ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

التَّكْيِيفُ الشَّرْعِيُّ وَالقَانُونِيُّ لِلتَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ

The Sharia and Law Framing to Abuse in the Use of the Right

خالد ضو *
جامعة الجزائر-1-
k.dou@univ-alger.dz

فاطمة معروف
جامعة الوادي
fatmamarouf91@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2023/07/07 **تاريخ القبول: 2023/08/09** **تاريخ النشر: 2023/09/15**

الملخص:

يدرس هذا البحث رؤية الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري للتعسف في استعمال الحق، ويهدف إلى بيان مدلول التعسف في استعمال الحق وأساسه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وتأصيل التكييف الشرعي والقانوني لهذا التعسف بين تجاوز الحد وإساءة الاستعمال، كما يهدف إلى تحليل معايير التعسف في استعمال الحق وتصنيفها، وتحديد تأثير تكييف هذا التعسف على نوعية الجزاء الواقع على فاعله، ومن أهم نتائج البحث أنّ التعسف في استعمال الحق هو أن يمارس الشخص حقا بقصد الإضرار بالغير، أو ليحقق فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أو ليحقق مصلحة غير مشروعة، وتعتبر الشريعةُ الإسلامية التعسّفَ في استعمال الحق تقصيرًا من صاحب الحق، وتترتب عليه مسؤوليته، وكيّفه المشرع الجزائري على أنه خطأ تقصيري يثير المسؤولية ويستلزم التعويض.

الكلمات المفتاحية: التعسف في استعمال الحق؛ الضرر؛ المسؤولية التقصيرية؛ الخطأ.

Abstract:

This research studies the point of view of Islamic jurisprudence and Algerian legislation on the abuse in the use of the right. The research aims to clarify the meaning of abuse in the use of the right and its basis in Islamic jurisprudence and Algerian legislation, and to rooting the Sharia and law framing of this arbitrariness between exceeding the limit and abuse. It also aims to analysing and classifying the criteria for abuse in the use of the right, and to determining the effect of framing this arbitrariness on the type of penalty imposed on its owner. Among the most important results of the research is that abuse in the use of the right is when a person exercises a right with the intention of harming others, or to achieve little benefit in exchange for the harm caused to others, or to achieve an illegitimate interest. The Islamic Sharia considers the arbitrary use of the right as a default on the part of the right holder. It entails his responsibility. In

* المؤلف المرسل

addition, the Algerian legislator defined it as a tort that raises responsibility and requires compensation.

Keywords: abuse in the use of the right; harm; missive responsibility; tort.

مقدّمة

تؤسس التشريعات القانونية أحكامها وفق عدد من المبادئ التي تكون بمثابة ضوابط لها، وتحكمها جملة من النظريات، التي تمثل تبويبا أو تفريعا لمجالات تلك الأحكام، ولا تقلُّ هاته المبادئ والنظريات أهمية عن الأحكام والنصوص؛ وذلك لما تضمنه من تناسق، وما تحقّقه من دقة.

يعدُّ التعسف في استعمال الحق نظرية فقهية وقانونية ملازمة لنظرية الحق وتابعة لها، ويُمكن أن نقول بأنها واحدة من استثناءاتها أو ضوابطها، ويتمّ من خلالها التمييز بين إساءة استعمال الحق وبين الاعتداء بغير وجه حق، وهذا ما سيتم بيانه في البحث من خلال تكييف التعسّف.

- **أهمية الموضوع:**

تتجلى أهمية هذا الموضوع في عدّة نقاط، منها:

- تأصيله لنظرية من أهمّ نظريات التقنين المدني.
- مقابلته بين التأصيل الشرعي والقانوني في كل فروع البحث.
- إحاطته بموضوع التعسف في استعمال الحق، ممّا يحقق تكييفا دقيقا.
- اعتماده على آليتي التحليل والاستقراء، وعدم الاكتفاء بالسّرد والنقل الوصفي.

- **إشكالية البحث:**

ينطلقُ هذا البحث من الإشكال الآتي:

- **هل نتعامل مع التعسف في استعمال الحق على أنّه تجاوز لحدّ الحق أم انحراف عن غايته؟**

ويندرج تحت هذا الإشكال التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما معنى التعسف في استعمال الحق؟
- ما معايير هذا التعسف في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري؟
- كيف يؤثّر تكييف التعسف في استعمال الحق على جزائه؟

- **أهداف البحث:**

يهدف هذا البحث إلى الآتي:

- بيان مدلول التعسف في استعمال الحق وأساسه الشرعي والقانوني.
- تأصيل التكييف الشرعي والقانوني لهذا التعسف بين تجاوز الحد وإساءة الاستعمال.

- تحليل معايير التعسف في استعمال الحق وتصنيفها.
- تحديد تأثير تكييف هذا التعسف على نوعية الجزاء الواقع على فاعله.

- **خطة البحث:**

للإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة، ولتحقيق الأهداف المنشودة قُسّم البحث إلى مبحثين، تتقدمُهما مُقدّمةٌ، وتليهما خاتمة، وتفصيل خطته على النحو الآتي:

مقدمة: بها تمهيد مختصر، وأهمية الموضوع، وإشكاليته، وأهدافه، وخطة تقسيمه، ومنهج دراسته.

مبحث أول: مدلول التعسف في استعمال الحق وأساسه الشرعي والقانوني.

مطلب أول: مفهوم استعمال الحق والتعسف فيه

مطلب ثانٍ: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق وأساسها

مبحث ثانٍ: معايير التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عليه.

مطلب أول: تصنيف معايير التعسف في استعمال الحق

مطلب ثانٍ: جزاء التعسف في استعمال الحق

الخاتمة: فيها أهم النتائج التي توصّل إليها البحث، وبعض اقتراحاته.

- **منهج البحث:**

اُنتُهِجَ في معالجة هذا البحث المنهج الوصفي، حيث تمّ وصف التعسف وتأصيل أسسه ومعاييره، وذكر جزائه، واستُعين في توظيف هذا المنهج بآليّتي التحليل والاستقراء؛ حيث ينطلق كل عنصر من تحليل ما فيه من معطيات أو مخرجات، ليصل من خلاله إلى استقراء تكييف مناسب يُبرّر الجزاء ويُبيّن مدى مناسبته للفعل.

