



جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية



نظرية التعسف في استعمال الحق

في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة وقانون

إشراف الأستاذ :

بوجمعة حمد

إعداد الطالبين :

- سعيد نعمي

- أحمد النمّس

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف – المسيلة	رئيساً
بوجمعة حمد	محمد بوضياف – المسيلة	مشرفاً ومقرراً
	محمد بوضياف – المسيلة	ممتحناً

السنة الجامعية : 2019 – 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى : (وَبِالْحَقِّ أَنْزَلْنَاهُ وَبِالْحَقِّ نَزَلَ)

[الإسراء:105]

وقال صلى الله عليه وسلم : (لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)

رواه الدارقطني والبيهقي وغيرهما

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2018 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية

ومكافئها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممض ي أدناه.

المسيد: نعمي سعيد

الصفة: طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201677799

والصادرة بتاريخ: 2017-07-13

عن دائرة: سيدي عامر

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف بإنجاز أعمال مذكرة ماستر: نظرية التعسف في استعمال الحق - في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-
أصرح بشرقي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور
أعلاه.

التاريخ: الخميس 28 أوت 2020

امضاء المعني

نعمي سعيد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

المرجع: انقوار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جوانية 2018 المحدد للقواعد المتعلقة بال وقاية من السرقات العلمية
ومكافئتها

تصريح شرقي
خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه.

السيد: أحمد النمس

الصفة: طالب

الحاصل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 100926775

والمبادرة بتاريخ: 26-09-2016

عن دائرة الهاميل بوسعادة

المستقبل بكلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الإسلامية

والمكلف بإنجاز أعمال مذكورة ماستر: نظرية التعسف في استعمال الحق - في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أصح بشرقي أن التزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ودماء الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور
أعلاه

التاريخ: الخميس 28 أوت 2020

امضاء الممضي

أحمد النمس

شكر و تقدير

نتوجه بالشكر والثناء أولاً لله عزّ وجلّ، الذي وفقنا لإكمال الدراسة بعد انقطاع، وأمدنا بعونه وفضله وتوفيقه لإتمام هذه الرسالة.

كما نتوجه بالشكر لأستاذنا الدكتور بوجمعة حمد، الذي لم يأل جهداً في توجيهنا وتصويب أخطائنا حتى أكملنا الرسالة.

وكذلك نتقدم بالشكر للجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة، ونسأل الله تعالى أن ينفعنا بنصائحهم وتوجيهاتهم.

والشكر موصول لكل أساتذتنا في قسم العلوم الإسلامية الذين نهلنا من فيض علمهم وأدبهم، فكانوا لنا خير معلم وخير دليل.

الخلاصة

ونهدي هذه الرسالة إلى :

إلى والدينا الكريمين .. وإلى كل أهلنا وأحبابنا .. إلى كل طلبة قسم العلوم الإسلامية

مختصرات البحث :

د ط : دون طبعة.

د ت ن : دون تاريخ نشر.

د م ن : دون مكان نشر.

ج : الجزء.

ص : الصفحة.

ق م ج : القانون المدني الجزائري.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وعلى صحابته ومن استنّ بسنته واهتدى بهديه إلى يوم الدين، وبعد :

لا شكّ في أنّ رقي الأمم والحضارات إنما يُقاس بمدى تقدّمها في ميادين العلوم والمعارف، ولا ريب في أنّ أوجب ما ينبغي أن تُعنى به الشعوب وتولي له الأولوية القصوى ما يحفظ حقوق الفرد والجماعة، ويوفق بين مصالح الأفراد المتضاربة، وينظّم تدافع الناس في معترك الحياة.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بأحكام وقواعد تنظم من خلالها الحقوق المتعارضة حتى لا يضر أحد غيره مضارة لا مبرر لها بدعوى استعمال الحق، ذلك أن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها في ضوء مقتضيات العدالة المطلقة، وعلى أساس تحقيق المصالح وتكثيرها، ودرء المفسد وتقليلها، وعلى أساس الموازنة بين بين الحق الفردي والحق الجماعي، بخلاف المذهب الفردي الذي يجعل الفرد أساس وجود الحق وغايته، دون نظر إلى الجماعة ومصالحها، وبخلاف المذهب الاجتماعي الذي يرى أن مصلحة الجماعة هي أساس القانون، والفرد مسخر لخدمتها، لكن ظلت هذه الأحكام والقواعد متناثرة مفرّقة، دون أن تجمعها نظرية عامة جامعة.

وإنّ نظرية التعسف في استعمال الحق لهي اليوم من كبرى النظريات التي تحظى باهتمام من طرف الكثير من النظم القانونية المعاصرة، الأجنبية منها والعربية، وتسترعي أنظار فقهاء القانون وشراحه، لما توفره من ضبط لاستعمال الحق وطريقة ممارسته حتى لا يُتسّف في استعماله بشكل يلحق الضرر بالآخرين، وحتى تصير فكرة الحق أداة عدل وإصلاح، لا معول كيد وأذى.

ولقد عرف رجال القانون قيمة الشريعة السّمحة، كمصدر لتلك الأحكام والقواعد، ولذا صرّح الكثير من شرّاح القوانين المدنية العربية بأن قواعد التعسف مستمدة من الشريعة الإسلامية وفقهها.

ومن هنا تأتي هذه الرسالة تحت عنوان : **نظرية التعسف في استعمال الحق – في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري** - والتي سنحاول من خلالها دراسة هذه النظرية من وجهة نظر إسلامية فقهية، وعلى ضوء من قواعد الشرع الحنيف المستمدة من الكتاب والسنة ومن فقه المذاهب، مع مقارنة كل ذلك بما ورد في القانون المدني الجزائري.

أهمية الموضوع :

وتبرز أهمية هذه الدراسة لتعلقها بموضوع بالغ الأهمية وهو الحق، الذي يعتبر أصلاً ثابتاً لكل إنسان، لكن نوازع النفس البشرية قد تدفع الشخص إلى التصرف في حقه تصرفاً يلحق الضرر بغيره، بصورة لا مبرر لها في منطق الحق والشرع، من هنا تظهر أهمية نظرية التعسف في استعمال الحق لتحديد ضوابط وحدود استعمال الحق.

أسباب اختيار الموضوع :

وبخصوص الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع فهي :

1- الرغبة في دراسة هذه النظرية لتعلقه بقضية في غاية الأهمية وهي حدود استعمال الحق.

2- الميل نحو الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون.

3- اتساع دائرة الحقوق وارتباطها بواقع الناس وحياتهم اليومية، فكان لا بد من وضع أسس تحكم استعمال الحق وتضبط مسألة التعسف فيه.

أهداف الموضوع :

- 1- إبراز سمو وعظمة الشريعة الإسلامية وشمولها لمناحي الحياة وصلاحتها لكل زمان ومكان.
- 2- بيان أسبقية الشريعة الإسلامية في وضع قواعد وأحكام التعسف في استعمال الحق.
- 3- الكشف عن موقف المشرّع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق.
- 4- الوقوف على حقيقة التعسف في استعمال الحق، وتمييزه عن باقي المفاهيم الأخرى التي قد تتشابه معه.
- 5- توجيه المشرّع الجزائري لإعادة النظر في شكل ومضمون المواد المنظمة للتعسف، لتتلاءم مع أهمية هذه النظرية ومكانتها.

إشكالية الموضوع :

الإشكالية التي حاولنا الإجابة عليها من خلال هذا البحث يمكن صياغتها كالتالي :

ما مدى أخذ الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق ؟

المنهج المعتمد للبحث :

وبالنسبة للمنهج الذي اعتمدها للبحث، فقد فرضت علينا طبيعة الموضوع اعتماد ثلاثة مناهج وهي :

المنهج الاستقرائي : وذلك للكشف عن الجزئيات والمسائل التي أخذ فيها الفقه الإسلامي والقانون المدني بنظرية التعسف في استعمال الحق.

المنهج التحليلي : وذلك بتحليل الجزئيات والمسائل التي تم الكشف عنها.

المنهج المقارن : وذلك بمقارنة بين ما أقرّه الفقه الإسلامي وما ذكر في القانون الوضعي للوصول إلى النتيجة من هذه المقارنة.

منهج البحث :

ولإنجاز هذا البحث اعتمدنا المنهجية التالية :

- 1- عزونا الآيات القرآنية إلى سورها.
- 2- خرّجنا الأحاديث من مصادرها الأصلية.
- 3- عند عرض أقوال الفقهاء عدنا إلى أمهات المصادر بالنسبة لكل مذهب فقهي.
- 4- الرجوع إلى المصادر الأصلية عند جمع المادة العلمية إلا عند التعذر.
- 5- ذيلنا البحث بفهارس متعددة، تسهل على القارئ عملية البحث، وهي فهرس الآيات، وفهرس الأحاديث، وفهرس المصادر والمراجع، وفهرس المواد القانونية، وفهرس الموضوعات.
- 6- ختمنا البحث بخاتمة ضمناها أهم النتائج التي توصلنا إليها، وكذا التوصيات المتعلقة بالبحث.

أهم الدراسات السابقة :

وقد سبق إلى الكتابة في هذا الموضوع العديد من الباحثين والفقهاء المعاصرين، كان لهم الفضل في الغوص في غمراته واستخراج درره، نذكر منهم :

- الدكتور **فتحي الدريني** : تناول هذا الموضوع في رسالته للدكتوراه التي بعنوان : "**التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**"، من جامعة الأزهر، ونشرها سنة 1967، وقد قسم بحثه إلى بابين، تناول في الباب الأول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وتناول في الباب الثاني

فتطرق فيه إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه والقانون الوضعي، وتعد هذه الرسالة من أهم ما كتب حول الموضوع، وقد أحاط به من جميع جوانبه وأطرافه، واستقصى شواهد كثيرة من نصوص القرآن والسنة ومن فقه المذاهب.

- الدكتور العربي مجيدي : تناول هذا الموضوع في مذكرته للماجستير التي بعنوان : **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة**، نوقشت سنة 2002 بجامعة الجزائر -1- كلية أصول الدين بالخروبة، وقد اعتمد الباحث في دراسته على ثلاثة مناهج : المنهج الاستقرائي لجزئياته، والمنهج التحليلي لما استقرأ من جزئيات، ثم مقارنة بين ما أقرته الشريعة وما توصل إليه فقهاء القانون الوضعي، وقسم الباحث مذكرته إلى ثلاثة فصول، خصص أولها للأسس التي تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق وحقيقتها، أما الفصل الثاني فتحدث فيه عن أدلة ومؤيدات نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ومعاييرها بين الفقه والقانون، وفي الفصل الثالث تكلم عن تطبيقات النظرية في أحكام الأسرة، ومن أهم النتائج التي توصل إليها :

- أن فكرة الحق أصيلة في الفقه الإسلامي، وأن الحقوق منحة من الله تعالى، أقرها من أجل تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، وعلى صاحب الحق أن يتصرف في حقه وفق ما قصده الشارع.

- أن الطلاق حق ثابت شرعاً عند قيام أسبابه، وأن التعسف فيه إضراراً بالزوجة يثبت به التعويض لها، وفق ما تقرر له السلطة التقديرية للقاضي.

وتختلف هذه المذكرة عن موضوع رسالتنا، في أن هذه المذكرة عالجت أثر نظرية التعسف في أحكام فقه الأسرة، في حين أن رسالتنا درست أثر نظرية التعسف في أحكام القانون المدني.

- الدكتورة بلحورابي سعاد : تناولت الموضوع في مذكرتها للماجستير التي بعنوان : **نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، والتي نوقشت سنة 2014 بجامعة مولود معمري - تيزي

وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، والإشكالية التي عالجت الموضوع من خلالها صاغت على شكل التساؤل التالي : **ما مدى الاختلاف في طرح نظرية التعسف في استعمال الحق في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؟** وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدت الباحثة على المنهجين : الاستقرائي والمقارن، وقسمت مذكرتها إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وتطرقت في الفصل الثاني إلى موضوع التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها :

- مفهوم التعسف في الفقه الإسلامي واضح ودقيق، في حين أن مفهومه في القانون الوضعي يختلف باختلاف المذاهب القانونية وتحديدها للأساس القانوني الذي يقوم عليه التعسف.

- نطاق نظرية التعسف في الفقه الإسلامي واسع يشمل الحقوق والحريات العامة، أما في القانون الوضعي فنجد احتدامًا كبيرًا حول مجال هذه النظرية، فهناك جانب كبير من الفقه يجعل الحقوق وحدها نطاقًا لهذه النظرية، بينما يجعلها آخرون تسري على الحقوق والحريات العامة على السواء.

وتختلف هذه المذكرة عن موضوع رسالتنا، في أنها تناولت تطبيقات نظرية التعسف في قانون الملكية العقارية وقانون العمل، بخلاف دراستنا التي قصرناها على القانون المدني الجزائري فقط.

- الدكتور **بوجمعة حمد** : تناول الموضوع في أطروحته للدكتوراه التي بعنوان : **أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري**، والتي نوقشت سنة 2018 بجامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإسلامية، وقد صاغ الإشكالية التي عالج الموضوع من خلالها في التساؤل التالي : **أين يكمن أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري ؟** وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمد الباحث على منهجين : الاستقرائي والمقارن، وقسم أطروحته إلى ثلاثة أبواب، تناول في الباب الأول مدخلا مفاهيميا إلى الفقه الإسلامي

والقانون المدني الجزائري، وتطرق في الباب الثاني إلى أثر أحكام الفقه الإسلامي في الالتزامات، وبحث في الباب الثالث عن أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة وحق الملكية، ومن أهم النتائج التي توصل إليها :

- أن القانون المدني الجزائري يكاد يكون نسخة طبق الأصل عن القانون المدني المصري، كما يظهر تأثره كذلك بقوانين مدنية أخرى : كالقانون المدني الفرنسي والليبي والتونسي والعراقي .

- لم يتأثر القانون المدني الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي إلا ببعض المسائل، وفي هذه المسائل على قلتها لم يكن تأثره بها بشكل مباشر، إنما من خلال القانون المدني المصري.

- الاستمداد من الفقه الإسلامي لم يكن مقصودًا للقانون المدني الجزائري، بل كان لملء الفراغ التشريعي في المسائل التي لم يتطرق إليها القانون المدني الفرنسي، أو تطرق إليها لشكل فيه قصور كبير، مما يضطر المشرع المصري ونظيره الجزائري إلى الاستمداد من الفقه الإسلامي شرط أن يتلاءم هذا الاستمداد مع القواعد العامة في القانون المدني لكليهما.

هذا وتختلف هذه الأطروحة عن موضوع رسالتنا، في كونها لم تقتصر على نظرية التعسف في استعمال الحق، بل توسعت لتشمل نظريات أخرى كنظرية الالتزام ونظرية الظروف الطارئة ونظرية العقود والملكية.

- الدكتور **عبد المجيد بالطيب** : تناول الموضوع في أطروحته للدكتوراه تحت عنوان : **نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود**، التي نوقشت سنة 2018 بجامعة الجزائر -1- كلية العلوم الإسلامية، والإشكالية التي طرحها الباحث هي : **ما مدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على فسخ العقود في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي؟ وللاجابة على هذه الإشكالية اعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن، وقسم أطروحته إلى فصل تمهيدي وبابين، تناول في الفصل التمهيدي الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال الحق، وعرض في الباب الأول إلى أسس نظرية**

التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وتكلم في الباب الثاني عن التعسف في استعمال حق الفسخ وتطبيقاته في العقود، وفي ختام أطروحته توصل الباحث إلى عدة نتائج منها :

- حقّ الخلع شرع للزوجة في مقابل إعطاء العِصمة للزوج، ولا حقّ للزوجة أن تحيد عن القصد الشرعيّ من إعطاء هذا الحقّ لها إلى قصد الإضرار بالزوج، وإلاّ اعتُبر ذلك تعسّفًا في استعمال الحق.

- حقوق الارتفاق لها أحكامٌ عامّةٌ، تقتضي بقاءها إذا ما ثبتت، ما لم يترتّب على بقائها ضررٌ بالغير، فإن ترتّب على بقاءها ضرر بالغير أو أذى له، وجب إزالتها عملاً بالحديث النبوي: " لا ضرر ولا ضرار".

- لا يمكن لأيّ طرف أن يفسخ عقد الإيجار دون انتهاء مدّته أو وجود موجب لذلك، وأيّ فسخ يتمّ دون مراعاة ما سبق يعتبر تعسّفًا في استعمال حقّ الفسخ.

وتختلف هذه الأطروحة عن رسالتنا في كونها حصرت تطبيقات نظرية التعسف على موضوع فسخ العقود فقط، في حين أن رسالتنا التي وسعت مجال التطبيقات لتشمل أحكام القانون المدني.

الصعوبات والعوائق :

1- قلة تجربتنا في البحث العلمي عمومًا وفي الدراسات المقارنة خصوصًا.

2- صعوبة الموضوع في حدّ ذاته لارتباطه بفلسفة القانون ومقاصد التشريع الإسلامي وأصوله.

3- ومن الصعوبات التي واجهتنا كذلك اعتمادنا في إنجاز هذه الدراسة على المراجع المتوفرة على الانترنت فقط، دون تلك التي تخر بها مكتبة الجامعة والمكتبات العمومية، بسبب ظروف الحجر الصحي التي تمر بها البلاد حالياً بسبب انتشار فيروس كورونا.

الخطة العامة للبحث :

للإجابة على الإشكالية المطروحة في هذا البحث، قسمنا الدراسة إلى مقدمة وفصلين وخاتمة، وذلك وفق الخطة التالية :

مقدمة : ذكرنا فيها نبذة عن أهمية الدراسة، وأسباب اختيارنا لها، وأهدافها، وكذا إشكالية الدراسة، والمنهج الذي اعتمدناه، وأهم الدراسات السابقة، والصعوبات والعوائق التي واجهتنا أثناء إعداد البحث، والخطة العامة.

الفصل الأول- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق ومؤيداتها.

المبحث الأول- مفهوم الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول- تعريف الحق في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني- تعريف الحق في القانون.

المطلب الثالث- مقارنة مفهوم الحق بين الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الثاني- تاريخ نظرية التعسف وتكييفها الفقهي والقانوني.

المطلب الأول- التطور التاريخي لنظرية التعسف وموقف الفقهاء الإسلامي والغربي منها.

المطلب الثاني- التكييف الفقهي والقانوني للتعسف.

المبحث الثالث- أدلة نظرية التعسف في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول- الأدلة من القرآن الكريم.

المطلب الثاني- الأدلة من السنة النبوية.

المطلب الثالث- الأدلة من فقه الصحابة.

المطلب الرابع- الأدلة من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية.

ملخص الفصل الأول.

الفصل الثاني- معايير نظرية التعسف ونطاقها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المبحث الأول- معايير نظرية التعسف وبعض تطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المطلب الأول- معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني- معايير نظرية التعسف في القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني- نطاق التعسف وجزاؤه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الأول- نطاق التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الثاني- جزاء التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

ملخص الفصل الثاني.

خاتمة : ذكرنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها وكذا توصيات البحث.

وإننا لنعتر عن كل سهو أو تقصير في إيفاء هذا الموضوع حقه، فشان هذه النظرية العظيمة يحتاج جهدًا أكبر وذكاءً أنفذ.

الفصل الأول :

مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق ومؤيداتها

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

مفهوم الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثاني :

تاريخ نظرية التعسف وتكييفها الفقهي والقانوني

المبحث الثالث :

أدلة نظرية التعسف في الفقه الاسلامي

الفصل الأول- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق ومؤيداتها

في هذا الفصل سنحاول البحث في ماهية الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كما سنطرح موجزا عن تاريخ نظرية التعسف وموقف الفقهاء الإسلاميين والغربيين منها، لنلج بعدها إلى النظر في مفهوم التعسف وتكييفه الفقهي والقانوني، لنصل إلى التأسيس الشرعي لنظرية التعسف، ومدى تجذر هذه النظرية وأصالتها في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول- مفهوم الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يتطلب البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق النظر في تعريف الحق في الفقه الإسلامي ومقارنته بتعريفه في القانون الوضعي.

