

مجلة

القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية والتشريعات



يصدرها

ديوان الفتوى والتشريع

يونيو ٢٠٠٣م

العدد الثاني عشر

نظرات

في نظرية التعسف في استعمال الحق

د. خليل أحمد قدارة *

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 وفقاً لهذه المذاهب، بالمحافظة على كيان المجتمع ككل، حتى ولو أدى الأمر بالتضحية بمصلحة الفرد الخاصة

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

^١ ويوصل 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 ص ٢٤- والتي كان من أهم ما نادى 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 كتابه المسمى "العقد الاجتماعي".

من أجل تحقيق ذلك، فالحق إذن وفقاً لمجمل أفكار المذاهب الاجتماعية يضحى وظيفته الاجتماعية 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 يخفى 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 قدراً من الحرية في استعمال حقوقه، يعتبر أمراً 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 باعتبارها 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 تبيين للناس في كل مجتمع الحلال والحرام.^٣

^٢ أنظر عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق فقرة ٣٤ ص ٣٥.

^٣ أنظر في هذا المعنى حسن كيره، المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ فقرة ٣٨٧ ص ٧٥٥- صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية الجزء الأول ١٩٤٨ ص ٤١- وأنظر محمد سلام مذكور الفقه الإسلامي- الجزء الأول الأموال والحقوق والملكية والعقود فقرة ٢٥٩ ص ١٨٦.

عبر هذا المنطق الشرعي لمفهوم الحق ووجوده وغايته، نستطيع أن نحقق التوازن المطلوب ووجوده 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 استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر' وفي المادة رقم ٥ فقد أورد المشرع المصري معايير التعسف ومتى يكون استعمال الحق تعسفاً 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 يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- ج. إذا كانت المصالح التي يرمى تحقيقها غير مشروعة.

^٥ فقد قررت المادة رقم ٤ من القانون المدني الجزائري بأنه 'يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير - إذا كان يرمى 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 وفقاً لأحكام المادة الخامسة من القانون المدني المصري).

كذلك إلى قول الله تعالى "واشهدوا إذا تباعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن 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 انظر في هذا ما زو الوجيز في المسؤولية 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 ص ٥٣ فقرة ٧٤.

^٩ الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

اعتذار أحدهما سيؤدي إلى أن يقول الطالب للكاتب الراض أو الشاهد لقد خالفت أمر الله الأمر الذي يوقع بالكاتب أو الشاهد الضرر، وهذه الآية تدل 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^{١١}. 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"^{١٢} 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 نعمة منه عليها لأنه يريد فراقها. وهذه الآية دليل على استعمال الحق لتحقيق هدف غير مشروع^{١٣}. 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 عدق من نخل^{١٤} 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

^{١١} مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٣٤ ص ٢٢.

^{١٢} الآية ٦ من سورة الطلاق.

^{١٣} في هذا المعنى أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٢٩ ص ٣١.

^{١٤} عدق من نخل / بعض نخلات في حديقة نخل.

صلى الله عليه وسلم للأصاري: "أذهب فاقلع نخله"¹⁴. وهذا الحديث دليل على استعمال الحق استعمالاً تعسفياً بقصد الحصول على منفعة قليلة لا تتناسب مع ما يصيب صاحب الحقيقة من ضرر.

وقد روى مالك رضى الله عنه أن الضحاک بن خليفة أراد أن يمرّ جدول ماء إلى أرضه عبر أرض لمحمد بن مسلمة. فأتى محمد، فقال له الضحاک: لم تمنعني وهو لك منفعة، تشرب منه أولاً وآخرأ ولا يضرک فأبى محمد: فكلّم فيه الضحاک عمر رضى الله عنه فأمره أن يمكنه فأبى، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك وأذن للضحاک أن يمرّه ففعل¹⁵ 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 للضحاک على أرض محمد بن مسلمة حيث أن فيه نفع ظاهر وليس فيه ضرر للمالك¹⁶.

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

¹⁴ أنظر مصطفى 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 يعلى الحنبلي ص١٤٩ وجامع العلوم لابن رجب ص٢٦٩ وما بعدها.

¹⁵ أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٤٦ ص٤١.

