

محاضرات موجهة لطلبة الماستر 1 شريعة وقانون - السداسي الأول -

إعداد الدكتور: بوجمعة حمد

نظرية التعسف في استعمال الحق

هذه النظرية عرفها الفقه الإسلامي منذ نشأته ، فقد انبثقت أنوارها الأولى، ونبت غرسها المبارك ، ووضعت أصولها الأولى من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، ثم أخذت هذه النظرية تتطور وتحتل مكانها المرموق في التشريع الإسلامي بتعهد الفقهاء لها في جميع مراحل التشريع، حتى استوت خلقا سويا، كامل التكوين واضح المعالم ، حتى كان لها من العموم والشمول ما لم يتحقق لها في التشريعات الوضعية التي نبتت فيها هذه النظرية ، بعد آحاد طويلة من رسوخها واستقرارها في الفقه الإسلامي .

حقا إن الفقهاء المسلمين لم يتناولوا هذه النظرية بوصف كونها نظرية على النظام المعروف في الفقه الغربي، لأن الفقه الإسلامي لم يُبَيَّن بوجه عام على النظريات العامة ، بل هو بصورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص من القضايا الفردية ، والناظر في تلك القضايا الفردية يستطيع أن يستخلص من أحكامها التي قررها الفقهاء نظرية عامة لسوء استعمال الحق على غرار ما صنع فقهاء التشريع الوضعي¹ وترتبط هذه النظرية ارتباطا وثيقا بالحق الذي ذهب أكثر الفقهاء في عصرنا الحاضر إلى أنه ذو وظيفة اجتماعية² ، فلا يجوز لمستعمله أن يخرج عن وظيفته هذه، وإلا عد ذلك تعسفا في استعمال الحق، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحدد الحق عنها ...

وحيثما أراد المشرع المصري - الذي هو أصل القانون المدني الجزائري في هذه النظرية - أن يورد في التقنين المدني الجديد لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد في الفقه الإسلامي³ .

¹ عيسوي أحمد عيسوي . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة عين شمس) - مصر ، مج 5، ع 1 (1963) ، ص: 01.

² تعتبر مسألة الحق من أكثر المسائل التي احتدم حولها الصراع وطال فيها النقاش بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي والمذهب المختلط. انظر تفصيل ذلك في : عيسوي أحمد عيسوي ، مرجع سابق ، ص 10 وما بعدها . فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، الطبعة الثالثة ، 2008، ص: 341-361.

³ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري، سنة 1982، برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، وعضوية أكثر من سبعين عضوا من أساندة الشريعة والقانون على رأسهم شيخ الأزهر جاد الحق علي جاد الحق صدر ضمن سلسلة تجمع جميع مشاريع القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي والتي أعدها مجلس الشعب المصري 1982 وعنون جامع هذه السلسلة هذا المجموع بعنوان قوانين الشريعة على المذاهب الأربعة ، وخص القانون المدني بجزء خاص : قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م ، ج2/29-30..

أما بالنسبة لمصطلح التعسف فلم يرد على لسان الفقهاء المسلمين ، إنما هو مصطلح وارد إلينا عن فقهاء القانون الغربي، فيطلق عليه الفرنسيون مصطلح De la bus des droit ، والإنجليز يطلقون عليه The abuse of rights ، غير أن الترجمة الحرفية لكلمة (abuse) إساءة ، وهو المصطلح الذي أخذ به القانون المدني اللبناني ، غير أن أكثر الفقهاء درجوا على استعمال مصطلح التعسف بدل الإساءة كما في مصر وسوريا وليبيا والجزائر والأردن ...

ولقد استعمل الفقهاء المسلمون بعض الألفاظ والعبارات التي تؤدي نفس المعنى مع الإساءة ، فلقد استعمل الشاطبي عبارة الاستعمال المذموم⁴ ، وابن القيم عبارة المضارة في الحقوق⁵ ، أما المعاصرون فمنهم من آثر لفظة المضارة⁶ على التعسف ، ومنهم من فضل الترجمة الأصلية وهي الإساءة⁷ ، ومنهم من فضل استعمال كلمة التعسف لدقتها في تأدية المعنى المراد ، ذلك أن التعسف انحراف عن الجادة ، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير ، كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بغيره ، وقد لا يكون كما في نكاح التحليل مثلا ، إذ القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثا إلى زوجها الأول ، ولا مضارة فيه لأحد ، وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج ، وهو التماسك والألفة والمودة وبناء أسرة ، فلم يشرع الزواج في الأصل للتحليل⁸ .

تعريف التعسف لغة : العَسْفُ والتَّعَسُّفُ والاعتسافُ: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق ، والعَسْفُ: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد، ولا هداية، ولا توخي صوب، ولا طريق مسلوكة. يقال: اعتسف الطريق اعتسافاً إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه. والتَّعَسِيفُ: السير على غير علم ولا أثر. ومنه قيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قَصْدَ الحقِّ ، ثم كثر حتى قيل: عَسَفَ السلطان: إذا ظلم. وتعسّف فلانٌ فلاناً إذا ركبهُ بالظلم ولم ينصفه. ورجل عسوف إذا كان ظلوماً⁹ .

⁴ أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، خرج أحاديثه : أحمد السيد سيد احمد علي ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التوفيقية ، 2003م ، د ت ط ، ج 3/181.

⁵ فتحي الدريني ، مرجع سابق ص52. نقلا عن الطرق الحكمية لابن القيم ، ولقد رجعت إلى الكتاب المذكور فلم أجد ذلك.

⁶ محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، السنة الخامسة ، سبتمبر 1961م ، العدد الثالث . ص: 82.

⁷ أو سوء استعمال الحق بدل إساءة استعمال الحق كما يعبر به صبحي محمصاني ، مرجع سابق، ص: 44.

⁸ فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 53.

⁹ انظر محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، سنة 1999م ، ص 208. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، سنة 1989م ، ج 4 / 311. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثامنة ، سنة 2005 ، ص 837.

وخلاصة المعنى اللغوي للتعسف دورانه بين السير على غير الطريق الصحيح، وركوب الأمر من غير تدبير ، والظلم والجور .

تعريف التعسف اصطلاحا

عرف العديد من الفقهاء التعسف بتعاريف متقاربة، من أشهرها تعريف الأستاذ فهمي أبو سنة حيث عرفه بأنه : " تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا " .

معنى ذلك - يقول أبوسنة - " قرر الفقهاء كما في الفقه الحنفي وغيره أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفا معتادا ، ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان كان التصرف في ملكه غير معتاد"¹⁰ ، ومما يلاحظ على هذا التعريف -كما يقول الدريني- ملاحظات ملاحظات أهمها أن التعسف في حقيقته ليس مرتبطا بغير المعتاد من التصرف ، إنما يرتبط أساسا بغاية بغاية الحق ونتيجة استعماله ، يدلنا على ذلك أن التصرف قد يكون معتادا ومع ذلك تكون نتيجته غير غير مشروعة ...

غير أن أشهر تعريف متداول للتعسف هو تعريف الأستاذ فتحي الدريني ، وهو تعريف دقيق ، وشامل للتصرف المعتاد وغير المعتاد ، ومؤسس على الغاية الاجتماعية للحق المنبثقة من قاعدة نسبية الحقوق ، فعرفه بأنه : " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل " .

فمناقضة قصد الشارع قد تكون مقصودة وتشمل بذلك استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار ، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو استعمال دون نفع ، أو لنفع تافه ، في حين يلحق بغيره ضررا بينا . وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة ، وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام في الشرع لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة فإذا آل استعمالها إلى ما يناقض هذا الأصل لم تشرع ، وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي .

ويكون التعسف في جميع التصرفات القولية والفعلية المأذون فيها شرعا بحسب الأصل ليخرج بذلك التصرفات والأفعال غير المشروعة لذاتها ، لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا ، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق هذه النظرية¹¹ .

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

¹⁰ أحمد فهمي أبو سنة ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مقال منشور في مجلة الأزهر ، جمادي الآخرة ، سنة 1382 ، عدد 218 ، ص 432. وأصل هذا المقال محاضرة بأسبوع الفقه الإسلامي .

¹¹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 91.

لقد مرت فكرة التعسف في استعمال الحق بمراحل عديدة، حتى استقرت على ما هي عليه في وقتنا الحاضر نظرية متماسكة، ذات معايير دقيقة ومؤصلة، انطلاقاً من كون الحقوق مطلقة ومقدسة، وصولاً إلى نسبية الحقوق وقصرها على تأدية غاية اجتماعية لا تتعدها .

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني

من الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني القديم نصوصاً صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، ذلك أن القانون الروماني لم يكن وليد النظريات بل كان أساسه القضايا العملية والمسائل الحقيقية الفرعية التي عرضت على فقهاء¹²، إضافة إلى ذلك فإن القانون الروماني مشبع بفكرة الحق المطلق والروح الفردية ، فلم تظهر فيه نظرية التعسف بوضوح¹³، بل كانت تسود فيه قواعد ضد مبدأ التعسف ذاته فقد جاء في الديجست¹⁴ قول الفقيه الروماني الكبير كايوس " ليس بالمعتدي من يستعمل حقه" ، وعن الفقيه بولس " أنه لا يأتي عملاً ضاراً إلا من يعمل بدون حق " وعن أولبيانوس " إنه ليس بالمؤذي من استعمل حقه " و " من استعمل حقه فما ظلم "¹⁵.

غير أنه نقل عن بعض فقهاء القانون الروماني بعض الأمثلة التي تدل على أنهم فكروا في هذه النظرية ويعد ذلك بداية لنشأتها حتى تتطور فيما بعد ، ومن ذلك المقولة الشهيرة " منتهى الحق منتهى الظلم " فهم قد عرفوا أنه لا تناقض بين أن يقال في مسألة واحدة أنها تمثل الحق والظلم في آن واحد.

ومن ذلك ما ينسب إلى الفقيه مارسيلوس قوله " من يحفر في ملكه ويجذب بذلك الماء عن بئر جاره فلا يكون ضامناً ، ولكن بشرط أن يفعل ذلك بنية تحسين أرضه أما إذا فعله بنية الإضرار بالجار فهو ضامن ومسؤول بدعوى الاحتيال "¹⁶. ومن ذلك ما يعزى إلى الفقيه إيلبيان " أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابذة في عين لجاره ، لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر ، ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار "¹⁷ ، والملاحظ لهذه الأمثلة يدرك جيداً تذبذبها بين نفي المسؤولية في حالة، وإثباتها في حالة أخرى،

¹²فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص431.

¹³ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، الطبعة السابعة ، 2003 ، ص 210.

¹⁴ وهي "مدونة الاجتهاد" إذ تعد من أبرز مؤلفات الرومان القانونية ، كما جاء في : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 433.صبحي

محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1972 ، ج 1 ص 50.

¹⁵فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص:433.

¹⁶صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:50.

