التعسف في استعمال الحق وأثره على المسؤولية المدنية
دراسة في القانون الجزائري مقارنا ببعض التشريعات العربية
Arbitrary use of the right and its impact on civil liability
A study in Algerian law compared to some Arab legislation

الأستاذ الدكتور الرشيد بن شويخ
كليات الشرق العربي للدراسات العليا
المملكة العربية السعودية

تاريخ استلام المقال : 2021-04-21 تاريخ القبول : 2021-05-18 المؤلف المراسل : الرشيد بن شويخ

ملخص

يعتبر موضوع التعسف في استعمال الحق من المواضيع المهمة في الدراسات القانونية وخاصة في مجال القانون المدني وما يرتبه من آثار على المسؤولية المدنية.فالقواعد القانونية جاءت لتنظم سلوك الأفراد في المجتمع ورسمت الحدود التي لا ينبغي تخطيها في استعمال واستغلال والتصرف في الحقوق المختلفة.لذلك ينبغي على الفرد في المجتمع أن يسلك في معاملته مع الأفراد الآخرين السلوك السوي والسليم. وأي انحراف عن هذا السبيل يؤدي إلى مخالفة النصوص القانونية من جهة ويعد مساسا بحقوق الآخرين من جهة أخرى.وهذه الدراسة تتناول بعض مظاهر التعسف في المجالين المدني وقوانين الأسرة والتعرف على أحكام النصوص المنظمة لموضوع التعسف في استعمال الحق.ولذلك نجمع في هذه الدراسة بين الموضوعين معا تعميما للفائدة. كما نعرض لبعض التطبيقات القضائية في الموضوع لمعرفة الاجتهاد القضائي المقارن في مجال التعسف في استعمال الحق.

الكلمات المفتاحية: التعسف، القانون، المسؤولية المدنية، الأسرة، الحق.

Abstract

The issue of abuse of the right is considered one of the important topics in legal studies, especially in the field of civil law and its implications for civil liability The legal rules came to regulate the behavior of individuals in society and set the limits that should not be crossed in the use, exploitation and disposition of various rights.The individual in society is to behave in his dealings with other individuals in the correct and proper manner. Any deviation from this path leads to a violation of the legal texts on the one hand and constitutes a violation of the rights of others on the other hand, and this study deals with some manifestations of abuse in the civil and family law fields and identifies the provisions of texts regulating the subject of abuse of the right.

Keywords:Arbitration, law, civil liability, family, right

مقدمة

التعسف في استعمال الحق هو من المواضيع المهمة في مجال الدراسات القانونية سواء تعلق الأمر في مجال القانون المدني وما يرتبه من آثار على المسؤولية المدنية وخاصة التقصيرية. أو في مجال قوانين الأسرة التي تعد مجالا خصبا هي الأخرى لموضوع التعسف في استعمال الحق. فالقواعد القانونية جاءت لتنظم سلوك الأفراد في المجتمع ورسمت الحدود التي لا ينبغي تخطيها في استعمال الحقوق والتصرفات المختلفة.

ولذلك ينبغي على الفرد في المجتمع أن يسلك في معاملته مع الأفراد الآخرين السلوك السوي والسليم. وأي انحراف عن هذا السبيل يؤدي إلى مخالفة النصوص القانونية من جهة ويعد مساسا بحقوق الآخرين من جهة أخرى.

ولمسألة التعسف في استعمال الحق جوانب متعددة نجد بعضها في القانون المدني وبعضها الآخر في قضايا الأسرة، ولذلك نزاوج في هذه الدراسة بين الموضوعين معا تعميما للفائدة.وسنقتصر في دراستنا فقط على مواضيع محددة في القانون المدني (مضار الجوار وتطبيقاتها). وكذلك في قوانين الأسرة نقتصر على موضوعين فقط وهما:(التعسف في العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي).أما منهج الدراسة لهذا البحث فيجمع بين الوصفي والمقارن وخصوصا في نطاق قوانين الأسرة، بالإضافة إلى التعرف على الاجتهاد القضائي المقارن في الموضوع. وبذلك أمكننا طرح التساؤل التالي في الموضوع كما يلي: **ما هي مظاهر التعسف في استعمال الحق في النطاق المدني وقوانين الأسرة؟**.

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا البحث إلى قسمين أساسيين:

المبحث الأول يتناول بعض مظاهر التعسف في استعمال الحق في النطاق المدني.

المبحث الثاني نتعرض فيه لبعض مظاهر التعسف في نطاق قوانين الأسرة.

1. بعض مظاهر التعسف في استعمال الحق في النطاق المدني

نظم القانون المدني الجزائري أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي باعتبارها المجال الخصب لتطبيق قواعد التعسف في استعمال الحق ضمن المسؤولية المدنية.

1.1. التعسف في استعمال الحق في نطاق المسؤولية المدنية

من المعلوم أن واجبا عاما يقع على عاتق الأفراد في المجتمع وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير وهو ثابت لا يتغير. فمن أخل بهذا الواجب وسبب أضرارا للغير يعتبر قد اركب خطأ تقصيريا يستوجب مسؤوليته المدنية وتعتبر المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية.

1.1.1. في نطاق المسؤولية التقصيرية

نص القانون المدني الجزائري على هذا المبدأ في المادة124، حيث جاء فيها ما يلي:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

كما نص في المادة124 مكرر على موضوع التعسف في استعمال الحق، حيث نصت على ما يلي: 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.

فإذا تحققت هذه الضوابط يكون الشخص قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية[1].

ولذلك فإن عناصر المسؤولية التقصيرية من خلال أحكام المادتين السابقتين هي ثلاثة، تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

أولا: الخطأ. يعني الانحراف عن السلوك السوي أو ما يعبر عنه بالإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، مع تحديد هذا الالتزام بأنه احترام حقوق الغير وعدم الإضرار به، وتحديد هذا الإخلال بأنه التعدي على حقوق الغير.

وبصورة أخرى تتلخص في أنه الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك، وهذا الانحراف من شأنه أن يلحق الضرر بالغير.

وفي موضوع التعسف في استعمال الحق تكون إرادة الشخص متجهة وقاصدة الإضرار بالغير. فعنصر العمد يكون نقطة محورية في موضوع التعسف في استعمال الحق بحسب نص المادة124 مكرر المذكورة.

هذا وللخطأ مظهران أساسيان هما: المظهر المادي ويتمثل في الانحراف عن السلوك السوي المعتاد بمعيار الرجل العادي، وهو المقياس الذي تقاس به التصرفات في مثل هذه المواطن.

وأما المظهر الثاني فهو المظهر المعنوي فيتمثل في الإدراك والتمييز فلا يكون الشخص مسؤولا إلا إذا كان في استطاعته أن يدرك ما يقوم به من أفعال وتصرفات بالمعنى القانوني، أي يكون كامل الأهلية أو مميز على الأقل حتي يمكن نسبة الخطأ إليه.