¹⁶ أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٤٧ ص٤٢ - والدريني 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، فالى 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 معاً، فلا يخفى على أحد أهمية تحديد كيفية استعمال الحق من قبل صاحبه وتحديد حدود هذا الاستعمال، فالحقوق لم تعد كما كانت وفقاً لأفكار المذهب الفردي سلطة أو استثناء 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 المسؤولية 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 وضياح الوقت، فضلاً بأن هذا البحث يجد له أهمية أخرى 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 ما زو السابق فقرة ٥٥٨ - حسن كيره السابق فقرة ٣٨٧ ص ٧٥٦ - 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 فلن 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 المسؤولية التقصيرية، ومع اتفاهم في هذا، إلا أنهم اختلفوا في تبرير وتأسيس 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 تجاوزاً أو خروجاً عن حدود الحق، فاستعمال الحق لا يمكن أن يكون موافقاً للقانون ومخالفاً 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 ليقرها، فالخروج عن الحق يعتبر عملاً غير مشروع، ويندرج هذا المفهوم تحت لواء نظرية المسؤولية التقصيرية المدنية^{١٩}.

تعرض هذا الرأي إلى النقد، من حيث أنه يقوم على الخلط بين الفعل الذي يدخل ضمن حدود الحق ويعتبر بذاته مشروعاً، وإنما غاية ونتيجته تكون غير مشروعة وبين الفعل الذي لا يدخل ضمن حدود الحق ويعتبر بذاته فعلاً غير مشروع في نظر القانون في حالة ما يتجاوز الإنسان حدود حقه المسموح بها قانوناً، وعلى سبيل المثال، الشخص الذي يقيم على أرضه سوراً لتحديد لها عن أرض جاره لا يعتبر مخالفاً 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 منظراً طبيعياً خلافاً، فإنه يكون قد قام بعمل مشروع، ولكنه في نفس الوقت قد تجاوز الهدف أو الغاية لهذا العمل، هذا الشخص لا يقاس بالشخص الذي يحمل حجراً ويكسر زجاجاً 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.

وغيته 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 مسؤوليته 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 المسؤولية التقصيرية إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض.

بناء على هذا الاتجاه، تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق، أحد تطبيقات الخطأ المنشئ للمسؤولية 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 المسؤولية وتوحيد كذلك معيارها

^{٢٠} في هذا المعنى أنظر حسن كبره السابق فقرة ٢٨٩ ص ٧٥٩ إلى ص ٧٦١ - وأنور سلطان مقال في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ العدد الأول تحت عنوان نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ص ٩٩ - وانظر إلى مجموعة المراجع القيمة في هذا الخصوص في هامش رقم ٢ ص ٨٦١ حسن كبره.

^{٢١} ومن هؤلاء - السنهوري الجزء الأول فقرة ٥٥٨ ص ٨٤٣ وما بعدها - عيد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٢ ص ٥٧٣ - 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 عملاً غير مشروع بغض النظر عن الغاية التي يهدف إليها.

ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار التعسف نوعاً متميزاً 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 قبلت 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 كبره السابق فقرة ٣٨٩ ص ٧٦٢ و٧٦٣.

^{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 المسؤولية التقصيرية^{٢٤} الأمر الذي بقي هذا الرأي يدور كسابقه 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 "المسؤولية التقصيرية"، وكذلك رأينا المحاولة التي قال بها بعض الفقهاء باعتبار التعسف في استعمال الحق خطأ من نوع خاص أو من طبيعة خاصة ضمن دائرة المسؤولية التقصيرية، ورأينا مدى العيوب الفنية في هذا الربط، بسبب التمايز الواضح بين التعسف في استعمال الحق، وبين الخطأ التقصيري "المسؤولية التقصيرية" مما يقتضي استقلال نظرية التعسف استقلالاً تاماً عن نظرية المسؤولية التقصيرية. ويوجب كذلك ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالحق ذاته وبغاياته، 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 جديراً في حماية الشارع لأنه يكون حينئذ خارج نطاق المشروعية "الإباحة".

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

^{٢٤} أنظر في هذا المعنى حسن كبره السابق ٣٨٩ ص ٧٦٤.

بانفصال فكرة التعسف عن التصوير الفني للحق^{٢٥} إضافة إلى ذلك أن فكرة التعسف بهذا التصور تثير مشكلة سابقة على مشكلة المسؤولية^{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 تصوّره ضمن إطار المسؤولية التقصيرية في حالة اختيارنا النسبية في استعمال الحقوق، وإنما ضمن الحق ودوره أو وظيفته، وبفكرة العدل ومدلوله، وهذا كله يخرج عن نطاق المسؤولية التقصيرية^{٢٧}.

