التعسف في استعمال الحق
بين النظرية والتطبيق

أ.م.د. عبد الرحمن عبد الله الصراف
استاذ مساعد/ كلية المستقبل الجامعة/ قسم القانون

The abuse of the right
between theory and practice

Dr.. Abdul Rahman Abdullah Al Sarraf
Assistant Professor / AL-Mustaqbal University College / Department of Law
Mobile: 07701632765
dr.abdulrahman2020@mustaqbal-college.edu.iq

ABSTRACT

The research deals with the theory of arbitrariness in the use of the right in both its theoretical and practical aspects, which some call abuse in the use of the right, which are applications to the idea of error in tort liability. This theory is an important theory in the law, which has been adopted by many contemporary jurists and many modern legislations including Iraqi and Egyptian law.

The Iraqi legislator has given special importance to it and its rules of law, as stipulated in the preliminary section of the Civil Code, making it a general theory that applies to all rights in person or in kind or moral funds.

This is summarized by the theory: (The use of the right is by the direct powers conferred by the right to the owner, these authorities determined by the law and is in the organization of each right separately, it is the law that defines the limits of the right and the person to use the right to these limits without exceeding, Limited by the law to him, he is wrong and therefore is required to compensate for injury damage arising in the use of the right).

In this research we have examined the nature of the right and arbitrariness in terms of its definition of language and terminology and the development of this theory and the elements of truth, its situations, its effects and the judicial applications of this theory.

Keywords: abuse, right, interest, error, damage, judgment , proof.

ملخص البحث

يتناول البحث نظرية التعسف في استعمال الحق في جانبيها النظري والعملي, والتي يسميها البعض الاساءة في استعمال الحق وهي تطبيقات لفكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية, وهذه النظرية نظرية مهمة في القانون فقد أقرها كثيراً من الفقهاء المعاصرين, وكثيراً من التشريعات الحديثة ومنها القانون العراقي والمصري.

وقد أولى المشرع العراقي أهمية خاصة لها ونظم احكامها فنص عليها في الباب التمهيدي من القانون المدني فجعل منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق شخصية أو عينية أو أموالاً معنوية.

وتتلخص هذه النظرية: (ان استعمال الحق يكون بمباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه, هذه السلطات يحددها القانون وهو بصدد تنظيمه لكل حق على حده, فالقانون هو الذي يعين حدود الحق وللشخص ان

يستعمل حقه في هذه الحدود دون أن يتجاوزها, فاذا جاوز الشخص في استعماله المحدود التي رسمها القانون له, فانه يكون مخطئاً ومن ثم يلزم بتعويض من اصابة الضرر الذي ينشأ في استعمال الحق).

وقد بينا في هذا البحث ماهية الحق والتعسف من حيث تعريفه لغةً واصطلاحاً والتأصيل التاريخي لهذه النظرية وعناصر الحق و معايير هذه النظرية وآثارها في القانون العراقي مع الاشارة الى بعض الاحكام القضائية.

الكلمات المفتاحية: تعسف , حق , مصلحة , خطأ , ضرر , فضاء , اثبات.

المقدمة

اولاً: التعريف بالبحث وأهميته

من الامور الطبيعية التي يحيا بها الانسان هي حقه في الحياة الكريمة وما يتفرع عنها من حقوق, كحقه في كسب الملكية وحقه في الوظائف العامة, وحقة في اكتساب كافة الحقوق العينية والشخصية والادبية, ... التي هي من صلب حقوق الانسان الرئيسية, ولكن حقه في هذه الحقوق هي في حدود معينة وليست مطلقة فمتى تجاوز في أي حق من هذه الحقوق اصبحنا امام تعسف وظلم الانسان لأخيه الانسان وبهذا فانه قد خرج عن جادة هذه الحقوق واصبحنا امام ما يسمى "تعسف في استعمال هذه الحقوق" او اساءتها ومن هنا فقد صاغ الفقهاء لمعالجة هذا العسف او الاساءة (نظرية التعسف في استعمال الحق). ومن هنا جاءت أهمية هذه الدراسة.

ثانياً:- أهداف البحث:-

يهدف هذا البحث الى تسليط الضوء في عرض جانب مهم من نظريات التعسف في استعمال الحق في جانبيه النظري والعلمي, كما يهدف الى عرض تطبيقات لهذه النظرية في مجال قانون الاحوال الشخصية (التعسف في استعمال حق الطلاق), وفي التعسف في اجراءات التقاضي.

ثالثاً: نطاق البحث:

يتحدد البحث في بيان الاحكام العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني العراقي مع الاشارة اليها في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري وبيان التطبيقات لها في قانون الاحوال الشخصية ضمن نطاق (التعسف في استعمال حق الطلاق), وفي قانون المرافعات المدنية ضمن نطاق (التعسف في استعمال الحق في اجراءات التقاضي المدنية).

رابعاً: سبب اختيار البحث

ان الرغبة الملحة بالدفاع عن حقوق الانسان والتمسك بها ووضع روابط لها هي التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع الحيوي.

خامساً: مشكلة البحث وفرضيته

نحن امام مشكله لهذا البحث وفرضيته يتحدد في:

1. هل ان الخروج من هذه الحقوق يشمل كافه الحقوق الشخصية ام العينية ام الادبية او احدهما.
2. ما هي ضوابط التجاوز عن استعمال هذا الحق.
3. هل ان النصوص الواردة في الباب التمهيدي للقانون المدني العراقي هذه لوحدها تكفي لمعالجة هذا التجاوز ام ان هنالك ضوابط اخرى يمكن ان تضاف, وهل لهذه النظرية وجود اخرى في القوانين العراقية.

سادساً: منهج البحث

لقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي باعتباره المنهج الذي يتناسب مع نظرية التعسف في استعمال الحق.

سادساً: هيكلية البحث

اقتضى تقسيم البحث الى مقدمة وتمهيد و مبحثين رئيسيين وخاتمة:

المبحث الاول: نتناول فيه ماهية التعسف والحق وخصائصها والتمييز بها عن غيرها مع بيان تطور هذه النظرية وموقف الشريعة الاسلامية منها ويقع في ثلاثة مطالب.

المطلب الاول: التعسف باستعمال الحق لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تطور هذه النظرية.

المطلب الثالث: خصائص هذه النظرية وتمييزها عن غيرها.

المبحث الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي.

المطلب الاول: معايير التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق.

الفرع الاول: تطبيقات هذه النظرية في مجال قانون الاحوال الشخصية (الاسرة).

الفرع الثاني: تطبيقات هذه النظرية في حق اجراءات التقاضي.

الخاتمة: النتائج والمقترحات.

المصادر والمراجع.

ومن الله التوفيق.

تمهيد

التأصيل التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق

اختلفت النظرة في استعمال الحقوق في القوافي القديمة والحديثة وفي الشريعة الاسلامية الغراء .

ففي القانون الروماني لم نجد لنظرية التعسف في استعمال الحق أو اساءته أثر واضح فلم تعرف عندهم كما هي الان في القوانين الحديثة لكن من ناحية أخرى لم يخل القانون والقضاء الروماني وما اتي من وسائل لمحاربة اساءة استعمال الحق في حالات معينة, من ذلك انه لجأ الى فكرة حسن النية ليخفف بها من شدة القانون الناتجة عن اصطباغه بالصيغة الشكلية بعد أن يثبت ان التزام تطبيق القانون تطبيقاً دقيقاً على ما فيه من شدة تؤدي أحياناً الى ظلم كبير) [9], فلتحقيق حدة القانون في استعمال حق الملكية اعتبر الملك الذي يقوم بحفريات في ملكية ويسبب بذلك ضرراً لملك جاره مسؤولاً عن ذلك اذا كان قد فعله يقصد الاضرار بالغير, اما اذا فعله ليحسن ملكه دون قصد الاضرار بالغير, فلم يكن يسأل عن يزيد على ذلك من ضرر للغير .