المبحث الأول : مدلول التعسف في استعمال الحق وأساسه الشرعي والقانوني

إنّ الوصول إلى التكييف الصحيح للتعسف في استعمال الحق –شرعًا وقانونًا– يتطلب بيانًا لمدلوله، وسردًا لمراحل تطور هذه الفكرة، كما يستلزم ذكرًا لأساسه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك ما سيأتي بيانه في عناصر هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم استعمال الحق والتعسف فيه

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

يُمثل هذا المطلب مدخلا مفاهيميّا للموضوع، ويحوي تعريفا تفصيليا للتعسّف المدروس من الجانبين اللغوي والاصطلاحي (الاصطلاح الفقهي والقانوني)، ويكون ذلك بأسلوب تحليلي يُمهّد للعناصر الموالية ويصنع منطلقا جيدا للتكييف.

الفرع الأول: مضمون استعمال الحق:

لما كان الحق عبارة عن اختصاص يقرّه القانون لشخص معين على شيء، فللشخص صاحب الحق أن يمارس هذا الاختصاص على الشيء من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية جديرة بالرعاية والاعتبار[1]، فاستعمال الحق مقيد بوظيفة الحق ذاتها، فللحق وظيفة اجتماعية، ولا يحميه القانون إلا إذا استعمل في هذا الإطار، فاستعماله مقيد بعدم الإضرار بالغير؛ لأنّ الشرع والقانون لا يحميان الشخص إذا كان متعسفا في استعمال حقه.

وقد أكّدت الشريعة الإسلامية على استعمال الحق بوجه مشروع، فعلى الإنسان أن يستعمل حقه وفقًا لما أمر به الشرع وأذن به، فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه إضرار بالغير، سواء أقصد ذلك الإضرار أم لم يقصده، فحق الملكية مثلا يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على نساء جاره؛ لأنّ ذلك يضرّ بالجار.[2]

يتمثل مضمون كل حق في السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه، فمثلا مضمون حق ملكية منزل يتكون من حق الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، وذلك كالآتي:

- الاستعمال: يستطيع مالك المنزل أن يتخذه مسكنا له.
- الاستغلال: يستطيع صاحب المنزل أن يؤجره لغيره بمقابل.
- التصرف: يستطيع صاحب المنزل أن يهبه أو يبيعه لغيره.

فإذا تجاوز صاحب الحق هذه السلطات الثلاث يكون قد خرج عن حدود حقه ويعتبر متعسفا في استعماله.[3]

---

[1]– غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للنشر، عمان، 2004م، ص302.

[2]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، (د.ت)، ج4، ص2864.

[3]– محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، (د.ط)، دار العلوم، عنابة– الجزائر، 2006م، ص180– 181.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى ذلك في القانون المدني[4]، حيث نصت المادة 674 منه على الآتي: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"، وكذلك المادة 676 من القانون نفسه، حيث نصّت: "لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".

الفرع الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق:

مصطلح التعسف في استعمال الحق لم يكن موجودا في مصادر الفقه الإسلامي، على الرغم من تفعيله والعمل به كما سيأتي تفصيل ذلك، وقد تكلم فقهاء القانون الغربي عن هذا المصطلح وجعلوه نظرية، ثم نقلها عنهم فقهاء القانون العربي، وظهرت بعد ذلك في كتابات المحدثين والمعاصرين من المشتغلين بالدراسات الفقهية الإسلامية.[5]

قبل التعمق في مدلول التعسف في الاصطلاحين الشرعي والقانوني، نقدّم تعريفا لغويا للفظ التعسف لأنه هو محور المصطلح

أولا- تعريف التعسف لغةً:

التعسف في اللغة من عسف، والعَسْفُ: الأخذُ على غير الطريق، وكذلك التَعَسُّفُ والاعتِسافُ، والعَسوفُ: الظلوم[6]، وقيل: العسف: السير بغير هداية، وهو أيضا: ركوب المفازة بغير قصد، ولا هداية، وقيل: العسف: ركوب الأمر بلا تدبير.[7]

الأصل في العسف كأن يُقال: عسف المسافر أي: أخذ على غير طريق ولا جادة ولا علم، وعسف عن الطريق: مال وعدل، وعسفه: ظلمه.[8]

ثانيا- التعريف الاصطلاحي للتعسف في استعمال الحق:

أورد فقهاء الشريعة المتأخرين وشرّاح القانون عدّة تعريفات للتعسف في استعمال الحق، منها:

- التعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره.[9]

---

[4]- أمر رقم: 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

[5]- يُنظر: محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الأول، 1982م، ص4.

[6]- الجوهري، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، ج4، ص1403.

[7]- ابن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ج1، ص496.

[8]- أحمد رضا، معجم متن اللغة، (د.ط)، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960م، ج4، ص103.

[9]- يُنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2864.

ردمد ورقي: 2571- 9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

- هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع.[10]
- التعسف في استعمال الحق أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثابت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها، على وجه يُلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.[11]

المطلب الثاني: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق وأساسها

جعل فقهاء القانون الغربي هذا التعسف نظرية يبنون عليها أحكام المعاملات وتابعهم فقهاء القانون العربي بعد ذلك، أمّا الشريعة الإسلامية فقد فعّلت معنى النظرية ضمنيا، حيث نجد فيها عدّة أصول تؤسس لهذا المضمون وتدعمه.

