# التأصيل القانوني لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية
## دراسة في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

**الأستاذة: مقلاتي مونة**

**جامعة قالمة**

**ملخص:**

يبرز الهدف من هذه المقالة في تقديم تصور واضح عن نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مع محاولة توضيح الأسباب الكامنة وراء الخلاف على وجود نظرية التعسف في استعمال حق الملكية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ومن أجل القيام بذلك،تبرز إرادة الباحثة إظهار معايير تحديد التعسف في استعمال حق الملكية، وهي المعايير التي منها ما هو شخصي، ومنها ما هو موضوعي.

لقد كان الاستنتاج الذي تم التوصل إليه في صالح وجود نظرية للتعسف في استعمال حق الملكية،مع ما يتبع هذا الإقرار من ضرورة مراعاة حقوق الجيران وباقي الملاك الآخرين، والوقوف على تلك المعايير مهم للغاية في حماية هذه الحقوق.

**الكلمات المفتاحية:**التعسف، حق الملكية، ، التشريع الإسلامي، حقوق الجوار، العقار.

**Abstract**

The aim of this article is to provide a perceptions and features about the Abuse theory of the right of Property , and tries to clarify the reasons behind controversy on the existence of an Abuse theory of the right of property between the Islamic legislation and the positive ism Laws. In order to do this, I want demonstrate transformations on this theory, by showing the abuse of the right of property Standards. Those standards , are personals and objective standards, in this way I analyze the multiplicity standards of the Abuse of the right of Property.

The conclusion reachedwas in favor of the existence the abuse theory of the right of Property,With theimportanceofprotecting the rights ofneighbors andotherproprietors.

**Keys -words :** Abuse , right of property ,islamiclegislation, neighbor's right.

**مقدمة**

أقر القانون الحق الفردي، وكفل له حماية خاصة، كما وضع له حدودا معينة، حيث يترتب على الخروج عن هذه الحدود، قيام المسؤولية، وعلى اعتبار أن حق الملكية العقارية الخاصة يعتبر أحد أهم الحقوق الفردية- خاصة بالنسبة للسلطات التي يمنحها للمالك- والتي قد تجعل منه وسيلة للإضرار بالغير،فالفرد قد يحدث ضررا بالغير أثناء خروجه عن حدود حقه، كما قد يحدث ضررا بدون الخروج عن تلك الحدود، ولهذا فلابد من منع الإضرار بالغير، سواء كان هذا الإضرار نتيجة تخطي الحدود الموضوعية للحق، أو بدون تخطي هذه الحدود، ولابد من إيجاد أساس يقوم عليه الحكم بالتعويض لصالح المضرور، مهما كان نوع الفعل الذي أدى إلى هذا الضرر.إن الضرر هنا يحدث في علاقات الجوار، مما يجعله أكثر حدة، حيث قد يؤدي استمراره إلى إجبار الجيران على الرحيل، دون أن يتعدى المالك في ذلك حدود ملكيته، وحالة كهذه تؤدي إلى المشاحنة بين الجيران، وتفتح الباب أمام النزاع.

بناء على ما سبق ذكره، تثار المشكلة البحثية حول خلفية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية الخاصة، وقدرة هذه النظرية على الإلمام بالأطر العامة لمسألة التعسف في استعمال الحق، ويمكن صياغة الإشكالية على النحو التالي:

هل يمكن الوصول إلى تأصيل قانوني لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية، انطلاقا من الاعتماد على البحث التاريخي والتكييف القانوني؟

على ضوء هذه الإشكالية، سيتم تنظيم الكم المعرفي المتوافر والمتصل بالموضوع، وذلك استنادا إلى المنهج التاريخي في تتبع تطور فكرة التعسف ومضامينها عبر سياق زمني تحدده الدراسة، والمنهج المقارن من خلال ما توفره آليات المقارنة بخصوص تناول فكرة التعسف من منظور الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي، وإضفاء لمسة بحثية بخصوص نقاط التشابه والاختلاف في تطبيقات هذه الفكرة.

**المبحث الأول التطور التاريخي لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية**

نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي متزامنة مع نشأة هذا التشريع نفسه، ونهضت بها أدلة تفصيلية وإجمالية في الكتاب والسنة واجتهادات الفقهاء، ثم أخذت هذه النظرية تتطور وتحتل مكانها المرموق في التشريع الإسلامي على يد أعلام الفقهاء والأئمة المجتهدين[1]، كما اهتدت التشريعات المقارنة لعدد من الدول إلى التعرف على هذه النظرية، نظرا للحاجة العملية الملحة في التعامل معها من جهة، ونتيجة للتطور الاقتصادي والصناعي بوجه خاص، وما كان له من أثر على العلاقات بين الأفراد من جهة أخرى [2]، ولتوضيح الإطار التاريخي لهذه النظرية سنعمد إلى تبيان ذلك في مطلبين أساسيين:

**المطلب الأول: لمحة عن فكرة التعسف في استعمال حق الملكية من منظور الشريعة الإسلامية**

سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، ذلك أنهاشريعة تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس، ورفع الحرج عنهم، مستهدفة في ذلك تحقيق المصالح ودرء المفاسد[3].

**الفرع الأول: التأسيس القرآني والنبوي لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية**

حرص الفقه الإسلامي في تشريعه للحقوق على مبدأ التوازن فيها وعدم الإخلال بها عند استعمالها، مؤسسا وبكل وضوح لنظرية التعسف في استعمال الحق، واجتمعت في ذلك أدلة من القرآن والسنة وفقه الصحابة والأصول التشريعية والقواعد الفقهية،والتي تحرم كلها التعسف وإلحاق الضرر بالآخرين، فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى:

**«وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذلك فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»** [4].

إن وجه الدلالة في ذلك أن الآية الكريمة حرّمت ظلم الزوجة من قبل زوجها، إذ أن من حق الزوج الطلاق والمراجعة، ولكن ليس من حقه أن يتعسف ويظلم زوجته، ويقصد من إرجاعها إلحاق الضرر بها، كأن يقصد مثلا أن يأخذ منها أموالا مقابل طلاقها، فهذا فعل محرم.

كذلك فيقوله تعالى:

**« وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلا الْحُسْنَى وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ»** [5].

حيث أراد المنافقون أن يتوصلوا من خلال بناء مسجد آخر خلاف مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ضرب الإسلام، فهم قصدوا قصدا غير صحيح، فأرادوا أن يحققوا مصلحة غير مشروعة-احتيالا على مصالح مشروعة-من قبل اتخاذهم المسجد للضرر.