وهكذا بالنسبة للأمور الأخرى في مجال البناء وعلاقات الجوار وحقوق الاسرة وحق المرافعة الى القضاء, فكان البريتور يصدر امره الى القاضي يراعى عند تطبيقه القانون ما يوجب حسن البتة وما تقتضيه قواعد الاخلاق وما جرى به عرف التجارة, ثم جرى العمل على مختلف الخصوم عند احالتهم الى القضاء على حسن نيتهم, أي على ان دعواهم ليست كيدية, حتى اذا ما ثبت سوء نية أحدهم, كانت تفرض عليه عقوبة مالية جزاء ذلك وهكذا تبين ان فقهاء القانون الروماني لاحظوا ان اطلاق استعمال الحقوق وفقاً للقانون قد تؤدي أحياناً الى المساس بقواعد الاخلاق والعدالة, وانهم عملوا بشتى الوسائل في هذه الحالات على تغليب قواعد الأخلاق, وعلى تحقيق العدالة بالحد من استعمال الحقوق كما رسمها القانون[10].

أما في القانون الفرنسي القديم:

فقد عرف القانون الفرنسي القديم في عهد احياء القانون الروماني فكرة تنفيذ الحقوق منعاً من اساءة استعمالها, وكان الفقيه دوما يقول بأن بمسؤولية مالك العقار الذي يجري تعديلاً لا لغرض سوى الاضرار بالغير ويقول ان العدالة لا يمكن أن تقر مثل هذا الخبث[11], وكان يسلم بان المتفاوض الذي يسيء استعمال طرق التقاضي يسأل عن ذلك.

من كل ذلك يتبين لنا بان التعسف في الحق هو[12] (ان يستعمل الانسان حقه على وجه غير مشروع بمعنى (استعمال صاحب الحق سلطته المخولة بها قانونا بكيفية يلحق ضررا بالغير بمعنى ان الاستعمال بحد ذاته مشروع و لكن نتائجه و اغراضه غير مقبولة) [13].

موقف الشريعة الإسلامية من هذه النظرية

اقر هذه النظرية جمهور فقهاء المسلمين و تولوا صيغتها على نحو الدقة و الشمول تفوق ما فعله فقهاء القانون مستندين على روح الشريعة الإسلامية الغراء المتشبعة بقم العدالة و مبادئ التكافل الاجتماعي مع الحديث الشريف (لا ضر و لا ضرار) وعلى القاعدة الفقهية (درء المفاسد أولى من جلب المنافع) التي يعتبر تطبيقها منع المالك من الترف في ملكه اذا كان تصرفه يلحق ضرار بغيره يفوق في جسامته ما يعود نفع عليه ، و على قواعد شرعية أخرى منها (الضرر يزال شرعا و الضرورات تقدر بقدرها و تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) [14] و لعل من اهم التطبيقات لفكرة الخطا في استعمال الخطا في نطاق علاقات الجوار هي مضار الجوار غير المألوف حيث تقر مسؤولية المالك عن هذه المعايير على ضوء المادتين السادسة و السابعة من القانون المدني العراقي، والى هذا اتجهت مجلة الاحكام العدلية المواد 916 و 960 و القانون المدني العراقي المادة 91 و القانون

المدني الأردني 268 و القانون المدني الكويتي 227 [15]ومع ذلك فقد انتقد قسم من فقهاء المسلمين هذه النظرية و منهم فقهاء المذهب الظاهري[16] الذي صدرت آراؤهم في كثير من المسائل عن نزعة فردية ، ومن الفقه الإسلامي قد استمد هذه النظرية كل من المشروعين المدني العراقي و المدني المصري.

المبحث الاول

ماهية التعسف في استعمال الحق

نتناول في هذا البحث ماهية التعسف من حيث تعريفه لغتاً واصطلاحاً ومميزاته وطبيعته والتميز بهذه النظرية عن غيرها مع التأصيل التاريخي لها وموقف الشريعة الاسلامية منها. وعليه نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:

المطلب الاول

التعسف والحق لغةً واصطلاحاً

نقسم هذا المطلب الى فرعين, نتكلم في الفرع الاول عن التعسف والحق لغةً, وفي الفرع الثاني نتكلم عن التعسف والحق اصطلاحاً.

الفرع الاول

التعسف والحق لغةً

نقسم هذا الفرع الى فقرتين:

الفقرة الأولى: التعسف لغةً:

أولاً: التعسف لغةً: مأخوذ من فعله (عف – يعف – عفاً) الذي يعني السير بغير هدى, وكذلك التعسف والاعتساف[1], وعف عن الطريق مال وعدل وعف عن الامر أي فعله بلا رؤية ولا تدبر وعف فلان أي اخذ بالقوة والعنف وظلمه, وعف السلطان أي ظلمه وتعسف فلان اذ ركبه بظلم. مما تقدم تبين لنا ان التعسف هو الظلم والجور والتعدي وعكسه العدل والمساواة واعطاء كل ذي حق حقه.

الفقرة الثانية: التعسف اصطلاحاً:

ثانياً: التعسف اصطلاحاً: وقد اختلف الفقهاء في تعريف التعسف بناءاً على اختلاف نظرتهم الى طبيعته فقد عرفه الفقيه سالي انتفاء الحق وليس اساءة استعماله[2] وعرفه اخرون بانه استعمال صاحب الحق لسلطاته المخوله له قانوناً بكيفية يلحق ضرراً بالغير بمعنى الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه واغراضه غير مقبولة[3] وان التعسف استعمال حق هو تخلف عن غاية الحق او مناقضته[4] .

---

[1]– ابن منظور, لسان العرب, م7, ف4, الدار الصادر بيروت, 2005, ص225. وينظر أيضاً: ابو بكر الرازي, مختار الصحاح, بيروت, ص420.

[2]– نقلاً عن فتحي الدريني, نظرية التعسف باستعمال الحق في الفقه الاسلامي, ج2, مؤسسة الرسالة, بيروت, 1977, ص312.

[3]– رمضان ابو السعود, ومحمد حسين منصور: المدخل الى القانون, منشورات الحلب الحقوقية, بيروت, 2003, ص368.

[4]– د. حسن كيرة: المدخل الى القانون بوجه عام, النظرية العامة للحق , القاهرة, منشأت المعارف, ص763.

الفرع الثاني
الحق لغةً واصطلاحاً

ونقسمه الى فقرتين:

الفقرة الاولى: الحق لغةً:

الحق لغة هو الثبوت والوجوب والامر والثبات, والحق ضد الباطل كما في قوله تعالى (وَلاَ تَلْبِسُواْ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُواْ الْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ) [1].

كما يعني الحق اليقين كما في قوله تعالى (فَوَرَبِّ السَّمَاء وَالْأَرْضِ إِنَّهُ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ)[2].

وتستعمل كلمة الحق بمعنى العدل والمساواة.

الفقرة الثانية: الحق اصطلاحاً:

اما الحق بالمفهوم الاصطلاحي فقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه من حيث النظرة اليه, فالنظرية التقليدية + الشخصية – التي جاء بها .

الفقيه سافيني يقول بان الحق (قدرة أو سلطة ارادية أو النظرية الموضوعية التي نادى بها الفقيه الالماني اهربخ بقوله ان الحق (مصلحة يحميها القانون) [3].

اما النظريات الحديثة التي نادى بها الفقيه دابان فيقول بان الحق يشمل أساساً (الاستئثار والتسلط, وان الاستئثار هو الذي يتسبب ويحدد التسلط, فالاستئثار هو الذي يميز الحق, فالحق ينشأ علاقة في صاحب الحق ومحله , كما في حق الملكية)[4].

اما الفقيه الفرنسي دوجي فيقول بأن الحق (الا سيطرة ارادة الشخص صاحب الحق على ارادة الشخص الملزم به)[5].

اما الفقيه الجزائري بلحاج العربي فقد عرف التعسف في استعمال الحق بأنه الضرر الذي يصيب الغير دون ان يكون لصاحب الحق مصلحة في ذلك[6].

اما العلام المرحوم السنهوري فقال بان الحق هو (مصلحة يحميها القانون) والحقوق بصورة عامة ثم الى حقوق الله سبحانه وتعالى والى حقوق دنيوية (حقوق شخصية وعينية وادبية وذهنية) [7].

