مباني ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون

الباحث.نصيف علي عبد الرضا عباس المياحي/جامعة المصطفى العالمية /قم المقدسة

أ.د. عزيز الله موسى فهيمي/ جامعة قم الحكومية

د. محمد صادقي/ الجامعة السيدة المعصومة الحكومية

Email : almyahynsyf89@gmail.com

Email :Aziz.faimi@yahoo.com

Email : msadeghi417@yahoo.com

الملخص

إن نظرية التعسف في استعمال الحق ليست في الواقع سوى بسطه في فكرة الخطأ خلقها القضاء أولاً، لما في الأخذ بها من مصلحة عامة ظاهرة، ثم تبعه الفقه، وأخيراً تبنتها التشريعات الحديثة بنصوص صريحة كما فعل المشرع العراقي وبقية قوانين البلاد العربية، وعلى هذا الاساس قال بعض الفقهاء عند التصدي لتعريف نظرية التعسف في استعمال الحق: انها عبارة عن الخطأ المتمثل في استعمال الحق او هي الاستعمال الشاذ غير المألوف للحق." I aleus desdroits est la faute daus I usage des droits، ou l'usage anocmal des droits" يقول الأساتذة (ماز و – تنك) أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق لفكرة الخطأ، فالشخص الذي يستعمل حقه دون نية الأضرار بالغير، ولكن هذا الاستعمال، يؤدي الى الحاق الأذى بهم، يرتكب اهمالا أو تقصيرا، يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وإلزامه بتعويض هذا الضرر، أما الذي يستعمل حقه بنية الاضرار بالغير، يرتكب خطأ عمدا، يسأل عنه. سنقوم في هذا البحث ببيان مجال و معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون وذلك في مطلبين سنتناول في المطلب الاول مباني نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون وذلك في فرعين ففي الفرع الأول: مباني النظرية في القانون العراقي وفي الفرع الثاني : مباني نظرية التعسف في الفقه المقارن . أما في المطلب الثاني سنتناول بالبحث معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون. وذلك في فرعين أيضا ففي الفرع الاول نبين معايير نظرية التعسف في القانون والقضاء العراقي وفي الفرع الثاني معايير نظرية التعسف في الفه المقارن .

الكلمات المفتاحية: المباني،المعايير، نظرية التعسف، استعمال الحق، الفقه الإسلامي.

Constructions and Criteria for the Theory of Abuse in the Right in the Law

Researcher.Nasif Ali Abd Al Reda/ Al-Mustafa Interational University / Holy Qom
Prof.Dr.Aaziz Allah Musaa Fahimi/ Qom State University
Dr. Mohammad Sadeghi/State University AlSaydat Masoumeh
Email : almyahynsyf89@gmail.com
Email : Aziz.faimi@yahoo.com
Email : msadeghi417@yahoo.com

Abstract

The idea of arbitrariness in the use of the truth, according to what the jurists of Islamic law see, is based on many verses of the Holy Quran and the blessed hadiths narrated about the Prophet (may Allah's peace and blessings be upon him), which confirm that the use of the truth is legitimate, if it is done honestly and sincere intention Although the jurists of the public of Sharia have approved this idea of arbitrariness, but it has never been the subject of consensus or agreement, there is a team that opposes the idea and opposes it represented by the virtual doctrine and at the head of these jurists (Ibn Hazm), and it stated in its author (Al-Mahalli) Malik said, "This is forbidden from all this," Abu Muhammad said, "This is a mistake, because everyone has the first right to his right, and the neighbor has no right to benefit from the wall of his neighbor except where the text came, and there is no difference between tearing down his wall, so it is not charged with rebuilding it, and he says to his neighbor to cover yourself if you want, and it is to demolish the wall of himself, and there is no difference between the ceiling and seeing from it and between the bottom of the house and seeing it, and there is no difference between opening a skylight and opening it to air, and both things can be seen from him, and there was no Quran, nor a Sunnah, nor true, or true saying of a friend prevents one from opening in his right. His wall is what he wants If they invoke the news, "There is no harm and no harm," this is not true because it came as a messenger or from a path in which Zuhair bin Thabet is weak, but its meaning is true and not greater than preventing one from acting in one's own money in consideration of the benefit of others, this is really harm.

key words: Buildings and laws - the theory of abuse - using the right - Islamic jurisprudence.

المقدمة

أولا : تعريف بموضوع البحث

أن نظرية التعسف في استعمال الحق أصبحت تكتسي أهمية قصوى في القوانين الحديثة عموما، وان كانت في الأصل مطبقة في القانون الإداري والقانون المدني الا أنها لا تقف عند هذا الحد بل تمتد الى مختلف فروع القانون الأخرى، كالقانون الاجتماعي (الاحوال الشخصية) والتجاري والقانون العقاري وغيرها، وهذا يدل بشكل قاطع على أهمية هذه النظرية وشموليتها، ومن ثمة فأن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تقتصر على شريعة معينة أو قانون معين وإنما تمتد الى أغلب التشريعات الحديثة، ومما يعطي اهمية كبيرة لدراسة هذا الموضوع، هو أن نظرية التعسف تستند الى فكرة العدالة، اذ لا يجوز للبعض أن يستتر باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة لحقوق الآخرين، ولا يجوز تفضيل مصلحة خاصة على المصالح العامة."

من هنا يبرز الدور الكبير للمشرع العراقي وغيره من مشرعي القانون الوضعي في الحد من هذه الصراعات وذلك في تحديد أصول هذه النظرية وبيان ضوابطها والنظام القانون الذي بنيت عليه وموقعها في الشريعة الاسلامية المقدسة ليعرف كل ذي حق حقه كي لا يكون هناك انحراف في استعمال الحرية او الخروج عن حدود الحق وقد يستعمل الحق في حدوده ولكن بحالة من التعسف في استعماله[1]، فالشخص الذي يقيم بناء على ارضه ويتجاوز في البناء على ارض غيره، فانه يخرج عن حدود حقه، بينما الشخص الذي يقيم جدارا مرتفعا على ارضه بقصد حجب الضوء او الهواء عن جاره اضرارا به يعتبر متعسفا في استعمال حقه مع كونه لم يخرج عن حدود حقه. ان تطبيقات هذه النظرية لا تقتصر على حقوق معينه بل انها تشمل جميع الحقوق المادية والمعنوية.

ويرى المشرع العراقي كذلك "أن التعسف يبقى داخلا نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان متصلا بالتعاقد " ولم يشير الى تلك النظرية صراحة ايضا بل ذكرها ضمنا في فقراتها الثلاث، ولم يعطي تفصيلا او تعريفا مستقلا لنظرية التعسف في استعمال الحق. قد يرى المشرع العراقي رأيا اخر في تلك النظرية مغايرا للمشرع المصري وغيره مما يقتضي – وهذا ما يراه الباحث – ان نضع بين يديه ما نراه من ان الأساس القانوني لتك النظرية مستمدا من الشريعة الاسلامية كما بينا و اكده العديد من فقهاء القانون. أما المشرع المصري فأنه يرى في تلك النظرية رأيا اخر حيث يقول السنهوري "على ان الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ما هو الا المسؤولية التقصيرية ، إذ التعسف في استعمال الحق خطاء يوجب التعويض " ان (مبدأ) رفع

التعسف في استعمال الحق وتقنينه ضارب جذوره في ارض القانون منذ عرفت البشرية القوانين، فقد عرفه البابليون وجاءت في مدونة حمورابي نصوص تعاقب على التعسف في استعمال الحق منها المادة ٥٥ من تلك المدونة وذلك من حوالي واحد واربعين قرنا، ولم يكن الرومان من قال بهذه النظرية حيث ان قانونهم مشبع بالفردية ومغرق في الشكلية حتى نهاية القرن التاسع عشر الميلادي وبداية القرن العشرين حيث عمل العديد من الفقهاء الغربيين امثال الفرنسي (اول بيان) على ازالة التعسف في استعمال الحق، ولم يكن مبتدعا لهذه النظرية، وكذلك بالنسبة للنظرية الموضوعية للحق التي نادى بها الفقيه الألماني (اه نج)، وكذلك فكرة التضامن الاجتماعي التي نادى بها الفقيه (دونجي) عميد كلية بوردو، تلك النظريات وغيرها التي نادوا بها الفقهاء الاوربيين في هذه الفترة المتأخرة من عمر القانون لم تكن من ابداعاتهم بل لأنهم وجدوا من الضرورة لإزالة مبادئ الفردية والشكلية والأنانية في القوانين الغربية وللتطور الاجتماعي الاقتصادي والعمراني في العالم ، ومن خلال ذلك لم تكن نظرية (التعسف في استعمال الحق) صناعة رومانية ولا حتى فرنسية أو اوربية لأن (لا ضرر ولا ضرار) قد سبقت تلك الصناعة مذ قرون عديدة، وقد نادى بها الفقهاء المسلمون وكانوا سباقين بالحديث عن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وضرورة تحمل الضرر العام بالأولوية على الضرر الخاص وهذا ما أكده احد فقهاء القانون (الدكتور سليمان مرقص) في حديثه عن نظرية التعسف في استعمال الحق حيث قال " وقد وجدت بذور هذه النظرية في الشريعة الاسلامية من قبل ضهورها في الشرائع الغربية الحديثة بنحو ستة قرون على الأقل "

يقول الدكتور علي السنوسي علي " الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية هو انحراف الشخص عن الشخص عن السلوك المألوف، غير أن هذا الانحراف قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاَ. فالرخصة (Simple faculte) هي حرية القيام بما لا يحرمه القانون، كالسير، والتعاقد، والكتابة، والتقاضي و ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد، أما الحق (Droit defini) فهو مصلحة مرسومة الحدود، يحميها القانون، كحق الملكية مثلا فالتملك رخصة اما الملكية فهي حق .

ثانيا : اهمية البحث

ان في التطبيقات العملية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي وغيره من القوانين الوضعية ومقارنتها بالفقه الاسلامي، من هنا تكمن الاهمية العملية القصوى لهذه الدراسة في ضل ظروف الانفتاح السياسي والاجتماعي والتجاوز على الحقوق والمصالح العامة والخاصة

بحجة استعمال الحق او بحجة التمتع بالحقوق الخاصة او الحقوق السياسية او الأدبية دون حدود، او قد تكون هناك مطالبات في التمتع (بالحريات الشخصية) دون حدود مما يسبب ضررا فادحا في المجتمع سواء كان الضرر مادي او ادبي (معنويا أو غيره) عندها يجب ان يتوقف هذا التعسف في استعمال الحقوق، كي لا تصبح الحريات الشخصية ساحة للصراعات الفكرية والقانونية وغيرها.

وخلاصة القول الذي يراه الباحث "أن نظرية التعسف في استعمال الحق أصبحت تكتسي أهمية قصوى في القوانين الحديثة عموما، وان كانت في الأصل مطبقة في القانون الإداري والقانون المدني الا أنها لا تقف عند هذا الحد بل تمتد الى مختلف فروع القانون الأخرى، كالقانون الاجتماعي (الاحوال الشخصية) والتجاري والقانون العقاري وغيرها، وهذا يدل بشكل قاطع على أهمية هذه النظرية وشموليتها، ومن ثمة فأن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تقتصر على شريعة معينة أو قانون معين وإنما تمتد الى أغلب التشريعات الحديثة، ومما يعطي اهمية كبيرة لدراسة هذا الموضوع، هو أن نظرية التعسف تستند الى فكرة العدالة، اذ لا يجوز للبعض أن يستتر باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة لحقوق الآخرين، ولا يجوز تفضيل مصلحة خاصة على المصالح العامة."

ثالثا : هدف البحث

– بيان مفهوم الحق والتعسف في استعمال الحق في القانون المدني العراقي والقانون المقارن .
– بيان أهم معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي حيث تختصرها الآية المباركة {لقد أرسلنا رسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط}، وفي القانون الوضعي خصوصا القانون المدني العراقي .

