



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

محاضرات في مقياس النظريات الفقهية والقانونية

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر - السداسي الأول -

تخصص الشريعة والقانون

إعداد : د/ بوجمعة حمد

السنة الدراسية : 2022/2021

مفردات المادة

المحور الأول : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون

المدني الجزائري

نظرية التعسف في استعمال الحق
أولاً : تعريف التعسف لغة واصطلاحاً
ثانياً : تطور نظرية التعسف في استعمال الحق
1/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني
2/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي
3/ نظرية التعسف في استعمال الحق في باقي الدول الغربية
4/ تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في الدول العربية
موقف الفقهاء الغربي والإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق
أولاً : موقف الفقه الغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق
1/ الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق
2/ الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق
ثانياً : موقف الفقه الإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق
1/ نظرية الحق المطلق
2/ النظرية المادية
3/ النظرية المعنوية
طبيعة التعسف في استعمال الحق وموقف المشرع الجزائري منها
أولاً : طبيعة التعسف في استعمال الحق
1 / التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية
2 / التعسف في استعمال الحق ذو طابع مستقل عن الخطأ المولد للمسؤولية

التقصيرية
ثانيا : موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق
تطبيقات على معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي
أولا : معيار قصد الإضرار
1 / تطبيقات على معيار قصد الإضرار في الفقہ الإسلامي
2/ تطبيقات على معيار قصد الإضرار في القانون المدني الجزائري
ثانيا : معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا
1/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في الفقہ الإسلامي
2/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في القانون المدني الجزائري
ثالثا : معيار المصلحة غير المشروعة
1/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في الفقہ الإسلامي
2/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في القانون المدني الجزائري
رابعا : معيار مضار الجوار غير المألوفة " الضرر الفاحش

المحور الثاني : نظرية الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي والقانون المدني

الجزائري

تعريف نظرية الظروف الطارئة والفرق بينها وبين النظم القانونية المشابهة
أولا : تعريف نظرية الظروف الطارئة
ثانيا : الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والنظم القانونية المشابهة
1/ نظريتي الاستغلال والإذعان

2/ القوة القاهرة

تطور نظرية الظروف الطارئة والبلاد التي أخذت بها

أولاً : تطور نظرية الظروف الطارئة

1/ النظرية في القانون الروماني

2/ النظرية في القانون الكنسي

3/ النظرية في القانون الفرنسي

ثانياً : البلاد التي أقرت نظرية الظروف الطارئة

1/ البلاد التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

2/ البلاد التي أقرت النظرية عن طريق الاجتهاد القضائي

نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

أولاً : شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

1/ أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه

2/ أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام

3/ أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها

4/ أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب الحادث الطارئ

ثانياً : بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

1/ في عقد الإيجار

2/ في عقد المقاوله

3/ في حق الارتفاق

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

أولاً : قواعد نظرية الضرورة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة

ثانياً : بعض تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي

1/ نظرية العذر

أ/ الأعدار الموجبة للفسخ عند الحنفية والجمهور
ب/ شروط تطبيق أحكام العذر
2/ نظرية الجوائح
أ / تعريف الجائحة
ب/ شروط تطبيق أحكام الجوائح
ج/ الجزاء في الجوائح والمقدار الذي يحصل به الضمان
الفرع الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في مسألة الظروف الطارئة

المحور الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الجزائري

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

حقا إن الفقهاء المسلمون لم يتناولوا هذه النظرية بوصف كونها نظرية على النظام المعروف في الفقه الغربي، لأن الفقه الإسلامي لم يُبنَ بوجه عام على النظريات العامة، بل هو بصورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص من القضايا الفردية، والناظر في تلك القضايا الفردية يستطيع أن يستخلص من أحكامها التي قررها الفقهاء نظرية عامة لسوء استعمال الحق على غرار ما صنع فقهاء التشريع الوضعي¹.

وترتبط هذه النظرية ارتباطا وثيقا بالحق الذي ذهب أكثر الفقهاء في عصرنا الحاضر إلى أنه ذو وظيفة اجتماعية²، فلا يجوز لمستعمله أن يخرج عن وظيفته هذه، وإلا عد ذلك تعسفا في استعمال الحق، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة، وإنما تريدها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها...
وحيثما أراد المشرع المصري - الذي هو أصل القانون المدني الجزائري في هذه النظرية - أن يورد في التقنين المدني الجديد لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد في الفقه الإسلامي³.

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

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

³ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري ، سنة 1982 ، برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، وعضوية أكثر من سبعين عضوا من أساتذة الشريعة والقانون على رأسهم شيخ الأزهر جاد الحق علي جاد الحق صدر ضمن سلسلة تجمع جميع مشاريع القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي والتي

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

ولقد استعمل الفقهاء المسلمون بعض الألفاظ والعبارات التي تؤدي نفس المعنى مع الإساءة والتعسف ، فلقد استعمل الشاطبي عبارة الاستعمال المذموم⁴ ، وابن القيم عبارة المضارة في الحقوق⁵ ، أما الفقهاء المعاصرون فمنهم من آثر لفظة المضارة⁶ على التعسف ، ومنهم من فضل الترجمة الأصلية للمصطلح وهي الإساءة⁷ ، ومنهم من فضل استعمال كلمة التعسف لدقتها في تأدية المعنى المراد ، ذلك أن التعسف انحراف عن الجادة، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير ، كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بغيره، وقد لا يكون كما في نكاح

أعدّها مجلس الشعب المصري 1982 وعنون جامع هذه السلسلة هذا المجموع بعنوان قوانين الشريعة على المذاهب الأربعة ، وخص القانون المدني بجزء خاص : قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م ، ج 29/2-30..

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

⁵ فتحي الدريني ، مرجع سابق ص 52. نقلا عن الطرق الحكمية لابن القيم ، ولقد رجعت إلى الكتاب المذكور فلم أجد ذلك.

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

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

التحليل مثلا ، إذ القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثا إلى زوجها الأول ، ولا مضارة فيه لأحد ، وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج ، وهو التنازل والألفة والمودة وبناء أسرة ، فلم يشرع الزواج في الأصل للتحليل⁸ .

الفرع الأول: تعريف التعسف وتطوره

أولا : تعريف التعسف لغة واصطلاحا

1/ تعريف التعسف لغة

العَسْفُ والتَّعَسَّفُ والاعتِسَافُ: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق ، والعَسْفُ: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد، ولا هداية، ولا توخي صوب، ولا طريق مسلوكة. يقال: اعتسف الطريقَ اعتسافاً إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه. والتَّعَسِيفُ: السيرُ على غير عَلمٍ ولا أثرٍ. ومنه قيل: رجل عَسُوفٌ إذا لم يقصد قَصْدَ الحقِّ ، ثم كثر حتى قيل: عَسَفَ السلطان: إذا ظلم. وتعسّف فلانٌ فلاناً إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه. ورجل عَسُوفٌ إذا كان ظلوماً⁹ .

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

2/ تعريف التعسف اصطلاحا

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

⁸ فتحي الديني ،مرجع سابق، ص 53.

⁹ انظر:محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق، ص 208. أحمد بن فارس ، مرجع سابق ، ج 4 / 311. مجد الدين

الفيروزآبادي ، مرجع سابق ، ص 837.

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

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

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

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

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

ثانيا : تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

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

1/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني

من الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني القديم نصوصا صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، ذلك أن القانون الروماني لم يكن وليد النظريات بل كان أساسه القضايا العملية والمسائل الحقيقية الفرعية التي عرضت على فقهاء¹² ، إضافة إلى ذلك فإن القانون الروماني مشبع بفكرة الحق المطلق والروح الفردية ، فلم تظهر فيه نظرية التعسف بوضوح¹³ ، بل كانت تسود فيه قواعد ضد مبدأ التعسف ذاته فقد جاء في الديجست¹⁴ قول الفقيه الروماني الكبير

¹¹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 91.

¹² المرجع نفسه ، ص 431.

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

¹⁴ وهي "مدونة الاجتهاد" إذ تعد من أبرز مؤلفات الرومان القانونية ، كما جاء في : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 433. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1972 ، ج 1 ص 50.

كايوس " ليس بالمعتدي من يستعمل حقه " ، وعن الفقيه بولس " أنه لا يأتي عملا ضارا إلا من يعمل بدون حق " وعن أولبيانوس " إنه ليس بالمؤذي من استعمل حقه " ، " من استعمل حقه فما ظلم "15.

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

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

¹⁵فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص:433.

¹⁶صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:50.

¹⁷ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/948. علي علي سليمان ،

مرجع سابق ، ص : 211.

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

2/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانونالفرنسي

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

أما القضاء فقد كان يطبق هذه النظرية رغم عدم النص عليها في القانون باعتباره كان يتسم بوجه عام بالنزعة الفردية اللهم إلا تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية، ومن ذلك الحكم الصادر سنة1855م عن محكمة كولمار القاضي بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله أدت إلى حجب النور على جاره²⁰، ففكرة التعسف كانت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين ، وجرت بها أقلامهم ، كما عرفت في مجال القضاء ، ولعلمهم كانوا يستوحون في ذلك مبادئ العدالة فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقاً، وهو حق الملكية ، غير أن

¹⁸فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص:434.

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

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

الرزاق السنهوري ،مرجع سابق ، ص:950.

هذه التطبيقات التي ظهرت في القانون الفرنسي القديم قد طمستها الثورة الفرنسية إلى أن ظهرت في أواخر القرن التاسع²¹ وبداية القرن العشرين²².

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

ومن الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال ما قضت به محكمة استئناف باريس سنة 1941م، من أن المالك يكون متعسفا في استعمال حقه وتجب مساءلته لأنه وإن كان قد أقام حائطا في مدخل مسكنه الكائن وسط حديقته بهدف منع الأتربة، إلا أنه قد سد بذلك فناء جاره الذي كان بمثابة ممر له، فهو اختار في التنفيذ طريقة تعد أكثر إضرارا بجاره، إذ كان يمكنه أن يقيم الحائط بمادة شفافة لا تحجب الضوء عن جاره وتمنع مرور الأتربة في ذات الوقت²⁴.

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

21 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص: 436.

22 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 1/949.

23 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص: 438.

24 محمد شوقي السيد، مرجع سابق، ص 316.

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

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

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

3/ نظرية التعسف في استعمال الحق في باقي الدول الغربية

لقد أخذت التشريعات الحديثة بهذه النظرية على خلاف بينها في مدى توسعها وتضييقها في نطاق المعايير ، فقد اقتضت بعض التشريعات على المعيار الذاتي في أضييق حدوده ، وهو قصد الإضرار، وبعضها على المعيار المادي وحده ، وبعضها مزج بين المعيارين الذاتي والموضوعي .

فقد نص القانون المدني الألماني الصادر سنة 1896م ، والمعمول به ابتداء من سنة 1900م ، على التعسف في استعمال الحق في المادة (226) منه بقوله " لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير " .

فنص القانون المدني الألماني يسمح بتطبيق نظرية التعسف في حدود ضيقة جدا إذ قصرها على قصد الإضرار فقط ، وهو معيار ذاتي محظ ، فلو صاحب

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

قصد الإضرار حصول منفعة ولو قليلة لصاحب الحق ، كان استعماله لحقه مباحا
26.

أما القانون المدني السوفييتي الصادر سنة 1926م ففي المادة الأولى منه أخذ
بالمعيار المادي وحده فضلا عن غموض المادة واتساعها ، فقد نصت على أن "
القانون يكفل الحقوق المدنية ، إلا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي
والاجتماعي الذي وجدت من أجله " ، وعند صدور القانون المدني الجديد سنة
1964م نقل الحكم إلى المادة الخامسة منه²⁷.

ومن القوانين التي زاوجت بين المعيارين الذاتي والموضوعي :

- **قانون الالتزامات السويسري الصادر سنة 1906م**، والمعمول به ابتداء من

1912م، متوسعا في حالات التعسف فنص في المادة الثانية منه على أنه "يجب

على كل شخص أن يستعمل حقوقه ، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي

يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق ، فلا يقره القانون " .

- **مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات** فقد جاء في المادة

(2/74) على أنه " يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير ، متجاوزا في

استعماله حقه حدود النية الحسنة ، أو الهدف الذي من أجله وجد الحق".

- **القانون المدني البولوني في المادة (35)** منه " أن كل من يلحق عن قصد

أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه ، يكون ملزما بضمانه ، إذا

26 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462.

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

كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق ."

- القانون المدني النمساوي في المادة (1295) والتي تم تعديلها سنة 1916م " يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافى مع الآداب وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير²⁸ .

4/ تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في الدول العربية:

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

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

أما القانون المصري الجديد فهو ثاني قانون في البلاد العربية نظم نظرية التعسف في استعمال الحق في صلب التقنين، وصاغها ومعايير التعسف كاملة في مادتين (4،5) من الباب التمهيدي . وقد عدها واضعه وشارحه الأستاذ

السنهوري في جملة المبادئ التي استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي، حيث قال "....ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ، لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي²⁹ . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصر عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله"³⁰. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما يلي:

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

"ولهذا لم ير المشروع أن ينسج على منوال التقنين السويسري في النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه ويفي بالتزاماته وفقا لما يقضي به

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

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

حسن النية ، وأن التعسف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحميه القانون ، ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التي آثرها المشروع السوفييتي إذ قضى في المادة الأولى من التقنين المدني بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادي أو الاجتماعي من وجودها .
وأعرض أيضا عن الصيغة التي اختارها التقنين اللبناني (م 124) ، وهي لا تعدو أن تكون مزاجا من نصوص التقنين السويسري والتقنين السوفييتي .
وجانب أيضا كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستمد من الفقه الإسلامي بوجه خاص الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص³¹ .

وتقول في مكان آخر : " وعلى هذا النحو وضع المشروع دستورا لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية، وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة "³².

وقد جاء نص المادة (4) على أن: " من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " وهي تعد قاعدة عامة في نفي المسؤولية عن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً، غير أن المادة(5) جاءت لتبين

31 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/207-209

32المرجع نفسه، ج1/211.

أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع فإن المسؤولية تترتب عليه إذا نشأ عن ذلك الاستعمال ضرر كما يلي: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

ب- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة "

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

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

وقالت عن بعض المعايير : " قد استقر الفقه الإسلامي على الأخذ بها " ،

وقالت عن بعضها الآخر " إن الفقه الإسلامي أساسها . "

ثم قالت أخيراً : " وعلى هذا النحو وضع المشروع قاعدة لمباشرة الحقوق ، استناداً إلى ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية المتفقة مع ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية إساءة استعمال الحق "33.

الفرع الثاني : موقف الفقهاء الغربي والإسلاميين نظرية التعسف في

استعمال الحق

أولاً : موقف الفقه الغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق

لأن معظم فقهاء العالم أضحى يسلم اليوم بأن الحقوق نسبية لا مطلقة ، وأن استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله ، فقد تبلورت هذه النظرية في تشريعات العلم جله على تفاوت بينها في مفهوم التعسف ومدى تطبيقه ، وأخذت طريقها إلى التقنين مع الانتقادات الكثيرة لبعض الفقهاء ومعارضتهم لها³⁴ .

1/ الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق

من أبرز الفقهاء المعارضين لهذه النظرية الفقيهان الكبيران اسمان و بلانيول / رأي اسمان : يرى اسمان أن هذه النظرية غير منطقية لأنها مبنية على أساس غير صحيح ، فالمسؤولية التقصيرية مبنية على الخطأ المولد لها ، أما في حالة التعسف في استعمال الحق فإننا لم نخرج من دائرة الحق ، وهي دائرة مشروعة مهما تكن نية صاحبه عند استعماله ، بخلاف الخطأ فهو فعل غير مشروع ، لأننا لو سلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية أدى إلى قيام المسؤولية ، فقد ينتهي هذا بنا إلى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني مما يؤدي إلى

³³ نقلاً عن مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ،

الخط بين علم الأخلاق وعلم القانون³⁵ ، ثم يضيف بأن هذه النظرية من الخطورة
بمكان لأننا إذا أسندنا إلى القاضي الكشف عن النية و الباعث فإن ذلك يجعل
الناس معرضون لأهواء القضاة وتقديرهم الشخصي وتحكمهم الكيفي ، إذ لا شيء
يمنع القاضي من أن يقرر أن هذا العمل مقصود فيه الإضرار ، أو أنه يشكل
تعسفا في استعمال الحق من غير قصد ، وبالتالي يستطيع القاضي أن يضرب
بالنص عرض الحائط ، ويكون بذلك سلطانا فوق القانون³⁶ .

وعلى هذا فإن الفقيه إسمان قد أسس نقده للنظرية على أساس الخط بين
القانون وعلم الأخلاق ، وما قد يؤدي إليه من تحكم القضاة عند البحث عن النية
التي صحت استعمال الحق

ومما قد يرد به على الفقيه إسمان ما يلي :

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

- لقد أباح القانون للقاضي في أكثر من موضع البحث عن النية والكشف
عنها ، وإعمال سلطته التقديرية في ذلك ، فضلا عن ان هذه السلطة التقديرية
غير مطلقة بل هي مقيدة بأسس وقواعد وضوابط ، ثم إذا كانت سلطة القاضي
التقديرية مطلوبة في مواضع كثيرة فلماذا نخشاها فقط في مسألة التعسف³⁷ .

35 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 448.

36 عدنان القوتلي ، مرجع سابق ، ص 317.

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

- أما ما يتعلق بالخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق فهو أمر لا أهمية له ذلك أن القواعد القانونية ما هي إلا قواعد أخلاقية مصحوبة بجزاء ، ولذلك يقول الفقيه جوسران " إن هذه الحدود - أي بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية - لم توجد فقط إلا ففي مخيلة بعض الفقهاء فعلم الأخلاق ما هو إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء " .

ومع ما سبق فإن إسمان يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي إلى قيام المسؤولية إذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر ، ومثل لذلك بحالة الإضراب الذي يقوم به العمال لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين إلى النقابة ، إذ في هذا الإضراب تعطيل لحق رب العمل ، واعتداء على حرية العمل³⁸.

ب / رأي بلانيول :

يرى بلانيول أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية إنما هو أساس متناقض في ذاته ، فاستعمال الحق أمر مشروع ، والتعسف مجاوزة لحدود الحق ، وهو أمر غير مشروع، فإذا وجد الحق انتفى التعسف ، وإذا وجد التعسف انتفى الحق ، بل تنكر لها حتى قال عنها أنها خاطئة حتى في تسميتها³⁹ ولذلك قال كلمته المشهورة " ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف في استعماله ، ولا يمكن ان يكون تعسف في استعمال حق ما ، لسبب لا يمكن أن يدحض، وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد موافقا للقانون ومخالفا له⁴⁰ .

38 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 456.

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

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

فرأي الفقيه بلانيول يرتكز على نقطتين :

- أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع وغير مشروع في وقت واحد.

- أن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية - وهو مبنى التعسف في نظره - لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع لا يستند إلى حق ،وعليه فجميع حالات التعسف تعد حالات خروج عن الحق .

غير أن هذا الرأي قوبل بعدة انتقادات أهمها :

- يرى السنهوري " أن النقد الذي توجه به بلانيول إنما هو نقد شكلي لا غير، إذ يمكن لرده أن نقول : إن هناك نوعين من الخروج عن الحق ، خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتعسف في استعماله ، ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق...ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون في الوقت ذاته مخالفاً للقانون " ⁴¹ .

ولذلك رد جوسران على ذلك بقوله " إن كلمة Droit في اللغة الفرنسية لها معنيان ، فهي تعني الحق الشخصي تارة ، وتارة أخرى تعني القانون ، ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفاً للقانون " ⁴² .

41 المرجع نفسه ، ج1 / 951-952.

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

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

43»

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

أما التعسف فالفعل فيه مشروع لذاته ولكن قصد به مثلاً تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو حدوث ضرر أكبر من المنفعة التي تعود على صاحبه ، فيمنع

التسبب لذلك كمن يبني في أرضه من غير مجاوزة لحدود ملكه ، وإنما يبني بقصد الإضرار بجاره ليحجب النور عنه⁴⁴ .

ومن الأقلية من الفقه العربي التي تنكرت لهذه النظرية وانتقدتها انتقاداً مريراً ، الأستاذ **مصطفى مرعى** الذي أبى أن يسمي هذه النظرية بالاسم الذي عرفت به ورأى أن يسميها " الخطأ تحت ستار الحقوق " ، ثم ينتهي إلى القول بأنه من المعترضين على هذه النظرية لأن الحقوق لا يساء استعمالها ولكن من يستعمل حقه لا ليحقق به نفعاً لنفسه ، ولكن ليقع به ضرراً بالغير فهو مخطئ⁴⁵ .

2/ الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق

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

أ/ رأي سالي :

يعتبر الفقيه سالي من الفقهاء الفرنسيين السابقين إلى الإقرار بهذه النظرية والدفاع عنها غير أنه جعل المعيار المادي أساساً لها ، بخلاف المعيار الذاتي الذي يجعل في رأيه النظرية بغير فائدة لعسر تبين القصد والنية ، ولذلك جعل علة التعسف تظهر في الاستعمال غير الطبيعي للحق ، بحيث جعل الظروف

44 المرجع نفسه ، ص 446-449 .

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

والبيئة والعرف هي المحدد ما إذا كان الاستعمال عاديا أم غير عادي ، ويقصد بالاستعمال غير العادي الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله الحق من دون اعتبار لنية صاحبه⁴⁶.

ب/ رأي جوسران :

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

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

فالتعسف إذا هو الخروج بالحق عن الهدف الاجتماعي الذي وضع له⁴⁷، ولما كان هذا المعيار من التجريد والسعة بحيث يعسر تطبيقه ، ويفتح المجال واسعا أمام القضاء ليتحكم في النظر إلى الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق بمنظاره الشخصي المبني على معتقدات حزبية أو سياسية...

ولهذا دعا جوسران إلى الاستغاثة بالبائع النفسي حتى إذا كان موافقا للغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق لم يكن تعسفا وإذا خالفه عد ذلك تعسفا لأنه دافع غير مشروع.

46 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 455.

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

ومما يؤخذ على رأي جوسران أنه جعل الحق وظيفة اجتماعية ، والحق في الواقع ليس بذاته وظيفة اجتماعية ، وإنما له وظيفة اجتماعية، وفرق بين الأمرين ، ففي الحالة الأولى يكون الشخص مجرد وكيل أو موظف ، بل يعتبر الشخص مجرد آلة اجتماعية أو عنصر تكوين لا يعمل لصالحه الخاص بل لصالح الجماعة ، وفي الحالة الثانية يكون الحق مجرد وسيلة لتحقيق غرض وغاية لصالح الجماعة بحيث للفرد أن يمارس حقوقه بكل حرية بشرط أن يحافظ على الغرض الذي شرع الحق لأجله ، وفي ذلك يتحقق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة⁴⁸.

ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق

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

1/ نظرية الحق المطلق

يمثل هذه النظرية اتجاه كبير في الفقه الاسلامي ، فقد ذهب إليها كل من أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة وداود الظاهري وابن حزم وغيرهم⁴⁹ ، ومن مستنداتهم ما تقرر في الفقه من أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁵⁰.

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

⁴⁹ زعم الدكتور فيض الله ، مرجع سابق ، ص 191. بأن هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي، وذلك محل نظر ، إذ جاء عن كثير من الفقهاء والأصوليين المدققين خلاف ذلك، مثل الشيخ أبو زهرة والدكتور فتحي الدريني ..

فقد قال أبو حنيفة " من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به " ، وحكي أن رجلا تضرر من بئر حفرها جاره في داره فأتى أبا حنيفة شاكيا مستفتيا فلم ينكر عليه فعله في ملكه ، بل هدى المستفتي إلى حيلة بقوله " احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة" ، ففعل . وكلا الأمرين - يقول صبحي محمصاني - كما ترى فيه ضرر وأذى ، ولكنه جائز لم ينكره أبو حنيفة⁵¹... ومثله ما نقله الكاساني أيضا " وله أن يرفع بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس؛ لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه، وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تتورا أو حماما أو رحي؛ لما قلنا، وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا، أو قصارا، وإن كان يتأذى به جاره؛ لما قلنا، وله أن يفتح بابا أو كوة؛ لما ذكرنا ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى، وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو كرباسا، وإن كان يهي بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك؛ لم يجبر على التحويل، ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن. «⁵²

ونقل عن الشافعي في حديثه عن الغاصب للأرض قوله : -عند شرحه لحديث « لا ضرر ولا ضرار» - "وجهه الذي يصح به: أن لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، ولا ضرر في أن يمنع رجل من

⁵⁰وهينصالمادة 91 منمجلهالأحكامالعدلية.

⁵¹ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 39 .

⁵² علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ،

الطبعة: الثانية، 1986م ، ج 28/7-29.

ماله ضررا ولكل ما له وعليه... أو رأيت رجلا له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهما فسأله الرجل أن يبيعه منها ممرا بما شاء من الدنيا ، هل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟ أو رأيت رجلا عنده أمة عمياء لا تتفقه ، أعطاه بها ابن لها بيت مال هل يجبر على أن يبيعهها؟ فإن قال لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له. قلنا: وكل هؤلاء يقول إنما فعلت هذا إضرارا بنفسي ، وإضرارا للطالب إلي ، حتى أكون جمعت الأمرين ، فإن قال: وإن أضر بنفسه وضار غيره ، فإنما فعل في ماله ما له أن يفعل. قيل: وكذلك حافر البئر في أرض الرجل، والمزوق جدار الرجل ، وناقل التراب إلى أرض الرجل ، إنما فعل ما له أن يفعل ومنع ما له أن يمنع من ماله.⁵³

وخلاصة كلام الشافعي كما لخصها - صبحي محمصاني - هو أنه " لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وإن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ، ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضا "⁵⁴.

وجاء عن ابن حزم أنه قال " لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقا " وقال أيضا "ولكل أحد أن يعلي بنيانه ما شاء - وإن منع جاره الريح والشمس - لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له، ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام، أو فرن، أو رحي، أو كمر أو غير ذلك، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك."⁵⁵

⁵³ الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، 1990 ، دون طبعة ، ج3/255

⁵⁴ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:40 .

⁵⁵ أبو محمد علي بن أحمد حزم الأندلسي الظاهري ، المحلى بالآثار ، دار الفكر - بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، ج7/85-86.

وهذا الرأي - يقول الأستاذ صبحي محمصاني- شبيه بالنظرية الأوروبية التقليدية ، التي تنظر إلى الفرد وحده وإلى حقوقه بحد ذاتها ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين وعن حقوق المجتمع الذي ينتسب إليه، فهي ترى حقوقه هذه مطلقة، لا يكون استعمالها أبد غير مشروع، وتراها ثابتة لصاحبها يستعملها بحرية، دون تغيير ودون التقات كبير إلى الغاية التي منحت لأجلها ، ولذلك سميت هذه النظرية بالنظرية الفردية⁵⁶ .

2/ النظرية المادية

تنظر هذه النظرية إلى الضرر الناتج من استعمال الحق ، بغض النظر عن نية ممارس الحق ما دام يضر بالآخرين ضررا فاحشا ، وممن قال بهذه النظرية جمهور الفقهاء من المالكية ومتأخري الحنفية والحنابلة⁵⁷، مستندهم في ذلك العديد من القواعد الفقهية مثل قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"⁵⁸، " الضرر يزال"⁵⁹، " درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁶⁰ ، " إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع"⁶¹...

⁵⁶ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:40 .

⁵⁷ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 187. أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 105.

⁵⁸ محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/199 . مجلة الاحكام العدلية المادة 19.

⁵⁹ عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، 1990م . ج1/83 ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، علق عليه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى 1999م . ص72. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق، ج1/210. مجلة الأحكام العدلية المادة 20.

⁶⁰ مجلة الاحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/87. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

⁶¹ السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/115. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص 100. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ج1/244. مجلة الاحكام العدلية المادة 46.

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

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

قال: نعم، يمنع من ذلك⁶² للضرر الفاحش البين من اطلاع الغير على
العيال وحصن الدار والمطبخ والبئر⁶³ ، وجاء عنه أيضا: " قلت: وكذلك إن لم
يفتح فيها أبوابا ولا كوى، ولكنه منعني الشمس التي تسقط في داري ومنعني الريح
التي كانت تهب في داري، أكون لي أن أمنعه من أن يرفع بنيانه إذا كان مضرا
بي في شيء من هذه الوجوه التي سألتك عنها في قول مالك؟

قال: لا يمنع من هذا، وإنما يمنع إذا أحدث كوى أو أبوابا يشرف منها، فهذا
الذي يمنع منها ويقال له سدها، ولم أسمع من مالك في الريح والشمس شيئا. ولا
أرى أن يمنع من ذلك⁶⁴ . لأنه لا يرى فيها ضررا فاحشا وهو ما أكدته المجلة
في المادة 1201 " منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء

⁶² مالك بن أنس ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1994م ، ج4/474.

⁶³ وهو ما أكدته المادة 1202 من المجلة ومثلت للضرر الفاحش في عدة مواد منها 1200 ، 1201 ، 1202 ، 1204

...

⁶⁴ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج4/475.

والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش ...⁶⁵.

ومنه قول ابن جزي "من أحدث ضررا أمر بقطعه ... وينقسم الضرر المحدث قسمين: أحدهما متفق عليه والآخر مختلف فيه ، فالمتفق عليه أنواع : فمنه فتح كوة أو طاق يكشف منها على جاره فيؤمر بسدها أو سترها، ومنه أن يبني في داره فرنا أو حماما أو كير حداد أو صائغ مما يضر بجاره دخانه فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان، ومنه أن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه أو يجري في داره ماء فيضر بحيطان جاره، وأما المختلف فيه فمثل أن يعلي بنيانا يمنع جاره الضوء والشمس فالمشهور أنه لا يمنع منه وقيل يمنع"⁶⁶.

ومنه ما جاء عن بعض متأخري الحنفية كابن عابدين قوله : "القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بينا، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه كمن أراد أن يبني في داره تتورا للخبز دائما أو رحي للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا."⁶⁷.

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

⁶⁵ وهو ما أكده الشيخ أبو زهرة بقوله " ولا يعد في عرف الفقهاء ضوء الشمس من الحوائج الأصلية" محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 106.

⁶⁶ أبو القاسم، محمد بن أحمد ابن جزي ، القوانين الفقهية ، مرجع سابق ، ص 224.

⁶⁷ ابن عابدين،رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر - بيروت ، الطبعة: الثانية، 1992م ، ج5/237.

صاحبه كانت لأجل الإضرار بالغير ، لهذا سميت هذه النظرية بالنظرية المادية لتمييزها عن النظرية المعنوية التي تنظر في استعمال الحقوق إلى نية صاحبها⁶⁸

3/ النظرية المعنوية

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

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

- وإن لم تتجه نيته إلى غيره بإضرار أو أذى ، ففعله سليم وإن لحق الضرر بغيره ، ولا يعتبر مسيئا في ممارسته لحقه .

فمدار هذه النظرية هو التركيز على نية مستعمل الحق ، وتتبع حركاتها عند استعماله لحقه ، وذلك في ضوء الدلائل والقرائن الخارجية التي تشير إلى ذلك⁶⁹ .

وممن نبه إلى ذلك أبو إسحاق الشاطبي والذي أوجب تنفيذ الأحكام الشرعية وفقا للمقاصد التي وضعت لها ، فقال عند كلامه في المسألة الثالثة تحت عنوان

بطلان العمل المغاير لقصد الشارع : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن

ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل .

⁶⁸ صبجي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:48.

⁶⁹ فيض الله ، مرجع سابق ، ص 135 - 136 .

أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن التشريعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفسد ، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة "70 .

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

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

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

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

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

4 - إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا قد قصد به فاعله نفع نفسه والإضرار بغيره معا . كالمرخص في سلعته قصدا لطلب معاشه وللإضرار بالغير ، فهنا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا

⁷⁰ أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2/283.

ضرر ولا ضرار في الإسلام ، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصلي في الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ فالجواب على هذا السؤال يحتمل تفصيلا ، وهو أنه :

إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل أمكن تحصيل النفع للفاعل من وجه آخر ، فحينئذ لا إشكال في منعه منه ، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار ، فلينقل عنه ولا ضرر عليه .

وإما أن لا يكون له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ، فحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع أبدا من استعماله .

ويتلخص كلام الشاطبي في أن من يثبت له حق شرعي في أمر ما فإنه يمنع من استعماله إذا لم يقصد به إلا الإضرار بالغير . وعلى الجملة - يقول صبحي محمصاني - أن هذه النظرية موافقة أكثر من غيرها لروح التشريع الاسلامي...وأنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق ، إن لم تكن أرقى منها من حيث الدقة والتعليل⁷¹ .

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

⁷¹ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 51- 53.

الفرع الثالث : طبيعة التعسف في استعمال الحق وموقف المشرع الجزائري منها

أولاً : طبيعة التعسف في استعمال الحق

اختلف الفقهاء في تكييف التعسف إلى أربعة أقوال ، فمنهم من يرى بأن التعسف خروج عن حدود الحق أصلاً ، ومنهم من يرى أنه خطأ من نوع خاص ، ومنهم من يرى أنه تطبيق لفكرة المسؤولية التقصيرية ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه ، ومنهم من يرى أنه ذو طبيعة مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية ، وسنقتصر على بيان الاتجاهين الأخيرين لأهميتهما وأرجحيتهما ، وشيوع الأخذ بهما في تكييف التعسف مقارنة بباقي الاتجاهات.

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

التقصيرية

يرى أنصار هذا التكييف أن التعسف في استعمال الحق يعد صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية ، ويتقدم أنصار هذا الاتجاه العلامة السنهاوري ، والذي تطرق إلى مسألة التعسف في استعمال الحق عند شرحه للقانون المدني المصري الجديد، أثناء شرحه للفعل الضار كمصدر للالتزام ، وما يتولد عنه من مسؤولية تقصيرية ، مع أن التعسف في استعمال الحق ورد في مقدمة القانون "مادة 4 -5"، حيث يقول السنهاوري "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى ، وهي صورة الخروج عن حدود الحق ، أو عن حدود الرخصة ، يجوز

أن يكون نقدا كما يجوز أن يكون عينا ، وليس التعويض العيني - كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور على الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى ، ولا نحن في حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية كما ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك.⁷²

في حين أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أكدت انبساط ظل هذه النظرية وأحكامها على كافة أنواع الحقوق ، مبينة سبب استناد القضاء المصري والفرنسي في اجتهادهما لدرء التعسف إلى قواعد المسؤولية التقصيرية قبل صدور القانون المدني الجديد، وهو خلو القانون القديم من نصوص تقرر نظرية التعسف⁷³ ، حتى لا يكون العمل القضائي حجة على تحديد طبيعة التعسف ، لأن لجوء القضاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في الوقائع التي تشتمل على أفعال تعسفية في ظل القانون القديم ، إنما كان للضرورة ، ولعل هذا هو المسوغ للقضاء الفرنسي أيضا⁷⁴ ، لخلوه من نصوص تقرر نظرية التعسف ، إذ لجأ إلى النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية في المواد(1382،1383) من القانون المدني، فظن بعضهم أن القضاء الفرنسي يجعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، وذلك غير صحيح ، بل هناك محاولات جادة من الفقه الفرنسي اتجهت إلى تقرير نظرية التعسف مستقلة عن نطاق المسؤولية التقصيرية والتي كانت في مطلع القرن العشرين 1905م ،

⁷² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/955-956.