لقد درج بعض الفقهاء على استعمال كلمة تعسف، في حين آثر بعضهم استعمال كلمة إساءة، وان كان قد ورد لفظ الاستعمال المذموم فيما ورد عن فقهاء المسلمين الكبار، ونجد في هذا الإطار ما قاله الإمام **الشاطبي** بصدد كلامه في استعمال المباح:

"... **فلم يزل أصل المباح –وان كان مغمورا–تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم...**"[6]، ويعني هذا أن للمباحات غايات ومصالح معينة، قصد الشارع إليها بشرعه الحكيم، فإذا وافق قصد المكلف الغاية التي شرعت الإباحة من أجلها، استمر الفعل على الإباحة، وإلا تغير الحكم.

ضمن هذا السياق قال الإمام الشاطبي أيضا:

**" أصول الدين قطعية لاظنية، لاضرر و لاضرار ،وكلأصل شرعي لم يشهد له نص معين،وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذ معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه."**

بالنظر إلى مآلات الأفعال قال:

**" الاستحسان ينظر إلى لوازم الأدلة، ويراعى مآلاتها إلى أقصاها، فلو أدت بعض الجزئيات إلى عكس المصلحة التي قصدها الشارع،حُجز الدليل العام عنها، واستثنت وفقاً لمقاصد الشارع. "**

ضمن الإطار ذاته، نجد قوله: **" لا تعتبر المصلحة مصلحة، إلا إذا وافقت قصد الشارع".**[7]

انطلاقا من استعراض هذه الأقوال، نجد تعبيرا دقيقا إلى حد كبير عن مضمون الإساءة أو التعسف في استعمال الحق بالمعنى الحالي له.

في جانب آخر وردت كلمة التعسف بلفظ التعنت ،خاصة عند الإمام الكاساني، [8]، ويتفق – في نظرنا– التعنت والتعسف في إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير[9]،كما وردت أيضا كلمة المضارة في الحقوق كمرادف لمصطلح التعسف، وذلك في ما أورده الإمام ابن القيم الجوزية في معرض حديثه وبحثه في قضية سمرة بن جندب:

«... **كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنْ الْأَنْصَارِ ، قَالَ : وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ ، قَالَ : فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَّى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ ، فَطَلَبَ إلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ ، فَأَبَى ، فَطَلَبَ إلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ ، فَأَبَى ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ ، فَطَلَبَ إلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَهُ ، فَأَبَى ، فَطَلَبَ إلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ ، فَأَبَى ، قَالَ : فَهِبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا أَمْرًا رَغَّبَهُ فِيهِ، فَأَبَى ، فَقَالَ : أَنْتَ مُضَارٌّ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْأَنْصَارِيِّ : اذْهَبْ فَاقْلَعْ نَخْلَهُ**»"[10].

تعد هذه الواقعة تأسيسا لنظرية التعسف في الفقه الإسلامي، وذلك لان الإسلام نهى عن التعسف وحرم الظلم وإلحاق الأذى بالآخرين.

**الفرع الثاني: اجتهادات المذاهب الإسلامية في نظرية التعسف**

تتعدد أدلة اجتهاد الصحابة حول مسألة التعسف، فقد ورد أنه حينطلق الصحابي عبد الرحمان بن عوف زوجته تماضر طلاقا بائنا في مرض الموت ، ثم مات في العدة ، قضى الخليفة عثمان بتوريثها منه، حيث أن الزوج في هذه الحالة يكون محتاجا لزوجته، ومع ذلك قام بتطليقها، وهو ما يصب في إطار المضارة بها وحرمانها من الإرث ، بما يجعله متعسفا في استعمال حقه ، وهذا الذي فهمه عثمان رضي الله عنه من فعل عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ، لذا أمر بتوريث الزوجة، رفعا للضرر الذي كان سيلحق بها [11]، ونجد أيضا في اجتهادات و فتاوي الفقهاء في الفروع الفقهية ، أنهم قد طبقوا حقيقة هذه النظرية، بمنع تصرفات جائزة مشروعة، إذا حادت عن الغرض الذي شرعت من أجله، وأفضت إلى إحداث ضرر يجسد عين التعسف.

إن مدلول نظرية التعسف مثلا في مذهب الإمام مالك يقوم على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد، وذلك إذا دعت مصلحة الجماعة إلى ذلك، ويمكن تأسيس هذه الفكرة على ثلاثة مبادئ، تعد جوهر التعسف في استعمال حق الملكية:[12]

01-لا يجوز استعمال الحق، إلا لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله هذا الحق.

02- يعتبر استعمال الحق استعمالا غير مشروع ، إذا تولد عنه ضرر غير مألوف، وذلك كما في تنظيم العلاقات الناشئة عن الجوار، فإذا أدى استعمال الحق إلى إلحاق ضرر غير عاد، وجب منع صاحبه من استعماله.

3-لا يسوغ استعمال الحق، إذا لم يكن للحصول على منفعة،بل للإضرار بالغير.

يتجلى هذا المبدأ فيمنع المالك من التعسف في استعمال ملكه،بما يلحق بالغير ضررا دون أن يعود عليه بنفع، فقد جاء في مدونة الإمام مالك:

**... وسئل عن رجل له أرض، و حواليه زرع للناس في أرضهم، فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، قال:إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه**[13].

أما بالنسبة لمذهب الإمام أبي حنيفة، فيرى أن حق الملكية حق مطلق، وللمالك أن يتصرف في ملكه كما شاء، حتى وإن أضر بالغير، وذلك لأن الإمام أبو حنيفة لا يأخذ بحديث" لا ضرر ولا ضرار"كأصل لتقييد حق الملكية، إلا إذا كان للغير على ملكه حق عيني، كحق صاحب العلو على السفل[14].

لقد جاء المتأخرون من فقهاء الحنيفة، فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا، وذلك لحديث "**لا ضرر ولا ضرار**".[15]

إذا كان أبو حنيفة لا يقيد الملكية قضاء، فانه يترك التقييد للدين، لأن الوازع الديني يحول دون الإضرار بالغير[16]، وفي هذا يقول الإمام السرخسي:

" **وان كف المالك عما يؤذي جاره كان أحسن له**".[17]

لا يمكن القول إجمالا بأن للمالك لدى الحنفية مطلق الحرية في التصرف في ملكه-ما لم يتعلق حق الغير بملكه-بشرط ألا يؤدي هذا الاستعمال إلى ضرر فاحش، وقد ضيقوا من مجال الضرر الفاحش،وجعلوه فقط في ما يؤدي إلى هدم البناء أو وهنه، وهو الذي يكون نتيجة استعمال غير معتاد للعقار، أما الأضرار الناتجة عن الاستعمال المعتاد ، فلا توجب لديهم الضمان اعتبارا بالأصل في إطلاق الملكية .