– علاقة النظرية بالقانون العراقي حيث نطاق النظرية في صيانة الحقوق و حفظ الحدود وتحقيق العدالة معتمدا الآية المباركة الواردة سلفا من سورة الحديد الآية ٢٥ .
– بما أن تطبيقات نظرية التعسف لا يمكن حصرها ، الا ان بيان أهم تطبيقات النظرية بالفقه الاسلامي والقانون والتي يوضع الباحث البعض من الاضافات عليها في مجالات التعسف الاسري كالعدول التعسفي عن الخطبة والطلاق التعسفي والامساك التعسفي للزوجة من قبل الزوج والتعسف في الوصية و التعسف في اطاري الملكية والعقود وغيرها .

رابعا :اسألة البحث

لبيان اشكالية البحث هناك العديد من الاسئلة الفرعية وسؤال رئيس سيتم الاجابة عليها من خلال بيان مطالب البحث ، والسؤال الرئيس هو : ماهي القاعدة القانونية التي تحكم التعسف ؟

اما الاسئلة الفرعية : ماهي مباني نظرية التعسف ؟ وما هي معاييرها

ما هو مفهوم التعسف في استعمال الحق ؟

ما هو المصدر الرئيسي لنص المادتين (٦ ، ٧) من القانون المدني العراقي ؟

خامسا : منهج البحث

المنهج الوصفي التحليلي

سادسا : هيكلية البحث

سيتناول الباحث هذه الدراسة مفصلا في مبحثين ، ففي المبحث الاول يبحث مباني نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي والمقارن وفي المبحث الثاني يبحث معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي والمقارن ، كما يأتي تفصيله ان شاء الله تعالى .

المبحث الأول/ مباني نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون

للإجابة على التساؤلات التي سنتناولها في هذا المبحث ومن أهم هذه التساؤلات هو ما القاعدة القانونية التي تحكم التعسف ؟ و ماهي مباني نظرية التعسف ؟ وما أهم معاييرها ؟ وللإجابة على ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين يتناول الباحث في الطلب الاول مباني نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي والمقارن وفي المبحث الثاني يبحث معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي والمقارن ، كما يأتي تفصيله ان شاء الله تعالى .

المطلب الأول/ المباني النظرية في القانون العراقي

تقضي (المادة ٦) من القانون المدني العراقي بأن "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ من ذلك من الضرر ".

وتقضي (المادة ٧) منه بأن "١- من أستعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان.
٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:

أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.

ب- أذا كانت المصالح الذي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة. "

أن المشرع العراقي أقر وبشكل صريح أن لحقوق الأنسان الشخصية - Droits subjectives- حدودا خارجية مادية أو قانونية، وحدودا غائية خفية Limite's e'xernes et limites t'eleole ينبغي عليه أن يلتزم بها وأن لا يخرج عنها عندما يريد ممارسة حق من هذه الحقوق والا ترتبت عليه المسؤولية، مثل ذلك المالك الذي يتجاوز على ما يجاور ملكه من أملاك الغير فيزرع عليها أو يقيم عليها بناء أو منشآت أخرى.

ان استعمال الانسان المزايا والسلطات التي يستمدها من حقه ، استعمال يحميه القانون ويعصم صاحبه من المسؤولية ما دام قد التزم مضمون (Cotenu)هذا الحق ونطاقه كما رسمها القانون، ومن هنا كان السائد زمنا طويلا ان صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة وهو يستعمل حقه، بحيث لا يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، وعلى الغير أن يعمل على دفع هذا الضرر عنه والتوقي منه بصورة مشروعة ومما ادى الى ترويج هذا الرأي وانتشاره هو انتشار المذهب الفردي (Jndividualisme) في فرنسا وغيرها والذي يقوم فقهه في أساسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون و بتدخله الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له [٢].

الا ان المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي (Socialisme) الذي يقوم في أساسه على الجماعة وحقوقها – لا على الفرد وحقوقه – اتجه وجهة عكسية، فذهب غلاة أنصاره الى أنكار فكرة الحق واعتباره وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازا، وإنما تفرض عليه التزامات أو واجبات بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلا باستعمال هذه الوظيفة، كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق المصلحة العامة التي هي الهدف الأساسي لكل مجتمع أنساني، ويرى الباحث ان كلا من المذهبين الفردي والجماعي مغا ليا ومتطرفا في النظر الى الحق واستعماله دون اعتبارات

وسطية تراعى فيها مصلحة الفرد والجماعة ، فإسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق في استعمال هذا الحق يجعل من هذا الحق أداة طيعة ومشروعة للأضرار بالغير في سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة، واعتبار الحق مجرد أداة أو وظيفة اجتماعية يلغي فكرة الحق إلغاء كاملا، ويمحو كيان الفرد واستقلاله ليكون أداة طيعة لاستغلال حقوق الناس بحجة المصلحة العامة.

"بسبب ذلك كله ذهب الفقه الحديث والتشريعات الفقهية الحديثة في مجموعها الى مذهبا وسطا بين هاتين النزعتين المتطرفتين أتخذ له مظهرا عمليا في هذه النظرية المعروفة (بنظرية التعسف في استعمال الحق) أو نظرية اساءة استخدام الحق. لأن هذه النظرية تقيم التوازن بين مختلف المصالح، بين مصلحة الفرد من جهة وبين مصلحة الجماعة من جهة أخرى، فلا هي تلغي فكرة الحق وتحوله الى وظيفة اجتماعية خالصة، ولا هي تعطي لصاحب الحق سلطة مطلقة تبيح له الأضرار بالغير بحجة أنه ما زال ملتزما حدود حقه هذا، ولكنها تقر فكرة الحق وتعطي لصاحبه حرية استعماله، لما يعود اليه من نفع مع تقييد هذه الحرية، بحيث لا تدفع صاحب الحق هذا الى تحقيق اغراض غير مشروعة "[٣].

ويبدو للباحث أن نظرية التعسف في استعمال الحق ليس الا تطبيق واضح وجلي للحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) بينما ما يتبين من مختلف أراء الفقهاء أن نظرية التعسف في استعمال الحق ليست في الواقع سوى بسطة في فكرة الخطاء خلقها القضاء أولا، لما في الأخذ بها من مصلحة عامة ظاهرة، ثم تبعه الفقه، وأخيرا تبنتها التشريعات الحديثة بنصوص صريحة، كما فعل المشرع العراقي، والمصري وبقية قوانين البلدان العربية. وعلى هذا الأساس عرف بعض الفقهاء عند التصدي لتعريف نظرية اساءة استعمال الحق: " أنها عبارة عن الخطأ المتمثل في استعمال الحق، أو هي الاستعمال الشاذ غير المألوف للحق I aleus des droits est la faute daus I ou I'usage anocmal des droits،usage des droits[٤]

أما الأساتذة (مازو، وتنك) فيقولوا أن نظرية التعسف في استعمال الحق ليس الا تطبيق لفكرة الخطأ، فأن ذلك الذي يستعمل حقه بنية الأضرار بالغير، يرتكب خطئا عمدا يسأل عنه، وان الذي يستعمل حقه دون نية الأضرار بالغير ولكن هذا الاستعمال يؤدي الى الحاق الأذى بهم، يرتكب إهمالا وتقصيرا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وإلزامه بتعويض هذا الضرر. ومن الجدير بالذكر أن البعض من الفقهاء يحصرون نظرية التعسف في استعمال الحق ببعض الحقوق دون غيرها، كما سيأتي بيانه ان شاء الله تعالى.

ان استعمال الحق يهدف الى تحقيق مصلحة أو منفعة معينة، فاستعمال حق الملكية يعني أن للمالك حق استعمال الشيء المملوك له واستغلاله والتصرف فيه [٥]، وتنظيم تلك الحقوق وتحديد مضمونها والسلطات التي تخولها لأصحابها لا تتم الا بالتنظيم القانوني لها والتوفيق في استخدام المصالح عامة كانت تلك المصالح ام خاصة، وان استعمال تلك المصالح من قبل أصحابها يجب أن يتم وفق الحدود والموازين التي وضعها القانون، دونما أي تجاوز في استعمالها وإلا يكون لمتجاوز مخطئا، ويلزم بتعويض من وقع عليه لضرر، كمن يتجاوز على ملك جاره ويأتي عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه فعندها يكون عمله غير مشروع في ذاته [٦].

ولقد بينا مباني نظرية التعسف في القانون المدني العراقي حيث تقدم ذكرها في المواد (٦ و٧) وبشكل مفصل والان نستعرض معايير تلك النظرية في القانون المدني المصري واللبناني ،حيث تنص المادة (١٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه – اثناء استعمال حقه – حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق ".

كذلك تنص المادة (٤) من القانون المدني المصري على أنه: " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر " .

كما نصت المادة (٥) من القانون المصري ذاته على أنه: " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

١- إذا لم يقصد به سوى لإضرار بالغير.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

هكذا كانت تنص المواد (٦ و٧) من القانون المدني العراقي، فلو لاحظنا المادة السادسة من القانون المدني العراقي والمادة الرابعة من القانون المدني المصري لوجدنا نفس المعنى مع اختلاف بسيط في الكلمات لا يغير من المعنى شيئا بل كلا المادتين لهما نفس الدلالة لنلاحظ المادة السادسة من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر ".

"يرى الباحث أن هذه المادة تعني أن من لديه جواز شرعي في استعمال حقه لا يضمن أي ضرر يسببه ذلك الاستعمال لحقوق الآخرين وهذا يعني من وجهة نظر الباحث ايضا أن المشرع الذي وضع هاتين المادتين هو ذاته الذي وضع المادة(الخامسة من القانون المدني المصري والمادة السابعة منه " وان هذه المواد (٤ مصري و ٦ عراقي) تطابق وجهات نظر أصحاب الاتجاه الفردي حيث الحقوق المطلقة التي كانت سائدة في المذهب القانوني الروماني ولو أن المشرع تداركها بعد حين من الزمن واتى بالمواد اللاحقة التي تقر نظرية (لا ضرر و لا ضرار) حيث قال فيها رسول الله (صلى الله عليه واله) قبل أكثر من أربعة عشر قرنا من الزمن والتي تعتبر بحق هي الاساس لتلك النظرية (التعسف في استعمال الحق) ولم يكن اساسها رومانيا أو فرنسيا كما يدعي البعض من فقهاء القانون الفرنسيين وغيرهم ". ومن خلال اتجاه القانون الوضعي في هذه القوانين يلاحظ أن أحوال أو معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي هي[٧]:

- قصد الإضرار بالغير.
- عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع ضرر الغير.
- عدم مشروعية المصلحة المقصودة بالاستعمال.

١- قصد الأضرار بالغير

اذا استعمل شخص حقه استعمالا تعسفيا قاصدا الأضرار بالغير عند ذلك يتحقق هذا المعيار، مثلا عندما يقوم شخص بتحويل أرضه الزراعية الى حديقة حيوانات غير أليفه او حتى ولو كانت أليفه الا أن القصد من ذلك هو الحاق الضرر بالأراضي المجاورة له [٨]، أو من يستعمل حق الالتجاء الى القضاء استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير[٩]، حيث يعتبر هذا المعيار أكثر المعايير تعسفا، وأكثرها شيوعا، وأقدمها استعمالا، حيث كان صاحب الحق لا يسئل عن كيفية استخدام حقه ولأي غرض كان، وهذا المعيار يعتبر معيارا ذاتيا، قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق، الذي لم تكن إرادته تنصرف الا لتحقيق ذلك الضرر المقصود، حتى ولو أفضى ذلك الاستعمال للحق الى تحصيل منفعة لصاحبه لم يكن قاصدها[١٠].

٢- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق مع ضرر الغير

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه اذا كانت المصلحة التي يروم الحصول عليها من استعمال حقه لا تتناسب مع حجم الضرر الذي يسببه للغير، كأن تكون المصلحة التي يسعى اليها صاحب الحق من التفاهة بمكان إذا ما قورنت بما يصيب الغير من ضرر فاحش [١١].