أما أوصاف الخطأ فهي على نوعين: خطأ غير عمدي ويكون حين لا تتجه الإرادة إلى ارتكاب الخطا والنتيجة المترتبة عليه فلم يكن يريد الفعل ولا النتيجة وإن اتجهت إرادته إلى الفعل دون النتيجة. فالسائق حين يصدم أحد المارة قصد السير بسرعة مثلا، لكنه لم يقصد النتيجة. ولذلك تترتب المسؤولية كونه قد ارتكب خطأ غير عمدي.

وأما الخطأ العمدي فهو الخطأ الذي يلعب القصد فيه دورا مهما باتجاه الإرادة إلى إحداث السلوك والنتيجة معا، ويتحقق هذا على الخصوص في مجال التعسف في استعمال الحق.

وفيما يخص إثبات الخطأ فيقع على عاتق الدائن المضرور. فعليه إثبات الخطأ بالصور المذكورة وبالأوصاف المحددة، وله في ذلك جميع طرق الإثبات.

والسبب في ذلك أن أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات. فعلى من يدعي أن ضررا ما أصابه عليه أن يقيم الدليل على خطأ محدث الضرر. وله في ذلك كافة طرق الإثبات لأن الخطأ عبارة عن وقائع مادية وهذه تقبل الإثبات بكافة الطرق.

وفي مجال التعسف في استعمال الحق يقع عبء إثبات قصد الإضرار بالغير وعدم تناسب الفائدة التي يجنيها مرتكب الخطأ مع حجم الضرر، إضافة إلى عدم مشروعية الفائدة التي يجنيها من التعسف في استعمال الحق على عاتق الدائن المضرور.

وتقدير مدى تحقق التعسف في استعمال الحق من عدمه يخضع لتقدير القاضي بناء على ما يعرض أمامه من إثباتات ووقائع في هذا الشأن.

ثانيا:الضرر. العنصر الثاني للمسؤولية التقصيرية هو المتمثل في الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، ولا تقوم المسؤولية إلا بتحقق الضرر فهو العنصر الثاني لقيام المسؤولية، ومقدار الضرر يكون معتبرا في حجم ومقدار التعويض.

كما يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع أو وقع فعلان أو سيقع حتما بحسب المجرى العادي للأمور، كالضرب والجرح وإتلاف المال أو السب والشتم وتشويه السمعة ونحوها من التصرفات التي تدخل في الحياة العملية. وعليه سواء كان الضرر ماديا أو معنويا كلاهما يستوجب المسؤولية.

وفي مجال الإثبات يقع على عاتق المضرور إثبات الضرر بالصور السابقة وله في ذلك جميع طرق الإثبات لأن الضرر عبارة عن وقائع مادية وهذه تقبل الإثبات بكافة الطرق. وقبل ذلك عليه إثبات عنصر الخطأ كما أسلفنا. وفي النهاية تكون السلطة التقديرية للقاضي.

والعنصر الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية هو **العلاقة السببية**، فعنصر السببية هو حلقة الربط بين الخطأ والضرر فلا تقوم المسؤولية إلا بتوافرها وهي ربط العلة بالمعلول في إطار ما يسمى بالإسناد المزدوج. أي نسبة الخطأ إلى مرتكبه ونسبة النتيجة التي هي الضرر إلى الخطأ وحده حتى تكون العلاقة السببية متوافرة على الوجه المطلوب[2].

فإذا تدخلت عناصر خارجية أدت إلى حدوث النتيجة قد تنقطع العلاقة السببية للسبب الأجنبي ، كما هو الحال في خطأ المضرور والحادث الفجائي والقوة القاهرة.وإذا اشتركت هذه العوامل مع خطأ المسؤول فإنه يسال عن القدر المتيقن في حقه، إلا إذا تبين بأن النتيجة كلها كانت بفعل السبب الأجنبي.

وهي وقائع تتطلب الإثبات بكافة الطرق. والقاضي هو الذي يقدر الأمور في مسالة توافر العلاقة السببية من عدمها.

وقد نصت المادة127 على انه: إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

2.1. بعض التطبيقات القانونية لمسالة التعسف في استعمال الحق

للوقوف على المسائل المتعلقة بمجالات التعسف في استعمال الحق نتعرض بالدراسة لبعض التطبيقات المتعلقة بالموضوع في النظاق المدني

1.2.1. عدم التعسف في مسالة مضار الجوار.

تعتبر مضار الجوار من القضايا المهمة التي نظمها القانون بنصوص واضحة نظرا لمخاطرها على الفرد والمجتمع وضبط سلوك الأفراد فيما بينهم حتى لا تكون هناك مضار أو التخفيف منها بين الجيران.

وقد نص القانون المدني الجزائري على الموضوع من خلال المادتين690و691 كما يلي:

المادة690: يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة وعليه مراعاة الأحكام التالية.

المادة691: 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.

من خلال هذين النصين يتبين بوضوح ما ترتبه مضار الجوار من خلال التعسف في استعمال الحق مراعيا في ذلك التمييز بين الأضرار المألوفة والتي يمكن التسامح فيها. غير أنه إذا تجاوزت الحد المألوف فله أن يطلب إزالتها[3].

وعند النزاع يراعي القاضي ما يراه مناسبا وفقا للعرف وطبيعة ومكان العقار والغرض الذي خصص لأجله.

وإذا ثبت التعسف في استعمال الحق فإن ذلك يعد خطا يستوجب مسؤوليته، وهذه المسؤولية تتمثل إما في إزالة الضرر أو جبر الضرر من خلال التعويض الذي يراه القاضي مناسبا مراعيا مركز الخصوم.

فإذا تحققت هذه الضوابط يكون الشخص قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية.

وفي مجال الفقه الإسلامي نجد بالمجمل أن إسالة الماء أو إشعال الحريق التي تؤدي إلى الإضرار بملك الجار موجبة للضمان. ومن يحدث ضررا لجاره بفتح طاقة يكشف على جاره يؤمر بسدها، ومن يبني في داره فرنا أو كير حداد يحدث دخانا متصاعدا يضر بجاره وجب منعه. ومن يصرف ماءه على دار جاره يصيبه ضررا وجب منعه، ومن يعلو في البناء على جاره فيحجب عنه الشمس وجب إزالته حسب بعض الآراء.

ولذلك فإن عناصر المسؤولية التقصيرية من خلال أحكام المواد السابقة هي ثلاثة، تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

أولا: الخطأ. يعني الانحراف عن السلوك السوي أو ما يعبر عنه بالإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، مع تحديد هذا الالتزام بأنه احترام حقوق الغير وعدم الإضرار به، وتحديد هذا الإخلال بأنه التعدي على حقوق الغير.

وبصورة أخرى تتلخص في أنه الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك، وهذا الانحراف من شأنه أن يلحق الضرر بالغير.