المطلب الأول- تعريف الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول- الحق لغة : ورد في كتاب "العين" أن الحق نقيض الباطل، وله معنى الواجب^[1]، وجاء في "القاموس المحيط" أن الحق يطلق على المال، والملك، والموجود الثابت، والصدق^[2]، وعرفه الجرجاني بأنه الثابت الذي لا يسوغ إنكاره^[3].

الفرع الثاني- الحق عند الفقهاء القدماء : لم يُعَنَّ الفقهاء المسلمون بوضع تعريف جامع مانع للحق، وإنما درجوا على استعمال لفظ "الحق" بمعان مختلفة مأخوذة من المعاني اللغوية للكلمة، وقد حاول ابن النجيم أن يضع تعريفاً للحق بقوله : (الحق ما يستحقه الرجل)^[4]، لكن يلاحظ أن التعريف

[1] الفراهيدي : الخليل بن أحمد بن عمرو (ت : 170 هـ)، كتاب العين، تحقيق : عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003م، ج1، ص : 399.

[2] الفيروزآبادي : محمد بن يعقوب (ت : 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 2005، ص : 874.

[3] الجرجاني : علي بن محمد بن علي (ت: 816 هـ)، معجم التعريفات، تحقيق : محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، ط 1، دت ن، ص : 79.

[4] ابن النجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970 هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997، ج1، ص227.

يكتنفه الغموض، ويلزم منه الدور^[5]، لفظ (ما) عام يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المحددة، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق، فيلزم الدور، وهو عيب من عيوب التعريف كما يقول المناطقة^[6].

الفرع الثالث- الحق عند الفقهاء المعاصرين : ذكر بعض الفقهاء المعاصرين جملة من التعريفات للحق، أهمها :

1- تعريف علي الخفيف : (الحق مصلحة مستحقة شرعاً)^[7]، وهذا التعريف عليه مأخذان :

المأخذ الأول : أنه عرّف الحق بالغاية المقصودة منه وهي المصلحة، فالحق بذاته ليس مصلحة بل وسيلة إليها.

المأخذ الثاني : أنه يلزم منه الدور، حيث لا يمكن معرفة الحق إلا بفهم كلمة "مستحقة"، وهذه الأخيرة لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق، فيلزم الدور^[8].

2-تعريف أحمد فهمي أبو سنة : (الحق هو ما يثبت للإنسان استيفاءه)^[9]. واختار هذا التعريف محمد مصطفى الزحيلي^[10]، واعترض عليه الدريني لأنه لم يعرّف الحق بجوهره وإنما بموضوعه، فالثابت استيفاءه شرعاً بمقتضى الحق ليس هو الحق، بل موضوعه ومحلّه، كما أنّ التعريف غير

[5] الدور: أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، كما لو قيلاً مثلاً في تعريف العلم : (العلم هو معرفة المعلوم)، إذ يتوقف عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه، بينما هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف، وهذا ممنوع في التعاريف. انظر : محمد الأمين الأرمي، الكوكب المشرق في سماء علم المنطق، دار المنهاج، بيروت، ط 1، 2015، ص : 262.

[6] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1984، ص : 184-185.

[7] علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص : 57.

[8] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص : 191.

[9] أحمد فهمي أبو سنة، "نظرية التعسف في استعمال الحق"، مجلة الأزهر، مصر، عدد : 218، جمادى الآخرة سنة 1382هـ-نوفمبر 1962، ص : 429.

[10] محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط 1، 1982، ص : 73.

جامع لأنواع الحقوق، فهو لا يشمل الحقوق الثابتة من الأشخاص الاعتبارية كالشركات وبيت المال والوقف، فلو استبدل صاحب التعريف كلمة شخص بإنسان، لكان جامعاً، إذ الشخص أعم من أن يكون حقيقياً أو اعتبارياً، وأيضاً التعريف غير مانع، لأنه يشمل الرخصة والإباحة، إذ هي مما ثبت استيفأؤه شرعاً كذلك^[11].

3-تعريف مصطفى الزرقا : الحق هو (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً)^[12]، وهو تعريف يشمل الحقوق المالية والمعنوية، كما أبان ذاتية الحق، بأنها علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد بأن كان من المباحات كالاصطياد والاحتطاب فهي ليس حقاً وإنما رخصة، كما بيّن مصدر الحق ومنشأه وهو الله سبحانه وتعالى، وقد وصف وهبة الزحيلي هذا التعريف بأنه جيد^[13].

4-تعريف فتحي الدريني : (الحق هو اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة)^[14]، وهذا أشمل التعاريف وأجمعها وأكثرها دقة ودلالة على معنى الحق، نظراً لاستعماله ألفاظاً تعبر على المقصود بدقة.

شرح التعريف ومحترزاته :

- "اختصاص" : التي تعني انفراد واستثناء، أي انفراد واستثناء صاحب الحق بموضوع الحق، فالحق يورث لصاحبه مكنة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاستثناء لا الاشتراك، فهذه العبارة تخرج من التعريف الإباحات والحقوق العامة لأنها لا تختص بأحد، كما أن المختص بموضوع الحق قد يكون هو الله

[11] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص : 190.

[12] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط

1، 1999، ص : 19.

[13] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985، ج 4، ص 9.

[14] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص : 193.

سبحانه وتعالى، وقد يكون شخصا حقيقيا وهو الإنسان، وقد يكون شخصا معنويا كالدولة والشركات.

- **يقرّ به الشرع** : وهو قيد يخرج به الاختصاص غير الشرعي، كالغاصب والسارق، فلا بد من إقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة الشرعية.

- **سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر** : هذه السلطة قد تكون منصبة على شيء، وهذا ما يسمى "**بالحق العيني**" كحق الملكية، وحق الارتفاق بالشرب. أو تكون منصبة على اقتضاء أداء من آخر، فيكون موضوع العلاقة هنا : أداء التزام معين، وهو ما يسمى "**بالحق الشخصي**"، كالعلاقة بين الدائن والمدين، أو المؤجر بالمستأجر أو رب العمل بالأجير المتعهد بالقيام بعمل، أو علاقة الراهن بالمرتهن في عدم الانتفاع بالشيء المرتهن.

- **تحقيقاً لمصلحة معينة** : أي أن إقرار الشرع للاختصاص الذي أصبغ عليه صفة المشروعية، إنما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة مطلوب من صاحب الحق العمل على توخيها وتحقيقها، فإذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منح من أجلها، بأن اتخذ ذريعة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، كإسقاط الزكاة عن طريق الهبة الصورية، أو اتخذ الحق وسيلة للإضرار بالجماعة، أو ابتغى تحقيق مصلحة خاصة تتنافى مع المصلحة العامة كالاختكار، سقطت صفة المشروعية عن هذه الاختصاص، لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له من مصلحة.

أهم ما يميز تعريف الدريني:

أولا- يميز بين الحق وغايته، فالحق ليس هو المصلحة، بل هو وسيلة إليها.

ثانيا- يشمل جميع أنواع الحقوق : حقوق الله، وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، بنوعيتها : العينية والشخصية.

ثالثاً- يقيد الحق بالغاية المحددة له شرعاً، وهو بهذا يخرج التصرف المطلق الذي يخرج الحق عن غايته المرسومة شرعاً^[15].

المطلب الثاني- تعريف الحق في القانون.

رغم كون مصطلح الحق شائعاً بين العامة والخاصة، وبالرغم من تسليم أغلب فقهاء القانون بوجود فكرة الحق^[16]، إلا أن الفقه القانوني قد اختلف في تعريفه اختلافاً واسعاً، وثار جدل طويل وعريض حول ذلك، مما أدى إلى ظهور عدة مذاهب، سنتناولها ببيان مضمونها مع تقديرها على النحو الآتي :

الفرع الأول- الحق عند الاتجاهات التقليدية : ركزت الاتجاهات التقليدية في تحديد مدلول الحق على جانب من جوانبه، مهمله عناصره وخصائصه المميزة، فالمذهب الشخصي عرّف الحق بالنظر إلى صاحبه، في حين أن المذهب الموضوعي عرّف الحق بالنظر إلى موضوعه والغاية التي تتحقق منه مباشرة، أما المذهب المختلط فقد حاول الجمع بينهما ونظر فيه إلى صاحب الحق والغاية منه.

أولاً- المذهب الشخصي : نشأ هذا المذهب في القرن التاسع عشر بألمانيا، على يد الفقيه سافيني Savigny وتولى الدفاع عنه وتطويره الفقيه وينشيد Winscheid، ويعرّف هذا المذهب الحق بأنه : (قدرة أو سلطة إرادية تستمد من القانون)^[17]، فهذا الاتجاه يعرّف الحق بالنظر إلى صاحبه، وهو يتصل بالمذهب الفردي وما يتفرّع عنه من مبدأ سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً، وقد تعرّض هذا التعريف لعدة انتقادات أهمها :

- ربط وجود الحق بالإرادة يؤدي إلى حرمان بعض الأشخاص كالصبي غير المميز والمجنون من كل الحقوق.

[15] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 193-196.

[16] أنكر بعض الفقهاء وجود فكرة الحق تماماً، كالفقيه الفرنسي ليون دجوي (Léon Duguit)، والفقيه النمساوي كلسن. انظر : نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2010، ص : 15-16.

[17] نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص : 23-24.

- هذا التعريف يحول دون استيعاب حالات كثيرة يثبت فيها الحق لصاحبه رغم عدم علمه ودون تدخل إرادته، كحال الموصى له، والوارث، كما أن هذا التعريف يعجز عن تفسير ما يثبت للأشخاص المعنوية من حقوق بالرغم من عدم توافر إرادة حقيقية لها.
- هذا التعريف يخلط بين الحق واستعماله، أو بين وجود الحق ومباشرته، فوجود الحق لا يتوقف على قدرة إرادية لصاحبه، ولكن استعمال هذا الحق يستلزم - في الغالب - وجود هذه الإرادة، مع العلم أنه في بعض الأحيان لا يلزم من استعمال الحق وجود الإرادة، فعدم الأهلية مثلا يستعمل حق الملكية بالرغم من عدم وجود إرادة لديه^[18].

ثانيا- المذهب الموضوعي : في مواجهة المذهب الشخصي القائم على نظرية الإرادة، قام الفقيه الألماني إهرنج بعرض نظرية المصلحة، وقال بأن الحق ليس إلا : (مصلحة يحميها القانون). وهو بهذا ركّز على موضوع الحق والغاية منه وهي المنفعة التي تعود على صاحبه، بالإضافة إلى الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة وهي الحماية القانونية. ورغم أن هذا التعريف لاقى قبولا واسعاً في الأوساط القانونية إلا أنه لم يسلم من النقد، وأهم ما انتقد عليه :

- أنه عرّف الحق بغايته وهي المصلحة، واعتبرها معيار وجود الحق، وهي ليست كذلك دائماً، لأنه لا يلزم من وجود المصلحة وجود الحق، فقد توجد المصلحة ويتخلف الحق، فلو فرض أنّ الدولة أوجبت رسوما جمركية على البضائع الأجنبية حماية للمصنوعات الوطنية، ففي هذا مصلحة للتجار، ولكنه ليس حقا لهم^[19].
- التعريف غير مانع لأنه يدخل الحريات والحقوق العامة، إذ الإباحة مصلحة يحميها القانون، مع أنها ليست حقا بالمعنى الدقيق الذي يمتاز بخاصية الاستثناء.

[18] حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 5، 1974، ص : 431-432.

[19] حسن كبيرة، المرجع نفسه، ص : 433-434.

- كما أنّ الحماية ليست عنصراً تكوينياً في قيام الحق، بل هي صفة تلحق الحق بعد قيامه، فهي صفة بعدية تُضفي على قيمة معينة لأنها حق^[20].

ثالثاً - المذهب المختلط : حاول هذا المذهب التوفيق بين المذهبين المتقدمين، وجمع في تعريف الحق بين عنصري الإرادة والمصلحة، وقد اختلف أنصار هذا التعريف فيما بينهم من حيث تغليب أحد العنصرين وتقديمه على الآخر^[21]. فبعضهم رجّح عنصر الإرادة فعرف الحق بأنه : (القدرة الإرادية المعبأة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون)، وبعضهم رجّح عنصر المصلحة فقال : (الحق هو المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية معينة)^[22]، وقد وُجّه لهذا التعريف نفس الانتقادات التي وُجّهت للمذهبين السابقين، فهو لم يعرف الحق وبيّن جوهره، فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة، وطبعاً ليس هما معاً، ولذلك ظهرت اتجاهات حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وخصائصه الذاتية^[23].

الفرع الثاني- الحق عند الاتجاهات الحديثة : نظراً لما تعرّضت له الاتجاهات التقليدية من انتقادات، اتجه الفقه الحديث إلى محاولة تعريف الحق بالكشف عن جوهره وخصائصه الذاتية المميزة له، وهنا ظهرت نظرية الفقيه البلجيكي **جان دابان (Jean Dabin)** الذي رأى بأنّ الحق يتكون أساساً من عنصري : الاستنثار و التسلط.

الاستنثار : هو الذي يميّز الحق، فالحق هو ما يختص به صاحبه، أي هو استنثار بشيء يمس الشخص ويهمه، ليس بصفته مستفيداً أو له أن يستفيد، ولكن بصفة أن هذا الشيء يخصه وحده، والاستنثار هنا يكون للشخص الطبيعي والاعتباري، ويشمل القيم المادية كالعقارات والمعنوية كسلامة الجسم.

^[20] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص : 56-57.

^[21] نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص : 28.

^[22] حسن كبيرة، مرجع سابق، ص : 436.

^[23] نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص : 28.

التسلط : وهو النتيجة الطبيعية للاستثناء، ويقصد به سلطة صاحب الحق في التصرف الحر في الشيء محل الحق^[24]. وهذا التسلط بالنسبة لعديم الأهلية يكون تصوريا لا واقعيًا^[25].

ملاحظات حول تعريف دابان :

- 1- استبعد فكرة الإرادة والمصلحة، واستبدلها بالاستثناء.
- 2- اعتبر الاستثناء هو العنصر الأساسي للحق، وجعله مرادفاً "للملك" بمعناه الواسع، وأخذ عليه أن هذا التعريف أميل إلى أن يكون تعريفاً "للحق العيني".
- 3- تفسيره للتسلط بالأمر التصوري لا الفعلي، إمعانا منه في استبعاد الإرادة عن أن تكون عنصرا جوهريا في الحق أو شرطاً لاستعماله.

ويرى فتحي الدريني أنه لولا إمعان دابان في تصوير التسلط بالمعنى التصوري وتفسير الاستثناء بالمعنى الواسع للملك، مما جعل التعريف أدنى إلى بيان "الحق العيني"، لوفقت نظرية الاستثناء إلى حد كبير في إبراز هذا العنصر الأساسي الذي يميز بين الحق عن غايته، وعن شرط مباشرته واستعماله^[26].

المطلب الثالث- مقارنة مفهوم الحق بين الفقه الإسلامي والقانون.

بعد أن أوردنا تعريف الحق في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي نلاحظ مدى التقارب الكبير بين التعريفين، ف كلا الفقهين قد استقر على تحديد العناصر التي ينبنى ويتأسس عليها الحق، وهي الاختصاص والاستثناء، ولكن يبقى الفارق الجوهري بينهما هو في مستمد مشروعية الاستثناء أو الاختصاص المنشئ للسلطة على الشيء، ففي الفقه الإسلامي هو الحكم الشرعي، بينما

[24] نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص : 29 – 30.

[25] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص : 57.

[26] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 60-61.

في الفقه الوضعي هو القاعدة القانونية المنظمة للحقوق مما يمكن حمايته عن طريق الدعوى^[27].

المبحث الثاني- تاريخ نظرية التعسف وتكييفها الفقهي والقانوني

عرفنا في المبحث السابق أن الحق هو اختصاص يمنح لصاحبه سلطانا على الشيء اقتضاء أو أداء من شخص معين قصد تحقيق مصلحة مشروعة، وفي هذا المبحث سنأخذ لمحة عن تاريخ نظرية التعسف، وموقف الفقهاء الإسلاميين والغربيين منها، لنصل إلى دراسة ماهية التعسف وتكييفه الفقهي والقانوني.

المطلب الأول- التطور التاريخي لنظرية التعسف وموقف الفقهاء الإسلاميين والغربيين منها.

الفرع الأول- التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق :

رغم استقرار الشرائع الحديثة على العمل بنظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أنّ أصولها التاريخية تعود إلى الماضي البعيد، فقد عرفها الرومان قديماً، وأوردوا لها تطبيقات مختلفة، من ذلك ما قرره الفقيه إيلبيان Ulpian أنّ من حفر بئراً في وتعمّق في الحفر حتى قطع العروق النابذة في عين جاره، لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق من شأنه أن يسقط حائط جاره. وقد توسع القانون البيروني في تطبيق النظرية، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته^[28].

غير أنّ بعض الفقهاء يرون بأنّ ورود هذه التطبيقات لا تعبر بالضرورة عن تطبيقات لنظرية التعسف، وإنما هي مجرد تطبيق لفكرة العدالة وقواعد الأخلاق، هذا ما يتفق مع "نظرية الحق المطلق" التي تعتبر الأساس الذي يقوم عليه القانون الروماني، ومما يدل على ذلك أنّ فقهاء الرومان قد ورد

[27] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر -1- كلية أصول الدين، الخروبة، 2002، ص: 217.

[28] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت ن، ج 1، ص 835.

عنهم ما ينافي نظرية التعسف، فقد جاء في "مدونة الاجتهاد - الديجست" التي تعدّ أبرز مؤلفات الرومان القانونية قول الفقيه الروماني الكبير "كاوس Caius" : (ليس بالمعتدي من يستعمل حقه)، وذكر الفقيه بولس Paulos : (أنّه لا يأتي عملاً ضاراً من يعمل بدون حق) وورد أيضاً : (من استعمل حقه فما ظلم)^[29].

ومع بعثة النبي محمد صلى الله عليه وسلم استوت هذه النظرية، وازدهرت، ونمت، وتطورت، في أحضان الشريعة الإسلامية، وعلى أيدي الفقهاء المسلمين، ذلك أن الفقه الإسلامي مشبع بروح دينية سامية، تقوم على الموازنة بين الحق الفردي والحق الجماعي، وعلى أساس مراعاة مقاصد الأفعال ومآلاتها، والمصالح المرسلّة، والاستحسان، وسد الذرائع، وكلها مبادئ وقواعد جعلت من الشريعة الإسلامية أرضاً خصبة لازدهار نظرية التعسف في استعمال الحق، فتمت بذلك معاييرها، ومؤيداتها، تأصيلاً وتفرّيعاً، تحديداً وضبطاً، نظراً وعملاً^[30].

لكن عرفت هذه النظرية تراجعاً وانحصاراً عقب الثورة الفرنسية واشتداد وطأة النزعة الفردية، واستمرت في التواري طيلة القرن التاسع عشر، إلى أن ظهر في مطلع القرن العشرين الفقيهان الفرنسيان سالي Saleilles وجوسران Josserand، فكان لهما الفضل في نفخ الغبار عنها، وإعادة إحيائها من جديد، فوضع جوسران سنة 1905 مؤلفاً سماه : "عن التعسف في استعمال الحق" «De L'abus des Drouits» ثم كتب سنة 1927 مؤلفاً آخر سماه : "في روح الحقوق ونسبيتها - النظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق" «De l'esprit des droits et de leur relativité- théorie dite de l'abus des droits». كان أشمل المؤلفات في هذه المسألة وأكثرها وضوحاً^[31].

[29] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1988، ص : 296-297.

[30] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 07.

[31] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 1، ص 835-838.

من هنا صاغ الفقه نظرية التعسف ونسق بين أجزائها، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لها، وما لبث المشرع الفرنسي أن سجل النظرية في كثير من تشريعاته منها :

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

2- القانون الصادر بتاريخ : 1941/02/05 الذي يعتبر المؤجر الذي يرفض إيجار مسكن لشخص لديه أولاد متعسفاً في استعمال حقه.

3- القانون الصادر بتاريخ 1941/05/23م، المؤيد بمرسوم : 1958/12/22 المعدل للمادة : 71 من قانون الإجراءات، والذي يقضي بغرامة ضد المتقاضى الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه.