إن أهم ما يترتب على هذا التصور لفكرة التعسف في استعمال الحق، أن المسؤولية لا تتور في بعض المسائل، فلو تصورنا أن حرمان أحد الأشخاص من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً ابتداءً، فإن ذلك يمنع بالضرورة وقوع الضرر في الأصل، وبالتالي لا يمكن تصور قيام المسؤولية، يتبين من هذا، أن دور التعسف في استعمال الحق يتجاوز دور المسؤولية، فبينما تجبر المسؤولية الضرر بالتعويض، فإن دور التعسف يمنع وقوع الضرر في الأصل، ومن ثم، لا يكون

^{٢٥} وهذا لا يستدعي 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 كبيره السابق فقرة ٣٩٠ ص ٧٦٦.

^{٢٦} أنظر في هذا حسن كبيره السابق فقرة ٣٩٠ ص ٧٦٦.

^{٢٧} أنظر في هذا المعنى حسن كبيره السابق فقرة ٣٩٠ ص ٧٦٦ وكذلك ضمن القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين.

هناك محل للتعويض، فدور التعسف دور وقائي^{٢٤} 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".

^{٢٤} ومن صور الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، ما يسنّطه عند التنفيذ العيني للالتزام، حيث لا يجوز إذا كان فيه إرهاقا على المدين، وبالتالي يلزم الفاضي الدائن متعسفا في استعمال حقه وبجبر 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 معياراً عاماً يعوزها التحديد الذي يهيئ للقاضي ضوابط يمكن الاسترشاد بها، وبذلك فتحت أمامه مجالاً واسعاً 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 استعمالاً تعسفياً لا يتفق واعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر نظرية مستقلة تمام الاستقلال عن نظرية المسؤولية التقصيرية، كما أكدنا ذلك عند تأصيلنا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لأن ذلك الاستقلال من شأنه أن يؤدي حتماً 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 والفقه في الحياة العملية.

فضلاً 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} انظر في هذا عبد المنعم فرج الصدة السابق فقرة ٣٩٥ من ٥٧٧.

كان الجواب أنها وردت على سنبل الحصر، فهذا يعني جمود نظرية التعسف في استعمال الحق وعدم استجابتها لكل الظروف التي يمكن أن تستجد في المستقبل. اقترح بعض الفقهاء معياراً عاماً للتعسف، فيقولون "مفضل - 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 عموماً 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^{٢٠}، 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 معياراً سياسياً أكثر منه معياراً قانونياً لأن القاضي بمقتضى سلطته التقديرية سوف يحدد الهدف الاجتماعي للحق في ضوء آرائه ومعتقداته الخاصة^{٢١}.

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

^{٢٠} انظر في هذا حسن كبره السابق فقرة ٣٩١ ص ٧٧١ و ٧٧٢ و هامش رقم ٢ ص ٧٧٢.

^{٢١} انظر في هذا الانتقاد على وجه الخصوص عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٢ ص ٥٧٥.

القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في المجتمع مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة^{٣٧}.

ومع ذلك إذا كنا نعتقد بصحة الربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق بغاية الحق وبالحق ذاته، إلا أننا لا ننفق 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 لبعض 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

^{٣٧} أنظر في هذا الرد حسن كبره السابق فقرة ٣٩١ ص ٧٧١ وهامش رقم ١ ص ٧٧١. ويضيف بالقول "أن وجود محكمة النقض (المجلس الأعلى) من فوق القاضي، وهي الرقابة على صحة تطبيق القانون يكفل وحده هذا التطبيق. خبر حتمان لالترام 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 الشرع 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^{٢٢}.

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 ينكشف 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

^{٢٢} أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية والحقوق المنقولة عنه ١٩٩٧م-١٤١٨هـ فقرة ٦٦ ص ١٥٥.

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 ببرره، ولا يصح أن يدفع الضرر عن المالك من التصرف تفقد المالك حرية التصرف وليست حرية التصرف إلا معنى الملك".^{٢٤}

على هذا رتب الفقهاء الثلاثة قاعدة مفادها، أن حق المالك يقتضي عدم التقيد قضاءً، 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 بالألا يتصرف الجار في ملكه مما يترتب عليه أذى جاره، لكن هذا القيد يظل مرهوناً بزيادة 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.^{٢٥}

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

^{٢٤} أنظر في هذا محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود ١٤٠٣-١٩٨٣م ص ٣٦٨ - وانظر للباحث الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ٦٦ ص ١٥٢.

^{٢٥} أنظر محمد مصطفى شلبي السابق ص ٣٦٨.