الفرع الأول: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق:

إنّ الشريعة الإسلامية بشموليتها وكمالها احتوت على كل نظريات التقنين إما صراحة أو ضمنا، وبالنظر في بعض فروعها نجد أنها نصّت على منع التعسف في استعمال الحق، وعلى الرغم من أن المصادر الشرعية المتقدمة لم تذكر هذا المصطلح -كما أسلفنا- إلا أنّنا نجد بعض الإشارات والمصطلحات الدالة عليه، ومن ذلك مصطلح "**الاستعمال المذموم**" الذي استخدمه الشاطبي (ت:790هـ) في الموافقات[12]، وقد جزم فتحي الدريني بأنّه تعبير عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم[13]، وكذلك قال محقّق كتاب الموافقات.[14]

كانت الشريعة الإسلامية سابقة في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق[15]، ولكن تجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة كانوا في البداية لا يؤيدون فكرة التعسف في استعمال الحق، إذ لا يمكن أن يكون الفعل غير مشروع إذا كان نتيجة ممارسة الشخص لحقه[16]؛ وذلك وفقا لقاعدة: "الإذن الشرعي ينافي الضمان" أو "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، ومفادها أنّ الإنسان لا يؤاخذ بفعل ما يملك أن يفعله شرعًا،

---

[10]- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، ص4

[11]- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط4، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1997م، ص129.

[12]- الشاطبي، الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1997م، ج3، ص507.

[13]- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ص129.

[14]- الشاطبي، الموافقات، ج3، ص507 (حاشية الصفحة).

[15]- علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2003م، ص211.

[16]- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية- الجزائر، 2000م، ص151.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

فإذن الشارع يمنع المؤاخذة ويدفع الضمان إذا وقع بسبب الفعل المأذون فيه ضرر للآخرين[17]، ولكن بتطور الفقه الإسلامي توسّعت نظرية التعسف في استعمال الحق، وأعطاها فقهاء الشريعة أوسع تصوير منذ القرن السادس هجري، وكانوا الرائدين فيها، وسبقوا في ذلك الشرائع الغربية، إذ لم يقتصروا على صورة تعمّد الإضرار بالغير، بل اعتبروا الفعل تعسفا كلما تخلفت المصلحة.[18]

أمّا الفكر القانوني فقد كان المذهب المسيطر عليه هو المذهب الفردي، الذي يرى بأن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقا دون قيد، فالقاعدة عند أصحاب هذا المذهب أنه لا يمكن أن ينسب للشخص وهو يستعمل حقه أي خطأ، لذلك فقد لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق رفضا من طرف أصحاب هذا المذهب، الذين كانوا لا يقبلون أن يرد على حق المالك في استعمال ملكه أي قيد إلا في حالة واحدة، وهي تجاوز المالك حدود حقه.[19]

إنّ شرط عدم تجاوز حدود الحق الذي يعتبره هذا المذهب مقيّدا لصاحب الحق لا تعتبر تعسفا في استعمال الحق[20]، بل لا يجوز للشخص ابتداءً أن يتجاوز حدود ملكه أو أن يدخل ملكية جاره أو أن يبني عليها أو أن يغرس عليها، وإن فعل فقد اعتدى ويلزمه التعويض[21]؛ لأنّ الحق له حدود إذا خرج عنها ما عاد حقّا، ويدخل بذلك في نطاق يُمنع على الشخص دخوله.

تأثر الفقه الفرنسي بهذا المذهب، ففي بداية القرن التاسع عشر (19) كان يعتبر الحقوق مطلقة، ويُمكن للشخص استعمال حقه كيفما شاء، ولا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالغير، فمن مارس حقه وأضرّ بالغير لا يسأل مهما كان الضرر الذي أصاب الغير نتيجة فعله ذاك.[22]

وكان الفقيه "بلانيول Planiol" ينكر نظرية التعسف في استعمال الحق بشدة، وقال بأنها خاطئة، ويرى بأنه لا يتصور أن يكون المرء متعسفا إذا كان يستعمل حقا من حقوقه؛ معلّلا بأنّ الفعل الواحد لا يكون موافقا للقانون ومخالفا له في الوقت نفسه، وقد ردّ عليه "جوسران" بأنّ كلمة "Droit" في الفرنسية لها معنيان، فهي تارة تعني "Le droit subjectif" أي: الحق الشخصي، وتارة تعني " Le droit"

---

[17]– أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003م، ج8، ص74.

[18]– فريدة محمدي، المرجع السابق، ص152.

[19]– يُنظر: فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ص150.

[20]– يُنظر: توفيق حسن فرج، ومحمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، (د.ط)، الدار الجامعية، القاهرة، 1988م، ص334.

[21]– يُنظر: فريدة محمدي، المرجع السابق، ص151.

[22]– يُنظر: المرجع نفسه، ص151.

objectif أي: القانون، ولا مانع من استعمال الحق الشخصي ويكون مخالفا للقانون[23]؛ لأنه قد يكون للشخص حق ثابت لكن ممارسته تخالف القانون بإحداث ضرر لفرد أو للعامة.

تطورت نظرية التعسف في استعمال الحق ولقيت تأييدا في الفقه والقضاء الفرنسيين، فبعد أن كان القضاء الفرنسي يشترط توافر قصد الإضرار بالغير لاعتبار التعسف، فتطور وأصبح يعتبر الفعل تعسفيا كلما ترتب عليه ضرر للغير، ولم تكن لصاحب الحق مصلحة من استعماله.[24]

الفرع الثاني: الأساس الشرعي والقانوني للتعسف في استعمال الحق:

أولا- الأساس الشرعي للتعسف في استعمال الحق:

أخذ الفقه الإسلامي بنظرية التعسف في استعمال الحق في تطبيقات عديدة ومختلفة، على الرغم من اختلاف المسميات والضوابط، فقد حرّمت الشريعة الإسلامية استعمال الحق إذا كان يُسبّب ضررًا للغير، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها:

1- النهي عن الإضرار بالغير عموما:

روى ابن عباس رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ**»[25]، ويعدُّ هذا الحديث قاعدة عامة في تحريم جميع أنواع الضرر.

وقد اختلف أهل اللغة والفقهاء في التمييز بين "الضرر" و "الضرار"، فقيل: إنهما بمعنى واحد، وذكرهما معا على وجه التأكيد، وقيل: الضرر الاسم والضرار الفعل، وقيل: الضرر الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار الذي ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه المضرة، والمعنى الأخير استحسنه بعض شراح الحديث.[26]

من خلال ما ورد في تحريم الضرر والإضرار، وباعتبار أنّ التعسف في استعمال الحق يُحدث ضررا للغير فإنه يدخل فيما يمنع منه هذا الحديث، وعليه فإنّ هذه القاعدة الفقهية النصية تعدُّ أساسا شرعيا للتعسف المدروس.

