التحولات الفقهية على نظرية التعسف في استعمال الحق وحالات نشوئه

Jurisprudential transformations on the theory of abuse of the right and the cases of its occurrence.

بحث مقدم من قبل
باحثة الدكتوراه غصون نجم عبد الله الحداد
Ghona١٥٥٣@gmail.com
الجامعة الاسلامية في لبنان – كلية الحقوق – قسم القانون الخاص
المشرف الاستاذ الدكتور سعيد يوسف سعيد البستاني
Said.y.bousTani@Rotmail.com
الجامعة الاسلامية في لبنان – كلية الحقوق – قسم القانون الخاص

الخلاصة:
إن استعمال الحق يكسب أهمية كبيرة، مرتكزاً على حقائق تاريخية واجتماعية و اقتصادية، تؤدي إلى تسليم بوجوده ومن ثم صعوبة إنكاره فهناك صلة بين الحق والقانون، إذ أن هذا الأخير يكفل احترام الحق والحق لا يقوم إلا إذا كان له سند من القانون، لضمان احترامه على أنه ليس معنى ذلك أن القانون هو من ينشئ الحق، فموضوع التعسف في استعمال الحقوق يكسب أهمية بالغة في الجانب الفقهي والقانوني، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية بموضوع التعسف وتطوره على مر العصور.

الكلمات المفتاحية: تحول. فقه. نظرية. تعسف. استعمال.

Abstract:
The use of the right gains great importance, based on historical, social and economic facts, which lead to the recognition of its existence and thus the difficulty of denying it. There is a connection between the right and the law, as the latter guarantees respect for the right, and the right does not exist unless it has a legal basis, to ensure its respect. However, this does not mean that the law is the one that creates the right. The subject of abuse in the use of rights gains great importance in the jurisprudential and legal aspect, such that jurisprudential studies have been interested in the subject of abuse and its development over the ages.

Keywords: Transformation. Jurisprudence. Theory. Abuse. Use.

مجلة رسالة الحقوق ISSN-٢٠٧٥-٢٠٣٢

المقدمة :

أولاً- التعريف بموضوع البحث وأهميته: تعد نظرية التعسف في استعمال الحق من أهم النظريات التي يرتكز عليها القانون في إطار سعيه لتحقيق الغاية من وضعه، ولا يمكن اعتبارها نظرية مستحدثة بل هي متوغلة منذ القدم وترجع جذورها إلى القانون الروماني وإن لم تظهر في الوقت آنذاك على شكل نظرية عامة، فمن أقوالهم السائدة (سيء النية لا يستحق الرعاية) و(الغلو في الحق غلو في الظلم) ثم انتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم على لسان الفقيه "دوما" الذي عد الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كان سيء النية ولم تكن له مصلحة في استعماله. لكن تلك النظرية اختفت وقتاً من الزمن بعد أن ظهرت المبادئ الفردية التي ازدهرت وتطورت بعد قيام الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ التي اعتنقت الحرية الفردية ومنح كافة الحقوق للمواطنين وأطلقت يد الفرد ليعمل ما يشاء وفق مبدأ (دعه يعمل دعه يمر) . وقد تبنى تلك الأفكار الفلاسفة "فولتير ومونتسيكو وديدرو وروسو"، فقد وضع هذا الأخير كتابه الشهير (العقد الاجتماعي) وذكر فيه أن هناك حقوقاً طبيعية سرمدية سابقة في الوجود على الوجود الإنساني ومنها حق الحرية وحق الحياة، كما جاءت تلك الأفكار في تقنين نابليون الشهير سنة ١٨٠٤ الذي جاء متشبعاً بالفلسفة الفردية، وبهذا تقلصت نظرية التعسف بعد أن كان القانون الفرنسي القديم يعرفها ويطبقها. فالشواهد أثبتت أن القضاء الفرنسي كان السباق في ملاحظة خطورتها بحكم اتصاله بالحياة وتحت ضغط الواقع العملي، مما حدى به إلى مجابهة الحقوق الفردية المطلقة وتطبيق مفاهيم التعسف ثم وافقه الفقه على ذلك بعد مطلع القرن العشرين وأصبح يسايره في خطوته. ولا ننسى فضل الشريعة الإسلامية في تطور تلك النظرية وصياغتها بالشكل الذي يهدف إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وهي تستند إلى قوله تعالى: "{... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ءَابَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا}". وبهذا أصبحت نظرية التعسف من أهم النظريات القانونية وأعقدها في المجتمع فهي استجابة لاتجاه التطور التاريخي وعلامة من علامات التقدم الذي يجب معه خضوع الجميع لأحكام القانون بعيداً عن التعسف والاستبداد في استعمال الحق.إن هذا المبدأ التعسفي وسعته التغيرات التي شهدها العالم في القرنيين الأخيريين على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، فعلى الصعيد الاجتماعي لعبت زيادة الوعي وظهور تيارات فكرية تنادي بالعدالة الاجتماعية وتحطيم فكرة الأنانية والفردية دور كبير في تطور تلك النظرية أما على الصعيد الاقتصادي فقد نمت المبادلات التجارية وازدهرت رقعة النشاط الاقتصادي لتشمل سائر البلاد المعمورة مما أدى إلى ظهور تيارات تنادي بعدالة توزيع الثروات على المواطنين، وأخيراً على الصعيد السياسي فإن ترسيخ مفهوم مبدأ الديمقراطية في كثير من الدول بالشكل الذي أصبح القانون مرآة يعكس رغبات الأمة ويرفع الظلم عن ما لحقه أذى .

ثانياً- أهداف البحث: إن استعمال الحق يكسب أهمية كبيرة، مرتكزاً على حقائق تاريخية واجتماعية و اقتصادية، تؤدي إلى تسليم بوجوده ومن ثم صعوبة إنكاره فهناك صلة بين الحق والقانون، إذ أن هذا الأخير يكفل احترام الحق والحق لا يقوم إلا إذا كان له سند من القانون، لضمان احترامه على أنه ليس معنى ذلك أن القانون هو من ينشئ الحق، فموضوع التعسف في استعمال الحقوق يكسب أهمية بالغة في الجانب الفقهي والقانوني، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية بموضوع التعسف وتطوره على مر العصور. وإذا كان الحق رابطة اقتضاء وتسلط تخول صاحبها سلطات عليه بموجب القانون، فإن هذه السلطات تقررت من أجل تحقيق مصلحة معينة هي غاية الحق، وتجد هذه الحقوق نوعين من القيود قيوداً خارجية مادية أو قانونية إذا ما خرج عليها صاحب الحق في تصرفه، عد تصرفه دون حق أو تجاوزاً الحق، كمن يبني في غير ملكه، أو دائناً يطالب بما يزيد عن قيمة دينه، أو من يستعمل سلطات ليست مقررة له قانوناً، وهي حدود يغلب عليها أن تحدد بنصوص القانون أو الاتفاق. كما أن ثمة حدوداً أخرى تتصل بغاية الحق، إذ أن هذه السلطة المعترف بها للإرادة مصدرها المصلحة الفردية أو الجماعية، ولا تعد هذه السلطة مشروعة إلا إذا اتفقت مع المصلحة المعترف بها، حتى ولو كانت المصلحة ليست محددة بواسطة القانون، فإذا كانت الحقوق تمثل سلطة في إتيان عمل ما، فان هذا العمل لا يعد مشروعاً إلا إذا كان إشباعاً أو تحقيقاً لمصلحة مشروعة.

ثالثاً- إشكالية البحث والتساؤلات المطروحة: أن التعسف يختلف عن التجاوز من حيث الفكرة والأحكام، فلكل حق حدود وقيود، وهذه قد تكون مادية موضوعية أو شخصية غائبة، فإذا ما ذكر التجاوز انصرف الذهن إلى عدم التقيد بالحدود المادية ومخالفتها، أما إذا ذكر التعسف فإنه يعني مجاوزة الحدود الغائية، هذه التفرقة لم تكن واضحة لدى الكثير من الفقهاء الذين خلطوا بين

التجاوز والتعسف، وبحثوا في موضوع واحد وتحت عنوان واحد ألا وهو التجاوز، ومن ثم تبرز الإشكالية المتمثلة بالتساؤلات الآتية:
السؤال الفرعي: ما المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق ...؟
السؤال الفرعي: ما الآثار القضائية المترتبة على التعسف في استعمال الحق الإجرائي ...؟
السؤال الفرعي: ما مظاهر التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية ...؟
السؤال الفرعي: ما التعسف في حق التصويت ضمن الشركة المساهمة ...؟

رابعاً- منهج البحث المعتمد: سنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن من خلال معرفة الحقائق العلمية بالنسبة لموضوع البحث، وتحليلها والرجوع الى مصادرها الفقهية والقانونية، فضلا عن اجراء مقارنة بقدر تعلقها بالموضوع محل بحثنا.

خامساً- خطة البحث: اقتضت طبيعة البحث، ولأجل الاحاطة بجوانبه القانونية جميعها، النظرية منها والعملية والوقوف على معطياته المختلفة تقسيمه على مبحثين: نتناول في المبحث الاول: الأساس الفقهي لنظرية التعسف في استعمال الحق، وهذا المبحث نقسمه على مطلبين: نتناول في المطلب الاول: طبيعة التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني، وفي المطلب الثاني ندرس: الموقف الفقهي من حالات التعسف في استعمال الحق، وفي المبحث الثاني نبين: حالات نشوء التعسف في استعمال الحق، وبدوره يقسم على مطلبين، نبحث في المطلب الأول: استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير، وفي المطلب الثاني ندرس: عدم مشروعية المصلحة من استعمال الحق(الفعل)، تسبقهما مقدمة وتليهما خاتمة لاهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول/ الأساس الفقهي لنظرية التعسف في استعمال الحق

أثارت الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق جدلاً فقهياً كبيراً، في ظل غموض موقف معظم التشريعات المعاصرة من الأساس القانوني لهذه النظرية، إذ أن تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق، سينعكس على آثار هذه النظرية من الناحية العملية، ولهذا فسنتطرق إلى الاختلاف الدائر بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق. ولأجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول منه: طبيعة التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني وندرس في المطلب الثاني منه: الموقف الفقهي من حالات التعسف في استعمال الحق، وحسبما يأتي:

المطلب الأول/ طبيعة التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني

على الرغم من استقرار نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات، إلا أن الفقه القانوني اختلف في تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق إلى اتجاهين وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً- التعسف صورة من الخطأ التقصيري: وفقاً لهذا الاتجاه يعد التعسف من صور الخطأ التقصيري، إلا أنه منقسم على نفسه إلى ثلاثة أراء، وفق التالي[١]:

