

التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة

بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني

شوقي بناسي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - ابن عكنون

جامعة الجزائر

إذا كان من المتفق عليه اليوم، فقها وتشريعا وقضاء، التسليم بنظرية التعسف في استعمال الحق، بعد أفلول نجم المذهب الفردي ورواج تعاليم المذهب الاجتماعي وتحول الملكية من حق مطلق¹ إلى حق نسبي ذي وظيفة اجتماعية²، فإن هذه النظرية مازالت، إلى يومنا الحاضر، محل اهتمام رجال القانون، بدليل الدراسات الفقهية الحديثة المنشورة هنا وهناك³، والأحكام القضائية الصادرة من حين إلى آخر⁴، والتعديلات التشريعية الطارئة التي كان آخرها تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 10-المؤرخ في 20 يوليو 2005، حيث أعاد المشرع تنظيم موضوع التعسف في استعمال الحق شكلا ومضمونا⁵.

فمن ناحية الشكل، وبعدها كانت نظرية التعسف محشورة ضمن الأحكام الخاصة بالأهلية في المادة 41 ق م، أصبحت تقع تحت الفصل المخصص للمسؤولية عن الأفعال الشخصية، وأما من ناحية المضمون، وبعدها كان المشرع يستعمل عبارة: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا"، أصبح يستعمل عبارة: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ".

وفي اعتقادنا إن هذا الاهتمام المتزايد بنظرية التعسف يعود، بالدرجة الأولى، إلى الأسئلة الكثيرة المرتبطة بهذه النظرية، منها ما يتعلق بأساسها القانوني، فهل هي نظرية

تابعة لنظام المسؤولية المدنية أم مستقلة عنه؟ ومنها ما يتعلق بالمعيار الواجب الأخذ به لتحديد التعسف، فهل هو المعيار الفني أم القصدي أم الاقتصادي أم الغائي أم الحمائي؟ وهل يحسن تقنين هذا المعيار في شكل مبدأ عام أم في شكل تطبيقات له؟ ومنها ما يتعلق بنطاقها، فهل هي ترد على الحقوق والحريات والرخص العامة معا أم ترد على الحقوق فحسب في مفهومها الضيق؟ وهل هي تشمل جميع الحقوق أم يستثنى منها ما يُعرف بالحقوق التقديرية أو المطلقة؟

وقد ازداد الاهتمام بنظرية التعسف، في الآونة الأخيرة، بعد البروز القوي لظاهرة الشروط التعسفية في العقود في إطار حماية المستهلك⁶، مما جعل الفقه الحديث يتساءل - بحق - عن العلاقة الموجودة بين نظرية التعسف وفكرة مكافحة الشروط التعسفية، وهذا ما كان دافعا لمحاولة تحديد معنى التعسف، ومجال تطبيقه، ومعياره، والجزاء المترتب عليه⁷. وعلى أية حال فإن هذه الأسئلة المهمة والدقيقة جعلت الفقه، قديما وحديثا، لا يستقر على رأي واحد، مما يدفعنا للخوض في هذا الموضوع لبيان الآراء الكلاسيكية والحديثة التي قيلت فيه، والبحث عن موقف المشرع، ووضعه تحت مجهر التحليل والنقد، على أننا، ولضيق المقام، سنقتصر على معالجة أمرين مهمين يعدان جوهر نظرية التعسف، أولهما: ما هي الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق؟ وثانيهما ما هو معيار التعسف؟ وللإجابة عن هذين السؤالين نقترح الخطة التالية:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: التعسف بين التبعية والاستقلالية للمسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: الاتجاهات التشريعية في تحديد الطبيعة القانونية للتعسف.

المبحث الثاني: معيار التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول: تعدد المعايير المقترحة فقها.

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة تشريعا.

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق

إن نظرية التعسف في استعمال الحق قد أصبحت اليوم أمراً مسلماً به في الفقه والتشريع والقضاء، ومع ذلك فإن التساؤل المهم الذي شغل بال الفقه وما زال يشغله إلى يومنا الحاضر يكمن في تأصيل هذا النظرية، أي الأساس الذي تقوم عليه، فهل يقع التعسف في استعمال الحق في دائرة المسؤولية التقصيرية، أم أنه يقع خارج هذه الدائرة؟ للإجابة عن هذا التساؤل المهم نعرض فيما يلي للاتجاهات الفقهية في تأصيل نظرية التعسف وموقف التشريعات الحديثة من ذلك.

المطلب الأول : التعسف في استعمال الحق بين التبعية والاستقلالية للمسؤولية التقصيرية:

برز في الفقه اتجاهان كبيران في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق، أولهما تقليدي يرى أنصاره أن التعسف يقع في دائرة المسؤولية التقصيرية باعتباره صورة من صور الخطأ التقصيري، وثانيهما حديث يرى أنصاره أن التعسف يقع خارج دائرة المسؤولية التقصيرية باعتباره نظرية مستقلة قائمة بذاتها.

الفرع الأول : التعسف في استعمال الحق باعتباره خطأ تقصيرياً :

يرى الفقه التقليدي أن التعسف في استعمال الحق يجب رده إلى نظام المسؤولية التقصيرية باعتباره يمثل خطأ تقصيرياً، ولكن يبدو أن أنصار هذا الاتجاه، وهم يمثلون غالبية الفقه، مختلفون فيما بينهم في تبرير هذا التأصيل على ثلاثة أقوال: أولها اعتبار التعسف في استعمال الحق مساوياً للخروج عن الحق، وثانيها اعتباره مساوياً للخطأ التقصيري، وثالثها اعتباره خطأ متميزاً من الخطأ التقصيري.

أولاً: اعتبار التعسف في استعمال الحق مساوياً للخروج عن الحق: نادى بهذا الرأي الفقيه الفرنسي بلانيول، ودافع عنه بشدة، لكنه تعرض لنقد شديد من جانب الفقه مما جعله رأياً مهجوراً في الفقه.

1 - عرض رأي بلانيول : كان بلانيول من أشد أعداء نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد كان يرى أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا خروج عن الحق، أي تجاوز للحق *dépassement de droit* ومن ثم فهو يشكل عملا غير مشروع *Acte illicite* وعلى هذا الأساس فهو يندرج ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية.

وفي معرض الدفاع عن رأيه قال الأستاذ بلانيول مقولته الشهيرة: "إن الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون هناك استعمال تعسفي لحق ما، لسبب غير قابل للدحض، هو أن العمل الواحد، لا يمكن أن يكون في نفس الوقت، متفقا مع القانون ومخالفا له".⁸

وعلى ذلك إذا وُجد تعسف في سلوك الأفراد، فإن ذلك لا يكون عند استعمالهم لحقوقهم، وإنما يكون عند تجاوزهم لحدود هذه الحقوق المرسومة قانونا، ومن ثم فإن العمل، في هذه الحالة، يكون دون حق.

2 - تقدير رأي بلانيول: انتقد الفقه رأي الأستاذ بلانيول من ناحيتين، الأولى كونه يتلاعب بالألفاظ، والثانية كونه يخلط بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق.⁹

فمن الناحية الأولى يظهر واضحا أن بلانيول استعمل كلمة *Droit* في اللغة الفرنسية بمعنى واحد، مع أن لها معنيين، فهي تستعمل بمعنى الحق وتستعمل بمعنى القانون أي مجموعة القواعد القانونية، وعلى ذلك إذا كان من المستحيل أن يكون الفعل الواحد موافقا للقانون ومخالفا له في نفس الوقت، فإنه من المتصور جدا أن يكون موافقا للحق لأنه يدخل في نطاقه ومضمونه، وهو في نفس الوقت مخالف للقانون في مجموعه، وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق.

ومن الناحية الثانية يؤكد الفقه على وجود فارق بين صورتَي التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق، فالأولى تفترض فعلا في إطار المشروعية، أي في إطار الحدود المرسومة قانونا، بينما الثانية تفترض فعلا خارج إطار المشروعية، أي عملا غير مشروع في ذاته يقيم مسؤولية فاعله، وبعبارة أخرى أدق، تثير الصورة الأولى مشكلة تتعلق بغاية

الحق، فلا تنصرف عدم المشروعية إلى الفعل التعسفي ذاته وإنما إلى غرضه لذلك يتوجه الجزاء إلى غرضه المنحرف دون مساس بمضمون الحق، ويكون في مقدور الشخص معاودة نفس الفعل إذا ابتغى غرضاً غير مشوب بعيب، بينما تثير الصورة الثانية مشكلة تتعلق بمضمون الحق، بحيث يكون الفعل غير مشروع في ذاته، ومن ثم يتوجه الجزاء إليه ذاتياً بصورة مطلقة.

ثانياً: اعتبار التعسف في استعمال الحق مساوياً للخطأ التقصيري: تميل غالبية الفقه التقليدي إلى اعتبار التعسف عملاً غير مشروع، ومن ثم كان مساوياً للخطأ التقصيري، ومع ذلك لم يسلم هذا الرأي من نقد الفقهاء المعاصرين.

1 - عرض رأي غالبية الفقه التقليدي: على خلاف رأي بلانيول ترى غالبية الفقه التقليدي أن هناك farkاً بين صورتَي التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق، ومع ذلك ينبغي أن يظل التعسف في دائرة المسؤولية التقصيرية¹⁰.

وقوام هذا الرأي أن الخطأ، في مفهوم الفقه الحديث، هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهو قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً، بمعنى أنه متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص، والرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة وجب عليه أن يلتزم قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير، وإذا استعمل حقاً امتنع عليه مجاوزة الحدود المرسومة قانوناً لهذا الحق.

وفي نظر أصحاب هذا الرأي أن رجال الفقه القديم كانوا يرون تقييد الرخص دون تقييد الحقوق، لذلك كانوا يشترطون في إتيان الرخص عدم انحراف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي، أما الحق فلا يشترطون في استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده، ومن ثم كان الخطأ في نظرهم هو انحراف عن السلوك في إتيان الرخص أو مجاوزة الحدود في استعمال الحق، أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة قانوناً فلا يعد مخطئاً ولو أضر بالغير، فاستعمال الحق مرتبط بحدوده، فإذا جاوزها

صاحب الحق كان ذلك خروجاً عن الحق يقيم مسؤوليته، وإذا لم يجاوزها لم تتحقق مسؤوليته ولو انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي فأضر بالغير.

وينتقد أصحاب هذا الرأي رجال الفقه القديم على أساس أنه من غير المعقول القول بعدم مسؤولية الشخص إذا ألحق ضرراً بالغير إذا لم يجاوز الحدود التي رسمها القانون، والصواب أن يقال بقيام مسؤوليته لأنه بإضراره بالغير يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وهذه الصورة الأخيرة هي ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق.

ويصل أصحاب هذا الرأي في الأخير إلى القول بأن للخطأ صورتين: صورته الأولى، التقليدية، وهي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق، وصورته الثانية، الحديثة، وهي التعسف في استعمال الحق.