2- النهي عن الرجعة بقصد الإضرار:

---

[23]- علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ص216.

[24]- فريدة محمدي، المرجع السابق، ص151.

[25]- أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: 2341، ج3، ص432. وقال الألباني صحيح لغيره.

[26]- يُنظر: ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، (د.ط)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ، ج20، ص158.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

الرِّجْعَة من: راجَعْتُ الشيء مراجعة، والاسم الرَّجْعَة[27]، وهي إرجاع المطلقة للعصمة، وقال الأزهري: تكون الرِّجعة بعد الطلاق بالكسر، ويجوز فيها الفتح.[28]

نهى الله عزّ وجلّ عن مراجعة المطلقة وإمساكها بقصد الإضرار، فقال سبحانه: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ [البقرة:231].

كان الرجل يطلق امرأته ويمهلها، حتى إذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ولا حاجة له بها، ثم طلقها، وأمهلها حتى إذا شارفت انقضاء عدتها أيضا راجعها ثم طلقها، ليطول عليها العدة بذلك، فأنزل الله عز وجل الآية بالنهي عن ذلك والتحذير عنه، وإن فعلها الرجل كان مضارا لها آثما فيها[29]؛ لأنه قصد الإضرار بالمرأة حتى لا تتزوج غيره.

3- النهي عن الإضرار بالوصية:

قال تعالى بعد بيان أنصبة الورثة: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**﴾ [النساء:12]، فقد نهى عن الإضرار بالورثة في الوصية، فيوصي بأكثر من الثلث.[30]

4- نهي الجار أن يمنع جاره من غرز خشبة في جداره:

روى أبو هريرة رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا يَمْنَعْ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ**»، ثم قال أبو هريرة: "ما لي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ؟! واللَّهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ".[31]

اختلف العلماء في تأويل هذا الحديث، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور: هو على الوجوب إذا لم يكن في ذلك مضرة على صاحب الجدار، وذهب مالك والكوفيون إلى أنه لا يغرز خشبة في حائط أحد إلا بإذن صاحب الحائط، ومجمل الحديث عندهم على الندب.[32]

---

[27]- ابن فارس، حلية الفقهاء، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، 1983م، ص173.

[28]- يُنظر: أبو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م، ج1، ص237.

[29]- ابن رشد الجد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حقّقه: محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م، ج5، ص417- 418.

[30]- أبو الليث السمرقندي، بحر العلوم، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، وزكريا عبد المجيد النوتي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993م، ج1، ص338.

[31]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، حديث رقم: 2463، ج3، ص132.

[32]- ابن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، الرياض، 2003م، ج6، ص586.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

ويدلّ هذا الحديث عل أنه لا يجوز للجار أن يمنع جاره من أن يغرز خشبة في جداره، فإذا امتنع أجبره الحاكم؛ لأن امتناع المالك فيه إساءة لاستعمال حقه مادام ليس فيه ضرر لصاحب الجدار.[33]

كما رأينا في النماذج المذكورة، فإنّ الشريعة الإسلامية تنهى عن الضرر، وتحذّر من الإساءة في استعمال الحق، وفي الوقت نفسه لا تمنع صاحب الحق من حقه، إنما عليه أنْ لا يضر به غيره بغير وجه حق، وبناءً عليه يُمكن القول بأنّ الشريعة الإسلامية تعتبر التعسف في استعمال الحق تقصيرًا من صاحب الحق لما يسببه من الإضرار بالغير، وتترتب عليه مسؤوليته.

ثانيا- الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق:

اختلف فقهاء القانون في تحديد أساس التعسف في استعمال الحق، فمنهم من اعتبره صورة من صور الخطأ التقصيري، وهناك من يرى غير ذلك، على التفصيل الآتي:

يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان وأغلب المؤلفين العرب إلى إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية، ويعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي، سواء أكان الخطأ جسيما أم يسيرا.[34]

ويرى هذا الاتجاه أن التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، والتعويض فيه كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى، وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو حدود الرخصة.[35]

في مقابل المذهب الأول يذهب بعض الفقهاء إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري، إذ أن نطاق التعسف أوسع من ذلك[36]، فالتعسف يرتبط أساسا بالحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، وهذه الحماية تهدف إلى تحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها، فالتعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذي يكوّن الخطأ بالمعنى الدقيق، وهو ما يفصل بين التعسف والخطأ، ويخرج التعسف من دائرة

---

[33]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ص182.

[34]- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ص155.

[35]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964م، ج1، ص955.

[36]- فريدة محمدي، المرجع السابق، ص156.

المسؤولية التقصيرية ليكون مبدأً عاما مستقلا بذاته، ونظرية أساسية ملازمة للنظرية العامة للحق وتابعة لها.[37]

ويترتب على ذلك أن فكرة التعسف تجاوز فكرة المسؤولية في اقتصارها على رفع الضرر الواقع والتعويض عنه، فتحقق تبعًا لذلك الوقاية من الضرر لمنع وقوعه أصلا، وذلك بحرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا، وبهذا تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي في الوقت نفسه، وذلك بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الظروف والأحوال.[38]

يرى الأستاذ **علي سليمان** أن: "التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانينا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية"، ووصل **علي سليمان** إلى أنّ التعسف في استعمال الحق مستقل عن نظام المسؤولية التقصيرية[39]، وترى الأستاذة **فريدة محمدي** كذلك أن: "نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية ومن الأفضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة، فالمبالغة في الشيء حتى ولو كانت في إطار القانون، تؤدي إلى الفوضى وإلى مخالفة القانون، لذا يجب تقييدها ومساءلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضررا للغير".[40]

بناءً على هذا التأصيل والتأسيس يُمكن الجمع بين المذهبين القانونين، والقول بأنّ التعسف في استعمال الحق في الفكر القانوني أيضا يُعدُّ تقصيرًا من صاحب الحق لإضراره بالغير، وتترتب عليه مسؤوليته بالتعويض.

المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عليه

أعطى المبحث الأول نصف التكييف المدروس، ولا يكتمل نصفه إلا ببيان المعايير وتصنيفها، وهذا ما سيُبيّن تفصيلا في هذا المبحث، متبوعا ببيان الجزاء.

