

## نظرة في حقيقة وجود فكرة التعسف في استخدام الحق (دراسة قانونية تحليلية)

د. عبد المنعم يحيى جواد

كلية التراث الجامعة / قسم القانون

### المقدمة

يقول الدكتور ( سليمان مرقس ) بشأن فكرة التعسف في استعمال الحق (أصبح ما كتب في هذه النظرية لها وعليها لا يمكن أن يقع تحت حصر فضلاً عن تشعب الآراء وتعددتها في شأن تطبيق النظرية , تشعباً وتعددأ جعلها تبدو كالعابث الكثيفة يتعذر على من يسلكها ان يرى فيها طريقاً واضحاً). لذا لا يمكن ان تكون هذه المحاولة البسيطة للدخول فيمعتك هذا الموضوع حسماً له ولا حتى اضافة لما كتب , بل هي محاولة لدعم توجه معين في حقيقة وجود الفكرة من عدمها , لما لهذا الموضوع من اهمية مازالت قائمة لانها تمس الاساس الاول في القانون الا وهو الحق . وبغية البدء في هذه المحاولة سوف نبدأ بتحديد مضمون الحق ومن ثم نخرج الى اساليب استخدامه لما لها من اثر في الخروج عن الحق واخيراً نحاول ان نجد صحة فكرة (التعسف في استخدام الحق ) وهذا ما سوف نراه في ثلاثة مباحث.

### المبحث الاول

( مفهوم الحق )

اختلف الفقه في تعريف الحق ولعل السبب في ذلك يعود الى اختلافهم في تقديم عناصر الحق بعضها على البعض الاخر. فمنهم من فضل الجانب الشخصي للحق في حين فضل البعض الاخر الجانب الموضوعي منه وبالتأكيد هناك من يجمع بين الاتجاهين .. وهذا ما سوف نراه لاحقاً.  
اولاً: نظرية الارادة :

تبنى جانب كبير من الفقه هذه النظرية حيث يرون ان جوهر الحق هو ارادة الشخص فيعرفون الحق بأنه ( قدرة او سلطة ارادية يخولها القانون لشخص من الاشخاص في نطاق معلوم يكون له بمقتضاها استعمال او استغلال محل الحق والتصرف فيه في حدود يرسمها القانون ) (1). وهذا التوجه يستند الى فكرة (سلطان الارادة ) فهو يعتبر الفرد وحماية حقوقه هو الهدف من كل تنظيم قانوني وانه يولد وله حقوق يكتسبها من الطبيعة ويتمتع بها قبل وجود القانون ولا يسع القانون الا الاعتراف بها . فالحق اسبق من القانون . وان القانون لم يوجد الا لحماية الحقوق وتمكين الاشخاص من التمتع بها. (2) وخلاصة القول وفقاً لهذا التوجه ان الارادة هي العنصر الجوهر في الحق التي تنشأ وتعده وتنتهي . وهي تحتاج الى نطاق تمارس فيه دورها بحرية وان مهمة القانون ترمي الى تحقيق الانسجام والتوافق بين الارادات الفردية بل حماية الحقوق والمحافظة عليها وتمكين الاشخاص من التمتع بها. (3)

(1) د. محمد ابراهيم الدسوقي / النظرية للقانون والحق / ج 2 / بنغازي / 1989 / ص 221-222.

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة/ اصول القانون / منشأة المعارف / الاسكندرية / 1994 / ص 313-314 .

(3) عبد الرحمن البزاز/ مبادئ اصول القانون / مطبعة العاني / بغداد / 1954/ص 28.

ثانياً: نظرية المصلحة :

يرى جانباً من الفقه ان الارادة ليست اساس الحق وجوهره فالحقوق تثبت لذوي الارادة ولعديمي الارادة على حد سواء . وان جوهر الحق هي المصلحة التي ترمي الى تحقيقها الارادة , اي الغاية او الغرض الذي نشطت من اجله الارادة . وان هذه المصلحة يجب ان يحميها القانون . فالحق عندهم (مصلحة يحميها القانون ) (1).

(فتعريف الحق وفق هذا المذهب يقوم على عنصرين اساسيين اولهما : وهو العنصر الجوهرى يتصل اتصالاً وثيقاً بالغاية العملية من الحق وهي المنفعة او الغاية التي يخولها الحق , وهذا ما يسمى بعنصر المصلحة .

وثانيهما : وهو العنصر الشكلي ويتصل بالحماية , اي بحماية هذا الغرض بالذات , وكل حق لا بد له من عنصر الحماية حتى يكفل احترام المصلحة التي يهدف صاحب الحق الى تحقيقها , وهذا العنصر هو الدعوى.

وقد تكون مصلحة مادية وذلك حين تصلح لان تقيم بالمال , فيكون الحق مالياً مثل حق الملكية . وقد تكون ادبية او معنوية وذلك حين لا تكون قابلة للتقييم المالى فيندرج الحق تحت طائفة الحقوق غير المالية كالحقوق العائلية والحقوق السياسية والحق في الحرية والنشر و الاعتبار (2).

(1) د. محمد ابراهيم الدسوقي / مصدر سابق / ص 222-223.

(2) د. عوض احمد الزغبى / المدخل الى علم القانون / مكتبة الجامعة / الشارقة / ص 207.

ثالثاً: النظرية المختلطة:

يذهب اصحاب هذا التوجه الى تحديد مفهوم الحق بعنصري الارادة والمصلحة ولكنهم اختلفوا في تغليب احد العنصرين على الاخر، ومهما يكن فإن الحق لا ينحصر في الارادة كما لا ينحصر بالمصلحة ومن باب اولى لا ينحصر في كلاهما (1)

مما تقدم يمكن تحديد مفهوم الحق بعدة عناصر يأتي في مقدمتها سلطة الفرد على مصلحة له وحماية القانون لهذه السلطة وتحديد ما بحيث لا تتعارض مع حق الفرد الاخر وتحديد اساليب استخدامه.

اي ان تعريف الحق ينبغي ان لا يقتصر على بيان جوهر الحق، بل يجب ان يتضمن ايضاً ما هو من مقتضياته وكذلك الغاية من تقريره , ومن ثم يمكن تعريف الحق بأنه ( استئثار شخص معين بمال او قيمة على سبيل الانفراد وفي مواجهة الغير استئثاراً يقره القانون ويحميه , بتحويل صاحبه سلطات ووسائل معينة بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية ) (2).

وهذا التعريف لا يبعد كثيراً عن تعريف الحق بانه ارادة او مصلحة يحميها القانون سوى انه جاء مفصلاً لجوهر الحق .

وبغية تحديد نوع الحق الذي يعنينا في هذا الموضوع دون بقية الحقوق , فهو الحق المالى وهو الحق الذي يكون محله ذو قيمة مالية.

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة / اصول القانون / المصدر السابق ص 313.

(2) د. عوض احمد الزغبى / المدخل الى علم القانون / مصدر سابق / 211.