لم تحظ فكرة التعسف بالقبول في مذهب الإمام الشافعي، الذي ذهب إلى القول بإطلاق الحقوق لأصحابها في الاستعمال، ولو لم يكن لهم نفع في ذلك ، وأيضا حتى لو ترتب عن عمل صاحب الحق ضرر للغير، وكان منبع هذا الرأي راجعا لكون الشافعي لا يعتد بالقصد والنية والدافع ، لاستحالة معرفتهم في نظره، بل يقتصر على الحكم على ظواهر الأفعال والتصرفات ، مادامت مستوفية شروط المشروعية الكاملة ، وهو الرأي الذي جعل المذهب الشافعي لا يراعي النية الباطنة - لأن هذه النية لا يطلع عليها إلا الله عز وجل- ومن ثمة فان الفرد يحكم عليه بظاهره الخارجي لا غير، فيكفي أن يكون الحق المستعمل في ظل مقاصد وحدود الشريعة الإسلامية،ودون أن نبحث عن البواعث التي أدت إلى استعماله[18].

لقي هذا الرأي معارضة في المذهب الشافعي نفسه، فنجد الإمام الغزالي الذي لم يقل بإطلاق الحقوق والحكم على الأعمال والتصرفات، بحكم الظاهر دون النية والقصد والغاية-لأن الحقوق لم تمنح وتعط إلا لغرض معين-وعليه يحكم على التصرف بناء على هذا القصد والغرض منه، ووفق هذا الأساس بحث الغزالي مختلف الحقوق، والتي منها حقوق الجوار، حقوق منع بموجبها كل التصرفات في الملك، التي من شأنها إيذاء الجار والإضرار به، وعددها بقوله:

**"ألا يتطلع من السطح إلى عوراته، ولا يضايقه وضع الجذع على جداره، ولا في مصب الماء في ميزابه، ولا في مطرح التراب في فنائه، ولا يضيق طريقه إلى الدار"**[19].

استعان الإمام الغزالي بالبعد الديني والأخلاقي وأثره في الأحكام الشرعية، وراعاها للتضييق والتقييد من نطاق الحقوق، والحث على استعمالها بحسب الغاية منها، مخالفا بذلك رأي الإمام الشافعي الذي ذهب إلى القول بإطلاق الحقوق، وقد أصبحت

هذه الفكرة التي أرساها الإمام الغزالي، مبدأ أسس عليها من أتى بعده من الفقهاء مبدأ قانونيا، الغرض منه تحريم التعسف، وسوء استعمال حق الملكية العقارية الخاصة.

بعد هذا العرض الذي تبين منه مبنى النظرية والأساس الذي ترتبط بهفي الفقه الإسلامي ، وهو الأساس الذي يمثل طبيعة الحق ووظيفته ، وليس الفعل الضار والمسؤولية التقصيرية، يتضح أن التعسف إنما يكون في حق مشروع بذاته، ولكن استعماله يفضي به إلى حالة اللامشروع في بعض الأحوال، أو لبعض الغايات، حيث يكون استعماله فيها منافيا لقصد الشارع في تحقيق المصالح ودرء المفاسد، وذلك بميزانه الخاص التشريعي في معيار المصلحة والمفسدة، أي أن الحق في هذه الأحوال والغايات تتعطل وظيفته، فيؤدي إلى عكس الغاية من مشروعيته الأصلية بسبب سوء استعماله.[20]

هكذا استقرت فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي على أصولها –وإن لم تكن تسمى باسمها –وفق معايير ثابتة من خلال ما تم ذكره سابقا، وهي معايير جعلتها تتأسس كنظرية متكاملة فيما بعد، تقوم على ضوابط وأسس تنحصر فيما يلي:

01- يجب استعمال الحق حسب الغرض منه.

02- يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه:

- إذا قصد بعمله الإضرار بالغير.
- إذا لم يترتب على عمله نفع له، وتولد عنه ضرر للغير.
- إذا نتج عنه ضرر عام للمجتمع.
- إذا أصاب الغير جراء العمل ضرر غير عاد.

**المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الملكية ضمن الفقه الوضعي**

يدفعنا التطرق لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي، إلى محاولةمعرفة الكيفية التي تبلور بها مفهوم التعسف وتأصل في القانون الوضعي.

**الفرع الأول: التعسف في استعمال حق الملكية في التشريعاتالأوروبية**

رغم قيامها كفكرة في أذهانالفقهاء على مدى قرون، إلا أن نظرية التعسف لم تستقر في التشريعات الحديثة، إلا بعد مرورها بجملة من التطورات عبر إطار زمني طويل[21]، وقد ثبت أنها كانت معروفة لدى الرومان، الذين كانوا يقررون أن من استعمل حقه ،لم يكن في وضع الظلم ، وفي نفس الوقت فإن لهذا الاستعمال حدود معينة[22]، خصوصا بعد أن أدخل على القانون الروماني قدرا مهما من النسبية في الحقوق، قدر تجسد بفضل أراء فقهاء القانون الروماني.

من ذلك مقولة (***Molitis non est indulgendum***)، وهي المقولة التي تعني أن سوء النية لا يستحق، فتسقط الحماية المقررة لصاحب الحق، وعبارة (***Summa injuria Jus***) والتي تعني أن الغلو في الحق غلو في الظلم[23]، فبالنسبة لحق الملكية لا يسأل المالك إذا أساء استعمال هذا الحق، باعتبار الحق فرديا مطلقا، إلاأن استعماله بنية الإضرار بالغير كان – لدى الرومان– ممنوعا، ومن ذلك ما قرره الفقيه "ايليان" أنه يجوز للمالك القيام بالحفر في أرضه، حتى وان أدى ذلك إلى قطع العروق النابعة في ارض جاره، وليس للجار أن يرفع عليه دعوى الغش، مادام لم يقصد من الحفر الإضرار به ، وهذا ما يبين أن التعسف في استعمال حق الملكية، كان متصورا لدى الرومان ، ومعياره نية الإضرار[24]، كما قرر ايليان أنه:

"من حفر بئرا في أرضه وتعمق فيها، يكون مسؤولا إذا كان التعمق من شأنه إسقاط حائط الجار".[25]

كما كان القانون الروماني ينص على جريمة الإضرار بالغير***damunn injuria datunLa*** ،والتي تنطبق أيضا على التعسف في استعمال الحق ، حيث من تطبيقاتها:

– إذا وجد المالك في أرضه حيوانات للغير، فله أن يتظلم لمالكها أو يطردها، بشرط إلا يترتب على طردها ضرر بها، أي أن حقه في طردها كان مقيدا، كما تقيد حق مالك العقار في استعماله أيضا، حيث لا يجوز له ترك عقاره المتخرب بحالة تهدد سلامة عقار الجار، وغيرها من التطبيقات الأخرى للتعسف.