وفي موضوع التعسف في استعمال الحق تكون إرادة الشخص متجهة وقاصدة الإضرار بالغير. فعنصر العمد يكون نقطة محورية في موضوع التعسف في استعمال الحق بحسب نص المادة124 مكرر المذكورة.

هذا وللخطأ مظهران أساسيان هما: المظهر المادي ويتمثل في الانحراف عن السلوك السوي المعتاد بمعيار الرجل العادي، وهو المقياس الذي تقاس به التصرفات في مثل هذه المواطن.

وأما المظهر الثاني فهو المظهر المعنوي فيتمثل في الإدراك والتمييز فلا يكون الشخص مسؤولا إلا إذا كان في استطاعته أن يدرك ما يقوم به من أفعال وتصرفات بالمعنى القانوني، أي يكون كامل الأهلية أو مميز على الأقل حتي يمكن نسبة الخطأ إليه.

أما أوصاف الخطأ فهي على نوعين: خطأ غير عمدي ويكون حين لا تتجه الإرادة إلى ارتكاب الخطا والنتيجة المترتبة عليه فلم يكن يريد الفعل ولا النتيجة وإن اتجهت إرادته إلى الفعل دون النتيجة. فالسائق حين يصدم أحد المارة قصد السير بسرعة مثلا، لكنه لم يقصد النتيجة ولذلك تترتب المسؤولية كونه قد ارتكب خطأ غير عمدي.

وأما الخطأ العمدي فهو الخطأ الذي يلعب القصد فيه دورا مهما باتجاه الإرادة إلى إحداث السلوك والنتيجة معا، ويتحقق هذا على الخصوص في مجال التعسف في استعمال الحق4.

وفيما يخص إثبات الخطأ فيقع على عاتق الدائن المضرور فعليه إثبات الخطأ بالصور المذكورة وبالأوصاف المحددة، وله في ذلك جميع طرق الإثبات.

والسبب في ذلك أن أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات. فعلى من يدعي أن ضررا ما أصابه عليه أن يقيم الدليل على خطأ محدث الضرر. وله في ذلك كافة طرق الإثبات لأن الخطأ عبارة عن وقائع مادية وهذه تقبل الإثبات بكافة الطرق.

وفي مجال التعسف في استعمال الحق يقع عبء إثبات قصد الإضرار بالغير وعدم تناسب الفائدة التي يجنيها مرتكب الخطأ مع حجم الضرر، إضافة إلى عدم مشروعية الفائدة التي يجنيها من التعسف في استعمال الحق على عاتق الدائن المضرور.

وتقدير مدى تحقق التعسف في استعمال الحق من عدمه يخضع لتقدير القاضي بناء على ما يعرض أمامه من إثباتات ووقائع في هذا الشأن.

ثانيا: الضرر. والمتمثل في الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، ولا تقوم المسؤولية إلا بتحقق الضرر فهو العنصر الثاني لقيام المسؤولية، ومقدار الضرر يكون معتبرا في حجم ومقدار التعويض.

كما يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع أو وقع فعلا، أو سيقع حتما بحسب المجرى العادي للأمور. كالضرب والجرح وإتلاف المال أو السب والشتم وتشويه السمعة ونحوها من التصرفات التي تدخل في الحياة العملية. و سواء كان الضرر ماديا أو معنويا فكلاهما يستوجب المسؤولية.

وفي مجال الإثبات يقع على عاتق المضرور إثبات الضرر بالصور السابقة وله في ذلك جميع طرق الإثبات لأن الضرر عبارة عن وقائع مادية وهذه تقبل الإثبات بكافة الطرق. وقبل ذلك عليه إثبات عنصر الخطأ كما أسلفنا. وفي النهاية تكون السلطة التقديرية للقاضي.

ثالثا: العلاقة السببية.العنصر الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية هو علاقة السببية، فعنصر السببية هو حلقة الربط بين الخطأ والضرر فلا تقوم المسؤولية إلا بتوافرها وهي ربط العلة بالمعلول في إطار ما يسمى بالإسناد المزدوج. أي نسبة الخطأ إلى مرتكبه ونسبة النتيجة التي هي الضرر إلى الخطأ وحده حتى تكون العلاقة السببية متوافرة على الوجه المطلوب.

فإذا تدخلت عناصر خارجية أدت إلى حدوث النتيجة قد تنقطع العلاقة السببية للسبب الأجنبي ، كما هو الحال في خطأ المضرور والحادث الفجائي والقوة القاهرة.وإذا اشتركت هذه العوامل مع خطأ المسؤول فإنه يسال عن القدر المتيقن في حقه، إلا إذا تبين بأن النتيجة كلها كانت بفعل السبب الأجنبي.

وهي وقائع تتطلب الإثبات بكافة الطرق. والقاضي هو الذي يقدر الأمور في مسالة توافر العلاقة السببية من عدمها.

وقد نصت المادة127 مدني جزائري على أنه: إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

2.2.1. في مجال القيود الواردة على حق استعمال حق الملكية العقارية

المقصود من حق الملكية هو استئثار الشخص بالعقار المملوك له ملكا خاص هذا الاستئثار يمكنه من الاستعمال والاستغلال والتصرف دون معقب من أي شخص.

غير أننا نعني بالقيود الواردة على حق الملكية العقارية بعض الأعباء يفرضها المشرع على عاتق المالك أو تكون مفروضة بالاتفاق بين الأشخاص تؤدي إلى الحد من سلطات المالك على العقار منعا للتعسف في استعمال الحق. وهذه القيود تتعدد وتتنوع بحسب صورها فقد تكون في صورة تسليم العقار للغير لاستغلال المنفعة كما هو الحال في عقد الإيجار. فهذا القيد يحد من حرية المالك في استغلال ملكه بحيث ينتقل الملك إلى الغير لاستغلاله على وجه المنفعة، وترفع يد المالك في استغلال ملكه طيلة مدة سريان الإيجار.

وقد نجد هذا القيد يتعلق بإلزام الغير لصاحب الملك القيام بعمل ما بحكم الجوار كتشييد الحائط المشترك بينهما أو القيام بوضع سياج ومعالم للحدود الفاصلة بينه وبين جاره.

وقد يكون القيد هو منع المالك من التصرف فيما يملك كحالة الرهن الحيازي، حيث يكون العقار المرهون إما في حوزة الدائن أو لدى الغير فصير بذلك ممنوعا من التصرف فيه أو استرداده ما لم ينته الرهن.

مع ملاحظة أن هناك فرقا واضحا بين القيود الواردة على الملكية والقيود الواردة على حق التملك. فالأولى تقيد المالك إما في حق الاستعمال والاستغلال أو التصرف. والثانية تقيد الشخص الساعي لكسب الملكية بحيث تفرض عليه شروطا لا يمكن له كسب الملكية إلا بتحققها. ومن ضمنها مسألة الرسمية والشهر العقاري. فلا يكون الشخص متملكا للعقار إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات حتى تكون له صفة المالك من الناحية القانونية.