ومثال ذلك، أن يقوم شخص بمطالبة آخر بإخلاء أرض مشيد عليها بناء، وتوجد فيها أشجار مثمرة، وان يطالب بإخلائها وازالة ما عليها من بناء وغيره، ولو قورنت المصلحة التي يجنيها لكانت من التفاهة بمكان بالضرر الذي لا يقارن من جراء ازالة ما أقيم عليها من بناء وغيره[١٢]. ويلاحظ على هذا المعيار أنه موضوعي حيث يقوم على المقارنة بين المصلحة أو المنفعة التي تعود على صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير من جراء استعمال هذا الحق فإذا كان الفرق كبيرا بين المصلحة والضرر، أي لا قياس بين تفاهة المصلحة وشدة الضرر، فأن استعمال الحق في هذه الحالة يكون تعسفيا، واذا كانت المصلحة مساوية أو أكبر من الضرر فيكون استعمال الحق عند إذ مشروعا.

٣- عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

ويعد هذا المعيار معيارا موضوعيا أيضا، لأنه يتصل بالمصلحة التي يبغي صاحب الحق تحقيقها، ولكن هذه المصلحة خاضعة هي الأخرى كما كانت سابقتها في الفرضية السابقة خاضعة لرقابة القانون، فيقتضي أن تكون مشرعة و أن لا تكون مخالفة للشريعة الاسلامية أو للقانون والآداب أو للنظام العام وذلك كمن يستأجر دارا، ثم يستعمل هذه الدار، لتحقيق مصلحة لا تتفق مع الآداب العامة [١٣] .

ويرى البعض من فقهاء القانون [١٤] أن هناك معيارا رابعا للتعسف في استعمال الحق، وهو قد يحصل صاحب الحق على المصلحة المرجوة من استعمال حقه وهذا الاستعمال قد يسبب ضررا فاحشا للغير و تعطيل بعض المصالح، ومع كون أن هذا المعيار منصوصا عليه في مشروع المادة الخامسة من القانون المدني المصري الذي كان يجعل استعمال الحق بصورة تعطل استعمال حقوق تتعارض معه، يحول دون استعمالها على الوجه المألوف، استعمالا تعسفيا أي غير مشروع، ويرى أن عدم ظهور هذا المعيار في النص النهائي للمادة (٥) من القانون المدني المصري ليس استبعادا له، وإنما هو تقييد لنطاق تطبيقه الرئيسي على حق الملكية، كما قررته المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه:

"على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ".

ويذهب الأستاذ حسن كيرة الى: "أنه بعد دراسة مستفيضة للآراء والاتجاهات المختلفة حول اساس التعسف في استعمال الحق، الى أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق، وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها من أجل تحقيق مصلحة معينة، إذ بذلك ترتهن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها – ذلك أن الحقوق – بما تخول من سلطات استئثاريه معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض، أو لربما يؤدي اليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض – لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غابة معينة وهو ما يرهنها – بوصفها تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون – بتحقيق هذه الغاية وعدم مجافاتها، بحيث تضل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها، وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات، اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة، وهو ما يقتضي اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن عدم التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها، ولذلك فإن (التعسف) يتوافر اذا أنحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ،ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الفني الدقيق وهو ما يفرق بين (التعسف) و(الخطأ)، ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدأ عاما ونظرية اساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق "[١٥]. ويخلص الدكتور حسن كيرة الى القول: بأن: " فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولة، وتجاوز في دورها و جزائها الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية، تصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق " [١٦]. ويرى الباحث وبكل تواضع ان تكون تلك النظرية في اطارها الصحيح بعيدا عن التبعية كما تقدم ذكره حول قاعدة (لا ضرر و لا ضرار).

المطلب الثاني/مباني نظرية التعسف في الفقه المقارن

أن من المعروف في فقه القانون أن الحقوق قد تكون حقوقا محددة أو معينة (De'fini's droits) او قد تكون مجرد (حريات) أو مكنات عامة.

فإلى جانب الحقوق الخاصة التي يمتلكها الأنسان، (كحق الملكية و حق الدائنية وغيرها) هناك حق غير واضح أو غير محدد المعالم هو (حق الأنسان في الحرية (Droit de la liberte) اي حقه في استخدام نشاطه وقدراته وطاقته، فهذه الحريات ليست في الواقع غير (رخص عامة Faculte's) وتقتصر فكرة اساءة استعمال الحق على الحقوق المحددة دون الرخص العامة عند هذا الفريق من الفقهاء. ان استعمال الرخص أو الحريات العامة قد يكون سببا لقيام المسؤولية التقصيرية، فقد تكون قيادة السيارة على الطرق العامة الخارجية سببا لمسائلة قائدها، ولكننا لا نواجه هنا – كما يقولون – صورة من صور التعسف في استعمال الحق، اذ لا تنهض المسؤولية هنا الا اذا خرج السائق على ما تقض به القوانين واللوائح الموضوعة لتنظيم السير والمرور. فأما اذا ما التزم بهذه القوانين والأنظمة فأنه لا سبيل لمسائلته حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير، اذ لا يجوز تقييد حرية شخص لحماية حرية شخص أخر، أو حرمان شخص من ممارسة حقوقه وحريته العامة من أجل اتاحة الفرصة للغير لممارسة مثل هذه الحقوق والحريات. ويخلص هذا الفريق من الفقهاء الى أن فكرة التعسف في استعمال الحق لا تعرض الا بالنسبة للحقوق المحددة شخصية كانت هذه الحقوق أو عينية.

هذا من جانب ومن جانب أخر فأن بعض الحقوق المحددة، لا ينطوي استعمالها على أي تعسف فلا يثير هذا الاستعمال أية مسؤولية – عند بعض الفقهاء – حتى لو كان هذا الاستعمال بقصد الأضرار بالغير، وهم يطلقون على هذه الحقوق (الحقوق المطلقة Droits abolus) ويسميها الفقيه الفرنسي (جوسران) (الحقوق غير المسببة Droits non cause's) ويسميها الأستاذ (رواست Rouast) (الحقوق التقديرية Dsoits discretionnaires) وهي الحقوق التي يفوض أمر استعمالها الى مطلق أرادة الأنسان ومشيئته ثم لا يسأل بعد ذلك (عن الباعث) الذي دفعه الى هذا الاستعمال. ويضرب الفقهاء الفرنسيون مثالا لهذه الحقوق بحق الأبوين في معارضة زواج ولدهم حتى و كان قد بلغ سن الرشد (المادة ١٧٣ مدني فرنسي)[١٧]، وكذلك أن (المادة ١٧٩) من القانون المدني الفرنسي تقرر صراحة أنه لا يجوز أن يترتب على رفض هذه المعارضة أية مسؤولية أو اي تعويض على الأبوين، فهذا (حق مطلق) يملكه الأبوان ولا يكونان في استعماله عرضة للمسائلة[١٨]. ويحتلون لهذه الحقوق أيضا(بحق الرد(Droit de re'ponse) فقد جعل القضاء من هذا الحق حقا مطلقا عاما، فهو حق مقدس لا يكون أبدا محلا لإساءة الاستعمال.

فلو شهرت صحيفة يومية أو مجلة دورية بشخص من الأشخاص فأن لهذا الشخص أن يختار بين أمرين: أن يرد على الكاتب ويدحض اتهاماته وادعاءاته أو ان يرفع الأمر الى القضاء، مطالبا بالتعويض عما لحقه من ضرر أدبي ولا يجوز أطلاقا نسبة التعسف في استعمال الحق بحجة أنه كان في مقدوره ان يرفع ما وقع عليه من ضرر، لو أنه تولى الرد على تلك الاتهامات والافتراءات وبأن أبواب الصحيفة أو المجلة مفتوحة أمامه، فحق الرد هذا حق يترك أمره الى أرادة الشخص ومشيئته [١٩]. وهناك العديد من الأمثلة الواضحة في قوانين البلدان العربية عن الحقوق المطلقة التي تخرج عن نطاق فكرة التعسف أو اساءة استعمال الحق مثال ذلك: ما يملكه الواقف من حق(الادخال والاخراج، والزيادة والنقصان، والاعطاء و الحرمان) فهذه الحقوق التي يملكها الواقف حقوق مطلقة لا يجوز الطعن فيها بإساءة الاستعمال. كذلك حق الأنسان في الوصية في نطاق القدر المسموح به شرعا (Quotete disponsible) وهو الثلث (المادة ١١٠٨) من القانون المدني العراقي. وكذلك حق البائع أو المشتري في بيع الخيار، في فسخ العقد أو المضي فيه، ومن الأمثلة في ذلك، حق البائع وفاء في استعمال حقه في استرداد العين المباعة (مع ملاحظة أن القانون المدني العراقي يعتبر بيع الوفاء بمثابة الرهن (المادة ١٣٣٣) من القانون المدني العراقي.

ولما كان الحق ميزة قد يمنحها القانون الوضعي ويحميها، بينما الحرية ميزة يمنحها القانون الطبيعي ولا يحميها غير العقل [٢٠] فالحقوق على ذلك الفرض ليس إلا حريات مقيدة بالقانون، بينما الحريات، مطلقة لا تقيدها الا مبادئ القانون الطبيعي وإرادة من يمارسها فهي مفسدة– اذا – لهذا كانت (الحريات) و (السلطة) دائرتان منفصلتان متضادتان [٢١] لا يمكن ان يكونا في دائرة واحدة ان لم يكونا نسبيتين[٢٢].

ويقول الدكتور (حسان العاني) " لما كان الحق ميزة يمنحها القانون، ويحميها لمصلحة اجتماعية، والحرية قدرة الفرد او الجماعة على ممارسة هذا الحق، فأن الحقوق والحريات قرينة بعضها البعض الآخر، فأينما يجد الحق تجد الحرية وعندما ينتفي الحق تنتفي الحرية كما أن العلاقة بينهما وبين السلطة و هي الأخرى علاقة جدلية و فالحريات المطلقة مفسدة مطلقة كما أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة[٢٣].

المبحث الثاني/ معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون وتطبيقاتها القضائية

يهدف هذا المبحث للإجابة عن السؤال التالي: ما هو الضابط أو المعيار الذي نستخدمه للتعرف على وجود التعسف أو غيابه ؟ للإجابة عن السؤال الوارد اعلاه فأن معايير التعسف القانونية كما ذكرها علماء القانون وكما يراها الباحث وباختصار هي:

١- استخدام الحق لهدف غير مشروع.
٢- استخدام الحق بصورة رعناء ، تضر بالغير دون ضرورة مع انتفاع صاحب الحق، أو دون انتفاعه.
٣- ضآلة المصلحة التي يجنيها صاحب الحق، بالمقارنة مع الضرر أو الازعاج الذي يلحقه بالغير.
٤- منع الآخرين من انتفاع لا يضر بصاحب الحق.
٥- انعدام المصلحة مع ممارسة الحق تعتبر قرينة شرعية على قصد المضارة.
٦- استعمال الحق غير ما شرع له مع ضرر الغير من ذلك.

وللتعرف على وجود التعسف أو غيابه بعد بيان المعايير القانونية المختلفة للتعسف سنختصر ذلك فيما يلي

المطلب الاول/ معايير نظرية التعسف في القانون والقضاء العراقي

نصت المادة (٧- من القانون المدني العراقي على الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير جائز وفصلت القول الفقرة(٢) من المادة ذاتها عن الحالات التي يكون استعمال الحق غير جائز).

وفيما يلي نص المادة وتفرعاتها.

نص (المادة ٧ مدني عراقي) (١- من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان.

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأجوال الآتية:-

أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.

ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضر بسببها.

ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة). وهذه المادة مستقاة من المادتين (٤و٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢٩) من مجلة الأحكام العدلية، وتقابل المادتين (٥ و٦) من القانون المدني السوري [٢٤]

وقد نصت المادة (٤) من القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على:" من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ".

وقد نصت المادة(٥) من نفس القانون على:" ٥ – يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:-

(أ) – اذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.

(ب) – اذا كانت المصالح اتي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) – اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة.