4- القانون الصادر بتاريخ 1956/04/27م، الذي اعتبر رفض تشغيل عامل أو إنهاء عقد عمله بسبب انتمائه لنقابة معينة تعسفاً في استعمال الحق.

5- القانون الصادر بتاريخ 1957/03/11م، الخاص بحقوق المؤلف، والذي نصّ في المادتين 20 و 29 منه على أنّ ممثلي المؤلف المتوفى يعتبرون متعسفين إذا أساءوا الحق في إذاعة المؤلف أو في عدم إذاعته.

أما القانون المدني الألماني فقد نصّ على حالات التعسف في استعمال الحق في المادتين : 226 و 228، كما أن القانون المدني النمساوي نص على التعسف في المادة : 1295، أما قانون الالتزامات السويسري فنص على التعسف في المادة : 02.

أما القوانين العربية فبدورها أخذت بنظرية التعسف في استعمال الحق، وتطرقت إليها في نصوص منفصلة عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التصيرية، ووضعت أحكامها في الباب التمهيدي، فقد ورد في القانونين

المصري والليبي النص على التعسف في استعمال الحق في المادتين : 04 و 05، وفي القانون المدني العراقي في المادتين : 06 و 07، والمشرع الكويتي في المادة 30 من التقنين المدني.

أما المشرع الجزائري فقد نصّ على التعسف في استعمال الحق في المادة 41 الملغاة، ثم نصّ عليه في التعديل الجديد، في المادة 124 مكرر^[32].

الفرع الثاني- موقف الفقهاء الإسلامي والغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق.

أولاً- موقف الفقه الإسلامي.

عرف الفقه الإسلامي ثلاث اتجاهات تتفاوت فيما بينها في موقفها من التعسف في استعمال الحق وهي : مذهب الحق المطلق، والمذهب المادي، والمذهب المعنوي.

1- اتجاه الحق المطلق : ومن أنصاره : أبو حنيفة النعمان، والشافعي، وابن حزم الظاهري وغيرهم، وقد بنوا موقفهم هذا على قاعدة : الجواز الشرعي ينافي الضمان^[33].

قال أبو حنيفة : (من تصرف في ملكه لا يمنع عنه، وإن كان يتضرر جاره به). وجاء في كتاب بدائع الصنائع : (وله أن يرفع بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس، لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه ..)^[34].

^[32] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 5، 2003، ص: 221-222.

^[33] مجلة الأحكام العدلية، المادة : 91، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ، ص : 23. و مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص : 1035.

^[34] حسن منصور بن أبي القاسم (ت : 592هـ)، فتاوى قاضيخان، تحقيق : محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط1، 2019، ج2، ص173.

وقال الشافعي في شرحه لحديث لا ضرر ولا ضرار^[35] : (ووجهه الذي يصح به : أن لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما لا ليس بواجب عليه، ولا ضرار في أن يمنع رجل من ماله ضرراً ولكل ما له وما عليه .. أو رأيت رجلاً له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهماً، فسأله الرجل أن يبيعه منها ممرًا بما شاء من الدنيا، فهل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟ أو رأيت رجلاً عند أمة عمياء لا تنفعه، أعطاه بها ابن لها بيت مال، هل يجبر على أن يبيعه؟ فإن قال : لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له. قلنا : وكل هؤلاء يقول إنما فعلت هذا إضراراً بنفسي، وإضراراً للطالب إليّ، حتى أكون جمعت بين الأمرين، فإن قال : وإن أضر بنفسه وضرار غيره، فإنما فعل في ماله ما له أن يفعل. قيل : وكذلك حافر البئر في أرض الرجل، وناقل التراب إلى أرض رجل، إنما فعل ما له أن يفعل، ومنع ما له أن يمنع من ماله)^[36].

وجاء عن ابن حزم قوله : (لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقاً .. ولكل أحد أن يعطي 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)^[37].

2- الاتجاه المادي : وأنصار هذا الاتجاه ينظرون إلى الضرر الناتج عن استعمال الحق، دون اعتبار لنية ممارس الحق، وإليه مال جمهور الفقهاء من المالكية ومتأخري الحنفية والحنابلة، ومستندهم في ذلك عدة قواعد فقهية كقاعدة : لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، ودرء المفسد أولى من جلب المصالح.

^[35] سيأتي تخريجه في ص : 42.

^[36] الشافعي : محمد بن إدريس بن عباس (ت : 204هـ)، كتاب الأم، تحقيق : رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط 1، 2001، ج 4، ص 527.

^[37] ابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت : 456 هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003، ج : 7، ص : 85-86.

غير أن المراد بالضرر هنا هو الضرر الفاحش وليس مطلق الضرر، فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية : (كل أحد له التعلّي على حائط الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه، ما لم يكن ضرره فاحشاً)^[38].

قال ابن جزّي : (من أحدث ضرراً 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 فرنًا أو حمامًا أو كير حديد أو صائغ مما يضر بجاره دخانه، فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان، ومنه أن يصرف ماءه على دار جاره أو سقفه أو يجري في داره ماء فيضر بحيطان جاره، وأما المختلف فيه فمثل أن يعلي بنيانًا يمنع جاره الضوء والشمس، فالمشهور أنه لا يمنع منه، وقيل يمنع)^[39].

وجاء عن 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 ضرراً بيّناً، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى .. كمن أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز دائماً، أو رحي للطحن، أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضرراً فاحشاً)^[40].

3- الاتجاه المعنوي : وهو يقوم على نية ممارس الحق، الذي أنزل بممارسته إياه ضرراً بالغير، فإن لم تكن له نية سوى مجرد الإضرار بغيره من غير مصلحة له، كان متعسفاً في استعمال حقه، فيرد قصده عليه ويؤمر بإزالة

^[38] مجلة الأحكام العدلية، المادة : 1198، مرجع سابق، ص : 170.

^[39] ابن جزّي : محمد بن أحمد بن عبد الله الغرناطي (ت : 741 هـ)، القوانين الفقهية، تحقيق : ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 2013، ص : 558-559.

^[40] ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفي (ت1237هـ)، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، د ط، 2003، ج : 7، ص : 492.

الضرر، وإن لم تتجه نيته إلى غيره بإضرار أو أذى، ففعله سليم ولا يعتبر مسيئاً في ممارسته لحقه وإن لحق الضرر بغيره^[41].

ويعدّ الإمام الشاطبي من أبرز من أصل لهذا الاتجاه، فقال : (كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل. أما أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة)^[42].

ثم قسم الشاطبي هذه الأفعال المؤدية إلى جلب منفعة أو درء مفسدة إلى ثمانية أقسام يمكن اختصارها في أربع بنود كالاتي :

1- إذا كان الفعل الجائز شرعاً لا يلزم عنه الإضرار بالغير، فهو يبقى على أصله من الإذن، ولا حاجة للاستدلال عليه.

2- إذا كان الفعل الجائز شرعاً يلزم عنه إضرار بالغير، وكان فاعله لا يقصد إضراراً بأحد، فهو يبقى جائزاً لمن ثبت حقه فيه شرعاً، إلا في حالتين : الأولى إذا كان الضرر عامّاً فالفاعل يمنع مما هم به .. والثانية إذا كان الفعل يسبب ضرراً خاصاً من نوع المفسدة القطعية، وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضرراً.

وفي القسمين التاليين لبّ الاتجاه المعنوي لسوء استعمال الحق :

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

[41] بوجمعة حمد، أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص : شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإسلامية، 2017-2018، ص : 226.

[42] الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت: 790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق : عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2004، ص : 418.

4- إذا كان الفعل المأذون فيه شرعاً قد قصد به فاعله نفع نفسه والإضرار بغيره معاً، كالمرخص في سلعته طلباً لمعاشه وإضراراً بغيره، فهنا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، لكن يبقى النظر في هذا العمل : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصلي في الإذن، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ والجواب على هذا السؤال كالتالي :

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 يتضرر منها الغير، فحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع أبداً من استعماله^[43].

ثانياً- موقف الفقه الغربي.

لم يعرف الفقه الغربي موقفاً موحداً من نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد ظهر فقهاء عارضوا هذه النظرية ووجهوا لها سهام النقد، وفي المقابل انبرى آخرون لتأييدها والدفاع عنها. وفي ما يلي سنعرض لهذين الموقفين باختصار :

1- الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق :

ومن أبرز هؤلاء المناهضين الفقيه اسمان Esmein، الذي يرى بأن هذه النظرية غير منطقية وخطرة، أما أنها غير منطقية فلأنها متناقضة مع المبادئ القانونية، لأن ركن "الخطأ" المولد للمسؤولية التقصيرية لا يتوافر إلا في حالة عمل غير مشروع، في حين أن استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع، مهما تكن نية صاحبه، لأننا لو سلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية أدى إلى قيام المسؤولية، قد ينتهي هذا بنا إلى

[43] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 227-228.

إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني، وإلى الخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق. وأما كونها خطرة، فلأن فتح المجال أمام القضاة للبحث عن النية، فهذا يؤدي إلى تحكمهم وتقديرهم الكيفي، فنجعل بذلك للقاضي سلطاناً فوق سلطان القانون^[44].

ويمكن الرد على رأي اسمان من عدة وجوه :

الأول : أن المسؤولية عند التعسف في استعمال الحق إذا كان مبناها "الخطأ" فمعنى ذلك أن القاضي لم يمنح سلطة جديدة، وإنما باشر حقه الذي حولته إياه النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية.

الثاني : أن القانون أباح للقاضي في مواضع عديدة البحث عن النية، دون خشية من ذلك التحكم المزعوم.

الثالث : لا تعارض بين القواعد الأخلاقية والقانون، لأن هذا الأخير ليس إلا قواعد أخلاقية مصحوبة بجزاء.

الرابع : على أن القاضي لا يعمل بشكل كيفي من غير قيد، بل هو مقيد بأسس وقواعد معينة، فلماذا نخشى سلطة القاضي في مفهوم التعسف دون سائر المبادئ والأحكام الأخرى؟؟؟^[45].

2- الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق :

لم تفلح معارضة بعض الفقهاء لهذه النظرية، فقد فرضها الواقع وإقرار أغلب الفقهاء بنسبية الحقوق، مما جعل أغلب الفقهاء يقرونها على اختلاف بينهم في تحديد معاييرها، ومن أبرز هؤلاء المدافعين عن نظرية التعسف الفقيه الفرنسي سالي Saleilles، غير أنه جعل أساس هذه النظرية المعيار المادي، دون المعيار الذاتي الذي يرى سالي بأن الأخذ به يجعل النظرية بلا فائدة

^[44] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 314-315.

^[45] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 315-316.

لعسر تبين القصد والنية، ولذلك جعل على التعسف تظهر في الاستعمال غير الطبيعي للحق، بحيث جعل الظروف والبيئة والعرف هي المحدد ما إذا كان الاستعمال عاديا أم غير عادي، ويقصد بالاستعمال غير العادي ذلك الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع الحق من أجله دون اعتبار لنية صاحبه^[46].

المطلب الثاني- التكيف الفقهي والقانوني للتعسف.

يثير البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق مشكلة تحديد ماهية التعسف وطبيعته، وذلك لتمييزه عما قد يشتبه به من أفكار أخرى، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا المطلب، فسنبيّن ماهية التعسف وطبيعته، تمييزاً له عن مجاوزة الحق، وذلك بإبداء الفروق القائمة بينهما، لنصل إلى مناقشة استقلال نظرية التعسف أو تبعيتها لنظرية "التعدي" في الفقه الإسلامي، أو نظرية "الخطأ" المبني على المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي.

الفرع الأول- التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء القدماء كلمة "إساءة" أو "تعسف" في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد من فقهاء الغرب القانون المحدثين.

فالفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه *L'abus des droits*، والانجليز يطلقون عليه *The abuse of rights*، والترجمة الحرفية لكلمة *abus* هي إساءة، ولكن درج فقهاء القانون العرب على استعمال كلمة "تعسف"، وإن أثر بعضهم استعمال كلمة "إساءة"^[47].

لكن هذا لا يعني أنّ الفقهاء القدامى لم يعرفوا مضمونه، فقد أورد الشاطبي في "الموافقات" عبارة: "الاستعمال المذموم" في سياق كلامه عن التعسف في استعمال المباح^[48]، وتناوله ابن قيم الجوزية في كتابه "الطرق

^[46] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 322، وبوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 220.

^[47] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 45-46.

^[48] الشاطبي، مرجع سابق، ص : 598.

الحكمية"^[49] وابن رجب الحنبلي في كتابه "القواعد"^[50] تحت مسمى "المضارة" أثناء شرحهما حديث سمرة بن جندب وتعسفه في حق الدخول إلى بستان الأنصاري ليصل إلى نخلته التي قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باقتلاعها دفعا للضرر عن صاحب البستان.

أما بالنسبة للفقهاء المعاصرين فنجد أن الشيخ محمد أبو زهرة قد أطلق لفظ "المضارة" على التعسف^[51].

أولا- تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق :

ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار مجاوزة الحق تعسفاً، كالشيخ أحمد فهمي أبو سنة حين اعتبر من أوصى بما يزيد على الثلث متعسفاً، فقال : (إنّ الوصية حق للمورث، وله استعماله على وجه مشروع، بأن يكون فيه برٌّ بالورثة، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع، بأن يكون إضراراً بالورثة، كأن يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة، فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق)^[52]. فهذا خلط بين المجاوزة والتعسف، فالوصية بقصد الإضرار بالورثة إنما تعتبر تعسفاً إذا كانت في حدودها الشرعية وهي الثلث، فإذا أوصى بما يزيد على الثلث، فقد جاوز حدود الحق، واعتبر متعدياً لا متعسفاً، لأنّ فعله غير مشروع ابتداءً، لعدم استناده على حق، ولا تعسف مع انتفاء الحق.

ووصف الفعل بكونه مشروعاً في الأصل، لا يناقض وصفه بأنه متعسف فيه، لأنّ الجهة منفكة، إذ المشروعية منصبة على ذات الفعل، والتعسف منصب على كيفية استعماله، إما بالنظر إلى الباعث عليه، أو بالنظر إلى مآله.

^[49] ابن قيم الجوزية : شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق : نابف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، د ط، د ت ن، ص : 682.

^[50] ابن رجب الحنبلي : زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن (ت: 795هـ)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت ن، ص : 149.

^[51] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 46.

^[52] أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص : 431.

والمقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة شرعية.

فإذا أقام مالكُ بناءه على أرض غيره أو زرع أرض غيره، اعتبر غاصباً معتدياً لا متعسفاً في استعمال حقه، لأنَّ فعله غير مشروع أصلاً، ولكن إذا بنى رجل في أرضه وضمن حدودها حائطاً عالياً، فسدَّ على جاره الضوء والهواء، فأضرَّ بجاره ضرراً فاحشاً، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه، لأنَّ تصرفه في ملكه مشروع في الأصل، لكن لزم عنه أضرار بيّنه بالجار^[53].

ويمكن أن نحدّد أهم الفوارق بين طبيعة التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق في النقاط التالية :

1- التعسف يعتمد في الأصل وجود الحق، وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعماله ابتداءً، بخلاف الفعل في مجاوزة الحق أو الاعتداء، فهو غير مشروع لعيب في ذاته، لعدم استناده إلى حق.

2- لا يُمنع أحدٌ من استعمال حقه إلا إذا قصد الإضرار بغيره، أو قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، أما المجاوز لحدود الحق، فإنه يمنع ولو قصد إحداث نفع، كمن بنى في أرض غيره بدون إذنه.

3- استعمال الحق يصبح غير مشروع، إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد، أي لا يمنع إلا لهذا القدر من الضرر، أما مجاوزة حدود الحق، فإنه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره^[54].

ثانياً- تمييز التعسف في استعمال الحق عن التعدي بطريق التسبب :

ذهب بعض الأصوليين كالشاطبي إلى تكييف التعسف في استعمال الحق بأنه "تعدُّ بطريق التسبب"، وجعل للتعدي ثلاثة عناصر وهي :

^[53] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 47-48.

^[54] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 49-50.

الأول- تمحض قصد الإضرار بالفعل.

الثاني- مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن.

الثالث- الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر الإسلام به، في قوله تعالى :
(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) [المائدة :
02][55].

وهو بهذا لم يلتزم ضابط التعدي عند الفقهاء الأقدمين، وهو ضابط موضوعي، يعتمد على أمور مادية خارجية، من كون الفعل غير مشروع لا يستند إلى حق أصلا، وهكذا يجعل الشاطبي معيار التعدي ذاتيا، قوامه عناصر نفسية من قصد الإضرار، أو مظهره، أو الإهمال والتقصير، ثم يغفل الشرط الأول في التعدي، وهو الفعل غير المشروع أصلا، ليدخل بذلك التعسف في مفهوم التعدي، ويجعل التعسف في استعمال الحق مجرد تطبيق لمعيار التعدي، وعلى ذلك لا يكون ثمة نظرية تعسف في استعمال الحق قائمة بذاتها، لأن نظرية التعدي كافية في إمداد حالات التعسف بالحلول.

والشاطبي بهذا النظر يقترب من فكرة (الخطأ التقصيري) عند فقهاء القانون، في النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية، أو مع القائلين بأنّ التعسف صورة جديدة من صور (الخطأ) نتيجة للتوسع في مفهوم الخطأ، استجابة لتطورات الحياة الاقتصادية[56].

كما أنّ بعض الفقهاء المعاصرين ذهب إلى أنّ التعسف هو من باب "التعدي بطريق التسبب"، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة، الذي يقول : (وأنّه بسبب منع التعسف في استعمال الحق، ومنع التعدي على الأحاد، قرّر الفقهاء في هذه الحال، أنّ الفعل يتوارد عليه أمران : أحدهما بالإذن، وهو ما يقوم على أصل ثبوت الحق .. الخ)، وهكذا يصف أبو زهرة التعدي تارة بأنه تعسف، وطورا بأنه تجاوز، وأحيانا يصف الفعل غير المشروع أصلا بأنه

[55] انظر : الشاطبي، مرجع سابق، ص : 434-435..

[56] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 59-60.

تعسف، حيث يقول : (ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له، فإنه يكون متعسفًا في استعمال الحق)^[57].

كذلك نجد الشيخ أحمد فهمي أبو سنة يصرّح بأنه التعسف هو من باب التعدي بطريق التسبب، إذ يقول : (عرفنا أنّ أنواع التعسف أربعة، وأنّ الثلاثة الأولى منها مبنية على قاعدة سدّ الذرائع التي تقول : إنّ المشروع إذا أدى إلى محذور كان محظورًا، والمباح إذا أدى إلى حرام كان حرامًا. والرابع كذلك استعمال محذور لما جاوره من عدم الاحتراس، وبناءً عليه يكون المتعسف في استعمال الحق، قد تسبب في أمر محذور متعديًا بطريق التسبب، لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر، أو بالسعي في حصول مفسدة غالبية، أو في تحقيق أغراض غير مشروعة، فيكون مسؤولًا عن هذا التقصير)^[58].

ولمعرفة مدى صواب هذا التكييف لا بد من عقد مقارنة بين التعسف والتعدي بطريق التسبب.

إن الفرق الجوهرى بين التعسف والتعدي، هو أنّ الفعل في الأول مشروع لذاته، ولكنه مشوب بعيب في باعته أو نتيجته، في حين أنّ الفعل في الثاني غير مشروع لذاته، لأنّه لا يستند إلى حقّ أو جواز شرعي أصلاً، ولو اعتبرنا معياره بالمعنى الشخصي أو الذاتي، فإنه قاصر عن استيعاب صور التعسف التي لا تتعلق بالنية أو الإهمال أو التقصير، أو حتى مظنة ذلك، فضلاً عن أنّه يعتمد فعلاً غير مشروع لذاته^[59].

هذا من حيث الأصل والطبيعة، وثمة فرق آخر، وهو أنّ الفعل في التعدي، يضمن مرتكبه كل ما لحق بغيره من ضرر بسببه، كثيراً كان أم قليلاً، بينما لا يضمن المتعسف في بعض الحالات إلا إذا كان الضرر فاحشاً.