---

[1]– سورة البقرة , آية 42–.

[2]– سورة الذاريات, آية 23–.

[3]– حسن كيرة, مرجع سابق, ص763.

[4]– سليمان مرقص, الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات, القاهرة , 1992, ص16.

[5]– المصدر نفسه, ص18.

[6]– د. بلحاج العربي, ابحاث ومذكرات في القانون والفقه الاسلامي, ط2, ديوان المطبوعات الجزائري, 1996, ص175.

[7]– السنهوري, مصادر الالتزام, ج1, ص330.

المطلب الثاني

خصائص نظرية التعسف في استعمالها وتميزها عن غيرها

تميزت هذه النظرية بخصائص معينة ، كما اختلفت عن غيرها بجملة من الأمور . وعلينا نقسم هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الأول: نخصصه للبحث عن خصائص النظرية

الفرع الثاني : نخصصه لتميز هذه النظرية عن غيرها.

الفرع الأول : خصائص نظرية التعسف في استعمال الحق:

تميزت هذه النظرية بعدة خصائص هي:

1- انها ظاهرة مرتبطة بالحق فقط دون بقية الظواهر القانونية، على هذا الأساس لا نكون امام تعسف في حالة تجاوز المرخص له حدود الرخصة أي حرية القيام بما لا يحرمه القانون كالتنقل و التعبير و الابداع.....

2- انها ظاهرة تمليها المصلحة العامة وتعجل الحق وظيفته الاجتماعية اكثر مما يكون امتياز فردي مطلق، و هذا يعني عدم خضوع الحق لمشيئة القانون و حدوده.[1]

3- ان هذه النظرية لها ضوابطها القانونية تتمثل في عدم جواز استعمال التعسف و وسيلة هذه ضبط الحقوق مثل لوائح الضبط الإداري التي تنظم استعمال الأموال العامة[2]

الفرع الثاني: تمييز التعسف عن غيره و طبيعته القانونية

يختلف التعسف في بعض الأحيان عن المصطلحات القانونية الأخرى حيث يتميز عن التجاوز و الإساءة بما يلي:

1. تميزه عن التجاوز: يعرف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون [3] لذلك الحق مثال ذلك تجاوز المالك حدود ملكه و الدخول في ملك جاره، اما التعسف فيفهم منه ان الشخص لا يتجاوز حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها القانون و مع ذلك يترتب عن الاستعمال ضررا للغير وهذا التمييز له اثر النتائج المترتبة على كل منهما و هي . تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرجه عن كونه حقا و لا يعد ذلك الا اعتداء و استعمال لما ليس حقا، اما التعسف و استعمال الحق فانه لا يخرج الحق عن ان يكون حقا.

التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص عن حدود ملكه الى حدود غيره ، اما التعسف فليس هناك تعدي على حقوق الغير ولكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع ، فالمثال الأول تجاوز المالك حدود ارضه و بنى على جزء من حدود جاره انما يخرج عن حدود الحق بينما اذا بنا على ارضه حائط عاليا و سد على جاره منافذ الهواء و الضوء حتى اصبح من المتعذر الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد كان هذا تعسفا[4]، فالفقه المعصار يبين بوضوح بين الخروج عن الحق و التعسف فيه و يجعل كل منهما صورة من صور الخطأ التقصيري.

2. تمييز الحق عن الإساءة، يستعمل كتاب القانون و الباحثين في الغالب لفظة التعسف و الإساءة فهل يوجد بينهما اختلاف في المعنى ؟

---

[1]- الجيلالي عجة، المدخل للعلوم القانونية ، ج2، الجزائر، 2009،ص522.

[2]- عجة، المصدر نفسه ، ص520.

[3]- بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص110.

[4]- سمير عبد السيد ، تناكو، مصادر الالتزام ، ط1، مصر، 2009، ص 241.

ان اللفظين هما مترادفين في استعمال الحق ، لكن كثير ما تستخدم اللفظة الأولى عند الحديث عن الحقوق و استعمالها ، اما اللفظة الثانية الإساءة ، فكثيرا ما يستعملها رجال القانون و شراح القانون في المجال الاجرائي حيث يقال رسالة الحق في التقاضي حيث يرى البعض بان هناك اختلاف إساءة استعمال الحق و التعسف فيه فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فان الوضع يتعلق بالعنصر الأساسي بالمسؤولية التقصيرية و هو الخطأ ، فمن يبني بناء بطريقة غير سلمية يميل بها البناء عن الشارع ميلا يعرض اروحا للخطر يكون قد اساء استعمال حقه ، فهذه حالة من حالات الخروج عن الحق ، أي عدم وجود حق أصلا و هو تعد بموجب المسؤولية التقصيرية.

اما التعسف في استعمال الحق فان الحق ثابت لصاحبه و لكن استعماله وفقا لمعايير التعسف و ذلك بهدف الاضرار بالغير او ان المصلحة المشروعة او عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير[1]، اما طبيعة التعسف واستعمال الحق فقد اختلف شراح القانون في طبيعته وقسم يرى ان التعسف و استعمال الحق نظرية مستقلة عن الخطا و منهم من ينادي بعدم استقلاليتها. و من خلال ذلك منهم من اعتبر التعسف تجاوز للحق او عملا للحق ومنهم من قال بان التعسف و الخطا من نوع خاص وهناك من اخرج التعسف عن نطاق المسؤولية التقصيرية لمبادئ الاخلاق او المبادئ الاجتماعية للحقوق. فالخطا التقصيري هو انحراف عن السلوك لا يتايه الرجل العادي اذا و جد في الظروف الخارجية ثم جاء رأي اخر بان التعسف يختلف عن التجاوز بصورته العادية و لكن في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فالخطا مرتبط بغاية الحق الاجتماعية ولذلك ينبغي استعمال الحقوق بما يتفق على هاي الغاية وبما يتفق مع المبدا العام سواء كان مردها الاخلاق او المبادى الاجتماعية. و لا شك ان فكرة التعسف قد اخذت من الشريعة الإسلامية و منهما في هذا المجال اشد تساعا من فكرة الخطا فالتعسف في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق ذلك ان الخروج عن حدود الحق او تجاوز هذا الحدود يدخل الشخص في نطاق ممنوع عليه ، ويعتبر هذا تجاوز محض تعدي على الغير[2] مثال ذلك حالة تعدي الشخص في حدوده و الدخول لحدود جاره فالمالك هنا تعده حدوده فاذا استغل ملك جاره كان مخطا في ذلك و التزم بالتعويض اما في حالة التعسف في استعمال الحق فان الشخص لا يتجاوز في حدود حقه بل ان يستعمله في نطاق المحدود فيه و مع ذلك فان القانون لا يقر هذه الاستعمال اذا تعسف صاحب الحق[3]. اما طبيعة الحق في الشريعة الإسلامية و القانون العراقي فسوف نبحثهما في البحث عن الشريعة الإسلامية و التشريع العراقي

---

[1]- عباس الصراف و جورج حزبون ، المدخل الى علم القانون، عمان، 2008،ص12.

[2]- توفيق فرج حسن ، المدخل الى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق، بيروت ، 1989، ص887.

[3]- عواطف جرارة ، مرجع سابق ، ص44

المبحث الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي

لقد تناول رجال الفقه والقانون موضوع التعسف في استعمال الحق دراسة وبحثاً واستعانوا في كثير من الاحيان التي اوردها الفقهاء المسلمون, وقد اختلفوا في تأصيل الفعل التعسفي بين وضعه في باب المسؤولية التقصيرية والفعل الضار[1] وبين ناظر له من خلال مناقضة صاحب الحق للغاية التي وضع لها الحق من ناحية مفهومه وصوره وفروعه[2] حتى يتمكن القاضي من الحكم على الوقاية المختلفة التي تعرض له في المنازعات. وقد عني القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1950 عناية واسعة بهذه النظرية قاصداً بذلك ان يجعل منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق شخصية او علمية او اموالاً معنوية, حيث اعتبر اساءة الاستعمال خطأً تقصيرياً يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه, وصاحب الحق طالما استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا تترتب عليه اي مسؤولية[3].