¹⁷ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 948/1. علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص :

مما يدل على أن هذه التطبيقات قامت على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة ، أكثر من كونها تطبيقاً لنظرية التعسف، ولعل العادات كان لها تأثير في تقييد بعض الحقوق¹⁸.

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي

انتقلت هذه النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى ، فذهب دوما إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو أو لم تكن له مصلحة في استعماله، وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها مباشرتها فتتحقق مسؤوليته¹⁹.

أما القضاء فقد كان يطبق هذه النظرية رغم عدم النص عليها في القانون باعتباره كان يتسم بوجه عام بالنزعة الفردية اللهم إلا تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية، ومن ذلك الحكم الصادر سنة 1855م عن محكمة كولمار القاضي بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله أدت إلى حجب النور على جاره²⁰، ففكرة التعسف كانت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين ، وجرت بها أقلامهم ، كما عرفت في مجال القضاء ، ولعلمهم كانوا يستوحون في ذلك مبادئ العدالة فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقاً، وهو حق الملكية ، غير أن هذه التطبيقات التي ظهرت في القانون الفرنسي القديم قد طمسها الثورة الفرنسية إلى أن ظهرت في أواخر القرن التاسع²¹ وبداية القرن العشرين²².

أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي لسنة 1804م فقد جاء مشبعاً بالروح الفردية، مما جعل أساس القانون هو الحق المطلق ، وكان من آثار ذلك أنه لم يرقم النظرية على أساس مستقل ، بل تستر وراء مبنى المسؤولية التقصيرية ، وهو " الخطأ "، في المواد (1382،1383)، وحاول أن يبرر أحكامه بناء على مقتضى هذه النظرية بالاستناد إلى فكرة الخطأ²³.

ومن الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال ما قضت به محكمة استئناف باريس سنة 1941م، من أن المالك يكون متعسفا في استعمال حقه وتجب مساءلته لأنه وإن كان قد أقام حائطاً في مدخل مسكنه الكائن وسط حديقته بهدف منع الأتربة ، إلا أنه قد سد بذلك فناء جاره الذي كان بمثابة ممر له ،

¹⁸ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص:434.

19 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ج1/949.

20 محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة 1979.ص:313. عبد الرزاق السنهوري

،مرجع سابق ، ص:950.

21 فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص: 436.

22 عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ج1/949.

23 فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص: 438.

فهو اختار في التنفيذ طريقة تعد أكثر إضراراً بجاره ، إذ كان يمكنه أن يقيم الحائط بمادة شفافة لا تحجب الضوء عن جاره وتمنع مرور الأتربة في ذات الوقت²⁴ .

وعلى الرغم من أن قانون نابليون لم يتعرض بتاتا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، فإن المشرع الفرنسي تأثر ببروز هذه النظرية إلى الوجود، وأخذ يصدر التشريعات المتتالية تطبيقاً لهذه النظرية، ومن هذه التشريعات:

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

2 - القانون الصادر بتاريخ 1941/2/5 الذي يعتبر المؤجر متعسفاً إذا رفض إيجار مسكن لشخص لديه أولاد .

3 - القانون الصادر بتاريخ 1956/4/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة²⁵.

نظرية التعسف في استعمال الحق في باقي الدول الغربية

لقد أخذت التشريعات الحديثة بهذه النظرية على خلاف بينها في مدى توسعها وتضييقها في نطاق المعايير ، فقد اقتضت بعض التشريعات على المعيار الذاتي في أضيق حدوده ، وهو قصد الإضرار، وبعضها على المعيار المادي وحده ، وبعضها مزج بين المعيارين الذاتي والموضوعي . فقد نص القانون المدني الألماني الصادر سنة 1896م ، والمعمول به ابتداءً من سنة 1900م ، على التعسف في استعمال الحق في المادة 226 منه بقوله " لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير " .

فنص القانون المدني الألماني يسمح بتطبيق نظرية التعسف في حدود ضيقة جداً إذ قصرها على قصد الإضرار فقط ، وهو معيار ذاتي محض ، فلو صاحب قصد الإضرار حصول منفعة ولو قليلة لصاحب الحق ، كان استعماله لحقه مباحاً²⁶.

أما القانون المدني السوفييتي الصادر سنة 1926 ففي المادة الأولى منه أخذ بالمعيار المادي وحده فضلاً عن غموض المادة واتساعها ، فقد نصت على أن " القانون يكفل الحقوق المدنية ، إلا

24 محمد شوقي السيد ، مرجع سابق ، ص 316.

25 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 221.

26 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462.

أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله " ، وعند صدور القانون المدني الجديد سنة 1964م نقل الحكم إلى المادة الخامسة منه²⁷ . ومن القوانين التي زاوجت بين المعيارين الذاتي والموضوعي :

- **قانون الالتزامات السويسري الصادر سنة 1906م** ، والمعمول به ابتداء من 1912م ، متوسعا في حالات التعسف فنص في المادة الثانية منه على أنه "يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه ، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق ، فلا يقره القانون " .

- **مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات** فقد جاء في المادة 2/74 على أنه " يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير ، متجاوزا في استعماله حقه حدود النية الحسنة ، أو الهدف الذي من أجله وجد الحق " .

- **القانون المدني البولوني في المادة 35** منه " أن كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه ، يكون ملزما بضمانه ، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق " .

- **القانون المدني النمساوي في المادة 1295** والتي تم تعديلها سنة 1916م " يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تنتافي مع الآداب وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير "²⁸ .

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في الدول العربية:

لم تخلو التقنيات العربية من النص على هذه النظرية إما متأثرة في ذلك بالقوانين الغربية، أو بالفقه الإسلامي، فقد نصت المادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني - الذي وضعه الفقيه الفرنسي جوسران - على أنه " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعمال حقه حدود حسن النية ، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق " .

وهذا النص يقرر نفس ما يقرره مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات ، وهو بعمومه يشمل المعيارين الذاتي والموضوعي ، فيعتبر الشخص متعسفا إذا استعمل حقه بنية الإضرار بالغير ، أو استعمله لغرض يخالف الغرض الذي من أجله شرع هذا الحق ، أيا كان هذا الغرض الأخير ، اقتصاديا أو اجتماعيا أو سياسيا ...

27 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 222.

28 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462-463.

أما القانون المصري الجديد فهو ثاني قانون في البلاد العربية نظم نظرية التعسف في استعمال الحق في صلب التقنين، وصاغها ومعايير التعسف كاملة في مادتين (4،5) من الباب التمهيدي . وقد عدها واضعه وشارحه الأستاذ السنهوري في جملة المبادئ التي استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي، حيث قال "ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ، لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي²⁹ . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصر عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله"³⁰ .

وعن القانون المدني المصري استقت الدول العربية هذه النظرية كالقانون المدني السوري، والليبي، والجزائري، والأردني، والذي جاء في مذكرته الإيضاحية للمادة 66 التي تضمنت حكم التعسف ومعاييره : " تتناول هذه المادة حالة إساءة استعمال الحق ، وقد عرف فقهاء الإسلام هذه الحالة منذ القديم ، وشرعوا لها الأحكام ثم لحق بهم الغربيون ..

وقد أقرت الشريعة الإسلامية ذلك - أي مبدأ إساءة استعمال الحق - على أنه نظرية عامة ، وعني الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع ، إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . "

وقالت عن بعض المعايير : " قد استقر الفقه الإسلامي على الأخذ بها " ، وقالت عن بعضها الآخر " إن الفقه الإسلامي أساسها . "

ثم قالت أخيرا : " وعلى هذا النحو وضع المشروع قاعدة لمباشرة الحقوق ، استنادا إلى ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية المنقطة مع ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية إساءة استعمال الحق"³¹ .

موقف الفقه الغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق

29 يقول الأستاذ مصطفى الزرقا " بل إن قول السنهوري " لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي " يفيد أن الأحكام التي تضمنتها المادتان المذكورتان فيه عن التعسف في استعمال الحق هي خليط ومزيج من القوانين الأجنبية والفقه الإسلامي، ثم تابعته القوانين العربية التي أخذت عنه متابعة حرفية في هاتين المادتين عن التعسف " مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، دار البشير ، عمان ، ط2/1987.ص 10.

30 السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ج47/1.

31 نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 11.

لأن معظم فقهاء العالم أضحى يسلم اليوم بأن الحقوق نسبية لا مطلقة ، وأن استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله ، فقد تبلورت هذه النظرية في تشريعات العلم جله على تفاوت بينها في مفهوم التعسف ومدى تطبيقه ، وأخذت طريقها إلى التقنين مع الانتقادات الكثيرة لبعض الفقهاء ومعارضتهم لها³² .

الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق

من أبرز الفقهاء المعارضين لهذه النظرية الفقيهان الكبيران اسمان و بلانيول رأي اسمان : يرى اسمان أن هذه النظرية غير منطقية لأنها مبنية على أساس غير صحيح ، فالمسؤولية التصيرية مبنية على الخطأ المولد لها ، اما في حالة التعسف في استعمال الحق فإننا لم نخرج من دائرة الحق ، وهي دائرة مشروعة مهما تكن نية صاحبه عند استعماله ، بخلاف الخطأ فهو فعل غير مشروع ، لأننا لو سلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية أدى إلى قيام المسؤولية ، فقد ينتهي هذا بنا إلى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني مما يؤدي إلى الخلط بين علم الأخلاق وعلم القانون³³ ، ثم يضيف بأن هذه النظرية من الخطورة بمكان لأننا إذا أسندنا إلى القاضي الكشف عن النية و الباعث فإن ذلك يجعل الناس معرضون لأهواء القضاة وتقديرهم الشخصي وتحكمهم الكيفي ، إذ لا شيء يمنع القاضي من أن يقرر أن هذا العمل مقصود فيه الإضرار ، أو أنه يشكل تعسفا في استعمال الحق من غير قصد ، وبالتالي يستطيع القاضي أن يضرب بالنص عرض الحائط ، ويكون بذلك سلطانا فوق القانون³⁴ .

وعلى هذا فإن الفقيه إسمان قد أسس نقده للنظرية على أساس الخلط بين القانون وعلم الأخلاق ، وما قد يؤدي إليه من تحكم القضاة عند البحث عن النية التي صحبت استعمال الحق ومما قد يرد به على الفقيه إسمان ما يلي :

- إذا كان مبنى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق هو الخطأ المولد للمسؤولية التصيرية فإن القاضي لم يمنح أي سلطة جديدة ، وإنما عليه تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية التصيرية لا غير .

- لقد أباح القانون للقاضي في أكثر من موضع البحث عن النية والكشف عنها ، وإعمال سلطته التقديرية في ذلك ، فضلا عن ان هذه السلطة التقديرية غير مطلقة بل هي مقيدة بأسس

32 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 444. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

33 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 448.

34 عدنان القوتلي ، مرجع سابق ، ص 317.

