

محاضرات مادة النظريات الفقهية والقانونية

موجهة لطلبة الماستر تخصص الشريعة والقانون - السنة الأولى - السداسي الأول -

من إعداد : أستاذ المادة د . بوجمعة حمد

" نظرية الظروف الطارئة ونظرية التعسف في استعمال الحق "

نظرية الظروف الطارئة

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام على الإطلاق فهو شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما ، أو للأسباب التي يقررها القانون ، كما نصت على ذلك المادة 106 ق م ج ، وذلك تأسيسا على المذهب الاجتماعي - الذي أدى انتشاره إلى التخفيف من النزعة الفردية التي تشبع بها المذهب الفردي ، والتي مؤداها الحرية المطلقة في إبرام العقود ، فلا يجوز لأي أحد التدخل في تعديل العقد أو انهائه إلا بموافقة طرفي العقد ، حتى لو كان المتدخل هو القاضي تحت أي مبرر ولو كان بحجة تحقيق العدالة - فكانت جملة أو للأسباب التي يقررها القانون هي البوابة التي استطاع القاضي أن يتسلل منها إلى العقد فيعدل فيه أو ينهيه ، كما في الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م 110 ق م ج) والشرط الجزائي (م 2/184 ق م ج) . والظروف الطارئة ، فالقاضي لا يقتصر دوره على تفسير العقد، بل له أن يعدل في أحكام العقد أيضا ، وهو ما نصت عليه المادة 107 فقرة 3 من ق م ج " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

تعريف نظرية الظروف الطارئة :

لقد تعددت التعاريف لهذه النظرية ، وتكاد تتطابق ، وأجمع تعريف لهذه النظرية - في نظري - هو تعريف الأستاذ حشمت أبو ستيت ، وهو أنها : " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ، ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف"¹.

¹ محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 131.

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

فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا - وإلا لكان قوة قاهرة - كما أنه لا يجعل هذا التنفيذ يعود بخسارة على المتعاقد لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة مثلا ، فالخسارة للتاجر أمر متوقع ، وعليه فيلتزم بتنفيذ التزامه طالما أن الخسارة لا تخرج عن الحد المألوف ، أما الحادث الطارئ فإنه يترتب عليه حدوث إرهاب للمدين في تنفيذ الالتزام بحيث يهدده بخسارة تخرج عن الحد المألوف لأنها لم تكن متوقعة وقت التعاقد¹.

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

1/ نظريتي الاستغلال والإذعان : تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية مقابلة لنظريتي الاستغلال والإذعان ذلك أنها تجد تطبيقها أثناء تنفيذ العقد خلافا لنظريتي الاستغلال والإذعان اللتان تقومان أثناء مرحلة تكوين العقد ، وكل من هذه النظريات وجدت لإعادة التوازن العقدي إلى مساره الصحيح ، وإن كان في نظرية الظروف الطارئة تتوزع تبعة الاختلال بين المتعاقدين ، لأن حدوث الظرف الطارئ يرجع إلى حادث لا يد للمتعاقدين فيه ، أما في النظريتين الأخريين ، فإن الغبن يرفع كله عن المتعاقد الضعيف ، لأن حدوث الغبن راجع إلى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما².

2/ القوة القاهرة :

كل من القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة تشتركان في كون كل منهما أمر غير متوقع الحدوث عند التعاقد لا يمكن دفعه ، ولكنهما يختلفان فيما يأتي :

- إن الحادث الطارئ يجب أن يكون عاما وشاملا ، أما القوة القاهرة فيمكن أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده .

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

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

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/706. بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ن دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، تخصص : عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1983م. ص 11-13 .

- إن أثر الحادث الطارئ هو تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقا برده إلى الحد المعقول ، أما أثر القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام وبراءة المدين من التزامه¹.

تطور نظرية الظروف الطارئة :

لقد مرت نظرية الظروف الطارئة بمراحل تاريخية عديدة حتى استوت نظرية متكاملة ، وقد أخذ بها القانون المدني الجزائري مقلدا فيها القانون المدني المصري ، مثله مثل أغلب القوانين المدنية العربية التي أخذت هذه النظرية عن القانون المدني المصري ، ولذلك فسوف نتطرق إلى تطور النظرية في كل من التشريعين الأوروبي والاسلامي .

النظرية في القانون الروماني

لم يأخذ القانون الروماني في بداية عهده بهذه النظرية لتأثره بالثقافات السائدة قبله ولنظرتة الخاصة للعدالة من ناحية أخرى² ، فهم يرون في حصول الدائن على حقه كاملا من المدين نوعا من العدالة يبرر الضرب على يد المدين وأخذه بالعسف والقسوة في سبيل إجباره على أداء التزاماته مع غض الطرف عما أحاط به من ظروف قد تكون في معظمها خارجة عن إراداته ، وتطبيقا لقاعدة إعطاء كل ذي حق حقه فلا يلتفتون إلى تلك الظروف ، فيضطرون المدين إلى التنفيذ ظنا منهم أن هذه هي العدالة ، فلم ينظروا إلى قاعدة إعطاء كل ذي حق حقه بطريقة مرنة بما يتلاءم مع كل حالة على حدة .

إلا أن بعض الفقهاء المحدثين يرون أن فقهاء الرومان قد عرفوا هذه النظرية ، وقد استلهموا ما ذهبوا إليه من عبارات كل من الفقهاء بول ، وأفريكنوس ، فلقد نقل عن الفقيه بول قوله " ينقضي الالتزام إذا جد ظرف ما كان يمكن أن ينشأ فيه الالتزام ، ومع ذلك فليس هذا صحيحا في كل الحالات "³، ويقول الفقيه أفريكانوس " إذا اشترط شخص على أن يدفع له أو لشخص آخر يسمى تيتوس مبلغا من المال ، فالوفاء لتيتوس يكون صحيحا إذا لم تتغير حالته المدنية - أي شخصيته القانونية - ولا يصح الوفاء لتيتوس إذا تغيرت حالته المدنية بأن صار شخصا آخر ، أو ذُفِي ، أو وقعت عليه عقوبة الحرمان من الماء والنار ، أو إذا أصبح رقيقا ، وذلك لأن الاشتراط يتضمن شرطا مؤداه : إذا بقي تيتوس في نفس الحالة التي كان عليها وقت الاشتراط "⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/705-706 ، الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، ط 4/1985م ، ص 332.

² انظر في تطور فكرة العدالة عند الرومان : صوفي أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، (د ر ط) ، 1967 ، ص 337-339.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 26.

⁴ محمد عبد الجواد محمد ، الغين اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والقانون ، يونيو 1963 ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والثلاثين ، ص 158.

غير أن المعارضين لوجود فكرة الظروف الطارئة في القانون الروماني برروا ما ذكره أفريكانوس على أنه لا يشير إلى مسألة الظروف الطارئة بل يتعلق بالأهلية ، إلا أن الاتجاه الفقهي السائد يرى أن القانون الروماني يجهل هذه النظرية ، وأما ما نسب من أقوال لفقهاء الرومان مثل الفقيه بول إنما هي عبارات غامضة يصعب القول بأنها تؤسس لوجود نظرية تسمى الظروف الطارئة¹ .

إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلا فقد توثقت صلة الرومان بالثقافة الإغريقية منذ القرن الثاني ق م حتى بلغ الأمر ذروته حين أخضعت روما بلاد الإغريق لحكما نهائيا عام 136 ق م ، حيث ظهر من الرومان من درس الفلسفة الإغريقية ومن أشهرهم شيشرون وسينيك² ، وكان مما قاله شيشرون " لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم ، وإذا أصبح التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفا للواجب أن الفائدة الأكبر تفضل على الأقل"³ ، ومن أقوال سينيك ما يكاد يطابق ما رده سلفه كقوله " أنا لا أعتبر حائنا لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي، ثم لم أنفذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرا في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي ."⁴ ، فمضمون ما ذكره كل من شيشرون وسينيك أن العقد يبقى مستمرا ما استمرت نفس الظروف التي أبرم فيها ، وهو ما يعرف بشرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، أو الشرط الضمني ، وبذلك يمكن القول بأن هذه المرحلة كانت هي البداية لوضع الأسس الأولى لهذه النظرية .

النظرية في القانون الكنسي :

بعد أن أصبح الدين المسيحي دينا رسميا للدولة الرومانية اعترف أباطرة الرومان بالقانون الكنسي⁵ ، ولأنه كان قانونا مشعبا بالروح الدينية لم يكن من المستغرب أبدا أن تظهر فيه هذه النظرية ، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين أثرا قانونيا ، فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز إذ هو من الربا المحرم أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 26 .

² صوفي حسن أبوظالب ، مرجع سابق ، ص 340.

³ محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-160 ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 27-28 .

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 27-28 ، محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-160.

⁵ الذي هو في حقيقته عبارة عن اقتباس من القانون الروماني وتطوير له ، وضعته الكنيسة في صياغ جديدة وقامتة على مبادئ الدين المسيحي . عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية ، دار الفكر ، 1971م ، ص 09.

المدین المرهق¹ ، وقد اعتمد أصحاب مدرسة بارتول هذه الفكرة في القرن الثاني عشر وصاغوا منها القاعدة المعروفة بقاعدة " تغير الظروف " وهي تعني بأن العقد يقوم على شرط مضمّر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها ، فإذا تغيرت ظروف العقد الاقتصادية وأدى تبديلها إلى إرهاب أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجئ الذي لم يكن بحسبان المتعاقدين وقت التعاقد

وقد أخذ الفقهاء الإيطاليون والألمان بقاعدة تغير الظروف الكنسية المنشأ إلى غاية القرن الثامن عشر ، كما أخذ بها قدامى الفقهاء الفرنسيين ، إلا أن فقهاء القرن السابع عشر رفضوها رفضاً تاماً لتأثرهم بالقانون الروماني العتيق من ناحية ، ولانتشار فكرة مبدأ سلطان الإرادة من ناحية أخرى ، ثم ما لبثت أن ظهرت من جديد في أوائل القرن الماضي² .

النظرية في القانون الفرنسي

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

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضى الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني ، وثبت القانون المدني الحديث على الموقف فلم يقر النظرية لا فقهاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاءً³ .

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

وهو ما يؤكد الأستاذ مازو وغيره من أصحاب هذا المذهب ، ويذهبون إلى أن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يؤدي إلى هدر مبدأ قانوني وأخلاقي معاً ، لأن شريعة العقد قاعدة أساسية يستحيل بدونها دوام الحياة الحقوقية ، كما أن العقد عهد وميثاق يحط نقضه من شرف الإنسان⁴ ، ولذلك ألف الأستاذ الكبير

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج707/1 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 136 .

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 11 .

³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج708/1 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6 .

⁴ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 21-22 .

ريبير كتابا سماه "تدهور القانون" أفاض فيه عن مساوئ الأخذ بهذه النظرية، واعتبر أن تدخل الدولة في الاقتصاد والعقد يعتبر نوعا من اعتداءات القانون على العقد¹.

وأما المدافعون عن هذه النظرية وهم أنصار المذهب الاجتماعي فيرون أن الإنسان ليست له حقوق لذاته ، إنما تنشأ حقوقه في المجتمع ، فالإرادة في رأي المذهب الاجتماعي لا تنشئ القاعدة القانونية بين الدائن والمدين ، إنما هي شرط لتطبيقها، ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلا إذا كانت تتلاءم مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، ولأجل هذه الضرورات تتدخل الدولة في توجيه العقود ، إما بمنع إدخال شروط عليها ، أو بإضافة شروط تفرضها على المتعاقدين، فتغل من إرادتهما وتقيدهم من حريتهما ، فمن العدالة إذن أن يتدخل القاضي في تعديل العقد إذا بلغ إلى حد الإرهاق ، لأنه من الظلم التمسك بشريعة العقد إذا زادت أعباء المدين وبلغت حد الإرهاق ، وهو ما ذهب إليه من أنصار هذا المذهب كل الأستاذ أيسمن و ديموك وغيرهما².

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا اختلافا كبيرا في الأساس الذي تتبني عليه، فمن قائل بأن أساسها هو العدل والإنصاف ، وقائل بأن أساسها التعسف في استعمال الحق ، وقائل بأن أساسها هو الإثراء بلا سبب ، وقائل بأن أساسها هو الغلط في القيمة...³

والذي ذهب إليه أنصار المذهب الاجتماعي هو الصواب بلا ريب ، ذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يناقض نظرية الظروف الطارئة ، ذلك أن تطبيق هذه النظرية راجع لأسباب لا علاقة لها بالإرادة التي هي أساس انعقاد العقد، بل راجع لأمر استثنائية تؤدي إلى الإرهاق في التنفيذ ، ومن العدل إرجاع الإرهاق إلى الحد المعقول ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق هذه النظرية⁴.

وأما من ناحية القضاء فلقد حاولت بعض المحاكم غداة صدور القانون المدني الفرنسي ، وفي فترات متعاقبة خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين أن تفتح ثغرة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقبول نظرية الظروف الطارئة⁵، غير أن تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بشريعة العقد، ورفضه تطبيق نظرية الظروف الطارئة غدا تقليد راسخا ، فأقام بينه وبينها حجابا لم تستطع بعض المحاكم التي تؤمن بالنظرية أن تتفذ منه، وباءت محاولاتها بالفشل ، فقد سعى بعضها إلى تعديل العقد عن طريق تفسيره ، وسعى البعض

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 52.

² عبد السلام الترماني، مرجع سابق ، ص 22-25.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 72-120 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/707،

عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6 .

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 52.

⁵ عبد السلام الترماني، مرجع سابق ، ص 15،

الآخر إلى تعديله بتأويل مخالفته للنظام العام ، إلا أن محكمة النقض نقضت هذه الأحكام كلها¹ ، وقالت : " إنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ من سلطته في تفسير إرادة الطرفين وسيلة لتعديل العقد ، فمتى كانت عبارة العقد صريحة وواضحة يجب تطبيقها كما وردت ، وليس من حق القاضي أن يعدل فحواها تحت ستار التفسير ، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد بتأويل مخالفته للنظام العام ، لأن مخالفة النظام العام تقضي بإبطال العقد لا تعديله ."²

نتيجة لهذا الموقف الصلب اتجاه هذه النظرية من طرف محكمة النقض من جهة ، ولتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة أخرى ، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار تشريعات لحالات خاصة هي بمثابة حلول جزئية في مناسبات معينة ، وليست تطبيقا شاملا أو إقرارا لنظرية عامة للظروف الطارئة ، ومن أمثلة تلك التشريعات :

- قانون فايو الصادر في 1918/1/21 الذي أجاز للقاضي أن يفسخ العقد أو يوقف تنفيذه ، حتى تنتفخ غمامة الحرب ، إذا تأكدت المحكمة من اختلال التوازن بين الأداءات في العقد نتيجة ارتفاع الأسعار .
- القانون الصادر في 1939/9/26 الخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، والذي أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد إذا ثبت أن ظروف الحرب العالمية الثانية قد أدت إلى اختلال التوازن بين أداءات كل من المؤجر والمستأجر...³

على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد انتكست في القانون الخاص فقد ازدهرت في القانون العام ، بدأت في القانون الدولي العام شرطا ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية ، ثم انتقلت إلى القانون الإداري ، فقد أخذ بها القانون الإداري الفرنسي ، وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى ، بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة ، وكان أول قرار صدر بهذا الشأن بتاريخ 30/05/1916م من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قضية مشهورة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب ، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى.⁴

¹ انظر العديد من الاجتهادات القضائية في مسائل كثيرة تؤكد تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بقاعدة شريعة العقد ونفي نظرية الظروف الطارئة في: عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15-18 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 6/23 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/709-710.