ومن التطبيقات الخاصة لفكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية التعسف في استعمال الحق او اساءته ، و كلاهما مصطلح مرادف ، وقد استقرت له نظرية متكاملة يقرها جانب كبير من فقهاء و الفقه المعاصرين ، و كثيرا من التشريعات الحديثة و منها التشريعين العراقي والمصري .

و يراد بهذه المسؤولية (الزام الشخص الذي يمارس حقا من حقوقه دون ان يتجاوز حدوده بتعويض الغير عن الضرر الذي ينشا عن استعمال الحق على نحو ينحرف به عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع و مصلحته [4].

ان هذه المسؤولية لها شروط و معايير خاصة حددها القانون المدني العراقي كما سنرى، و هي تنتج اثار قانونية عن التعسف او الإساءة في استعمال الحق ، و قد وجدت لها تطبيقات في القضاء المدني العراقي على صعيد كافة الحقوق الشخصية و العينية و الإدارية و الدستورية ، و التعسف وفي الإجراءات القضائية أيضا ، وعليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين

المطلب الأول: معايير التعسف باستعمال الحق.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول

معايير التعسف باستعمال الحق

عني المشرع العراقي عناية فائقة بهذه النظرية ، و نص عليها في الباب التمهيدي من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 قاصدا بذلك ان يصوغ منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق الشخصية و العينية او أموالا معنوية ، و هي الحقوق التي ترد على شيء غير مادي و حقوق المؤلف و المخترع و الفنان

---

[1]– محمد شكري سرور , النظرية العامة للحق, ص310.

[2]– سعيد عبد الكريم مبارك, التعسف في استعمال الحق, دراسة مقارنة, مجلة القانون, العدد 21–, 1979, ص50.

[3]– د. السنهوري, الوسيط, مرجع سابق, ص948.

[4]– عبدالباقي البكري، محاضرات في المسؤولية عن الاعمال الشخصية غير المشروعة، القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص للعام الدراسي 1976–1977، مطبوعة بالرونيو ، ص 84.

حسب تعريف المشرع العراقي في المادة، و بنص قاطع ان المشرع العراقي اعتبر إساءة الاستعمال او التعسف فيه خطا تقصيرا يلزم من صدر منه تعويض الضرر الناشئ عنه[1].

ان المشرع العراقي (كما هو عليه الحال في المشرع المصري) بعد ان قرر في المادة السادسة في الباب التمهيدي من قانونه المدني و التي نصت بما يلي(الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشئ عن ذلك من ضرر) عالج نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة السابعة منه فنص على حكم عام و هو الضمن على من يستعمل حقه استعمالا غير جائز، ثم عدد الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير جائز فقد نصت هذه المادة بما يأتي (أولا من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان 2- و يصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الاتية: أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ب- اذا كانت المصالح التي يرمي اليها هذا الاستعمال الى تحقيها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ج- اذا كانت المصالح التي يرمي اليها هذا الاستعمال الى تحقيها غير مشروعة).

ان استعمال الحق يعتبر غير جائز و يترتب الضمان عليه طبقا لحكم هذه المادة في حالات ثلاث. و الضمان كما يرى الأستاذ البكري مصطلح فقهي إسلامي يراد به المسؤولية المدنية و المسؤولية المترتبة عن الاستعمال الغير الجائز للحق هي المسؤولية التقصيرية. و التعبير الإسلامي الدقيق للضمان المترتب في هذه الحالات هو ضمان الفعل [2]

ونتكلم عن هذه الحالات او المعايير في ثلاثة فروع:

الفرع الاول: المعيار الاول

اذا قصد باستعمال الحق الاضرار بالغير, أي تقييد استعمال أي حق من الحقوق بعدم استعماله لمجرد الاضرار بالغير.

ففي هذه الحالة ان من يستعمل حقه يصطدم في ذلك مع حق للغير واجب عليه احترامه[3], فاذا استعمل حقه ولم يقصد سوى الاضرار بالغير تحمل مسؤولية فعله الضار, كالمالك الذي يستعمل ملكه بقصد الاضرار بالغير يسال عن مضار الجوار كحجب النور والهواء عن الغرف المواجهة لجوار حارة, او المدعي الذي يرفع دعوى كيدية لمجرد التنكيل بخصمه و تشهير سمعته وارهاقه بمصاريف الدعوى, يسال عن جمع الاضرار التي سببها لخصمه, وهذا المعيار هو معيار ذاتي يبحث عنه في ضمير الشخص, وتبين منه التعسف في استعمال الحق وهو قصد الاضرار بالغير, ولذلك ينبغي على المضرور اثبات ان الفاعل لم يقصد من استعمال حقه غير الاضرار به, فاذا لم يقم دليل على قصد الاضرار, فان القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاع كل مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحبه على بينة من ذلك, أي يستطيع القاضي الاخذ بالقرائن القضائية وهو ان يستنبط من هذا المظهر الخارجي توافر قصد الاضرار بالغير لدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالاً مشروعاً, ومن اهم هذه القرائن انعدام كل مصلح او تحقيق منفعة ضئيلة غير مقصورة لصاحب الحق في استعماله على الوجه الذي جعله يسبب للغير ضرراً اذ يستنبط من ذلك اذا استعمله بقصد الاضرار بالغير, وقد اخذت محكمة النقض المصرية بهذه القرينة , فقضت في حكم لها (بان حق التقاضي والدفاع من الحقوق المتاحة ولا يسال من يلج ابواب القضاء تمسكاً

---

[1]- الحكيم و اخرون، النظرية العامة لالتزام, ج1, مصادر الالتزام, بغداد, د.ت ، ص203.

[2]- الحكيم ، مرجع سابق، ص231.

[3]- مرقص, مرجع سابق, ص369.

او زوداً عن حق يدعيه لنفسه كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة الا انه لا يسغ لما يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله كيديا ابتغاء مضارة الغير ولا حقت مساءلته عن تعويض الاضرار التي تلحق الغير بسبب استعمال هذا الحق . [1]

الفرع الثاني: المعيار الثاني :-

استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة تقل من حيث الاهمية عن الضرر الذي يصيب الغير بسببها :

في هذه المعيار يجب ان تكون هذه المصلحة على قدر من الاهمية يزيد على الضرر اللاحق بالغير كي يكون هناك مبرر استعمال هذا الحق , وفي حال كون المصلحة المقصودة قليلة الاهمية اذا قيست بالضرر الفادح اللاحق بالغير والناشئ عن استعمال الحق اعتبر الشخص متعسفا في استعمال منه وترتبت عليه مسؤولية , وهذه مسألة وقائع تكون لقاضي الموضوع مسالة تقديرية فيها , ولا يعتد بالعامل النفسي كما هو الحال في المعيار الاول . وانما بالموازنة بين المصلحة والضرر , وهو معيار يبرر النزعة الاجتماعية في نظرية التعسف في استعمال الحق .

ومن التطبيقات القانونية لهذه الحالة النص التشريعي للمادة 1060 من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (لكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمنع مالك من استعمال حق لعقار مجاور) كما ورد في المادة 1284 انه على (لصاحب العقار المرفق به ان يتحرر من الاتفاق كله او بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرفق به) كما ورد في الفقرة الثانية من المادة 1292 منه على انه (ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوي اذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) اما التطبيقات القضائية لهذا المعيار , فقد جاء لحكم اصدرته محكمة التمييز العراقية ما خلاصته (اذا طلب الدائن يبيع المحجوز رغم بيان المدين تسويته معقولة لسداد الدين فان هذا الطلب يعتبر تعسفا من الدائن في استعمال حقه قرة (2-ب) من المادة السابعة من القانون المدني العراقي .[2]

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية حاز منه (لا تنتج فكرة اساءة استعمال الحق من دواعي الشفقة وانها من اعتبارات العدالة القائمة على اقرار التوازن بين الحق والواجب)[3].