كما تتجلى عملية التمييز بينهما أيضا في أن الأولى تترتب عنها المسؤولية المدنية في حين أن الأخرى لا ترتب المسؤولية وإنما تؤدي إلى انعدام الملكية(عدم التملك).

وبالمجمل فإن القيود الواردة على الملكية العقارية هي تلك الالتزامات الإيجابية أو السلبية المفروضة على المالك قانونا أو اتفاقا. كما أن هذه القيود قد تكون مقررة للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وذلك حتى لا يساء استعمال الحق فيها للإضرار بالغير.

أولا: عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في مضار الجوار. المقيد بمقتضى النصوص القانونية والذي سبقت الإشارة إليه في موضوع استعمال حق الملكية العقارية استنادا لأحكام المادتين 690 و691 من القانون المدني الجزائري على سبيل المثال[5].

المادة690: يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة وعليه مراعاة الأحكام التالية.

المادة691: 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.

والمقصود بالأضرار المألوفة هي تلك التي لا يمكن تجنبها بحسب طبيعة الأمور كالإزعاج الناتج من أشغال طارئة في ملك الجار أو الإزعاج الناتج عن ضجيج ورشة حرفية مجاورة للمساكن شريطة أن يكون هذا الإزعاج ضمن الأوقات المحددة لساعات العمل.

وأما الأضرار المألوفة فهي تلك التي يمكن تجنبها ببذل جهد معقول على أساس أنها تدخل ضمن الواجبات العامة وهي الالتزام بعدم الإضرار بالغير. فمن أخل بها يكون مرتكبا

خطأ يستوجب مسؤوليته كونها خرجت عن المألوف وتعتبر أضرارا غير مألوفة ومن ثم يصدق عليها وصف التعسف في استعمال الحق .

ومن أمثلتها عدم احترام المسافات المحددة قانونا لفتح الشبابيك التي تفرضها قواعد البناء وفتح الشرفات المطلة على الجار بشكل مباشر، أو القيام بالأشغال والترميم في غير الأقوات المخصصة للعمل.

وتقدير ذلك مرده لقاضي الموضوع، فهو الذي يقدر التصرف الذي يصدر من الشخص ما إذا كان يدخل ضمن الأضرار المألوفة وغير المألوفة عندما يطرح النزاع أمامه. كما أن عبء إثبات الخطأ والضرر يقع على عاتق المضرور باعتباره هو المكلف بالإثبات.

وموضوعي الخطأ والضرر عبارة عن وقائع مادية والوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وهو ما قررته المحكمة العليا في الجزائر بأن تقدير الأضرار المألوفة وغير المألوفة مما يختص به قاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليها(قرار رقم506915 بتاريخ2009/04/08).

وفيما يتصل بمدى تأثير بعض العوامل على مسالة الضرر غير المألوف على الأوضاع المجاورة فإن ذلك مرده إلى طبيعة الأمور حسب مجراها وتطورها[6].

فمثلا لو أقيمت مجموعة من المنشآت الحرفية في منطقة محددة تعودت على العمل بالمناوبة بالليل والنهار، ثم تغر الوضع بأن بنيت منشآت سكنية بالقرب منها فكيف يكون وضع السكان الجدد بالنسبة للضرر المألوف وغير المألوف.

فإذا نظرنا إلى طبيعة النشاط الذي كان قائما قبل بناء المساكن فإن الورشات كانت تشتغل بالليل والنهار ونشاطه يعد أمرا مألوفا. غير أنه بمجرد أن تغير الوضع بأن سكن بجوار هذه الورشات مجموعة سكان تغير الوضع تماما وصار ما يحدث من ضجيج بالنهار يعد أمرا مألوفا لا يمكن الاحتجاج عليه، بينما الضجيج الذي يحدث بالليل تحول إلى ضرر غير مألوف.

ولا يمكن لأصحاب الورشات التذرع بالأسبقية في البناء والنشاط بالليل والنهار على أساس المناوبة. ويكون الحل هو إما وقف النشاط الليلي أو تغيير طريقة العمل بحيث لا يكون هناك ضجيجا بالليل لمنع الإضرا ر بسكان الجوار.

وقد يحتج أصحاب النشاط على أساس أنهم يملكون تراخيص مزاولة النشاط بالمناوبة بالليل وهذا الترخيص كان سابقا على قدوم السكان المجاورين.

ولذلك فمن حقهم مزاولة النشاط حتى مع حدوث الضرر غير المألوف مادام هناك ترخيص. ولكننا نرى بأن هذا الاحتجاج لا يعفيهم من المسؤولية لأنه يقع على عاتقهم واجب احترام السكينة العامة والتكيف مع الأوضاع الجديدة.

وفي هذا السياق أيضا قررت المحكمة العليا في الجزائر بأن الرخصة الممنوحة من الإدارة لا تمنع الغير من الرجوع والاحتجاج بدعوى الأضرار غير المألوفة.

ثانيا: القيد المتعلق بالمرور القانوني.

يحدث هذا عندما نكون أمام عقارات محاورة لبعضها بعضها يطل على الطريق العام وبعضها لا يطل على الطريق وإنما هو مجاور للعقار الأول من الخلف.

ولا سبيل للوصول لاستغلال العقار المجاور الخلفي إلا بالمرور عبر العقار الأول مما قد يحدث نزاعا بين أصحاب العقارات المجاورة على أساس أن ذلك يحرم المالك الأول من استغلال ملكه بالشكل الكامل.

كما أن منع صاحب العقار الخلفي من حق المرور عبر العقار الأول يمنع أيضا من استغلال ملكه بالكامل.

من هذا المنطلق تدخل المشرع بوضع نصوص قانونية تراعي مصلحة أصحاب الشأن وتمكنهم من الوصول واستغلال أملاكهم الخاصة عن طريق ما يعرف بحق المرور القانوني بفتح ممرات بطريقة تسمح لأصحاب العقارات المجاورة من الوصول إلى أملاكهم مقابل تعويض عادل.

هو قيد مفروض على أصحاب العقارات المجاورة لفتح الممرات المناسبة من جهة، ويلتزم المستفيد من الممر بدفع تعويض متفق عليه أو يتقرر بحكم قضائي إذا لزم الأمر يدفع دفعة واحدة أو على أقساط وفقا لما تقضي به للمادة701.

أما من يطالب بحق المرور فهو مالك العقار أصلا، أما المستأجر فلا يملك هذا الحق لأنه صاحب حق انتفاع وانتفاعه عرضي وهو حق شخصي.

وهذا ما قررته المحكمة العليا في الجزائر، حيث جاء فيه ما يلي: ... المستأجر هو شاغل عرضي لا يحق له طلب المرور على ملك الغير وأن هذا الحق يقتصر على المالك(قرار رقم 649966 بتاريخ 2011/4/14).

وحق المرور حق ثابت لصاحب العقار المحصور وينتقل هذا الحق لكل مالك له مستقبلا ولو لم يطالب به البائع للعقار، لأنه تقرر بمقتضى القانون، شريطة ألا يكون هناك ممر

لصاحب العقار المجاور للطريق العام. أو يمكن له فتح ممر لكن يكلفه نفقات كبيرة بسبب طول أو وعورة الطريق[7].

