

The concept that right entails responsibility: A reconciliatory approach

Manal Alhadi Dhaw *

Department of Private Law, Faculty of law, University of Tripoli, Libya.

*Email: mnooabdo020@gmail.com

تصور فكرة استعمال الحق يتحمل المسؤولية (نظرة توفيقية)

منال الهادي ضو*

قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا

Received: 05-11-2025	Accepted: 25-12-2025	Published: 04-01-2026
	Copyright: © 2026 by the authors. This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).	

Abstract

A legal principle constitutes a foundational framework employed by the legislator as a guide and point of reference when drafting legislation. Accordingly, it may be argued that legal principles give rise to, and underpin, legal rules. Identifying such principles therefore presupposes familiarity with the rules derived from them, as these rules are grounded in the principles upon which they are established.

In this sense, a general legal principle serves as an objective basis for legal construction. Hence, it may be stated that a general principle represents an overarching concept capable of generating a variety of legal solutions. From this concept, specific legal rules are derived. This necessitates the analytical examination of a group of legal rules related to a particular legal system, as demonstrated in this study through the analysis of rules pertaining to good faith, termination, and regulations governing unfair dismissal.

Such analysis aims to distil the essence of each rule by removing its specific and detailed components. Consequently, the process of identifying legal principles is indispensable, since every legal rule can be situated within a broader category of applications. Importantly, this serves only as a point of departure rather than a definitive endpoint.

Keywords: Restraint of absolute liberty; Prevention of deviation from justice; Abuse of rights; Protection of parties; Legal liability.

الملخص:

المبدأ يمثل مجموعة من الأسس يتخذها المشرع دليلاً ومرشداً له عند وضع النصوص القانونية وبالتالي يمكننا القول إن المبادئ تؤسس للقواعد القانونية ومن ثم عملية اكتشافها توجب معرفة الأخيرة لأنها تأسست

عليها. فالمبدأ العام يمثل المرجعية الموضوعية لبناء النص . وتأسساً على ذلك يمكننا القول المبدأ العام هو فكرة عامة تصلح أن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية للتوفيق بين إطلاق الحق كقيمة فردية وضرورة المسؤولية (كضرورة اجتماعية) ، ومن ثم لكي يستخرج وجوب القيام بعملية تحليل لمجموعة من القواعد القانونية المتعلقة بنظام قانوني معين من أجل استبعاد خصوصيات كل قاعدة وتفاصيلها، وبالتالي عملية اكتشاف المبادئ ، لأنه حكم تدرج تحته مجموعه لا متناهية من التطبيقات ، وهذه الخلاصة نقطة البداية .

الكلمات المفتاحية: البعد الأخلاقي لتقييد الحرية المضطهدة - منع الانحراف عن الحق - ضوابط عدم التعسف . حماية الأطراف من إساءة استعمال الحقوق – تحقق المسؤولية كجزاء .

مقدمة:

الحقيقة الدامغة تقول بأن نظرية التعسف⁽¹⁾ في استعمال الحق أفرزها الواقع استجابة لنداء العدل ونكرست بأحكام وقرارات قضائية جريئة لأن الحق أحق أن يُبيَّن والعدل أولى بالنطق ، وتأثرت القوانين الحديثة بما توصل إليه القانون الروماني والقضاء الفرنسي والفقه الإسلامي خاصة القوانين العربية ، حيث عرفتها كنظرية عامة تتبسط على كافة نواحي فروع القانون . وتكتسي أهمية الموضع في تبنيه من معظم التشريعات الحديثة في فروع القانون المختلفة ولم تقتصر على القانون المدني فقط بل امتدت لتشمل القانون الإداري ، قانون العمل ، القانون التجاري ...⁽²⁾ . فهل هذا التأثر يدل على أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية لهذا القانون مما يثير الشك حول طبيعتها؟ .

ومن هنا فإن هدف الباحثة للموضوع من دراسة هذا الموضوع زاوية معينة هو تصور لفكرة التعسف من حيث تقيده أو ارتباطه بفكرة الحق ، كوسيلة للرقابة على استعماله وفق ضوابط تحكمه حتى لا يدخل في دائرة العمل غير المشروع ، والمثير للاهتمام هو إبراز مدى شمول وتطبيق فكرة التعسف لجميع الحقوق⁽³⁾ ، ومن خلال هذا الهدف الرئيسي نستطيع طرح مجموعة من التساؤلات كونها مشكلة الدراسة التي انبثقت من الهدف نفسه ويمكن صياغتها على النحو التالي :

-هل تجد نطاق تطبيقها في الحقوق المقيدة دون المطلقة ، وهل الحق هو الرخصة ؟

-هل التعسف يُعدُّ الخروج عن الرخصة أو الخروج عن حدود الحق؟

- و لقاعة الباحثة بأن معرفة التأصيل القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق شيء ذو أهمية بمكان معرفته والوقوف على حقيقته فالامر صار متعلق بالمسؤولية ، فهل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ النصيري؟ أم مبدأ عام للقانون وهو مستقل عن الخطأ؟

1- التعسف لغة يأخذ معنى الجور والظلم والانحراف عن الغاية أو الوجهة المقصودة ، فقد جاء في القاموس المحيط عسف عن الطريق ويعسف مال وعدل وتعسف أو خبطه على غير هداية والسلطان ظلم ، وعسفه تعسفيا : اتعبه وتعسفه ظلمه وانعسف : انعطف والعسوف الظلوم .

أما معنى التعسف اصطلاحاً فهو انحراف صاحب الحق عن الغاية التي من أجلها منح هذا الحق فلكل حق غاية منح من أجلها قد تكون اجتماعية أو اقتصادية فانحراف صاحب الحق أثناء استعماله لحقه عن هذه الغاية يتحقق التعسف . وعرفها البعض استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانوناً بكيفية تتحقق ضرر بالغير ، بمعنى الاستعمال في حد ذاته مشروع لكن نتائجه غير مشروعة . أما بالنسبة لتعريف التعسف في الفقه الإسلامي لم يعروفوا في البداية إلا تطبيقاته ، لكن بعض الفقهاء المعاصرین عرفه بأنه من مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل .

2- هذا المبدأ العام نصت عليه تشريعات الدول العربية والمقارنة كالمشرع المدني المصري في المادة الرابعة والستون والليبي في المادة الرابعة وفي القانون الفرنسي لا يوجد تنظيم عام للاستعمال غير المشروع وبالتالي لا يمكن أن تقوم نظرية عامة على تطبيقات مبعثرة في القانون لأنها يقوم في الأصل على فكرة الحق المطلق .

وكون محاولة التوفيق بين هذين الاتجاهين ضرباً من الخيال لذلك ما أحاول الوصول إليه هو تأصيل هذا المبدأ فكان لابد من وضع تصور لفكرة الحق يتحمل المسؤولية ووضع حد فاصل للاستعمال المشرع له وبين الإساءة في استخدامه تحديد الضوابط التي تحكم ممارسة الحق حتى يدخل في دائرة التعسف . وفي سياق الإشكاليات السابقة تجدر الإشارة ، إلى أن منهجية الدراسة ، تُجسد تفاعل عملية فكرية ذهنية ، ومن ثم فهي تعد محاولة لتقديم تحليل في إطار نقي .

و هذه الدراسة كأي دراسة أخرى واجهتها صعوبات في الإطار العملي لأن ذلك يحتاج الوقت والتجاوب من الجهات ذات الاختصاص وحسن المعاملة والصدر الرحيم .

