندنا، فلسنا بحاجة إليه، فالمسؤولية قائمة لمن أضر جاره، وليس الخلاف إلا عن وضع هذه المسؤولية في نظام المسؤولية عندنا.

في هذا المقام، وللتنسيق بين نصوص القانون، وفق منطق قانوني سليم، لم يبق أمامنا سوى حل وحيد²، فينبغي التسليم بأن المضار غير العادية للجوار هي معيار من معايير

¹ - أنور سلطان، التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق ص 59.

² - وإن كنا نرى ضرورة تعديل المادة بما يتفق مع نظام المسؤولية، والذي يتضح بعد دراسة كل الآراء التي قيلت بشأن أساس المسؤولية في حالة تجاوز المضار غير المألوفة للجوار، أنها تقوم على نظرية تحمل التبعة، وليس على =

التعسف في استعمال الحق، لا ينطبق إلا في حالة خاصة جدا، ومجال محدود جدا، وهو الملكيات المتجاورة، في حالة تجاوز المضار غير المألوفة للجوار، دون الإخلال بواجب الحيطة والحذر، فتكون حالة المضار غير المألوفة للجوار حالة خاصة من التعسف، وتمثل استثناءا على المبدأ العام فيه، فيكون التعسف باق على أصله على أنه خطأ إلا في المضار غير المألوفة للجوار فهو غير ذلك.

وأرى في هذا الحل أنه حل يتفق مع منطق القانون ومنهج التقنين، فكثيراً ما يقرر القانون قواعد عامة، ثم يقرر استثناءا عليها، ولا يخشى طغيان الاستثناء على المبدأ العام، فالاستثناء يبقى استثناءا ولو كثرت تطبيقاته في الواقع العملي، وخير مثال على هذا الكلام هو نظرية التعسف في استعمال الحق نفسها، فهي على أهميتها وكثرة تطبيقاتها ما هي إلا استثناء يرد على القاعدة العامة التي تقضي بأن من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يسأل عما يحيق بالغير من ضرر.

وبالتالي فإن التعسف في استعمال الحق باق على أصله العام كونه صورة من الخطأ، وما مضار الجوار غير المألوفة سوى استثناء يرد على هذا المبدأ العام، ووجد هذا المبدأ مبرراته في علاقات الجوار التي يجب حمايتها لتماسك المجتمع، وما يمثله الحق من وظيفة اجتماعية تنأى به عن الإضرار بالغير.

نلخص في الأخير إلى أن مضار الجوار غير المألوفة معيار للتعسف له مجاله الخاص وحالاته الخاصة، التي لا ينسحب إلى غيرها، لذا فمن الحكمة عدم النص عليه في صلب المادة 124 مكرر، لكي لا يكون معيارا عاما، وإنما جاء النص عليه في باب القيود التي ترد على الملكية، حيث مجاله الخاص، والمشرع أخذ هذا الحل عن المشرع المصري حيث نقل هذا المعيار من المادة الخامسة إلى المادة 807، فلو تركه في صلب المادة

أساس التعسف في استعمال الحق، فهذا الرأي يقبله المنطق وأقرب إلى العدل، ويحقق توحيدا لنظام المسؤولية فالمسؤولية عن تجاوز المضار غير المألوفة للجوار في مجال القانون الإداري قائمة على هذه النظرية (أنظر مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري د.م.ج الجزائر ط1. 2000، ص 52 وما بعدها) فيكون من مقتضيات العدل، توحيد الأساس في المسؤولية في كلا القانونين، إذن فتعديل هذه المادة أمر ضروري.

الخامسة لأصبح معيارا عاما ينطبق على كل الحقوق، فينقله إلى المكان المخصص بالقيود التي ترد على حق الملكية العقارية، يكون قد حصر تطبيقه في ذلك المجال دون سواه.

المبحث الثاني : تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق

تنازع مسألة تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق اتجاهان في الفقه ، فالاتجاه السائد في الفقه يرده إلى الخطأ (المطلب الثاني)

و أما الاتجاه الثاني فينادي باستقلال نظرية التعسف عن الخطأ(المطلب الأول)

المطلب الأول : التعسف في استعمال الحق مستقل عن "الخطأ":

ذهب بعض الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة بذاتها، وليست مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ.

ذلك أن هذه النظرية مستحدثة و متفرعة عن مبدأ نسبية الحقوق ، و أنها بذلك جديرة بأن تكون لها قواعد خاصة التي تنطبق في جميع نواحي القانون، دون حاجة إلى ردها إلى أي قاعدة أو مبدأ من القواعد أو المبادئ المسلم بها من قبل.

ويعتبر الدكتور "حسن كيرة" هو حامل لواء هذا الرأي في الوطن العربي، و به تأثر الكثير من الكتاب، و هو يرى⁽²⁾ أنه "للوصول إلى تأصيل صحيح لفكرة التعسف في استعمال الحق و تحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف في استعمال الحق، ينبغي اطرار جميع الظروف التي صاحبت في القانون الحديث فكرة التعسف في استعمال الحق، و فرضت نفسها من قبل أي تدخل تشريعي على الفقه والقضاء، لإعطاء التعسف تأصيل الخطأ، واستبقائه داخل المسؤولية التقصيرية.

ذلك أن اطرار النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه، اضطرت الفقه و القضاء – أمام خلو التشريع – في أول الأمر من نص يقرر كمبد عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها – إلى التماس أساس مقبول و مستمد من صلب نصوص التشريع القائم لغرض رقابة على استعمال الحقوق، ولم يكن ثم أفضل و لا أقرب في هذا الشأن من الخطأ العادي - سواء بالنظر إلى التعسف كخروج عن الحق أو عدم الخروج عنه- أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته، و بذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير تعقب التعسف في استعمال الحق ومنعه إلا مجرد تبرير مرحلي يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعي

¹ - مثل سالي و غيره أنظر شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره، المرجع السابق ص 103 وما بعدها ، وانظر كذلك حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق ص 764 وما بعدها، نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون ص 220، على علي سليمان ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ص 224 ، فتحي الدريني و غيره.

² - انظر المدخل إلى القانون ، المرجع السابق ص 764 .

على مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، أما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تعلق هذا المبدأ مما يجعل منه أصلاً من الأصول القانونية المقررة، فقد أصبح من الواجب تخطي هذه المرحلة وإمعان النظر في جوهر فكرة التعسف و حقيقتها".

أ- قصور فكرة "الخطأ" عن استيعاب حالات التعسف :

مركز صاحب الحق في استعماله لحقه يجب أن لا يسوى بمركز الشخص في ممارسة رخصة من الرخص العامة ، حتى يقال أن التعسف في الصورة الأولى هو ذاته الخطأ في الصورة الثانية، ففي مجال الحريات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات و الرخص في وقت واحد، لا يحتاج الأمر إلى التنسيق في هذا الاستعمال الجماعي المتعاصر، و هو ما لا يتحقق إلا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر و يقضة وحيطة، حتى لا يحد مما لهم نفس الحريات المتماثلة، أما في مجال الحقوق، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة إلى الباقين لما يخصه به القانون على محل معين من سلطة استثنائية يملكها دون غيره، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق ، لا مناقضتها، و هو ما يقتضي قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة، لا وفق فكرة الحيطة و الحذر، مما يعني إمكان توفر التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة و الحذر، ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ، في المعنى الفني الدقيق ، و بذلك يوجد تعسف و لو لم تتوافر له مقومات الخطأ ، فلا يغني إذن عن صاحب الحق شيئاً ما قد يتخذه في استعمال حقه من حيطة و تبصر و يقضة تنفي عنه الخطأ، إذا كان هذا الاستعمال يناقض غاية الحق⁽¹⁾.

تقييم هذه الحجة :

وهذا الكلام، يصدق فقط على حالة تجاوز المضار غير المألوفة للجوار، و في الحقيقة هذه المضار تخرج على مجال التعسف في استعمال الحق، و لكن حتى و إن سلمنا بأنها تدخل

¹ - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، المرجع سابق ص 762، وانظر كذلك محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 104 .

فيه، فتبقى حالة خاصة منه، واستثناء من الأصل العام و كما هو معروف الشاذ يحفظ و لا يقاس عليه.