" يرى الباحث ان هذه المادة لا تختلف عن المادة (٧) من القانون المدني العراقي مما يدل وبشكل قاطع ان اللجنة التي وضعت القانون المدني العراقي ولتي يرأسها السنهوري هي التي وضعت القانون المصري والسوري واللبناني وبالتالي رتبت عليه اسقاطات التعسف كما تراها هذه اللجنة "

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "ان المشروع أحل النص الخاص بتقرير، نظرية التعسف في استعمال الحق، مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لأن هذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع القانون...وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الاسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق، بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الاسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وأحكامها، أحدث ما استقرت عليه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب[٢٥].

لم يقتفي المشرع العراقي اثر المشرع المصري وغيره، كما يشير البعض الى ذلك، بل ان الباحث يرى من وجهة نظره الخاصة، ان اللجنة التي وضعت فقرات القانون المدني المصري هي

نفسها التي صنعت القانون المدني العراقي، فأوردت النصوص الخاصة في اساءة استعمال الحق في المادتين (٦ و ٧) من القانون المدني العراقي، في الباب التمهيدي، الفرع الأول / الاحكام العامة، وهذا يعني اعطاء نظرية التعسف في استعمال الحق من العموم، مما يجعلها، تبسط أحكامها على جميع فروع القانون .

وبما أن القانون المدني هو منبع القوانين الأخرى باعتباره هو الأصل في القانون، وبما أن نظرية التعسف في استعمال الحق ذات اصل اسلامي بحت، حيث أن منبع هذه النظرية الحديث النبوي الشريف " لا ضرر ولا ضرار " وان المادة الأولى من القانون المدني العراقي اعتبرت أن افقه الاسلامي مصدر من مصادر القانون المدني يرجع اليه في حالة غياب النص القانوني[٢٦].

وقد خلصت مناقشة أعضاء لجنة ، ان وضع القانون المدني العراقي على اعتماد الحالات الواردة في الفقرة(٧/٢) من القانون المدني صورا من صور التعسف في استعمال الحق ، عليه يمكن عد هذه الصور هي معايير للتعسف في استعمال الحق في القانون المدني العراقي وسنتناولها بإيجاز تباعا:-

المعيار الأول: اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير

وهذا المعيار يقوم على أساس ان القصد الأصلي لصاحب الحق في استعمال حقه هو الأضرار بالغير. هذا هو الدافع الأصلي لصاحب الحق هو قصد الأضرار بالغير، مع تحقيق بعض لمنافع الثانوية اذا ما قيست بنسبة الضرر الذي يسببه صاحب الحق للغير. مثلا: ان يبني شخص في داره حائطا، القصد من ذلك الحائط هو حجب النور ليس الا قاصدا بذلك الضرر لجاره، وقصد الأضرار يمكن أثباته بكل وسائل الأثبات، بما فيها لقرائن. ومن هذه القرائن. انعدام المصلحة في استعمال صاحب الحق حقه ووقوع الضرر بالغير بسبب هذا الاستعمال. ان معيار قصد الاضرار بالغير، يعد معيارا قصديا محضا، وان استعمال الحق مقيد بعدم الأضرار بالغير، وهذا القول يجد اساسه الشرعي بالقاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار " وقد توصل الفقهاء المسلمون الى ضرورة تقييد الملكية لمنع الضرر عن الجار، وتناولوا بحث هذا الموضوع تحت عنوان (النهي عن إيذاء الجار وتقييد الملكية لمنع الضرر عن الجار [٢٧].

واستندوا في هذا المنع الى أحاديث نبوية شريفة عديدة، منها الحديث الشريف المروي عن النبي محمد (صلى الله عليه وأله) قال: " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذي جاره " [٢٨]. ولم تكتف الشريعة الاسلامية في النهي عن ايذاء الحار بالوازع الديني، ويرى الباحث ان الوازع

الديني لم يمنع سمرة بن جندب من ايذاء الأنصاري بحجة نخلته، فأمر رسول الله (صلى الله عليه واله) بقلع نخلة سمرة ، وان الشريعة الاسلامية أكدت بضرورة تدخل القضاء لرفع الضرر، وفي القانون المدني العراقي، يجد هذا الكلام سنده في المادة (١٠٥١/ ١) منه[٢٩].

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز بقرارها " ان اشراف شباك الجار على مقر النساء في دار جاره كصحن الدار، والمطبخ، يعتبر ضررا فاحشا يجب رفعه، ولا علاقة لنظام الطرق والأبنية بإجازة البناء الممنوحة للمدعى عليه من البلدية بهذا الخصوص..... وصدر القرار بالاتفاق في ١٦/٤/ ١٩٨٠"[٣٠]

المعيار الثاني: اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

لا ينجو صاحب الحق من تهمة التعسف في استعمال الحق، اذا كان ما يرمي اليه مصلحة تافهة، لا تتناسب مع الضرر الجسيم، الذي يلحق بالغير من جراء استعماله، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في المادة (٢/١٠٩٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على " ٢- ومع ذلك ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوي، ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط٠٠٠ " وهذا النص ورد في الأحكام الخاصة بالحائط المشترك في القانون المدني.

ان هذا المعيار وسيلة للكشف عن قصد الأضرار، الذي يختفي ويتعذر أثباته في أكثر الأحوال، فيتخذ انعدام المصلحة قرينة على وجود ذلك القصد ويمكن ايجاز طبيعة هذا المعيار بشكل دقيق بأنه (ماديا محضا ابتداء، وقصديا محضا انتهاء)، لأن ادعاء مصلحة غير جدية في استعمال الحق في حكم انعدام المصلحة. فإذا كانت المصلحة التي يدعيها صاحب الحق في استعماله، تافهة وضئيلة ضآلة مطلقة، لا نسبية بالقياس الى الضرر، فإذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر معتبر فأنه يمكن اتخاذ تفاهة المصلحة قرينة على قصد الأضرار[٣١].

المعيار الثالث: اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة

يعد الاستعمال (استعمال الحق غير مشروع اذا قصد صاحبه من وراء استعماله، تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومثال ذلك ان يقوم رب العمل بفصل العامل لمجرد الانتقام منه، او تقوم دائرة معينة بفصل أحد موظفيها، نزولا لرغبة شخص لا يمت لتلك الدائرة بصلة، الا لغرض شخصي بعيدا عن المصلحة العامة او الانتقام من الموظف.

أن معيار عدم مشروعية المصلحة، يتحقق عند قيام صاحب الحق بتحقيق مصلحة غير مشروعة، يهدف من وراء تلك المصلحة الغير مشروعة تحقيق مصلحة أخرى مشروعة. وقد ينحرف في استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة وبذلك يعد متعسفا في استعمال حقه، وقد أثر المشرع استعمال تعبير (المصلحة الغير مشروعة) على تعبيرات أخرى نصت عليها بعض التقنيات الأجنبية مثل: (صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها) وهذا ما يؤكد أن المشرع كان أثر وضوحا عندما حدد هذه الوجهة، بدلا من أن يترك تحديدها، وكان تحديده صائبا [٣٢].

وقد كانت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري أكثر دقة عندما كشفت عن (عدم مشروعية المصلحة) بأنها تتحقق " اذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون ويتصف بوصف عدم المشروعية ايضا و أذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب " [٣٣].

ومن الأمثلة على تحقيق مصلحة غير مشروعة من استعمال الحق المقرر بموجب القانون ما أشارت اليه المادة (٤١) فقرة (١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ بقولها" ..... ويعتبر استعمالا للحق..... تأديب الزوج زوجته....." فأن الفعل لكي يكون مباحا أن يكون استعماله وقع لحق خاص يقرره القانون، ويشترط لتحقيق ذلك[٣٤]:

أولا: وجود الحق

ثانيا: أن تكون وسيلة الحق مشروعة(٣٤)

فإذا تعدى الزوج حدود التأديب لزوجته، فيعد مسؤولا جنائيا ومدنيا عن تجاوزه حق التأديب[٣٥].، فالغاية من استعمال الزوج حق التأديب، تكمن في اصلاح الزوجة وتوجيهها وثنيها عن النشوز، ويجب أن يلتزم الزوج هذه الغاية وفق الحدود المقررة قانونا، لأن الضرورة تقدر بقدرها، واذا ما تجاوز تلك الحدود فإنه يعرض نفسه للمسؤولية [٣٦].

تطبيقا لما ورد أعلاه، ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى: "أن اعتداء الزوج على زوجته بضربها على وجهها وجرها في الشارع العام أمام المارين يخرج عن حدود التأديب المسموح به للزوج على زوجته ويشكل جريمة تنطبق عليها أحكام المادة (٤١٥) عقوبات[٣٧].

وذهبت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية بقرار لها الى " أن الثابت شرعا وقضاء أن يكون تأديب الزوج للزوجة، خاليا من الأذلال والتحقير والارغام ومصحوبا بالعاطفة،

وهادفا الى اصلاح الزوجة وضمان عدم خروجها عن الطاعة، وأن لا يكون خارج الدار، اما اذا كان الضرب قد حصل خلاف ذلك ، فإن الزوج يستحق العقاب على فعل الضرب " [٣٨].

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية بصفتها التمييزية الى:

"نوع الحكم:احوال شخصية، رقم الحكم:٢٤٤٥/تفريق/٢٠٠٨، تاريخ اصدار الحكم:٢٠٠٨/٨/١٨.

جهة الاصدار: محكمة التمييز الاتحادية.

مبدأ الحكم: تعرض الزوجة للضرب المبرح الناتج عن اصابات جسيمة يعد ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وموجب التفريق، استنادا لأحكام المادة ٤٠/١ من قانون الأحوال الشخصية. نص الحكم " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا. ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون وذلك لأن الثابت من الحكم الجزائي الصادر من محكمة جنح الديوانية ٢٠٠٧/٩/١٩ بالدعوى المرقمة ١١٧٩/ج/ ٢٠٠٧ القاضي بإدانة المميز / المدعي عليه وفق المادة ٤١٣/١ من قانون العقوبات لاعتدائه بالضرب على المميز عليها المدعية والحكم عليه بعقوبة وحيث تبين من التقرير الطبي المرقم ١٨٧٦ والمؤرخ في ٢٠٠٧/٨/٢٣ الصادر من مستشفى الديوانية التعليمي ان المميز عليها قد تعرضت لإصابات جسيمة في انحاء مختلفة من جسمها نتيجة لاعتداء زوجها المميز عليه بالضرب وحيث أن البينة الشخصية المقدمة من المميز عليها أيدت اعتداء زوجها وتعرضها للضر وحيث ان الزوجة طلبت التفريق اذ اضر بها زوجها ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية عملا بحكم المادة ١/ ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية رقم١٨٨ لسنة١٩٥٩ المعدل وحيث ان اعتداء المميز المدعى عليه بالضرب على زوجته المميز عليها المدعية يشكل لها ضررا جسيما يتعذر معه استمرار حياتها الزوجية، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز. وصدر القرار بالاتفاق في ١٧ / شعبان / ١٤٢٩ هـ الموافق ١٨/٨/ ٢٠٠٨ م ".

التطبيقات التشريعية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني العراقي [٣٩]:

اولا: الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون المدني العراقي جاء فيها ما يلي " مع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق و تترتب آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء، لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فأن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية " بذلك خرج المشرع العراقي على القاعدة العامة التي

قررها بالنسبة للقانون الذي يحكم حالة الأنسان أو أهليته والتي جاءت بها الفقرة الأولى من المادة المشار اليها بقولها " الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي أليها الشخص بجنسيته " [٤٠].