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18

³ وانظر أيضا الكثير من القوانين والمراسيم الصادرة بخصوص تعديل الالتزامات بسبب الظروف الطارئة في : عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 28-30 ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 49-50.

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/714 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18-19.

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

- أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام ، ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة ، فإذا نظر إلى نظرية شركة الغاز التي أشرنا إليها ويجب أن يحسب حسابا للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور إذ هي تقوم بمرفق عام فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة .
- أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقانون المدني ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشي تطور الظروف¹

البلاد التي أقرت النظرية عن طريق الاجتهاد القضائي

تعتبر كل من ألمانيا و سويسرا من أهم البلاد التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة عن طريق الاجتهاد القضائي ، وذلك في الحالات التي تقضي بها العدالة تخفيفا من حدة القوة الملزمة للعقد . أما بالنسبة لألمانيا فقد عرفت هذه النظرية منذ القرون الوسطى إلى غاية صدور القانون المدني الألماني لسنة 1900م ، والذي جاء خاليا من إيراد مبدأ عام يقر هذه النظرية، اللهم إلا تطبيقين لهذه النظرية في حالات خاصة ومحددة ، وذلك في المادتين (610 ، 621) كما أكدت ذلك الأعمال التحضيرية لهذا القانون².

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

وقد تأسست قواعد النظرية في ألمانيا أول الأمر على التوسع في تفسير المادة 275 من القانون المدني الألماني ، والتي تقضي بإعفاء المدين من التزامه ، إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بقوة القاهرة ، واستخلاص ما

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714-715 .

² محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 57.

أسماء بالاستحالة الاقتصادية ، ثم وجد القضاء الألماني أن إعفاء المدين يترتب عليه زوال العقد ، مما يضر بالتعامل الحقيقىمنح القاضي سلطة التعديل بدل الفسخ للحفاظ على التوازن والعدالة العقدية¹.

أما في سويسرا فقد أخذ الاجتهاد القضائي في تطبيق النظرية على أساس مبدأ العدالة وحسن النية ، مما يقضي بتعديل العقد إذا تغيرت الظروف الاقتصادية بما يرد التعادل إليه ، ويرفع الإرهاق من تنفيذه ، وقد اعتمد الاجتهاد السويسري في تخريج هذا الاجتهاد على تفسير المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري ، التي تجيز فسخ العقد بسبب الغبن ، إذا اعتبر ما أصاب المدين من خسارة بالحادث الطارئ غبنا تجب إزالته لإعادة توازن العقد².

وأما بالنسبة إلى إنجلترا فإن القضاء الإنجليزي كان لا يعترف بالقوة القاهرة ولا بالحادث المفاجئ سببا لانقضاء الالتزام ، وحمل بذلك أطراف العقد مسؤولية المخاطر المحتملة عند تنفيذ العقد ، غير أن ذلك ما لبث أمام الظروف التي ولدتها الحرب العالمية الأولى ، فقد أوجد القضاء الإنجليزي ثغرة مضمونها افتراض قيام الشرط الضمني بتبدل ظروف العقد ، وبذلك جرى قوانين القارة الأوروبية في اعتبار القوة القاهرة سببا في انقضاء العقد ، ثم توسع في تطبيق هذا الشرط في العقود التجارية ، ف قضى بإعفاء المدين من تنفيذ التزامه إذا أضحى التنفيذ مستحيلا أو صعبا بسبب لا يعزى إلى خطئه بل يعزى إلى حوادث تطرأ أثناء تنفيذ العقد بحيث لو توقعها الرجل البصير حين إبرام العقد لما أقدم على التعاقد³.

البلاد التي قبلت النظرية بنص صريح في القانون :

أولا : القوانين الغربية التي قبلت النظرية بنص صريح في القانون :

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

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

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 57-58 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 29-31.

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 31.

³ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 32.

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

وأما القانون المدني اليوناني فقد نص في المادة 388 على ما يلي : " إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ، ويتفق مع العرف في المعاملات ، وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف ، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله، أو تفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه¹"

ثانيا : القوانين العربية التي قبلت النظرية بنص صريح في القانون :

يعتبر القانون المصري الجديد لسنة 1948م أولى القوانين العربية التي نصت على هذه النظرية بنص صريح كما جاء في المادة 147 فقرة 2 " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، وقد احتذى القانون المدني المصري مثال التقنين البولوني فيما أورده من أحكام تشريعية في هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على التقنين البولوني من حيث بيانه بوضوح الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة ، كما أنه اجتنب ذكر أمثلة تطبيقية مثل ما فعل التقنين البولوني واكتفى فقط بوضع ضوابط لمعرفة الظرف الطارئ².

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

شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري :

¹ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 33-34. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/716.

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 2/280.

لقد أغفل المشرع تحديد طبيعة الظرف الطارئ ، كما أغفل بيان العقود المعنية به ، غير أنه اكتفى ببيان حصول الظرف الطارئ بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، أي أن هذه النظرية متعلقة بالعقود الزمنية، أو الفورية المؤجلة التنفيذ¹ ، ويشترط لهذه النظرية أربعة شروط ، وهي مأخوذة من نص المادة 3/107 :

- أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه: وذلك بأن يكون مرجأ التنفيذ ، سواء كان العقد من العقود المستمرة ، كعقد الإيجار ، أو من العقود الفورية مؤجلة التنفيذ كعقد التوريد² ، ويعتبر هذا الشرط شرطا غالب الحدوث³

- أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام : وهو الحادث الذي يندر وقوعه كالحرب ، والزلازل ، والوباء أو ارتفاع باهض في الأسعار ...ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاما يشترك فيه طائفة من الناس فإن كان خاصا بالمدين فقط فلا تطبق أحكام هذه النظرية على هذا العقد ، والحادث الخاص بالمدين مثل مرضه أو إفلاسه أو موته ، أو احتراق محاصيله ، أو إضراب عماله...كلها أمور تفيد حوادث خاصة ، ولا تكفي لتطبيق النظرية ، وفي عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، ويظهر أن شرط عمومية الحادث الطارئ هو وسيلة لتضييق تطبيق هذه النظرية⁴.

- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها : الحادث الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه هو الحادث الخارج عن المألوف ، أي أن الرجل العادي ليس في وسعه أن يتوقعه ولا أن يدفعه إذا وقع ، والمعيار هنا موضوعي ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، فإذا كان في الوسع توقعه ودفعه باتخاذ التدابير الوقائية فلا يعد حادثا مفاجئا مثل حصول فيضان في بلد كثيرة الفيضانات ، أو انتشار دودة القطن، وهي حالة كثيرا ما تحدث في هذا النوع من الزراعة ...⁵

¹ هناك اختلافات فقهية كثيرة متعلقة بمجال نظرية الظروف الطارئة ، فهناك من يقول إنها تقتصر على العقود التبادلية ، دون العقود الملزمة لجانب واحد، وهناك من يرى بأنها تشمل كلا العقدين الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين ، وهناك من يستبعد العقود الاحتمالية من أن تعمها النظرية ، وهناك من يرى بأن النظرية شاملة لجميع العقود حتى الاحتمالية منها. انظر : علي فيلاي ، الالتزامات ، موفم للنشر ، سنة 2008م ، هامش ص 373.

² بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/255-256 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/718 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 142.

³ يقول الأستاذ السنهوري : على أن العقد إن كان غير متراخ ن وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية ، عقب صدوره مباشرة ، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ولهذا أثر التقنين المصري - مقتديا في ذلك بالتقنين البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب لا شرط ضروري . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/718.

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/720-721 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 142-143. علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص 376.

⁵ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/721-722 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 143.

- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ : أي أن هذا الحادث المفاجئ يهدد المدين بخسارة فادحة ، دون أن يصل الأمر إلى استحالة التنفيذ ، وفي هذه الحالة يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وبذلك ينقضي الالتزام ، بخلاف الظرف الطارئ الذي يسبب إرهاقا للمدين من غير أن يصل هذا الإرهاق إلى حد عدم القدرة على تنفيذ الالتزام، أو استحالته ، ولذلك فإن الإرهاق المعتد به هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل ، حتى إذا ما وقع يكون الجزاء فيه هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، والمعيار الذي يقدر به الإرهاق هو المعيار الموضوعي ، الذي لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه .¹

إذا توفرت هذه الشروط جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، فالقاضي قد يرى بأن الظروف تقتضي زيادة الالتزام المقابل ، وقد يرى أنها تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ، وقد يرى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث الطارئ .²

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي :

إن الشريعة الإسلامية بفضل أصلها الديني قد أفسحت في قواعدها مجالا رحبا لمبادئ الأخلاق والعدالة ، فكان طابع الرفق بالناس هو الغالب فيها³ ، ومن ذلك قول ابن القيم " فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم"⁴ .

وانطلاقا من مبدأ العدالة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وقررت في نصوصها كقوله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " ، وقوله تعالى " وما جعل عليكم في الدين من حرج " ، وقوله سبحانه " إن الله يأمر بالعدل والإحسان " وغيرها من الآيات الدالة على رفع الحرج والضيق، وإقامة العدل بين الناس، ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تستند على الأسس السابقة وجدت مجالا خصبا لتطبيقها في الفقه الإسلامي متمثلا في نظرية الضرورة الشرعية ، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ لامبيرفي المؤتمر الدولي

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/722/724 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/258 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 319 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 143-144 ، علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص 378 .

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/725 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/258-259 .

³ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 37 .

⁴ ابن القيم ، مرجع سابق ، ج3/11 .

للقانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1932م: " إن الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة ، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة ، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية ، التي نشأت بسبب الحرب ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة " ¹

كما أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري قد دعا إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استنادا إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي ، وذلك في مقاله الذي نشره بصدد تنقيح القانون المدني المصري ، حيث جاء فيه " إن نظرية الظروف الطارئة عادلة ، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية ، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة ، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسح الإيجار ، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية ، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع ."² وهو ما أكدته في محاضرة له حول مشروع تنقيح القانون المدني بقوله : " ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني ، فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية"³ ، وهو ما أكدته أيضا في بعض كتبه بقوله : " ومبدأ الحوادث الطارئة أخذت به بعض التقنيات الحديثة، فرجح التقنين الجديد الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي ."⁴ ، وهو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن "المشروع قد استمد من الشريعة الإسلامية الكثير من نظرياتها العامة ، وأحكامها التفصيلية ، ومن أهم ما اقتبس من نظرياتها العامة : النزعة المادية والموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي ، كما أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق... ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية"⁵ ، وعليه فنظرية الظروف الطارئة استمدت في الحقيقة من القوانين الغربية كالقانون البولوني والقانون الإيطالي - وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية كذلك عند الحديث

¹ إدوارد لامبير ، مقال بمجلة الاقتصاد والقانون ، السنة 02 ، العدد 05 ، القسم الفرنسي ، ص 302-303 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ج1/ 252-253 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 35-36.

² عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الأول ، يناير 1936 ، ص 132. نقلا عن : محمد رشيد قباني ن مرجع سابق ، ص 124.

³ عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني ، مجلة المحاماة ، السنة 22 ، العددان الرابع والخامس ، ديسمبر 1941م ، يناير 1942م ، ص 427.

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/59.

⁵ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/20-22.

عن المادة 147 - ولم تُستمد من الفقه الإسلامي أصالة ، غير أن الفقه الإسلامي كان دوره في هذه النظرية مرجحا فقط ، فلما كانت الكثير من الدول تعادي هذه النظرية ، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي ، وبالمقابل بعض الدول على قلتها أقرت هذه النظرية بنصوص صريحة في قوانينها المدنية ، أثر القانون المدني المصري الجديد الأخذ بهذه النظرية، وجعل عمدته في ترجيح الأخذ بها هو الفقه الإسلامي، الذي يزخر بتطبيقات عديدة لهذه النظرية مثل نظرية العذر ونظرية الجوائح .

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

قواعد نظرية الضرورة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة : لنظرية الضرورة قواعد كثيرة¹ نستطيع

أن نؤسس نظرية الظروف الطارئة عليها ، وفي هذا المقام نشير إلى بعضها فقط إجمالا وهي :

- **قاعدة المشقة تجلب التيسير**² : وفي ضوئها يسعنا أن نيسر على المدين إذا ما لحقت به مشقة ، أو أحاط به ظرف طارئ بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا .

- **قاعدة الضرورات تبيح المحظورات**³ : بالاستناد إلى هذه القاعدة نستطيع الخروج عن قاعدة احترام "القوة الملزمة للعقد" وبيئدئ هذا الخروج في إقالة المدين الذي غدا التزامه مرهقا من عثرته ، وذلك بتحفيز التزامه ، وهذه الإقالة ترتقي إلى مستوى الضرورة ، ولذلك ساغ لنا أن نهدر في سبيلها مبدأ احترام القوة الملزمة للعقد .

- **قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**⁴ : وفي ضوء هذه القاعدة يسعنا أيضا أن نخفض التزام المدين المرهق وهو (الضرر الأشد) بتحمل الدائن جانبا منه كأن يتحمل جانبا من ارتفاع الأسعار المؤدي لإرهاق المدين وهو بالنسبة للدائن في هذه الحالة يمثل (الضرر الأخف)⁵ .

بعض تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي :

ليس قاعد "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضى الطرفين" إلا تطبيقا لقوله تعالى : **"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"** غير أن تنفيذ العقد يجب أن لا يسبب ضررا للمدين لقاعدة **لا ضرر ولا**

ضرار⁶ ، فإن كان المدين معسرا فنظرة إلى ميسرة ، وإن لم يقدر على الوفاء دفعة واحدة أداه مقسما ، استنادا

¹ انظر : وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص : 193-278.

² المادة 17 من مجلة الأحكام العدلية.

³ المادة 21 من مجلة الأحكام العدلية .

⁴ المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية .

⁵ وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 106-107.

⁶ المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية .

لقاعدة "الأمر إذا ضاق اتسع"¹ ، وإذا تبدلت الظروف عند تنفيذ العقد ، واختلفت عن ظروف نشأته ، فأضر التنفيذ بأحد المتعاقدين، جاز في المذهب الحنفي فسخ العقد في الإيجار تأسيساً على القاعدة المتقدمة ، وجاز إنقاص ثمن الثمار والبقول المباعة قبل جنيها في المذهب المالكي والحنبلي ، إذا أصابتهما آفة قللت من كميتها أو ثمنها ، ومن هنا نشأت نظرية العذر في المذهب الحنفي ، ونظرية الجوائح في المذهب المالكي والحنبلي ، وكلاهما قائمتان على منع الإضرار بأحد العاقدين بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف نشأته².