تأثر القانون الفرنسي القديم بهذه النظرية في محيطها الضيق، حيث لم يعرفها كنظرية، بل مجرد فكرة محدودة التطبيقات جرت بها أقلام الفقهاء وأحكام القضاء[26]، وقد أجمع فقهاء القانون الفرنسي القديم على الحد من سلطات المالك،فذهب **"بوتيه"**إلى انه:

" لا يجوز للمالك أن يأتي عملا مضرا بالجار ومناقضا لالتزامات الجوار"

بمعنى أن حق المالك في استعمال ملكه محدود بعدم الإضرار بجاره، فإذا أضر به كان متعسفا، ويسأل بموجب هذا الفعل، وقرر **دوما وتوليير**أنه لا يسوغ للمالك أن يأتي عملا في عقاره، من شأنه مضايقة صاحب العقار المجاور أو الإضرار به، كإحداث دخان كثيف من فرن. [27]

بالرغم من الصدى الذي احتوته هذه النظرية، إلا أنها سرعان ما خبت، و لم تلبث أن انتكست، وتراجعت أمام تصاعد النزعة الفردية إبان الثورة الفرنسية، وذلك في أواخر القرن الثامن عشر، وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة الثورة بهذه النزعة، وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحريته الكاملة، خاصة في استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه من قبل القضاء.

إن التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي حدثت خلال القرن التاسع عشر أثرت في هذه الفكرة الأساسية ضمن القوانين، تأثيرا خرج عن دائرة الفردية المطلقة إلى دائرة اجتماعية، لا يقتصر النظر فيها إلى الفرد باعتباره فردا، وإنما باعتباره عضوا من جماعة يجب أن تتجه جهوده في تحقيق مصالحه،ونحو تحقيق مصلحة الجماعة التي يعيش بينها.

لم يلبث هذا الاتجاه أن حمل القضاء الفرنسي– بالرغم من عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية– فرض رقابته على استعمال الحقوق[28]، تلك الحقوق التي كان ينجر عن استعمالها كثير من المظالم،التي غالبا ما تتخفى تحت ستار الحرية الفردية، وبرزت هذه الرقابة من خلال أحكام نصت على وجوب منع حقوق فردية، إذا كانت مفضية إلى إضرار بالغير، ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة استئناف "كولمار"، حيث أدانت مالكا أقام مدخنة فوق سطح منزله،مما يحجب النور عن جاره، فنصت في حكمها الصادر سنة 1855م:

" ... المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو –على وجه ما–حق مطلق يسمح للمالك أن ينتفع بالشيء، وأن يستعمله وفقا لهواه ، ولكن استعمال هذا الحق – كاستعمال أي حق آخر– يجب أن يكون الغرض منه تحقيق مصلحة جدية مشروعة، وأن مبادئ العدالة والأخلاق تتعارض وحماية أي عمل، لم يقصد به تحقيق منفعة شخصية، بل قصد به الإضرار بالغير" [29].

كما قضت المحكمة الفرنسية سنة 1915م على أحد مالكي قطعة أرضية بالتعسف في استعمال حقه، حيث تتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

كان أحد الأشخاص "كليمونت بايار" يملك قطعة أرضية، وضغط على شركة الطيران المجاورة لهذه القطعة لشرائها، وعند رفضها قام ببناء أعمدة بأسلاك لمضايقة الطائرات عند هبوطها على ارض المطار، أو بعد إقلاعها، مما أدى إلى صدور الحكم ضده لتعسفه في استعمال حقه[30].

لقدبني هذا الحكم على فكرة التعسف، وهو بشكل جلي واضح في معياره الشخصي، أي اعتبار الباعث الشخصي معيارا للتعسف، وذلك في ظل غياب نصوص حول فكرة التعسف، إلا أن هذه التطبيقات القضائية لفكرة التعسف –وبمعونة الفقه وتأصيله –انتهت إلى إحيائها، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة، لم يلبث المشرع الفرنسي أن اعتنقها، وان لم يكن بنص يفرض مبدأ عاما، فعلى الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة.

إذا كان الفقه والقضاء الفرنسيين قد انتهيا إلى إقرار وتأصيل نظرية عامة لسوء استعمال الحق كما رأينا، فان هذا الاتجاه المناصر للنظرية، هو الاتجاه الذي أصبح سائدا ومستقرا في القانون الحديث عموما، وإذا كان القضاء هو الذي حمل عبء تقرير هذه النظرية في كثير من الدول، فإنه في دول أخرى تم الأخذ بهذه النظرية وفق نصوص تشريعية، تقررها باعتبارها مبدأ عاما[31]، ففي انجلترا صدرت قوانين سنة 1874، 1893 مقيدة حق الزوج في سلطته على أموال زوجته، وصدر قانون سنة 1896 وعمل به سنة 1911م ، ونصت المادة 226 منه على انه:

**" لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير".**

ونجد في القانون المدني الألماني الصادر سنة 1907 في المادة 226 ينص على أنه:

**"لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له سوى غرض الإضرار بالغير"** [32]

وفي سويسرا صدر القانون المدني في سنة 1907 متضمنا حقيقة أنه:

**"يجب على كل فرد أن يستعمل حقوقه، ويقوم بالتزاماته حسبما تقتضي قواعد حسن النية، وأن التعسف الظاهر في استعمال الحق لا يحميه القانون".**

وفي ايطاليا أصدر المشرع الايطالي في سنة 1919م تنظيمات لبعض الحقوق في المواصلات الجوية والمائية، وفي الملكية–وان لم يقرر نصوصا عامة لنظرية التعسف–وان جرى القضاء الايطالي على ما جرى عليه القضاء الفرنسي في الأخذ بمبادئها.

في النمسا صدر القانون المعدل في سنة 1916، ونصت المادة 1295 على أنه:

**" يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافي مع الآداب، وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير".**

ويقرر القانون المدني السوفياتي–سابقا–في مادته الأولى أن:

**" الحقوق المدنية يحميها القانون إلا في الحالات التي تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي"**[33]

إذا بحسب هذه التشريعات، يعتبر التعسف في استعمال الحق متحققا عند تجاوز صاحب الحق الغرض، الذي من أجله منح هذا الحق، فالقانون لا يحمي الحق ومستعمله، إلا إذا استعمل هذا الحق في الأطر الشرعية، و لم يصل استعماله حد الإضرار بالغير، كما لا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمل حقه في تحقيق أغراض، تتنافى مع غايات مشروعة.

**الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في التشريعات العربية**

لم يكن كل من مصطلح التعسف أو إساءة استعمال الحق معروفا لدى العرب بلفظه، حيث لم يرد هذا اللفظ في تفسيراتهم أو صريح كلامهم، وإنما يعد تعبيرا وافدا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب ، فعند ترجمة عبارة " L'abus de droit" نجد أن كلمة " Abus'" ترجمت إلى إساءة، ومعظم التشريعات العربية ، كالتقنين المدني **المصري والسوري، واللبيي، والأردني، والعراقي** ، **واليمني، والبحريني، والكويتي، واللبناني، والجزائري**، فقد استقت هذه النظرية من "الفقه الإسلامي" مصدرا تشريعيا لها، وأحلتها في الباب التمهيدي من قوانينها، بما يشعر أن لها من معنى العموم، ما يجعلها منبسطة الظل على كافة أنواع الحقوق، وكأنها ذات كيان مستقل، وذلك لتعلقها بطبيعة الحق وغايته، وليست مجرد تطبيق للمسؤولية التقصيرية.