والمتأمل في الكلام السابق، يجد أن قائله يسوي بين التعسف في استعمال الحق، والوظيفة الاجتماعية للحق، و الحقيقة أنهما مختلفان، وقد بينا أن⁽¹⁾ التعسف في استعمال الحق ما هو إلا أحد مظاهر الوظيفة الاجتماعية للحق، و تربطهما علاقة الفرع بالأصل أو الجزء بالكل، فليس كل خروج عن الوظيفة الاجتماعية للحق تعسف، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الرأي يتجاهل النصوص القانونية تجاهلا تاما، و أتى بكلام نظري محض، فكل خروج عن غاية الحق تعسفا، هذا الكلام و إن كان يقبل من الناحية النظرية، فإن قبوله من الناحية التطبيقية أمر صعب، إذ ما هي هذه الغاية، هذا هو السؤال الأهم، إن تحديد هذه الغاية ليس بالأمر الميسور السهل، ومن ثم كان الكلام عن شيء مجهول غير محدد و ثم الحكم على أنه غير خطأ وأنه أوسع مجالا منه – مع هذه الجهالة- كلام غير منطقي، لأنه حكم على شيء مجهول غير محدد.

على أنه ليس المطلوب من القضاة اليوم، أن يحددوا الهدف الاجتماعي للحق، وإنما أن يتحققوا فقط عما إذا كان الشخص قد اتخذ الحيطة في استعمال حقه تلك هي مهمتهم، وأن المحاكم وهي بصدد القول بالتعسف أن يبحثوا عن الخطأ كمبدأ قانوني بعيدا عن الأخذ بالسياسة.

ب- أسبقية فكرة التعسف عن المسؤولية:

المشكلة التي تثيرها فكرة التعسف مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية، لا يتصور التماس حل لها، إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره، و بالتالي في ظل نظريته العامة وحدها، ذلك أن حل مشكلة التعسف يقتضي أولا الاختيار بين الإطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق، وهو مالا يتصور تحقيقه داخل إطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها، بل يرتهن ذلك بفكرة الحق ودوره أو وظيفته، وبفكرة

¹-Henri et Léon Mazeaud, leçons de droit civil Op. Cit. N.573. 574 .

العدل ومدلوله، وبالنظر إلى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين وكل هذه المسائل تخرج كما هو ظاهر عن نطاق المسؤولية⁽¹⁾.

ويؤكد هذا -حسب هذا الرأي- ما تتميز به نظرية التعسف من دور وقائي.

الدور الوقائي لنظرية التعسف لاستعمال الحق :

فقد يحرم صاحب الحق من استعمال حقه على نحو تعسفي ابتداءً، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلاً ويتقادم تبعاً لذلك قيام مشكلة المسؤولية⁽²⁾، ففكرة التعسف إذن تتجاوز فكرة المسؤولية في اقتصارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه، فنتحقق كذلك فكرة التوقي من الضرر قبل وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً، فكثير ما يحتاج صاحب الحق إلى الالتجاء إلى القضاء مطالباً بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين، وهنا لا يكفي لإجابة طلبه أن يتأكد القاضي من وجود الحق المدعي به فحسب، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف، وفي حالة التعسف يكتفي برد طلب صاحب الحق وهو ما يمنع وقوع الاستعمال التعسفي أصلاً فلا تثور حينئذ مشكلة المسؤولية بل يمنع ذلك في الواقع من قيامها فيما بعد⁽³⁾.

فالدور الوقائي باعتباره جزءاً خاصاً ناشئاً عن طبيعة التعسف، لا يمكن تفسيره على أساس المسؤولية، لأنه حل مشكلة التعسف السابقة في وجودها على المسؤولية نفسها، وإنما تجد أساسها في مفهوم الحق وغايته في التشريع وأصوله العامة، ومفهوم العدل فيه أو في القيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه جملة وتفصيلاً⁽⁴⁾.

¹ - حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق ص 766-767.

² - محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 116 .

³ - حسن كيرة ، المرجع السابق ص 767 ، محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، المرجع السابق ص 447 ، 448 .

⁴ - فتحي الدريني ، محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ص 38 .

إذن فلا يقتصر نطاق التعسف على مجال المسؤولية التقصيرية و إنما نجد له مجاله للقيام بدور وقائي وتعويضي، و على ذلك فإنه بواسطة فكرة التعسف يمكن تحاشي وقوع عمل مخالف للحق، لأن التعسف متصل بغاية الحق⁽¹⁾.

وقد وردت عدة تطبيقات تشريعية لهذا الدور الوقائي، خذ مثلا ما تقضي به المادة 10 من القانون المدني "على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، و كان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبنيه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته و في صحة المعاملة" فإذا طالب ناقص الأهلية هنا بإبطال العقد يكون متعسفا، فيرد عليه قصده، ويحرم من الحق في إبطال العقد، ولا يؤثر هذا السبب الخفي في أهليته، وجزاء التعسف هنا هو منع وقوع الضرر أصلا⁽²⁾.

وكذلك ما تقتضي به المادة 164 مدني، من أن الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا، و لكن إذا كان فيه -التنفيذ العيني- إرهاب للمدين ومع هذا أصر الدائن على أن يكون التنفيذ عينيا فإنه يصار إلى التنفيذ بطريق التعويض، ولا يجاب الدائن لطلبه، لتعسفه⁽³⁾.

كذلك ما هو مقرر قانونا من أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها، المادة 343 مدني.

¹ - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره، المرجع السابق ص 118 .

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 850 .

³ - أنظر قرار المحكمة العليا: مؤرخ في 1990/03/21 ملف رقم 58706 م. ق سنة 91 ع 1 ص 29 و القرار : المؤرخ في 1990/04/30 ملف رقم 59335 م. ق سنة 1992 ع 1 ص 29. لمزيد من التفصيل أنظر فتحي الدريني، محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 58 و ما بعدها.

وتتحقق حالة التعسف هنا إذا كان توجيه اليمين ليس من شأنه أن يحقق مصلحة لطالب الحق⁽¹⁾، أو ظهر للقاضي أن أحد الأطراف أراد بها إرباك الطرف الآخر مستغلا تدينه⁽²⁾.

حقيقة الدور الوقائي :

أليس خلاصة هذا الدور الوقائي، أنه يرجع لكون التعسف في استعمال الحق يرتبط بالحقوق، والتصرفات داخل نطاقها التي تتسم بالمشروعية أصلا، إنما التعسف هو استثناء وأمر طارئ على الأصل العام الذي هو المشروعية.

"فمن الناحية العملية تنشغل مسؤولية الفاعل في حالة انتفاء الحق، ولو لم يترتب على فعله ضرر، بل ولو ترتب على فعله نفع كمن يحرث أرضا للغير، لأن للغير مصلحة في ألا يأتي أحد عملا من أعمال الملك في عقاره، و لذا لا يطالب بإثبات الضرر، بل يكفي بإثبات الفعل وعدم إستناد هذا الفعل إلى حق، أما في حالة التعسف فالعمل في ذاته مشروع لأنه يستند إلى حق، و لذا يشترط لقيام مسؤولية أن يترتب عليه ضرر للغير، و على ذلك من يحفر في أرضه يقصد إضعاف حائط الجار، لا تشغل مسؤولية إذا لم يترتب على فعله ما أراد، لأن النية وحدها لا تكفي لقيام المسؤولية بل بشرط حدوث الضرر فعلا، ولذا يطالب المدعي في حالة التعسف في استعمال الحق بإثبات الفعل و الضرر الذي تولد منه"⁽³⁾.

وعلى هذا، فإذا حدث تعسف وجب منعه لتفادي وقوع الضرر، لكي لا تصح المطالبة بالتعويض لعدم استكمال شروط المسؤولية.

ففي الحقيقة فكرة التوقي، هي من أهداف القانون التي يسعى إلى تحقيقها، سواء أكان القانون المدني أو الجزائي أو غيره" فدائما الوقاية خير من العلاج.

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا: مؤرخ في 1990/03/21 ملف رقم 58706 م. ق سنة 91 ع 1 ص 29

و القرار : المؤرخ في 1990/04/30 ملف رقم 59335 م. ق سنة 1992 ع 1 ص 29.

² - فتحي الدريني ، محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ص 68 .

³ - أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، المرجع السابق، ص 30.

ولهذا فإن الدور الوقائي لنظرية التعسف مرتبط أكثر بنظرية الجزاء، التي تهدف إلى الوقاية أولاً ثم العلاج ثانياً.