1/ نظرية العذر:

لقد عرف فقهاء الحنفية العذر بأنه : " العجز عن المضي على موجب العقد ، إلا بتحمل ضرر غير مستحق به" أي بعقد الإجارة³ ، فالعذر يجعل المتعاقد عاجزاً عن تنفيذ ما اتفق عليه بموجب العقد ، ولكن لا يصل هذا العجز إلى درجة الاستحالة ، وإنما يتحمل المتعاقد بسبب حصول العذر ضرراً زائداً لم يلتزمه بالعقد⁴ - لكونه أمر طارئ الحدوث لم يكن متوقعا - وينتج عن تحقق العذر ثبوت الفسخ⁵ ، وهو ما أكده ابن عابدين بقوله " كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"⁶.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالعذر في المادة 443، وجعلته فاسخاً للعقد ، فنصت على أنه : " لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تفسخ الإجارة"⁷.

والأساس القانوني الذي أقام عليه المذهب الحنفي هذه النظرية هو أن الإجارة بيع المنافع ، والمنافع معدومة في الحال ، أي عند التعاقد ، فلا تحتل البيع ، فكان القياس عدم جوازها ، ولكنها مع ذلك قد جوزت استحساناً بحكم الضرورة لشدة الحاجة إليها ، حتى توفر المنفعة للمتعاقدين ، فإذا آل الأمر إلى الضرر وجب الرجوع إلى القياس ، والقول بعدم لزوم العقد .

¹ المادة 18 من مجلة الأحكام العدلية .

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 45.

³ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار إحياء التراث العربي ، ج 399/2.

⁴ عثمان بن علي بن محجن البا رعي ، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشهي المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق ، القاهرة ، الطبعة: الأولى، 1313 هـ ، ج 146/5 . محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 155.

⁵ يقول الأستاذ محمد عبد الجواد : "ومن الغريب أن نجد التعريف الذي وضعه فقهاء الحنفية للعذر الذي يجيز فسخ عقد الإيجار عندهم ، يتفق مع التسمية التي أطلقها مجلس الدولة الفرنسي على الإرهاق ، فيسمي مجلس الدولة الفرنسي العذر الزائد عما كان يتوقعه المتعاقدان عند التعاقد la charge extracontractuelle أي العبء الخارج عما يقتضيه العقد" . محمد عبد الجواد محمد ، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع ، ص 15.

⁶ ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 81/6.

⁷ سليم رستم باز ، مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، ص 249 .

وتوسعوا في ذلك حتى جعلوا العذر في مقام العيب قبل القبض في البيع، فتنسخ به الإجارة كما يفسخ البيع بالعيب ، لأن السبب فيهما واحد، وهو الضرر غير المستحق بالعقد¹ .

شروط تطبيق أحكام العذر :

- أن يكون العقد من عقود المدة التي يتم تنفيذها في مدة زمنية كعقد الإيجار مثلا .
- أن يطرأ بعد العقد عذر يمنع من تنفيذ العقد بحيث يعجز أحد المتعاقدين عن المضي على موجب العقد ، فإذا لم يصل العذر إلى حد العجز عن تنفيذه لم يكن عذرا .
- أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر من جراء المضي على موجب العقد ، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقا .

- أن يكون هذا الضرر غير مستحق بالعقد ، فإن كان مستحقا بالعقد لم يكن عذرا² .
فإذا توفرت الشروط السابقة كان الجزاء هو فسخ العقد للعذر ، وقد قسم الحنفية الأعداء الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أقسام :

- **عذر من جانب المستأجر :** وذلك إذا لحق المستأجر ضرر في نفسه أو ماله ، بسبب الالتزام بالعقد والاستمرار فيه ، لطروء أمور لم يلتزمها بالعقد ، مثل إفلاسه ، أو تغييره لحرفته ، أو سفره إلى مكان بعيد ... كل ذلك يجعل من الاستمرار في العقد لزوم الضرر بالمستأجر ، لأنه لم ينتفع بالمعقود عليه لسفره ، أو تغيير حرفته ، أو إفلاسه كما سبق³ .

ولقد توسع الحنفية في العذر الذي يكون في جانب المستأجر حتى جعلوا العدول عن العمل الذي لا نفع فيه ولا مصلحة عذرا يثبت به حق الفسخ ، كما لو استأجر الشخص رجلا لتنظيف ثياب ، أو خياطتها ، أو ليقطع شجرا ، أو ليزرع أرضا ، أو ليحدث في ملكه شيئا من البناء أو الحفر ، أو ليقلع ضرسا ... ثم بدا له ألا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ، ولا يجبر على شيء مما ذكر ، لأنه تبين له ألا مصلحة له فيه ، ذلك أن فعل المذكورات السابقة يؤدي إلى إتلاف المال ، وهو ضرر سيلحق بالمستأجر قطعاً ، فكان ذلك عذر يبرر له الامتناع عن المضي في العقد ، والمطالبة بفسخه⁴ .

- **عذر من جانب المؤجر :** مثل أن يلحقه دين فادح لا يجد طريقا للوفاء به إلا ببيع الشيء المأجور ، ولأن عقد الإيجار عقد لازم ، فإن البيع لا ينفذ إلا إذا أجازه المستأجر ، ولذلك جعل الحنفية الدين عذر يفسخ به عقد الإيجار ، لأنه عدم الفسخ سيؤدي إلى حدوث ضرر بالمؤجر وهو حبسه ، ولا يجوز تحمل

¹ عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج 146/5 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 49 .

² محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 155 .

³ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 197/4 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 156 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 321 ،

⁴ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 197/4 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 321 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 51 ،

ضرر غير مستحق بالعقد ، وكذلك لو اشترى رجل بيتا ثم أجره ، وبعد ذلك اكتشف عيبا بالبيت فله أن يرد ما اشتراه بالعيب ، ولكن البيت المعيب مؤجر ، ففي هذه الحالة للمؤجر أن يفسخ عقد الإيجار بالعدر المتمثل في حق الرد للعيب ، لأنه لو لم يفعل لتحمل ضررا غير مستحق بالعقد ، وهو التزام المبيع المعيب¹.

- **عذر راجع إلى العين المؤجرة أو الشيء المأجور** : مثل أن يستأجر الرجل حماما في قرية ليستغله مدة معلومة ، ثم هاجر أهل القرية ، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

ومثل أن يؤجر الوالد ولد للخدمة أو الحرفة ، ثم بلغ الولد أثناء الإجارة ، فيجوز فسخها ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي ، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه².

مذهب جمهور الفقهاء في الأعذار الموجبة لفسخ العقد

يرى جمهور الفقهاء : مالك والشافعي وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم أن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها ، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة³.

تنفسخ الإجارة في المذهب المالكي بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، من ذلك ما نص عليه المالكية كما في المدونة عند سؤال ابن القاسم عن انقطاع الماء عن الزرع ، أيقون ذلك عدرا تنفسخ به الإجارة ، فقال : "لم أسمع من ملك في انقطاع الماء شيئا ، وأراه عدرا " ⁴، ومثله في المدونة أيضا عندما سئل عن العبد الأبق المستأجر ، قال "أرأيت إن استأجرت عبدا فأبق ، أنتفسخ الإجارة في قول مالك ؟ قال : نعم ⁵.

وكذلك من أمثلة ما تنفسخ به الإجارة عند المالكية كمن اشترى حماما أو فندقا ، فانجلى أهل البلد عنه ، أو قل وارده ، ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه ، وكسكون الألم عن السن المستأجر على قلعها ، ومن استأجر دابة فمرضت ، وإذا اشترى الرجل أرضا فغاصت بالماء... كل ذلك يعتبر من الأعذار المبيحة للفسخ ، لعدم استيفاء المنفعة من المعقود عليه⁶.

وعند الشافعية تنفسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه ، أو عيب تنقص به المنفعة ، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي ، كمن استأجر دار فانهدمت ، أو اشترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ،

¹ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص49-50

² علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص52 ،

³ محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1995م ، ج4/1355 ،

موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968 ، ج5/336 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص323 ،

⁴ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المنني ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 1994م ، ج3/425.

⁵ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3/446.

⁶ أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1992م ، ج5/433 ، عبد الرزاق

السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/97 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص323 ، عادل مبارك المطيرات ، أحكام الجوائح في الفقه

الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، القاهرة 2001م ، ص134-135.

أو استأجر دابة فمرضت ، أو انهدم حائط في الدار المستأجرة ، أو انقطع ماء البئر أو العين... وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة¹.

وعند الحنابلة تنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا ، أو وجد خلل أو عيب في المعقود عليه تنقص به المنفعة ، ومن ذلك موت العبد ، والصبي المرتضع ، أو موت المرضعة ، وموت الراكب إذا لم يكن هناك من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، وانقلاع الضرس الذي اكرت لقلعه ، أو برئه ، وانهدام الدار ، وغرق الأرض وانقطاع مائها ، أو حدوث خوف عام يمنع الناس من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة².

ومثله ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أن نقص منفعة الحمام والفندق ونحوهما ، ومثل أن ينتقل جيران المكان ، أو يقل الزيتون لخوف أو خراب ، أو تحويل ذي سلطان لهم فإن ذلك يعتبر عذرا يحط به عن المستأجر بعض الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة³.

نظرية الجوائح :

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

تعريف الجائحة :

في اللغة : جاح الشيء استأصله ، ومنه الجائحة ، وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة ، وجاح الله ماله وأجاحه، أي أهلكه بالجائحة ، والجوح هو الهلاك والاستئصال ، والجائحة المصيبة التي تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله⁴.

في الاصطلاح :

¹ إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، ج2/263 ، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، (د ط) ، 1984 ، ج5/315 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/99 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323 ، عادل مبارك المطيرات ، مرجع سابق ، ص 135.

² إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة: الأولى، 1997 م ، ج4/440 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 5/339. وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/101-103 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323 ، عادل مبارك المطيرات ، مرجع سابق ، ص 136-137.

³ أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى ، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ، 1995م ، ج 30/311.

⁴ محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، عني بترتيبه : محمود خاطر ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، 2001م ، ص 110 ، الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ج1/216 ، ابن منظور ، مرجع سابق ، ج2/431 .

الجائحة عند المالكية : اختلفت آراء فقهاء المالكية في تعريفهم للجائحة إلى عدة آراء فمن ذلك قول ابن القاسم كما في الذخيرة للقرافي " قال ابن القاسم: هي ما لا يستطيع دفعه إن علم به"¹ ومثل لها في المدونة: "بالجراد و البرد ، والمطر ، والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة ، والدود ، وعفن الثمار في رؤوس الشجر ، والسموم تصيب الثمرة ، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها ، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت ، فإن ذلك كله جائحة من الجوائح توضع عن المشتري إن أصابت الثلث فصاعدا. "²، وقال أيضا : " وقال مالك في الجيش: يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته، قال: قال مالك: هو جائحة من الجوائح. قال ابن القاسم: ولو أن سارقا سرقها أيضا كانت جائحة في رأيي."³ ، وقال خليل : "هي ما لا يستطيع دفعه كسماوي، وجيش أوسارق خلاف"⁴، وقال ابن رشد الحفيد: "الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء ، مثل البرد والقحط وضده ، والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة ...وأما ما كان من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعض لم يره جائحة ... " ⁵.

ومن المالكية من قصرها على الآفة السماوية دون ما كان من صنع الآدمي⁶.

والجائحة عند الحنابلة هي : كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش⁷. وتوسع ابن تيمية في ذلك حتى عد الجائحة ما يكون من صنع الآدمي في ما لا يمكن ضمانه كالجيش مثلا ، قال : "إتلاف الجيش الذي لا يمكن تضمينه هو من الآفات السماوية؛ كالجراد. وإذا تلف الزرع بآفة سماوية قبل تمكن الآخر من حصاده فهل توضع فيه الجائحة كما توضع في الثمر المشتري؟ على قولين للعلماء. أصحابهما - وأشبههما بالكتاب والسنة والعدل - وضع الجائحة. "⁸.

ويلاحظ أن الفقهاء متفقون على دخول الآفات السماوية في مفهوم الجائحة ، وأن جمهورهم يقتصر على الآفات السماوية في تفسيرهم للجائحة ، وبعضهم جعل الجائحة في غير الآفات السماوية كصنع الآدمي، وهؤلاء أيضا اختلفوا في ذلك في مسألة الجيش والسرقة والنهب والسلطان الجائر⁹.

¹ أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212.

² مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3 / 590 - 591.

³ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3 / 591.

⁴ خليل بن إسحاق بن موسى الجندي ، مختصر العلامة خليل ، تحقيق ، أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، 2005م ، ص 160.

⁵ محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 / 1269.

⁶ كمطرف بن عبد الرحمان ، وعبد الملك بن الماجشون . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212 ، والحاصل أن المالكية اختلفوا في مسمى الجائحة إلى ثلاثة أقول : منهم من يجعل الجائحة في الأمور السماوية وحدها ، ومنهم من قال أنها تشمل حتى أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها ، وكان غالبا كالجيش ، ومنهم من قال أنها تشمل أعمال الآدميين التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المشتري . انظر محمد

ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 / 1269، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 164.

⁷ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 81/4.

⁸ عبد الحلیم ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج30 / 255.

⁹ عادل المطيرات ، مرجع سابق ، ص 17.

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

- أن يكون تنفيذ العقد متراجيا ، فبيع الثمار على رؤوس أشجارها قبل نضجها يحتاج إلى مدة زمنية لتنفيذ العقد ، وذلك بانتظار نضجها ، وقد تطول مدة جنينها أيضا .
- أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه : وذلك واضح من خلال الأمثلة التي عرضها المالكية والحنابلة من مطر وبرد وتلج ودود وعطش...وفي أغلبها جوائح عامة .
- أن لا يمكن التحفظ من تلك الجائحة : فلا يمكن التحفظ غالبا من الآفات السماوية كالمطر والبرد والعطش...وحتى ما كان من فعل الأدميين إذا كان غالبا كالجيش مثلا ، لأنه لا يمكن التحفظ منه وإن اتخذ المرء الاحتياطات اللازمة.¹

الجزاء في الجوائح والمقدار الذي يحصل به الضمان :

أما من حيث الجزاء في الجوائح فقد ذهب المالكية² والحنابلة³ إلى أن الضمان على البائع في ما أهلكته الجائحة ، خلافا للحنفية⁴ والشافعية⁵ الذين يرون أن الضمان على المشتري .

أما من حيث المقدار الذي يحصل به الضمان على قول من يرى بأن الضمان يكون على البائع في حال وقوع الجائحة فذهب المالكية إلى أن المقدار الذي يحصل به الضمان على البائع في الجوائح هو الثلث فأكثر إذا كان المحصول ثمارا⁶ ، أما إذا كان بقولا ففيه الخلاف ، قيل إذا أصابت الجائحة الثلث ، والأشهر أنه لا فرق بين القليل والكثير ، وهو قول مالك في المدونة⁷ ، فالضمان دائما على البائع ، أما الحنابلة فلم يفرقوا بين الثمار والبقول ، ولا بين المقدار القليل والكثير في ما أصابت الجائحة في ظاهر المذهب⁸ ، فالضمان على البائع لأنهم يعتبرون أن العقد لا يتم إلا بالقبض التام ، أو التمكن من القبض⁹.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في مسألة الظروف الطارئة :

1 محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 166.