وقواعد وضوابط ، ثم إذا كانت سلطة القاضي التقديرية مطلوبة في مواضع كثيرة فلماذا نخشاها فقط في مسألة التعسف³⁵ .

- أما ما يتعلق بالخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق فهو أمر لا أهمية له ذلك أن القواعد القانونية ما هي إلا قواعد أخلاقية مصحوبة بجزاء ، ولذلك يقول الفقيه جوسران " إن هذه الحدود - أي بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية - لم توجد فقط إلا في مخيلة بعض الفقهاء فعلم الأخلاق ما هو إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء " .
ومع ما سبق فإن إسمان يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي إلى قيام المسؤولية إذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر ، ومثل لذلك بحالة 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 العمل³⁶ .

رأي بلانيول :

يرى بلانيول أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية إنما هو أساس متناقض في ذاته ، فاستعمال الحق أمر مشروع ، والتعسف مجاوزة لحدود الحق ، وهو أمر غير مشروع ، فإذا وجد الحق انتفى التعسف ، وإذا وجد التعسف انتفى الحق ، بل تنكر لها حتى قال عنها أنها خاطئة حتى في تسميتها³⁷ ولذلك قال كلمته المشهورة " ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف في استعماله ، ولا يمكن أن يكون تعسف في استعمال حق ما ، لسبب لا يمكن أن يدحض ، وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد موافقا للقانون ومخالفا له³⁸ .

فرأي الفقيه بلانيول يرتكز على نقطتين :

1 - أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع وغير مشروع في وقت واحد.
2 - أن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية - وهو مبنى التعسف في نظره - لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع لا يستند إلى حق ، وعليه فجميع حالات التعسف تعد حالات خروج عن الحق .

غير أن هذا الرأي قوبل بعدة انتقادات أهمها :

- يرى السنهوري " أن النقد الذي توجه به بلانيول إنما هو نقد شكلي لا غير ، إذ يمكن لرده أن نقول : إن هناك نوعين من الخروج عن الحق ، خروجاً صريحاً عن حدود الحق ،

35 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 449. عدنان القوتلي ، مرجع سابق ، ص 318.

36 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 456.

37 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

38 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/ 951.

وخروجاً عن الحق بالتعسف في استعماله ، ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق...ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون في الوقت ذاته مخالفاً للقانون " 39 .

ولذلك رد جوسران على ذلك بقوله " إن كلمة Droit في اللغة الفرنسية لها معنيان ، فهي تعني الحق الشخصي تارة ، وتارة أخرى تعني القانون ، ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفاً للقانون 40 .

وفي السياق نفسه يقول الدريني : " المشروعية وعدم المشروعية لم ينصبا على ذات الفعل في وقت واحد ، إذ الأولى - وهي المشروعية - منصبة على ذات الفعل ، لاستناده إلى حق ، وعدم المشروعية منصب على الباعث أو نتيجة الفعل...كتلقي السلع فإنه يمنع وإن كان الباعث عليه مشروعاً وهو جلب الرزق من طريق مشروع وهو حرية التجارة ، أما المنع - عدم المشروعية - فذلك بالنظر لمخالفته للقاعدة العامة القاضية بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام...وعلى ذلك فلا تناقض ، فيمكن أن يكون الفعل في ذاته مشروعاً ، ولكن في الوقت نفسه مخالف لروح الشريعة وقواعدها العامة، ومثل ذلك يقال في القانون 41

- أما القول بأن التعسف صورة من صور الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية ، وحدوثه يعني الخروج عن حدود الحق ، ذلك أن الخطأ إنما هو خروج عن حدود الحق فمحل نظر ، لأنه لا يسلم بأن التعسف هو خروج عن الحق ، ذلك أن الخروج ومجاوزة الحق أمر محرم في جميع الشرائع ، والفعل غير المشروع في ذاته ، سواء أترتب عليه ضرر أم لا ، بل يمنع ولو جر للغير نفعاً ، ويكفي إثبات مجرد حصول الفعل ليتشكل الاعتداء أو المجاوزة ، كمن يبني في أرض غيره ، أو يزرع فيها ، أو يبيع ثمارها... ولا يشترط إثبات حدوث الضرر .

أما التعسف فالفعل فيه مشروع لذاته ولكن قصد به مثلاً تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو حدوث ضرر أكبر من المنفعة التي تعود على صاحبه ، فيمنع التسبب لذلك كمن يبني في أرضه من غير مجاوزة لحدود ملكه ، وإنما يبني بقصد الإضرار بجاره ليحجب النور عنه 42 .

39 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/ 951-952.

40 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

41 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 446.

42 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 446-449.

ومن الأقلية من الفقه العربي التي تنكرت لهذه النظرية وانتقدتها انتقاداً مريراً ، الأستاذ مصطفى مرعى الذي أبى أن يسمي هذه النظرية بالاسم الذي عرفت به ورأى أن يسميها " الخطأ تحت ستار الحقوق " ، ثم ينتهي إلى القول بأنه من المعترضين على هذه النظرية لأن الحقوق لا يساء استعمالها ولكن من يستعمل حقه لا ليحقق به نفعاً لنفسه ، ولكن ليقع به ضرراً بالغير فهو مخطئ⁴³ .

الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق

لم تفلح معارضة بعض الفقهاء لهذه النظرية بل شقت طريقها إلى التقنين إذ فرضها الواقع وإقرار أغلب الفقهاء بنسبية الحقوق مما جعل جمهور فقهاء القانون يقرونها على اختلاف بينهم في مدى اتساعها واحتوائها لجميع المعايير الشخصية والمادية ، وبين مقتصر على أحد هذه المعايير ، فمن بين الفقهاء الذين أيدوا النظرية ودافعوا عنها الفقيهان الفرنسيان سالي و جوسران .

رأي سالي :

يعتبر الفقيه سالي من الفقهاء الفرنسيين السابقين إلى الإقرار بهذه النظرية والدفاع عنها غير أنه جعل المعيار المادي أساساً لها ، بخلاف المعيار الذاتي الذي يجعل في رأيه النظرية بغير فائدة لعسر تبين القصد والنية ، ولذلك جعل علة التعسف تظهر في الاستعمال غير الطبيعي للحق ، بحيث جعل الظروف والبيئة والعرف هي المحدد ما إذا كان الاستعمال عادياً أم غير عادي ، ويقصد بالاستعمال غير العادي الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله الحق من دون اعتبار لنية صاحبه⁴⁴ .

رأي جوسران :

يعتبر جوسران الحق في ذاته وظيفة اجتماعية ، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية إلزامية ، والحقوق كونها متفرعة عنها تأخذ طابعها ، فهي إذا اجتماعية في نشأتها وروحها والغرض منها ، وإذا كانت الجماعة قد منحت الأفراد هذه الحقوق فما ذلك إلا لكي تكون في أيديهم وسائل أمن وعمل لصالح الجماعة ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق استعمالها الاستعمال الذي يؤدي الغرض منها .

فحق الملكية مثلاً ليس إلا وظيفة اجتماعية ، فإذا استعمله الفرد فيجب أن يستعمله بما يؤدي إلى حفظ الصالح العام وأمن المجتمع وراحتته .

43 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ص 218.

44 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 455.

فالتعسف إذا هو الخروج بالحق عن الهدف الاجتماعي الذي وضع له ⁴⁵، ولما كان هذا المعيار من التجريد والسعة بحيث يعسر تطبيقه ، ويفتح المجال واسعا أمام القضاء ليتحكم في النظر إلى الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق بمنظاره الشخصي المبني على معتقدات حزبية أو سياسية... ولهذا دعا جوسران إلى الاستغاثة بالباعث النفسي حتى إذا كان موافقا للغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق لم يكن تعسفا وإذا خالفه عد ذلك تعسفا لأنه دافع غير مشروع .

ومما يؤخذ على رأي جوسران أنه جعل الحق وظيفة اجتماعية ، والحق في الواقع ليس بذاته وظيفة اجتماعية ، وإنما له وظيفة اجتماعية، وفرق بين الأمرين ، ففي الحالة الأولى يكون الشخص مجرد وكيل أو موظف ، بل يعتبر الشخص مجرد آلة اجتماعية أو عنصر تكوين لا يعمل لصالحه الخاص بل لصالح الجماعة ، وفي الحالة الثانية يكون الحق مجرد وسيلة لتحقيق غرض وغاية لصالح الجماعة بحيث للفرد أن يمارس حقوقه بكل حرية بشرط أن يحافظ على الغرض الذي شرع الحق لأجله ، وفي ذلك يتحقق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ⁴⁶.

موقف الفقه الإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق

على غرار فقهاء القانون الوضعي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا أيضا في مدى الأخذ بهذه النظرية وإن لم يسموها بهذا الاسم - مما يدل على سبقهم في التععيد لهذه النظرية - على عدة أقوال أهمها:

نظرية الحق المطلق:

يمثل هذه النظرية اتجاه كبير في الفقه الإسلامي ، فقد ذهب إليها كل من أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة وداود الظاهري وابن حزم وغيرهم ⁴⁷، ومن مستنداتهم ما تقرر في الفقه من أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان" وهي نص المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية.

فقد قال أبو حنيفة " من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به " ، وحكي أن رجلا تضرر من بئر حفرها جاره في داره فأتى أبا حنيفة شاكيا مستفتيا فلم ينكر عليه فعله في ملكه ، بل هدى المستفتي إلى حيلة بقوله " احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة" ، ففعل . وكلا الأمرين - يقول صبحي محمصاني - كما ترى فيه ضرر وأذى ، ولكنه جائز لم ينكره أبو حنيفة ⁴⁸...ومثله ما نقله الكاساني

45 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 217.

46 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 455-458.

47 زعم الدكتور فيض الله ، مرجع سابق ، ص 191. بأن هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وذلك محل نظر ، إذ جاء عن

كثير من الفقهاء والأصوليين المدققين خلاف ذلك، مثل الشيخ أبو زهرة والدكتور فتحي الدريني ..

48 صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 39 .

أيضا " وله أن يرفع بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس؛ لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه، وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تتورا أو حماما أو رحي؛ قلنا، وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا، أو قصارا، وإن كان يتأذى به جاره؛ لما قلنا، وله أن يفتح بابا كوة؛ لما ذكرنا ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى، وله أن يحفر في ملكه أو بالوعة أو كرباسا، وإن كان يهيي بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك؛ لم يجبر على ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن. ⁴⁹

ونقل عن الشافعي في حديثه عن الغاصب للأرض قوله "عند شرحه لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "..." ووجهه الذي يصح به: أن لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، ولا ضرر في أن يمنع رجل من ماله ضررا ولكل ما له وعليه... أو رأيت رجلا له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهما فسأله الرجل أن يبيعه منها ممرًا بما شاء من الدنيا هل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟ أو رأيت رجلا عنده أمة عمياء لا تنفعه أعطاه بها ابن لها بيت مال هل يجبر على أن يبيعه؟ فإن قال لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له. قلنا: وكل هؤلاء يقول إنما فعلت هذا إضرارا بنفسي وإضرارا للطالب إلي حتى أكون جمعت الأمرين فإن قال، وإن أضر بنفسه وضار غيره فإنما فعل في ماله ما له أن يفعل. قيل: وكذلك حافر البئر في أرض الرجل والمزوق جدار الرجل وناقل التراب إلى أرض الرجل إنما فعل ما له أن يفعل ومنع ما له أن يمنع من ماله. ⁵⁰

وخلاصة كلام الشافعي كما لخصها - صبحي محمصاني - هو أنه " لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وإن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ، ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضا " . ⁵¹

وجاء عن ابن حزم أنه قال " لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقا " وقال أيضا " ولكل أحد أن يعطي بنيانه ما شاء - وإن منع

⁴⁹ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية،

1986م، ج 29-28/7.