ت- الاعتماد على أصل التاريخي:

" إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلاً وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية⁽¹⁾ .

ويذهب د. فتحي الدريني⁽²⁾، في تأصيله لنظرية التعسف في استعمال الحق، إلى فصلها عن المسؤولية التقصيرية، واستنادها إلى مبدأ سد الذرائع⁽³⁾ الذي يتأسس بدوره على مبدأ أعم هو النظر في المآلات.

أي أن التعسف يرتبط أساساً بنتائج استعمال الحق، أو غرضه و لا يرتبط بأصل السلطات المخولة لصاحب الحق، و بالتالي فإن التعسف لا يقوم على الخطأ" لأن من الحالات التعسفية ما لا ينظر فيها إلى الإرادة أو الإهمال، و إنما ينظر إلى المآل الممنوع، أو إلى اختلال التوازن بين المصالح، وهذا من الضوابط الموضوعية التي لا تتعلق بالقصد غير المشروع أو الإهمال في أخذ الحيطة أو عدم التبصر، بل يمنع المستعمل لحقه بالنظر إلى هذا المآل الممنوع، ويكفي لقيام هذه المسؤولية مجرد التسبب فيه.

فالتعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، و أن المناقضة هي العلة في المنع من الفعل التعسفي أو في ترتيب المسؤولية عليه.

و لهذا فإنه ينبغي حتى يقوم فهم صحيح وتطبيق سليم -وفق هذا الرأي- للتعسف في استعمال الحق، ينبغي في كل مرة العودة فيها إلى أحكام هذه الشريعة و المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي، والتي استقت منه هذه النظرية مبادئها و التي تعد فضلاً عن كونها

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ص 224.

² - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ص 300 .

³ - وقد عارضه مصطفى الزرقاء، في كون أن النظرية لا تتأسس على مبدأ الذرائع، و إنما ترتبط بفكرة الحق وطبيعة المزدوجة في الفقه الإسلامي ، وإن كان يتفق معه في فصلها عن فكرة الخطأ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي، المرجع السابق، ص 19.

مصدرا رسميا لأحكامه، فهي تعد كذلك مصدرا تفسيريا لها، وهي جميعا تؤكد أن التعسف في استعمال الحق ينتمي إلى قاعدة اعتبار المآل في الأفعال، وأهم تطبيق لها هو مبدأ سد الذرائع، كما أنه من المقرر وفقا لأحكام الفقه الإسلامي، أن الحقوق وسائل لتحقيق المصالح، وأن الشريعة جاءت لمصلحة العباد، وأنه ينبغي أن تؤدي الحقوق إلى تحقيق المصالح ودرء المفساد، وهو ما يقطع بأن التعسف فكرة تندرج ضمن المبادئ العامة التي تتقيد بها الحقوق لتحقيق الغايات منها⁽¹⁾، وانفصالها بالتالي عن فكرة الخطأ.

مناقشة هذه الحجة :

لا أحد ينكر أن نظرية التعسف في استعمال الحق بمعاييرها، قد استلهمت من الشريعة الإسلامية، فلقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري⁽²⁾ و على هذا النحو وضع المشروع دستوراً لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية و بين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ولكن دون أن يتقيد بمذهب من مذاهب هذا الفقه، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه وأحفلها، بعناصر المرونة و الحياة" ولكن مع هذا فإن معظم القوانين العربية لم تأخذ بنظام المسؤولية الموجود في الشريعة الإسلامية الذي يقوم على الضمان، بل إن نظام المسؤولية السائد هو المسؤولية الشخصية الذي يقوم على الخطأ، والضرر و علاقة السببية.

وعلى هذا فإن الحجة في غير محلها لكونها تنصب على نظام المسؤولية و ليس على أساس نظرية التعسف.

¹ - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره ، المرجع السابق ص 111.

² - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، المرجع السابق ص 211.

ثم إن استقلال نظرية التعسف عن الخطأ ليس محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ سواء الأقدمين أو المحدثين، فالشاطبي⁽²⁾ -مثلا- الذي أخذ عنه كل من كتب عن التعسف من المحدثين يؤسس النظرية على الخطأ أو يعلل قبولها بفكرة الخطأ.

ث- فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية:

يقول علي علي سليمان⁽³⁾: "وإني أعتقد أنه -التعسف في استعمال الحق- نظام مستقل بذاته، وأسند في ذلك على الأدلة التالية:

- 1- فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية.
- 2- وإذا كان التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له؟ أليس النص على أن كل خطأ يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ...".

أما فيما يخص الحجة الأولى: فهي تنصب على منهج التقنين، فالنص الخاص بالتعسف أول ما ورد في القانون المصري ورد في النصوص التمهيدية، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري⁽⁴⁾ " أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لأن هذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع"، ثم تبع المشرع الجزائري المشرع المصري، بأن أورد النص في الكتاب الأول المتضمن الأحكام العامة.

¹ - أنظر مثلا : - وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص 84.
- محمد زكي عبد البر، لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق

ص 35.

² - الموافقات، المرجع السابق ص 53 وما بعدها.

³ - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ص 224.

⁴ - ص 207.

ووضع النص في النصوص التمهيدية في القانون المصري، كان محور مجادلات طويلة بين أعضاء اللجنة المعدة للمادة الخامسة، ولم يكن محل اتفاق إذ يقول أحد أعضاء اللجنة⁽¹⁾ " إنه لا محل لإبداء نص عام عن إساءة استعمال الحق في الباب التمهيدي، بل بالعكس، أن مكان هذا النص هو في باب الالتزامات، وأن نظرية التعسف في استعمال الحق ما هي إلا توسيع في فكرة العمل غير المشروع، وأنه لهذا السبب يكون مكانها المنطقي في باب الالتزامات ، بين تلك التي تنشأ عن العمل غير المشروع، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات لمشروع قانون الالتزامات الفرنسي الإيطالي... إلخ.

وأردف قائلا أنه ربما اعترض بأن هذه القوانين جاءت قاصرة على مواد الالتزامات بيد أن الحال يختلف بالنسبة لنا، حيث أن مهمتنا هي وضع قانون مدني بأكمله، ولكن الرد على هذا الاعتراض ميسور، إذ أن القواعد الواردة في باب الالتزامات هي التي تحكم القانون المدني في مجموعه.

وعلق عضو آخر من اللجنة قائلا⁽²⁾:"بأنه من المستحسن أن يبدأ بتحديد الحقوق، ثم توضع بعد ذلك النصوص بإساءة استعمالها".

و كان رد رئيس⁽³⁾ اللجنة كالتالي: "...فكرة إساءة استعمال الحق هي نتيجة تطور في المشاعر والأفكار أوحى بهذا التقدم الاجتماعي..."

وقد ظن بعض الكتاب ممن تأثروا بنظرية الخطأ أن في هذه الفكرة التبرير الكافي للجزاء عن إساءة استعمال الحق، ففكرة الحق ليست إذن سوى تفسير تال، ويمكن إيجاد هذا التفسير في فكرة أخرى كما هو الحال في حوادث العمل، ولكن الأمر الذي يظل قائما هو أن الضمير الاجتماعي لم يعد يسمح في وقتنا الحاضر باستعمال حق أيا كانت طبيعته، بطريقة تجافي حكمته، فربط هذه الظاهرة بفكرة قانونية موجودة بالفعل، أو ستوجد

¹ - وهو السيد: لبنان دي بافون، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ص 202 هامش.

² - وهو السيد: جار همام، نفس المرجع ، ص 202 في الهامش.

³ - وهو السيد: مراد سيد أحمد، نفس المرجع ص 233 في الهامش.

فيما بعد إنما هو عمل صناعي، والظاهرة الطبيعية العامة هي الحاجة الاجتماعية إلى ترتيب جزاء على استعمال الحق استعمالاً سيئاً".

"لذا فإن رئيس اللجنة يرى إبراز هذه الحاجة في نص يورد في الباب التمهيدي ليتسنى للقاضي تطبيقه أيا كانت طبيعة الحق المطروح عليه" وذلك لما تتمتع به هذه النظرية من العموم يجعلها تنبسط على جميع فروع القانون.

وقد أثار وضع النص في هذا الموضع، إشكالا في تأصيل النظرية و قد رأينا أن رئيس اللجنة المعدة لنص المادة الخامسة مصري، يسلم بإمكانية ربط فكرة التعسف مع فكرة أخرى موجودة ، أو ستوجد فيما بعد، والذي يفهم من كلامه، أنه تم ربط "التعسف" "بالخطأ"، و لكن عموم النظرية، وما تمثله من قيمة اجتماعية، هما ما يبرر إيراد النص في الباب التمهيدي.