كما أن حق المرور قد يكسب عن طريق التقادم وذلك حين يكون لصاحب العقار ممر يستغله مدة15 سنة دون اعتراض من صاحب الملك. ويسمى هذا التقادم المكسب للحق وفقا للمادة700 من القانون المدني التي تقضي بأنه:

لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض إذا سكت حتى حصل صاحب الأرض المحصورة بالاستعمال والحيازة على حق المرور بالتقادم لمدة خمسة عشرة (15)سنة.

ثالثا: القيود المتعلقة بالتلاصق في الجوار

المقصود بها تلك القيود التي فرضها القانون بسبب وجود أملاك عقارية متلاصقة ومتجاورة، ولذلك وجب مراعاة بعض المسائل الجوهرية في الموضوع من باب الحفاظ على الحقوق والالتزامات لمنع حدوث ما يسمى بمضار الجوار أو التعسف فيها . وهذه القيود تتمثل أساسا في وضع معالم الحدود والحائط المشترك والمطلات والمناور.

1/ القيد المتعلق بوضع معالم الحدود: المالك عادة في المسائل العقارية يكون له إما ملكية خاصة خالصة يستأثر بها لوحده دون مشاركة غيره وإما أن يكون شريكا في الملكية على وجه الشيوع، وبالتالي فإن واجب وضع المعالم للعقار يتحدد وفق هذه المعطيات.

فإذا كانت ملكيته خالصة أمكن لجاره الملتصق بعقاره معه أن يطالبه بوضع معالم للعقار الملتصق والمعالم التي يراد إنجازها هي المعالم المشتركة بينهما.

والأصل فيها أن تكون بنفقات مشتركة ما لم يختص كل واحد منهما بوضع معالم له في حدوده.

وقد نصت المادة703 من القانون المدني الجزائري على سبيل المثال على أنه: لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

وفي حال تم وضع المعالم من طرف أحدهما أمكنه مطالبة الجار الملتصق بنصيبه إلا أن يكون متبرعا.

2/ القيد المتعلق بالحائط الفاصل: القاعدة في بناء وتشييد الحائط الفاصل المشترك أن يكون على وجه الشيوع يشتركان معا في بنائه وتشييده إلى الحد المتفق عليه.

وقد يتولى شخص واحد بالبناء فله أن يرجع على جاره بما دفعه، ما لم يقم هو الآخر ببناء جدار فاصل من جهته ولو كان ملتصقا بحائط جاره. وفي هذه الحالة لا تكون هناك نفقات مشتركة بينهما[8].

والقاعدة أن كل حائط مشترك تم بناؤه يعد مشتركا بين الجارين المتلاصقين، ما لم يثبت العكس ، بمعنى يمكن لأي من الجارين أن يقيم الدليل على أن الحائط الذي تم تشييده كان على نفقته الخاصة وفقا لما تقضي به المادة707 مدني جزائري.

كما أنه يمكن لأي واحد من الجارين أن يرفع أو يزيد في علو الحائط سواء كان مشتركا بينهما بالاتفاق أو اختص أحدهما بالتعلية دون الآخر.

وفي هذه الحالة تكون جميع النفقات والصيانة على عاتقه هو وحده وفقا لما تقضي به المادة705 مدني جزائري.

ويمكن للجار الآخر أ يدخل شريكا معه أثناء البناء والتعلية ولو بعد إتمام التعلية بأن يتحمل نصف النفقات.

والقيد الوارد بالنسبة للحائط المشترك هو أنه لا يكون لأي واحد منهما أن يستأثر باستغلال الحائط المشترك بل يزاحمه فيه الجار الآخر بحكم التلاصق وفقا للمادة706.

وفي الفقه الإسلامي نجد بالمجمل أن الحائط والجدار الذي يفصل بين دارين ويكون ملكا لهما فإنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه على انفراد، بل يمكن استغلاله منهما.

وإذا تهدم فبنيانه عليهما، فإن أبى أحدهما البناء ولم يكن الحائط قابلا للقسمة، اجبر الممتنع على المشاركة في البناء(الغرناطي، القوانين الفقهية، ص266).

3/ القيود المرتبطة بالمطلات والمناور.

يقصد بالمطلات الفتحات في المنازل التي تطل على الخارج كفتحات النوافذ والشرفات. والتي من خلالها يشاهد الإنسان الحدائق والبساتين والبنيان المجاور والمقابل للمساكن. وكثيرا ما يثير هذا الموضوع إزعاجا للجيران بعضهم لبعض لأن هذا يكشف الخصوصيات.

كما قد تكون هذه المطلات مصدرا للإزعاج من خلال الأصوات والضجيج، لذلك فرض المشرع مسافات مدروسة يجب على الجميع احترامها وفقا لمقاييس مرتبة بالبناء وخصوصا داخل المناطق العمراني بالمدن.

وفي هذا السياق ميز المشرع بين المطلات المقابلة مباشرة لبعضها البعض والمطلات المنحرفة. فالمطل المقابل هو الطي يسمح بالمشاهدة بشكل مباشر . والمطل المنحرف لا يمكن المشاهدة منه إلا بالتفات يمينا أو شمالا.

وبالنسبة للقانون الجزائري فرض أربعة أمتار بالنسبة للمطل المباشر والمقابل بموجب المادة05 من القانون رقم91-175 المتعلق بالتهيئة والتعمير.

فلا يجوز الفتح لأقل من هذه المسافة.وهو ما تأكد من خلال قرار للمحكمة العليا صادر في هذا الشأن سنة1999.

كما فرض مسافة 60 سنتيمتر بالنسبة للمطل المنحرف إذا كان هذا المطل المنحرف على الجار. أما إذا كان المطل للطريق العام فلا يشترط هذه المسافة المادتان 709 و710 من القانون المدني.

وصاحب الملك إذا فتح مطلا لم يراع فيه المسافات المقررة قانونا أمكن للمتضرر المطالبة بغلق المطل أو إرجاعه للمسافة القانونية.

وإذا كان المطل الذي لم يحترم فيه المسافة واستمر استغلاله مدة 15سنة يكون صاحبه قد اكتسب هذا الحق في الارتفاق عن طريق التقادم.

وأما المنور فهو فتحة في البناء يكون الغرض منه هو الضوء والهواء، وهو يقام على علو مترين فما فوق لذلك لا تشترط فيه مسافة لأنه في جميع الأحوال لا يكشف عن الجار بحكم علوه مترين فما فوق من الأرضية المادة711 مدني.

2. بعض مظاهر التعسف في استعمال الحق في نطاق الأسرة

يعتبر مجال الأسرة من المجالات الخصبة لمجموعة من مظاهر التعسف في استعمال الحق بمناسبة استعمال الحقوق والواجبات الأسرية في نطاق أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، وسوف نقتصر في هذه الدراسة على موضوعين فقط من مظاهر التعسف في استعمال الحق وهما التعسف في العدول عن الخطبة في الزواج والطلاق التعسفي.