فالأصل في فقه القانون الدولي الخاص، أن اهلية الشخص وحالته المدنية يخضع لقانون جنسيته [٤١]. ومع هذا فقد استبعدت هذه الفقرة الثانية تطبيق هذه القاعدة العامة، وقضت بتطبيق القانون الوطني (العراقي) آخذا بفكرة حماية المصلحة الوطنية (gntis et motional) كما يقول فقهاء القانون الدولي الخاص، أو اخذا (فكرة التعسف في استعمال الحق) كما يقول فقهاء القانون المدني، ذلك ان ناقص الأهلية الذي يرجع نقص أهليته الى سبب فيه خفاء، أو غموض، بحيث لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه أو معرفته. والذي يبرم عقدا دون الافصاح عن نقص أهليته الغامض، يعتبر متعسفا بعد هذا السكوت ان هو عمد الى التذرع بنقص أهليته والاستناد اليها وارد الطعن في العقد الذي أبرمه، وجزاء التعسف هنا هو منع الضرر بأن يقع وذلك بأن يعتبر العقد صحيحا، نافذا، كما لو كان قد صدر من شخص كامل الأهلية.

ثانيا: ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (٩١٨) من القانون المدني العراقي، بشأن فسخ عقد العمل غير محدد المدة، حيث نصت على أنه: " إذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين، كان للمتعاقد الآخر فضلا عن التعويض الذي يكون مستحقا له، بسبب عدم مراعات ميعاد الانذار بإنهاء العقد، الحق بالتعويض عما اصابه من ضرر ". من المعروف في فقه القواعد القانونية العامة، ان العقد الزمني الذي يبرم لمدة غير محددة، عقد غير لازم بالنسبة لطرفي العقد، اذ يجوز لأي منهما، ان يضع حدا لهذا العقد، بإنذار تبين مدته، وشكله القانوني أو الاتفاق او العرف.

على أنه اذا كان من حق أي من الطرفين أن يضع حدا لعقده مع الطرف الآخر فأنه يتحتم عليه أن لا يستخدم حقه هذا استخداما متعسفا، يخرج به عن الغرض الذي رسمه المشرع له، فأنهاء العقد في وقت غير مناسب، أو لغرض غير مشروع، مثلا أنهاء تعسفي تنهض معه المسؤولية، وعلى هذا الأساس قضت أحدى المحاكم المصرية، بأن انهاء عقد العامل بسبب مطالبته المستمرة، بمرتباته المتأخرة، يعتبر عملا من أعمال التعسف[٤٢]، وقضت محكمة القاهرة، بأن من التعسف فصل العامل لأنه ادى شهادة ضد صاحب العمل [٤٣]، أو لأنه فصل العامل بسبب رفضه القيام بالعمل ساعات اضافية [٤٤]، أو لامتناعه عن القيام بعمل جديد، يختلف اختلافا جوهريا عن عمله السابق المتفق عليه(٤٥ش)، وقد نبه الفقيه (حسن علي الذ نون) الى الفقرة (ثالثا) من المادة (٣٦) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ تقضي بان عقد العمل ينتهي " اذا اراد العامل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بشرط أن يوجه انذارا مكتوبا الى صاحب العمل قبل

ثلاثين يوما في الأقل، من التاريخ الذي يحدده لإنهاء العقد، فإذا ترك العمل بغير توجيه الإنذار وقبل انتهاء المدة المحددة في هذا البند، ألزم بدفع تعويض الى صاحب العمل يعادل أجر مدة الإنذار أو المتبقي منها ").

ومن التطبيقات الشرعية لفكرة التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي بعض صور الفصل غير المباشر، من الأعمال والتصرفات التعسفية ، مثال ذلك: ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٩٢١) من القانون المدني العراقي من أن " نقل العامل الى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه، لا يعد فسخا تعسفيا بطريق غير مباشر، اذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك اذا كان الغرض منه الإساءة الى العامل " . وقد يعتبر عملا من اعمال التعسف، نقل العامل الى مركز أو عمل أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي يشغله بغير ما سبب أو ذنب جناه هذا العامل.

ويرى الباحث ان عبارة " بغير ما ذنب جناه لا يعد فسخا تعسفيا اذا ما اقتضته مصلحة العمل "ان هذه العبارة تحوي في طيها مبررا غير مشروع للعمل التعسفي ضد العامل، لأن مصلحة العمل يحددها قانون العمل لا مصطلحات قانونية غير واضحة ". وتقض القواعد العامة في تلك الحالة، أن كون جزاء هذا العمل التعسفي مجرد تعويض نقدي عن الأضرار المادية التي لحقت العامل، لأن في التنفيذ العيني، وإجبار رب العمل، على أعادة العامل أو ايقافه حيث كان اعتداء على الحرية الشخصية لرب العمل. مع ذلك كانت المادة (٣٠) من قانون العمل السابق رقم (١٥١ لسنة ١٩٧١) تنص على أنه:

"اذا لجأ أحد طرفي العمل الى أنهاء العقد من جانبه خلافا لما هو مبين في المواد السابقة، اعتبر الأنهاء فسخا للعقد من جانب واحد، وطبقت الأحكام الآتية: " ١- اذا أنهى العقد وفقا للمادة (٢٦) دون أخذ موافقة الجهة المختصة، أعتبر الاتفاق باطلا، وجاز للعامل أن يطلب العودة للعمل، خلال شهر من تاريخ الاتفاق على الأكثر، ويستحق في هذه الحالة كامل أجوره عن فترة الانقطاع، كما يجب تأدية الاشتراكات عنه لمؤسسة الضمان عن هذه الفترة، اما اذا لم يطلب العامل العودة خلال المدة المذكورة سقط حقه في العودة" وتقض المادة (٢٦) التي يشير اليها النص " أن يتم انهاء العقدة بين العامل ورب العمل بالاتفاق بينهما، ويشترط أن تكون موافقة العامل ثابته بمستند تحريري".

ان الهدف من وراء أيقاع الحجر على المدين المفلس (او المعسر)، هو عدم ضياع حقوق الدائنين لا أنزال عقاب بهذا المدين، ومن هنا رفعت يد هذا المدين عن أمواله (القابلة للحجز) وامتنع عليه التصرف فيها وانيط هذا التصرف بمن تقيمه المحكمة لذلك.

وقد يكون المدين المحجوز عليه حسن النية، وقد يكون على علم تام بأفضل طرق تصريف هذه الأموال المحجوز عليها، عند ذلك أجاز له القانون أن يتقدم الى المحكمة التي أوقعت الحجز عليه، بالإذن له بالتصرف في أمواله ولو بغير رضا الدائنين متى كان تصرفه هذا غير ضار بهم وعلى هذا نصت المادة (٢٧٧) من القانون المدني العراقي بقولها " يجوز للمدين بإذن المحكمة أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم "

ومن التطبيقات التشريعية لفكرة التعسف في استعمال الحق ما قضت به الفقرة الثانية من المادة(١٠٩٢) بقولها: " ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا، دون عذرا قويا أن كان هذا يضر الجار، الذي يستتر ملكه بالحائط ". فالحائط الذي يفصل بين ملكين ، مملوك لصاحبه ملكية خاصة خالصة، وكان من مقتضى حق الملكية هذا أن يستطيع مالك الحائط التصرف فيه بالهدم مثلا، ولكن المشرع لاحظ أن هذا الحائط كان مملوكا ملكية خالصة ، الا أنه حائط يستتر به الجار لهذا قيد حق مالكه في هدمه بأن يكون له من وراء هذا الهدم مصلحة جدية تبرره.

ومن تطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق، وقد اخذ بها المشرع في أكثر من نص واحد بالنسبة لحقوق الارتفاق، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٨٧) من القانون المدني العراقي على أنه: " اذا كان الموضع الذي عين أصلا، قد أصبح من شأنه ان يزيد عبئ الارتفاق، او اصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات بالعقار المرتفق به، فلصاحب هذا العقار ان يطلب، نقل الارتفاق الى موضع اخر من العقار أو الى عقار آخر، يملكه هو أو يملكه أجنبي اذا قبل الأجنبي ذلك، وكل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسورا لصاحب العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسرا به في وضعه السابق " ونصت الفقرة الثالثة بقولها: " لصحب العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق اذا ثبت ان في هذا التغيير فائدة محسوسة له، دون ان يكون فيه أضرار بالعقار المرتفق به " وفي نطاق حقوق الارتفاق نصت المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي بقولها: " لصاحب العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم يبق منه غير فائدة محددة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ".

فقد أجازت هذه المادة لصاحب العقار المرتفق به (أو للعقار الخادم) أن يحرر عقاره من حق الارتفاق الذي يثقله، فيزيله أو يقضي عليه – بمقتضى حكم قضائي – اذا فقد هذا الحق كل منفعة للعقار المرتفق (المخدوم)او اذا أصبحت هذه الفائدة ضئيلة، بالنسبة للأعباء التي يلقيها هذا الحق على العقار المرتفق به. مثال ذلك: أن يكون الارتفاق مجرد حق مرور، ثم تتفتح للعقار المرتفق سبل أخرى الى الطريق العام ايسر واقرب، أو ان يكون حق الارتفاق حق شرب، فتتفجر في العقر المرتفق عيون تغنيه عن أي مورد آخر للماء.

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥٠١) من القانون المدني العراقي بقوها: " لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا أو قديما " ويرى العديد من الفقهاء أن هذا النص _حتى باعتباره قيدا من القيود التي ترد على حق الملكية – ليس الا تطبيقا واضحا لفكرة التعسف في استعمال الحق، بل أنه عندهم تطبيق صارخ لهذه الفكرة، ويرى بعض الفقهاء والشراح الى اعتبار عمل المالك هنا (خروجا) على نطاق الحق وليس مجرد (تعسف) في استعماله [٤٥].

بعد استعراض مبسوط لمختلف الآراء الفقهية في المذاهب الاسلامية والمواقف القانونية والمعايير التي بنوا عليها آرائهم، فأنه يمكن الخروج بنقاط عديدة تظهر بمقارنة المعايير الفقهية والمعايير القانونية من جهة ومن ثمة بيان ما رسى عليه الفقه الاسلامي من معايير والتي من خلالها يمكن تحديد مفهوم التعسف في استعمال الحق، فمن الواضح تأثير التخصص والمذهب المتبع في تحديد معيار التعسف عند كل فريق، كما كان واضحا من خلال المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري اضافة معيارين آخرين استقرا في الفقه الاسلامي وهما:

– التعارض مع مصلحة عامة جوهرية.

– التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف.

مع اتفاق اغلب الفقهاء المسلمين على تأصيل فكرة التعسف في استعمال الحق، بما وضعوه من اسس وقواعد لتوجيه آرائهم، فأنهم اتجهوا الى اعتماد المعيار الموضوعي والذاتي، ومرجع هذا الاعتماد هو استقرار الفقهاء المتأخرون على تصور فكرة الحق، وشموليتها في حد ذاتها، ولهذا كان المعيارين وان اختلفا يهدفان الى أرساء التوازن، واقامة اسس المصالح والنفع العام، دون أقصاء للمصلحة الفردية الخاصة التي حظيت بالاعتبار والحماية من كلا المذهبين.

كما ان معظم فقهاء الشريعة الاسلامية، الذين تبنوا المذهب الموضوعي، وارسوا على اساسه فكرة التعسف في استعمال الحق، استدلوا بالعديد من التطبيقات في الفقه الاسلامي، تتدرج بالدرجة الأولى من قاعدة " لا ضرر و لا ضرار "، وقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المصالح "[٤٦]، وقاعدة " الضرر لا يزال بال ضرر "[٤٧] ، لأن هذه القواعد وغيرها تهدف الى حصول المنفعة العامة ودرئ المفاسد من المجتمع، وعلى هذه الأسس لم يهمل اصحاب هذا المعيار، الجانب الظاهر، واعتماده في بناء الأحكام وضبط تصرفات الأفراد، وهذا ما ذهب اليه الشافعي حين يقرر[٤٨]، أحكامه ويبنيها على الارادة الظاهرة، أي على نتيجة العبارة، وكذلك بعض فقهاء الحنفية [٤٩]، الذين يقولون بصعوبة إثبات النوايا، على اعتبار ارتباط هؤلاء الفقهاء بالمعيار الاجتماعي الموضوعي.