2 - تقدير رأي غالبية الفقه التقليدي: لاشك أن هذا الرأي يمتاز بنوع من الوضوح والبساطة، من ذلك تمييزه بين صورتَي التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق، وتحقيقه لوحدة أحكام المسؤولية في مجال ممارسة الرخص واستعمال الحقوق، واعتماده على معيار بسيط في تحديد التعسف يتمثل في معيار الخطأ التقصيري وهو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، ولكن الفقه الحديث وجّه له سهام النقد من نواح عدة نذكر منها ما يلي¹¹:

فمن ناحية أولى لا يمكن قبول القول بتسوية مركز من يمارس الرخص بمركز من يستعمل الحقوق من أجل الوصول إلى اعتبار الخطأ في الصورة الأولى مساوياً للخطأ في الصورة الثانية، ذلك أنه في مجال الرخص، أين يقف الناس جميعاً على قدم المساواة في ممارستها، لا يتطلب الأمر سوى التنسيق الجماعي المعاصر لممارسة هذه الرخص، وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا باتخاذ كل فرد تجاه الآخرين واجب الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يحد مما لهؤلاء من نفس الرخص المماثلة، أما في مجال استعمال الحقوق، أين يستأثر الشخص دون غيره من الناس بقيمة معينة يقرها القانون، فإن الأمر يتطلب قياس مسلك صاحب الحق في استعماله لحقه وفق الغاية المراد تحقيقها من وراء إقرار القانون لهذا

الحق، لا وفق واجب الحيطة والتبصر واليقظة، والدليل على ذلك أن التعسف يتحقق كلما انحرف صاحب الحق عن غاية الحق ولو لم يكن مخلا بواجب الحيطة والتبصر واليقظة المعروفة في الخطأ في معناه الدقيق، وبهذا يظهر الفارق بين التعسف والخطأ، فالأول يعني تخلف غاية الحق أو مناقضتها، بينما الثاني يعني الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي.

ومن ناحية ثانية إن الخطأ يقيم المسؤولية خارج نطاق المشروعية، بينما التعسف يقيمها داخل نطاق المشروعية، فالخطأ ينال من المشروعية التي تتطلب واجب الحيطة واليقظة، بينما التعسف فسابق على كل تصرف يتفق مع المشروعية لأنه استعمال للحق في حدوده ومضمونه ولكنه يخالف غايته أو يناقضها، ومما يؤكد ذلك أن الخطأ يشكل عنصرا داخل مضمون الفعل ذاته، بينما التعسف هو سابق على الفعل باعتباره، في كل الأحوال، يقود فعل الإنسان.

ومن ناحية ثالثة إن من بين معايير أو صور التعسف، كما سنرى، الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من منفعة وما يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، وفي هذه الصورة ينعدم الخطأ تماما، ذلك أن صاحب الحق قد يتخذ واجب الحيطة واليقظة ومع ذلك يؤدي استعماله لحقه إلى أضرار تصيب الغير تزيد على المنفعة التي تعود عليه، فهذه الصورة تقوم على معيار موضوعي بعيد عن الخطأ تماما، مما يدل على أن التعسف لا يندرج ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية.

ومن ناحية رابعة إن القول بأن التعسف مساو للخطأ التقصيري يتنافى مع القول بالتمييز بين صورتَي التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق، ذلك أن الخروج عن الحق، باتفاق الفقهاء، يعد خطأ تقصيريا، فإذا كان كلاهما، أي التعسف والخروج عن الحق، يشكل خطأ فما فائدة التمييز بين الصورتين؟

ثالثا: اعتبار التعسف في استعمال الحق خطأ متميزا عن الخطأ التقصيري: بعد النقد القوي الموجه لرأي غالبية الفقه التقليدي مال بعض الفقه، وعلى رأسهم الأستاذ

جوسران، إلى اعتبار التعسف خطأ متميزا عن الخطأ التقصيري في صورته العادية¹²، ومع ذلك لم يسلم هذا الرأي من النقد¹³.

1 - عرض رأي جوسران: من أجل تفادي النقد العلمي القوي الموجه للرأي السابق رأى الأستاذ جوسران أن التعسف لا يعد مساويا للخطأ التقصيري العادي، بل هو خطأ متميز عنه، وبعبارة أخرى هو خطأ ذو طبيعة خاصة *sui generis* مستقل عن الخطأ التقصيري العادي، لأنه خطأ مرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية، فإذا كان الخطأ العادي خطأ شخصي معياره الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإن الخطأ في مجال التعسف خطأ اجتماعي *Faute sociale* معياره الانحراف عن روح الحق وغايته الاجتماعية¹⁴.

وفي سبيل تأييد رأيه قسم جوسران الأعمال إلى ثلاثة أنواع مستقلة تقيم مسؤولية صاحبها، وهي على التوالي: الأعمال المخالفة للقانون *Actes illégaux*، والأعمال غير المشروعة *Actes illicites* والأعمال الفاحشة *Actes excessifs*. الأول هو تجاوز حدود الحق الموضوعية أو العمل دون حق، وهو يمثل اعتداء على حق آخر، والثاني هو استعمال الحق على نقيض غايته وهدفه، وهو يمثل انحرافا بالحق، والثالث هو عمل متفق مع القانون وروحه إلا أنه يؤدي إلى أضرار غير عادية (فاحشة) تلحق الغير.

وفي رأي جوسران يجد التعسف في استعمال الحق نطاقه في النوع الثاني من الأعمال، فالعمل في أصله مشروع لكنه يتصادم مع روح الحق وغايته الاجتماعية، لذلك كان خطأ متميزا عن الخطأ التقصيري العادي، ومن ثم كان يشكل خطأ اجتماعيا، لأنه ينطوي على استعمال للحق ضد مصلحة المجتمع.

ويصل جوسران إلى القول بوجود نوعين من الخطأ، خطأ يقع خارج استعمال الحق وهو الخطأ العادي، وخطأ يقع في استعمال الحق وهو الخطأ الاجتماعي، أي التعسف في استعمال الحق، وعلى هذا الأساس نادى جوسران بالبحث عن الغايات الاجتماعية لكل حق على حدة لمعرفة مدى استعمال الحقوق وهذه الغايات التي من أجلها منحت هذه الحقوق.

2 - تقدير رأي جوسران : لاشك أن رأي جوسران يمثل خطوة تقدمية بالمقارنة مع رأي غالبية الفقه التقليدي الذي يسوي بين التعسف والخطأ التقصيري، ذلك أن جوسران كشف عن مسألة مهمة، لم يلتفت إليها الفقه التقليدي، وهي الغايات الاجتماعية التي من أجلها منحت الحقوق، ولكن العيب الأساسي لهذا الرأي هو كما قال البعض بحق: "ينحصر في توقفه في منتصف الطريق وقعوده عن الوصول إلى النتيجة الحتمية التي يقود إليها منطق مقدمته، ذلك أنه إذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدي قاصرة في نظر هذا المذهب عن الإحاطة بفكرة التعسف، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بغاية الحق التي يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادي، فلا يوجد أي معنى للتشبث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداء نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف، وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو في نطاق نفس المسؤولية، فيصبح من الواجب إذن إطراح فكرة الخطأ والخروج من دائرة المسؤولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف"¹⁵.

الفرع الثاني : اعتبار التعسف نظرية مستقلة قائمة بذاتها :

بعد الانتقادات الموجهة لاعتبار التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيرياً نادى جمع من الفقهاء، يتقدمهم سالي وريبير وديموج ودايان وكورنيل وكامبيون، بوجود الفصل بين التعسف والخطأ، والقول باعتبار التعسف نظرية قائمة بذاتها، إلا أن الخلاف قام بينهم حول الأساس الذي تبنى عليه هذه النظرية، وانقسموا إلى ثلاثة أقوال: أولها ربط التعسف في استعمال الحق بالقواعد الأخلاقية، وثانيها ربطه بالمبادئ الاجتماعية، وثالثها ربطه بفكرة الحق ذاته وهو ما وصل إليه الفقه الحديث.

أولاً : ربط التعسف في استعمال الحق بمخالفة القواعد الأخلاقية : أول من نادى بهذا القول هو الأستاذ سالي، وكان ذلك بمناسبة التقرير الذي قدمه للجنة مراجعة القانون المدني الفرنسي سنة 1905، لكن رأيه لم يجد قبولا لدى هذه اللجنة لما أفرعها من تدخل الأخلاق في مجال القانون.

1 - عرض رأي سالي: وكان سالي، ومن بعده ريبير¹⁶ ودابان¹⁷، يرى أنه من الواجب إخراج التعسف في استعمال الحق عن نطاق المسؤولية التقصيرية، أي من نطاق المادتين 1382 و1382 ق م فرنسي، على أساس أن فكرة التعسف تمثل مبدأ عاما ينتمي إلى مبادئ النظام العام والآداب العامة، وتجد أساسها في نص المادة 6 من القانون المدني الفرنسي¹⁸، ذلك أن التعسف لا يمثل إخلالا بالتزام قانوني أو تعاقدية، وإنما يثير مشكلة تتعلق بالأخلاق، أي مشكلة تتصل بقواعد الأخلاق التي تحرم استعمال الحق استعمالا غير أخلاقي، ففي نظر سالي أن هناك إلى جانب المشروعية القانونية ما يسمى بالمشروعية الأخلاقية، والتعسف يقع عند الإخلال بهذا النوع الأخير من المشروعية، أي عندما يستعمل الشخص حقه ضد الأخلاق، وعلى ذلك فإن أساس التعسف هو اللاأخلاقية immoralite في استعمال الحقوق¹⁹.

2 - تقدير رأي سالي: انتقد الفقه رأي سالي من نواح ثلاث، الأولى أنه قد يؤدي إلى طمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم الاختلاف القائم بينهما من حيث الهدف والغاية، والثانية أنه يؤدي إلى التضيق من نطاق نظرية التعسف إذ يحصرها في صورة وحيدة وهي نية الإضرار بالغير، والثالثة أنه قد يفسح المجال لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما أن استعمالهم لا يحمل معنى مخالفة المشروعية الأخلاقية رغم مجافاته لغاية الحق أو إهدار مصلحة الجماعة²⁰.

ثانيا: ربط التعسف في استعمال الحق بالمبادئ الاجتماعية: نادى بهذا القول بصورة موسعة الأستاذ كامبيون²¹، ورغم قوة تحليله لفكرة التعسف إلا أن رأيه تعرض للنقد بسبب غلوه في الوظيفة الاجتماعية للحق.

1 - عرض رأي كامبيون: على عكس سالي، رأى كامبيون، أن التعسف مشكلة بعيدة عن الأخلاق، بدليل عدم اقتصار التعسف على صورة نية الإضرار بالغير، وإنما هو مشكلة مرتبطة بطبيعة كل حق على حدة، ذلك أنه لكل حق، إلى جانب حدوده الموضوعية، حدود تتصل بالغاية الاجتماعية التي من أجلها منح هذا الحق، وعلى هذا الأساس ينبغي أن يتم

استعمال الحق بصورة تتفق واستقرار المجتمع، وبعبارة أدق بصورة تتفق ومصلحة المجتمع، لأن هذه المصلحة الاجتماعية تمثل غاية الحق، ومن ثم كانت دائماً وأبدا موضع موازنة، بحيث يتعين الأخذ بعين الاعتبار مسألة توازن المصالح الاجتماعية، سواء كانت هذه المصالح عامة أو خاصة، فالأولى مصالح اجتماعية مباشرة، والثانية مصالح اجتماعية غير مباشرة، ويصل أصحاب هذا الرأي إلى القول بأنه يعد متعسفا كل شخص يستعمل حقه بصورة غير اجتماعية، أي ضد المجتمع anti-social.