لقد تطرق المشرع الأردني للتعسف ضمن نص المادة 66 من القانون المدني الأردني تحت عنوان " إساءة استعمال الحق " بما يلي:

**" يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع"**[34]

فيما أشار المشرع العراقي للتعسف ضمن نص المادة 07 من القانون المدني:

**" من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان..."** [35]

بدوره تطرق المشرع المصري للتعسف ضمن نص المادتين 04 و05 من القانون المدني، حيث قضت المادة 04 بقولها:

**" من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر"**[36]

فالمفهوم المخالف لهذا النص يعني مسؤولية من يستعمل حقه استعمالا غير مشروع، وهذا ما أخذ به أيضا **المشرع الليبي** في نص المادة 04من القانون المدني[37].

بالنسبة لموقف **المشرع الجزائري** من مسألة التعسف، فقد سار هو الآخر وفق ما سارت عليه بقية التشريعات المقارنة، حيث أنه مزج بين الفقه القانوني الحديث في نظرية التعسف والفقه الإسلامي، أي انه لم يقف عند نية الإضرار بالغير، وقد نص على ضوابط هذه النظرية ضمن نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه:

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات الآتية:

***- 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"**[38].

**المبحث الثاني: الإطار النظري لفكرة التعسف في استعمال حق الملكية**

يعد حق الملكية حقا مطلقا يخول لصاحبه جميع السلطات الممكنة على ما يملك، ومنها سلطة الاستعمال ولا يحد من هذه الحرية إلا وجوب عدم إلحاق الضرر بالغير، وأن يكون التصرف ضمن حدود حسن النية، واستعمال الملكية للغاية التي وجدت من أجلها، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل ترد عليها قيود خاصة على المالك، حتى لا يغل في استعمال حقه[39].

**المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق**

لا يكفي لمشروعية الفعل المرتكب استعمالا للحق، أن يكون صاحبه قد التزم بالحدود الموضوعية المنصوص عليها قانونا، وإنما يلزم أن تكون ممارسته للحق، قد روعي فيها الجانب المتمثل في تحقيق المصالح التي تقرر الحق من أجلها، فإذا اتفقت النية السليمة، كنا في نطاق التعسف في استعمال الحق.[40]

**الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتعسف**

كلمة التعسف مأخوذة من الفعل : عسف، حيث أن العسف هو السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب المفازة بغير قصد، ويقال عسف فلان فلانا: إذا ظلمه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما و لم يقصد الحق، وأعسف : إذا أخذ غلامه بأمر شديد، والعسيف هو الأجير و العبد المستهان به، ومنه أيضا عسف الولاة وإسراعهم إلى الظلم. [41]

يستخلص من هذه التعاريف أن التعسف من الناحية اللغوية، يعني أمرين:

- إما التخبط وإما الظلم، وكلاهما يحمل معنى الإساءة والإضرار، وهذا جوهر التعسف عند أهل الاصطلاح.

لقد وضع الفقهاء المعاصرون لهذا الاصطلاح تعاريف متعددة، فلقد عرفه الدكتور مصطفى الرباعي:

"..إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير" [42]

في حين عرفه عبد الواحد كرم بأنه:

"استعمال شخص لحق له، ينشأ عنه ضرر للغير" [43]

فيما عرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه:

استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الأضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"[44]

عرفه فتحي الدريني على أنه:

" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل". [45]

إن معنى ذلك أن يمارس الشخص فعلا مشروعا بالأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.

نلاحظ من خلال هذه التعاريف أن هناك خلافا في معنى التعسف، وهذا في مسألة تجاوز الحق، بين من يدخل في التعريف تجاوز حق الاستعمال المباح، وبين من يرى أن التعسف في معناه محصور في ممارسة الحق المشروع على وجه يلحق الضرر بالغير، أو يناقض قصد الشارع في التصرف المأذون فيه، وعليه فإن مجاوزة الحد في التصرف، تعد خروجا عما هو مأذون فيه، فلا تدخل في معنى التعسف.

إن مشكلة التعسف في استعمال الحق تقوم، إذا كان صاحب الحق مع التزامه بحدود وشروط حقه قد أضر بالغير، سواء عن قصد أو غير قصد، فالشخص الذي يملك قطعة أرض فضاء، ويبني عليها حائطا، يمارس حق الملكية الذي يعترف به القانون ويحميه، ولكن إذا نشأ عن ذلك حجب الضوء أو الهواء عن منزل جاره مثلا، يستطيع ذلك الجار أن يطالب بوقف هذا البناء، أو بتعويض عما أصابه من ضرر، نتيجة لسوء استعمال المالك لحقه، سواء بقصد، أو حتى وإن كان بغير قصد للإساءة. [46]

**الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال حق الملكية**

نشأ خلاف فقهي واضح بشأن تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال حق الملكية، وتمحور هذا الخلاف ضمنت وجهين رئيسين، اتجاه يقول باختلاف التعسف عن الخطأ، والثاني يرى في التعسف تطبيقا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

**أولا: استقلالية نظرية التعسف في استعمال الحق عن نظرية العمل غير المشروع**

يدفع هذا الاتجاه من الفقه نحو اعتبار نظرية التعسف كيانا مستقلا، واستقلاليتها تنشأ استنادا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، رأي كان المشرع الجزائري قد أخذ به، وذلك من خلال نص المادة41 من القانون المدني، لكن هذه المادة تم استبدالها بنص المادة 124 مكرر بعد تعديل القانون المدني الجزائري. [47]

**ثانيا: التعسف كنظام للمسؤولية التقصيرية**

يوجد جانب كبير من الاتفاق حول كون التعسف واحدا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، غير أن الاختلاف يكمن في تأصيل التعسف في حد ذاته، فهناك من يعتبره تجاوزا لحدود الحق، وفي ذلك إنكار لنظرية التعسف، فيما البعض الآخر يرى في التعسف خطأ من نوع خاص، وآخرون يعتبرون التعسف انحرافا عن سلوك الشخص العادي، بما يجعله بمثابة الخطأ، إذ يعتبر المتعسف مخطئا في استعمال حقه، سواء كان الخطأ جسيما أو يسيرا، ويمكن تفصيل هذه الآراء على النحو التالي:

**01-التعسف تجاوز لحدود الحق الموضوعية.**

نادى بهذا الرأي الفقهاء المنكرون لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن بينهم الفقيه الفرنسي بلانيولPLANIOL، حيث يقول أن : "الحق ينتهي حينما يبدأ التعسف" [48].