2 محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 / 1267 ، أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق : محمد حجي ، سعيد أعراب ، محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي - بيروت ، 1994 م ، ج5/216 . مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3 / 591.

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

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

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

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

7 مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/587 . ونقل القرافي أن مالك يوقل بالثلث فيها قياسا على الثمار ، أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215.

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

9 أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني ، مرجع سابق ، ج30/267.

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

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

2/ أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية ، والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي ، أما في الفقه الإسلامي - حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد - فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد ، دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير¹ .

وبعد إلقاء نظرة إجمالية حول نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ونظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي يلاحظ أن الفقه الإسلامي توسع في تقدير الحادث الطارئ أكثر من القانون المدني الجزائري ، وأصله المصري ، فمن حيث الشروط الواجب توفرها في الحادث الطارئ نجد :

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

- أن الحادث الطارئ لا بد أن يكون عاماً ، وهو كذلك في نظرية الجوائح عند المالكية والحنابلة ، وخصوصاً إذا كان بأفة سماوية ، أما إن كانت الجائحة بفعل آدمي ففي عموميتها خلاف، أما العذر فيكون عاماً ، ويكون خاصاً أيضاً كما سبق .

¹ انظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ج6/90.

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

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

فجميع شروط نظرية الظروف الطارئة متوفرة ومحتواة في نظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي ، غير أن الفقه الإسلامي أوسع من حيث توفر بعض الشروط السابقة ، كشرط العمومية في الحادث الطارئ في القانون المدني ، والذي رأينا أن الفقه الحنفي في مسألة العذر يقبل حتى بالظرف الطارئ الخاص... أما من حيث جزاء توفر الشروط السابقة في الحادث الطارئ ، فقد رأينا أن القانون المدني الجزائري في مادته 03/107 ، وكذلك أصله المصري ، يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، غير أن الفقه الإسلامية إضافة إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أجاز أيضا فسخ العقد¹.

بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري :

زيادة على نص المادة 03/107 ق م ج الذي يقرر المبدأ العام للنظرية ، فإن القانون المدني الجزائري قد أورد بعض الحالات الخاصة التي تعد تطبقا من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ، غير أن هذه الحالات لخصوصيتها أورد لها المشرع أحكاما تختلف عن الأحكام المذكورة في النظرية العامة للظروف الطارئة ، مثال إسقاط شرط العمومية في أكثر الحالات ، والحكم بفسخ العقد بدل رد الالتزام إلى الحد المعقول في حالات أخرى .

ومن هذه التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر :

في عقد الإيجار:

- المادة 469 مكرر 1 : ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء. غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعارا لمدة شهرين².

¹ محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 173-177 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 324-325.

² أضيفت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.(ج.ر. 31 ص.4)

- المادة 510¹: "لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر. غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبية"²

- المادة 513³: "يجوز للموظف أو المستخدم إذا غير محل إقامته لمصلحة العمل، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معيناً لمدة على أن تراعى المواعيد المبينة في المادة 477 ، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"⁴. والملاحظ أن كل الحالات تعتبر حادث شخصي وليس عاماً كما تشترطه النظرية العامة للظروف الطارئة.

في عقد المقاوله :

- المادة 561 / 503⁵ : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ، بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد " ، والملاحظ على هذا النص أنه وإن اتفق مع النظرية العامة للظروف الطارئة في ما يتعلق بعمومية الحادث الطارئ ، فقد خالف النظرية بأن أجاز للقاضي فسخ العقد في حين أن النظرية العامة للظروف الطارئة لا تجيز فسخ العقد بل ترد الالتزام إلى الحد المعقول فقط .

نظرية التعسف في استعمال الحق

هذه النظرية عرفها الفقه الإسلامي منذ نشأته ، فقد انبثقت أنوارها الأولى، ونبت غرسها المبارك ، ووضعت أصولها الأولى من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، ثم أخذت هذه النظرية تتطور وتحتل مكانها المرموق في التشريع الإسلامي بتعهد الفقهاء لها في جميع مراحل التشريع، حتى استوت خلقاً سوياً، كامل

¹ المطابقة لنص المادة 601 قانون مدني مصري.

² حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، و ألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

³ المطابقة لنص المادة 609 قانون مدني مصري ، وهو حكم مقتبس من الفقه الإسلامي ومن نظرية العذر في المذهب الحنفي على وجه الخصوص ، انظر فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، مرجع سابق ، ص.153. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص 51.

⁴ حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، وألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

⁵ المطابقة لنص المادة 04/658 قانون مدني مصري

التكوين واضح المعالم ، حتى كان لها من العموم والشمول ما لم يتحقق لها في التشريعات الوضعية التي نبتت فيها هذه النظرية ، بعد آحاد طويلة من رسوخها واستقرارها في الفقه الإسلامي .

حقا إن الفقهاء المسلمين لم يتناولوا هذه النظرية بوصف كونها نظرية على النظام المعروف في الفقه الغربي، لأن الفقه الإسلامي لم يُبَنَ بوجه عام على النظريات العامة ، بل هو بصورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص من القضايا الفردية ، والناظر في تلك القضايا الفردية يستطيع أن يستخلص من أحكامها التي قررها الفقهاء نظرية عامة لسوء استعمال الحق على غرار ما صنع فقهاء التشريع الوضعي¹ وترتبط هذه النظرية ارتباطا وثيقا بالحق الذي ذهب أكثر الفقهاء في عصرنا الحاضر إلى أنه ذو وظيفة اجتماعية² ، فلا يجوز لمستهمله أن يخرج عن وظيفته هذه، وإلا عد ذلك تعسفا في استعمال الحق، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها ...

وحيثما أراد المشرع المصري - الذي هو أصل القانون المدني الجزائري في هذه النظرية - أن يورد في التقنين المدني الجديد لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد في الفقه الإسلامي³ .

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

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

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

³ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري، سنة 1982، برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، وعضوية أكثر من سبعين عضوا من أساتذة الشريعة والقانون على رأسهم شيخ الأزهر جاد الحق علي جاد الحق صدر ضمن سلسلة تجمع جميع مشاريع القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي والتي أعدها مجلس الشعب المصري 1982 وعنون جامع هذه السلسلة هذا المجموع بعنوان قوانين الشريعة على المذاهب الأربعة ، وخصص القانون المدني بجزء خاص : قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م ، ج 29/2-30..

ولقد استعمل الفقهاء المسلمون بعض الألفاظ والعبارات التي تؤدي نفس المعنى مع الإساءة والتعسف ، فلقد استعمل الشاطبي عبارة الاستعمال المذموم¹ ، وابن القيم عبارة المضارة في الحقوق² ، أما الفقهاء المعاصرون فمنهم من آثر لفظة المضارة³ على التعسف ، ومنهم من فضل الترجمة الأصلية للمصطلح وهي الإساءة⁴ ، ومنهم من فضل استعمال كلمة التعسف لدقتها في تأدية المعنى المراد ، ذلك أن التعسف انحراف عن الجادة ، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير ، كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بغيره ، وقد لا يكون كما في نكاح التحليل مثلا ، إذ القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثا إلى زوجها الأول ، ولا مضارة فيه لأحد ، وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج ، وهو التماسل والألفة والمودة وبناء أسرة ، فلم يشرع الزواج في الأصل للتحليل⁵ .

تعريف التعسف لغة : الْعَفُّ وَالذُّعْفُ وَالْإِعْسَافُ: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق ، وَالْعَفُّ: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد، ولا هداية، ولا توخي صوب، ولا طريق مسلوك. يقال: أَعْتَسَفَ الطَّرِيقَ إِعْسَافًا إِذَا قَطَعَهُ دُونَ صُوبِ تَوْخَاهُ فَأَصَابَهُ. وَالذُّعْفِيُّ: السَّيْرُ عَلَى غَيْرِ عِلْمٍ وَلَا أَثَرٍ. ومنه قيل: رَجُلٌ عَوْفٌ إِذَا لَمْ يَقْصِدْ قَصْدَ الْحَقِّ ، ثم كثر حتى قيل: عَفَّ السُّلْطَانُ: إِذَا ظَلَمَ. وَتَعَسَّفَ فَلَأَنَّ فَلَانًا إِذَا رَكِبَهُ بِالظُّلْمِ وَلَمْ يَنْصِفْهُ. وَرَجُلٌ عَوْفٌ إِذَا كَانَ ظُلْمًا⁶ .

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

تعريف التعسف اصطلاحا

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

¹ أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، خرج أحاديثه : أحمد السيد سيد احمد علي ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التوفيقية ، 2003م ، د ت ط ، ج 181/3.

² فتحي الدريني ، مرجع سابق ص52. نقلا عن الطرق الحكمية لابن القيم ، ولقد رجعت إلى الكتاب المذكور فلم أجد ذلك.

³ محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، السنة الخامسة ، سبتمبر 1961م ، العدد الثالث . ص: 82.

⁴ أو سوء استعمال الحق بدل إساءة استعمال الحق كما يعبر به صبحي محمصاني ، مرجع سابق، ص:44.

⁵ فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 53.

⁶ انظر محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية ، بيروت ، الطبعة

الخامسة ، سنة 1999م ، ص 208. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار

الفكر ، سنة 1989م ، ج 4 / 311. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة

، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثامنة ، سنة 2005 ، ص 837.

معنى ذلك - يقول أبوسنة - " قرر الفقهاء كما في الفقه الحنفي وغيره أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفا معتادا ، ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد " ¹ ، ومما يلاحظ على هذا التعريف - كما يقول الدريني - ملاحظات أهمها أن التعسف في حقيقته ليس مرتبطا بغير المعتاد من التصرف ، إنما يرتبط أساسا بغاية الحق ونتيجة استعماله ، يدلنا على ذلك أن التصرف قد يكون معتادا ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة ...

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

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

ويكون التعسف في جميع التصرفات القولية والفعلية المأذون فيها شرعا بحسب الأصل ليخرج بذلك التصرفات والأفعال غير المشروعة لذاتها ، لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا ، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق هذه النظرية ² .

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

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

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني

من الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني القديم نصوصا صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، ذلك أن القانون الروماني لم يكن وليد النظريات بل كان أساسه القضايا العملية والمسائل الحقيقية الفرعية التي عرضت على فقهاءه ³، إضافة إلى ذلك فإن القانون الروماني مشبع بفكرة الحق

¹ أحمد فهمي أبو سنة ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مقال منشور في مجلة الأزهر ، جمادي الآخرة ، سنة 1382 ، عدد 218 ، ص 432. وأصل هذا المقال محاضرة بأسبوع الفقه الإسلامي .

² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 91 .

³ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 431 .

المطلق والروح الفردية ، فلم تظهر فيه نظرية التعسف بوضوح¹ ، بل كانت تسود فيه قواعد ضد مبدأ التعسف ذاته فقد جاء في الديجست² قول الفقيه الروماني الكبير كايوس " ليس بالمعتدي من يستعمل حقه " ، وعن الفقيه بولس " أنه لا يأتي عملا ضارا إلا من يعمل بدون حق " وعن أولبيانوس " إنه ليس بالمؤذي من استعمل حقه " و " من استعمل حقه فما ظلم "³.

غير أنه نقل عن بعض فقهاء القانون الروماني بعض الأمثلة التي تدل على أنهم فكروا في هذه النظرية ويعد ذلك بداية لنشأتها حتى تتطور فيما بعد ، ومن ذلك المقولة الشهيرة " منتهى الحق منتهى الظلم " فهم قد عرفوا أنه لا تناقض بين أن يقال في مسألة واحدة أنها تمثل الحق والظلم في آن واحد. ومن ذلك ما ينسب إلى الفقيه مارسيلوس قوله " من يحفر في ملكه ويجذب بذلك الماء عن بئر جاره فلا يكون ضامنا ، ولكن بشرط أن يفعل ذلك بنية تحسين أرضه أما إذا فعله بنية الإضرار بالجار فهو ضامن ومسؤول بدعوى الاحتيال "⁴. ومن ذلك ما يعزى إلى الفقيه إيلبيان " أن من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابغة في عين لجاره ، لا يكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر ، ولكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار "⁵ ، والملاحظ لهذه الأمثلة يدرك جيدا تذبذبها بين نفي المسؤولية في حالة، وإثباتها في حالة أخرى، مما يدل على أن هذه التطبيقات قامت على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة ، أكثر من كونها تطبيقا لنظرية التعسف، ولعل العادات كان لها تأثير في تقييد بعض الحقوق⁶.

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي

انتقلت هذه النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى ، فذهب دوما إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله، وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها فتتحقق مسؤوليته⁷.

¹ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، الطبعة السابعة ، 2003 ، ص 210.

² وهي "مدونة الاجتهاد" إذ تعد من أبرز مؤلفات الرومان القانونية ، كما جاء في : فتحي الديني ، مرجع سابق ، ص 433. صبحي

محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1972 ، ج 1 ص 50.

³ فتحي الديني ، مرجع سابق ، ص:433.

⁴ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:50.

⁵ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج948/1. علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص :

.211

⁶ فتحي الديني ، مرجع سابق ، ص:434.

7 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ج949/1.

أما القضاء فقد كان يطبق هذه النظرية رغم عدم النص عليها في القانون باعتباره كان يتسم بوجه عام بالنزعة الفردية اللهم إلا تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية، ومن ذلك الحكم الصادر سنة 1855م عن محكمة كولمار القاضي بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله أدت إلى حجب النور على جاره¹، ففكرة التعسف كانت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين، وجرت بها أقدامهم، كما عرفت في مجال القضاء، ولعلمهم كانوا يستوحون في ذلك مبادئ العدالة فطبّقوها على أشد الحقوق إطلاقاً، وهو حق الملكية، غير أن هذه التطبيقات التي ظهرت في القانون الفرنسي القديم قد طمستها الثورة الفرنسية إلى أن ظهرت في أواخر القرن التاسع² وبداية القرن العشرين³.

أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي لسنة 1804م فقد جاء مشبعاً بالروح الفردية، مما جعل أساس القانون هو الحق المطلق، وكان من آثار ذلك أنه لم يقدّم النظرية على أساس مستقل، بل تستر وراء مبنى المسؤولية التقصيرية، وهو "الخطأ"، في المواد (1382، 1383)، وحاول أن يبرر أحكامه بناء على مقتضى هذه النظرية بالاستناد إلى فكرة الخطأ⁴.