على أن عموم النظرية لا يتنافى مع كونها خطأ⁽¹⁾.

وعلى كل حال، فقد حسم المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني، هذا الجدل، وأبطل هذه الحجة، وأبرز موقفه بصورة قاطعة، حيث نقل المادة 41 من الكتاب المتضمن الأحكام العامة، إلى الفصل الثالث من الكتاب الثاني، حيث نص عليها عقب المادة 124 التي تنص على المسؤولية عن الفعل الشخصي".

أما فيما يخص الحجة الثانية: والتي تقضي بأنه ما الفائدة من النص على التعسف في استعمال الحق، إذا كان مجرد تطبيق لفكرة الخطأ؟ فمن باب الاقتصاد في النص أن لا ينص المشرع على حكم واحد مرتين.

فالرد على هذا الكلام ميسور، فلقد سبق أن قلنا أن نظرية التعسف في استعمال الحق ما هي إلا استثناء من القاعدة العامة التي تقتضي بأن لا مسؤولية لمن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً حتى ولو تضرر الغير من هذا الاستعمال، و من البديهيات أنه لا استثناء إلا بنص، فوجب النص حينئذ.

¹ - العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ص 689.

ج- وهناك حجة أخرى لدعم هذا الرأي و هي :

إذا كان الفقهاء المصريون الذين بنو نظرية التعسف على فكرة الخطأ قد استندوا إلى أن النصوص العربية تنص على أن يكون استعمال الحق غير مشروع، فإن هذا القول لا يصدق على القانون المدني الذي قطع في صدر المادة 124 مكرر(41 سابقا)، بقوله : "يعتبر استعمال الحق تعسفيا،... ولم يقل غير مشروع⁽¹⁾ .

"لأن كلا من المشروعية وعدم المشروعية وصف يطلق في الأصل على الفعل غير المشروع لذاته، بأن لم يكن ناشئا عن حق أصلا، أو بأن كان فعلا يجاوز الحدود الموضوعية للحق، ويشكل بالتالي اعتداء على حق الغير، تعمدا أو إهمالا وتقصيرا، وهذا هو الخطأ التقصيري، ولكن الفعل التعسفي ليس كذلك لأنه في الأصل مشروع لكونه ناشئا عن حق، وليس مجاوزا مضمونه وسلطاته، ولكنه يصبح تعسفيا لا لذاته بل لما فيه من الانحراف عن الغاية أو المصلحة التي شرع من أجلها الحق..."⁽²⁾ .

والاعتماد على حجة كهذه أمر غريب، أليس التعسف عملا غير مشروع، والمتأمل في كلام "فتحي الدريني" السابق يجده لا يخلو من سفسطة، فمعنى كلامه أن المشرع المصري لم ينص على هذه النظرية ؟ والواقع أن المشرع المصري تحاشى لفظ "تعسف" لسعته وإبهامه، واستعمل عبارة "غير جائز" في أول الأمر، ثم استقر الأمر على عبارة "غير مشروع"⁽³⁾ ولكن الشائع في مصر و في غيرها، هو لفظ التعسف، حتى اكتسب قوة المصطلح.

والاعتماد على لفظ "التعسف" ولفظ "غير مشروع" في استنتاج كهذا، بهذه الخطورة أمر لا يصح، لأن العبرة بالمسميات لا بالأسماء، ومادامت معايير التعسف —وهي التي تحدد معناه— هي نفسها في التشريعات العربية المتحدث عنها، فما هي مبررات الارتكاز على هذا اللفظ.

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ص 225 .

² - فتحي الدريني، محاضرات في نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص12

³ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق ص 211.

المطلب الثاني : التعسف في استعمال الحق صورة من الخطأ:

هذا الاتجاه الذي عليه الغالبية العظمى من الفقه¹، وأخذ به القضاء، ويرى أنصاره أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا تطبيقا عاديا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

إذ التعسف في استعمال الحق ما هو إلا خطأ يوجب التعويض، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى، وهي الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً، ويجوز أن يكون عينا، وليس التعويض العيني- كالقضاء بهدم مدخنة التي تحجب النور عن الجار- بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى أيضا².

ولا حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق، يتميز به عن المسؤولية التقصيرية، إذا سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالي في شأنه، فإن التهديد المالي جائز في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أي التزام آخر.

ويبقى التعسف داخلا في المسؤولية التقصيرية، حتى لو كان تعسفا متصلا بالتعاقد فالمؤجر الذي يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفا منه تتحقق مسؤولية التقصيرية، كذلك من تعسف في إنهاء عقد عمل أو عقد شركة إذا لم تحدد المدة فيهما أو عقد الوكالة³.

وعلى هذا ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار التعسف خطأ، فالخطأ في المفهوم الحديث هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو متصور أيضا في استعمال الحقوق، تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء، وإذا كانت هذه الحقيقة قد

¹ -ومن هؤلاء في فرنسا : جوسران ، روح الحقوق ونسبيتها، فقرة 240 ، ربيير، القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية، مازو، فقرة 542، 592، كاربونيه، نظرية الالتزامات، ط2، 1963، فقرة 178. ومن فقهاء مصر : السنهوري الوسيط ج1 -مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص842، عبد المنعم البدر اوي فقرة 82، جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون -الكتاب الثاني- نظرية الحق 1966 ص 280 .
حسين عامر وعبد الرحيم عامرة المسؤولية المدنية التقصيرية - والعقدية، الطبعة الثانية 1979، فقرة 308 و فقرة 309، محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق ، سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية المرجع السابق ص 309 و في الجزائر، علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق ص 55 ، العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ص 686.

² -عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 842، 843.

³ -، نفس المرجع ص 842، 843.

حجبها ما كان سائدا في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق، فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من إعلانها وتأكيدا بعد أن اندثر هذا المبدأ، وبات من المسلم به فرض رقابة على استعمال الحقوق، فارتفع بذلك التناقض المنطقي بين "الخطأ" وبين "استعمال الحق"¹.

ويبدو أن هذا الاتجاه يتماشى مع المبادئ العامة للتشريع(1) وأكثر اتفاقا مع نظام المسؤولية فيه لذا فهو أكثر منطقية من الاتجاه الأول.

1- المبادئ العامة للتشريع وأساس التعسف:

وتتحدد هذه العلاقة بإلقاء الضوء على العلاقة بين الحق والخطأ ومرونة نظرية التعسف.

أ- نقطة مشتركة بين "الحق" و "الخطأ":

يبدو للوهلة الأولى، أن الحق والخطأ فكرتان متناقضتان، ولكن بإمعان النظر، تتجلى العلاقة الموجودة بينهما، فكلاهما يتفقان لتحقيق غاية معينة ألا وهي تشجيع المبادرة الفردية.

ففكرة "الخطأ" تعفي الشخص من المسؤولية عن الأفعال التي حدثت رغما عن إرادته والتي ما كان في وسعه تجنبها، فهو لا يسأل إلا عن إهماله أو تقصيره.

لذا فإن هذه الفكرة تعطي للفرد نوعا من الطمأنينة، وتغرز فيه نوعا من الشجاعة، تجعله يقدم على تحقيق طموحاته، وهو في سعيه هذا ملزم تجاه المجتمع بعدم الإضرار بالغير، بأذلا في ذلك عناية الرجل العادي، من طبقته ومستواه.

أما "فكرة الحق" فلقد عيب على المذاهب الاجتماعية التي جعلت من "الحق" مجرد وظيفة اجتماعية، إنها بذلك قتلت الطموح لدى الأفراد هذا الطموح الذي هو المحرك الأساسي للإنشاء والابتكار.

¹ أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، المرجع السابق، ص 1.

فكرة "الحق" قوة غريزية تبعث على الحركة والإنشاء ، والابتكار، هذه الحركة في مجموعها هي ما يحرك الاقتصاد في الدول.

لذا ففكرة "الحق" و"الخطأ" أكثر انسجاما مع الأيديولوجيات الليبرالية لكونهما يشجعان ويسمحان بتطوير المبادرة الفردية.

ويظهر من مقارنة التطور التاريخي للفكرتين مدى العلاقة.