ولقوله صلى الله عليه وسلم والله لا يؤمن ثلاثاً، قالوا من يا رسول الله، قال ذلك الذي لا يأمن جاره بوائقه^{٣٦}. أو كما قال رسول الله^{٣٧}. ولأن الناس قد تركوا ما أوجب عليهم الدين من وجوب رعاية الجار، فحققت عليه كلمة القضاء لحملهم على منع الإضرار اضطراراً إذا لم يقوموا به اختياراً، وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ.

وإذا كان هذا الرأي جاء عند الحنفية على سبيل الاستحسان^{٣٨}، 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^{٣٩}. 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 فلانة تصوم النهار وتقوم الليل، تؤذي جيرانها، فقال: هي في النار! أنظر هذه الأحاديث، محمد مصطفى شلبي المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ١٤٠٣-١٩٨٣م ص ٣٦٤.

^{٣٧} هذا الرأي عند الفقهاء المتأخرين من الحنفية حيث قالوا: يجب أن نقيّد 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 استعانك أعتنه، وإذا استقرضك أقرضه، وإذا افتقر عدت عليه بمالك، وإذا مرض عدته، وإذا أصابه خير هنّته، وإذا أصابته مصيبة عزّيته وإذا مات اتبعت جنازته، ولا تستظلّ عليه بالبناء فيحجب عنه الريح إلا بإذنه' -أنظر محمد مصطفى شلبي السابق ص ٣٦٩- 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 سلماً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار'.

^{٣٨} الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ٦٦ ص ١٥٥.

الحيوان 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، ويبنى ما يريد، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضراً فاحشاً^{٣٨} وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المطبق في فلسطين عن ذلك في المادة ١١٩٨ بقولها "لكل واحد التعلّي على حائط يملكه وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً". وقد عرفت المادة ٥٩ من مرشد الحيوان الضرر الفاحش بقولها "الضرر الفاحش ما يكون سبباً لو هون 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 عرفت المادة ١١٩٩ من مجلة الأحكام العدلية بقولها "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء بأن يجلب عليه وهنا ويكون سبباً لهدمه". 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 يراعى 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

^{٣٨} 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 بإزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعى 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، خصوصاً 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 يجز التسامح عليه، والقضاء هو الذي يناط إليه في النهاية تقدير متى يعتبر الضرر مألوفاً فلا يستوجب مسؤولية المالك، على أساس التسامح بهذا النوع من الإضرار، ومتى يعتبر الضرر فاحشاً فيستوجب مسؤولية 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 سبباً للهدم. وما يوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية أو يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية" وعلى ذلك يعتبر ضرراً فاحشاً أن يتخذ طاحونا ومصنع حديد، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء، وأن يحدث تتورا أو معصرة في سوق، فضر ضرراً فاحشاً ببضائع أهل السوق، وأن يحفر بجوار جدار جاره بنراً 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 شباكاً يطل منه على مقر النساء^{١١}.

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

^{١١} المادة ١٢٠٠، مجلة الأحكام العدلية وكذلك المادة ١٢٠١ و ١٢٠٢.

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 المألوفة⁴¹.

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 ضرراً مألوفاً، ومن ذلك أيضاً أن صاحب المصنع يسأل عن الضرر الفاحش الذي يحدث لأصحاب الدار المعدة للعلاج أو الاستشفاء والدخان المتصاعد من المداخن لأنه يعتبر ضرراً غير مألوفاً (فاحشاً) بالنسبة لصاحب المغسل، لأنه يلحق بعمله ضرراً فاحشاً، 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 متعسفاً 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 متعسفاً أم لا، كونه قد حقق منفعة من استعماله لحقه أم لم يحقق ذلك طالما بيت الإضرار بجارهِ أم ممن يتأذون من استعمال حقه بالصورة التي قام بها. والسبب في ذلك، أن وجود قصد الإضرار لذي صاحب الحق عند استعماله، استغرق المصلحة التي حققها.

⁴¹ 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 المضروب، 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 تساعد على اكتشاف هذا القصد، وبالتالي، إثبات سوء

^{٤٢} لأن هذه الفائدة لا تبرر استعمال الحق، طالما يبت صاحب الحق نية الإضرار في نفسه بمصالح الآخرين.

^{٤٣} في هذا المعنى أنظر السنهوري الوسيط السابق فقرة ٥٦٠ ص ٨٤٤ - عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٦ ص ٥٧٩ - حسن كيره السابق فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٣ - أنور سلطان النظرية العامة للالتزام الجزء الأول ١٩٥٥ ص ٤٤١ - أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء الأول ص ٢٠٩.