ومن الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال ما قضت به محكمة استئناف باريس سنة 1941م، من أن المالك يكون متعسفاً في استعمال حقه وتجب مساءلته لأنه وإن كان قد أقام حائطاً في مدخل مسكنه الكائن وسط حديقته بهدف منع الأتربة، إلا أنه قد سد بذلك فناء جاره الذي كان بمثابة ممر له، فهو اختار في التنفيذ طريقة تعد أكثر إضراراً بجاره، إذ كان يمكنه أن يقيم الحائط بمادة شفافة لا تحجب الضوء عن جاره وتمنع مرور الأتربة في ذات الوقت⁵.

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

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

1 محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1979. ص: 313. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص: 950.

2 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص: 436.

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

4 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص: 438.

5 محمد شوقي السيد، مرجع سابق، ص 316.

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

3 - القانون الصادر بتاريخ 1956/4/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة¹ .

نظرية التعسف في استعمال الحق في باقي الدول الغربية

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

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

فنص القانون المدني الألماني يسمح بتطبيق نظرية التعسف في حدود ضيقة جدا إذ قصرها على قصد الإضرار فقط ، وهو معيار ذاتي محظ ، فلو صاحب قصد الإضرار حصول منفعة ولو قليلة لصاحب الحق ، كان استعماله لحقه مباحا² .

أما القانون المدني السوفييتي الصادر سنة 1926م ففي المادة الأولى منه أخذ بالمعيار المادي وحده فضلا عن غموض المادة واتساعها ، فقد نصت على أن " القانون يكفل الحقوق المدنية ، إلا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله " ، وعند صدور القانون المدني الجديد سنة 1964م نقل الحكم إلى المادة الخامسة منه³ . ومن القوانين التي زاوجت بين المعيارين الذاتي والموضوعي :

- **قانون الالتزامات السويسري** الصادر سنة 1906م ، والمعمول به ابتداء من 1912م ، متوسعا في حالات التعسف فنص في المادة الثانية منه على أنه " يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه ، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق ، فلا يقره القانون " .

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

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462.

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

- مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات فقد جاء في المادة 2/74 على أنه " يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير ، متجاوزا في استعماله حقه حدود النية الحسنة ، أو الهدف الذي من أجله وجد الحق".

- القانون المدني البولوني في المادة 35 منه " أن كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه ، يكون ملزما بضمانه ، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق " .

- القانون المدني النمساوي في المادة 1295 والتي تم تعديلها سنة 1916م " يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافى مع الآداب وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير "1.

تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في الدول العربية:

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

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

أما القانون المصري الجديد فهو ثاني قانون في البلاد العربية نظم نظرية التعسف في استعمال الحق في صلب التقنين، وصاغها ومعايير التعسف كاملة في مادتين (4،5) من الباب التمهيدي . وقد عدها واضعه وشارحه الأستاذ السهوري في جملة المبادئ التي استمدتها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي، حيث قال " ...ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ، لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدتها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي² . ولم يقتصر فيها على

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462-463.

2 يقول الأستاذ مصطفى الزرقا " بل إن قول السهوري " لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدتها كذلك من أحكام

الفقه الإسلامي" يفيد أن الأحكام التي تضمنتها المادتان المذكورتان فيه عن التعسف في استعمال الحق هي خليط ومزيج من القوانين الأجنبية والفقه الإسلامي، ثم تابعته القوانين العربية التي أخذت عنه متابعة حرفية في هاتين المادتين عن التعسف " مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، دار البشير ، عمان ، ط2/1987.ص.10.

المعيار الشخصي الذي اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله¹ .
وعن القانون المدني المصري استقت الدول العربية هذه النظرية كالقانون المدني السوري، والليبي، والجزائري، والأردني، والذي جاء في مذكرته الإيضاحية للمادة 66 التي تضمنت حكم التعسف ومعاييرها :
" تتناول هذه المادة حالة إساءة استعمال الحق ، وقد عرف فقهاء الإسلام هذه الحالة منذ القديم ، وشرعوا لها الأحكام ثم لحق بهم الغربيون ..

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

وقالت عن بعض المعايير : " قد استقر الفقه الإسلامي على الأخذ بها " ، وقالت عن بعضها الآخر " إن الفقه الإسلامي أساسها . "

ثم قالت أخيرا : " وعلى هذا النحو وضع المشروع قاعدة لمباشرة الحقوق ، استنادا إلى ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية المتفقة مع ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية إساءة استعمال الحق² .

موقف الفقه الغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق

لأن معظم فقهاء العالم أضحى يسلم اليوم بأن الحقوق نسبية لا مطلقة ، وأن استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله ، فقد تبلورت هذه النظرية في تشريعات العلم جله على تفاوت بينها في مفهوم التعسف ومدى تطبيقه ، وأخذت طريقها إلى التقنين مع الانتقادات الكثيرة لبعض الفقهاء ومعارضتهم لها³ .

الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق

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

1 السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/47.

² نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 11.

3 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 444. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني مما يؤدي إلى الخلط بين علم الأخلاق وعلم القانون¹ ، ثم يضيف بأن هذه النظرية من الخطورة بمكان لأننا إذا أسندنا إلى القاضي الكشف عن النية و الباعث فإن ذلك يجعل الناس معرضون لأهواء القضاة وتقديرهم الشخصي وتحكمهم الكيفي ، إذ لا شيء يمنع القاضي من أن يقرر أن هذا العمل مقصود فيه الإضرار ، أو أنه يشكل تعسفا في استعمال الحق من غير قصد ، وبالتالي يستطيع القاضي أن يضرب بالنص عرض الحائط ، ويكون بذلك سلطانا فوق القانون² .

وعلى هذا فإن الفقيه إسمان قد أسس نقده للنظرية على أساس الخلط بين القانون وعلم الأخلاق ، وما قد يؤدي إليه من تحكم القضاة عند البحث عن النية التي صحبت استعمال الحق ومما قد يرد به على الفقيه إسمان ما يلي :

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

- لقد أباح القانون للقاضي في أكثر من موضع البحث عن النية والكشف عنها ، وإعمال سلطته التقديرية في ذلك ، فضلا عن ان هذه السلطة التقديرية غير مطلقة بل هي مقيدة بأسس وقواعد وضوابط ، ثم إذا كانت سلطة القاضي التقديرية مطلوبة في مواضع كثيرة فلماذا نخشاها فقط في مسألة التعسف³ .

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

ومع ما سبق فإن إسمان يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي إلى قيام المسؤولية إذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر ، ومثل لذلك بحالة الإضراب الذي يقوم به العمال لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين إلى النقابة ، إذ في هذا الإضراب تعطيل لحق رب العمل ، واعتداء على حرية العمل⁴ .

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 448.

2 عدنان القوتلي ، مرجع سابق ، ص 317.

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

4 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 456.

رأي بلانيول :

يرى بلانيول أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية إنما هو أساس متناقض في ذاته ، فاستعمال الحق أمر مشروع ، والتعسف مجاوزة لحدود الحق ، وهو أمر غير مشروع ، فإذا وجد الحق انتفى التعسف ، وإذا وجد التعسف انتفى الحق ، بل تتكرر لها حتى قال عنها أنها خاطئة حتى في تسميتها¹ ولذلك قال كلمته المشهورة " ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف في استعماله ، ولا يمكن ان يكون تعسف في استعمال حق ما ، لسبب لا يمكن أن يدحض ، وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد موافقا للقانون ومخالفا له² .

فرأي الفقيه بلانيول يرتكز على نقطتين :

- 1 - أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع وغير مشروع في وقت واحد.
 - 2 - أن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية - وهو مبنى التعسف في نظره - لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع لا يستند إلى حق ، وعليه فجميع حالات التعسف تعد حالات خروج عن الحق .
- غير أن هذا الرأي قوبل بعدة انتقادات أهمها :

- يرى السنهوري " أن النقد الذي توجه به بلانيول إنما هو نقد شكلي لا غير ، إذ يمكن لرده أن نقول : إن هناك نوعين من الخروج عن الحق ، خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتعسف في استعماله ، ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق ... ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون في الوقت ذاته مخالفاً للقانون " ³ .

ولذلك رد جوسران على ذلك بقوله " إن كلمة Droit في اللغة الفرنسية لها معنيان ، فهي تعني الحق الشخصي تارة ، وتارة أخرى تعني القانون ، ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفاً للقانون⁴ .

وفي السياق نفسه يقول الدريني : " المشروعية وعدم المشروعية لم ينصبا على ذات الفعل في وقت واحد ، إذ الأولى - وهي المشروعية - منصبة على ذات الفعل ، لاستناده إلى حق ، وعدم المشروعية منصب على الباعث أو نتيجة الفعلكتلقي السلع فإنه يمنع وإن كان الباعث عليه

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

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

3 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/ 951-952.

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

مشروعاً وهو جلب الرزق من طريق مشروع وهو حرية التجارة ، أما المنع - عدم المشروعية -
فذلك بالنظر لمخالفته للقاعدة العامة القاضية بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام...وعلى
ذلك فلا تناقض ، فيمكن أن يكون الفعل في ذاته مشروعاً ، ولكن في الوقت نفسه مخالف لروح
الشريعة وقواعدها العامة، ومثل ذلك يقال في القانون"¹

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

أما التعسف فالفعل فيه مشروع لذاته ولكن قصد به مثلاً تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو
حدوث ضرر أكبر من المنفعة التي تعود على صاحبه ، فيمنع التسبب لذلك كمن يبني في أرضه
من غير مجاوزة لحدود ملكه ، وإنما يبني بقصد الإضرار بجاره ليحجب النور عنه² .

ومن الأقلية من الفقه العربي التي تنكرت لهذه النظرية وانتقدتها انتقاداً مريراً ، الأستاذ مصطفى
مرعى الذي أبى أن يسمي هذه النظرية بالاسم الذي عرفت به ورأى أن يسميها " الخطأ تحت ستار
الحقوق " ، ثم ينتهي إلى القول بأنه من المعترضين على هذه النظرية لأن الحقوق لا يساء استعمالها
ولكن من يستعمل حقه لا يحقق به نفعاً لنفسه ، ولكن ليقع به ضرراً بالغير فهو مخطئ³ .

الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق

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

رأي سالي :

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 446.

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 446-449.

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

يعتبر الفقيه سالي من الفقهاء الفرنسيين السابقين إلى الإقرار بهذه النظرية والدفاع عنها غير أنه جعل المعيار المادي أساساً لها ، بخلاف المعيار الذاتي الذي يجعل في رأيه النظرية بغير فائدة لعسر تبين القصد والنية ، ولذلك جعل علة التعسف تظهر في الاستعمال غير الطبيعي للحق ، بحيث جعل الظروف والبيئة والعرف هي المحدد ما إذا كان الاستعمال عادياً أم غير عادي ، ويقصد بالاستعمال غير العادي الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله الحق من دون اعتبار لنية صاحبه¹.

رأي جوسران :

يعتبر جوسران الحق في ذاته وظيفة اجتماعية ، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية إلزامية ، والحق كونه متفرعة عنها تأخذ طابعها ، فهي إذا اجتماعية في نشأتها وروحها والغرض منها ، وإذا كانت الجماعة قد منحت الأفراد هذه الحقوق فما ذلك إلا لكي تكون في أيديهم وسائل أمن وعمل لصالح الجماعة ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق استعمالها الاستعمال الذي يؤدي الغرض منها .
فحق الملكية مثلاً ليس إلا وظيفة اجتماعية ، فإذا استعمله الفرد فيجب أن يستعمله بما يؤدي إلى حفظ الصالح العام وأمن المجتمع وراحته .

فالتعسف إذا هو الخروج بالحق عن الهدف الاجتماعي الذي وضع له² ، ولما كان هذا المعيار من التجريد والسعة بحيث يعسر تطبيقه ، ويفتح المجال واسعاً أمام القضاء ليتحكم في النظر إلى الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق بمنظاره الشخصي المبني على معتقدات حزبية أو سياسية...
ولهذا دعا جوسران إلى الاستغناء بالبائع النفسي حتى إذا كان موافقاً للغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق لم يكن تعسفاً وإذا خالفه عد ذلك تعسفاً لأنه دافع غير مشروع .

ومما يؤخذ على رأي جوسران أنه جعل الحق وظيفة اجتماعية ، والحق في الواقع ليس بذاته وظيفة اجتماعية ، وإنما له وظيفة اجتماعية، وفرق بين الأمرين ، ففي الحالة الأولى يكون الشخص مجرد وكيل أو موظف ، بل يعتبر الشخص مجرد آلة اجتماعية أو عنصر تكوين لا يعمل لصالحه الخاص بل لصالح الجماعة ، وفي الحالة الثانية يكون الحق مجرد وسيلة لتحقيق غرض وغاية لصالح الجماعة بحيث للفرد أن يمارس حقوقه بكل حرية بشرط أن يحافظ على الغرض الذي شرع الحق لأجله ، وفي ذلك يتحقق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة³.

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 455.

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

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

موقف الفقه الإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق

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

نظرية الحق المطلق:

يمثل هذه النظرية اتجاه كبير في الفقه الإسلامي ، فقد ذهب إليها كل من أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة وداود الظاهري وابن حزم وغيرهم¹ ، ومن مستنداتهم ما تقرر في الفقه من أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان" وهي نص المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية.

فقد قال أبو حنيفة " من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به " ، وحكي أن رجلا تضرر من بئر حفرها جاره في داره فأتى أبا حنيفة شاكيا مستفتيا فلم ينكر عليه فعله في ملكه ، بل هدى المستفتي إلى حيلة بقوله " احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة" ، ففعل . وكلا الأمرين - يقول صبحي محمصاني - كما ترى فيه ضرر وأذى ، ولكنه جائز لم ينكره أبو حنيفة²... ومثله ما نقله الكاساني أيضا " وله أن يرفع بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس؛ لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه، وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تتورا أو حماما أو رحي؛ لما قلنا، وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا، أو قصارا، وإن كان يتأذى به جاره؛ لما قلنا، وله أن يفتح بابا أو كوة؛ لما ذكرنا ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى، وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو كرباسا، وإن كان يهي بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك؛ لم يجبر على التحويل، ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن. "³

ونقل عن الشافعي في حديثه عن الغاصب للأرض قوله "عند شرحه لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار" ... "ووجهه الذي يصح به: أن لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، ولا ضرار في أن يمنع رجل من ماله ضررا ولكل ما له وعليه... أو رأيت رجلا له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهما فسأله الرجل أن يبيعه منها ممرا بما شاء من الدنيا هل

¹ زعم الدكتور فيض الله ، مرجع سابق ، ص 191. بأن هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وذلك محل نظر ، إذ جاء عن

كثير من الفقهاء والأصوليين المدققين خلاف ذلك، مثل الشيخ أبو زهرة والدكتور فتحي الدريني ..

² صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 39 .

³ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثانية،

يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟ أو رأيت رجلا عنده أمة عمياء لا تتفعه 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 إضرارا بنفسي وإضرارا للطالب إلي حتى أكون جمعت الأمرين فإن قال، وإن أضر بنفسه وضار غيره فإنما فعل في ماله ما له أن يفعل. قيل: وكذلك حافر البئر في أرض الرجل والمزوق جدار الرجل وناقل التراب إلى أرض الرجل إنما فعل ما له أن يفعل ومنع ما له أن يمنع من ماله.¹

وخلاصة كلام الشافعي كما لخصها - صبحي محمصاني - هو أنه " لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وإن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ، ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضا ".²

وجاء عن ابن حزم أنه قال " لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقا " وقال أيضا "ولكل أحد أن يعلي بنيانه ما شاء - وإن منع جاره الريح والشمس - لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له. ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام، أو فرن، أو رحي، أو كمر أو غير ذلك، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك".³

وهذا الرأي - يقول محمصاني- شبيه بالنظرية الأوروبية التقليدية ، التي تنظر إلى الفرد وحده وإلى حقوقه بحد ذاتها ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين وعن حقوق المجتمع الذي ينتسب إليه، فهي ترى حقوقه هذه مطلقة ، لا يكون استعمالها أبد غير مشروع ، وتراها ثابتة لصاحبها يستعملها بحرية، دون تغيير ودون التفات كبير إلى الغاية التي منحت لأجلها . ولذلك سميت هذه النظرية بالنظرية الفردية⁴ .

النظرية المادية

تنظر هذه النظرية إلى الضرر الناتج من استعمال الحق ، بغض النظر عن نية ممارس الحق ما دام يضر بالآخرين ضررا فاحشا ، وممن قال بهذه النظرية جمهور الفقهاء من المالكية ومتأخري الحنفية

¹ الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، 1990، دون طبعة، ج3/255

² صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:40 .

³ أبو محمد علي بن أحمد حزم الأندلسي الظاهري ، المحلى بالآثار ، دار الفكر - بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، ج7/85-86.

⁴ صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:40 .

والحائبة¹، مستندهم في ذلك العديد من القواعد الفقهية مثل قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"²، " الضرر يزال"³، " درء المفاسد أولى من جلب المصالح"⁴، " إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع"⁵...

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

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

قال: نعم، يمنع من ذلك⁶ للضرر الفاحش البين من اطلاع الغير على العيال وضحن الدار والمطبخ والبئر⁷ ، وجاء عنه أيضا: " قلت: وكذلك إن لم يفتح فيها أبوابا ولا كوى، ولكنه منعني الشمس التي تسقط في داري ومنعني الريح التي كانت تهب في داري، أكون لي أن أمنعه من أن يرفع بنيانه إذا كان مضرا بي في شيء من هذه الوجوه التي سألتك عنها في قول مالك؟

قال: لا يمنع من هذا، وإنما يمنع إذا أحدث كوى أو أبوابا يشرف منها، فهذا الذي يمنع منها ويقال له سدها، ولم أسمع من مالك في الريح والشمس شيئا. ولا أرى أن يمنع من ذلك"⁸ . لأنه لا يرى فيها ضررا ضررا فاحشا وهو ما أكدته المجلة في المادة 1201 " منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكليية ضرر فاحش ..."⁹ ومنه قول ابن جزى "من أحدث ضررا أمر بقطعه ... وينقسم الضرر المحدث قسمين: أحدهما متفق عليه والآخر مختلف فيه ، فالمتفق عليه أنواع : فمنه فتح كوة أو طاق يكشف منها على جاره فيؤمر

¹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 187. أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 105.

² محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق ، ج1/199 . مجلة الاحكام العدلية المادة 19.

³ عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، 1990م . ج1/83 ، زين الدين بن إبراهيم بن

محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، علق عليه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات، دار الكتب

العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى 1999م . ص72. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق، ج1/210. مجلة الأحكام العدلية المادة 20.

⁴ مجلة الاحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/87. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

⁵ السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/115. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص 100. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ج1/244. مجلة الاحكام العدلية المادة

⁶ مالك بن أنس ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى ، 1994م ، ج4/474.

⁷ وهو ما أكدته المادة 1202 من المجلة ومثلت للضرر الفاحش في عدة مواد منها 1200 ، 1201 ، 1202 ، 1204 ...

⁸ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج4/475.

⁹ وهو ما أكده الشيخ أبو زهرة بقوله " ولا يعد في عرف الفقهاء ضوء الشمس من الحوائج الأصلية" محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 106.

بسدها أو سترها، ومنه أن يبني في داره فرنا أو حماما أو كير حداد أو صائغ مما يضر بجاره دخانه فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان، ومنه أن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه أو يجري في داره ماء فيضر بحيطان جاره، وأما المختلف فيه فمثل أن يعلي بنينا يمنع جاره الضوء والشمس فالمشهور أنه لا يمنع منه وقيل يمنع¹.

ومنه ما جاء عن بعض متأخري الحنفية كابن عابدين قوله: "القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضررا بينا، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه كمن أراد أن يبني في داره تتورا للخبز دائما أو رحي للطن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا." ².

والخلاصة من هذه النظرية هو أن الضرر البين والفاحش عند استعمال الحق يكون ممنوعا بغض النظر عن نية صاحبه أكانت حسنة أم سيئة، وإن كان الضرر غير بين فهو من قبيل استعمال صاحب الحق حقه وإن ثبت أن نية صاحبه كانت لأجل الإضرار بالغير، لهذا سميت هذه النظرية بالنظرية المادية لتمييزها عن النظرية المعنوية التي تنظر في استعمال الحقوق إلى نية صاحبها³.

النظرية المعنوية

وهذه النظرية تقوم على تحري نية ممارس الحق، الذي أنزل بممارسته إياه ضررا بالغير .
أ / فإن لم تكن له نية سوى مجرد الإضرار بغيره، من غير ما مصلحة له في تصرفه، كان مسيئا في ممارسته لحقه، فيرد قصده عليه، ويؤمر بإزالة الضرر .
ب/ وإن لم تتجه نيته إلى غيره بإضرار أو أذى، ففعله سليم وإن حاق الضرر بغيره، ولا يعتبر مسيئا في ممارسته لحقه .

فمدار هذه النظرية هو التركيز على نية مستعمل الحق، وتتبع حركاتها عند استعماله لحقه، وذلك في ضوء الدلائل والقرائن الخارجية التي تشير إلى ذلك⁴.

وممن نبه إلى ذلك أبو إسحاق الشاطبي والذي أوجب تنفيذ الأحكام الشرعية وفقا للمقاصد التي وضعت لها، فقال عند كلامه في المسألة الثالثة تحت عنوان بطلان العمل المغاير لقصد الشارع: " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل .

¹ أبو القاسم، محمد بن أحمد ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 224.

² ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، 1992م، ج 237/5.

³ صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص: 48.

⁴ فيض الله، مرجع سابق، ص 135 - 136 .

أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن التشريعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفسد ، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة ¹ .

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

- 1 - إذا كان الفعل الجائز شرعا لا يلزم عنه إضرار الغير ، فهو يبقى جائزا على " أصله من الإذن ، ولا إشكال فيه ، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه ، لثبوت الدليل على الإذن ابتداء " .
- 2 - إذا كان الفعل الجائز شرعا يلزم عنه إضرار بالغير ، وكان فاعله لا يقصد إضرارا بأحد ، فهو يبقى جائزا لمن ثبت حقه فيه شرعا ، إلا في حالتين : الأولى إذا كان الضرر عاما فالفاعل يمنع مما هم به...والثانية إذا كان الفعل يسبب ضررا خاصا من نوع المفسدة القطعية ، وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضررا...

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

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

- 4 - إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا قد قصد به فاعله نفع نفسه والإضرار بغيره معا . كالمرخص في سلعته قصدا لطلب معاشه وللإضرار بالغير ، فهنا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصلي في الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ فالجواب على هذا السؤال يحتمل تفصيلا ، وهو أنه :

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

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

ويتلخص كلام الشاطبي في أن من يثبت له حق شرعي في أمر ما فإنه يمنع من استعماله إذا لم يقصد به إلا الإضرار بالغير . وعلى الجملة - يقول صبحي محمصاني - أن هذه النظرية موافقة أكثر

¹ أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2/283.

من غيرها لروح التشريع الاسلامي...وأنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق ، إن لم تكن أرقى منها من حيث الدقة والتعليل¹.

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

طبيعة التعسف في استعمال الحق

اختلف الفقهاء في تكييف التعسف إلى أربعة أقوال ، فمنهم من يرى بأن التعسف خروج عن حدود الحق أصلاً ، ومنهم من يرى أنه خطأ من نوع خاص ، ومنهم من يرى أنه تطبيق لفكرة المسؤولية التقصيرية ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه ، ومنهم من يرى أنه ذو طبيعة مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية ، وسنقتصر على

بيان الاتجاهين الأخيرين لأهميتهما وأرجحيتهما ، وشيوع الأخذ بهما في تكييف التعسف مقارنة بباقي الاتجاهات.

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

يرى أنصار هذا التكييف أن التعسف في استعمال الحق يعد صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية ، ويتقدم أنصار هذا الاتجاه العلامة السنهوري ، والذي تطرق إلى مسألة التعسف في استعمال الحق عند شرحه للقانون المدني المصري الجديد، أثناء شرحه للفعل الضار كمصدر للالتزام ، وما يتولد عنه من مسؤولية تقصيرية ، مع أن التعسف في استعمال الحق ورد في مقدمة القانون "مادة 4-5" ، حيث يقول السنهوري "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية ، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى ، وهي صورة الخروج عن حدود الحق ، أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً ، وليس التعويض العيني - كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور على الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى ، ولا نحن في حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية كما ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك"².

¹صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:51-53.

²عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/955-956.

في حين أن المذكرة الإيضاحية أكدت انبساط ظل هذه النظرية وأحكامها على كافة أنواع الحقوق ، مبينة سبب استناد القضاء المصري والفرنسي في اجتهادهما لدرء التعسف إلى قواعد المسؤولية التقصيرية قبل صدور القانون المدني الجديد، وهو خلو القانون القديم من نصوص تقرر نظرية التعسف¹ ، حتى لا يكون العمل القضائي حجة على تحديد طبيعة التعسف ، لأن لجوء القضاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في الوقائع التي تشتمل على أفعال تعسفية في ظل القانون القديم ، إنما كان للضرورة ، ولعل هذا هو المسوغ للقضاء الفرنسي أيضاً² ، لخلوه من نصوص تقرر نظرية التعسف ، إذ لجأ إلى النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية في المواد (1382،1383) من القانون المدني ، فظن بعضهم أن القضاء الفرنسي يجعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، وذلك غير صحيح ، بل هناك محاولات جادة من الفقه الفرنسي اتجهت إلى تقرير نظرية التعسف مستقلة عن نطاق المسؤولية التقصيرية والتي كانت في مطلع القرن العشرين 1905م ، وكذلك أعمال اللجنة التي تألفت لمراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي بجلساتها المنعقدة سنتي 1950-1951م .

ويشير تقرير هذه اللجنة الأخيرة إلى اقتراح نص عام في الباب التمهيدي يقرر نظرية التعسف وعللت ذلك بخلو القانون المدني من قاعدة عامة حول التعسف في استعمال الحقوق، وأن هذه النظرية ليس من المؤكد انتمائها إلى المسؤولية المدنية أو الخطأ. وخلال النقاش الدائر بين أعضاء اللجنة أشار بعضهم إلى إمكانية وجود تعسف دون خطأ ، ومثلوا لذلك بمثال من يقيم مصنعا يحتاج إلى مداخن مختلفة في حي سكني ، بعد حصوله على ترخيص من جهة الإدارة، ودون أن يرتكب أي إهمال ، أو عدم تبصر ، فإنه يعتبر متعسفا وإن لم يكن مخطئاً³.

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

لقد أدرك الكثير من الفقهاء قصور الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن استيعاب جميع حالات التعسف فنادوا بضرورة استقلالية نظرية التعسف عن المسؤولية التقصيرية للفارق الجوهرى بينهما ، ذلك أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي⁴ ، أما في التعسف في استعمال الحق فإن الخطأ هو انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق ، ذلك أن للحق غاية اجتماعية لا يتعدها ، فإن تعدها صاحب الحق سمي متعسفا ، وهذا ما تقتضيه

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق ، ج1/207.

² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 287-288.

³ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 289-290.

⁴ محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر

النظرة الحديثة التي لا تقر بوجود حقوق وسلطات مطلقة ، وإنما هناك حقوق نسبية فقط، يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها¹ .

إذاً كان الفعل مجاوزاً للحدود الموضوعية للحق ، ويشكل بالتالي اعتداءً على حق الغير ، تعمداً ، أو إهمالاً وتقصيراً ، كان الخطأ تقصيراً ، أما الفعل التعسفي فإنه في الأصل مشروع لكونه ناشئاً عن حق ، وليس مجاوزاً مضمونه وسلطانه ، ولكنه يصبح تعسفياً لا لذاته ، بل لما فيه من الانحراف عن الغاية أو المصلحة التي شرع الحق من أجلها ، أو نية الإضرار ، أو لتناججه ، فالفرق بينهما ظاهر ، إذ الخطأ فعل غير مشروع في ذاته ، أما الفعل التعسفي فهو مشروع في ذاته² .

فلو أن شخصاً أقام بناءه على أرض غيره ، أو زرع أرض غيره بدون إذن المالك ، اعتبر غاصباً أو معتدياً ، ففعله غير مشروع أصلاً ، ومحرم لذاته ، لأنه لا يستند إلى حق ، فهو تصرف في ملك الغير ، وعلى العكس من ذلك لو أن مالك الأرض بنى فيها وضمن حدودها بناءً ، أو حائطاً عالياً ، بحيث سد على جاره منافذ الضوء والهواء والشمس ، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، فهذا المالك يعتبر متعسفاً ، ولو لم يجاوز حدود ملكه ، وأساس التعسف هو النتيجة أو الثمرة من هذا التصرف ، لا ذات التصرف من حيث هو ، فالتصرف مشروع في أصله أما ثمرته ونتيجته أضرت بالغير ضرراً غير معتاد ، فكان ذلك تعسفاً³ .

ومما يدل على أن التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية أيضاً إدراجه ضمن الباب التمهيدي لكثير من القوانين الأجنبية⁴ ، وكذا القوانين العربية⁵ ، وخصوصاً المستمدة من القانون المصري⁶ ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ، وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما

¹ مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج 30/2 .

² فتحي الدين ، مرجع سابق ، ص 283-284 .

³ فتحي الدين ، مرجع سابق ، ص 292 .

⁴ كالتقنين المدني السويسري " م: 2 " ، والتقنين المدني السوفييتي " م: 1 " ، القانون المدني البولوني ، " م: 35 " ...

⁵ كالقانون المدني المصري " م: 4 - 5 " ، القانون المدني الليبي " م: 4 - 5 " ، القانون المدني الأردني " م: 61-66 " ، القانون المدني

العراقي " م: 6 - 7 " ، القانون المدني السوري " م: 5 - 6 " ومشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية " م: 36-37 " ...

⁶ مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 23 .

بسطه على هذه النواحي جميعا ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتديا مثال أحدث التقنيات وأرقاها (انظر المادة 2 من التقنين المدني السويسري ، والمادة 1 من التقنين المدني السوفييتي)¹ .