1.2. التعسف في استعمال الحق في موضوع الخطبة في الزواج

المعلوم أن الخطبة في الزواج تعتبر من مقدمات العقد فهي عبارة عن وعد بالزواج غير ملزم بنص القانون. وقد نصت المادة الخامسة من قانون الأسرة على أنه: الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

من خلال هذا النص يتضح بأن العدول عن الخطبة مقرر بنص القانون، ومن هذا المنطلق قد يحدث أن يمارس هذا الطرف أو ذاك حقه في العدول بطريقة متعسفة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

يتضح من خلال هذه الفقرة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص.

فمن جهة يعطي للخاطب الحق في العدول. ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج. وأساس هذا العدول مبني على أنه ما دام لم يوجد هناك عقد، فلا التزام فيه ولا يرتب شيئا، لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا. والآراء الفقهية في هذا الموضوع متعددة[9].

وأما نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري فإنها على ما يبدو قد كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر، وتركت المسألة تقديرية للقاضي .

وفي الحقيقة، يجدر بنا القول بأن أي عدول عن الخطبة لابد أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في الشعور.

إلا أن هذا الضرر في اعتقادي لا يمكن التعويض عنه، لأنه يعد من الأضرار المألوفة في هذا المجال، ولأن كل طرف يعلم مسبقا بأن حق العدول مقرر لكليهما [10].

أما الضرر الذي نرى أنه محقق الوقوع هو، ألا يكتفي الطرف الذي عدل بمجرد العدول، وإنما يرتكب أفعالا، أو أقوالا من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر. كالضرب والسب والشتم أو الإهانة، أو التشهير وتشويه السمعة.

أو أن يشترط أحدهما على الآخر أن يشتري تجهيزا معينا ثم يعدل عن الخطبة بلا مبرر معقول. فهنا يستوجب المسؤولية عن هذه الأفعال وإلزامه بالتعويض عن الضرر، لأنه أدخل الطرف الآخر في وضع جديد بهذا الشرط. في حين لو تم العدول دون شرط فلا تعويض إذا لم يرتكب خطئا يستوجب مسؤوليته الشخصية.

والتعويض كما أشار النص القانوني يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي أيضا. فالضرر المادي هو ما يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت، أو في مصلحة مالية له، والضرر

الأدبي على عكس ذلك لا يمس أموال المضرور، وإنما يصيبه في مصلحة غير مالية، كالضرر المعنوي الناتج عن التشهير وتشويه السمعة [11].

ولكي يكون النص القانوني منسجما نقترح إعادة صياغته كما يلي:" إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض". وبهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق، أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ.

1.2.2. مدى إعمال التعسف في القانون المقارن.

أما في القانون المقارن فقد نصت مدونة الأسرة المغربية الجديدة على حكم جديد في هذا المجال، حيث جاء في المادة السابعة ما يلي: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".نستنتج من هذا النص أن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

في حين أن المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن.

وبالنسبة للقانون التونسي لم ينص على مسالة التعويض أو التعسف في الضرر المترتب عن العدول، وإنما طبقه القضاء التونسي، حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب ما يلي: الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه ، لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله، وإساءة استعماله تمكن من المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا من الغرم الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام[12].

والقانون الموريتاني لم ينص على مسألة التعويض عن العدول على اعتبار أنه نص في المادة4 على أنه: لا يترتب على الخطبة أثر قانوني، ولكل من الخاطب والمخطوبة الرجوع فيها.

من خلال هذا النص يبدو بأن مسألة التعويض عن الضرر الذي يحدث لأحد الطرفين غير ممكنة على اعتبار أن الخطبة لا أثر لها من الناحية القانونية كما هو واضح من النص.

وفي اعتقادي لا يبقى أمام المتضرر سوى الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني بالاحتماء بقواعد المسؤولية التقصيرية لجبر الضرر.

ونص القانون الليبي في الفقرة –د – من المادة1 على أنه: إذا سبب العدول عن الخطبة ضررا تحمل المتسبب فيه التعويض عنه.

واضح أن القانون الليبي وإن كان يعتبر الخطبة مجرد وعد غير ملزم ، فإنه في نفس الوقت يقيم المسؤولية التقصيرية على المتسبب في حصول الضرر.

وقد طبقت محكمة بنغازي هذا الأمر، ومما جاء في حكمها:" ذلك أن عدول المدعى عليه عن خطبة المدعية بعد مرور ثلاث سنوات تقريبا وبعد أن اتفقا على موعد للزواج عام1995 وتصويره معها وخروجه وأياها على مرأى من العامة، ومنعها من التعيين بعد تخرجها، وتفويت فرصة الزواج عليها من آخرين بحجة أنها مخطوبة... كل هذه الأمور مجتمعة تشكل خطأ في تصرفات المدعى عليه، وألحقت الضرر المعنوي بها" أي المدعية"[13].

وفي السياق نفسه طبقت المحكمة العليا الليبية قواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي في هذا الموضوع بقولها:" إن المناط في التعويض هو الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وعلى المحكمة عند نظر طلب التعويض أن تتحقق من ذلك ثم تقدر التعويض وفق الأسس والمعايير التي حددها القانون"[14].

وبالنسبة للقانون المصري لم ينظم بدوره موضوع التعويض عن الضرر جراء العدول عن الخطبة، وإنما طبقته المحاكم المصرية على نطاق واسع بعد تطورات حاصلة في الموضوع.

فقد كانت المحاكم المصرية في أول الأمر لا تحكم بالتعويض جراء العدول، لأن العدول حق ثابت بنص القانون والشرع في أي وقت، وبدون قيد أو شرط. ومن ثم لا ضمان على من استعمل حقه فقها وقانونا. ثم بنت حكمها على أنه لما كان كل طرف على علم بأن لكل واحد الحق في العدول، ورغم ذلك قام بتجهيز نفسه، فهنا يكون قد قصر في عدم الاحتياط لنفسه. وبالتالي عليه أن يتحمل جزاء تقصيره.

وفي مرحلة لاحقة عدلت المحاكم عن الاتجاه الأول وبدأت تقرر التعويض عن العدول، مؤسسة أحكامها على ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق. فمن القاعد الشرعية المقررة أنه "لا ضرر ولا ضرار " وأن الضرر يزال وطريقة إزالته هي التعويض، والضرر قسمان:

– ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير العدول عن الخطبة، وتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فحينئذ يحكم بالتعويض .

- ضرر ينشأ عن مجرد العدول في الخطبة ،بدون أن يكون لمن عدل دخل فيه، وهذا لا يستوجب الحكم بالتعويض .

وقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد مؤكدا على أن القضاء في مصر قد استقر على أن الخطبة ليست بعقد ملزم، وأن مجرد العدول لا يرتب شيئا. وأنه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض، مؤسسا هذا الحكم على قواعد المسؤولية التقصيرية.

أما حالة الإغواء فإن الدكتور عبد الرزاق السنهوري لا يراها سببا للتعويض إلا عند اصطحابها بالخديعة والغش أو بواسطة الضغط الأدبي.

ويرى في نفس السياق بأنه إذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض[15].

وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم شهير بتاريخ 14 ديسمبر 1939 ما نصه" إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج. وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما في الزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض.

ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه-باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول- قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ،فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها –بغض النظر عن العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة للتعويض"[16].

2.2. التعسف في استعمال الحق في موضوع الطلاق

يعتبر الطلاق هو المجال الخصب لموضوع التعسف في استعمال الحق نظرا لما يخلفه من آثار على الأسرة والمجتمع، ولذلك اهتمت أغلب التشريعات بتنظيمه.

1.2.2. التعسف في استعمال حق الطلاق في القانون الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة52 على أنه: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق . أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها. فهنا لابد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي، لجبر الضرر الذي لحق بها.

وتبقى مسألة أخرى ينبغي التنبيه إليها، وهي أن المرأة قد تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الزوج في الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها من الأهل من يقبل عودتها، ولم يكن لها دخل مالي لكونها لا تعمل، وهي أكبر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية .

فمن الوجهة الشرعية لا نستطيع إلزام الزوج بعد الطلاق بالإنفاق عليها إلا في خلال العدة. كما أن بقائها في بيت الزوجية لا يكون إلا في خلال العدة أيضا، ما لم تكن حاضنة.

وأما مسألة التعويضات التي يمكن أن يحكم بها القاضي في حال الطلاق التعسفي، فلا ندري إلى أي حد يمكن أن تصل. فقد لا تغطي شيئا بالنسبة لوضعها الاجتماعي.

وهنا لابد في رأينا من تحديد مدة معينة كافية للزوجة يتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، ويقضى لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، ولو تدفع بالتقسيط حسب حال الزوج. كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها. وذلك تماشيا مع بعض القوانين العربية في تنظيمها لهذا الموضوع الهام كما سيأتي.

2.2.2. التعسف في استعمال حق الطلاق في القانون المقارن

بالنسبة للقانون المغربي لا يوجد نص خاص بالطلاق التعسفي كما في القانون الجزائري وإنما أشير إلى مسالة التعسف في المادة84 فقرة1 كما يلي: تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

فهذه العبارة الأخيرة في النص تشير بوضوح إلى مسألة تعسف الزوج في الطلاق. والتعسف يعتبر من جملة المعايير التي يأخذها القاضي في الحسبان عند تقدير التعويض للزوجة.

وأما القانون التونسي فلم ينص على الطلاق التعسفي وإنما تحدث عن الطلاق للضرر في الفصل 31 منه. حيث يستلزم التعويض عنه، وقد يدخل ضمن الضرر الطلاق التعسفي حسب الوقائع.

غير أن القضاء التونسي طبق موضوع الطلاق التعسفي. حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية:

المبدأ: لا تقدر غرامة الطلاق التعسفي على أساس السبب أو الداعي إليه وإنما على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف المكره على الطلاق وظروف كل من الطرفين[17].

وفي قرار آخر جاء فيه: إن الطلاق برغبة منفردة تنعدم به الأسباب المبررة ذلك وأن طلبه ينشئ قرينة على التعسف في استعمال حق الطلاق الأمر الذي يخول لمن تسلط عليه الطلاق أن يطلب غرم ضرره[18].

والقانون الموريتاني لم ينص هو أيضا على الطلاق التعسفي، وإنما أعطى للزوجة حق المطالبة بحقوقها الشرعية في المادة84، وقد يكون من ضمن الحقوق التعويض عن الضرر جراء التعسف.

والقانون الليبي لم ينص على الطلاق التعسفي بصورة خاصة وأدرجه ضمن التطليق للضرر ضمن المادة39 فقرة – أ- والمادة51.

ومن التطبيقات في القضاء الليبي ما قررته المحكمة العليا الليبية، حيث قالت: " من المقرر شرعا أن من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص، فطلاقه واقع، وهو آثم شرعا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع، وإذا كان ثمة دليل على إساءته استعمال الحق فكل مطلق آثم شرعا بإيقاع طلاقه، لأنه أساء استعمال الحق، فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر، أما إذا طلق لحاجة من الخلاص أو لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض"[19].

وعلى هذا المنوال سارت المحاكم الليبية الأدنى درجة في تكريس التعويض جراء الطلاق التعسفي، ومن هذه الأحكام:

1/ "إن الطلاق صدر من الزوج بإرادته المنفردة دونما سند أو مبرر، وهو تعسف في استعمال الحق لم يوجد مبرر له، وعليه فقد ألحق الطلاق ضررا بالمدعى عليها ضررا موجبا للتعويض"[20].

2/ " إن المدعى عليه قد طلق زوجته المدعية ولم تظهر به حاجة بينة للخلاص، أو سببا يدعو له، وبالتالي فهو مخطئ بطلاقه، وقد استعمله في غير وجهه المشروع، ويكون به مسببا للضرر بالزوجة ماديا ومعنويا الأمر الذي يكون معه متعينا على المحكمة إلزامه بدفع تعويض مناسب"[21].

3.2.2. قضايا الإثبات في الطلاق التعسفي

أما فيما يخص قضايا الإثبات في موضوع الطلاق التعسفي، فيثور الجد حول أساس التعويض ما إذا كان بناء على الخطأ والتعسف في استعمال حق الطلاق، أم المقياس في ذلك هو الضرر الذي أصاب المرأة.

وبمعنى آخر هل التعويض عن فعل الطلاق التعسفي أم عن الضرر الذي نتج عنه؟. ونرى أن يشمل الحكم الاثنين معا، فعل التعسف، وما نجم عنه من أضرار[22]. فكل منهما ملازم للآخر حسب رأينا.

وهذا التفسير يتماشى مع قواعد المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية.

إذ أن عناصرهما واحدة وهي، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. وهذه العناصر مجتمعة متحققة في الطلاق التعسفي.

ففعل التعسف هو الانحراف عن السلوك السوي، ولذلك فإن الزوج يتحمل نتائجه بتقرير تعويض مناسب يراه القاضي حسب درجة وطبيعة التعسف في الموضوع، وهذا حسب الوقائع المعروضة. فعلى طالبة التعويض جراء الطلاق التعسفي أن تقيم الدليل على وجود التعسف في الطلاق، وعليها أن تقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات، بالكتابة أو بالبينة وشهادة الشهود أو بالإقرار.