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 شاملاً للحق وغايته التي يحميها المشرع، الأمر الذي يدل 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 بزيادة 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 يقصد 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 ص ٥٧٩ - حسن كبيره السابق فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٣ - وانظر استئناف لبنان الجنوبي رقم ١٢٣ في ١١-٢-١٩٢٥ مجموعة حاتم الجزء ١٦ سنة ١٩٦١ ص ٤٧ رقم ١.

^{٤٥} في هذا المعنى أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٨ ص ٥٨٠.

^{٤٦} أنظر حسن كبيره فقرة ٣٩٥ ص ٧٧٦ السابق.

^{٤٧} أنظر في هذا المعنى حسن كبيره السابق فقرة ٣٩٥ ص ٧٧٦ - وفي هذا المعنى منصور المنصور العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار ١٩٥٦-١٩٥٧ فقرة ٢٢٣ ص ٥٧٢.

^{٤٨} أنظر حسن كبيره السابق فقرة ٣٩٥ ص ٧٧٦.

انضمامه إلى نقابة من النقابات^{٤٩} أو بسبب نشاطه النقابي المشروع^{٥٠} أو كالمالك الذي يضع أسلاكاً 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 توفياً بل سعياً 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 رجحاناً كبيراً"، فالتعسف لا يقوم فقط حيث تتعدم 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 ص ٥٨٠ - القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ مدونة الفقهاني ٣-١ رقم ٣١٣ ص ٣٧٦ - حسن كيره السابق ٣٩٥ ص ٧٧٦ - السنهوري الجزء الأول ٥٦٢ ص ٨٤٦.

^{٥٠} أنظر القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ مدونة الفقهاني الدورية ١٩٦٠ رقم ٢٠٨ ص ٤٢٦ - حسن كيره السابق ص ٧٧٦ فقرة ٣٩٥.

^{٥١} أنظر السنهوري السابق فقرة ٥٦٢ ص ٨٤٦ - حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص ٧٧٦ - الجزية الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ مدونة الفقهاني رقم ٣٠٢ ص ٣٦٣ ج ٣-١.

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 يعني 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 ص ٢١.

^{٥٣} أنظر حسن كيرة السابق فقرة ٣٩٢ ص ٧٧٥ وهامش رقم ١ ص ٧٧٥.

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 الآخريين. 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 استغلالاً أفضل مما لو استغلت كل قطعة صغيرة على أفراد. 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 للأمالك 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 الأمالك الأخرى؟؟
أولا: إذا كان الأمر يتعلق بمشروع حكومي يقصد به المصلحة العامة للناس، فليس من شك حول شرعية القرار الذي يصدره ولي الأمر بسنزع 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 فيدمها وزادها فيه، وهدم على قوم من جيران المسجد أبو أن يبيعوا ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد، واتخذ المسجد جدارا قصيرا دون القامة كانت المصاييح 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}، ففي هذه الحالة قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فنزعت الثانية من أجل تحقيق المصلحة الأولى.

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، بإقامة مستشفى حتى ولو كان خاصا، فإنه يهدف إلى تحقيق مصلحة القائمين به،

^{٥٤} أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٢ ص ٧٧٥ وهامش رقم ١ ص ٧٧٥.

^{٥٥} سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ٥٣.

^{٥٦} محمد سلامة مذكور الفقه الإسلامي ص ١٩٠ فقرة ٢٦٦.

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 يمرض 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 سلامة مذكور الفقه الإسلامي ص ١٩٠ فقرة ٢٢٦ - وانظر الملكية ونظرية العقد محمد أبو زهرة فقرة ٥٧ ص ١٥٢ 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 للأخر 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} حديثاً 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 نقول "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً 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 ط ٣ ص ٢٧٠.

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...، وأنه 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:

أولاً: إن المذكرة التفسيرية ترفض أن تستعمل لفظ التعسف أو الإساءة وذلك بسبب غموضهما وخلوهما من الدقة وفقاً 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 يعطى للدائن المرتهن رهناً حيازياً حق التتبع في الأصل، حيث لا تجيز المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الأردني أن يتصرف المدين الراهن بالشئ المرهون إلا بإذن وقبول المرتهن، وإذا وقع البيع (التصرف) حل الثمن محل الشئ المرهون لضمان حق الدائن وفقاً لنظرية الحل العيني^١ وإذا كان الأمر كذلك وفقاً لوجهة

^١ حيث تقول المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الأردني في هذا الصدد "١- لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازياً تصرفاً قابلاً للفسخ مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن.