صيغة القول ، كون هذه الدراسة تناقض تصور فكرة استعمال الحق يتحمل المسؤولية وتأصيل مبدأ التعسف في استعمال الحق ، فنحن بحاجة إلى تبني خطة تستجيب لمعالجة هذه الإشكالية . لكونها صاحب ظهورها تغير في مفهوم الحق فينبغي بحث فكري الحق والمسؤولية ، حتى نتمكن من وضع نظرية التعسف في مجالها الصحيح ولكن نورد التطبيقات القانونية والقضائية للنظرية في سياقها الصحيح .

ومن هنا فقد تم تبني التقسيم الثاني لهذه الدراسة ، حيث اشتمل الجزء الأول تقويم الفكر في حد ذاتها بينما اهتم الجزء الثاني بوضعها موضوع التطبيق كفكرة مُجسدة الأمر الذي يظهر في بحث آخر يتناول تلك الجزئية .

المطلب الأول : التأصيل الفلسفى لفكرة تصور الحق يتحمل المسؤولية

المطلب الثاني : التأصيل القانوني (ترجمة البُعد الفلسفى إلى واقع قانوني تطبيقي)

المطلب الأول

التأصيل الفلسفى لفكرة تصور الحق يتحمل المسؤولية

الأصل الفلسفى والقانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق تستند إلى المبادئ العامة للعدالة وحسن النية حيث يفترض أن الحقوق يجب أن تمارس وفقاً للغرض الذى أنشئت من أجله أي استخدام للحق يتجاوز هذا الغرض أو يهدف إلى الإضرار بالآخرين يعد تعسفياً وغير مشروع .

نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر من النظريات القديمة التي ترجع جذورها للقانون الروماني عرفها بمفهوم "abusus iuris" ، فهي لم تكن نظرية عامة في البداية وإنما كانت على شكل مبادئ سائدة آنذاك ، مثل (سوء النية لا يستحق الرعاية) ، (الغلو في الحق غلو في الظلم) ، و كانت لها بعض التطبيقات العملية في تلك الأونة ، مما أثار الفقيه الروماني (ulpien) بأن قال أن من حفر في أرضه بئر أو حفرة وتعمق فيها بحيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى سقوط حائط جاره تقوم مسؤوليته إذا ما حدث تصدع في بيت جاره ، وألزم القضاء من تسبب في مضايقة جيرانه بالتعويض حتى وان حصلت هذه المضaiقات خلال استعمال الحق استعمالاً طبيعياً .

ثم انتقلت من القانون الروماني إلى القضاء الفرنسي (أمام غياب نص صريح وضد اتجاه الفقه السادس) ، الذي اعتبر الشخص يكون متعرضاً في استعمال حقه إذا ما قصد الإضرار بغيره⁽¹⁾ ، وقد كانت له تطبيقات عدة مثل تنظيم العلاقة بين الجيران وأخذ بها القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه ، القانون ينتعش بروح اجتماعية ، فهي تضع الحق في مكانه وترسم له حدوده حتى تتحقق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة ، وتنسق العلاقة بينهما على نحو مرن .

¹ - فرنسا من الدول التي لم يضع فيها المشرع مبدأ التعسف في استعمال الحق ، ولكن أشار إلى الفكرة في حالات مترفة نادرة منها المادة 23 (الانهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة) والمادة 1869 - 1870 من القانون المدني .
(فيما يتعلق بحل شركات الأشخاص المؤسسة لمدة غير محددة) .

إلا أن شريعتنا الغراء كانت سبقة كيف لا وهي التي تأمرنا بالبر والإحسان وحسن المعاملة وتنهي عن التعسف وتعتبره خطيئة مخالفة للدين والأخلاق ، وعرفتها كنظيرية عامة تشمل كافة الحقوق متكاملة ومستقلة إلا أنها ليس مطلقة بل مقيدة بمراعاة المصالح المشروعة ، فعملت على الموازنة بين مصلحة الفرد و مصلحة الجماعة عندما اعترفت بحقوق الفرد و اشترطت أن يكون استعمالها على نحو يكفل الغاية التي من أجلها شرعت وبما لا ينافي قصد المشرع⁽¹⁾ ، أي بما يحقق مصلحة الفرد دون إلحاق الضرر بالغير لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ، فالتوافق بين المصالح من المبادئ التي تقوم عليها الشريعة .

فهل المشرع الليبي أخذ من النظم السابقة مرجعية تاريجية أسس عليها استعمال الحق لوضعه في الإطار المشروع الأمر يستوجب بحث فكري الحق والمسؤولية حتى يمكن وضع نظرية التعسف في سياقها الصحيح .

الفرع الأول استعمال الحق والمسؤولية

ينبغي فك التناقض المزعوم بين فكرة الحق والمسؤولية ، بإثبات العلاقة بين الحق والتعسف علاقة تلازم ، ليتمكن القضاء تأسيس مسؤولية الشخص (على أساس التعسف) إذا أساء صاحب الحق إلى الغير بحجة استعمال حقه المقرر بموجب القانون فالقواعد القانونية لا يؤخذ ظاهرها كستار غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير (تصور الحق كمركز قانوني يترتب عليه واجبات تجاه المجتمع) . لنصل في الأخير إلى نتيجة مفادها تقرير مبدأ نسبية الحقوق (الحق المسؤول) .

وعليه علينا إيضاح حدود هذا المبدأ هل هو مبدأ مطلق أم مقيد ونسبة ؟ وللوصول لهذه الإجابة لابد من إثبات العلاقة بين نظرية الحق ونظرية التعسف هل هناك تلازم بينهما ؟ وإذا كان الأمر كذلك لابد من إزالته أو فك التناقض بين فكرة الحق والمسؤولية ؟ فهل ذلك يمكننا من الوصول إلى تقرير مبدأ نسبية الحقوق ؟ .

أولاً- العلاقة بين نظرية الحق والتعسف علاقة تلازم : 1- تلازم نظريتي الحق والتعسف :

إن نظرية التعسف في استعمال الحق تقييم مسؤولية صاحب الحق إذا أساء استخدامه ، فبدونها تصبح نظرية الحق أهلاً لـ لها من إنكار ، لأنها تعد أدلة لحفظ التوازن الاجتماعي والاقتصادي ، لكن في الفلسفة كما نعلم لدينا المذهب الفري والمذهب الاجتماعي ، لذا نحاول أن نبين ضرورة تلازم نظرية الحق ونظرية التعسف على المستوى الفلسفـي من خلال دراسة أثر المذهب الاجتماعي والفردي على مفهوم الحق لنصل إلى نتيجة مفادها لابد من الموازنة بين مصلحة الفرد والبعد الأخلاقي .

(1)- تحديد نطاق الاستعمال بالمصلحة المشروعة :

لم تكن هناك قيود فيما مضى على استعمال الشخص لحقه ، بل كان له مطلق الحرية في هذا الاستعمال ، وقد أدى ذلك لعدم إخضاع الفرد في استعمال حقه لرقابة ، فلا يجوز منعه من استعمال حقه ، كما لا تجوز مساعلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر بالغير .

و نتيجة الانتقادات التي وجهت للمذهب الفري ظهر المذهب الاجتماعي كرد فعل لها ، ومفهوم الحق هنا لا يعد ميزة وقدرة مطلقة ، بل هو وظيفة اجتماعية يغلب عليها معنى الواجب على معنى الحق . ولكن المأخذ على المذهب الاجتماعي بأنه قضى على فكرة الحق وجعلها مجرد وظيفة اجتماعية دون

¹ - كما عبر فقهاء الشريعة عن ذلك بقولهم (الضرر يزال بالأخف ، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف) ، وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وهذه القواعد لها أهمية بالغة باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر ثانٍ بعد التشريع وانها مصدر تقسيري لأحكام التعسف في استعمال الحق التي تقررت في القانون المدني .