الفرع الثالث: المعيار الثالث:-

في هذا المعيار يكون تقييد الحق بمشروعية المصالح المراد تحقيقها , فاذا استعمل شخص حقه لا لمجرد الاضرار بالغير , بل لمصلحة شخصية لا تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير فان ذلك لا يكفي لنفي استعمال الحق اذا كانت المصلحة التي يرمي اليها مصلحة غير مشروعة , لان الحقوق انما تقرر لأصحابها لتحقيق بها مصالح يحميها القانون لا لتحقيق مصالح غير مشروعة , ففي هذه الحالة بعد تعسف في استعمال الحق يوجب الضمان .

كما يكون استعمال الحق غير مشروع اذا خالف حكم نص امر وكان تحقيقها يخالف احكام النظام العام والآداب , منال ذلك اذا قام مالك البناء بأطلاق اصوات عالية جهورة من تلفاز داره او نظم حفلات صاخبة لحمل المستأجرين على اخلاء مساكنهم , وهذا مخالف ايضا لقانون منع الضوضاء رقم 21 لسنة 1966 المتضمن عدم جواز استعمال وسائل البث مصورة مقلقة لراحة الغير م 2 منه .

---

[1]- المرجع نفسه 369-371- .

[2]- شاكر ناصر حيدر , الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ,بغداد ,1960 ,ص377-378 .

[3]- نقض مدني الطعن 2845 لسنة 59 جلسة 23 نوفمبر 1993 www.arablegalportal.org

وفق هذه المعايير او الحالات الثلاثة التي يفترضها القانون العراقي والمصري على استعمال الحقوق , فاذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا يمثل أي من هذه المعايير كان مسيئا او متعسفا به , يخل وعد مرتكبا خطا توجب مسؤولية كما يسببه ذلك من الضرر للغير , واغلب هذه النصوص مأخوذة من الفقه الاسلامي وخاصة ما وردته مجلة الاحكام العدلية في الكثير من نصوصها التشريعية (المواد 91 , 1198 , 1201 , 1292) منها.

المطلب الثاني

آثار المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق

نقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الاول نبين فيه ان من آثار هذه النظرية التعسف في استعمال الحق في قانون الاحوال الشخصية وبالذات في الطلاق التعسفي أما الفرع الثاني فنبين فيه نظرية التعسف في استعمال الحق في قانون المرافعات المدنية (اجراءات التقاضي).

كما أسلفنا سابقاً بان المشرع العراقي عندما شرع القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 قد عنى بهذه واولاها عناية خاصة فأوردها في الباب التمهيدي بنظرية تنطبق على كافة التصرفات والحقوق فقد جاء في نص المادة السادسة منه على مبدأ هام هو (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

تطبيقات لها ايضاً في انحراف السلطة[1], وسوف نقصر دراستنا في هذا البحث على نظرية التعسف في استعمال السلطة في قانون الاحوال الشخصية وقانون المرافعات المدنية (حق التقاضي) كما بين ذلك في نطاق البحث, بوصفهما الميدان التطبيقي لممارسة هذه الحقوق, وعليه نقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول: تطبيقات نظرية التعسف لاستعمال الحق في الطلاق التعسفي وفي الفرع الثاني نظرية التعسف لاستعمال الحق في اجراءات التقاضي.

الفرع الاول: بناءً على ما نصت عليه المادة السابعة من قانون المدني العراقي واعتماداً على نظرية التعسف او اساءة استعمال الحق اخذ المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959 وفي الفقرة الثالثة من المادة (39) منه بالتعسف لاستعمال حق الطلاق واعتبر الزوج الذي يطلق زوجته دون سبب متعسفاً في التعامل مع حق الطلاق ويترتب عليه تعويض عن الضرر الذي اصاب مطلقته من جراء ذلك ويتناسب هذا التعويض مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف.

والطلاق كما عرفته المادة (34) من قانون الاحوال الشخصية المعدل هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً.

اما المعايير التي يمكن الركون اليها لأعتبار الطلاق الواقع تعسفياً من عدمه فهي:

1- ان يقع الطلاق من قبل الزوج دون سبب مبرر او ضرورة.
2- ان لا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة.
3- أن تصاب الزوجة (المطلقة) بضرر من جراء هذا الطلاق.

فهذه المعايير إذا ما توفرت جميعها بدعوى الطلاق فأن الزوج يكون متعسفاً في استعمال حق الطلاق. اما برضاها او بدون رضاها فهناك اراء في ذلك فبعض قرارات محكمة التمييز تجيز التعويض برضاها وبعض قرارات محكمة

[1]- للتفاصيل حول نظرية التعسف لاستعمال السلطة ينظر: سليمان طماوي, نظرية التعسف لاستعمال السلطة الانحراف بالسلطة-, دراسة مقارنة, ط2, القاهرة, 1969.

التمييز لا تجيز التعويض فالقرار التمييزي رقم (2426) لم يجيز الحكم للزوجة للتعويض عن الطلاق التعسفي اذا كانت قد طلبت الطلاق من زوجها[1].

لكي تستحق الزوجة التعويض عن الطلاق التعسفي لابد من توفر كافة الشروط التي حددتها المادة (3/39) أحوال شخصية بعد امتناع القاضي بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق وفي ظل حدود يجب مراعاتها وفق ما جاء في المادة أعلاه والتي يكون من المناسب أن نذكر نصها لبيان أهم الشروط التي تضمنتها فقد نصت على ((إذا طلق الزوج زوجته وتبين أن الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى)).

ومن استقراء هذا النص نحدد اهم شروط استحقاق التعويض:

1- ان يكون الزوج قد تعسف في ايقاع الطلاق على زوجته دون مبرر وهذا يخضع لسلطة المحكمة التقديرية من خلال وقائع الدعوى.
2- ان تصاب الزوجة المطلقة بالضرر المادي والمعنوي.
3- يستحق التعويض بناءً على طلب المطلقة او من ينوب عنها.

اما كيفية اثبات التعسف وكيفية تقدير التعويض فيقع على عاتق المطلق اثبات اسباب الطلاق وبكافة طرق الاثبات فان لم يستطع ذلك فيكون متعسفاً في ايقاع الطلاق ومن ثم تقرر المحكمة تقدير التعويض, وتقدير التعويض يكون ان يتناسب التعويض مع حالة الزوجة المالية يسراً او عسراً كالراتب او الموارد التي لديه ويقدر التعويض جملة بما لا يتجاوز نفقة الزوجة مدة سنتين ويقدر التعويض باتفاق الطرفين او تقدير الخبراء.

ان التعويض التي تستحقه الزوجة وفقاً لأحكام المادة (39) من قانون الاحوال الشخصية النافذ هو تعويضها مادياً يتناسب وحالة الزوجة المادية ودرجة تعسفه في ايقاع الطلاق, وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الاخرى للمطلقة, ويفرض التعويض بمبلغ لا يتجاوز نفقة الزوجة لمدة سنتين. والتعويض حسب النص جاء مطلقاً ليشمل نوعيه الضرر المادي والادبي اللذين يلحقا بالزوجة لأن القاعدة تنص (ان المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقيد بنص) وان التعويض يكون قبل الدخول او بعده[2]. وكما تستحق الزوجة المطلقة التعويض المادي فإنها تستحق التعويض المعنوي أي عن الحالة النفسية التي اضرت بها, ففي قضية تتلخص وقائعها بأن المدعية (ع) أدعت لدى محكمة الاحوال الشخصية في الناصري بأن المدعى عليه (س) مطلقها وحين أنه كان متعسفاً في طلاقها, فقد طلبت من المحكمة الحكم عليه بتعويض يتناسب ودرجة تعسفه, فأصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ 10/27/ 1987 وعدد 1929/ش/ 1986 حكماً حضورياً يقضي برد دعوى المدعية, حيث لا يعتبر كل طلاق خارج المحكمة تعسفاً والضرر متحقق فيه, فقد قررت محكمة التمييز بقرارها المرقم 1458/ شخصية/ 1988 في 1988/2/2 ما يلي (...وجد أن المحكمة ردت دعوى المدعية بحجة أنه لم يتضح لدى المحكمة انه أصابها ضرر

---

[1]- علي هادي السعيدي, احكام التعويض عن الطلاق التعسفي على الموقع الالكتروني https:m.facebook.com تاريخ الزيارة 10/2.

[2]- شذى مظفر حسين, التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية والقانون, دراسة مقارنة, مجلة رسالة الحقوق العلمية, المجلد 1, العدد 1, جامعة القادسية-كلية القانون, ص16. وينظر ايضاً: علي عبد الله عون: التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه-مسائل فقهية مقارنة بقوانين الاحوال الشخصية, مجلة علوم الشريعة والقانون, المجلد 43, العدد 2, 2016, ص646.

من جراء قيام المدعي عليه بطلاقها, وقد فات المحكمة ان تلاحظ بأنها لم تتحقق عن التعسف ودرجته والضرر الذي أصاب الزوجة من عدمه كل ذلك على ضوء الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الاحوال الشخصية مما أخل بصحة حكمها المميز...)[1].

بقي أن نقول بأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد أعطت للزوجة المطلقة حق التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك في القرار الذي اصدرته في 2018/1/28 الذي جاء اساساً في الفقرة الرابعة من المادة (29) من الدستور العراقي لسنة 2005 التي منعت التعسف بالاسرة ووجد اساسه النظرية العامة للحق والتعسف في أستعماله في المادة السابعة من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الذي يعتبر الشريعة القانونية العامة والذي يحكم جميع القوانين والذي يعتبر دستور القوانين.

الفرع الثاني: المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الاجرائي (حق التقاضي)

الحقوق الاجرائية هي وسيلة تضمن الحق الموضوعي والعدل لذلك فأن قانون المرافعات وسيلي اي خادم للقوانين الموضوعية ووجد لخدمة الحقوق الموضوعية وحمايتها عند قيام نزاع بصددها وهو يؤدي دوراً مهماً في الحياة الاجتماعية لأنه يتعلق بالحقوق[2]. وللتعسف في استعمال الحق صورتان صورة سلبية وصورة ايجابية فصورة التعسف السلبي هي الامتناع عن استعمال الحق كإمتناع القاضي للفصل في دعوى صالحة للحكم وامتناع القاضي من الطعن بالحكم الصادر ضد موكليه اضراراً به وصورة التعسف الايجابي وهو الغالب والاعم في استعمال حق التقاضي فيتمثل في اتيان صاحب الحق الاجرائي سلوكاً مادياً كما لو رفع على شخص آخر دعوى كيدية لا صحة لها في الواقع العملي[3]. ولعدم وجود نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق في قانون المرافعات العراقي فإننا نستطيع أن نقول ومن خلال ذلك فإن النظرية العامة التي جاءت في القانون المدني العراقي حسب نص المادة السابعة من القانون المدني العراقي يمكن ان تواجه السلوك المنحرف بما تلعبه هذه النظرية في مواجهة التعسف لأستعمال الحق الاجرائي وخاصة حق التقاضي, ويمكن ان نبين لها ان تلعب دورين مهمين لمواجهة هذا التعسف وهو الدور الوقائي والدور العلاجي.

وسوف نتطرق الى هذين الدورين بإيجاز:

أولاً: الدور الوقائي لأعمال نظرية التعسف:

يقصد بالدور الوقائي نظرية التعسف في استعمال الحق بصفة عامة هو ان تعطي السلطة القائمة على تطبيقها, سواء كانت جهة قضائية ام جهة ادارية سلطة تلقائية لمنع وقوع العمل المتضمن التعسف في استعمال الحق, وهو ما يعد دوراً اصيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحق تميزاً له من غيرها من النظريات[4]. ويتحدد معناه على ما يعطيه قانون القاضي من سلطة في منع وقوع العمل او التصرف الذي يحتمل ضرره. اما الوسائل الوقائية:

1- فهي الحكم بعدم جواز النظر الدعوى لسبق الفصل فيها وتأتي من احترام حجية الاحكام المواد (105, 106) من قانون الاثبات العراقي النافذ.

---

[1]- شذى حسين, المصدر نفسه, ص15.

[2]- نواف حازم خالد, والسيد علي عبيد, المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية, مجلة الرافدين للحقوق, المجلد 12, العدد 44, 2010, ص 102-103.

[3]- عادل شمران الشمري, علي شمران حميد الشمري, التعسف في استعمال حق التقاضي, مجلة اهل البيت عليهم السلام-, العدد 20, ص160-173.

[4]- حسن كيرة, اصول القانون, مرجع سابق.

2- الحكم بعدم القبول وفقاً لنص المادة (6, 80) من قانون المرافعات العراقي.
3- رد الدفع بعدم القبول والدفع بالبطلان المادة (80), من قانون المرافعات العراقي.
4- حق المحكمة في الرجوع عن الاجراء وفق المادة (105) من قانون الاثبات اي تمتع المحكمة بسلطة تقديرية كاملة في تقدير ادلة الاثبات.
5- منع الاسترسال في المرافعة وفق الفقرة الثانية من المادة (61) من قانون المرافعات العراقي.
6- حق المحكمة في فتح باب المرافعة من جديد.
7- سقوط الحق في الدفاع الشكلي.
8- سقوط الحق في الطعن[1].

كما ان هناك قوانين قد اوردت نصوصاً تتعلق بالدور الوقائي لمنع التعسف لقانون التنفيذ العراقي المرقم (45) لسنة 1980[2] وسوف. وسوف لن نتطرق الى هذا الدور لأن البحث ينصب على منع التعسف في اجراءات التقاضي.

ان هذه الوسائل الوقائية التي يثيرها الخصوم والمستمدة من نظرية التعسف في استعمال الحق لها اثرها في حل مشكلات بطئ التقاضي وتكدس الدعاوي امام المحاكم.

ثانياً: الدور العلاجي لأعمال نظرية التعسف:

ويقصد به رفع الضرر عن الخصم بسبب سلوكه التعسفي, وقد تضمن قانون المرافعات وسيلتين لعلاج اثار التعسف في استعمال حق التقاضي, الاولى الحكم بالغرامة والثانية التعويض.

والحكم بالغرامة اورده قانوني المرافعات المدنية وقانون الاثبات وهو وجوبي اي يتعين على القاضي الحكم بالغرامة من تلقاء نفسه كما هو نص المواد (288) من قانون المرافعات المتضمنة فرض غرامة على عريضة المشتكي التي نصت على عبارات غير لائقة لحق المشكو منه في دعوى الشكوى من القضاة, والمادة (37) من قانون الاثبات والخاصة بفرض الغرامة عند ثبوت صحة السند الذي طعن فيه بالتزوير, سوف نقصر كلامنا عن ذلك لأن المشرع العراقي قدد هذه الغرامات وقيدها لفرضها من قبل القاضي. كما أخذ المشرع المصري بهذه الحالات في فرض الغرامة من عدمه[3]. وسوف نقصر بحثنا عن الدور العلاجي المهم وهو الحكم بالتعويض كوسيلة لعلاج ما ينجب عن التعسف لأن الحكم به, يجسد الغاية التي تسعى المسؤولية عن التعسف بأستعمال حق التقاضي, والحكم بالتعويض هو جبر الاضرار التي تصيب الفرد المتضرر ويجب توفر اركان المسؤولية فيها من خطأ وضرر وعلاقة سببية, وهذا المبدأ قد أخذته الكثير من التشريعات العربية والاجنبية.

وقد اخذ به قانون المرافعات العراقي كما هو الحال في المادة (244) الخاصة بحق المحجوز عليه بالمطالبة بتعويض الضرر الذي لحقه من توقيع الحجز في حالة رفعه او ابطاله, والمادة (291) والخاصة بحق القاضي المشكو منه في التعويض عما لحقه من ضرر عندما تقرر المحكمة عدم قبول الشكوى او عند عجز المشتكي عن اثبات ما نسبه الى المشكو منه[4], والمادة (2/25) من قانون الاثبات التي تجيز المتضرر ان يطالب بالتعويض

---

[1]- نواف, مرجع سابق, ص136-137.
[2]- ينظر المادة 1/2- والمادة 55- والمادة 90- والفقرة ثالثاً من مادة 97- من قانون التنفيذ العراقي. للتفاصيل ينظر: نواف خالد, مرجع سابق, ص144.
[3]- نواف خالد, مرجع سابق, ص147.
[4]- للتفاصيل ينظر: د. عباس العبودي, شرح احكام قانون المرافعات المدنية العراقي, الموصل, ود. ادم وهيب النداوي, شرح قانون الاثبات, بغداد, 1984.

عن الضرر الذي يصيبه في حالة الانكار الكيدي للسند في نفس الدعوى او في دعوى مستقلة كما ورد في المواد (37, 51) من قانون الاثبات العراقي.

ويجري تحديد التعويض في المسائل غير التعاقدية بواسطة القاضي كالفوائد القانونية التي تستحق لمجرد التأخير في الوفاء دون حاجة الى اثبات الضرر الناشئ عن التأخير. كما ورد في الماد (1/207) من القانون المدني العراقي بأنه (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر ومما فاته من كسب بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع), وطبقاً للمادة (205) منه ايضاً نصت على انه يتناول (حق التعويض الضرر الادبي كذلك...) ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او حكم نهائي) وعليه فإن التعويض القضائي يعتمد على الضرر المباشر وهو الضرر الذي يترتب مباشرة على الفعل المؤاخذ عليه[1]. وتحدد طر التعويض نقداً او عيناً كما نصت على ذلك المادة (2/209) يقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحال الى ما كانت عليه وان تحكم باداء أمر معين. وعليه فأن التعويض اما ان يكون نقداً او عيناً او تعويضاً بالمقابل حسب نص المادة (1/209) من القانون المدني العراقي.

والتعويض العيني عن التعسف يجري باصلاح الضرر في هذا النوع من التعويض عن طريق اعادة المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوعه باجبار المدين على الوفاء بعين ما التزم به, وهذا النوع من التعويض يتحقق في المسؤولية التعاقدية, ولكنه يمكن ان يتحقق ايضاً في نطاق العمل الغير مشروع, كإلزام من أتلف السيارة بإصلاحها, او هدم حائطاً بني بغير وجه حق, ويشترط في هذا النوع من التعويض ان يكون ممكناً وان لا يكون مرهقاً للمدين[2] ويجب ان يكون التعويض العيني مشروعاً وملائماً اذا كان ممكناً[3].

ويتوقف المطالبة بالتعويض عن التعسف عن اساءة استعمال الحق الاجرائي اي حق التقاضي على المبادرة من الخصم المضرور لأن المحكمة لا تلتزم للحكم بالتعويضات من تلقاء نفسها سواء كان ذلك بدعوى اصلية او دعوى حادثة امام محكمة البداءة ويكون حكمها بدرجة اولى قابلاً للأستئناف او التمييز.

وتتقادم دعوى التعويض عن التعسف وفقاً للقواعد العامة في اسقاط الدعوى بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر والشخص الذي احدثه كما ورد ذلك في المادة ( ) من القانون المدني العراقي حيث لا يوجد نص يتعلق بتقادم المسؤولية الناجمة عن التعسف بأستعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية[4].

الخاتمة

القى هذا البحث الضوء على التعسف في استعمال الحق من حيث النظرية والتطبيق وقد خلص هذا البحث للنتائج والمقترحات الاتية :-

اولا :- النتائج

1- لقد احسن المشرع العراقي صنعا عند صياغته لهذه النظرية , حيث تصدر القانون المدني العراقي عند تشريعه عام 1951 وافرد لها الباب التمهيدي المادتين السادسة والسابعة منه , مما يدل دلالة واضحة على اهمية هذه

[1]- ينظر: د. السنهوري, مصدر سابق, ج2, ص1270.

[2]- المصدر نفسه, ص1352.

[3]- ينظر: د. ابراهيم امين النفياوي, التعسف في التقاضي, ص 384.

[4]- ينظر: نواف خالد, مرجع سابق, ص167.

النظرية التي شملت كافة الحقوق, وان هذه النظرية قد استمدت اغلب التشريعات العربية ومنها العراقية والمصرية احكامها من الفقه الاسلامي الذي هو خير دليل للامة الاسلامية قاطبة .

2- تقوم المسؤولية عن التعسف على اركان تتحدد في الانحراف عن غاية الحق ورجحان الضرر عن المصلحة رجحاناً كبيراً وعلى العلاقة السببية بينهما وان على قاضي الموضوع ان يحدد العناصر التي يقوم عليها الانحراف, والا تعرض حكمه للنقض.

3- ان الضرر ركن من اركان المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق وان المصلحة وحدها كمعيار للتعسف لا تكفي لقيام المسؤولية عن هذا التعسف فيجب ان يتجاوز الضرر مجموع المصالح المألوفة لصاحب الحق, وان يكون الضرر راجحاً, وان اثبات التعسق يخضع لحكم القواعد العامة في الاثبات التي تنص على ان البينة على من ادعى, ويكون الاثبات بكافة الطرق الجائزة قانوناً مع اعتماد القرائن الموضوعية ويجوز دفع المسؤولية بإثبات العكس وفقاً لأحكام القواعد العامة في الاثبات.

ثانيا :- المقترحات

1- نقترح من كافة الجهات المؤسسات التطبيق العملي والفعلي لهذه النظرية جراء التعسف والخروج عن الحق أي اعطاء الضمانات والتعويضات للمتضرر , ولذلك من الواجب ان يحتاط المشرع في بيان حالات التعسف باستعمال الحق ليجئ لحكم عام يتدارك ما قد يحدث من حالات لم يذكرها التشريع .

2- لقد اقتبس القانون المدني العراقي الحالات او المعايير الثلاثة للتعسف في استعمال الحق من الفقه الاسلامي وفاته النص على حالة رابعة اقرها الفقه الاسلامي كما بين ذلك الاستاذ المرحوم عبد الباقي البكري , ونحن نؤيد اقتراحه وهو (يكون استعمال الحق غير جائز اذا سلك صاحب الحق سبيلا الى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير , وكان بوسعه سلوك سبيل اخر لا يلحق بالغير ضرر).

3- ضرورة تفعيل الجزاءات عن الانحراف والتعسف في استعمال الحق سواءً كان في تعسف الطلاق او في قانون المرافعات المدنية وضرورة عناية القضاة بدعاوى التعويض عن التعسف.

المصادر والمراجع

بعد القران الكريم

اولا :- المعاجم والقواميس

1- ابن منظور , لسان العرب , م7 , ف4 , دار صادر بيروت , 2005 .

2- ابو بكر الرازي , مختار الصحاح , ط4 , دار احياء تراث العرب , بيروت 2005 .

ثانياً: الكتب القانونية:

1- ادم وهيب النداوي, شرح قانون الاثبات, بغداد, 1984.

2- ابراهيم امين النفياوي, التعسف في التقاضي, القاهرة, 2006.

3- اسماعيل العمري: الحق ونظرية التعسف في استعماله, مطبعة الزهراء, الموصل, 1984.

4- بلحاج العربي, ابحاث ومذكرات في القانون والفقه الاسلامي, ديوان مطبوعات الجزائري, 1996.

5- توفيق فرج حسن, المدخل للعلوم القانونية, النظرية العامة للقانون والحق, بيروت, 1989.

6- الجلالي عجه, المدخل للعلوم القانونية, ج2, الجزائر, 2009.

7- حسن علي الذنون, مصادر الالتزام, بغداد, الجامعة المستنصرية, د.ت.

8- د. حسن كيرة المدخل الى القانون بوجه عام , منشأة المعارف القاهرة, 1990.
9- د. سليمان طماوي, نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة), دراسة مقارنة, ط2, القاهرة, 1966.
10- د. سليمان مرقص, الوافي في شرح القانون المدني, الفعل الضار والمسؤولية المدنية, القاهرة, 1992.
11- د. سمير عبد السيد تناكو, مصادر الالتزام, ط1, مصر , 2009.
12- شاكر ناصر حيدر , الوجيز في الحقوق العينية الاصلية, بغداد, 1960.
13- رمضان ابو السعود ومحمد حسين منصور , المدخل الى القانون, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, 2003.
14- عباس زبون العبودي, شرح احكام قانون المرافعات المدنية, دار الكتب للطباعة, جامعة الموصل, 2000.
15- عباس الصراف وجورج حزبون, المدخل الى علم القانون, عمان, 2008, عبد الباقي البكري, محاضرات في المسؤولية عن الاعمال الشخصية غير المشروعة, ألقيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص للعام الدراسي, 1976 – 1977, مطبوعة بالرونيو, ص84.
16- د. عبد الرزاقي السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, مصادر الالتزام, ج1, بيروت, 2015.
17- عبد المجيد الحكيم, محمد طه البشير , عبد الباقي البكري, الوجيز في نظرية الالتزام, بغداد, د.ت.
18- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون, مطبعة جامعة دمشق, ط1, 1967.
19- محمد شكري سرور , النظرية العامة للحق, القاهرة, 1979.
20- د. منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني, مصادر الالتزامات واحكامها, دار الثقافة والنشر, ط1, 2012.

ثالثاً: البحوث القانونية

1- شذى مظفر حسين, التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية والقانون, دراسة مقارنة, مجلة رسالة الحقوق العلمية, المجلد 1, العدد 1, جامعة القادسية–كلية القانون.
2- عادل شمران الشمري, علي شمران حميد الشمري, التعسف في استعمال حق التقاضي, مجلة اهل البيت (عليهم السلام), العدد 20.
3- علي عبد الله عون: التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه–مسائل فقهية مقارنة بقوانين الاحوال الشخصية, مجلة علوم الشريعة والقانون, المجلد 43, العدد 2, 2016.
4- محمد رأفت عثمان, التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة والقانون الوضعي, مجلة الشريعة والقانون, د.ت, ص45.
5- د. نواف حازم خالد, والسيد علي عبيد, المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الاجرائي للدعوة المدنية, مجلة الرافدين للحقوق, جامعة الموصل, كلية الحقوق, المجلد 12, العدد 44, 2010.

رابعاً: القوانين:

1- مجلة الاحكام العدلية, ط2, دمشق, 1923.
2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
3- القانون المدني العراقي رقم (41) لسنة 1951 المعدل.
4- قانون الاحوال الشخصية المعدل رقم (188) لسنة 1959.

5- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.
6- قانون الاثبات العراقي المرقم (107) لسنة 1979 المعدل.
7- قانون التنفيذ العراقي المرقم (45) لسنة 1980.

خامساً: المواقع الالكترونية:

1- حكم المحكمة الاتحادية حول تعويض المرأة عن الطلاق التعسفي المؤرخ في 2018/1/28 https://www.iraqfsc.iq .
2- علي هادي السعيدي, احكام التعويض عن الطلاق التعسفي على الموقع الالكتروني https:m.facebook.com تاريخ الزيارة 2020/10/2.

Sources and references:

After the Holy Quran

First: Dictionaries and dictionaries

1- Ibn Manzur, Lisan Al-Arab, Volume 7, F4, Sader House, Beirut, 2005.
2- Abu Bakr Al-Razi, Mukhtar Al-Sahah, 4th floor, Arab Heritage Revival House, Beirut, 2005.

Second: Legal books:

1- Adam Wahib Al-Nadawi, Explanation of the Law of Evidence, Baghdad, 1984.
2- Ibrahim Amin Al-Nafiawy, Arbitrary Litigation, Cairo, 2006.
3- Ismail Al-Omari: Truth and the Theory of Abuse in Its Use, Al-Zahraa Press, Mosul, 1984.
4- Balah Al-Arabi, Researches and Notes in Islamic Law and Jurisprudence, Al-Jazaery Publications Office, 1996.
5- Tawfiq Faraj Hassan, Introduction to Legal Sciences, The General Theory of Law and Right, Beirut, 1989.
6- Al-Jalali Ajja, Introduction to Legal Sciences, Volume 2, Algeria, 2009.
7- Hassan Ali Al-Thnoon, Sources of Obligation, Baghdad, Al-Mustansiriya University, d.
8- Dr. Hassan Kera, Introduction to Law, General, Mansha'at al-Maaref, Cairo, 1990.
9- Dr. Suleiman Tmawi, Theory of Abuse of Power (Deviation in Power), A Comparative Study, 2nd Edition, Cairo, 1966.
10- Dr. Suleiman Morcos, Al-Wafi in Explanation of Civil Law, Harmful Action and Civil Liability, Cairo, 1992.
11- Dr. Samir Abdel-Sayed Tanako, Sources of Obligation, 1st Edition, Egypt, 2009.
12- Shakir Nasser Haidar, Al-Wajeez in the original real rights, Baghdad, 1960.
13- Ramadan Abu Al-Saud and Muhammad Hussein Mansour, Introduction to the Law, Al-Halabi Human Rights Publications, Beirut, 2003.
14- Abbas Zaboun Al-Aboudi, Explanation of the Provisions of the Civil Procedures Law, Dar Al-Kutub for Printing, University of Mosul, 2000.
15- Abbas Al-Sarraf and George Hazboun, Introduction to the Science of Law, Amman, 2008, Abdul-Baqi Al-Bakri, Lectures on Responsibility for Illegal Personal Actions, delivered to graduate students in private law for the academic year, 1976 - 1977, printed in Runyo, p. 84.
16- Dr. Abd al-Razzaki al-Sanhouri, Mediator in Explanation of the New Civil Law, Sources of Obligation, Part 1, Beirut, 2015.
17- Abdul Majeed Al-Hakim, Muhammad Taha Al-Bashir, Abdul-Baqi Al-Bakri, Al-Wajeez in the Theory of Commitment, Baghdad, d.T.

18- Fathi Al-Derini: The right and the extent of the state's authority to restrict it and the theory of abuse of the right in Sharia and law, Damascus University Press, 1, 1967.
19- Muhammad Shukri Sorour, The General Theory of Right, Cairo, 1979.
20- Dr. Munther Al-Fadl: The Mediator in Explanation of Civil Law, Sources of Obligations and Its Provisions, House of Culture and Publishing, 1, 2012.

Third: Legal Research

1- Shatha Muzaffar Hussain, Compensation for Arbitrary Divorce in Islamic Sharia and Law, A Comparative Study, Journal of Resala Al-Huqun Al-Huqun, Volume 1, No. 1, Al-Qadisiyah University - College of Law.
2- Adel Shamran Al-Shamry, Ali Shamran Hamid Al-Shamry, Abuse of the Right to Litigation, Ahl al-Bayt (peace be upon them) Journal, Issue 20.
3- Ali Abdullah Aoun: Abuse in divorce and the rights ensuing from it and the measures taken to reduce it - Doctrinal issues compared to personal status laws, Journal of Sharia and Law Sciences, Volume 43, Issue 2, 2016.
4- Muhammad Raafat Othman, Abuse of Rights in Sharia and Positive Law, Journal of Sharia and Law, Dr. T., p. 45.
5- Dr. Nawaf Hazem Khaled, and Mr. Ali Obaid, Civil Liability resulting from the Abuse of the Procedural Right of Civil Advocacy, Al-Rafidain Journal of Law, University of Mosul, College of Law, Volume 12, Issue 44, 2010.

Fourth: Laws: according to their chronology

1- Journal of Judicial Provisions, 2nd Edition, Damascus, 1923.
2- Egyptian Civil Law No. (131) of 1948.
3- Iraqi Civil Code No. (41) of 1951 amended.
4- Amended Personal Status Law No. (188) of 1959.
5- Civil Procedures Law No. (83) of 1969.
6- Iraqi Evidence Law No. 107 of 1979 as amended.
7- Iraqi Execution Law No. 45 of 1980.

Fifth: Websites (Interne):

1- Federal Court ruling on women's compensation for arbitrary divorce dated 28/1/2018 https://www.iraqfsc.iq.
2- Ali Hadi Al-Saeedi, provisions for compensation for arbitrary divorce on the website https:m.facebook.com, date of visit 2/10.