١- التعسف تجاوز لحدود الحق: وفقاً لهذا الرأي الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي "بلانيول" بعد التعسف في استعمال الحق تجاوزاً لحدود الحق ومن ثم فهو عمل غير مشروع، يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، إذ لا يمكن وجود تعسف مع وجود الحق نفسه، لأن العمل الواحد لا يمكن أن يكون مطابقاً للقانون ومخالفاً له في الوقت نفسه. ومن ثم فإن اصطلاح التعسف (وفقاً لهذا الاتجاه) غير مقبول وينطوي على تناقض، لأنه إذا وقع تعسف في تصرف الأفراد، فلا يقع ذلك عندما يمارسون حقوقهم، إنما يقع عندما يتجاوزون حدود حقوقهم، خاصة وأن الحقوق لم تعد مطلقة وأنه قد رسمت حدودها ومدياتها، ولا داعي للتخوف من رقابة القضاء على استعمال الحقوق، لأن تحديد غايات الحق عن طريق القضاء يضيف حدوداً جديدة للحق، ويعد تجاوزها تجاوزاً للحق أو عملاً بدون حق. ولقد أخذ بهذا الاتجاه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (١٢٤)، إذ نصت على أنه: "يلزم بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعماله لحقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح الحق" وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الاتجاه لا يرفض نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أقر من نادى بهذا الاتجاه بالمسؤولية عن استعمال الحقوق وأنها ليست بشكل كامل سلطات مطلقة.غير أن هذا الاتجاه منتقد لأنه خلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة الخطأ، مما أدى إلى القول بأن نظرية الخطأ تغني عن نظرية التعسف في استعمال الحق، فضلاً عن أنه جعل كل من فكرة الحق وفكرة التعسف فكرتين متناقضتين على اعتبار أن التعسف يبدأ عندما ينتهي الحق وهذا التصور غير سليم، لان وجود الحق لازم وضروري لمعرفة موافقة العمل للقانون وهو ما يمثل الحالة الطبيعية لاستعمال الحق، أو أن هناك انحرافاً عن غاية الحق وهو ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق.فضلاً عن أنه خلط بين التعسف في استعمال الحق وتجاوز حدود الحق ففي التعسف يبدأ الاستعمال مشروعاً ثم ينحرف عن الغاية المشروعة للحق بعد ذلك، أما في

حالة الخروج عن حدود الحق، فإن العمل يكون غير مشروع منذ البداية، وهو ما يميز فكرة التعسف عن فكرة التعدي[٢]. إضافةً إلى أنه ليس صحيحاً من أن الأخذ بفكرة التعسف يعطي للقضاء سلطة تحديد غايات الحقوق، لأن ذلك يتعارض مع دور القضاء في تطبيق القانون وأن الذي يحدد غايات الحقوق هي السلطة المختصة بالتشريع، كما أن المستقر عليه في الفقه القانوني والشرعي أنه لم يعد يصح الخلط بين التعسف في استعمال الحق وتجاوز حدود الحق.ولا يخفى مدى أهمية ذلك من الناحية القانونية سواء من حيث الجزاء، لأن الجزاء عن التعسف له طبيعة مزدوجة، فهو من ناحية جزاء وقائي يعطي للقاضي دوراً واسعاً لكشف الانحراف في المجال الإجرائي من خلال تفعيل دور القاضي في الدعوى المدنية، وهو ما يتفق مع ما يهدف المشرع العراقي في قانون الإثبات إلى تحقيقه من خلال توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية، ومن ناحية أخرى فإنه جزاء له طابع علاجي يتمثل بالمطالبة بالتعويض، أو من حيث التكييف القانوني السليم للفكرتين[٣].

٢- **التعسف هو الخطأ التقصيري نفسه:** طبقاً لهذا الرأي فإن التعسف في استعمال الحق لا يعدو أن يكون مجرد خطأ يوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، وهذا التصور مؤسس على ضرورة المساواة في المسؤولية عن استعمال الحق والمسؤولية عن استعمال الرخص، محاولة لتوسيع فكرة الخطأ واعتباره الأساس الوحيد للمسؤولية المدنية التي تخضع لأحكام الخطأ المؤسس على نص المادتين (١٣٨٢- ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي، إذ أن القانون المدني الفرنسي خال من نظرية التعسف إلى يومنا هذا، ذلك أن فكرة الحقوق المطلقة لم يعد لها محل، لذلك حاول أنصار هذا الاتجاه تطبيق النظرية الحديثة في الخطأ التي مازال بعض الفقه الحديث يبرر بها التعسف في استعمال الحق. تلك النظرية التي تقوم على تدرج فكرة الخطأ، من خطأ عمدي إلى خطأ جسيم إلى خطأ غير جسيم، فالتعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير هو ترجمة لصورة الخطأ العمدي، واستعمال الحق من أجل تحقيق مصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر هو تصوير لحالة الخطأ الجسيم، أما استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة هي الصورة المقابلة للخطأ غير الجسيم.ولقد ذهب جانب من الفقه الإجرائي، إلى أن التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب المسؤولية طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وعلى الخصم أن يتحمل نتيجة خطئه ورعونته إذا أضر بالخصم الآخر، وهو ما يتفق مع القواعد العامة في المسؤولية المدنية[٤]. وقضت محكمة النقض الفرنسية بـ:".... أن الممارسة التعسفية للطعن عبارة عن خطأ...."، وسارت محكمة النقض المصرية على هذا النهج، إذ قضت بأن: ".... استعمال الحق يكون مشروعاً للخصم إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهو ما يدل على أن حق الدفاع حق مشروع للخصم، إلا أن استعماله مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها، فإن هو انحرف في استعماله عما شرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبة أمور شائنة بغيره ماسة باعتباره وكرامته، كان ذلك خطأ يوجب مسؤوليته عما ينشأ عنه من ضرر ...."[٥].وعلى الرغم من بساطة ما يدعو إليه هذا الاتجاه وما يهدف إليه من توحيد القواعد المسؤولية المدنية في مجال استعمال الحقوق أو إتيان غيرها من الأفعال الأخرى، فإنه اتجاه منتقد من عدة وجوه، فهو لا يستند إلى أساس قانوني سليم وذلك لأن محل كل من التعسف والخطأ مختلفان، فمحل الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني، أما محل التعسف فهو الانحراف عن الغاية التي يقرر على أساسها القانون الحق أو المركز القانوني. فضلاً عن أن اعتبار التعسف خطأ فيه تناقض مع القول بالتمييز بين التعسف وتعدي حدود الحق، وأن الخطأ في أوسع مدى له لا يشمل الحالة الأولى من حالات التعسف في استعمال الحق إلا وهي استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير. وذلك يعني صحة تأسيس الخطأ على فكرة التعسف وليس العكس، مما يدل على قصور فكرة الخطأ عن شمول حالات التعسف في استعمال الحق، لأن فكرة التعسف يمكن أن تقع بالرغم من عدم الإخلال بأي التزام قانوني، تلك الفكرة التي تعد مفترضاً أساسياً لقيام فكرة الخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية، لأن قيام الخصم باستخدام حق التقاضي أو حق الدفاع أو الحق في الرد أو الطعن على نحو غير مشروع لا يعتبر إخلال بالتزام قانوني. وهو ما لا يعد من قبيل الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية[٦].

٣- **التعسف نوع خاص من الخطأ التقصيري:** يعد التعسف في استعمال الحق وفقاً لهذا الرأي نوعاً خاصاً من الخطأ التقصيري (أطلق عليه الخطأ المميز) تلافياً للنقد الموجه إلى الرأي السابق، بحيث لا يعد خطأ عادياً بل هو نوع من الخطأ المميز الذي يرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية. وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه حاول الوصول إلى المعنى الحقيقي للتعسف الذي يقوم على الحق

والغايـة منـه، إلا أن اعتبـار التعسـف صـورة خاصـة مـن الخطـأ يعنـي بقـاء نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي نطـاق المسـؤولية التقصـيرية، وعليـه يمكـن أن يوجـه لهـذا الاتجـاه مـا وجـه إلـى الاتجـاه السـابق من النقد.

ثانيـاً- التعسـف مسـتقل عـن الخطـأ التقصـيري: وفقـاً لهـذا الاتجـاه يعـد التعسـف فـي اسـتعمال الحـق ذا طبيعـة مسـتقلة عـن فكـرة الخطـأ التقصـيري وإنـه نظريـة قائمـة بـذاتها، ومـن أجـل الوصـول إلـى التأصـيل الصـحيح لفكـرة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، باعتبـار أنـه ذو طبيعـة مسـتقلة، فقـد اختلـف الفقـه فـي تأصيل ذلك إلى اتجاهين، وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

١- التعسـف نظريـة مسـتقلة عـن الخطـأ التقصـيري: وفقـاً لهـذا الـرأي، فـإن التعسـف فـي اسـتعمال الحـق يقـع خـارج نطـاق المسـؤولية التقصـيرية، بنـاء علـى قصـور فكـرة الخطـأ عـن اسـتيعاب حـالات التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فالتعسـف يقـوم علـى الإخـلال بالثقـة المشـروعة أو بـالانحراف عـن غايـة الحـق بـالنظر إلـى هدفـه الاقتصـادي والاجتمـاعي أو بانعـدام المصـلحة المشـروعة بوصـفها قرينـة علـى نيـة الإضـرار بـالغير[٧].فـإذا مـا أخـل الفـرد عنـد اسـتعماله لحقـه بتلـك المعـايير فانـه يكـون متعسـفاً فـي اسـتعمال الحـق، ومـن ثـم فـإن للتعسـف طبيعـة مسـتقلة بعيـداً عـن فكـرة الخطـأ. إلا أنـه وبـالرغم مـن أن هـذا الاتجـاه يمثـل خطـوة إلـى الأمـام فـي التصـور الصـحيح للتعسـف فـي اسـتعمال الحـق، فـإن أنصـاره عجـزوا عـن وضـع تأصـيل سـليم وصـحيح ومسـتقل لفكـرة التعسـف، ذلـك التكييـف النـابع مـن ذات فكـرة الحق وغايته.