[57] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 71، نقلا عن محمد أبي زهرة في بحثه عن "التعسف" بأسبوع الفقه الإسلامي، ص : 42 و 86.

[58] أحمد فهمي أبو سنة، "نظرية التعسف في استعمال الحق"، مجلة الأزهر، مصر، عدد : 218، شعبان سنة 1382هـ - جانفي 1963م، ص : 663.

[59] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 72-73.

وبهذا يتبين لنا استقلال التعسف عن التعديّ بطريق التسبب وقصور هذا الأخير عن استيعاب جميع حالات التعسف في استعمال الحق، الذي يعدّ نظرية مستقلة لها مبادئها ومعاييرها الخاصة^[60].

ثالثا- نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته :

الحق في الفقه الإسلامي منشؤه وأساسه هو الشريعة الإسلامية، أي أن الحق نشأ بحكم الله تعالى هبة ومنحة منه سبحانه، ويترتب على هذا أن الحق ليس صفة طبيعية للإنسان حتى يكون مطلقاً وغاية في ذاته، بل هو مقيد بما قيدته به الشريعة، والحقوق هي وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق، وما يتبعها من الحاجة والتحسينية، وبذلك يتقيد الحق بهذه المصالح، وبالتالي أنّ كل استعمال للحق يناقض هذه المقاصد، يعتبر باطلاً، لأنّه يهدم الأصل الذي قامت عليه الشريعة، ويؤاد مقصد الشرع من منح الحقوق.

كما أنّ الحق إذا كان لغاية أو مصلحة شرع من أجلها، فمن المنطق التشريعي أن تكون تلك الغاية الجزئية منسجمة مع ذلك الأصل الكلي في الشرع، لأنّ الشريعة كلّ متناسق لا تتناقض أجزاءه، وعلى هذا فالمصلحة الخاصة التي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم التشريعي العام^[61].

أضف إلى ذلك أن طبيعة الفقه الإسلامي ليست قائمة على الفردية المطلقة، التي تقدس الحق الفردي وتلغي حق الجماعة، كما أنها ليست ذات طابع جماعي محض، بل هو أقرّ الحق الفردي وحماه، ونسقّ بينه وبين مصلحة الجماعة، ووفق بينهما ما أمكن التوفيق، وقدمّ المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند استحالة التوفيق بين المصلحتين.

[60] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 78- 79.

[61] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 79- 80.

هذه الطبيعة المزدوجة للفقهاء تنعكس بالضرورة على الحق الفردي فيه، وتحدد له طبيعة مزدوجة، فردية وجماعية معاً، وأن الأولى مصونة ومحمية مادامت لا تتعارض مع المصلحة العامة، فلحق الفردي في الشريعة الإسلامية وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية كما يقول أصحاب مذهب التضامن الاجتماعي^[62].

وعلى هذا فالحق الفردي في الشريعة الإسلامية، لا يكفي في مشروعية استعماله أن تتحقق المصلحة الشخصية التي شرع من أجلها، بل يجب مع هذا ألا يختل التوازن بينه وبين مصلحة خاصة أخرى في الشرع أشد رعاية، أو بين مصلحة الجماعة، بحيث لا يفضي استعماله إلى مفسد راجحة في الحالتين، وإلى هذا يشير الشاطبي في قوله : (ففي العادات حق لله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع، لأنَّ حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً)^[63].

وبهذا يتضح ارتباط نظرية التعسف بنظرية الحق وطبيعته المستمدة من طبيعة الفقه الإسلامي، ومما يؤكد هذا الارتباط أن طبيعة الحق لو كانت فردية خالصة، أو جماعية خالصة، لما كان لها دور، ولما ظهرت إلى الوجود^[64].

رابعاً- حقيقة التعسف :

على ضوء ما تقدم من كون نظرية التعسف مرتبطة أساساً بنظرية الحق وطبيعته، ومدى استعماله، وانطلاقاً من طبيعة الفقه الإسلامي وغايته المزدوجة، يمكن أن نقول بأنَّ أجمع وأدق تعريف للتعسف هو تعريف الدريني بأنه : (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل)^[65].

تحليل التعريف :

^[62] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 80- 81.

^[63] الشاطبي، مرجع سابق، ص : 412.

^[64] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 83.

^[65] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 87.

مناقضة قصد الشارع : أي مصادة قصد الشارع، وهذه المصادة إما أن تكون: **مقصودة** بأن يستعمل المكلف الحق لمجرد قصد الإضرار، أو يتذرّع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله، كما في التعامل ببيع العينة قاصداً الربا المحرم، أو إسقاط ما أوجبه الله، كما في الهبة الصورية قرب نهاية الحول احتيالا على إسقاط الزكاة. أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو استعماله لمجرد العبث، في حين أنه يلحق بغيره ضررا بيّنا، وإما أن تكون: **المناقضة غير مقصودة**، وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مصادة للأصل العام في الشرع وهو جلب المنافع ودرء المفساد.

في تصرف مأذون فيه شرعاً : التصرف يشمل التصرفات القولية كالعقود، الإيجابية منها كبيع السلاح أيام الفتن، والسلبية كامتناع التاجر عن بيع السلع احتكاراً، ويشمل التصرفات الفعلية، كاستعمال حق الملكية في العقارات، واستعمال الرخص و الإباحات، الإيجابية منها كاستعمال المالك عقاره لمجرد قصد الإضرار بغيره، والسلبية كامتناع مالك الحائط المائل إلى طريق العامة عن هدمه بعد إعلامه بذلك.

مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل : يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها، لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفاً^[66].

الفرع الثاني- التكيف القانوني للتعسف في استعمال الحق :

رغم أنّ نظرية التعسف في استعمال الحق قد أصبحت اليوم أمراً مسلماً به في الفقه والتشريع والقضاء، لكن بقي تساؤل يشغل بال كثير من فقهاء القانون، وهو عن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، وللإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقهاء في تكيف التعسف إلى أربعة مذاهب، منهم من يرى بأن التعسف هو خروج عن حدود الحق أصلاً، ومنهم من يرى أنه صورة من صور الخطأ التقصيري، ومنهم من يرى أنه خطأ من نوع خاص، ومنهم من يرى أنه ذو طبيعة مستقلة.

[66] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 87-91.

أولاً- التعسف هو مجاوزة للحق وخروج عن حدوده :

وقد تزعم هذا المذهب وحمل لواءه الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol. وهو يقول في ذلك : (ينتهي حيث يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما، لسبب غير قابل لأن يدحض، هو أنّ العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له)^[67].

وهذا المذهب يعتمد في قيامه على منطقتين شكليتين يتلاعب بوحدة اصطلاح "الحق" و "القانون" في اللغة الفرنسية ونقصد به كلمة "Le Droit"، وينتقد هذا الرأي بأنه ليس هناك ما يمنع كَوْن الفعل الواحد موافقاً لحق من الحقوق لأنه يدخل في نطاقه ومضمونه، ومخالفاً في آن واحد للقانون في مجموعه، وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق ومعناها^[68].

ومن ناحية أخرى يؤكد الفقه على وجود فارق بين صورتين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق، فالأولى تفترض فعلاً في إطار المشروعية، أي الحدود المرسومة قانوناً، وهذه الصورة تثير مشكلة تتعلق بغاية الحق، فلا تنصرف عدم المشروعية إلى الفعل التعسفي ذاته، وإنما إلى غرضه المنحرف، بينما الصورة الثانية تفترض فعلاً خارج إطار المشروعية، أي عملاً غير مشروع في ذاته، فالمشكلة هنا تتعلق بمضمون الحق، ومن ثم يتوجه الجزاء إليه ذاتياً بصورة مطلقة^[69].

ثانياً- التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري :

ويرى أنصار هذا المذهب أنّ التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، ومن أنصار هذا المذهب الفقيه القانوني الكبير عبد الرزاق السنهوري، إذ يقول : (فالأساس القانوني لنظرية

[67] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج : 1، ص : 838.

[68] حسن كبيرة، مرجع سابق، ص : 759.

[69] شوقي بناسي، "التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد : 04، 2009، ص : 189.

التعسف في استعمال الحق ليس هو إلا المسؤولية التقصيرية^[70]. ذلك أنه إذا كان الخطأ في المفهوم الحديث انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي، فهو متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء، فارتفع بذلك التناقض المنطقي بين الخطأ وبين استعمال الحق.

وقد وجهت إلى هذا المذهب عدة انتقادات لعل أهمها أربعة وهي :

النقد الأول- إن مركز صاحب الحق في استعمال حقه، ليس هو نفسه مركز الشخص في ممارسة رخصة من الرخص العام، ففي مجال الحريات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة، ويستعملون نفس الحريات أو الرخص العامة في نفس الوقت، لا يحتاج الأمر إلى التنسيق في هذا الاستعمال الجماعي المتزامن، وهو ما لا يتحقق إلا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر وبقظة وحيطة وحذر. أما في مجال الحقوق، حيث صاحب الحق في مركز ممتاز بالنسبة إلى الباقين، لما يختصه به القانون على محل معين من سلطة استثنائية يملكها دون غيره، فيجب التأكيد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا مناقضتها، وهو ما يقتضي قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة. مما يعني إمكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، وبذلك يوجد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ^[71].

النقد الثاني- إنّ من بين معايير التعسف الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من منفعة وما يصيب الغير من ضرر جرّاء استعمال الحق، وفي هذه الصورة ينعدم الخطأ تماماً، ذلك أن صاحب الحق قد يتخذ واجب الحيطة واليقظة ومع ذلك يؤدي استعماله لحقه إلى أضرار تصيب الغير أكبر من

^[70] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج : 1، ص : 842.

^[71] حسن كيرة، مرجع سابق، ص : 761-762.

المنفعة التي تعود إليه، فهذه الصورة تدل على أن التعسف لا يندرج ضمن أحكام المسؤولية التصيرية^[72].

النقد الثالث- التعسف يولد مسؤولية صاحب الحق داخل دائرة المشروعية، بينما يولدها الخطأ خارج دائرة المشروعية أصلاً.

النقد الرابع- القول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى مع كذلك مع تمييز أصحابه في نفس الوقت بين التعسف وبين مجاوزة الحق، إذ ما فائدة هذا التمييز إذا كانت نهاية المطاف هي التسوية بين صورة التعسف بصورة المجاوزة في التوافر على معنى الخطأ؟ ألا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسؤولية الناشئة عنهما إلى مصدرين مختلفين؟^[73].

ثالثاً- اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ :

للتخلص من الانتقادات التي وجهت للمذهب السابق حاول بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه جوسران Josseland تكييف التعسف على أنه خطأ ذو طبيعة خاصة، إذ هو خطأ يرتتهن بروح الحق وغايته الاجتماعية، فهو إذن خطأ اجتماعي يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية.

لكن العيب الأساسي لهذا المذهب هو أنه لم يصل إلى النتيجة الحتمية التي يقود إليها منطق مقدمته، ذلك أنه حاول يائساً التشبث بفكرة الخطأ التي فشلت في الإحاطة بفكرة التعسف، وسعى جاهداً لابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف.

وبالتالي صار من الضروري اطرأح فكرة الخطأ والخروج من المسؤولية التصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف^[74].

رابعاً- ارتباط التعسف بفكرة الحق :

^[72] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص : 191.

^[73] حسن كبيرة، مرجع سابق، ص : 763.

^[74] حسن كبيرة، المرجع نفسه، ص : 763-764.

يرى فريق من الفقهاء - وعلى رأسهم حسن كيرة - أنّ فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، فالحقوق ليست غاية في حدّ ذاتها، وإنما هي سيلة لإدراك غايات معينة، وبالتالي تظل حماية القانون مبسّطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مطابقة استعمالها أو مناقضتها لغاياتها، وهذا يستلزم عنه اعتبار الحقوق نسبية لا مطلقة، يخضع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيها بالخروج عن غاياتها، ولذلك فإن التعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخلّ بواجب الحيطة واليقظة العادية، وهذا ما يجعل فكرة "التعسف" مستقلة عن فكرة "الخطأ"، ويخرجها من دائرة المسؤولية التقصيرية، لتستوي مبدأ عاماً ونظرية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق.

بل إن فكرة التعسف هي تصحيح وتقويم لازم لفكرة الحق، ولها دور وقائي ودور علاجي على السواء، بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال، بخلاف فكرة المسؤولية التي تقتصر على الدور العلاجي فقط، وهذا ما يؤكد استقلال فكرة التعسف وخروجها عن نطاق المسؤولية التقصيرية^[75].

ويلاحظ أنّ ما ذكره حسن كيرة من ارتباط التعسف بنظرية الحق، يتفق تماماً مع التكييف الفقهي الذي توصل إليه فتحى الدريني وأيده فيه بقوة مصطفى الزرقا، حيث يقول فتحى الدريني : (والواقع أنّ نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغاياته، وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة)^[76]، ويقول مصطفى الزرقا مؤيداً له : (وعلى هذا يبدو بوضوح أنّ نظرية التعسف مرتبطة بنظرية الحق وطبيعته - ذات الوظيفة المزدوجة - والمستمدة من طبيعة التشريع الإسلامي وفقهه نفسه)^[77].

[75] حسن كيرة، المرجع نفسه، ص : 764-768.

[76] فتحى الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 77.

[77] مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير، عمان، د ط، د ت ن، ص : 22.

الفرع الثالث- تكييف المشرع الجزائري للتعسف :

أخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق أسوة بالمشرع المصري، وكان قد نصّ عليها في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية، ضمن المواد الخاصة بالأهلية (40-41)، وهو مكان غير مناسب إطلاقاً، وكان من المفروض أن ينص عليها في مكان بارز من التقنين المدني يتناسب وأهميتها.

لهذه الأسباب عدّل المشروع الجزائري المادة 41 بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005. من حيث :

- تغيير مكان المادة 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، فجاءت تنص على أنه :
(يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية ..)^[78].

ومن إيجابيات هذا التعديل :

1- أنه اعتبر التعسف في استعمال الحق يبنني على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية.

2- أنه ذكر أهم معايير التعسف على سبيل المثال لا الحصر.

ومن سلبيات هذا التعديل :

[78] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 235-236.

1- أنه قرّم نظرية التعسف في استعمال الحق، وجعلها صورة من صور الخطأ، وجعل النص عليها من قبيل الاستطراد في ذكر بعض حالات الخطأ ليسترشد بها القاضي.

2- كان من المفروض أن ينص عليها في مقدمة القانون، خصوصاً أنه انفراد بوصفه لاستعمال الحق في الحالات المذكورة بأنه تعسفي، ولم يصفه بأنه غير مشروع، مما جعل بعض الفقهاء يجزمون بأن القانون المدني الجزائري يجعل التعسف في استعمال الحق نظاماً يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية^[79].

المبحث الثالث- أدلة نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

المطلب الأول- الأدلة من القرآن الكريم.

1- قوله تعالى : (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) [البقرة:231]. ذكر الإمام الطبري في تفسير هذه الآية : (.. ولا تراجعوهن إن راجعتوهن في عِددهنّ مضارّة لهنّ، لتطولوا عليهن مدة انقضاء عدهن، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتوهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن بإمساكم إياهن، ومراجعتكموهنّ ضراراً واعتداءً)^[80]. فأنه سبحانه أباح ممارسة حق المراجعة للزوج شرط ألا يستعمله لغرض الإضرار بزوجه المطلقة، بتطويل العدة عليها، أو بإلجائها إلى الاقتداء تخلّصاً من هذا الإضرار، لأنه تعسف أو استعمال للحق في غير ما شرع له^[81].

2- قوله تعالى : (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَوَالِدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَةٍ) [البقرة:233]. ذكر ابن أبي

[79] بوجمعة حمد، المرجع نفسه، ص : 236-237.

[80] الطبري : محمد بن جرير بن يزيد (ت: 310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط 1، 2001، ج : 4، ص : 178-179.

[81] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 103.

حاتم في معنى قوله تعالى : (لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده) أي : لا يحمل الرجل امرأته على أن يضارّها فينتزع ولدها منها، وهي لا تريد ذلك، ولا يحملنّ المرأة إذا طلقها زوجها أن تضارّه فتلقّي إليه ولده^[82]، أو تطلب أكثر من أجر مثلها^[83]. فالآية تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضرّ كل منهما بالآخر بسبب الولد، باستعمال ما مُنح له من حق وسيلة إلى هذا الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضاً من الإضرار به^[84].

4- قوله تعالى : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ) [النساء:12].

قال القرطبي في تفسير هذه الآية : (أي يوصي بها غير مضار، أي غير مدخل الضرر على الورثة. أي لا ينبغي أن يوصي بدين ليس عليه ليضر بالورثة؛ ولا يقر بدين. فالإضرار راجع إلى الوصية والدين؛ أما رجوعه إلى الوصية فبأن يزيد على الثلث أو يوصي لوارث، فإن زاد فإنه يرد، إلا أن يجيزه الورثة؛ لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى. وإن أوصى لوارث فإنه يرجع ميراثاً)^[85].

وللمضارة في الوصية وجوه عدّها الجصاص في تفسيره منها :

أولاً- أن يقرّ في وصيته بماله أو ببعضه لأجنبي.

ثانياً- أن يقرّ على نفسه بدين لا حقيقة له.

ثالثاً- أن يقرّ باستيفاء دين له على غيره في مرضه لئلا يصل إلى وارثه.

رابعاً- أن يبيع ماله من غيره في مرضه ويقرّ باستيفاء ثمنه.

خامساً- أن يهب ماله في مرضه أو يتصدق بأكثر من ثلثه.

[82] ابن أبي حاتم : عبد الرحمن بن محمد بن إدريس (ت: 327 هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق : أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار الباز، الرياض، ط 1، 1997، ص : 431.

[83] القرطبي : محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت: 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن الكريم، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2006، ج : 4، ص : 116.

[84] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 96.

[85] القرطبي، مرجع سابق، ج : 6، ص : 144.

سادساً- أن يوصي بأكثر من ثلث ماله^[86].

فهذه الآية تدل على أنّ الوصيّة في ذاتها مشروعة، لكنها ليست مطلقة، بل مقيدة بعدم الإضرار بالورثة، فإذا قصد الموصي بهذه الوصية - ولو في حدودها المشروعة أي الثلث أو بما دونه- مضارّة الورثة غدت محرمة في رواية عن الإمام مالك^[87]، وهو قياس مذهب الإمام أحمد بن حنبل^[88].

المطلب الثاني- الأدلة من السنة النبوية.

1- قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو سعيد الخدري : (لا ضرر ولا ضرار)^[89].

ذكر ابن الأثير في بيان معنى الضرر والضرار ثلاثة أقوال :

الأول : أنهما بمعنى القتل والقتال، لا ضرر : أي لا يضرّ الرّجل أخاه ابتداء فينقصه شيئاً من حقه، ولا ضرار : أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه وليصبر. فالضرر : فعل الواحد، والضرار : فعل الاثنين، والضرر : ابتداء الفعل، و الضرار : الجزاء عليه.

^[86] أبو بكر الجصاص : أحمد بن علي الرازي (ت: 370 هـ)، أحكام القرآن، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط 1، 1992، ج : 3، ص : 35.
^[87] ابن عطية الأندلسي : عبد الحق بن أبي بكر غالب (ت: 592 هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق : عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2001، ج : 2، ص : 20.

^[88] ابن رجب الحنبلي : زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن (ت: 795 هـ)، جامع العلوم والحكم، تحقيق : شعيب الأرنؤوط و إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 1998، ج : 2، ص : 213.

^[89] رواه الدارقطني في السنن، كتاب البيوع، باب الجعالة، ح : 3079، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2004، ج : 4، ص : 51. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ح : 11384، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 2003، ج : 6، ص : 115. والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، ح : 2345، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 2002، ج : 2، ص : 66. ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلًا، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ح : 2171، تحقيق : بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1997، ج : 2، ص : 290.

الثاني : الضرر ما تضرُّ به صاحبك وتنتفع به أنت، و الضرر : أن تضره من غير أن تنتفع به.