أما اصحاب المعيار الذاتي –الشخصي – أنهم ينظرون الى مقاصد اصحاب الحقوق في استعمال حقوقهم، وغاياتهم، اي انهم أحاطوا النوايا باعتبار كبير، أخذين في ذلك كل مؤشر خارجي، يمكن ان يعبر عن نية صاحب الحق، مؤصلين مذهبهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي يقول فيه (صلى الله عليه واله): " انما الأعمال بالنيات، وإنما لكل أمرئ ما نوى " [٥٠]. ومما يلاحظ على الآخذين بهذا المعيار هو تركيزهم على ينبعث اليه القلب من أغراض سواء كانت تجلب نفعا أو تدفع ضرا، في الحال أو المآل، وسواء كانت تلك النوايا والأغراض قولية أو فعلية، وهذا هو دليل أصحاب هذا المذهب اللذين ركزوا على مقصود الشخص وغايته واهدافه من وراء تلك الأعمال والتصرفات [٥١]، ومعنى كل هذا هو تغليب المعيار الذاتي المبني على النوايا والمقاصد، مقابل المعيار الموضوعي الذي اساسه الأثر المادي الذي يحدثه الفعل الناتج عن صاحب الحق.

يرى الباحث ان اصحاب المعيار الشخصي يبنون أحكامهم على محض الخيال، لأنهم ينظرون الى المقاصد، ومن يحدد المقاصد والنوايا الباطنية غير الله تعالى " يعلم خائنة الأعين ما تخفي الصدور "[٥٢].

ان الغالبية من فقهاء الذهب المالكي والحنبلي، يعتدون بالإرادة الباطنية، والمقاصد التي يعتبروها اساس التصرفات هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنهم يرون الصبغة الدينية للفقه الاسلامي واعتماده على البعد الأخلاقي، " يرى الباحث انهم يرون ذلك لا فقهاء المذاهب الأخرى الذين يرون خلاف رأيهم هذا ".

ومع ذلك البون الشاسع بين المعيارين – الذاتي والموضوعي – وما نتج عنهما من اتجاهات مختلفة ان لم تكن متعاكسة عند فقهاء الشريعة الاسلامية، الا ان السنهوري يعطي رأيا وسطا بين هذا وذلك بقوله: " وعلى الرغم من أن الفقه الاسلامي ذو نزعة موضوعية بارزة، فأنه يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها، أي انه يأخذ بمبدأ الارادة الظاهرة، ولا يذهب الى الارادة الباطنة، كأنه أقرب من هذه الناحية من الفقه الجرماني.....الا انه من جهة أخرى فقد تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا، فكان ينبغي ان يكون لنظرية السبب مكانا ملحوظا يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني. "[٥٣]. ويرى الباحث " ان رأي الأستاذ السنهوري لم يكن رأيا وسطيا بقدر ما كان رأيا منحازا الى المذهب الذي يؤمن بالمعيار الذاتي الفردي دون الموضوعي لأسباب عديدة، منها ما يعبر به السنهوري نفسه هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة وما الدليل بانها تعبر عن الإرادة الباطنة ؟ أنه مؤمن ايمانا راسخا بما يتبناه الفقه الجرماني حيث نشوء وسيادة المذهب الفردي، ان اللجنة القانونية التي يترأسها الاستاذ السنهوري كان لها الأثر الكبير على التشريعات القانونية العربية، وخصوصا المعايير التي أعتمدها كل تشريع، وكتقدير لتلك المعايير فأنه من الواضح أنها تركز على معيار نية الإضرار بالغير بسبب تأثرها بالمذهب الفردي، الذي كان يدعو الى ان تكون الحريات مطلقة وغير مقيدة "[٥٤]

الفرع الثاني/ معايير نظرية التعسف في الفقه المقارن

ان الرجوع الى قضاء المحاكم الفرنسية لا يعطينا فكرة واضحة وجلية عن المعيار الذي نأخذ به للتعرف على الاستعمال المتعسف، لأن القضاء الفرنسي كان ولا زال لا يعبأ كثيرا باستخلاص معيار محدد، يبني عليه أقضيته في هذا الموضوع (موضوع الاستعمال المتعسف)، لأن الواقع العملي بعيد عن النظر الفلسفي اذا ما علمنا ان المحاكم الفرنسية تستوحي فيما تصدره من أحكام على مبادئ الأخلاق التي تؤمن بها بالإضافة الى قواعد العدالة وتركز في كل حكم على عناصر تبرر الحل الذي تنطق به، فتارة تتبنى مسائلة صاحب الحق على استعماله اياه لا لغرض سوى الأضرار بالغير، وتكتفي تارة أخرى بأن يكون قصد الأضرار بالغير من الأضرار المهمة التي توخاها صاحب الحق من وراء استعمال حقه ، ونعللها طورا أخر بانعدام اية مصلحة لصاحب الحق من وراء استعمال حقه بالشكل الذي استعمله، ونعللها تارة أخرى بارتكاب صاحب الحق خطئا في طريقة مباشرة حقه، أو بالشذوذ في استعمال الحق، أو باختلال التوازن بين الحقوق المتعارضة، أو بتحويل الحق عن وظيفته الاجتماعية. واذا كان من الطبيعي أن يبرز الطابع العملي في أقضية المحاكم، فأن من الطبيعي كذلك أن يبرز الجانب الذهني النظري في أراء الفقهاء. وأنه على الرغم من الخلافات الجانبية، بين الفقهاء الذين يرون بالأخذ بفكرة التعسف حول المعيار الذي يمكن من خلاله معرفة التعسف، فمن الممكن ردهم الى فريقين، يأخذ اولهما بالمعيار الشخصي الذاتي، ويأخذ ثانيهما بالمعيار المادي الموضوعي.

أ – المعيار الشخصي أو الذاتي

"معنى هذا المعيار أن كل استعمال للحق ينطوي على انصراف نية صاحبه الى الأضرار بالغير يعتبر تعسفا أو اساءة فيلزم صاحبه بالتعويض " نية سيئة تهدف الى الاضرار بالغير (Gulention de muise) ولا يختلف الفقهاء في الأخذ بهذا المعيار فهناك أجماع على من استعمل حقه يقصد الأضرار بالغير يكون مسؤولا عن تعويض ما قد ينجم عن هذا العمل من تعويض، وقد تبنت الفقرة الثانية من (المادة ٦) القانون المدني هذا المعيار الذاتي[٥٥]. ولم يجد أنصار المذهب الفردي ما يؤدي اليه من اعتبار الحقوق سلطات مطلقة، غضاضة في التسليم بمسؤولية من يستعمل حقه بقصد الأضرار بالغير، اذ رأوا أن ذلك لا يمس الصفة المطلقة للحقوق ولا يقتضي اعتبار الحقوق نسبية[٥٦] . واستعمال الحق لمجرد الأضرار بالغير هو أظهر حالات التعسف وأكثرها بساطة وادعاها الى القبول، لذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع القديمة، لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم للنكاية بالآخرين والأضرار بهم، ويلاحظ أن التعسف يتحقق في هذه الحالة حتى لو عاد استعمال الحق على صاحبه بمنفعة اذا كانت هذه المنفعة عارضة غير مقصودة. فالمالك الذي يغرس في ارضه اشجارا كثيفة عالية، لمجرد حجب الضوء أو الرؤية عن جاره يعتبر متعسفا في استعمال حقه، حتى لو عادت هذه الأشجار على الأرض بنفع مادام هذا النفع غير مقصود، وانما كان الغرض الذي انصرفت اليه نية صاحب الحق هو حجب الضوء أو الرؤية عن جاره [٥٧] . ومعنى هذا أنه لا يشترط لتطبيق هذا المعيار أن تتمخض نية صاحب الحق – وهو يستعمل حقه – الى الأضرار بالغير، فقد يكون له من وراء هذا الاستعمال الضار هدف أخر غير الأضرار بالغير، الا أن هدفه هذا هدفا ثانويا بالنسبة الى هدفه الأساس وهو نية الأضرار بالغير، اذ تتحقق مسؤولية صاحب الحق في هذه الحالة، ولا يمكن اعتبار هذا الهدف الثانوي عذرا يبيح له التخلص من المسؤولية، كما ينطوي عليه هذا الحل من مخاطر عملية، اذ لا يعدم أي انسان من ان يأتي بهذه الأعذار الكاذبة للتخلص من المسؤولية.

تقدير هذا المعيار

يتطلب هذا المعيار الذاتي أو الشخصي الكشف عن الدافع الذي دفع صاحب الحق الى استعمال حقه واستعماله على هذا النحو من الضرر الذي سببه للغير وما أذا كانت نيته قد انصرفت للأضرار بالغير، وان سبر هذه النفوس البشرية، وخفاياها و بواعثها لم يكن من السهولة بمكان حتى ان المحاكم لجأت الى تيسير هذا الأثبات بخلق قوانين قضائية يستدل بها على سوء نية صاحب الحق.

مثلا: ان المحاكم جعلت من صاحب الحق الدائن علمه بأن المدين معسرا ومن أن تصرفه يلحق ضررا بدائنيه قرينة على أنه متعسف في استعمال حقه تعسفا يبيح لدائنيه الطعن في هذا التصرف عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) (م١/٢٦٤ مدني عراقي)، واعتبرت مجرد الغش والتحايل على القانون، قرينة على سوء النية، وعلى انصراف ارادة صاحب الحق الى الأضرار بالغير وجعلت من هذه القرينة قرينة قاطعة لا تقبل أثبات العكس.

فلا يقبل من صاحب الحق أن يقيم الدليل على أنه بالرغم مما صدر عنه من غش أو تحايل لم يقصد منهما الحاق الضرر بالغير، فمثل هذا الادعاء ادعاء غير مقبول[٥٨]. بالإضافة الى ذلك اعتبرت المحاكم ان انتفاء المنفعة من استعمال الحق قرينة، على سوء نية صاحبه، وعلى انصراف ارادته الى الأضرار بالغير – ويقع عليه – اذا ما أراد التخلص من المسؤولية. نفي هذه القرينة. يؤخذ على هذا المعيار (المعيار الشخصي أو الذاتي) عدة ملاحظات:

١- يصعب على القاضي أن يتعين من تحقق هذا المعيار لأنه لا يطلع على ما في النفوس.
٢- ليس كل ضرر يلحق بالغير عن قصد يعد تعسفا.
٣- معيار قاصر، لا يستوعب كل حالات التعسف.
٤- أعتبار دور نظرية التعسف دورا أخلاقيا، يهدد بطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق.

ب-المعيار المادي أو الموضوعي

للصعوبة التي تكتنف المعيار لشخصي أو الذاتي، وذلك لما ينطوي عليه هذا المعيار من القضايا التي تعتبر من خفايا النفس الانسانية، ونية صاحب الحق من وراء استعمال حقه لهذا وغيره من الأسباب دعا الكثير من الفقهاء الى طرح المعيار المتقدم والأخذ بمعيار مادي أو غائي (Te le ogique) فذهب الفقيه (سالي) الى أن الضابط في تحديد طبيعة الاستعمال هو الاستعمال العادي أو الاستعمال الشاذ للحق (I axercice normal ou Iexereice non anormal dudroit) أذ يصبح تعسفا اذا كان استعمالا (شاذا) غير مألوف ويستطيع القاضي التعرف على طبيعة الاستعمال من الظروف الاجتماعية والمكانية والزمانية، وهي ظروف من السهل على القاضي التعرف عليها والتحري عنها. أن هذا الاستعمال (الشاذ) غير المألوف يجعل الحق (منحرفا) عن تحقيق الغرض الاقتصادي أو الاجتماعي الذي من أجله وجد هذا الحق. ويذهب الأستاذ (بارتا ن bartin) الى ان المصلحة المشروعة تنتفي عندما يتعارض استعمال الحق مع ما كان يتوخاه القانون منه وقت أن منح الأنسان ذلك الحق أيا كان الدافع الذي حدا بهذا الأنسان الى هذا الاستعمال. وعلى ذلك المنوال ذهب الفقيه (جيني) فأعتبره، ان استعمال الحق في غير ما

يحقق المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية التي تقرر الحق من أجلها يعتبر اساءة استعمال له. واذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة معينة، وكان ذلك الاستعمال يصدم مصلحة شخص اخر، فأن الفصل في هذا التعارض بين المصالح، يجب أن تراعا فيه الغايات الاجتماعية التي من أجلها تقرر ذلك الحق. أن من ابرز انصار هذا المذهب (المادي او الغائي) هو الفقيه الفرنسي المعروف (جو سران) فهو يرى أن التعسف اوسع نطاقا من أن يحصر في زاوية الاستعمال بقصد الأضرار بالغير،

ويذهب الى أن الاستعمال المتعسف هو كل استعمال للحق لا يتفق مع هدف القانون أو روحه أو غايته. لقد منح القانون الحقوق لأصحابها من أجل استعمالها لغرض معين هو الغرض الاجتماعي للحق (Lebus social du droit) فإذا ما حاد صاحب الحق عن هذا الهدف فقد اساء استعمال حقه، شأنه في ذلك شأن اي موظف يستخدم سلطة وظيفته لغرض أخر غي الغرض الذي من أجله منحه القانون هذه السلطة.