ففي ظل الفردية المطلقة، كانت الحقوق مطلقة، وكانت المسؤولية لا تقوم إلا عن الخطأ الواجب الإثبات، ولا يمكن أن ينسب لمن يستعمل حق أي خطأ؟

فكانت المسؤولية في أضيق صورها وحدودها.

وتحول مفهوم الحقوق من الإطلاق إلى النسبية، صاحبه في الواقع تراجع محسوس في فكرة الخطأ¹، وتغير في مفهومها².

لكن هل تم الاستغناء عنهما؟ هذا ما لم يحدث حتى الآن.

ويبدو أن السياسة العامة للدول اليوم، وما يفرضه نظام العولمة، لا ينبئ أبدا بالتخلي عن أي من الفكرتين في المستقبل القريب .

والاتجاه العام للدولة الجزائرية اليوم، هو الاقتصاد الحر، القائم على حرية التجارة والصناعة³ وتكريس مبدأ المنافسة⁴ مما يقتضي معه تشجيع المبادرة الفردية، فيكون اشتراط الخطأ في المسؤولية أكثر استجابة لمبادئ الدولة.

ولا أعتقد أن المشرع اليوم سيقدم على إلغاء فكرة الخطأ وحذفها من الوجود القانوني لاسيما في المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

¹ - أنظر في تراجع فكرة الخطأ: علي فيلالي، الالتزامات ، المرجع السابق ص 33، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ص 148.

² - هناك مفهوم حديث لفكرة الخطأ، لا يهتم بالجانب النفسي أي يقوم على التعدي فقط دون عنصر الإسناد أنظر علي فيلالي ، نفس المرجع ص 47.

³ - أنظر المادة 38 من دستور 1996.

⁴ - أنظر الأمر 03/03 الصادر في 9 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة.

ب- نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مرنة:

تتمتع نظرية التعسف في استعمال الحق، بنوع من المرونة قلما تجدها في نظرية أخرى فيمكن التوسع فيها إلى الحد الذي تصبح فيه أوسع مجالا من الخطأ، ويمكن التضيق منها إلى الحد الذي تصبح أضيق مجالا منه، فحسب النظام القانوني المطبق، وحسب الاتجاه الفلسفي السائد، والنظام الاقتصادي المطبق يتم هذا التضيق أو التوسع.

فإذا كنا أكثر ميلا إلى النظام الاجتماعي، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية أكثر منه ميزة فردية، تكون نظرية التعسف في أقصى مجال لها في الاتساع، وبقدر اقترابنا من الفردية والرأس مالية ومن ثمة يصبح الحق ميزة فردية أكثر منه وظيفة اجتماعية تكون نظرية التعسف في استعمال الحق، في أضيق صورها.

وما دام الأمر على هذا الحال- من مرونة هذه النظرية- فإنه حتى وإن سلمنا بأنها مستقلة، فإنه يمكن التحكم في مجالها، وضبط معاييرها بما يتسق مع المبادئ العامة للقانون ومع نظام المسؤولية المطبق في التشريع.

إذن، فاعتبار التعسف في استعمال الحق صورة من الخطأ، حل يتفق مع المبادئ العامة للتشريع وأكثر خدمة له، لما يحققه من تشجيع للمبادرة الفردية دون إهمال للجانب الاجتماعي.

2- نظام المسؤولية والتعسف:

نظرية التعسف في استعمال الحق ما هي إلا عنصر من عناصر مسؤولية صاحب الحق، ونظام المسؤولية عن الفعل الشخصي قوامه الخطأ.

أ- الخطأ قوام المسؤولية عن الفعل الشخصي:

من المعروف أن النظرية التقليدية التي سار عليها القانون الفرنسي، ومن بعده من القوانين العربية، تشترط لقيام المسؤولية عن التقصيرية قيام عنصر الخطأ، إلى جانب العنصرين الآخرين الضرر وعلاقة السببية، وبصدد عنصر الخطأ قسم المشرع المسؤولية التقصيرية

إلى ثلاثة أنواع، النوع الأول : هو المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أما النوع الثاني هو المسؤولية عن عمل الغير، والنوع الثالث هو المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء¹.

وما يهمنا في هذا المقام هو المسؤولية عن الفعل الشخصي، التي نص عليها المشرع في المادة 124، بقوله: "كل عمل أيّا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

أي أن المشرع جعل المسؤولية عن الأفعال الشخصية تقوم على الخطأ واجب الإثبات² فلا مسؤولية دون خطأ، "وهذا يستلزم الرجوع إلى سلوك الفاعل وإدراكه لتقدير ما إذا كان الفعل الضار يعد خطأ أم لا، وهذا يعني كذلك أن المشرع أخذ بالتصور الشخصي للمسؤولية، ويظهر من أحكام المادة 125 التي تشترط التمييز في المسؤول والمادة 127 مدني، التي أشارت بصريح العبارة إلى خطأ المضرور أو الغير كوسيلة إعفاء من المسؤولية وأن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقتضي حتما خطأ الفاعل"³.

لكن ما الخطأ؟ لم يعرف المشرع الخطأ، وسنتفادى ذكر التعريفات الفقهية، فلم يحدث أن اختلف الفقه في أمر كاختلافهم في تعريف الخطأ⁴.

لكن يكفي أن نشير إلى أن المشرع أخذ بالمفهوم التقليدي للخطأ الذي يقتضي إلى جانب التعدي توفر عنصر الإدراك لدى الفاعل حتى يسأل⁵.

ويتمثل التعدي – وهو الركن المادي للخطأ- في الإخلال بواجب قانوني أو قاعدة قانونية ويقدر سلوك المتعدي هنا، سلوك الرجل العادي منظورا إليه نظرة مجردة عن ظروفه الشخصية بحيث لا تؤخذ في الاعتبار مثل هذه الظروف من مرض وغيره ، أي لا ينظر إليه نظرة ذاتية وبمعيار شخصي، ولكن تؤخذ في الاعتبار ظروفه الخارجية من زمان

1 - أنظر المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني.

2 - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ص 138.

3 - أنظر : علي فيلالي ، الإلتزامات، المرجع السابق ص 44 .

4 - علي فيلالي، نفس المرجع ص 45- علي علي سليمان ، نفس المرجع ص 142.

5 - أنظر: علي فيلالي، نفس المرجع ص 48.

قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1996/01/17 ملف رقم 130299، غير منشور " حيث يجب التذكير بأن نظام القانون الذي تنص عليه المادة 124 هو النظام التقليدي للمسؤولية"

ومكان، " غير أن الرجل العادي الذي لا تعتبر ظروفه الداخلية ينبغي أن يقاس بالرجل العادي من طبقته أو من طائفته أو من جنسه، فالطبيب العادي هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين ولا من الخاملين المهملين"¹ والفلاح يقاس بسلوك المألوف لشخص يمثل أوسط الناس فهو متوسط الذكاء والعناية، نزيه وحذر، وذو حيطة وضمير، فلا هو شديد اليقظة والحرص ولا مهمل كل الإهمال، ويظهر أن المشرع أخذ بهذا المعيار المجرد².

ولا يكفي التعدي وحده حتى يكون خطأ بالمفهوم التقليدي، بل لابد من إسناده إلى المعتدي حتى يسأل، أي إلى الشخص المسؤول، وحتى يسأل الشخص لابد أن يكون أهلا للمسؤولية، أي أن يكون مميزا على الأقل (المادة 125) وقد كان نص الفقرة 2 من المادة 125 يثير صعوبات في التفسير.

وتم إلغاء هذه الفقرة ليستقر الأمر على عدم مسؤولية عديم التميز، ومن ثم يبقى الأصل العام هو أن لا مسؤولية عن الفعل الشخصي دون خطأ.

وفاقد التمييز هو صغير السن، أو المعتوه أو المجنون (المادة 1/42) وهذا يدل على ارتباط التميز بالعقل، فلا مسؤولية لغير العاقل.

وسن التمييز حدده القانون ببلوغ ثلاث عشرة سنة³ (2/42) فببلوغ هذا السن فإن القانون يفترض في الشخص قدرته على التميز بين الأفعال الضارة والأفعال النافعة، وعلى هذا الأساس يمكن إسناد الخطأ إليه، باعتباره عاقلا مختارا.

ولا يهم بعد ذلك من حيث الأصل- أن يكون قد تعدد الخطأ أو حدث منه بإهمال أو تقصير أو عدم اتخاذ حيطة، لأن النتيجة هي واحدة وهي ثبوت التعويض.