الالتفات للمصلحة الذاتية والباعث الشخصي بل ضر بالجماعة نفسها حيث قتل روح العمل الجماعي وشن نشاطهم وفقدنهم القدرة على الابتكار .

لذلك ذهب أغلب الفقه إلى التخفيف من إطلاق المذهب الفردي في إطار التوازن بين المصلحة العامة والخاصة ، فالفرد إذا كان يهدف لتحقيق مصلحة خاصة يجب لا تتعارض مع مصلحة الغير ، والقانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه ، فإنه يحميه طالما كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال . فإذا استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ، اعتبر مسؤولاً ، لأنه ينحرف بذلك عن الغاية التي من أجلها تقرر الحق وبالتالي يعدً متعسفاً ، وبهذا ظهرت نظرية التعسف ، لكن يجب عدم الخلط بينها وبين الخروج عن الحق .

(2) - القيد بحدود الحق عند الاستعمال :

الخروج عن حدود الحق وتجاوزها يدخل الشخص في نطاق الممنوع ، وفي هذه الحالة يعتبر أي عمل يقوم به الشخص خطأ من جانبه يلزم بالتعويض عن أي ضرر يتسبب عن هذا الخطأ . طبقاً لقواعد المسؤولية مثل التعدي والدخول ملك الجار ، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني .

2 : فك التناقض بين الحق والمسؤولية

حاولت الباحثة إثارة مسألة ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة اجتماعية يحميها القانون ، وهنا يقتضي اخضاع استعمال هذا الحق لرقابة القضاء لضمان عدم الانحراف عن غايته ⁽¹⁾ . وفكرة التعسف تعتبر فكرة ملزمة ومكملة لفكرة الحق ولها كيانها الخاص . وبالتالي تكون فكنا التعارض بين الحق والتعسف في استعماله .

ولم أصل لهذه الفكرة إلا بعد الاطلاع على أشهر الآراء المناهضة لمبدأ التعسف في استعمال الحق على أساس التناقض الموجود بين الحق والمسؤولية (اسمان- بلانيون) ، وفي الشريعة الإسلامية هناك من أطلق العمل بمبدأ الجواز الشرعي ينافي الضمان ، ومن هؤلاء متقدمو الحنفية والشافعية والظاهرية ، هذه الآراء التي ترفض مسؤولية صاحب الحق تمثل رأي القلة في الفقه الإسلامي و الرأي المرجح فيه ، فنجد أن أبا الغزالى وهو شافعى المذهب يأخذ بالتعسف في استعمال الحق ، كما أن أبا يوسف صاحب أبو حنيفة قد أقر التعسف وسار على إثره متأخرى الحنفية مستدلين في ذلك على المصالح المرسلة و الاستحسان وحاجات الحياة الاجتماعية و المبادئ العامة للتشريع الإسلامي ⁽²⁾ .

ويررون أن التعسف في استعمال الحق يرتبط أساساً بالحقوق و التصرفات و يرجع لكونه داخل في نطاقها التي تتسم بالشرعية أصلاً الحق يفترض وجود شخص ليثبت في مواجهته وإلا لم تكن ثمة حاجة أو معنى للحق ، وعلى هذا الأساس عرف الضرر بأنه مساس بحقوق الآخرين ⁽³⁾ ، ومن ثم كان المبدأ العام أنه من يستعمل حقاً لا يكون مسؤوال عن الضرر الذي يحدثه للغير طالما أنه يتصرف في حقه و لم يخرج عليه ، فالناجر الذي يضر غيره من التجار وهو يستعمل حقه في التجارة والمنافسة لا يكون مسؤوال عن الضرر الذي يحدثه لغيره من التجار ، إذا كان ذلك ضمن حدود المنافسة المشروعة ⁽⁴⁾ .

ثانياً - نسبية الحقوق والحقوق الوظائفية :

¹ - النظرة الأنانية للحق أدت إلى ممارسات ظالمة ، مما أدت إلى ظهور بعض الأحكام القضائية التي تصدت لهذه الممارسات في بادى الأمر قبل أن تكون البوادر إلى تجاه اجتماعي جديد بناهض الفردية . قضت محكمة استئناف كولمار في 2 مايو سنة 1855 بأنه (إذا كان المبدأ هو أن حق الملكية مطلق يحول المالك أن يفعل ما يشاء في ملكه فإن استعمال هذا الحق كل حق آخر يجب أن يكون الغرض منه تحقيق مصلحة جدية مشروعة ، إذ قواعد العدالة والأخلاق تتعارض و حماية أي عمل يقصد به منفعة شخصية بل قدص به الإضرار بالغير) . وبناء على هذا قضت المحكمة بهدم مدخنة بنيت لحجب الضوء على عقار الجار وكذلك قضي بهدم سياج عالٍ طلي باللون الأسود لمنع الضوء عن الجار . ذكره أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد 1 ، سنة 17 مارس ، 1947 ، ص 44-45.

² - المواردي ، الحاوي ج 7 ص 275 ذكره محمد وحيد الدين سوار ، النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1986 ، ص 86 .

³ - د جلال العدوى ، الحقوق وغيرها من المرايا القانونية ، ط 1، 1996، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص 61 .

⁴ - أحمد محمد محزز ، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، القاهرة ، 1994 ، ص 9 .

أدى التطور الذي عرفه العالم إلى تقييد الحقوق نتيجة كثرة العلاقات بين الأفراد وزيادة تدخل الدولة ، كما أدى إلى استحداث حقوق جديدة لم تكن معروفة من قبل تلبية لحاجات جديدة . التعسف يرد على جميع الحقوق ، ولكن يتطلب تحديد نطاق التعسف في هذه الحقوق فيما إذا كانت ترد على جميعها أو بعضها ، بمفهوم المخالفة هل تخضع الحقوق المطلقة لرقابة القاضي؟

تناولت هذا الموضوع وفق الآراء الفقهية السائدة ، والبعض يرى عدم امتداد نظرية التعسف إلى طائفة الحقوق المطلقة ، وبالتالي لا تخضع لرقابة القاضي ، ولكن وجهة نظر الباحثة بشأن هذه النظرية جاءت بصيغة عامة ، وهذا يدل على عدم وجود حقوق مطلقة يتمتع بها أصحابها في استعمالها دون خضوعهم لرقابة القضاء .

1 - مضمون مبدأ نسبية الحقوق :

الحقوق ليست مطلقة بل نسبية (فكرة نسبية الحقوق قال بها العلامة جوسران) ، وقد ذكر أن ضمن كيان كل حق يوجد عنصران ، عنصر شخصي وعنصر اجتماعي ، وأن الهدف الأول للقانون هو إعطاء الإمكانيات للعيش بسلام في المجتمع وليس فقط لضمانة حرية الشخصية ، فكل مكنته قانونية هي اجتماعية في منشأها وجوهرها والغاية التي من أجلها منحت هذه الحقوق^(١)! إن الحقوق باعتبارها مزايا يتمتع بها الأفراد في الحياة من أجل تحقيق التوازن بين المصالح فإن هذه الحقوق لا يجوز أن تكون محلًا لقضاء نوازع المكر والخداع والإيذاء والضرر ، فإذا وقع العمل القانوني وكان الدافع إليه إرادة مبيتة في إلحاق الأذى بالغير ، تعين حينئذ لا يستفيد ذلك العمل من حماية القانون ، حتى لو استعمله صاحبه على أنه حقاً مقرراً له ، ما دام قد أليسه لباس الخبيعة والاستهانة .