⁷³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق ، ج1/207.

⁷⁴ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 287-288.

وكذلك أعمال اللجنة التي تألفت لمراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي بجلساتها المنعقدة سنتي 1950-1951م .

ويشير تقرير هذه اللجنة الأخيرة إلى اقتراح نص عام في الباب التمهيدي يقرر نظرية التعسف وعللت ذلك بخلو القانون المدني من قاعدة عامة حول التعسف في استعمال الحقوق، وأن هذه النظرية ليس من المؤكد انتمؤها إلى المسؤولية المدنية أو الخطأ. وخلال النقاش الدائر بين أعضاء اللجنة أشار بعضهم إلى إمكانية وجود تعسف دون خطأ ، ومثلوا لذلك بمثال من يقيم مصنعا يحتاج إلى مداخن مختلفة في حي سكني ، بعد حصوله على ترخيص من جهة الإدارة، ودون أن يرتكب أي إهمال ، أو عدم تبصر ، فإنه يعتبر متعسفا وإن لم يكن مخطئاً⁷⁵.

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

للمسؤولية التقصيرية

لقد أدرك الكثير من الفقهاء قصور الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن استيعاب جميع حالات التعسف فنادوا بضرورة استقلالية نظرية التعسف عن المسؤولية التقصيرية للفارق الجوهرى بينهما ، ذلك أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي⁷⁶ ، أما في التعسف في استعمال الحق فإن الخطأ هو انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق ، ذلك أن للحق غاية اجتماعية لا يتعدها، فإن تعدها صاحب الحق سمي متعسفا ، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تقر بوجود حقوق

⁷⁵فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 289-290.

⁷⁶ محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار

الهدى ، ميله ، الجزائر الطبعة الأولى، 2011م، ص :47.

وسلطات مطلقة ، وإنما هناك حقوق نسبية فقط، يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها⁷⁷ .

فإذا كان الفعل مجاوزا للحدود الموضوعية للحق ، ويشكل بالتالي اعتداء على حق الغير، تعمدا، أو إهمالا وتقصيرا ، كان الخطأ تقصيرا ، أما الفعل التعسفي فإنه في الأصل مشروع لكونه ناشئا عن حق ، وليس مجاوزا مضمونه وسلطانه ، ولكنه يصبح تعسفيا لا لذاته ، بل لما فيه من الانحراف عن الغاية أو المصلحة التي شرع الحق من أجلها ، أو نية الإضرار ، أو لنتائجه ، فالفرق بينهما ظاهر ، إذ الخطأ فعل غير مشروع في ذاته ، أما الفعل التعسفي فهو مشروع في ذاته⁷⁸ .

فلو أن شخصا أقام بناءه على أرض غيره ، أو زرع أرض غيره بدون إذن المالك، اعتبر غاصبا أو معتديا ، ففعله غير مشروع أصلا ، ومحرم لذاته ، لأنه لا يستند إلى حق ، فهو تصرف في ملك الغير ، وعلى العكس من ذلك لو أن مالك الأرض بنى فيها ضمن حدودها بناء، أو حائطا عاليا ، بحيث سد على جاره منافذ الضوء والهواء والشمس ، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، فهذا المالك يعتبر متعسفا، ولو لم يجاوز حدود ملكه ، وأساس التعسف هو النتيجة أو الثمرة من هذا التصرف ، لا ذات التصرف من حيث هو ، فالتصرف مشروع في أصله أما ثمرته ونتيجته أضرت بالغير ضررا غير معتاد ، فكان ذلك تعسفا⁷⁹ .

⁷⁷ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الاسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج 30/2 .

⁷⁸ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 283-284.

⁷⁹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 292.

ومما يدل على أن التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ في المسؤولية التصويرية أيضا إدراجه ضمن الباب التمهيدي لكثير من القوانين الأجنبية⁸⁰، وكذا القوانين العربية⁸¹، وخصوصا المستمدة من القانون المصري⁸²، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تتبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التصويرية بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعا، بل وعلى نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام ولذلك آثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتذيا مثال أحدث التقنيات وأرقاها (انظر المادة 2 من التقنين المدني السويسري، والمادة 1 من التقنين المدني السوفييتي)⁸³ . "

⁸⁰ كالتقنين المدني السويسري " م: 2 "، والتقنين المدني السوفييتي " م: 1 "، القانون المدني البولوني، " م: 35 ...

⁸¹ كالقانون المدني المصري " م: 4 - 5 "، القانون المدني الليبي " م: 4 - 5 "، القانون المدني الأردني " م: 61 - 66 "، القانون المدني العراقي " م: 6 - 7 "، القانون المدني السوري " م: 5 - 6 " ومشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية " م: 36 - 37 ...

⁸² مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 23 .

⁸³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج 207/1

ثم إن هناك فرقا جوهريا بين المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق ، لما لهذا الأخير من دور وقائي - فصاحب الحق يمنع من استعماله ابتداء إذا كان سيسبب ضررا للغير - ودور علاجي على السواء ، خلافا لفكرة المسؤولية التقصيرية التي لها دور علاجي فقط وهو التعويض⁸⁴ .

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

أ/ فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية ، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية .

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

ج/ ثم إن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي ، وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعة ، أو بنظرية الضمان ، أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي إزاء الخطأ ، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون إقامة

⁸⁴ انظر : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 311 . ، عيسوي أحمد عيسوي . مرجع سابق ، ص 33.

التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة من صور هذه المسؤولية ، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية .

د/ إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلاً ، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ ، بل تنظر إليها نظرة موضوعية ، وخذت حذو المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ⁸⁵ .

والخلاصة - يقول الدريني - أن التعسف لو كيّف على النحو الذي جاءت به الشريعة الإسلامية - وهي المعين الصافي لهذه النظرية - من أن حقيقته مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل ، مما يربط التعسف بالحق من حيث نتيجته أو غرضه ، لأغنانا ذلك عن الخوض في هذه التفسيرات الفقهية المتناقضة التي تحاول رد معايير التعسف إلى فكرة الخطأ⁸⁶ .

ثانياً : موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف في استعمال الحق أسوة بالقوانين المدنية العربية، وخصوصاً بالقانون المدني المصري ، الذي تأثر به المشرع الجزائري تأثراً كبيراً ، ويعتبر القانون المدني المصري قد استمد هذه النظرية من الفقه الإسلامي، وكذلك من القوانين الأجنبية كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها "وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الإسلامي

⁸⁵ علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224-225.

⁸⁶ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 474.

بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الاسلامي ، وهي قواعد صدر عنها التشريع المصري في بعض تطبيقاته ، واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه

87» .

وتقول في مكان آخر : " وعلى هذا النحو وضع المشروع دستورا لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة ، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه و أحفلها بعناصر المرونة والحياة "88 .

وكان المشرع الجزائري قد نص على التعسف في استعمال الحق في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية ، وجاءت نشازا ضمن المواد الخاصة بالأهلية (40-41) وهو مكان غير مناسب مطلقا ، وكان من الواجب أن توضع في مكان بارز من التقنين المدني يتناسب مع أهميتها ، أسوة بالقوانين العربية الأخرى التي جاءت نظرية التعسف فيها في مقدمة القانون⁸⁹ .

⁸⁷ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/207-208

⁸⁸ المرجع نفسه ج1/211.

⁸⁹ انظر في هذا النقد : محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 60-61. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 1992 ، دون رقم الطبعة ، ص : 16.

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

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

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

ومما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية الإيجابية ما يلي :

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

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

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

كما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية السلبية ما يلي :

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

- كان المفروض على المشرع الجزائري أن ينص على نظرية التعسف في مقدمة القانون، وخصوصا أنه انفرد عن جميع القوانين المدنية العربية المستمدة لهذه النظرية من القانون المدني المصري بوصفه لاستعمال الحق في الحالات المذكورة بأنه تعسفي ، ولم يصفه بأنه غير مشروع كما فعلت تلك القوانين ، مما جعل الكثير من الفقهاء يجزمون بأن القانون المدني الجزائري يجعل التعسف في استعمال الحق نظاما متميزا يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية⁹⁰ ، وخصوصا أنه نص في المادة 691 على أنه " يجب على المالك ألا يتعسف في

⁹⁰ مثل :علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224 . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص

استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصت له" وعليه فالجار الذي يضر بجاره من غير قصد ، مع أخذه بكافة الاحتياطات عند ممارسته لحقه والتزامه بالحيطة والحذر اللازمين و المعهودين عند ممارسة الشخص العادي لحقه، ومع ذلك حدث لجاره ضرر غير مألوف فالقول بأن الجار يعرض لجاره على أساس الخطأ هو عين التعسف ، بل لا مناص هنا من إقرار نظرية التعسف لأن الجار يستعمل حقه المشروع في ملكيته ، ولم يصدر منه أي اعتداء ، ومع ذلك حدث لجاره ضرر فاحش أو غير مألوف فإنه يُلزم بالتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق لا على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية . ولذلك كان من المنتظر أن يحسم القانون المدني الأمر بنصه على التعسف في استعمال الحق في مقدمة القانون - ليجعل لهذه النظرية من الشمول ما تستغرق به جميع أنواع الحقوق ومن العموم ما تتبسط به على جميع القوانين الخاص منها والعام ، مثل الكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية كما سبق ذكره - لا أن يجعله صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، فيعسر عليه إيجاد أساس للمسؤولية في كثير من المسائل التي لا وجود للخطأ فيها كما سبق في المادة 691.

الفرع الرابع : تطبيقات على معايير التعسف في استعمال الحق في القانون

المدني الجزائري والفقہ الإسلامي

نصت المادة 124 مكرر على ما يلي : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ

لا سيما في الحالات الآتية :

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

أولاً : معيار قصد الإضرار

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير شهرة ، وأكثرها شيوعاً⁹¹ ، فقد تكلم عنه فقهاء الرومان ، وأجمع عليه من جاء بعدهم ، واستقر الأخذ به في الفقه الإسلامي والفقه الغربي ودرج القضاء على العمل به⁹² ، غير أن هذا المعيار يعد معياراً شخصياً ذاتياً يصعب إثباته ، لأن أساسه الذي يبني عليه هو النوايا والقصود ، وهي أمر مستكن في النفس ، ولذلك توسع القضاء في هذا المعيار من حيث إثباته ، فجعلوا من القرائن والأمارات - وهي معيار مادي - ما يدل على قصد الإضرار ، وذلك بأمرين هما :

- انتفاء المصلحة وانعدامها في التصرف في الحق : لأن الحق لم يشرع لغير مصلحة ولا للعبث من غير فائدة ، مما يعد صاحبه قد ناقض قصد المشرع في

⁹¹ محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، سنة 2001م ، ص 82.

⁹² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/209

أصل تشريع الحق⁹³، ويستوي انتقاء المصلحة مع تحققها تحققاً عرضياً غير مقصود لصاحبه، فمن غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره لا غير يعد متعسفاً في استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع⁹⁴.

- تهاة المصلحة : لأن الحقوق لم تشرع إلا للمصالح الجدية الحقيقية ذات الأهمية لصاحب الحق نفسه ، وللمنفعة الاجتماعية أيضاً⁹⁵، فالحاق ضرر بالغير مقابل مصلحة تهاة تتحقق لصاحب الحق يعد ذلك تعسفاً في استعمال الحق ، كما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري⁹⁶.

1 / تطبيقات على معيار قصد الإضرار في الفقه الإسلامي

لقد أكد هذا المعيار الشاطبي بقوله : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعلمه في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعلمه باطل "⁹⁷ مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : «إنما الأعمال بالنيات...»⁹⁸.

⁹³فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 385.

⁹⁴السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/959. محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 82.

⁹⁵فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 386.

⁹⁶مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

⁹⁷أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق، ج2/283.

⁹⁸أخرجه البخاري من حديث عمر ابن الخطاب مرفوعاً ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم 1 ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر: دار طوق النجاة ، الطبعة: الأولى، سنة 1422هـ ج1/06.

ولقد وردت أمثلة كثيرة لهذا المعيار في الفقه الإسلامي منها إجمالاً تحريم

الرجعة إضراراً بالزوجة ، لقوله تعالى:

✦ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊀ ㊁ ㊂ ㊃ ㊄ ㊅ ㊆ ㊇ ㊈ ㊉ ㊊ ㊋ ㊌ ㊍ ㊎ ㊏ ㊐ ㊑ ㊒ ㊓ ㊔ ㊕ ㊖ ㊗ ㊘ ㊙ ㊚ ㊛ ㊜ ㊝ ㊞ ㊟ ㊠ ㊡ ㊢ ㊣ ㊤ ㊦ ㊧ ㊨ ㊩ ㊪ ㊫ ㊬ ㊭ ㊮ ㊯ ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊀ ㊁ ㊂ ㊃ ㊄ ㊅ ㊆ ㊇ ㊈ ㊉ ㊊ ㊋ ㊌ ㊍ ㊎ ㊏ ㊐ ㊑ ㊒ ㊓ ㊔ ㊕ ㊖ ㊗ ㊘ ㊙ ㊚ ㊛ ㊜ ㊝ ㊞ ㊟ ㊠ ㊡ ㊢ ㊣ ㊤ ㊦ ㊧ ㊨ ㊩ ㊪ ㊫ ㊬ ㊭ ㊮ ㊯ ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ 99 ✦ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊀ ㊁ ㊂ ㊃ ㊄ ㊅ ㊆ ㊇ ㊈ ㊉ ㊊ ㊋ ㊌ ㊍ ㊎ ㊏ ㊐ ㊑ ㊒ ㊓ ㊔ ㊕ ㊖ ㊗ ㊘ ㊙ ㊚ ㊛ ㊜ ㊝ ㊞ ㊟ ㊠ ㊡ ㊢ ㊣ ㊤ ㊦ ㊧ ㊨ ㊩ ㊪ ㊫ ㊬ ㊭ ㊮ ㊯ ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ✦

وقوله:

① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊀ ㊁ ㊂ ㊃ ㊄ ㊅ ㊆ ㊇ ㊈ ㊉ ㊊ ㊋ ㊌ ㊍ ㊎ ㊏ ㊐ ㊑ ㊒ ㊓ ㊔ ㊕ ㊖ ㊗ ㊘ ㊙ ㊚ ㊛ ㊜ ㊝ ㊞ ㊟ ㊠ ㊡ ㊢ ㊣ ㊤ ㊦ ㊧ ㊨ ㊩ ㊪ ㊫ ㊬ ㊭ ㊮ ㊯ ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊀ ㊁ ㊂ ㊃ ㊄ ㊅ ㊆ ㊇ ㊈ ㊉ ㊊ ㊋ ㊌ ㊍ ㊎ ㊏ ㊐ ㊑ ㊒ ㊓ ㊔ ㊕ ㊖ ㊗ ㊘ ㊙ ㊚ ㊛ ㊜ ㊝ ㊞ ㊟ ㊠ ㊡ ㊢ ㊣ ㊤ ㊦ ㊧ ㊨ ㊩ ㊪ ㊫ ㊬ ㊭ ㊮ ㊯ ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ 100 ✦ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊀ ㊁ ㊂ ㊃ ㊄ ㊅ ㊆ ㊇ ㊈ ㊉ ㊊ ㊋ ㊌ ㊍ ㊎ ㊏ ㊐ ㊑ ㊒ ㊓ ㊔ ㊕ ㊖ ㊗ ㊘ ㊙ ㊚ ㊛ ㊜ ㊝ ㊞ ㊟ ㊠ ㊡ ㊢ ㊣ ㊤ ㊦ ㊧ ㊨ ㊩ ㊪ ㊫ ㊬ ㊭ ㊮ ㊯ ㊰ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك .

وهذا كما كانوا في أول الاسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امراته ثم يتركها حتى يقارب انقضاء عدتها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية فيدع المرأة لا مطلقة ولا ممسكة ، فأبطل الله ذلك ، وحصر الطلاق في ثلاث مرات¹⁰¹ .

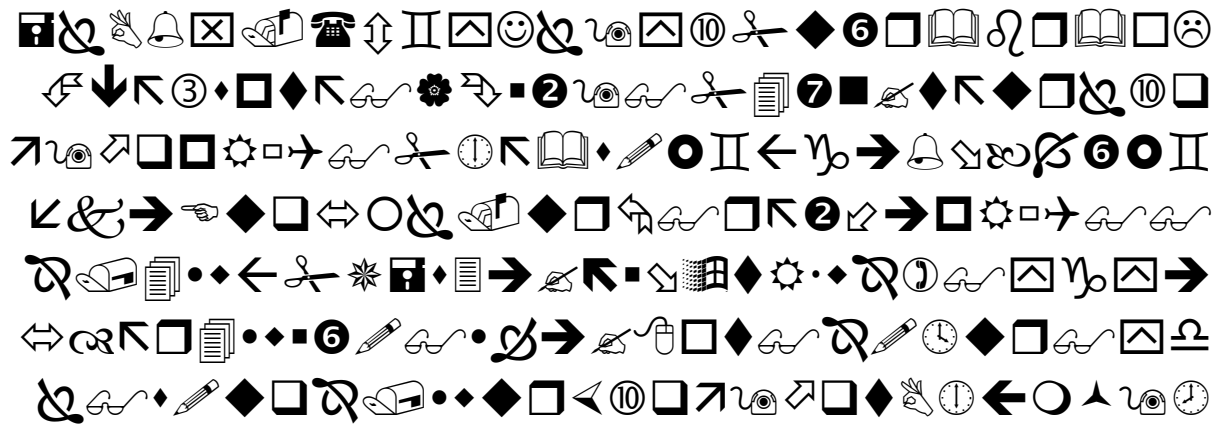
والوصية إضراراً بالورثة والدائنين ، لقوله تعالى:



⁹⁹سورة البقرة ، آية رقم : 231.