¹ -علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ص 147.

² -علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المرجع السابق ص 64.

³ - كان سن التمييز قبل تعديل القانون المدني بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 هو ستة عشر سنة.

ولكن المشرع ميز في بعض الحالات بين درجات للخطأ¹.

فالخطأ العمدى هو الذي يحدث عن قصد، أي وجود نية الإضرار بالغير والخطأ اليسير أو التافه هو الذي لم يتوفر على قصد الإضرار، والشخص لم يرد النتيجة ولم يسع إلى تحقيقها، ولكنها حدثت بسبب إهماله أو عدم اتخاذ الحيطة، أو رعونة وعدم تبصر، والمعيار هنا هو بذل عناية الرجل العادى.

وهناك الخطأ الجسيم، وهو درجة من درجات الخطأ اليسير، فهو خطأ غير عمدى لكن يتميز بدرجة من الجسامة، هذه الجسامة جعلت بعض الفقه يسوي بينه وبين الخطأ العمدى، إذ يغلب فيه سوء النية.

قد بينا أن الخطأ هو قوام المسؤولية عن الفعل الشخصى فى القانون المدنى، ويؤيد هذا ما اتجه إليه المشرع فى التعديل الأخير، حيث عدل صياغة المادة 124، وأضاف كلمة "الخطأ" التى كانت قد سقطت سهوا فى النص السابق، وألغى الفقرة 02 من المادة 125 التى كانت تنص على مسؤولية عديم التميز.

ولما كان التعسف فى استعمال الحق، إنما هو فعل شخصى ضار، فقد أدرجه المشرع فى النصوص الخاصة بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، واصفا إياه بأنه خطأ لتأكيد موقفه وهذا ما يقيم تناسقا بين نصوص القانون.

ب- معايير التعسف فى استعمال الحق والخطأ:

إذا كان الخطأ على النحو الذى بيناه سابقا بضابطيه، وهما التعدى والإسناد هو العنصر الأول فى المسؤولية عن الفعل الشخصى، فما مدى توفر هذان العنصران فى معايير التعسف فى استعمال الحق؟

إذا كان قصد الإضرار بالغير، حتى وإن كان بصدد استعمال حق لم يناع أحد فى كونه خطأ، فإن الأمر ليس على هذا الحال فى المعياران الآخران².

¹ - أنظر على فىلالى ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، المرجع السابق ص 73 وما بعدها.
² - أنظر: نور الدين تركى، الالتزامات ، المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية- بالفرنسية- ص 71.

وقد بينا فيما سبق، وبخصوص المعيار الثاني وهو عدم التناسب بين المصلحة المقصودة والضرر اللاحق بالغير، أنه معيار مرن، يمكن التحكم في مداه، ويرجع ذلك إلى مقدار التفاوت المطلوب حتى يتحقق التعسف، فلو كان التفاوت المطلوب هو تفاوتاً بسيطاً، لأمكن القول حينئذ أن هذا المعيار يخرج عن الخطأ، إذا كانت المصلحة المقصودة أقل من الضرر اللاحق بالغير ولو بدرجة قليلة، وتحقق التعسف حينئذ فإن هذا يفوق ما يتحمله أوسط الناس من أخذ الحيطة والانتباه، ولما كان التفاوت المطلوب هو التفاوت الشاسع وليس الراجح فقط، فإن الشخص الذي يسعى لتحقيق مصلحة قليلة مقارنة بالضرر الكبير الذي يلحقه بالغير، فإن هذا يعد قرينة على الإهمال وعدم التبصر على الأقل، إن كان لم يكن ينطوي على سوء النية، ويرجع في تقدير هذا التفاوت إلى عناية الرجل العادي.

وأما فيما يخص المعيار الثالث، فقد بينا أنه خطأ، فالذي يسعى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة لا يمكن وصفه بأنه نزيه وذو ضمير، وسلوكه هذا خطأ بين بذاته، وسبق أن قلنا بأنه لم ينص المشرع على هذه الحالة، لما حال ذلك دون مساءلة صاحبها، إن لم تكن الجزائية فالمدنية على الأقل.

ذلك بأن المصلحة غير المشروعة هي مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وما تقضي به الأنظمة والقوانين، وهل الخطأ إلا هذا.

3- التعسف في استعمال الحق صورة من الخطأ ضرورة منطقية :

إن أصحاب هذا الاتجاه {استقلال نظرية التعسف } بنو رأيهم على حجة قصور المسؤولية التقصيرية على استيعاب جميع حالات التعسف في استعمال الحق، لأنه من الحالات التعسفية ما لا يتوفر فيها عنصر الخطأ.

ومعنى هذا أنه يجب استحداث نظام آخر للمسؤولية خاص بالتعسف في استعمال الحق ، لا يقوم على الخطأ، فيكون هناك نظامان للمسؤولية نظام قائم على الخطأ، يتحدد مجاله بحالات الخروج عن الحق، أو العمل دون حق، فيبقى الذي أضر غيره، وهو لا يستعمل حقا لا يسأل إلا عن إهماله أو تقصيره أي عن خطئه .

أما الذي يستعمل حقا، فتتسع دائرة مسؤوليته، فيسأل حتى إن خرج عن الغاية التي منح من أجلها الحق، فقد يتحقق التعسف دون أن يعتري سلوك صاحب الحق أي عيب، وهذا الكلام صعب التخيل فضلا عن التطبيق، إلا إذا أخذنا بالمسؤولية الموضوعية.

فنكون في النهاية أمام مسؤولية موضوعية لصاحب الحق، يسأل متى ألحق ضررا بغيره. سواء أكان ذلك بإهمال أو تقصير، أو بدونهما ، وتبعا لذلك فإنه يمكن مسؤولية حتى عديم التمييز عن التعسف في استعمال الحق.

أي يكون لنا نظامان للمسؤولية:

- مسؤولية على أساس الخطأ لمن لا يستعمل حقا.

- مسؤولية موضوعية على أساس الضرر لمن يستعمل حقا.

فيحق التساؤل : كيف يسأل من لا حق له إلا إذا أخطأ، ويتعرض صاحب الحق لمسؤولية أشد.

فأي عدل هذا؟ بينما نصوص القانون تؤكد على المركز الممتاز لصاحب الحق، فأي امتياز ناله صاحب الحق وفق هذا المنطق؟.

إن استقلال نظرية التعسف لا يمكن قبوله، إلا إذا أخذنا بالمسؤولية الموضوعية وقضينا على فكرة الخطأ تماما .

وزيادة على هذا ، فإن هذا الطرح بعيد عن نصوص القانون، فالقانون لا يعرف في مجال المسؤولية عن الأفعال الشخصية إلا نظاما واحدا، وهو يشترط الخطأ لقيامها، وما التعسف في استعمال الحق إلا إحدى صور هذا الخطأ، ولو كان نظاما مستقلا لبينه المشرع تبينا نافيا للجهالة .

فنص المادة 41(الملغاة) والمادة 05 مصري، لا تتضمن أي جزاء على التعسف في استعمال الحق، مما يعني ضرورة الرجوع إلى النص الخاص بالمسؤولية عن الفعل الشخصي(المادة 124). لتقرير الحق في التعويض، ولا يمكن الرجوع إليها، إلا إذا اعتبرنا أن التعسف صورة من الخطأ، وهذا ما يفرضه المنطق القانوني.

خاتمة

قد يتصور شخص أن الخلاف بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي كان خلافا محصورا بين مجموعة من الفلاسفة والمفكرين، كان له أثره الاجتماعي والاقتصادي... الخ، خلال فترة من الزمن، ثم اندثر هذا الخلاف وتلاشى مع مرور الزمن، ولم يعد يمثل سوى مرحلة تاريخية انقضت وتجاوزتها الأيام، ومن تصور هذا فقد أخطأ.

ذلك أن هذا الخلاف، إنما هو نموذج لخلاف أبدي بين نزعتين متناقضتين، وقوتين متنافرتين، هما الفرد وقوته الانفصالية والمجتمع وقوته الإدماجية وإنما وجد القانون للتنسيق والتوفيق بين هذين القوتين بما يحقق العدل والخير العام.

ولن يعدم زمان ممن يدعوا إلى الميل إلى أحد النزعتين على حساب الأخرى وبعد فراغنا من هذا البحث، والذي كان محوره أساس التعسف في استعمال الحق تبين لنا، أن الخلاف الحاصل بشأنه، ليس حول تفسير نصوص قانونية بقدر ما هو حاصل حول مفاهيم نظرية، ترجع في الأساس إلى خلاف أعمق هو الخلاف بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي.

فبقدر اقترابنا من المذهب الفردي وابتعادنا من المذهب الاجتماعي يتسع مجال السلطات المخولة لصاحب الحق، وتضيق حتما دائرة التعسف، حتى نصل في أقصى الحالات إلى إلغاء وانتفاء فكرة "التعسف في استعمال الحق" نتيجة لإطلاق الحق والعكس صحيح فبقدر الاقتراب من المذهب الاجتماعي يتسع مجال التعسف في استعمال الحق، ليضيق معه مجال سلطات صاحب الحق، حتى نصل إلى إلغاء فكرة الحق.

وبين هذا وذاك توجد منطقة وسط، هي التي تحقق وضع التوازن لكن هذه المنطقة غير محددة تحديدا كافيا وجامدا.

فكرة "الخطأ" التي تنسجم أكثر مع المذاهب الليبرالية كونها تشجع على المبادرة الفردية، قد عرفت توسعا في المفهوم، صاحب هذا التوسع في مفهوم "الخطأ" تحولا معاكسا في مفهوم "الحق".

وهو أن فكرة الخطأ لا تزال وستبقى لوقت غير قصير أصلا يحكم تصرفات الإنسان ولم يتجرأ المشرع بعد على إلغائها، بالرغم من انحسار سلطاتها وتراجعها المشهود في بعض صور المسؤولية.

وأمام تواجد فكرة "الخطأ" في القانون كأساس للمسؤولية على الفعل الشخصي سيفضي البحث عن أساس مستقل لنظرية التعسف في استعمال الحق، أوسع مجالا من الخطأ إلى صعوبات عملية وتناقضات نظرية.

وفكرة الحق بات من المسلم به أنه لا يجوز إلغاؤها فهي حقيقة تاريخية واجتماعية وحتى نفسية، تكرست بنصوص القانون لما لها- فوق ما ذكر- من دور اقتصادي بالغ الأهمية.

وانتهينا إلى أن التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ، هو الحل الأقرب إلى المنطق والعدل كونه يحقق انسجاما بين نصوص القانون، ويتمشى مع الاتجاه الاقتصادي العام للدولة، القائم على الاقتصاد الحر، وما يفرضه من حرية الصناعة والتجارة... وضرورة تكريس المبادرة الفردية.

هذا الذي بينه المشرع، في تعديل القانون المدني، بصورة قاطعة بنص المادة 124 مكرر حتى ينحسم الجدل المثار حول المسألة.

ولكن المشرع وباتخاذ هذا الموقف الحاسم، غفل عن مسألة بالغة الأهمية، وهي المضار غير المألوفة للجوار، فالمادة 691 مدني، تسبب إشكالا لا ينبغي التغاضي عنه ، وينبغي اتخاذ موقف مماثل بشأنها، حتى يمكن تفعيلها بصورة أحسن، فينبغي تعديل هذه المادة وحذف كلمة "تعسف" وجعلها تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة ، على غرار ما هو موجود في القضاء الإداري، وما انته إليه الرأي الراجع في الفقه.

قائمة المراجع

• الكتب العامة :

- 1- ابراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر، الطبعة 02 ، سنة 2002.
- 2- ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم تحقيق حامد أحمد الطاهر، دار الفجر للتراث القاهرة ط1، سنة 2002 .
- 3- أبو حامد الغزالي -إحياء علوم الدين- دار الفكر ط1 1999، ج2.
- 4- أبي إسحاق الشاطبي ، الموافقات، ط1، 1997 دار بن عفان، المملكة العربية السعودية ج3 .
- 5- د. أحمد ابراهيم حسن ، غاية القانون في فلسفة القانون- دراسة في فلسفة القانون الدار الجامعية- 2000.
- 6- احمد محمد محرز ، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، القاهرة ، 1994.
- 7- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 2، الميراث والوصية ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2005.
- 8- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، الزواج و الطلاق ديوان المطبوعات الجامعية 1999.
- 9 - الفيروز آبادي،، القاموس المحيط ، ط 7، 2003 مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان
- 10- د. بخته موالك، محاضرات في قانون المنافسة أُلقيت على طلبة الماجستير القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعية الجزائر ، السنة الدراسية 2003 / 2004 غير منشورة.

- 11- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية. الدار الجامعية، بيروت، لبنان .
- 12- د. جلال العدوي، د. رمضان أبو السعود ، د. محسن القاسم ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، ط 1 ، 1996 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- 13- جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون –الكتاب الثاني- نظرية الحق 1966
- 14- جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات و العقود ط 2 ، بيروت، لبنان .
- 15- حسين عامر وعبد الرحيم عامر،المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية 1979 .
- 16- روسكو باوند ،مدخل إلى فلسفة القانون ترجمة د. صلاح دباغ، بيروت 1968 .
- 17- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، القسم الأول، الأحكام العامة معهد البحوث و الدراسات العربية 1981.
- 18- صالح دجال- محاضرات في الحريات العامة أقيمت على طلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق، بن عكنون- جامعة الجزائر سنة 2003.
- 19- عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 8 ،حق الملكية دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،لبنان .
- 20- عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ،مصادر الالتزام ، 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية ،القاهرة ،مصر
- 21 - عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية بيروت ،لبنان .
- 22 - علي علي سليمان- النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة السادسة 2005.
- 23- علي فيلاي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، ط 1 ، 2002 ، موفم للنشر الجزائر .

24- عياض بن عاشور، الضمير والتشريع- العقلية المدنية والحقوق الحديثة، المركز الثقافي العربي ط1، 1998.

25- فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق ط 1 س 1966 مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان .

26- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، محاضرات أُلقيت على طلبة الماجستير جامعة الجزائر، كلية الحقوق ،بن عكنون مطبوعة على الآلة ، غير منشورة .

27- محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقا لأحكام القانون المدني المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1979.

28- محمد وحيد الدين سوار ، - النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1986.

29- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط2 1997 عمان ، الأردن .

30- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب العربي .

31- مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري د.م.ج الجزائر ط1 2000.

32- مصطفى الجمال ، نظام الملكية منشأة المعارف الإسكندرية، بدون تاريخ .

33- مصطفى الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي الشركة المتحدة للنشر والتوزيع ط2 ،س 1987 ، عمان الأردن .

34- هنري باتيفول، فلسفة القانون ترجمة سموحي فوق العادة- منشورات عويدات- بيروت- باريس ط 1984 .

35-هنري ليفي برول. سوسيولوجيا الحقوق ترجمة عيسى عصفور- منشورات عويدات
بيروت لبنان ط3 ،س 1984 .

المراجع بالفرنسية :

1-Josserand، L ; Dé l'esprit des droits et de leur relativité théorie dite
de l'abus des droits 2^{ème} Ed.1939 PARIS.

2-H et L et J Mazeaud ,leçons de droit civil, tome2 .1966. PARIS.

3-Starck.B – Droit civil,–. TII obligations. Librairie technique – 1972
PARIS .

4-Nour Eldinne terki , Les 'obligations , Responsabilités civiles 4-
O.P.U. Alger

المقالات :

1- ابراهيم أبو النجا – أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون
الجزائري مجلة الشرطة ،عدد 35 نوفمبر 1987 .

2- أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف
مجلة الحقوق والشريعة، السنة 10 للعدد 2 يونيو 1983 ،الكويت .

3- أحمد ابراهيم بك، الحق و رأي فقهاء الشريعة الإسلامية فيه من حيث إطلاقه و تقييده،
مقال منشور بمجلة القانون و الاقتصاد، السنة 6، العدد 3 مارس 1639 ، مصر .

4- أنور سلطان ،نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد العدد
1 سنة 17 مارس 1947، مصر

5- بن شنيطي حميد، دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 39 رقم 02 ، 2002.

6- عبد الهادي يونس العطاوي، ماهية الحق في القانون الخاص- نقد نظرية ديجي في القانون الخاص، مجلة القانون والاقتصاد سنة 33 ع 4، مصر .

7- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري مجلة الشرطة العدد 21، أبريل 1983.

8- عيسوي أحمد عيسوي. نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، يناير 1963، العدد 1، السنة 05 ، مصر.