الثالث : أنهما بمعنى واحد، وتكرارهما للتأكيد^[90].

والمعنى الثاني رجّحه طائفة من العلماء كابن عبد البر^[91] وابن صلاح^[92] وابن دقيق العيد^[93].

والحديث في عمومه يدل على نفي كل صور الضرر والضرار، سواء كان ناتجا عن طريق المباشرة، أو التسبب مع التعدي، بارتكاب فعل غير مشروع في ذاته، وشامل كذلك للفعل المشروع في ذاته إذا ترتب عليه ضرر، وهو بهذا يعتبر أصلا من الأصول التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق^[94].

2- عن أبي جعفر محمد بن علي قال : (كان لسمرة بن جندب رضي الله عنه عَضُدٌ من نَخْلٍ في حائِطِ رَجُلٍ من الأنصار وكان مع الرجل الأنصاري أهله، قال: فكان سمرة يدخلُ إلى نَخله فيتأدَّى به، ويشقُّ عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يُناقله، فأبى، فأتى النبي صَلَّى اللهُ عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صَلَّى اللهُ عليه وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يُناقله

^[90] ابن الأثير : المبارك بن محمد بن محمد (ت: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ط 1، 1993، ج : 22، ص : 3، ص : 81-82.

^[91] ابن عبد البر : يوسف بن عبد الله بن محمد (ت: 463 هـ)، الاستذكار، تحقيق : عبد المعطي أمين قلنجي، دار قتيبة ودار الوعي، القاهرة، ط 1، 1993، ج : 22، ص : 223.

^[92] ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ج : 2، ص : 212.

^[93] ابن دقيق العيد : محمد بن علي بن وهب (ت: 702هـ)، شرح الأربعين حديثا النووية، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة، ط 1، د ت ن، ص : 83.

^[94] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 122-123.

فأبى، قال: "فهبه له ولك كذا وكذا" أمراً رغبه فيه فأبى، فقال: "أنت مضار"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري: "أذهب فأفُغ نخله"^[95].

قال الأصمعي : (إذا صار للنخلة جذعة يتناول منها المتناول فتلك النخلة العصيد، وجمعه عصيدات)^[96]. ولفظ الحديث يدلّ على أنّه كان فرد نخل لتعاقب الضمير بلفظ التذكير في قوله : يبيعه، يناقله، هبه له، ومعنى أن يناقله : أن يبادلّه بنخيل من موضع آخر، وقوله صلى الله عليه وسلم : (أنت مضار) أي إذا لم تقبل هذه الأشياء فلست تريد إلا إضرار الناس، ومن يريد إضرار الناس جاز دفع ضرره^[97]. قال الإمام أحمد بن حنبل : (كلّمّا كان على هذه الجهة، وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب، وإلا أجبره السلطان، ولا يضرّ بأخيه)^[98].

والحديث دليل على أنّ الحقّ الفردي لا يشرع استعماله -سلباً أو إيجاباً- إذا لزم عنه ضرر راجح بالغير، ولو كان لصاحبه غرض صحيح في هذه التصرف، ويمنع من ذلك، فضلاً عن أنّه يأتّم إذا قصد الإضرار^[99].

3- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يمنع أحدكم جاره خشبةً يغرّزها في داره). ثمّ يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمينّ بها بين أكتافكم^[100].

^[95] رواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، أبواب من القضاء، ح : 3636، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط 2009، ج : 5، ص : 478. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم، ح : 11883، مرجع سابق، ج : 6، ص : 260.

^[96] أبو سليمان الخطابي : حمّد بن محمد بن إبراهيم (ت: 388 هـ)، معالم السنن، تحقيق : محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط 1، 1934، ج : 4، ص : 181.

^[97] شرف الدين الطيبي : الحسين بن محمد عبد الله (ت: 743 هـ)، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق : عبد الحميد الهنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط 1، 1997، ج : 7، ص : 222.

^[98] ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 149.

^[99] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 153.

^[100] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ح : 2172، ج : 2، ص : 290. والبخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب لا يمنع جار جاره أن يغرّز خشبه في جداره، ح : 2476، دار التّأصيل، القاهرة، ط 1، 2012، ج : 3، ص : 390. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب غرز الخشب في جدار الجار، ح : 1648، دار التّأصيل، القاهرة، ط 1، 2014، ج : 4، ص :

وقد أورد ابن عبد البر في "الاستذكار" اختلاف الفقهاء في معنى الحديث هل هو على النذب أم على الوجوب؟

فذهب مالك وأبو حنيفة وأصحابهما إلى أن الأمر الوارد في الحديث على النذب إلى البرّ بالجار والتجاوز له والإحسان إليه، وحثهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)^[101].

في حين ذهب الشافعي، وأصحابه، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود بن علي، وجماعة أهل الحديث وهو مذهب عمر بن الخطاب، أن الأمر للوجوب إذا لم تكن فيه مضرة بيّنة على صاحب الجدار، واستدلوا بأن أبا هريرة رأى الحجة فيما سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما رأى من ذلك، وقال : والله لأرميّن بها بين أكاتفكم، وهذا بيّن في حمله ذلك على الوجوب عليهم ولو كرّهوا^[102].

وعلى القول بالوجوب يُجبر المالك قضاءً على تمكين جاره من الارتفاق بحائطه عند الحاجة، فإذا منعه فإنّه يعدّ متعسفاً في استعمال حق الملكية، شرط ألا يترتب على ذلك ضرر بيّن على المالك، لأنّ ذلك يتنافى وقصد الشارع من تقرير حق الملكية، فقد شرع أصلاً لمصلحة المالك، ويعتبر المالك متعسفاً كذلك إذا ترتب على الارتفاق ضرر تافه لا يتناسب البتة مع ضرر الجار المحتاج بمنعه من الارتفاق^[103].

311. وأبو داود في سننه، كتاب الأفضية، أبواب من القضاء، ح : 3634، ج : 5، ص : 477. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب ارتفاق الرجل بجدار غيره بوضع الجذور عليه بأجرة وغير أجرة، ح : 11373، ج : 6، ص : 112. وانظر : جمال الدين المزي، تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف، ح : 13954، تحقيق : بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1999، ج : 9، ص : 624.

[101] من حديث عمرو بن يثربي الضمري، أخرجه أحمد في مسنده، ح : 21082، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1998، ج : 24، ص : 239. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك، ح : 11525، ج : 6، ص : 160. والدارقطني في السنن، كتاب البيوع، ح : 2883، ج : 3، ص : 423.

[102] ابن عبد البر، مرجع سابق، ج : 22، ص : 226-227.

[103] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 155-

وفي الحديث دليل بين على مبلغ التضامن الاجتماعي الذي يوجبه التشريع الإسلامي، وعلى أنّ حق الملكية مقيد من الناحية السلبية بامتناع المالك عن الاضرار بغيره، ومقيد كذلك من الناحية الإيجابية بإجبار المالك على تمكين غيره -عند الحاجة- من الانتفاع بعقاره إذا لم يلحقه من ذلك ضرر بين، وبهذا التقييد يتضح أن هذا الحديث يعدّ بحق أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق^[104].

المطلب الثالث- الأدلة من فقه الصحابة.

1- روى الإمام مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض، فأراد أن يمرّ به على أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد. فقال الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة، تشرب به أولا وآخراً، ولا يضرّك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد : لا. فقال عمر : لم تمنع أخاك من ينفعه؟ وهو لك نافع، تسقي به أولا وآخراً، وهو لا يضرّك، فقال محمد : لا والله، فقال عمر : والله ليمرّن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمرّ به، ففعل الضحاك.

وعن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، أنه قال : كان في حائط جدّه ربيع لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط، هي أقرب إلى أرضه. فمنعه صاحب الحائط، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك، ففضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله^[105].

وقضاء عمر في المسألتين دليل على ثبوت حق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض عند الحاجة، من حق إمرار الماء في أرض الغير أو استنراقها، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يُراد

^[104] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 160.

^[105] رواه مالك في الموطأ، كتاب القضاء، باب القضاء في المرفق، ح : 2174، مرجع سابق، ج : 2،

ص : 291.

الارتفاق بملكه، اعتبر متعسفًا في استعمال حقه، ويُجبر على التمكين، مالم يلحقه ضرر بين.

أما ما روي عن الإمام مالك من القول بعدم جواز إجباره، مخالفًا بذلك قضاء عمر رضي الله عنه، فهو خلاف زمان لا حجة وبرهان، يدلّ على هذا ما جاء من تعليل لرأيه : (ولكن فسد الناس، واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جري الماء، وقد يدّعي عليك جارك به دعوى في أرضك..)^[106]، فالإمام مالك يخشى الادعاء بالباطل بملكية المجرى من الأرض المرتفق بها بمضي الزمن، فمنع الارتفاق لهذا الضرر الأشد، وتأسيسًا على هذا، يمكن القول بأنه إذا نظمت العقارات في سجلات رسمية، كما هو الشأن في زمننا، بحيث تنتفي هذه الخشية، أو هذه المظنة من المفسدة، فإن الحكم في هذه المسألة يكون بجواز الإيجاب، تخريجًا على مذهب الإمام مالك نفسه^[107].

2- روى الطبري في تاريخه : أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساءً مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الضرورة على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات، وزالت تلك الضرورة، فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها : (بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب، فطلقها). فكتب إليه حذيفة : (لا أفعل حتى تخبرني أحلال أم حرام؟ وما أردت بذلك!). فكتب إليه عمر بن الخطاب : (لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة، فإن أقبلكم عليهنّ غلبنكم على نسائكم). فقال : (الآن، فطلقها)^[108].

[106] الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد (ت: 474 هـ)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1999، ج : 7، ص : 414.

[107] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 164-165، بتصرف.

[108] الطبري : محمد بن جرير بن يزيد (ت: 310 هـ)، تاريخ الرسل والملوك، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، ط 2، د ت ن، ج : 3، ص : 588، بتصرف.

وروى الجصاص في تفسيره : أن حذيفة تزوج بيهودية، فكتب إليه عمر : أن خلّ سبيلها، فكتب إليه حذيفة : أحرام هي؟ فكتب إليه عمر : لا، ولكنّي أخاف أن تواقعوا المومسات منهن^[109].

فرغم أنّ إباحة التزوج بالكتابية حكم شرعه الله في قوله : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ)[المائدة:05]. ولكننا نرى أن عمر بن الخطاب ينهى عن ذلك في بعض الظروف، دفعاً لمفسدة عظيمة قد تترتب على هذا المباح، فيمنعه حماية للصالح العام، بإبعاد نواب الخليفة أولاً عن خداع الأجنبية لهم، أو في مواجهة المومسات منهن، أو حتى لا ينصرف رجال المسلمين إلى الكتابيات رغبة في جمالهن ويتركوا المسلمات بلا زواج، ولا يخفى ما في هذا من مفسد تضرر بالمصلحة العامة، فمنع عمر رضي الله عنه استعمال حق الزواج بالكتابيات، نظراً إلى هذا المآل الذي يتناقض وروح الشريعة وقواعدها العامة، من تقديم الصالح العام على المصلحة الفردية، وبذلك يتضح المعنى الاجتماعي للحق الفردي، بما تقرّر في الشريعة الإسلامية من قواعد تقيم التوازن في هذا الحق بين عنصره الفردي والجماعي، وهو ما تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق^[110].

المطلب الرابع- الأدلة من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية.

الفرع الأول- مبدأ سدّ الذرائع :

تعريف الذريعة لغة : هي الوسيلة والسبب إلى الشيء، وقد تذرّع فلان بذريعة أي توّسل. والجمع : الذرائع. يُقال : فلان ذريعتي إليك، أي سببي ووُصّلتني الذي أتسبب به إليك^[111].

^[109] أبو بكر الجصاص، مرجع سابق، ج : 3، ص : 323.

^[110] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 168-169، بتصرف.

^[111] ابن منظور : محمد بن مكرم بن علي (ت: 711 هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د ط، د ت ن، ج : 8، ص : 96. ومرتضى الزبيدي : محمد بن محمد بن محمد (ت: 1205 هـ)، تاج العروس

تعريف الذريعة اصطلاحًا : عرفها الإمام الباجي بقوله : (هي المسألة التي ظهرها الإباحة ويُتوصل بها فعل المحظور)^[112].

وهذه المبدأ من أجلّ الأصول التي لها أهمية بالغة في سدّ باب الفساد، ومن الطرق الوقائية التي تجنب الخلق الوقوع في المحرّمات التي نهى الشرع عنها، وهو يقوم على منطوق التوازن بين المصالح والمفاسد، قال ابن عاشور : (فاعتبار الشريعة بسدّ الذرائع يحصل عند غلبة مفسدة المأل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذريعة الواجب سدّها)^[113].

وقيام مبدأ سدّ الذرائع على دفع ضرر متوقع، بتحريم التسبب فيه، والمنع من ممارسته، هو ذات الدور الوقائي الذي تضطلع به نظرية التعسف، إذ تمنع صاحب الحق من استعمال حقه على نحو تعسفي، توقيا من وقع الضرر، أو الانحراف عن غاية الحق^[114].

الفرع الثاني- قاعدة الأمور بمقاصدها :

ومعناها أن حكم الأمور بمقاصد فاعلها، أي أن الحكم الشرعي للفعل إنما يتقرر بحسب قصد فاعله^[115]. وفسّرت مجلة الأحكام العدلية القاعدة بقولها : يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر^[116].

من جواهر القاموس، تحقيق : عبد الحليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، د ط، 1984، ج : 21، ص 12 :

^[112] الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد (ت: 474 هـ)، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، تحقيق : محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة، ط 1، 1416 هـ، ص : 314. وإحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق : عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1995، الفقرة : 753، ص : 695-696.

^[113] الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق : محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2001، ص : 366.

^[114] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 202، بتصرف.

^[115] أحمد إبراهيم الكعك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، القاهرة، د ط، 1936، ص : 48.

^[116] مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص : 25.

وأصل هذه القاعدة هي قول النبي صلى الله عليه وسلم : (إنما الأعمال بالنيات ..)^[117]. فالحديث يدل على أن النية هي روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال^[118].

وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، إلا أنه من جهة أخرى قد تتغلب فيه العوامل الأدبية والدينية والخلقية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان ينبغي أن تكون لنظرية السبب - وهي نظرية خلقية في المقام الأول - مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني^[119].

وبما أن القصد أو الباعث يمثل المعيار الذاتي لنظرية التعسف، كانت صلة هذه القاعدة بالنظرية واضحة جداً.

الفرع الثالث- قاعدة الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف :

هذه القاعدة تحكم التعارض بين الحقوق الخاصة، كما تحكم التعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة، وبذلك يدخل في مفهوم هذه القاعدة، قاعدة أخرى : (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام).

وتقوم هذه القاعدة على ضابط الموازنة بين ما يترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً من نفع يعود على صاحبه، وما يلزم عن ذلك من مضرة لاحقة بغيره فرداً كان أم جماعة، وأصل هذه القاعدة هو قضاء الرسول صلى

[117] صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب الإيمان، ح : 01، مرجع سابق، ج : 1، ص : 179.

[118] ابن قيم الجوزية : شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق : مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 1423هـ، ج : 4، ص : 522.

[119] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1997، ج : 4، ص : 36.

الله عليه وسلم بقلع نخلة سمرة^[120]، (فضزر صاحب البستان ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما)^[121].

ملخص الفصل الأول

عرفنا في الفصل السابق مفهوم الحق في الفقهين الإسلامي والغربي، وكيف أن كليهما قد استقر على تحديد العناصر التي ينبني ويتأسس عليها الحق، وهي الاختصاص والاستثناء، ثم أخذنا لمحة عن تاريخ نظرية التعسف، وتطرقنا إلى موقف الفقهين الإسلامي والغربي منها، ثم مررنا بعدها إلى دراسة ماهية التعسف، وتكييفه الفقهي والقانوني، وتمييزه عن "التعدي بطريق التسبب" وعن "الخطأ" المولد للمسؤولية التصيرية، ثم أثبتنا بشيء من التفصيل والبيان أصالة هذه النظرية في الفقه الإسلامي.

^[120] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 232.

^[121] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص : 682-683.

الفصل الثاني :

معايير نظرية التعسف ونطاقها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول :

معايير نظرية التعسف وبعض تطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المبحث الثاني :

نطاق التعسف وجزاؤه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الثاني- معايير نظرية التعسف ونطاقها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

في هذا الفصل سنحاول التعرف على معايير هذه نظرية التعسف، والتي تمثل الوسائل والأدوات الفنية التي تمكن من التعبير عن التعسف وتحققه، كما سنحاول تحديد النطاق الحقيقي لسريان هذه النظرية، والجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق.

المبحث الأول- معايير نظرية التعسف وبعض تطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن لمعايير التعسف في استعمال الحق أهمية في ضبط وتحديد ماهية التعسف، كما تساعد في ترتيب الجزاء المناسب على التعسف من المنع أو الإيجاب أو التضمين ونحو ذلك، لأن صاحب الحق في تصرفه قد يقصد أكثر من غاية، منها ما هو مشروع ومنها ما هو ليس كذلك.

وفي ما يلي سنحاول البحث في معايير التعسف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري، و تطبيقات تلك المعايير في كليهما.

المطلب الأول- معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي.

تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي على معيارين أساسيين هما :

1- المعيار الذاتي أو الشخصي : أي ما تعلق بصاحب الحق في ذاته ودوافعه وتصرفه.

2- المعيار المادي أو الموضوعي : أي ما تعلق بصاحب بما ينتج عن تصرف صاحب الحق من مضار ومفاسد عند استعمال الحق^[122].

[122] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص : 309.

الفرع الأول- المعيار الذاتي أو الشخصي :

وهذا المعيار يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق إلى التصرف بحقه، من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع^[123].

أولاً- قصد الإضرار بالغير :

والمراد به ألا يكون لصاحب الحق غرض من استعمال حقه إلا الإضرار بالغير والإساءة إليه، وهذا ممنوع في الشريعة الإسلامية، ومجاف لمبادئ الأخلاق، لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار)^[124]، وقد نصّ الإمام الشاطبي على هذا المعيار صراحة بقوله : (لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)^[125]، وكذلك الإمام ابن رجب نصّ على أن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير لا ريب في قبحه وتحريمه^[126].

تطبيقات لهذا المعيار في الفقه الإسلامي :

لهذا المعيار تطبيقات عدة في الفقه الإسلامي، فقد جاء في فقه الصحابة توريث المبتوتة في مرض الموت لتعسف المطلق في استعمال حق الطلاق، بحرمانها من الميراث، قصد الإضرار بها، وبهذا كان يفتي عمر بن الخطاب^[127]، وعلي بن أبي طالب^[128]، وبه قضى عثمان بن عفان رضي الله

^[123] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 242.

^[124] سبق تخريجه.

^[125] الشاطبي، مرجع سابق، ص : 428.

^[126] ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ج : 2، ص : 212.

^[127] انظر : مصنف عبد الرزاق الصنعاني، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ح : 12201، تحقيق

: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1983، ج : 7، ص : 64.

^[128] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، ح : 19263، تحقيق : حمد بن عبد الله الجمعة و

محمد بن إبراهيم اللحيان، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2004، ج : 6، ص : 610.

عنه، إذ ورث تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف منه بعد انقضاء عدتها، حين طلقها وهو مريض^[129].

1- في المذهب الحنفي : جاء في كتاب الخراج لأبي يوسف : (وسألت أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص، فيسقي منه حرثه، ونخله، وشجره، فينفجر من ماء نهره في أرضه، فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره فيغرقها، هل يضمن؟ قال : ليس على رب النهر في ذلك ضمان، من قبل أن ذلك في ملكه، وكذلك لو نزت أرض هذا من الماء ففسدت، لم يكن على رب الأرض الأولى شيء، وعلى صاحب الأرض التي غرقت أن يحصن أرضه، ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضاً لمسلم أو ذمي بذلك ليهلك حرثه فيها، يريد بذلك الإضرار به، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن (الضرار)^[130].