فنحن في هذه الحالة أمام (تجاوز سلطة) ((De tousnement de pouvoir de droit وفي الحالة الأولى أمام اساءة استعمال الحق ((Abus de droi)) ولا ريب في أن التعسف في استعمال الحق أو اساءة استعماله، يتحقق اذا ما رمى صاحب الحق من وراء تصرفه أو استعماله لحقه الى الأضرار بالغير، اذ لا يجوز ان تكون الحقوق أدوات شر بيد أصحابها يستخدمونها لإيقاع الضرر والأذى بالأخرين. الا أن التعسف لا يقتصر على هذه الحالة فقط ، اذ يكفي أن يستعمل الحق استعمالا يتنافر مع الغرض الاجتماعي المرسوم له حتى تتحقق مسؤولية صاحبه باعتباره متعسفا في استعماله.

تقدير المذهب المادي أو الغائي

ان من تصدى للرد على انصار هذا المذهب الفقيه (ر بير) حيث بين خطورة الأخذ بهذا المعيار، مبينا ان الفكرة الغائية للحق لا تستند الى أي سند قانوني هذا أولا، وانها تناهض النظام الاجتماعي وتقف ضده ثانيا. حيث قال " ليس الحق– كما يؤكد جو سران – مجرد وظيفة تستعمل في نطاق الهدف الذي من أجله أقر القانون هذا الحق. وانما الحق سلطة ((pouvoir ومن ثمة يعمد الى المقابلة بين (الحق والوظيفة (Droit fanction وبين (الحق – والسلطة (Droit pouvior ، فيقول ان الحق (سلطة) يمنحها القانون لشخص من الأشخاص، فمتى وجدت هذه السلطة فإنها (تخضع) المدين للدائن خضوعا وصل في بعض الأزمان الى حد السجن والاسترقاق. أنها تخضع غير المالك للمالك، وتخضع العامل لرب العمل خضوعا دعا المشرع الى التدخل لحماية هذا الطرف الضعيف. وتخضع الأبن لسلطة الأب والزوجة لسلطة زوجها. ان

الحق مستمد من القانون الطبيعي الأعظم، ذلك القانون الأزلي قانون التفاوت بين لبشر، ولا يصح مطلقا تجاهل هذا القانون أو التنكر له. فلا يجوز لنا ان نتنكر للحقوق المطلقة التي منحت للأفراد لأنها ليست غير مظهر أو تعبير قانوني عن رغبة الأنسان في أثبات شخصيته والتمتع بحريته، وهذه الرغبة رغبة مشروعة لا يرقى اليها الشك[٥٩]،" ويرى الباحث أن الله تعالى عندما أنزل قرانا يأمر الناس فيه الحكم بالحق هو حق أن يتبع (حيث قال تعالى في سورة ص الآية ٢٥){ يا داوود انا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب }[٦٠] "لم يقف انصار المذهب الغائي او المادي موقف المتفرج عل سهام النقد التي وجهت الى مذهبهم من (ر بير) وانما تصدوا للرد عليها وتفنيدها، حيث قالوا أنه " لا يضير هذا المعيار ان لا نجد له نصا في القانون يعضده، فقد اعترف الفقهاء جميعا، بأن الخطأ التقصيري عبارة عن أخلال بواجب قانوني وتركوا تحديد هذا الواجب للقاضي، ولم يقل أحد مع ذلك أن هذه السلطة التي يتمتع بها القاضي في هذا الصدد تعتبر خطرا يهدد حقوق الأفراد وحرياتهم، فلا خوف من تخويل القاضي سلطة تحديد الهدف الاقتصادي أو الاجتماعي لكل حق من الحقوق، لأن القاضي يستهدي في ذلك بما استقر عليه رأي المجتمع في عصره "[٦١] .

فضلا عن أنه سيخضع في سلطته التقديرية هذه الى رقابة(محكمة التمييز) بالإضافة الى ذلك أن صعوبة استقصاء البواعث والدوافع الشخصية، لا يبرر اهمالها أو التنكر لها، فليس التعسف في استعمال الحق، هو الميدان الوحيد الذي يعتد فيه بهذه البواعث أو الدوافع، فهناك مثلا (الغلط الدافع) في عيوب الرضا، وهناك (حسن النية) في أبرم العقود وفي تنفيذها، وهناك سوء النية في الأخلال بالعقود وفي التصرفات الضارة والدائنين، وكلها تتطلب من القاضي استقصاء البواعث، على ما في ذلك من صعوبة، وان صعوبة استقصائها لم يبح عدم البحث عنها أو تبرر التجاوز عنها أو عدم ترتيب أثر عليها [٦٢].

أن مدار الخلاف بين هاذين الاتجاهين المتعارضين يكمن في الفكر الاجتماعي و الاقتصادي الذي يؤمن به رجل القانون، فالتكوين الذهني أو العقلي (لروبير) تكوين جعله يأخذ بالمذهب الفردي، فمن الطبيعي أن يحصر القيود التي ترد على استعمال الحق في أضيق نطاق ممكن، فلا يقر الا بتلك القيود التي تأمر بها القوانين الوضعية أو قواعد الأخلاق، كما سلف بيانه. أما (جو سران) ومن تبعه ولأنهم يؤمنون بالفكر الاشتراكي، يرون أن روح القوانين وحياتها مصدرها الغرض الاجتماعي التي خلقت هذه الحقوق من أجله، ولذا نجده يقول:" ان روح القوانين تكمن في غرضها الاجتماعي"[٦٣].

الخاتمة

(قال الله تعالى في سورة ص الآية ٢٥){ يا داوود انا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب }.

أن التعسف في استعمال الحق أو اساءة استعماله، يتحقق اذا ما رمى صاحب الحق من وراء تصرفه أو استعماله لحقه الى الأضرار بالغير، اذ لا يجوز ان تكون الحقوق أدوات شر بيد أصحابها يستخدمونها لإيقاع الضرر والأذى بالأخرين. الا أن التعسف لا يقتصر على هذه الحالة فقط ، اذ يكفي أن يستعمل الحق استعمالا يتنافر مع الغرض الاجتماعي المرسوم له حتى تتحقق مسؤولية صاحبه باعتباره متعسفا في استعماله.

ان معظم فقهاء الشريعة الاسلامية، الذين تبنوا المذهب الموضوعي، وارسوا على اساسه فكرة التعسف في استعمال الحق، استدلوا بالعديد من التطبيقات في الفقه الاسلامي، تندرج بالدرجة الأولى من قاعدة " لا ضرر و لا ضرار "، وقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المصالح "، وقاعدة " الضرر لا يزال بال ضرر " ، لأن هذه القواعد وغيرها تهدف الى حصول المنفعة العامة ودرئ المفاسد من المجتمع، أما اصحاب المعيار الذاتي –الشخصي – أنهم ينظرون الى مقاصد اصحاب الحقوق في استعمال حقوقهم، وغاياتهم، اي انهم أحاطوا النوايا باعتبار كبير، أخذين في ذلك كل مؤشر خارجي، يمكن ان يعبر عن نية صاحب الحق، مؤصلين مذهبهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي يقول فيه (صلى الله عليه واله): " انما الأعمال بالنيات، وإنما لكل أمرئ ما نوى " . للصعوبة التي تكتنف المعيار لشخصي أو الذاتي، وذلك لما ينطوي عليه هذا المعيار من القضايا التي تعتبر من خفايا النفس الانسانية، ونية صاحب الحق من وراء استعمال حقه لهذا وغيره من الأسباب دعا الكثير من الفقهاء الى طرح المعيار المتقدم والأخذ بمعيار مادي أو غائي (Te le ogique) . أن من ابرز انصار هذا المذهب (المادي او الغائي) هو الفقيه الفرنسي المعروف (جو سران) فهو يرى أن التعسف اوسع نطاقا من أن يحصر في زاوية الاستعمال بقصد الأضرار بالغير،

ويذهب الى أن الاستعمال المتعسف هو كل استعمال للحق لا يتفق مع هدف القانون أو روحه أو غايته. لقد منح القانون الحقوق لأصحابها من أجل استعمالها لغرض معين هو الغرض الاجتماعي للحق (Lebus social du droit) فإذا ما حاد صاحب الحق عن هذا الهدف فقد اساء استعمال حقه، شأنه في ذلك شأن اي موظف يستخدم سلطة وظيفته لغرض أخر غي الغرض الذي من أجله منحه القانون هذه السلطة.

النتائج

١- بسبب الخلاف بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ذهب الفقه الحديث والتشريعات الفقهية الحديثة في مجموعها الى مذهبا وسطا بين هاتين النزعتين المتطرفتين أتخذ له مظهرا عمليا في هذه النظرية المعروفة (بنظرية التعسف في استعمال الحق) أو نظرية اساءة استخدام الحق.

٢- أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقيم التوازن بين مختلف المصالح، بين مصلحة الفرد من جهة وبين مصلحة الجماعة من جهة أخرى، فلا هي تلغي فكرة الحق وتحوله الى وظيفة اجتماعية خالصة، ولا هي تعطي لصاحب الحق سلطة مطلقة تبيح له الأضرار بالغير بحجة أنه ما زال ملتزما حدود حقه هذا، ولكنها تقر فكرة الحق وتعطي لصاحبه حرية استعماله، لما يعود اليه من نفع مع تقييد هذه الحرية، بحيث لا تدفع صاحب الحق هذا الى تحقيق اغراض غير مشروعة "

٣- ان معظم فقهاء الشريعة الاسلامية، الذين تبنوا المذهب الموضوعي، وارسوا على اساسه فكرة التعسف في استعمال الحق، استدلوا بالعديد من التطبيقات في الفقه الاسلامي، تندرج بالدرجة الأولى من قاعدة " لا ضرر و لا ضرار " وقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المصالح " وقاعدة " الضرر لا يزال بالضرر "

٤- من مطالعة نصوص المواد (٦ و٧) من القانون المدني العراقي، نلاحظ المادة السادسة من القانون المدني العراقي والمادة الرابعة من القانون المدني المصري لوجدنا نفس المعنى مع اختلاف بسيط في الكلمات لا يغير من المعنى شيئا بل كلا المادتين لهما نفس الدلالة لنلاحظ المادة السادسة من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر ".

٥- "يرى الباحث ان المادة (٥) من القانون المدني المصري لا تختلف عن المادة (٧) من القانون المدني العراقي مما يدل وبشكل قاطع ان اللجنة التي وضعت القانون المدني العراقي ولتي يرأسها السنهوري هي التي وضعت القانون المصري والسوري واللبناني وبالتالي رتبت عليه اسقاطات التعسف كما تراها هذه اللجنة " .

التوصيات

١- يرى الباحث أن الله تعالى عندما أنزل قرانا يأمر الناس فيه الحكم بالحق هو حق أن يتبع (حيث قال تعالى في سورة ص الآية ٢٥){ يا داوود انا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب }.

٢- ان الحق مستمد من القانون الالاهي الأعظم، ذلك القانون الأزلي قانون التفاوت بين لبشر، ولا يصح مطلقا تجاهل هذا القانون أو التنكر له .

٣- يرى الباحث ان اصحاب المعيار الشخصي يبنون أحكامهم على محض الخيال، لأنهم ينظرون الى المقاصد، ومن يحدد المقاصد والنوايا الباطنية غير الله تعالى " يعلم خائنة الأعين ما تخفي الصدور" .

٤- ومن التطبيقات الشرعية لفكرة التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي بعض صور الفصل غير المباشر، من الأعمال والتصرفات التعسفية ، مثال ذلك: ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٩٢١) من القانون المدني العراقي من أن " نقل العامل الى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه، لا يعد فسخا تعسفيا بطريق غير مباشر، اذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك اذا كان الغرض منه الإساءة الى العامل " . وقد يعتبر عملا من اعمال التعسف، نقل العامل الى مركز أو عمل أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي يشغله بغير ما سبب أو ذنب جناه هذا العامل .

٥- ويرى الباحث أيضا ان عبارة " بغير ما ذنب جناه لا يعد فسخا تعسفيا اذا ما اقتضته مصلحة العمل " ان هذه العبارة تحوي في طيها مبررا غير مشروع للعمل التعسفي ضد العامل، لأن مصلحة العمل يحددها قانون العمل لا مصطلحات قانونية غير واضحة ". وتقض القواعد العامة في تلك الحالة، أن كون جزاء هذا العمل التعسفي مجرد تعويض نقدي عن الأضرار المادية التي لحقت العامل،.

الهوامش والمراجع

(١) حسن علي الذ نون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر ، ط١ ،عمان ، الاردن ، ٢٠٠٦م ، ص ٣٨٢.

(٢) حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط٥ ، ١٩٧٤ ، ص٧٠٩-٧١١.

(٣) حسن علي ذ نون، المرجع السابق، ص ٣٨٤ .

(٤) شمس الدين، الوكيل ، دروس في القانون، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٦٦،ص٢٥١ .

(٥) سعد، نبيل أبراهيم، المدخل الى القانون، نظرية الحق، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،٢٠٠٦،ص٢٥٠. أحكام محكمة النقض المصرية ،نقض مدني مصري، طعن ٥٩ لسنة ٤٨ في جلسة ١٩٨١/٦/٩م، نقض مصري ١٩٧٧/٣/٢٨م، س٢٨ ص٨١٢، نقض ١٩٨٠/١/٢٦م طعن ١٠٨س ٤٥ ق، نقض١٩٧٩/٦/٦م طعن ١٣٨٥س٤٧ ق، مشار لدى : أحمد ،إبراهيم سيد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، الاسكندرية،٢٠٠٢،ص٤٠-٤٢.

(٦) رمضان، أبو السعود، ، النظرية العامة للحق، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥م، ص٤٩٤ وما بعدها.

(٧)جميل ، الشرقاوي ، دروس في أصول القانون، الكتاب الثني، نظرية الحق ،الكتاب الثاني، نظرية الحق، القاهرة ،دار النهضة العربية، ص٢٧٦.

(٨) انظر: من أحكام محكمة النقض المصرية، نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ س١٨ ص ١٩٤٣، ١٩٧٦/١٢/٢٨ طعن ٥٦٦ س٤١ق، ١٩٥٩/١٠/١٥ س١٠ص ٧٥٤، نقض جنائي ١٩٧٢/٦/٢٦ س٢٣ ص ٩٠٣، مشار اليه في: د. ابراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، مرجع سابق، ص٧٥.

(٩) رمضان ، أبو السعود، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ٤٩٥.

(١٠) سعد ، نبيل إبراهيم، المدخل الى القانون، مرجع سابق،ص٢٩٣ .

(١١) أنظر من محكمة النقض المصرية، حكمها الصادر في ١٩٨٥/٤/٤ طعن١٢٤٤ لسنة٥٤ ق، مشار أليه في: د. إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء، مرجع سابق، ص٧٥ .

(١٢) ا شمس الدين ، لوكيل، ، دروس في القانون، مرجع سابق، ص٧٥٤ .

(١٣) حسن ، كيرة ، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٩م، ص٤١٠.

(١٤) حسن ، كيرة ، المدخل الى القانون، مرجع سابق،ص٧٣٥ وما بعدها.

(١٥) المرجع السابق، ص٧٣٦ وما بعدها. مشار اليه في:

عبد العزيز عبد الله، كلية الدراسات العليا: جامعة نايف، اطروحة دكتوراه فلسفة، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، السعودية، ١٤٣١هـ -٢٠١٠ م. ص ٨٨.

(١٦) أن سن الرشد بالنسبة للتشريع الفرنسي قد خفض من ٢١ سنة الى ١٨ سنة وذلك بموجب القانون الصادر في ٥تموز يوليو١٩٧٤.

(١٧) يملك هذا الحق غير الأبوين ولكنهم يكونون عرضة للمسؤولية أذا اساءوا استعماله .

(١٨) علي حسن ذ نون، المرجع السابق ، ص٣٨٦ .

(١٩) أحمد، محمد شريف، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، دراسة مقارنة، دار الرشيد، بغداد، ١٩٨٠،ص٣٥ (٢٠) لما كان تقابل الضدين هما وجوديان متعاقبين على موضوع واحد ولا يتصور اجتماعهما فيه ولا يتوقف تعقل أحدهما على تعقل الآخر، يفهم أن الضدان لا بد أن يكونا على صفتين مختلفتين. والسلطة والحرية كذلك ينظر الى: الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق، ج١، ط٢، دار الغدير، قم المقدسة، جمهورية ايران الاسلامية، ١٩٩٤، ص٤٣.

(٢١) لأن الحرية المطلقة مفسدة مطلقة لا تقود إلا الى(م و بو قرا طية) أي (حكم الغوغاء و الفوضى) وان السلطة المطلقة فوضى لا تقود الا الى (الاوتوقراطية) أي (حكم الاستبداد والدكتاتورية) لهذا فالحرية النسبية لا تكون كذلك، مالم تقيد بتنظيم السلطة، والسلطة ستكون لهذا – أيضا – نسبية، وهذا هو حكم (الديمقراطية) أي حكم الشعب المتوازن.

(٢٢) العاني، حسان، نظرية الحريات العامة، محاضرات ألقيت على طلبة الدكتوراه في العلوم السياسية، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، للعام الدراسي ١٩٩٦- ١٩٩٧، ص٢٥.

(٢٣) سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، (ذ. م. م)، ١٩٦٢، ص٣٩.

(٢٤) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري، ج١، ص٢١ وما بعدها .

(٢٥) عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية، دار مكتبة الأمام، ط١،طرابلس، لبنان، ٤٣٣هق- ٢٠١٢م، ص١٢٩ وما بعدها .

(٢٦) ضياء شيت خطاب، القانون المدني مع مجموعة الأعمال تحضيرية، المصدر السابق، ج١، ١٩.

(٢٧) المصلح، قيود الملكية، المرجع السابق، ص٥٥٥ .

(٢٨) محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري، باب " من كان يؤمن بالله واليوم الأخر فلا يؤذ جاره" ، ص ١٥٠٠ ،رقم الحديث (٦٠١٨) .

(٢٩) نصت المادة (١/١٠٥١) من القانون المدني العراقي على: " ١- لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفا، مضرا بالجار ضررا فاحشا، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا أو قديما " .

(٣٠) القرار "٥١/ مدنية ثالثة / ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٤/١٦ " القرار منشور في، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الحادية عشرة، ١٩٨٠، ص٣٥-٣٦ .

(٣١) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، نفس المصدر السابق، ص١٩٧ .

(٣٢) شوقي ، السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، ط١، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨، ص٣٠١ .

(٣٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري، ص٢٠٩ .

(٣٤) علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، طبع في مطابع الرسالة، الكويت،١٩٨٢، ص٢٥٨ .

(٣٤) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط١٤، ج١، بيروت، لبنان،ص٥١٨ .

(٣٥) عبد الستار البزر كان، قانون العقوبات، القسم الأول، بين التشريع والفقه والقضاء، ص١٨٥. دون دار طبع ولا سنة نشر .

(٣٦) القرار التمييزي (٤٥٢/تمييزية / ١٩٧٦في ١٩٧٦/٥/٩)، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص٣٧٢ .

(٣٧) القرار (١٦/ت/ جزائية /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/٢١)، القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع،(ت١، ت٢، ك١)، ٢٠٠٩، ص٢٦٠ .

(٣٨) حسن علي ، الذ نون، المرجع السابق، ص٤٢٠ .

(٣٩) تقابل المواد ١١ مصري، ١٢ أردني .

(٤٠) المراد بالأهلية هنا اهلية الأداء وحدها أي صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الارادية،

وهذه الصلاحية تتصل اتصالا وثيقا بالحالة المدنية جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من اسرته ودولته، وهي صفات تفهم على اسس من الواقع، كالسن والذكورة والأنوثة والصحة، أو على اسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية (الأعمال التحضيرية للقانون المصري – ج١، ص٢٤٢ .

(٤١) محكمة الاسكندرية الابتدائية،١٩٥٧/٦/٢٤.

(٤٢) محكمة القاهرة، ١٩٥٦/٣/٢٠ .

(٤٣) محكمة العمل ،الاسكندرية، ١٩٥٧/١٠/١.

(٤٤) القاهرة، الابتدائية، ١٩٥٥/٥/٢٩.

(٤٥) حسن علي ، الذ نون، المرجع السابق، ص٤٢٢.

(٤٦) حسن علي ، الذ نون، المرجع السابق، ص٤٢٥.

(٤٧) محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، القاهرة، ط١، ١٩٧٩، ص١٠٧، القاعدة ال١٤.

(٤٨) محمد بكر اسماعيل، المرجع نفسه،ص٩٨ .

(٤٩) محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج٣، دار المعرفة بيروت، (د س ن)، ص٧٤.

(٥٠) أبي يوسف، ومحمد الشيباني، وشمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت، ١٩٩٣.

(٥١) رواه محمد ابن ماجة في كتاب الزهد، باب النية ٢٦، حديث رقم ٤٢٢٧.

(٥٢) محمد مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، المرجع السابق، ص٩٦٥.

(٥٣) سورة غافر، الآية ١٩.

(٥٤) عبد الرزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ج٤، ص٥٣ .

(٥٥) يظهر هذا المعيار بصورة أوضح في كل من القانون الألماني، والقانون السويسري حيث تنص المادة ٢ من هذا القانون الصادر سنة ١٩٠٧م: " يجب على كل شخص ان يستعمل حقوقه، وان يقوم بتنفيذ التزاماته، طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية، اما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون. "مما يلاحظ على هذا القانون أخذه بالمعيار الشخصي، كنظيره الألماني، غير أن مجال التعسف فيه أوسع لأنه لم يقتصر على نية الأضرار، بل يشمل أيضا حالات التعسف الأخرى التي تكون فيها

الاساءة الموضوعية الناشئة عن مخالفة قواعد حسن النية، أي يكفي لقيام المسؤولية أن يثبت المتضرر ان استعمال الحق من طرف خصمه قد أضربه " مقتبس عن:
السنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية. أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تحت اشراف الأستاذ الدكتور قادة بن علي، السنة الجامعية ٢٠١٨-٢٠١٩م الموافق ١٤٣٩-١٤٤٠هق، ص٥٩ .

(٥٦) سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، ط ٧ ، منشورات صادر الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩ ، ص٣٢٦ .

(٥٧) سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص٣٢٧ .

(٥٨) حسن كيرة ، المرجع السابق ر، ص٧٣٢ .

(٥٩) حسن علي ، الذ نون ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ .

(٦٠) حسن علي الذ نون ، المرجع السابق ، ص٤١٦ .

(٦١) سورة ص ، الآية ٢٥ .

(٦٢) ماز ووف ، المعيار الغائي ونقده ، المرجع السابق ، ص٥٧٢ - ٥٧٣ .

(٦٣) سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ٣٢٣ .