المطلب الأول: تصنيف معايير التعسف في استعمال الحق

يرتبط التعسف في استعمال الحق بجملة من المعايير التي يتغير تكييفه بتغيرها أو تخلفها، وتؤسس العلاقة بين تلك المعايير رؤية توجيهية لفكرة التعسف.

---

[37]– يُنظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م، ص287–288.

[38]– المرجع نفسه، ص288.

[39]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ص255.

[40]– فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ص156.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

يكون صاحب الحق في الفقه الإسلامي متعسّفا في استعمال حقه في الحالات الآتية:

أولا- وجود قصد الإضرار:

ذهب الفقهاء في شرحهم لحديث «**لا ضَرَرَ ولا ضِرار**»[41]، إلى أن المراد إلحاق الضرر بغير حق، ومن المعروف في الشريعة الإسلامية أن قصد الإضرار بالغير محرم؛ فمتى قصد الإضرار ولو بالمباح أو فعل الإضرار من غير استحقاق فهو مضار[42]، ولما كان قصد الإضرار أمرا خفيّا يصعب إثباتها فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن، ويُمكن اعتبار خلوّ الفعل من المصلحة قرينة على تمحّض[43] قصد الإضرار بالغير[44]، وعليه فإنّ الشخص إذا سبّب ضررا يكون مسيئا في استعمال حقه.

ثانيا- ترتب ضرر أكبر من المصلحة:

يعدُّ تعسُّفًا عدم التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يترتب عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، وهذا الضابط يحكم بين الحقوق الفردية تعارضت، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى[45]؛ فمن المقرّر شرعا في القواعد الفقهية أن الضرر الخاص يُتَحمّل من أجل دفع الضرر العام[46]، وأنّ الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف.[47]

---

[41]- سبق تخريجه.

[42]- ابن مفلح الحنبلي، كتاب الفروع (ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين المرداوي)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003م، ج6، ص451.

[43]- **تمحّض:** من المَحْض، وكل شيء خلص حتى لا يشوبُهُ شيء يخالطه فهو محض. يُنظر: الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، (د.ط)، دار ومكتبة الهلال، بيروت، (د.ت)، ج3، ص111. ويُنظر أيضا: أبو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، ج4، ص132.

[44]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ص184.

[45]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988م، ص242.

[46]- ابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، تحقيق وتخريج: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م، ص74.

[47]- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تصحيح وتعليق: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق، 1989م، ص199. ويُنظر أيضا: محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 2006م، ج1، ص219.

وعموما يعدُّ الإنسان مسيئا في استعمال حقه إذا استعمله بطريقة ترتب عليها ضرر كبير للغير وإن كان فيه مصلحة لصاحب الحق؛ لأنّ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.[48]

ثالثا- استعمال الحق في غير ما شرع من أجله:

شرعت الحقوق لتحقيق المصالح، ولم تشرع لاستغلالها في غرض غير مشروع، فحق النكاح مثلا شرع لحفظ النسل والعرض، ومن اتخذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول، لا بقصد الزواج الدائم فقد تعسف في استعمال حقه[49]؛ فقد اتفق الفقهاء على أن المطلقة ثلاثًا لا ترجع لزوجها إلا إذا تزوجها مسلم حر عاقل بالغ مرغوب فيه نكاحًا صحيحًا، غير مقصود به التحليل، فإن قصد ذلك لم يكن نكاحها حلالا[50]، وذلك لأنّ الثاني وإن كان مارس حقه في الزواج إلا أنه استعمله في غير ما شرع له، فيعدُّ متعسفا في استعماله.

رابعا- تجاوز استعمال الحق ما جرى عليه العرف والعادة:

إذا كان لشخص دار يملكها، وتجاوز في استعمال تلك الدار والانتفاع بها مجرى العرف والعادة وتضرر الغير من ذلك عُدّ متعسفا[51]، كمن له شجرة في حائطه فعظمت وانبسطت حتى دخلت في هواء أرض جاره فأضرت به فلم ينتفع بأرضه، فإنها تشمر ويُقطع منها وتُرد إلى حالٍ لا يُؤذي، أمّا إن كان عِظَمُها امتداد صاعد في السماء فلا تغير عن حالها.[52]

لكن إذا كان الجار ينتفع بهواء ساحة جاره قبل البناء، فصاحب الساحة إذا سدّ الهواء بالبناء لا يكون متعسفا؛ لأنه إنما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة، وكذا لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يُمنَع من ذلك.[53]

---

[48]- تقي الدين السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي)، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م، ج3، ص65.

[49]- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص185.

[50]- ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، ط1، دار الفاروق الحديثة، 2004م، ج2، ص20.

[51]- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ص307.

[52]- يُنظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: عبد الفتّاح محمد الحلو وآخرين، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م، ج11، ص60.

[53]- يُنظر: ابن الهمام، فتح القدير، (كتاب الهداية للمرغيناني يليه فتح القدير للكمال بن الهمام، وتكملته نتائج الأفكار لقاضي زاده)، (د.ط)، دار الفكر، (د.ت)، ج7، ص326.

بناءً على المعايير المذكورة نجد أن الرابط المشترك بينها هو فكرة التجاوز، ففي كل معيار كان للفاعل حق في فعله غير أنه تجاوز فيه حدا وصل ضرره للغير، وهذا ما يُميّز التعسف عن الاعتداء؛ لأنّ الاعتداء يكون بغير وجه حق.

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري:

نصّ المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر[54] من القانون المدني، والتي نصت على الآتي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لا سيما 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".

وقد وضع المشرع الجزائري هذا النص عند إضافته للقانون المدني في القسم الأول المعنون "المسؤولية عن الأفعال الشخصية" من الفصل الثالث المعنون "العمل المستحق للتعويض"، الـمُحرّران بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني[55]، وألغى المشرع بموجب القانون نفسه المادة 41 من القانون المدني[56]، التي أورد نصها في المادة 124 مكرر الـمُضافة مع تعديل بسيط.