كما يمكن للقاضي أن يستخلص دليل التعسف من أوراق القضية ومن مناقشة الأطراف والشهود، وهي قرينة قضائية يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى ومن الأوراق. فعبارة (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق) في القانون الجزائري تشير إلى هذا الموضوع، باستعمال السلطة التقديرية للكشف عن موضوع التعسف في الطلاق[23].

ومن التطبيقات القضائية في الموضوع من القضاء الجزائري: حيث قررت المحكمة العليا بأنه يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة[24].

ومن القضاء التونسي ما قررته محكمة التعقيب التونسية بأنه: لا تقدر غرامة الطلاق التعسفي على أساس السبب أو الداعي إليه وإنما على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف المكره على الطلاق وظروف كل من الطرفين.

ولا يطالب القائم بالطلاق إنشاء ببيان الأسباب التي دفعته إلى ذلك القيام، إذ له مطلق الحق في ذلك، غير أنه يتحمل نتائج قيامه التعسفي وذلك بتعويض الضرر الحاصل للطرف المقابل[25].

كما قررت أيضا بأن التعويض عن الضرر المعنوي هو حق أقره المشرع لفائدة الزوج المكره على الطلاق لما يترتب عن الطلاق التعسفي من تأثير نفسي ومعنوي على الزوج المكره عنه كيفما يتجلى ذلك بوضوح من أحكام الفصل31 من م ا ش[26].

ومما قررته أيضا أن الطلاق برغبة منفردة تنعدم به الأسباب المبررة لذلك وأن طلبه ينشئ قرينة قانونية على التعسف في استعمال حق الطلاق الأمر الذي يخول لمن تسلط عليه الطلاق قهرا أن يطلب غرم ضرره[27].

ومن القضاء الليبي ما أكدته المحكمة العليا الليبية بشأن ثبوت الضرر بسبب الطلاق بالإرادة المنفردة أو التطليق بحكم القضاء أو عدم ثبوته مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع بلا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض، إلا أنه مشروط بأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة ومقبولة، وتؤدي عقلا ومنطقا إلى النتيجة التي انتهى إليها[28].

فالقضاء الليبي في مجموعة من القضايا يعتبر الطلاق تعسفيا عند إساءة استعمال حق الطلاق، أو اللجوء إلى الطلاق دون مبرر معقول ومقبول في العرف والعادة. أو كما عبر عنه القضاء الطلاق دونما حاجة إليه. وهذا في رأيي تفسير سليم ومنطقي، ويتماشى مع النصوص الشرعية والقانونية. التي تثبت بجلاء مسالة التعسف في استعمال الحق في الطلاق.

خاتمة

بعد أن تطرقنا لموضوع التعسف في استعمال الحق في النطاق المدني تبين بأنها من المسائل المهمة في الدراسة القانونية نظرا لما ترتبه من آثار على مستوى المسؤولية من خلال دراسة ضوابط هذه المسؤولية وطرق الإثبات فيها خصوصا في مجال إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

كما تناولنا بعض تطبيقات التعسف في استعمال الحق في مسألة مضار الجوار والتمييز بين المضار المألوفة وغير المألوفة.

أيضا تطرقنا لتطبيقات التعسف في استعمال الحق في بعض قضايا الأسرة من خلال موضوعي العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي، وتطرقنا لضوابط التعسف والآثار المترتبة عليه من خلال المنظومة القانونية المقارنة والتطبيقات القضائية المقارنة فيها.

الهوامش

1د. بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية الجزائر2011، ص148 وما بعدها.

2 يمكن تصور موضوع التعسف أيضا في مجال العقود مثل عقود الإذعان وفقاللمادة110 من القانون المدني الجزائري . لمزيد من التفاصيل أنظر الدكتور بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3 لسنة2018، ص58 وما بعدها.

3 زكريا سرايش ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار بلقيس الجزائر2017، ص29 وما بعدها.

4 ذ. الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص151.

5 زكريا سايس، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص34.

6 د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالأسكندرية، مصر،2014، ص712.

7 زكريا سايس، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص36.

8 د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون،مرجع سابق، ص712.

9 أنظر في هذه الآراء الدكتور ادريس الفاخوري ، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية ،دار النشر الجسور 1993 المملكة المغربية،ص 31-34. العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان2012،ط1، ص68 وما بعدها.

10 أنظر: د/ بن شويخ رشيد، رسالة دكتوراه بعنوان الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب بالبليدة 2002،ص188.

11 استقر القضاء الكويتي على الحكم بالتعويض في حال حدوث الضرر المادي والمعنوي أيضا . مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، السنة العشرون، العدد 1إلى 4 لسنة 1996،ص293 وما بعدها.

12 قرار تعقيبي مدني عدد 1556 بتاريخ 03 مارس 1959. عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية محينة ومثارة بفقه القضاء، تونس2013، ص11.

13 محكمة بنغازي ، الدعوى رقم 96/454 ، نقلا عن الدكتور الهادي علي زبيدة، ، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، ج1،مؤسسة شروق البلد طرابلس 2013، ص109.

14 المحكمة العليا الليبية، طعن شرعي، 2007/2/1، الطعن رقم 53/25ق غير منشور، د/ الهادي علي زبيدة ، المرجع نفسه، ص110.

15 الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1 ،دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1970.

16نقض 1939/12/14، مجموعة أحكام النقض في ربع قرن، الجزء 1 ص118 قاعدة 10.

17 قرار تعقيبي مدني عدد 11786 المؤرخ في 30 /04/ 1975.

18 قرار تعقيبي مدني عدد 42805 المؤرخ في 2010/03/11.

19 المحكمة العليا الليبية، طعن شرعي1994/2/10، مجلة المحكمة العليا، س28، ع1،2، ص16، أنظر الدكتور الهادي علي زبيدة، ج2، الطلاق غير القضائي، مؤسسة شرق البلد طرابلس 2013، ص91.

20 محكمة زوارة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية2004/6/24، الدعوى رقم2003/68، المرجع نفسه، ص92.

21 محكمة غريان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية2007/4/16، الدعوى رقم 2006/69، الهادي علي زبيدة، المرجع نفسه،ج2،ص92.

22 ومن الذين اعتبروا التعويض عن فعل الطلاق دون الضرر الناتج عن الطلاق الدكتور عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر عمان 2007، ص 194.

23 لمزيد من التفاصيل في هذا السياق راجع الدكتور عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء مؤسسة تالة الجزائر2011 ، ص68 وما بعدها.

24 الطعن رقم 480264 بتاريخ 2009/2/11، المجلة القضائية عدد1 لسنة2009،ص283،

25قرار تعقيبي مدني عدد 11786مؤرخ في 1975/4/30.

26 قرار تعقيبي مدني عدد 5582 مؤرخ في 2006/1/12.

27 قرار تعقيبي مدني عدد 42805 مؤرخ في 2010/3/14.

28 المحكمة العليا الليبية، طعن شرعي 2009/6/25، الطعن رقم56/10 ق، الهادي علي زبيدة، مرجع سابق،ج2، ص94.