2- في المذهب المالكي : جاء في تبصرة الحكام أنه : لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا التشهير بهم، وإيقافهم أمام القضاء إيلاماً وامتهاناً، لا تسمع الدعوى ويؤدب المدعي.

وورد فيه أيضاً أنه : لو ادعى غصباً على رجل من أهل الخير، ففي الصحيح من رأي مالك، أن الدعوى لا تسمع، ولا يحلف المدعي عليه، لئلا يتطرق الأرذال والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم^[131].

3- في الفقه الشافعي : تقرر في المذهب الشافعي وغيره، أن حبس المدين المماطل الممتنع عن الأداء، شرع وسيلة لإكراهه على إظهار ما خفي من ماله، وفاء لدينه، شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساره، فيحبس بناء على طلب الدائن، ولكن إذا ثبت إعسار المدين فلا يجاب الدائن إلى طلبه، لأن

^[129] رواه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ح : 1661، مرجع سابق، ج : 2، ص : 83. وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ح : 12191، مرجع سابق، ج : 7، ص : 61-62.

^[130] أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب (ت: 182هـ)، كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1979، ص : 99.

^[131] ابن فرحون : إبراهيم بن علي بن محمد (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تحقيق : جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ج : 2، ص : 128.

استعماله لحقه في هذه الحال لا يؤدي إلى المقصود، ويمكن أن يعتبر قرينة على أنه لا يقصد من ذلك إلا مجرد الإضرار بالمدين^[132].

4- في المذهب الحنبلي : جاء في كشف القناع : أنّ صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به، لو أراد هدم حائطه لم يملك ذلك، دون عذر قوي، أو غرض صحيح^[133].

ثانيا- قصد غرض غير مشروع : والمراد به أن يكون قصد صاحب الحق من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع، كتحليل محرم، أو إسقاط واجب، وفي هذا تحايل على الشريعة، وقد بين الشاطبي حقيقة الحيلة بأنها : (تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع)^[134].

تطبيقات لهذا المعيار في الفقه الإسلامي :

1- حق الولاية على النفس والمال : شرعت الولاية على النفس والمال لرعاية مصلحة المولى عليه، وتحقيق الخير له، ولكن إذا استعمل الولي هذا الحق، في غير ما شرع له، كان متعسفا، فعن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت فتاة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت : يا رسول الله، إنّ أبي زوجني ابن أخيه يرفعُ بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، قالت : فإنّي قد أجزتُ ما صنع أبي، ولكن أردتُ أن تعلم النساء أن ليس للأبءاء من الأمر شيء^[135].

^[132] العز بن عبد السلام : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660 هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، 1991، ج : 1، ص : 120.
^[133] اليهودي : منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1983، ج : 3، ص : 412.

^[134] الشاطبي، مرجع سابق، ص : 841.
^[135] رواه أحمد في مسنده، ح : 25041، مرجع سابق، ج : 41، ص : 492. و ابن ماجة في سننه، أبواب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، ح : 1874، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط 1، 2009، ج : 3، ص : 73.

فهذا الأب استعمل حق ولايته على ابنته لتحقيق غرض غير الذي من أجله شرع الزواج، فكونه غنياً موسراً أراد أن يزيل الفقر والذنائة عن ابن أخيه الفقير بتزوج ابنته منه دون رضاها^[136].

وجاء في المدونة : (أنّ امرأة مطلقة أنت إلى مالك، فقالت له : إنّ لي ابنة في حجري، وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقاً كثيراً، فأراد أبوها أن يزوجه ابن أخ له معدما لا شيء له، أفترى لي أن أتكلم؟ قال : نعم إنّني أرى لك في ذلك متكلماً. قال ابن القاسم : فأرى أن انكاح الأب إياها جائز، إلا أن يأتي من ذلك ضرر، فيمنع من ذلك)^[137].

فمن هذا النص يتضح أن مالكا، جعل للأب حق تزويج ابنته الصغيرة، بأقل من مهر مثلها شرط أن يراعي في ذلك مصلحتها، فإذا انعدم في تصرفه وجه المصلحة، صار متعسفا في استعمال حقه، وكان لمن يعنيه أمر الصغيرة أن يخاصم الأب في ذلك^[138].

2- تعسف الزوج في حق تأديب زوجته : ولاية الزوج على زوجته تأديبية، وقد بينت الشريعة مجال استعمال هذا الحق، وهو النشوز، كما حددت أيضا وسيئته وغايته، فيجب على الزوج أن يستعمل حقه في ذلك استعمالا يطابق الحكمة التي من أجلها تقرر هذا الحق، فلا يجوز له استخدام وسيلة أشد إذا كان صلاح الزوجة يتحقق بوسيلة أخف، يقول صاحب منح الجليل : (إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب، أو شك فيها، فلا يضربها، لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود

^[136] انظر : شروح سنن ابن ماجة، تحقيق : رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، عمان، ط 1، 2007، ص : 740-741.

^[137] مالك بن أنس : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي (ت: 179هـ)، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوخي، وزارة الأوقاف السعودية، د ط، د ت ن، ج : 4، ص : 5.

^[138] أحمد الصويعي شليبيك، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات، العدد : 38، أبريل 2009، ص :

عليها)^[139]. ويقول العز بن عبد السلام : (ومهما حصل التأديب بالأخف من الأفعال والأقوال والحبس والاعتقاد، لم يعدل إلى الأغظ، إذ هو مفسدة لا فائدة فيه، لحصول الغرض بما دونه)^[140].

3- تعسف الأب في حق تأديب ولده : للأب الحق في تأديب ولده، ولكن يشترط في الفعل الذي يتخذه الولي لتأديب ولده أن يكون لازماً، وملائماً، وأن يغلب على الظن أنه يؤدي إلى مقصوده^[141]، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام : (فإن قيل : إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح، فهل يجوز ضربه، تحصيلاً لمصلحة تأديبية ؟ قلنا : لا يجوز ذلك، بل يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح، لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف، كما يسقط الضرب الشديد، لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد)^[142].

الفرع الثاني- المعيار الموضوعي :

لم تقتصر الشريعة الإسلامية على المعيار الذاتي في تحديد ماهية التعسف، بل أضافت إليه معيار التوازن بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي، وهذا المعيار يقوم على ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة بين المصالح والمفاسد، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، فهو معيار موضوعي مادي، ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وهو مشتق من أصل النظر في مآلات الأفعال، وهذا المعيار يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، ومن باب أولى

[139] محمد عيش : محمد بن أحمد بن محمد عيش (ت: 1299هـ)، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الكفر، بيروت، ط 1، 1984، ج : 3، ص : 545.

[140] العز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج : 2، ص : 88.

[141] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 257.

[142] العز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج : 1، ص : 121.

الحق الفردي مع المصلحة العامة، وينطوي هذا المبدأ على الضوابط التالية^[143].

أولاً- عدم التناسب بين المصلحة المقصودة لصاحب الحق والضرر اللاحق بالغير: هذا المعيار مادي بحت، لا ينظر فيه إلى قصد صاحب الحق من التصرف بحقه، بل يقوم على الموازنة بين أمور واقعية مادية، وهذا هو الحكم في كل حالة يقضي الشرع فيها بتقديم المصلحة العامة، كما هو الحكم في كل مصلحة خاصة مشروعة إذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة تلحق بالأفراد، أي أن المفسدات الراجحة اللازمة عن الأفعال المشروعة في الأصل يمنع ما يردي إليها، دون نظر إلى النية أو القصد^[144].

من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

1- تحريم تلقي الركبان : عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التلقي، وأن يبيع حاضر لباد)^[145].

فالنبي صلى الله عليه وسلم نهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادي الجالب للسلعة، لأنه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلى الثمن على المشتري، فنهاه عن التوكل له، مع أنّ جنس الوكالة مباح، لما في ذلك من زيادة السعر على الناس^[146]، وعلّة التحريم هنا هي الإضرار بأهل البلد، وهذا الحكم وإن كان يلزم عنه غبن البادي - وهي مفسدة - غير أنّها مرجوحة بالنسبة لمصلحة أهل البلد، والرفق بالجماعة، إذ يشترون ما يحتاجون إليه بثمن معقول، فالنهي هنا فيه ترجيح للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة^[147].

^[143] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 242.

^[144] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص : 147.

^[145] رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان وأن يبيعه مردود، ح :

2170، مرجع سابق، ج : 3، ص : 213.

^[146] ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص : 680.

^[147] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 142-

2- منع الاحتكار : وهو شراء ما يحتاجه الناس، وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه. وهو منهي لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحتكر إلا خاطئ)^[148].

قال الإمام النووي : (الخاطئ : العاصي الآثم، وهذا الحديث صريح في تحريم احتكار الأقوات خاصة، وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة، ولا يبيعه في الحال، بل يدّخره ليغلوا ثمنه .. والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس)^[149]. وقال الإمام المازري : (أصل هذا مراعاة الضرر بكل ما أضرّ المسلمين، وجب أن ينفي عنهم)^[150].

3- تحريم بيع السلاح في زمن الفتن : نصّ الفقهاء على أنه يحرم بيع السلاح لأهل الحرب، والبغاة، وقطاع الطرق، وأهل الفتن^[151]، لما روى عمران بن حصين رضي الله عنه أنّ : رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتن^[152].

وروى أبو يوسف في الخراج عن الحسن البصري قوله : لا يحل لمسلم أن يحمل إلى عدو المسلمين سلاحًا يقويهم به على المسلمين^[153].

ثانيا- الضرر الفاحش : هذا المعيار قرّره الفقه الإسلامي، لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لا سيما في العلاقات الجوارية، ولا شك في أن تصرّف المالك على نحو يلحق بجاره أضرارًا فاحشة، يخلّ بالتوازن بين المصالح

^[148] رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن الحكرة، ح : 1644، مرجع سابق، ج : 4، ص : 308.

^[149] انظر : النووي : يحيى بن شرف الحزامي (ت: 676هـ)، شرح صحيح مسلم، المطبعة المصرية بالأزهر، ط 1، 1930، ج : 11، ص : 43.

^[150] القاضي عياض : عياض بن موسى بن عياض (ت: 544 هـ)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق : يحيى اسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط 1، 1998، ج : 5، ص : 309.

^[151] الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفاة، الكويت، ط 1، 1992، ج : 25، ص : 152.

^[152] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصي الله عز وجل، ح : 10780، مرجع سابق، ج : 5، ص : 535.

^[153] أبو يوسف، كتاب الخراج، مرجع سابق، ص : 190.

الفردية، ومآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي، وذلك انحراف بالحق عن غايته، والانحراف تعسف^[154].

وضابط الضرر الفاحش حسب ما حددته مجلة الأحكام العدلية هو : (كلّ ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء، كالسكنى، أو يضر البناء، أي يجلب له وهناً يكون سبب انهدامه)^[155].

من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

1- المذهب المالكي :

جاء في المدونة : (قلت : لو أنّ رجلاً بنى قصرًا إلى جانب داري رفعها عليّ، وفتح فيها أبوابًا وكوى يشرف منها على عيالي أو داري، أيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟ قال : نعم، يمنع من ذلك)^[156].

وجاء في البهجة شرح التحفة : (إذا رفع بنيانه بحيث منع الضوء والريح عن جاره، ولو كان له في ذلك غرض صحيح، ففي المذهب قولان : بالمنع وعدمه). (أما إذا لم يكن له في ذلك منفعة، فإنّه يمنع قولاً واحداً)، ويعلل التسولي ذلك بقوله : (إذ لا ضرر أكثر من أن يمنع الإنسان جاره الضوء والريح من غير نفع يعود عليه في ذلك)^[157].

2- في المذهب الحنبلي :

جاء في كشف القناع : (ويحرم على الجار إحداثه في ملكه ما يضر بجاره)، ومثّل لذلك بعدة أمثله : (كحفر كنيف بجانب حائط جاره، و بناء حمام، و نصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه، وعمل دكان قصارة أو

^[154] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 270.

^[155] مجلة الأحكام العدلية، المادة : 1199، مرجع سابق، ص : 170.

^[156] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج : 15، ص : 197.

^[157] التسولي : علي بن عبد السلام بن علي (ت: 1258 هـ)، البهجة في شرح التحفة، تحقيق : محمد

عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1998، ج : 2، ص : 570.

حدادة يتأذى بكثرة دقه، ونصب رحي، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره، وسقي وإشعال نار يتعديان إلى جاره .. الخ)^[158].

3- في المذهب الحنفي :

ذهب متأخرو الحنفية وأصحاب الفتوى منهم - خلافاً للمتقدمين - إلى تقييد حق المالك بما يمنع إضراره بغيره ضرراً فاحشاً استحساناً ولأجل المصلحة^[159]، يقول الإمام الزيلعي : (إنّ للإنسان أن يتصرّف في ملكه ما شاء من التصرفات، مالم يضر بغيره ضرراً ظاهراً، فيجوز له أن يتخذ في داره حماماً، لأن ذلك لا يضرّ بالجيران، وما فيه من النداءة يمكن التحرز عنه، بأن يبني بينه وبين جاره حائطاً)^[160].

ثالثاً- استعمال الحق استعمالاً فيه إهمال أو خطأ ينشأ عنه ضرر بالغير.

فإذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط، واحتراس، وتثبت، فأضرّ بالغير، كان متعسفاً أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، سواء أكان خطأ في قصد، كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد، فظنّه صيداً، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان، أو كان خطأ في الفعل، كما إذا سدّد الصائد الرمية على صيد، فأنحرفت وأصابت إنساناً، فذلك كله إساءة وتعسف في استعمال الحق، يترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير، لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه والاحتراس في كل من القصد والفعل، فإذا قصر في ذلك تحمّل مسؤولية فعله^[161].

ولا تطبق هذه القاعدة في حالتين :

^[158] البهوتي، مرجع سابق، ج : 3، ص : 408.
^[159] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 276.
^[160] الزيلعي : عثمان بن علي بن محجن (ت: 743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، د ط، 1314هـ، ج : 4، ص : 196.
^[161] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج : 4، ص : 36-37.

الأولى- إذا كان استعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراز والتثبت عادة، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس، فلا يكون ضامناً.

الثانية- إذا اتخذ الشخص الاحتياطات، ومع ذلك وقع الضرر، فلا يضمنه، كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه، ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحداً دخل أرضه^[162].

تطبيقات هذه القاعدة في الفقه الإسلامي :

1- تعويض الضرر في القتل الخطأ بالدية : لقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا) [النساء:92].

2- تجاوز حدود الدفاع الشرعي من الأخف إلى الأثقل : نصّ الفقهاء على أنه إذا اعتدى إنسان على غيره في نفسه أو ماله أو عرضه، فللمعتدى عليه أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الاعتداء حسب تقديره في غالب ظنه، ويُدفع المعتدي بالأخف فالأخف إن أمكن، فإن أمكن دفعه بكلام أو استغاثة بالناس حرم الضرب، أو أمكن دفعه بقطع عضو حرم القتل، لأن ذلك جَوِّز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها. قال الإمام ابن شاس : (لو قدر الموصول عليه - أي المعتدى عليه - على الهرب من غير مضرة تلحقه، لم يجز له الدفع بالجراح، فإن لم يقدر فله أن يدفع بما قدر)^[163]، والمعتبر في هذه المسألة غلبة الظن، أو الشك فيه، فإن خالف الترتيب المذكور، وعدل إلى رتبة - وأمكن دفعه بما دونها - ضمن^[164].

المطلب الثاني- معايير نظرية التعسف في القانون المدني الجزائري :

^[162] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج : 4، ص : 37.

^[163] ابن شاس : جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس (ت: 616 هـ)، عقود الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق : حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2003، ص : 1182.

^[164] انظر : عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت ن، ج : 1، ص : 487. و وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج : 5، ص : 751. و الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج : 28، ص : 106.

نصّ المشرّع الجزائري على معايير التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر بعد المادة 124 المتعلقة بالمسؤولية عن العمل الشخصي، معتبراً إياها صورة من صور الخطأ التقصيري، حيث وضع ثلاثة معايير للتعسف، ونص على أنّه : (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

ومما يظهر من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بكل المعيارين، الذاتي أو الشخصي فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي فيما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة^[165].

الفرع الأول- المعيار الذاتي أو الشخصي : قصد الإضرار بالغير.

هذا المعيار يعدّ أقدم معيار تم الأخذ به، وهو وإن كان يقوم على ناحية شخصية، هي قصد الإضرار بالغير، إلا أنه يمكن أن يدرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ، أي بالسلوك المألوف للشخص العادي، فإذا كان الدافع إلى استعمال الحق، مزيجاً من قصد الإضرار، وابتغاء المنفعة، أضحي استعمال الحق مشروعاً مادام أن هذه المنفعة راجحة على الضرر الذي يلحق بالغير^[166]، أما إذا كان قصد إحداث الضرر بالغير هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير، اعتبر هذا تعسفاً، ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق، ويكون تعسفاً من باب أولى، إذا قصد إحداث ضرر

[165] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص : 328.

[166] عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د ط،

1965، ج : 2، ص : 564.

غير مقترن بنية جلب منفعة، حتى لو تحققت هذه المنفعة بطريقة عرضية^[167].

غير أن قصد الإضرار يعسر كشفه وإثباته، لأن أساسه النية وهي أمر مستكن في النفس، لهذا استعانوا بالأمر الظاهرة المادية وجعلوها قرائن لإثباته، وهي أمران :

الأول- انعدام المصلحة الذاتية في التصرف في الحق : لأن الحق لم يشرع للعبث من غير فائدة، ويستوي انتفاء المصلحة مع تحققها تحققاً عرضياً غير مقصود لصاحبه^[168]، كمن غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، كان متعسفاً في استعمال حق الملكية، حتى لو تبين فيما بعد أنّ هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع^[169].

الثاني- تفاهة المصلحة : فالحاق ضرر بالغير مقابل مصلحة تافهة لا تستحق الذكر تتحقق لصاحب الحق يعدّ تعسفاً^[170].

من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري :

من تطبيقات معيار قصد الإضرار في القانون المدني الجزائري ما نصّت عليه المادة 189 : (لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان خاصاً بشخصه، أو غير قابل للحجر، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً، إلا إذا أثبت أنّ المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأنّ هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه).

وهذه المادة تعدّ استعمالاً سلبياً للحق من طرف المدين، بالتقاعس عن المطالبة بحقوقه لدى الغير إضراراً بدائنيه، ولذا وضع القانون في يد الدائن

^[167] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج : 1، ص: 844.

^[168] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 238.

^[169] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج : 1، ص : 844.

^[170] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 239.

الدعوى غير المباشرة، ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين، ولذلك يحلّ الدائن نيابة عن المدين في المطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير، وإدخالها الضمان العام، حتى يتيسر له بعد ذلك استيفاء حقه^[171].

الفرع الثاني- المعيار الموضوعي :

أولاً- معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا.

هذا المعيار استقاه القانون المدني عن الفقه الإسلامي، وهو معيار موضوعي مادي بحت، ينظر فيه إلى النتيجة لا إلى القصد، ويقوم على الموازنة بين المصالح التي يرمي إليها صاحب الحق من استعمال حقه، وبين الأضرار التي تلحق بغيره نتيجة لهذا الاستعمال^[172]، وعليه يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه حسب ما ورد في النص : (إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير).

وتجدر الملاحظة إلى أنّ المشرّع الجزائري قد انفرد باستعماله لمصطلح "فائدة"، والذي يحمل في طياته معان مادية فقط، في حين أن التشريعات الأخرى استعملت مصطلح "مصلحة"، الذي يحمل دلالة أوسع ويشمل المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية^[173].

من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري :

جاء في نص المادة 788 من القانون المدني الجزائري : (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل).

^[171] بوجمعة حمد، المرجع نفسه، ص : 242.

^[172] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج : 1، ص : 845. و عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ج : 2، ص : 565.

^[173] بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع : قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014، ص : 71.