2 - تقدير رأي كامبيون: لاشك أن هذا الرأي يعد أفضل من الآراء السابق ذكرها، ذلك أنه كشف عن مسألة مهمة، وهي أن لكل حق غاية من أجلها منح القانون هذا الحق لصاحبه، لذلك يتعين على هذا الأخير في استعماله لحقه مراعاة هذه الغاية، أي احترام الحدود الغائية لحقه، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه، لكن رغم هذا يعاب على هذا الرأي غلوه في وصفه للغاية بـ "الاجتماعية"، وهذا ناتج عن غلوه في نظريته للحق ذاته، إذ يعتبر الحق في نظر أصحاب الرأي مجرد وظيفة اجتماعية أو محض واجب لتحقيق الصالح العام الاجتماعي، مع أن الحق ذو صفة مزدوجة فردية واجتماعية، بحيث أن نظرية التعسف وجدت لتحقيق التناسق والتوازن بين هاتين الصفتين، وفي ظل اعتبار الحق مجرد وظيفة اجتماعية لا يمكن أن يكون لفكرة التعسف أي دور في المجتمع²².

ثالثا: ربط التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاته: صاحب هذا الرأي الفقيه الكبير حسن كيرة رحمه الله عرضه سنة 1952 في رسالته للدكتوراه²³، وهو يمثل خلاصة ما وصل إليه الفقه الحديث في تأصيله لنظرية التعسف²⁴.

وقد انطلق حسن كيرة رحمه الله في تأصيله لنظرية التعسف من إطار الظروف التي صاحبت ظهور هذه النظرية وفرضت نفسها قبل تدخل الفقه والقضاء والتشريع لإعطاء التعسف تأصيل الخطأ وحصر نطاقه داخل المسؤولية التقصيرية، ذلك أنه من أجل كبح جماح الفردية المطلقة لجأ الفقه والقضاء، في غياب نص تشريعي يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها، إلى الاستناد على نص المادتين 1382-1383

ق م فرنسي المتعلقتين بالمسؤولية التقصيرية بغية اعتبار التعسف نوعا من الخطأ العادي أو الخطأ المتميز عن الخطأ التقصيري، أما اليوم وقد وجدت نصوص تشريعية تدين كمبدأ عام التعسف في استعمال الحق فإنه من واجب الفقه تجاوز المرحلة السابقة وإعادة النظر في تأصيل التعسف في ضوء فكرة الحق ذاته.

وفي ربط تأصيل التعسف بفكرة الحق قال رحمه الله: ~ والواقع أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، إذ بذلك ترتب حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها، ذلك أن الحقوق - بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض، وبما تؤدي إليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض - لا يتصور أن تكون مقررّة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة، وهو ما يرهنها - بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون - بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها، وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة، وهو ما يقتضي إخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها، ولذلك فإن التعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق، وهو ما يفصم بين التعسف والخطأ ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق²⁵.

وتأكيدا لرأيه رأى حسن كيرة أن التعسف مشكلة سابقة على مشكلة المسؤولية، ومن ثم فإنه لا يتصور التماس حلها إلا في ضوء فكرة الحق ذاته بعيدا عن أحكام المسؤولية، وفي هذا المعنى قال رحمه الله: ~ ومن ناحية أخرى، فالمشكلة التي تثيرها فكرة التعسف مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية لا يتصور التماس حلها إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره وبالتالي في ظل نظريته العامة وحدها، ذلك أن حل مشكلة التعسف

يقتضي الاختيار أو لا بين الإطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق، ثم يقتضي - إذا وقع الاختيار على النسبية - تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل إطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها، بل يرتهن ذلك بفكرة الحق ودوره أو وظيفته، وبفكرة العدل ومدلوله، وبالنظرة إلى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين، وكل هذه مسائل تخرج - كما هو ظاهر - عن نطاق المسؤولية²⁶.

وفي نظر حسن كبيرة أن مشكلة التعسف إذا وقعت أوليا فليس من الضروري أن تقوم بعدها مشكلة المسؤولية، فقد يحرم صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه بصورة تعسفية، ومن ثم لا يقع الضرر وبالتالي لا تقوم مشكلة المسؤولية، وفي هذه الحالة بالذات تكون فكرة التعسف قد قامت بدور وقائي يتمثل في منعها وقوع الضرر أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه تعسفيا، وعلى هذا النحو تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال، وفي ذلك ما يبرر - بالنظر إلى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية من دور علاجي فحسب - استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسؤولية التقصيرية²⁷.

ومن كل ما تقدم خلص حسن كبيرة، وهو ما نؤيده بقوة، إلى أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحث الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق فكرة النظرية العامة للحق²⁸.

ويلاحظ أن ما ذكره الدكتور حسن كبيرة يتماشى تماما مع أحكام الفقه الإسلامي، والتي استمد منها المشرع نظرية التعسف، ففي ظل هذا الفقه العظيم يعد الحق منحة من الله تعالى لعباده بقصد تحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة، فمصدر الحق هو الشرع،

ومن ثم كان مقيدا بما قيده به الشرع، ويترتب على ذلك أن للحق، في الفقه الإسلامي، صفة مزدوجة، فردية واجتماعية في آن واحد، وفي نفس الوقت يعد وسيلة لتحقيق المصلحة الفردية والمصلحة العامة، وعند التعارض بين هاتين المصلحتين، مع استحالة التوفيق بينهما، تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وعلى ذلك يمكن القول بأن التعسف في استعمال الحق إنما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع الحكيم من تشريعه، وبهذا يظهر أن هناك ارتباطا وثيقا بين التعسف وفكرة الحق وطبيعته، مما يدل على أن التعسف نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة، ولا تستند إلى الخطأ في المسؤولية المدنية²⁹.

المطلب الثاني : الاتجاهات التشريعية في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق :

تبعا لاختلاف الفقه في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق اختلفت التشريعات، هي الأخرى، في هذه المسألة المهمة بين مؤيد لإبقاء التعسف ضمن دائرة المسؤولية، بحيث تم تنظيمه في الباب المتعلق بالمسؤولية التقصيرية كما هو الشأن بالنسبة للتشريعين اللبناني والجزائري، ومعارض لذلك، بحيث خصه بمواد تقع في الباب التمهيدي للقانون المدني كما هو الحال بالنسبة للتشريع المصري.

الفرع الأول : التشريعات المقننة لنظرية التعسف في استعمال الحق ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية :

اتجهت بعض التشريعات الحديثة إلى تقنين رأي غالبية الفقه التقليدي الذي يرى أن التعسف ما هو إلا تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري، وعلى هذا الأساس جاء تنظيمها لأحكام التعسف ضمن المواد المتعلقة بأحكام المسؤولية التقصيرية، ومن هذه التشريعات تقنين العقود والموجبات اللبناني والقانون المدني الجزائري بعد تعديل

أولاً: تقنين العقود والموجبات اللبناني: نظم المشرع اللبناني نظرية التعسف في استعمال الحق في تقنين الموجبات والعقود بين النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية في المادة 124 حيث نصت على ما يلي: "يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق". وواضح من هذا النص أن المشرع اللبناني قرر مبدأ عاماً للتعسف في استعمال الحق دون أن يورد صوراً له كما فعلت جل التشريعات العربية، ويتوافر التعسف، حسب هذا النص، في حالتين: الأولى عند تجاوز صاحب الحق حدود حسن النية، والثانية عند تجاوز صاحب الحق الغرض الذي من أجله منح الحق³⁰.

والمهم في كل هذا أن المشرع اللبناني بتنظيمه للتعسف ضمن نصوص المسؤولية التقصيرية يكون قد اعتبر التعسف مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري، وهذا أمر ليس بغريب إذا علمنا أن واضح هذا القانون هو الأستاذ جوسران، فقد سبق وأن رأينا أن هذا الفقيه من أنصار اعتبار التعسف خطأ من نوع خاص يقع ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: القانون المدني الجزائري: بعد أن كان المشرع الجزائري ينظم موضوع التعسف بمقتضى المادة 41 حاشراً إياه ضمن المواد المنظمة لموضوع الأهلية، فضل بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني إدراج أحكام التعسف ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية، فبعد أن نصت المادة 124 ق م على اعتبار: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، نصت المادة 124 مكرر على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وبهذا النص الصريح يكون المشرع الجزائري قد حسم الأمر في مسألة تأصيل التعسف في استعمال الحق بحيث اعتبره، شكلاً ومضموناً، مجرد تطبيق من تطبيقات

الخطأ التقصيري، ولا شك عندنا أن هذا المسلك محل نظر لأسباب كثيرة سبق لنا ذكرها عند كلامنا عن الانتقادات الشديدة التي تعرض لها هذا التأصيل من قبل الفقه الحديث، ومن ثم لا نرى داع لإعادة ذكرها، ولكن لا بأس، في هذا المقام، أن نذكر أهم الانتقادات الدقيقة التي أوردها الأستاذ الكبير علي علي سليمان رحمه الله على هذا التأصيل قبل أن يقع تعديل 2005 وهي كالآتي³¹

1 - إذا كان التعسف صورة من المسؤولية التقصيرية فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له؟ أليس النص على أن كل عمل خاطئ يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيًا على الخطأ؟

2 - إن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي، وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعة أو بنظرية الضمان أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي إزاء الخطأ، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون إقامة التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة من صور هذه المسؤولية، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية.

3 - إذا رجعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدد المادتين 4 و5 وهما مصدر نصوص التعسف في القوانين العربية الأخرى، رأينا أنها تقول: "أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع".

4 - إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ، بل تنظر إليه نظرة موضوعية، وحذت حذو المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ.

الفرع الثاني: التشريعات المقننة لنظرية التعسف في استعمال الحق خارج دائرة المسؤولية التقصيرية:

بادرت بعض التشريعات الحديثة إلى الأخذ برأي الفقه الحديث الذي يرى وجوب الاعتراف بفكرة التعسف كنظرية عامة مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية تنبسط على جميع نواحي القانون، ومنها هذه التشريعات القانون المدني المصري، وهو أيضا ما نادت بهذه لجنة مراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي سنة 1950 - 1951.

أولا: القانون المدني الفرنسي: رغم أن القانون المدني الفرنسي لم ينظم التعسف في استعمال الحق بنص عام مما لا يمكن معه القول بأنه من التشريعات التي قننت موضوع التعسف داخل أو خارج دائرة المسؤولية التقصيرية، إلا أننا آثرنا تناوله بالدراسة مع التشريعات المقننة لنظرية التعسف في استعمال الحق خارج دائرة المسؤولية التقصيرية على أساس أن لجنة مراجعة القانون المدني في سنوات الخمسينات من القرن الماضي كانت قد أوصت بوضع نص عام يحرم التعسف يكون مكانه المناسب في مقدمة الباب السابع³².

فبعدما كانت غالبية الفقه الفرنسي ترى في التعسف تطبيقا للخطأ التقصيري برز اتجاه قوي نادى باستقلال فكرة التعسف عن فكرة المسؤولية، ظهر ذلك جليا في أعمال لجنة مراجعة تنقيح القانون المدني بجلساتها المنعقدة في سنة 1950 - 1951، فقد جاء في تقرير أعمال هذه اللجنة أن المادة 1382 ق م قد ساعدت القضاء الفرنسي في إدانة التعسف، لكن ليس من المؤكد أن نظرية التعسف تنتمي إلى فكرة المسؤولية المدنية، وعلى هذا الأساس اقترحت اللجنة النص الآتي: "الحقوق المالية أو غير المالية لا يسوغ استعمالها إلا في ضوء الغرض الذي من أجله اعترف بها القانون بأنها تقديرية وذلك بالنظر إلى طبيعتها أو بالنظر إلى القانون...".