### المبحث الثاني

( استعمال الحق )

يقصد باستعمال الحق , الحالات التي يكون فيها الفعل المرتكب , قد وقع استعمالاً لحق خاص يقرره القانون لمرتكبه . والحق بهذا المعنى مطلق اجازته القانون , حيث يجعل القانون من استعمال الحق سبباً عاماً للإباحة (1)

ان اعتبار استعمال الحق سبباً لمشروعيته , هو وجوب تحقيق الاتساق بين قواعد القانون , اذ يصطدم المنطق ان يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الافعال التي يستعمل بها فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد

الحق من كل قيمة . فإذا قرر الشارع حقاً اقتضى ذلك اباحة الوسيلة الى استعماله , اي اباحة الافعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق , ويقتضي ذلك انه اذا كانت الافعال التي يستعمل بها الحق غير مشروعة

اصلاً فأنها تصبح مباحة حين تقع استعمالاً له. (2) وهذا هو سبب بحث استعمال الحق في هذا الموضوع.

فالوسيلة لاستخدام الحق بحد ذاتها غير مشروعة , الا انها تصبح مشروعة حيث استخدمت استعمالاً للحق .

فالفعل الذي يدور البحث في اباحته هو في الاصل غير مشروع, وهو بصفته هذه يمس مصلحة او حقاً جديراً

بالرعاية , فلا محل لاغفال هذا المساس والتسامح في شأنه الا اذا لم يكن متصوراً استعمال الحق بفعل سواء ليس من شأنه المساس بمصلحة او حق على الاطلاق فلا مبرر لاباحة الفعل . وهذا المبدأ من الامور المسلم بها بدهة

حتى لو لم ينص عليه القانون , وهو مقرر في فرنسا مع عدم وجود نص صريح في القانون المدني او القانون الجنائي . (3)

- (1) الدكتور محمد مصطفى القلبي / المسؤولية الجنائية / مطبعة جامعة فؤاد / 1948/ القاهرة / ص168.
- (2) راجع الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي/ شرح قانون العقوبات العام/ القسم العام / مطبعة الزمان / بغداد / 1992/ ص126.

والدكتور محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات /شرح على متون النصوص الجزائية / ط1/ 1974/ مطبعة العاني/ بغداد/ ص216.

والدكتور على احمد رشيد / مبادئ القانون الجنائي / ج1/ مبادئ التجريم والمسؤولية الجنائية/ ط2/ 1950/ القاهرة / مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر / ص432.

- (3) الدكتور محمد نجيب حسني / اسباب الاباحة في التشريعات العربية / المطبعة العالمية / القاهرة / 1962/ ص47

ان سبب الاباحة هذا في غنى عن نص يقرره صراحة , اذ استخلاصه ثمرة الاتساق الذي يجب ان يسود قواعد القانون , ولو اغفل الشارع النص عليه لما حال ذلك دون الاعتراف به. وعلى الرغم من ذلك فإن التشريعات تحرص على النص عليه واغلبها لا يكتفي بمجرد تقرير القاعدة من ذلك وانما تشير كذلك الى اهم تطبيقاته , وهذا ما فعله المشرع العراقي في كل من القانون المدني وقانون العقوبات . فقد نصت المادة (6) من القانون المدني على ان ( الجواز الشرعي ينافي الضمان, فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر). (1)

ان القانون يشترط ان يكون الفعل قد ارتكب استعمالاً لحق , اي التحقق من ان الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق ومن ثم كان اهم شروطه وجود حق والى جانب ذلك يتعين ثبوت ان الفعل وسيلة مشروعة لاستعماله بأعتراف القانون بهذا الاستعمال.

- (1) راجع المواد (4) من القانون المدني المصري والمادة (5) من كلا من القانون المدني السوري والقانون المدني الليبي.

وقد نصت المادة (41) من قانون العقوبات على القاعدة العامة لاستعمال الحق وأشارت الى اهم تطبيقاته بقولها (للاجريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق: 1- تأديب الزوج زوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً 2- عمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة 3- اعمال العنف التي تقع اثناء الالعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت 4- اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جنائية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه).

#### اولاً: وجود الحق

الحق هو مصلحة يحميها القانون . (1) ويتضح من هذا التعريف ان الحق في وجوده مصلحة , ولكنه ليس ايّاً كانت , وانما هو مصلحة اعترف بها القانون فأسبغ عليها حمايته . وتتحقق الحماية القانونية بفرض مجموعة من الالتزامات على شخص معين او على الناس كافة موضوعها احترام هذه المصلحة وتمكين صاحبها من الحصول على المزايا او مباشرة السلطات التي تنطوي عليها. والمصلحة هي عبارة عن مجموعة من المزايا , وبعبارة أخرى هي مركز واقعي يعطي من يحتله وضعاً متميزاً على سواه من الناس . فإذا اضيفت الحماية القانونية على المصلحة تحول المركز الواقعي الى مركز قانوني وتجمع له بذلك عنصر الحق. فالملكية مثلاً مصلحة لشخص في ان يحصل على مجموعة من المصالح تتمثل في استعمال شيء معين والانتفاع به والتصرف فيه . وهذه المزايا في ذاتها مركز واقعي , ومن كانت له فهو في وضع افضل ممن ليست له . فإذا اعترف الشارع بها تحول المركز الواقعي الى مركز قانوني وكانت لصاحبها مجموعة من الوسائل القانونية يحمي بها مركزه ويرغم الناس على احترامه له بما ينطوي عليه من مزايا . (2) والمصلحة قد تكون مالية وقد تكون غير مالية . ومن أمثلة الحقوق المالية التي يقوم بها سبب للاباحة حق الحبس , اذ يخول لمن له حبس الشيء في يده حتى يحصل على ما يقرره القانون له قبل من له استرداد الشيء. ومثال الحقوق غير المالية التي يقوم عليها هذا السبب للاباحة , حق الزوج قبل زوجته الذي يبيح له تأديبها , فينفي بذلك اسناد جريمة الضرب اليه طالما كان ملتزماً بحدود حقه في التأديب . (3) ولا يشترط القانون ان تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الاباحة , فقد تكون مقررة لشخص

سواء، بل قد تكون مقرره للمجتمع، يعني ذلك من يستفيد في النهاية من الفعل قد يكون الشخص الذي يأتيه ويبيحه القانون له، أو شخص آخر أو المجتمع مجموعة. (4)

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي / ج1/ دار مصر للطباعة 1954/ص4

والدكتور محمد سلام مذكور/الحكم التخييري /أو نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء / دار النهضة العربية 1963/المطبعة العالمية / القاهرة / ص402.

والدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في القانون المدني / ح-1/ مصادر الالتزام / ط2/ مطبعة العاني/بغداد 1974/ص5.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني / اسباب الاباحة / مصدر سابق / ص61.

(3) الدكتور محمود نجيب حسني/ اسباب الاباحة / مصدر سابق / ص60.

(4) المصدر السابق / ص61.