ثم إن هناك فرقا جوهريا بين المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق ، لما لهذا الأخير من دور وقائي - فصاحب الحق يمنع من استعماله ابتداء إذا كان سيسبب ضررا للغير - ودور علاجي على السواء ، خلافا لفكرة المسؤولية التقصيرية التي لها دور علاجي فقط وهو التعويض².

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

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

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

3/ ثم إن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي ، وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعة ، أو بنظرية الضمان ، أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي إزاء الخطأ ، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون إقامة التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة من صور هذه المسؤولية، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية .

4/ إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا ، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ ، بل تنظر إليها نظرة موضوعية ، وحدث حذو المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ³ .

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق ، ج1/207

² انظر : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 311 . ، عيسوي أحمد عيسوي . مرجع سابق، ص 33.

³ علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224-225.

والخلاصة - يقول الدريني - أن التعسف لو كُيِّف على النحو الذي جاءت به الشريعة الإسلامية - وهي المعين الصافي لهذه النظرية - من أن حقيقته مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل ، مما يربط التعسف بالحق من حيث نتيجته أو غرضه ، لأغنانا ذلك عن الخوض في هذه التفسيرات الفقهية المتناقضة التي تحاول رد معايير التعسف إلى فكرة الخطأ¹.

موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف في استعمال الحق أسوة بالقوانين المدنية العربية، وخصوصا بالقانون المدني المصري ، الذي تأثر به المشرع الجزائري تأثرا كبيرا ، ويعتبر القانون المدني المصري قد استمد هذه النظرية من الفقه الاسلامي، وكذلك من القوانين الأجنبية كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها "وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الاسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشرع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الاسلامي ، وهي قواعد صدر عنها التشريع المصري في بعض تطبيقاته ، واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه"².

وتقول في مكان آخر : " وعلى هذا النحو وضع المشرع دستورا لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة ، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه و أحفلها بعناصر المرونة والحياة"³.

ولقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية ، وجاءت نشازا ضمن المواد الخاصة بالأهلية (40-41) وهو مكان غير مناسب مطلقا ، وكان من الواجب أن توضع في مكان بارز من التقنين المدني يتناسب مع أهميتها ، أسوة بالقوانين العربية الأخرى التي جاءت نظرية التعسف فيها في مقدمة القانون⁴.

¹ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 474.

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/207-208

³ المرجع نفسه ج1/211.

⁴ انظر في هذا النقد : محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 60-61. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري

، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 1992، دون رقم الطبعة ، ص : 16.

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

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

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

ومما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية الإيجابية ما يلي :

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

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

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

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

- كنا ننتظر من المشرع الجزائري أن ينص على نظرية التعسف في مقدمة القانون ،
وخصوصا أنه انفرد عن جميع القوانين المدنية العربية المستمدة لهذه النظرية من القانون المدني
المصري بوصفه لاستعمال الحق في الحالات المذكورة بأنه تعسفي ، ولم يصفه بأنه غير مشروع
كما فعلت تلك القوانين ، مما جعل الكثير من الفقهاء يجزمون بأن القانون المدني الجزائري يجعل
التعسف في استعمال الحق نظاما متميزا يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية¹ ، وخصوصا
أنه نص في المادة 691 على أنه " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر
بملك الجار . و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن
يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و
طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له " و عليه فالجار
الذي يضر بجاره من غير قصد ، مع أخذه بكافة الاحتياطات عند ممارسته لحقه والتزامه بالحيطه
والحذر اللازمين و المعهودين عند ممارسة الشخص العادي لحقه، ومع ذلك حدث لجاره ضرر غير
مألوف فالقول بأن الجار يعرض لجاره على أساس الخطأ هو عين التعسف ، بل لا مناص هنا من
إقرار نظرية التعسف لأن الجار يستعمل حقه المشروع في ملكيته ، ولم يصدر منه أي اعتداء ، ومع
ذلك حدث لجاره ضرر فاحش أو غير مألوف فإنه يلزم بالتعويض على أساس التعسف في استعمال
الحق لا على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية . ولذلك كان من المنتظر أن يحسم القانون
المدني الأمر بنصه على التعسف في استعمال الحق في مقدمة القانون - ليجعل لهذه النظرية من
الشمول ما تستغرق به جميع أنواع الحقوق ومن العموم ما تنبسط به على جميع القوانين الخاص
منها والعام ، مثل الكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية كما سبق ذكره - لا أن يجعله صورة
من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، فيعسر عليه إيجاد أساس للمسؤولية في كثير من
المسائل التي لا وجود للخطأ فيها كما سبق في المادة 691.

معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 124 مكرر على ما يلي : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق لا سيما في الحالات

الآتية :

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

¹ مثل :علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224 . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 280 وما بعدها

أولاً : معيار قصد الإضرار :

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير شهرة ، وأكثرها شيوعاً¹ ، فقد تكلم عنه فقهاء الرومان ، وأجمع عليه من جاء بعدهم ، واستقر الأخذ به في الفقه الإسلامي والفقه الغربي ودرج القضاء على العمل به² ، غير أن هذا المعيار يعد معياراً شخصياً ذاتياً يصعب إثباته ، لأن أساسه الذي يبنى عليه هو النوايا والقصود ، وهي أمر مستكن في النفس ، ولذلك توسع القضاء في هذا المعيار من حيث إثباته ، فجعلوا من القرائن والأمارات - وهي معيار مادي - ما يدل على قصد الإضرار ، وذلك بأمرين هما :

- انتقاء المصلحة وانعدامها في التصرف في الحق : لأن الحق لم يشرع لغير مصلحة ولا للعبث من غير فائدة ، مما يعد صاحبه قد ناقض قصد المشرع في أصل تشريع الحق³ ، ويستوي انتقاء المصلحة مع تحققها تحققاً عرضياً غير مقصود لصاحبه ، فمن غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره لا غير يعد متعسفاً في استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع⁴ .

- تافهة المصلحة : لأن الحقوق لم تشرع إلا للمصالح الجدية الحقيقية ذات الأهمية لصاحب الحق نفسه ، وللمنفعة الاجتماعية أيضاً⁵ ، فالحاق ضرر بالغير مقابل مصلحة تافهة تتحقق لصاحب الحق يعد ذلك تعسفاً في استعمال الحق ، كما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري⁶ .

أ / من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي

لقد أكد هذا المعيار الشاطبي بقوله : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل "⁷ مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات... "⁸ .

¹ محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، سنة 2001م ، ص 82 .

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209 .

³ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 385 .

⁴ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/959 . محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 82 .

⁵ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 386 .

⁶ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209 .

⁷ أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2/283 .

⁸ أخرجه البخاري من حديث عمر ابن الخطاب مرفوعاً ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم 1 ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر ، نشر : دار طوق النجاة ، الطبعة : الأولى ، سنة 1422 هـ ج1/06 .

ولقد وردت أمثلة كثيرة لهذا المعيار في الفقه الإسلامي منها إجمالا تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة ، لقوله تعالى " فأمسكوهن بعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " ¹ ، وقوله " وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا " ² ، فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك .

وهذا كما كانوا في أول الاسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امراته ثم يتركها حتى يقارب انقضاء عدتها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية فيدع المرأة لا مطلقاً ولا ممسكة ، فأبطل الله ذلك ، وحصر الطلاق في ثلاث مرات ³ .

والوصية إضراراً بالورثة والدائنين ، لقوله تعالى " فلكل واحد منها السدس . فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار " ⁴ .

قال الأستاذ الزرقا في شرحه للآية " ذكر المفسرون ابن كثير وغيره تفسيراً لقوله تعالى " غير مضار " أن معناه أن تكون وصيته على العدل لا بقصد الإضرار بالورثة والجور عليهم بحرمانهم من الإرث أو نقص لحقوقهم فيه ، ونقل عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " الإضرار في الوصية من الكبائر " ورواه ابن جرير عن ابن عباس موقوفاً عليه ، ووقفه هو الصحيح .

ولذا منعت الوصية للوارث بقوله عليه الصلاة والسلام " ألا لا وصية لوارث " لأن فيها زيادة لبعض الورثة ونقصاً لآخرين فتتحقق بها المضارة ⁵ .

ومضارة الوالدة بولدها والوالد بولده لقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة . وعلى الولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " ⁶ ، أي إذا أرادت الأم أن تأخذ أجراً على الرضاع تخير بين أن تقبل بأجر المثل الذي يلتزم به الأب ، أو تترك لأبيه عبء إرضاعه ليستأجر له مرضعة ، وذكر الجصاص في تفسيره أنها إن لم ترض بأجرة مثلها أجبر الزوج على إحضار المرضعة حتى ترضعه في بيت أمه ، حتى لا يكون مضاراً لها

¹ سورة البقرة آية 231.

² سورة البقرة آية 228.

³ ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق : محمد الأحمد أبو النور ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 2004م ،

ج3/917.

⁴ سورة النساء آية 12.

⁵ مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 31-32.

⁶ سورة البقرة آية 233.

بولدها في حقها بحضانتها في بيتها، ونقل عن مجاهد في تفسير قوله تعالى " لا تضار والدة بولها" أنه لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك.

ثم تكلم عن المضارة التي تكون من جهة الأم في قوله تعالى "ولا مولود له بولده" والتي تكون : إما بأن تشتط وتطلب فوق حقها في النفقة ، أو تمنعه من رؤيته . قال ويحتمل تفسيره بأن تغترب به وتخرجه من بلده.

ويتضح من تفسيرات هذا النص أن المضارة استعملت فيه لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سيء لإلحاق الضرر برفيقه في حقه المقابل.¹ وسفر الزوج بزوجه بعيدا عن بلدها وأهلها إضرارا بها ، ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهم الباطلة للتشهير بهم² ، وإقرار مريض مرض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين ، وطلاق مريض مرض الموت لزوجه حرمانا لها من الميراث³ ...

ب/ من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري

نجد من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري على سبيل المثال المادة 189 والتي تنص على ما يلي : " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان خاصا بشخصه ، أو غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينة مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق ، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ن أو أن يزيد فيه"⁴ .

وهذه المادة تعد استعمالا سلبيا للحق من طرف صاحبه - المدين - بالتقاعس وعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير إضرارا بدائنيه ، ولذلك وضع القانون في يد الدائن بحكم هذه المادة دعوى تسمى الدعوى غير المباشرة ، ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين⁵ ، ولذلك يحل الدائن باسم المدين

¹مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص: 29-30.

² وهو ما جاء موضحا في المادة 1629 من مجلة الأحكام العدلية والتي تشترط في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت فالدعوى بما هو محال عقلا او عادة لا تصح ، ومثلوا بدعوى شخص معروف بالفقر أنه أقرض شخصا آخر مبلغا عظيما من المال ، أو أنه غصب مبلغا كبيرا منه . انظر : سليم رستم باز اللبناني شرح المجلة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، سنة 1986م ص 925-926.

³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، سنة 1985م، ج4/32.

⁴ يقابل هذه المادة 235 مدني مصري، والمادة 236 مدني سوري ، والمادة 261 مدني عراقي ، والمادة 238 مدني ليبي ، والمادة 276 قانون

قانون الموجبات والعقود اللبناني .

⁵ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر سنة 2010م ، ص 115.

ونبابة عنه في المطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير¹ وإدخالها الضمان العام حتى يتيسر له بعد ذلك استيفاء حقه .

وعلى ذلك يعد موقف المدين - موقفا سلبيا بعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير - قرينة واضحة على قصده السيء ، وهو الإضرار بالدائن ، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي² .

المعيار الثاني : رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه أيضا حسب المادة 124 مكرر إذا " كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير " ، وهذا معيار موضوعي مادي³ - استقاه القانون المدني عن الفقه الإسلامي⁴ - ، لا شأن له بالنية ، ويختلف عن المعيار السابق في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، ذلك أنه يقوم على التفاوت الكبير بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق من استعماله لحقه ، والضرر الذي يصيب الغير⁵ ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي باختلال البين في توازن المصالح ، ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت معيار التناسب والتوازن بين المصالح المتعارضة ، بحيث يصبح استعمال الحق تعسفيا إذا كان على وجه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة إخلالا بينا ، إذ يصبح التفاوت شاسعا بين ما يبتغيه صاحب الحق من فائدة ، وبين الضرر الناشئ للغير⁶ سواء كان ذلك الضرر لاحقا بالفرد أم بالجماعة ، أو مقصودا أو غير مقصود ، فلا ينظر ينظر في المعيار المادي إلى القصد بل إلى النتيجة⁷ .

أ / من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

¹ بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن الطبعة الأولى ، سنة 2012م ، ص 148.

² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 389.

³ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/958 ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 223.

⁴ كما أكدت ذلك المنكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

⁵ محمد صبري السعدي ، المسؤولية التقصيرية ، مرجع سابق ، ص 59.

⁶ يقول الدكتور الدريني معلقا على اشتراط القانون المدني الجزائري التفاوت الشاسع في هذا المعيار واعتباره شرطا يتوقف عليه تحقق التعسف ، بأنه يضيق من مجال نظرية التعسف ودورها ، ويفتح السبيل أمام أصحاب الحقوق لممارستها على وجه تعسفي ، مادام لم يبلغ ذلك القدر من جسامته الضرر ، فكان الفقه الإسلامي أوسع مجالا في محاربة التعسف ، ودوره أكثر تفعيلاً لأنه يشترط فقط - في ما عدا مضار الجوار غير المألوفة - أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411.

⁷ فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 410.

من القواعد التي تثبت هذا المعيار في الفقه الإسلامي قاعدة لا ضرر ولا ضرار¹ ، الضرر يزال² ،
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف³ ، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر عام⁴ ، درء المفاسد أولى من
من جلب المصالح⁵...

تطبق هذه القواعد في حالة ما إذا استعمل الإنسان حقه لغرض تحقيق مصالح مشروعة ، ولكنه أثناء
استعماله لحقه أصاب غيره بضرر أكبر من الفائدة التي تحصل عليها ، أو مساو لها⁶ ، فيمنع سدا
للذريعة ، وقد يكون هذا الضرر لاحقاً بالجماعة نتيجة تصرف فرد ما ، كما يكون ضرراً لاحقاً بفرد مقابل
مصلحة لفرد آخر ، ومن أمثلة الضرر العام اللاحق بالجماعة الاحتكار وهو شراء ما يحتاجه الناس
وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه ، وهو محرم لقوله عليه السلام " لا يحتكر إلا خاطئ

7» .

¹ مجلة الأحكام العدلية المادة 19 ، محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق . ج1/199

² مجلة الأحكام العدلية المادة 20 ، جلال الدين السيوطي ، مرجع سابق ج1/83 ، ابن نجيم المصري ، مرجع سابق . ص72. محمد

مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/210.

³ مجلة الأحكام العدلية المادة 27. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/219.

⁴ مجلة الأحكام العدلية المادة 26. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/235.