بالرجوع إلى نص المادة 41 الملغاة من القانون المدني نجد أنها اعتبرت الحالات الثلاثة المذكورة تعسّفًا في استعمال الحق، وقد نصت هكذا: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الحالات الآتية ..."[57]، والظاهر من نص المادة أن المشرع لم يُصنّف التعسف ولم يُكيّفه، ولكنه فعل ذلك في التعديل، فكما رأينا نص المادة 124 مكرر قال فيها: "يشكل الاستعمال التعسّفي للحق خطأً لا سيما في الحالات الآتية ..."؛ فالمشرع هنا صنّف التعسف وكيّفه على أنه خطأ يثير المسؤولية ويستلزم التعويض.

---

[54]– أضيفت بموجب القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ/ 20 يونيو 2005م، المعدّل والمتمم للقانون المدني، ج.ر (عدد 44)، الصادر بتاريخ: 19 جمادى الأولى 1426هـ/ 26 يونيو 2005م.

[55]– يُنظر: المادة 34 من القانون رقم: 05-10 المذكور سابقا.

[56]– يُنظر: المادة 51 من القانون نفسه.

[57]– المادة 41 من القانون المدني الجزائري. (ملغاة بموجب القانون رقم 05-10 المذكور)

من خلال النص الجديد (المادة 124 مكرر) يكون معيار التعسف في استعمال الحق معيارا شخصيا، وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة، أو يكون معيارا موضوعيا وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة من المادة نفسها، كما يعتبر الضرر الفاحش الذي يلحق بالجار معيارا موضوعيا.[58]

أولا- المعيار الشخصي (قصد الإضرار بالغير):

يكون الشخص متعسفا إذا قصد الإضرار بالغير، وذلك كمن يبني حائطا في ملكه بقصد حجب النور عن جاره دون أن تكون له فائدة من ذلك.[59]

ثانيا- المعيار الموضوعي:

1- إذا كان استعمال الحق يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير:

وذلك كمن يغرس شجرة لتوفر له الرطوبة فتطول حتى تحجب النور عن جاره أو تصل إلى شرفته فتمنعه من استعمالها استعمالا مألوفا، فيكون صاحب الشجرة بذلك متعسفا في استعمال حقه؛ لأن المصلحة التي يسعى إليها وهي الحصول على الرطوبة قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي سيصيب جاره، وهو عدم استعمال الشرفة.[60]

في هذا الباب أيضا تنص المادة 708 من القانون المدني على الآتي: "غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط".[61]

فهذه الصورة تقوم على أساس عدم التوازن بين المصالح المتضاربة لصاحب الحق والغير، فكلما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الذي يصيب الغير، اعتبر متعسفا في استعمال حقه ولو لم يكن عدم التوازن نتيجة قصد الإضرار بالغير.[62]

2- عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق:

لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة أو ذات قيمة من استعماله لحقه، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة، وذلك كأن يستعمل الشخص بيته في أغراض منافية للقانون أو الآداب، فالحقوق

---

[58]- يُنظر: فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ص153.

[59]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ص188.

[60]- فريدة محمدي، المرجع السابق، ص153.

[61]- الفقرة الثانية من المادة 708 من القانون المدني الجزائري.

[62]- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ص154.

ليست لها قيمة في القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة فإذا انحرف صاحب الحق إلى تحقيق مصالح غير مشروعة تجرد حقه من قيمته وكف القانون عن حمايته، وإذا كان المعيار هنا ماديا في ظاهره، إلا أنه غالبا ما تكون النية هي العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة.[63]

3- الضرر الفاحش:

يضاف الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة، وقد نص عليه المشرع في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة، ومن تطبيقات الضرر الفاحش ما نصت عليه المادة 691 من القانون المدني بقولها: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلا 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".

وتطبيقات الضرر الفاحش متعددة فيما يخص مضار الجوار إذ يعتد بالضرر الفاحش ولا ينظر إلى مصلحة صاحب الحق ولو كانت جدية، فيجب الحد منها إذا لحق الغير ضررا فاحشا[64]، وفي هذا الصدد تنص المادة 705 من القانون المدني على الآتي: "للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا ..."[65].

ومن هذه النصوص القانونية يتضح أن حالات ومعايير التعسف في التشريع الجزائري، كما هو الحال في الفقه الإسلامي[66]؛ حيث تبيّن من خلال تحليل بعض النصوص أنّ المشرع عدّ التجاوز تعسفا في استعمال الحق، والتعسّف خطأ يوجب الضمان، وهو مختلف عن الاعتداء بغير وجه حق، وهذا الاعتداء يُسأل عنه فاعله أيضا لكنه مستقل عن مضمون التعسف ومعناه.

المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق

يقودنا التدرج في تكييف إساءة استعمال الحق إلى بيان الجزاء اللازم عند وقوع هذه الإساءة، والتي تقرّر من خلال العناصر السابقة بأنها تعسّف وتجاوز.

---

[63]- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، ص293.

[64]- فريدة محمدي، المرجع السابق، ص155.

[65]- الفقرة الأولى من المادة 705 من القانون المدني الجزائري.

[66]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ص189.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

الفرع الأول: جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

من خلال تتبع أحكام الفقه الإسلامي نجد أنه يضع عدّة جزاءات على إساءة استعمال الحق، تختلف في النوع والدرجة، وهي على النحو الآتي:

أولا- الجزاء الدنيوي:

من القواعد المقررة شرعا قاعدة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وهذه القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانيات المتاحة، وفقا لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية، فهي من باب الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الاستطاعة، لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ[67]، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الدفع يكون وقاية إذا كان قبل وقوع أي ضرر، أما إذا وقع الضرر فيكون جزاءً بحيث يُزال ذلك الضرر مع تعويض المتضرر.