وأثناء اجتماع اللجنة بكامل هيئتها في 15 أبريل سنة 1951 أعلن رئيس اللجنة عدم موافقته لرأي الأستاذ Houin القائل بكفاية الخطأ لإدانة التعسف، ورأى في مقابل ذلك إمكانية وجود تعسف دون خطأ، وضرب مثالا على ذلك بمن يقوم ببناء مصنع يحتاج فيه

إلى إقامة مداخن مختلفة دون أن يرتكب أي إهمال أو عدم تبصر وعناية بعد حصوله على ترخيص من السلطة المختصة، حيث يعد متعسفا رغم أنه لم يرتكب أي خطأ، وهو ما وافقت عليه اللجنة ورفعت نداءها للمشرع بضرورة التدخل لوضع نص عام يحرم التعسف.

وفي اجتماعها بتاريخ 24 مايو سنة 1951 اقترحت اللجنة نصا يدين التعسف كمبدأ عام يوضع في مقدمة الباب السابع، ومثل هذا المسلك يعزز قول من رأى أن الاستناد على المادة 1382 ق م فرنسي من قبل القضاء والفقه لإدانة التعسف كان مجرد تبرير مرحلي في ظل خلو القانون المدني الفرنسي من نص عام يحرم التعسف، ومع ذلك لم يتدخل المشرع الفرنسي إلى يومنا الحاضر للأخذ بما وصلت إليه أعمال اللجنة المذكورة أعلاه!!!

ثانيا: القانون المدني المصري: نظم الشرع المصري أحكام التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني، فبعدما نصت المادة 4 على الاستعمال المشروع، نصت المادة 5 على الاستعمال التعسفي للحق، ووضعت ثلاثة معايير لتحديده وهذا النحو الآتي: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد به إلا الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها. ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

وجاء في المذكرة الإيضاحية أن المشروع "أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيديّة لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعا، بل وعلى نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها على الحقوق الشخصية، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام"³³.

ورغم وضوح المذكرة في اعتبار التعسف نظرية تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع (المسؤولية) إلا أن غالبية الفقه المصري رأيت خلاف ذلك وذهبت إلى القول بأن التعسف يجد نطاقه داخل أحكام المسؤولية³⁴ متأثرة في ذلك بآراء غالبية الفقه الفرنسي وأحكام القضاء الفرنسي!!! هذا ما جعل المستشار محمد شوقي السيد يقول بحق: ونحن من جانبنا نرى أننا لسنا في حاجة إلى أن نسير وراء الفقه والقضاء الفرنسيين في تحديد طبيعة التعسف بأنه إحدى صور الخطأ لأنه إذا كان ذلك جائزا في ظل القانون المدني الملغى فإنه لم يعد جائزا بعد صدور القانون المدني الجديد الذي نص في الباب التمهيدي على عدم مشروعية التعسف في استعمال الحق، ونص صراحة على صور عدم المشروعية، وقد وجد هذا المبدأ مكانه في الباب التمهيدي من القانون (في نص المادتين 4 و5 مع وجود نص خاص يقيم المسؤولية على أساس الخطأ المادة 163 مدني) وهو ما لا نجد معه مبررا لطمس فكرة الخطأ وتضييق فكرة التعسف في نفس الوقت، والقول بقيامها على أساس الخطأ وقيامها تبعا لذلك داخل نطاق المسؤولية التقصيرية خاصة كما أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقا على المادتين 4 و5 أنها أخذت من مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال التعسف منهجا لها ودستورا، وهي في هذا المجال أشد اتساعا من فكرة الخطأ، وليست تطبيقا للعمل غير المشروع³⁵.

المبحث الثاني: معيار التعسف في استعمال الحق

بعد أن اتفق الفقهاء على القول بإدانة الاستعمال التعسفي للحقوق، ثار الخلاف بينهم حول المعيار الواجب إتباعه لتحديد التعسف، وسبب هذا الخلاف يمكن إرجاعه لعدة أمل منها حداثة نظرية التعسف في استعمال الحق، وارتباطها بقواعد الأخلاق بدالة، وتطور المجتمع على المستويين الاجتماعي والاقتصادي، بالإضافة إلى أن تقرير التعسف يعود في جزء كبير منه إلى السلطة التقديرية للقاضي، وعلى هذا الأساس النقاش مفتوحا إلى يومنا الحاضر. وعلى أية حال فإن الفقه، من أجل تعيين

العناصر التي تسمح بتحديد مبدأ التعسف، اقترح جملة من المعايير المتباينة، كان لها الأثر البالغ في صياغة نظرية التعسف على المستوى التشريعي، فنعرض أولا لبيان المعايير المقترحة فقها وثانيا للمعايير المعتمدة تشريعا.

المطلب الأول: تعدد المعايير المقترحة فقها لتحديد التعسف في استعمال الحق:

ليس من السهل تتبع المعايير التي اقترحها الفقه لتحديد التعسف، ومع ذلك تشير الدراسات الحديثة³⁶، إلى خمسة معايير وهي على التوالي: المعيار الفني (الخطأ في استعمال الحق)، المعيار القسدي (نية الإضرار)، المعيار الاقتصادي (تخلف المصلحة المشروعة)، المعيار الغائي (الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية)، وأخيرا المعيار الحمائي (الاعتداء على حق الغير في السلامة)³⁷.

الفرع الأول: المعيار الفني (الخطأ في استعمال الحق)

La faute dans l'exercice de droit :

أصحاب هذا المعيار هم الفقهاء القائلون باعتبار التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطأ التقصيري³⁸، لذلك لم يسلم معيارهم المقترح من النقد³⁹.

أولا: عرض المعيار الفني: ينطلق أصحاب هذا المعيار من تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق في إطار المسؤولية المدنية، ففي نظرهم أن التعسف ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، تتم معالجته في إطار المادة 1382 ق م فرنسي، والخطأ هو السلوك غير المألوف للرجل العادي، وعلى هذا الأساس فإن الشخص الذي يتصرف، مستعملا السلطات التي خولها له القانون، على خلاف سلوك الرجل العادي، يعد مرتكبا لخطأ يكيف على أنه تعسف في استعمال الحق، سواء كان الخطأ عن قصد أم لا، لأن المهم هو تلك المقارنة، التي تتم بصورة مجردة، مع سلوك صاحب الحق الذي يمارس حقه بشكل عادي.

ومن أجل تأييد قولهم يرى أصحاب هذا الرأي أن معيارهم المقترح هو المعمول به على المستوى القضائي، حيث لا يتردد القضاء الفرنسي في تأسيس إدانته للتعسف على أحكام المادة 1382 المتعلقة بالخطأ التقصيري، والأكثر من هذا فإن الخطأ فكرة مرنة تتماشى مع تطور المجتمع مما يسمح بتنوع الحلول القانونية للمشاكل المطروحة.

ثانياً: تقدير المعيار الفني: من محاسن هذا المعيار عند بعض الفقه أنه يقود إلى التأكيد على الضرر الذي يصيب الضحايا، فالتعسف لا يوجد إلا إذا كان التصرف المجرم *crimin-acte in* سبب ضرر للغير، فلا وجود للمسؤولية إلا إذا وجد الضرر، ومع ذلك فقد تعرض هذا المعيار لنقد شديد من قبل الفقه، على أساس أنه معيار غير دقيق، وهو غير ذي فائدة تذكر.

فهو غير دقيق، لأنه يتجاهل خصوصية مشكلة التعسف، ذلك أنه يخلط بين الاستعمال التعسفي للحق والتصرف الخاطئ، فالأول يقع داخل دائرة المشروعية، بينما الثاني يقع خارج دائرة المشروعية لذا يطلق عليه عبارة العمل غير المشروع. وهو غير ذي فائدة، لأنه القول باعتبار التعسف خطأ لا يحل أية مشكلة، خاصة وأن طبيعة الخطأ وجسامته ليست هي نفسها دائماً.

بالإضافة إلى ما تقدم إن مشكلة التعسف سابقة على مشكلة المسؤولية المدنية، ذلك أن غرض نظرية التعسف هو إسقاط مظهر المشروعية عن تصرف صاحب الحق، وما دام أن هذا الأخير يتمتع بهذه المشروعية لا يمكن بداهة الكلام عن المسؤولية المدنية وما تفرضه من دفع تعويض للضحية، وهكذا يظهر أن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية في حالة استعمال الحق بصورة تعسفية يتضمن التطبيق المسبق لنظرية التعسف في استعمال الحق من أجل حرمان صاحب الحق من مظهر المشروعية.

الفرع الثاني: المعيار القصدي (نية الإضرار L'intention de nuire):
أصحاب هذا المعيار هم الفقهاء القائلون بأن الحقوق هي، في الأصل، مطلقة *absolus*،

والتعسف هو طبع للنظام الأخلاقي *un temperament d'ordre moral*، لكن إذا كان هذا المعيار يكشف عن التعسف، فإن هذا الأخير لا يتضمن بالضرورة نية الإضرار⁴⁰.

أولاً: عرض المعيار القسدي: يعد هذا المعيار من أقدم المعايير المقترحة لتحديد التعسف، فقد عُرِف عند الرومان، وانتقل إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم، واستندت إليه المحاكم لإدانة الاستعمال التعسفي للحقوق، ورغم كثرة القائلين به من الفقهاء المعاصرين، إلا أن البحث عنه يجري، عادة، في كتابات الفقيه الفرنسي جورج ريبير⁴¹.

إن نقطة البدء، عند جورج ريبير، شبيهة بالمفاهيم التي قادت بلانيول إلى إنكار مراقبة استعمال الحقوق، فالحق الفردي، عند ريبير، يجب أن يضمن لصاحبه قدراً من الحرية في التصرف، وبالتالي قدراً من الحصانة في حالة ما إذا أدى هذا التصرف إلى الإضرار بالغير، ذلك أن القانون، في حقيقته، هو تفوق مكتسب *superiorité acquise* وهذا التفوق لا يكتسب بدون سبب، فهو يفترض عملاً داخلياً أو توضحية بحق آخر، ولكن عندما يكتسب لا يبقى حقاً إلا إذا سمح بسلطة أنانية *un pouvoir égoïste*، ومن هنا كانت الحقوق تنشئ مكنة محددة *une prérogative définie* وتعطي قدرة لشخص على آخر أو على أشخاص آخرين. ويرى ريبير أن النتيجة المنطقية لما تقدم إما أن نقول بإطلاقية الحق الفردي وإما أن ننكر وجود هذا الحق.

وفي نظر ريبير أن الحصانة التي يتمتع بها من يستعمل حقه وإن كانت كبيرة إلا أنها ليست كلية، ذلك أنه إذا كان التصرف، عند استعمال الحق، غير مستوح من النية الأنانية *une intention égoïste* فحسب، بل من نية الإضرار بالغير، فإن هذه النية تغير من خاصية هذا التصرف، إذ في مثل هذه الحالة نكون أمام تصرف تعسفي، ومن ثم لا يكون محصناً من الناحية القانونية.

ويفسر ريبير هذا التضيق من إطلاقية الحق الفردي بالتنازع الموجود بين القانون الوضعي والواجب الأخلاقي *un conflit entre un droit positif et un devoir moral*، ذلك أن التطبيق الضيق للقواعد القانونية لا يمكن أبداً أن يكون ضد المتطلبات الأساسية الأخلاقية، فالقانون يجب ألا يكون أداة تستعمل لخرق المفاهيم الأخلاقية.

ومن أشهر الأحكام التي أشارت صراحة لمعيار نية الإضرار الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية كليمان بايار Clément Bayard بتاريخ 3 أوت 1915، وتتلخص وقائعها في أن مالكا لأرض مجاورة لمربأ طائرات للبالونات القابلة للتوجيه قد رفع في حدوده هياكل من خشب عليها سيقان من حديد من أجل إجبار جاره على بيع أرضه، فأدانت محكمة النقض تصرفه هذا على أساس أنه لا يمثل في استغلال أرضه أية منفعة ولم يكن له هدف سوى الإضرار بكليمان بايار⁴².

ثانيا: تقدير المعيار القصدي: لاشك أن التصرف، إذا كان بنية الإضرار بالغير، يشكل خرقا واضحا لمفهوم الحق ذاته، ويتنافى مع المفاهيم الأخلاقية، ومن ثم فهو لا يستحق الحماية القانونية، إلا أن الفقه أعاب على هذا المعيار جملة من الأمور منها صعوبة إثباته، وتضييقه لمفهوم التعسف، وتبريره السيئ لدور الأخلاق.

فمن ناحية صعوبة إثباته، يظهر جليا أن هذا المعيار يقوم على فكرة البحث عن نوايا وبواعث صاحب الحق في استعماله لحقه، ومن ثم كان على القاضي الغوص في أعماق نفسية صاحب الحق للوصول إلى نيته الحقيقية، ولاشك أن هذه العملية صعبة للغاية، والدليل على ذلك أن الفقه والقضاء حاولا مرارا الاستناد على عناصر أخرى غالبا هي موضوعية لإثبات وجود نية الإضرار من ذلك قولهم بانعدام المصلحة الجادة والمشروعة لدى صاحب الحق كقرينة على نيته في الإضرار بالغير.

أما من ناحية تضييقه لمجال نظرية التعسف، فلاشك أن الاعتماد على نية الإضرار بالغير كمعيار وحيد لتحديد التعسف يؤدي إلى إفلات حالات كثيرة من التصرفات التعسفية من مجال نظرية التعسف، فمثلا لو لجأ رب العمل إلى وضع نهاية لعقد عمل غير محدد المدة بحجة أن العامل صاحب نشاط نقابي، فإنه قد لا تكون نيته متجهة إلى الإضرار بهذا العامل، ومع ذلك فإن إنهاءه لعقد العمل، بهذه الصورة، يشكل تصرفا تعسفيا، ونفس الأمر يقال عن مالك مصنع وسط المدينة يسبب إزعاجا كبيرا للجيران، فقد لا ينوي إطلاقا إلحاق الضرر بجيرانه، ومع ذلك يشكل تصرفه فعلا تعسفيا إذا تجاوز

مضار الجوار المألوفة، وعلى هذا الأساس، قال بعض الفقه - بحق - إذا كان التعسف متوفرا في كل الحالات التي يتضمن فيها استعمال الحق نية الإضرار، فإنه ليس من الضروري أن يفترض التعسف وجود نية الإضرار.

وأخيرا يلاحظ أن هذا المعيار، باعتباره قائما على فكرة الأخلاق كحد لإطلاقية الحقوق، قد يؤدي، من ناحية، إلى طمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم الاختلاف القائم بينهما من حيث الهدف والغاية، ومن ناحية أخرى قد يفسح المجال لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما أن استعمالهم لا يحمل معنى مخالفة المفاهيم الأخلاقية رغم مجافاة تصرفاتهم لغاية الحق أو إهدارها مصلحة الجماعة، والأكثر من هذا يجب، حتى تلعب القاعدة الخلقية دورها في مادة القانون، أن تحظى بقبول من القانون ذاته، فإذا كان من المؤكد أن القانون لا يسمح لصاحب الحق أن يقصد تحقيق أهداف خبيثة، فإن ذلك راجع إلى أن القانون يتقبل هذا الواجب الأخلاقي، فإذا كان القانون لا يقيم وزنا لبعض القواعد الأخلاقية فإنه لا يمكن الكلام عن الواجب الأخلاقي كحد للقانون.

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي (تخلف المصلحة المشروعة

: (Le défaut d'interet légitime

أصحاب هذا القول هم الفقهاء القائلون بأن الحق لا يعد غاية في حد ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق مصلحة مشروعة، والتعسف يكمن في تخلف هذه المصلحة⁴³، وبالرغم من سهولة تطبيق هذا المعيار فإنه لم يسلم من النقد⁴⁴.

أولا: عرض المعيار الاقتصادي: أمام صعوبة إثبات معيار نية الإضرار بالغير وتضييقه لنطاق التعسف في استعمال الحق نادى جمع من الفقهاء بوجوب تقدير قيمة التصرف في حد ذاته بعيدا عن نوايا وبواعث صاحب الحق.

ونقطة البدء عند أصحاب هذا المعيار أن الحقوق ليست غايات في حد ذاتها، بل هي وسائل مخولة لأصحابها لتحقيق مصالح، والمصالح لا تكون محمية بالقانون إلا إذا كانت مشروعة.

وعلى ذلك يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا لم يهدف إلى تحقيق أية مصلحة، أو هدف إلى تحقيق مصلحة لكنها غير مشروعة، أو كانت المصلحة التي هدف إلى تحقيقها مشروعة لكنها لا تتناسب والأضرار التي يمكن أن تلحق بالغير، وهذه الصور الثلاث للتعسف يمكن تلخيصها في عبارة "تخلف المصلحة المشروعة"، ذلك أن المصلحة إما أن تنعدم تماما، فنكون أمام انتفاء المصلحة، وإما أن تكون موجودة ولكنها غير مشروعة أو لا تتناسب مع الأضرار اللاحقة بالغير فنكون أمام تخلف المشروعية عن المصلحة.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن معيارهم، من ناحية أولى هو سهل التطبيق، ومن ناحية ثانية يشمل بالضرورة معيار نية الإضرار بالغير، ذلك أن استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير يعد استعمالا للحق بدون مصلحة تعود على صاحبه، ومن ناحية ثالثة أن المحاكم قد دأبت، في إدانتها للتعسف، منذ حكم محكمة استئناف كولمار سنة 1855 على تقييد استعمال الحق بـ "تحقيق مصلحة جدية ومشروعة" ⁴⁶ *intérêt sérieux et légitime*.

ثانيا: تقدير المعيار الاقتصادي: رغم الإيجابيات الكثيرة للمعيار الاقتصادي إلا أنه لم يسلم من نقد الفقه، ويمكن تلخيص ذلك في النقاط التالية ⁴⁶:

فهو، في نظر جوسران، إذا كان صالحا بالنسبة للحقوق الأنانية *droits égoïstes*، فإنه غير كاف بالنسبة للحقوق الإيثارية ومثالها سلطة الأب على أولاده، ذلك أن التعسف، في هذه الحالات، يكون عندما يستعمل صاحب الحق سلطاته لتحقيق مصلحة شخصية له.

ويرى ريبير أننا إذا تكلمنا عن منفعة تصرف ما *utilité d'un acte* فكيف نعرف هذه المنفعة؟ فإذا كان الأمر يتعلق بالمنفعة الاجتماعية، فإننا سنسلب الحق من منفعته، لأن صاحب الحق يجب أن يغنم من حقه حتى ولو تضرر الغير، وإذا كان الأمر يتعلق بالمنفعة الفردية، فيجب الاقتصار على الأخذ بعين الاعتبار تفكير القائم بالتصرف، ومن ثم فإن النظرية ستبقى نفسية.

الفرع الرابع: المعيار الغائي (الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية Le détournement du droit de sa finalité sociale):

أصحاب هذا المعيار هم الفقهاء القائلون أن للحقوق غايات اجتماعية، والتعسف يكون بالانحراف عن هذه الغايات⁴⁷، ورغم الشهرة الكبيرة لهذا المعيار فإنه لم يسلم من النقد⁴⁸.
أولا: عرض المعيار الغائي: بعد أن انتقد جوسران المعايير السابقة عمد إلى عرض المعيار الذي يراها مناسبا لتحديد التعسف في استعمال الحق، وقد انطلق، في سبيل ذلك، من فكرة قوية، وهي أن كل الحقوق لها غايات وأهداف اجتماعية، ومن ثم فإن الحق لا يمكن أن يُستعمل بصورة مشروعة إلا وفقا لهذه الغايات والأهداف، وكل استعمال آخر له، خارج هذا المجال، يكون تعسفيا.

ففي نظر جوسران أن كل مكنة *prérogative* وسلطة قانونية *pouvoir juridique* هي اجتماعية في أصلها وفي جوهرها وفي مهمتها المتجهة إلى تحقيقها، وهذه الغاية الاجتماعية توجد في كل المكنات حتى بالنسبة لتلك التي تعد أكثر أنانية كالملكية أو حق الدائن في إجبار مدينه على الوفاء، ومثل هذه المكنات، وإن كانت مقررة لمصلحة الأفراد، إلا أنها تهدف، بالدرجة الأولى، إلى خدمة المجتمع ككل، ذلك أن ممارستها تهدف إلى خدمة أهداف الجماعة، والمجتمع بمنحه هذه المزايا يجعل من أصحاب الحقوق عمالا إيجابيين في الدفاع عن المصلحة العامة، فهو يضع الأنانيات الفردية في خدمة الجماعة، وعلى هذا الأساس يجب أن يتجه الحق نحو الهدف الذي من أجله تقرر، فكل فرد له مهمة لتحقيقها، مما يعود بالقول أن كل فرد يجب عليه أن يجسد هذه المهمة وفقا لروح المؤسسة *conformément à l'esprit de l'institution*.

ويصل جوسران إلى القول بأن لكل الحقوق وظيفة اجتماعية *une fonction sociale* ومن ثم فإنه يجب أن تبقى الحقوق في إطار الوظيفة التي ترتبط بها، وإلا فإن صاحب الحق يكون قد ارتكب انحرافا *un détournement*، وتعسفا في الحق *un abus de droit*، فالتصرف التعسفي هو التصرف المخالف لهدف المؤسسة في روحها وفي غايتها *L'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution à son esprit et à sa finalité*

ونظرا لصعوبة تطبيق معيار الانحراف عن غاية الحق الاجتماعية نتيجة طابعه المجرد، رأى جوسران أنه من الممكن تجسيده بفضل استعمال فكرة الباعث المشروع *légitime motif*، فالتصرف يكون عاديا أو تعسفيا وفقا لإمكانية تفسيره أو لا بباعث مشروع، وهو الذي يشكل حجر الزاوية في كل نظرية التعسف في استعمال الحقوق، وغياب الباعث المشروع، في نظر جوسران، يوجد بالضرورة مبرهنا عليه عندما يثبت، بصورة إيجابية، أن الفرد تحرك بموجب باعث غير مشروع كنية الإضرار بالغير.

ولا يرى جوسران أن معياره المقترح قد امتص معيار نية الإضرار، نتيجة اعتماده على فكرة الباعث المشروع، ذلك أن معياره يذهب أبعد من معيار نية الإضرار، فهو يقر بوجود التعسف إذا استعمل صاحب الحق الحقوق الإيثارية لتحقيق مصلحة شخصية له أو إذا استعمل حقا من حقوقه الأنانية وألحق ضررا بالغير أو إذا اختار، من بين مختلف طرق استعمال الحق، الطريقة التي من شأنها المساس بالمصالح المشروعة أو إذا ارتكب خطأ ذا طابع فني أثناء إنجاز المؤسسة.

ثانيا: تقدير المعيار الغائي: رغم الشهرة الكبيرة التي نالها هذا المعيار وكثرة مؤيديه في فرنسا وخارجها، فإنه لم يسلم من نقد الفقهاء، فهو معيار صعب التطبيق، يهدد السلم القانوني، ويهدم نظرية الحق والتعسف في استعمال الحق.

فمن ناحية صعوبة تطبيقه، لاشك أنه ليس من السهل، لا نظريا ولا عمليا، تحديد الغاية الاجتماعية لكل حق من الحقوق على حدة، فهو معيار غير منضبط يؤدي إلى التحكم وكثرة الآراء المختلفة وتضاربها⁴⁹.

ومن ناحية تهديده للسلم القانوني، يبدو أن تطبيقه سيؤدي إلى نشوء حالة من الفوضى، لأن ترك رسم الحدود الغائية للحق للمفاهيم الشخصية للقضاة سيسمح لا محالة بفتح الباب واسعا لتدخل الاعتبارات السياسية والنزاعات الاجتماعية، وكل هذا يقود بالضرورة إلى سحب كل استقرار للعلاقات القانونية في إطار القانون الوضعي.

ومن ناحية هدمه لفكرة الحق من أساسها، فلأن جوسران يعتبر الحقوق مجرد وظائف اجتماعية، وهو أمر يتنافى تماما مع حقيقة الحق وجوهره، ففي مجال الحقوق الذاتية

يتفوق المظهر الشخصي على المظهر الاجتماعي، وهذا هو الأساس المعتمد عليه في التفرقة بين الحقوق الذاتية *droits subjectifs* والحقوق وظائف *droits fonctions*.
والأكثر من هذا فإن المعيار الغائي متهم بهدم نظرية التعسف في استعمال الحق في حد ذاتها، لأن تعريف جوسران للتعسف بأنه انحراف *détournement* سيدخل نظرية التعسف في العدم، ذلك أن كل انحراف عن السلطة ما هو إلا مخالفة للقانون *illégalité*

الفرع الخامس: المعيار الحمائي (الاعتداء على حق الغير في السلامة

: *L'atteinte au droit d'autrui à la sécurité*)

أصحاب هذا المعيار هم الفقهاء القائلون بفكرة الضمان في مجال المسؤولية المدنية، والتعسف هو اعتداء على حق الغير في السلامة⁵⁰، وقد تعرض هذا المعيار لنقد الفقه المعاصر⁵¹.

أولاً: عرض المعيار الحمائي: صاحب نظرية الضمان هو الفقيه الفرنسي ستارك، عرضها في رسالته للدكتوراه سنة 1947 بعنوان محاولة لنظرية عامة عن المسؤولية المدنية في وظيفتها المزدوجة الضمان والعقوبة الخاصة⁵².

ينطلق ستارك في عرض نظريته من نظريته إلى المضرور لا إلى المسؤول، ويقرر أن لكل فرد في المجتمع الحق في السلامة، سواء تعلق الأمر بسلامة جسمه أو سلامة أمواله، بمعنى أن له الحق في السلامة المادية والمعنوية. وعلى ذلك إذا حدث اعتداء عليه من الغير فمس سلامة جسمه أو سلامة أمواله قامت مسؤولية المعتدي والتزم بدفع تعويض للضحية، وهذا دون حاجة إلى البحث عما إذا كان المعتدي قد ارتكب خطأ أم لا.

وعلى هذا الأساس إذا استعمل الشخص حقه المشروع أو مارس حريته المشروعة فأصاب فرداً من أفراد المجتمع في سلامته المادية أو المعنوية اعتبر متعسفاً في استعمال حقه، وقامت مسؤوليته، ووجب عليه جبر الضرر بدفع تعويض للضحية، وهذا بغض النظر عن وجود خطأ أم لا، وبغض النظر عما إذا كان الضرر معتبراً أم لا.

ومع ذلك يقرر ستارك أن هناك تحفظا وحيدا يرد في هذا المجال وهو أن المسؤولية لا تقوم إذا كان صاحب الضرر متمتعا بحق الإضرار droit de nuire ذلك أن الحياة في المجتمع لا تكون ممكنة إذا لم تُقبل بعض الأضرار الناتجة عن الجوار كالضجيج والغبار... لكن بشرط ألا تتعدى هذه الأضرار ما يعتبر مألوفا، مع مراعاة، بطبيعة الحال، ظروف المكان والزمان، ففي مثل هذه الأحوال تكون هذه الأضرار مباحة قانونا dommages autorisés.

ثانيا : تقدير المعيار الحمائي : وجه الفقه للمعيار الحمائي جملة من الانتقادات، منها أن تطبيقه مرتبط بالتطبيق المسبق لنظرية التعسف، وهو متعارض مع فكرة الحق، ويتجاهل خصوصية مسألة التعسف في استعمال الحق.

فمن الناحية الأولى، إن الضرر لا يصبح غير مشروع إلا إذا حدث بصورة غير مشروعة، فالأمر، إذن، يتعلق بتحليل وتقدير التصرف المولد للضرر، فهذا الأخير يكون مشروعا أو لا بحسب ما إذا كان التصرف المولد نفسه مشروعا أو لا، وعلى ذلك فطالما كان التصرف يتمتع بالمشروعية الظاهرة فإن الأضرار التي أحدثها لا يمكن أن يعاقب عليها بنظرية الضمان، فهذه النظرية، مثلها مثل المسؤولية، لا تتدخل، فيما يتعلق باستعمال الحق، إلا إذا زالت المشروعية الظاهرة عن التصرف بواسطة نظرية التعسف في استعمال الحق.

ومن الناحية الثانية، إن تطبيق نظرية الضمان يتعارض مع نظرية الحق، ذلك أنه من المعلوم أن كل حق للفرد، له كمقابل، واجب نحو الآخرين، لهذا أمكننا الكلام عن عبء اللامساواة التي يتضمنها مفهوم الحق، وهي، على حد تعبير بعض الفقه، لا مساواة مشروعة، وعلى ذلك فكيف نريد اعتبار كل اعتداء على حق السلامة هو مصدر المسؤولية ولو تعلق الأمر باستعمال حق، ولو كان الضرر المحدث غير معتبر، كما تراه نظرية الضمان، ألا يتضمن هذا المفهوم خطرا على الحقوق ذاتها؟ ألا يهدم هذا المفهوم نظرية الحق ذاتها؟

ومن الناحية الثالثة، إن هذه النظرية تهدم خصوصية التعسف في استعمال الحق، ذلك أنه إذا كان الضرر المسبب يجب أن يعوّض عليه دون حاجة إلى الأخذ بعين الاعتبار الفعل

المولد، ولا التفرقة بين ممارسة الحق واستعمال الحريات، فإننا بهذا الصنيع لا نرى إطلاقاً أين تقع خصوصية هذه النظرية وفائدتها، فلا تكون لها أية مهمة، ولا أي سبب يبرر وجودها.

المطلب الثاني: المعايير المعتمدة تشريعاً لتحديد التعسف في استعمال الحق:

إذا كان الفقه قد حاول البحث عن معيار عام جامع لكل حالات التعسف، فإن جُلَّ التشريعات العربية، وعلى رأسها القانون المدني المصري، لم تسلك ذات المنهج، حيث تفادت ذكر معيار عام في التعسف وعمدت إلى ذكر حالات للتعسف، وهو نفس المنهج الذي سلكه القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: معايير التعسف في القانون المدني المصري:

أفرد المشرع المصري لأحكام التعسف في استعمال الحق نصاً خاصاً، وهو نص المادة 5 ق م م، أورده في الباب التمهيدي للقانون المدني، وضمَّنه المعايير المحددة للتعسف، ورغم اعتبار هذا العمل خطوة جبارة في تقنين نظرية التعسف إلا أن بعض الفقه سجل جملة من الملاحظات على صنيع المشرع المصري.

أولاً: عرض موقف المشرع المصري: نصت المادة 5 ق م مصري على أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

ويؤخذ من هذا النص أن هناك ثلاثة معايير للتعسف وهي على التوالي: تمحُّض قصد الإضرار بالغير، انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يَحِقُّ بالغير، عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق⁵³، وكلها مستمدة

من الفقه الإسلامي، وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المقصود بكل معيار من هذه المعايير على النحو الآتي⁵⁴:

~وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير، وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به، وقد أفرد له التقنين الألماني المادة 226 وهي في طليعة النصوص التشريعية التي دعمت أسس نظرية التعسف في استعمال الحق، والجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة.

~والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، والمعيار في هذه الحالة مادي، ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير، ويساير الفقه الإسلامي في أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء في مصر وفي الدول الغربية على حد سواء.

~والثالثة حالة استعمال الحق استعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وتعبير المشروع في هذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها. ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب، وإنما يتصل بهذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة. وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية. وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التقنينات الحديثة والفقه والقضاء.

ثانيا: تقدير موقف المشرع المصري: سجل الفقه المصري المعاصر جملة من الملاحظات العلمية القيّمة على المادة 5 المذكورة أعلاه وأهمها ما يلي⁵⁵:

1 - لقد اعتبر المشرع المعايير المذكورة في المادة 5 استعمالا غير مشروع للحق، في حين أن المذكرة الإيضاحية أعلنت صراحة أن التعسف في استعمال الحق ليس مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع!!

2 - بالرغم من أن المادة 5 ق م م تعد تقنيا لنظرية التعسف فإن المشرع تحاشى استعمال تعبير "التعسف" واستعمل تعبير "غير مشروع" مما جعل غالبية الفقه ترى في التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية، مما فوّت الفرصة على اعتبار نظرية التعسف دستورا لمباشرة الحقوق.

3 - إن اكتفاء المشرع بالنص على معايير التعسف دون النص على المبدأ العام الذي يجمع بينها كان له وقعه السيئ على آراء الفقه، حيث رأت غالبية الفقه أن المعايير المذكورة في المادة 5 ق م م واردة على سبيل الحصر، مما أدى إلى التضيق من نطاق نظرية التعسف، مع أن المذكرة الإيضاحية أشارت صراحة إلى أنها وردت لتهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد، مما يدل على أنها واردة على سبيل المثال.

4 - لقد أهمل المشرع النص على المبدأ العام الذي يجمع معايير التعسف المذكورة في المادة 5، مما أوجد خلافا كبيرا بين الفقه، حول تحديد المعيار الجامع للتعسف، بين قائل بالانحراف عن الغاية الاجتماعية للحق وقائل بالانحراف عن غاية الحق دون تقييدها بالاجتماعية، وقائل بالانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وقائل بتخلف المصلحة المشروعة.

5 - فات المشرع النص على معيار الضرر الفاحش في علاقات الجوار المعروف في الفقه الإسلامي كمعيار مستقل للتعسف، مع أنه أورد له تطبيقا في المادة 807 ق م مصري، مما أوجد خلافا بين الفقه حول ما إذا كان ذلك يعد صورة للتعسف في استعمال الحق أو هو خروج عن حدود الحق.

الفرع الثاني: معايير التعسف في القانون المدني الجزائري:

حذا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري في وضعه لنص قانوني ينظم أحكام التعسف في استعمال الحق، ومع ذلك خالفه في جملة من الأمور تحتاج إلى بسط وتفصيل نعرض له عند تقدير موقف المشرع.

أولاً: عرض موقف المشرع الجزائري: بعدما كان المشرع ينص على أحكام التعسف بالمادة 41 ق م وقد حشرها مع أحكام الأهلية، أعاد، بموجب القانون 05-10، تنظيم ذات الموضوع بموجب المادة 124 مكرر ق م تحت أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وهذا على النحو الآتي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد اعتنق الرأي الغالب في الفقه الفرنسي والمصري، بمعنى أن التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، ومعياره هو معياره الخطأ، أي الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهذا الانحراف، حسب المادة 124 مكرر، يعتد به في ثلاث حالات واردة على سبيل المثال وهي: قصد الإضرار بالغير، عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحيق بالغير، وعدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق.

1 - قصد الإضرار بالغير: وهو المعيار التقليدي المعروف منذ عهد الرومان، وقد اعتبره القانون الألماني المعيار الوحيد للتعسف، وهو معيار ذاتي (شخصي) قوامه توافر نية الإضرار بالغير عند صاحب الحق ولو أدى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلاً، كأن يغرس شخص أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، فيعد متعسفاً في استعمال حقه حتى ولو ظهر فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع، ما دام أن هذا النفع لم يكن مقصوداً وإنما تحقق بصورة عرضية إذ كان القصد الوحيد من غرسها هو الإضرار بالجار⁵⁶. وعلى ذلك لا يندرج، ضمن هذا المعيار، الحالة التي يقترن فيها قصد الإضرار بالغير بقصد تحقيق منفعة مهما كانت تفاهتها، ذلك

أن هذه الحالة تحكمها الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر ق م⁵⁷، وقد جاءت المادة 5/ ق م مصري واضحة في هذا الشأن، إذ نصت على ما يلي: ~ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير⁵⁸. فإما حبذا لو يعيد المشرع صياغة المادة 124 مكرر في فقرتها الأولى منعا للتداخل بينها وبين الفقرة الثانية لذات المادة.

ولما كان قصد الإضرار بالغير واقعة مادية، فإنه من الجائز إثباته بكافة طرق الإثبات، ولكن مع ذلك يبقى إثبات هذا القصد أمرا صعبا للغاية لاتصاله بأمر نفسي كامن داخل النفس البشرية، لذلك جرى القضاء على استخلاص قرينة قضائية على القصد من انعدام المصلحة وتفاهتها⁵⁹، ~ فالمالك الذي يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحض القصد للإضرار بهذا الجار إذا لم تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الحائط المرتفع. وكذلك الحال في شأن المالك الذي يقيم سياجا عاليا يطل به على اللون الأسود لا لشيء إلا لمجرد إظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه بذلك، وكذلك الحال في شأن صاحب العمل الذي يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه، لأنه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل⁶⁰.

2- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحمق بالغير: وهو معيار مادي (موضوعي) يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق، وإنما قوامه عدم وجود تناسب بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه وبين الضرر الذي يصيب الغير من ذلك⁶¹، وهذه مسألة يقدرها القاضي حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة⁶².

ويلاحظ أن التعسف، وفق هذا المعيار، يتحقق سواء قصد صاحب الحق الإضرار بالغير أو لم يقصد، ذلك أن الأمر لا يخلو من أحد فرضين، إما أن يكون قصد أساسا الإضرار بالغير ولكنه يتستر تحت مصلحة قليلة الأهمية، فهو، إذن، ذو قصد سيئ، وإما ألا يكون قد قصد ذلك، فهو، إذن، مستهتر لا يبالي بما تقتضيه ضرورات الحياة في المجتمع⁶³.

وإذا كان هذا المعيار يقوم على أساس الموازنة بين المصالح المتعارضة، مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه ومصلحة الغير في تفادي الضرر الحاصل من ذلك، فإن هذه الموازنة تقودنا إلى ثلاث نتائج مختلفة، الأولى وهي رجحان الضرر اللاحق بالغير على مصلحة صاحب الحق، وفي هذه الحالة يتحقق التعسف، والثانية وهي رجحان المصلحة على الضرر اللاحق بالغير، وفي هذه الحالة لا يتحقق التعسف، إذ لصاحب الحق مصلحة جدية، ومن ثم لا مسؤولية على من يستعمل حقه لتحقيق مصلحة جدية مشروعة، والثالثة وهي تساوي المصلحة والضرر، وفي هذه الحالة لا يتحقق التعسف، ذلك أن النص يشترط أن تكون المصلحة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، والحال هنا مختلف لأن المصلحة مساوية للضرر⁶⁴.

ويلاحظ أن صياغة المادة 124 مكرر/2 ق م جزائري، تختلف عن صياغة المادة 2/5 ق م مصري، فبينما هذه الأخيرة تشترط عدم التناسب المطلق بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير، بدليل استعمال المشرع المصري عبارة: "البتة"، نجد نص المادة 124 مكرر ق م لا يشترط ذلك، حيث لم يستعمل المشرع الجزائري عبارة "البتة"، واكتفى باشتراط أن تكون الفائدة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

وفي اعتقادنا أن صنيع المشرع الجزائري أدق من صنيع المشرع المصري لسببين اثنين، أولهما أن هذا المعيار مستمد من الفقه الإسلامي، وهذا الفقه لا يشترط عدم التناسب المطلق بين المصلحة والضرر، فالتعسف يتحقق بمجرد رجحان الضرر على المصلحة أي كانت درجة هذا الرجحان، وثانيهما أن اشتراط وصول رجحان الضرر على المصلحة درجة الإطلاق يمثل معيار مستقلاً للتعسف معروف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وهو ما يسمى بأضرار الجوار، إذ يشترط في هذه الحالة أن يكون الضرر فاحشاً⁶⁵.

وجدير بالذكر أن المشرع طبق المعيار المذكور أعلاه في نصوص كثيرة من القانون المدني نذكر منها على سبيل المثال ما قضت به المادة 2/708 ق م: "غير أنه ليس لمالك

الحادث أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحادث، والمادة 788 ق م: إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول مقابل تعويض عادل، والمادة 881 ق م: يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

3 - عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق: يعد الشخص، وفقا لهذا المعيار، متعسفا في استعمال حقه، إذا رمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فمن انحرف بحقه من أجل تحقيق مصالح غير مشروعة تجرد حقه من قيمته وامتنع القانون عن حمايته⁶⁶. ولا يقصد بالمصلحة غير المشروعة، في هذا المقام، تلك المصلحة التي تخالف حكما من أحكام القانون فحسب، بل يقصد بها أيضا تلك المصلحة التي يتعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب العامة⁶⁷.

وإذا كان هذا المعيار مادي (موضوعي) في أساسه، إلا أنه يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد من استعمال الحق⁶⁸، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه، فهو يهدف، إذن، إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وعلى ذلك فإن نفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق يقوم أساسا على عدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال⁶⁹، هذا ما جعل بعض الفقه يرى أن المعيار الأول للتعسف وهو قصد الإضرار بالغير ما هو إلا مجرد تطبيق لمعيار المصلحة غير المشروعة، على أساس أن قصد الإضرار يعتبر باعثا غير مشروع⁷⁰.

ومن الأمثلة التطبيقية لهذا المعيار حالة رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لمجرد أنه قد التحق بنقابة من نقابات العمال، يريد بذلك أن يحرم عماله من حق خوكه القانون لهم، وحالة المالك الذي يحيط أرضه بأعمدة عالية من أجل حمل شركة طيران

تهبط طائراتها في أرض مجاورة على شراء أرضه بثمن مرتفع، وحالة من يخصص منزله لمقابلات مخالفة للأداب العامة⁷¹.

ثانياً: تقدير موقف المشرع الجزائري: بعد تعديل المشرع لأحكام التعسف في استعمال الحق بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني يمكننا أن نسجل جملة من الملاحظات بخصوص معيار التعسف وهي كالآتي:

1- رغم أن المشرع لم ينص على المبدأ العام الذي يجمع معايير التعسف إلا أنه يظهر أنه قد أخذ بمعيار الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي على أساس أنه قد اعتبر صراحة التعسف مجرد صورة من صور الخطأ التقصيري.

2- إن الأخذ بمعيار الخطأ التقصيري، في اعتقادنا، لا يتماشى، من جهة، مع جوهر نظرية التعسف في استعمال الحق القائم على فكرة الارتباط بطبيعة الحق وغايته، ويعمل، من جهة أخرى، على التضيق من نطاق هذه النظرية، إذ أن التعسف قد يتحقق حتى ولو لم يكن صاحب الحق قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية وهو الإخلال المكون للخطأ في معناه الفني الدقيق.

3- إن المعايير الثلاثة التي نص عليها المشرع في المادة 124 مكرر قد أخذها، بلا شك، من أحكام الفقه الإسلامي، وهذا الفقه، كما هو معلوم، لا يقيم المسؤولية على فكرة الخطأ، فكيف بعد هذا نحاول أن نعتبر المعيار الجامع للمعايير المذكورة في المادة 124 مكرر هو معيار الخطأ التقصيري؟

4- إن إمعان النظر في المعايير التي ذكرها المشرع في المادة 124 مكرر يجعل الباحث يكاد يجزم أنه يمكن إرجاعها إلى معيار عام ينبع من فكرة المصلحة، وهو ما يتفق مع جوهر نظرية التعسف، فالحقوق لم تقرر إلا لتحقيق غايات، وغاية الحق هي إشباع المصلحة بالنظر إلى ما منحه القانون من امتيازات وسلطات للشخص، وعلى ذلك فإن التعسف يتحقق عند انعدام المصلحة أو قتلها أو عدم مشروعيتها، وإذا كان الأمر كذلك فلسنا بحاجة إلى معيار الخطأ التقصيري.

5. سار المشرع الجزائري على نهج المشرع المصري في إهماله النص على الضرر الفاحش كمعيار للتعسف معروف في الفقه الإسلامي ويجد تطبيقا صريحا له في المادة 691 ق م، وكأن المشرع، من خلال تعديل 2005، تعمد هذا الإهمال، لأن هذا المعيار لا يقوم، عند الفقه الحديث، على فكرة الخطأ التقصيري.

خاتمة

بعد عرضنا للآراء الكلاسيكية والحديثة التي قيلت في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق، لا يسعنا إلا أن نقول، دون تردد، أن تنظيم المشرع لهذا الموضوع، بموجب القانون 05-10، لم يكن موفقا لا شكلا ولا مضمونا، فمن ناحية الشكل كان يحسن بالمشرع أن ينظم التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني حتى ينبسط على جميع نواحي القانون دون أن يكون مجرد صورة من صور الخطأ التقصيري، ومن ناحية المضمون كان جديرا بالمشرع أن يعتبر التعسف نظرية مستقلة قائمة بذاتها من ناحية أولى، وأن يذكر صراحة المبدأ العام، المتمثل في تخلف المصلحة المشروعة، باعتباره يجمع المعايير المذكورة في المادة 124 مكرر على سبيل المثال من ناحية ثانية، وأن يدخل بعض التعديلات اللفظية المهمة على ذات المادة من ناحية ثالثة، وأن يضم معيار الضرر الفاحش صراحة إلى المعايير الأخرى اقتداءً بأحكام الفقه الإسلامي.

فيا ليت المشرع يعيد النظر في تنظيم موضوع التعسف ذلك أن تعديل 2005 كما قال أحد الشراح بحق -: "بطريقة غير مباشرة ألغى فكرة التعسف في استعمال الحق وجعل منها فكرة مرادفة لفكرة الخروج عن الحق، إذ اعتبر التعسف خطأ مثله مثل أي خطأ آخر، ولا فائدة من الحالات التي أوردها المشرع في المادة 124 مكرر ما دام أن التعسف أصبح خطأ".⁷²

مراجع البحث

أولاً: باللغة العربية:

أ- المراجع العامة

- 1- أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، 1963-1964.
- 2- إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، مكتبة مصر، 1958.
- 3- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط3، 1988.
- 4- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993.
- 5- شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة وهبة، مصر، 1954-1953.
- 6- عبد الحميد بن شنيّتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، نظرية الحق، 2008.
- 7- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 8- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978.
- 9- عبد المنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1966.
- 10- علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 11- علي فيلاّلي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موقف للنشر، ط2، 2007.
- 12- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، ج2 نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 13- محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 14- محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، 1979.
- 15- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

ب- المراجع الخاصة :

- 1 - حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، 1960.
- 2 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1977.
- 3 - محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979.
- 4 - مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها، دار البشير عمان، ط2، 1987.

ج - المقالات :

- 1- أنور سلطان، التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، س17، 1947.
- 2 - بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية، ع4، 1992.

A- Ouvrages généraux

- 1-. Colin (A) et. Capitant (H), Traité de droit civil, T2, 8éd, Dalloz
- 2- Ghestin (J) et Goubeaux (G), Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 1977.
- 3- Lalou (H), Traité pratique de la responsabilité civile, 4éd, Dalloz, 1949.
- 4- Mazeaud (H et L) et Tunc (A), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T1, 6éd, Montchrestien, 1965.
- 5- Planiol (M), Traité élémentaire de droit civil, T2, 10 éd, LGDJ.
- 6- Ripert (G), La règle morale dans les obligations civiles, 4éd, Paris,

ثانيا : باللغة الأجنبية :

L.G.D.J, 1949.

7- Stark (B), Roland (H) et Boyer (L), Obligations. 1- Responsabilité délictuelle, 4éd; Litec; 1991.

8- Terre (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), Droit civil, Les obligations, 8éd, Dalloz, 2002.

B- Ouvrages spéciaux

1- Josserand (L), De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, 2éd, Dalloz, 1939.

2 Le Tourneau (Ph) et Cadet (L), Abus de droit, Encyclopédie Dalloz de droit civil, 2007.

3- Karimi (A), Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, 2001.

4- Stoffel-Munck (Ph), L'abus dans le contrat, LGDJ, 2000.

C- Articles

1- H. Capitant (H), Sur l'abus des droits, RTD civ. 1928. p365.

2- Pirovano (A), La fonction sociale des droits, Réflexions sur le destin des théories de Josserand, D. 1972. p67.

3- Ripert (G), Abus ou relativité des droits, Rev. Crit. Législ et de jurisp, 1929. p33.

4- Saleilles (R), De l'abus des droits, rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil, Bull. soc. études législ., 1905.p339.

الهوامش :

1 ما زال القانون المدني الفرنسي في مادته 544 يعتبر الملكية حقا مطلقا متأثرا بالنزعة الفردية، حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي: « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue....»

2- انظر في هذا الشأن: فاضلي إدريس، الوظيفة الاجتماعية للملكية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق.

3- انظر على وجه الخصوص في الفقه الغربي: M. Gain, Essai sur l'abus de droit, Th. Lille, 1991. Ph. Stoffel-Munck. L'abus dans le contrat, LGDJ, 2000. Abbas Karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, 2001.

4- انظر في الأحكام القضائية الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, Abus de droit, Encyclopédie Dalloz de droit civil, 2007.

5- انظر في هذا الشأن: علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، ط2، 2007، ص60 وما بعدها. عبد الحميد بن شنيقي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، نظرية الحق، 2008، ص172 وما بعدها.

6- انظر: شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية، ع2، 2009.

7- انظر على وجه الخصوص: A. Karimi, op. cit. 8 «Le droit cesse ou l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit». Planiol, Traité élémentaire de droit civil, T2, 10 éd, LGDJ, n871.

9- انظر تفاصيل هذا النقد عند: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1977. محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979، ص77-80. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993، ص759-761.

10- انظر على وجه الخصوص في تأييد هذا الرأي في الفقه العربي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص917-

920. وفي الفقه الفرنسي: H et L Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6éd, Montchrestien, 1965, T1, n564.

11- انظر تفاصيل هذا النقد عند: حسن كيرة، المرجع السابق، ص762-763. محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص83-86.

J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 1977 592, A. Karimi, op. cit, p73

12 Jossierand (L), De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, 2éd, Dalloz, 1939, p359.

13 - انظر نقدا موسعا لنظرية جوسران: Stoffel-Munck, op. cit, p408 et s.

14 - انظر في تلخيص أفكار جوسران: H. Capitant, Sur l'abus des droits, RTD civ. 1928, p365.

15 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص764.

16- G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4éd, Paris, L.G.D.J, 1949.

17- J. Dabin, Le droit subjectif; Paris, Dalloz; 1952.

18- Art 6 «On ne peut déroger; par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs».

19- Saleilles, De l'abus des droits, rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil, Bull. soc. études légis., 1905.

20 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص770.

21 L. Champion, De l'exercice anti-social des droits subjectifs. Théorie dite de m'abus des droits. Bruxelles, 1925.

22 - محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص136 وما بعدها.

23 Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1952.

24 - انظر: محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص109 وما بعدها.

25 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص765-766.

26 - نفس المرجع، ص766-767.

27 - نفس المرجع، ص767-768.

28 - نفس المرجع، ص768. انظر في تأييد هذا الرأي في الفقه الحديث

.Ph. Le Tourneau et L. Cadet, op. cit

29 - انظر تفاصيل هذا الموضوع عند: فتحي الدريني، المرجع السابق. العلامة مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهاها، دار البشير عمان، ط2، 1987 حيث كتب يقول (ص22): "إن نظرية التعسف في الفقه الإسلامي مستقلة في أساسها ومبناها عن قاعدة الفعل الضار (غير المشروع) ومسؤوليته التقصيرية، وهي متفرعة من نظرة الشريعة الإسلامية إلى مفهوم الحق وطبيعته وموقعه من النظام الاجتماعي في الإسلام".

30 - محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، ج2 نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص544.

31 - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص224-225. ويقول

الدكتور بلحاج العربي، في شيء من التناقض، عن موقف المشرع قبل تعديل 2005: "اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، وخصص لها نص المادة 41 ق م التي جاءت صياغتها عامة، مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض، على أن عموم النظرية لا يتنافى في الحقيقة مع إدخالها في نطاق المسؤولية التقصيرية أو اعتبارها تطبيقاً لها". مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية، ع 4، 1992، ص 690-691.

32- انظر تفاصيل أكثر: محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص 94-98.

33- المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ج 1، الباب التمهيدي ص 31-32.

34- انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 947 وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978، ص 573. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، مكتبة مصر، 1958، ص 164. عبد المنعم البدر، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1966، ص 816. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، 1979، ص 311. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط 3، 1988، ص 847.

35- محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص 98. وانظر في تأييد هذا الرأي: شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة وهبة، مصر، 1954-1953، ص 174. حسن كيرة، المرجع السابق، ص 764 وما بعدها. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 320.

36- انظر على وجه الخصوص: A. Karimi, op. cit, p71-90.

37- جدير بالذكر أن الأستاذ هنري كابيتان كان يرفض البحث عن معيار عام محدد للتعسف في استعمال الحق، وكان يرى ضرورة البحث عن معيار مستقل لكل حق على حدة بما يتفق مع طبيعته. انظر:

H capitant, art precit, p 375

38- من الفقهاء الفرنسيين القائلين بهذا المعيار: A. Colin et H. Capitant, traité de droit, T2 , 8 éd. Dalloz, n195. H. Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 4éd, Dalloz, 1949, n410. H et L Mazeaud et A. Tunc, op. cit, n564. F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 8éd, Dalloz, 2002, n742.

39- انظر في نقد هذا المعيار:

J. Ghestin et G. Goubeauxn op, cit, p 592 -594. A. Karimi, op. cit, p 73 -74

40- انظر في عرض ونقد هذا المعيار:

J. Ghestin et G. Goubeauxn op, cit, p 594 -598. A. Karimi, op. cit, p 76 -79

محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص 129-134.

- 41- Ripert, Abus ou relativité des droits, Rev. crit, 1929, p33. La règle morale dans les obligations civiles, n90 et s. Le régime démocratique et le droit civil moderne, n117 et s.
42- Cass. rep, 3aout 1915, D. 1917, 1, 79. S. 1920, 1, 301.

43- من القائلين بهذا المعيار في الفقه العربي، محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص153، وفي الفقه

الغربي: Pardessus, Traité des servitudes, Paris, 8éd, p51. Sourdat, Traité général de la responsabilité, 6éd, t1, n440. Saleilles, op. cit, p371. Géný, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2éd, Paris. 1919, t2, n173.

44- انظر في نقد هذا المعيار: A. Karimi, op. cit, p80-81.

45- إذ قضت بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله حجبت النور عن جاره، ومن أهم حيثيات هذا الحكم ما يلي: "من حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية على أي وجه حق مطلق، يخول المالك الانتفاع بالشيء وأن يستعمله بإطلاق، ولكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر، يجب أن يجد حده في تحقيق مصلحة جدية مشروعة، وأن مبادئ الأخلاق والعدالة تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة رفعت تحت رغبة خبيثة لا تبررها أية منفعة شخصية وهي تلحق بالغير ضرراً جسيماً".

46- انظر في تفنيد هذه الانتقادات: ص 80 - 81

47- وأبرزهم على الإطلاق العميد جوسران في مؤلفه الشهير: في روح القوانين ونسبيتها.

48- انظر في نقد المعيار الغائي: J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit, p599-604.

محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص136-138. A. Karimi, op. cit, p83-87.

49- يرى الأستاذ أنطونيو بيروفانو أن نظريات جوسران لم تجد لها تطبيقاً على المستوى القضائي.

انظر: A. Pirovano, La fonction sociale des droits, Réflexions sur le destin des théories de Josserand, D. 1972, chron. 67.

50 B. Stark, H. Roland et L. Boyer, Obligations. 1- Responsabilité délictuelle, 4éd; Litec; 1991, n57.

51- انظر في نقد هذا المعيار: A. Karimi, op. cit, p88-90.

52- B. Stark, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947. 73-774.

53- حسن كيرة، المرجع السابق، ص776 وما بعدها.

54- المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، ج1، ص32-34.

55- محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص297-302.

56- حسن كيرة، المرجع السابق، ص773.

57- انظر في هذا المعنى: أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، 1963-1964، ص382.

- 58- ومع ذلك قارن: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1. المرجع السابق، ص 957.
- 59- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 323.
- 60- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 773-774.
- 61- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 580.
- 62- محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 275.
- 63- أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 383.
- 64- محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص 275.
- 65- انظر في هذا المعنى: محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص 288، وهو يرى أن عبارة "البتة" الواردة في المادة 5 ق م مصري تزيد لا معنى له.
- 66- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 324-325.
- 67- محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص 277. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، 1960، ص 617. ومع ذلك قارن: أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 385-386 حيث يرى أن المصلحة غير المشروعة هي المصلحة غير المخالفة لنص القانون ولا لاعتبارات النظام العام، ولكن الباعث عليها هو الذي يكون غير مشروع.
- 68- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 580.
- 69- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 777.
- 70- أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 386.
- 71- إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 163.
- 72- عبد الحميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 175.