2 - تقييد الحقوق ضرورة اقتصادية اجتماعية :

أدى تطور العالم إلى تقييد الحقوق نتيجة لكثره العلاقات بين الأفراد وزيادة تدخل الدولة كما أدى ذلك إلى بروز واستحداث حقوق جديدة لم تكن معروفة لتنمية احتياجات جديدة أو اعتبارات اجتماعية اقتصادية أفرزها التطور ، مثلاً لو أجرينا مقارنة بين مالكين لقطعة أرض أحدهما في الريف بعيد عن المدينة وضواعتها لا يحدها إلا جار واحد أو ثلاثة جيران ، والآخر في المدينة يحيط به الجيران من كل جانب ، ما أريد إيصاله أن الذي في الريف يملك حرية ما لا يملكه الذي هو في المدينة من حيث استعماله لحقه ، بينما الذي في المدينة مقدم بعلاقات الجوار .

كذلك انتشار المصانع مثلاً أدى إلى زيادة مضرار الجوار وبالتالي ظهر هنا التعسف في استعمال الحق لأنها تسبب أذى للأخرين كونها ينبعث منها الغازات السامة والدخان وروائح كريهة ومن هنا أدركت الباحثة أن هناك صلة وثيقة بين علاقات الجوار المتنامية والمتطرفة تبعاً لتنامي الاقتصاد ومن ثم زيادة التعسف في استعمال الحقوق ، لذلك تدخل المشرع لتقيد الحق .

بالإضافة إلى ذلك فكرة التعسف واضحة وجلية في الحقوق التي شرعت من أجل مصلحة عامة، فإنها ليست بنفس الدرجة من الوضوح في الحقوق التي شرعت من أجل تحقيق مصلحة ذاتية. لعل حق الملكية يمثل النموذج الأمثل لهذه الطائفة من الحقوق بما مدى وظيفتها الاجتماعية. هذا ما يجب أن نركز عليه ومن ثم استقراء النتائج.

(تقييم الباحث لهذه الرؤية). وما يهمنا في هذا السياق ، هو صلة الوظيفة الاجتماعية للحق بالمسؤولية ، فالأخذ بالوظيفة الاجتماعية للملكية يبرر قبول فكرة التعسّف في استعمال الحق ، عندما يخرج المالك عن الوظيفة الاجتماعية للملكية يكون متعرّضاً لاستعمال حقه ولا يحميه القانون² .

^١ - فكرة نسبية الحقوق أو الغاية التي منحت من أجلها الحقوق نادى بها الفقيه جوسران ، فقد سعى جاهدا في تدعيم نظريته على هذا الأساس في كتابين أصدرهما الأول صدر 1905عنوان de l'a bus des droits فقد جمع في هذا الكتاب الحلول القضائية التي توصلت إليها المحاكم ونظمها وألف بينها بعد تحليل وتمحيص فخرج منها بمبدأ عام ، ثم اتبעהه بكتاب آخر عنوانه روح الحقوق ونسبتها إلى اثنين فنون رؤى في التفسير ، في استعمال العدالة وتطبيقاتها المعاصرة l'esprit des droits et de leur relativité

² - تقييد الحقوق بالوظيفة الاجتماعية هذا يعني مراعاة أن الفرد عضواً في مجتمع يعيش فيه يأخذ منه ويعطيه (مبدأ التضامن) وبالتالي إذا تعارض حق ملكة خاص مع حق عام تقدم المصلحة العامة ، كذلك لو تعارض حق الملكة مع مصلحة هي ، أولئك بالرغم من حق

المطلب الثاني

التأصيل القانوني للبعد الفلسفى للتعسف وترجمته لواقع قانوني تطبيقي

التأصيل القانوني لضوابط التعسف وعدم اساءة استعمال الحق يترجم فكرة تحول الضوابط إلى واقع تطبيقي ؛ فهل بعد الشخص متعرضاً في استعمال حقه إذا لم يتجاوز حدوده والتزم بال نطاق المحدد له ، ولماذا القانون لا يقر هذا الاستعمال ويعده متعرضاً رغم عدم تجاوز حدود الحق ؟ وما هي هذه الحدود التي يخضع فيها صاحب الحق (رغم استعماله يكون داخل نطاق الحق) لرقابة القضاة ؟.

إذا مسألة النظام القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هي محل خلاف بين الفقهاء فهم لم يتفقوا على المعايير التي تميز بها حالات التعسف (النظام القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق الفرع الأول) ، ولم يتفقوا حول مسألة الآثار المترتبة عن (تحقق المسؤولية) تجاوز حدود الحق ودور القاضي في حماية الحقوق ورد التعسف الاجرائي والموضوعي الفرع الثاني .

الفرع الأول : النظام القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق
أولاً- ضوابط التعسف في استعمال الحق

كان معيار التعسف في البداية شخصياً يتحمّل حول نية صاحب الحق ، ثم تطور إلى معيار موضوعي ، يدور حول تقدير قيمة التصرف و علاقته بغيره من الحقوق وعلاقة هذه الأخيرة بالمجتمع ، فأصبح للتعسف جوانب شخصية وموضوعية متكاملة يلجأ إليها القاضي لتقدير مشروعية مزاولة الحق من عدمه ، ولذلك حاولت تبيان هذه الأمور على النحو التالي :

1- قصد الإضرار بالغير :

هذا المعيار من أقدم المعايير في التشريعات القديمة (القانون الروماني – القانون اللاتيني) وفقاً له يعتبر الشخص متعرضاً في استعمال حقه إذا توافرت نية الإضرار بالغير ، لأن يغرس الشخص أشجاراً في أرضه أو يقيم سياجاً عالياً يطلبه باللون الأسود باعتباره صاحب حق ، لكن بنية حجب النون عن جاره .

وقد نصت الشريعة على هذا المعيار في القرآن الكريم بقصد استعمال حق الوصية من أجل الإضرار بالورثة .

ونظراً لكون هذا المعيار يقلص من نطاق النظرية باعتباره عنصراً نفسيّاً ، وقاصرًا عن استيعاب جميع حالات التعسف ، فضلاً عن صعوبة إثبات الإضرار من الناحية العملية ، عرف الفقه معايير أخرى .

2- عدم تناسب الفائدة من استعمال الحق مع جسامته الضرر :

هذا المعيار موضوعي يقوم على التفاوت بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق ، ويرجع تقدير التفاوت للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث يمكن للقاضي أن يعتبر التصرف باطلًا إذا تبين أن استعمال الحق كان تعسفياً .

ولهذه الصورة تطبيقات عديدة منها نص المادة (2/827) التي تقضي (ليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي ، إذا كان يضر بجاره الذي يسْتَرْ ملْكَهُ بالحائط) .

ولكي يعتبر الهدم مشروعًا لابد من أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود مالك الحائط من هدمه ، وبين الضرر الذي يلحق بجاره ، وقد عمل الفقه الإسلامي على وضع ضوابط وقواعد شرعية يعتمد القاضي عليها للوصول إلى القول بجدية المصلحة أو تفاهتها .

و عملاً بهذه الضوابط يتم تقدير ما إذا كانت المصلحة ضرورية أو تحسينية ، و ما إذا كانت خاصة أو عامة ، وبعد تحديد هذه المصالح المتعارضة للوصول إلى رجحان المصلحة أو عدم مشروعيتها ، يتعين

المالك فتقدم هذه الأخيرة مع دفع تعويض عادل للمالك . إذا حق الملكية الاتجاه الاجتماعي يوسع نطاقها إلى ابعد حد بينما الاتجاه الفردي يضيق نطاقها إلى أقصى حد ، فالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تظهر حسب خلفية الأيديولوجية والفلسفية للمجتمع . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، ص 837

على القاضي الأخذ بعين الاعتبار بالقواعد الشرعية ، المتمثلة في قاعدة الضرر يزال ، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف ، وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وقاعدة الضرر لا يزال بمثله⁽¹⁾ . وهذه القواعد لها أهمية بالفقة باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر تفسيري لأحكام التعسف في استعمال الحق التي تقررت في القانون المدني وإنها مصدراً ثانياً بعد التشريع .

3- عدم مشروعية المنفعة التي يرمي لها :

يُعد هذا المعيار موضوعياً أيضاً وإن كان مرتبط بالقصد أو نية الاستعمال ، فيكون صاحب الحق متعرضاً إذا قصد الحصول على نتائج غير مشروعة ، فيتحقق بذلك ترابط بين معيارين إذ أن تحقيق المصلحة غير المشروعة لابد أن يكون وراءه دافع غير مشروع ، مثل أن يستعمل صاحب المنزل منزله لأغراض منافية للقانون والأداب العامة ؛ يُعد التصرف هنا إساءة في استعمال الحق لأنه يستغل القانون لتحقيق أغراض ضارة

ثانياً : تقييم معايير التعسف في استعمال الحق

الأصل حسبما تنص المادة الرابعة من القانون المدني ، أن من استعمل حقه استعمالاً مشرعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ من ضرر عن ذلك الاستعمال ، باعتبار أن مناط المسؤولية عن التعويض هو الضرر ، وأنه لا ضمان للضرر في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التي يعطيها له هذا الحق ، ولكن خروج هذا الاستعمال عن دائرة المشروعية هل يعد استثناء من الأصل ؟ أوردت المادة الخامسة من القانون المدني حالاته على سبيل الحصر ؟ .

ولمعرفة الحد الفاصل بين نطاق الاستعمال المشروع للحق الذي نصت عليه المادة الرابعة من ق. م. ل. ، ونطاق استعماله استعمالاً غير مشروع بين القانون في المادة الخامسة الحالات التي يعتبر فيها استعمال الحق غير مشروع بمفهوم المخالفة ، رغم أن صاحبه يستعمله في النطاق الخاص به ولم يتجاوز حدوده ، والتي يستفاد منها أن المشرع لم يعتمد على معياراً جاماً مانعاً ، بل جمع بين عدة معايير كما رأينا .

ترى الباحثة أن هذه المعايير لم ترد على سبيل الحصر بل هي ضوابط تهئ القاضي عناصر نافعة للاسترشاد بها⁽²⁾ ، و لا تتضمن جميع صور التعسف ، خاصة وأنها جمياً وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء ، لأن القول بغير ذلك يقودنا إلى نتيجة غير مرضية وهي جمود نظرية التعسف ، وعدم قدرتها على مسيرة التطور المستمر للمجتمع⁽³⁾ ، لا أعلم كيف فسرت محكمتنا الموقرة النص بهذا الشكل الجامد رغم أنه مسلك المشرع يفهم منه العكس ، لأن نص المادة الخامسة ورد في الأحكام العامة تحت الباب التمهيدي وهذا يعني أن المشرع أراد من هذا المبدأ أن يكون من المبادئ العامة لقانون ويسقط تحته العديد من التطبيقات .

يبدو للباحثة من استقراء تلك المعايير أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الضرار على نحو ايجابي بمعنى أن المشرع يسعى إلى الإضرار بالغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك ، أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً هو إلى

¹ - لم تقتصر الشريعة على المعيار الشخصي المتمثل في انتقاء المصلحة المشروعة لصاحب الحق ، بل أقرت معيار التناوب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه العدل المطلق ، وينبني هذا المعيار على مجموعة من القواعد الفقهية قدمتها المجلة العدلية ، قاعدة الضرر يزال المادة 20، الضرر الأشد يزال بالأخف المادة 27 ، يتحملضرر الخاص لدفعضرر العام المادة 26 ، درء المفاسد مقدم على جلب المصالح المادة 30 ، هذه القواعد وغيرها يقيم عليها هذا المعيار وعليه هذا المعيار ينطوي على التالي : الاختلال بين مصلحتين فرديتين ، الضرر الفاحش ، الضرر العام اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره ، الضرر العام اللاحق بالمجتمع الإسلامي .

² - وهذا عكس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في ط. م. ل. رقم 43/262ق ، م.م.ع - س 18، ع 59 .

³ معايير التعسف في القانون الوضعي من صنع البشر فلا يرفع عنها النقض ، وهي قابلة للتعديل والإلغاء بناءً على التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

الطرف أقرب مما سواه مما يكاد يبلغ قصد الاضرار العمدي (كامتناع المحامي عن الطعن في الحكم قاصداً الاضرار بموكله) ، وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة في هذه الصورة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع و الضرر دون النظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسراً أو عسراً . وارتأينا في هذا المقام الاعتماد على معيار آخر وهو معيار الضرر الفاحش الذي يظهر بوضوح في مسار الجوار غير المأهولة ، ولم ينص المشرع على هذا المعيار ولكن نص على تطبيق له في نص المادة (816) وهذا المسؤولية تكون على أساس تعسف المالك في استعمال ملكه وتسبيبه في ضرراً غير مأولاً للجار .

ومن أمثلة الضوابط التي تصدر عن استعمال مكبرات الصوت في الحفلات ونواحي الرقص .

الفرع الثاني : الآثار القانونية لإساءة استعمال الحق (المسؤولية المدنية)

كيف يمكننا تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ؟ هل تؤسس على أساس أن التعسف هو الخروج والحادي عن الحق ؟ أي الانحراف عن السلوك العادي والتعدي على الغير (أولاً) ، أم تؤسس على الانحراف عن غاية الحق رغم عدم الخروج عن نطاق الحق ؟ ، يعني لها نظام مستقل عن المسؤولية يجعل من مبدأ التعسف مبدأ عاماً يسري على كافة الحقوق (ثانياً) .

أولاً : تحقق المسؤولية كجزء لتجاوز حدود الحق

يرى البعض أن التعسف أخذ الشيء على غير طريقته أو استعمال الحق على نحو يتنافى مع الهدف الاجتماعي الذي أنشأ من أجله . ويعتبر ذلك صورة من صور الخطأ التقصيرى ، وعليه تقوم المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالتزام قانوني لا يتغير وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير والإضرار هنا يكون عن طريق الخطأ .

فسمنا ذلك إلى :

1- الخطأ قوام المسؤولية عن الفعل الشخصي :

نظيرية التعسف حسب وجهة نظر هذا الفريق ماهي إلا عنصر من عناصر مسؤولية صاحب الحق ونظام المسؤولية عن الفعل الشخصي قوامه الخطأ .

2- معايير التعسف في استعمال الحق والخطأ :

إذا كان الخطأ بضابطه وهم التعدي والإسناد فما مدى توفر هذان العنصرين في معايير التعسف في استعمال الحق السابق الاشارة إليها ؟ .

ويتمثل التعدي في مخالفة السلوك الذي يفترض أن يتبعه الشخص العادي في ظروف مماثلة ، ويقاس التعدي عادةً بمعيار الرجل العادي أو الشخص الحر يرص ، فإذا كان سلوك الشخص أقل من مستوى العناية والحيطة المطلوبين من شخص عادي ، فإنه يعتبر متعدياً .

وفي هذا السياق يتم تطبيق ضابط التعدي والإسناد في حالات التعسف فيعتبر الشخص متعرضاً إذا تجاوز الحدود المنشورة والأخلاقية ، والأمثلة عديدة لأن يكون القصد الوحيد من استعمال الشخص لحقه هو إلحاق الضرر بالغير كقيمه ببناء جدأ عالٍ في ملكه لحجب أشعة الشمس عن جاره تعسفاً . الضابط هنا يقاس بمعايير موضوعية كما أشرنا في المطلب الأول لتحقيق التوازن بين المصالح المنفعة والضرر ؛ بحيث تهدف لردع صاحب الحق عن الاستعمال السيء لحقه .

ثانياً : استقلالية التعسف في استعمال الحق عن الخطأ التقصيرى :

يرى الدكتور حسن كيرة أنه للوصول إلى تأصيل صحيح لفكرة التعسف وتحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف في استعمال الحق ، ينبغي استعراض جميع الظروف التي صاحبت فكرة التعسف في استعمال الحق ، وفرضت نفسها من قبل أي تدخل شرعي على الفقه والقضاء ⁽¹⁾ . كما رأينا عند استعراض النزعة الفردية وما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه ، اضطر الفقه والقضاء أمام خلو التشريع (في أول الأمر من إقرار نص كمبدأ عام مساعدة أصحاب الحقوق عن

¹ - حسن كيرة ، المدخل إلى علم القانون ، ط 6 ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، 1993 ، ص 762 .

انحرافهم في استعمالها) إلى التماس أساساً مقبولاً ومستمد من جوهر النصوص القانونية لغرض رقابة على استعمال الحقوق ، ولم يكن هناك أفضل ولا أقرب في هذا من الخطأ العادي سواء بالنظر للتعسف كخروج عن الحق أو نوعاً خاصاً من الخطأ ، والاستناد على الخطأ حينئذ لتبرير التعسف تبرير مرحلي لغياب النص على مبدأ جواز التعسف في استعمال الحق ، أما اليوم فقد دخلت القانون الحديث نصوص تشريعية تتعلق بهذا المبدأ مما يجعل منه أصلاً من الأصول القانونية المقررة ، فقد أصبح من الواجب تخطي هذا المرحلة وإمعان النظر في جوهر فكرة التعسف وحقيقةها .

1- قصور فكرة الحق عن استيعاب الرخص والحريات :

وضح الباحث تحت هذا البند أن مركز صاحب الحق في استعماله يجب ألا يسوى بمركز الشخص في ممارسة رخصة من الرخص 1 ، لأن الشخص عند استعمال حقه لا يطلب منه الحيطة والحذر وإن مسؤوليته تقوم بمجرد عدم التبصر أو الاهماز فيأخذ الحيطة ، وإنما ينظر إلى المال الممنوع أو اختلال التوازن ، يعني يكفي لقيام المسؤولية النظر إلى المال الممنوع وهذا هو الدور الوقائي للمسؤولية هنا سد الذرائع . صفة القول إن المادة الخامسة من القانون المدني صريحة عندما عدلت حالات الاستعمال غير المشروع للحق ، فإن إعمال نظرية التعسف تفترض أن الشخص يتمتع بشيء أو بقيمة معينة على سبيل الاختصاص والاستئثار ، وأنه انحرف في استعمال الصلاحيات المقررة ، وعليه لا مجال لتطبيقها إذا تعلق الأمر باستعمال الرخص أو الحريات 2 .

2- أسبقية فكرة التعسف عن المسؤولية :

أشارت الباحثة هنا إلى أن المشكلة التي تثيرها فكرة التعسف مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية لا يمكن حلها إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره . وحل مشكلة التعسف علينا الاختيار بين الاطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل إطار قواعد المسؤولية . ولا يمكن استخلاصه من مبادئها بل يتوقف ذلك على وظيفة الحق وعلى فكرة العدل وبالنظر إلى غاية القانون فردية كانت أم اجتماعية هو أن يوازن بين النزاعتين وكل هذه المسائل تخرج عن نطاق المسؤولية وما ذهبنا إليه يؤكد الدور الوقائي الذي تتميز به النظرية .

ربما هذا المثال يوضح الفكرة التي تدور في ذهني من أن تمخضت الفكرة لدى ، وهي مثلاً عندما يمنع الشخص من استعمال حقه على نحو تعسفي ابتداءً (رداع وتوقي) ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلاً ويتفادى تبعاً لذلك قيام مشكلة المسؤولية 3 ، ففكرة التعسف تتجاوز فكرة المسؤولية في اقتصارها على رفع الضرر الواقع أو التعييض عنه ، لتحقق فكرة الوقاية من الضرر قبل وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفيًا . فالدور الوقائي باعتباره ناشئاً عن طبيعة التعسف لا يمكن تفسيره على أساس المسؤولية ، لأن حل مشكلة التعسف السابقة في وجودها على المسؤولية تجد أساسها في مفهوم الحق وغايته في التshireع وأصوله العامة ، ومفهوم العدل فيه . لأن الفكرة تمكن التعسف بواسطتها تحاشي وقوع عمل مخالف للحق لأن التعسف متصل بغایة الحق ربما بالمثال يتضح الأمر ، مثلاً ما تقصي به المادة (218) بأن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً ولكن إذا كان فيه ارهاق

¹ - تطبق نظريتين التعسف على الحقوق دون الرخص والحريات العامة ن وهذه الأخيرة يقصد بها الحقوق العامة التي يعترف بها لكافة الناس وتباشر حسب نصوص الدستور حق الملك ، فلا تخلو لصاحبها الاستئثار بأية قيمة ، على خلاف ما يخوله القانون لصاحب الحق ، كما أن أحكام المسؤولية المدنية هي التي تتکفل بحكم الانحراف (في ممارسة الرخص) عن مقتضى السلوك المألف لأن يستعمل الشخص الحق في القاضي استعمالاً كيدياً ،

² - دكتور الكوني علي أبعوده ، المدخل إلى علم القانون "نظريات الحق" ، ط4، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، سنة 2003 ، ص268 .

³ - محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره وطبيعته القانونية في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة 1979 ، ص116 .

للمدين ومع هذا أصر الدائن على أن يكون التنفيذ عينياً فإنه يصار إلى التنفيذ بطريق التعويض ولا يُجَاب الدائن لطلبه لتعسفة .

ومن أمثلة هذه الحالة مطالبة المالك قطعة أرض بإزالة بناء جاره الذي اعتدى عليه بالبناء على مساحة ضئيلة (عدة أمتار) من تلك الأرض على الرغم من استعداد ذلك الجار لدفع التعويض المناسب عن الأمتار المعتمدة عليها والتي لا يترتب على فقدانها ضياع قيمة الأرض؛ (من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) .

وهذا ما أكدته الدكتور مصطفى أحمد الزرقا ، حيث ذهب إلى القول إن قاعدة الضرر يزال ولا ضرر ولا ضرر من أركان الشريعة شهد بها نصوص كثيرة من الكتاب والسنّة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة . كما إنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب ودرء المفاسد وهي عدة الفقهاء وعدتهم ، وميزاتهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث ، ونصلها ينفي الضرر نفياً ، فيوجب منعه مطلقاً ويشمل كذلك دفعه قبل الوقع بطرق الوقاية الممكنة ، ودفعه بعد الوقع بما يمكن من التدابير التي تزيل أثاره وتمنع تكراره 1 .

الخاتمة

النتائج :

- نظرية التعسف تعد في الواقع نظرية مستقلة لها أصولها ومبادئها ، فهي تهدف بالأساس إلى تحقيق التوازن بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها والمعارضة فيما بينها ومن باب أولى بينها وبين المصلحة العامة للمجتمع ورأيت أثناء دراستي للأساس القانوني للتعسف ، أن الخلاف الحاصل بشأنه ليس حول تفسير نصوص قانونية بقدر ما هو حاصل حول مفاهيم نظرية ترجع في الأساس إلى خلاف أعمق بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي .

وبقدر اقترابنا من المذهب الاجتماعي يتسع مجال التعسف في استعمال الحق ، ليضيق معه مجال سلطات صاحب الحق ، حتى نصل إلى إلغاء فكرة الحق ، والعكس صحيح ، واستنتجت بين هذا وذاك أن هناك منطقة وسط وهي التي تعكس التوازن .

- تستند في أصولها إلى الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تنتهي على إلهاق الضرر بالغير كقوله تعالى " من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار " ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " . بالإضافة لهذه الأدلة فإن نظرية التعسف تستند إلى جزئيات تطبيقية في الواقع العملي من فقه الصحابة رضي الله عنهم واجتهادات الأئمة المجتهدين ومن جاء بهم على مر العصور المتعاقبة ، بالإضافة إلى أن الشريعة أحكامها العامة صالحة لكل زمان ومكان . فالتعسف هو الضابط للتصرف واستعمال الحق المُخول شرعاً ، التعسف ميزاناً وهو الضابط الذي يضمن تحقيق المصلحة المشروعة ودرء أي مضررة أو مفسدة وبالتالي فهي معيار يضمن عدم انقلاب المقصود من المصلحة الشرعية إلى المفسدة . كما أن المشرع العثماني أخذ بكثير من تطبيقاتها في مجلة الأحكام العدلية 2 . وعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا المبدأ بقولهم (الجواز ينافي الضمان) أو (لا يجتمع الإن

¹ - المستشار مسعد صالح ، المسؤولية عن الضرر في الفقه الإسلامي ، مجلة إدارة القضايا ، مجمع المحاكم شارع سيدى المصري ، ملحق العدد الثاني عشر ، السنة السادسة ، 2007 م ، ص 46

² - أقرت الشريعة بجانب المعيار الشخصي ، معيار التناوب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه العدل المطلق ، وينبني هذا المعيار على مجموعة من القواعد الفقهية قدمتها المجلة العدلية ، قاعدة الضرر يزال المادة 20 ، الضرر الأشد يزال بالأخف المادة 27 ، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام المادة 26 ، درء المفاسد مقدم على جلب المصالح المادة 30 ، هذه القواعد وغيرها يفوقها علىها هذا المعيار وعليه هذا المعيار ينطوي على التالي : الاختلال بين مصلحتين فرديتين ، الضرر الفاحش ، الضرر العام اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره ، الضرر العام اللاحق بالمجتمع الإسلامي

والضمان) . فلو الإنسان حفر بئراً فوق فيه حيوان أو رجل وهك ، لا يضمن صاحب البئر شيئاً ، هذا ما نصت عليه المادة التاسعة من مجلة الأحكام العدلية¹ .

- النتائج السابقة تتمثل ارتباط الحق بالمصلحة التي شرع من أجلها يجعل من الحق وسيلة لتحقيق المصلحة والمقصد ، فلا يعتبر غاية في حد ذاته ، فعلى صاحب الحق أن يكيف استعماله بشكل لا يجده عن الغاية المقصودة منه فإذا حاد به عن المقصود قانوناً ، أصبح صاحب الحق في مركز غير محمي لا شرعاً ولا قانوناً ، إضافة إلى أن التعسف في تكييفه لا يعد خطأ تقصيرياً أو خطأ شبه تقصيرى و إن كان التعسف يرتب على المتعسف مسؤولية توجب التعويض (لأن فكرة الخطأ قاصر على استيعاب كافة حالات التعسف) ، وإنما ترتب أساساً بفكرة التعسف في استعمال الحق حيث يعد لكل حق غاية منح من أجلها قد تكون اجتماعية أو اقتصادية فانحراف صاحب الحق أثناء استعماله لحقه عن هذه الغاية يتحقق التعسف لاستعماله على ضوء غايته و مقصده (الحق مبناه الباخت المشروع) مما يجعل نظرية التعسف كمبدأ وقائي عند استعمال الحقوق أي نظرية مكملة مستقلة تجد كيانها الطبيعي في النظرية العامة للحق .

- ويكتفى القانون لمن يثبت له الاستئثار بشيء أو بقيمة معينة ، الحماية القانونية لمباشرة ما يثبت له من السلطات اللازمة لتحقيق استئثاره ، ودفع الاعتداء عنه في حال تعرض الغير له ، طالما استعمل حقه في حدود القانون وفي حدود المصلحة المنشورة ، وبالتالي لا مجال لتطبيقها إذا تعلق الأمر باستعمال الرخص أو الحريات .

- ونستنتج أيضاً ان جزاء التعسف جزاءً تعويضياً (عينياً أو بمقابل) يتمثل في إزالة الضرر أو وقائياً (سد الذرائع) . ربما هذا المثال يوضح النتيجة التي توصلت إليها الباحثة عندما يمنع الشخص من استعمال حقه على نحو تعسفي منذ البداية ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلاً ويتقادى تبعاً لذلك قيام مشكلة المسؤولية بالنظر للمال المنوع ، ففكرة التعسف تتجاوز فكرة المسؤولية في اقتصرارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، لتحقق فكرة تجنب من الضرر قبل وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه استعمالاً تعسفيأً . فالدور الوقائي باعتباره جزاء خاصاً ناشئاً عن طبيعة التعسف لا يمكن تفسيره على أساس المسؤولية ، لأن حل مشكلة التعسف السابقة في وجودها على المسؤولية تجد أساسها في مفهوم الحق وغايته في التشريع وأصوله العامة ، ومفهوم العدل فيه .

وقد تبنتها أغلب التشريعات كمبدأ عام كالقانون السوري الذي أخذ بمعيار عام وواسع لنظرية التعسف في استعمال الحق ، إلا أن البعض الآخر لم ينص قانونها المدني على نص عام يقرر مبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق وإنما توجد مبادئها في الفقه والقضاء كإيطاليا وفرنسا .

- كما توصلت أيضاً إلى نتيجة المشرع الليبي من خلال نص المادة الخامسة من القانون المدني أنه لم يضيق من نطاق التعسف بل توسيع في ذلك لأن الحالات التي نص عليها يعني هناك حالات للتعسف لا تتشكل خطأ ، وهذا يعني تقوم مسؤولية صاحب الحق بمجرد الانحراف عن الغاية المقصودة منه ، مما يجعل من فكرة التعسف نظرية مستقلة قائمة بذاتها ، تجد مكانها الطبيعي في النظرية العامة للحق ، كما أن المشرع في التطبيقات المتفرقة لنظرية التعسف ألزم الغير بإثبات الضرر دون الخطأ ، لأن هذا الأخير يفترض أن يكون فعل غير مشروع ، أما في حالة التعسف يعتبر الفعل مشروع ولكن نتائجه غير مشروعة .

يبعدو أن مسلك المشرع كان مموداً في هذا الخصوص لأنه جاء بتنظيم عام لمسألة التعسف على عكس بعض القوانين التي خلت من ذلك كالقانون الفرنسي والجزائري ، إلا أن مسلك المحكمة العليا القائم على تحديد أحوال التعسف على سبيل الحصر يحتاج لتغيير . لأننا نرجح أنها جاءت على سبيل المثال ، لفتح المجال واسعاً أمام القضاء .

- يجب تعديل معايير التعسف في القانون الوضعي فهي من صنع البشر فلا يرفع عنها النقص ، وهي قابلة للتعديل والإلغاء بناءً على التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

¹ - محمد وحيد الدين سوار، النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، 1986، ص84.

- كما توصلت الباحثة في نهاية بحثها إلى نتيجة مفادها لا تبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعي الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب .

النوصيات

نأمل من المشرع تغيير نص المادة الخامسة على النحو التالي:
يجب على كل فرد أن يستعمل حقوقه ويقوم بالتزاماته حسبما تقتضي قواعد حسن النية، وأن التعسف الظاهر في استعمال الحق لا يحميه القانون....
وهذا يشمل كل حالات التعسف في استعمال الحق في أوسع مدى، ولو لم تتوافر فيه نية الإضرار، وذلك لضمان التوازن بين الحقوق والواجبات، وتقادي استغلال القانون لتحقيق أغراض ضارة، وتحقيق الحماية للأطراف من إساءة استعمال الحقوق.

كما أوصي بإضافة العبارة الآتية لنص المادة الخامسة:

-... يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن حدود الغاية التي من أجلها منح هذا الحق، وعلى الأخص:
إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البنة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببيها.

ونوصي أيضاً بإضافة معيار الضرر العام والخاص، والضرر الفاحش، إلى المعايير السابقة، أسوة بما ذهب إليه المشرع الأردني.

لأن المشرع نص على تطبيق لهذا المعيار في المادة:(816)

على المالك ألا يغلو «تصبح: ألا يتصرف» في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ويجب إزالة كلمة «غلو» لأنها مبهمة، حتى يكون الضرر الفاحش المترتب على تجاوز حدود استعمال الحق معياراً للتعسف في استعمال الحق، المترتب عليه أضرار غير مألوفة للجيران، وليس خروجاً عن حدود الملكية. أي إن المسؤولية تكون هنا على أساس تعسف المالك في استعمال ملكه وتنسبه في ضرر غير مألوف للجار.

لأن بعد استقراء تلك المعايير نجد أنه يجمع بينها ضابط مشترك، هو نية الإضرار، على نحو إيجابي ب وعدم السعي إلى مضاراة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك، أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً هو إلى الترف أقرب مما سواه، مما يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي (كامتناع المحامي عن الطعن في الحكم قاصداً الإضرار بموكله).
وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتعثة في هذه الصورة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي، قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون النظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسراً أو عسراً.

لذلك، في هذا المقام، يتم الاعتماد على معيار آخر، وهو معيار الضرر الفاحش الذي يظهر بوضوح في مضار الجوار غير المألوفة، ولم ينص المشرع على هذا المعيار صراحة، ولكن نص على تطبيق له في نص المادة (816)، وهنا تكون المسؤولية على أساس تعسف المالك في استعمال ملكه وتنسبه في ضرر غير مألوف للجار.

وتحوصي الباحثة المشرع أيضاً بالأخذ بالضوابط والقواعد الشرعية، لكي يعتمد عليها القاضي للحكم بجدية المصلحة من عدمه (القول بجدية المصلحة أو تقاهتها).

ومن بين هذه الضوابط التي يعتمد عليها في تقدير ما إذا كانت المصلحة ضرورية أو تحسينية، وما إذا كانت خاصة أو عامة، ووفقاً لها يتم تحديد هذه المصالح المتعارضة للوصول إلى رجحان المصلحة أو عدم مشروعيتها، ما يتمثل في القواعد الشرعية الآتية:

قاعدة الضرر يزال، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف، وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وقاعدة الضرر لا يزال بمثله.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية قالون عن نافع
ثانياً: الكتب القانونية :

- أحمد محمد محرز ، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي و الاجتماعي ، القاهرة ، 1994 .
 - إبراهيم السيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء ، ط2 ، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ، 2000 .
 - أكثم الخولي ، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ط1 ، دار الإسلام- القاهرة ، 2003 م .
 - توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط 2 ، الناشر القوات المسلحة لواء الشهيد عمر المختار ، سنة 1986 م .
 - حسام الدين كامل الأهواني ، أسباب انقضاء عقد العمل ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، 2009 م.
 - جلال العدوبي ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، ط1، منشأة المعارف- الإسكندرية ، 1996 م .
 - عبد الرزاق أحمد السنهوري : 0 الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ،الجزء الأول 1952 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1967 م.
 - 0 مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 1998 .
 - عبد القادر محمد شهاب ، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي ، منشورات جامعة بنغازي ، ط1 ، 1996 م .
 - فتحي الدريري ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ط4، مؤسسة الرسالة - بيروت ، 1988 م.
 - محمود جمال الدين زكي ، شرح قانون العمل ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983م ، ط3، 1983 م .
 - محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره وطبيعته القانونية في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة 1979
 - محمد وحيد الدين سوار، النزعة الاجتماعية في الفقه الإسلامي في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر، 1986 م .
 - ميشيل تروبيير ، فلسفة القانون ، ترجمة جورج سعيد ، دار الأنوار للطباعة ، والنشر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2004 م .
- كتب عامة (في اللغة - الفقه الإسلامي) :
- أبو حامد الغزالى - إحياء علوم الدين ، دار الفكر ، ط1/1، سنة 1999 ، الجزء الثاني
 - أحمد مختار عبد الحميد ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج2، ط1 ، عالم الكتب ، 2008 م.
 - جمال الدين ابن منظور الأنباري ، لسان العرب ، ج15، ط3 ، دار صادر - بيروت 1993م ، ج 9 .
 - محمد بن أحمد بن الأزهري ، تهذيب اللغة ، تحقيق محمد عوض مرعب ، ج 8 ، بيروت /لبنان - دار إحياء العربي ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 م، ج 2 / باب العين والسين والفاء .
 - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) ، دمشق /سوريا ، دار القلم ، الطبعة الأولى ، 1998 م.

الرسائل العلمية .:

- أودية نسرين - رباحي نسرين ، الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق وفقاً للفقه ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق / جامعة ميرنا بجایة ، 2016 م .
- إيهاب علي محمد ، نظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق / جامعة الشرق الأوسط ، عمان / الأردن ، 2012 م .
- وهيبة بوكموش ، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرنا / بجایة ، 2012/2013 م .

البحث والمقالات :

- الصادق الضريفي ، التعسف في استعمال الحق ، جامعة آكلي مهند ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، السنة 2016 م.
- مالك جابر حميدي الخزاعي ، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيري ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 17 ، العدد 2 ، 2009 م.
- مسعد صالح ، المسؤولية عن الضرر في الفقه الإسلامي ، مجلة إدارة القضايا ، مجمع المحاكم شارع سيدى المصري ، ملحق العدد الثاني عشر ، السنة السادسة ، 2007 م

Compliance with ethical standards**Disclosure of conflict of interest**

The authors declare that they have no conflict of interest.

Disclaimer/Publisher's Note: The statements, opinions, and data contained in all publications are solely those of the individual author(s) and contributor(s) and not of **JLABW** and/or the editor(s). **JLABW** and/or the editor(s) disclaim responsibility for any injury to people or property resulting from any ideas, methods, instructions, or products referred to in the content.