¹⁰⁰سورة البقرة ، آية : 228.

¹⁰¹ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق : محمد الأحمد أبو النور ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 2004م ، ج3/917.



﴿قوله﴾¹⁰⁴، أي إذا أرات الأم أن تأخذ أجرا على

الرضاع تخير بين أن تقبل بأجر المثل الذي يلتزم به الأب ، أو تترك لأبيه عبء إرضاعه ليستأجر له مرضعة ، وذكر الجصاص في تفسيره أنها إن لم ترض بأجرة مثلها أجبر الزوج على إحضار المرضعة حتى ترضعه في بيت أمه ، حتى لا يكون مضارا لها بولدها في حقها بحضانتها في بيتها، ونقل عن مجاهد في

تفسير قوله تعالى:

﴿قوله﴾ أنه لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك.

ثم تكلم عن المضارة التي تكون من جهة الأم في قوله

تعالى: ﴿قوله﴾

﴿قوله﴾ والتي تكون : إما بأن تشتت وتطلب فوق حقها في النفقة ، أو تمنعه من

رؤيته . قال ويحتمل تفسيره بأن تغترب به وتخرجه من بلده.

ويتضح من تفسيرات هذا النص أن المضارة استعملت فيه لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سبب لإلحاق الضرر برفيقه في حقه المقابل¹⁰⁵.

وسفر الزوج بزوجه بعيدا عن بلدها وأهلها إضرارا بها ، ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهمة الباطلة للتشهير بهم¹⁰⁶ ، وإقرار مريض مرض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين ، وطلاق مريض مرض الموت لزوجته حرمانا لها من الميراث¹⁰⁷ ...

2/ تطبيقات علمياري قصد الإضرار في القانون المدني الجزائري

نجد من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري على سبيل المثال المادة 189 والتي تنص على ما يلي : " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان خاصا بشخصه ، أو غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق ، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ن أو أن يزيد فيه " ¹⁰⁸ .

¹⁰⁵ مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 29-30.

¹⁰⁶ وهو ما جاء موضحا في المادة 1629 من مجلة الأحكام العدلية والتي تشترط في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت فالدعوى بما هو محال عقلا أو عادة لا تصح ، ومثلوا بدعوى شخص معروف بالفقر أنه أقرض شخصا آخر مبلغا عظيما من المال ، أو أنه غضب مبلغا كبيرا منه . انظر : سليم رستم باز اللبناني شرح المجلة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، سنة 1986م ص 925-926.

¹⁰⁷ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4/32.

¹⁰⁸ يقابل هذه المادة 235 مدني مصري، والمادة 236 مدني سوري ، والمادة 261 مدني عراقي ، والمادة 238 مدني ليبي ، والمادة 276 قانون الموجبات والعقود اللبناني .

وهذه المادة تعد استعمالاً سلبياً للحق من طرف صاحبه - المدين - بالتقاعس وعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير إضراراً بدائنيه ، ولذلك وضع القانون في يد الدائن بحكم هذه المادة دعوى تسمى الدعوى غير المباشرة ، ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين¹⁰⁹ ، ولذلك يحل الدائن باسم المدين ونيابة عنه في المطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير¹¹⁰ وإدخالها الضمان العام حتى يتيسر له بعد ذلك استيفاء حقه .

وعلى ذلك يعد موقف المدين - موقفاً سلبياً بعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير - قرينة واضحة على قصده السيء ، وهو الإضرار بالدائن ، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي¹¹¹ .

ثانياً : معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً

يعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه أيضاً حسب المادة (124 مكرر) إذا " كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير " .

وهذا معيار موضوعي مادي¹¹² - استقاه القانون المدني عن الفقه الإسلامي¹¹³ - ، لا شأن له بالنية ، ويختلف عن المعيار السابق في أنه لا يستند

¹⁰⁹ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر سنة 2010م ، ص 115 .

¹¹⁰ بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن الطبعة الأولى ، سنة 2012م ، ص 148 .

¹¹¹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 389 .

¹¹² السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/958 ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 223 .

إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، ذلك أنه يقوم على التفاوت الكبير بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق من استعماله لحقه ، والضرر الذي يصيب الغير¹¹⁴ ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالاختلال البين في توازن المصالح ، ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت معيار التناسب والتوازن بين المصالح المتعارضة ، بحيث يصبح استعمال الحق تعسفيا إذا كان على وجه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة إخلالا بينا ، إذ يصبح التفاوت شاسعا بين ما يبتغيه صاحب الحق من فائدة ، وبين الضرر الناشئ للغير¹¹⁵ سواء كان ذلك الضرر لاحقا بالفرد أم بالجماعة ، أو مقصودا أو غير مقصود ، فلا ينظر في المعيار المادي إلى القصد بل إلى النتيجة¹¹⁶ .

1/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في الفقه

الإسلامي

من القواعد التي تثبت هذا المعيار في الفقه الإسلامي قاعدة لا ضرر ولا ضرار¹¹⁷ ، الضرر يزال¹¹⁸ ، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف¹¹⁹ ، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر

¹¹³ كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

¹¹⁴ محمد صبري السعدي ، المسؤولية التقصيرية ، مرجع سابق ، ص 59.

¹¹⁵ يقول الدكتور الدريني معلقا على اشتراط القانون المدني الجزائري التفاوت الشاسع في هذا المعيار واعتباره شرطا يتوقف عليه تحقق التعسف ، بأنه يضيق من مجال نظرية التعسف ودورها ، ويفتح السبيل أمام أصحاب الحقوق لممارستها على وجه تعسفي ، مادام لم يبلغ ذلك القدر من جسامته الضرر ، فكان الفقه الإسلامي أوسع مجالا في محاربة التعسف ، ودوره أكثر تفعيلاً لأنه يشترط فقط - في ما عدا مضار الجوار غير المألوفة - أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411.

¹¹⁶ المرجع نفسه ، ص 410.

¹¹⁷ مجلة الاحكام العدلية المادة 19 ، محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق . ج1/199

العام¹²⁰ ، درء المفسد أولى من جلب المصالح¹²¹ ...

تطبق هذه القواعد في حالة ما إذا استعمل الإنسان حقه لغرض تحقيق مصالح مشروعة، ولكنه أثناء استعماله لحقه أصاب غيره بضرر أكبر من الفائدة التي تحصل عليها ، أو مساو لها¹²² ، فيمنع سدا للذريعة، وقد يكون هذا الضرر لاحقا بالجماعة نتيجة تصرف فرد ما، كما يكون ضررا لاحقا بفرد مقابل مصلحة لفرد آخر، ومن أمثلة الضرر العام اللاحق بالجماعة الاحتكار وهو شراء ما يحتاجه

¹¹⁸ مجلة الأحكام العدلية المادة، 20، جلال الدين السيوطي ، مرجع سابق ج83/1 ، ابن نجيم المصري ، مرجع سابق . ص72. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج210/1.

¹¹⁹ مجلة الأحكام العدلية المادة 27. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج219/1.

¹²⁰ مجلة الأحكام العدلية المادة 26. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج235/1.

¹²¹ مجلة الأحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج87/1. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

¹²² القانون لا يعتبر الضرر المساوي ، أو الذي يزيد قليلا على المنفعة واجب الإزالة تحت غطاء التعسف أو غيره خلافا للشريعة الإسلامية ، وهذه من المسائل التي يتوجب على المشرع الجزائري تداركها ، ويقول في هذا الدكتور الدريني : فاقتصر المشرع الجزائري على التفاوت الشاسع واعتباره شرطا يتوقف عليه التعسف يضيق من مجال النظرية، وخصوصا وأن الشريعة الإسلامية لا تشترط في ما عدا مضار الجوار غير المألوفة أن يكون الاختلال بينا، بل يكفي أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة ، فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411. والظاهر أن فقهاء القانون وحتى الكثيرين من فقهاء الشريعة يعتبرون أن هذه القاعدة داخلية في المباحات لا الحقوق، وهو المتبادر إلى الذهن لمن نظر في جميع معايير التعسف المأخوذة عن الفقه الإسلامي في الدول التي جعلت منه المصدر الأول في تشريعها كالأردن والإمارات ، وحتى من المشاريع المعدة للقانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية أساسا ، كمشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي الذي أعد مجلس الشعب برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، والذي لم ينص على ذلك مطلقا بل نص فقط على الضرر الكبير أو الضرر الفاحش ، مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 5 / 10. ولا حتى من المشاريع التي أعدها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية مثل الشيخ الزرقا الذي له كتاب بعنوان صياغة جديدة لنظرية التعسف ، أورد فيه جملة من المعايير وأغفل مسألة تساوي الضرر والمنفعة، أو زيادته زيادة يسيرة...مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص59.

الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه ، وهو محرم لقوله عليه السلام " لا يحتكر إلا خاطئ " ¹²³ .

ومنه تلقي الركبان : وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم ، وشرائها بثمن أقل من السعر القائم ، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع ، وهو محرم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان ¹²⁴ .

ومنه منع تجار السلاح من بيعه أثناء الفتنة لما في ذلك من إشعال نارها وإن لحق التجار ضرر من ذلك المنع ، ولكن اتقاء الفتنة العامة أولى لأن ضررها أشد ¹²⁵ ، أو بيعه لقطاع الطرق .

وبيع العنب لمن يعصره خمرا ، فالضرر الذي يلحق بالمجتمع من بيع الخمر وانتشارها أعظم من تعطل مصلحة بائع العنب والضرر الذي يلحق به ¹²⁶ .

ونزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة لأن المصلحة العامة مقدمة مع استحقاق صاحب الملكية الخاصة تعويضا عادلا فبناء مستشفى أو مدرسة إن لم يكن له مكان ملائم إلا مكان صاحب الملكية الخاصة فتقدم المصلحة العامة على مصلحته لأن الضرر الذي يلحقه لا يقارن أبدا بالضرر الذي يلحق بالجماعة...

¹²³ رواه مسلم من حديث معمر ابن عبد الله مرفوعا ، كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الأوقات ، حديث رقم 1605 ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ج3/1228.

¹²⁴ رواه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب النهي عن تلقي الركبان... ، حديث رقم 2162 ، ج3/72. ورواه مسلم ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب تحرم بيع الرجل على بيع أخيه ، حيث رقم 1515 ، ج3/1155.

¹²⁵ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 416.

¹²⁶ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/34.

ومثال الضرر الخاص الأشد فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم سمرة ابن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله ، لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله¹²⁷. هذا ويزيد الفقه الإسلامي في تطبيقاته للتعسف في استعمال الحق من ذلك إذا كان الضرر مساويا للمصلحة ، على ما اقتصر عليه القانون المدني الجزائري الذي يشترط كأصله المصري أن يكون الضرر راجحا رجحانا كبيرا على المصلحة الحاصلة للطرف المقابل .

2/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في

القانون المدني الجزائري

أ/ نص المادة 788 ق م ج : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل"¹²⁸ .

وهو نص صريح في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، فيزال الضرر الأشد بالأخف ، وهو ترك هدم البناء الذي اعتدى صاحبه بتجاوزه لحقه مقابل تعويض عادل للمعتدى عليه ، وهو صاحب الأرض المعتدى عليها بحسن نية ، ويكون الاستناد لنظرية التعسف في مقابلة الشخص مالك الأرض المعتدى عليها ،

¹²⁷المرجع نفسه، ج4/34.

¹²⁸ وأصل هذه المادة: المادة 928 قانون مدني مصري.

فيقال له من حَقك المطالبة بحَقك وهو إزالة البناء الواقع في ملكه ، غير أنه لا يجوز له التعسف في ذلك وخصوصاً إذا كان الضرر الذي سيصيب الجار الذي بنى خطأ في ملك جاره أشد وأكبر من الضرر الذي يصيب صاحب الأرض ، ولذلك يجبر صاحب الأرض على قبول تعويض عادل ، وهذا كله في النهاية حسب تقدير المحكمة .

ب/ نص المادة 881 ق م ج : " يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به"¹²⁹ .
مفاد هذا النص أن المشرع الجزائري قد أجرى موازنة بين فائدة العقار المرتفق وقد انعدمت أو أصبحت قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يحمل العقار المرتفق به من أعباء تنتج عن ذلك انعدام التناسب ، أو اختلال التوازن إلى درجة كبيرة ، فيعد ذلك من التعسف غير الجائز¹³⁰ ، وعليه يجوز التحرر من حق الارتفاق¹³¹ ، ومثال ذلك إذا كان حق الارتفاق حق مرور ، وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر ، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويض مناسباً إذا كان هناك محل لذلك¹³² .

¹²⁹ يقابل هذا النص المادة 1029 قانون مدني مصري ، المادة 993 مدني سوري ، 1032 مدني ليبي ، 1284 مدني عراقي ، 1319 مدني أرني. قدارة، خليل أحمد حسن ،نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق ، مجلة الجامعة الإسلامية. مج. 8، ع. 1 (جانفي 2000م)، ص 232.

¹³⁰ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 407.

¹³¹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج9/1402.

¹³² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/653.

ج/نص المادة 708 فقرة 2 ق م ج : " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي¹³³ إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"¹³⁴.
علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري -الذي أخذ عنه القانون المدني الجزائري هذه المادة ، والتي اقتبسها القانون المدني المصري بدوره من أحكام الفقه الإسلامي كما سيأتي ذكره لاحقاً - على هذه الفقرة بما يلي "إذا لم يكن الحائط مشتركاً ، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين ، فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك ولو بدفع التعويض ، على أن له - الجار الملاصق لمالك الحائط - أن يستتر بالحائط ، فلا يجوز لمالكه أن يهدمه دون عذر قوي إذا كان هدمه يضر بالجار المستتر ، وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية"¹³⁵.

د/ نص المادة 958 ق م ج : "يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر بمقتضى تدخله.

¹³³ ورد في النص العربي للقانون المدني الجزائري كلمة قانوني بدل قوي وهو خطأ مطبعي على الغالب لأن النص الفرنسي وردت فيه الكلمة صحيحة ، "sans motif sérieux" ويستبعد أن يكون خطأ في الترجمة .

¹³⁴ يقابل هذه المادة المادة 818 فقرة 2 مدني مصري ، والمادة 827 مدني ليبي ، 1092 مدني عراقي . وانظر قداة، خليل أحمد حسن ، مرجع سابق ، ص 232.

¹³⁵ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 6/65.

فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق، أو أدار الشيء إدارة سيئة، أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه"....

ثالثا : معيار المصلحة غير المشروعة

نصت الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر على اعتبار أن الشخص يكون متعسفا في حقه " إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" ، ويعد هذا المعيار معيارا موضوعيا أيضا ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق¹³⁶ ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها " إن معيار المصلحة المشروعة وإن كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة"¹³⁷ ، ولمعرفة متى تكون المصلحة غير مشروعة أجابت المذكرة الإيضاحية أيضا بقولها "ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام ، أو الآداب"¹³⁸ ، كمن يؤجر منزلا لغرض مقابلات مخالفة للآداب ، أو كفصل عامل لأنه التحق بنقابة العمال...

1/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في الفقه الإسلامي

¹³⁶السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/959، محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 59.

¹³⁷مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209-210.

¹³⁸المرجع نفسه ، ج1/209.

من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامياتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، إذ لا يقصد الزوج الثاني دوام العشرة مع هاته الزوجة ولكنه يريد تحليلها فقط وبذلك يستطيع زوجها الأول تزوجها من جديد ،ومثل إسلام الزوجة الكتابية عند مرض موت زوجها قصد الإرث منه ¹³⁹ ، وتطبيقالزوج لزوجته تطليقا بائنا عند مرض موته ليحرمها من الميراث ، فذلك تعسف في استعمال حق الطلاق قد أفضى إلى مصلحة غير مشروعة، وهي إبعاد الزوجة عن الميراث حتى يستحوذ عليه الأبناء فقط ، وكذلك امتناع الأب عن تزويج ابنته إذ تقدم لخطبتها من هو كفاء لها ، لأجل مصالح شخصية له كأن تكون ابنته تخدمه وليس له غيرها ، أو ادعاؤه أن المهر المقدم غير كاف ..فإذا تبين للقاضي أن رفض الولي ليس له مبرر معقول كان له تزويجها دون إذن وليها درءاً لتعسفه في استعمال حق الولاية ¹⁴⁰ .

2/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في القانون المدني

الجزائري

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

¹³⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج33/4.

¹⁴⁰ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 421.

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

ب/ ما قضت به المادة 187 ق م ج : " إذا تسبب الدائن بسوء نيته - وهو يطالب بحقه - في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق ، أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " لأن الدائن أراد أن يزيد في مبلغ التعويض على عاتق المدين، وهو بذلك يريد تحقيق فائدة غير مشروعة من خلال إطالة أمد النزاع فكان الجزاء على ذلك هو تخفيض المبلغ المتفق عليه في العقد أو عد الحكم به مطلقا جزاء لما صدر من الدائن من دافع غير مشروع .

ج/ نص المادة 427 فقرة 1 ق م ج : "للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين بأعمال الإدارة، وبالتصرفات التي تدخل في نطاق نشاط الشركة العادي ،على شرط أن تكون أعمال الإدارة والتصرفات خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من وظيفة المتصرف بدون مبرر مادامت الشركة قائمة".