وهذا النص صريح في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، فيزال الضرر الأشد بالأخف، وهو ترك تهديم البناء الذي اعتدى صاحبه بتجاوزه لحقه مقابل تعويض عادل للمعتدى عليه، ويكون الاستناد إلى نظرية التعسف في مقابلة الشخص مالك الأرض المعتدى عليها، فله المطالبة بحقه وهو إزالة البناء الواقع في ملكه، لكن من غير أن تعسف، خصوصًا إذا كان الضرر الذي سيلحق جاره أكبر من الضرر الذي يريد أن يزيله عن نفسه، وإذا تبين هذا فإنه يجبر على قبول تعويض عادل، حسبما تراه وتقدره المحكمة^[174].

ومن تطبيقات هذا المعيار ما جاء في نص المادة 708 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري : (غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارًا دون عذر قوي، إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط).

هذه المادة أخذها المشرع الجزائري عن نص المادة 818 من القانون المدني المصري الذي بدوره نقلها عن الفقه الإسلامي، حيث نص الإمام البهوتي في كتابه "كشاف القناع" أنّ صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به، لو أراد هدم حائطه لم يملك ذلك، دون عذر قوي، أو غرض صحيح^[175].

وهذه المادة تشكّل مثالًا واضحًا عن تقييد الملكية لمصلحة الغير، إقرارًا للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية^[176].

ثانيا- معيار المصلحة غير المشروعة.

والمعيار هنا موضوعي أيضًا، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق، فيكون صاحب الحق متعسفًا في استعمال حقه : (إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة). فلا يكفي أن يبتغي صاحب الحق تحقيق مصلحة معينة عند استعماله لحقه، بل لا بد أن تكون هذه المصلحة مشروعة، ومن أمثلة ذلك رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل

^[174] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 246.

^[175] البهوتي، مرجع سابق، ج: 3، ص : 412.

^[176] الصادق ضريفي، محاضرات في مقياس التعسف في استعمال الحق، أقيمت على طلبه السنة أولى ماستر، جامعة أكلي محند البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص : 40.

عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال، فإنه يعدّ متعسفا في استعمال حقه لأنه يرمي من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة^[177].

من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري :

نصّت المادة 85 من القانون المدني الجزائري على أنه : (ليس لمن وقع في غلط، أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد).

ومثال ذلك أن يشتري شخصٌ لوحةً فنيةً على أنها لرسم مشهور، ثمّ يتبيّن أنّها ليست له، فيكون له الحق في طلب إبطال البيع للغلط، ولكن إذا أظهر البائع حسن نية واستعداداً لتقديم اللوحة المطلوبة، فليس من حق المشتري أن يصرّ على طلب إبطال العقد وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه^[178].

وجاء في نصّ المادة 187 من ق م ج أنه : (إذا تسبّب الدائن بسوء نيته - وهو يطالب بحقه - في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق، أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)، ذلك لأن الدائن أراد أن يزيد في مبلغ التعويض على عاتق المدين، وهو بذلك يريد تحقيق فائدة غير مشروعة من خلال إطالة أمد النزاع، فكان الجراء على ذلك هو تحفيض المبلغ المتفق عليه في العقد، أو عدم الحكم به مطلقاً، جزاءً لما صدر عن الدائن من دافع غير مشروع^[179].

ثالثاً- معيار مضار الجوار غير المألوفة "الضرر الفاحش".

هذا المعيار مادي مأخوذ عن الفقه الإسلامي، وإن كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلاله، بل يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة، وهو يجعل من استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يمنع الجار من تحصيل المنافع

^[177] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج: 1، ص : 846.

^[178] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص : 249.

^[179] بوجمعة حمد، المرجع نفسه، ص : 250.

الرئيسية من ملكه **تعسفاً**. وقد نُصَّ على هذا المعيار في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، لكنه حذف مع معيار آخر في المشروع النهائي، وعلل السنهوري هذا الحذف بأن الضرر الفاحش خارج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، فهو ليس تعسفاً بل خروج عن حدود الحق^[180].

أما المشرع الجزائري فلم ينصَّ على هذا المعيار ضمن المادة 124 مكرر، ولكن نصَّ عليه في موضع آخر هو الأنسب لذكره، لارتباطه الوثيق بما قبله وما بعده من المواد التي تتكلم عن التزامات الجوار، أو القيود الواردة على الملكية العقارية، وبما أن المشرع الجزائري لم يحصر معايير التعسف في المادة 124 مكرر، فالغالب أن المشرع الجزائري يعتبر **مضار الجوار غير المألوفة** أحد معايير التعسف في استعمال الحق^[181].

من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري :

جاء في نصّ المادة 691 من ق م ج : (يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حدّ يضرّ بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنّه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحدّ المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصصت له).

المبحث الثاني- نطاق التعسف وجزاؤه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إذا تحدّدت معايير التعسف على النحو الذي تم بيانه في المبحث السابق، يبقى أمامنا تحديد نطاق سريان التعسف، وكذا الجزاء المترتب عن التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول- نطاق التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

[180] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج: 1، ص: 848-849.
[181] بوجمعة حمد، مرجع سابق، ص: 250.

إن التحديد الدقيق لنطاق التعسف له أهمية بالغة، فهو يساعدنا على معرفة المجال الحقيقي لنظرية التعسف، وفي هذا الشأن عرف الفقه اتجاهاين رئيسيين، الأول : توسع في نطاق التعسف، وبسطه على كافة الحقوق والحريات سواء بسواء، والثاني : مال إلى التضييق الشديد، واستبعد بعض الحقوق من ورود التعسف عليها.

الفرع الأول- نطاق التعسف في الفقه الإسلامي :

ما يميز الفقه الإسلامي أنه لا يعرف التفرقة فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف بين الحق الذاتي والوظيفي، ولا بين الحق الوسطي والتقديرية، بل لا يفرق بين هذه الحقوق بجميع أنواعها في هذا المجال، فكلها تخضع لأحكام نظرية التعسف، فمثلا حق الإيذاء وحق الطلاق يعتبران في بعض التشريعات الغربية من الحقوق التقديرية^[182]، وقد نصّ القرآن - كما سبق بيانه - على منع التعسف في الطلاق، كما أن جمهرة الصحابة والفقهاء، يقيّدون طلاق الفرار من ناحية آثاره، فيورثون الزوجة، معاملة للفرار بنقيض قصده، مما يثبت بأن هذا الحق ليس خاضعاً لتقدير صاحبه، من حيث باعته المتعلق بحرمان الزوجة من الميراث.

ومن المعلوم أنّ مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع، وكل منهما يخول لصاحبه مكنة الانتفاع على سبيل الاختصاص في الحق، والشركة العامة في الإباحة. وهذه المكنة أو السلطة في كل منهما إنّما منحت في الشرع لتحقيق غرض معين، ومن هنا جاء انطباق نظرية التعسف على هذه الحقيقة، لأنّ التعسف هو استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له، وهذا متصور في الحق، كما هو متصور في الرخصة على السواء^[183].

ومما يدل على أن مجال التعسف يشمل الحق والرخص أن الأصوليين إذ يحرمون التعسف يوردون أمثلة من الحق والإباحة دون تفرقة بينهما،

[182] حسن كبيرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 787.

[183] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 282-

فالشاطبي مثلاً عند كلامه عن مراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعاً، لجلب مصلحة أو دفع مفسدة، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبي، بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من أرضه أو فدانه، وبين تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، للمصلحة العامة، وهذا من حرية التجارة وذلك تصرف في حق الملكية^[184].

كما أنّ الإمام القرافي يحرمّ التصرف بحق الحياة على وجه يؤدي إلى الهلاك كالانتحار، إلى جانب التصرف في المال على وجه العبث، والأول تصرف في حرية عامة، والأخرى في حق الملكية^[185].

وكذلك رأينا أن الصحابة لا يفرّقون بين تقييد الحق، وتقييد الرخصة، إذا أفضى أي منهما إلى الإضرار بالغير، كما في قضاء عمر رضي الله عنه على محمد بن مسلمة^[186]، وفي أمره بالمنع من التزوج من الكتابيات^[187]، والأول استعمال في حق الملكية، والثاني استعمال لحرية التزوج.

وعليه فالتعسف كما يرد على الحقوق الخاصة كلها، يرد كذلك على الحريات والرخص العامة : كحرية التعاقد، وحرية التقاضي، وحرية التجارة، والتنقل، وما إلى ذلك من الحريات العامة، كما تجري على سلطة ولي الأمر، والقاضي، والمعلم، وعمال الدولة، وكل من ولي أمراً من أمور الناس.

فالأدلة التي تمنع المضارة، والانحراف في الاستعمال، وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة، بما في ذلك الأكل، والشرب، والجلوس في الطرقات. فكما يكون التعسف في استعمال حق الملكية، والطلاق، يكون كذلك في

^[184] الشاطبي، مرجع سابق، ص : 427.

^[185] القرافي : أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمان (ت: 684 هـ)، الفروق، تحقيق : عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2003، ج: 1، ص: 324.

^[186] انظر : مالك بن أنس، الموطأ، كتاب القضاء، باب القضاء في المرفق، ح : 2173، مرجع سابق، ج: 2، ص: 291.

^[187] انظر : الطبري، تاريخ الرسل والملوك، مرجع سابق، ج: 3، ص: 588.

استعمال حرية المرور، والتنقل، والتعاقد، وغيرها، ويكون أيضاً في استعمال سلطة الولاية، والقضاء، والتأديب وغيرها^[188].

وعلى ضوء ما سبق بيانه يمكن القول بأن نظرية التعسف تشمل في نطاق تطبيقها الحقوق والحريات العامة على السواء^[189].

الفرع الثاني- نطاق التعسف في القانون الوضعي :

اختلف فقهاء القانون حول نطاق تطبيق نظرية التعسف ومجال استعمالها إلى ثلاثة اتجاهات وهي :

الاتجاه الأول- التعسف يرد على الحقوق كلها والحريات أو الرخص العامة :

ويرى أنصار هذا الاتجاه - على رأسهم الفقيه جوسران Josserrand وأنور سلطان واسماعيل غانم - أنّ نطاق تطبيق نظرية التعسف لا يقتصر على الحقوق بالمعنى الدقيق فحسب، بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة، ويتناول كلّ فعل مشروع في الأصل أيا كان.

وقد انتقد حسن كبيرة هذا الاتجاه، واعتبره "تضييماً" لنطاق التعسف الذي من شأنه أن يميّع هذه النظرية ويطمس حدودها، فليست قيمة النظرية في اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو في دقة تحديدها، وأنّ أنصار هذا الاتجاه يخلطون بشكل واضح بين فكرة "الحق" وفكرة "الحرية" أو "الرخصة العامة"، وأنّ "نظرية التعسف في استعمال الحق" كما هو ظاهر اسمها لا تعني إلا الحقوق واستعمالها، فهي إنما تعني الحقوق في معناها القانوني الدقيق فحسب، مما يستبعد من نطاق تطبيقها الرخص والحريات العامة، التي قد تعتبر حقوقاً في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني^[190].

[188] أحمد الصويعي شليبيك، مرجع سابق، ص : 62.

[189] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 286.

[190] حسن كبيرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 784.

بالإضافة إلى أنّ إجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات والرخص العامة ليس ثم ما يدعو إليه، لأنّ فكرة "الخطأ" في نطاق المسؤولية التقصيرية كانت تتكفل دائماً بحكم الانحراف في هذه الممارسة عن مقتضى السلوك المألوف، فإذا انحراف شخص في إتيان رخصة عامة كان هذا منه خطأ عادياً لا حاجة فيه إلى فكرة التعسف، حيث تكفي فيه قواعد المسؤولية التقصيرية^[191].

الاتجاه الثاني- التعسف يرد على الحقوق دون الرخص العامة :

يرى أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم حسن كيرة أنّ نطاق تطبيق التعسف يقتصر على الحقوق دون الرخص العامة، ولا يميزون بين الحقوق المطلقة والمقيدة ، فلا فرق بين حق وحق، بل هي جميعاً مقيدة، فتدخل في نطاق هذه النظرية، وهذا الاتجاه أخذ به المشرع المصري في القانون المدني الجديد^[192] وتبعه في ذلك المشرع الجزائري^[193].

الاتجاه الثالث- التعسف يرد على بعض الحقوق دون أخرى :

ويرى أنصار هذا الاتجاه - خاصة بعض الفقهاء الفرنسيين - أن نطاق تطبيق التعسف يشمل "الحقوق المقيدة أو المجردة أو غير المسببة" دون المطلقة، هذه الأخيرة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها، دون خضوع هذا الاستعمال لرقابة أو تعقيب القضاء.

ويرى حسن كيرة بأن هذا الاتجاه ما هو إلا من أثر بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التي كانت تجعل لأصاحب الحق حصانة مطلقة في استعمال حقه، وعلى كل حال فهذه الحقوق التقديرية في تراجع وعددها في تناقص باعتراف المدافعين عن وجودها، ومآلها المحتوم هو الانقراض، فليس في

[191] عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ج: 2، ص: 558.

[192] حسن كيرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 789.

[193] الصادق ضريفي، مرجع سابق، ص : 23.

جوهر هذه الحقوق ما يحتم في المنطق إطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها^[194].

ومن خلال ما سبق باينه يتضح لنا أن فقهاء القانون لم يتفقوا على تحديد نطاق تطبيق نظرية التعسف، واختلفوا في ذلك بين مضيّق قصر تطبيق التعسف على الحقوق أو بعضها، وبين موسع جعل من الحقوق كافة والحريات والرخص العامة مجالاً لتطبيق التعسف، وهذا الاتجاه الأخير يقترب من الفقه الإسلامي الذي يجعل التعسف شاملاً لكافة الحقوق والحريات والرخص العامة بلا تفريق بينها.

المطلب الثاني- جزاء التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري:

سبق لنا البيان أن التعسف ممنوع شرعاً وقانوناً، باعتباره أمراً يناقض المقصد والهدف الذي من أجله منحت الحقوق، فمن استعمل حقه استعمالاً غير مشروع وانحرف به عن الغاية التي شرع من أجلها، وجعل من الحق سلاحاً يرفعه في وجه الآخرين، لا يستأهل حماية القانون، مما يحتم مساءلة صاحب الحق عن كل ضرر ألحقه بغيره، وترتيب جزاء على ذلك.

الفرع الأول- جزاء التعسف في الفقه الإسلامي :

يترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي جزاء دنيوي، وجزاء أخروي، والجزاء الدنيوي قد يكون مالياً، وقد يكون عينياً، وقد يكون عقوبة تعزيرية^[195].

أولاً- الجزاء المالي : فمن تعسف في استعمال حقه، وألحق ضرراً بغيره سواء أكان الضرر مادياً أم معنوياً فهو ملزم بتعويض غيره تعويضاً مالياً.

^[194] حسن كبيرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 788-789.

^[195] أحمد الصويعي شليبيك، مرجع سابق، ص : 64.

فمن أجرى الماء في أرضه، بقصد إتلاف زرع جاره، ألزم بالتعويض المالي عما أصاب جاره من ضرر.

ثانيا- الجزاء العيني : وله خمس صور وهي :

1- إبطال ذات التصرف : وذلك لمنع ترتيب آثارها عليها، كإبطال نكاح التحليل، أو وصية الإضرار، أو الهبة الصورية قبل نهاية الحول لإسقاط الزكاة.

2- إجبار الممتنع على استعمال حقه : كإجبار المحتكر على البيع بثمن المثل، وإجبار الولي على تزويج ابنته التي عضلها ومنعها من الزواج.

3- سلب الحق من صاحبه : كما في سلب الولاية من الولي، وقيام القاضي بتزويج المولى عليها من الكفء، إذا أبى وليها تزويجها، كما يسلب الأب الولاية على الصغير إذا أهمل تربيته.

4- منع صاحب الحق من استعمال حقه : كمنع الغاصب من هدم ما بناه في الأرض المغصوبة إذا لم يعد عليه من ذلك فائدة، ولو كان الغاصب مالكا لما بناه في هذه الأرض المغصوبة.

5- إزالة سبب التعسف بحيث يوقف الضرر الناتج عنه : فمن بنى في ملكه حائطاً عالياً فحجب الهواء والشمس عن جاره، فإنه يجبر على هدم حائطه إلى القدر الذي يزول به هذا الضرر الفاحش.

ثالثا- الجزاء التعزيري : يجوز للحاكم أن يعزر كل مرتكب معصية، ليس لها حد مقدر في الشرع، وهذه تختلف بحسب الأشخاص والملابسات، فمن الأئمة من رأى تعزير المحتكر، فضلا عن جبره على البيع بثمن المثل، أو البيع عليه جبرا إذا أبى، وتعزير من يدعي على أهل الفضل دعاوى باطلة.

رابعا- الجزاء الأخروي : تمتاز الشريعة عن القوانين الوضعية بترتيب جزاء أخروي إضافة إلى الجزاء الدنيوي، على البواعث أو النيات غير المشروعة،

فقد الإضرار، أو التحايل على قواعد الشرع، يترتب عليه الإثم فضلا عن الجزاء الدنيوي، لأنّ الشريعة - باعتبارها تركز على عقيدة دينية - تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها، ثم تضع إلى ذلك القواعد التشريعية الملزمة، أي التي يجب تنفيذها قضاء^[196].

الفرع الثاني- جزاء التعسف في القانون المدني الجزائري :

يتّضح من خلال نصوص القانون المدني الجزائري، أنّ المتعسف في استعمال حقه ملزم بتعويض الأضرار المترتبة عليه. هذا التعويض قد يكون نقديا، وقد يكون عينيا حسب الأحوال. كما نجد أن المشرّع الجزائري قد رتب على التعسف جزاء وقائيا سابقا للجزاء التعسفي، وفي ما يلي بيان ذلك :

أولا- الجزاء الوقائي : ويتمثل في منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي، للحيلولة دون وقوع ضرر أصلا^[197]، ومن تطبيقات المشرع الجزائري لهذا الجزاء ما ورد في نص المادة 788 من القانون المدني الجزائري : (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل). وكذا ما ورد في نص المادة 881 من ق م ج : (لمالك العقار المرتفق أن يتحرّر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به).

ثانيا- الجزاء التعويضي : ويكون هذا الجزاء بعد وقوع التعسف، بحيث يلزم المتعسف بتعويض الضرر الناجم عن تعسفه^[198]، وهذا التعويض قد يكون نقديا، وقد يكون عينيا حسب الأحوال^[199]. ومن تطبيقات المشرع الجزائري

[196] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص : 288-291.

[197] حسن كبيرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 792.

[198] عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ج: 2، ص: 566.

[199] حسن كبيرة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 791.

لهذا الجزاء ما نصّت عليه المادة 124 معدّلة من القانون المدني الجزائري : (كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض). كما نصّت المادة 132 من ق م ج : (يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصحّ أن يكون التعويض مقسّطاً، كما يصحّ أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمياً. ويقدر التعويض بالنقد على أنّه يجوز للقاضي تبعاً للظروف، وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع).

وبمقارنة بين جزاء التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، نجد تقارباً كبيراً بينهما، إلا أنّ القانون الوضعي اقتصر على الجزاء المادي، سواء كان نقدياً أو عينياً، بينما وسّع الفقه الإسلامي دائرة الجزاء، ليشمل الجزاء التعزيري الذي يجتهد القاضي في تقديره، وكذلك الجزاء الأخروي، وهو خاص بالله تعالى، لا يقع حالاً وإنما مآلاً في الحياة الأخرى، وله تأثير بالغ في النفس البشرية، يحدوها إلى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها.

ملخص الفصل الثاني

تناولنا في هذا الفصل معايير نظرية التعسف المادية منها والموضوعية، والتي تمثل الوسائل التي تمكن من التعبير عن التعسف وتحققه، ومن خلال هذه المعايير حاولنا عرض بعض تطبيقات نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ثم انتقلنا بعدها إلى محاولة تحديد النطاق الحقيقي لسريان التعسف، لنصل بعدها إلى الكلام عن الجزاء المترتب عن التعسف في الفقهين الإسلامي والوضعي.

خاتمة :

من خلال هذه الدراسة لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، خلصنا إلى عدد من النتائج نجملها في ما يلي :

- إن فكرة الحق أصيلة ومتجذرة في الفقه الإسلامي، وقد صارت اليوم من الحقائق المسلمة بها في القانون الوضعي.