والتحقق من وجود الحق، يقتضي التحقق من اعتراف القانون بالمصلحة وحمايته لها. وبغير هذا الاعتراف تظل المصلحة عاجزة عن ان تكون سبباً للاباحة. ويتخذ عدم اعتراف القانون بالمصلحة صورة ترجيح مصلحة اخرى عليها، اي انكار المصلحة المرجوحة في الحدود التي يقتضيها استعمال المصلحة الراجعة، فإن جاوز هذه الحدود عادت المصلحة المرجوحة قيمتها القانونية. ويتضح بذلك ان القانون لا يهدر مصلحة في ذاتها ولو قدر انها تافهه. فالاصل في اعتراف القانون لجميع المصالح طالما كانت مشروعة. ولكن المصالح قد تتعارض فيما بينها بحيث لا يكون متصوراً الابقاء على بعضها الا باهدار البعض الآخر، وعند اذ يتدخل القانون للتنسيق بين المصالح المتعارضة فيحدد ما هو جدير منها بالترجيح ويبين الحدود التي يتعين فيها هذا الترجيح. (1) وغني عن البيان انه اذا كانت المصلحة في ذاتها غير مشروعة، فلا محل لاعتراف القانون بها، ويعني ذلك ان القانون ينكر المصلحة في ذاتها. ففكرة الترجيح بين المصالح المتنازعة محلها ان تكون المصالح في ذاتها مشروعة. اما المصلحة غير المشروعة فلا وجود لها في القانون، ومن ثم لا محل للقول بتنازعها مع مصلحة اخرى. فالقانون لا يعترف للطبيب بالمصلحة في اجهاض حامل، طالما ان الاجهاض ليس ذاته عملاً علاجياً يقتضيه انقاذ حياة الحامل او صيانة صحتها، ولا يعترف القانون للاب بمصلحة في تأديب ابنه لحمله على اقتراف منكر. (2) تحرص القوانين على تحديد مصدر الحماية القانونية للمصلحة، وغالباً ما تنص على ان الحق مصدره القانون او الشريعة. فقانون العقوبات المصري مثلاً يتطلب ان يكون الحق مقررأً بمقتضى الشريعة، وقانون العقوبات العراقي يتطلب ان يكون الحق مقررأً بمقتضى القانون. (3) ولا فرق بين التعبيرين، فلفظ الشريعة يراد به القانون كذلك. (4)

(1) المصدر السابق/ ص 62.

(2) المصدر السابق/ ص64.

(3) راجع المادة(41) من قانون العقوبات العراقي والمادة (60) من قانون العقوبات المصري.

(4) الدكتور علي احمد راشد/ مبادئ القانون الجنائي/ ج1/ مصدر سابق / ص433.

ولا جدال في ان القاعدة التشريعية تصلح ان تكون مصدرأً للحماية القانونية اذ لا يثور شك في ارادة الشارع ان يضع بها قيداً على نص التجريم وليس بشرط ان يكون موضعها قانون معين ذلك ان جميع النصوص التشريعية السارية، هي كل متسق لا تتناقض اجزاءه، فالنص الذي يقرره نص منها يقيد التجريم الذي يتضمنه نص آخر. (1) ولكن الفقه مستقر على ان الحماية القانونية للمصلحة قد لا يكون التشريع مصدرها فقد يكون العرف وقد تستخلص هذه الحماية من مجموع النصوص التشريعية او من روح التشريع ومبادئ العامة غير المكتوبة. وعلى هذا النحو يتضح ان تعبير (الشريعة) او (القانون) لا يراد به (النص التشريعي) وانما يراد به (مطلق القاعدة القانونية) كان مصدرها. (2)

**ثانياً :- ان يكون الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق**

لا محل لاباحة الفعل، الا اذا قامت بينه وبين الحق علاقة وثيقة على نحو يستمد منه الفعل سبب اباحته وهذا يعني ان يكون الفعل استعمالاً للحق وان يعترف القانون بهذا الاستعمال، اي كونه استعمالاً مشروعا. (3) ولا توجد صعوبة في التأكد من ان يكون الفعل استعمالاً للحق فالضابط في ذلك ان يكون الحق باعتباره مصلحة هو مجموعة من المزايا، فكل فعل يسعى به صاحب الحق الى استخلاص هذه المزايا والاستمتاع بها هو وسيلة الى



استعمال هذا الحق . فالبحث لا يقتضي غير تحديد المزايا التي يخولها الحق ثم تحدد المزايا التي من شأن الفعل ان يأتي بها والتحقق من تماثلها.(4)

(1) راجع الدكتور احمد محمد ابراهيم / قانون العقوبات / ط2 / 1958 / مؤسسة المطبوعات الحديثة / الاسكندرية / ص59.

(2) راجع الدكتور محمد مصطفى القللي / المسؤولية الجنائية/ مصدر سابق/ ص247.

والدكتور علي احمد راشد / مبادئ القانون الجنائي / ج1/ مصدر سابق / ص434.

والدكتور فخري الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام / مصدر سابق/ ص127.

في حين يشترط البعض ان يكون الحق سبب الاباحة , مقررأ بأداة تشريعية في قوة الاداة التي نص بها على الجريمة الاصلية أو ان يكون اعلى منها مرتبة / راجع الدكتور سعيد مصطفى السعيد / الاحكام العامة في قانون العقوبات/ ط2/ 1953/ مكتبة النهضة العربية / القاهرة / ص174-175.

(3) الدكتور محمود نجيب حسني / اسباب الاباحة / مصدر سابق / ص72.

(4) المصدر السابق / ص72.

ولكن البحث في اعتراف القانون بهذا الاستعمال يعتبر موضوعاً عسيراً او هو بحث في تكييف قانوني لاستعمال الحق , وما اذا كان استعمالاً يعترف به القانون ويقره ويصفه تبعاً لذلك بانه استعمال مشروع ام ينكره فيجرده تبعاً لذلك من صفة الاستعمال المشروع وهذا الموضوع يتطلب البحث في تحديد حدود الحق , اي كون الفعل داخلاً في النطاق الذي يرسمه القانون للحق وحسن نية من صدر عنه الفعل . وهذا الموضوع يدخل في دراسة الخروج عن الحق كصورة من صور الخطأ , وهو موضوع بحث المبحث القادم . وبشأن حكم استعمال الحق , فان النتيجة المهمة التي يؤدي اليها مبدأ اباحة الافعال التي ترتكب استعمالاً للحق مقررمة بمقتضى القانون, وهي اسقاط صفة الخطأ عن الفعل حتى في صورة الاهمال فلا وجود للخطأ مع استعمال الحق دون تجاوز لحدوده . ولكي ينتفي الخطأ في حالة استعمال الحق يشترط ان لا تقع من مستعمله الرعونة او عدم التبصر او الاهمال في اتخاذ الاحتياطات اللازمة والواجبة لاستعمال هذا الحق , والا كان مخطئاً في استعمال حقه وبالتالي خارجاً عن حدود الحق. والفقه الاسلامي في هذا الموضوع يفرق بين الواجب والمباح , ويقيد الثاني دون الاول بشرط السلامة ولكن هذه التفرقة لا تؤثر على طبيعة هذه الافعال من انها اسباب للاباحة لا توصف بعدم المشروعية وبذلك ينتفي الضمان عنها . الا ان هذا الفقه يفقد الافعال المباحة هذه الصفة وبالتالي يجعل منها تعدياً اذا اقترنت بعدم السلامة , والتعدي في هذه الحالة يكون ثابتاً وغير قابل لاثبات العكس فلا تعتبر الافعال المباحة بوصفها هذا سبباً للاباحة .(1)