انتقد هذا الرأي نظرا لما يشوبه من خلط بين مفهومين مختلفين، وهما المجاوزة والتعسف، فالفرق بينهما ظاهر في كون التعسف في الحق معيبا في غرضه أو نتيجته، والخروج عن الحق يسبب دائما المسؤولية التقصيرية ، ويرتب التعويض عن الضرر، أما في التعسف فإن المسؤولية قد تكون تقصيرية أو عقدية ، ويكون التعويض غالبا بإصلاح الضرر ، خصوصا في مجال الملكية العقارية.[49]

**02- التعسف خطأ من نوع خاص**

نادى جانب من الفقه – مثلما ذهب إليه الفقيه جوسران JOSSRAND-بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن الهدف الاجتماعي له ، فلا تضفى صفة المشروعية على استعمال الحق، إلا إذا كان هذا الاستعمال متفقا مع غاية الحق وروحه، بما يجعل التعسف يخرج عن مدلول الخطأ العادي،[50]وفي نظرنا فإن ذلك يثير مشكلة الضمير الجماعي، لا مشكلة الضمير الفردي كما في الخطأ التقليدي.

**03- التعسف صورة من صور الخطأ**

يعتبر جانب من الفقه التعسف خطأ، دون الخروج به عن الحدود الموضوعية للحق، وهو بصورتين:

أ- صورة تقليدية تتمثل في الإخلال بحق الغير، وذلك بالخروج عن حدود الرخصة التي أباحها القانون ، أو الخروج عن حدود الحق، وهذا هو الخطأ بالمفهوم التقليدي، وبموجب هذه الصورة من الخطأ لا يسأل صاحب الحق إذا لم يخرج عن حدود حقه، لذا فهذه الصورة لا تستوعب فكرة التعسف.

ب- صورة حديثة تتمثل في الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه، ملتزما حدود هذا الحق.[51]

**المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال حق الملكية**

إذا كان الهدف من الحق هو تحقيق مصلحة صاحبه، فلن يتحقق ذلك إلا باستعمال هذه الأداة، فالقانون عندما يمنح حقا، فهو يوفق بين المصالح الخاصة بعضها ببعض من جهة، وبين المصالح الخاصة والمصلحة العامة من جهة أخرى، فالقانون يحمي المصلحة الخاصة التي تؤدي فائدة للمصلحة العامة.[52]

لقد اختلفت التشريعات في معايير التعسف، فبينما أخذت بعض التشريعات بالمعيار الشخصي، أخذت تشريعات أخرى بالمعيارين الشخصي والموضوعي، وسيتم تحديد هذه المعايير وفقا للقانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 124 مكرر على أنه يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات التالية:

- 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.

إن هذه المعايير منها ما هو شخصي ومنا ما هو موضوعي[53]، وسنحاول تناولها بشيء من التحليل والتأصيل من خلال ثلاثة فروع، وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول: استعمال الحق بنية الإضرار بالغير**

يعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا، وذلك لأنه كثيرا ما يحدث أن يسخر شخص حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية للنكاية بغيره والإضرار به[54]، وهذا المعيار هو معيار شخصي عبر عنه المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة سالفة الذكر: " إذا وقع بقصد الإضرار بالغير"

إذا يعد متعسفا من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، ولو صاحب هذا القصد نفع له، إذا كان قصد الإضرار هو القصد الرئيسي.[55]

إن المثال كمن يشيد جدارا مرتفعا على أرضه بقصد حجب ضوء الشمس عن جاره، فهو يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وذلك حتى ولو على بعض المنافع من عمله هذا، لأن الدافع الذي دفعه إلى ذلك مجرد الإضرار بالغير.[56]

إن الحال نفسه بالنسبة للمالك الذي يحدث ضجة وصخبا شديدين عند ممارسة جاره الصيد، لإشاعة الذعر في الحيوانات وتنفيرها، وكذلك المالك الذي يقيم مدخنة على ارتفاع عال لا يبتغ من وراء ذلك أي منفعة شخصية له، وإنما مدفوعا بما يتسلط عليه من رغبة شريرة في الإضرار بجاره، بحجب الضوء عن بنائه، والمالك الذي يقيم سياجا عاليا يطليه باللون الأسود، لا لشيء سوى إظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك.[57]

إن انعدام المصلحة في تصرف المالك في ملكه يعتبر قرينته على توافر قصد الإضرار بالغير، ومع ذلك ينبغي لقيام مسؤولية صاحب الحق أن يثبت المتضرر أن صاحب الحق قد استعمل حقه بنية الإضرار بالغير، وهذه النية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويمكن الاستدلال عليها من انعدام مصلحة صاحب الحق، أو تفاهة المصلحة التي يحققها له الاستعمال[58].

**الفرع الثاني:انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير**

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف ،فمن اليسير الادعاء بوجود مصلحة ما، وأن القصد من استعمال الحق كان تحقيق هذه المصلحة ،ولكن ينبغي أن تكون مصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال ،أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير ،بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقا، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق عن غرضه أو غايته، وواضح أن هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق ،وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة[59]، والواقع أن وجود مثل هذا التفاوت الجسيم بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير هو قرينة على قصد الإضرار بالغير.[60]

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

**أولا :هدم الحائط الفاصل :**

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 708 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها "غير انه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني،إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"

إن العذر القوي- القانوني- كما ورد في المادة يبين المصلحة الجدية التي يرمي مالك الحائط إلى تحقيقها، ومصلحته هنا تقدم، لأنه يتصرف في ملكه، أما إذا لم يستند في ذلك إلى عذر قوي، فيعد متعسفا وترجح مصلحة الجار. [61]

إن الحائط الفاصل مادام مملوكا ملكية خاصة لأحد الجارين، لا ملكية مشتركة بينهما، فالأصل أن لمالكه عليه كل سلطات الملكية، بما فيها التصرف المادي فيه بالهدم، غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا، أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من وراء هدمه، وبين الضرر الذي يلحق الجار نتيجة ذلك، نظرا لاستتار بنائه بالحائط، ومثل هذا التناسب يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوي يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الجار، أما إذا لم يوجد باعث على الهدم، أو وجد باعث، ولكنه ليس قويا- بحيث يبرره- فيعتبر ذلك قرينة على الانحراف في استعمال حق الملكية بابتغاء مصلحة ضئيلة تافهة، لا تستحق حماية القانون أمام ما يصيب الغير في مقابلها من أضرار جسيمة فادحة.[62]

**ثانيا : الالتصاق بالعقار**

وردت في الأحكام المتعلقة في الالتصاق بالعقار حالات عديدة، استعمل فيها المشرع معيار الموازنة بين الضرر والمصلحة، ومن بين هذه الحالات:

- ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 685 من القانون المدني الجزائري، والتي قضت بأنه إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784، يعتقد بحسن النية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، فإذا طلب مالك الأرض نزع المنشآت، يكون متعسفا، وجزاء تعسفه أنه لا يجاب في طلبه، بل يتملك المنشآت معاوضة، وذلك لأن الضرر الذي يصيب صاحب المنشآت أكبر من المصلحة التي يحققها. [63]

يمكن أن يعتبر من تطبيقات هذا المعيار كذلك، المالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار، وكان يمكنه دون ضرر أو فوات منفعة عليه، تجنيب ملك الجار هذا الضرر بإقامتها في مكان آخر من البناء، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه بقصد منع الغبار، وتطلع الجيران حائطا يبنيه بالطريقة العادية، وذلك بما يؤدي إلى حجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره، في حين أنه كان بإمكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار، دون تفويت ما يقصده من غرض يجعل أجزاء الحائط المقابل لمطلات ملك الجار من زجاج غير شفاف، يسمح بتسرب الضوء[64].

**الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق لتحقيقها**

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله لحقه، إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، فمثلا إذا أعد المالك منزله ليكون محلا لتعاطي القمار أو الاتجار بالمخدرات، فيعتبر متعسفا في استعمال ملكه، لأن المصلحة التي قصد تحقيقها من وراء هذا الاستعمال مصلحة غير مشروعة[65]، ذلك أن الحقوق لا قيمة لها بنظر القانون، إلا بمقدار ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك واستعمال الحقوق في سبيل تحقيق منافع غير مشروعة، يجردها من قيمتها، وهذا المعيار يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي لأن تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، ويأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مآل الفعل، وما إن كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة. ومن تطبيقات هذا المعيار قضية كليمان بايار الذي أقام مبان في أرضه المجاورة للمطار،ووضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها،ولإجبار شركة الطيران على شراء أرضه،فأدانه القضاء الفرنسي سنة1915 بالتعسف تحت ستار فكرة الخطأ. [66]

إذا نظرنا إلى هذه القضية فإننا لا نستطيع إخضاع الفعل للمعيار الأول-نية الإضرار-لان الفعل قد صاحبه قصد تحقيق مصلحة، كما لا نستطيع تطبيق المعيار الثاني -رجحان الضرر عن المصلحة -لان المصلحة التي يتطلبها هذا المعيار هي المصلحة المشروعة، فلم يبقى لنا سوى المعيار الثالث عدم مشروعية المصلحة، والفعل هنا لا يعد خروجا عن حدود الحق، لان المالك لم يستعمل سوى حقه المتمثل حق البناء على أرضه،والقانون لا يمنعه من البناء إذا فهو لم يخطئ، فماذا نسمي هذا الفعل سوى بأنه تعسف.

**خاتمة**

يمكن القول أن الإسلام سبق القوانين الوضعية في التعرض لمدلولات نظرية التعسف في استعمال الحق، وإن لم يسمها بهذا الاسم، وشرع لها الأحكام والحلول مراعاة في ذلك للهدف الاجتماعي الذي تقرر هذا الحق من أجله، كما كان لنظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا في التشريعات الوضعية، مرتبطة في ذلك كنظرية بفكرة الحق أساسا، مع ما يمثله من قيمة، يعترف بها الشرع والقانون ويحميانه لغاية معينة، وأتت هذه النظرية لتدفع الضرر قبل وقوعه، أو لترفعه بعد وقوعه.

إن أساس حظر التعسف في استعمال الحق، يكمن في أن صاحب الحق ليست له الحرية المطلقة في ممارسته،وإنما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذا ما اتفقت عليه التشريعات الوضعية.

**الهوامش**

(1) – عيسوي أحمد عيسوي، ***"نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"***، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1963، ص: 01.

(2) – فتحي الدريني،***النظريات الفقهية***،منشورات جامعة دمشق،سوريا،ط04، 1997.ص 131.

(3) – احمد الصويعي شليبك،***"التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ولتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"***، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، افريل،2009.ص:12.

(4) – **سورة البقرة، الآية: 231.**

(5) – **سورة التوبة الآية: 107.**

(6)–يوسفحميتو،**صلةمبدأاعتبارالمآلبنظريةالتعسففياستعمالالحقفيفتاوىمالكيةالغربالإسلامي**،مجلةالمذهبالمالكيالمغربية،العدد 12،( صيف 2011). ص 27.

(7)–الشاطبي، ***الموافقات في أصول الأحكام***، ج02، دار إحياء الكتب العربية، بيروت. 1977.ص350.

(8) – محمد أحمد سراج، ***نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي***، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998،ص:279.

(9) – يرى الأستاذ أبو زهرة رحمه الله أن مصطلح المضارة أدق من مصطلح التعسف، لان التعسف يتحقق اذا ترتب على استعمال الحق، ضرر مقصود للغير ، أو كانت الفائدة التي تنال صاحب الحق قليلة بالنسبة للضرر اللاحق للغير فاعترض على ذلك بأن التعسف لا يجتمع مع الحق فهما نقيضان لا يجتمعان وان الحقوق في الشريعة الإسلامية، تثبت مقيدة بعدم الضرر، انظر على سبيل ذلك:

– نزيه نعيم شلالا، **دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق، (دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية)**، منشورات الجليس الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006،ص:10.

(10)– سنن أبي داود، ج 02،المكتبة العصرية، حلب ، سوريا ، د.ت.ص 173

(11) – جميلة الرفاعي،" **التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون**"، مؤتة للبحوث والدراسات، كلية الشريعة، المجلد العشرون، العدد الثالث، 2005، ص:236.

(12) – غنية قري، **نظرية الالتزام**، دار قرطبة ، الجزائر، 2007. ص:141.

(13) – المدونة الكبرى للإمام مالك، **رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي**، دار صادر، بيروت، الجزء الخامس، 1978، ص:493.

(14) – وَهْبَةالزُّحَيْلِيّ، **الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ**،ج06، دار الفكر ، سوريَّة ، دمشق،1993. ص 463.

(15)–رشيد شميشم، **التعسف في استعمال الملكية العقارية، "دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.**، دار الخلدونية، الجزائر،2001، ص ص:63-64

(16)–كان الإمام أبو حنيفة يرشد المتنازعين إلى حيل، لكي يبين من خلالها أن في الجوار مصالح مشتركة يجب مراعاتها، والخوف من المعاملة بالمثل تدعو الجار الى أن يتحرر عن الإضرار بجاره، حيث يروي أن رجلاً شكا إلى أبي حنيفة من بئر حفرها جاره في داره فخشي منها الشاكي على جداره، فقال له أبو حنيفة – رحمه الله – أحفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل الرجل، فتزّت البئر، فكبسها صاحبها.وهكذا لم يفت أبا حنيفة الشاكي بأن له أن يجبر جاره على كبس بئر، قضاء، بل بيَّن أن لكل منهما كامل الحرية في التصرف ما دام ذلك ضمن حدود ملكه. أنظر:

– زين الدين ابن نجيم الحنفي،**البحر الرائق شرح كنز الدقائق،دار الكتاب الإسلامي**، ج07، د.ت .ص49

(17) –شمس الدين السرخسي،**المبسوط**، ج 15، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ،ص21

(18) – العربي مجيدي، **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، 2002.