- الحق في الفقه الإسلامي منحة من الله تعالى، منشؤه وأساسه هو الشريعة الإسلامية، فليس هو صفة طبيعية ولا منحة من المجتمع جاءت القوانين الوضعية لتقريره وبناء الأحكام عليه.

- الحق في الفقه الإسلامي ليس غاية في حد ذاته، بل هو مجرد وسيلة لتحقيق المصلحة أو الحكمة التي من أجلها شرع الحق، واستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف.

- تضطلع نظرية التعسف في الفقه الإسلامي بإقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة من جهة، وبين المصلحة الفردية والمصلحة العامة من جهة أخرى على ضوء من القواعد المحكمة في الشريعة الإسلامية.

- يقوم التعسف في استعمال الحق على فعل مشروع لذاته، ولكن هذا الحق استعمال على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع، من حيث الباعث الذي حرك إرادة صاحب الحق، أو من جهة الضرر المترتب على استعمال الحق.

- إنَّ نظرية التعسف مرتبطة بغاية الحق وطبيعته - ذات الوظيفة المزدوجة - والمستمدة من طبيعة التشريع الإسلامي وفقهه، وليس متعلقا بالسلطات التي يخولها الحق لأصحابه.

- فكرة التعسف هي تصحيح وتقويم لازم لفكرة الحق، ولها دور وقائي ودور علاجي على السواء، بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال.

- التعسف ليس مبناه "التعدّي بطريق التسبب" في المفهوم الشرعي، ولا "الخطأ" المولد للمسؤولية التقصيرية في المفهوم القانوني، بل هو نظرية مستقلة لها مبناها ومعاييرها الخاصة.

- تطورت نظرية التعسف في أحضان الشريعة الإسلامية، وعلى أيدي الفقهاء المسلمين، ذلك أن الروح الدينية السامية للشريعة الإسلامية القائمة على الموازنة بين الحق الفردي والحق الجماعي، وعلى أساس مراعاة مقاصد الأفعال ومآلاتها، تعدّ أرضاً خصبة لازدهار نظرية التعسف في استعمال الحق.

- معايير النظرية التي يتحقق بها التعسف جمعت بين المعايير الذاتية والموضوعية، ويجمعها معيار واحد جامع هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.

- إن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، أوسع منها في القانون الوضعي، فهي تشمل جميع الحقوق الخاصة والعامة.

- اقتصرت القوانين الوضعية على الجزاء الدنيوي للتعسف، سواء أكان نقدياً أو عينياً، بينما وسّع الفقه الإسلامي دائرة الجزاء، ليشمل الجزاء التعزيري والجزاء الأخروي.

وبناء على النتائج التي توصلنا إليها نقترح التوصيات التالية :

- ينبغي على المشرع الجزائري أن ينظم التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني، حتى ينبسط على جميع نواحي القانون، دون أن يكون مجرد صورة من صور الخطأ التقصيري.

- يحسن بالمشرع أن يعتبر التعسف نظرية قائمة بذاتها، ويذكر صراحة المبدأ العام المتمثل في تخلف المصلحة المشروعة باعتباره معياراً جامعاً لكل المعايير المذكورة في المادة 124 مكرر.

- على المشرع أن يضيف معيار الضرر الفاحش صراحة إلى المعايير الأخرى.

وفي الختام نأمل أن نكون قد وفقنا ولو قليلاً في تناول هذا الموضوع المهم والصعب، وإننا لنعتذر مجدداً عن كل سهو أو تقصير في إيفائه حقه.

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

فهرس الآيات القرآنية

رقم الآية	رقم الصفحة	السورة والآية
سورة البقرة		
43	231	وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ
43	233	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ
سورة النساء		
44	12	مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارًّا
66	92	وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَبِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا
سورة المائدة		
33	02	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ
51	05	وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْنَهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ

فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث
45 و 57	لا ضرر ولا ضرار
47	أنت مضار
47	لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في داره
48	لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه
53	إنما الأعمال بالنيات
62	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التلقّي، وأن يبيع حاضر لباد
63	لا يحتكر إلا خاطئ

فهرس المصادر والمراجع :

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- كتب القرآن التفسير :

- ابن أبي حاتم : عبد الرحمن بن محمد بن إدريس (ت: 327 هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق : أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار الباز، الرياض، ط 1، 1997.

- الطبري : محمد بن جرير بن يزيد (ت: 310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط 1، 2001.

- ابن رجب الحنبلي : زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن (ت: 795 هـ)، جامع العلوم والحكم، تحقيق : شعيب الأرنؤوط و إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 1998م.

- ابن عطية الأندلسي : عبد الحق بن أبي بكر غالب (ت: 592 هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق : عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، ط 1، 2001م.

- أبو بكر الجصاص : أحمد بن علي الرازي (ت: 370 هـ)، أحكام القرآن، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، د ط، 1992م.

- القرطبي : محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت: 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن الكريم، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2006م.

ثالثاً- مصادر الحديث الشريف وشروحه :

كتب متون الحديث :

- ابن أبي شيبعة، المصنف، تحقيق : حمد بن عبد الله الجمعة و محمد بن إبراهيم اللحيان، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2004م.

- ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط 1، 2009م.

- أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 2002م.

- أحمد البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 2003م.

- أحمد بن حنبل، مسند أحمد بن حنبل، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1998.
- جمال الدين المزي، تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف، ح: 13954، تحقيق : بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1999م.
- سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، د ط، 2009م.
- عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1983م.
- علي الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2004م.
- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق : بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1997م.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار التأصيل، القاهرة، ط 1، 2012م.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار التأصيل، القاهرة، ط 1، 2014م.

كتب شروح الحديث :

- ابن دقيق العيد : محمد بن علي بن وهب (ت: 702هـ)، شرح الأربعين حديثاً النووية، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة، د ط، د ت ن.
- ابن عبد البر : يوسف بن عبد الله بن محمد (ت: 463 هـ)، الاستذكار، تحقيق : عبد المعطي أمين قلجعي، دار قتيبة ودار الوعي، القاهرة، ط 1، 1993.
- الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد (ت: 474 هـ)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1999.
- الخطابي : أبو سليمان حَمْد بن محمد بن إبراهيم (ت: 388 هـ)، معالم السنن، تحقيق : محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط 1، 1934.
- القاضي عياض : عياض بن موسى بن عياض (ت: 544 هـ)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق : يحيى اسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط 1، 1998.
- النووي : يحيى بن شرف الحزامي (ت: 676هـ)، شرح صحيح مسلم، المطبعة المصرية بالأزهر، ط 1، 1930.

- شرف الدين الطيبي : الحسين بن محمد عبد الله (ت: 743 هـ)، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق : عبد الحميد الهنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط 1 ، 1997.
- شروح سنن ابن ماجه، تحقيق : رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، عمان، ط 1، 2007.

رابعاً- المعاجم والقواميس :

- ابن الأثير : المبارك بن محمد بن محمد (ت: 606 هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، القاهرة، د ط، د ت ن.
- ابن منظور : محمد بن مكرم بن علي (ت: 711 هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د ط، د ت ن.
- الجرجاني : علي بن محمد بن علي (ت: 816 هـ)، معجم التعريفات، تحقيق : محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د ط، د ت ن.
- الفراهيدي : الخليل بن أحمد بن عمرو (ت : 170 هـ)، كتاب العين، تحقيق : عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003م.
- الفيروزآبادي : محمد بن يعقوب (ت : 817 هـ)، القاموس المحيط، تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 2005.
- مرتضى الزبيدي : محمد بن محمد بن محمد (ت: 1205 هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق : عبد الحلیم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، د ط، 1984.

خامساً- كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية :

- ابن رجب الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن (ت: 795 هـ)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت ن.
- ابن قيم الجوزية : شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751 هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق : مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 1423 هـ.
- الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد (ت: 474 هـ)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق : عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1995م.

- الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد ، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، تحقيق : محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة، ط 1، 1416هـ.
- الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت: 790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق : عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2004.
- العز بن عبد السلام : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660 هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، 1991.
- القرافي : أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمان (ت: 684 هـ)، الفروق، تحقيق : عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2003.

سادسا- مراجع الفقه الإسلامي :

1- مراجع الفقه المذهبي :

الفقه الحنفي :

- ابن النجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970 هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997.
- ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفي (ت: 1237هـ)، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، د ط، 2003.
- أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب (ت: 182 هـ)، كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1979.
- الزيلعي : عثمان بن علي بن محجن (ت: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، د ط، 1314 هـ.
- حسن منصور بن أبي القاسم (ت : 592 هـ)، فتاوى قاضيخان، تحقيق : محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ط 1، 2019.

الفقه المالكي :

- ابن جزى : محمد بن أحمد بن عبد الله الغرناطي (ت : 741 هـ)، القوانين الفقهية، تحقيق : ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 2013.

- ابن شاس : جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس (ت: 616 هـ)، عقود الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق : حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2003.

- التسولي : علي بن عبد السلام بن علي (ت: 1258 هـ)، البهجة في شرح التحفة، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1998.

- مالك بن أنس : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي (ت: 179 هـ)، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوخي، وزارة الأوقاف السعودية، د ط، د ت ن.

- محمد عليش : محمد بن أحمد بن محمد عليش (ت: 1299 هـ)، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الكفر، بيروت، ط 1، 1984.

الفقه الشافعي :

- الشافعي : محمد بن إدريس بن عباس (ت : 204 هـ)، كتاب الأم، تحقيق : رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط 1، 2001.

الفقه الحنبلي :

- البهوتي : منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1983.

الفقه الظاهري :

- ابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت : 456 هـ)، المحلى بالآثار، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003.

2- مراجع الفقه الإسلامي العام :

- ابن فرحون : إبراهيم بن علي بن محمد (ت: 799 هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق : جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

- ابن قيم الجوزية : شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751 هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق : نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، د ط، د ت ن.

- أحمد إبراهيم الكعك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، القاهرة، د ط، 1936 م.

- الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق : محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2001م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، الكويت، ط 1، 1992م.
- سيّد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، تحقيق : علي جمعة وآخرون، دار السلام، القاهرة، ط 1، 2001.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1997م.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، د ت ن.
- علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010م.
- علي علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفتح، بيروت، ط 1، 1970.
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1984م.
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1988م.
- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط 1، 1982م.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1999م.
- مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير، عمان، ط 1، 1983.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985م.

كتب التاريخ الإسلامي :

- الطبري : محمد بن جرير بن يزيد (ت: 310 هـ)، تاريخ الرسل والملوك، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، ط 2، د ت ن.

سابعاً- مراجع في القانون والدراسات المقارنة :

- الصادق ضريفي، محاضرات في مقياس التعسف في استعمال الحق، أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر، جامعة آكلي محند البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ط، 2005.
- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ط، 2005.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2009م.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 5، 1974.
- عبد الرزاق السنهوري وأحمد أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، د ط، 1950م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت ن.
- عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، ط 1، 2005.
- عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، د ط، 1965م.
- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع، مصر، د ط، 1995م.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 5، 2003م.
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، ط 1، 2010م.
- معجم القانون، مجمع اللغة العربية، القاهرة، د ط، 1999م.
- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2010م.

ثامنا- البحوث الأكاديمية :

- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر -1- كلية أصول الدين، الخروبة، 2001-2002م.

- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع : قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014م.

- بوجمعة حمد، أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص : شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإسلامية، 2017-2018م.

- عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية ل م د، تخصص : عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر -1- كلية العلوم الإسلامية، 2017 - 2018م.

تاسعا- المقالات :

- أحمد الصويعي شليبيك، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات، العدد : 38، أبريل 2009.

- أحمد فهمي أبو سنة، "نظرية التعسف في استعمال الحق"، مجلة الأزهر، عدد : 218، جمادى الآخرة سنة 1382هـ - نوفمبر 1962.

- العربي مجيدي، "دور الفقه المالكي في بناء وتأصيل معايير نظرية التعسف في استعمال الحق"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد : 04، العدد : 02، 2009م.

- شوقي بناسي، "التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد : 04، 2009.

عاشرًا- المواد والنصوص القانونية :

1 - القانون المدني الجزائري :

المواد : 41، 85، 124، 132، 187، 189، 691، 708، 788، 881.

2 - القوانين الأجنبية :

القانون المدني المصري : المواد : 04، 05، 818.

- القانون المدني العراقي : المادتان : 06 و 07.
القانون المدني الليبي : المادتان : 04 و 05.
القانون المدني الكويتي : المادة : 30.
القانون المدني الألماني : المادتان : 226 و 228.
قانون المدني السويسري : المادة : 1295.
قانون الالتزامات السويسري : المادة : 02.
القانون الفرنسي :
- المادة : 23 من قانون العمل، الصادر بتاريخ 1910/12/26.
 - المادة 71 من قانون الإجراءات الصادر بتاريخ 1941/05/23.
 - المادتان : 20 و 29 من القانون الخاص بحقوق المؤلف الصادر بتاريخ 1957/03/11.

إحدى عشر- مشاريع تقنين الفقه الإسلامي :
- مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ.

فهرس الموضوعات

أ	مقدمة
13	الفصل الأول- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق ومؤيداتها.
13	المبحث الأول- مفهوم الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
13	المطلب الأول- تعريف الحق في الفقه الإسلامي.
13	الفرع الأول- الحق لغة.
13	الفرع الثاني- الحق عند الفقهاء القدماء.
14	الفرع الثالث- الحق عند الفقهاء المعاصرين.
17	المطلب الثاني- تعريف الحق في القانون.
17	الفرع الأول- الحق عند الاتجاهات التقليدية.
17	أولاً- المذهب الشخصي.
18	ثانياً- المذهب الموضوعي.
18	ثالثاً- المذهب المختلط.
19	الفرع الثاني- الحق عند الاتجاهات الحديثة.
20	المطلب الثالث- مقارنة مفهوم الحق بين الفقه الإسلامي والقانون.
21	المبحث الثاني- تاريخ نظرية التعسف وتكييفها الفقهي والقانوني.
21	المطلب الأول- التطور التاريخي لنظرية التعسف وموقف الفقهاء الإسلامي والغربي منها.
21	الفرع الأول- التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق.
24	الفرع الثاني- موقف الفقهاء الإسلامي والغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق.
24	أولاً- موقف الفقه الإسلامي.
28	ثانياً- موقف الفقه الغربي.
30	المطلب الثاني- التكييف الفقهي والقانوني للتعسف.
30	الفرع الأول- التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق.
31	أولاً- تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق.
32	ثانياً- تمييز التعسف في استعمال الحق عن التعدي بطريق التسبب.
35	ثالثاً- نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته.
36	رابعاً- حقيقة التعسف.
37	الفرع الثاني- التكييف القانوني للتعسف في استعمال الحق.
38	أولاً- التعسف هو مجاوزة للحق وخروج عن حدوده.

38	ثانيا- التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري.
40	ثالثا- اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ.
40	رابعا- ارتباط التعسف بفكرة الحق.
42	الفرع الثالث- تكييف المشرع الجزائري للتعسف.
43	المبحث الثالث- أدلة نظرية التعسف في الفقه الاسلامي.
43	المطلب الأول- الأدلة من القرآن الكريم.
45	المطلب الثاني- الأدلة من السنة النبوية.
49	المطلب الثالث- الأدلة من فقه الصحابة.
51	المطلب الرابع- الأدلة من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية.
54	ملخص الفصل الأول.
56	الفصل الثاني- معايير نظرية التعسف ونطاقها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.
56	المبحث الأول- معايير نظرية التعسف وبعض تطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.
56	المطلب الأول- معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي.
57	الفرع الأول- المعيار الذاتي أو الشخصي.
57	أولا- قصد الإضرار بالغير.
59	ثانيا- قصد غرض غير مشروع.
61	الفرع الثاني- المعيار الموضوعي.
62	أولا- عدم التناسب بين المصلحة المقصودة لصاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.
63	ثانيا- الضرر الفاحش.
65	ثالثا- استعمال الحق استعمالا فيه إهمال أو خطأ ينشأ عنه ضرر بالغير.
66	المطلب الثاني- معايير نظرية التعسف في القانون المدني الجزائري.
67	الفرع الأول- المعيار الذاتي أو الشخصي : قصد الإضرار بالغير.
69	الفرع الثاني- المعيار الموضوعي.
69	أولا- معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا.
70	ثانيا- معيار المصلحة غير المشروعة.
71	ثالثا- معيار مضار الجوار غير المألوفة "الضرر الفاحش".

72	المبحث الثاني- نطاق التعسف وجزاؤه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
72	المطلب الأول- نطاق التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
73	الفرع الأول- نطاق التعسف في الفقه الإسلامي.
75	الفرع الثاني- نطاق التعسف في القانون الوضعي.
77	المطلب الثاني- جزاء التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.
77	الفرع الأول- جزاء التعسف في الفقه الإسلامي.
79	الفرع الثاني- جزاء التعسف في القانون المدني الجزائري.
80	ملخص الفصل الثاني.
81	خاتمة.
83	فهرس الآيات القرآنية
83	فهرس الأحاديث النبوية
84	فهرس المصادر والمراجع
93	فهرس الموضوعات
96	ملخص الرسالة بالعربية والانجليزية

ملخص الرسالة باللغة العربية

عنوان الرسالة : نظرية التعسف في استعمال الحق – في الفقه الإسلامي
والقانون المدني الجزائري-

تناولت هذه الدراسة نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، والتي حاولنا من خلالها الإجابة على الإشكالية التالية : ما مدى أخذ الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق ؟

وقد قسمنا البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول مفهوم الحق في الفقهين الإسلامي والغربي، وكيف أن كليهما قد استقر على تحديد العناصر التي ينبني ويتأسس عليها الحق، وهي الاختصاص والاستثناء، ثم أخذنا لمحة عن تاريخ نظرية التعسف، وتطرقنا إلى موقف الفقهين الإسلامي والغربي منها، ثم مررنا بعدها إلى دراسة ماهية التعسف، وتكييفه الفقهي والقانوني، وتمييزه عن "التعدي بطريق التسبب" وعن "الخطأ" المولد للمسؤولية التقصيرية، ثم أثبتنا بشيء من التفصيل والبيان أصالة هذه النظرية في الفقه الإسلامي.

وفي الفصل الثاني بحثنا في معايير نظرية التعسف، والتي تمثل الأدوات الفنية التي تمكن من التعبير عن التعسف، ومن خلال هذه المعايير حاولنا عرض بعض تطبيقات نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ثم انتقلنا بعدها إلى محاولة تحديد النطاق الحقيقي لسريان التعسف، لنصل بعدها إلى الكلام عن الجزاء المترتب عن التعسف في الفقهين الإسلامي والوضعي.

الكلمات المفتاحية : التعسف ، حق ، فقه إسلامي ، قانون مدني.

ملخص الرسالة باللغة الانجليزية

The thesis is titled : Abuse Theory in The Use of The Right - in The Islamic Fikh and the Algerian Civil Law.

This study aims at searching answers for the following question: To What extent can we apply abuse theory in the use of the right to Islamic Fikh and the Algerian civil law?

We divided this research into two chapters. The first one deals with the concept of the right in Islamic and Western, and how both of them have contributed into identifying the elements on which the right is based, namely jurisdiction and exclusivity. Then we went through the history of abuse theory, revealing how both Islamic and Western law dealt with this theory. We also studied the nature of abusing, its juristic and legal conditioning, and what differs from "infringement by reason" and from the "mistake" generated by tort liability, and then we proved through giving details and examples the originality of this theory in Islamic jurisprudence.

In the second chapter, we discussed the abuse theory norms , which are considered as technical tools that allow abuse expression, and through these criteria we tried to give some applications of abuse theory in Islamic Fikh and the Algerian civil law, and then we moved on to try to determine the true scope of the abusing, so that we can finally to reach to the penalty resulting from in the Islamic and postural jurists.

Key words: Abusing, right, Islamic Fikh, civil law.