(1) جاء في مجمع الضمانات / للبغدادي الاتي (قال في الاشباه الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به . فلا ضمان لو سرى قطع القاضي الى النفس وكذا اذا مات المعزر . ولو قطع المقطوع يده يد قاطعه فسرت ضمن الدية لانه مباح فيتقيد وضمن لو عزر زوجته فماتت ومنه المرور في الطريق مقيد بوصف السلامة ومنه ضرب الاب ابنه او الام او الوصي تأديباً ومن الاول ضرب الاب ابنه او الام او الوصي او المعلم باذن الاب تعليمياً فمات لا ضمان , فضرر التأديب مقيد لكون مباحاً وضرب التعليم لا لكونه واجباً , ومحله في الضرب المعتاد , اما في غيره فيجب الضمان في الكل . وخرج عن الاصل الثاني ما اذا وطئ زوجته فأفضاها وماتت فلا ضمان عليه مع كونه مباحاً لكون الوطئ اخذ موجه وهو المهر فلم يجب به اخر وتماهه في التعزير من الزيعلي) / ابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي / ط1/ المطبعة الخيرية / مصر / 1308 هـ/ ص166-167.

#### المبحث الثالث

( الخروج عن الحق )

ذكرنا سابقاً ان الفقه الحديث يرى ان الخطأ لا ينحصر في الخروج عن الحق او الرخصة , بل له صورة ثانية هي التعسف في استعمال الحق . ويعتبر هذا الرأي ان التفريق بين الحق والرخصة من الاهمية بمكان بحيث لولا هذا التفريق لما وجدت نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً لها حيث ان التعسف في استعمال الحق لا يمكن تصوره الا في الحق (1) .

ولقد قاد هذا التوجه كل من الفقيهان ( سالي ) و ( جوسران ) , بعد ان كان رجال الفقه الفرنسي في القرن التاسع عشر يذهبون الى ان الشخص لا يمكن ان يسأل اذا هو استعمال حقه في حدوده المرسومة , حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف في الشخص العادي فأضر بالغير , ومهما كان مهماً او سيء النية , الا ان ( جوسران ) استأثر بالدفاع عن فكرة التعسف في استعمال الحق فوضع في سنة (1905) مؤلفاً اسماه ( التعسف



في استعمال الحقوق) جمع فيه احكام القضاء ونسقتها واستخلص منها معالم هذه النظرية. ثم الف في سنة (1927) مؤلفاً آخر اسماه (في روح الحقوق وفي نسبيتها , النظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق ). (2)  
(1) د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / ج 1/ نظرية الالتزام بوجه عام / المطبعة العالمية / القاهرة / 1964/ص917-920.

(2) المصدر السابق/950-951.  
وراجع ايضاً د. عبد المنعم البدر اوي / المدخل للعلوم القانونية / دار النهضة العربية / بيروت/ 1966/ص813.  
والدكتور احمد حشمت ابو ستيت / مصادر الالتزام / ج2/1954/مطبعة مصر/ ص429.  
ومبنى هذه النظرية ان الحق يحدد في نطاق مضمونه ويخضع في حالة استعماله الى شروط مختلفة وعند الخروج عن هذه الحدود او عدم ملاحظتها يكون صاحب الحق قد تصرف في الواقع بدون حق. اما التعسف فيوجد حيث يكون صاحب الحق قد مارسه حقه في الحدود التي يعينها القانون , الا انه قد انحرف بالغرض من استعماله له بحيث جعل قصد الاضرار بالغير مثلاً , هو الغاية من هذا الاستعمال . فالتعسف والحالة هذه عمل مشروع في حد ذاته , الا انه تم في ظروف اضفت عليه صفة التعسف لاعتبارات اجتماعية هدفها التوفيق بين مصالح صاحب الحق والمصلحة العامة للمجتمع . (1)

فهو فعل غير مشروع استعمال المرء لحقه الشخصي , الذي وان لم يكن متجاوزاً فيه الحدود المادية الموضوعة لهذا الحق . الا ان استعمالها لم يكن وفق الغاية التي يهدف اليها ذلك الحق . (2) ويقول الدكتور سليمان مرقس بشأن هذه النظرية (اصبح ما كتب في هذه النظرية لها وعليها , لا يمكن ان يقع تحت حصر , فضلاً عن تشعب الاراء وتعددها في شأن تطبيق النظرية , تشعباً وتعدداً جعلها تبدو كالعابرة الكثيفة يتعذر على من يسلكها ان يرى فيها طريقاً واضحاً ) . (3)

لقد ناهض هذه النظرية كثير من الفقهاء , وعلى رأسهم (بلانيول) و (ريبير) و (ديمولومب) و (أسمان) , وتعرضت لنقدين اساسيين :

الاول شكلي قال به (بلانيول) ومضمونه ان هذه النظرية تناقض نفسها لانها تفترض عدم مشروعية الاعمال التي يأتيتها الانسان عند مباشرة حقه في حدود هذا الحق. في حين ان الحق ينتهي حتماً عندما يبدأ التعسف , (4)  
(1) د. محمد كامل مرسي شرح القانون المدني / ج2/ مصادر الالتزام / 1955/المطبعة العالمية / القاهرة / ص86.

(2) د. حسين عامر / المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية/ ط1/ مطبعة مصر / 1956/ص265.

(3) د. سليمان مرقس / المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية / القسم الاول / الاحكام العامة / 1971/ص323.

(4) جاء في قرار محكمة تمييز العراق (690 / اجراء/ 1954 في 1954/11/24) الاتي (ان الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف ويعتبر تعسفاً في استعمال الحق اذا قصد الدائن في استعمال حقه الاضرار بالمدين) (مجلة القضاء/ 1955/ع1 ص128 .

اذا لا يمكن ان يكون العمل الواحد مشروعاً وغير مشروع في نفس الوقت . فعنصر الخطأ لا يتوفر ان الا في حالة العمل غير المشروع , على حين استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن ان يكون غير مشروع. والمسؤولية التقصيرية لا تقوم الا حيث يتعدى الانسان حدود حقه. والعمل غير المشروع هو العمل المخالف للحق اي الذي لا يرتكز الى حق , ولما كانت الحقوق محدودة وغير مطلقة فعلى ذلك ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق هو في الواقع هو عمل لا يستند الى حق اي ان نظرية التعسف لم تات بجديد. (1)

ويرد انصار هذه النظرية على نقد (بلانيول) من انه محض تلاعب بالالفاظ عندما يدعى ان العمل لا يمكن ان يكون مشروعاً وغير مشروع في آن واحد . اذ لا مانع مطلقاً من ان يكون عمل الانسان مشروعاً اي يرتكز الى حق كحق الملكية وداخلاً في نطاقه وحدوده , وغير مشروع بمعنى مخالفته للمبادئ والقواعد القانونية العامة .

وأكثر من ذلك ان (بلانيول) قد اعترف بأن اكثر الحقوق ليست مطلقة بل مقيدة من حيث مداها ومن حيث استعمالها , فهو لا يختلف مع انصار النظرية في النتيجة وانما يقتصر اختلافه معهم على اللفظ والتسمية بل هو يتفق معهم على ان الحقوق لم تعد معتبرة سلطات مطلقة لا يسأل الشخص عن استعمالها ولو اضر بالغير وانها صارت سلطات مقررّة تحقيقاً لمصالح معينة فلا يجوز استعمالها لغير تحقيق هذه المصالح (2)

(1) راجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / ج1/ مصدر سابق/ ص951.

والدكتور سليمان مرقس / المسؤولية المدنية / مصدر سابق/ ص321.

- والدكتور احمد حشمت ابو ستيت / مصادر الالتزام / مصدر سابق / ص 427  
والدكتور عبد المجيد الحكيم / مصادر الالتزام / مصدر سابق / ص 513.  
والدكتور سعيد مبارك / التعسف في استعمال الحق / مجلة القانون المقارن / ع 21/1989/ص 30.  
وفريد فتیان / الخطأ تحت ستار الحقوق / مجلة القضاء / الصادرة عن نقابة المحامين العراقية / ع 1/ ص 10 / 1952/ص 25  
وشامل رشيد الشخيلي / التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون / مجلة الحقوق / جمعية الحقوق العراقية / ع 3-4 / ص 6/ 1974 / ص 114.  
(2) راجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / ج 1/ مصدر سابق/ ص 951.  
والدكتور سليمان مرقس / المسؤولية المدنية / مصدر سابق / ص 322.  
والدكتور احمد حشمت ابو ستيت / مصادر الالتزام / مصدر سابق / ص 427.  
والدكتور عبد المجيد الحكيم / مصادر الالتزام / مصدر سابق / ص 513.  
والدكتور سعيد مبارك / التعسف في استعمال الحق / مصدر سابق / ص 30.  
ولكن بتقديرنا ان انصار النظرية هم الذين يتلاعبون بالالفاظ , لان الحق لا يسمى حقاً اذا لم يحميه القانون , والا فهو مصلحة مجردة لا يصح اطلاق لفظ الحق عليها . فأي تصرف لا يحميه القانون يخرج عن نطاق الحق. وهذا ما ينطبق على كافة التصرفات غير المشروعة.  
كما ان هذه النظرية تعرضت لنقد موضوعي اذ رأس (ريبير) الفريق الذي بني معارضته لهذه النظرية من اساسها بالتمسك بالصفة المطلقة للحقوق وعدم التسليم بنسبيتها ومن ثم عدم امكانية الاساءة في استعمالها . كما ان (ريبير) يقول ان الحق يمكن ان يكون محدوداً ولا يمكن ان يكون نسبياً سيما فيما يخص قصد الاضرار بالغير , فهو امر يخالف الاخلاق والعدالة ولا يصح ان يقره القانون بأي حال .(1)  
كما انتقد (مازو) قول (جوسران) من ان استعمال الحق يجب ان يتفق مع الهدف الاجتماعي الذي شرع الحق من اجله , اذ قال (مازو) ان مثل هذا القول هو اقرب للسياسة منه للقانون , ذلك ان كل قاض سوف ينظر الى الهدف الاجتماعي من خلال آرائه ومعتقداته هو , والافضل تطبيق المعيار التقليدي في الخطأ , وهو الخروج عن التمسك المؤلف للرجل المعتاد في استعمال الحق .(2)  
وقد اختار الدكتور (مصطفى مرعي) تسمية اخرى لهذه النظرية , هي الخطأ تحت ستار الحق اذ يقول ( ان تعريف الخطأ وحده كفيل بحل المشكلة . فالخطأ هو عيب يشوب مسلك الانسان لا يتأيه رجل عاقل متبصر . والرجل العاقل المتبصر لا يتخذ حقه وسيلة للأيذاء بل لا يستعمل حقه الا لغرض فيه نفع ظاهر له , تنزهاً منه عن العبث . فمن يصدر في استعمال حقه لا عن رغبته في فائدة يرجوها لنفسه وانما عن رغبة كيدية لغيره , مخطيء حتماً . مثله في ذلك مثل من يستعمل حقه لمجرد التحكم وليس لغرض ظاهر . وخطأ صاحب الحق في الحاليتين ليس اساءة لاستعمال الحق , لان الحق لا تحتمل طبيعته ان يساء استعماله وانما صاحب هذا الحق في الحاليتين يأتي خطأ تحت ستار حقه .(3)  
(1) راجع تفصيل ذلك الدكتور سليمان مرقس / المسؤولية المدنية / مصدر سابق / ص 323- 324.  
(2) راجع الدكتور احمد حشمت ابو ستيت / مصادر الالتزام / مصدر سابق / ص 340 . حيث يؤيد وجه نظر (مازو) ويقول ان هذا النظر جدير بالتأييد.  
(3) مؤلفة في المسؤولية المدنية في القانون المصري/ ط1/ مطبعة نوري/ 1936 / ص 79.  
وقد ايد هذه التسمية ايضاً الاستاذ فريد فتیان / راجع مقالته الموسومة الخطأ تحت ستار الحقوق / مصدر سابق / ص 27.  
ان هذا الرأي وان كان يتفق مع ما قرره (بلانيول) , الا انه يُؤخذ عليه بتقديرنا , رغم سلامة منطقته , ان تسمية الخطأ عند استعمال الحق بالخطأ تحت ستار الحق لا مبرر لها , لان اتخاذ الحق ذريعة لارتكاب الخطأ لا تصلح تسمية للخطأ , فهذا السلوك في حقيقته خروج عن الحق . وحيث ان الخروج عن الحق يستوعب الحالة موضوعية المعالجة , فلماذا نجهد انفسنا ونبحث عن تسمية اخرى مقابلة لها ونقول ان الخطأ اما ان يكون بالخروج عن الحق او تحت غطاءه في حين ان الحالة الثانية بالامكان الاطلاق عليها خروج عن الحق ايضاً.  
ويطلق الفقهاء المسلمون على سوء استعمال الحق ( المضارة من استعمال الحق ) وهذه التسمية افضل من تسمية ( التعسف في استعمال الحق ) لان الاعتراض من ان التعسف لا يجتمع مع الحق باعتبارهما نقيضين لا يرد على تعبير ( المضارة في استعمال الحق ) .(1) وبتقديرنا ان هذه التسمية لا تخلو من المواخذة ايضاً لان استعمال الحق



قد ينتج عنه ضرر غير عدواني لا ينهض به الضمان عملاً بقاعدة ( الجواز الشرعي بِنافي الضمان) وبالتالي فأن هذا النوع من الضرر يدخل ضمن تسمية (المضارة في استعمال الحق).

(1) راجع الدكتور سعيد مبارك / التعسف في استعمال الحق / مصدر سابق / ص50/هامش70.

#### المبحث الرابع

( موقف الفقه الاسلامي )

يرى الكثير (1) ان الفقه الاسلامي له ثلاثة اتجاهات في هذا الموضوع . (2) الاول يمثل الجمهور ويذهب الى اطلاق الحقوق وعدم الضمان ولو انتج الحق اضرار بالغير , عملاً بالقاعدة الكلية ( الجواز الشرعي بِنافي الضمان ) . فالحق ضمن حدوده الشرعية نافذاً على اطلاقه لا يقيد به ولا يحده حد. لكن هذا الحق مقيد بقيد هو ان يكون استعمال الحقوق في حدوده الشرعية والقانونية . اما اذا جاوز الاستعمال تلك الحدود وتعداها الى حقوق الغير , فعندئذ يجب الضمان على الفاعل المتعدي . لان هذه النتائج لم تعد محصورة في حقه وملكه بل جاوزت ذلك الى حقوق الآخرين وملكهم . وبهذا الصدد يقول الامام ابو حنيفة ( من يتصرف في ملكه لا يمنع وان كان يتضرر جاره به ) . (3) ويقول الامام الشافعي ( لا يحمل المرء من التصرف في ماله ما ليس بواجب عليه , وان الرجل له ان يفعل في ماله ولو اضر هذا بغيره , بل ولو اضر بنفسه ايضاً ) . (4)

(1) راجع الدكتور صبحي محمصاني / النظرية العامة للعقود والموجبات / مصدر سابق / ج1/ص44-55. والشيخ علي الخفيف / الضمان في الفقه الاسلامي / القسم الاول / المطبعة الفنية الحديثة/ 1971 / ص94 وما بعدها.

والدكتور سليمان مرقس / المسؤولية المدنية / مصدر سابق / 340 وما بعدها .

والدكتور سعيد مبارك / التعسف في استعمال الحق / مصدر سابق / ص49.

(2) لا نرى سلامة هذا الاستنتاج وسنبين اسباب ذلك لاحقاً.

(3) الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان / للشيخ خير الدين الرمي/ ج2/2/1300هـ/ ص305.

(4) الام/للامام الشافعي / مع مختصر المزني / مطبعة الشعب / ط1/1968 / ج2/ ص222.

ويقول ابن حزم الظاهري ( لا ضرر اعظم من ان يُمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة نفع غيره , فهذا هو الضرر حقاً ) . (1)

اما الاتجاه الثاني , فهو ما ذهب اليه الامام (ابو يوسف) واخذت به مجلة الاحكام العدلية , فينسب اليه قد اعتمد اساسه قاعدة ( درء المفسد اولى من جلب المنافع ) . وكان من اثارها ان ينظر الى الحقوق نظرة اجتماعية خالصة وان يفهم منها انها شرعت لغاية معينة تعود للمصلحة العامة وانها مقيدة بهذه الغاية مربوطة بها , وبذلك لا يجوز منع احد من التصرف في ملكه ابدأ الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً. (2)

(1) المحلى / لابن حزم/ ح8/ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر / بيروت / بلا سنة طبع/ ص241.

(2) جاء في المادة (1197) من مجلة الاحكام العدلية (لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابدأ الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً).

راجع ايضاً جامع الفصولين / لابن قاضي سيماونه / ج2 / ط1/ المطبعة الكبرى الاميرية ببو لاق / مصر/ 1901هـ / ص266.

وقد اعتمد القضاء العراقي هذا التوجه حيث جاء بالقرار رقم (2026/ح/1956 في 1956/12/5) (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز مخالف للقانون , وذلك حيث تبين من تقرير الخبراء ان الضرر الذي زعموا وجوده هو عدم دخول اشعة الشمس والهواء. وحيث ان المادة (1051) من القانون المدني لم ترد بصورة مفصلة انما قالت – بأن لا يجوز للمالك ان يتصرف بملكه تصرفاً مضرراً بالجار ضرراً فاحشاً – فلا بد لنا من الرجوع الى احكام الشريعة تطبيقاً للمادة الاولى من القانون المدني. وعند الرجوع الى احكام المجلة المستقاة من الشريعة الاسلامية نجد ان المادة (1201) منها لا تعتبر سد الهواء ومنع دخول الشمس من الاضرار الفاحشة . لهذا وحيث تبين من تقرير الكشف ان الضياء لم يسد عن غرفة المدعى عليه بالكلية فلا يعتبر الضرر المذكور فاحشاً لهذا قرر نقض الحكم ) مجلة القضاء/ع3/س15/1957/ص402.

- وراجع ايضاً القرار رقم (116/ح/1954) مجلة القضاء /ع3/س12/1954/ص91.

- والقرار رقم 661/ح/62/في 1962/3/27 ( مجلة القضاء /ع1-2/1962/س20/ص625.



- والقرار رقم (1651/ح/1960 في 13/6/1960) مجلة القضاء /ع4-5 / س18/1960 / ص625.
- والقرار رقم (27/استئنافية / 1969 في 31/5/1969) قضاء محكمة التمييز / المجلد السادس / 1972/ص262.

اما الاتجاه الثالث , فقد قال به الشاطبي ومضمونه ان نية الاضرار هي وحدها الفاصل بين الفعل المباح والفعل الممنوع والفاصل بين حسن الاستعمال واساءته . فاذا كانت هذه النية حسنة فلا سبيل الى منع صاحبها من استعمال حقه ولو تضرر الغير منه ضرراً فاحشاً . اما اذا كان لا يقصد من استعمال حقه الا الاضرار بالغير . فهو ممنوع من ذلك ومسؤول بالضمان . وبهذا الصدد يقول الشاطبي ( لا اشكال في منع القصد الى الاضرار , من حيث اضرار لثبوت الدليل على انه لا ضرر ولا ضرار , لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع وقصد اضرار غيره , ايمنع فيصير مأذون فيه , ام يبقى على حكمه الاصلي من الاذن ويكون عليه اثم ما قصد ) .(1)

#### الخلاصة

( رأينا في الموضوع

عرفنا سابقاً ان الحق هو مصلحة يحميها القانون . فعنصرا الحق هما المصلحة المشروعة والحماية القانونية . فالحق اذن في وجوده مصلحة . ولكن ليست اية مصلحة وانما هي مصلحة اعترف بها القانون فأسبغ عليها حمايته . وتحقق الحماية القانونية بفرض مجموعة من الالتزامات على شخص معين او على الناس كافة موضوعها احترام هذه المصلحة وتمكين صاحبها من الحصول على المزايا او مباشرة السلطات التي تنطوي عليها . فالمصلحة هي عبارة عن مجموعة من المزايا , وتعبير اخر هي مركز واقعي يعطي من يحتله وصفاً متميزاً عن سواه من الناس . فأذا اضيفت الحماية القانونية الى المصلحة تحول المركز الواقعي الى مركز قانوني وتجمع له بذلك عنصرا الحق . والتحق من وجود الحق , يقتضي التحقق من اعتراف القانون بالمصلحة وحمايته لها . وبغير هذا الاعتراف تظل المصلحة عاجزة عن ان تكون حقاً . ان هذه الحماية يجب ان تمتد لوسائل استخدام الحق , لكي يتحقق الاتساق بين قواعد القانون , اذ يصطدم المنطق ان يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الافعال التي يستعمل بها , فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد الحق من كل قيمة . فأذا قرر الشارع حقاً , اقتضى ذلك تحديد وسائل استعماله اي توفير الحماية القانونية التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق . وهذا يعني ان يكون الفعل استعمالاً للحق ويعترف القانون بهذا الاستعمال , اي كونه استعمالاً مشروعاً للحق . ولا توجد صعوبة في التاكيد من ان يكون الفعل استعمالاً للحق . فالضابط في ذلك ان الحق باعتباره مصلحة هو مجموعة من المزايا . فكل فعل يسعى به صاحب الحق الى استخلاص هذه المزايا والاستمتاع بها هو وسيلة الى استعمال هذا الحق . فالبحث لا يقتضي غير تحديد المزايا التي يخولها الحق ثم تحديد المزايا التي من شأن الفعل ان يأتي بها والتحقق بعد ذلك من تماثلها . ولكن البحث في اعتراف القانون بهذا الاستعمال يعتبر موضوعاً عسيراً , او هو بحث في تكييف قانوني لا استعمال الحق , وما اذا كان استعمالاً يعترف به القانون ويقره ويصفه تبعاً لذلك بانه استعمالاً مشروع ام ينكره فيجدره تبعاً لذلك من صفة الاستعمال المشروع.

(1) الموافقات في اصول الشريعة / لابي اسحاق الشاطبي اللخمي الغرناطي المالكي / اخراج محمد عبد الله دراز / ح2/ مطبعة الشرق الادني / مصر / بلا سنة طبع / ص349.

وحيث ان الحق دون استعمال لا قيمة له كما بينا سابقاً فان وسائل استعماله تعتبر امتداداً له . يترتب على ما تقدم ان لكل حق حدود يتقيد بها وان الفعل لا يعد استعمالاً للحق الا اذا كان داخل في نطاق الحق كما ترسمه حدوده . ومن جانب آخر , اصبح من المسلم به ان كافة الحقوق نسبية , ولا يعرف القانون الحديث حقوقاً مطلقة من كل قيد . فالحقوق كلها نسبية يضع القانون لها من الحدود ما يكفل التوفيق بين مصلحة صاحب الحق والمصلحة العامة . فأذا كان الحق في ذاته مصلحة لمن يقرره القانون له , فان القانون لا يسمح بان يكون مصدر سلطة مطلقة لصاحبه بحيث يؤيد استعماله الى الاضرار بالمصلحة العامة . ويتضح من ذلك ان مصدر القيود التي ترد على الحق ليس التزاماً عاماً يفرضه القانون على صاحب الحق بان يراعي المصلحة العامة في استعماله . اذ يناقض هذا القول ما تنص به بعض الحقوق من انطوائها على اعتراف القانون بمصلحة خاصة لمن قررت لهم . وانما مصدر هذه الحقوق هو التنظيم القانوني الذي يحصر كل حق في نطاق معين ويرخص لصاحبه ان يستعمله في هذا النطاق على النحو الذي يراه ملائماً طالما انه لا يخالف قاعدة قانونية . فالحق كما عرفنا يخول صاحبه مزايا , وقد يكون من شأن حصوله على هذه المزايا الاضرار بالغير او المصلحة العامة , وقد رسم القانون لكل حق حدوداً مبتغياً بذلك التوفيق بين المزايا المخولة لصاحب الحق والمصالح الجديرة بالاعتبار بحيث لا يكون من

شأن استعمال الاول المساس بالثاني . ولكن القيود الخاصة بكل حق غير كافية لتحقيق هذا التوفيق على النحو الذي تقتضيه مصلحة المجتمع فثمة قيود عامة ترد على استعمال الحقوق كافة. والقيود العامة مستخلصة من المبادئ القانونية العامة اذ لا وجود قانوني للحق الا في داخل قيوده ومن ثم لا يقال عن الفعل انه استعمال للحق الا اذا كان استعمالاً له في نطاقه القانوني الذي تحدده له قيوده . ان القيود العامة , قد تكون ذات طابع موضوعي وقد تكون ذات طابع شخصي . وقد نصت عليها معظم التشريعات .(2)

(1) راج المادتين (6) و (7) من القانون المدني العراقي .  
والمادتين (4) و (5) من القانون المدني المصري .  
والمادتين (5) و (6) من القانون المدني السوري .  
والمادتين (4) و (5) من القانون المدني الليبي .

وجاء في المادة الثانية من القانون المدني السويسري ( يجب على كل شخص ان يستعمل حقوقه وان يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي ترسمها حسن النية . اما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون ) . ونصت المادة (226) من القانون المدني الالماني على انه ( لا يجوز استعمال حق لمجرد الاضرار بالغير ) ونصت الفقرة الثانية من المشروع الفرنسي الابطالي على ماياتي ( يلتزم ايضاً بالتعويض كل من اوقع ضرراً بالغير , بأن جاوز في استعماله لحقه الحدود التي يقيمها حسن النية او الغرض الذي من اجله اعطى هذا الحق ) . ويقصد بالقيود الموضوعية , التيقن من كون الفعل من حيث الجسامة والضرر اقل الافعال التي يتصور ان يستعمل الحق عن طريقها . وان يكون ثمة تناسب بين المزايا التي يحققها الفعل والضرر الذي يحتمل ان يترتب عليه . فاذا كان في وسع شخص ان يستعمل حقه عن طريق افعال متنوعة متفاوتة في جسامتها وضررها فانه يتعين عليه اختيار اقلها جسامة وضرراً . اما بشأن التناسب بين المزايا التي يسعى صاحب الحق الى الحصول عليها بفعله والاضرار التي يحتمل ان تترتب عليها , فقد اشارت اليه الفقرة (2) من المادة (7) من القانون المدني في قولها (ويصبح استعمال الحق غير جائز... اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها) . ويبرر هذا الحكم ان القانون لا يعترف بالاستعمال الشاذ للحق , فأن قرر حقاً فهو يفترض استعماله على النحو الطبيعي المألوف . وقد حدد المشرع معيار الاستعمال الطبيعي المألوف مستعيناً بفكرة التناسب . ويقوم ضابط التناسب بين ما يحققه الاستعمال من مزايا وما يفرض اليه من ضرر . فاذا لم يكن بينهما اختلال ظاهر يتحقق التناسب , وغني عن البيان انه لا مفر من الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية بهذه الموازنة واستظهاره الاختلال بين طرفيها وتقديره ما اذا كان ظاهراً محسوساً على نحو ينفي التناسب .

اما بشأن القيود ذات الطابع الشخصي , فيقصد بها اشتراط حسن النية عند استعمال الحق . اذ من الشروط الاساسية لاستعمال الحق ان يتوافر فيه حسن النية . فلكل حق حدود شخصية الى جانب حدوده الموضوعية , ولنوعي الحدود ذات الاهمية القانونية . فكما يتحقق الخروج على الحق بتجاوز حدوده الموضوعية فكذلك يتحقق هذا الخروج بتجاوز حدوده الشخصية . والمراد بحسن النية في استعمال الحق ان تلتزم حدوده الشخصية , وبذلك يكون تحديد حسن النية مقتضياً ببيان المراد بالحدود الشخصية للحق . والسند القانوني للقول بهذه الحدود ان استعمال الحق لا يجوز ان يكون وسيلة لادراك غايات غير اجتماعية . فالقانون لا يقر استعمال الحق اذا كشف عن نوايا غير اجتماعية فاتخذ وسيلة للتعبير عنها وتحقيقها . ولا صعوبة في تبرير ذلك . فالقانون لم يعترف بالحق للشخص كي يكون وسيلة لاضراره بالمجتمع وانما اعترف له به كي يساهم عن طريقه في نشاط المجتمع , ومن ثم كان شرط الاستعمال المشروع للحد ان يستهدف غاية اجتماعية , اي غاية متلائمة مع التنظيم القانوني للمجتمع . وهذا القول يصنق على الحقوق التي تستهدف بطبيعتها مصالح خاصة لاصحابها كحق الملكية , اذ يتعين ان يستهدف استعمالها تحقيق هذه المصالح على نحو لا يتعارض مع المبادئ العامة للتنظيم القانوني للمجتمع , فأن استهدف تحقيقاً لها على نحو متعارض مع هذه المبادئ لم يكن ذلك استعمالاً مشروعاً للحق وان كان داخلاً في حدوده الموضوعية . ومعيار حسن النية نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (7) من القانون المدني بقولها (ويصبح استعمال الحق غير جائز... أ- اذ لم يقصد بهذا الاستعمال سوء الاضرار بالغير... ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة ) .

ويعني ذلك ان حسن النية في استعمال الحق يتطلب امرين ,  
الاول , هو انتفاء قصد الاضرار , والثاني هو شرعية المصالح التي يرمي استعمال الحق الى تحقيقها . ويتوفر سوء النية اذا انتفى هذين الامرين او كلاهما .

يظهر من كل ما تقدم ان الخلاف في حقيقته ليس في الخروج عن الحق او التعسف في استعماله . بل في اطلاق الحق وتقييده . فمن المسلم به انه لم يعد هناك حق مطلق فالاطلاق متأث من النظر الى الحقوق بحدودها المادية . ولكن الحق لا يعد حقا الا اذا اعترف به القانون وحماه وهذا لا يمكن الا اذا قيده من الناحيتين الموضوعية والشخصية , ومتى ما تم تحديد الحق قانوناً , فلا مجال بعد ذلك للقول بالتعسف في استعمال الحق . فهذه التسمية يصح اطلاقها اذ لم يحدد الحق مطلقاً ويكون نطاقه حدوده المادية . لهذا السبب فضلنا استخدام الخروج عن الحق عن بقية التسميات للتعبير عن صور الخطأ. ان هذا القول يصح على موقف الفقه الاسلامي فالفقه الاسلامي عموماً يرى الحق مطلقاً ولكن بحدوده الشرعية وهذا القيد الاخير كفيل بجعل الحق وسيلة لا غاية بحد ذاتها. وقد دلت على ذلك جميع القواعد الشرعية التي تمنع الحاق الضرر بالغير وتدفع المفساد وتجلب المنافع واليسير والتوازن بين الحقوق والواجبات.

#### المصادر

اولاً: المصادر القانونية :

- 1- د. احمد حشمت ابو ستيت/مصادر الالتزام /ط1/ مطبعة مصر / 1954.
  - 2- د. احمد محمد ابراهيم / قانون العقوبات / ط2/ مؤسسة المطبوعات الحديثة/ الاسكندرية / 1958.
  - 3- د. حسين عامر / المسؤولية المدنية التقصيرية / ط1/ مطبعة مصر / 1956.
  - 4- د. سعيد مبارك / التعسف في استعمال الحق/ مجلة القانون المقارن/ ط1ع / 21 / 1989.
  - 5- د. سعيد مصطفى السعيد / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ط2/ مكتبة النهضة العربية / القاهرة / 1953/
  - 6- د. سليمان مرتضى / المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية / القسم الاول / الاحكام العامة / 1953.
  - 7- شامل رشيد الشبخلي / التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون / مجلة الحقوقي / جمعية الحقوقيين العراقية / ع3-4/ السنة السادسة / 1974.
  - 8- عبد الرحمن البزاز / مبادئ اصول القانون / مطبعة العاني / بغداد / 1954.
  - 9- د. عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط / ج1/ نظرية الالتزام بوجه عام/ المطبعة العالمية / القاهرة / 1964.
  - 10- د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في القانون المدني / ج1/ مصادر الالتزام / ط2/ مطبعة العاني / بغداد / 1974.
  - 11- د. عبد المنعم البدر اوي / المدخل للعلوم القانونية / دار النهضة العربية / بيروت / 1966.
  - 12- د. عبد المنعم فرج الصدة / اصول القانون/ منشأة المعارف/ الاسكندرية / 1964.
  - 13- د. علي احمد راشد/ مبادئ القانون الجنائي / ج1/ مبادئ التجريم والمسؤولية الجنائية/ ط2/ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر / القاهرة / 1950.
  - 14- د. عوض احمد الزغبى / المدخل الى علم القانون / مكتبة الجامعة / الشارقة .
  - 15- د. فخري عبد الرزاق الحديثي/ شرح قانون العقوبات العام القسم العام/ مطبعة الزمان/ بغداد / 1992.
  - 16- فريد فتیان/ الخطأ تحت ستار الحقوق / مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية / ع1/ س10 / 1952.
  - 17- د. محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / شرح على متون النصوص الجزائية / ط1/ مطبعة العاني / بغداد / 1974.
  - 18- د. محمد ابراهيم الدسوقي / النظرية للقانون والحق / ج2/ بنغازي / 1989.
  - 19- د. محمد كامل مرسي/ شرح القانون المدني / ج2/ مصادر الالتزام / المطبعة العالمية/ القاهرة / 1955.
  - 20- د. محمد مصطفى القلبي/ المسؤولية الجنائية / مطبعة جامعة فؤاد/ القاهرة / 1948.
  - 21- د. مصطفى مرعي/ المسؤولية المدنية في القانون المصري / ط1/ مطبعة نوري / 1936.
  - 22- د. محمود نجيب حسين/ اسباب الاباحة في التشريعات العربية/ المطبعة العالمية / القاهرة / 1962.
- ثانياً: المصادر الشرعية
- 1- الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان / للشيخ خير الدين الرمي/ ج2/ 1300 هـ.
  - 2- الام / للامام الشافعي / مع مختصر المزني / مطبعة الشعب / ط1/ 1968.



- 3- المحلى / لابن حزم الظاهري/8/ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر / بيروت/ بلا سنة طبع.
- 4- جامع الفصولين/ لابن القاضي سيماونه/ج2/ط1/المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق/مصر /1301هـ.
- 5- مجمع الضمانات / لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي /ط1/ المطبعة الخيرية /مصر /1308هـ.
- 6- الموافقات في اصول الشريعة /لابي اسحاق الشاطبي اللخمي الغرناطي المالكي/ اخراج محمد عبد الله دراز / ج2/مطبعة الشرق الادنى/مصر/بلا سنة طبع.
- 7- الضمان في الفقه الاسلامي / الشيخ على الخفيف / القسم الاول / المطبعة الفنية الحديثة /1971.
- 8- مصادر الحق في الفقه الاسلامي / د.عبد الرزاق السنهوري/ج1/دار مصر للطباعة /1954.
- 9- الحكم التخييري/ نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء/ د.محمد سلام مدكور/دار النهضة العربية / المطبعة العالمية / القاهرة / 1963.