⁵ مجلة الأحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/87. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

⁶ القانون لا يعتبر الضرر المساوي ، أو الذي يزيد قليلاً على المنفعة واجب الإزالة تحت غطاء التعسف أو غيره خلافاً للشرعية الإسلامية ،
وهذه من المسائل التي يتوجب على المشرع الجزائري تداركها ، ويقول في هذا الدكتور الدريني : فاقصّر المشرع الجزائري على التفاوت الشاسع
واعتباره شرطاً يتوقف عليه التعسف بضيق من مجال النظرية ، وخصوصاً وأن الشرعية الإسلامية لا تشترط في ما عدا مضرار الجوار غير المألوفة
أن يكون الاختلال بينا ، بل يكفي أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة ، فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411. والظاهر أن فقهاء
القانون وحتى الكثيرين من فقهاء الشريعة يعتبرون أن هذه القاعدة داخلية في المباحات لا الحقوق ، وهو المتبادر إلى الذهن لمن نظر في جميع
معايير التعسف المأخوذة عن الفقه الإسلامي في الدول التي جعلت منه المصدر الأول في تشريعها كالأردن والإمارات ، وحتى من المشاريع المعدة
لللقانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية أساساً ، كمشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي الذي أعد مجلس الشعب
برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، والذي لم ينص على ذلك مطلقاً بل نص فقط على الضرر الكبير أو الضرر الفاحش ، مشروع القانون المدني
المصري المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 5/10. ولا حتى من المشاريع التي أعدها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية مثل الشيخ
الزرقا الذي له كتاب بعنوان صياغة جديدة لنظرية التعسف ، أورد فيه جملة من المعايير وأغفل مسألة تساوي الضرر والمنفعة ، أو زيادته زيادة
يسيرة...مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص59.

⁷ رواه مسلم من حديث معمر ابن عبد الله مرفوعاً ، كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الأقوات ، حديث رقم 1605 ، مسلم بن الحجاج

النيسابوري ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء

التراث العربي - بيروت دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ج3/1228.

ومنه تلقي الركبان : وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم ، وشرائها بثمن أقل من السعر القائم ، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع ، وهو محرم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان¹.

ومنه منع تجار السلاح من بيعه أثناء الفتنة لما في ذلك من إشعال نارها وإن لحق التجار ضرر من ذلك المنع ، ولكن اتقاء الفتنة العامة أولى لأن ضررها أشد² ، أو بيعه لقطاع الطرق .
وبيع العنب لمن يعصره خمرا ، فالضرر الذي يلحق بالمجتمع من بيع الخمر وانتشارها أعظم من تعطل مصلحة بائع العنب والضرر الذي يلحق به³.

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

ومثال الضرر الخاص الأشد فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر ، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم سمرة ابن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله ، لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله⁴.

هذا ويزيد الفقه الإسلامي في تطبيقاته للتعسف في استعمال الحق من ذلك إذا كان الضرر مساويا للمصلحة ، على ما اقتصر عليه القانون المدني الجزائري الذي يشترط كأصله المصري أن يكون الضرر راجحا رجحانا كبيرا على المصلحة الحاصلة للطرف المقابل .
ب/ من التطبيقات القانونية على هذا المعيار ما يلي :

- نص المادة 788 ق م ج : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل " ⁵ .

¹ رواه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب النهي عن تلقي الركبان... ، حديث رقم 2162 ، ج3/72. ورواه مسلم ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ، حيث رقم 1515 ، ج3/1155.

² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 416.

³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/34.

⁴ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/34.

⁵ وأصل هذه المادة: المادة 928 قانون مدني مصري.

وهو نص صريح في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، فيزال الضرر الأشد بالأخف ، وهو ترك هدم البناء الذي اعتدى صاحبه بتجاوزه لحقه مقابل تعويض عادل للمعتدى عليه ، وهو صاحب الأرض المعتدى عليها بحسن نية ، ويكون الاستناد لنظرية التعسف في مقابلة الشخص مالك الأرض المعتدى عليها ، فيقال له من حقه المطالبة بحقه وهو إزالة البناء الواقع في ملكه ، غير أنه لا يجوز له التعسف في ذلك وخصوصاً إذا كان الضرر الذي سيصيب الجار الذي بنى خطأ في ملك جاره أشد وأكبر من الضرر الذي يصيب صاحب الأرض ، ولذلك يجبر صاحب الأرض على قبول تعويض عادل ، وهذا كله في النهاية حسب تقدير المحكمة .

- نص المادة 881 ق م ج : " يجوز لمالك العقار المرتق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتق به"¹.

مفاد هذا النص أن المشرع الجزائري قد أجرى موازنة بين فائدة العقار المرتق وقد انعدمت أو أصبحت قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يحمل العقار المرتق به من أعباء فنتج عن ذلك انعدام التناسب ، أو اختلال التوازن إلى درجة كبيرة ، فيعد ذلك من التعسف غير الجائز² ، وعليه يجوز التحرر من حق الارتفاق³ ، ومثال ذلك إذا كان حق الارتفاق حق مرور ، وانفتحت للعقار المرتق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر ، فيجوز لصاحب العقار المرتق به في هذه الحالة أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويض مناسباً إذا كان هناك محل لذلك⁴ .

-نص المادة 708 فقرة 2 ق م ج : " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي⁵ إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"⁶.

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

² فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 407.

³ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1402/9.

⁴ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 6/653.

⁵ ورد في النص العربي للقانون المدني الجزائري كلمة قانوني بدل قوي وهو خطأ مطبعي على الغالب لأن النص الفرنسي وردت فيه الكلمة صحيحة ، "sans motif sérieux" ويستبعد أن يكون خطأ في الترجمة .

⁶ يقابل هذه المادة المادة 818 فقرة 2 مدني مصري ، والمادة 827 مدني لبيبي ، 1092 مدني عراقي . وانظر قدادة ، خليل أحمد حسن ، مرجع سابق ، ص 232.

علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري -الذي أخذ عنه القانون المدني الجزائري هذه المادة ، والتي اقتبسها القانون المدني المصري بدوره من أحكام الفقه الإسلامي كما سيأتي ذكره لاحقا - على هذه الفقرة بما يلي "إذا لم يكن الحائض مشتركا ، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين ، فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك ولو بدفع التعويض ، على أن له - الجار الملاصق لمالك الحائض - أن يستتر بالحائض ، فلا يجوز لمالكه أن يهدمه دون عذر قوي إذا كان هدمه يضر بالجار المستتر ، وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية"¹.

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

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

المعيار الثالث : معيار المصلحة غير المشروعة :

نصت الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر على اعتبار أن الشخص يكون متعسفا في حقه " إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" ، ويعد هذا المعيار معيارا موضوعيا أيضا ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق² ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها " إن معيار المصلحة المشروعة وإن كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة"³ ، ولمعرفة متى تكون المصلحة غير مشروعة أجابت المذكرة الإيضاحية أيضا بقولها "ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام ، أو الآداب"⁴، كمن يؤجر منزلا لغرض مقابلات مخالفة للآداب ، أو كفصل عامل لأنه التحق بنقابة العمال...

أ / من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي :

من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامياتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، إذ لا يقصد الزوج الثاني دوام العشرة مع هاته الزوجة ولكنه يريد تحليلها فقط وبذلك يستطيع

¹مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.

²السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/959، محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 59.

³مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209-210.

⁴مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

زوجها الأول تزوجها من جديد ،ومثل إسلام الزوجة الكتابية عند مرض موت زوجها قصد الإرث منه ¹ ، وتطليقالزوج لزوجته تطليقا بائنا عند مرض موته ليحرمها من الميراث ، فذلك تعسف في استعمال حق الطلاق قد أفضى إلى مصلحة غير مشروعة، وهي إبعاد الزوجة عن الميراث حتى يستحوذ عليه الأبناء فقط ، وكذلك امتناع الأب عن تزويج ابنته إذ تقدم لخطبتها من هو كفاء لها ، لأجل مصالح شخصية له كأن تكون ابنته تخدمه وليس له غيرها ، أو ادعائه أن المهر المقدم غير كاف ..فإذا تبين للقاضي أن رفض الولي ليس له مبرر معقول كان له تزويجها دون إذن وليها درءاً لتعسفه في استعمال حق الولاية ².

ب/ من التطبيقات القانونية لهذا المعيار :

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

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

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

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

المعيار الرابع : معيار مضار الجوار غير المألوفة " الضرر الفاحش " :

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

¹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج4/33.

² فتحي الديني ، مرجع سابق ، ص 421.

قبله وما بعد من المواد التي تتكلم عن التزامات الجوار، أو ما يعبر عنه قانونا بالقيود التي ترد على حق الملكية، وبما أن المشرع الجزائري لم يحصر معايير التعسف في المادة السالفة الذكر، فالغالب أن المشرع الجزائري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة أحد معايير التعسف في استعمال الحق¹، لا سيما وأنه مهّد للمادة 691 بقوله: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه" خلافا لأصله المصري الذي نص على ذلك بقوله: "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه...". إثارة من المشرع الجزائري للفظة التعسف على الغلو، كما أثر لفظة التعسف على عدم المشروعية كما سبق بيانه.

وجاء نص المادة 691 كالاتي: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصصت له"².

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

يقول السنهوري عن هذا المعيار: وهذا معيار مادي استقاه المشروع من الفقه الإسلامي وقننته المجلة من قبل في المواد (29.28.27.26)³، ثم يعلل الأستاذ السنهوري عدم النص على هذا المعيار

¹ مثل المشرع المدني الأردني الذي نص عليها في المادة الخاصة بالتعسف "66 فقرة د"، ولذلك نبه الأستاذ حسن كيرة عليه بقوله "وعدم ظهور هذا النص في القانون المدني المصري لا يعني بأي حال من الأحوال استبعاد المشرع المصري لهذا المعيار من نطاق نظرية التعسف ولكنه اكتفى بالتطبيق الخاص له الموجود في نطاق حق الملكية، ثم إن المعايير المذكورة للتعسف ليست على سبيل الحصر كما قررت ذلك المذكرة الإيضاحية. انظر: حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م، ص 145.

² يقابلها نص المادة 807 مدني مصري، والمادة 776 مدني سوري، والمادة 1501 مدني عراقي، والمادة 816 مدني لبيي، والمادة 522 مدني سوداني، والمادة 1168 مدني يمني، والمادة 91 التزامات وعقود مغربي، والمادة 1027 مدني أردني. والمادة 811 من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما جاء في مذكرته الإيضاحية، مرجع سابق، ج2/814. ومن القوانين الأجنبية المادة 906 مدني ألماني، والمادتين 684-685 مدني سويسري، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي. انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج8/هامش ص 693.

³ وهو ما أكدته مشروع القانون المدني المستمد من الفقه الإسلامي بقوله: وسواء بالنسبة إلى المعايير التي وردت في التقنين الحالي - أي القانون المدني المصري الحالي - وتلك التي وردت في النص المقترح - يشير إلى هذين المعيارين - فإنها جميعاً مستمدة من الفقه الإسلامي. انظر مشروع القانون المدني مع مذكرته الإيضاحية المستمد من الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 30/2.

بأنه " أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معيارا يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأفضية اليومية " ¹ .

أما بالنسبة لمعيار الضرر الفاحش : والذي جاء باللفظ التالي "التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف " ، فقد قالت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: " والمعيار في هذه الحالة مادي ، وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل ، والقضاء في مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي... " ² ، ثم مثلت المذكرة الإيضاحية على هذا المعيار " الضرر الفاحش " بمواد عديدة من المجلة، وهي المواد (1198 إلى غاية 1212) وذكرت أن القضاء المصري جرى منذ عهد بعيد على الأخذ بها ³ ، وعندما علفت المذكرة على المادة 807 ، وهي الأصل في مسألة مضار الجوار ، قالت : " هذا نص جوهرى في الموضوع، يقرر التزامات الجوار ، فيجعلها التزامات قانونية ، وهي الآن التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصري ، قررها مهتديا في تقريرها بالشرعية الإسلامية ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف، وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم.

أما إذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجار ، فإنه يصبح مسؤولا عن تعويض هذا الضرر ، وهذا ما تقضي به المادة 57 من مرشد الحيران ، إذ تنص على أن " للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فيعلي حائطه ، ويبني ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا " ، فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف ، وقد عرفته المادة 59 من مرشد الحيران بما يأتي " ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش " ⁴ ، ثم تكلمت المذكرة عن بعض الأمثلة للضرر الفاحش نقلا عن مرشد الحيران ، نكتفي بمثال واحد حسب ما ورد في المادة 61 " سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه ، وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه " ⁵ .

¹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/961-962.

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/210.

³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/210.

⁴ وهو ما يطابق المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية

⁵ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/31-32. وانظر أيضا أمثلة أخرى على الضرر الفاحش في

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

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

هذا ويلاحظ أن الفقه اختلف في أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة إلى عدة أقوال أشهرها هو التعسف في استعمال الحق ، غير أن الأستاذ السنهوري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ هي في نظره خارجة عن حدود الحق أصلاً¹ .

ونختم بحثنا في موضوع التعسف في استعمال الحق بهذه الشهادة والاعتراف بأسبقية الفقهاء المسلمين في معرفة هذه النظرية والتأصيل لها ، يقول الدكتور علي منصور : ولقد عثرت أخيراً على مقال للأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني تحت عنوان " تجميع القوانين والشريعة الإسلامية " ورد فيه: " لما كنت بمدينة ليون بفرنسا بقسم الدكتوراه في سنة 1911-1920 م ، كان أستاذنا "لامبير" يرى أن الفقه الإسلامي في المعاملات كنز لا يفنى ومعين لا ينضب ، وكان يشير على الطلبة المصريين بالرجوع لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع من الشريعة الإسلامية ، وفعلاً وضع الدكتور محمد فتحي رسالة الدكتوراه عن مذهب الاعتساف في استعمال الحق والخروج عما شرع له عند فقهاء المسلمين ، وما كادت الرسالة تطبع في كتاب حتى نفذت في ستة أشهر، وكتبت عنه المجلات القانونية كثيرا ، وأشادت بعظمة التشريع الإسلامي ...

وما كتب الفقيه الألماني " كوهلر " في مقال له " إن الألمان كانوا يتيهون عجباً على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق؛ وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787 أما وقد ظهر كتاب "الدكتور فتحي" وأفاض في شرح هذه النظرية نقلاً عن رجال الفقه الإسلامي، فإنه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، ويعترفوا بالفضل لأهله ، وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفادوا في الكلام عليها قبل الألمان بعشرة قرون ...²

¹ السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/963. وللتفصيل في مسألة أساس مضار الجوار غير المألوفة ينظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج8/702-707. الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني الأردني والفقه المقارن ، رسالة ماجستير ، غسان محمد مناوور أبو عاشور ، إشراف الدكتور أيمن مساعد ، قسم القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، سنة 2003م. مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، زارة عواطف ، إشراف رحاب نادية ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، تخصص عقاري ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، سنة 2013 م .

² من مقال نشر في الجريدة القضائية في 23 جانفي 1937 م ، نقلاً عن مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق.