نظرات
في نظرية التعسف في استعمال الحق

* د. خليل أحمد قدادة

تمهيد :

١- تطور مفهوم الحق :

يذهب أصحاب المذهب الفردي إلى أن الفرد هو الغاية من وجود أي قانون في المجتمع، وأن هذا الفرد له حقوق طبيعية يسبق وجودها وجود القانون ذاته، ومن ثم، يكون هدف القانون هو التوفيق بين الحقوق التي يتمتع بها الفرد والتي تثبت له قبل الآخرين قبل وجود القانون، ويترتب على مجمل هذه الأفكار، أن الفرد يستطيع استعمال حقوقه كيفما شاء وبالطريقة التي يراها[١].

على إثر المذهب الفردي، ظهرت المذاهب الاجتماعية، والتي تنظر إلى المجتمع باعتباره الغاية من وجود القانون لا الفرد ذاته، فالفرد ليست له حقوق إلا ما يقرره القانون له. ومن ثم، تتحدد وظيفة القانون وفقا لهذه المذاهب، بالمحافظة على كيان المجتمع ككل، حتى ولو أدي الأمر بالتضحية بمصلحة الفرد الخاصة

---

* أستاذ القانون المدني المشارك – كلية الحقوق بجامعة الأزهر بغزة.

[١] ويؤصل هذا على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية تشبعت بالروح الفردية – أنظر في هذا عبد المنعم فرج الصده أصول القانون طبعة ١٩٧٩ فقرة ٢٣ ص٢٤- والتي كان من أهم ما نادت به تلك النظريات، هو وجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته، على أن تكون لهذه الإرادة الحق في توجيه ما في المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية، ويعتبر "الفيزيوقراط" من حملوا لواء هذه النزعة في الميدان الاقتصادي، حيث نادوا بالحرية الاقتصادية، أما في نطاق السياسة والفلسفة، فقد حمل لواء هذه النزعة "روسو" في كتابة المسمى "بالعقد الاجتماعي".

من أجل تحقيق ذلك، فالحق إذن وفقا لمجمل أفكار المذاهب الاجتماعية يضحي وظيفة اجتماعية تثبت للفرد لتحقيق مصلحة المجتمع[٢].

لا يخفى على أحد أن الأخذ بأفكار المذهب الفردي على إطلاقها، سيؤدي إلى أن تصبح الحرية الفردية أداة لتحكم الأقوياء بالضعفاء واستغلالهم.

ولا يخفي على أحد بأن الأخذ بأفكار المذاهب الاجتماعية على إطلاقها، سيؤدي إلى إغفال ما للفرد من غايات وأهداف شخصية لا يمكن تجاهلها بأي صورة من الصور، وعلى القانون أن يعمل على تحقيق هذه الأهداف والغايات بصورة لا تفقد الفرد كيانه واستقلاله.

ننتهي إلى أن إطلاق حرية الفرد في استعمال حقوقه بدون قيد، وإن عدم إعطاء الفرد قدرا من الحرية في استعمال حقوقه، يعتبر أمرا يتجاوز الحق كقيمة يستأثر بها الفرد في المجتمع ويكفل المشرع لها الحماية القانونية.

ولقد كان لفقهاء الشريعة الإسلامية دور كبير في تحديد مضمون الحق وتحديد الغايات المقصودة منه، فجمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي، ينظرون للحق باعتباره منحة من الله سبحانه وتعالى لعباده ليحققوا غاياتهم أو غايات معينة، ومن ثم، يجب عند استعمال الحقوق أن لا يتجاوز الفرد صاحب الحق هذه الغاية والتي هي بالضرورة لا تتعارض البتة مع ما سنه الله سبحانه وتعالى من تشريعات تبين للناس في كل مجتمع الحلال والحرام[٣].

---

[٢] أنظر عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق فقرة ٣٤ ص٣٥.

[٣] أنظر في هذا المعنى حسن كيره، المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ فقرة ٣٨٧ ص٧٥٥- صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية الجزء الأول ١٩٤٨ ص٤١- وانظر محمد سلام مدكور الفقه الإسلامي- الجزء الأول الأموال والحقوق والملكية والعقود فقرة ٢٥٩ ص١٨٦.

عبر هذا المنطق الشرعي لمفهوم الحق ووجوده وغايته، نستطيع أن نحقق التوازن المطلوب وجوده بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، بحيث لا يذوب الفرد في المجتمع، ولا يطغى المجتمع على الحرية الفردية، فكلاهما يتعاون من أجل تحقيق المصلحة العامة والتي من شأنها تحقيق المنفعة للمجتمع. ويجد هذا التوازن ضابطه ومعياره في أن لا يتعسف الفرد في استعمال حقوقه التي منحها له الله سبحانه وتعالى. فالفرد له أن يستعمل حقوقه، إنما يجب أن يكون هذا ضمن حدود الغاية التي أراد وقصد تحقيقها وهذا ما اصطلح عليه بنظرية التعسف في استعمال الحق.

وقد أقرت التشريعات العربية هذه النظرية، كالقانون المدني المصري[٤] والقانون المدني الجزائري[٥] وقد أخذ كل من القانونين أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق من أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر بحق في هذا الموضوع رائدة للتشريعات اللاحقة عليها كالقانون الروماني الذي لم يكن يعرف إلا صورة

---

[٤] فقد قررت المادة رقم ٤ من القانون المدني المصري على أنه "من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر" وفي المادة رقم ٥ فقد أورد المشرع المصري معايير التعسف ومتى يكون استعمال الحق تعسفا من صاحب الحق حيث تقرر هذه المادة على أنه يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

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

ج. إذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها غير مشروعة.

[٥] فقد قررت المادة رقم٤ من القانون المدني الجزائري بأنه "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير – إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

واحدة فقط من صور التعسف المعروفة، وهي صورة تعمد صاحب الحق الإضرار بالغير عند استعماله لحقه[٦].

وترجع أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية إلى قول الله تعالى وهو أصدق القائلين "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه، ولا تتخذوا آيات الله هزوا"[٧]. في هذه الآية الكريمة يحض الله تعالى على استعمال حق الزوج في ارتجاع الزوجة إلى عصمته أثناء العدة (في الطلاق الرجعي) ولكن يجب أن يكون استعمال هذا الحق بنية استمرار المعاشرة الطيبة، أو عليه أن يتركها حتى تكتمل مدة عدتها. لكن إذا تبين أن إمساك الزوج لزوجته المطلقة أثناء العدة كان بنية الإضرار بها فإن ذلك يعتبر اعتداء وتجاوزاً لحقه. وهذه الآية دليل على استعمال الحق لهدف غير مشروع[٨]. (وهو ما يمثل أصل المعيار الأول للتعسف وفقا لأحكام المادة الخامسة من القانون المدني المصري).

كذلك إلى قول الله تعالى "واشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا، فإنه فسوق بكم واتقوا الله"[٩]. في هذه الآية ينهى الله سبحانه وتعالى أن يضار الكاتب أو الشاهد من كتابته أو شهادته من قبل إصرار المطالب منهما في أن يكتب أو يشهد في وقت غير مناسب لكل منهما أو فيه حرج وإزعاج، لأن

---

[٦] أنظر في هذا مازو الوجيز في المسئولية الجزء الأول فقرة ٥٥٥ – وانظر للباحث شرح النظرية العامة للحق في القانون المدني الجزائري.

[٧] الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

[٨] في هذا المعنى انظر صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق قانون إسلامي مصطفى احمد الزرقا – دار البشير/عمان طبعة أولى ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م ص٥٣ فقرة ٧٤.

[٩] الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

اعتذار أحدهما سيؤدي إلى أن يقول الطالب للكاتب الرافض أو الشاهد لقد خالفت أمر الله الأمر الذي يوقع بالكاتب أو الشاهد الضرر، وهذه الآية تدلل على سوء استعمال الحق وذلك أن صاحب الحق قد استعمل حقه بصورة رعناء أوقعت بالغير الضرر دون ضرورة مع انتفاع صاحب الحق بذلك أو حتى دون أن يصيب أي انتفاع[١٠]. وتعتبر هذه الآية أصل المعيار الثاني للمادة الخامسة من القانون المدني المصري.

كذلك إلى قول الله سبحانه وتعالى "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن[١١] في هذه الآية ينهى الله عن التقتير على الزوجة المطلقة أثناء العدة من قبل الزوج وينهى كذلك سبحانه وتعالى عن مضايقة الزوجة في السكنى بغرض قهرها وإيذائها نقمة منه عليها لأنه يريد فراقها. وهذه الآية دليل على استعمال الحق لتحقيق هدف غير مشروع[١٢]. وتعتبر هذه الآية أصل المعيار الثالث للمادة الخامسة من القانون المدني المصري.

كما أكدت السنة النبوية الشريفة على نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد روى أبو داود في سننه عن سمرة بن جندب "أنه كان له عذْق من نخل[١٣] في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله. وكان 'سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى (الرجل) به، وشق عليه، فطلب إليه أن يناقله فأبى. فأتى (الرجل) النبي صلى الله عليه وسلم، فطلب إليه (أي'سمرة) النبي أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال فهبه له ولك كذا وكذا، أمراً رغبة فيه، فأبى، فقال: أنت مضار، وقال النبي

[١٠] مصطفي أحمد الزرقا السابق فقرة ٣٤ ص٣٣.

[١١] الآية ٦ من سورة الطلاق.

[١٢] في هذا المعنى أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٢٩ ص٣١.

[١٣] عذْق من نخل / بعض نخلات في حديقة نخل.

صلى الله عليه وسلم للأنصاري: "اذهب فاقلع نخله"[١٤]. وهذا الحديث دليل على استعمال الحق استعمالا تعسفياً بقصد الحصول على منفعة قليلة لا تتناسب مع ما يصيب صاحب الحديقة من ضرر.

وقد روى مالك رضى الله عنه أن الضحاك بن خليفة أراد أن 'يمرَ جدول ماء إلى أرضه عبر أرض لمحمد بن مسلمة. فأتى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة، تشرب منه أولا وآخراً ولا يضرك فأبى محمد: فكلم فيه الضحاك عمر رضى الله عنه فأمره أن يمكنه فأبى، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك وأذن للضحاك أن يمره ففعل[١٥] وهذه الرواية تدل بأن الصحابة رضوان الله عليهم نهوا كذلك إقتداء بالرسول عليه الصلاة والسلام عن التعسف في استعمال الحق، فقرر عمر رضى الله عنه حق إرتفاق للضحاك على أرض محمد بن مسلمة حيث أن فيه نفع ظاهر وليس فيه ضرر للمالك[١٦].

كما أقرت التشريعات المعاصرة العربية منها والأوروبية نظرية التعسف في استعمال الحق، كالقانون الألماني، والسويسري والسوفيتي. وأما القانون المدني الفرنسي الجديد، فقد توسع في الأخذ بهذه النظرية عن القانون المدني الفرنسي القديم وقانون نابليون اللذين إستلهما روح القانون الروماني وتأثرا به تأثراً كبيراً بأحكامه والتي تقوم في الأصل على أساس الفردية المطلقة، ومع ذلك، يلاحظ أنه

[١٤] أنظر مصطفي أحمد الزرقا السابق فقرة ٣٨ ص٣٦ وقد نقله عن الدريني من كتابه عن التعسف ص١٤٩ عن سنن أبي داود في باب القضاء وعن الأحكام السلطانية لأبي يعلي الحنبلي ص١٤٩ وجامع العلوم لابن رجب ص٢٦٩ وما بعدها.

[١٥] أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٤٦ ص٤١.

[١٦] أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٤٧ ص٤٢ – والدرينى في كتابه التعسف في استعمال الحق ١٦٣ –١٦٥.

بالرغم من توسع القانون المدني الفرنسي بالأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أنه لم ينص عليها صراحة، وكل ما فعله أنه قنن بعض تطبيقات النظرية من خلال أحكام القضاء الفرنسي[١٧].

ولقد اختلف الفقهاء حول تأصيلها وربطها بالقواعد العامة، وعلى الرغم، من أنها تنهض كنظرية مستقلة مثلها في ذلك مثل النظريات الأخرى في القانون، فإلى أي مدى نجح الفقهاء بربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالقواعد العامة، والى أي مدى تحظى به هذه النظرية من استقلال عن القواعد العامة.

٢- أهمية البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق:

تكمن أهمية هذا البحث من أهمية النظرية وتطبيقاتها في الحياة العملية، والقضائية معا، فلا يخفى على أحد أهمية تحديد كيفية استعمال الحق من قبل صاحبه وتحديد حدود هذا الاستعمال، فالحقوق لم تعد كما كانت وفقا لأفكار المذهب الفردي سلطة أو استئثار لقيم معينة بصفة مطلقة، وإنما هي منح يمنحها الله سبحانه وتعالى لعباده لتحقيق غاية أو غايات معينة ومحددة، ومن ثم، يجب على كل فرد في المجتمع أن يعرف معيار وضابط استعمال حقوقه بحيث تقوم المسئولية في ذمته إذا ما تجاوز هذا المعيار أو الضابط لها. هذا من جانب، ومن جانب آخر لتدرك الجهات القضائية مدى ما تتمتع به نظرية التعسف في استعمال الحق من استقلال عن القواعد العامة، مما يكفيه البحث في ذلك وضياع الوقت، فضلا بأن هذا البحث يجد له أهمية أخري لدى الشارع وعلى وجه الخصوص، ونحن الآن في فلسطين نتجه نحو تطوير قوانيننا المطبقة أمام القضاء الفلسطيني بهدف ملاحقة التطورات التي أصابت القوانين العربية والأوروبية معاً، حيث يمكن

---

[١٧] أنظر في هذا مازو السابق فقرة ٥٥٨ - حسن كيره السابق فقرة ٣٨٧ ص٧٥٦ - وانظر للباحث شرح النظرية العامة للحق في القانون المدني الجزائري.

له فرصة الإطلاع عما قيل في هذه النظرية، وعلى الخصوص، بالنسبة لاستقلالها عن القواعد العامة وفيما قيل عن معايير استعمال الحقوق الأمر الذي يترك الأثر فيما يشرعه من تشريعات تتعلق بهذا الموضوع.

والبحث هو محاولة من المحاولات الكثيرة التي قام بها علماء القانون، وقد يكون له نصيب من التوفيق، وقد يكون له نصيب من عدم التوفيق، فإذا وفقت فإن هذا من الله العلي القدير، وإذا لم أوفق فهذا من نفسي.

٣- تقسيم البحث :

على ضوء ما تقدم نرى أنه من المفيد تقسيم بحثنا إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: نتناول فيه محاولات فقهاء القانون الوضعي ربط نظرية التعسف في استعمال الحق، بالقواعد العامة ومدى استقلال النظرية.

المبحث الثاني: معيار التعسف في استعمال الحق ونطاق النظرية والجزاء المترتب عليها.

المبحث الأول

محاولات فقهاء القانون الوضعي ربط نظرية التعسف بالقواعد العامة ومدى استقلال النظرية

٤- أولاً : محاولات فقهاء القانون الوضعي ربط نظرية التعسف بالقواعد العامة.

يذهب بعض فقهاء القانون الوضعي إلى ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بفكرة الخطأ التقصيري، ومن ثم، يبقون نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن دائرة المسئولية التقصيرية، ومع اتفاقهم في هذا، إلا أنهم اختلفوا في تبرير وتأصيل الربط بين النظريتين.

فيذهب "بلانيول" وهو فقيه فرنسي إلى تأسيس الربط بين النظريتين على أساس التسوية بين التعسف في استعمال الحق وبين مجاوزة الحق أو الخروج عنه،

والسبب في ذلك يرجع إلى أن التعسف في استعمال الحق لا يكون في نظره، إلا تجاوزا أو خروجا عن حدود الحق، فاستعمال الحق لا يمكن أن يكون موافقا للقانون ومخالفا له في نفس الوقت، وبالتالي، إذا وجد في سلوك الأفراد وهم يستعملون حقوقهم تعسف، فلا يكون إلا حينما يتجاوزون حدود حقوقهم، فالحق ينتهي حينما يبدأ التعسف[١٨].

وينتهي أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن فكرة التعسف في استعمال الحق ليست بفكرة جديدة، لا تحتاج إلى نص قانوني ليقررها، فالخروج عن الحق يعتبر عملا غير مشروع، ويندرج هذا المفهوم تحت لواء نظرية المسئولية التقصيرية "المدنية"[١٩].

تعرض هذا الرأي إلى النقد، من حيث أنه يقوم على الخلط بين الفعل الذي يدخل ضمن حدود الحق ويعتبر بذاته مشروعا، وإنما غايته ونتيجته تكون غير مشروعة وبين الفعل الذي لا يدخل ضمن حدود الحق ويعتبر بذاته فعلا غير مشروع في نظر القانون في حالة ما يتجاوز الإنسان حدود حقه المسموح بها قانونا، وعلى سبيل المثال، الشخص الذي يقيم على أرضه سورا لتحديدها عن أرض جاره لا يعتبر مخالفا للقانون، وإنما يقوم بعمل مباح لا يحرمه القانون ولا يعتبر مخالفة له، ولكن إذا أقام السور وعلاه بحيث أصبح يحجب النور عن جاره أو يحجب عنه منظرا طبيعيا خلابا، فإنه يكون قد قام بعمل مشروع، ولكنه في نفس الوقت قد تجاوز الهدف أو الغاية لهذا العمل، هذا الشخص لا يقاس بالشخص الذي يحمل حجرا ويكسر زجاجا للغير، فالعمل هنا غير مشروع في الأصل،

---

[١٨] أنظر بلانيول القانون المدني الفرنسي الجزء الثاني طبعة ١٩٣٢م فقرة ٨٧١.

[١٩] أنظر بلانيول السابق فقرة ٨٧١.

وغايته كذلك غير مشروعة، وعدم شرعية الفعل والغاية في هذه الحالة تؤسس على عدم جواز الاعتداء على مال الغير.

من هذا يتبين وجه الاختلاف بين الفعلين اللذين وضعهما أصحاب هذا الاتجاه في موضع المقارنة التي قاموا بها. حيث أن نظرية التعسف في استعمال الحق تكمن بين هذين العملين، فالشخص في نظرية التعسف يستعمل حقا مشروعا استعمالا يتجاوز فيه حدود وغاية حقه المشروع. فتستوجب مسئوليته حينئذ على هذا التجاوز[٢٠].

ويذهب بعض الفقهاء، ومنهم الأستاذ الدكتور السنهوري إلى الربط بين التعسف والخطأ التقصيري فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التقصيرية إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض.

بناء على هذا الاتجاه، تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق، أحد تطبيقات الخطأ المنشئ للمسئولية التقصيرية، فإذا كان الخطأ التقصيري عبارة عن انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، فهو يمكن تصوره كذلك ضمن استعمال الحقوق[٢١].

لم يسلم هذا الرأي من سهام النقد، فالربط بين التعدي والخطأ التقصيري لا يخلو من فائدة، حيث يؤدي إلى توحيد قواعد أحكام المسئولية وتوحيد كذلك معيارها

[٢٠] في هذا المعني أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٨٩ ص٧٥٩ إلى ص٧٦١ – وأنور سلطان مقال في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ العدد الأول تحت عنوان نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ص٩٩ – وانظر إلى مجموعة المراجع القيمة في هذا الخصوص في هامش رقم٢ ص٨٦١ حسن كيره.

[٢١] ومن هؤلاء – السنهوري الجزء الأول فقرة ٥٥٨ ص٨٤٣ وما بعدها – عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٢ ص٥٧٣ – مازو السابق فقرة ٥٦٢-٥٦٤-٥٧٦-٥٨١.

وضابطها. إلا أن هذا الهدف وتحقيقه سيكون على مصلحة فكرة الحق بمعناها الدقيق، والتي وجدناها في أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنظر للحق بأنه عبارة عن منحه تثبت للإنسان بحكم شرعي لتحقيق غاية معينة جديرة برعاية الشارع لها، ومن ثم إذا وجد تعسفا في استعمال الحق، فإنه يوجد في تجاوز الشخص هذه الغاية، وذلك إما بتخلفها عندما يستعمل حقه دون غاية أو دون قصد من وراء ذلك أو بتناقضها[٢٢] لكن الخطأ التقصيري يقع في سلوك الفرد عندما لا يتبع سلوك الشخص العادي عند القيام بالسلوك ذاته. وهذا الانحراف لا يمت بأي صلة للغاية التي يهدف إليها الفرد إلى تحقيقها أو تجاوزها، فهذا الانحراف يعتبر بذاته عملا غير مشروع بغض النظر عن الغاية التي يهدف إليها.

ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار التعسف نوعا متميزا عن الخطأ التقصيري، فالتعسف خطأ، ولكنه يتعلق ويتصل بروح الحق وغايته الاجتماعية، ومن ثم، فهو خطأ من طبيعة خاصة يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي لا يتحقق إلا إذا كان هناك انحراف عن غاية الحق الاجتماعية[٢٣].

يعتبر هذا الرأي من أفضل الآراء التي قيلت في محاولة تأسيس نظرية التعسف في استعمال الحق، وأفضلية هذا الرأي تكمن بتلمسه الأساس الحقيقي للنظرية، والذي لا يخرج ولا يتجاوز عن الحق وغايته، لكن يعيب هذا الرأي، أن أصحابه قعدوا عن مواصلة البحث عن أحكام متميزة لنظرية التعسف في استعمال

[٢٢] في هذا المعنى أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٨٩ ص٧٦٢و٧٦٣.

[٢٣] وهو ما يخرج به من مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي، فهو إذن خطأ خاص أو "خطأ اجتماعي" يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية.

الحق عن أحكام المسئولية التقصيرية[٢٤] الأمر الذي بقي هذا الرأي يدور كسابقيه بنفس دائرة القواعد العامة وعلى وجه الخصوص ضمن الخطأ التقصيري.

٥- ثانياً: مدى استقلال نظرية التعسف:

رأينا كيف قامت المحاولات السابقة في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك عن طريق ربطها بالخطأ التقصيري "المسئولية التقصيرية"، وكذلك رأينا المحاولة التي قال بها بعض الفقهاء باعتبار التعسف في استعمال الحق خطأ من نوع خاص أو من طبيعة خاصة ضمن دائرة المسئولية التقصيرية، ورأينا مدى العيوب الفنية في هذا الربط، بسبب التمايز الواضح بين التعسف في استعمال الحق، وبين الخطأ التقصيري "المسئولية التقصيرية" مما يقتضي استقلال نظرية التعسف استقلالا تاما عن نظرية المسئولية التقصيرية. ويوجب كذلك ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالحق ذاته وبغايته، لأن هذا الربط هو الأساس الحقيقي الذي تقوم عليه النظرية، فالحق عندما يمنح للشخص، فإنما يقصد منه تحقيق غاية معينة أو هدف معين مشروع يحميه الشارع، فالحق عبارة عن وسيلة في يد الإنسان لتحقيق غاية معينة، فإذا استعمل الحق وحقق من وراء ذلك الغاية المقصودة منه يكون الشخص "صاحب الحق" في نطاق المشروعية "الإباحة" وإذا لم يحقق الغاية وانحرف عنها، يكون صاحب الحق ليس جديرا في حماية الشارع لأنه يكون حينئذ خارج نطاق المشروعية "الإباحة".

هذا الربط بين التعسف في استعمال الحق وبين الحق ذاته وغايته، يمكننا من الإبقاء على فكرة الحق نفسها ضمن النظام القانوني، حيث يصعب التصور

[٢٤] أنظر في هذا المعني حسن كيره السابق ٣٨٩ ص٧٦٤.

بانفصال فكرة التعسف عن التصوير الفني للحق[٢٥] إضافة إلى ذلك أن فكرة التعسف بهذا التصور تثير مشكلة سابقة على مشكلة المسئولية[٢٦] ومن ثم، فإن أي حل للتعسف لا يمكن وجوده إلا من خلال الحق وحقيقته وجوهره، هذا الحل يرتبط في الاختيار التالي، أن يكون استعمال الحق بصورة مطلقة بدون قيد، أو أن يكون استعماله بصورة نسبية تقتضي تحديد مداها ومدى رقابة استعمال الحقوق، هذا الأمر لا يمكن تصوره ضمن إطار المسئولية التقصيرية في حالة اختيارنا النسبية في استعمال الحقوق، وإنما ضمن الحق ودوره أو وظيفته، وبفكرة العدل ومدلوله، وهذا كله يخرج عن نطاق المسئولية التقصيرية[٢٧].

إن أهم ما يترتب على هذا التصور لفكرة التعسف في استعمال الحق، أن المسئولية لا تثور في بعض المسائل، فلو تصورنا أن حرمنا أحد الأشخاص من استعمال حقه استعمالا تعسفيا ابتداء، فإن ذلك يمنع بالضرورة وقوع الضرر في الأصل، وبالتالي لا يمكن تصور قيام المسئولية، يتبين من هذا، أن دور التعسف في استعمال الحق يتجاوز دور المسئولية، فبينما تجبر المسئولية الضرر بالتعويض، فإن دور التعسف يمنع وقوع الضرر في الأصل، ومن ثم، لا يكون

---

[٢٥] وهذا لا يستدعى إلغاء فكرة الحق أو تحويلها كما يقترح البعض إلى اعتبار الحق واجبا ووظيفة اجتماعية خالصة، كما سبق لنا أن رأينا هذا في التمهيد عند دراسة المذاهب الاشتراكية ونظرتها إلى الحق وعلى وجه الخصوص المغالين فيها، وانظر في هذا حسن كيره السابق فقرة ٣٩٠ ص٧٦٦.

[٢٦] أنظر في هذا حسن كيرة السابق فقرة ٣٩٠ ص٧٦٦.

[٢٧] أنظر في هذا المعني حسن كيره السابق فقره ٣٩٠ ص٧٦٦ وكذلك ضمن القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين.

هناك محل للتعويض، فدور التعسف دور وقائي[٢٨] ويظهر هذا الدور الوقائي كذلك في حالة التنفيذ العيني إذا كان مرهقا وذلك في حالة إصرار الدائن عليه، عن طريق إجباره على قبول التعويض النقدي.

المبحث الثاني

معيار التعسف ونطاق النظرية والجزاء المترتب عليها

٦- أولا: معيار التعسف:

السياسة التشريعية للشارع في كل تشريع عند وضع المعايير والضوابط لأي نظام قانوني أو نظرية عامة يتبع أحد طريقين..

الأول: وضع مبدأ عام يتسع لكل ما يمكن أن يندرج تحت هذا النظام أو هذه النظرية من وقائع وأعمال.

الثاني: أن لا يكتفي المشرع بوضع مبدأ عام، وإنما يضع عدة معايير يمكن أن يندرج تحت هذا النظام أو هذه النظرية من وقائع وأعمال.

والباحث في سياسة التشريعات المعاصرة، يجد أن بعضها اتبع الطريق الأول كقانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث نصت المادة ١٢٤ منه على أن : "يلزم أيضا بالتعويض من يضر بالغير بتجاوزه أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو المفروض الذي من أجله منح هذا الحق".

[٢٨] ومن صور الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، ما يشترطه عند التنفيذ العيني للالتزام، حيث لا يجوز إذا كان فيه إرهاقا على المدين، وبالتالي يلزم القاضي الدائن متعسفا في استعمال حقه ويجبر على التعويض النقدي.

ونجد أن بعضه اتبع الطريق الثاني، كالقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري الحالي حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه "يكون الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

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

ج. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

وقد دافع بعض الفقهاء عن مسلك المشرع المصري بالقول "أن المشرع المصري لاحظ أن العبارات التي صيغ فيها مبدأ التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة "ويقصد بالتشريعات التي وضعت للتعسف معيارا عاما" يعوزها التحديد الذي يهيئ للقاضي ضوابط يمكن الاسترشاد بها، وبذلك فتحت أمامه مجالا واسعا للاجتهاد، كما لاحظ أن المعايير التي يقول بها الفقه ليست منضبطة كذلك[٢٩].

في نظرنا، إن ما سلكه المشرع المصري والجزائري في تحديد متى يعتبر استعمال الحق استعمالا تعسفيا لا يتفق واعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر نظرية مستقلة تمام الاستقلال عن نظرية المسئولية التقصيرية، كما أكدنا ذلك عند تأصيلنا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لأن ذلك الاستقلال من شأنه أن يؤدي حتما إلى وضع معيار عام شامل لكل حالات التعسف التي كانت ماثلة في ذهن المشرع أثناء وضع النظرية وإقرارها، والحالات التي قد تنشأ ويظهرها العمل القضائي والفقهي في الحياة العملية.

فضلا عن ذلك، أن الأخذ بعدة معايير للتعسف سيؤدي إلى التساؤل حول معرفة إن كانت هذه المعايير قد وردت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر فإذا

[٢٩] أنظر في هذا عبد المنعم فرج الصدة السابق فقرة ٣٩٥ ص٥٧٧.

كان الجواب أنها وردت على سبيل الحصر، فهذا يعني جمود نظرية التعسف في استعمال الحق وعدم استجابتها لكل الظروف التي يمكن أن تستجد في المستقبل.

اقترح بعض الفقهاء معيارا عاما للتعسف، فيقولون "فنفضل -لما أوضحنا من أسباب- الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضي بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله، وينبغي الاكتفاء في ذلك بالإشارة إلى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف لهذه الغاية، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتتفاوت وظيفتها والغرض منها، ولذلك نفضل تجنب ما يذهب إليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها "غاية اجتماعية" حتى لا ينصرف الذهن -ولو أخذاً بظاهر هذا الاصطلاح- إلى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العام الاجتماعي وحده دون أي وزن لتحقيق الصالح الفردي[٣٠]، يقوم هذا الاقتراح على الربط بين التعسف في استعمال الحق وفكرة الحق بصفة عامة والغاية التي يقصد صاحب الحق تحقيقها من وراء استعماله للحق، وقد وجه لهذا المعيار سهام النقد من قبل بعض الفقهاء، بدعوى أن هذا المعيار يعتبر معيارا سياسيا أكثر منه معيارا قانونيا لأن القاضي بمقتضى سلطته التقديرية سوف يحدد الهدف الاجتماعي للحق في ضوء آرائه ومعتقداته الخاصة[٣١].

ويرد أصحاب الاقتراح على هذا النقد، بحق، أن القضاء خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف، فضلا عن أن القاضي وهو يحدد غاية الحقوق لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية، وإنما يستلهم روح

[٣٠] أنظر في هذا حسن كيره السابق فقرة ٣٩١ ص٧٧١و٧٧٢ وهامش رقم٢ ص٧٧٢.

[٣١] أنظر في هذا الانتقاد على وجه الخصوص عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٢ ص٥٧٥.

القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في المجتمع مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة[٣٢].

ومع ذلك إذا كنا نعتقد بصحة الربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق بغاية الحق وبالحق ذاته، إلا أننا لا نتفق مع العمومية المفرطة التي صيغ بها هذا المعيار من قبل أصحابه، ولهذا نرى وجوب التحديد لهذا المعيار من خلال القواعد العامة التي تسود العلاقات القانونية، وأهمها مبدأ حسن النية، فهذا المبدأ لا ينحصر تطبيقه ولزومه في نطاق تنفيذ العقود، وإنما أيضا في استعمال الحقوق، حيث يجب أن يكون صاحب الحق حسن النية وهو يستعمل كافة حقوقه ولا يتجاوز الأهداف والغايات والتي من أجلها منح هذا الحق. ويكون كذلك، إذا لم يهدف إصابة الغير بالضرر، أو كانت مصلحته الذي يريد تحقيقها أكبر من الضرر الذي يمكن أن يصيب الغير من جراء استعمال حقه أو كانت المصلحة التي يريد تحقيقها مصلحة مشروعة، وطالما الأمر كذلك، فإننا نقترح تعديل معيار التعسف الذي سبق ليعتنق الفقهاء الوصول إليه، فنقول، "إن الشخص يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا تجاوز أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو الغاية التي من أجلها منح هذا الحق".

وبهذا نكون قد رجحنا المعيار الذي أخذ به المشرع اللبناني في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني فهذا المعيار قد جمع بين الحالات التي

---

[٣٢] أنظر في هذا الرد حسن كيره السابق فقرة ٣٩١ ص٧٧١ وهامش رقم ١ ص٧٧١. ويضيف بالقول "أن وجود محكمة النقض (المجلس الأعلى) من فوق القاضي، وهي الرقيبة على صحة تطبيق القانون يكفل وحده هذا التطبيق. خير حتمان لالتزام القصد والاعتدال وفي التحكم والانحراف في التقدير" وعبارة المجلس الأعلى مأخوذة عن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، والمجلس الأعلى في الجزائر يعادل محكمة النقض في مصر.

يكون فيها الشخص سيئ النية عند تجاوزه حدود حقه، وهذا يشمل المعايير الثلاثة التي أخذ بها المشرع المصري والجزائري، والحالات التي لا يكون فيها الشخص سيئ النية ولكنه مع ذلك يتجاوز حدود حقه والغاية منه كما هو واقع في المعيار المأخوذ عن الشريعة الإسلامية معيار الضرر الفاحش (الإضرار غير المألوفة) فالتعسف لا يقوم فقط حيث يكون الشخص سيئ النية ولكنه يقوم أيضا عندما يكون الشخص حسن النية أيضا ولكنه تجاوز في استعماله لحقه الغاية المقصود دون قصد منه[٣٣].

وحسن النية مفترض في الإنسان إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك، بإثبات أن صاحب الحق عند استعماله لحق من حقوقه كان سيئ النية أو أنه تجاوز الغاية أو الهدف الذي أراد تحقيقه من استعماله لحقه حتى ولو لم يكن سيئ النية وفي الإمكان اعتبار المعايير التي وضعها المشرع المصري مجرد قرائن يهتدي القاضي على سوء نية صاحب الحق ومن ثم، على تعسفه في استعمال حقوقه. يترتب على ذلك، أن يكون للقاضي السلطة في زيادة هذه المعايير وفقا لمقتضيات مجري الحياة العملية والقضائية وما يتكشف عن ذلك من نقص في معايير القانون المدني المصري، كمعيار الضرر الفاحش المأخوذ من الشريعة الإسلامية على سبيل المثال.

٧- تطبيق معيار التعسف:

بعد أن وضعنا المعيار العام لنظرية التعسف في استعمال الحق في مداه الصحيح وضمن حدود الحق والغاية من استعماله، ننتقل إلى دراسة بعض القرائن

[٣٣] أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني للحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه ١٩٩٧م-١٤١٨هـ فقرة ٦٦ ص١٥٥.

التي تمكن القاضي من اكتشاف سوء نية صاحب الحق أو تجاوزه عن الأهداف والغايات التي منح من أجل تحقيقها الحق وبالتالي، تعسفه في استعمال حقه.

أ- أولاً: الضرر الفاحش:

يذهب الأحناف والشافعي وأحمد، إلى "أن حق المالك التام يقتضي أن تكون يد المالك مطلقة من كل قيد يرد عليها في التصرف، إلا إذا تعلق الأمر بحق الغير، لأن الأصل في الأفعال الإباحة، ومنع المالك من الانتفاع بملكه بصفة كاملة فيه ضرر ينزل به غير مبرر يبرره، ولا يصح أن يدفع الضرر عن المالك من التصرف لفقد المالك حرية التصرف وليست حرية التصرف إلا معنى الملك[٣٤].

على هذا رتب الفقهاء الثلاثة قاعدة مفادها، أن حق المالك يقتضي عدم التقيد قضاء، وليس للقاضي أن يمنع المالك من التصرف في ملكه، ولا يرد في نظرهم أي قيد على حرية المالك فيما يملكه، إلا ما يفرضه الدين والأخلاق، وحسن المعاملة والسلوك القويم بألا يتصرف الجار في ملكه مما يترتب عليه أذى جاره، لكن هذا القيد يظل مرهونا بإرادة المالك، إن شاء نفذه وإن لم يشأ فلا أحد يجبره على ذلك حتى ولو كان ذلك من القاضي، وهذا ما يراه أبو حنيفة وأصحابه على أساس القياس عندهم[٣٥].

ومع ذلك، فقد جاء أصحاب الفتاوى وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين في المذاهب فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفا يضر جاره ضررا بينا فاحشا على قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"

---

[٣٤] أنظر في هذا محمد مصطفي شلبي – المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود ١٤٠٣-١٩٨٣م ص٣٦٨ – وانظر للباحث الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ٦٦ ص١٥٢.

[٣٥] أنظر محمد مصطفي شلبي السابق ص٣٦٨.

ولقوله صلى الله عليه وسلم والله لا يؤمن ثلاثا، قالوا من يا رسول الله، قال ذلك الذي لا يأمن جاره بوائقه". أو كما قال رسول الله[٣٦]. ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليهم الدين من وجوب رعاية الجار، فحقت عليه كلمة القضاء لحملهم على منع الإضرار اضطرارا إذا لم يقوموا به اختيارا، وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ.

وإذا كان هذا الرأي جاء عند الحنفية على سبيل الاستحسان[٣٧]، فإن المذهب عند مالك رضى الله عنه، كما جاء في تهذيب الفروق ما نصه "مما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موضع له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره" فالمذهب إذن عند مالك "أن الانتفاع بالملك مقيد بقيد عدم الإضرار بالغير"[٣٨]. وقد قرر مرشد

---

[٣٦] ويقول الرسول صلوات الله عليه وسلم "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه". وقوله: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره" وقيل لرسول الله: إن فلانه تصوم النهار وتقوم الليل، تؤذي جيرانها، فقال: هي في النار" أنظر هذه الأحاديث، محمد مصطفي شلبي المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ١٤٠٣-١٩٨٣م ص٣٦٤.

[٣٧] هذا الرأي عند الفقهاء المتأخرين من الحنفية حيث قالوا: يجب أن تقيد تصرفاته بذلك وإن لم يقصد الضرر وقد استدلوا بحديث لا ضرر ولا إضرار في الإسلام" وكذلك عما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال لأصحابه "أتدرون ما حق الجار؟ إذا إستعانك أعنه، وإذا إستقرضك أقرضه، وإذا افتقر عدت عليه بمالك، وإذا مرض عدته، وإذا أصابه خير هنئه، وإذا أصابته مصيبة عزيته وإذا مات اتبعت جنازته، ولا تستطل عليه بالبناء فيحجب عنه الريح إلا بإذنه" -أنظر محمد مصطفي شلبي السابق ص٣٦٩- وقد قررت ذلك مجلة الأحكام العدلية بالمادة ١٢٠٣ حيث تقول "وإذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أن يضع سلما وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار".

[٣٨] الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ٦٦ ص١٥٥.

الحيران لما توصل إليه هؤلاء الفقهاء، حيث تقول المادة ٥٧ منه "للمالك أن يتصرف كيفما شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلي حائطه، ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا" وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المطبق في فلسطين عن ذلك في المادة ١١٩٨ بقولها "لكل واحد التعلي على حائط يملكه وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا". وقد عرفت المادة ٥٩ من مرشد الحيران الضرر الفاحش بقولها "الضرر الفاحش 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". بينما عرفته المادة ١١٩٩ من مجلة الأحكام العدلية بقولها "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكني أو يضر البناء بأن يجلب عليه وهنا ويكون سبب انهدامه". وقد قننت بعض التشريعات المعاصرة هذه الأفكار وطبقتها المحاكم، ففي المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري فقد نصت على أنه "١- على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢-وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق[٣٩] بهذا

[٣٩] وقد نصت المادة ٦٩١ من القانون المدني الجزائري على مثل هذه المادة حيث قررت بأنه "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 يطالب 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.

تكون المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري الحالي، قد فرقت بين الضرر المألوف الذي جرى التسامح عليه، خصوصا في هذا الزمن الذي ازداد فيه الازدحام وزاد فيه النشاط التجاري والصناعي مما يترتب عليه كثرة المضايقات بين الجيران، لأن القول بغير ذلك، من شأنه أن يؤدي إلى غل يد الملاك في استعمال أملاكهم، وبين الضرر غير المألوف، والذي اصطلحت عليه الشريعة الإسلامية بالضرر الفاحش وهو لم يجر التسامح عليه، والقضاء هو الذي يناط إليه في النهاية تقدير متى يعتبر الضرر مألوفا فلا يستوجب مسئولية المالك، على أساس التسامح بهذا النوع من الإضرار، ومتى يعتبر الضرر فاحشا فيستوجب مسئولية المالك على أساس تعسفه في استعمال حقه.

وقد ضرب الفقهاء في الشريعة الإسلامية بعض الأمثلة على الضرر الفاحش، فجاء في فتح القدير، أن الضرر الفاحش "هو ما يكون سببا للهدم. وما يوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية أو يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية" وعلى ذلك يعتبر ضررا فاحشا أن يتخذ طاحونا ومصنع حديد، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء، وأن يحدث تنورا أو معصرة في سوق، فضر ضررا فاحشا ببضائع أهل السوق، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئرا أو بالوعة توهن بناء الجار، أو يحدث في ملكه بناء ما يمنع الضوء عن جاره، بحيث لا يستطيع القراءة في النهار من شدة الظلام، أو يحدث شباكا يطل منه على مقر النساء[٤٠].

ومن أمثلة الضرر الفاحش كذلك، الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام في فندق تملكه إحدى شركات الفنادق، كذلك الأضرار الناشئة عن إنشاء محطة من محطات

[٤٠] المادة ١٢٠٠، مجلة الأحكام العدلية وكذلك المادة ١٢٠١ و١٢٠٢.

المجاري أقامتها الحكومة على قطعة من أملاكها، مما ترتب على إدارتها إقلاق راحة السكان في حي مخصص للسكن، كذلك يعتبر من قبل الضرر الفاحش إنشاء مصحة لمرضي السل بين المساكن في منزل عادي يدخل ضمن المضار غير المألوفة[٤١].

ومن أمثلة الضرر الفاحش بناء على أحكام القضاء تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة من مصنع مجاور لمنازل السكن، ووجود مرآب (جراج) وسط المساكن الهادئة، ولا يحول دون ذلك كون المالك حصل على ترخيص من الجهة المختصة بالبناء، لكن لو أنشئ هذا المحل في ناحية مكتظة بالمصانع والمحلات العامة فإنه يعتبر ضررا مألوفا، ومن ذلك أيضا أن صاحب المصنع يسأل عن الضرر الفاحش الذي يحدث لأصحاب الدار المعدة للعلاج أو الاستشفاء والدخان المتصاعد من المداخن لأنه يعتبر ضررا غير مألوفا (فاحشا) بالنسبة لصاحب المغسل، لأنه يلحق بعمله ضررا فاحشا، كذلك يسأل صاحب المصنع عما يحدث لتاجر أجهزة (الراديو) من ضرر فاحش من أثر التشويش على أجهزته الأمر الذي لا يتمكن من بيعها بسببه.

ب- ثانياً: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير:

يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا قصد في استعمال حقه الإضرار بالغير، وقد أخذت بهذه القرينة كل الشرائع القديمة منها والمعاصرة وعلى رأسها الشريعة الإسلامية، ولا يهم لاعتبار الشخص متعسفا أم لا، كونه قد حقق منفعته من استعماله لحقه أم لم يحقق ذلك طالما بيت الإضرار بجاره أم ممن يتأذون من استعمال حقه بالصورة التي قام بها. والسبب في ذلك، أن وجود قصد الإضرار لدي صاحب الحق عند استعماله، استغرق المصلحة التي حققها.

[٤١] أنظر استئناف مصري ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجلة المحاماة المصرية ٢١/٣٧٦/٨٩١.

ويضرب الفقهاء الأمثلة على ذلك، أن يقوم أحد الأشخاص بزرع أرضه أشجارا عالية وكثيفة بقصد حجب الضوء عن أرض جاره، في هذه الحالة، يكون صاحب الأشجار متعسفا في استعمال حقه حتى ولو حقق من وراء هذه الأشجار المنفعة الذاتية طالما أن هذه المصلحة جاءت بصورة عارضة ليست مقصودة بذاتها، أو أن يقيم أحد الأشخاص سورا عاليا في أرضه بقصد حجب الهواء والنور عن جاره[٤٢] أو أن يقوم أحد الأشخاص بالحفر في ملكه لا بقصد النفع وإنما بقصد الإضرار بالغير، أو أن يفصل العامل بدون سبب وإنما لمجرد الانتقام منه لأنه قدم شهادته ضد رب العمل، أو أن يرفع أحد الأشخاص دعوى كيدية بأحد الأشخاص الذي بنى سورا في أرضه وطلاه باللون الأسود بقصد إظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك[٤٣].

وقصد الضرر يقع إثباته على من يدعيه، وهو الشخص المضرور، فالبينة على من ادعى، والضرر كما هو معروف واقعة مادية، والوقائع المادية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وفي الواقع أن مسألة إثبات الإضرار من قبل صاحب الحق ليست من المسائل السهلة لإقامة الدليل عليها. ولكن يستطيع القاضي أن يستعين بجميع القرائن التي تساعده على اكتشاف هذا القصد، وبالتالي، إثبات سوء

[٤٢] لأن هذه الفائدة لا تبرر استعمال الحق، طالما بيت صاحب الحق نية الإضرار في نفسه بمصالح الآخرين.

[٤٣] في هذا المعني أنظر السنهوري الوسيط السابق فقرة ٥٦٠ ص٨٤٤ – عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٦ ص٥٧٩ – حسن كيره السابق فقرة ٣٩٣ ص٧٧٣ – أنور سلطان النظرية العامة للالتزام الجزء الأول ١٩٥٥ ص٤٤١ –أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء الأول ص٢٠٩.

نية صاحب الحق لدى استعماله لحقه، ومن أهم هذه القرائن، انعدام المصلحة لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه.

ج – ثالثاً: إذا كان الغرض من استعمال الحق الحصول على فائدة غير مشروعة:

يكون صاحب الحق كذلك متعسفا في استعمال حقه إذا قصد عند استعماله له تحقيق مصلحة غير مشروعة، حيث يكون انحراف الشخص شاملا للحق وغايته التي يحميها المشرع، الأمر الذي يدلل على سوء نية صاحب الحق عند استعماله لحقه[٤٤] ومن تطبيقات هذه القرينة، المالك الذي يطالب بإخلاء المنزل من المستأجر بحجة حاجته للسكن فيه وذلك بعد مطالبته للمستأجر زيادة الأجرة إلى حد لا يسمح به القانون[٤٥].

وكذلك المالك الذي يمتنع عن الترخيص بالإيجار من الباطن أو النزول عن الإيجار دون سبب مشروع[٤٦] أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة[٤٧] وكذلك صاحب العمل الذي يفصل أحد العمال بسبب مذهبه السياسي ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثيره فيه[٤٨]، أو بسبب انضمامه أو عدم

---

[٤٤] أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٩٦٣ ص٥٧٩ – حسن كيره السابق فقرة ٣٩٣ ص٧٧٣ – وانظر استئناف لبنان الجنوبي رقم ١٢٣ في ١١-٢-١٩٢٥ مجموعة حاتم الجزء ١٦ سنة ١٩٦١ ص٤٧ رقم١.

[٤٥] في هذا المعني أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٨ ص٥٨٠.

[٤٦] أنظر حسن كيره فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦ السابق.

[٤٧] أنظر في هذا المعني حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦ – وفي هذا المعني منصور منصور العقود المسماة "البيع والمقايضة والإيجار" ١٩٥٦-١٩٥٧ فقرة ٢٢٣ ص٥٧٢.

[٤٨] أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦.

انضمامه إلى نقابة من النقابات[٤٩] أو بسبب نشاطه النقابي المشروع[٥٠] أو كالمالك الذي يضع أسلاكا شائكة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة الطيران أن تهبط طائراتها في أرض مجاورة وبالتالي، تشتري منه أرضه بثمن مرتفع، وكذلك إذا امتنع المؤجر عن الترخيص بالإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذي أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع، وذلك لا توقيا بل سعيا وراء كسب غير مشروع يجنيه المشتري[٥١].

د- رابعاً: إذا كان صاحب الحق يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الغير نتيجة لاستعماله لحقه.

ويعبر الفقهاء عن هذه القرينة بالقول "رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا"، فالتعسف لا يقوم فقط حيث تنعدم مصلحة صاحب الحق أو عندما تكون مصلحة غير مشروعة، وإنما يقوم كذلك، عندما يكون لصاحب الحق مصلحة في استعماله لحقه، لكنها لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يمكن أن يقع على الغير من جراء استعمال صاحب الحق لحقه بالطريقة التي وقعت، وهذه القرينة تقوم على أساس مقدار التفاوت بين المنفعة التي سيحصل عليها صاحب

---

[٤٩] أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٨ ص٥٨٠ - القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ مدونة الفكهاني ١-٣ رقم٣١٣ ص٣٧٦ - حسن كيره السابق ٣٩٥ ص٧٧٦ - السنهوري الجزء الأول ٥٦٢ ص٨٤٦.

[٥٠] أنظر القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ مدونة الفكهاني الدورية ١٩٦٠ رقم ٢٠٨ ص٤٢٦ - حسن كيره السابق ص٧٧٦ فقرة ٣٩٥.

[٥١] أنظر السنهوري السابق فقرة ٥٦٢ ص٨٤٦ - حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦ - الجيزة الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ مدونة الفكهاني رقم ٣٠٢ ص٣٦٣ ج١-٣.

الحق وبين الضرر الذي يمكن أن يقع بالغير، وهو تفاوت كبير[٥٢] وفي الغالب ما يكشف عن قصد الإضرار بالغير حتى ولو لم يظهر هذا القصد وقت استعمال الحق.

ومن تطبيقات هذه القرينة التي يستشف منها على التعسف وبالتالي سوء نية صاحب الحق عند استعماله لحقه، حالة ما يقيم أحد الأشخاص مدخنة لتصريف العوادم من بيته، وقد وجهها هذا الشخص اتجاها قريبا من بيت جاره، الأمر الذي يؤدي إلى وقوع الضرر بالجار نتيجة لذلك، ففي هذه الحالة يكون صاحب المدخنة متعسفا في استعمال حقه، صحيح أنه حقق غايته من وراء ذلك بإبعاد العوادم من بيته، لكنه من جانب آخر أضر بجاره ضررا كبيرا نتيجة لتوجيه المدخنة نحوه. فقد كان على صاحب المدخنة أن يوجهها وجهة أخرى لا يحتمل وقوع الضرر منها بالجار[٥٣] ومن تطبيقات هذا المعيار ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة ٨٨١ منه والتي تقرر على أنه "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم يبق سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، ومن تطبيقات هذا المعيار كذلك ما نصت عليه المادة ٧٠٨ من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية على أنه (غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يعنى أن الحائط إذا كان مملوكا ملكية خاصة لأحد الجيران دون أن يشاركه في ملكيته الجار الآخر على الرغم من أنه يفصل بين ملكيتهما

[٥٢] حتى ولو لم يظهر هذا القصد وقت استعمال الحق-وانظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الأول ص٢١.

[٥٣] أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٢ ص٧٧٥ وهامش رقم ١ ص٧٧٥.

فليس لصاحب الحائط أن يهدمه إلا إذا وجد عذر قوى وإلا كان صاحب الحائط متعسفا في استعمال حقه).

٧- مكرر: وجود مصلحتين متعارضتين :

ويثور التساؤل حول ما إذا وجدت مصلحتان خاصتان متعارضتان. فتمسك أحد المصلحتين بحقه تجاه صاحب المصلحة الأخرى ومنعه من تحقيقها على الوجه الأفضل. وعلى سبيل المثال، جماعة من الأفراد يملك كل فرد منهم قطعة أرض صغيرة تجاور وتلاصق الأراضي الأخرى التي يملكها الأفراد الآخرين. اجتمع هؤلاء الأفراد بناء على طلب أحدهم عارضا عليهم تجميع هذه الملكيات الصغيرة لتصبح ملكية كبيرة موحدة لإقامة أحد المراكز التجارية أو مستشفى أو أحد الفنادق الكبيرة، رغبة في استغلال الأرض استغلالا أفضل مما لو استغلت كل قطعة صغيرة على انفراد. فاعترض أحد الملاك على ذلك وأصر على الرفض، فهل يجوز اعتبار هذا الشخص لرفضه وانضمامه بأرضه إلى باقي الملاك متعسفا في استعمال حقه، ومن ثم، يجوز إصدار قرار بضم ملكيته عنوه للأملاك الأخرى..؟؟.

إن أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على أساس الربط بين التعسف في استعمال الحق، والحق ذاته والغاية منه، فصاحب الحق لا يكون متعسفا طالما كان يتصرف في حدود حقه ووفقا للغاية المقصودة منه، فالخروج عن غاية الحق ووقوع الضرر نتيجة لهذا الخروج أهم أركان نظرية التعسف في استعمال الحق، فهل في الإمكان تطبيق ذلك على مثالنا السابق واعتبار المالك المعارض متعسفا في استعماله لحقه بعدم قبوله بضم ملكيته إلى الأملاك الأخرى؟؟

أولا: إذا كان الأمر يتعلق بمشروع حكومي يقصد به المصلحة العامة للناس، فليس من شك حول شرعية القرار الذي يصدره ولي الأمر بنزع ملكية

الأشخاص وتحويلها إلى ملكية عامة، وإنما مقابل تعويض عادل يدفع للأشخاص المنزوعة منهم الملكية.

فيروى أنه عندما استخلف عمر بن الخطاب رضى الله عنه وكثر الناس، ووسع المسجد واشتري دورا فهدمها وزادها فيه، وهدم على قوم من جيران المسجد أبو أن يبيعوا ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد، واتخذ المسجد جدارا قصيرا دون القامة كانت المصابيح توضع فيه[٥٤] وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه هدم كذلك مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام وزاد فيه وأدخل دار العباس فيه[٥٥].

وحدث ذلك أيضا في عهد عثمان بن عفان رضى الله عنه[٥٦]، في هذه الحالة قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فنزعت الثانية من أجل تحقيق المصلحة الأولي.

ثانيا: هل يجوز انتزاع ملكية خاصة من أجل تحقيق مصلحة خاصة؟؟ في هذه الحالة تتساوى المصالح، فلكل صاحب أرض له مصلحة في استعمالها واستغلالها أو التصرف فيها على الوجه والطريقة التي يشاء طالما أن كل شخص يلتزم حدود حقه والغاية المقصودة منه، وهذا الأصل لا اختلاف عليه، لكن يختلف الحال في نظرنا لو أن إحدى المصلحتين كانت جديرة برعاية الشارع دون الأخرى، كأن تكون إحداها تتساوى مع المصلحة العامة بالنظر للأهداف التي قصدت تحقيقها فيما لو تحققت، بينما الأخرى تنحصر في تحقيق ما قصده صاحبها فقط، فإقامة مستشفى حتى ولو كان خاصا، فإنه يهدف إلى تحقيق مصلحة القائمين به،

---

[٥٤] أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٢ ص٧٧٥ وهامش رقم١ ص٧٧٥.

[٥٥] سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص٥٣.

[٥٦] محمد سلامه مذكور الفقه الإسلامي ص١٩٠ فقرة٢٦٦.

ومصلحة الناس من توفير دار للاستشفاء قريبة عليهم ويوفر الكثير من نفقات الانتقال والبحث عن الأطباء...الخ. فإن هذه الأهداف وإن كانت تحقق مصلحة خاصة في ظاهرها، إلا أنه في جوهرها تهدف تحقيق مصلحة عامة، هذه المصلحة الخاصة تكون جديرة برعاية الشارع، وكذلك الحال بالنسبة لإقامة مدرسة، أو إقامة فندق كبير في أماكن هامة لتقديم الخدمات للناس على أحسن وجه، كأن يكون قريبا للحرم المكي أو الحرم النبوي أو الحرم المقدسي في القدس، أو إقامة مركز تجاري الخ.

ومن ثم، فإننا نرى أنه إذا وجد ما يعارض قيام المستشفى أو المدرسة..الخ يجب أن يزال هذا المعارض، فلو وجد متجر صغير أو بيت صغير في الأرض التي سيقام عليها المستشفى أو المدرسة، فإن المصلحة من إقامة هذه المباني ترجح انتزاع ملكية المتجر أو البيت من أصحابها، وإنما يجب أن يكون ذلك مقابل تعويض عادل يقدم لهما، فإذا رفضا مع ذلك، نرى أنهم يكونون متعسفين في استعمال حقوقهم، حيث سيؤدي تمسكهم بحقهم إلى عدم إقامة هذه المباني بالصورة التي تستطيع تقديم الخدمات للناس بصورة جيدة، وهذا ضرر لا يصيب من سيقوم بالمستشفى أو المدرسة..الخ وإنما للناس الذين كانوا سينتفعون من قيامها. ودرء الضرر أولى من جلب المنفعة أو المصلحة، وأصول الشريعة الإسلامية توجب المعارضة للحاجة والمصلحة الراجحة وإن لم يرض صاحب المال[٥٧].

لكن لو أراد أحد الأشخاص توسيع حديقته ووجد أحد المتاجر حتى ولو كان صغيرا يمثل عقبة أمام هذه الرغبة، فإن صاحب المتجر لا يكون متعسفا في

[٥٧] محمد سلامه مدكور الفقه الإسلامي ص١٩٠ فقرة ٢٢٦ – وانظر الملكية ونظرية العقد محمد أبو زهرة فقرة ٥٧ ص١٥٢ من موسوعة القضاء والفقه رقم ٢٠٥.

استعمال حقه حتى ولو رفض التعويض من صاحب الحديقة، فالمصلحة التي تعود من توسيع الحديقة على صاحب الحديقة تتساوى مع مصلحة صاحب المتجر، فلا ضرر ولا إضرار، أما إذا ترتب على أحد المصلحتين الخاصتين ضرر واجب درؤه، فهنا وجبت التضحية بأحد المصلحتين للآخر مع التعويض العادل، ويؤكد ذلك الحديث النبوي الشريف الذي رواه أبو داود في سننه عن 'سمرة بن 'جندب وقد سبق رواية هذا الحديث في التأكيد على أن السنة النبوية الشريفة أقرت نظرية التعسف في استعمال الحق[٥٨] وقد نقل الإمام ابن رجب الحنبلي[٥٩] حديثا في واقعة مشابهة لحادثة "'سمرة" قال: وأخرجه أبو داود في مراسيله: "أنه كان لأبي لبابة عذق في حائط رجل فكلمه فقال: إنك تطأ حائطي إلى عذقك، فأنا أعطيك مثله في حائطك وأخرجه عنى، فأبى عليه، فكلم النبي فقال صلى الله عليه وسلم !! يا أبا لبابة خذ مثل عذقك فخذها إلى مالك واكفف عن صاحبك ما يكره" فقال ما أنا بفاعل فقال صلى الله عليه وسلم للرجل اذهب فأخرج له مثل عذقه إلى حائطه ثم اضرب فوق ذلك بجدار، فإنه لا ضرر في الإسلام ولا ضرار".

٨- دراسة لموقف المشرع الأردني من نظرية التعسف:

جاء النص على نظرية التعسف في المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني، تحت عنوان إساءة استعمال الحق، حيث تقول "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع، ويكون استعمال الحق غير مشروع :

أ. إذا توافر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

---

[٥٨] أنظر فيما سبق فقرة ١ ص...

[٥٩] جامع العلوم لابن رجب الحنبلي ط٣ ص٢٧٠.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني ما يأتي "إن المشرع قد تفادى الصيغ العامة، كالتعسف والإساءة بسبب غموضها وخلوها من الدقة..، وانه استمد من الفقه الإسلامي الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص".

يتضح من نص المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني وكأنها منفصلة عن المذكرة التفسيرية التي وضعت لها، ويبدو ذلك فيما يأتي:

أولا: إن المذكرة التفسيرية ترفض أن تستعمل لفظ التعسف أو الإساءة وذلك بسبب غموضهما وخلوهما من الدقة وفقا لتعبير المذكرة التفسيرية، مع أن المشرع الأردني استعمل عبارة "إساءة استعمال الحق" كعنوان للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني، الأمر الذي يبين مدى الارتباك والتناقض بين النصوص والمذكرة التفسيرية وبين رغبة المشرع الأردني من أن تكون له صياغات خاصة به للتعبير عما يريد أن يقره ويؤكده وعدم التوفيق في هذه الصياغات، وهذه الحالة ليست الوحيدة التي وقع فيها المشرع الأردني. وعلى سبيل المثال، عند تنظيمه للرهن الحيازي وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بآثار الرهن في حق الغير حيث جاءت تحت عنوان (حق الحبس وحق التتبع والأولوية) مع أن المشرع الأردني لا يعطي للدائن المرتهن رهنا حيازيا حق التتبع في الأصل، حيث لا تجيز المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الأردني أن يتصرف المدين الراهن بالشيء المرهون إلا بإذن وقبول المرتهن، وإذا وقع البيع (التصرف) حل الثمن محل الشيء المرهون لضمان حق الدائن وفقا لنظرية الحلول العيني[٦٠] وإذا كان الأمر كذلك وفقا لوجهة

[٦٠] حيث تقول المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الأردني في هذا الصدد "١-لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازيا تصرفا قابلا للفسخ مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن.
٢- فإذا كان التصرف بيعا فإن حق المرتهن ينتقل إلى ثمن المرهون".

نظر المشرع الأردني فكيف يكون حق التتبع الذي جاء به العنوان والمدين الراهن في الأصل لا يجوز له التصرف بالشيء المرهون؟؟[٦١] ونعتقد أن هذا الارتباك مصدره هيمنة أفكار القانون المدني المصري على المشرع الأردني على الرغم أنه كانت عنده الرغبة في التخلص منها، وهو يقوم بعملية المزاوجة بين أفكار مستمدة من الشريعة الإسلامية وأفكار مستمدة من القوانين الوضعية، وأفكار مستمدة من مجلة الأحكام العدلية لصياغة القانون المدني الأردني، ونحن نعتقد أن الجمع بين المتناقضات يحتاج إلى جهد أكثر من المشرع الأردني وذلك للوصول إلى قانون مدني متطور يخلو من الضعف والارتباك بين نصوصه، وكذلك مذكرته التفسيرية[٦٢].

ثانيا: في المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني ورد فيها أربعة معايير لإساءة استعمال الحق، بينما ذكرت المذكرة التفسيرية بأن هناك ثلاثة معايير لإساءة استعمال الحق، يقول الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا في هذا الخصوص "ويبدو أن المادة كانت تتضمن ثلاثة معايير أو ضوابط فقط في الكتابة الأولية التي كتبت فيها المذكرة، ثم أضيف المعيار الرابع وبقيت المذكرة على حالها"[٦٣] لكن هذا لا يعتبر تبريرا بقدر ما هو شعور أو إقرار بوجود الارتباك بين المادة ٦٦ ومذكرتها التفسيرية الأمر الذي يقتضي التخلص من ذلك.

---

[٦١] أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني الجزء الثالث الحقوق العينية التبعية القسم الثاني التأمينات العينية الرهن الحيازي ١٩٩٨-١٤١٨هـ فقرة ٤٨/ب/مكرر ص١١١و١١٢.

[٦٢] أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني العقود المسماة - الكتاب الأول عقد البيع فقرة ٣٩ ص١٢٦ وما بعدها - ونظر في هذا المعنى مطصفى الزرقا السابق فقرة ٧٥ ص٥٤ وما بعدها.

[٦٣] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٦ ص٥٥ و٥٦.

ثالثا: لقد ذكرت المذكرة التفسيرية للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني أنها استخدمت المعايير لإساءة استعمال الحق من الفقه الإسلامي، كما فعلت ذلك المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، دون أن تذكر الآيات أو الأحاديث أو النصوص الفقهية المأخوذة منها هذه المعايير[٦٤].

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن المشرع الأردني في المادة ٦٦ وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالمعايير التي آخذ بها للتدليل على إساءة استعمال الحق. لم يوفق كذلك في صياغة هذه المعايير على الوجه الذي أخذ به المشرع المصري وكذلك الفقه الإسلامي. وذلك من عدة جوانب.

أولا: إن الأخذ بمبدأ تعدد المعايير قد يثير مشكلة إن كانت هذه المعايير وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال، لأن القول بأنها وردت على سبيل الحصر فإن ذلك يكون المشرع قد أخضع هذه المادة للتقوقع وعدم التطور وذلك فيما لو استحدثت معايير جديدة أكتشفها العمل القضائي والاجتهاد الفقهي[٦٥]. الأمر الذي يستدعي التفكير لوضع معيار شامل لجميع الصور التي ذكرها المشرع المصري والتي وردت في الفقه الإسلامي على أن يكون قادرا على استيعاب كل معيار جديد لم يرد ضمن ما أروده المشرع المصري والفقه الإسلامي، وقد أحسن المشرع اللبناني في ذلك[٦٦].

ثانيا: أن المشرع الأردني في المعيار الأول الذي ذكرته المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني وهو "أن يتوافر قصد التعدي" والذي أخذه بدلا عن المعيار الأول الذي أخذ به المشرع المصري"إذا كان يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار

---

[٦٤] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٦ ص٥٦.

[٦٥] أنظر فيما سبق فقرة ٦.

[٦٦] أنظر فيما سبق فقرة ٦.

بالغير" ينقلنا إلى نطاق المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار والتي ترتكز على أساس التعدي، مع أننا ركزنا على استقلالية نظرية التعسف عن نظرية المسئولية التقصيرية[٦٧] ولذا فإن المعيار الذي عبر عنه المشرع المصري يظل أقرب لنظرية التعسف وباستقلالية النظرية عن المسئولية التقصيرية.

ثالثا: إن المشرع الأردني لم يكن موفقا كذلك في إضافة المعيار الرابع ألا وهو "إذا تجاوز استعمال الحق ما جرى عليه العرف والعادة" فقط لاحظ بحق الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا هذا كذلك حيث يقول "هو أيضا معيار غير سديد بالنظر إلى مفهوم التعسف أو إساءة استعمال الحق، حيث يستعمل الشخص حقا مشروعا ولا يتجاوز حدود حقه هذا ومع ذلك يعتبر متعسفا أو سيئا فيمنع"[٦٨] وكما هو معروف أن ما جاوز ما جرى عليه العرف ليس بحق من أصله، بل هو تعد، فيخرج عن موضوع التعسف ونطاقه"[٦٩].

ننتهي إلى أن المشرع الأردني لم يكن موفقا كل التوفيق وهو يحاول تأصيل وصياغة نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي بعيدا عن ما وصل إليه المشرع المصري على الرغم من أن ما وصل إليه المشرع المصري كان يهيمن على الفكرة التي أراد المشرع الأردني تحقيقها لذا جاء التعبير عنها بصياغة قربت نظرية التعسف في استعمال الحق للمسئولية التقصيرية أكثر مما أبعدتها عن ذلك. ومما يدل على سيطرة فكرة المشرع المصري على المشرع

---

[٦٧] في هذا المعنى أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧ ص٥٨ – وانظر فيما سبق فقرة ٥.

[٦٨] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٨٨ ص٥٧.

[٦٩] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٨٨ ص٥٧ وهي منقولة حرفيا عنه.

الأردني المعيار الثاني والثالث منهما فهما نفس الذي أخذ بهما المشرع المصري[٧٠].

٩- ثانيا: نطاق النظرية والجزاء المترتب عليها:

١- نطاق نظرية التعسف :

يتسع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق لكل الحقوق التي تمنح للأشخاص من قبل الشارع بهدف تحقيق غايات إنسانية معينة، فكل حق يهدف إلى غاية محدودة، وعندما منح الشارع الحق للشخص إنما أراد أن يساعده في الوصول إلى هذه الغاية طالما كان ذلك في حدود نطاق الإباحة، فإذا تجاوز صاحب الحق في استعماله لحقه عن حدود هذه الغاية، يكون متعسفا في استعمال حقه، وبالتالي تستوجب مسئوليته لا على أساس أحكام المسئولية التقصيرية (الفعل الضار) وإنما على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، ومع ذلك فقد حاول بعض الفقهاء استثناء بعض الحقوق من نطاق نظرية التعسف كحق الشريك في طلب قسمة المال الشائع، وحق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الغير، وحق الإيصاء، وحق الموصي له في رد الوصية والحق في الطلاق[٧١] على أساس أن هذه الحقوق تقوم على دوافع شخصية خالصة. وفي الواقع إننا لسنا مع هذا الرأي، حيث يستوي في نظرنا أن يكون الحق المتعسف في استعماله يقوم على علاقات شخصية أو غيرها، لأن المسألة تتعلق بأي شخص تثبت له حقوق بطريقة شرعية وتجاوز في استعمالها الغاية المحدودة لها مما يصيب الغير الضرر من جراء ذلك، فالطلاق من الحقوق التي أثبتها الشارع للزوج، ومن ثم، إذا هو تعسف في استعمال هذا

[٧٠] أنظر فيما سبق فقرة ٥.

[٧١] أنظر عبد المنعم فرج الصده ، من فقرة ٣٩٠ ص٥٧٢.

الحق استوجبت مسئوليته وهكذا باقي الحقوق الأخرى المراد استبعادها من نطـــاق نظرية التعسف.

وعلى الرغم من عمومية نظرية التعسف في استعمال الحق بحيث تشـــمل كما ذكرنا كل الحقوق على اختلاف نوعها وطبيعتها، إلا أنها لا تشمل مـــع ذلـــك الرخص، كالحقوق السياسية كحق الانتخاب أو حق الترشيح أو السبب في ذلـــك أن هذه الرخص لا تعتبر حقوقا بالمعنى الدقيق لاصطلاح الحق[٧٢].

٢- عبء إثبات التعسف:

يقع عبء إثبات التعسف على من يدعيه، فالبينة على من ادعى، والعلـــة من ذلك، أن التعسف يرد على استعمال الحق، واستعمال الحق في الأصل يعتـــبر عملا مشروعا يدخل ضمن دائرة الإباحة، إلا إذا انحرف صاحب الحق عن الغايـــة التي يهدف إليها، وإثبات التعسف يكون بكافة طرق الإثبات لأنه ينصب على واقعة مادية.

٣- الجزاء الذي يرتبه الشارع على ثبوت التعسف:

الجزاء الذي يرتب على ثبوت التعسف قد يكون وقائيا، وقد يكون تعويضا عن الضرر، فالجزاء الوقائي، يتمثل بحرمان صاحب الحق من استعمال حقه ابتداء استعمالا تعسفيا وبالتالي يحول دون وقوع الضرر[٧٣] والتعويـــض، وهـــو لجـــبر الضرر الذي وقع بالغير على اثر تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، ويستوي

---

[٧٢] أنظر في هذا المعنى حسن كيره السابق فقرة ٣٩٩ ٧٨٣.

[٧٣] في هذا المعني حسن كيره السابق فقرة ٣٩٩ ص٧٨٣.

أن يكون التعويض نقديا أم عينيا وذلك بإزالة المخالفة[٧٤] علـــى أســـاس أن هـــذه الحقوق تقوم على دوافع شخصية خالصة.

---

[٧٤] أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٩ ص٥٨١ – حسن كـــيره الســـابق فقـــرة ٤٠٢ ص٧٩٢ – السنهوري هامش ٨١٥.