⁵⁰ الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990، دون طبعة، ج 3/255.

⁵¹ صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص: 40.

جاره الريح والشمس - لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيع له. ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام، أو فرن، أو رحي، أو كمر أو غير ذلك، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك.⁵²

وهذا الرأي - يقول محمصاني- شبيهه بالنظرية الأوروبية التقليدية ، التي تنظر إلى الفرد وحده وإلى وإلى حقوقه بحد ذاتها ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين وعن حقوق المجتمع الذي ينتسب إليه، فهي ترى ترى حقوقه هذه مطلقة ، لا يكون استعمالها أبد غير مشروع ، وتراها ثابتة لصاحبها يستعملها بحرية، دون تغيير ودون التفات كبير إلى الغاية التي منحت لأجلها . ولذلك سميت هذه النظرية بالنظرية الفردية الفرديّة⁵³ .

النظرية المادية

تنظر هذه النظرية إلى الضرر الناتج من استعمال الحق ، بغض النظر عن نية ممارس الحق ما دام يضر بالآخرين ضررا فاحشا ، وممن قال بهذه النظرية جمهور الفقهاء من المالكية ومتأخري الحنفية والحنابلة⁵⁴، مستندهم في ذلك العديد من القواعد الفقهية مثل قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"⁵⁵، " الضرر يزال"⁵⁶، " درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁵⁷ ، " إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع"⁵⁸...

غير أن الضرر المذكور ليس على إطلاقه ، بل يشترط فيه أن يكون بينا ، والبين هو الفاحش في التعابير الفقهية ، ومن ذلك ما جاء في المجلة م1198 " كل أحد له التعلّي على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ، ما لم يكن ضررا فاحشا" .

ومن النصوص الفقهية ما جاء عن مالك في المدونة في الرجل يفتح كوة في داره يطل منها على جاره " قلت: فلو أن رجلا بنى قصرا إلى جنب داري ورفعها علي، وفتح فيها أبوابا وكوى، يشرف منها على عيالي أو على داري، أيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟

⁵² أبو محمد علي بن أحمد حزم الأندلسي الظاهري ، المحلى بالآثار ، دار الفكر - بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، ج85/7-86.

⁵³ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:40 .

⁵⁴ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 187. أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 105.

⁵⁵ محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق ، ج199/1 . مجلة الاحكام العدلية المادة 19.

⁵⁶ عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، 1990م . ج83/1 ، زين الدين بن إبراهيم بن

محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، علق عليه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1999م . ص72. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق، ج210/1. مجلة الأحكام العدلية المادة 20.

⁵⁷ مجلة الاحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج87/1. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

⁵⁸ السيوطي ، مرجع سابق ، ج115/1. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص 100. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ج244/1. مجلة الاحكام العدلية

قال: نعم، يمنع من ذلك⁵⁹ للضرر الفاحش البين من اطلاق الغير على العيال و صحن الدار والمطبخ والبئر⁶⁰ ، وجاء عنه أيضا: " قلت: وكذلك إن لم يفتح فيها أبوابا ولا كوى، ولكنه منعني التي تسقط في داري ومنعني الريح التي كانت تهب في داري، أيكون لي أن أمنعه من أن يرفع بنيانه كان مضرا بي في شيء من هذه الوجوه التي سألتك عنها في قول مالك؟

قال: لا يمنع من هذا، وإنما يمنع إذا أحدث كوى أو أبوابا يشرف منها، فهذا الذي يمنع منها سدها، ولم أسمع من مالك في الريح والشمس شيئا. ولا أرى أن يمنع من ذلك⁶¹ . لأنه لا يرى فيها ضررا فاحشا وهو ما أكدته المجلة في المادة 1201 " منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش ..."⁶² ومنه قول ابن جزى "من أحدث ضررا أمر بقطعه ... وينقسم الضرر المحدث قسمين: أحدهما عليه والآخر مختلف فيه ، فالمتفق عليه أنواع : فمنه فتح كوة أو طاق يكشف منها على جاره فيؤمر بسدها أو سترها، ومنه أن يبني في داره فرنا أو حماما أو كبير حداد أو صائغ مما يضر بجاره دخانه فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان، ومنه أن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه أو يجري في داره ماء فيضر بحيطان جاره، وأما المختلف فيه فمثل أن يعلي بنيانا يمنع جاره الضوء والشمس فالمشهور أنه لا يمنع منه وقيل يمنع⁶³ .

ومنه ما جاء عن بعض متأخري الحنفية كابن عابدين قوله: "القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بيئا، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه كمن أراد أن يبني في داره تنورا للخبز دائما أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا. "⁶⁴ .

والخلاصة من هذه النظرية هو أن الضرر البين والفاحش عند استعمال الحق يكون ممنوعا بغض النظر عن نية صاحبه أكانت حسنة أم سيئة ، وإن كان الضرر غير بين فهو من قبيل استعمال

⁵⁹ مالك بن أنس ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى ، 1994م ، ج4/474.

⁶⁰ وهو ما أكدته المادة 1202 من المجلة ومثلت للضرر الفاحش في عدة مواد منها 1200 ، 1201 ، 1202 ، 1204 ...

⁶¹ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج4/475.

⁶² وهو ما أكدته الشيخ أبو زهرة بقوله " ولا يعد في عرف الفقهاء ضوء الشمس من الحوائج الأصلية" محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 106.

⁶³ أبو القاسم، محمد بن أحمد ابن جزى ، القوانين الفقهية ، مرجع سابق ، ص 224.

⁶⁴ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر - بيروت ، الطبعة: الثانية، 1992م ، ج5/237.

صاحب الحق حقه وإن ثبت أن نية صاحبه كانت لأجل الإضرار بالغير ، لهذا سميت هذه النظرية بالنظرية المادية لتمييزها عن النظرية المعنوية التي تنظر في استعمال الحقوق إلى نية صاحبها⁶⁵ .

النظرية المعنوية

وهذه النظرية تقوم على تحري نية ممارس الحق،الذي أنزل بممارسته إياه ضررا بالغير .

أ / فإن لم تكن له نية سوى مجرد الإضرار بغيره ، من غير ما مصلحة له في تصرفه ، كان مسيئا في ممارسته لحقه ، فيرد قصده عليه ، ويؤمر بإزالة الضرر .

ب/ وإن لم تنتج نيته إلى غيره بإضرار أو أذى ، ففعله سليم وإن حاق الضرر بغيره ، ولا يعتبر مسيئا في ممارسته لحقه .

فمدار هذه النظرية هو التركيز على نية مستعمل الحق ، وتتبع حركاتها عند استعماله لحقه ، وذلك في ضوء الدلائل والقرائن الخارجية التي تشير إلى ذلك⁶⁶ .

وممن نبه إلى ذلك أبو إسحاق الشاطبي والذي أوجب تنفيذ الأحكام الشرعية وفقا للمقاصد التي وضعت لها ، فقال عند كلامه في المسألة الثالثة تحت عنوان بطلان العمل المغاير لقصد الشارع : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل .

أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشرعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفساد ، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة "⁶⁷ .

ثم قسم هذه الأفعال المؤدية إلى جلب منفعة أو دفع مفسدة - والتي يؤصل من خلالها لنظرية التعسف - إلى ثمانية أقسام ، اختصرها الدكتور صبحي محمصاني في أربعة أقسام كالاتي :

1 - إذا كان الفعل الجائز شرعا لا يلزم عنه إضرار بالغير ، فهو يبقى جائزا على " أصله من الإذن ، ولا إشكال فيه ، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه ، لثبوت الدليل على الإذن ابتداء" .

2 - إذا كان الفعل الجائز شرعا يلزم عنه إضرار بالغير ، وكان فاعله لا يقصد إضرارا بأحد ، فهو يبقى جائزا لمن ثبت حقه فيه شرعا ، إلا في حالتين : الأولى إذا كان الضرر عاما فالفاعل يمنع مما هم به...والثانية إذا كان الفعل يسبب ضررا خاصا من نوع المفسدة القطعية ، وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضررا... .

⁶⁵ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:48.

⁶⁶ فيض الله ، مرجع سابق ، ص135 - 136 .

⁶⁷ أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2/283.

وفي البندين الآتيين بيت القصيد في النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق :

3 - إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا لم يقصد منه فاعله إلا الإضرار بالغير ، فهذا ممنوع من دون شك.

4 - إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا قد قصد به فاعله نفع نفسه والإضرار بغيره معا . كالمرخص في سلعته قصدا لطلب معاشه وللإضرار بالغير ، فهنا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصلي في الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ فالجواب على هذا السؤال يحتمل تفصيلا ، وهو أنه :

إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل أمكن تحصيل النفع للفاعل من وجه آخر ، فحينئذ لا إشكال في منعه منه ، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار ، فلينقل عنه ولا ضرر عليه .
وإما أن لا يكون له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير ، فحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع أبدا من استعماله .

ويتلخص كلام الشاطبي في أن من يثبت له حق شرعي في أمر ما فإنه يمنع من استعماله إذا لم يقصد به إلا الإضرار بالغير . وعلى الجملة - يقول صبحي محمصاني - أن هذه النظرية موافقة أكثر من غيرها لروح التشريع الاسلامي...وأنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق ، إن لم تكن أرقى منها من حيث الدقة والتعليل⁶⁸.

ونسبة هذه النظرية من طرف الدكتور صبحي محمصاني إلى الشاطبي لا يعني أن الشاطبي لم يتكلم عن النظريتين السابقتين ، بل نص في الأوجه السابقة على جميع النظريات التي تؤصل للتعسف وزاد عليه وجها آخر متعلق بالجانب المعنوي لم يتطرق إليه الفقهاء وهو قصد الإضرار .

طبيعة التعسف في استعمال الحق

اختلف الفقهاء في تكييف التعسف إلى أربعة أقوال ، فمنهم من يرى بأن التعسف خروج عن حدود الحق أصلا ، ومنهم من يرى أنه خطأ من نوع خاص ، ومنهم من يرى أنه تطبيق لفكرة المسؤولية التقصيرية ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه ، ومنهم من يرى أنه ذو طبيعة مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية ، وسنقتصر على

⁶⁸ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 51-53.

بيان الاتجاهين الأخيرين لأهميتهما وأرجحيتهما ، وشيوع الأخذ بهما في تكييف التعسف مقارنة بباقي الاتجاهات.

1 - التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية

يرى أنصار هذا التكييف أن التعسف في استعمال الحق يعد صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية ، ويتقدم أنصار هذا الاتجاه العلامة السنهوري ، والذي تطرق إلى مسألة التعسف في استعمال الحق عند شرحه للقانون المدني المصري الجديد، أثناء شرحه للفعل الضار كمصدر للالتزام ، وما يتولد عنه من مسؤولية تقصيرية ، مع أن التعسف في استعمال الحق ورد في مقدمة القانون "مادة 4-5" ، حيث يقول السنهوري "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية ، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى ، وهي صورة الخروج عن حدود الحق ، أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقدا كما يجوز أن يكون عينا ، وليس التعويض العيني - كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور على الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى ، ولا نحن في حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية كما ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك".⁶⁹

في حين أن المذكرة الإيضاحية أكدت انبساط ظل هذه النظرية وأحكامها على كافة أنواع الحقوق ، مبينة سبب استناد القضاء المصري والفرنسي في اجتهادهما لدرء التعسف إلى قواعد المسؤولية التقصيرية قبل صدور القانون المدني الجديد، وهو خلو القانون القديم من نصوص تقرر نظرية التعسف⁷⁰ ، حتى لا يكون العمل القضائي حجة على تحديد طبيعة التعسف ، لأن لجوء القضاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في الوقائع التي تشتمل على أفعال تعسفية في ظل القانون القديم ، إنما كان للضرورة ، ولعل هذا هو المسوغ للقضاء الفرنسي أيضا⁷¹ ، لخلوه من نصوص تقرر نظرية التعسف ، إذ لجأ إلى النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية في المواد (1382،1383) من القانون المدني ، فظن بعضهم أن القضاء الفرنسي يجعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، وذلك غير صحيح ، بل هناك محاولات جادة من الفقه الفرنسي اتجهت إلى تقرير نظرية التعسف مستقلة

⁶⁹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/955-956.

⁷⁰ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق ، ج1/207.

⁷¹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 287-288.

عن نطاق المسؤولية التقصيرية والتي كانت في مطلع القرن العشرين 1905م ، وكذلك أعمال اللجنة التي تألفت لمراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي بجلساتها المنعقدة سنتي 1950-1951م . ويشير تقرير هذه اللجنة الأخيرة إلى اقتراح نص عام في الباب التمهيدي يقرر نظرية التعسف ذلك بخلو القانون المدني من قاعدة عامة حول التعسف في استعمال الحقوق، وأن هذه النظرية ليس المؤكد انتماؤها إلى المسؤولية المدنية أو الخطأ. وخلال النقاش الدائر بين أعضاء اللجنة أشار إلى إمكانية وجود تعسف دون خطأ ، ومثلوا لذلك بمثال من يقيم مصنعا يحتاج إلى مداخن مختلفة في حي سكني ، بعد حصوله على ترخيص من جهة الإدارة، ودون أن يرتكب أي إهمال ، أو عدم تبصر ، فإنه يعتبر متعسفا وإن لم يكن مخطئا⁷².

2 - التعسف في استعمال الحق ذو طابع مستقل عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية

لقد أدرك الكثير من الفقهاء قصور الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن استيعاب جميع حالات التعسف فنادوا بضرورة استقلالية نظرية التعسف عن المسؤولية التقصيرية للفارق الجوهرى بينهما ، ذلك أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي⁷³ ، أما في التعسف في استعمال الحق فإن الخطأ هو انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق ، ذلك أن للحق غاية اجتماعية لا يتعداها ، فإن تعداها صاحب الحق سمي متعسفا ، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تقر بوجود حقوق وسلطات مطلقة ، وإنما هناك حقوق نسبية فقط، يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها⁷⁴ .

فإذا كان الفعل مجاوزا للحدود الموضوعية للحق ، ويشكل بالتالي اعتداء على حق الغير ، تعمدا، أو إهمالا وتقصيرا ، كان الخطأ تقصيرا ، أما الفعل التعسفي فإنه في الأصل مشروع لكونه ناشئا عن حق ، وليس مجاوزا مضمونه وسلطانه ، ولكنه يصبح تعسفا لا لذاته ، بل لما فيه من الانحراف عن الغاية أو المصلحة التي شرع الحق من أجلها ، أو نية الإضرار ، أو لنتائجه ، فالفرق بينهما ظاهر ، إذ الخطأ فعل غير مشروع في ذاته ، أما الفعل التعسفي فهو مشروع في ذاته⁷⁵ .

فلو أن شخصا أقام بناءه على أرض غيره ، أو زرع أرض غيره بدون إذن المالك، اعتبر غاصبا أو معتديا ، ففعله غير مشروع أصلا ، ومحرم لذاته ، لأنه لا يستند إلى حق ، فهو تصرف في ملك

⁷²فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 289-290.

⁷³ محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر

الطبعة الأولى، 2011م، ص: 47.

⁷⁴ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج 30/2 .

⁷⁵فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 283-284.

الغير ، وعلى العكس من ذلك لو أن مالك الأرض بنى فيها وضمن حدودها بناء، أو حائطا عاليا ، بحيث سد على جاره منافذ الضوء والهواء والشمس ، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه بملكه على الوجه المعتاد ، فهذا المالك يعتبر متعسفا ، ولو لم يجاوز حدود ملكه ، وأساس التعسف هو هو النتيجة أو الثمرة من هذا التصرف ، لا ذات التصرف من حيث هو ، فالتصرف مشروع في أصله أما أصله أما ثمرته ونتيجته أضرت بالغير ضررا غير معتاد ، فكان ذلك تعسفا⁷⁶.

ومما يدل على أن التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية أيضا إدراجه ضمن الباب التمهيدي لكثير من القوانين الأجنبية⁷⁷، وكذا القوانين العربية⁷⁸، وخصوصا المستمدة من القانون المصري⁷⁹ ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ، وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعا ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتديا مثال أحدث التقنيات وأرقاها (انظر المادة 2 من التقنين المدني السويسري ، والمادة 1 من التقنين المدني السوفييتي)⁸⁰ .

ثم إن هناك فرقا جوهريا بين المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق ، لما لهذا الأخير من دور وقائي - فصاحب الحق يمنع من استعماله ابتداء إذا كان سيسبب ضررا للغير - ودور علاجي على السواء ، خلافا لفكرة المسؤولية التقصيرية التي لها دور علاجي فقط وهو التعويض⁸¹.

⁷⁶فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 292.

⁷⁷ كالتقنين المدني السويسري " م : 2 ، والتقنين المدني السوفييتي " م : 1 ، القانون المدني البولوني ، " م : 35 ...

⁷⁸ كالتقنين المدني المصري " م : 4 - 5 ، القانون المدني الليبي " م : 4 - 5 ، القانون المدني الأردني " م : 61-66 ، القانون المدني

العراقي " م : 6 - 7 ، القانون المدني السوري " م : 5 - 6 " ومشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية " م : 36-37 ...

⁷⁹ مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 23 .

⁸⁰ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 207/1

⁸¹ انظر : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 311 . ، عيسوي أحمد عيسوي . مرجع سابق ، ص 33.

ومن الأدلة أيضا على استقلال نظرية التعسف عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية يقول - علي علي سليمان - " ولقد رأى بعض الفقهاء الغربيين والعرب إرجاع التعسف إلى فكرة الخطأ، واعتباره تطبيقا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية ، وإني أعتقد أنه نظام مستقل بذاته ، ومن أدلة ذلك:

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/ إذا كان التعسف صورة من المسؤولية التقصيرية فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له ؟ أليس النص على أن كل عمل خاطئ يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ ؟

3/ ثم إن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي ، وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعة ، أو بنظرية الضمان ، أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي إزاء الخطأ ، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون إقامة التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة من صور هذه المسؤولية، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية .

4/ إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا ، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ ، بل تنظر إليها نظرة موضوعية ، وحدث حذو المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ⁸² .
والخلاصة - يقول الدريني - أن التعسف لو كيّف على النحو الذي جاءت به الشريعة الإسلامية - وهي المعين الصافي لهذه النظرية - من أن حقيقته مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل ، مما يربط التعسف بالحق من حيث نتيجته أو غرضه ، لأغنانا ذلك عن الخوض في هذه التفسيرات الفقهية المتناقضة التي تحاول رد معايير التعسف إلى فكرة الخطأ⁸³ .

موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف في استعمال الحق أسوة بالقوانين المدنية العربية، وخصوصا بالقانون المدني المصري ، الذي تأثر به المشرع الجزائري تأثرا كبيرا ، ويعتبر القانون المدني المصري قد استمد هذه النظرية من الفقه الاسلامي، وكذلك من القوانين الأجنبية كما

⁸² علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224-225.

⁸³ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 474.

أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها "وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تتفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي ، وهي قواعد صدر عنها التشريع المصري في بعض تطبيقاته ، واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه"⁸⁴.

وتقول في مكان آخر : " وعلى هذا النحو وضع المشروع دستوراً لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة ، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه و أحفلها بعناصر المرونة والحياة"⁸⁵.

ولقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية ، وجاءت نشازا ضمن المواد الخاصة بالأهلية (40-41) وهو مكان غير مناسب مطلقا ، وكان من الواجب أن توضع في مكان بارز من التقنين المدني يتناسب مع أهميتها ، أسوة بالقوانين العربية الأخرى التي جاءت نظرية التعسف فيها في مقدمة القانون⁸⁶.

ولأسباب السابقة اتجهت الإرادة التشريعية الجزائرية في سنة 2005 بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005م، إلى تعديل المادة 41 من حيث :

- تغيير مكان المادة من الفصل الأول الوارد في الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية من الكتاب الأول (أحكام عامة) ، والذي توسطت فيه نظرية التعسف المواد المتعلقة بالأهلية، إلى المادة 124 مكرر الواردة في القسم الأول (المسؤولية عن الأفعال الشخصية) الوارد في الفصل الثالث (الفعل المستحق للتعويض) من الباب الأول (مصادر الالتزام) الوارد في الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) .

- تعديل نص المادة بما يتفق وموضعها الجديد فلما كانت تنص على أنه: " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية ... " جاءت في التعديل الجديد " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية ... " .

⁸⁴ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/207-208

⁸⁵ المرجع نفسه ج1/211.

⁸⁶ انظر في هذا النقد : محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 60-61. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني

الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 1992، دون رقم الطبعة ، ص : 16.

ومما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية الإيجابية ما يلي :

- أنه فصل في النزاع القائم في الفقه اليوم حول أساس التعسف في استعمال الحق هل يعد خطأ وعملا غير مشروع تحكمه المسؤولية التقصيرية؟، أم يعد نظاما مستقلا بذاته الخطأ فيه يختلف عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية؟.

فإيراد التعسف ضمن المواد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ووصفه صراحة بأنه خطأ ليؤكد اتجاه المشرع الجزائري إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق ينتمي على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية.

- الفصل في النزاع القائم في الفقه حول معايير التعسف المذكورة في المادة ، هل هي على سبيل الحصر أم لا ؟ فنص المشرع بقوله "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية" ليبين أن المعايير المذكورة هي أهم المعايير غير أنها ليست على سبيل الحصر .

كما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية السلبية ما يلي :

- أنه قزم من نظرية التعسف في استعمال الحق ، وجعلها صورة من صور الخطأ فقط ، بحيث لم يصبح لهذه النظرية أي فائدة ، وجعل النص عليها من قبيل الاستطراد في ذكر بعض حالات الخطأ ليسترشد بها القاضي ، إذ كان يكفي المشرع نص المادة 124 " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ليشمل التعسف ما دام مبنيا على الخطأ.

- كنا ننتظر من المشرع الجزائري أن ينص على نظرية التعسف في مقدمة القانون ، وخصوصا أنه انفرد عن جميع القوانين المدنية العربية المستمدة لهذه النظرية من القانون المدني المصري بوصفه لاستعمال الحق في الحالات المذكورة بأنه تعسفي ، ولم يصفه بأنه غير مشروع كما فعلت تلك القوانين ، مما جعل الكثير من الفقهاء يجزمون بأن القانون المدني الجزائري يجعل التعسف في استعمال الحق نظاما متميزا يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية⁸⁷ ، وخصوصا أنه نص في المادة 691 على أنه " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و

⁸⁷ مثل: علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224 . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 280 وما بعدها

الغرض الذي خصصت له" وعليه فالجار الذي يضر بجاره من غير قصد ، مع أخذه بكافة الاحتياطات عند ممارسته لحقه والتزامه بالحيطه والحذر اللازمين و المعهودين عند ممارسة الشخص العادي لحقه، ومع ذلك حدث لجاره ضرر غير مألوف فالقول بأن الجار يعرض لجاره على أساس الخطأ هو عين التعسف ، بل لا مناص هنا من إقرار نظرية التعسف لأن الجار يستعمل حقه المشروع في ملكيته ، ولم يصدر منه أي اعتداء ، ومع ذلك حدث لجاره ضرر فاحش أو غير مألوف فإنه يُلزم بالتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق لا على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية . ولذلك كان من المنتظر أن يحسم القانون المدني الأمر بنصه على التعسف في استعمال الحق في مقدمة القانون - ليجعل لهذه النظرية من الشمول ما تستغرق به جميع أنواع الحقوق ومن العموم ما تنبسط به على جميع القوانين الخاص منها والعام ، مثل الكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية كما سبق ذكره - لا أن يجعله صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، فيعسر عليه إيجاد أساس للمسؤولية في كثير من المسائل التي لا وجود للخطأ فيها كما سبق في المادة 691.

معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 124 مكرر على ما يلي : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

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

أولاً : معيار قصد الإضرار :

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير شهرة ، وأكثرها شيوعاً⁸⁸ ، فقد تكلم عنه فقهاء الرومان ، وأجمع عليه من جاء بعدهم ، واستقر الأخذ به في الفقه الإسلامي والفقه الغربي ودرج القضاء على العمل به⁸⁹ ، غير أن هذا المعيار يعد معياراً شخصياً ذاتياً يصعب إثباته ، لأن أساسه الذي يبنى عليه هو النوايا والقصد ، وهي أمر مستكن في النفس ، ولذلك توسع القضاء في هذا المعيار من حيث إثباته ، فجعلوا من القرائن والأمارات - وهي معيار مادي - ما يدل على قصد الإضرار ، وذلك بأمرين هما :

⁸⁸ محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربية ، مكتبة دار الثقافة

للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، سنة 2001م ، ص 82.

⁸⁹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/209

- انتفاء المصلحة وانعدامها في التصرف في الحق : لأن الحق لم يشرع لغير مصلحة ولا للعبث من غير فائدة ، مما يعد صاحبه قد ناقض قصد المشرع في أصل تشريع الحق⁹⁰ ، انتفاء المصلحة مع تحققها تحققاً عرضياً غير مقصود لصاحبه ، فمن غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره لا غير يعد متعسفاً في استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع⁹¹ .

- تهاة المصلحة : لأن الحقوق لم تشرع إلا للمصالح الجدية الحقيقية ذات الأهمية لصاحب الحق نفسه ، وللمنفعة الاجتماعية أيضاً⁹² ، فالحاق ضرر بالغير مقابل مصلحة تافهة تتحقق لصاحب الحق يعد ذلك تعسفاً في استعمال الحق ، كما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري⁹³ .

أ / من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي

لقد أكد هذا المعيار الشاطبي بقوله : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل "⁹⁴ مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات..."⁹⁵ .

ولقد وردت أمثلة كثيرة لهذا المعيار في الفقه الإسلامي منها إجمالاً تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة ، لقوله تعالى " فأمسكوهن بعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه "⁹⁶ ، وقوله " ويعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً "⁹⁷ ، فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه أثم بذلك .

⁹⁰ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 385.

⁹¹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/959. محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني

، مرجع سابق ، ص 82.

⁹² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 386.

⁹³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

⁹⁴ أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2/283.

⁹⁵ أخرجه البخاري من حديث عمر ابن الخطاب مرفوعاً ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم 1 ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر: دار طوق النجاة ، الطبعة: الأولى، سنة 1422هـ ج1/06.

⁹⁶ سورة البقرة آية 231.

⁹⁷ سورة البقرة آية 228.

وهذا كما كانوا في أول الإسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امراته ثم يتركها حتى يقارب انقضاء عدتها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية فيدع المرأة لا مطلقة ولا ممسكة ، فأبطل الله ذلك ، وحصر الطلاق في ثلاث مرات⁹⁸ .

والوصية إضراراً بالورثة والدائنين ، لقوله تعالى " فلكل واحد منها السدس . فإن كانوا أكثر من ذلك ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار"⁹⁹ .

قال الأستاذ الزرقا في شرحه للآية " ذكر المفسرون ابن كثير وغيره تفسيراً لقوله تعالى " غير مضار" أن معناه أن تكون وصيته على العدل لا بقصد الإضرار بالورثة والجور عليهم بحرمانهم من الإرث أو نقص لحقوقهم فيه ، ونقل عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " الإضرار في الوصية من الكبائر" ورواه ابن جرير عن ابن عباس موقوفاً عليه ، ووقفه هو الصحيح.

ولذا منعت الوصية للوارث بقوله عليه الصلاة والسلام " ألا لا وصية لوارث " لأن فيها زيادة لبعض لبعض الورثة ونقصاً لآخرين فتنحى بها المضارة¹⁰⁰ .

ومضارة الوالدة بولدها والوالد بولده لقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة . وعلى الولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"¹⁰¹ ، أي إذا أرادت الأم أن تأخذ أجراً على الرضاع تخير بين أن تقبل بأجر المثل الذي يلتزم به الأب ، أو تترك لأبيه عبء إرضاعه ليستأجر له مرضعة ، وذكر الجصاص في تفسيره أنها إن لم ترض بأجرة مثلها أجبر الزوج على إحضار المرضعة حتى ترضعه في بيت أمه ، حتى لا يكون مضاراً لها بولدها في حقها بحضانتها في بيتها، ونقل عن مجاهد في تفسير قوله تعالى " لا تضار والدة بولدها" أنه لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك.

ثم تكلم عن المضارة التي تكون من جهة الأم في قوله تعالى "ولا مولود له بولده" والتي تكون : إما بأن تشتط وتطلب فوق حقها في النفقة ، أو تمنعه من رؤيته . قال ويحتمل تفسيره بأن تغترب به وتخرجه من بلده.

⁹⁸ ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق : محمد الأحمد أبو النور ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 2004م ،

ج917/3.

⁹⁹ سورة النساء آية 12.

¹⁰⁰ مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 31-32.

¹⁰¹ سورة البقرة آية 233

ويتضح من تفسيرات هذا النص أن المضارة استعملت فيه لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سيء لإلحاق الضرر برفيقه في حقه المقابل.¹⁰²

وسفر الزوج بزوجه بعيدا عن بلدها وأهلها إضرارا بها ، ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهم للتشهير بهم¹⁰³ ، وإقرار مريض مرض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين ، وطلاق مريض الموت لزوجه حرمانا لها من الميراث¹⁰⁴ ...

ب/ من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري

نجد من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري على سبيل المثال المادة 189 والتي على ما يلي : " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان خاصا بشخصه ، أو غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق ، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ن أو أن يزيد فيه¹⁰⁵ .

وهذه المادة تعد استعمالا سلبيا للحق من طرف صاحبه - المدين - بالتقاعس وعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير إضرارا بدائنيه ، ولذلك وضع القانون في يد الدائن بحكم هذه المادة دعوى تسمى الدعوى غير المباشرة ، ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين¹⁰⁶ ، ولذلك يحل الدائن باسم المدين ونيابة عنه في المطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير¹⁰⁷ وإدخالها الضمان العام حتى يتيسر له بعد ذلك استيفاء حقه .

وعلى ذلك يعد موقف المدين - موقفا سلبيا بعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير - قرينة واضحة على قصده السيء ، وهو الإضرار بالدائن ، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي¹⁰⁸ .

المعيار الثاني : رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا

¹⁰² مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 29-30.

¹⁰³ وهو ما جاء موضحا في المادة 1629 من مجلة الأحكام العدلية والتي تشترط في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت فالدعوى بما هو محال عقلا او عادة لا تصح ، ومثلوا بدعوى شخص معروف بالفقر أنه أقرض شخصا آخر مبلغا عظيما من المال ، أو أنه غصب مبلغا كبيرا منه . انظر : سليم رستم باز اللبناني شرح المجلة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، سنة 1986م ص 925-926.

¹⁰⁴ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، سنة 1985م ، ج 4/32.

¹⁰⁵ يقابل هذه المادة 235 مدني مصري ، والمادة 236 مدني سوري ، والمادة 261 مدني عراقي ، والمادة 238 مدني ليبي ، والمادة 276 قانون الموجبات والعقود اللبناني .

¹⁰⁶ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر سنة 2010م ، ص 115.

¹⁰⁷ بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن الطبعة الأولى ، سنة 2012م ، ص 148.

¹⁰⁸ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 389.