٢- فإذا كان التصرف بيعاً فإن حق المرتهن ينتقل إلى ثمن المرهون".

نظر المشرع الأردني فكيف يكون حق التتبع الذي جاء به العنوان والمدين الزاهن 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 المزوجة 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}.

ثانياً: 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 تبريراً 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 ص ١١١ و١١٢.

^{٦٢} أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني العقود المسماة - الكتاب الأول عقد البيع فقرة ٣٩ ص ١٢٦ وما بعدها - ونظر في هذا المعنى مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٥ ص ٥٤ وما بعدها.

^{٦٣} أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٦ ص ٥٥ و ٥٦.

ثالثاً: 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 أخذ 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.

أولاً: 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 للتوقع 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 قادراً على استيعاب كل معيار جديد لم يرد ضمن ما أروده المشرع المصري والفقه الإسلامي، وقد أحسن المشرع اللبناني في ذلك^{٦٦}.

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

^{٦٤} أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٦ ص ٥٦.

^{٦٥} أنظر فيما سبق فقرة ٦.

^{٦٦} أنظر فيما سبق فقرة ٦.

بالتغير" ينقلنا إلى نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار والتي تركز على أساس التعدي، مع أننا ركزنا على استقلالية نظرية التعسف عن نظرية المسؤولية التقصيرية^{٦٧} ولذا فإن المعيار الذي عبر عنه المشرع المصري يظل أقرب لنظرية التعسف وباستقلالية النظرية عن المسؤولية التقصيرية.

ثالثاً: إن المشرع الأردني لم يكن موفقاً 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 أيضاً معيار غير سديد بالنظر إلى مفهوم التعسف أو إساءة استعمال الحق، حيث يستعمل الشخص حقاً مشروعاً ولا يتجاوز حدود حقه هذا ومع ذلك يعتبر متعسفاً أو سيئاً 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}.

نتتهي إلى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً كل التوفيق وهو يحاول تأصيل وصياغة نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي بعيداً 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 للمسؤولية التقصيرية أكثر مما أبعدها عن ذلك. ومما يدل على سيطرة فكرة المشرع المصري على المشرع

^{٦٧} في هذا المعنى أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧ ص ٥٨ - وانظر فيما سبق فقرة ٥.

^{٦٨} أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٨٨ ص ٥٧.

^{٦٩} أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٨٨ ص ٥٧ وهي منقولة حرفياً عنه.

الأردني المعيار الثاني والثالث منهما فهما نفس الذي أخذ بهما المشرع المصري^{٧٠}.

٩- ثانياً: 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 متعسفاً في استعمال حقه، وبالتالي تستوجب مسؤوليته لا على أساس أحكام المسؤولية 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 أثبتتها 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 ص ٥٧٢.

الحق استوجبت مسؤليته وهكذا باقي الحقوق الأخرى المراد استبعادها من نطاق نظرية التعسف.

وعلى الرغم من عمومية نظرية التعسف في استعمال الحق بحيث تشمل كما ذكرنا كل الحقوق على اختلاف نوعها وطبيعتها، إلا أنها لا تشمل مع ذلك الرخص، كالحقوق السياسية كحق الانتخاب أو حق الترشيح أو السبب في ذلك 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، والعلّة من ذلك، أن التعسف يرد على استعمال الحق، واستعمال الحق في الأصل يعتبر عملا مشروعاً يدخل ضمن دائرة الإباحة، إلا إذا انحرف صاحب الحق عن الغاية 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 وقائياً، وقد يكون تعويضاً عن الضرر، فالجزاء الوقائي، يتمثل بحرمان صاحب الحق من استعمال حقه ابتداء استعمالاً تعسفياً وبالتالي يحول دون وقوع الضرر^{٧٣} والتعويض، وهو لجبر الضرر الذي وقع بالتغير على أثر تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، ويستوي

^{٧٢} أنظر في هذا المعنى حسن كيره السابق فقرة ٣٩٩ ٧٨٣.

^{٧٣} في هذا المعنى حسن كيره السابق فقرة ٣٩٩ ص ٧٨٣.

أن يكون التعويض نقدياً أم عينياً وذلك بإزالة المخالفة^{٧٤} على أساس أن هذه الحقوق تقوم على دوافع شخصية خالصة.

^{٧٤} أنظر عبد المنعم فرح الصده السابق فقرة ٣٩٩ ص ٥٨١ - حسن كبيره السابق فقرة ٤٠٢ ص ٧٩٢ - السنهوري هامش ٨١٥.