رابعا : معيار مضار الجوار غير المألوفة " الضرر الفاحش "

هذا المعيار لم ينص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة الخاصة بالتعسف في استعمال الحق " المادة 124 مكرر " ، ولكنه نص عليه في محل آخر ، وهو المحل المناسب لذكره ، لارتباطه الوثيق بما قبله وما بعده من المواد التي تتكلم

عن التزامات الجوار، أو ما يعبر عنه قانونا بالقيود التي ترد على حق الملكية، وبما أن المشرع الجزائري لم يحصر معايير التعسف في المادة السالفة الذكر ، فالغالب أن المشرع الجزائري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة أحد معايير التعسف في استعمال الحق¹⁴¹، ولذلك سنتكلم على هذا المعيار حتى يكون البحث متكاملًا مجتمعا ، لا سيما وأن المشرع الجزائري مهّد للمادة 691 بقوله: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه " خلافا لأصله المصري الذي نص على ذلك بقوله: " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه ...". إيثارا من المشرع الجزائري للفظة التعسف على الغلو، كما أثر لفظة التعسف على عدم المشروعية كما سبق بيانه.

وجاء نص المادة 691 كالتالي: "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"¹⁴².

¹⁴¹ مثل المشرع المدني الأردني الذي نص عليها في المادة الخاصة بالتعسف "66 فقرة د" ، ولذلك نبه الأستاذ حسن كيرة عليه بقوله "وعدم ظهور هذا النص في القانون المدني المصري لا يعني بأي حال من الأحوال استبعاد المشرع المصري لهذا المعيار من نطاق نظرية التعسف ولكنه اكتفى بالتطبيق الخاص له الموجود في نطاق حق الملكية ، ثم إن المعايير المذكورة للتعسف ليست على سبيل الحصر كما قررت ذلك المذكرة الإيضاحية . انظر: حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998م، ص 145.

¹⁴² يقابلها نص المادة 807 مدني مصري ، والمادة 776 مدني سوري ، والمادة 1501 مدني عراقي ، والمادة 816 مدني ليبي ، والمادة 522 مدني سوداني ، والمادة 1168 مدني يمني ، والمادة 91 التزامات وعقود مغربي ، والمادة 1027 مدني أردني . والمادة 811 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية كما جاء في مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج814/2. ومن القوانين الأجنبية المادة 906 مدني ألماني ، والمادتين 684-685 مدني

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

يقول السنهوري عن هذا المعيار : وهذا معيار مادي استقاه المشروع من الفقه الإسلامي وقننته المجلة من قبل، في المواد (26.27.28.29)¹⁴³ ، ثم يعلل الأستاذ السنهوري عدم النص على هذا المعيار بأنه " أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأفضية اليومية"¹⁴⁴ .

وقد قالت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على معيار الضرر الفاحش: " والمعيار في هذه الحالة مادي ، وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتقاء صفة المشروعية عن المصلحة، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل ، والقضاء في مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه

سويسري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي . انظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/ هامش ص 693.

¹⁴³ وهو ما أكدت مشروع القانون المدني المستمد من الفقه الإسلامي بقوله : وسواء بالنسبة إلى المعايير التي وردت في التقنين الحالي - أي القانون المدني المصري الحالي - وتلك التي وردت في النص المقترح - يشير إلى هذين المعيارين - فإنها جميعاً مستمدة من الفقه الإسلامي. انظر مشروع القانون المدني مع مذكرته الإيضاحية المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 30/2.

¹⁴⁴ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/961-962.

الإسلامي...¹⁴⁵ ، ثم مثلت المذكرة الإيضاحية على هذا المعيار " الضرر الفاحش" بمواد عديدة من المجلة، وهي المواد (1198 إلى غاية 1212) وذكرت أن القضاء المصري جرى منذ عهد بعيد على الأخذ بها¹⁴⁶، وعندما علقت المذكرة على المادة (807)، وهي الأصل في مسألة مضار الجوار ، قالت : " هذا نص جوهرى في الموضوع، يقرر التزامات الجوار ، فيجعلها التزامات قانونية ، وهي الآن التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصري ، قررها مهتديا في تقريرها بالشرعية الإسلامية....ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف، وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم.

أما إذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجار ، فإنه يصبح مسؤولا عن تعويض هذا الضرر، وهذا ما تقضي به المادة 57 من مرشد الحيران ، إذ تنص على أن " للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فيعلي حائطه ، ويبني ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضرا فاحشا" ، فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف ، وقد عرفته المادة (59) من مرشد الحيران بما يأتي " ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش "¹⁴⁷ "... ، ثم تكلمت المذكرة عن بعض الأمثلة للضرر الفاحش نقلا عن مرشد الحيران ، نكتفي بمثال واحد حسب ما ورد في المادة (61)" سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد

¹⁴⁵مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/210.

¹⁴⁶المرجع نفسه، ج1/210.

¹⁴⁷ وهو ما يطابق المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية

إحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه ، وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه¹⁴⁸ .

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

هذا ويلاحظ أن الفقه اختلف في أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة إلى عدة أقوال أشهرها هو التعسف في استعمال الحق ، غير أن الأستاذ السنهوري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ هي في نظره خارجة عن حدود الحق أصلا¹⁴⁹ .

ونختم بحثنا في موضوع التعسف في استعمال الحق بهذه الشهادة والاعتراف بأسبقية الفقهاء المسلمين في معرفة هذه النظرية والتأصيل لها ، يقول الدكتور علي علي منصور : ولقد عثرت أخيرا على مقال للأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني تحت عنوان " تجميع القوانين والشريعة الإسلامية " ورد فيه: " لما كنت بمدينة ليون بفرنسا بقسم الدكتوراه في سنة 1911- 1920 م ، كان أستاذنا

¹⁴⁸ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/31-32. وانظر أيضا أمثلة أخرى على

الضرر الفاحش في المواد 62. 63 من مرشد الحيران ، والمواد 1200 وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية.

¹⁴⁹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/963. وللتفصيل في مسألة أساس مضار الجوار غير المألوفة ينظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج8/702-707. غسان محمد مناور أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني الأردني والفقه المقارن ، رسالة ماجستير ، إشراف الدكتور أيمن مساعد ، قسم القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، سنة 2003م. زرارة عواطف ، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، إشراف رحاب نادية ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، تخصص عقاري ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2013 م .

"لامبير" يرى أنّ الفقه الإسلامي في المعاملات كنزٌ لا يفنى ومعين لا ينضب ، وكان يشير على الطلبة المصريين بالرجوع لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع من الشريعة الإسلامية ، وفعلا وضع الدكتور محمد فتحي رسالة الدكتوراه عن مذهب الاعتساف في استعمال الحق والخروج عما شرع له عند فقهاء المسلمين كما كتبت عنه المجالات القانونية كثيرا ، وأشادت بعظمة التشريع الإسلامي ...

وما كتب الفقيه الألماني " كوهلر " في مقال له " إنّ الألمان كانوا يتيهون عجباً على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق؛ وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787 م ، أما وقد ظهر كتاب "الدكتور فتحي" وأفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي، فإنّه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، ويعترفوا بالفضل لأهله ، وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا في الكلام عليها قبل الألمان بعشرة قرون ...¹⁵⁰

¹⁵⁰ من مقال نشر في الجريدة القضائية في 23 جانفي 1937 م ، نقلا عن مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق. ص 41-42 .

المحور الثاني :

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام على الإطلاق فهو شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما ، أو للأسباب التي يقررها القانون ، كما نصت على ذلك المادة (106 ق م ج) ، وذلك تأسيسا على المذهب الاجتماعي - الذي أدى انتشاره إلى التخفيف من النزعة الفردية التي تشبع بها المذهب الفردي ، والتي مؤداها الحرية المطلقة في إبرام العقود ، فلا يجوز لأي أحد التدخل في تعديل العقد أو انهاءه إلا بموافقة طرفي العقد ، حتى لو كان المتدخل هو القاضي تحت أي مبرر ولو كان بحجة تحقيق العدالة - فكانت جملة أو للأسباب التي يقررها القانون هي البوابة التي استطاع القاضي أن يتسلل منها إلى العقد فيعدل فيه أو ينهيه ، كما في الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م 110 ق م ج) والشروط الجزائي (م 2/184 ق م ج) ، والظروف الطارئة ، فالقاضي لا يقتصر دوره على تفسير العقد، بل له أن يعدل في أحكام العقد أيضا ، وهو ما نصت

عليه المادة (107 / 3 ق م ج) بقولها : " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة والفرق بينها وبين النظم

القانونية المشابهة

أولا : تعريف نظرية الظروف الطارئة :

لقد تعددت التعاريف لهذه النظرية ، وتكاد تتطابق ، وأجمع تعريف لهذه النظرية - في نظري - وهو أنها : " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهابا شديدا ، ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف"¹⁵¹ .

فمن خلال هذا التعريف نجد أن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن عقدا تراخى وقت تنفيذه إلى أجل ، ولما حل هذا الأجل إذا بالظروف الاقتصادية - التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تنفيذه - قد تغيرت تغيرا مفاجئا لحادث لم يكن في الحسابان ، فاختلف التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا .

¹⁵¹ محمد رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة المجمع الفقهي لرابطة العالم

فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا - وإلا لكان قوة قاهرة - كما أنه لا يجعل هذا التنفيذ يعود بخسارة على المتعاقد لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة مثلا ، فالخسارة للتاجر أمر متوقع ، وعليه فيلتزم بتنفيذ التزامه طالما أن الخسارة لا تخرج عن الحد المألوف، أما الحادث الطارئ فإنه يترتب عليه حدوث إرهاب للمدين في تنفيذ الالتزام بحيث يهدده بخسارة تخرج عن الحد المألوف لأنها لم تكن متوقعة وقت التعاقد¹⁵².

هذا وتجد الإشارة إلى التنبيه إلى بعض النظريات المشابهة لنظرية الظروف الطارئة في بعض الأحكام وبيان الفرق بينها وبين هذه النظرية ، ومن أهمها نظريتي الاستغلال والإذعان ، والقوة القاهرة.

ثانيا : الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والنظم القانونية المشابهة

1/ نظريتي الاستغلال والإذعان

تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية مقابلة لنظريتي الاستغلال والإذعان ذلك أنها تجد تطبيقها أثناء تنفيذ العقد خلافا لنظريتي الاستغلال والإذعان اللتان تقومان أثناء مرحلة تكوين العقد ، وكل من هذه النظريات وجدت لإعادة التوازن العقدي إلى مساره الصحيح ، وإن كان في نظرية الظروف الطارئة تتوزع تبعه الاختلال بين المتعاقدين ، لأن حدوث ظرف الطارئ يرجع إلى حادث لا يد للمتعاقدين فيه ، أما في النظريتين الأخريين ، فإن الغبن يرفع كله عن المتعاقد

¹⁵² عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م ، ص 45-36. عبد الرزق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/705 . عبد الزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 6/20.

الضعيف ، لأن حدوث الغبن راجع إلى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف
منهما¹⁵³.

2/ القوة القاهرة

كل من القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة تشتركان في كون كل منهما أمر
غير متوقع الحدوث عند التعاقد لا يمكن دفعه ، ولكنهما يختلفان فيما يأتي :
- إن الحادث الطارئ يجب أن يكون عاما وشاملا ، أما القوة القاهرة فيمكن
أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده.

- إن الحادث الطارئ يصبح فيه تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، بحيث يهدده
بخسارة فادحة ، أما القوة القاهرة فيصبح فيه تنفيذ الالتزام مستحيلا .

- إن أثر الحادث الطارئ هو تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقا برده إلى الحد
المعقول ، أما أثر القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام وبراءة المدين من التزامه¹⁵⁴.

الفرع الثاني : تطور نظرية الظروف الطارئة والبلاد التي أخذت بها

أولا : تطور نظرية الظروف الطارئة

لقد مرت نظرية الظروف الطارئة بمراحل تاريخية عديدة حتى استوت نظرية
متكاملة ، وقد أخذ بها القانون المدني الجزائري مقلدا فيها القانون المدني المصري
، مثله مثل أغلب القوانين المدنية العربية التي أخذت هذه النظرية عن القانون

¹⁵³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/706. بولحية جميلة ، نظرية
الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، تخصص : عقود ومسؤولية ، معهد
الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1983م. ص 11- 13 .

¹⁵⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/705-706 ، وهبة الزحيلي ،
نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، ط الرابعة ، 1985م ، ص 332.

المدني المصري ، ولذلك فسوف نتطرق إلى تطور النظرية في كل من التشريعين الأوروبي والإسلامي .

1/ النظرية في القانون الروماني

لم يأخذ القانون الروماني في بداية عهده بهذه النظرية لتأثره بالثقافات السائدة قبله ولنظرتة الخاصة للعدالة من ناحية أخرى¹⁵⁵ ، فهم يرون في حصول الدائن على حقه كاملا من المدين نوعا من العدالة يبرر الضرب على يد المدين وأخذه بالعسف والقسوة في سبيل إجباره على أداء التزاماته مع غض الطرف عما أحاط به من ظروف قد تكون في معظمها خارجة عن إراداته ، وتطبيقا لقاعدة إعطاء كل ذي حق حقه فلا يلتفتون إلى تلك الظروف ، فيضطرون المدين إلى التنفيذ ظنا منهم أن هذه هي العدالة ، فلم ينظروا إلى قاعدة إعطاء كل ذي حق حقه بطريقة مرنة بما يتلاءم مع كل حالة على حدة .

إلا أن بعض الفقهاء المحدثين يرون أن فقهاء الرومان قد عرفوا هذه النظرية ، وقد استلهموا ما ذهبوا إليه من عبارات كل من الفقهاء بول paul ، وأفريكانوس africanus ، فلقد نقل عن الفقيه بول قوله " ينقض الالتزام إذا جرد ظرف ما كان يمكن أن ينشأ فيه الالتزام ، ومع ذلك فليس هذا صحيحا في كل الحالات "¹⁵⁶ ، ويقول الفقيه أفريكانوس " إذا اشترط شخص على أن يدفع له أو لشخص آخر يسمى تيتوس مبلغا من المال ، فالوفاء لتيتوس يكون صحيحا إذا

¹⁵⁵ انظر في تطور فكرة العدالة عند الرومان : صوفي أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، 1967 ، ص: 337-339.

¹⁵⁶ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 26.

لم تتغير حالته المدنية - أي شخصيته القانونية - ولا يصح الوفاء لتيتوس إذا تغيرت حالته المدنية بأن صار شخصا آخر، أو نُفي، أو وقعت عليه عقوبة الحرمان من الماء والنار، أو إذا أصبح رقيقا ، وذلك لأن الاشتراط يتضمن شرطا مؤداه : إذا بقي تيتوس في نفس الحالة التي كان عليها وقت الاشتراط ¹⁵⁷.

غير أن المعارضين لوجود فكرة الظروف الطارئة في القانون الروماني برروا ما ذكره أفريكانوس على أنه لا يشير إلى مسألة الظروف الطارئة بل يتعلق بالأهلية ، إلا أن الاتجاه الفقهي السائد يرى أن القانون الروماني يجهل هذه النظرية ، وأما ما نسب من أقوال لفقهاء الرومان مثل الفقيه بول إنما هي عبارات غامضة يصعب القول بأنها تؤسس لوجود نظرية تسمى الظروف الطارئة ¹⁵⁸.

إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلا فقد توثقت صلة الرومان بالثقافة الإغريقية منذ القرن الثاني ق م حتى بلغ الأمر ذروته حين أخضعت روما بلاد الإغريق لحكما نهائيا عام 136 ق م ، حيث ظهر من الرومان من درس الفلسفة الإغريقية ومن أشهرهم شيشرون وسينيك ¹⁵⁹ ، وكان مما قاله شيشرون " لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم ، وإذا أصبح التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفا للواجب أن الفائدة الأكبر تفضل على الأقل ¹⁶⁰ ، ومن أقوال سينيك ما يكاد

¹⁵⁷ محمد عبد الجواد محمد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والقانون ، يونيو 1963 ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والثلاثين ، ص 158.

¹⁵⁸ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 26 .

¹⁵⁹ صوفي حسن أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، مرجع سابق ، ص 340.

¹⁶⁰ محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-160. محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص:27-

يطابق ما رده سلفه كقوله " أنا لا أعتبر حانثا لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي، ثم لم أنفذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرا في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي .¹⁶¹ ، فمضمون ما ذكره كل من **شيشرون وسينيكا** أن العقد يبقى مستمرا ما استمرت نفس الظروف التي أبرم فيها ، وهو ما يعرف بشرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، أو الشرط الضمني ، وبذلك يمكن القول بأن هذه المرحلة كانت هي البداية لوضع الأسس الأولى لهذه النظرية .

2/ النظرية في القانون الكنسي

بعد أن أصبح الدين المسيحي دينا رسميا للدولة الرومانية اعترف أباطرة الرومان بالقانون الكنسي¹⁶² ، ولأنه كان قانونا مشبعا بالروح الدينية لم يكن من المستغرب أبدا أن تظهر فيه هذه النظرية ، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين أثرا قانونيا ، فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز إذ هو من الربا المحرم أكله ، وهو

¹⁶¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 27-28 ، محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-

160.

¹⁶² الذي هو في حقيقته عبارة عن اقتباس من القانون الروماني وتطوير له ، وضعته الكنيسة في صياغ جديدة وقامته على مبادئ الدين المسيحي . عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية ، دار الفكر ، 1971م ، ص 09.

إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق¹⁶³ ، وقد اعتمد أصحاب مدرسة بارتول هذه الفكرة في القرن الثاني عشر وصاغوا منها القاعدة المعروفة بقاعدة " تغير الظروف " وهي تعني بأن العقد يقوم على شرط مضمّر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها ، فإذا تغيرت ظروف العقد الاقتصادية وأدى تبديلها إلى إرهاب أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ الذي لم يكن بحسبان المتعاقدين وقت التعاقد

وقد أخذ الفقهاء الإيطاليون والألمان بقاعدة تغير الظروف الكنسية المنشأ إلى غاية القرن الثامن عشر ، كما أخذ بها قدامى الفقهاء الفرنسيين ، إلا أن فقهاء القرن السابع عشر رفضوها رفضاً تاماً لتأثرهم بالقانون الروماني العتيق من ناحية ، ولانتشار فكرة مبدأ سلطان الإرادة من ناحية أخرى ، ثم ما لبثت أن ظهرت من جديد في أوائل القرن الماضي¹⁶⁴ .

3/ النظرية في القانون الفرنسي

تعتبر فرنسا من أشد البلاد عناداً في رفض نظرية الظروف الطارئة، وأكثرها حرصاً على التمسك بحرية التعاقد وقدسية العقد ، أو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد التي تقضي بعدم المساس ببند العقد من أي طرف ولو كان القاضي ، من حيث تعديله أو إنهاؤه إلا برضى طرفيه .

¹⁶³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/707، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر

الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج6/21 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 136.

¹⁶⁴ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 11.

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضى الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني ، وثبت القانون المدني الحديث على الموقف فلم يقر النظرية لا فقها - على خلاف في الرأي - ولا قضاء.¹⁶⁵

أما من الناحية الفقهية فأصحاب المذهب التقليدي - وهم منكرو النظرية - يبنون رأيهم على وجوب احترام الحرية الفردية لأنها هي مركز الحق وغايته ، وأن الإرادة الحرة هي التي تنشئ العمل الحقوقي، فبمقدار ما تحترم إرادة المتعاقدين تسلم العقود ، وترسخ الثقة ، ويستقر التعامل بين الناس .

وهو ما يؤكد الأستاذ مازو وغيره من أصحاب هذا المذهب ، ويذهبون إلى أن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يؤدي إلى هدر مبدأ قانوني وأخلاقي معا ، لأن شريعة العقد قاعدة أساسية يستحيل بدونها دوام الحياة الحقوقية ، كما أن العقد عهد وميثاق يحط نقضه من شرف الإنسان¹⁶⁶ ، ولذلك ألف الأستاذ الكبير ريبير كتابا سماه "تدهور القانون" أفاض فيه عن مساوئ الأخذ بهذه النظرية، واعتبر أن تدخل الدولة في الاقتصاد والعقد يعتبر نوعا من اعتداءات القانون على العقد¹⁶⁷ .

وأما المدافعون عن هذه النظرية وهم أنصار المذهب الاجتماعي فيرون أن الإنسان ليست له حقوق لذاته ، إنما تنشأ حقوقه في المجتمع ، فالإرادة في رأي

¹⁶⁵ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/708، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر

الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6

¹⁶⁶ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 21-22.

¹⁶⁷ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 52.

المذهب الاجتماعي لا تنشئ القاعدة القانونية بين الدائن والمدين ، إنما هي شرط لتطبيقها، ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلا إذا كانت تتلاءم مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، ولأجل هذه الضرورات تتدخل الدولة في توجيه العقود ، إما بمنع إدخال شروط عليها ، أو بإضافة شروط تفرضها على المتعاقدين، فتغل من إرادتيهما وتقيد من حريتهما ، فمن العدالة إذن أن يتدخل القاضي في تعديل العقد إذا بلغ إلى حد الإرهاق ، لأنه من الظلم التمسك بشريعة العقد إذا زادت أعباء المدين وبلغت حد الإرهاق ، وهو ما ذهب إليه من أنصار هذا المذهب كل الأستاذ أيمن و ديموك وغيرهما¹⁶⁸.

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا اختلافا كبيرا في الأساس الذي تتبني عليه، فمن قائل بأن أساسها هو العدل والإنصاف ، وقائل بأن أساسها التعسف في استعمال الحق ، وقائل بأن أساسها هو الإثراء بلا سبب ، وقائل بأن أساسها هو الغلط في القيمة...¹⁶⁹

والذي ذهب إليه أنصار المذهب الاجتماعي هو الصواب بلا ريب ، ذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يناقض نظرية الظروف الطارئة ، ذلك أن تطبيق هذه النظرية راجع لأسباب لا علاقة لها بالإرادة التي هي أساس انعقاد العقد، بل راجع لأمر استثنائية تؤدي إلى الإرهاق في التنفيذ ، ومن العدل إرجاع الإرهاق إلى الحد المعقول ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق هذه النظرية¹⁷⁰.

¹⁶⁸ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 22-25.

¹⁶⁹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 72-120 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/707، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 6/21 .

¹⁷⁰ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 52.

وأما من ناحية القضاء فلقد حاولت بعض المحاكم غداة صدور القانون المدني الفرنسي ، وفي فترات متعاقبة خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين أن تفتح ثغرة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقبول نظرية الظروف الطارئة¹⁷¹ ، غير أن تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بشريعة العقد، ورفضه تطبيق نظرية الظروف الطارئة غدا تقليد راسخا ، فأقام بينه وبينها حجابا لم تستطع بعض المحاكم التي تؤمن بالنظرية أن تتفذ منه، وباءت محاولاتها بالفشل ، فقد سعى بعضها إلى تعديل العقد عن طريق تفسيره ، وسعى البعض الآخر إلى تعديله بتأويل مخالفته للنظام العام ، إلا أن محكمة النقض نقضت هذه الأحكام كلها¹⁷² ، وقالت : " إنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ من سلطته في تفسير إرادة الطرفين وسيلة لتعديل العقد ، فمتى كانت عبارة العقد صريحة وواضحة يجب تطبيقها كما وردت ، وليس من حق القاضي أن يعدل فحواها تحت ستار التفسير ، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد بتأويل مخالفته للنظام العام ، لأن مخالفة النظام العام تقضي بإبطال العقد لا تعديله ."¹⁷³

نتيجة لهذا الموقف الصلب اتجاه هذه النظرية من طرف محكمة النقض من جهة ، ولتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة أخرى ، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار تشريعات لحالات خاصة هي بمثابة

¹⁷¹ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15.

¹⁷² انظر العديد من الاجتهادات القضائية في مسائل كثيرة تؤكد تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بقاعدة شريعة العقد ونفي نظرية الظروف الطارئة في: عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15-18 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج6/23 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/709-710.

¹⁷³ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18

حلول جزئية في مناسبات معينة ، وليست تطبيقا شاملا أو إقرارا لنظرية عامة للظروف الطارئة ، ومن أمثلة تلك التشريعات :

- قانون فايو الصادر في 1918/1/21 الذي أجاز للقاضي أن يفسخ العقد أو يوقف تنفيذه ، حتى تنقش غمامة الحرب ، إذا تأكدت المحكمة من اختلال التوازن بين الأداءات في العقد نتيجة ارتفاع الأسعار.

- القانون الصادر في 1939/9/26 الخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، والذي أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد إذا ثبت أن ظروف الحرب العالمية الثانية قد أدت إلى اختلال التوازن بين أداءات كل من المؤجر والمستأجر
... 174 .

على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد انتكست في القانون الخاص فقد ازدهرت في القانون العام ، بدأت في القانون الدولي العام شرطا ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية ، ثم انتقلت إلى القانون الإداري ، فقد أخذ بها القانون الإداري الفرنسي ، وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى ، بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة ، وكان أول قرار صدر بهذا الشأن بتاريخ 30/05/1916م من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قضية مشهورة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب ، ولما رفع

¹⁷⁴ وانظر أيضا الكثير من القوانين والمراسيم الصادرة بخصوص تعديل الالتزامات بسبب الظروف الطارئة في : عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 28-30 ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 49-50.

الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى.¹⁷⁵

وقد أخذ القضاء الإداري دون القضاء المدني بهذه النظرية لسببين هما :

- أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام ، ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة ، فإذا نظر إلى نظرية شركة الغاز التي أشرنا إليها ويجب أن يحسب حسابا للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور إذ هي تقوم بمرفق عام فلا يجوز أخذها بالعتق وإلا أفلست وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة .

- أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقانون المدني ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشي تطور الظروف¹⁷⁶ .

ثانيا : البلاد التي أقرت نظرية الظروف الطارئة

1/ البلاد التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

أ/ القوانين الغربية التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

القوانين "البولوني والإيطالي واليوناني" تعتبر أهم القوانين الغربية الحديثة التي نصت صراحة على هذه النظرية في قوانينها المدنية .

¹⁷⁵ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18-19 .

¹⁷⁶ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714-715 .

فقد نص القانون البولوني - الذي يعد أول قانون غربي حديث نص على هذه النظرية - في المادة (279) من قانونه المدني الصادر سنة 1934 على ما يلي :
" إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات مرهقة أو هدد تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة ، لم يتمكن المتعاقدان من توقعها حين إبرام العقد كالحرب أو الوباء ، أو تلف المحاصيل بأسرها ، أو أية كارثة طبيعية أخرى ، جاز للمحكمة بعد أن تستعين بمبادئ حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين ، إذا رأت ضرورة لذلك أن تعين طريقة تنفيذ العقد أو مقدار الالتزام ، بل والحكم بفسخ العقد. "

أما بالنسبة للقانون المدني الإيطالي المعدل سنة 1942م ، فقد نص في المادة (1467) منه على ما يلي : " في العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ ، إذا أضحي التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهابا فاحشا ، بسبب حوادث استثنائية لم يمكن توقعها ، فهذا المتعاقد أن يطلب فسخ العقد ، ويسقط هذا الطلب إذا تقدم الطرف الآخر بقبول تسوية عادلة وفقا لأحكام المادة (1458)."

وأما القانون المدني اليوناني فقد نص في المادة (388) على ما يلي : " إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ، ويتفق مع العرف في المعاملات ، وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف ، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله ، أو تفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه"¹⁷⁷

¹⁷⁷ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 33-34. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع

ب/القوانين العربية التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

يعتبر القانون المصري الجديد لسنة 1948م أولى القوانين العربية التي نصت على هذه النظرية بنص صريح كما جاء في المادة (2/147) " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وقد احتذى القانون المدني المصري مثال التقنين البولوني فيما أورده من أحكام تشريعية في هذا الشأن، إلا أنه تقدم على التقنين البولوني من حيث بيانه بوضوح الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، كما أنه اجتنب ذكر أمثلة تطبيقية مثل ما فعل التقنين البولوني واكتفى فقط بوضع ضوابط لمعرفة الظرف الطارئ¹⁷⁸.

ولقد احتذت القوانين العربية التي جاءت بعد القانون المدني المصري حذوه في النص على هذه النظرية في قوانينها المدنية مثل القانون المدني السوري (2/148)، والقانون المدني الليبي(2/147)، والقانون المدني العراقي(2/146)، القانون المدني الأردني (205)، القانون المدني السوداني (137)، القانون المدني الكويتي (146)، والقانون المدني الجزائري (3/107).

2/ البلاد التي أقرت النظرية عن طريق الاجتهاد القضائي

¹⁷⁸ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع ساق، ج2/280.

تعتبر كل من ألمانيا و سويسرا من أهم البلدان التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة عن طريق الاجتهاد القضائي ، وذلك في الحالات التي تقضي بها العدالة تخفيفا من حدة القوة الملزمة للعقد.

أما بالنسبة لألمانيا فقد عرفت هذه النظرية منذ القرون الوسطى إلى غاية صدور القانون المدني الألماني لسنة 1900م ، والذي جاء خاليا من إيراد مبدأ عام يقر هذه النظرية، اللهم إلا تطبيقين لهذه النظرية في حالات خاصة ومحددة ، وذلك في المادتين (610 ، 621) كما أكدت ذلك الأعمال التحضيرية لهذا القانون¹⁷⁹.

وعلى الرغم من عدم نص المشرع الألماني على مبدأ عام يقر هذه النظرية ، فإن فريقا من الفقهاء الألمان لا زالوا مستمسكين بهذه النظرية مدافعين عنها ، غير أن المذهب الحقوقي المسيطر آنذاك رفض قبولها ، كما رفضت المحكمة العليا إقرارها والأخذ بها ، غير أن التتكر لهذه النظرية لم يدم طويلا ، فبعد الخراب الاقتصادي الناتج بعد خسارة ألمانيا في الحرب العالمية الأولى، وخاصة فيما يتمثل في هبوط العملة الألمانية، وغلاء أسعار المواد الأولية بنسبة مئة ضعف ، مما جعل القضاء الألماني أمام أحد حلين : إما أن يحمي القوة الملزمة للعقد وإما أن يقضي بحكم العدالة ، فاختر الحل الثاني وعليه بنى نظرية الظروف الطارئة .

وقد تأسست قواعد النظرية في ألمانيا أول الأمر على التوسع في تفسير المادة (275) من القانون المدني الألماني ، والتي تقضي بإعفاء المدين من التزامه ، إذا

¹⁷⁹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 57.

أصبح التنفيذ مستحيلا بقوة القاهرة ، واستخلاص ما أسماه بالاستحالة الاقتصادية ، ثم وجد القضاء الألماني أن إعفاء المدين يترتب عليه زوال العقد ، مما يضر بالتعامل الحقوقي فمُنح القاضي سلطة التعديل بدل الفسخ للحفاظ على التوازن والعدالة العقدية¹⁸⁰.

أما في سويسرا فقد أخذ الاجتهاد القضائي في تطبيق النظرية على أساس مبدأ العدالة وحسن النية ، مما يقضي بتعديل العقد إذا تغيرت الظروف الاقتصادية بما يرد التعادل إليه ، ويرفع الإرهاق من تنفيذه ، وقد اعتمد الاجتهاد السويسري في تخريج هذا الاجتهاد على تفسير المادة (21) من قانون الالتزامات السويسري ، التي تجيز فسخ العقد بسبب الغبن، إذا اعتبر ما أصاب المدين من خسارة بالحادث الطارئ غبنا تجب إزالته لإعادة توازن العقد¹⁸¹.

وأما بالنسبة إلى إنجلترا فإن القضاء الإنجليزي كان لا يعترف بالقوة القاهرة ولا بالحادث المفاجئ سببا لانقضاء الالتزام ، وحمل بذلك أطراف العقد مسؤولية المخاطر المحتملة عند تنفيذ العقد ، غير أن ذلك ما لبث أمام الظروف التي ولدتها الحرب العالمية الأولى ، فقد أوجد القضاء الإنجليزي ثغرة مضمونها افتراض قيام الشرط الضمني بتبديل ظروف العقد ، وبذلك جرى قوانين القارة الأوربية في اعتبار القوة القاهرة سببا في انقضاء العقد ، ثم توسع في تطبيق هذا الشرط في العقود التجارية ، ففضى بإعفاء المدين من تنفيذ التزامه إذا أضى التنفيذ مستحيلا أو صعبا بسبب لا يعزى إلى خطئه بل يعزى إلى حوادث تطرأ

¹⁸⁰ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 29-31. محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 57-58 .

¹⁸¹ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 31.

أثناء تنفيذ العقد بحيث لو توقعها الرجل البصير حين إبرام العقد لما أقدم على التعاقد¹⁸².

الفرع الثالث : نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

أولا : شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

لقد أغفل المشرع تحديد طبيعة الظرف الطارئ ، كما أغفل بيان العقود المعنية به، غير أنه اكتفى ببيان حصول الظرف الطارئ بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، أي أن هذه النظرية متعلقة بالعقود الزمنية، أو الفورية المؤجلة التنفيذ¹⁸³، ويشترط لهذه النظرية أربعة شروط ، وهي مأخوذة من نص المادة (3/107) وهي :

1/ أن يكون العقد متراجيا في تنفيذه: وذلك بأن يكون مرجأ التنفيذ ، سواء كان العقد من العقود المستمرة ، كعقد الإيجار ، أو من العقود الفورية مؤجلة التنفيذ كعقد التوريد¹⁸⁴،

ويعتبر هذ الشرط شرطا غالب الحدوث¹⁸⁵.

¹⁸² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 32.

¹⁸³ هناك اختلافات فقهية كثيرة متعلقة بمجال نظرية الظروف الطارئة ، فهناك من يقول إنها تقتصر على العقود التبادلية ، دون العقود الملزمة لجانب واحد، وهناك من يرى بأنها تشمل كلا العقدين الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين ، وهناك من يستبعد العقود الاحتمالية من أن تعمها النظرية ، وهناك من يرى بأن النظرية شاملة لجميع العقود حتى الاحتمالية منها. انظر : علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مرجع سابق، هامش ص 373.

¹⁸⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج1/255-256 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1/718 ، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق ، ص 318، محمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص 142.

2/ أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام

وهو الحادث الذي يندر وقوعه كالحرب ، والزلازل ، والوباء أو ارتفاع باهض في الأسعار... ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاما يشترك فيه طائفة من الناس فإن كان خاصا بالمدين فقط فلا تطبق أحكام هذه النظرية على هذا العقد ، والحادث الخاص بالمدين مثل مرضه أو إفلاسه أو موته ، أو احتراق محاصيله ، أو إضراب عماله... كلها أمور تفيد حوادث خاصة ، ولا تكفي لتطبيق النظرية ، وفي عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، ويظهر أن شرط عمومية الحادث الطارئ هو وسيلة لتضييق تطبيق هذه النظرية¹⁸⁶.

3/ أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها

الحادث الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه هو الحادث الخارج عن المؤلف ، أي أن الرجل العادي ليس في وسعه أن يتوقعه ولا أن يدفعه إذا وقع ، والمعيار هنا موضوعي ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، فإذا كان في الوسع توقعه

¹⁸⁵ يقول الأستاذ السنهوري : على أن العقد إن كان غير متراخ ن وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية ، عقب صدوره مباشرة ، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ولهذا أثر التقنين المصري - مقتديا في ذلك بالتقنين البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب لا شرط ضروري . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/718.

¹⁸⁶ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/720-721 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص142-143 . علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص376.

ودفعه باتخاذ التدابير الوقائية فلا يعد حادثاً مفاجئاً مثل حصول فيضان في بلد كثيرة الفيضانات ، أو انتشار دودة القطن، وهي حالة كثيراً ما تحدث في هذا النوع من الزراعة...¹⁸⁷

4/ أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب الحادث الطارئ

أي أن هذا الحادث المفاجئ يهدد المدين بخسارة فادحة ، دون أن يصل الأمر إلى استحالة التنفيذ ، وفي هذه الحالة يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وبذلك ينقضي الالتزام ، بخلاف الظرف الطارئ الذي يسبب إرهاقاً للمدين من غير أن يصل هذا الإرهاق إلى حد عدم القدرة على تنفيذ الالتزام، أو استحالته ، ولذلك فإن الإرهاق المعتد به هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل ، حتى إذا ما وقع يكون الجزاء فيه هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، والمعيار الذي يقدر به الإرهاق هو المعيار الموضوعي ، الذي لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه

188 .

فإذا توفرت هذه الشروط جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك ، فالقاضي قد يرى بأن الظروف تقتضي زيادة الالتزام المقابل ، وقد يرى أنها

¹⁸⁷ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/721-722 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص143 .

¹⁸⁸ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/722/724 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج1/258 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص319 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص143-144 ، علي فيلاي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، مرجع سابق ، ص378 .

تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ، وقد يرى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث الطارئ¹⁸⁹.

ثانيا : بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

زيادة على نص المادة (3/107 ق م ج) الذي يقرر المبدأ العام للنظرية ، فإن القانون المدني الجزائري قد أورد بعض الحالات الخاصة التي تعد تطبيقا من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ، غير أن هذه الحالات لخصوصيتها أورد لها المشرع أحكاما تختلف عن الأحكام المذكورة في النظرية العامة للظروف الطارئة ، مثال إسقاط شرط العمومية في أكثر الحالات ، والحكم بفسخ العقد بدل رد الالتزام إلى الحد المعقول في حالات أخرى .

ومن هذه التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر :

1/ في عقد الإيجار

أ/ المادة (469 مكرر 1) : "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.

غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين.¹⁹⁰

¹⁸⁹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/725 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ج1/258-259.

190 أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.(ج.ر.31 ص.4)

ويلاحظ أن هذه المادة الجديدة أتت بمبدأ عام ، وهو انتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته المتفق عليها ، دون حاجة إلى التنبيه بالإخلاء وقد أحسن المشرع في اشتراط ذلك ، وهذا المبدأ العام مستمد من المادة (598 ق م مصري)، والقانون المدني المصري بدوره يظهر أنه استمدها من المادة (641) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه : " إذا انتهت مدة الإجارة وجب على المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية ."

كما أتت هذه المادة باستثناء في الفقرة الثانية : " غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين " ، وهذا الاستثناء كان موجوداً من قبل ، تضمنته المادة (513)¹⁹¹ الملغاة: "يجوز للموظف أو المستخدم إذا غير محل إقامته لمصلحة العمل، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معيناً لمدة على أن تراعى المواعيد المبينة في المادة (477) ، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"¹⁹² .

وهذا الاستثناء المذكور هو حكم مقتبس من الفقه الإسلامي، ومن نظرية العذر في المذهب الحنفي على وجه الخصوص¹⁹³ ، وهو موافق لنص المادة (603)

¹⁹¹ حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، وألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13

مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

¹⁹²المطابقة لنص المادة 609 قانون مدني مصري .

¹⁹³ انظر : عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص 51. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ،

مرجع سابق ، ص:118.

من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، والذي ينص على أنه : " يجوز للمستأجر إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه ، إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعي مواعيد التنبيه بالإخلاء...¹⁹⁴ .

ب/ المادة (469 مكرر²)¹⁹⁵ : " لا ينتقل الإيجار إلى الورثة. غير أنه في حالة وفاة المستأجر، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى انتهاء مدته، وفي هذه الحالة، يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة (6) أشهر، إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم". وهي المادة التي جاءت تعديلاً للمادة (510)¹⁹⁶ الملغاة ، والتي كانت تنص على أنه : "لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر. غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه...."¹⁹⁷ ، فإن كانت قد عدلت من القاعدة العامة - وهي أن الإيجار لا ينتقل إلى الورثة¹⁹⁸ ، أي أنه ينتهي بموت المؤجر بقوة

¹⁹⁴ القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص: 553

¹⁹⁵ أضيفت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007. (ج.ر.31 ص.4)

¹⁹⁶ المطابقة لنص المادة 601 قانون مدني مصري.

¹⁹⁷ حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، و ألغيت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13

مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

¹⁹⁸ مذاهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد أن الإجارة لا تنتهي بوفاة أحد العاقدين ، خلافاً لما ذهب إليه الحنفية من أنها تنتهي بوفاة أحدهما ، وقد كان القانون المدني الجزائري ينص على ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة في المادة 510

القانون ، وبموت المستأجر إن كان هناك اتفاق خاص بذلك- فإن الاستثناء لا زال قائماً لم يلحقه أي تعديل ، وفي ذلك تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة .
والملاحظ أن كل الحالات المذكورة تعتبر حادث شخصي، وليس عاماً كما تشترطه النظرية العامة للظروف الطارئة.

2/ في عقد المقاولة

نصت المادة (3/ 561)¹⁹⁹ : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ، بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد " ، والملاحظ على هذا النص أنه وإن اتفق مع النظرية العامة للظروف الطارئة في ما يتعلق بعمومية الحادث الطارئ ، فقد خالف النظرية بأن أجاز للقاضي فسخ العقد في حين أن النظرية العامة للظروف الطارئة لا تجيز فسخ العقد بل ترد الالتزام إلى الحد المعقول فقط .

الملغاة شأنه في ذلك شأن الكثير من القوانين المدني العربية كالقانون المدني المصري في المادة 601 ، والقانون المدني الأردني في المادة 709 ، والقانون المدني السوري في المادة 566، والقانون المدني الكويتي في المادة 611، والعراقي في المادة 783...، غير أنه في التعديل الجديد كما ذهب إليه المادة (469 مكرر 2) رجع إلى المذهب الحنفي في عدم انتقال الإيجار إلى الورثة . انظر في انتهاء الإيجار بموت أحد العاقدين : ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1356. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/322 . شرح مرشد الجبران ، مرجع سابق ، ج3/1074-1075.

¹⁹⁹ المطابقة لنص المادة 04/658 قانون مدني مصري

3/ في حق الارتفاق: نصت المادة (881)²⁰⁰ على أنه : " يجوز لمالك العقار

المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به" ، فالحادث الطارئ الواقع على مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة حادث شخصي وليس عاما كما تشترطه النظرية العامة للظروف الطارئة²⁰¹.

الفرع الرابع : نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية بفضل أصلها الديني قد أفسحت في قواعدها مجالا رحبا لمبادئ الأخلاق والعدالة ، فكان طابع الرفق بالناس هو الغالب فيها²⁰² ، ومن ذلك قول ابن القيم " فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم"²⁰³

²⁰⁰ المطابقة لنص المادة 1029 قانون مدني مصري .

²⁰¹ انظر تطبيقات هذه النظرية في : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/729-730 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ج1/260-261 .

²⁰² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 37.

²⁰³ ابن القيم ، مرجع سابق ، ج3/11.

وانطلاقاً من مبدأ العدالة ورفع الحرج الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وقررت

في نصوصها كقوله تعالى :

﴿وَإِذَا حُجِرَ بِكُ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ﴾²⁰⁴

وقوله

﴿وَإِذَا حُجِرَ بِكُ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ﴾²⁰⁴

تعالى:

﴿وَإِذَا حُجِرَ بِكُ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ﴾²⁰⁵، وقوله

سبحانه:

﴿وَإِذَا حُجِرَ بِكُ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ وَالْحَاكِمَ عَمَّا ضَلَّتِ بِهِ السُّلُوكَ﴾²⁰⁶، وغيرها من الآيات الدالة على

رفع الحرج والضيق، وإقامة العدل بين الناس، ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تستند على الأسس السابقة وجدت مجالاً خصباً لتطبيقها في الفقه الإسلامي متمثلاً في نظرية الضرورة الشرعية، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1932م: " إن الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية، التي

²⁰⁴ سورة البقرة، الآية رقم: 185.

²⁰⁵ سورة الحج، الآية رقم: 78.

²⁰⁶ سورة النحل، الآية رقم: 90.

نشأت بسبب الحرب ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة ²⁰⁷.

كما أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري قد دعا إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استنادا إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي ، وذلك في مقاله الذي نشره بصدد تنقيح القانون المدني المصري ، حيث جاء فيه " إن نظرية الظروف الطارئة عادلة ، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية ، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة ، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع"²⁰⁸ وهو ما أكده في محاضرة له حول مشروع تنقيح القانون المدني بقوله : " ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني ، فرجع المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية"²⁰⁹ ، وهو ما أكده أيضا في بعض كتبه بقوله : " ومبدأ الحوادث الطارئة أخذت به بعض التقنيات الحديثة، فرجع التقنين الجديد الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة

²⁰⁷ إدوارد لامبير ، مقال بمجلة الاقتصاد والقانون ، السنة 02 ، العدد 05 ، القسم الفرنسي ، ص 302-303 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ج1/ 252-253 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 35-36.

²⁰⁸ عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة، العدد الأول ، يناير 1936 ، ص 132. نقلا عن : محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 124.

²⁰⁹ عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني ، مجلة المحاماة ، السنة 22 ، العددان الرابع والخامس ، ديسمبر 1941م ، يناير 1942م ، ص 427.

ونظرية العذر في الفقه الإسلامي. ²¹⁰ ، وهو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن "المشروع قد استمد من الشريعة الإسلامية الكثير من نظرياتها العامة ، وأحكامها التفصيلية ، ومن أهم ما اقتبسه من نظرياتها العامة : النزعة المادية والموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي ، كما أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق ... ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية ²¹¹ ، وعليه فنظرية الظروف الطارئة استمدت في الحقيقة من القوانين الغربية كالقانون البولوني والقانون الإيطالي - وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية كذلك عند الحديث عن المادة (147) - ولم تستمد من الفقه الإسلامي أصالة ، غير أن الفقه الإسلامي كان دوره في هذه النظرية مرجحا فقط ، فلما كانت الكثير من الدول تعادي هذه النظرية ، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي ، وبالمقابل بعض الدول على قلتها أقرت هذه النظرية بنصوص صريحة في قوانينها المدنية ، أثر القانون المدني المصري الجديد الأخذ بهذه النظرية، وجعل عمدته في ترجيح الأخذ بها هو الفقه الإسلامي، الذي يزخر بتطبيقات عديدة لهذه النظرية مثل نظرية العذر ونظرية الجوائح .

ولذلك فأثر الفقه الإسلامي في نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، وأصله المصري هو أثر مرجح ومؤيد للأخذ بها ، لا أثر منشئ .

²¹⁰ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/59.

²¹¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع ساق ، ج1/20-22.

أولاً : قواعد نظرية الضرورة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة

لنظرية الضرورة قواعد كثيرة²¹² نستطيع أن نؤسس نظرية الظروف الطارئة

عليها ، وفي هذا المقام نشير إلى بعضها فقط إجمالاً وهي :

1/ قاعدة المشقة تجلب التيسير²¹³ : وفي ضوءها يسعنا أن نيسر على المدين

إذا ما لحقت به مشقة ، أو أحاط به ظرف طارئ بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً .

2/ قاعدة الضرورات تبيح المحظورات²¹⁴ : بالاستناد إلى هذه القاعدة نستطيع

الخروج عن قاعدة احترام "القوة الملزمة للعقد" وبيبتدئ هذا الخروج في إقالة المدين

الذي غدا التزامه مرهقاً من عثرته ، وذلك بتحفيض التزامه ، وهذه الإقالة ترتقي

إلى مستوى الضرورة ، ولذلك ساغ لنا أن نهدر في سبيلها مبدأ احترام القوة

الملزمة للعقد .

3/ قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف²¹⁵ : وفي ضوء هذه القاعدة يسعنا

أيضاً أن نخفض التزام المدين المرهق وهو (الضرر الأشد) بتحمل الدائن جانبا

منه كأن يتحمل جانبا من ارتفاع الأسعار المؤدي لإرهاق المدين وهو بالنسبة

للدائن في هذه الحالة يمثل (الضرر الأخف)²¹⁶ .

²¹² انظر : وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص : 193-278.

²¹³ المادة 17 من مجلة الأحكام العدلية.

²¹⁴ المادة 21 من مجلة الأحكام العدلية .

²¹⁵ المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية .

²¹⁶ وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 106-107.

لقد عرف فقهاء الحنفية العذر بأنه : " العجز عن المضي على موجب العقد ، إلا بتحمل ضرر غير مستحق به" أي بعقد الإجارة²²¹ ، فالعذر يجعل المتعاقد عاجزا عن تنفيذ ما اتفق عليه بموجب العقد ، ولكن لا يصل هذا العجز إلى درجة الاستحالة ، وإنما يتحمل المتعاقد بسبب حصول العذر ضررا زائدا لم يلتزمه بالعقد²²² - لكونه أمر طارئ الحدوث لم يكن متوقعا - وينتج عن تحقق العذر ثبوت الفسخ²²³، وهو ما أكده ابن عابدين بقوله : " كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ²²⁴ .

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالعذر في المادة (443)، وجعلته فاسخا للعقد ، فنصت على أنه : " لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تفسخ الإجارة"²²⁵ . والأساس القانوني الذي أقام عليه المذهب الحنفي هذه النظرية هو أن الإجارة بيع المنافع، والمنافع معدومة في الحال ، أي عند التعاقد ، فلا تحتل البيع ،

²²¹ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار إحياء التراث العربي ، ج2/399.

²²² عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، الطبعة: الأولى، 1313 هـ ، ج 5/146. محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص: 155.

²²³ يقول الأستاذ محمد عبد الجواد : "ومن الغريب أن نجد التعريف الذي وضعه فقهاء الحنفية للعذر الذي يجيز فسخ عقد الإيجار عندهم ، يتفق مع التسمية التي أطلقها مجلس الدولة الفرنسي على الإرهاق، فيسمى مجلس الدولة الفرنسي العذر الزائد عما كان يتوقعه المتعاقدان عند التعاقد la charge extracontractuelle أي العبء الخارج عما يقتضيه العقد" . محمد عبد الجواد محمد ، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الرابع ، 1963م ، ص: 15.

²²⁴ ابن عابدين، مرجع سابق، ج6/81.

²²⁵ سليم رستم باز ، مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص: 249 .

فكان القياس عدم جوازها ، ولكنها مع ذلك قد جوزت استحسانا بحكم الضرورة لشدة الحاجة إليها ، حتى توفر المنفعة للمتعاقدين ، فإذا آل الأمر إلى الضرر وجب الرجوع إلى القياس ، والقول بعدم لزوم العقد .
وتوسعوا في ذلك حتى جعلوا العذر في مقام العيب قبل القبض في البيع، ففسخ به الإجارة كما يفسخ البيع بالعيب، لأن السبب فيهما واحد، وهو الضرر غير المستحق بالعقد²²⁶.

أ/ الأعدار الموجبة للفسخ عند الحنفية والجمهور

- الأعدار الموجبة للفسخ عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام :

1/ عذر من جانب المستأجر

وذلك إذا لحق المستأجر ضرر في نفسه أو ماله، بسبب الالتزام بالعقد والاستمرار فيه ، لظروف أمور لم يلتزمها بالعقد ، مثل إفلاسه ، أو تغييره لحرفته ، أو سفره إلى مكان بعيد ... كل ذلك يجعل من الاستمرار في العقد لزوم الضرر بالمستأجر ، لأنه لم ينتفع بالمعقود عليه لسفره ، أو تغيير حرفته ، أو إفلاسه كما سبق²²⁷.

ولقد توسع الحنفية في العذر الذي يكون في جانب المستأجر حتى جعلوا العدول عن العمل الذي لا نفع فيه ولا مصلحة عذرا يثبت به حق الفسخ ، كما لو استأجر الشخص رجلا لتنظيف ثياب ، أو خياطتها ، أو ليقطع شجرا ، أو ليزرع أرضا ، أو ليحدث في ملكه شيئا من البناء أو الحفر ، أو ليقلع ضرسا ... ثم بدا

²²⁶ عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج 146/5 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 49.

²²⁷ محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 156 ، علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 197/4 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 321 ،

له ألا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ، ولا يجبر على شيء مما ذكر ، لأنه تبين له
ألا مصلحة له فيه ، ذلك أن فعل المذكورات السابقة يؤدي إلى إتلاف المال ،
وهو ضرر سيلحق بالمستأجر قطعاً ، فكان ذلك عذر يبرر له الامتناع عن
المضي في العقد ، والمطالبة بفسخه²²⁸.

2/ عذر من جانب المؤجر

وذلك مثل أن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً للوفاء به إلا ببيع الشيء المأجور
، ولأن عقد الإيجار عقد لازم ، فإن البيع لا ينفذ إلا إذا أجاز المستأجر ، ولذلك
جعل الحنفية الدين عذر يفسخ به عقد الإيجار ، لأنه عدم الفسخ سيؤدي إلى
حدوث ضرر بالمؤجر وهو حبسه ، ولا يجوز تحمل ضرر غير مستحق بالعقد ،
وكذلك لو اشترى رجل بيتاً ثم أجره ، وبعد ذلك اكتشف عيباً بالبيت فله أن يرد ما
اشتراه بالعيب ، ولكن البيت المعيب مؤجر ، ففي هذه الحالة للمؤجر أن يفسخ
عقد الإيجار بالعذر المتمثل في حق الرد للعيب ، لأنه لو لم يفعل لتحمل ضرراً
غير مستحق بالعقد ، وهو التزام المبيع المعيب²²⁹.

3/ عذر راجع إلى العين المؤجرة أو الشيء المأجور

مثل أن يستأجر الرجل حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة ، ثم هاجر أهل
القرية ، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

²²⁸ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/197 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص:

321 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 51 ،

²²⁹ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص:

322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 49-50 ،

ومثل أن يؤجر الوالد ولد للخدمة أو الحرفة ، ثم بلغ الولد أثناء الإجارة ، فيجوز فسخها ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي ، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه²³⁰.

- الأعدار الموجبة لفسخ العقد بسبب العذر عند جمهور الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء : مالك والشافعي وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم أن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها ، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة²³¹.

تفسخ الإجارة في المذهب المالكي بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، من ذلك ما نص عليه المالكية كما في المدونة عند سؤال ابن القاسم عن انقطاع الماء عن الزرع ، أيكون ذلك عذرا تفسخ به الإجارة ، فقال : "لم أسمع من ملك في انقطاع الماء شيئا ، وأراه عذرا " ²³² ، ومثله في المدونة أيضا عندما سئل عن العبد الآبق المستأجر ، قال " رأيت إن استأجرت عبدا فأبق ، أنتفسخ الإجارة في قول مالك ؟ قال : نعم ²³³ .

²³⁰ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص:

322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 52 ،

²³¹ محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1995م ، ج 4/1355 ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968 ، ج5/336 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ،

²³² مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى، 1994م ، ج

.425/3

²³³ المرجع نفسه ، ج3/446.

وكذلك من أمثلة ما تنتسخ به الإجارة عند المالكية كمن اكرتري حماما أو فندقا ، فانجلى أهل البلد عنه ، أو قل وارده ، ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه ، وكسكون الألم عن السن المستأجر على قلعها ، ومن استأجر دابة فمرضت ، وإذا اكرتري الرجل أرضا فغاصت بالماء ...كل ذلك يعتبر من الأعذار المبيحة للفسخ ، لعدم استيفاء المنفعة من المعقود عليه ²³⁴.

وعند الشافعية تنتسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه، أو عيب تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي ، كمن استأجر دار فانهدمت ، أو اكرتري أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ، أو استأجر دابة فمرضت ، أو انهدم حائط في الدار المستأجرة ، أو انقطع ماء البئر أو العين ...وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة ²³⁵.

أما عند الحنابلة فتنتسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا ، أو وجد خلل أو عيب في المعقود عليه تنقص به المنفعة ، ومن ذلك موت العبد ، والصبي المرتضع ، أو موت المرضعة ، وموت الراكب إذا لم يكن هناك من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، وانقلاع الضرس الذي اكرتري لقلعه ، أو برئه ، وانهدام

²³⁴ أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، 1992م ، ج433/5 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج97/6 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ، عادل مبارك المطيرات ، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، القاهرة 2001م ، ص: 134-135.

²³⁵ إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، ج2/263 ، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، 1984 ، ج5/315 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج99/6 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ، عادل مبارك المطيرات ، مرجع سابق ، ص: 135.

الدار، وغرق الأرض وانقطاع مائها ، أو حدوث خوف عام يمنع الناس من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة²³⁶ .

ومثله ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أن نقص منفعة الحمام والفندق ونحوهما ، ومثل أن ينتقل جيران المكان ، أو يقل الزيتون لخوف أو خراب ، أو تحويل ذي سلطان لهم فإن ذلك يعتبر عذرا يحط به عن المستأجر بعض الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة: ²³⁷.

ب/ شروط تطبيق أحكام العذر

من خلال ما سبق بيانه نستطيع حصر الأعذار الموجبة للفسخ في مايلي:

- أن يكون العقد من عقود المدة التي يتم تنفيذها في مدة زمنية كعقد الإيجار مثلا .

- أن يطرأ بعد العقد عذر يمنع من تنفيذ العقد بحيث يعجز أحد المتعاقدين عن المضي على موجب العقد، فإذا لم يصل العذر إلى حد العجز عن تنفيذه لم يكن عذرا .

- أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر من جراء المضي على موجب العقد ، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقا .

²³⁶ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة: الأولى، 1997 م ، ج4/440 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 5/339. وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/101-103 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ، عادل مبارك المطيرات ، مرجع سابق ، ص: 136-137.

²³⁷ أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى ، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ، 1995م ، ج 30 / 311.

- أن يكون هذا الضرر غير مستحق بالعقد ، فإن كان مستحقا بالعقد لم يكن عذرا²³⁸.

فإذا توفرت الشروط السابقة كان الجزاء هو فسخ العقد للعذر .

2/ نظرية الجوائح

كما رأينا سابقا من أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار ، ويتوسعون فيها خلافا للمذهب الفقهي الأخرى، فإن المالكية والحنابلة يفسحون لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار خلافا لبقية المذاهب، كالحنفية و الشافعية .

أ / تعريف الجائحة

- **الجائحة في اللغة:** جاح الشيء استأصله ، ومنه الجائحة ، وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة ، وجاه الله ماله وأجاحه، أي أهلكه بالجائحة ، والجوح هو الهلاك

والاستئصال ، والجائحة المصيبة التي تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله²³⁹.

- الجائحة في الاصطلاح :

²³⁸ محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 155.

²³⁹ محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص 110 . الفيروز آبادي ، مرجع سابق ، ج1/ 216 . ابن منظور ، مرجع سابق ، ج2/ 431 .

الجائحة عند المالكية : اختلفت آراء فقهاء المالكية في تعريفهم للجائحة إلى عدة آراء فمن ذلك قول ابن القاسم كما في الذخيرة للقرافي " قال ابن القاسم: هي ما لا يستطيع دفعه إن علم به"²⁴⁰ ومثل لها في المدونة : "بالجراد و البرد ، والمطر ، والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة ، والدود ، وعفن الثمار في رؤوس الشجر ، والسموم تصيب الثمرة ، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها ، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت ، فإن ذلك كله جائحة من الجوائح توضع عن المشتري إن أصابت الثلث فصاعدا. "²⁴¹، وقال أيضا : " وقال مالك في الجيش: يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته، قال: قال مالك: هو جائحة من الجوائح. قال ابن القاسم: ولو أن سارقا سرقها أيضا كانت جائحة في رأبي."²⁴² ، وقال خليل : "هي ما لا يستطيع دفعه كسماوي، وجيش أو سارق خلاف "²⁴³ ، وقال ابن رشد الحفيد: "الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء ، مثل البرد والقحط وضده ، والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة ...وأما ما كان من صنع الأدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعض لم يره جائحة ... " ²⁴⁴.

²⁴⁰ أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212.

²⁴¹ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج 3 / 590 - 591.

²⁴²المرجع نفسه ، ج 3 / 591.

²⁴³ خليل بن إسحاق بن موسى الجندي ، مختصر العلامة خليل ، تحقيق ، أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، 2005م ، ص 160.

²⁴⁴ محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 / 1269.

ومن المالكية من قصرها على الآفة السماوية دون ما كان من صنع
الآدمي²⁴⁵.

والجائحة عند الحنابلة هي : كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد
والجراد والعطش²⁴⁶. وتوسع ابن تيمية في ذلك حتى عد الجائحة ما يكون من
صنع الآدمي في ما لا يمكن ضمانه كالجيش مثلا ، قال : "إتلاف الجيش الذي
لا يمكن تضمينه هو من الآفات السماوية؛ كالجراد. وإذا تلف الزرع بآفة سماوية
قبل تمكن الآخر من حصاده فهل توضع فيه الجائحة كما توضع في الثمر
المشترى؟ على قولين للعلماء. أصحهما - وأشبههما بالكتاب والسنة والعدل -
وضع الجائحة."²⁴⁷.

ويلاحظ أن الفقهاء متفقون على دخول الآفات السماوية في مفهوم الجائحة ،
وأن جمهورهم يقتصر على الآفات السماوية في تفسيرهم للجائحة ، وبعضهم جعل
الجائحة في غير الآفات السماوية كصنع الآدمي، وهؤلاء أيضا اختلفوا في ذلك
في مسألة الجيش والسرقة والنهب والسلطان الجائر²⁴⁸.

ب/ شروط تطبيق أحكام الجوائح

²⁴⁵ كمطرف بن عبد الرحمان ، وعبد الملك بن الماجشون . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212 ،
والحاصل أن المالكية اختلفوا في مسمى الجائحة إلى ثلاثة أقول : منهم من يجعل الجائحة في الأمور السماوية وحدها ،
ومنهم من قال أنها تشمل حتى أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها ، وكان غالبا كالجيش ، ومنهم من قال أنها
تشمل أعمال الآدميين التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المشتري . انظر محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي

، مرجع سابق ، ج 3 / 1269. محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 164.

²⁴⁶ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4 / 81.

²⁴⁷ عبد الحلیم ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 30 / 255.

²⁴⁸ عادل المطيريات ، مرجع سابق ، ص 17.

ومن خلال التعاريف السابقة نستخلص الشروط التي يجب توافرها حتى تطبق أحكام الجوائح ، وهذه الشروط هي :

- أن يكون تنفيذ العقد متراخيا ، فبيع الثمار على رؤوس أشجارها قبل نضجها يحتاج إلى مدة زمنية لتنفيذ العقد ، وذلك بانتظار نضجها ، وقد تطول مدة جنيتها أيضا .

- أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه : وذلك واضح من خلال الأمثلة التي عرضها المالكية والحنابلة من مطر وبرد وتلج ودود وعطش...وفي أغلبها جوائح عامة .

- أن لا يمكن التحفظ من تلك الجائحة : فلا يمكن التحفظ غالبا من الآفات السماوية كالمطر والبرد والعطش...وحتى ما كان من فعل الأدميين إذا كان غالبا كالجيش مثلا ، لأنه لا يمكن التحفظ منه وإن اتخذ المرء الاحتياطات اللازمة .²⁴⁹

ج/ الجزاء في الجوائح والمقدار الذي يحصل به الضمان

أما من حيث الجزاء في الجوائح فقد ذهب المالكية²⁵⁰ والحنابلة²⁵¹ إلى أن الضمان على البائع في ما أهلكته الجائحة ، خلافا للحنفية²⁵² والشافعية²⁵³ الذين يرون أن الضمان على المشتري .

²⁴⁹ محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 166.

²⁵⁰ محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 / 1267 . أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق : محمد حجي ، سعيد أعراب ، محمد بوخيزة ، دار الغرب الإسلامي - بيروت ، 1994 م ، ج 5/216 . مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج 3 / 591.

²⁵¹ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4/80.

²⁵² علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 5/239 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323

²⁵³ محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار المعرفة - بيروت ، 1990 م ، ج 3/57 .

أما من حيث المقدار الذي يحصل به الضمان على قول من يرى بأن الضمان يكون على البائع في حال وقوع الجائحة فذهب المالكية إلى أن المقدار الذي يحصل به الضمان على البائع في الجوائح هو الثلث فأكثر إذا كان المحصول ثماراً²⁵⁴ ، أما إذا كان بقولا ففيه الخلاف ، قيل إذا أصابت الجائحة الثلث ، والأشهر أنه لا فرق بين القليل والكثير ، وهو قول مالك في المدونة²⁵⁵ ، فالضمان دائما على البائع ، أما الحنابلة فلم يفرقوا بين الثمار والبقول ، ولا بين المقدار القليل والكثير في ما أصابت الجائحة في ظاهر المذهب²⁵⁶ ، فالضمان على البائع لأنهم يعتبرون أن العقد لا يتم إلا بالقبض التام ، أو التمكن من القبض²⁵⁷

الفرع الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في

مسألة الظروف الطارئة

لم يهتم الفقهاء المسلمون بصياغة النظريات الفقهية مثل ما اهتم بها فقهاء الغرب مكتفين في ذلك ببيان المسائل الجزئية وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري عند عرضه لأسلوب الفقه الإسلامي في معالجة الحوادث والمسائل ، حيث بين في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي عالج المسائل العملية مسألة مسألة ، وقرر أحكاما لها ، ولم يقم بصياغة نظريات عامة لها ، وذلك لسببين :

²⁵⁴ مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/583. أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215 .

²⁵⁵ ونقل القرافي أن مالك يقول بالثلث فيها قياسا على الثمار . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215.

مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/587.

²⁵⁶ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4/81.

²⁵⁷ أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، مرجع سابق ، ج 30/267.

1/ أن الفقه الإسلامي لا في نظرية الحوادث الطارئة ولا في غيرها من النظريات ألف وضع النظريات المتماسكة ، وذلك أن الفقه الإسلامي - كالفقه الروماني وكل فقه أصيل - إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ، ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار ، وأن يثيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم ، من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة ، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناءً راسخ الأركان .

2/ أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية ، والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي ، أما في الفقه الإسلامي - حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد - فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد ، دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير²⁵⁸ .

وبعد إلقاء نظرة إجمالية حول نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ونظيرتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي يلاحظ أن الفقه الإسلامي توسع في

²⁵⁸ انظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، مرجع سابق ،

تقدير الحادث الطارئ أكثر من القانون المدني الجزائري، وأصله المصري ، فمن حيث الشروط الواجب توفرها في الحادث الطارئ نجد :

أولاً : أن الحادث الطارئ في القانون المدني يجب أن يكون متراخيا ، أي أن العقد يكون من العقود المستمرة أو الزمنية، التي لا بد لها من مدة حتى يتم تنفيذها، كعقد المقاولة والتوريد ... الأمر نفسه في نظرية العذر فعقد الإيجار من العقود المستمرة ، وكذلك في نظرية الجوائح فمشتري الثمار على رؤوس أشجارها لا بد له من مدة زمنية حتى يتمكن من تنفيذ العقد .

ثانيا : أن الحادث الطارئ لا بد أن يكون عاما ، وهو كذلك في نظرية الجوائح عند المالكية والحنابلة ، وخصوصا إذا كان بأفة سماوية ، أما إن كانت الجائحة بفعل آدمي ففي عموميتها خلاف، أما العذر فيكون عاما ، ويكون خاصا أيضا كما سبق .

ثالثا: أن الحادث الطارئ ليس في الوسع توقعه ولا دفعه ، وهو كذلك في الجوائح ، فهي غير متوقعة الحدوث ، ولا يمكن دفعها ، أما العذر فيكون غير متوقع الحدوث كإفلاس التاجر المستأجر ، وقد يكون متوقعا مثل بلوغ الصبي المستأجر من طرف وليه ، والذي ببلوغ يمكنه فسخ العقد أو المضي فيه ، وسواء كان العذر متوقع أو غير متوقع فلا يمكن دفعه في كلا الحالتين .

رابعا : أن الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل يجعله مرهقا ، والأمر نفسه في نظرية العذر والجوائح ، ففي كليهما لا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكنه يكون مرهقا للمدين.

فجميع شروط نظرية الظروف الطارئة متوفرة ومحتواة في نظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي ، غير أن الفقه الإسلامي أوسع من حيث توفر بعض الشروط السابقة ، كشرط العمومية في الحادث الطارئ في القانون المدني ، والذي رأينا أن الفقه الحنفي في مسألة العذر يقبل حتى بالظرف الطارئ الخاص... أما من حيث جزاء توفر الشروط السابقة في الحادث الطارئ ، فقد رأينا أن القانون المدني الجزائري في مادته 03/107 ، وكذلك أصله المصري ، يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، غير أن الفقه الإسلامية إضافة إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أجاز أيضا فسخ العقد²⁵⁹ .

قائمة المصادر والمراجع

- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية

²⁵⁹ محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 173-177 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص

- ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق : محمد الأحمد أبو النور ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 2004م
- أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، خرج أحاديثه : أحمد السيد سيد احمد علي ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التوفيقية ، 2003م ، د ت ط .
- أبو محمد علي بن أحمد حزم الأندلسي الظاهري ، المحلى بالآثار ، دار الفكر - بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ .
- أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، 1992م
- أحمد فهمي أبو سنة ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مقال منشور في مجلة الأزهر ، جمادي الآخرة ، سنة 1382 ، عدد 218
- بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن الطبعة الأولى ، سنة 2012م.
- بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، تخصص : عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1983م.
- الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، 1990 ، دون طبعة
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، علق عليه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان
- حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998م

- صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1972
- صوفي أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، 1967 .
- عادل مبارك المطيرات ، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، القاهرة 2001م
- عبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، 1990م . ج 83/1 ،
- عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م
- عيسوي أحمد عيسوي . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق - جامعة عين شمس) - مصر ، مج 5 ، ع 1 (1963)
- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، الطبعة السابعة ، 2003 .
- علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 1992 ، دون رقم الطبعة
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مطبعة الحلبي .
- علاء الدين ، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثانية، 1986م

- غسان محمد مناور أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني الأردني والفقہ المقارن ، رسالة ماجستير ، إشراف الدكتور أيمن مساعد ، قسم القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، سنة 2003م.
- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، الطبعة الثالثة ، 2008
- قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م ،
- محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، السنة الخامسة ، سبتمبر 1961م
- محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة 1979
- مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه إسلامي ، دار البشير ، عمان ، ط2/
- مالك بن أنس ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى ، 1994م
- محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر الطبعة الأولى ، 2011م
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر سنة 2010م

- زرارة عواطف ، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، إشراف رحاب نادية ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، تخصص عقاري ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2013م .
- محمد رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، عدد : 2 ، 1408 هـ
- محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007
- محمد عبد الجواد محمد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والقانون ، يونيو 1963، العدد الثاني ، السنة الثالثة والثلاثين
- عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، الطبعة: الأولى، 1313 هـ
- محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1995م
- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968
- محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر، بيروت ، 1984

- وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، ط الرابعة ، 1985م .