9- د/محمد زكي عبد البر، لا ضرر و لا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة القانون و الاقتصاد – س 55 .ع. 1985 مطبوعة عبير 86 ، مصر .

10- نزيه الصادق المهدي ، حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنته بالقانون الوضعي مجلة القانون و الاقتصاد كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ،عدد خاص ، السنة 50، 1980.

الرسائل و الأطروحات :

1- العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، ماجستير 2001 ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين .

2- سواشي وسيلة ، مميزات دعوى المنافسة غير المشروعة في دعوى المسؤولية التقصيرية مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ابن عكنون ، جامعة الجزائر 2007.

3- عبد الرحمن دغنوش، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة 1985

4- فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية، رسالة دكتوراه دولة ابن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1996.

القرارات القضائية :

1- قرار مؤرخ في 1992/06/03 ملف رقم 8644، مجلة قضائية لسنة 1993 ع 4.

2- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1992/06/16 ملف رقم 90943، المجلة القضائية سنة 1995، العدد 1.

3- قرار مؤرخ في 1994 / 11 / 30 ملف رقم 334 - 115 - غير منشور.

4- قرار مؤرخ في 1997/06/25 ملف رقم 10. 1488، المجلة القضائية لسنة 1997 ع 1.

فهرس

01	• مقدمة
05	الفصل الأول : تصور فكرة الحق يحتمل المسؤولية
06	المبحث الأول : استعمال الحق والمسؤولية .
08	المطلب الأول : ضرورة تلازم نظرتي " الحق " و " التعسف " .
08	الفرع الأول : تقديس الفرد ينفي التعسف .
09	أ- نتائج المذهب الفردي على مفهوم الحق.
10	ب- نقد المذهب الفردي .
11	الفرع الثاني : تقديس المجتمع ينفي الحق
12	أ- أهم نتائج المذهب الاجتماعي على مفهوم الحق
13	ب- نقد المذهب الاجتماعي
15	المطلب الثاني : فك التناقض بين " الحق " و " المسؤولية " .
18	-إطلاق مبدأ الجواز الشرعي ينافي الضمان لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ---
21	المطلب الثالث : نسبية الحقوق والحقوق الوظيفية .
21	الفرع الأول : تقييد الحقوق ضرورة اقتصادية واجتماعية .
24	الفرع الثاني : مضمون مبدأ نسبية الحقوق
25	1- المصلحة قوام استعمال الحق .
25	2- الهدف الاجتماعي للحق .
25	1-2 الهدف الاجتماعي في الحقوق التي تحقق مصلحة غيرية .

- 2-2 - الهدف الاجتماعي في الحقوق التي تحقق مصلحة ذاتية .-----26
- اعتراض ربير REPERT على مبدأ نسبية الحقوق .-----27
- الفرع الثالث : الوظيفة الاجتماعية للحق .-----28
- الفرع الرابع : الحق و مدى نسبته في الشريعة الإسلامية .-----30
- المبحث الثاني : بعض تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق .-----32
- المطلب الأول : التعسف في استعمال حق الملكية العقارية .-----32
- أولا :-العلاقة بين المادة 124 مكرر ، والمادة 691 من القانون المدني .-----33
- ثانيا:-التزام المالك بعدم استعماله لحقه بإهمال أو سوء نية أو عدم اتخاذ حيلة .--36
- ثالثا :-التزام المالك بعدم الإضرار بجاره أضرار غير مألوفة .-----38
- 1- مزار الجوار في الشريعة الإسلامية .-----38
- 2- مزار الجوار غير المألوفة في القضاء.-----40
- 3-المسؤولية عن المزار غير المألوفة للجوار في التشريع .-----41
- 3-1- مرونة معيار المزار غير المألوفة .-----42
- أ- العرف.-----42
- ب- طبيعة العقارات.-----42
- ج- موقع كل عقار بالنسبة للآخر .-----42
- د- الغرض الذي خصص له العقار .-----43
- 3-2 اثر أسبقية الاستغلال في تحديد الضرر غير المألوف .-----43
- 3-3 اثر الظروف الشخصية .-----44
- 3-4 الجزاء على تجاوز المزار غير المألوفة للجوار .-----44

5-3	اثر الترخيص الإداري .	45
	المطلب الثاني : نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال المنافسة .	47
1-	رفض البيع أو أداء خدمة دون مبرر شرعي .	47
2-	التعسف في استعمال وضعية الهيمنة .	49
3-	الاستغلال التعسفي لحالة التبعية .	50
4-	خفض الأسعار بشكل تعسفي .	51
5-	في الإشهار .	51
	المطلب الثالث : بعض تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال قانون الأسرة .	53
	الفرع الأول : التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة .	53
أ-	العدول التعسفي عند فقهاء الشريعة الإسلامية	54
	الرأي الأول : العدول عن الخطبة حق مطلق .	54
	الرأي الثاني : وجوب التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول .	55
	الرأي الثالث : الاتجاه الوسط .	55
ب-	موقف المشرع من العدول التعسفي عن الخطبة .	56
	الفرع الثاني : التعسف في فك الرابطة الزوجية .	58
	صورة أخرى من الطلاق التعسفي – الطلاق في مرض الموت	60
	الفرع الثالث : الإمساك التعسفي .	62
	الفرع الرابع - التعسف في الوصية .	63
	الفرع الخامس - حق الولاية عن النفس وعلى المال .	65

66	الفصل الثاني : النظام القانوني للتعسف في استعمال الحق .
67	المبحث الأول : معايير و ضوابط التعسف في استعمال الحق .
68	المطلب الأول : المعيار الذاتي أو الشخصي .
69	1- هل يشترط تمحص قصد الضرار للقول بالتعسف.
72	2- صعوبة إثبات قصد الإضرار .
74	المطلب الثاني : المعايير الموضوعية .
74	الفرع الأول : في الفقه الحديث .
74	أ- معيار الدافع غير المشروع .
77	ب- انتفاء المصلحة كمعيار للتعسف .
79	الفرع الثاني : المعيار الموضوعي في الشريعة الإسلامية .
79	أ- اختلال التوازن بين المصالح أو انعدام التناسب .
80	أولاً: الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين .
80	1- تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي .
80	2- قضاء الرسول (ص) على سمرة بن جندب .
80	3- نص الحديث .
81	4- مقدار التفاوت .
84	ثانياً : الضرر الفاحش اللاحق من جراء استعمال المالك لعقاره .
84	ثالثاً : الضرر العام اللاحق بالمجتمع أو بجماعة عظيمة منه .
85	ب- استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله .
85	المطلب الثالث : معايير التعسف في التشريع (موقف المشرع) .

- أولاً : المبدأ العام : التعسف في استعمال الحق صورة من الخطأ .-----86
- ثانياً : الحالات المنصوص عليها في المادة 124 مكرر .-----87
- الحالة الأولى : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .-----87
- الحالة الثانية : معيار عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير ---88
- تـ مقدار التفاوت .-----88
- الحالة الثالثة : عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها .-----90
- ثـ هل المضار غير المألوفة للجوار معياراً للتعسف ؟.-----92
- المبحث الثاني : تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق .-----97
- المطلب الأول : التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ .-----98
- أـ قصور فكرة الخطأ عن استيعاب حالات التعسف .-----99
- تقييم هذه الحجة .-----99
- بـ أسبقية فكرة التعسف عن المسؤولية .-----100
- جـ الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق .-----101
- حـ حقيقة الدور الوقائي .-----103
- تـ الاعتماد على الأصل التاريخي .-----104
- خـ مناقشة هذه الحجة .-----105
- ثـ فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية .-----106
- جـ وهناك جحة أخرى لدعم هذا الرأي .-----109
- المطلب الثاني : التعسف في استعمال الحق صورة من الخطأ .-----110
- 1- المبادئ العامة للتشريع و أساس التعسف .-----111

- أ- نقطة مشتركة بين " الحق " و " الخطأ " .-----111
- ب- نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مرنة .-----113
- 2- نظام المسؤولية والتعسف .-----113
- أ- الخطأ قوام المسؤولية عن الفعل الشخصي .-----113
- ب- معايير التعسف في استعمال الحق و الخطأ .-----116
- 1- التعسف في استعمال الحق صورة عن الخطأ ضرورة منطقية .-----118
- خاتمة .-----120
- قائمة المراجع -----123