(19) – أبو حامد الغزالي، **إحياء علوم الدين**، ج02،دار المعرفة، بيروت،1996. ص213.

(20)- مصطفى أحد الزرقاء ، **صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي( مؤصلة على خصوص الشريعة الاسلامية وفقهها)**، دار البشير ، عمان، 1995. ص:24.

21–P.Ancel.C .Didry , L'abus de droit :une notion sans histoire l'apparition de la notion d'abus de publication de l'université droit en droit français ou début du xxesiècle**, l'abus de droit, comparaisons France- suisses**, publication de l'université de saint, comparaisons Franco-suisses,publications de l'université de saint Etienne, 2001,p : 51.

(22)-إسماعيل العمري، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون**، مطبعة الزهراء الحديثة، الطبعة الأولى، 1984، ص: 22.

(23)Elisener, **Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit**, thèse, 2004, bruylant,- p :188 et suivant.

Voiraussi :

M.jovanovicAquitas and Banafids, in the legal pratictice of ancient Rome and prohibition of the abuse of rights, Dakota universities' series law and politics vol=01, 2003, p : 763.

(24)- عيسوي احمد عيسوي، مرجع سابق، ص: 35.

(25)- أحمد عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام** ، المجلد ، ج01، ط03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2004، ص:948.

26 -Laurent ECK,**controverses constitutionnelles et abus de droit**, A.T.E.R,l'universitéloyen, France.p ;03.

(27)- محمد السعيد رشدي، ***التعسف في استعمال الحق: "أساس ونطاق تطبيقه"*** ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 49.

(28)-Jean louis mestre, **L'expropriation face à la propriété du moyen Age**, édition puff, 1999, p : 52.

(29) – محمد السعيد رشدي، المرجع السابق ، ص: 53.

(30)-pascal julien saint amand, **Abus de droit et démembrement de propriété**, droit patrimoine :205,juill, aout, 2011, p : 74 .

(31)- عيسوي احمد عيسوي، مرجع سابق ، ص:37.

(32) – عبد الرحمان مجوبي، **التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص" عقود ومسؤولية" ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006، ص: 18.

(33)-عيسوي احمد عيسوي، مرجع سابق ، ص:38.

(34)-محمد لبيب شنب، " **التعسف في استعمال الحق أساس المسؤولية**"، مجلة الحقوق الأردنية، العدد الأول، السنة السايعة، مارس 1983، ص: 122.

(35) -غني حسون طه، **حق الملكية**، مطبوعات جامعة الكويت، 1977، ص:78.

(36) – مصطفى احمد الزرقاء، **صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الإسلامي**، دار البشير، عمان،1995،ص: 15.

(37)-عبد القادر محمد شهاب، ***أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي***، منشورات جامعة قان يونس، الطبعة الثالثة، 1997،ص: 371.

(38)- محفوظ لعشب، **المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2006، ص: 226.

(39)-مصطفى العوجي، **القانون المدني : المسؤولية المدنية**، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، بيروت، 2008. ص:328.

(40)-ابن منظور، **لسان العرب**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.س.ط، ص312.

(41)-أبو زهرة محمد، **شضص**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1963. ص 91.

(42)-.مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 1996، ص 272.

(43)-كرم عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، بيروت، مكتبة النهضة وعالم الكتب، 1998، ص 142.

(44)-فريدة زوواي، **النظرية العامة للحق**، ج02، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000. ص 272.

(45)-فتحي الدريني، النظريات الفقهية، دمشق، ط04، منشورات جامعة دمشق، 1997.ص 131المرجع السابق، ص 130.

(46)-رشيد شميشم، **التعسف في استعمال الملكية العقارية، الجزائر**، دار الخلدونية، 2010، ص ص 54،35.المرجع السابق، ص55.

(47)- دافع الأستاذ علي علي سليمان عن هذا الرأي ، مسندا إلى الحجج التالية:

- فصل المشرع نص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية، لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية.

- بالنظر إلى المصدر التاريخي لنظرية التعسف، نجد أن قوانين الدول العربية استمدت نظرية التعسف من الفقه الإسلامي، الذي لا يقيمها على الخطأ، بل ينظر إليها نظرة موضوعية تعتمد على ركن الضرر.

- إن الغالب في الجزاء عن التعسف هو التعويض العيني، بينما يغلب الجزاء النقدي في المسؤولية التقصيرية.

أنظر:حسن كيرة، **المدخل إلى علم القانون**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1989، ص 758.

(48)-رمضان أبو السعود، **الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني : النظرية العامة للحق**، بيروت، الدار الجامعية، 1992، ص 647.

(49)-عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري**، د.س.ط،، دار إحياء التراث العربي، ص 329.

(50)-محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الحق بوجه عام**، ، ص: 303.

(51)-رشيد شميشم، مرجع سابق، ص ص127، 128.

(52)-عبد الجواد السرميني، **الحقوق العينية الأصلية**، منشورات جامعة حلب، دمشق،1968.ص:325.

(53)-رشيد شميشم، مرجع سابق، ص:127.

(54)-سعيد عبد الكريم مبارك، **موجز أحكام القانون المدني الأردني : الحقوق العينية الأصلية**، 1996، ص :26.

(55)-محمد وحيد الدين سوار، **حق الملكية في ذاته**، عمان، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1993. ص:69.

(56)-سعيد عبد الكريم مرجع سابق، ص:26.

(57)-حسن كيرة، **الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها** ،منشاة المعارف، الإسكندرية، ط1995،4،ص:141.

(58)-عبد الجواد السرميني، المرجع السابق ،ص:387.

(59)-إن الأصح هو كلمة قوي، كما ورد في النص الفرنسي بدلا من كلمة قانوني..

(60)-أنظر: القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(61)-حسن كيرة مرجع سابق، ص ص 142،141.

(62)-هي منشآت يقيمها شخص في أرض غيره معتقدا بحسن نية أن له الحق في إقامته، والمادة 784 قد أشارت إلى حالة سوء النية في إقامة هذه المنشآت.

(63)-إدوارد عيد، **الحقوق العينية الأصلية**، ج01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 1979، ص 209.

(64)-غني حسون طه، **حق الملكية**، مطبوعات جامعة الكويت،1977.ص 80.

(65)-أحمد الصويعي شليبك، **التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير او لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون** ،مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، افريل 2009، ص58.

(66)-علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992، ص:223.