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه أيضا حسب المادة 124 مكرر إذا " كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير " ، وهذا معيار موضوعي مادي¹⁰⁹ - استقاه استقاه القانون المدني عن الفقه الإسلامي¹¹⁰ - ، لا شأن له بالنية ، ويختلف عن المعيار السابق في أنه أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، ذلك أنه يقوم على التفاوت الكبير بين الفائدة التي التي يجنيها صاحب الحق من استعماله لحقه ، والضرر الذي يصيب الغير¹¹¹ ، وهو ما يعرف في الفقه الفقه الإسلامي بالاختلال البين في توازن المصالح ، ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت معيار التناسب والتوازن بين المصالح المتعارضة ، بحيث يصبح استعمال الحق تعسفيا إذا كان على وجه يخل بالتوازن بالتوازن بين المصالح المتعارضة إخلالا بينا ، إذ يصبح التفاوت شاسعا بين ما يبتغيه صاحب الحق من من فائدة ، وبين الضرر الناشئ للغير¹¹² سواء كان ذلك الضرر لاحقا بالفرد أم بالجماعة ، أو مقصودا مقصودا أو غير مقصود ، فلا ينظر في المعيار المادي إلى القصد بل إلى النتيجة¹¹³ .

أ / من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

من القواعد التي تثبت هذا المعيار في الفقه الإسلامي قاعدة لا ضرر ولا ضرار¹¹⁴ ، الضرر يزال¹¹⁵ ، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف¹¹⁶ ، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر عام¹¹⁷ ، درء المفسد أولى من جلب المصالح¹¹⁸ ...

تطبق هذه القواعد في حالة ما إذا استعمل الإنسان حقه لغرض تحقيق مصالح مشروعة ، ولكنه أثناء استعماله لحقه أصاب غيره بضرر أكبر من الفائدة التي تحصل عليها ، أو مساو لها¹¹⁹ ، فيمنع سدا

¹⁰⁹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/958 ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص223.

¹¹⁰ كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

¹¹¹ محمد صبري السعدي ، المسؤولية التصيرية ، مرجع سابق ، ص 59.

¹¹² يقول الدكتور الدريني معلقا على اشتراط القانون المدني الجزائري التفاوت الشاسع في هذا المعيار واعتباره شرطا يتوقف عليه تحقق التعسف ، بأنه بضيق من مجال نظرية التعسف ودورها ، ويفتح السبيل أمام أصحاب الحقوق لممارستها على وجه تعسفي ، مادام لم يبلغ ذلك القدر من جسامته الضرر ، فكان الفقه الإسلامي أوسع مجالا في محاربة التعسف ، ودوره أكثر تفعيلا لأنه يشترط فقط - في ما عدا مضار الجوار غير المألوفة - أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411.

¹¹³ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 410.

¹¹⁴ مجلة الاحكام العدلية المادة 19 ، محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق . ج1/199

¹¹⁵ مجلة الأحكام العدلية المادة، 20 ، جلال الدين السيوطي ، مرجع سابق ج1/83 ، ابن نجيم المصري ، مرجع سابق . ص72. محمد

مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/210.

¹¹⁶ مجلة الأحكام العدلية المادة 27. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/219.

¹¹⁷ مجلة الأحكام العدلية المادة 26. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/235.

¹¹⁸ مجلة الاحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/87. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

للذريعة، وقد يكون هذا الضرر لاحقا بالجماعة نتيجة تصرف فرد ما ، كما يكون ضررا لاحقا بفرد مقابل مصلحة لفرد آخر، ومن أمثلة الضرر العام اللاحق بالجماعة الاحتكار وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه ، وهو محرم لقوله عليه السلام " لا يحتكر إلا خاطئ" ¹²⁰ .

ومنه تلقي الركبان : وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم ، وشراؤها أقل من السعر القائم ، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع ، وهو محرم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم تلقي الركبان ¹²¹ .

ومنه منع تجار السلاح من بيعه أثناء الفتنة لما في ذلك من إشعال نارها وإن لحق التجار ضرر ذلك المنع ، ولكن اتقاء الفتنة العامة أولى لأن ضررها أشد ¹²² ، أو بيعه لقطاع الطرق .
وبيع العنب لمن يعصره خمرا ، فالضرر الذي يلحق بالمجتمع من بيع الخمر وانتشارها أعظم تعطل مصلحة بائع العنب والضرر الذي يلحق به ¹²³ .

ونزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة لأن المصلحة العامة مقدمة مع استحقاق صاحب الملكية الخاصة تعويضا عادلا فبناء مستشفى أو مدرسة إن لم يكن له مكان ملائم إلا مكان صاحب الملكية

¹¹⁹ القانون لا يعتبر الضرر المساوي ، أو الذي يزيد قليلا على المنفعة واجب الإزالة تحت غطاء التعسف أو غيره خلافا للشريعة الإسلامية ، وهذه من المسائل التي يتوجب على المشرع الجزائري تداركها ، ويقول في هذا الدكتور الدريني : فاقصر المشرع الجزائري على التفاوت الشاسع واعتباره شرطا يتوقف عليه التعسف يضيق من مجال النظرية، وخصوصا وأن الشريعة الإسلامية لا تشترط في ما عدا مزار الجوار غير المألوفة أن يكون الاختلال بيئا، بل يكفي أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة ، فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411. والظاهر أن فقهاء القانون وحتى الكثيرين من فقهاء الشريعة يعتبرون أن هذه القاعدة داخلية في المباحات لا الحقوق، وهو المتبادر إلى الذهن لمن نظر في جميع معايير التعسف المأخوذة عن الفقه الإسلامي في الدول التي جعلت منه المصدر الأول في تشريعها كالأردن والإمارات ، وحتى من المشاريع المعدة للقانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية أساسا ، كمشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي الذي أعد مجلس الشعب برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، والذي لم ينص على ذلك مطلقا بل نص فقط على الضرر الكبير أو الضرر الفاحش ، مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 5 / 10. ولا حتى من المشاريع التي أعدها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية مثل الشيخ الزرقا الذي له كتاب بعنوان صياغة جديدة لنظرية التعسف ، أورد فيه جملة من المعايير وأغفل مسألة تساوي الضرر والمنفعة، أو زيادته زيادة يسيرة...مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 59.

¹²⁰ رواه مسلم من حديث معمر ابن عبد الله مرفوعا ، كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الأقوات ، حديث رقم 1605 ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ج3/1228.

¹²¹ رواه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب النهي عن تلقي الركبان... ، حديث رقم 2162 ، ج3/72. ورواه مسلم، مرجع سابق، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ، حيث رقم 1515 ، ج3/1155.

¹²² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 416.

¹²³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج4/34.

الخاصة فتقدم المصلحة العامة على مصلحته لأن الضرر الذي يلحقه لا يقارن أبدا بالضرر الذي يلحق بالجماعة...

ومثال الضرر الخاص الأشد فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم سمرة ابن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأدي الأنصاري من دخوله ، لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب صاحب النخل نخله ¹²⁴.

هذا ويزيد الفقه الإسلامي في تطبيقاته للتعسف في استعمال الحق من ذلك إذا كان الضرر مساويا للمصلحة ، على ما اقتصر عليه القانون المدني الجزائري الذي يشترط كأصله المصري أن يكون الضرر راجحا رجحانا كبيرا على المصلحة الحاصلة للطرف المقابل .

ب/ من التطبيقات القانونية على هذا المعيار ما يلي :

- نص المادة 788 ق م ج : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل " ¹²⁵ .

وهو نص صريح في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، فيزال الضرر الأشد بالأخف ، وهو ترك هدم البناء الذي اعتدى صاحبه بتجاوزه لحقه مقابل تعويض عادل للمعتدى عليه ، وهو صاحب الأرض المعتدى عليها بحسن نية ، ويكون الاستناد لنظرية التعسف في مقابلة الشخص مالك الأرض المعتدى عليها ، فيقال له من حقا المطالبة بحقك وهو إزالة البناء الواقع في ملكه ، غير أنه لا يجوز له التعسف في ذلك وخصوصا إذا كان الضرر الذي سيصيب الجار الذي بنى خطأ في ملك جاره أشد وأكبر من الضرر الذي يصيب صاحب الأرض ، ولذلك يجبر صاحب الأرض على قبول تعويض عادل ، وهذا كله في النهاية حسب تقدير المحكمة .

- نص المادة 881 ق م ج : " يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به " ¹²⁶ .

¹²⁴ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج4/34.

¹²⁵ وأصل هذه المادة: المادة 928 قانون مدني مصري.

¹²⁶ يقابل هذا النص المادة 1029 قانون مدني مصري ، المادة 993 مدني سوري ، 1032 مدني ليبي ، 1284 مدني عراقي ، 1319 مدني

أرني. قدارة، خليل أحمد حسن، نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق ، مجلة الجامعة الإسلامية. مج. 8، ع. 1 (جانفي 2000م)، ص

مفاد هذا النص أن المشرع الجزائري قد أجرى موازنة بين فائدة العقار المرتفق وقد انعدمت أو أصبحت قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يحمل العقار المرتفق به من أعباء فنتج عن ذلك انعدام أو اختلال التوازن إلى درجة كبيرة ، فيعد ذلك من التعسف غير الجائز¹²⁷ ، وعليه يجوز التحرر من الارتفاق¹²⁸ ، ومثال ذلك إذا كان حق الارتفاق حق مرور ، وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر ، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب تحرير عقاره حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويض مناسباً إذا كان هناك محل لذلك¹²⁹ .

-نص المادة 708 فقرة 2 ق م ج : " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون

عذر قوي¹³⁰ إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"¹³¹.

علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري -الذي أخذ عنه القانون المدني الجزائري هذه المادة ، والتي اقتبسها القانون المدني المصري بدوره من أحكام الفقه الإسلامي كما سيأتي ذكره لاحقاً - على هذه الفقرة بما يلي "إذا لم يكن الحائط مشتركاً ، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين ، فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك ولو بدفع التعويض ، على أن له - الجار الملاصق لمالك الحائط - أن يستتر بالحائط ، فلا يجوز لمالكه أن يهدمه دون عذر قوي إذا كان هدمه يضر بالجار المستتر ، وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية"¹³².

ومنه أيضاً ما نصت عليه المادة 958 : "يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر بمقتضى تدخله. فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق، أو أدار الشيء إدارة سيئة، أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه"....

المعيار الثالث : معيار المصلحة غير المشروعة :

¹²⁷ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 407.

¹²⁸ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1402/9.

¹²⁹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 653/6.

¹³⁰ ورد في النص العربي للقانون المدني الجزائري كلمة قانوني بدل قوي وهو خطأ مطبعي على الغالب لأن النص الفرنسي وردت فيه الكلمة

صحيحة ، "sans motif sérieux" ويستبعد أن يكون خطأ في الترجمة .

¹³¹ يقابل هذه المادة المادة 818 فقرة 2 مدني مصري ، والمادة 827 مدني ليبي ، 1092 مدني عراقي . وانظر قدادة، خليل أحمد حسن ،

مرجع سابق ، ص 232.

¹³² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 65/6.