بناءً على ما ذُكر فإنّ الجزاء الدنيوي الذي يدفع الضرر قد يأخذ صورا مختلفة، فقد يكون جزاء عينيا بإبطال التصرف المتعسف فيه، أو حرمان صاحب الحق من استعمال حقه الذي سيكون محلا للتعسف، كما قد يكون الجزاء تعزيريّا لمن تبيّن عمده أو تكرر منه الفعل حسب اجتهاد القاضي، وتفصيل الجزاء الواقع على المتعسف على النحو الآتي:

1- الجزاء العيني:

أ- في التصرفات القولية: ونعني بذلك العقود التعسفية، كنكاح التحليل، أو بيع العينة، أو وصية الضرار، أو الهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، فالجزاء فيها إبطال ذات التصرف، لمنع ترتيب آثاره عليها، وعلى ذلك تعتبر هذه العقود باطلة، وقد يكون الجزاء بإجبار الممتنع على استعمال حقه، كما في المحتكر، فإنه يجبر على البيع بثمن المثل، دفعا لتعسفه، وإضراره بالجماعة.[68]

ب- التصرف الفعلي: وذلك بالمنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع، أو إزالته إن أمكن، أو قطع سببه بعد الوقوع؛ منعا لاستمراره في المستقبل، فإذا بنى في ملكه حائطا عاليا بحيث منع انتفاع جاره بملكه على وجه معتاد، وعطل منافعه المقصودة من الملك، فإن يهدم من الحائط القدر الذي يزول به هذا الضرر الفاحش.[69]

2- الجزاء التعويضي (الضمان):

---

[67]- أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996م، ص256.

[68]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص288- 289.

[69]- المرجع نفسه، ص289.

ردمد ورقي: 9971 -2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2023 المجلد: السابع العدد: الثاني ص.ص: 600- 622

إذا أزيل الضرر الواقع نتيجة التعسف في استعمال حق معين كان الواجب تعويض الشخص المضرور[70]، وكذلك إن تعذر إزالة الضرر عينا، وجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقائه أو تجدّده في المستقبل.[71]

ثانيا- الجزاء التعزيري:

وهذا موكول إلى ولي الأمر، فله أن يقرر عقوبة التعزير على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر في الشرع، وهذه تختلف بحسب الأشخاص والملابسات، وقد رأينا أن من الأئمة من يقول بتعزير المحتكر، فضلا عن جبره على البيع بثمن المثل، لإيقافهم أمام القضاء إيلاما وامتهانا.[72]

ثالثا- الجزاء الأخروي:

تمتاز الشريعة الإسلامية عن التشريعات الوضعية بترتيب جزاء أخروي على البواعث أو النيات غير المشروعة، فقصد الإضرار أو التحايل على قواعد الشرع، يترتب عليه الإثم فضلا عن الجزاء الدنيوي الذي قدمنا، بل هو الأصل، لأن الشريعة الإسلامية باعتبارها ترتكز على عقيدة دينية تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها، ثم تضع إلى ذلك القواعد التشريعية الملزمة، أي التي يجب تنفيذها قضاء، فكانت بذلك نظاما روحيا ومدنيا معا.[73]

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق في القانون:

الأصل في الجزاء في هذه الحالة هو تعويض المضرور بمبلغ من المال عن الضرر الذي لحقه[74]، ولا يختلف الجزاء القانوني عن الجزاء الشرعي الدنيوي المذكور، المتمثل في التعويض كجزاء أساسي، وإبطال سبب الضرر إذا كان في الإمكان ذلك، والتعزير لمن رأى القاضي أنه يستحقه.

ذهب بعض الفقه في أول الأمر إلى أن جزاء التعسف في استعمال الحق ينحصر في التعويض النقدي على عكس حالة تجاوز الحق التي يصح فيها الحكم بالتعويض العيني، والتعويض العيني هو الذي يقوم على إزالة عين الضرر بالقضاء على سببه أو مصدره[75]، ولكن الرأي الغالب الآن فقها وقضاءً هو

---

[70]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، ص186.

[71]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3230.

[72]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص290.

[73]- المرجع نفسه، ص291.

[74]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض)، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2010م، ص69.

[75]- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الجزء الثاني، ط1، (د.ن)، 2000م، ص193.

الحكم بالتعويض العيني لاستئصال سبب الضرر حتى لا يتكرر، ويجوز الحكم بالتعويض بمقابل مع التعويض العيني، وذلك تعويضًا عن الضرر السابق، وتلافيًا للضرر اللاحق، كالحكم بهدم مدخنة أقامها مالكها للإضرار بجاره، وبتعويضه عما لحقه من خسارة[76]، والتعويض بمقابل: هو الذي يقوم على منح المضرور عوضا عن الضرر الذي ناله للتخفيف من وقع الضرر عليه، وقد يكون نقديّا أو غير نقدي.[77]

قد يتخذ التعويض صورة وقائية، ويُعدُّ ذلك من خصوصيات نظرية التعسف، فيحول الجزاء دون وقوع الضرر[78]، ومثاله ما نصت عليه المادة 788 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل"، ومن خلال هذا النص يبيّن أنّ صاحب الأرض المعتدى عليه خطأً وبحسن نية إذا طالب بهدم البناء فإنّ القاضي لا يجيب طلبه ويحكم على الباني بالتعويض مقابل للضرر.

وبناءً على ما ورد نخلص إلى أن جزاء التعسف في استعمال الحق قد يكون جزاءً وقائيا، وذلك إذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه، فيمنع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه، أما في حالة حدوث التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح من أصابه الضرر، كما يلزم بإزالة الضرر ذاته إذا كان ذلك ممكنا.[79]

الخاتمة

بفضل الله وفتحه وتوفيقه تمّ البحث، وفي ختامه نعرض جملة من النتائج مع بعض الاقتراحات، وذلك في الآتي:

أولا- النتائج:

1- استعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير؛ فالشرع والقانون لا يحميان الشخص المتعسف في استعمال حقه، والتعسف في استعمال الحق هو أن يمارس الشخص حقا مشروعا له في الأصل، لكنه استعمله بقصد الإضرار بالغير، أو أنه لم تكن له فيه مصلحة وسبب ضررا وإن لم يكن مقصودًا.

[76]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص69- 70.
[77]- إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص193.
[78]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص70.
[79]- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ص155.

2- مصطلح التعسف في استعمال الحق لم يكن موجودا في مصادر الفقه الإسلامي، على الرغم من تفعيله والعمل به، وقد تكلم فقهاء القانون الغربي عن هذا المصطلح وجعلوه نظرية، ثم نقلها عنهم فقهاء القانون العربي، وظهرت بعدها في كتابات المتأخرين المشتغلين بالدراسات الفقهية الإسلامية.

3- نصّت الشريعة الإسلامية ضمنيا على منع التعسف في استعمال الحق، ثم توسّعت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه، وأعطاها الفقهاء أوسع تصوير، وكانوا الرائدين فيها، فسبقوا الشرائع الغربية، إذ لم يقتصروا على صورة تعمّد الإضرار بالغير، بل اعتبروا الفعل تعسفا كلما تخلفت المصلحة.

4- تعتبر الشريعةُ الإسلامية التعسّفَ في استعمال الحق تقصيرًا من صاحب الحق لما يسببه من الإضرار بالغير، وتترتب عليه مسؤوليته، والمشرع الجزائري لم يُصنّف التعسف ولم يُكيّفه في النص القديم، وفعل ذلك في التعديل، حيث صنّف التعسف وكيّفه على أنه خطأ يثير المسؤولية ويستلزم التعويض.

5- يدخل أغلب الفقهاء نظرية التعسف في استعمال الحق في نظام المسؤولية التقصيرية، ويُعدُّ المتعسِّف قد ارتكب خطأً في استعمال حقه، وعليه التعويض، ويذهب البعض إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري لاعتباره مبدأً مستقلا، ونظرية أساسية ملازمة للنظرية العامة للحق وتابعة لها.

6- يكون صاحب الحق في الفقه الإسلامي متعسّفا في استعمال حقه إذا وُجِد قصد الإضرار، أو ترتب ضرر أكبر من المصلحة، أو استعمل الحق في غير ما شرع من أجله، أو تجاوز في استعمال الحق ما جرى عليه العرف والعادة، والرابط المشترك بين المعايير المذكورة هو فكرة التجاوز.

7- تنقسم معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري إلى معيار شخصي، وهو قصد الإضرار بالغير، ومعيار وموضوعي، وذلك إذا كان استعمال الحق يحقق فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أو يحقق مصلحة غير مشروعة، أو يحدث ضررا فاحشا.

8- جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري قد يكون جزاءً وقائيا، وذلك بمنع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه، أما في حالة حدوث التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بتعويض المضرور، كما يلزم بإزالة الضرر متى أمكن ذلك، وتمتاز الشريعة الإسلامية عن التشريعات الوضعية بترتيب جزاء أخروي، وهو إثم من قصد الإضرار.

ثانيا- الاقتراحات:

1- تكييف المشرع للتعسف في استعمال الحق، ورصده لحالات وصور أخرى، وذلك للتقليل من وقوعها من جهة، وضبط السلطة التقديرية للقاضي من جهة أخرى.

2- اقتراح آليات وقائية تمنع وقع إساءة استعمال الحق وتحول دونها، وذلك لمنع تضرر الغير قدر الإمكان؛ لأنه دائما الوقاية خير من العلاج.

3- الحث على دراسة صور التعسف في استعمال الحق ومعاييرها بشكل دوري مواكب لتطور القوانين؛ وذلك لسدّ الثغرات التي قد تُستغل في هذا الجانب.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم.

ثانيا- النصوص القانونية:

1- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم.

2- قانون رقم: 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ/ 20 يونيو 2005م، يعدّل ويتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية (عدد 44)، الصادر في 19 جمادى الأولى 1426هـ/ 26 يونيو 2005م.

ثالثا- الكتب:

3- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تصحيح وتعليق: مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1409هـ/ 1989م.

4- أحمد رضا، معجم متن اللغة، (د.ط)، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1379هـ/ 1960م.

5- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (د.ن)، 2000م.

6- الأزهري: أبو منصور محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.

7- البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ.

8- ابن بطال: أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد، الرياض، 1423هـ/ 2003م.

9- تقي الدين السبكي: أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي، الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلي علم الأصول للبيضاوي)، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ/ 1995م.
10- توفيق حسن فرج، ومحمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، (د.ط)، الدار الجامعية، القاهرة، 1988م.
11- الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/ 1987م.
12- ابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حقّقه: محمد حجي وآخرون، الطبعة الثانية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م.
13- ابن أبي زيد القيرواني: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن (أبي زيد) النفزي المالكي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، حقّقه: عبد الفتّاح محمد الحلو وآخرون، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م.
14- السمرقندي: أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم، بحر العلوم، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، وزكريا عبد المجيد النوتي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ/ 1993م.
15- ابن سيده المرسي: أبو الحسن علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/ 2000م.
16- الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1417هـ/ 1997م.
17- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، (د.ط)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.
18- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964م.
19- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2003م.
20- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2004م.

21- الغزي: أبو الحارث محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ/ 2003م.
22- الغزي: أبو الحارث محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ/ 1996م.
23- ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، حلية الفقهاء، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، 1403هـ/ 1983م.
24- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، 1417هـ/ 1997م.
25- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1408هـ/ 1988م.
26- الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو البصري، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، (د.ط)، دار ومكتبة الهلال، بيروت، (د.ت).
27- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية- الجزائر، 2000م.
28- ابن القطان: أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الطبعة الأولى، دار الفاروق الحديثة، 1424هـ/ 2004م.
29- ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد (ماجه) القزويني، سنن ابن ماجه، حقّقه: شعيب الأرناؤوط، وآخرون، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، بيروت، 1430هـ/ 2009م.
30- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، (د.ط)، دار العلوم، عنّابة، 2006م.
31- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض)، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010م.
32- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1427هـ/ 2006م.
33- ابن مفلح الحنبلي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد المقدسي ثم الصالحي، كتاب الفروع (ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ/ 2003م.

34- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م.
35- ابن نجيم المصري: زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق وتخريج: زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/ 1999م.
36- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، (كتاب الهداية للمرغيناني يليه فتح القدير للكمال بن الهمام، وتكملته نتائج الأفكار لقاضي زاده)، (د.ط)، دار الفكر، (د.ت).
37- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، (د.ت).

رابعا- المقالات:

38- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الأول، 1982م.