٢- التعسـف نظريـة مسـتقلة ومرتبطـة بـذات الحـق وغايتـه: يـرتبط التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي تأصـيله طبقـاً لهـذا الـرأي بـذات الحـق وغايتـه، وانـه بهـذا الارتبـاط يقـع خـارج نطـاق المسـؤولية التقصـيرية مسـتقلاً عـن فكـرة الخطـأ، فحمايـة القـانون للحـق وصـاحبه مرهونـة بـالالتزام بالغايـة منـه، وأن هـذه الحمايـة تـزول أو ترتفـع بـالانحراف عنهـا، فـالحق لـيس غايـة فـي ذاتـه بـل هـو وسـيلة لغايـة يسـتهدفها القـانون مـن تقريره.وبـذلك يتفـرع عـن وصـف الحقـوق بأنهـا وسـائل لا غايـات عـدها مـن حيـث الاسـتعمال نسـبية لا مطلقـة، وهـو مـا يقتضـي إخضـاعها لرقابـة القضـاء بمـا يضـمن منـع التعسـف فيهـا بـالخروج عـن غايتهـا، وبنـاء علـى ذلـك فإنـه مـن المتصـور عـدم إثـارة المسـؤولية عـن التعسـف بصـورة حتميـة، إذ يمكـن منـع صـاحب الحـق مـن ممارسـة حقـه علـى نحـو تعسـفي ابتـداءً، وهـو مـا يطلـق عليـه بالـدور الوقـائي لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق[٨].ولـذلك فـإن التعسـف يتحقـق إذا مـا انحـرف صـاحب الحـق فـي اسـتعماله عـن غايتـه، حتـى لـو لـم يكـن قـد أخـل بواجـب الحيطـة واليقظـة العاديـة، ذلـك الإخـلال الـذي يكـون فكـرة الخطـأ بمعنـاه الـدقيق، وهـو مـا يضـع فاصـلاً قانونيـاً ومنطقيـاً بـين فكـرة التعسـف وفكـرة الخطـأ، ومـا يترتـب عليـه مـن إخـراج نظريـة التعسـف مـن دائـرة المسـؤولية التقصـيرية، ويجعـل منهـا فكـرة تمثـل مبـدأً عامـاً فـي علـم القـانون، ونظريـة أساسـية ملزمـة وداخلـة فـي النظريـة العامـة للحـق بصـفة عامـة. وبنـاءً علـى ذلـك يعـد التعسـف بوصـفه فكـرة متعلقـة بتصـوير فكـرة الحـق مقياسـاً أو ميزانـاً لاسـتعمال الحـق فـي ضـوء غايتـه، وهـل تـم اسـتعماله طبقـاً للقـانون أم لا؟، فالتعسـف مـن هـذه الناحيـة فكـرة ملازمـة ومكملـة لفكـرة الحـق، بحـث لا يسـتقيم النظـر إلـى فكـرة التعسـف بمعـزل عـن فكـرة الحـق ولا تكتمـل صـياغة نظريـة عامـة للحـق مـن دون فكـرة التعسـف، وبـذلك أصـبحت فكـرة التعسـف هـي المقـوم الـلازم لفكـرة الحـق[٩].ويتضـح ممـا تقـدم أن هـذا الاتجـاه هـو الجـدير بالتأييـد، ذلـك أن التعسـف يـرتبط بـالحق مصـدراً ومضـموناً وغايـة، فالتعسـف هـو مـا يناقض قصـد الشـارع أو هـو انحـراف عـن الهـدف الـذي مـن أجلـه شـرع الحـق فهـو اسـتعمال الحـق فـي غيـر مـا شـرع لـه، ومـن هنـا فـإن اسـتعمال الحـق يتوقـف علـى تـوافر المصـلحة المشـروعة مـن تقريـر الحـق، فضـلاً عـن أن التعسـف بهـذا المعنـى يمثـل الميـزان الـذي يوفـق بـين رغبـات صـاحب الحـق ومصـلحة المجتمـع. وبنـاءً علـى ذلـك، تتحـد سـلطات صـاحب الحـق فـي اسـتعمال حقـه وهـو مـا يطلـق عليـه بمضـمون الحـق، وأخيـراً يتوقـف اسـتعمال الحـق علـى جـوهر فكـرة التعسـف وهـو تحقيـق الغايـة التـي مـن أجلهـا شـرع اسـتعمال الحـق وانطلاقـاً مـن ذلـك فـإن تكييـف التعسـف يقـوم علـى فكـرة الحـق مصـدراً ومضـموناً وغايـةً لوجـود رابـط بينهما، ويمكن بيان علاقة الارتباط بين التعسف وفكرة الحق وفق التالي:

أ- **ارتبـاط التعسـف بفكـرة الحـق مـن حيـث المصـدر:** حيـث تمثـل فكـرة المصـلحة ضـابط الارتبـاط بـين فكـرة التعسـف وفكـرة الحـق مـن ناحيـة المصـدر، فالمصـلحة فـي اسـتعمال الحـق تمثـل أسـاس وجـود فكرة الحق وضابط تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق بصفة عامة.

ب- **ارتبـاط التعسـف بفكـرة الحـق مـن حيـث المضـمون والغايـة:** إذ تمثـل فكـرة المصـلحة ضـابط الارتبـاط بـين فكـرة التعسـف وفكـرة الحـق مـن ناحيـة المضـمون والغايـة أيضـاً، فعلـى أسـاس فكـرة المصـلحة يتحـدد مضـمون الحـق الـذي يحميـه القـانون، إذ يحـدد المشـرع مجموعـة السـلطات التـي يتمتـع

بهـا كـل طـرف مـن أطـراف الحـق، وعليهـا أيضـاً يقيـد المشـرع حريـة الأفـراد فـي اسـتعمالهم الحقـوق التي منحها لهم من أجل تحقيق غاية معينة وفي حدود تلك الغاية[١٠].

المطلب الثاني/ الموقف الفقهي من حالات التعسف في استعمال الحق

ثـار خـلاف فـي الفقـه بشـأن حـالات التعسـف فـي اسـتعمال الحـق المنصـوص عليهـا فـي القـانون المـدني، فيمـا إذا كانـت واردة علـى سـبيل المثـال أم علـى سـبيل الحصـر، فـذهب جانـب فـي الفقـه، إلـى القـول بـأن حـالات التعسـف هـي حـالات واردة علـى سـبيل الحصـر لا المثـال، بينمـا ذهـب جانـب آخـر منـه إلـى القـول بـأن تلـك الحـالات واردة علـى سـبيل المثـال بوصـفها حـالات تطبيقيـة لمعيـار عـام. فـإذا مـا اعتبـرت حـالات التعسـف واردة علـى سـبيل الحصـر، فسـيترتب علـى ذلـك جمـود النظريـة وعرقلـة اسـتجابتها ومواكبتهـا للتطـور المحتـوم للجماعـة ممـا يـدفع إلـى اسـتبعاد هـذا الـرأي، أمـا إذا اعتبـرت واردة علـى سـبيل المثـال، فسـيترتب علـى ذلـك اسـتجابة النظريـة لتطـور وضـع المجتمـع، فضـلاً عـن أنـه يعطـي للقاضـي مجـالاً واسـعاً فـي لتطبيـق النظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق[١١]. وفـي ظـل الاتجـاه الثـاني ينبغـي البحـث عـن المعيـار العـام، الـذي يمكـن مـن خلالـه تطبيـق نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، إذ لـم يقـل بـه القـانون المـدني العراقـي أو القـانون المـدني المصـري، إذ أنـه نـص علـى ثـلاث حـالات التعسـف فـي اسـتعمال الحـق دون تحديـد الضـابط الـذي يمكـن مـن خلالـه جمـع تلـك الحـالات. والسـؤال الـذي يطـرح نفسـه فـي هـذا المقـام، هـل مـن المتصـور قيـام حـالات التعسـف المنصـوص عليهـا فـي المـادة (٧) مـن القـانون المـدني العراقـي، علـى ضـابط قـانوني جـامع، ذلـك أن مسـلك مشـرع القـانون المـدني العراقـي يثيـر خلافـاً فـي وصـف تلـك الحـالات، أيعبـر عـن حـالات تطبيقيـة لمعيـار أو ضـابط جـامع أم أنـه يعبـر عـن ثلاثـة معـايير علـى سـبيل الحصـر يترتـب علـى القـول بـأن تلـك الحـالات واردة علـى سـبيل الحصـر، أنهـا تمثـل معـايير ثلاثـة للتعسـف فـي اسـتعمال الحـق[١٢]. بينمـا يترتـب علـى القـول بـأن حـالات التعسـف واردة علـى سـبيل المثـال والتطبيـق، أن مشـرع القـانون المـدني العراقـي يتبنـى معيـاراً عامـاً للتعسـف فـي اسـتعمال الحـق، ولقـد أيـدت محكمـة الـنقض المصـرية هـذا الاتجـاه، إذ قضـت بمـا يـأتي: "..... وكـان البـين مـن اسـتقراء تلـك الصـور - أي حـالات التعسـف الـواردة فـي المـادة (٥) مـن القـانون المـدني المصـري - أنـه يجمـع بينهـا ضـابط مشـترك....". وجـدير بالـذكر أن الشـريعة الإسـلامية بوصـفها المصـدر الـذي اسـتقيت منـه نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، تضـمنت معيـاراً عامـاً للتعسـف فـي اسـتعمال الحـق طبقـاً لمـا جـاء فـي القـرآن الكـريم والسـنة الشـريفة، بـأن الأصـل فـي الشـريعة الإسـلامية هـو الاعتـدال فـي اسـتعمال لحـق، علـى نحـو يحقـق الغايـة منـه، وأنـه فـي حالـة التنـازع يلـزم التـوازن بـين المنـافع والأضـرار، وفقـاً لقولـه تعـالى: "يَسْـأَلُونَكَ عَـنِ الْخَمْـرِ وَالْمَيْسِـرِ قُـلْ فِيهِمَـا إِثْـمٌ كَبِيـرٌ وَمَنَـافِعُ لِلنَّـاسِ وَإِثْمُهُمَـا أَكْبَـرُ مِـنْ نَفْعِهِمَـا"، وقولـه صـلى الله عليـه وسـلم: "لا ضـرر ولا ضـرار"[١٣].

غيـر أن أصـحاب الاتجـاه الثـاني، اختلفـوا فيمـا بيـنهم فـي تحديـد هـذا الضـابط العـام إلـى مسـالك ثلاثـة، وهـذا مـا سـنبينه لتحديـد المعيـار الأصـلح مـن بينهـا ليكـون معيـارا عامـاً لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحق الإجرائي الذي سنتعرض له ضمن الفصل القادم، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- قصـد الإضـرار هـو المعيـار العـام للتعسـف: إذ يعـد قصـد الإضـرار بـالغير العنصـر الأساسـي لنشـوء نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، إذ تـأبى المبـادئ العامـة فـي التشـريعات ويـأبى القضـاء فـي كـل العصـور والأمـاكن، أن يتغلـب الشـر علـى العدالـة أو تتخـذ النصـوص القانونيـة وسـيلة للإضـرار بالغير.ولقـد اعتنـق هـذا المسـلك المشـرع الفرنسـي، إذ اعتبـر قصـد الإضـرار بـالغير معيـاراً عامـاً لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، بـالنظر إلـى عـدم وجـود نـص عـام لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي القـانون المـدني الفرنسـي ولقـد حـرص القضـاء الفرنسـي علـى تطبيـق نـص المـادتين (١٣٨٢-١٣٨٣) مـن القـانون المـدني علـى نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق وإصـراره علـى القـول بكفايتهـا لتطبيـق النظريـة، لتضـمنها ضـابط اسـتعمال الحـق بقصـد الإضـرار بـالغير[١٤]. ونظـراً للصـعوبات التـي واجهـت الفقـه والقضـاء فـي فرنسـا فـي تطبيـق هـذا الضـابط، سـواء مـن حيـث قصـوره لشـمول حـالات التعسـف فـي اسـتعمال الحـق أو مـن حيـث صـعوبة تطبيقـه إذ يعتمـد تطبيقـه علـى الناحيـة الشخصـية التـي يتعـذر إثباتهـا بسـهولة، فقـد حـاول الفقـه والقضـاء الفرنسـيان، التقليـل مـن صـعوبة تطبيـق هـذا الضـابط لتطبيـق نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق عـن طريـق الاسـتعانة بفكـرة المصـلحة بوصـفها قرينـة ماديـة علـى تـوافر نيـة الإضـرار بـالغير. ولقـد أخـذ بهـذا المسـلك أيضـاً قـانون الموجبـات والعقـود اللبنـاني لسـنة ١٩٣٢ المعـدل فـي المـادة (١٢٤)، التـي نصـت علـى أنـه: "يلـزم بـالتعويض مـن يضـر الغيـر بتجاوزه أثناء استعماله لحقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح الحق".

والسـؤال الـذي يطـرح هـل المشـرعين العراقـي والمصـري فـي القـانون المـدني أخـذا بمعيـار قصـد الإضرار بوصفه معياراً عاماً لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق أم لا ...؟

في الواقع أن المادة (٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥) من القانون المدني المصري، تنصان على ضابط استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، من ضمن الحالات التي يقع فيها التعسف في استعمال الحق، وهو ما يقود إلى التسليم بأن نية الإضرار بالغير لا تعد ضابطاً عاماً لنظرية التعسف في استعمال الحق. فضلاً عن أن هناك خلافاً فقهياً بشأن اعتبارها مجرد حالة من حالات التعسف، ومن ثم ينبغي خضوعها في هذه الحالة للضابط العام لنظرية التعسف في استعمال الحق، أو بشأن اعتبارها ضابطاً من ضوابط استعمال الحق، يقع التعسف بتوافرها مع إمكان تصور وقوعه بالنسبة إلى الحالات الأخرى. يتضح مما تقدم، عدم اشتمال ضابط استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، على حالات التعسف في استعمال الحق، وأنه لا يصلح ضابطاً عاماً للتعسف في استعمال الحق، وعليه فقد اتجه القضاء المصري الحديث إلى تبني معيار عام للتعسف في استعمال الحق، وهذا المعيار أو الضابط يتمثل بفكرة المصلحة المشروعة، إذ قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: "... قد تبين أن الدعوى على غير أساس، ذلك أن مورث المدعى عليهم كان يسعى لتحقيق مصلحة جادة ومشروعة دون تعسف في استعمال حقه ....". وعلى العكس من المسلك السابق، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار ضابط استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير معياراً كافياً للقول بالتعسف في استعمال حق الدعوى، دون حاجة إلى تطبيق باقي حالات التعسف على استعمال حق الدعوى، وذلك في إطار تحذيره من خطورة التوسع في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الدعوى، وضرورة الاقتصار في تطبيقها على حالة الإضرار بالغير فقط. غير أن ما ذهب إليه الرأي السابق، ما هو إلا تعبير عن موقف الفقه والقضاء والنظام القانوني في فرنسا، ذلك أنه يتفق مع ظروف معرفة القضاء والفقه الفرنسي للنظرية التعسف كما أنه يمثل الاتجاه الذي يتفق مع عدم توافر نص عام لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي حتى يومنا.

ثانياً- رجحان الضرر هو المعيار العام للتعسف: غلب جانب من الفقه فكرة الضرر الناتج عن استعمال الحق على جانب المصلحة للقول بالتعسف في استعمال الحق، وأساس هذا الرأي يرجع إلى مبدأ التوازن بين المنافع والأضرار، الذي يعد معياراً لاستعمال الحق في الشريعة الإسلامية وهذا المعيار يتكون من شقين:

١- الشق الأول: يتعلق بالمصلحة من استعمال الحق، وهي تشمل مجموع المنافع المادية والمعنوية التي يرتبها القانون على استعمال الحق.

٢- الشق الثاني: يتعلق بمجموع الأضرار التي تصيب الشخص نفسه من عدم استعمال الحق والأضرار التي تصيب الغير من جراء استعمال الشخص لحقه وبكليهما يتحدد ما إذا كانت الأضرار راجحة على المصالح، فيمنع حينئذ صاحب الحق من استعمال حقه باعتباره تعسفاً في استعمال الحق، أما إذا كان العكس وتغلبت المصالح على الأضرار فيكون للشخص استعمال حقه دون أن يكون ذلك تعسفاً.ولقد اختلف الفقه القانوني في الأخذ بأي من الفكرتين للدلالة على مبدأ التوازن بين المنافع والأضرار، ومعرفة ما إذا كان الفعل يشكل تعسفاً أم لا فذهب رأي في الفقه، إلى القول بأن فكرة الضرر تشكل معياراً عاماً لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق. ذلك أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على معيار موضوعي يتمثل في حصول الضرر من استعمال الحق، إذ أن التعسف يقع عندما يترتب على استعمال صاحب الحق لحقه ضرر فاحش يصيب الغير، وانتقد هذا الرأي فكرة المصلحة وما يكتنفها من غموض فضلاً عن تصور تغيرها من زمان لآخر ومن مكان لآخر[١٥]. إلا أن فكرة الضرر بوصفها مؤشراً لمبدأ التوازن بين المنافع والأضرار ليست كفاية للقول بالتعسف في استعمال الحق لأن التعسف يتصور وقوعه في حالات عدم توافر المصلحة أو عدم مشروعيتها، ولا يبرر أن يكون الضرر الذي يصيب الغير معياراً عاماً لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق تعرض فكرة المصلحة للنقد من ناحية إبهامها أو غموضها، فضلاً عن أن المشرع العراقي نص في المادة السادسة من القانون المدني، على أنه: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر". مما يعني أن الضرر ليس كافياً للقول بالتعسف مادام الاستعمال من أجل تحقيق مصلحة مشروعة أو كانت المصالح راجحة على الأضرار التي تنتج عن ذلك الاستعمال[١٦]. إذ أن المصلحة بوصفها ضابطاً للتعسف أعم من فكرة الضرر، التي قد تتوافر في حالات التعسف دون غيرها من الحالات، فضلاً عن أن الرأي السابق يذهب إلى القول بأن فكرة الضرر في الضابط العام لنظرية التعسف في الشريعة الإسلامية، وإن فكرة المصلحة هي المعيار العام لنظرية التعسف في القانون المدني، وذلك على الرغم من أن نظرية التعسف في استعمال الحق قد استقيت أحكامها من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

ثالثـاً- المصـلحة هـي المعيـار العـام للتعسـف: بـالنظر لعـدم كفايـة فكـرة الضـرر للتعبيـر عـن مبـدأ التـوازن بـين المنـافع والأضـرار باعتبـاره الضـابط العـام لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، كمـا هـو الحـال فـي الشـريعة الإسـلامية، فـإن فكـرة المصـلحة مـن اسـتعمال الحـق تمثـل الضـابط العـام لاسـتعماله، ذلـك أن معيـار أو ضـابط التعسـف فـي اسـتعمال الحـق يتمثـل بـالانحراف عـن غايـة الحـق. وبتعبيـر آخـر أن اسـتعمال الحـق يكـون مشـروعاً بتـوافر المصـلحة المشـروعة مـن اسـتعمال الحـق، ويكـون غيـر مشـروع أو تعسـفياً بـالانحراف عـن المصـلحة التـي يقـرر علـى أساسـها القـانون الحـق ويحميه.ولقـد ذهـب جانـب مـن الفقـه، إلـى اعتبـار المصـلحة هـي الضـابط العـام لاسـتعمال الحـق والتعسـف فيـه، فضـلاً عـن أن القضـاء العراقـي يسـتعين بفكـرة المصـلحة لبيـان مـدى انطبـاق حـالات نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، حيـث أن المشـرع العراقـي فـي المـادة (٧) مـن القـانون المـدني لـم يـركن إلـى هـذا المعيـار وحـده وإنمـا أشـرك معـه معـايير موضـوعية أخـرى يعتمـد عليهـا فـي تعيـين حـالات التعسـف، فضـلاً عـن أن المصـلحة تعـد معيـاراً إيجابيـاً لبيـان أحقيـة صـاحب الحـق فـي اسـتعمال حقـه مـن عدمـه، الأمـر الـذي يفسـح المجـال للأفـراد اسـتعمال الحقـوق المقـررة لهـم ويمنـع مصـادرتها.كما إن اتجـاه القضـاء فـي مصـر يجعـل مـن المصـلحة ضـابطاً لاسـتعمال الحـق إذ قضـت محكمـة الـنقض المصـرية، بـأن: "الأصـل بحكـم المـادتين الرابعـة والخامسـة مـن القـانون المـدني أن المشـرع أعطـى للقاضـي سـلطة تقديريـة واسـعة ليراقـب اسـتعمال الخصـوم لحقـوقهم وفقـاً للغايـة التـي اسـتهدفها المشـرع منهـا حتـى لا يتعسـفوا فـي اسـتعمالها"[١٧]. ويؤيـد المشـرع العراقـي هـذا المسـلك فـي قـانون المرافعـات إذ وسـع مـن نطـاق فكـرة المصـلحة، وجعلهـا شـرطاً رئيسـياً لقبـول الـدعوى إلـى جانـب الأهليـة والصـفة، فضـلاً عـن أن المشـرع المصـري عـدها شـرطاً وحيـداً لقبـول الـدعوى وهـو مـا ذهـب إليـه المشـرع الفرنسـي فـي قـانون المرافعـات. ولمـا كانـت فكـرة المصـلحة مسـتمدة مـن فكـرة الحـق ذاتهـا، إذ أنهـا تمثـل الحـق مصـدراً ومضـموناً وغايـة، فإنهـا تنطبـق علـى جميـع حـالات التعسـف فـي اسـتعمال الحـق وهـو مـا دفـع القضـاء بالاسـتعانة بهـا فـي تطبيـق المعـايير الأخـرى، إن حـاول مـن خلالهـا وضـع ضـابط لاسـتعمال الحـق، كمـا هـو الحـال فـي اسـتعمال الحـق بقصـد الإضـرار بـالغير وغيرهـا مـن الضـوابط. ونظـراً لوضـوح فكـرة المصـلحة فـان القضـاء الفرنسـي يسـتعين بهـا للدلالـة علـى نيـة الإضـرار بـالغير، باعتبـاره الضـابط العـام لتطبيـق نـص المـادتين (١٣٨٢، ١٣٨٣) مـن القـانون المـدني الفرنسـي[١٨]. ويتضـح ممـا تقـدم أنـه وبـالرغم مـن أن الاتجاهـات السـابقة تمثـل قيمـة نظريـة وعمليـة كبيـرة لنظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، فـإن الاتجـاه الـذي يـذهب إلـى أن فكـرة المصـلحة هـي المعيـار العـام والجـامع لكـل حـالات التعسـف فـي اسـتعمال الحـق هـو الجـدير بالتأييـد، إذ أن المصـلحة هـي الضـابط لضـمان جديـة اسـتعمال الـدعوى وعـدم الخـروج عـن الغايـة التـي رسـمها القـانون لهـا، بوصـفها وسـيلة لحمايـة الحـق وشرط من شروط قبوله ومعيار للتعسف في استعمال الحق.

المبحث الثاني/ حالات نشوء التعسف في استعمال الحق

علـى الـرغم أن الحقـوق محميـة مـن طـرف القـانون غيـر أنهـا مقيـدة بفكـرة الضـمان الاجتمـاعي أي مصـلحة الغيـر، وبالتـالي فمـن يخـرج عـن الحـق أو يسـيء للغيـر عنـد اسـتعماله لحقـه يكـون قـد خـرق مفهـوم التضـامن الاجتمـاعي وبالتـالي يلـزم بإزالـة الإسـاءة والعـودة إلـى اسـتعمال حقـه فـي حـدود عـدم الإضـرار بـالغير وضـمن نطـاق شـرعية المصـلحة المـراد اسـتعمال حقـه ضـمنها، والخـروج عـن التضـامن فـالحق هنـا يشـكل وظيفـة اجتماعيـة هـدفها تكافـل أبنـاء المجتمـع لمـا فيـه خيـرهم وخيـر الإنسـانية بشـكل عـام. ولأجـل الإحاطـة بمـا تقـدم أعـلاه سيقسـم المبحـث علـى مطلبـين، نبـين فـي المطلـب الأول منـه: اسـتعمال الحـق بقصـد الاضـرار بـالغير، ونـدرس فـي المطلـب الثـاني منـه: عـدم مشـروعية المصلحة من استعمال الحق(الفعل)، وحسبما يأتي:

المطلب الأول/ استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير

هـذه هـي أول صـورة مـن صـور التعسـف وهـي أكثـر الصـور وضـوحاً فالمبـادئ العامـة فـي التشـريعات كمـا والقضـاء تـأبى فـي كـل العصـور وفـي كـل المنـاطق والاصـقاع أن يتغلـب الشـر علـى العدالـة أو أن تتخـذ النصـوص القانونيـة وسـيلة للإضـرار بـالغير كمـا كـان المحـور الـذي دار عليـه أكثـر الجـدل الفقهـي وتعـرض لانتقـاد بعـض الفقهـاء، وأحيانـاً تأييـدهم وينحصـر أكثـر النقـد الـذي وجهـه "بلانيـول" فـي خطـورة مـا يقـوم بـه القاضـي مـن تقصـي دخائـل النفـوس فـي هـذا المعيـار الـذاتي[١٩]. ويتعلـق هـذا المعيـار بالقصـد أو النيـة، أو بعبـارة أخـرى أن تكـون نيـة الإضـرار فـي الباعـث الوحيـد الصـاحب الحـق فـي اسـتعماله، وهـي مسـألة نفسـية أيضـاً يتعـذر إقامـة الـدليل مباشـرة عليهـا ولـذلك يستخلصـها القاضـي مـن انعـدام الفائـدة الكليـة لصـاحب الحـق مـن اسـتعماله لـه ومـع ذلـك فـإن تطبيـق هـذا المعيـار يقتضـي الاسـتعانة بمعيـار موضـوعي وهـو مسـلك الرجـل المعتـاد فـي مثـل هـذا الموقـف. فالمعيـار هنـا علـى الـرغم مـن ذاتيتـه، يمكـن أن ينـدرج فـي المعيـار الموضـوعي العـام للخطـأ، فإنـه لا

يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل العادي، فقصد الإضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفا، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف الشخص العادي. أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عندما عد صاحب الحق وهو يستعمل حقه إضرار بالغير، اعتبر هذا تعسفاً ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي سواء تحققت المنفعة أم لم تتحقق، ويكون متعسفاً (من باب أولى) قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضي، كما لو أن شخصاً غرس الأشجار في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، فيكون متعسفاً في استعمال حقه حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع. ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى الحاق الضرر، ويستطيع إثبات هذا القصد بكافة وسائل الإثبات، ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره، فإذا تصور احتمال وقوع الضرر، فهذا لا يفيد ضرورة القصد من إحداثه[٢٠]. وقد تساعد المظاهر الخارجية على التعرف على نية الإضرار بالغير، كما يمكن أن تكشف عنها ظروف وملابسات كل حالة بذاتها فيستدل على توافر نية الإضرار بالغير من تفاهة النفع الذي يعود على صاحب الحق، ومثال ذلك أن يبني شخص أو يقيم مدخنة أمام نافذة جاره ليفسد عليه هواء المنزل ويؤذيه، فعلى المضرور أن يثبت أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد الإضرار به، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، فإذا قام الدليل على نية الإضرار التي وقعت مسؤولية تقصيرية. ومن أمثلة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير الشخص الذي يغرس في ملكه أشجاراً عالية أو كثيفة أو يقيم جداراً عالياً بحيث يحجب النور عن عقار جاره المعد للسكن على أن هذا التصرف لا يعود على صاحب الحق بأي نفع، ومثاله أيضاً مطالبة الدائن المدينين بالتنفيذ العيني للالتزام، أداء كان لا يعود عليه بأي نفع مالي أو مصلحة جدية إلا أن القصد من ذلك كان إرهاق المدين وإلحاق الخسارة به.وكذلك يعتبر متعسفاً، المالك الذي يقيم حائطاً في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء من جاره دون نفع له. ويلاحظ هنا خلاف الفقهي حول تحديد نية الإضرار، فيرى حسين عامر الاكتفاء بنية الإضرار لتحقيق التعسف ولو كان هناك نفع ظاهر لصاحب الحق، أما السنهوري فيستلزم انتفاع النفع الظاهر ووجود النية السيئة لقيام التعسف، ونرى وجاهة الرأي الأول الذي ينظر إلى النية وحدها دون التوقف عن وجود النفع أم لا، لأن هذا المعيار شخصي يقوم على الباعث فلا يهمنا أن حقق صاحب الحق منفعة أم لا، لأن مسؤوليته تقوم بمجرد نية الإضرار عنده. فسوء النية في استعمال الحق يعد تعسفاً لأن إقامة المدعي لدعواه هذه ليس القصد منها سوى الإضرار بالغير. ويعلق جانب من الفقه على هذا القرار بقوله أن انعدام المصلحة في استعمال الحق انعداماً تاماً يعد قرينة على سوء النية أي توافر قصد التعدي ونية الإضرار بغيرهم ومن صور التعسف أيضاً ما جاء في قرار محكمة التمييز. وتحرت الشريعة الإسلامية العدالة في ممارسة الحقوق، فمنعت الضرر منعاً باتاً سواء أُحدث نتيجة لممارسة حق أو بدون حق، وجاءت مصادر التشريع الإسلامي من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة بعدد من الدلالات التي توضح حظر الشرع المستعمل حقه أن يستعمله ليضر بغيره[٢١]. ولقد أخذ المشرع العراقي بمعيار قصد الإضرار بالغير وذلك في البند (أ) من الفقرة (٢) من المادة (٧) من القانون المدني العراقي، إذ بعد استعمال الحق غير جائز: "أ. إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير"، ويتضح من ذلك أن فكرة الضرر من استعمال الحق تمثل ركناً أساسياً لقيام المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق، إذ لا يعد انحراف صاحب الحق عن الغاية من حقه موجباً للمسؤولية، ما لم يكن قد ترتب على استعماله لحقه أضرار جسيمة تتجاوز المنافع التي تعود عليه. فضلاً عن أن أهمية هذا المعيار تكمن في خطورة استعمال الحق إذا كان مصحوباً بقصد الإضرار بالغير إذ أن في ذلك نوعاً من اللا مشروعية في التصرف الذي ترفضه المبادئ الأخلاقية والقانون، وإن هذا القصد السيئ يمكن أن يتحقق في استعمال كل أنواع الحقوق. ولقد اكتفى المشرع اللبناني بالنص على هذا المعيار فقط تاركاً باقي المعايير دون أن ينص عليها نتيجة لتأثره بالتشريعات الغربية إذ يعد قصد الإضرار بالغير هو المعيار الوحيد والأساس الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق فيها، إذ نصت المادة (١٢٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "يلزم بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعماله لحقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح الحق". إلا أن فكرة الضرر وحدها لا تكفي كمعيار مستقل لاستعمال الحق بصفة عامة، إذ أنه ليس كل ضرر يصيب الغير يدخل ضمن هذا المعيار ففي مضار الجوار على الجار أن يتحمل المضار مادامت مألوفة وان كانت ناتجة عن نية إضرار به، إذ لا يمكن

الاعتماد على هذه النية في تحقق المسؤولية وإنما يجب على الجار تحمل هذه الأضرار، أما المضار غير المألوفة فإن المالك يسأل عنها سواء قصدها أم لم يقصدها لأن هذه المسؤولية تقوم على تحقق الضرر المحض وليس بناء على توجه النية أو عدم توجهها لتحقيق الضرر[٢٢].

ولأن الأصل وفقاً لنص المادة (٦) من القانون المدني العراقي، أنه لا مسؤولية على من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً ولو ترتب على ذلك ضرر بالغير، إذ جاء فيها: "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر". فضلاً عن أن هذا المعيار يؤدي إلى نتائج غريبة إذ أن صاحب الحق عندما يستعمل حقه لتحقيق منفعة مشروعة فإن تصرفه هذا سوف يتصف بالمشروعية من الناحية الظاهرية فإذا ما توافر لديه قصد الإضرار أدى ذلك إلى أن يصف فعله بعدم المشروعية مع وجود المنفعة أحياناً، والحقيقة أن توافر المشروعية الخارجية لأي تصرف يؤدي إلى المشروعية الكاملة له دون الاعتماد على المعايير الشخصية.كما أن هذا المعيار يحدد دور نظرية التعسف في استعمال الحق بأكملها بالدور الأخلاقي مما يؤدي إلى طمس معالم حدود القانون واختلاطه بالأخلاق، إذ أن هذه الحدود هي التي تحفظ للقانون إلزاميته بالمقارنة مع قواعد الأخلاق. وعليه، يتضح أن الضرر الناتج عن استعمال الحق لا يكفي للقول بالتعسف، على العكس من فكرة المصلحة فإنها تعتبر مؤشراً على توافر نية الإضرار بالغير إنا كانت تافهة أو منعدمة، فضلاً عن أنها لازمة مع فكرة الضرر لبيان وقوع التعسف من عدمه، ونظراً لصعوبة التوصل إلى إثبات نية الإضرار فإن استخلاص تلك النية قد يعيق تطبيق البند (أ) من الفقرة (٢) من المادة (٧) من القانون المدني العراقي. ولقد قضت محكمة التمييز العراقية، بأنه: "وحيث أن الحكم المميز قد صدر على خلاف وجهة النظر القانونية آنفة الذكر، فيكون غير صحيح ومخالف للقانون فقرر نقضه وإعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها، للدخول في الدعوى موضوعاً وفقاً للمادة (٧) من القانون المدني العراقي وإجراء كافة التحقيقات القضائية بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون، وتكليف المدعين بإثبات دعواهما من أن الخصم وهو يستعمل حقه في دفع الدعوى (دعوى التخلية) قصد إلى إلحاق الضرر بهما مع ملاحظة أن هذا القصد يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن المادية وتكليفهما بإثبات رجحان ضررهما على مصلحة خصمهما رجحاناً كبيراً، أي بأن الضرر يفوق مصلحة المدعى عليه"[٢٣].الأمر الذي يمكن من خلاله أن نستدل على عدم كفاية وصلاحية فكرة الضرر كمعيار مستقل لاستعمال الحق بصفة عامة، إذ يحتاج إثبات نية الإضرار بالغير إلى عوامل خارجية كالمصلحة من حيث وجودها أو عدمه أو من حيث تفاهتها أو عدم تناسبها مع ما يصيب الغير من ضرر القول بتوافر تلك النية من عدمه، فضلاً عن أن المشرع العراقي في المادة السابعة من القانون المدني لم يركن إلى هذا المعيار وحده، وإنما أشرك معه معايير موضوعية أخرى يعتمد عليها في تعيين حالات التعسف فضلاً عن أن المصلحة تعد معياراً إيجابياً لبيان أحقية صاحب الحق في استعمال حقه من عدمه، الأمر الذي يفسح المجال للأفراد لاستعمال الحقوق المقررة لهم ويمنع مصادرتها. ومما تقدم يتضح لنا أن فكرة الضرر وحدها لا تكفي كفكرة مستقلة للتدليل على الاستعمال المشروع للحق، إنما يمكن الاستعانة بها كضابط موضوعي مع فكرة المصلحة لترجيح أي المصالح أجدر بالرعاية في حالة التعارض أو التنازع بين المصالح المختلفة.

المطلب الثاني/ عدم مشروعية المصلحة من استعمال الحق (الفعل)

المصلحة بوصفها معياراً لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي الذي سوف نتناوله ضمن الفصل القادم، تتمثل بإحدى صورتين: الأولى كونها مصلحة منعدمة، والثانية تتمثل بكونها غير مشروعة، وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

أولاً- انعدام المصلحة: المصلحة المنعدمة من استعمال الحق تعني ألا يكون لصاحب الحق أي مصلحة تذكر في استعماله لحقه أو تكون لصاحب الحق مصلحة لكنها مصلحة نظرية، أو تافهة أو غير جدية من استعمال الحق. فقد لا يكون لصاحب الحق أية مصلحة على الإطلاق من استعماله للحق، فينبغي التمييز هنا بين انعدام المصلحة على الإطلاق، إذ يعتبر استعمال الحق من قبيل العبث والتعسف في استعماله وهو ما يرتب المسؤولية على عاتق صاحبه، وبين كونه صاحب مصلحة قانونية وحالة الاستعمال الحق لأن بعض الحقوق الإجرائية مثل الحق في الطعن على العكس من الحقوق الموضوعية أو الشخصية، تفترض وجود مصلحة قانونية وحالة لصاحب الحق في الطعن، تتمثل في احتفاظه بحقه المحكوم به في الحكم دون أن يضار من طعنه، ومباشرة صاحب الحق لحق الطعن لتحقيق هذه المصلحة، يعد من قبيل المصلحة القانونية التي يحميها القانون، فلا يعد استخدامه لطريق الطعن في الحكم الصادر لمصلحته تعسفاً في استعمال الحق، مادام لم ينحرف صاحب الطعن عن تحقيق المصلحة المشروعة قاصداً الإضرار بالغير.

وعليه، تعد من قبيل التعسف الحالات التي يفترض فيها المشرع انعدام المصلحة من استعمال الحق، كما في حالات عدم القبول لسبق الفصل في الدعوى فأساس عدم القبول هنا هو الحفاظ على حجية الأمر المقضي فيه. إن هذه الصورة من صور التعسف في استعمال الحق، وفقاً لضابط المصلحة تتضمن الحالة الأولى والثانية من حالات التعسف المنصوص عليها في المادة (٧) من القانون المدني العراقي، إذ تعبر المصلحة المنعدمة أو المصلحة التافهة من استعمال الحق عن نية أو قصد الإضرار بالغير. إن انعدام المصلحة يمكن الاستدلال به كقرينة على توافر نية الإضرار بالغير سواء كانت مصلحة صاحب الحق غير متحققة من الأصل أو كانت مصلحة تافهة لا ترقى إلى مصلحة الطرف الثاني من عدم استعمال الحق، أو لا ترقى إلى مستوى ما يصيب الغير من ضرر نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه، وعليه قضت محكمة النقض المصرية بـ:".. ضرورة تناسب مصلحة المدعي في الادعاء وأن تكون مصلحته جدية ورفض الادعاء على أساس عدم تناسب المصلحة فيه مع ما يصيب الغير من ضرر أو لكونها مصلحة غير مشروعة..."[٢٤].ومن صور المصلحة المنعدمة في قانون المرافعات الفرنسي، حالات استعمال الحق أو الإجراءات القضائية دون سند من القانون ففي هذه الحالات يعد استعمال الحق الإجرائي، استعمالاً بنية الإضرار بالغير مع تفاهة المصلحة من استعماله، وهو ما يعد تعسفاً في استعمال الحق. وتكون المصلحة منعدمة في حال تعارض مصلحة الفرد من استعمال حقه مع المصلحة العامة الجوهرية، فلا مصلحة للفرد ضد مصلحة المجتمع فلا يصح مثلاً حماية المحتكر رعاية لمصلحته الخاصة على حساب مصلحة المجتمع كله في توفير السلع والخدمات، ويعد ذلك تطبيقاً للحالة الثانية من حالات التعسف في المادة (٧) من القانون المدني العراقي، على اعتبار أن مصلحة الفرد لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر وهي تخضع بدورها للضابط العام لنظرية التعسف في استعمال الحق المتمثل بفكرة المصلحة المعبرة عن التوازن بين المنافع والأضرار، وبناءً عليه يكون من اللازم إعطاء القاضي دوراً ايجابياً في توقيع الجزاء عن التعسف من تلقاء نفسه، سواء أكان الجزاء هو عدم القبول أم كان غرامة، ودون أن تكون سلطته تقديرية أو جوازيه فيما يتعلق بالغرامة عن التعسف وذلك على العكس من موقف المشرع المصري والفرنسي في قانون المرافعات حيث جعلاها جوازيه، ولذلك نقترح على المشرع العراقي النص على إلزام المحكمة بإيقاع الجزاء من تلقاء نفسها دون أن يكون لها سلطة تقديرية في هذا المجال. ولا يكفي توافر المصلحة الجدية لاستعمال الحق، بل لا بد من رجحانها على الأضرار التي تصيب الغير، إذ قضت محكمة النقض المصرية، بـ: "أن المصلحة الجدية ليست كافية لاستعمال الحق بل يجب أن تفوق هذه المصلحة مجموع الأضرار التي تصيب الغير"، وقضت في قرار أخر، بأن: "المصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساساً للطعن، متى كان الطاعن لا يحقق أي نفع من ورائها". فضلاً عن أن المصلحة المنعدمة يمكن أن تعد قرينة على الضرر الفاحش فالأصل أن انعدام المصلحة ليس قرينة قاطعة على توافر الضرر، بل قد تكون المصلحة منعدمة ويتحقق التعسف ولو لم يكن هناك أي ضرر على الإطلاق، وذلك ما يميز فكرة المصلحة عن فكرة الضرر لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على نحو صحيح، فقد قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: "وإن كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق المؤجر في طلب إخلاء العين المؤجرة لتغيير المستأجر وجه الاستعمال المتفق عليه، طبقاً للمادة (٣١/ح) من القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧، المنطبق على الدعوى لا يقوم بمجرد تغيير وجه الاستعمال، بل يشترط أن يقع عنه ضرر للمؤجر، بحيث إذا انتفى الضرر امتنع الحكم بالإخلاء باعتبار أن طلب الحكم بالإخلاء مع عدم توافر الضرر ينطوي على تعسف في استعمال الحق".ويتضح مما تقدم أن وصف المصلحة بأنها منعدمة أو غير مشروعة كافي للقول بالتعسف في استعمال الحق سواء كان ذلك قرينة على توافر قصد الإضرار بالغير أو على عدم جدية استعمال الحق أو قرينة على توافر الضرر الفاحش أو التعارض مع المصلحة العامة الجوهرية.

ثانياً- عدم مشروعية المصلحة: المصلحة غير المشروعة هي التي لا يعترف بها القانون، وهي على ذلك مصلحة لا تتفق مع القانون أو النظام العام والآداب، وهي إحدى أوصاف فكرة المصلحة كضابط الاستعمال الحق وتطبيق نظرية التعسف، بحيث لا يجوز استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة، ولو كانت المصالح التي تعود على صاحب الحق ذات أهمية كبيرة، وهي مصلحة تتعارض مع الغاية من تقرير الحق فالحقوق الإجرائية محددة قانوناً بغايات وأهداف محددة[٢٥].
وإن مشروعية المصلحة كشرط لاستعمال الحق، تفترض وجود حق أو مركز قانوني يقره القانون ويضفي عليه الحماية، وأن يكون استعمال الحق بقصد تحقيق الغرض الذي على أساسه تقرر، إذ قد يكون الحق باعتباره مصلحة يحميها القانون محلاً للمصلحة المشروعة، فلا تتوافر المصلحة

دون الحـق، ولا اعتـراف بالمصـلحة غيـر المشـروعة أي بوجـود التعسـف مـا لـم يكـن اسـتعمال الحـق متعارضـاً مـع القـانون أو النظـام العـام والآداب أي كـان اسـتعمال الحـق بقصـد تحقيـق مصـلحة لا يعتـد بهـا القـانون ولا يحميهـا، والتـي يطلـق عليهـا بالمصـلحة غيـر المعتبـرة فـي نظـر القـانون، فـالحق ومشـروعية المصـلحة كلاهمـا لازم لوجـود الآخـر، وفـي الفقـه الإجرائـي يطلـق وصـف المصـلحة القانونيـة علـى وصـف المصـلحة المشـروعة، بأنهـا المصـلحة التـي تسـتند إلـى حـق أو مركـز قـانوني. والحقيقـة إن معنـى مشـروعية المصـلحة يعنـي اتفاقهـا مـع الغايـة التـي قـرر علـى أساسـها المشـرع الحـق، وعـدم اسـتعمال صـاحب الحـق لحقـه بقصـد الإضـرار بـالغير وهـو مـا يوضـح الطبيعـة المتبادلـة بـين فكـرة التعسـف وفكـرة المصـلحة المشـروعة كضـابط لـه. والمصـلحة بوصـفها فكـرة جديـة لاسـتعمال الحـق، يشـترط فيهـا أن تكـون مصـلحة مشـروعة، إذ أن انعـدام المصـلحة ومشـروعيتها وصـفان ضـروريان لاسـتعمال الحـق، فـلا يكفـي تـوافر أحـدهما كمبـرر لاسـتعمال الحـق. فـي حـين يكفـي عـدم تـوافر أحـدهما للقـول بالتعسـف فـي اسـتعمال الحـق، فـلا يعتـد باسـتعمال الحـق ولـو كانـت مصـلحة صـاحب الحـق مـن اسـتعماله كبيـرة وجديـة، مـادام أنـه يهـدف مـن ذلـك فـي تحقيـق مصـلحة غيـر مشـروعة. ووصـف عـدم المشـروعية وصـف نسـبي يختلـف بـاختلاف الأمـاكن والمجتمعـات، حيـث تحـدد كـل دولـة أو منطقـة خـلال كـل فتـرة زمنيـة القواعـد القانونيـة المنظمـة لحياتهـا، كـذلك القواعـد التـي تضـمن لهـا المحافظـة علـى النظـام العـام والآداب العامـة. إن عـدم مشـروعية المصـلحة بوصـفها وصـفاً للضـابط العـام لتطبيـق نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، يـدل علـى حالـة اسـتعمال الحـق بقصـد تعارضـها مـع مصـلحة عامـة جوهريـة، ذلـك أن مـن يسـتعمل حقـه لتحقيـق مصـلحة تتعـارض مـع مصـلحة المجتمـع، لابـد أنـه يسـعى إلـى تحقيـق مصـلحة غيـر مشـروعة، لأن كـل مصـلحة تتفـق مـع مصـلحة المجتمـع تعـد مصـلحة مشـروعة، وعليـه قضـت محكمـة الـنقض المصـرية، بانتفـاء: "شـبهة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، لاسـتناد اسـتعمال الحـق علـى المصـلحة المشـروعة لصـاحبه". إن جـوهر فكرة عدم مشروعية المصلحة طبقاً لنص المادة (٧) من القانون المدني العراقي، يتمثل بحقيقتين:

١- **الحقيقـة الأولـى:** عـدم مشـروعية المصـلحة بعـد حالـة مـن حـالات التعسـف، إذ نصـت المـادة (٧) مـن القـانون المـدني العراقـي علـى أن اسـتعمال الحـق يكـون غيـر مشـروع أو تعسـفياً، إذا كـان يسـعى صـاحب الحـق إلـى تحقيـق مصـلحة غيـر مشـروعة، والـذي يمثـل إحـدى حـالات تطبيـق نظريـة التعسـف في استعمال الحق[٢٦].

٢- **الحقيقـة الثانيـة:** تتمثـل بصـلاحية المصـلحة بوصـفها ضـابطاً عامـاً للتعسـف فـي اسـتعمال الحـق عمومـاً، لأنهـا تتضـمن كـل حـالات الاسـتعمال غيـر المشـروع للحـق، فهـي جـزء مـن كـل فضـلاً عـن أنهـا تشـمل كـل مكونـات ضـابط التعسـف فـي الوقـت نفسـه، إذ يمكـن مـن خـلال فكـرة المصـلحة التـدليل علـى تـوافر نيـة الإضـرار بـالغير، إذا انعـدمت المصـلحة مـن اسـتعمال الحـق أو كانـت مجـرد مصـلحة نظريـة أو تافهـة أو كانـت مصـلحة غيـر جديـة بحيـث لا تتناسـب مـع مـا يصـيب الغيـر مـن ضـرر أو كانـت لتحقيـق مـا يتعـارض مـع المصـلحة العليـا للمجتمـع، وعليـه كمـا سـنتناول فيمـا يتقـدم، فـإن اسـتعمال الحـق بقصـد عرقلـة سـير الإجـراءات وتعطيـل مصـلحة الخصـم فـي حصـوله علـى حقـه، يعـد مـن قبيـل التعسـف فـي اسـتعمال الحـق، إذ يسـعى الخصـم مـن خـلال اسـتعمال الحـق المقـرر لـه بطلـب التأجيـل مـثلاً، إلـى عرقلـة سـير الإجـراءات ومنـع صـدور الحكـم المصـلحة خصـمه فـي الوقـت المناسـب، وذلـك يعنـي أن الخصـم يسـتهدف مـن اسـتعمال حقـه تحقيـق مصـلحة غيـر مشـروعة تتمثـل بإلحـاق الضـرر بالخصـم والسـعي وراء عـدم تمكينـه مـن الوصـول إلـى حقـه[٢٧]. يتضـح ممـا تقـدم، أن فكـرة المصـلحة باعتبارهـا المؤشـر الـذي يمكـن مـن خلالـه الاسـتدلال علـى تـوافر مبـدأ التـوازن بـين المنـافع والأضـرار بأوصـافها السـابقة المتمثلـة بالانعـدام وعـدم المشـروعية، كافيـة كفكـرة إيجابيـة للقـول بالتعسـف فـي اسـتعمال الحـق من عدمه.

الخاتمة

لقد استخلص الباحث من هذه الدراسة في جانبيها النظري والتطبيقي الى النتائج التالية:

أولاً- النتائج:

١- نظريـة التعسـف تـرتبط بنظريـة الحـق، لا بفكـرة التعـدي أو الخطـأ المولـد مـن المسـؤولية التقصـيرية. فنجـد جـذورها فـي غايـة الحـق، أي فـي المصـلحة التـي أقرهـا المشـرع وحماهـا عنـدما نـص علـى ذلـك الحـق فـي القـانون، وإن غايـة التشـريع دائمًـا هـي تحقيـق مصـلحة اجتماعيـة فرديـة أو عـام، إذ إن التعسـف هـو أن يمـارس الشـخص فعـلًا مشـروعًا فـي الأصـل، بمقتضـى حـق شـرعي ثبـت لـه أو بمقتضـى إباحـة مـأذون فيهـا شـرعًا علـى وجـه يلحـق بغيـره أضرار أو يخالف حكمة المشروعية فالتعسف انحراف عن الغاية أو المدى.

٢- إن التعسـف لا يتحقـق إلا بوجـود شـروط محـددة، تتمثـل فـي وجـود حـق أو مركـز يحميـه القـانون وانحـراف عـن غايـة الحـق ورجحـان الضـرر والتـزام حـدود الحـق الماديـة، واسـتقلال نظريـة التعسـف بصـفتها أساسًـا للمسـؤولية

عن نظرية الخطأ، وعدم شمول نظرية الخطأ لنظرية التعسف وارتباط التعسف بالحق ذاته وغايته، ويتجسد هذا الارتباط بفكرة المصلحة.

٣- إن التعسف في استعمال الحق الإجرائي هو الانحراف عن الغاية المشروعة المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق، بحيث تتجاوز بشكل كبير وواضح ما يصيب الغير من ضرر، أو هو استعمال الحق في غير ما شرع له للإضرار بالغير.

٤- إن الحق في إجراءات التقاضي وسيلة يمنحها المشرع في قانون المرافعات لكل من تتوافر فيه شروط مباشرة تلك الوسيلة والمحددة في القانون للحصول على الحماية القضائية أو لتوفيرها داخل الخصومة المدنية أو بسببها، وإن التعسف في استعمال الحق الإجرائي مظاهر متعددة وصور شتى لا تقع تحت طائلة الحصر، لتنوع صور الكيد وتعدد طرائقه، من صور المماطلة والتسويف وغيره من مظاهر الإساءة، والتعسف ليس مصدره الخصوم وحدهم، بل قد تصدر من القاضي وأعوانه والغير.

٥- إنَّ المشرع العراقي لم يتطرق إلى إيراد نصوص قانونية في قانون أصول المحاكمات الجزائية توضح تنظيم موضوع التعسف خلال فرض إجراءات التحقيق من جانب الجهات التحقيقية على الرغم مما يخلفهُ التعسف في فرض تلك الإجراءات من أضرار نفسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ولم يورد نصًا يبين فيه معنى التعسف في إجراءات التحقيق.

٦- في مجال تمييز التعسف مما يشتبه به، تبين لنا أنَّ التشريعات القانونية تخلط ما بين مصطلح التعسف وبين التجاوز في استعمال السلطة وهذا ما التمسناه في موقف المشرع العراقي المدني في المادة (٧ / أ) منه عندما يكون استعمال الحق غير جائز إذا أوتي الفعل بقصد الإضرار بالغير؛ ما يتطلب معه توافر سوء نية القائم بالفعل، وعند وجود الأخيرة يتبادر إلى أذهاننا صورة الخطأ العمدي، وهذا يحيلنا إلى القول بتحقيق التجاوز في استعمال الحق وليس التعسف فيه.

٧- تتجلى معالم استقلالية القاضي في قراراتهِ وأحكامهِ من خلال عدم تأثره بالضغوطات والمؤثرات من أية جهة كانت وبذلك تكون حقوق الأفراد وحرياتهم بمنأى عن التعسف ولا سيما فيما يتخذه قاضي التحقيق من إجراءات جزائية، فكلما كانت تلك القرارات مستقلة وحيادية كانت بمأمن من سريان التعسف إليها، في حين استخلصنا أنَّ استقلال القضاء لا تضمنه النصوص الدستورية والقانونية بقدر تعلقهِ بشخصية ونفسية القاضي وإيمانهِ الذي يوجب عليه ضمان استقلاله في قراراتهِ وأحكامهِ من أجل ترسيخ مفاهيم جديدة تستند إلى الكفاءة العلمية وتحري الدقة والملائمة والشفافية في إصدار القرارات ولأحكام.

ثانياً- التوصيات:

١. نوصي مجلس القضاء الأعلى بإصدار تعاميم تتعلق بضرورة تفعيل النصوص القانونية بشأن استقلال القضاء لما في ذلك من أهمية في بلوغ العدالة واستقلالية وحيادية الأحكام والقرارات حتى تكون الأخيرة بمأمن من التعسف فيها.

٢. ندعو المشرع المدني العراقي إلى رفع الخلط والربط في صياغة نص المادة (٧ /أ) منه فيما بين التجاوز على حدود الحق والتعسف في استعمالهِ.

٣. نوصي المشرع العراقي بإيراد نص قانوني يقضي فيه قيام المسؤولية الجزائية أو التأديبية تجاه المتعسف في فرض إجراءات تحقيقية على نحو تعسفي سواء كانت نتيجة أعمال الجهات التحقيقية أم أعضاء الضبط القضائي.

٤. ضرورة قيام المسؤولية الجزائية في مواجهة المتسبب في إيقاع إجراءات جزائية يتخللها التعسف سواء كان من تعسف في استعمال حقه في التقاضي أم المتعسف في الإخبار.

٥. انطلاقًا من مواكبة التطور التشريعي الذي لمسناه في التشريعات الأخرى وانسجامًا مع صيانة حقوق الأفراد وحرياتهم نقترح على المشرع العراقي الإسراع في تشريع قانون يتعلق بإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ومنح المتضرر تعويضًا عادلًا ينسجم مع الأضرار التي لحقت به.

الهوامش:

١- د. مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، دارسة تأصيلية مقارنة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية ، ٢٠١١، ص١٤٨.

٢- د. نادية مصطفى الحمداني، التوقيف التعسفي والأثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة ، ط١، دار حامد، الأردن، الأردن، ٢٠١٧، ص١٣٣.

٣- د. سعيد مبارك، أصول القانون، كلية القانون والسياسة، ط١، جامعة بغداد، العراق، ١٩٨٢، ص١٤٥.

٤- د. محمد عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق، ط١، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ١٩٦٥، ص٢٥٨.

٥- د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط١، مطبعة مصر ، القاهرة، مصر، ١٩٦٠، ص ١٨٨.
٦- د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، بوجه عام النظرية العامة، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤، ص١٩٠.
٧- د. محمد مرسي، الملكية والحقوق العينية، ط١، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر ، ٢٠٢٠، ص٢٥٧.
٨- د. عبد المنعم البدراوي، المدخل العلوم القانونية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٦، ص٨١٣ وما بعدها.
٩- د. محمد رشدي، التعسف في استعمال الحق، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر،١٩٩١، ص١٤٧ وما بعدها.
١٠- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٦، ص ٣٣٦.
١١- د. محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ط١، المطبعة النموذجية، القاهرة، مصر، ١٩٥٧، ص٥٥٤.
١٢- د. محمد السيد، التعسف في استعمال الحق ومعياره وطبيعته في الفقه والقضاء ، ط١، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩، ص٨٥.
١٣- د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، ٢٠٢١، ص١٣٨.
١٤- د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، ط١، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص١٣٣.
١٥- د. إبراهيم النفياوي، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٤١.
١٦- د. محمد عبد البر، لا ضرر ولا ضرار ونظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٨، كانون الثاني، مصر، ١٩٨٦، ص٥٠.
١٧- د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط١، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا ، ١٩٦٧، ص ٥٧٥.
١٨- د. جلال العدوي وآخرون، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، نظرية الحق، مصدر سابق، ص٤٧٨.
١٩- د. رمضان أبو سعود، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٣، ص٦٥٤.
٢٠- د. سنية يوسف، غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢، ص ١١٣.
٢١- د. أجياد الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ضمانات وظيفة القضاء ، ج٢، ط١، مكتبة الجيل العربي، الموصل، العراق، ٢٠٠٩، ص١٤٤.
٢٢- د. ادوارد عيد، الانابات والاعلانات القضائية وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص واتفاقية الدول العربية في عام ١٩٥٣، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٩، ص١٦٦.
٢٣- د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ط١، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة، مصر، ١٩٤٩، ص٤٠.
٢٤- د. محمد لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء، ج٢ ، ط١، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩١، ص٢٧٧.
٢٥- د. ابراهيم امين النفياري، التعسف في التقاضي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص١٥٥.
٢٦- د. محمد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، ط١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص١٤٧.
٢٧- د. عزمي عطية، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، ١٩٩٠، ص٢٤٤.

المصادر والمراجع:

١- إبراهيم النفياوي، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٠.
٢- ابـــراهيم امـــين النفيـــاري، التعســـف فـــي التقاضـــي، ط١، دار النهضـــة العربيـــة، القـــاهرة، مصـــر، ٢٠٠٦.
٣- إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، ٢٠٢١.
٤- أجيـــاد الـــدليمي، بحـــوث ودراســـات فـــي القـــانون الخـــاص، ضـــمانات وظيفـــة القضـــاء ، ج٢، ط١، مكتبة الجيل العربي، الموصل، العراق، ٢٠٠٩.
٥- ادوارد عيـــد، الانابـــات والاعلانـــات القضـــائية وفقـــاً لقواعـــد القـــانون الـــدولي الخـــاص واتفاقيـــة الـــدول العربيـــة فـــي عـــام ١٩٥٣، معهـــد البحـــوث والدراســـات العربيـــة، جامعـــة الـــدول العربيـــة، القـــاهرة، مصـــر، ١٩٦٩.
٦- أنـــور ســـلطان، المـــوجز فـــي النظريـــة العامـــة للالتـــزام، ط١، منشـــأة المعـــارف ، الإســـكندرية، مصـــر، ١٩٩٦.
٧- حســـن كيـــره، المـــدخل إلـــى القـــانون، بوجـــه عـــام النظريـــة العامـــة، النظريـــة العامـــة للقاعـــدة القانونيـــة، النظرية العامة للحق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، ٢٠١٤.
٨- حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، ط١،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر، ١٩٩٨.
٩- حسين عامر،التعسف في استعمال الحقوق وإلغاءالعقود،ط١،مطبعةمصر،القاهرة،مصر ١٩٦٠.
١٠- رمضـــان أبـــو ســـعود، الوســـيط فـــي شـــرح القـــانون المـــدني، ط١، الـــدار الجامعيـــة للطباعـــة والنشـــر، بيروت، لبنان، ١٩٨٣.
١١- سعيد مبارك، أصول القانون، كلية القانون والسياسة، ط١، جامعة بغداد ، العراق، ١٩٨٢.
١٢- ســـنية يوســـف، غـــش الخصـــوم كســـبب للطعـــن بالتمـــاس إعـــادة النظـــر، ط١، دار الجامعـــة الجديـــدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢.
١٣- عبـــد المـــنعم البـــدراوي، المـــدخل العلـــوم القانونيـــة، ط١، دار النهضـــة العربيـــة، القـــاهرة، مصـــر، ١٩٦٦.
١٤- عبـــد المـــنعم الشـــرقاوي، نظريـــة المصـــلحة فـــي الـــدعوى، ط١، مكتبـــة عبـــد الله وهبـــة، القـــاهرة، مصر، ١٩٤٩.
١٥- عزمـــي عطيـــة، نحـــو نظريـــة عامـــة لفكـــرة الـــدعوى، ط١، دار النهضـــة العربيـــة، القـــاهرة، مصـــر، ١٩٩٠.
١٦- فتحـــي الـــدريني، الحـــق ومـــدى ســـلطان الدولـــة فـــي تقييـــده ونظريـــة التعســـف فـــي اســـتعمال الحـــق بـــين الشريعة والقانون، ط١، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا ، ١٩٦٧.
١٧- محمـــد الســـيد، التعســـف فـــي اســـتعمال الحـــق ومعيـــاره وطبيعتـــه فـــي الفقـــه والقضـــاء ، ط١، الهيئـــة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩.
١٨- محمـــد رشـــدي، التعســـف فـــي اســـتعمال الحـــق، ط١، دار النهضـــة العربيـــة ، القـــاهرة، مصر،١٩٩١.
١٩- محمـــد عبـــد البـــر، لا ضـــرر ولا ضـــرار ونظريـــة التعســـف فـــي اســـتعمال الحـــق، مجلـــة القـــانون والاقتصاد، العدد ٦٨، كانون الثاني، مصر، ١٩٨٦.
٢٠- محمد عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق، ط١، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر ، ١٩٦٥.
٢١- محمـــد لطفـــي، المـــدخل لدراســـة القـــانون فـــي ضـــوء أراء الفقـــه وأحكـــام القضـــاء، ج٢ ، ط١، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩١.
٢٢- محمـــد محمـــود ســـعيد أبـــو حجيـــر، نظريـــة التعســـف فـــي اســـتعمال الحـــق ونظريـــة الظـــروف الطارئـــة، ط١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
٢٣- محمد مرسي، الملكية والحقوق العينية، ط١، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر ، ٢٠٢٠.
٢٤- محمـــد وعبـــد الوهـــاب العشـــماوي، قواعـــد المرافعـــات فـــي التشـــريع المصـــري والمقـــارن، ط١، المطبعة النموذجية، القاهرة، مصر، ١٩٥٧.
٢٥- مشـــعل بـــن مطلـــق بـــن مقـــذل العتيبـــي، التعســـف فـــي اســـتعمال حـــق الولايـــة علـــى المـــرأة، دارســـة تأصيلية مقارنة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ٢٠١١.
٢٦- ناديـــة مصـــطفى الحمـــداني، التوقيـــف التعســـفي والأثـــار المترتبـــة عليـــه، دراســـة مقارنـــة، ط١، دار حامد، الأردن، الأردن، ٢٠١٧.