نصت الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر على اعتبار أن الشخص يكون متعسفا في حقه " إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" ، ويعد هذا المعيار معيارا موضوعيا أيضا ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق¹³³ ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها " إن معيار المصلحة المشروعة وإن كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة"¹³⁴ ، ولمعرفة متى تكون المصلحة غير مشروعة أجابت المذكرة الإيضاحية أيضا بقولها "ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام ، أو الآداب"¹³⁵ ، كمن يؤجر منزلا لغرض مقابلات مخالفة للآداب ، أو كفصل عامل لأنه التحق بنقابة العمال...

أ / من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامياتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، إذ لا يقصد الزوج الثاني دوام العشرة مع هاته الزوجة ولكنه يريد تحليلها فقط وبذلك يستطيع زوجها الأول تزوجها من جديد ، ومثل إسلام الزوجة الكتابية عند مرض موت زوجها قصد الإرث منه¹³⁶ ، وتطليقالزوج لزوجته تطليقا بائنا عند مرض موته ليحرمها من الميراث ، فذلك تعسف في استعمال حق الطلاق قد أفضى إلى مصلحة غير مشروعة، وهي إبعاد الزوجة عن الميراث حتى يستحوذ عليه الأبناء فقط ، وكذلك امتناع الأب عن تزويج ابنته إذ تقدم لخطبتها من هو كفاء لها ، لأجل مصالح شخصية له كأن تكون ابنته تخدمه وليس له غيرها ، أو ادعاؤه أن المهر المقدم غير كاف ...فإذا تبين للقاضي أن رفض الولي ليس له مبرر معقول كان له تزويجها دون إذن وليها درءاً لتعسفه في استعمال حق الولاية¹³⁷.

ب/ من التطبيقات القانونية لهذا المعيار :

من التطبيقات القانونية لهذا المعيار ما قضت به المادة 85 ق م ج : "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد".

¹³³السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج959/1، محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 59.

¹³⁴مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج209/1-210.

¹³⁵مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج209/1.

¹³⁶وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج33/4.

¹³⁷فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 421.

ومثال ذلك أن يشتري شخص لوحة على أنها من رسم فنان مشهور ، ثم يتبين أنها ليست من رسمه ، فيكون له الحق في طلب إبطال البيع للغلط ، ولكن إذا أظهر البائع حسن نيته واستعداده لتقديم اللوحة المطلوبة ، فليس للمشتري أن يصر على طلب إبطال العقد وإلا كان متعسفا في استعمال حقه.

وما قضت به المادة 187 ق م ج : " إذا تسبب الدائن بسوء نيته - وهو يطالب بحقه - في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق ، أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " لأن الدائن أراد أن يزيد في مبلغ التعويض على عاتق المدين، وهو بذلك يريد تحقيق فائدة غير مشروعة من خلال إطالة أمد النزاع فكان الجزاء على ذلك هو تخفيض المبلغ المتفق عليه في العقد أو عد الحكم به مطلقا جزاء لما صدر من الدائن من دافع غير وفئس للمادة 427 فقرة 1: "الشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين بأعمال الإدارة، وبالتصرفات التي تدخل في نطاق نشاط الشركة العادي ،على شرط أن تكون أعمال الإدارة والتصرفات خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من وظيفة المتصرف بدون مبرر مادامت الشركة قائمة".

المعيار الرابع : معيار مضار الجوار غير المألوفة " الضرر الفاحش ":

هذا المعيار لم ينص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة الخاصة بالتعسف في استعمال الحق " المادة 124 مكرر " ، ولكنه نص عليه في محل آخر ، وهو المحل المناسب لذكره ، لارتباطه الوثيق بما قبله وما بعد من المواد التي تتكلم عن التزامات الجوار، أو ما يعبر عنه قانونا بالقيود التي ترد على حق الملكية، وبما أن المشرع الجزائري لم يحصر معايير التعسف في المادة السالفة الذكر ، فالغالب أن المشرع الجزائري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة أحد معايير التعسف في استعمال الحق¹³⁸ ، لا سيما وأنه مهّد للمادة 691 بقوله: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه " خلافا لأصله المصري الذي نص على ذلك بقوله: " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه ... " إيثارا من المشرع الجزائري للفظة التعسف على الغلو ، كما أثر لفظة التعسف على عدم المشروعية كما سبق بيانه.

¹³⁸ مثل المشرع المدني الأردني الذي نص عليها في المادة الخاصة بالتعسف "66 فقرة د " ، ولذلك نبه الأستاذ حسن كيرة عليه بقوله " وعدم

ظهور هذا النص في القانون المدني المصري لا يعني بأي حال من الأحوال استبعاد المشرع المصري لهذا المعيار من نطاق نظرية التعسف ولكنه اكتفى بالتطبيق الخاص له الموجود في نطاق حق الملكية ، ثم إن المعايير المذكورة للتعسف ليست على سبيل الحصر كما قررت ذلك المذكورة الإيضاحية . انظر: حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998م، ص

وجاء نص المادة 691 كالاتي: "يجب على المالك ألا 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 إذا تجاوزت الحد المألوف ، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين ، والغرض الذي خصصت له"¹³⁹.

ولقد نص المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على هذا المعيار ضمن المعايير الخاصة بالتعسف، غير أنه حُذف في النهاية مع معيار آخر كان قد نُص عليه في المشروع وهو "حالة استعمال الحق استعمالاً يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية".

يقول السنهوري عن هذا المعيار : وهذا معيار مادي استقاه المشروع من الفقه الإسلامي وقننته المجلة من قبل في المواد (29.28.27.26)¹⁴⁰، ثم يعلل الأستاذ السنهوري عدم النص على هذا المعيار بأنه " أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأفضية اليومية "¹⁴¹.

أما بالنسبة لمعيار الضرر الفاحش : والذي جاء باللفظ التالي "التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف " ، فقد قالت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: " والمعيار في هذه الحالة مادي ، وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل ، والقضاء في مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي..."¹⁴² ، ثم مثلت المذكرة الإيضاحية على هذا المعيار " الضرر الفاحش" بمواد عديدة من المجلة، وهي المواد (1198 إلى غاية 1212) وذكرت أن القضاء المصري جرى منذ عهد بعيد على الأخذ بها¹⁴³، وعندما علقت المذكرة على المادة 807، وهي الأصل في مسألة مضار الجوار ، قالت : " هذا نص جوهرية في

¹³⁹ يقابلها نص المادة 807 مدني مصري ، والمادة 776 مدني سوري ، والمادة 1501 مدني عراقي ، والمادة 816 مدني ليبي ، والمادة 522 مدني سوداني ، والمادة 1168 مدني يمني ، والمادة 91 التزامات وعقود مغربي ، والمادة 1027 مدني أردني . والمادة 811 من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما جاء في مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/814. ومن القوانين الأجنبية المادة 906 مدني ألماني ، والمادتين 684-685 مدني سويسري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي . انظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/ هامش ص 693.

¹⁴⁰ وهو ما أكدته مشروع القانون المدني المستمد من الفقه الإسلامي بقوله : وسواء بالنسبة إلى المعايير التي وردت في التقنين الحالي - أي القانون المدني المصري الحالي - وتلك التي وردت في النص المقترح - يشير إلى هذين المعيارين - فإنها جميعاً مستمدة من الفقه الإسلامي.

انظر مشروع القانون المدني مع مذكرته الإيضاحية المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 30/2.

¹⁴¹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/961-962.

¹⁴² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/210.

¹⁴³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/210.

الموضوع، يقرر التزامات الجوار ، فيجعلها التزامات قانونية ، وهي الآن التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصري ، قررها مهنتيا في تقريرها بالشرعية الإسلامية....ويجب التسامح فيما يحدثه بعضهم لبعض من ضرر مألوف، وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم.

أما إذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجوار ، فإنه يصبح مسؤولا عن تعويض هذا وهذا ما تقضي به المادة 57 من مرشد الحيران ، إذ تنص على أن " للمالك أن يتصرف كيف شاء خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فيعلي حائطه ، ويبني ما يريد ، مالم يكن تصرفه مضرا ضررا فاحشا" ، فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف ، وقد عرفته المادة 59 من مرشد الحيران يأتي " ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش "144... ، ثم تكلمت عن بعض الأمثلة للضرر الفاحش نقلا عن مرشد الحيران ، نكتفي بمثال واحد حسب ما ورد في المادة 61 " سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه ، وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه "145.

وهكذا نجد أن مسألة المضار غير المألوفة قد استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي، وبالضبط عن مجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيران ، واستمدها عنه القانون المدني الجزائري .

هذا ويلاحظ أن الفقه اختلف في أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة إلى عدة أقوال أشهرها هو التعسف في استعمال الحق ، غير أن الأستاذ السنهوري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ هي في نظره خارجة عن حدود الحق أصلا¹⁴⁶ .

¹⁴⁴ وهو ما يطابق المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية

¹⁴⁵ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/31-32. وانظر أيضا أمثلة أخرى على الضرر الفاحش في المواد 62. 63 من مرشد الحيران ، والمواد 1200 وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية.

¹⁴⁶ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/963. وللتفصيل في مسألة أساس مضار الجوار غير المألوفة ينظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج8/702-707. الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني الأردني والفقه المقارن ، رسالة ماجستير ، غسان محمد مناور أبو عاشور ، إشراف الدكتور أيمن مساعد ، قسم القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، سنة 2003م. مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، وزارة عواطف ، إشراف رحاب نادية ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، تخصص عقاري ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2013م .

ونختم بحثنا في موضوع التعسف في استعمال الحق بهذه الشهادة والاعتراف بأسبقية الفقهاء المسلمين في معرفة هذه النظرية والتأصيل لها ، يقول الدكتور علي منصور : ولقد عثرت أخيرا على مقال للأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني تحت عنوان " تجميع القوانين والشريعة الإسلامية " ورد فيه: " لما كنت بمدينة ليون بفرنسا بقسم الدكتوراه في سنة 1911- 1920 م ، كان أستاذنا "لامبير" يرى أنّ الفقه الإسلامي في المعاملات كنز لا يفنى ومعين لا ينضب ، وكان يشير على الطلبة المصريين بالرجوع لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع من الشريعة الإسلامية ، وفعلا وضع الدكتور محمد فتحي رسالة الدكتوراه عن مذهب الاعتساف في استعمال الحق والخروج عما شرع له عند فقهاء المسلمين ، وما كادت الرسالة تطبع في كتاب حتى نفذت في ستة أشهر ، وكتبت عنه المجالات القانونية كثيرا ، وأشادت بعظمة التشريع الإسلامي ...

وما كتب الفقيه الألماني " كوهلر " في مقال له " إنّ الألمان كانوا يتيهون عجباً على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق؛ وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787 أما وقد ظهر كتاب "الدكتور فتحي" وأفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي، فإنه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، ويعترفوا بالفضل لأهله ، وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا في الكلام عليها قبل الألمان بعشرة قرون ...¹⁴⁷

¹⁴⁷ من مقال نشر في الجريدة القضائية في 23 جانفي 1937 م ، نقلا عن مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق.