



عمادة الدراسات العليا  
جامعة القدس

التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية

محمد خليل محمد أبو رحمه

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1439 هـ - 2018 م

# التعسف في استعمال الحق الإجمالي في الدعوى المدنية

إعداد:

محمد خليل محمد أبو رحمه

بكالوريوس: حقوق، جامعة القدس، فلسطين

المشرف: د. أنور عيشة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق / جامعة القدس.

1439 هـ - 2018 م



جامعة القدس  
عمادة الدراسات العليا  
برنامج ماجستير القانون

### إجازة الرسالة

التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية

إعداد الطالب: محمد خليل محمد أبو رحمه  
الرقم الجامعي: 21310070

إشراف: د. أنور أبو عيشة

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2018/5/27 من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم:

التوقيع	د. أنور أبو عيشة	1- رئيس لجنة المناقشة:
التوقيع	د. محمد خلف	2- ممتحناً داخلياً:
التوقيع	د. علي السرطاوي	3- ممتحناً خارجياً:

القدس - فلسطين

1439 هـ - 2018 م

## الإهداء

إلى أمي...

خيمة الحنان وغيمة المكان ... حملتني بين يديها دعاءً متصلاً للسماء... إلى روحها الطاهرة ...إليك أماه ... قطرة في بحرك العظيم ... حباً وطاعة وبراً...  
أهدي روحي وكل طموحي، رحمها الله.

إلى أبي...

من كل العرق جبينه ... وشققت الأيام يديه... إلى من علمني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار... إلى والدي أطل الله بقاءه، وألبسه ثوب الصحة والعافية، ومتعني رد جميله...  
أهدي ثمرة من ثمار غرسه.

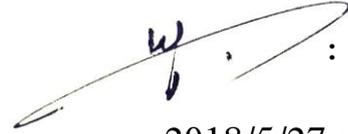
إلى زوجتي...

حبيبتي .... رفيقة دربي... إلى من سارت معي نحو الحلم .... خطوة بخطوة...  
بذرتها معاً ... وحصدناها معاً... وسنبقى معاً بإذن الله... جزاك الله خيراً.

## إقرار

أقرّ أنا معد الرسالة بأنها قدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الدراسة، أو أي جزء منها، لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

الاسم: محمد خليل محمد أبو رحمه

التوقيع: 

التاريخ: 2018/5/27م

## شكر وتقدير

### تحية لقضاة فلسطين

يقوم قضاة فلسطين بمجهودات عظيمة، وبهذه المناسبة فإنني أتوجه بتحيةة إغزاز وتقدير خاصة إلى قضاة فلسطين الأبية، التي يقوم رجال القضاء فيها بأداء رسالة سامية هي من عمل أنبياء الله تعالى ورسله عليهم السلام، وهم يحكمون بالعدل بين الناس دون أن تشوب أرواحهم شائبة من خضوع أو رهبة أو رغبة دنيوية إلا ابتغاء وجه ربهم الأعلى.

كما وأتوجه بالشكر إلى جمعية نادي قضاة فلسطين ممثلة برئيسها وأعضاء هيئتها الإدارية لابتعائهم لي لهذه الدراسة وصولاً لما وصلت إليه الآن، ولولاهم لما وصلت.

كما وأتوجه ببالغ الشكر إلى شموع العلم الذين أناروا لي الطريق وهم يستهلكون أعمارهم، أساتذتي المدرسين في كلية الحقوق في جامعة القدس فرداً فرداً مع حفظ ألقابهم ومكانتهم.

كما وأتقدم ببالغ الشكر والعرفان إلى أستاذي الدكتور أنور أبو عيشة المشرف على هذه الرسالة لما بذله من جهد وإرشادات ونصائح بانته فيها.

سائلاً الله تعالى الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم أن يوفقنا لما له خير لنا في الدنيا والآخرة نعم المولى ونعم النصير...

محمد أبو رحمة

## المخلص:

اختلف شراح القانون في تحديد مدلول الحق بحسب فلسفة كل منهم له . رغم إجماعهم جميعاً بوجود فكرة الحق . كان له الأثر الكبير في تحديد أساس نظرية التعسف في استعمال الحق .

فالحق الإجرائي كفلته كافة التشريعات، فهو حق مقرر للفرد والجماعة في اللجوء إلى القضاء، وهو حق مصان لا اختلاف في ذلك، وهو قائم بذاته لا علاقة له بالحق الموضوعي الذي يحميه، فهناك فرق ما بين الحق في التقاضي وما بين الدعوى وهناك فرق ما بين الادعاء والمطالبة القضائية والمخاصمة.

الحق في التقاضي يمتاز عن غيره من الحقوق بأنه وسيلة لحماية الحقوق وليس غايتها، وأنه مقيد بعدم التعسف في استعماله.

فالتعسف في استعمال الحق يدخل ضمن دائرة استعمال الحق، أما في حال استعمال الحق خارج نطاق الدائرة المحددة له فإننا لا نكون أمام التعسف في استعمال الحق وإنما في حالة تجاوز الحق الذي يعتبر صورة من صور المسؤولية التقصيرية والتي تتطلب لقيامها توافر أركانها وعناصرها المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، في حين لا يشترط لقيام المسؤولية عن التعسف الإجرائي توافر الضرر، فهو شرط مفترض، فالتعسف في استعمال الحق الإجرائي هو مبدأ عام يتطلب أن يستعمل الحق استعمالاً مشروعاً.

لم تتضمن التشريعات الإجرائية المطبقة في فلسطين نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي بالنص الصريح وإن كانت قد تضمنت نصوصها الكثير من الحالات التي يمكن أن يستغل فيها أحد أطراف الدعوى نص القانون أو التشريع ليتعسف في استعمال حقه الإجرائي، إذ يمكن للمدعي ومن تاريخ إقامة الدعوى ومروراً بإجراءات المحاكمة فيها أن يتعسف بإحدى الإجراءات في مرحلة من مراحلها سواء أثر هذا الإجراء على الحق الموضوعي غاية الدعوى أو لم يؤثر، فقد يلجأ المدعي لإقامة الدعوى لدى محكمة غير مختصة مكانياً أو قيمياً أو نوعياً بنظر الدعوى قاصداً بذلك الكيد بالمدعي عليه، لذلك نصت القوانين الإجرائية على أحكام نظمت اختصاص المحاكم المكاني والقيمي والنوعي كي لا يستطيع المدعي أن يتعسف بهذا الحق.

يظهر أحياناً تعسف المدعى عليه في طور الدفاع عن نفسه عندما يورد دفوعاً كثيرة لا تؤثر في الموضوع ولا تستطيع المحكمة تجاهلها بقصد إطالة أمد المحاكمة إضراراً بالمدعي، أو لجوء المدعى عليه إلى الطعن بالحكم بطريق الاستئناف أو النقض أو إعادة المحاكمة أو اعتراض الغير وإيراد أسباب لا تقوى على التأثير على الحكم محل الطعن قاصداً بذلك التسوية وإطالة أمد الدعوى، الأمر الذي حدا بالتشريعات على وضع أحكام وقائية ووسائل مانعة من التعسف الإجرائي، ليظهر فيها الدور العلاجي للمشرع للحد من حالات التعسف الإجرائي في الدعوى المدنية.

وتمحورت إشكاليات الدراسة في هذه الرسالة ضمن نطاق المستحدث في نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المتخذة أثناء سير الدعوى المدنية، ومن خلال طرح مجموعة من الأسئلة تمثل جلها في بيان موقع هذه النظرية من القانون، وما إذا كانت هذه النظرية قائمة بذاتها أم أنها تدخل ضمن نطاق نظريات أخرى؟ وما هو موقف التشريع منها؟ وما هي الحالات التي يمكن معها تطبيق النظرية أثناء إجراءات سير الدعوى؟ وما هي الآثار التي تنجم عن وقع التعسف؟ وهل لهذه النظرية دور مختلف عن غيرها من النظريات المتشابهة معها؟

وما تم التوصل إليه من نتائج في هذه الرسالة، يمكن تلخيصها في أن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية لا يمكن تصوره إلا في حالة استعمال الحق على نحو معين، وهي نظرية حديثة قائمة بذاتها، قوامها توافر نية الإضرار بالخصم، ورجحان الضرر على المصلحة المرجوة من استعمال الحق، وغايتها تحقيق التوازن بين المصالح، فهي وسيلة أخلاقية وإجتماعية، تحظر الإنحراف بالحق عن غاياته الإقتصادية والإجتماعية والأخلاقية.

لذا أوصي بضرورة العمل على توحيد الأحكام القضائية، وإرجاع قيام المسؤولية المدنية إلى نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي حال توافر عناصر قيامها، لا إلى نظريات أخرى كنظرية اساءة استخدام الحق، أو نظرية الخطأ، وضرورة إدراج هذه النظرية كبدأ دستوري باعتبارها ضمانات الحريات والحقوق سواء كانت حقوقاً شخصية أو مالية، وإدراج نصوص قانونية تحدد الحقوق الإجرائية ضمن غاياتها للحد من التعسف مع ضرورة وضع عقوبات إجرائية على مخالفتها، ومنح المحكمة صلاحيات واسعة لمنع التعسف مع إيجاد ضوابط يكون الهدف منها منع التعسف قبل وقوعه.

# **Arbitrariness In The Use Of Procedural Right In Civil Proceedings**

**Prepared by: Mohammad Khalil Mohammed Abu Rahma**

**Supervisor: Dr. Anwar Abu Aisha**

## **Abstract:**

The jurisprudents differed in determining the meaning of the truth according to their philosophies. Although they all agreed on the existence of the idea of right, it had the great effect in determining the basis of the theory of arbitrariness in the use of right.

The procedural right guaranteed by all legislation is a right decision for the individual and the community to resort to the judiciary is a protected right and no difference in it is a stand alone has no relation to the substantive right that protects him, there is difference between the right to litigation and the case and there is a difference between the prosecution, judicial and dispute.

The right to litigation is distinguished from other rights and is a means of protecting the rights, not their purpose, and is constrained by the non-arbitrariness of its use.

The arbitrariness of use the right enters within the scope of the right to use the right, but in the case of the use of the right outside the scope of the specified period, we are not arbitrariness the right in the right, but in the case of exceeding the right, which requires the availability of its elements of error , damage and relationship the causation between them , while not requiring that officials responsible for procedural arbitrariness the availability of damage is a presumed condition The arbitrariness of the procedural right is a general principle that requires the use of legitimate.

The procedural legislation in force in Palestine did not include the theory of arbitrariness in the use of the procedural right in explicit provision, although its provisions included many cases in which a party to a case could exploit the text of the law or legislation to arbitrarily abuse its procedural right. The court may resort to one of the proceedings at any stage, whether the effect of this action on the substantive right is the object of the case or does not affect, the plaintiff may resort to a court that is not competent in place, value or qualitative in the case of the defendant. The procedural provisions regulate the jurisdiction of the spatial, moral and qualitative courts so that the plaintiff cannot arbitrariness this right.

Sometimes the defendant's arbitrariness appears to be in the process of defending himself when he presents many arguments that do not affect the subject and cannot be ignored by

the court with the intention of prolonging the trial to harm the plaintiff or the defendant resorting to appeal by the appeal, veto, retrial, To influence the ruling in question, with the aim of procrastination and prolongation of the case, which led to legislation to establish preventive provisions and means of preventing procedural arbitrariness, to show the remedial role of the legislator to reduce cases of procedural arbitrariness in civil proceedings.

The problems of the study in this thesis were within the scope of the developed theory of arbitrariness in the use of the right in the field of actions taken during the civil action, and by asking a set of questions, most of which are in the statement of the site of this theory of the law, and whether this theory is stand alone or it interferes Within the scope of other theories? What is the position of legislation? What are the situations in which the theory can be applied during the proceedings? What are the effects of abuse? Does this theory play a different role than other similar theories?

The conclusions reached in this letter can be summed up in the fact that the abuse of procedural right in a civil action can only be envisaged if the right is used in a certain way, a modern theory of its own, consisting of the intention to harm the adversary and prejudicial to the interest The purpose of the use of the right, and its purpose is to achieve a balance between interests, is an ethical and social means, which prohibits the deviation from the right of its economic, social and moral goals.

Therefore, it is recommended to work towards the unification of judicial decisions and to restore civil liability to the theory of abuse of procedural right when the elements of its existence are available, and not to other theories such as the theory of misuse of the right or the theory of error and the need to include this theory as a constitutional principle, Personal or financial rights, and the inclusion of legal provisions defining procedural rights within their objectives to reduce arbitrariness with the need to establish procedural penalties for their violation, and granting the Court broad powers to prevent arbitrariness with the creation of controls intended to prevent arbitrariness before it occurs.

## المقدمة:

لاقت فكرة التعسف في استعمال الحق في بادئ الأمر رفضاً من قبل الفقهاء المسلمين، فالفعل لا يمكن أن يكون غير مشروع إذا نتج عن ممارسة الحق، ثم ما لبث الحال أن تطورت وتوسعت فكرة التعسف وأعطاهم الفقهاء المسلمون منذ القرن الثاني الهجري أوسع تصوير والذين انتهوا إلى وجوب تقييد الحقوق واستعمالها وفقاً لغرضها الاجتماعي والاقتصادي.

واطلعت على كتب الأئمة الأربعة لتحديد موقفهم من هذه النظرية وأمها كتب علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية لدراسة كيفية تطور هذه النظرية لديهم، وتأصيلها في الشريعة الإسلامية. وقبل أن تعرف الحضارات القديمة هذه النظرية، فقد كان سائداً أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه ولا يكون مسؤولاً عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، وهذا ما يعرف بالمذهب الفردي الذي ينظر إلى الفرد باعتباره السيد المطلق الذي تخدمه الجماعة، إلى أن ساد المذهب الاجتماعي الذي ينظر إلى أن الحق مقيد بالحدود المتفقة مع مصلحة الجماعة، فنظرية التعسف في استعمال الحق وإن تبلورت في العصر الحديث إلا أن جذورها تمتد إلى العصور القديمة، وأصولها التاريخية متجذرة في القوانين القديمة، حيث ظهرت هذه النظرية في القانون الروماني دون وجود قاعدة عامة، وتأثر بها قانون نابليون (1804) لاحقاً.

علاوة على دراسة تطبيقاته العملية بحكم وظيفتي من أحكام وقرارات أصدرتها المحاكم، واطلعت كذلك على ما أمكن من المنشورات والأطروحات للدرجات العليا ماجستير ودكتوراه وأبحاث علمية منشورة على الانترنت ترتبط بعلاقة مع موضوع الدراسة.

واتبعت في بحث ودراسة إشكاليات هذه الدراسة لتحقيق أهدافها وغاياتها التي أطمح للوصول إليها المناهج العلمية التالية:

1. **المنهج التأصيلي (الاستقرائي):** تطبيقاً لهذا المنهج العلمي درست المصادر والمراجع والكتب التي طالتها يدي أصل فكرة التعسف في استعمال الحق واستحدثتها لتطبيقها على التعسف في إجراءات الدعوى المدنية لدى الفقه الإسلامي وفقه القوانين، والبحث في الجانب النظري للتعسف وآراء الفقهاء والمشرعين وشرح القانون من هذه الفكرة.

2. **المنهج المقارن:** المتمثل في مقارنة آراء الفقه الإسلامي وفقه القانون وشرح القانون المعاصر ومقارنتها بآراء المشرعين لاستخلاص موقف التشريعات المدنية المختلفة المطبقة في فلسطين من فكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية للاستفادة من ذلك في إيجاد حلول قانونية فاعلة.

3. **المنهج التطبيقي:** تمثل قرارات وأحكام القضاء عاملاً هاماً مسانداً للفقهاء في إظهار الفكرة من النظرية، لتظهر إشكاليات النظرية والتطبيق معاً. لإظهار إشكاليات الدراسة والحلول النظرية والتطبيقية.

4. **المنهج الاستنباطي (التحليلي):** اعتمدت هذا الأسلوب الذي يقوم على التفكير المنطقي وتحليل الآراء القضائية والنصوص التشريعية ومناقشة الفنون الفقهية التي تساند الأحكام القضائية في منتهائها، وربط المقدمات بالنتائج، ورد الأمور إلى أصولها، وتحصيل نتائج ذلك جميعه لعرضه على أوضاع المنطق البشري للنظر فيما إذا كان يوافقها أم أنه يتأبى على قبولها، ليكون للنتائج المترتبة نصيباً في الاستحقاق النهائي لهذا العمل.

وتمحورت إشكالية الدراسة في هذه الرسالة ضمن نطاق المستحدث في نظرية التعسف في استعمال الحق من جانب الإجراءات المستعملة أثناء السير في الدعوى ومن خلال طرح مجموعة من الأسئلة تمثل جلها في بيان موقع هذه النظرية من القانون ... و بيان كون هذه النظرية قائمة بذاتها أم أنها تدخل ضمن نطاق نظريات أخرى...؟ وما هو موقف التشريع منها...؟ وما هي الحالات التي يمكن معها تطبيق النظرية أثناء سير الدعوى ...؟ وما هي الآثار التي تنجم عن وقوع التعسف ...؟ وهل لهذه النظرية دور مختلف عن غيرها من النظريات المتشابهة معها ...؟.

ولعل من أدق ما قيل في وصف القانون، أنه كالإنسان، يولد ويحيا ويموت، فهو يولد حين صدوره من الجهة التي أصدرته، ثم يحيا في المجتمع رداً من الزمن قد يطول أو يقصر تبعاً لصلاحية القانون ومدى مسابرة لركب التطور وحاجة المجتمع، إلى أن تدنو ساعته فينتهي أجله بصدور قانون آخر يلغيه أو يعدله.

ومن القوانين ما يعيش في عمر الزهور، ثم لا يلبث أن يفارق الحياة بعد أيام أو شهور على ميلاده، ومنها ما يموت في ريعان الصبا لم يمض على صدوره العقد الأول أو الثاني من العمر، ومنها ما يعمر طويلاً ويثقل كاهله غبار الزمن لكثرة ما عاناه من تعديلات الشارع وتأويلات الشراح وتفسيرات القضاة، فيعوج عوده، ويقف على حافة القبر في انتظار يد المشرع الرحيمة لتواريه التراب.

ومن القوانين ما يفيد المجتمع ويخدمه خدمة جليلة تبقى آثاره على مر السنين كالشخصيات الخالدة في التاريخ، فمبادئ العدالة لا تموت، ومنها ما يضر المجتمع ويسئ إلى المواطنين، كتلك القوانين التي تصدرها حكومة استعمارية لتحقيق سياسة بغیضة.

ولأن فلسطين طبيعة خاصة تختلف عن كل دول العالم، فقد واجهت منظومة العدالة عامة والجهازين التشريعي والقضائي خاصة العديد من المعوقات والتحديات في شتى المجالات السياسية والاجتماعية والقانونية والإدارية التي حالت ما بينهما وبين قيامهما بممارسة نشاطهما وما يلقي على

كاهلها من مهام أوكلت إليها بما يتفق والغاية منها والتي تمثلت في الظروف السياسية والإدارية والقانونية منذ زمن الدولة العثمانية مروراً بالإدارة المصرية لقطاع غزة والحكم الأردني للضفة الغربية والاحتلال الإسرائيلي لحين قيام السلطة الفلسطينية، ومن ثم قيام الدولة، وتركت هذه الحقب آثاراً على التشريع والتطبيق تمثلت في ازدواجية التنظيم والتشكيل القضائي الفلسطيني ما بين قطاع غزة والضفة الغربية في طبيعته ومضمونه.

إن تلك الآثار التي تركتها هذه الحقب على التشريعات والقوانين الفلسطينية صدقت القول فيما سبق في وصف القانون وجعلها تتسم بطابع ذي خاصيتين أولهما: أن أكثرها مضى على ولادته عشرات السنين حتى بلغ من الكبر قرناً أو بعض قرن، ومنها القوانين العثمانية التي وضعت في العهد التركي أو تلك التي فرضت زمن الانتداب البريطاني، ثم الأوامر العسكرية التي فرضها الاحتلال الإسرائيلي والتي لا زالت تنعم بالحياة حتى يومنا هذا رغم عدم مسابقتها لمقتضيات العصر وسنة التطور وافتئاتها على حقوق المواطنين وحررياتهم، ثانيهما: أن أكثر هذه القوانين وضعتها أيد أجنبية مستعمرة لتحقيق نواياها وأهدافها الاستعمارية الظالمة، فصاغتها من مواد مرنة حمالة أوجه ظاهرها فيه الرحمة وباطنها من قبله العذاب، ليتسنى بذلك للحكام المستعمرين أن يقولوا (لا) أو (نعم) في نفس الموضوع وفي ذات الوقت تبعاً لأهوائهم.

وللتغلب على هذه التحديات شرعت السلطة الفلسطينية ومنذ قيامها بتوحيد النظام القانوني والقضائي من خلال إصدارها رزمة من التشريعات، وإغائها لبعض من التشريعات والقوانين السابقة، إلا أنها لم تستمر بسبب الظروف السياسية الأمر الذي وجدت معه هذه القوانين الهمة فرصة سانحة للبقاء مدة أطول متخفية في أدراج من يمتلكون نسخاً فريدة منها وكأنها تحف ثمينة، وبانت معرفة نصوصها قاصرة على نفر من رجال القانون هم أشبه (بالبريتورات) الرومان قبل عهد جوستينيان، واستطاعت بذلك أن تفلت من قبة المشرع وأن تستمر في فرض سلطانها على مجتمعنا الحديث.

وبقينا بحاجة ماسة لباقي التشريعات المصبوغة بصبغة فلسطينية تتبثق منا لتحاكي واقعنا وتتلاءم مع طبيعتنا، أمل أن تعود مسيرة التشريع هذه في ظل قيام الدولة وصولاً لدولة تشرع القانون وتحترمه، باعتباره مظهراً مهماً من مظاهر بسط السيادة على الأرض للوصول إلى الأهداف الإستراتيجية العليا التي نسعى لتحقيقها جميعاً واقعاً وليس قولاً، ولنلحق بركب من الدول قطع شوطاً طويلاً في التشريع واكب تفاعل عالمنا اليوم مع ثورة المعلومات والاتصالات التي أدت لإحداث تغيرات في المجتمع من كافة نواحيه العملية والعلمية، والتي أحدثت تطوراً في المصطلحات والمفاهيم والنصوص القانونية المختلفة في شتى مجالات التشريع.

ونتخلص أهمية دراسة هذا الموضوع باعتباره من الدراسات المعاصرة الحديثة، ففكرة التعسف في استعمال الحق وإن كانت لها جذورها التاريخية في أعماق القوانين القديمة، إلا أن استحداث هذه

الفكرة والتوسع في تطبيقها لتطال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية هو ظاهرة حديثة، تتبع أهميته في التعرف على مجال تطبيق هذه الفكرة وكيفية تنظيم القوانين الإجرائية المعاصرة لها بالمقارنة مع القوانين سارية المفعول في فلسطين، مع بيان صورها وأوجه التعسف الإجرائي فيها والآثار المترتبة على ثبوت التعسف، وتحليل جوانب هذه التنظيمات القانونية للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، ومدى إضافة هذه التنظيمات المطبقة لشروط خاصة لإعمالها، وإبراز دور المشرع في وضع أحكام وقائية لمنع التعسف الإجرائي، فالتعسف هو نوع من أنواع الظلم التي يجب محاربتها . ما أمكن . هذا من الناحية النظرية.

ومن الناحية العملية، فإن دراسة أحكام القضاء وتطبيقاته لهذه الفكرة، حيثما وجدت من خلال الدعوى المدنية منذ إقامتها مروراً بالإجراءات المتبعة وصولاً إلى الحكم وطرق الطعن فيه، لأن الطعن في الأحكام يدخل ضمن إجراءات الدعوى المدنية.

فنظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي لا تعتبر شكلاً من أشكال المسؤولية التقصيرية، التي تقوم على الخطأ والضرر وتوافر علاقة السببية بينهما، كما أنها لا تعتبر تجاوزاً عن الحدود التي رسمها القانون لاستعمال الحق، وإنما تهدف إلى إيجاد التوازن بين استعمال صاحب الحق لحقه وبين إلحاق الضرر بالغير، فهي ضمانات الحريات والحقوق سواء كانت حقوقاً شخصية أو مالية.

ودراسة هذه النظرية وتطبيقها تطبيقاً سليماً على إجراءات الدعوى المدنية من شأنه إيجاد حلول عملية لتسهيل وصول طالب الحق الإجرائي إلى حقه بعيداً عن المماطلات والتسويف التي تستنزف عمر الدعوى، وتقلل من رغبة صاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية حقه، وصولاً إلى العدالة المنجزة.

فلا يقف دور نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي عند تعويض المتضرر من جراء تعسف خصمه في الإجراء فحسب، وإنما يتعدى ذلك إلى وجود دور غاية في الأهمية وهو دور وقائي مانع من التعسف، باتخاذ وسائل معينة من شأنها إيجاد تنظيم متكامل لمنع وقوع التعسف، سواء تم ذلك بتحديد طريق ضيق لممارسة الحق الإجرائي يخضع لرقابة المحكمة من حيث غايته، أو فرض جزاءات إجرائية لمعاقبة من يكون هدفه من استعمال الإجراء إلحاق الضرر بخصمه.

وبهذا تم تقسيم هذه الدراسة الى فصلين؛ عنون الفصل الأول بفكرة الحق وماهية التعسف في استعماله، أما الفصل الثاني فكان بعنوان الآثار المترتبة على التعسف في استخدام الحق في مراحل سير الدعوى المدنية. بالإضافة لخاتمة تم فيها بيان أهم النتائج والتوصيات.

## الفصل الأول:

### فكرة الحق وماهية التعسف في استعماله:

ينقسم القانون المدني؛ وهو القانون الناظم لعلاقات الأفراد بعضها ببعض إلى قسمين رئيسيين: قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات.

فقواعد الأحوال الشخصية؛ هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته، وقواعد المعاملات؛ هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال.

والمال في نظر القانون يتكون من حقوق.

والحق في المعاملات: هو مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد، وهو إما حق عيني أو حق شخصي.

والحق الشخصي هو الإلتزام: ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن، ودينياً إذا نظر إليه من جهة المدين.

فنظرية الحق أو نظرية الإلتزام لها شأن عظيم في النظام القانوني، فهي بمثابة العمود الفقري من الجسم، وتقابل نظرية القيمة في علم الإقتصاد السياسي، لأن فيها مجالات فسيحة للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان، فهي تشتمل على حقائق إجتماعية واقتصادية وأدبية، وأن لها أسساً قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية تضاهي الأسس الرياضية في النظريات الهندسية.

وتزداد قيمة هذه النظرية حال استعمال صاحب الحق حقه طبقاً للحدود التي خولها له القانون من استعماله لتحقيق غايته المشروعة التي نشأ الحق لأجلها، فرتب القانون قيام المسؤولية المدنية

على من يسئ استعمال حقه، أو يستعمله بطريق غير التي رسمها له القانون، وكذلك قيام المسؤولية المدنية عند تجاوز صاحب الحق الحدود التي رسمها له القانون.

ورغم وجود تقارب كبير بين الحالتين السابقتين وهما: حالة اساءة استعمال الحق وتجاوز حدوده مع موضوع دراستنا، وهي التعسف، إلا أنه رغم ذلك يوجد إختلاف بينهما من حيث الجوهر والغاية والوسيلة وهذا ما سيتم دراسته من خلال هذه الرسالة.

## المبحث الأول: الحقوق وأنواعها وتقسيماتها

قبل دراسة نظرية الحق لما لها من أهمية بالغة في موضوع هذه الدراسة، لا بد من أن نبين أن وجود القانون مرتبط بوجود الحق، ولا يمكن تصور الحق بغير القانون، لأن الحقوق يقرها القانون، وأياً كان الحق فإنه يقابله واجب على الكافة بمقتضى القانون، وهذا الواجب هو الامتناع عن القيام بفعل يتعارض مع ما يتمتع به صاحب الحق من امتيازات في الحدود التي رسمها القانون.

وإذا كانت دراسة نظرية القانون تتعد عن موضوع هذه الدراسة المتعلقة بالتعسف في استخدام الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، إلا أن ذلك لا يعني أن لا ندرس بوضوح الصلة الوثيقة بين الحق والواجب من جهة، وبينهما وبين القانون من جهة أخرى، فالحق والواجب وجهان لعلاقة قانونية واحدة، يستتبع وجود أحدهما وجود الآخر، فليس هناك أي حق أو واجب إلا بمقتضى القانون، كما أن القانون لم يوجد إلا ليقر الحقوق والواجبات، فلا قيمة للحق ما لم يقره القانون ويحميه، إذ أن الحق هو أداة القانون في تحقيق وظيفته، ولا جدوى من القانون إن لم يحدد ما للفرد من حقوق سواء أكانت إزاء أسرته أم إزاء غيره ممن يدخل وإياهم في روابط اجتماعية أو إزاء السلطات العامة في المجتمع وما لكل هؤلاء من حقوق قبله، ولا تقتصر مهمة القانون على بيان الحقوق وإنما تتعداه إلى بيان الوسائل الكفيلة بحمايتها، ودرء خطر الاعتداء عليها، ورغم أن القانون ليس الضمان الكافي لحماية حقوق الأفراد، وإنما هو المبرر الوحيد لمشروعية السلطة، ولأن التعسف في استعمال الحق هو بمثابة الجزء من الكل وهي نظرية الحق، وبناءً على ذلك تبرز الأهمية لدراسة نظرية الحق من حيث تعريف الحق وأركانه ومصادره وأنواعه واستعماله وطرق إثباته لبيان موقع هذا الجزء من النظرية.

وأكثر ما يرتبط بموضوع هذه الدراسة هو استعمال الحق، الذي قد ينتج عنه التعسف، فلا يمكن تصور حدوث التعسف دون استعمال الحق، لأن مجرد وجود الحق لا ينتج عنه التعسف، إذ لا بد من استعمال الحق على نحو معين.

لذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، سأبحث في المطلب الأول فكرة الحق وبيان أنواع الحقوق، وفي المطلب الثاني سأبحث في أركان الحقوق وفي المطلب الثالث سأدرس مصادر الحق وما يتصل به واستعماله وإثباته.

## المطلب الأول: التعريف بالحق وبيان أنواعه

إذا كان الحق ديانة: هو الله عز وجل، لأن لفظة الحق هي اسم من أسماء الله، لقوله تعالى " ذلك بأن الله هو الحق وأن ما يدعون من دونه الباطل وأن الله هو العلي الكبير"<sup>(1)</sup>، والواقع فإن مدلول الحق نشأ مع الإنسان واتصل بوجوده، فالحق قديم قدم وجود الإنسان.

وسأقسم هذا المطلب إلى فرعين سأدرس في الفرع الأول: فكرة الحق وفي الفرع الثاني: أنواع الحقوق.

### الفرع الأول: فكرة الحق

لا يوجد في الشخص العادي صعوبة في الإحساس بمدلول كلمة الحق كونها كلمة كثيرة التردد في اللغة اليومية، إلا أن هذه الكلمة في اللغة القانونية كانت مثار خلاف شديد بين الفقهاء. فمن الفقهاء<sup>(2)</sup> من ذهب إلى عدم جدواها، بل إلى عدم وجودها القانوني ومنهم من أقر بوجودها إلا أنهم اختلفوا حول تعريفها والمقصود منها، إلا أننا يمكن أن نجمع وجهات النظر المختلفة في أربع نظريات:

#### أولاً: النظرية الشخصية (نظرية الإرادة)

سادت هذه النظرية الفردية في القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، ومن أبرز أنصارها الفقيه الألماني "سافيني"، وأسس أنصارها وظيفة الدولة على فكرة (الدولة الحارسة).

(1) الآية (62) من سورة الحج.

(2) هناك قلة من الفقهاء ينكرون فكرة الحق، وأشهر هؤلاء الفقيه الفرنسي الكبير دييجي، فهو ينكر وجود الحق مستقلاً بذاته عن مصدره، لأن فكرته تقوم على كونه سلطة إرادية، وهذا يستتبع أن يكون لإرادة ما الغلبة والسيطرة على أخرى، وهو ما يخالف الواقع لأن الإرادات كلها متساوية، فالحقيقة في نظره أن ما يسمى بالحق ليس إلا مركزاً قانونياً خاصاً يضع القانون فيه الشخص دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك، فهو يستبدل بالحق (المركز القانوني الايجابي) ويستبدل بالواجب (المركز القانوني السلبي) وميزة هذا التصور عنده أن صاحب الحق المركز القانوني لا يبدو أنه في مركز أعلى أو أدنى من غيره. ويلاحظ على هذا الاتجاه أن تصوير صاحب فكرة الحق تصور غير صحيح لم يقل به أحد، فحتى الذين يعرفون الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية لا يفكرون مطلقاً في أن تكون لإرادة صاحب الحق الغلبة أو السيطرة على إرادة أخرى بحيث تكون لها سلطة إخضاعها، إذ أن الإرادات الفردية كلها متساوية في جوهرها، وصاحب ذلك الرأي لا يجادل في الأحكام القانونية التي تترتب على الحق، وإنما هو ينكر تصوراً معيناً لفكرة الحق لم يقل به أحد غيره، وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين جمهور الفقه في المفاضلة بين اصطلاح المركز القانوني الايجابي واصطلاح الحق، ولهذا لم يقدر لهذه النظرة أن تؤثر على فكرة الحق التي تعتبر مبدأ تقليدي ومسلماً به في فقه القانون، الدكتور عبد المنعم فرج الصده . أصول القانون . منشأة المعارف بالإسكندرية . (1994) . ص311.

ينظر أنصار هذه النظرية في تعريفهم للحق إلى شخص صاحبه، فيعرفون الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم، يكون له بمقتضاها استعمال واستغلال محل الحق والتصرف فيه في حدود القانون"<sup>(1)</sup>.

فجوهر الحق وفق هذا التعريف هو القدرة الإرادية التي تثبت لصاحب الحق، أي إرادة الشخص، ذلك لأن هذه النظرية تعتبر الفرد وحماية حقوقه هو الهدف من كل تنظيم قانوني، وأن الشخص يولد وله حقوق يكتسبها من الطبيعة ويتمتع بها قبل وجود القانون، ولا يسع القانون إلا أن يعترف بها، فالحق أسبق في الوجود من القانون، وأن القانون لم يوجد إلا لحماية الحقوق وتمكين الأشخاص من التمتع بها، ولا يتأتى هذا إلا حين يحترم كل شخص حقوق الآخرين ويرعاها<sup>(2)</sup>.

وقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد لأنه من الخطأ ربط وجود الحق بالإرادة، وأنها خلطت بين ما يجب توافره لثبوت الحق وما يلزم لمباشرته، لأن القول بأن الحق قدرة إرادية معناه ضرورة وجود الإرادة لدى كل من يكتسب حقاً، في حين قد يكتسب الحق دون أن توجد الإرادة لدى صاحبه، فعدم الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز يكتسب حقوقاً كغيرهم ممن يتمتعون بكامل الأهلية، كما يمكن أن يثبت للشخص حقوقاً دون علمه ودون تدخل إرادته، كالعائب والمفقود والوارث الذي ينشأ له الحق في التركة بمجرد وفاة المورث ودون تدخل من إرادته وحتى الجنين قد يصبح صاحب حق هو الآخر حين يرث مالاً أو يكتسب وصية<sup>(3)</sup>.

وقيل<sup>(4)</sup> أيضاً أن الأخذ بالنظرية الشخصية يجعل من المتعذر الاعتراف بالأشخاص الحكيمة، لأنه إذا كانت لهذه الأشخاص إرادة، فإنها ليست حقيقية، وبالتالي يكون من العسير وفقاً لهذا التصور القول بأن لها حقوقاً.

### ثانياً: النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة)

ظهرت هذه النظرية لمواجهة النظرية الشخصية، حيث قام الفقيه الألماني "إهرنج" بعرض النظرية الموضوعية والذي لم ينظر في تعريفه للحق إلى شخص صاحب الحق، بل إلى موضوعه والغاية منه، فالحق وفقاً لهذه النظرية ليس "مصلحة يحميها القانون" وهو بذلك أهمل الإرادة في تعريف

<sup>(1)</sup> الأستاذ الدكتور غالب علي الداودي . المدخل إلى علم القانون . نظرية القانون . نظرية الحق . عمان . دار الثقافة للنشر والتوزيع . (1437 هـ . 2016م) . ص 255 .

<sup>(2)</sup> الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون . مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل . (1982) . ص 259 .

<sup>(3)</sup> الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك . المرجع السابق . ص 260 .

<sup>(4)</sup> الدكتور نبيل إبراهيم سعد . المدخل إلى علم القانون . القاعدة القانونية . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية . (2005) . ص 23 .

الحق وركز على موضوع الحق والغاية منه، فالغاية العملية من أي حق هي الفائدة أو المنفعة التي تعود على صاحبه، فالمصلحة المكونة للحق هي تلك التي تنقرر خصيصاً لمنفعة صاحبه، سواء كانت منفعة مادية أو معنوية، إضافة إلى الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة، فإذا كان المقصود تحقيق مصلحة معينة لا تتعلق بشخص معين، فإن استفادته بطريق غير مباشر لا ينشئ حقاً له، فالإرادة عندما تتدخل لا يكون لها إلا دور ثانوي لا يظهر إلا عند استعمال الحق، لكن الاستفادة أو إمكانية الاستفادة التي يضمنها القانون هي التي تشكل روح الحق، كما لو صدر تشريع بفرض رسوم جمركية على بضائع أجنبية، فإن المصلحة المقصودة هي حماية الصناعة الوطنية، وليس إفادة أصحاب المصانع الوطنية، حيث تتحقق مصلحتهم بصورة غير مباشرة، فلا ينشأ لهم حق بعدم منافسة المنتجات<sup>(1)</sup>.

ورغم أن تعريف إهرنج للحق من أشهر التعريفات التي لاقت ولا زالت تلاقى قبولاً في الأوساط القانونية لإيجازه وبساطته وملاسته للحقيقة في جانب كبير منها، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد ومن أبرز الانتقادات الموجهة إليها<sup>(2)</sup> أن المصلحة التي تستند إليها هذه النظرية لا تمثل جوهر الحق، وإنما غايته، وينبغي في تعريف الشيء أن يتضمن تحديداً لجوهره وليس مجرد بيان غايته، ذلك أن تعريف الحق بموجب هذه النظرية يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق بينما هي ليست كذلك دائماً، فإذا كان صحيحاً أن الحق يكون مصلحة فإن العكس غير صحيح، إذ ليست كل مصلحة تعتبر حقاً، وهو بذلك حول المصلحة من مجرد واقعة إلى حق.

### ثالثاً: النظرية المختلطة (الجمع بين الإرادة والمصلحة).

ظهرت هذه النظرية<sup>(3)</sup> في أعقاب النظريتين السابقتين، حيث تبنى أصحاب هذه النظرية الجمع بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة، فثبتت الحق حيث تنقرر مصلحة لشخص يباشر بشأنها سلطاته الإرادية.

وواجهت هذه النظرية<sup>(4)</sup> كسابقتها انتقادات الفقه بتغليب أحد العنصرين على الآخر وعدم تحديدها لجوهر الحق، وتعرضها لذات الانتقادات التي وجهت للنظريتين السابقتين لكونها جمعت بينهما.

(1) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن . النظرية العامة للحق . منشأة المعارف بالإسكندرية . (2005) . ص7.

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصده . أصول القانون . مرجع سابق . ص313.

(3) الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن . مرجع سابق . ص9.

(4) الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص26.

## رابعاً: النظرية الحديثة:

على أثر الانتقادات الموجهة إلى النظريات السابقة، ظهرت نظريتان حديثتان هما نظرية نادي بها الفقيه البلجيكي دابان والنظرية الثانية نادي بها الفقيه روبييه وستعرض لهاتين النظريتين باقتضاب:

### أ. (نظرية دابان).

عرف الحق بأنه "ميزه يمنحها القانون للشخص ويحميها بوسائله، ويتصرف بمقتضاها في قيمة معترف له بثبوتها باعتبارها مملوكة له أو مستحقة له"<sup>(1)</sup>.

وانتهى هذا الرأي إلى تحليل الحق إلى أربعة عناصر: أول هذه العناصر: هو ثبوت قيمة للشخص يقررها القانون يستأثر بموجبها بمال معين يخوله القانون بأن يقول هذا المال مالي<sup>(2)</sup>. والعنصر الثاني: هو عنصر التسلط وهو القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق وهذا ناتج عن ثبوت القيمة للشخص تؤدي حتماً إلى التسلط، والعنصر الثالث: وهو وجوب احترام هذا الحق من الغير وهذا يعني لزوم احترام الكافة لحق الشخص، والعنصر الرابع: وهو عنصر الحماية القانونية، فان كان يكفي من الناحية الأخلاقية لثبوت الحق للشخص أن يثبت له قيمة يستأثر بها ويظهر بمظهر التسلط ليحتج بها على الناس ليحترمها، إلا أن ذلك لا يكفي في ظل سريان القوانين الوضعية بل لا بد على الدولة من توفير الضمانة القانونية للحق، والوسيلة التي رسمتها القوانين لتحقيق هذه الحماية هي الدعوى، وهنا لا بد من توضيح هام، ذلك أن الحق يثبت للشخص بمعزل عن توافر العنصر الثالث لأن الدعوى لا تختلط بالحق وإنما هي حق مستقل ناتج عن الحق المحمي، ومحل الحق يختلف عن محل الدعوى المقررة لحمايته؛ محمل الدعوى هو دائماً التوصل إلى الحماية، ولذلك فان تحريك الدعوى هو وسيلة الحماية والتي تستوجب توافر المصلحة، إذ لا دعوى بدون مصلحة يقرها القانون، وأن التنازل عن تحريك طريق الحماية (التنازل عن الدعوى) لا يستلزم بالضرورة التنازل عن الحق ذاته، فهذا الحق يبقى محتفظاً بخاصيته من حيث احترامه واقتضائه<sup>(3)</sup>.

(1) الدكتور عبد الحي حجازي . المدخل لدراسة العلوم القانونية . دار النهضة العربية . بيروت . (1966) . ص444.

(2) الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك . مرجع سابق . 261.

(3) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن . مرجع سابق . ص12.

## ب. نظرية روبييه.

اقترح روبييه تحديد نطاق الحق على نحو ضيق، ليحفظ للفكرة تجانسها ودقتها، فإذا كان هناك غموض يحيط بلفظ "الحق" فان ذلك راجع إلى استخدام هذا اللفظ على نحو واسع جداً، وبمعاني مختلفة، لذلك يجب إعادة النظام إلى الأفكار التي تبني لغة فنية محددة<sup>(1)</sup>.

ورأى أن الإصرار الشديد على إطلاق اصطلاح "الحقوق" أدى إلى تكوين نظرة جزئية جداً للواقع القانوني، فالقانون كفل الحماية أيضاً لقيم قدر أن لها أهمية مع أنها تفرض واجبات معينة، فالحقوق والواجبات تتقاطع في المراكز القانونية، وفي هذا الصدد يرى أن هناك تفرقة أساسية تفرض نفسها بين طائفتين من المراكز القانونية، في الطائفة الأولى يتحمل عنصر الميزة أو المكنة المرتبة الأولى بالنسبة لصاحب المركز، هذه هي المراكز الذاتية أو الشخصية، وهذه المراكز تهدف بصفة أساسية إلى إنشاء الحقوق بدلاً من الواجبات، وفي الطائفة الثانية يغلب عنصر الواجب أو التكليف، وهي المراكز الموضوعية، والتي تهدف إلى إنشاء الواجبات بدلاً من الحقوق.

وكغيرها من النظريات السابقة فقد واجهت هذه النظرية انتقادات الفقه من حيث تناقضها مع ما جرى عليه العمل وعدم وجود معايير لاستخلاص فكرة صارمة ومحددة للحق، كما يعاب عليها أنها خلطت ما بين الحق ومحلّه.

## خامساً: التعريف المختار للحق.

من دراستنا للنظريات السابقة والتي حاولت إيجاد تعريف جامع محدد لفكرة الحق إلا أنها واجهت انتقادات الفقه، لذا فان أي تعريف للحق لا بد من أن يأخذ بعين الاعتبار هذه الانتقادات رغم وجود صعوبة وضع تعريف للحق يأخذ في الاعتبار الجوانب المختلفة لهذا المصطلح، وقد عرفه بعض الكتاب<sup>(2)</sup> بأنه: "ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية".

في حين عرفه آخرون<sup>(3)</sup> بأنه: "الاستثناء الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر".

(1) الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 31 . 34.

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصده . أصول القانون . مرجع سابق . ص 315.

(3) الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 35.

## الفرع الثاني: أنواع الحقوق

تعددت تقسيمات الفقه لأنواع الحقوق بتعدد زوايا النظر إليها، رغم أن معظم هذه التقسيمات متداخل، وسأدرس أنواع الحقوق بحسب تقسيماتها وفق الغالب من الفقه كما يلي:

### أولاً: حقوق سياسية وحقوق مدنية:

**فالحقوق السياسية:** هي تلك التي تتقرر للشخص لتمكينه من أن يساهم في إدارة شؤون بلده، فهي تثبت للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية، مثل حق الانتخاب وحق الترشيح وتولي الوظائف العامة، وتتميز هذه الحقوق بأنها غير مالية ولا يجوز التصرف بها ولا تسقط بالتقادم، ولا تتقرر لجميع الأفراد القاطنين في الدولة<sup>(1)</sup>.

**أما الحقوق المدنية:** فهي تدخل ضمن نطاق الحقوق للصيقة بالشخصية وهي مقررة لحماية الشخص في كيانه ووجوده وحرية لتمكينه من مزاولته نشاطه، كحق الشخص في الحياة وهي تنقسم إلى قسمين<sup>(2)</sup>:

### ثانياً: الحقوق العامة (الحقوق والحريات الشخصية) والحقوق الخاصة.

**فالحقوق العامة:** وهي الحقوق اللازمة لحياة الإنسان ومرتبطة بمقومات شخصيته، وتقررها فروع القانون العام أيضاً وخاصة القانون الدستوري، ويحميها القانون الجنائي، كالحق في الحياة والحرية والمساواة، التنقل والتقاضي والعمل والتعليم والرأي والتفكير والعقيدة، وتتميز هذه الحقوق أنها حقوق لا يجوز التصرف بها، ولا تورث ولا تسقط أو تكسب بالتقادم، وأن الاعتداء عليها ينشئ حقاً لصاحبها في طلب وقف الاعتداء.

**أما الحقوق الخاصة:** وهي الحقوق التي لا تثبت إلا لمن يتوفر له سبب خاص لكسبها، وهي تنشأ عن علاقات تتعلق بالقانون الخاص، مثل القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، كحق الملكية، والحقوق الزوجية، وهي تنقسم إلى قسمين:

### ثالثاً: الحقوق العائلية (حقوق الأسرة) و الحقوق المالية:

**فالحقوق العائلية (حقوق الأسرة)** فهي التي تتقرر للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة، سواء كان ذلك بسبب الزواج أو النسب<sup>(3)</sup>، وهي تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، وتمتاز هذه الحقوق بأن غالبيتها حقوقاً غير مالية يغلب عليها الطابع الأدبي، ويترتب على ذلك عدم جواز

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصده . مرجع سابق . ص 318.

(2) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 263 . 274.

(3) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن . مرجع سابق . ص 26.

التصرف فيها أو الحجز عليها، ولا تسقط بالتقادم نتيجة عدم الاستعمال، ولا تسري عليها النظرية العامة للالتزام الواردة في القانون المدني، بل تسري عليها قوانين الأحوال الشخصية، وتمتاز هذه الحقوق بأن المصلحة المرجوة منها لا تقتصر على صاحبها، وإنما تمتد إلى الطرف الآخر، فضلاً عن مصلحة الأسرة ذاتها، باعتبارها الخلية الأساسية للبناء الاجتماعي، فلأب مصلحة أدبية في تربية ابنه، وللابن مصلحة أدبية في حسن التربية، وهاتين المصلحتين هما أساس مصلحة الأسرة والمجتمع، والواقع أنها حقوق بالمعنى الصحيح.

أما **الحقوق المالية فهي** (1) التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقد، وقد ينصب الحق المالي على شيء معين فيسمى حق عيني مثل حق الملكية، أو قد ينصب على القيام بعمل أو الامتناع عن العمل ويسمى حق شخصي، وإلى جانب هذين النوعين يوجد نوع ثالث من الحقوق يسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية أو الأدبية، فما هي هذه الحقوق؟ وللاجابة على هذا التساؤل سندرس هذه الأنواع من الحقوق بشيء من الإيجاز وبالقدر الذي يقتضيه موضوع هذه الدراسة:

**أولاً: الحق الشخصي (الالتزام) :** وهو رابطة بين شخصين (الدائن والمدين) يلتزم بموجبها المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فعناصر هذا الحق هم الدائن (صاحب الحق) والمدين (الذي يقع على عاتقه الالتزام) ومحل الحق (الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن)، وتتنوع الحقوق الشخصية بالنظر إلى طبيعة المحل إلى التزام بعمل، أو الامتناع عن عمل، الالتزام بإعطاء شيء، الالتزام بتحقيق نتيجة، الالتزام ببذل عناية.

**ثانياً: الحق العيني :** وهو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين يستطيع بمقتضاها أن يقوم بأعمال معينة تحقق له منفعة متعلقة بهذا الشيء، وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) (2).

**وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.**

أ. **الحقوق العينية الأصلية:** وهي التي تقصد لذاتها، فتقوم مستقلة لا تستند في وجودها إلى حق آخر، وهي تشمل حق الملكية والذي يخول صاحبه حق الاستعمال، الاستغلال والتصرف، وكذلك

(1) الدكتور عمرو طه بدوي . نظرية الحق . مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح . برنامج الدراسات القانونية . المحاضرة (4) منشور على موقع جامعة القاهرة . (www. ou. edu .eg).

(2) محمد وحيد الدين سوار . شرح القانون المدني الأردني . الحقوق العينية الأصلية . أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية . دراسة موازنة بالمدونات العربية . عمان . مكتبة دار الثقافة . 1995 ص5.

الحقوق المتفرعة عن الملكية وهي حق الانتفاع، الاستعمال، السكنى، حق الحكر، حقوق الارتفاق، حق الخيار الناتج عن الوعد بالبيع، وحق المساقاة.

ب. **الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية):** وهي الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها وإنما تكون تابعة لحق شخص تضمن الوفاء به، وهما حقان ينشأن بالعقد وهما الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وحق ينشأ بأمر من القاضي بناءً على حكم وهو حق الاختصاص، وحقوق تنشأ بنص القانون وهي حقوق الامتياز.

**ثالثاً: الحق المعنوي:** وهو حق يرد على شيء معنوي أو غير مادي، فهو نتاج الفكر وثمره الخاطر والقريحة، كالمؤلفات العلمية والأدبية الموسيقية والمبتكرات والنماذج الصناعية والتجارية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: أركان الحق

يتبين من خلال تعريف الحق أن جوهره هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فتكون الأركان التي يقوم عليها الحق ثلاثة هي :

أولاً: شخص الحق.

ثانياً: محل الحق.

ثالثاً: إقرار القانون بوجود الحق والحماية القانونية له.

### الفرع الأول: أشخاص الحق

لا يمكن تصور وجود حق إلا أن يكون منسوباً لشخص من الأشخاص، وشخص الحق<sup>(2)</sup>: "هو كل من هو صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات"، وشخص الحق ليس ضرورياً لأن يكون إنساناً طبيعياً بل يمكن أن يكون شخصاً اعتبارياً".

أولاً: الشخص الطبيعي.

وهو الإنسان، الذي له إرادة محسوسة، وبعد كل إنسان اليوم شخصاً في نظر القانون، وبصلاح أن يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات، باعتباره كائناً اجتماعياً فهو علة وجود القانون والغاية منه، وقديماً

(1) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 273.

(2) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن . مرجع سابق . ص 85.

لم يكن للرقيق شخصية قانونية حيث كان لسيده عليه حق الملكية، فهو والجماد سيان، ولكن أصبح اليوم لكل إنسان شخصيته القانونية، فمتى يبدأ وينتهي الشخص الطبيعي؟ .

الأصل أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته، ويعين القانون حقوق الحمل المستكن، وقد نظم القانون حالة الحمل، بحيث أصبحت شخصية الإنسان تبدأ وقت الحمل موقوفة، وتنتهي بالموت الحقيقي، وهناك حالة لا يعرف فيها إذا ما كان الشخص حياً فتبقى له شخصيته القانونية أم ميتاً فتزول عنه هذه الشخصية، وهي الموت الحكمي (المفقود): وهو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره، بحيث لا تعرف حياته من مماته، لذا أجاز القانون اعتباره ميتاً إذا توافرت شروط معينة، ونظم كذلك أحكام ذلك والآثار المترتبة على الحكم بموته وظهور حياته<sup>(1)</sup>.

ونطاق الشخصية وهي مجموعة المميزات أو الأوصاف التي يتميز بها كل إنسان عن غيره ومن شأنها التأثير في حياته القانونية<sup>(2)</sup>. وأهمها حالة الشخص وهي التي تحدد مركزه الأساسي بالنسبة إلى الدولة (الجنسية) والأسرة (القرابة) وأحياناً الدين، والاسم هو وسيلة التعرف عليه، والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص.

وإذا كانت الشخصية تتعلق بمبدأ الصلاحية لاكتساب الحق أو تحمل الالتزام بصفة عامة دون تحديد أو تعدد، فإن أهلية الوجوب تتعلق بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات، فأهلية الوجوب تعبر عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والالتزامات مالية، أما أهلية الأداء فهي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه ودمته، فالأهلية والشخصية تتفقان بأن كلاهما يوفر الصلاحيات للشخص لكسب الحقوق وتحمل الواجبات ولكنهما تختلفان عن بعضهما في أن الشخصية هي تعبير عن وصف مجرد لا يقبل النقصان<sup>(3)</sup>.

الأصل أنه متى بلغ الإنسان سن الرشد أصبح متمتعاً بكامل أهليته، إلا أنه قد يعثرها عارض فيجعلها ناقصة أو معدومة كالجنون، العته، السفه، الغفلة.

(1) الدكتور نبيل إبراهيم سعد . مرجع سابق . ص 136

(2) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 279.

(3) الدكتور عبد المنعم فرج الصده . مرجع سابق . ص 442 . 443.

## ثانياً: الشخص الاعتباري (الشخص المعنوي):

إذا كان الشخص الطبيعي هو الإنسان فما هو الشخص الطبيعي؟<sup>(1)</sup> "هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي ترمي إلى تحقيق غرض معين مادي أو غير مادي ويمنحها القانون الشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض كالدولة والشركة والجمعية".

ويعتبر مدلول الشخص الاعتباري في نظر القانون أوسع من الشخص الطبيعي لما له من قيمة اجتماعية تدعو إلى تحقيق مصالح جديرة بالرعاية، ووجود هذه الشخصية الاعتبارية يضمن تركيز الحقوق المالية والالتزامات المتعلقة بالغاية منه، التي تضمن البقاء والاستمرار وتسهيل تعامل الأشخاص معه<sup>(2)</sup>.

وتعددت الاتجاهات بشأن تحديد طبيعة الشخصية الاعتبارية، فقد سادت نظرية الشخصية الافتراضية زمنياً طويلاً في فرنسا، وهذه النظرية تقوم على أساس أن الشخص الاعتباري هو مجرد افتراض قانوني يخالف الحقيقة، ثم ظهرت نظرية إنكار وجود الشخصية القانونية التي لا تثبت إلى للشخص الحقيقي، وأن وجود الشخص الاعتباري لا يقوم إلا لغايات الغرض لإسناد المراكز والحقوق والالتزامات، وسادت نظرية الملكية المشتركة، التي لا تعترف بوجود الشخص الاعتباري وإنما تعترف بوجود المال المشترك المملوك لجماعة الأفراد وصاحب هذه النظرية العلامة الألماني "إهرنج" في كتابه روح القانون الروماني، وذهب جمهور الفقه الحديث إلى اعتبار الشخصية القانونية للشخص المعنوي حقيقة واقعية، ولكنهم اختلفوا حول الأساس الذي تقوم عليه وتفرع عن ذلك عدة نظريات: النظرية العضوية ونظرية الإرادة، ونظرية المصلحة ونظرية النظام العام، وحقيقة الشخصية المعنوية أنها حقيقة واقعية اجتماعية، أجبرت المشرع إلى الاعتراف بها، فأصبحت حقيقة قانونية ذات طبيعة خاصة لها ميزات وخصائص تختلف عن الشخص الطبيعي<sup>(3)</sup>.

ولا يدخل الكائن الاجتماعي في نطاق الحياة القانونية ولا يكتسب الشخصية القانونية إلا باعتراف المشرع به، سواء كان اعترافاً عاماً أو اعترافاً خاصاً، وهذا الاعتراف هو الوسيلة التي يتحقق عن طريقها المشرع من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الاجتماعي بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه<sup>(4)</sup>.

وبداية الشخص الاعتباري يحددها المشرع بالاعتراف العام وهي أن يضع المشرع شروطاً عامة مسبقة لإضفاء الشخصية القانونية، أو الاعتراف الخاص وهي صدور اعتراف خاص لكل من المشرع

(1) الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن . مرجع سابق . ص 161.

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصده . مرجع سابق . ص 470 . 471.

(3) المرجع السابق . ص 474 . 481.

(4) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 294.

لكل حالة على حدى، وقد يجمع المشرع بين الحالتين فيضع شروطاً عامة مسبقة ويجب توافرها في الشخصية الاعتبارية وشروطاً خاصة وهي حاجتها إلى موافقة أو ترخيص من جهة مختصة<sup>(1)</sup> عامة بالاعتراف الخاص.

وينتهي الشخصي الاعتباري بإحدى حالات الانقضاء التي أوردها المشرع، بانتهاء الأجل المحدد له أو بتحقق الغرض الذي قام من أجله، أو استحالة تحققه أو بموت جميع أعضائه أو بحله<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: محل الحق

إذا كان للحق صاحب هو الشخص فله كذلك محل، وهو القيمة التي تثبت لصاحب الحق وهو بذلك يختلف عن مضمونه، فمضمون الحق هو السلطات التي يخولها لصاحبه<sup>(3)</sup>.

ويمكن أن يكون المحل إعطاء شيء أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل، فإذا كان الحق شخصياً فيكون محله الالتزام بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وإذا كان الحق معنوياً فيكون محله الناتج الذهني الذي ينتجه الشخص، أو الابتكار الذي يبتكره، والمعيار الذي يحدد محل الحق هو الأداء الذي يلتزم به المدين إزاء الدائن، ويشترط في المحل أن يكون ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً<sup>(4)</sup>.

وقد يرد الحق العيني على شيء مادي، ويشترط وجوب دخول الشيء في التعامل بطبيعته وبحكم القانون، ويمكن تقسيم الأشياء إلى:

---

(1) نصت أحكام المادة (4) من قانون رقم (1) لسنة (2000) بشأن الجمعيات الخيرية والأهلية على " على مؤسسي الجمعية أو الهيئة تقديم طلب خطي مستوفٍ للشروط إلى الدائرة المختصة في وزارة الداخلية وموقع من ثلاثة على الأقل من المؤسسين المفوضين بالتسجيل والتوقيع عن الجمعية أو الهيئة، ومرفق بثلاث نسخ من النظام الأساسي موقعة من أعضاء اللجنة التأسيسية. وعلى وزير الداخلية أن يصدر قراره بشأن استيفاء الطلب لشروط التسجيل خلال مدة لا تزيد عن شهرين من تاريخ تقديمه. وفي حالة تقديم بيانات إضافية أو استكمال النواقص لاستيفاء الطلب التسجيل تبدأ مدة الشهرين من تاريخ تقديم هذه البيانات. إذا انقضت مدة الشهرين على ورود الطلب للدائرة دون اتخاذ قرار تعتبر الجمعية أو الهيئة مسجلة بحكم القانون. في حالة صدور قرار من الوزير برفض التسجيل يجب أن يكون القرار مسبباً ويحق لمقدمي الطلب الطعن فيه أمام المحكمة المختصة خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغهم قرار الرفض خطياً " ، ونصت أحكام المادة (7) من ذات القانون على: " تتمتع الجمعيات والهيئات بالشخصية الاعتبارية وبدمة مالية مستقلة فور تسجيلها طبقاً لأحكام هذا القانون ولا يجوز لها ممارسة نشاطاتها قبل التسجيل. " ، ويلاحظ أن المشرع قد أورد ضمن النصوص من (3 . 8) شروطاً عامة لإضفاء الشخصية الاعتبارية على الجمعيات

(2) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص300.

(3) الدكتور نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق . ص199.

(4) الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن . مرجع سابق . ص179.

- أشياء عامة وأشياء خاصة.
- أشياء مادية وأشياء معنوية.
- أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك.
- أشياء مثلية وأشياء قيمة.
- عقارات ومنقولات.

وقد يكون محل الحق عمل ويشترط في الأعمال التي تكون محلاً للحق أن تكون ممكنة ومعينة ومشروعة.

### الفرع الثالث: الحماية القانونية للحق

القانون في تنظيمه لعلاقات الأشخاص في المجتمع حينما قرر حقاً لأحد الأطراف قرر بالضرورة واجباً على الطرف الآخر المقابل تلزمه فيه باحترام هذا الحق ومنع الاعتداء عليه، فالحق إذن اختصاص قانوني مزود بوسائل حماية مختلفة تكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها. وتعددت الوسائل التي تحقق الحماية القانونية للحق، منها وسيلة قانونية دون دعوى، ووسيلة قانونية بدعوى، ويمكن أن تكون الدعوى مدنية أو دعوى جنائية<sup>(1)</sup>.

#### أولاً: وسيلة قانونية دون دعوى:

وفر القانون لصاحب الحق وسيلة قانونية بدون اللجوء إلى القضاء ودون اللجوء إلى إقامة الدعوى يصل فيها إلى حقه، ومثال ذلك تقديم الطلب إلى السلطات المختصة في الدولة للحصول على حق يقرره القانون له أو لدفع الاعتداء عنه، فمن لم يذكر اسمه ضمن قوائم أسماء الذين لهم حق انتخاب في الانتخابات العامة رغم توافر الشروط القانونية فيه، له حق الاعتراض على ذلك بتقديم طلب إلى السلطة المختصة مطالباً تمكينه من التمتع بحقه الدستوري الذي نص عليه القانون الأساسي وإدراج اسمه في القوائم المعلنة<sup>(2)</sup>، وتصدر لجنة الانتخابات المركزية قراراتها في الاعتراضات المقدمة لها خلال خمسة أيام من تاريخ انتهاء مدة الاعتراض، وإذا كان الاعتراض يتعلق بقيد شخص آخر أو

(1) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 321.

(2) نصت المادة (11) من قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة (2005) على: " تنشر لجنة الانتخابات المركزية سجل الناخبين في مكان يسهل الاطلاع عليه نفس الدائرة الانتخابية، ويحق لأي شخص أن يقدم اعتراضاً يطلب فيه إدراج اسمه إذا لم يكن مدرجاً أو شطب اسم غيره إذا كان مدرجاً فيه بغير حق، أو تصحيح بياناته إذا ورد فيها خطأ. 2- يستمر قبول الاعتراضات لمدة خمسة أيام عمل."

عدم قيده في جدول الناخبين فلا يجوز البت في الاعتراض قبل إبلاغ ذلك للشخص الآخر ليتمكن من إبداء دفاعه بشأنه<sup>(1)</sup>.

ويمكن القانون صاحب الحق من الوصول إلى حقه ودفع الاعتداء عنه بنفسه دون دعوى في حالات كثيرة، منها حالة الدفاع الشرعي عن النفس والعرض والمال في قانون العقوبات، وحق الاحتباس في القانون المدني.

### ثانياً: وسيلة قانونية بدعوى:

الدعوى هي طلب واحد حقه من آخر في حضور الحاكم<sup>(2)</sup>، وهي أهم وسيلة لحماية لتقرير الحقوق وحمايتها، وهي تقام أمام المحاكم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القوانين، وإما أن تقام الدعوى أمام المحاكم المدنية أو أمام المحاكم الجنائية، أو أمام المحاكم الإدارية، أو الشرعية، والذي يحدد اختصاص هذه المحاكم طبيعة الحق المراد حمايته أو تقريره بالنظر إلى اختصاص المحاكم في نظره.

### أ. الحماية المدنية للحق:

ينفذ الحق جبراً على المدين عند استحقاقه متى استوفى الشروط القانونية، فإذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه، ويصبح حقاً طبيعياً يجب في ذمة المدين<sup>(3)</sup>، وهذا النص يرجع إلى ما قرره الفقهاء المسلمون من أحكام الواجب ديانة الذي يقابل الالتزام الطبيعي وفق القانون الوضعي تمييزاً لها عن الالتزامات المدنية التي تسمى بالواجب قضاءً. وما يقابل ذلك في التشريع المدني المصري ما أورده المشرع بالقول: "الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده، تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها 1. ينفذ الالتزام جبراً على المدين. 2. ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه، ويقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعياً، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعياً يخالف النظام العام، ولا يسترد المدين ما أداه باختياره، قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً، الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني"<sup>(4)</sup>.

فالالتزام الطبيعي هو في الأصل التزام مدني متحلل، عاقه مانع قانوني من أن يرتب أثره سواء عند تكوين الالتزام كأن يكون العقد نشأ موقوفاً لنقص الأهلية أو بعد نشوء الالتزام وبعد تولد آثاره كما

(1) يستمر قبول الاعتراضات لمدة خمسة أيام عمل.

(2) المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) المادة (313) من القانون المدني الأردني لسنة (1976).

(4) المواد (199 . 203) من القانون المدني المصري الصادر عام (1949).

في حالة التقادم والصلح الواقي من الإفلاس حيث ينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي فقد عنصر المسؤولية وظل عنصر المديونية مستقراً في الذمة<sup>(1)</sup>.

أما الالتزام المدني، فهو الالتزام التام والمألوف الذي يختلف تبعاً لمصدر الالتزام وهو يضمن عنصر المديونية وعنصر المسؤولية أي وجوب تنفيذه من المدين اختياراً وجبراً أو بطريق التعويض، ويمكن القول أن هناك أثراً أصلياً على الحق أو الالتزام وهو (الوفاء الطوعي من المدين) وأثراً احتياطياً وهو (التنفيذ الجبري على المدين).

والأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أي بإجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به<sup>(2)</sup>، ويشترط أن يكون التنفيذ العيني وغير مرهق للمدين، ولا يمس الحرية الشخصية للمدين.

فإذا لم يتمكن المدين من الحصول على التنفيذ العيني من المدين لا بالاختيار ولا بالجبر بوسائل الإجبار، فلا سبيل أمام الدائن إلا اللجوء إلى طريق التعويض، فالتعويض هو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية لتوافر أركانها وهو ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بديلاً بجانب التنفيذ العيني، إذ ليس للالتزام مهما كان مصدره إلا محل واحد هو أداء عين ما التزم به، أي تنفيذ الالتزام طوعاً أو جبراً بما يتفق وطبيعة الالتزام<sup>(3)</sup>.

والتنفيذ بطريق التعويض من المدين يتناول كل أنواع الالتزامات أيّاً كان مصدرها، فالالتزام العقدي والالتزام بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية يمكن تنفيذها عن طريق اللجوء إلى الحكم بالتعويض، والتعويض المستحق يقدره القاضي كأصل عام وفق سلطته التقديرية، فإن كان ضرراً مادياً يقدر حسب ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب<sup>(4)</sup> ويطلق على هذا التعويض (التعويض القضائي).

## ب. الحماية الجنائية للحق:

للا بد لتوافر قيام المسؤولية الجنائية توافر أركانها وعناصرها ومن أهمها ركن القصد الجنائي المتمثل في النية لارتكاب الفعل وإذا كان توافر عنصر الضرر هو معيار قيام المسؤولية المدنية كأصل عام، فإن توافر الضرر ليس أساساً لقيام المسؤولية الجنائية، لأن الضرر في المسؤولية

(1) الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . نظرية الالتزام بوجه . مصادر الالتزام . المجلد الأول . دار النهضة العربية . القاهرة . ص (729) وما بعدها .

(2) الدكتور ياسين محمود الجبوري . المبسوط في شرح القانون المدني . الجزء الثاني . آثار الحقوق الشخصية ( أحكام الالتزام) . المجلد الأول . وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية (الالتزامات) . الكتاب الثاني . التنفيذ العيني الجبري للحقوق الشخصية . دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2011 . ص 11 .

(3) الأستاذ السنهوري . مرجع سابق . ص (262 . 263) .

(4) المادة (266) من القانون المدني الأردني .

الجنائية يلحق بالمجتمع كله، حتى وإن كان الاعتداء موجهاً إلى شخص بعينه، إذ أن مثل هذا الاعتداء يخل بأمن المجتمع واستقراره، وعلى العكس فالضرر في المسؤولية المدنية يلحق بالأفراد دون المجتمع، فيخول لهم حق خاص بالمطالبة بجبر الضرر، ويقتصر حق تحريك الدعوى العمومية في المسؤولية الجنائية على النيابة العامة، باعتبارها ممثلة للمجتمع<sup>(1)</sup>.

والجزء الجنائي يتضمن فكرة العقوبة التي تصيب الشخص في نفسه، أو في ماله، لذا يلزم تحديد الأحوال التي يتعرض فيها الشخص للجزاء الجنائي، ومن هنا تولد مبدأ المشروعية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"

وقد يجتمع في العمل الواحد شروط المسؤولية الجنائية، باعتباره عملاً ضاراً للمجتمع بأسره حرمة القانون بنص خاص، وأورد بشأنه عقوبة جنائية، وشروط المسؤولية المدنية، على أساس أنه في نفس الوقت سبب ضرراً أصاب الغير، كما في جرائم القتل والسرقة والضرب والسب.

ويجوز رفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية بالتبعية لدعوى الحق العام<sup>(2)</sup>، أو لدى المحاكم المدنية بالاستناد إلى الحكم الجزائي.

إلا أن الحكم الجزائي الصادر من المحكمة المختصة في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة يحوز على قوة الأمر المقضي به أمام المحاكم المدنية في الدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بني عليها انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، ولا يكون للحكم بالبراءة هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: مصادر الحق وما يتصل به، واستعماله وإثباته

الحق الشخصي والالتزام هو: "رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، يجبر الدائن مدينه بمقتضى تلك الرابطة القانونية، على أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يتمتع عن

(1) نصت المادة (2) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة (2001) على " يباشر النائب العام الدعوى الجزائية بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة العامة".

(2) نصت المادة (170) من ذات القانون على: " مع عدم الإخلال بنص المادة (196) من هذا القانون تنظر المحاكم الجزائية في دعوى الحق المدني، لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة مهما بلغت قيمته وتتنظر في هذه الدعوى تبعاً للدعوى الجزائية".

(3) نص المادة (390) من ذات القانون السابق.

القيام بعمل ما"، وهذا يعني أن لهذه الرابطة مظهرين أحدهما سلبي ويمثل (الالتزام)، والآخر ايجابي وهو الحق الشخصي<sup>(1)</sup>.

ولسنا بصدد دراسة هذه الرابطة القانونية كونها مستقلة عن مصادرها، ولأن التعرض إليها يقودنا بالنهاية إلى الحديث عن آثار الالتزام من حيث أحكامه العامة ووسائل التنفيذ، والتصرفات المشروطة بالتعليق والأجل، وتعدد المحل، وتعدد طرفي التصرف، ولأن من شأن بحثها إخراجنا بعيداً عن موضوع هذه الدراسة، وأن ذكرها لم يكن سوى بقصد التدرج في سرد أنواع الحقوق توطئة للدخول إلى صلب موضوع هذه الدراسة الذي ينبثق عن ممارسة الحقوق بأنواعها.

ويقصد بمصادر الحق السبب القانوني المنشئ له، ومصادر الحق الشخصي (الالتزام) هي خمسة (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون).

وتعد الواقعة مصدراً للالتزام إذا كان من شأنها إحداث أثر قانوني معين، فتسمى حينها "واقعة قانونية"، وهي إما أن تكون وقائع طبيعية (أعمالاً مادية أو أعمالاً إرادية)، فقد يعتد القانون بوقائع طبيعية، كالجوار والقرابة، فينشئ التزامات بناءً عليها، فيكون القانون هو مصدرها، وقد يصدر من شخص عمل مادي اختياري دون أن تتجه نيته إلى إحداث أثر قانوني معين، وهذه الأعمال المادية إما ضارة تؤدي إلى إصابة الغير بضرر، مما ينشئ التزاماً في ذمة المدين بالتعويض، وإما نافعة فيثري بمقتضاها المدين بدون سبب، ويلزم برد ما اغتنى به، وقد يكون مصدر الالتزام عملاً إرادياً يسمى عملاً قانونياً، أو تصرفاً قانونياً، مرده اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وقد يصدر من جانبين أو من جانب واحد، وهو الإرادة المنفردة، وبالنسبة إلى الحقوق العينية فمصدرها إما تصرف قانوني، أو وقائع قانونية<sup>(2)</sup>.

وإذا كان تعريف الحق هو<sup>(3)</sup> "ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية"، يتبين لنا أن استخدام الشخص لحقه إنما يكون بممارسة السلطات التي يخولها هذا الحق وبينني على ذلك أن الأصل هو أن لصاحب الحق السلطة المطلقة بالتصرف بحقه كيفما شاء وبالطريقة التي يراها مناسبة في حدود هذا الحق التي يقرها له القانون، فمن يملك شاة له الحق في ذبحها، ومن يملك حق الملكية

(1) الدكتور ياسين محمود الجبوري . المبسوط في شرح القانون المدني . الجزء الثاني . آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام) . المجلد الأول . وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية (الالتزامات) . الكتاب الأول . التنفيذ الاختياري للحقوق الشخصية . دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2011 . ص 9 .

(2) الأستاذ الدكتور عثمان التكروري ، الدكتور أحمد طالب سويطي . مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي) . المكتبة الأكاديمية (2016) ص15 .

(3) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص336 .

في عقار له الحق بمطلق الصلاحيات التي يخولها القانون للمالك كحق الملكية والتصرف والانتفاع، فما هي الحدود التي رسمها القانون للشخص لمباشرة سلطاته على حقه ؟ ذلك أن انحراف الشخص عن استعماله لحقه عن المسلك المألوف للرجل المعتاد يعتبر خطأً يوجب مسؤوليته إذا ما تسبب بضرر أصاب الغير، ومن ناحية أخرى فإن هناك حقوقاً معينة محددة للأفراد، تخول لهم سلطة القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يحميها القانون، وأن الخروج عن حدود الحق المرسوم قانوناً يسأل عنه مرتكبه باعتباره خطأً، فالجور على ملك الجار ومحاولة استغلال جزء منه يعتبر خروجاً عن حدود الحق وموجباً لمسؤولية مرتكبه.

وهذا يقتضي منا البحث في حدود استعمال الحق؛ ذلك أن فكرة استعمال الحق فيما يتعلق بموقف القانون من نشاط الأفراد مرت بعدة تطورات تبعاً للمذهب الذي كان سائداً، ففي ظل المذهب الفردي الذي ساد القرنين الثامن عشر والتاسع عشر والذي قام على أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع وأن للفرد حقوقاً سابقة على وجود القانون والمجتمع، فكان لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال حقه دون قيد طالما أن استعماله لحقه تم في حدود مضمون هذا الحق حتى وإن ألحق ضرراً أصاب الغير، وقد ظهرت مساوئ هذه النظرية الفردية لما أدى إليه إطلاق حرية الفرد في استعماله لحقه من ظلم للضعفاء وإضراراً بالصالح العام للمجتمع، مما أدى إلى ظهور المذهب الاشتراكي، الذي تبنى وجهة نظر عكسية قامت على أساس أن الفرد كائناً اجتماعياً، فتكون وظيفة القانون هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته، فإذا ما تحققت مصلحة المجتمع تحققت من وراء ذلك مصلحة الفرد، والحقيقة وسط بين هاتين النزعتين المتطرفتين، فلا يجوز أن يكون استعمال الحق مطلقاً لما يؤدي إليه من إضرار بالغير، وإغفال للصالح العام، ولا يستساغ أن يقتصر الحق على مجرد وظيفة اجتماعية لمصلحة الجماعة، إذ أن للفرد غايات وأهداف شخصية لا يمكن تجاهلها، ويجب أن يكفل القانون تحقيقها في الحدود المعقولة وإلا فقد الفرد كيانه واستقلاله، وكان بين ذلك قواماً، فلا يجوز التعسف في استعمال الحق، تلك النظرية التي يعتقها الفقه الحديث وتأخذ بها التشريعات الحديثة، ومؤدى هذه النظرية أن استعمال الحق مقيد على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو الصالح العام، على الرغم من أن استخدام صاحب الحق يدخل ضمن حدود مضمون حقه<sup>(1)</sup>.

ولكن هل الالتزام بحدود الحق ينفي الخطأ ؟ ولإجابة على هذا التساؤل سندرس التمييز بين التعسف في استعمال الحق وبين مجاوزة الحق، فبينما تقوم نظرية التعسف باستخدام الحق على فكرة التعسف في استعمال حق يقره القانون، في حين أن مجاوزة الحق يعني عدم وجود الحق للمتجاوز أصلاً، فالذي يبني بناية شامخة تسد النور والهواء على جاره يملك في الأصل هذا الحق، ولكنه متعسفاً في استعماله، بينما الذي يبني جداراً وراء حدود أرضه وعلى أرض الغير لا يملك أصلاً هذا

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصده . مرجع سابق . ص 569.

الحق ويعتبر متجاوزاً حقوق الغير، فالاستعمال التعسفي للحق جائز في ذاته ولكنه معيب في نتيجته أو غرضه، بينما مجاوزة الحق بالاعتداء على حق الغير يعتبر عملاً غير مشروع في ذاته<sup>(1)</sup> وسأدرس هذا الموضوع بشكل أوسع وأوضح لاحقاً عند الحديث عن ماهية التعسف ونطاق تطبيقه والذي خصص له المبحث الثالث صفحة (46).

وإثبات الحق<sup>(2)</sup>: هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجوده، فكل من له حق نازعه فيه آخر أن يقيم الدليل عليه، وإثبات الحق أهمية كبيرة، لأن القاضي كي يحكم لصاحب الحق بحقه عليه أن يثبت هذا الحق أمامه، لأن العجز عن إثبات الحق يعني تجريده من قيمته وبالتالي عدم وجوده ورد الدعوى المقامة به، والمدعي بالحق في الدعوى لا يكلف بإثبات الحق ذاته فحسب وإنما يطلب منه إثبات مصدره وسنده أيضاً فيما إذا كان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية أو واقعة طبيعية.

فالدائن الذي يدعي بحق له في ذمة آخر، عليه أن يثبت مصدر هذا الحق وسنده، هل هو عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو فعل نافع أو واقعة طبيعية يترتب عليها القانون إنشاء هذا الحق.

والواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً، فإذا كانت واقعة مادية جاز إثباتها بجميع طرق الإثبات، لأن طبيعة الوقائع المادية تعارض مع استلزام إثباتها بنوع معين من أدلة الإثبات، وإلا استحال إثباتها في أغلب الحالات.

أما التصرفات القانونية فيجب إثباتها بأدلة الإثبات المقررة، والأصل هو إثباتها بالكتابة، ولكن يجوز إثباتها بالشهادة استثناءً إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز مائتي دينار أردني في المعاملات المدنية أو كانت أعمالاً تجارية تثبت بكافة طرق الإثبات<sup>(3)</sup>.

ووضع المشرع الفلسطيني قواعداً للإثبات أوردها قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2004)، وهذه هي الواجبة التطبيق إلا إذا وجد نص خاص في قانون آخر، وإذا خلا هذا القانون من وجود نص قانوني ينطبق على الواقعة وخلت القوانين من وجود هذا النص عندئذ يصار إلى إعمال القواعد العامة التي تضمنتها مجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر بمثابة القانون العام.

(1) الدكتور غالب علي الداودي . مرجع سابق . ص 337.

(2) أحمد نشأت . رسالة الإثبات . الطبعة السابعة ص 29.

(3) نصت المادة (68) من قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) على: "1. في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً لم تأت إلا من ضمن الملحقات إلى الأصل".

## المبحث الثاني: الحق الإجرائي

وسأقسم هذا المبحث إلى مطلبين سأدرس في المطلب الأول القضاء وفي المطلب الثاني محل الحق الإجرائي (الدعوى).

### المطلب الأول: القضاء

نعيش في مجتمعات لا تكاد تتسع لقلوب البشر، فهناك الكثيرون من الذين لا يطيقون العيش دون المساس بحريات الآخرين، ولا يستطيعون أن يتعاملوا أو يعاملوا الناس إلا بأسوأ الأخلاق وأبشع المعاملة، وهؤلاء ليس لهم قائد يقودهم لاقتراف تلك الأفعال البشعة من جرائم وسرقات وهتك أعراض إلا أنفسهم التي تسول لهم السوء والخبائث، وهناك نوعاً آخر لا يقل أهمية عن هذا النوع، وهو نوع ضعيف مكسور الجناح، لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا يقوى على الحديث والكلام جهاراً، ومنهم من لا يقوى على النظر في وجه الآخرين خوفاً من نظراتهم التي تشعرهم بالخوف، فهل من حلول لهاتين المشكلتين؟ فالناس لا تقوى على كل هذا، وقد يرى البعض أن من واجب الفئة الثالثة أن تعمل على إصلاح الأولى وأن تبحث في مشكلة الثانية، ولكن ما سيتم تناوله هو كيفية التعرف على الحقوق والواجبات لكل من هؤلاء، وفقاً لإطار مرجعي لكافة أفراد المجتمع، فيخلص الجميع لدستور القوانين، فما هو القانون؟ وماهيته في الدولة؟ وبما يهتم القانون المجتمعات؟ وكيف ينهض بها؟ وما الدور الذي يلعبه في رفعة المجتمعات؟ وما هو الحق في التقاضي؟.

وأوردت الشريعة الإسلامية محاسن القضاء بأن جعلت القضاء بالحق هو أقوى الفرائض وأفضل العبادات بعد الإيمان بالله تعالى حيث ورد في قوله تعالى "وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين" (1) صدق الله العظيم، وورد في حديث النبي محمد صلى الله عليه وسلم: "إن عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة" (2).

ونص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الصادر بمدينة رام الله بتاريخ (18/مارس/2003) ميلادية الموافق (15/محرم/1424/هجريه) على هذا الحق كغيره من بقية الدساتير العربية حيث نصت أحكام المادة (30) منه على: "1. التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. 2. يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء. 3. يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته".

(1) الآية (42) من سورة المائدة.

(2) رواه الديلمي عن أبي هريره.

كما أن القضاء هو سلطة من السلطات الثلاث في الدولة، وهي سلطة مستقلة وهذا ما أكد عليه القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (97) التي نصت على: "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وتعلن الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني".

ويقتضي تنظيم العلاقات الإنسانية ما بين أفراد المجتمع عدم إمكانية اقتضاء الفرد لحقه بنفسه، بل يجب أن تكون له هذه الحماية من خلال القضاء، وأن يكون للفرد سلطة الحصول على هذه الحماية، وهذا يتطلب أن لا يقتصر التنظيم على السلطة القضائية فقط بل يجب أن يخول الفرد صاحب الحق إمكانية الحصول عليه من خلال القضاء، فالحق لا يكتمل في الوجود إلا إذا كان بوسع صاحبه أن ينتفع به ويحميه، والسبيل إلى ذلك يكون من خلال الدعوى التي تعتبر وسيلة لحماية الحق، وهي بذات الوقت عنصر من عناصر قيامه.

وبهذا فإن القضاء يؤدي وظيفته في فض المنازعات بين الناس بتطبيق القانون بما يقتضي ذلك التحقق من الوقائع وتفسير القانون وتحقيق التطابق بين الواقع والقانون، فالقضاء لا يتعرض لفض المنازعات بين الناس في المجتمع من تلقاء نفسه، وإنما يجب . في المسائل الحقوقية على الأقل . أن يطلب منه ذلك في كل حالة، وهذا الطلب يكون على شكل الدعوى التي هي وسيلة التقاضي.

### المطلب الثاني: محل الحق الإجرائي (الدعوى)

الدعوى باعتبارها وسيلة قانونية نظمها المشرع من خلال قواعد إجرائية وموضوعية لحماية الحق وموضوعه؛ حدد المشرع لها ماهية خاصة ارتبطت بمجموعة من الشروط الواجب الالتزام بها أثناء السير فيها أمام المحكمة المختصة، ولهذا سيتم دراسة ماهية الدعوى وشروطها وكذلك مراحلها المختلفة أمام المحكمة المختصة، وسيم بيان ذلك من خلال الفروع الثلاثة التالية.

### الفرع الأول: ماهية الدعوى

استقر الفقه على أن الدعوى هي<sup>(1)</sup>: "الوسيلة القانونية التي يتوسل بها الشخص لدى القضاء للحصول على حكم يقرر بموجبه ثبوت الحق الذي يدعيه أو حمايته شريطة توافر المصلحة".

(1) الدكتور محمود الكيلاني . إدارة الدعوى المدنية والتطبيقات القضائية . المجلد الثاني . جامعة عمان الأهلية . دار الثقافة للنشر والتوزيع . (2012) . ص2322.

والدعوى لغة: "قول يقصد به الإنسان إيجاب الحق على غيره"، وشرعاً هي طلب أحد حقه من آخر قولاً أو كتابة في حضور القاضي حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه.

وعرفت المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية الدعوى بالقول: "الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه"<sup>(1)</sup>.

لم تتعرض القوانين النازمة للإجراءات في فلسطين تعرفاً للدعوى كقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) وقانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001)، وإن كان قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية قد أورد مشتملات الدعوى<sup>(2)</sup> وإقامتها وقيدتها<sup>(3)</sup> ضمن المواد (52 . 61).

ولما كان القانون وفقاً لتصور الفقه الحديث ينقسم إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي، لتعلق الحق بالقانون الذي ينظمه، لذلك فإن الحقوق تنقسم بناء على ذلك إلى حقوق موضوعية وحقوق إجرائية، ونتيجة لذلك قررت التشريعات الإجرائية العديد من الحقوق والضمانات الإجرائية التي تهدف

<sup>(1)</sup> وجاء في تفسير هذه المادة للعلامة علي حيدر: "لو ادعى أحد على آخر قائلاً في حضور الحاكم: إن هذه العين لي فيكون قد أضاف الحق إلى نفسه. وإذا قال الوكيل: إن هذا المال لموكلي أو قال الولي إن هذا المال للصغير فلان الذي تحت ولايتي فيكون قد أضاف الحق إلى الشخص الذي ناب عنه. إيضاح القيود: (في حضور القاضي) فهذا القيد باعتبار قيد احترازي من الناس اللذين هم غير القاضي. لأن شرط الدعوى وقوعها في حضور القاضي. والطلب الذي يقع في غير حضور القاضي لا يعد دعوى. فلذلك لو طلب أحد من آخر حقاً في غير حضور القاضي فليس لذلك الشخص أن يجيب المدعي على دعواه".

<sup>(2)</sup> نصت المادة (52) منه على: "تقام الدعوى بلائحة تودع قلم المحكمة متضمنة ما يلي: 1- اسم المحكمة. 2- اسم المدعي وصفته ومحل عمله وموطنه واسم الشخص الذي يمثله إن وجد وصفته وعنوانه. 3- اسم المدعى عليه وصفته ومحل عمله وموطنه. 4- إذا كان المدعي أو المدعى عليه فاقداً لأهليته أو ناقصها فينبغي ذكر ذلك. 5- موضوع الدعوى. 6- قيمة الدعوى بالقدر الممكن بيانه إذا كانت من الدعاوى غير محددة القيمة. 7- وقائع وأسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعي التي تبين أن للمحكمة صلاحية نظر الدعوى. 8- إذا كان موضوع الدعوى عقاراً أو منقولاً معيناً بالذات فيجب أن تتضمن لائحته وصفاً كافياً لتمييزه عن غيره. 9- توقيع المدعي أو وكيله".

<sup>(3)</sup> نصت المادة (55) من ذات القانون على: "تعتبر الدعوى مقامة من تاريخ قيدها بعد دفع الرسوم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسوم. 2- تعتبر الخصومة منعقدة من تاريخ تبليغ لائحة الدعوى للمدعى عليه". ويلاحظ على هذا النص أن المشرع اعتبر الدعوى مقامة من تاريخ قيدها بعد دفع الرسم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسم ولم يورد حالة أخرى وهي الدعاوى المعفاة من الرسوم كالدعاوى العمالية ودعاوى الحكومة والدعاوى التي يقيمها الصندوق الفلسطيني لتعويض ضحايا حوادث الطرق متى تعتبر مقامة، كذلك اعتبر المشرع الدعوى مقامة من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسم، فماذا لو قررت المحكمة رفض الطلب ولم يدفع المدعي الرسم، نجد المشرع اعتبرها دعوى قائمة، لذا فاني أقترح على المشرع تعديل هذا النص بحذف عبارة "بعد دفع الرسوم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسوم" لأن مسألة رسوم الدعوى وتأجيل الرسم قد نظمها قانون رسوم المحاكم النظامية رقم (1) لسنة (2003) حيث نصت المادة (3) منه على: "مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص آخر. لا تقبل أية دعوى أو طلب أو لائحة جوابية أو لائحة استئناف أو طعن في أية دعوى أو استئناف أو نقض أو أية إجراءات خاضعة للرسم ما لم يكن الرسم المقرر قد استوفي عنها مقدماً أو قد تم تأجيله بموجب أحكام هذا القانون".

في مجملها إلى خدمة العدالة واحترام حقوق الدفاع وتسهيل عملية الفصل في الدعاوى، لضمان حماية الحق الموضوعي بالقدر الذي يحقق المساواة بين الخصوم أمام القضاء، الأمر الذي يقتضي الالتزام باستخدام تلك الحقوق والضمانات الإجرائية وفق الغرض الذي شرعت لأجله، فلا يجوز استخدامها بوصفها وسيلة أو ذريعة لتعطيل الفصل في الدعوى حتى لا تكون هذه الإجراءات سبباً في تعطيل العدالة بدلاً من وصفها ضماناً لحسن سير الدعوى وتسهيل إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة وصولاً للحق الموضوعي.

وبخلاف الغاية التي شرعت الحقوق الإجرائية من أجل تحقيقها فقد شاعت أساليب المماطلة والتسويف والالتواء واستخدام الإجراءات القضائية في غير ما شرعت له، ويدفع ذلك أصحاب الحقوق في بعض الأحيان إلى الخوض في دعاوى مكلفة وغير مأمونة العواقب، وأصبح الالتجاء إلى القضاء في بعض الأحيان وسيلة غير فعالة لاقتضاء الحقوق، فقد يستغل البعض ما نص عليه القانون من ضمانات لأطراف الدعوى المدنية في الحق في المحاكمة العادلة ويستخدمها وسيلة للكيد والتضليل وتضييع وقت الخصم الآخر وجهده تحت ذريعة استخدامه حقوقه في الإدعاء أو التبليغ أو الدفع أو الطعن أو غيرها من الحقوق والضمانات الإجرائية وهو ما يرغم صاحب الحق في الكثير من الأحيان إلى التنازل عن حقه كاملاً أو جزءاً منه للغير بأقل من قيمته الحقيقية، بل أنه قد يترك حقه كاملاً بلا مقابل خشية المشقة والجهد والمال الضائع لفترة زمنية طويلة أمام القضاء بسبب الصعوبات التي تكتنف طريق الوصول إلى حقه والتي تتعدى أضرارها في بعض الأحيان المنافع التي ستعود عليه بعد أن تقضي له المحكمة بحقه.

كما أن أساليب المماطلة التي تؤدي إلى إطالة أمد الدعوى، الأمر الذي يجعل من حصول صاحب الحق على حقه بعد فوات الأوان أشد ظلماً من تركه الحق من دون مطالبة، لأن العدالة البطيئة هي نوع من الظلم، وهذا يتعارض مع غاية القضاء العادل الناجز قليل التكاليف، وبذلك أصبح من مصلحة الخصم المراوغ جر خصمه إلى الالتجاء إلى القضاء بوصفه أفضل وسيلة لتضييع حق خصمه وإفراغه من محتواه، ولأن الفرد لا يستطيع أن يقضي حقه بنفسه بل عليه الالتجاء إلى السلطة العامة ممثلة بالقضاء للمطالبة بحقه، فإن الحل الأمثل في الوصول إلى القضاء العادل العاجل يتمثل بضرورة الالتزام والتمسك بمبدأ عدم التعسف في استخدام الحق الإجرائي، ذلك أن استخدام الحق ليس مطلقاً بل مقيداً بضوابط الغرض منها ألا يلحق هذا الاستعمال ضرراً غير مألوف بالآخرين.

وكما مر سابقاً عند دراسة فكرة الحق، والنظريات التي عرفت هذه الفكرة ونتيجة للتطور الذي شهدته نظم المسؤولية في العصر الحاضر نحو الاتجاه للمفهوم الموضوعي على حساب المفهوم الشخصي، والاتجاه نحو إجازة المسؤولية عن استعمال الحقوق على أثر النجاح الذي أحرزته نظرية التعسف في استعمال الحق في الفكر القانوني، بعد أن توارت فلسفة الفكر الفردي وفكرة الحقوق

المطلقة التي لا يسأل صاحبها عن استعمالها ولو أضر هذا الاستعمال بالغير، لكي تحل محلها فلسفة الفكر الاجتماعي وفكرة نسبية الحقوق وما ترتب على ذلك من إجازة المسؤولية عن استعمال الحق عندما يكون هناك تعسف في استعماله، وقد اقتضت ضرورات التطور أن تواكب النظم الإجرائية غيرها من النظم الموضوعية، بعد أن تؤكد بوضوح دورها المستقل في حماية النظام القانوني، وبعد أن اتجهت الدراسات إلى كشف ما تتميز به من مبادئ ونظريات خاصة، لكن نظم المسؤولية الإجرائية لم تواكب هذه النهضة، ولم تتل إلا قدرًا ضئيلاً من البحث لا تتناسب مع أهميتها في حماية القواعد الإجرائية ضد عبث الخصوم، وكل ما يشكل خروجاً عليها وانتهاكاً لها، خاصة ما يتعلق منها بالحق الإجرائي والتعسف في استعماله.

ويطيب لي في هذا المقام أن أؤدّس تلك التشريعات الإجرائية المطبقة في فلسطين والتي تضمنت حقوقاً وضمانات إجرائية وصولاً للحقوق الموضوعية، وكذلك ما تضمنته هذه التشريعات من عيوب في الإجراءات أو غموض في النص أو نقص سمح للخصم استغلاله على وجه أضر بالخصم الآخر، وأن أعلق على بعض من الأحكام الصادرة عن المحاكم الفلسطينية بشتى درجاتها حول تطبيق الحقوق الإجرائية ومدى مراعاة القضاء الفلسطيني لهذه الحقوق ودوره في التصدي للتعسف في استعمال هذه الحقوق والضمانات التي انتهجها للتقليل من الضرر بالخصم الآخر، سائلاً المولى عز وجل أن يكتب لي سداد خطو وصائب تحليل، بيد أنني بهذا الخصوص أود إجماعاً أمر لا يعذب عن حق، ألا وهو قداسة نزل أحكام القضاء، فهي عنوان حق وميزان عدل، على هداها يتزن قسطاس الحقوق، وعلى كفتيها ينتصب الحق من الباطل، ومن ثم فإن إخضاع هذه الأحكام للمناقشة ينبغي أن ينبني على أصول تلك كلياتها: فلا تكون تدافعاً انطباعياً هدفه نقد النتيجة المنتهية إليها أو استصوابها بفعل قوانين التعاطف والتخاصم الإنسانية، وإنما تكون المدارس بمناقشة الفنون الفقهية التي تساند الأحكام في منتهائها، ويربط المقدمات بنتائجها، ورد الأمور إلى أصولها، وتحصيل نتائج هذا الاجتهاد جميعه لعرضه على أوضاع المنطق البشري، للنظر فيما إذا كان يوافقها أم أنه يتأبى على قبولها، ليكون للنتائج المترتبة نصيباً في الاستحقاق النهائي لهذا العمل.

وإذا كانت الدعوى هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد تقرير حق أو حمايته أو . بعبارة أعم . بقصد الوصول إلى احترام القانون.

أما الحق: فهو: "مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون".

وقد قيل وفقاً للنظرية التقليدية أن الدعوى هي ذات الحق في حالة الدفاع أو في حالة التحرك، فهو يبقى هادئاً إذا لم يتنازع فيه، وإنما ينشط إذا ما أنكر أو اعتدى عليه، فالحق يمثل حالة قانونية هادئة، والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحريك.

وقيل في النظرية الحديثة، أن الدعوى ليست هي ذات الحق الذي تحميه، ففي العهود القديمة حيث كان الشخص يزود عن حقه بنفسه يصح القول أن الحق وحمائته يختلطان معاً أو هما شيء واحد، وإنما متى أصبح الالتجاء إلى القضاء هو الوسيلة الوحيدة للذود عن الحق تكون الدعوى وصفاً قانونياً مستقلاً عن الحق الذي تحميه، وبعبارة أخرى إذا كان للشخص حق الالتجاء للقضاء للاعتراف له بحقه أو لحمايته، فهذا الحق مستقلاً عن الحق المراد الاعتراف له به، لأنه يشمل سلطة الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق واسترداده بمعاونة السلطات العامة<sup>(1)</sup>.

فالنظرية التقليدية ترى أن الدعوى هي ذات الحق الذي تحميه متحرراً إلى القضاء، فهو يبقى هادئاً إذا لم يتنازع فيه، إنما ينشط إذا ما أنكر أو اعتدى عليه.

والنظرية الحديثة ترى أن الدعوى ليست بذات الحق الذي تحميه بل هي شيء مستقل عنه وقد يوجد أحدهما دون الآخر<sup>(2)</sup>.

وأرى أن الدعوى ليست ذات الحق الذي تحميه، وهي ليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها، إنما الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق، فالحق لا يكتمل وجوده إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء إلى المحاكم للذود عنه، وبعبارة أخرى، إمكانية الإفادة من المنفعة التي يخولها القانون لصاحب الحق والتي لا تتحقق إلا إذا كان في مكنة الالتجاء إلى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته وإكراه مدينه على التسليم به، ويتفرع عن هذا أنه لا يتصور وجود دعوى دون أن تستند إلى حق، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لأن هذه الواقعة تنشأ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها. فمالك العقار مثلاً إذا اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة أو دعوى الملكية أو دعوى بتعويض الضرر الذي أصابه جراء الاعتداء على حقه في ملكيته، لأن دعوى الحيازة تحمي حق الحيازة بصفة مؤقتة إلى أن يفصل في أصل الحق موضوع الحيازة، ودعوى الملكية تحمي حق الملكية، ودعوى التعويض تستند إلى حق المالك في تعويض الضرر الذي لحقه.

وإذا كانت الدعوى وحسب ما تم تعريفها هي سلطة مخولة لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حقه أو حمايته، وإذا كان لصاحب هذا الحق مطلق الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها، فإذا استعمل صاحب الحق هذه السلطة أو الرخصة نشأت المطالبة القضائية، فالدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أم لم يستعملها، أما المطالبة القضائية فلا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه متبعاً للإجراءات الشكلية التي نصت عليها القوانين الإجرائية، فالمطالبة القضائية

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع في قانون المرافعات . الطبعة الخامسة . (1977) منشأة المعارف بالإسكندرية . ص 769 وما بعدها.

(2) المرجع السابق.

تنشأ بمجرد قيد الدعوى وهو ما يسمى في مصر إعلان صحيفة الدعوى، وهو أول إجراء من إجراءات الخصومة، التي تعني مجموعة الإجراءات التي تبدأ من وقت إقامة الدعوى إلى حين صدور الحكم في موضوعها، أو انقضائها بغير حكم في الموضوع، ويمكن تعريفها أيضاً بأنها حالة قانونية ناشئة عن مباشرة الدعوى أو عن مجرد استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء ترتب علاقة قانونية بين الخصوم<sup>(1)</sup>.

والخصومة تختلف عن الدعوى من عدة جوانب، ولعل أهم أوجه الاختلاف بينهما أن شروط قبول الدعوى تختلف عن شروط قبول الخصومة، وأن الدعوى تستند دائماً إلى حق، أما الخصومة فهي تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون بغير التفات إلى توافر حق لرفعها، وإن انقضاء الخصومة لأي سبب من الأسباب دون الفصل في موضوعها، لا يؤثر على حق رافع الدعوى إلا إذا سقط ذلك الحق بالتقادم، وهذا الانقضاء لا يمنع من تجديد المطالبة القضائية، فمن يتنازل عن خصومة لا يعتبر متنازلاً عن الحق الذي يدعيه، لأنه إنما يتنازل عن مجموعة إجراءات باشرها في سبيل الحصول على حقه، أما انقضاء الدعوى فهو يؤدي حتماً إلى زوال أصل الحق المدعى به<sup>(2)</sup>.

ولا يتصور قصر حق التقاضي على من توافرت لديهم شروط قبول الدعوى لأنه لا يمكن التحقق من توافر هذه الشروط إلا بعد عرض الدعوى على القضاء، لهذا كان الالتجاء إلى القضاء حراً، بمعنى أن كل شخص له الحق في الالتجاء إلى القضاء ليعرض عليه مزاعمه<sup>(3)</sup>، فإذا توافرت شروط قبول دعواه حكم له بمطلوبه، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط خسر دعواه، ولا يعتبر إخفاق الشخص في دعواه دليل على خطأ موجب مسؤوليته، وإنما يقضى عليه بالتعويض إذا أساء استعمال

---

(1) نصت المادة (55) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- تعتبر الدعوى مقامة من تاريخ قيدها بعد دفع الرسوم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسوم. 2- تعتبر الخصومة منعقدة من تاريخ تبليغ لائحة الدعوى للمدعى عليه".

(2) تناول قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) موضوع سقوط الخصومة وتركتها ضمن الفصل الثالث من الباب الثامن منه.

نصت أحكام المادة (135) من قانون الأصول على: "يترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط القرارات التمهيدية الصادرة فيها، ولا يسقط الحق في أصل الدعوى ولا في الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا في الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو القرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها. 2- لا يمنع الحكم بالسقوط من التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها".

(3) نصت المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني على: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. 2- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء. 3- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته".

حقه في الالتجاء إلى القضاء، إذا كان الغرض من رفع الدعوى مثلاً مجرد الإضرار بالغير<sup>(1)</sup>. كأن يوقع دائن على أموال مدينه حجوزات متعددة وهو يعلم أن حجراً واحداً يكفي لاستيفاء دينه كاملاً، أو كأن يطلب شخص شهر إفلاس تاجر بغير مسوغ.

وافترض المشرع في بعض الدعاوى توافر سوء نية رافعها إذا رفعها بغير حق، وحدد غرامة خاصة يتعين الحكم بها عليه إذا ما أخفق في دعواه، نظراً لأهمية هذه الدعاوى، كما هو الحال في مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الشراح فيما إذا كانت الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء شيئاً واحداً أم شيئين مختلفين، ونرى أنه إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه كانت الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء بالنسبة له شيئاً واحداً، أما إذا لم يكن رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه فلا يكون المدعي قد باشر دعواه وإنما يكون قد باشر مجرد حقه في الالتجاء إلى القضاء، وبعبارة أخرى كل استعمال للدعوى هو مباشرة لحق الالتجاء إلى القضاء، ولكن ليس كل التجاء إلى القضاء استعمالاً للدعوى.

وحق الالتجاء إلى القضاء . ومن باب أولى حق استعمال الدعوى . هو حق عام لا يجوز النزول عنه، ولا يعتد بهذا التنازل لأنه مخالف للنظام العام، إنما يجوز تقييد هذا الحق كأن يشترط المتعاقدين عرض ما ينشأ من نزاع في تنفيذ العقد على التحكيم (شرط التحكيم)، أو أن ينص عقد تأسيس الشركة على وجوب عرض منازعات الشركاء مع الشركة على الجمعية العمومية قبل الالتجاء إلى القضاء.

## الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى

اشترط جموع الفقهاء مجموعة شروط يتوجب توافرها لقبول الدعوى وهي أن تستند إلى حق وإلى مصلحة، وأن يكون رافعها أهلاً للتقاضي ذا صفة في رفعها، وألا يكون سبق صدور حكم في موضوعها.

<sup>(1)</sup> تقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص: "إن الالتجاء إلى القضاء لا يعتبر خطأ موجباً للتعويض إلا إذا كان صادراً عن سوء نية أو خطأ فادح يصل إلى مرتبة سوء النية". (نقض فرنسي (7) فبراير لسنة (1949)).

<sup>(2)</sup> نصت المادة (160) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "إذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى المخاصمة أو بردها، تحكم على المدعي بغرامة لا تزيد على خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً وبمصادرة الكفالة مع التعويضات إذا كان لها وجه. 2- إذا قضت المحكمة للمدعي بطلانته تحكم على المدعي عليه بالتعويضات والمصاريف وببطلان تصرفه. ويجوز لها في هذه الحالة أن تحكم في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم في موضوعها بعد سماع الخصوم".

## أولاً: شرط المصلحة:

فالمصلحة كشرط لقبول الدعوى هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلبه<sup>(1)</sup>.

والمصلحة هي مناط الدعوى، حيث تتعدم المصلحة تتعدم الدعوى، فلا دعوى ولا دفع بغير مصلحة<sup>(2)</sup>.

والواقع أنني إذا سلمت بشرط استناد الدعوى إلى حق مستحق فأكون استغنيت عن شرط المصلحة بأوصافها التي اعتاد عليها الشراح، فوجود الحق في رفع الدعوى يعد مرادفاً للمصلحة القانونية، لأن الحق مستحق الأداء هو المصلحة القائمة الحالة.

ومن الخطأ أن يقال بعدم قبول الدعوى لأن الحق الذي تستند إليه مخالف للنظام العام، وأن الصحيح أنها لا تستند إلى حق، وأن الدفع الموجه فيها هو في واقع الأمر موضوعي يتعلق بذات ما يدعيه الخصم، ومن الخطأ أن يقال أن الدفع بانتفاء المصلحة القائمة الحالة هو من الدفوع بعدم قبول الدعوى، لأنه يوجه في الواقع إلى صميم أصل الحق المدعى به، فيتمسك الخصم بإنكاره بصفة مطلقة أو يتمسك بعدم استحقاقه أو تحصيل المنازعة بصفة عامة في أمر يتعلق بطبيعته أو آثاره، والدفع الموجه في كل هذه الأحوال هو دفع موضوعي.

ولا يرد القول من أن هناك بعض دعاوى لا تستند إلى حق وأن المصلحة فيها محتملة ومع ذلك فهي تقبل، لأن الدعاوى التي ترفع بقصد إثبات وقائع للاستناد إليها في نزاع مستقبلي على سبيل المثال، ترفع بقصد حماية الدليل لحماية الحق ذاته، ودعوى قطع النزاع تقبل لأن رافعها يستند إلى حق إذ يبتغي صون سمعته ومركزه المالي واستقرار أحواله المالية، فهو مستند إلى مصلحة قائمة حالة عند إقامة الدعوى، والدعوى بطلب بطلان عقد باطل أو بطلان شرط فيه تستند إلى حق وهي دعوى مقبولة، لأن لرافعها مصلحة قائمة حالة للعمل على استقرار مركزه القانوني، ودعوى وقف الأعمال

---

(1) الدكتور أحمد مليجي . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض . الجزء

الأول . مشروع مكتبة المحامي . ص 102

(2) نصت المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع

أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليبه عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى".

الجديدة تقبل لأن الغرض المقصود منها درء التعرض قبل حصوله ويستند رافعها إلى حق ظاهر يطلب حمايته، وكذلك طلب إثبات الحالة يستند إلى ذات المصلحة المستقبلية<sup>(1)</sup>.

فالمقصود إذن من اصطلاح "المصلحة في الدعوى" هي أن من أقام الدعوى لا يفيد من الالتجاء للقضاء حتى لو سلم له بما يدعيه، أو أن الخصم لا يستفيد من الإجراء، الذي لم يضره أيضاً، فإذا استمعت المحكمة لشهادة الشهود وبنّت حكمها على غيرها، فلا مصلحة للخصم للطعن في سماع المحكمة لهؤلاء الشهود طالما أنها بنّت حكمها على بينات أخرى غيرهم، ولا مصلحة للمدعي للطعن في الحكم الذي قضى له بكامل طلباته في الدعوى، ولا مصلحة للخصم في الحكم الذي تقرر فيه رد الدعوى عنه وفقاً لطلباته.

### ثانياً: شرط أهلية التقاضي

اختلف الرأي بصدد الدفع الناشئ عن إقامة الدعوى من فاقد الأهلية، فقد قيل أنها تعتبر مقامة من غير ذي صفة، على اعتبار أن القاصر لا صفة له في الذود عن حقه، وقيل أن الخصومة يرمتها تكون باطلة، وقيل أن البطلان يلحق ذات الدعوى منذ إقامتها على اعتبار أن هذا الإجراء وحده يلحقه البطلان، وإذا تدخل الوصي أو الولي فإن الإجراء يصح.

والصحيح في الخصومة المقامة من فاقد الأهلية أنها تعد مقامة من غير ذي صفة، وأنها تعد باطلة هي ولائحة الدعوى، ويجوز التمسك بهذا البطلان في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، لأن الدعوى تدخل ضمن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فهي ليست نافعة نفعاً محضاً ليصح إقامتها من ناقص الأهلية أو فاقدها، لأن من يملك إقامة الدعوى يملك الحق في النزول عن الحق فيها أو التصالح عليها أو ترك الدعوى تركاً مبرئاً من الحق المدعى به.

وهناك العديد من الدعاوى المقامة لدى المحاكم في الضفة الغربية من قبل الوصي وبعضاً منها تم فصلها بالحكم للقاصر والبعض الآخر لا زال قيد النظر، وهنا لا بد من القول أن الوصاية لا تعطي الحق للوصي بالمخاصمة أو إقامة الدعوى، لأن الدعوى تدخل ضمن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر و ليست كما يظن البعض أنها تدخل ضمن التصرفات النافعة نفعاً محضاً، وأغلب هذه الدعاوى هي مطالبات مالية أو تعويضات عن حوادث طرق، وكان يتوجب على المحاكم أن تتحقق من أهلية من أقام الدعوى وصفته والصلاحيات المخولة للوصي، كون أن هذه الشروط جميعاً هي

<sup>(1)</sup> نصت المادة (113) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة أو إحداث تغييرات من شأنها أن تمس مركزه القانوني سواء قبل إقامة الدعوى أو أثناء نظرها أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إثبات الحالة بمعرفة مندوب المحكمة ومنع المستدعي ضده من إجراء التغييرات لحين البت في الدعوى".

شأن يهم القانون، يتصل بالنظام العام ولا يحتاج إلى دفع وإنما يتوجب على المحكمة معالجته من تلقاء نفسها.

واختلفت تشريعات الدول بين اعتبار هذا الدفع من دفع عدم القبول أم أنه من الدفع الشكلية، وما يعيننا في ذلك أن المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لم يتعرض لهذا الدفع بعينه وإنما أورد أحكاماً عامة عالجت الدفع بشكل عام ضمن الفصل الأول من الباب السادس.

وأرى أن هذا الدفع طالما أنه لا يهدف للمنازعة في الحق المدعى به ولا يناقش موضوع الدعوى وإنما يطعن في صحة إجراءات إقامتها فهو يدخل ضمن الدفع بعدم القبول، لأنه يوجه إلى سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء، أي يتعلق بالوسيلة التي يحتمى بها صاحب الحق حقه، وهي الدعوى، فيما إذا كان من الجائز استعمالها أو أن شروط هذا الاستعمال متوافرة أم لا.

فهذا الدفع يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى والحق في إقامتها، باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى لطلب حمايته، حيث ينكر به الخصم حق خصمه في رفع الدعوى دون المساس بالموضوع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: مراحل سير الدعوى

تعد الدعوى مقامة من تاريخ قيدها قلم المحكمة وقد نظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ضمن الفصل الأول من الباب الثالث قيد الدعوى وما تشتمل عليه لاثنتها، إلا أن الدعوى تمر بعدة مراحل، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل هي: مرحلة تكرار اللوائح، ومرحلة تقديم البيانات والمرافعات، ومرحلة إقفال باب المرافعة والحكم.

### المرحلة الأولى: مرحلة تكرار اللوائح

عرفت المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية الدعوى: " الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه".

وجاء في شرحها " إيضاح القيود . (في حضور القاضي) فهذا القيد احترازي من الناس الذين هم غير القاضي، لأن شرط الدعوى وقوعها في حضور القاضي، والطلب الذي يقع في غير حضور القاضي لا يعد دعوى، فلذلك لو طلب أحد من آخر حقاً في غير حضور القاضي فليس لذلك

(1) المحامي باسم محمد الزغول . الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق . الطبعة الأولى . (2000) مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع .

الشخص أن يجيب المدعي على دعواه، كذلك إذا طلب المدعي حقه في غير حضور القاضي وسكت المدعي عليه وطلب المدعي تحليفه اليمين فسكت عن ذلك أو نكل عن حلف اليمين بقوله لا أحلف، فلا يكون مقراً بالدين وبإذلاً له، كما أن الطلب المذكور لا يقطع مرور الزمن كما هو مذكور في المادة (1666) فعلى هذه الصورة قد فهم أن حضور القاضي شرط لجواز الدعوى<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ما تقدم، فلا يعتبر قيد الدعوى لدى قلم المحكمة ودفع الرسم القانوني عنها وتبليغ الخصوم موعد الجلسة لنظرها مرحلة من مراحل الدعوى، لأن ما سبق تكرار اللوائح لا وجود للدعوى من الناحية القانونية لأنها يجب أن تتم في حضور القاضي بحسب ما عرفت مجلة الأحكام العدلية.

وتكرار اللوائح يعني إفراغ لائحة الدعوى بما تضمنته من وقائع وأسباب وطلبات أمام القاضي من جانب المدعي، وإفراغ الأسباب والدفع والطلبات أمام القاضي من جانب المدعي عليه (اللائحة الجوابية).

وتكرار لائحة الدعوى لا تتم إلا في حالة حضور المدعي عليه أو من يمثله، أو بعد إجراء محاكمة المدعي عليه حضورياً اعتبارياً، ولا يسأل المدعي عليه عن الإجابة عن دعوى المدعي إلا بعد تكرارها، فإما أن يكرر المدعي عليه اللائحة الجوابية إن كان قد تقدم بها أو أن يستعمل لتقديمها، وللمحكمة منحة مدة لتقديم لائحة جوابية في الجلسة الأولى لنظر الدعوى<sup>(2)</sup> أو أن يدفع الدعوى بدفع قبل الدخول في أساسها، بتقديم طلب لرد الدعوى قبل الدخول في الأساس ويطلب من المحكمة الانتقال لرؤيته.

(1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مرجع سابق . ص(152).

(2) نصت المادة (64) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "يجوز للمحكمة أن تسمح

للمدعي عليه بتقديم لائحته الجوابية إذا حضر في أول جلسة تعقدها المحكمة للنظر في الدعوى".

ويلاحظ أن المشرع بعد أن حدد المدة القانونية التي يتوجب على المدعي عليه تقديم لائحته الجوابية وفق نص المادة (62) من ذات القانون وهي مدة (15) يوم من تاريخ تبلغه لائحة الدعوى . التي نصت على: "على المدعي عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، من أصل وصور بعدد المدعين مرفقة بالمستندات التي تؤيد دفاعه، فإن لم تكن بحوزته فعليه أن يقدم بياناً بالمستندات التي بوسعه الحصول عليها دون الإخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة" . منح المحكمة صلاحية السماح للمدعي عليه بتقديم اللائحة الجوابية في الجلسة الأولى التي تعقدها المحكمة، وأن من الخطأ الشائع لدى المحاكم أن تمنح المدعي عليه مهلاً أخرى لتقديم اللائحة الجوابية، ذلك أن نص المادة أعطى المحكمة هذه الصلاحية في الجلسة الأولى وليس بعدها.

## المرحلة الثانية: مرحلة البينات والمرافعات

بعد تكرار أطراف الدعوى اللوائح، أوجب القانون على المحكمة تكليفهما بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما<sup>(1)</sup>، وتظهر أهمية هذا الإجراء . كما سيمر معنا . من عدة جوانب أهمها: تحديد أياً من الخصمين المكلف بالبدا في تقديم البينات وهو ذات الخصم الذي يحق له تقديم البينة المفنفة<sup>(2)</sup>، إن كان المدعي أو المدعى عليه، كذلك تحديد الوقائع محل الإثبات وهي وقائع الاختلاف بين الطرفين وما يترتب على ذلك من عدم جواز إثبات وقائع خارجة عن نطاق الدعوى ونطاق اللائحة الجوابية، وحصر البينات حول وقائع الاختلاف بين طرفي الدعوى، فإذا أقام المؤجر دعوى تخلية المأجور ضد المستأجر بالاستناد إلى تخلف الأخير عن دفع بدلات الإيجار رغم إخطاره بدفعها ومضي المدة القانونية على ذلك، وإذا تضمنت إجابة المدعى عليه بموجب لائحته الجوابية إقراراً بواقعة الإيجار وتبلغه الإخطار العدلي، وإدعاءً منه بدفع بدلات الإيجار أو عرضه للأجرة ضمن مدة الإخطار، فإن واقعة الاختلاف بين الطرفين تتمثل في ادعاء المدعى عليه دفعه بدل الإيجار أو عرضه للأجرة، لأن واقعة الإيجار وتبلغ الإخطار العدلي ليست محل خلاف بين الطرفين، فإن الوقائع المنتجة التي يجب أن ينصب عليها الإثبات في هذه الحالة هي وقائع الاختلاف وهي واقعة دفع بدل الإيجار أو عرض الأجرة، وأن المكلف بإثبات هذه الوقائع هو المدعى عليه، لأن هذه الوقائع محل الاختلاف تأخذ حكم الإنكار من قبل المدعي، وهذا يتطلب من المحكمة أن تكلف المدعى عليه بالبدا في تقديم البينات، وبخلاف ذلك يعني أن المدعي سيتقدم للمحكمة ببيناته وهي عقد الإيجار والإخطار العدلي لإثبات واقعتي الإيجار والإنذار الذي تطلبه القانون وهي وقائع ليست محل خلاف بين الطرفين وبالتالي فهي بينة غير منتجة في الدعوى تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي في الدعوى.

وصحيح أن البينات هي من حق الخصوم إلا أننا نجد أن المشرع الفلسطيني لم يترك المجال أمام الخصوم لتقديم البينات بشكل مطلق وإنما ترك للمحكمة هامشاً كبيراً للتدخل فيها وهو ما يسمى بالدور الايجابي للمحكمة، فلم يعد دور المحكمة رقيباً على الخصوم، وإنما سمح المشرع للمحكمة التدخل في هذه البينات من عدة جوانب وهي حصر البينات حول الوقائع المختلف عليها بين الطرفين وتحديد أياً من الخصوم له الحق في البدا في تقديم البينات وتحديد عدة جلسات لتقديم هذه البينات

(1) نصت المادة (120) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1. تكلف المحكمة الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وبعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف في المسائل المتعلقة بالدعوى وبدون ذلك في محضر الجلسة. 2. مع مراعاة ما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة يتوجب على كل خصم حصر وتحديد بيناته التي يرغب في تقديمها حول المسائل المختلف عليها وتحدد المحكمة مواعيد الجلسات لسماع بينات كل منهما".

(2) نصت المادة (119) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " للمدعي حق البدا في الدعوى إلا إذا سلم المدعى عليه بالأمر المبينة في لائحة الدعوى وادعى أن هناك أسباباً قانونية أو وقائع إضافية تدفع دعوى المدعي، فيكون عندئذ حق البدا في الدعوى للمدعى عليه. 2- للخصم الذي بدأ في الدعوى أن يقدم بينة مفنفة".

على أن يتم فيها مراعاة الوقائع المراد إثباتها منها والمساواة بين الخصوم ووضع حد لمماطلات الخصوم<sup>(1)</sup>.

بعد ختم الخصوم بيناتهما التي استمعت لها المحكمة أو انتهاء المدد التي حددتها المحكمة لهما لتقديم تلك البيانات، عندئذ تنتقل الدعوى إلى مرحلة استماع المرافعات الختامية فيها ومن ثم حجز الدعوى للحكم فيها وهي المرحلة الثالثة من مراحل سير الدعوى.

### المرحلة الثالثة: إقفال باب المرافعة وإصدار الحكم.

نظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) في الفصل الأول من الباب الحادي عشر منه هذه المرحلة من مراحل سير الدعوى ووضع الأحكام التي بينت قواعد المداولة وكيفية تلاوة الحكم والمشتملات التي يجب أن تضمنها الأحكام.

وإقفال باب المرافعة قد يكون صريحاً أو قد يكون ضمناً، فبعد استماع المحكمة لمرافعات الخصوم، إما أن تقرر إقفال باب المرافعة وحجز الدعوى للتدقيق وإصدار الحكم، أو أن تقرر حجز الدعوى للحكم دون ذكر لإقفال باب المرافعة صراحة، وهما سيان، ذلك أن قرار المحكمة بحجز الدعوى للحكم يتضمن ضمناً إقفال باب المرافعة<sup>(2)</sup>.

واشترط القانون على الهيئة الحاكمة مصدرة الحكم تحت طائلة بطلان الحكم أن تكون ذاتها هي التي استمعت لمرافعات الخصوم، وبين أيضاً أن المداولة في إصدار الحكم يجب أن تكون سرية (سرية المداولة)، فتوقيع الكاتب على مسودة الحكم يؤدي إلى بطلانه لإفشاء سرية المداولة، وأوجب المشرع أن تتم تلاوة الحكم في جلسة علنية حتى وإن كان هناك قرار سابق من المحكمة بإجراء المحاكمة سراً، ثم بين المشرع المشتملات التي يجب أن يتضمنها الحكم ورتب على عدم توافر بعضها البطلان.

<sup>(1)</sup> نصت المادة (121) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " للمحكمة تأجيل الدعوى من وقت لآخر وفق مقتضى الحال ولا يجوز التأجيل لأكثر من مرة لذات السبب إلا إذا اقتضت المحكمة بضرورة ذلك".

<sup>(2)</sup> نصت أحكام المادة (165) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " 1- تقرر المحكمة حجز القضية للحكم بعد إقفال باب المرافعة. 2- للمحكمة النطق بالحكم فور اختتام المحاكمة أو في جلسة تالية".

## المبحث الثالث: طبيعة التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه

إذا كان تعريف الحق وفقاً للرأي المختار: " هو رابطة اقتضاء وتسلب تخول صاحبها سلطات عليه بموجب القانون، فإن هذه السلطات تقررت من أجل تحقيق مصلحة معينة هي غاية الحق، وتجد هذه الحقوق نوعين من القيود: قيوداً خارجية مادية أو قانونية إذا ما خرج عليها صاحب الحق في تصرفه، عد تصرفه دون حق أو تجاوزاً للحق، كمن يبني في غير ملكه، أو دائناً يطالب بما يزيد عن قيمة دينه، أو من يستعمل سلطات ليست مقررة له قانوناً، وهي حدود يغلب عليها أن تحدد بنصوص القانون أو الاتفاق.

كما أن ثمة حدوداً أخرى تتصل بغاية الحق، إذ أن هذه السلطة المعترف بها للإرادة مصدرها المصلحة الفردية أو الجماعية، ولا تعد هذه السلطة مشروعة إلا إذا اتفقت مع المصلحة المعترف بها، حتى ولو كانت المصلحة ليست محددة بواسطة القانون، فإذا كانت الحقوق تمثل سلطة في إتيان عمل ما، فإن هذا العمل لا يعد مشروعاً إلا إذا كان إشباعاً أو تحقيقاً لمصلحة مشروعة.

ومن أجل ذلك فإن ثمة شكلين للعمل غير المشروع: عمل ينطوي على تجاوز مدى الحق، وعمل ينطوي على الانحراف بالسلطة داخل الحدود الموضوعية وضد غايته المشروعة، وهذه الصورة الأخيرة تجد في نظرية التعسف وسيلة للرقابة على استعمالها والحد منها.

وبتفصيل حدود الحق كما سبق عند دراستنا لاستعمال الحق وإثباته في المطلب الثالث ضمن المبحث الثاني من هذا الفصل نجد أن الحقوق تنقسم بنوعين من الحدود: حدود تتصل ببيان مضمونها وتحديد مداها، وتسمى حدوداً موضوعية، وحدود أخرى تتصل بغاية الحق وتسمى حدوداً غائية، فإن هذه الحدود الأخيرة أكثر أهمية، لأنه فضلاً عن القواعد القانونية تتولى تحديد سلطات الفرد تجاه الآخر، ومن ثم قد تبدو محددة، فإن الحدود الغائية تتعدد ولا تنتهي وهو ما يزيد من أهمية وصعوبة تحديدها، رغم أنها فكرة قديمة عرفها الرومان كما مر معنا سابقاً إذ تنقسم الحقوق بغاياتها وفقاً للقاعدة الرومانية التي تقرر " أن أحكام القانون هي أن يحيا الفرد أميناً ولا يؤدي أحداً وأن يؤدي لكل حق حقه"<sup>(1)</sup>.

(1) المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء . دار الشروق . القاهرة

. (2008) . ص 92 .

وإذا كان الحق هو سلطات لا تعدو أن تكون وسائل لتحقيق غايات معينة، وأن هذه الغايات تتمثل في تحقيق المصالح، فإنه تبعاً لذلك ينبغي أن تنقيد الحقوق في استعمالاتها بتحقيق غاياتها من هذه المصالح<sup>(1)</sup>.

وليس ثمة شك فيما تثيره هذه الغاية من مشاكل عديدة إذ باعتبارها قيداً يرد على استعمال الحق، فإنه ينبغي أن تتسم بالتحديد والانضباط، وهو ما لا تؤدي إليه المعاني المتعددة للمصلحة إذ يتسع معناها ليشمل معاني كثيرة تتعدى المجال القانوني للمجالات الأخرى الاقتصادية والعلوم الإنسانية الأخرى.

وسأدرس طبيعة التعسف بتحليل لاستعمال الحق وغاياته والأساس الذي قام عليه، وكذلك طبيعة المسؤولية التقصيرية ونظرية الظروف الطارئة بالقدر الذي يحتمله موضوع هذه الرسالة وعدم الخروج عن موضوعها، علي أن أصل إلى غايتي منها لتطبيقها على التعسف الإجرائي في الدعوى. كما سيتم دراسة نظرية استعمال الحق في نطاق منظومة التشريعات المطبقة في فلسطين.

---

(1) إذا كانت الحدود الغائية تعني أن تنقيد الحقوق في استعمالاتها؛ بغاياتها، فإن ثمة رقابة تفرض على استعمال الحق في ضوء هذه الغاية، لهذا يمكن تقسيم التصرفات بالنظر إلى مشروعيتها إلى ثلاثة أقسام: الأول: تجاوز صاحب التصرف الحدود الموضوعية المحددة لحقه موضوعاً، فيعتبر ذلك عملاً غير مشروعاً، كأن يقيم المالك جزء من بيته خارج حدود أرضه وداخل حدود أرض جاره. الثاني: أن يتم تصرف صاحب الحق بحقه في الحدود الموضوعية والغائية لهذا الحق، ويحقق لصاحبه فائدة ولكنه يترتب عليه ضرر يلحق الغير، فتقوم عندها مسؤولية صاحب الحق بالاستناد إلى نظرية المخاطر أو تحمل التبعية. الثالث: أن يتم التصرف عادي في مظهره، ولكنه يمارس دون غرض نافع، مع قصد الإضرار، فيعتبر عمل غير عادي، وتقوم مسؤولية صاحبة رغم مشروعيتها من حيث المضمون والحدود. وهذه الصورة الأخيرة هي التي يتعين على صاحب الحق أن ينقيد بها بحدوده الغائية لأن الحقوق لم تشرع عبثاً، أو للإضرار بالغير، ولو كان يباشر صاحب الحق سلطاته ومكانته داخل حدود حقه الموضوعية.

## المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق ونطاق المسؤولية

تردد الفقهاء<sup>(1)</sup> طويلاً حول مدى جواز اعتبار استعمال الحق موجباً للمسؤولية، ومصدر هذا التردد أن الحقوق في نظرهم لا تعدو أن تكون امتيازات قانونية تمنح حرية التصرف، فلا يعقل أو يتصور القبول بعدم مشروعية فعل قرره القانون، فاستعمال الحق في نظرهم دائماً مشروع ولو أدى إلى الإضرار بالغير نتيجة هذا الاستعمال وإذا كان من الفقهاء من قالوا بوجود التعسف، ومنهم من انتقد بشدة هذا التعبير، وقالوا بأنه غير دقيق وغير صحيح، فقد انقسم الفقهاء فيما بينهم حول مدى استقلال التعسف بنظرية مستقلة عن الخطأ، ومنهم من قال باعتبار التعسف تجاوزاً للحق أو تصرفاً دون حق، ومنهم من قال بان التعسف هو والخطأ سواء، ومنهم من قال بأن التعسف وإن كان يمثل خطأ إلا أنه خطأ من نوع متميز أو خطأ من نوع خاص، ونجد آخرين قالوا بوجود التعسف خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، وأنها تتصل بمبادئ الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية للحقوق، وأخيراً فإن ثمة رأياً يذهب إلى استقلال التعسف خارج نطاق المسؤولية وسابقاً عليها، ويتصل بطبيعة الحقوق وغاياتها.

وإذا كان وجود التعسف مرتبطاً باستعمال الحق يدور وجوداً وعدمياً معه . وهذا ما سيمر معنا عند الحديث عن نطاق التعسف. فإن الخلاف يتجسد حول طبيعة التعسف ومدى اعتبار هذه الطبيعة متميزة ومستقلة...؟ أم أنها تنتمي إلى أي من صور المسؤولية التقصيرية...؟ أو أنها تتبع لنظرية الظروف الطارئة...؟ وللإجابة على هذه التساؤلات لا بد من دراسة الدائرة بين التصرف الذي يتفق مع استعمال الحق إن كان يندرج هذا الاستعمال داخل حدود هذه الدائرة ويبتعد عن التصرف غير المشروع، سواء إن كان يتجاوز حدود هذه الدائرة أو إساءة استعمال التصرف، عندها يمكن القول باستقلال التعسف عن مجال المسؤولية التقصيرية.

### الفرع الأول: التعسف والمسؤولية التقصيرية

#### 1. التعسف وتجاوز الحق.

ذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق لا يعدو أن يكون تجاوزاً للحق، وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، وقيل في ذلك: " إن الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف"<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء . مرجع سابق ص 97 .

.99

<sup>(2)</sup> المستشار الدكتور شوقي السيد . مرجع سابق . ص 100.

وهي أيضاً مسؤولية تقصيرية التي تترتب على الاعتراف في تنفيذ العقد أو تفسيره، إذ أنه يشترط لأن تكون المسؤولية عقدية، أن يحدث الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، أما في حالة الوفاء به، فإن المضرور إنما يشكو من ذلك الوفاء العسفي، كمن يتمسك بحقه في منع التأجير من الباطن عسفاً أو لمجرد المضايقة، أو لغير أسباب جدية ومشروعة<sup>(1)</sup>.

وإنني أرى بوجود اختلاف بين التعسف وبين مجاوزة الحق أو الخروج عنه، لأن الخروج عن الحق يتعلق بمضمون الحق، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلاً غير مشروع في ذاته، بحيث ينصرف الجزاء والتحریم إليه ذاتياً، ويتعين الامتناع عن إتيانه، في حين أن المشكلة التي يثيرها التعسف في استعمال الحق تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه، فلا ينصرف عدم المشروعية إلى الفعل التعسفي ذاته وإنما إلى غرضه المنحرف دون المساس بمضمون الحق أو السلطة الوارد عليها التعسف، فيظل صاحب الحق له القدرة على معاودة ذات التصرف ما دام يبغى غرضاً مشروعاً، وعلى ذلك فإن مضمون الحق الذي يندرج ضمن حدود الحق لا يمس، ولا يتغير بفرض رقابة على أغراض استعماله.

## 2. التعسف والخطأ:

يرى هذا الاتجاه كسابقه، أن التعسف ينبغي أن يظل داخل المسؤولية التقصيرية، ولكنه ليس تجاوزاً عن الحق بل هو والخطأ سواء. ذلك أن قوام هذا الرأي أن استعمال هذه الحقوق ينبغي أن يخضع لمبدأ واحد هو أن الشخص ينبغي أن يعمل بعناية وبطريقة يتحاشى بها الأضرار التي تصيب الغير، فإن لحق الغير ضرر فلا يهم إن كان بمناسبة استعمال الحق أو بمناسبة أخرى، وإنما يجب البحث عن توافر الخطأ التقصيري إذا ما توافر قصد الإضرار بالغير<sup>(2)</sup>.

(1) المستشار حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود . الطبعة الثانية . الهيئة المصرية العامة للكتاب . (1998) . ص 58 . 59 .

(2) المستشار الدكتور شوقي السيد . مرجع سابق . ص 104 . 105 .

وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري " فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عينياً، وليس التعويض العيني . كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور عن الجار . بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية . فان التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى . ولا نحن في حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية . كما ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك . إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالي في شأنه، فان التهديد المالي جائز في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أي التزام آخر . ويبقى التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد، فالمؤجر الذي يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسؤوليته التقصيرية ، ويكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، كذلك من تعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه، كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيها وكعقد الوكالة ... فما هو إذن المعيار الذي يصلح أخذه لنظرية التعسف في استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذي وضع للخطأ التقصيري، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورتيه كما قدمنا، =

وأرى أن هناك ثمة تفرقة بين التعسف والخطأ، فبينما يندمج التعسف في داخل نطاق المشروعية لاتصاله بالغرض والباعث، فإن الخطأ ليس إلا صورة من صور عدم المشروعية وتتصل بها اتصالاً مباشراً، كما أن التعسف سابقاً على التصرف في كل الأحوال، بينما يشكل الخطأ عنصراً داخل مضمون التصرف ذاته، وأن ما يؤكد وجود الاختلاف بينهما أن التعسف يعتمد فيها تحققه على الموازنة بين ما يعود من نفع على صاحب الحق من منفعة وما يصيب الغير من ضرر جراء استعمالها وهي حالة يتغيب فيها الخطأ تماماً بصورتيه العمدية (التعدي) أو التقصيرية (الإهمال) فيتخذ صاحب الحق كل الاحتياطات والحيلولة الواجبة، ومع ذلك يؤدي استعماله حقه إلى أضرار تصيب الغير، وتزيد على الفائدة التي تعود عليه، فأين الخطأ هنا؟!... وإذا كان هناك ثمة مسؤولية فما هو أساسها؟!... إنه ليس شيئاً آخر سوى تعسف صاحب الحق في استعمال حقه مع غيبة الخطأ، وهي الحالة التي يعتمد فيها التعسف على المعيار الموضوعي، علاوة على ذلك، فإذا كان التعسف إحدى صور الخطأ، فلماذا اطرقت واستقرت هذه الفكرة منذ القدم؟!... ولماذا رسخت في الفقه والقضاء؟!... ولماذا لا نسمي الأشياء بحقيقتها؟!...

---

= ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب أن ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي. فإذا هو انحرف . حتى لو لم يخرج عن حدود الحق . عد انحرافاً خطأ يحقق مسؤوليته. وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية في القانون المدني، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما في المادة (29) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القديمة). فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية، فإنه يكون قد أعمل القانون المدني في الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف... " (نقض مدني في (28) نوفمبر سنة (1946) مجموعة عمر (5) رقم (144) ص (259). (الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . مصادر الالتزام . المجلد الثاني . الطبعة الثالثة الجديدة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان . ص 955 . 956). وفي جانب آخر نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني على: " 1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. 2- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ - إذا توافر قصد. ب . التعدي إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر . د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة ". وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية: " إن عدم دفع الإيجار المتبقي والمستحق على المستأجر البالغ (150) فلساً فقط لا يعد سبباً للفسخ وأن المدعي تعسف في استعمال حقه في المطالبة بالفسخ بحجة عدم دفع الإيجار كاملاً، وأن الحقوق يجب أن تكون متوازنة بما يتفق ومصلحة المجتمع وأهداف القانون وغايته، فسوء النية في استعمال الحق يعد تعسفاً لأن إقامة المدعي لدعواه هذه ليست القصد منها سوى الإضرار بالغير" (تمييز حقوق رقم (83/90) في (1983/2/6). (الدكتور عدنان إبراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر . شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى / الإصدار الثالث (2008) ص (391 - 394).

### 3. التعسف نوع متميز من الخطأ:

ذهب هذا الرأي إلى القول بأن التعسف لا يعد صورة من الخطأ وإنما يعد خطأ متميزاً أو ذا طبيعة خاصة تستقل عن الخطأ العادي، إنه خطأ يرتبط أساساً بروح الحق وغايته الاجتماعية، فهو خطأ خاص، فلا يعد استعمال الحق مبرراً ومانعاً من المسؤولية إلا إذا كان يتفق مع غايته وروح القانون، وقد صنف هذا الرأي مؤدى المسؤولية عن التعسف إلى ثلاثة أنواع من التصرفات هي العمل المخالف للقانون، والعمل غير المشروع والعمل الضار<sup>(1)</sup>.

وأرى أن التعسف لا يتصل بالمسؤولية المدنية، وإنما هي مشكلة سابقة عليها، وتتصل بمبدأ عام في الحقوق سواء كان مردها الأخلاق أو مردها المبادئ الاجتماعية أو غيرها.

#### الفرع الثاني: التعسف خارج المسؤولية التقصيرية

إزاء ما أورده الفقهاء من قصور عماد المسؤولية التقصيرية على الخطأ بمعناه القانوني، أو بمعناه المتميز وهو الخطأ الاجتماعي، وما ورد من انتقادات، فقد ذهب جانب كبير من الفقهاء للبحث عن أساس للمسؤولية عن التعسف خارج نطاق المسؤولية التقصيرية وبعيداً عن فكرة الخطأ، وهم وإن انفقوا على ذلك كأصل عام إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول تحديد ماهية الطبيعة القانونية لفكرة التعسف، فالبعض يرى فيها وسيلة أخلاقية تندمج في الحقوق الشخصية، والبعض الآخر يراها وسيلة للنظر إلى الحقوق بصورة اجتماعية.

#### 1. التعسف ومبادئ النظام العام.

تستند فكرة التعسف إلى الانحراف بغاية الحق بالنظر إلى هدفه الاقتصادي والاجتماعي، فجوهر التعسف وأساسه هو البحث فيما إذا كان استعمال الحق يمثل مصلحة معينة مالية أو أدبية ينهض القانون بحمايتها، أو لا يحقق مصلحة لصاحب الحق، فمن يتعسف في استعمال حقه لا يخل بأي التزام قانوني أو تعاقدية ولا يرتكب خطأ في استعمال حقه، وإنما هي مسألة تتصل بالأخلاق عند استعمال الحقوق، لهذا فان التعسف يمثل صلة بين الحق والأخلاق، فتوجد بجانب المشروعية القانونية مشروعية أخلاقية، والتعسف في استعمال الحق يقع عند استعماله ضد الأخلاق<sup>(2)</sup>.

(1) المستشار الدكتور شوقي السيد . مرجع سابق . ص 109 . 110.

(2) المرجع السابق . ص 113 . 116.

## 2. التعسف والمبادئ الاجتماعية.

يذهب هذا الرأي إلى أن مشكلة التعسف بعيدة عن الأخلاق، ودليل ذلك أنها لم تتوقف عند قصد الإضرار، وإنما تختلف تبعاً لطبيعة كل حق، فحق الملكية يقوم التعسف فيه على معيار غيبة المصلحة، وهي إشارة إلى الاستهتار بالمصلحة الاجتماعية، وإنهاء العقد مع غيبة الأسباب المشروعة هو انحراف بالغاية الاجتماعية والاقتصادية للعقد، فاستعمال الحق ينبغي أن يندرج وفقاً لأسباب تتفق مع استقرار النظام الاجتماعي وتقدمه<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التعسف ونظرية الظروف الطارئة

مجال عمل نظرية الظروف الطارئة هو العقود الملزمة للجانبين ومستمرة التنفيذ أو ذات المدة أو الدورية<sup>(2)</sup>، وهي تفترض أن يتراخى تنفيذ العقد الذي حل أجله إلى أجل أو آجال، كعقد توريد، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كانت توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن بالحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً، وليكن الحادث خروج السلعة المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدهده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة...؟!، ولو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام...! ولو لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا يخرج عن الحد المألوف في التجارة، لما كان له أثر، فالتاجر يكسب ويخسر، وكل منهما أمر متوقع، ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً، ولكننا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف، ثم أننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه، والحكم وفقاً لهذه النظرية هو برد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق<sup>(3)</sup>.

ووجه الصلة بين مفهومي التعسف ونظرية الظروف الطارئة يقوم على ثلاثة أمور: الأمر الأول: حماية الغاية النوعية، أو المقصد الأصلي، الذي من أجله شرع العقد، والأمر الثاني: اتحاد

<sup>(1)</sup>المستشار الدكتور شوقي السيد . مرجع سابق . ص116.

<sup>(2)</sup> - الأستاذ المحامي مجدي محمود سعيد أبو حجير . نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة . الطبعة الأولى . الإصدار الأول . (2002) . الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . وسط البلد . ساحة الجامع الحسيني . ص23.

<sup>(3)</sup> الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . مصادر الالتزام . المجلد الأول . الطبعة الثالثة الجديدة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان . ص707 . 708.

النظريتين في مناط العمل والجزاء، والأمر الثالث: اتصال المفهومين بموجبات العدل وقواعد نفي الضرر مطلقاً<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: موقف التشريعات المطبقة في فلسطين من نظرية التعسف في استعمال الحق

واجهت منظومة العدالة عامة والسلطة التشريعية خاصة العديد من المعوقات والتحديات في شتى المجالات السياسية والاجتماعية والقانونية والإدارية التي حالت ما بين السلطة التشريعية<sup>(2)</sup> وقيامها بممارسة نشاطها وما يلقي على كاهلها من مهام أوكلت إليها بما يتفق والغاية منها، والتي تمثلت في الظروف السياسية والإدارية منذ زمن الدولة العثمانية مروراً بالإدارة المصرية لقطاع غزة والحكم الأردني للضفة الغربية والاحتلال الإسرائيلي لحين قيام السلطة الفلسطينية، ومن ثم قيام الدولة، وتركت هذه الحقب آثاراً على التشريع والتطبيق تمثلت في ازدواجية التنظيم القانوني الفلسطيني ما بين قطاع غزة والضفة الغربية في طبيعته ومضمونه.

ولأنه ورغم وجود الدولة لا زال ينقصنا تشريع للقانون المدني ولا زلنا نطبق أحكام مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر القانون المدني في فلسطين، لذلك سأحاول أن أستخلص من أحكامها الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق، وسأتعرض لبعض القوانين الإجرائية ومدى ملاءمتها مع النظريات السابقة.

ولأن مجلة الأحكام العدلية استنقت معظم أحكامها من الرأي الراجح في المذهب الحنفي، وبالإجمال من آراء الفقه الإسلامي، فإن البحث عن الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية يتطلب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

عرّف جانب من الفقه الإسلامي التعسف: "أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له . بعوض أو بغير عوض . أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع"<sup>(3)</sup>.

---

(1) الأستاذ المحامي مجدي أبو حجير . نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة . مرجع سابق . ص 125.  
(2) نصت المادة (118) من القانون الأساسي المعدل الصادر بتاريخ (18) مارس سنة (2003) على: " فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الأساسي المعدل تظل سارية القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون إلى أن تعدل أو تلغى وفقاً للقانون " ونصت المادة (119) منه على: " يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل".

(3) الدكتور فتحي الدريني . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . الطبعة الثالثة الجديدة . مؤسسة الرسالة ناشرون . دمشق . (2013) . ص 53.

فإذا أقام مالك ببناءً حائطاً عالياً في أرضه ضمن حدودها، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد، أو بعبارة أخرى: تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك، وهو ما يسمى بالضرر الفاحش، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه، لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعي، لكن لزم عن هذا التصرف أضراراً بينة بالجار، فتصرفه في الأصل مشروع، لأنه يستند إلى ما يمنحه حق الملكية من سلطات: التصرف المادي والشرعي (القانوني) والاستعمال والاستغلال، ومأتى التعسف هو ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره.

إن الأساس الذي استقى منه الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الحق يقوم على فكرة التعدي مباشرة أو بالتسبب<sup>(1)</sup>.

ولعل أن الفقه الإسلامي يكاد يجمع على تطبيق القاعدة العامة وهي: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"<sup>(2)</sup> هذا كأصل عام أي أن الضرر الناتج عن عمل مباح أو استعمال حق، لا يوجب التعويض ولا المنع، إلا أن المنع من استعمال الحق إذا أفضى إلى الإضرار بالغير مستثنى من هذه القاعدة، وأن أقرب القواعد الكلية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بنظرية التعسف في استعمال الحق هي قاعدة "درء المفسد أولى من جلب الصالح"<sup>(3)</sup>.

---

(1) نصت المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية على: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد" وجاء في شرحها للعلامة علي حيدر أي أنه سواء تعمد المباشر إتلاف مال الغير أو لم يتعمد يكون ضامناً والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد، وبما أن السبب ليس بالعلة المستقلة لزم أن يقتصر العمل فيه بصفة الاعتداء ليكون موجباً للضمان، فلو دخل شخص حانوت بقال فزلقت رجله فسقط على رزق عسل فشقه يضمن، ونصت المادة (93) من ذات المجلة على: "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد" وجاء في شرحها للعلامة علي حيدر ويشترط في ضمان المتسبب شيان: أن يكون متعمداً، وأن يكون متعمداً، فلو أسقى من له حق الشرب أراضييه حسب العادة فطفت المياه على أراضي جيرانه فأحدثت ضرراً فيها فليس من ضمان عليه. أما لو كان الاستقاء على خلاف العادة فبكون ضامناً.

(2) نص المادة (91) من ذات المجلة.

(3) نص المادة (30) من مجلة الأحكام العدلية وجاء في تفسيرها للعلامة علي حيدر: أي إذا تعارضت مفسدة ومصلحة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة أو أكبر منها يلحق بالآخرين فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة لأن الشرع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتناؤه بالمأمور بها، يمنع المالك من التصرف في ملكه فيما إذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً إلا أن المنفعة إذا كانت فائدتها أزيد بكثير مما يترتب على المفسدة من الأضرار فتقدم المنفعة ولا ينظر إلى المفسدة القليلة.

وقد انقسم الفقهاء<sup>(1)</sup> المعاصرين في التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله، فتارة اعتبروه تعدياً، وتارة أخرى اعتبروه يدخل في باب التعدي بطريق التسبب، وتارة أخرى اعتبروه فعل غير مشروع أصلاً، وتارة أخرى أخضعوه لنظرية العذر وما تسمى في القانون نظرية الظروف الطارئة.

وأرى بأن أحكام الشريعة الإسلامية لم تكن قاصرة عن اتساع نظرية التعسف في استعمال الحق إلا أن تفسيرات الفقهاء بإخضاعها إلى التعدي أو التسبب غير دقيق لوجود اختلاف كبير بينهما، فالتعدي هو مجاوزة الحق أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي، أي بدون حق، فالمعتدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية، أما التعسف فإن مجاله العمل المشروع في ذاته، والتعيب مأثاه من المقصد المناقض لقصد الشارع، أو النتيجة الضرورية المترتبة على استعمال الحق، بدليل أن المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بعيب قصد الإضرار، أو لم يلزم عنه نتيجة في مفسدة راجحة لزال عنه وصف التعسف، وغدا فعلة سليماً مشروعاً لا غبار عليه.

بقي أن ادرس ما تعرض إليه المشرع بموجب نص المادة (221) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) والتي نصت على: "1- لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها. 2- ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي الأجور والمرتببات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات. 3- يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد".

ما يعيننا في النص السابق، أن المشرع منح المحكمة صلاحية الحكم بالتعويضات للمستأنف عليه، إذا كان المقصود من الاستئناف الكيد، والكيد هو اسم، مصدره كاد وهو: إرادة مضرّة الغير خفية<sup>(2)</sup>، وإذا ما حاولنا تأصيل هذا النص نجد أن من الثابت أن لكل من له الحق من أطراف الدعوى أن يتقدم للطعن في الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى بطريق الاستئناف، وهو حق إجرائي منحه القانون للمتقاضين وهو ضمان من ضمانات المحاكمات العادلة، إلا أن ممارسة هذا الحق إذا تعدت الغاية منها بأن تم الاستئناف ضد قرار لا يقبل الاستئناف أو كان الهدف من تقديم الاستئناف هو إلحاق الضرر بالمستأنف عليه، بأن كان الهدف منه كسب الوقت لإطالة أمد المحاكمة وتأجيل حصول المستأنف عليه على حقه إضراراً به وهو ما عبر عنه المشرع بكلمة "الكيد" فإن ذلك يدخل ضمن نظرية التعسف في استعمال الحق، ذلك أن الطعن في الحكم بطريق الاستئناف هو حق للمتقاضين، إلا أن الغاية منه هو إلحاق الضرر بالغير، رغم أن هناك مصلحة للمستأنف تتمثل في

(1) الدكتور فتحي الدريني . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . المرجع السابق . ص 78. 79.

(2) موقع عن الانترنت . قاموس ومعجم المعاني . <http://www.almaany.com>

كسب الوقت وتأجيل تنفيذ الحكم الذي يتضمن عادة التزامات رتبها على المستأنف، وسأتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل عند الحديث عن تعسف المدعى عليه في مراحل سير الدعوى.

وفي مصر والأردن، فقد اعتبر المشرعين المصري والأردني التعسف في استعمال الحق يدخل ضمن دائرة الاستعمال غير المشروع للحق، إذا ما توافرت شروط التعسف فيه، إلا أنني أرى أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية قائمة بذاتها تعتبر استعمال الحق مشروعاً بحد ذاته وبقي هذا الاستعمال مشروعاً حتى وإن توافرت شروط التعسف فيه، طالما أن الاستعمال يدخل ضمن حدود الحق التي منحها له القانون.

ففي الأردن نصت أحكام المادة (66) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976) على: "1. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

2. ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ. إذا توفر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة."

وفي مصر<sup>(1)</sup>، فقد وضع القانون المدني ثلاثة ضوابط يقام عليه معيار التعسف في استعمال الحق، فالأولى تتوافر هذه الضوابط مجتمعة لا يكون من استعمل حقه متعسفاً في استعماله، وهذه الضوابط نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني: "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

1. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

2. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

3. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة."

(1) الدكتور محمد رأفت عثمان. بحث بعنوان: التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون. مجلة الشريعة

والقانون بالقاهرة. العدد الأول. منشور على موقع الإنترنت على الرابط

"http://elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL03903.pdf". ص7.

## الفصل الثاني:

### الآثار المترتبة على التعسف في استخدام الحق في مراحل سير الدعوى المدنية:

تمر الدعوى المدنية منذ قيدها لدى المحكمة وحتى صدور الحكم فيها واكتسابه للدرجة القطعية في سلسلة من الإجراءات، ورغم أن المشرع الفلسطيني في القوانين الناظمة للإجراءات لم يعتمد إلى تقسيمها إلى مراحل إلا أنني اجتهدت رأبي وقمت بتقسيم هذه الإجراءات إلى مراحل، وقد لامست بعضاً من التطبيقات العملية للتعسف التي واجهت المحاكم أثناء سير الدعوى، منتهياً في هذا الفصل لبيان الآثار التي تترتب على التعسف.

وإذا كان الفقه قد استقر على أن الدعوى هي وسيلة خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته، فإن استعمال هذا الحق مقيد بقيد تحقيق المصلحة التي تعود بالنفع لصاحب الحق، وأن لا تكون الغاية منها الإضرار بالغير، لذلك فقد أخضع المشرع تنظيم هذا الحق لضوابط وإجراءات من بداية مباشرتها حتى صدور الحكم فيها، وقمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين سأتناول في المبحث الأول التعسف باستخدام الحق في مراحل سير الدعوى المدنية وفي الثاني الآثار المترتبة على التعسف في استخدام الحق الإجرائي في الدعوى المدنية.

## المبحث الأول: التعسف في استخدام الحق في مراحل سير الدعوى المدنية

وقبل أن أدرس التعسف في استعمال الحق في مراحل سير الدعوى، فلا بد من وضع معايير لهذا التعسف ولا سيما وأن ممارسة الدعوى هو حق مصون بموجب القوانين، فمتى يعتبر صاحب الحق في ممارسة الدعوى متعسفاً في استعمالها...؟

وسأقسم مراحل التعسف التي يمكن استخدامها تبعاً لمراحل سير الدعوى، مروراً بالإجراءات التي تتم في كل مرحلة ومدى إمكانية التعسف فيها، مقتصرًا ذلك على الدعوى المدنية دون التعرض للدعوى التنفيذية.

### المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق: معايير ونطاق

سبق وأن درست ضمن الفصل الأول أن الحق يمنح صاحبه سلطات معينة لثبوت قيمة يكفلها له القانون، وبما أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق لا يتم إلا في مرحلة مباشرة الشخص لحقه، فلا يتصور انطباق هذه النظرية على من يترك حقه دون استعمال، ولا يمكن اعتبار كل من يستعمل حقه متعسفاً في استعماله لمجرد المغالاة في استعمال هذا الحق، أو لمجرد إلحاق الضرر بالغير جراء هذا الاستعمال، كما لا يمكن تطبيق هذه النظرية على من يخرج عن الحدود التي رسمها له القانون في استعمال حقه، لأن ذلك يدخل ضمن نظرية تجاوز استعمال الحق وهي نظرية تختلف اختلافاً جوهرياً عن نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن القدر الذي خرج فيه صاحب الحق عن الحدود التي رسمها له القانون في استعمال حقه لا يعتبر ممارسة لهذا الحق وإنما تجاوزاً لحدوده.

### الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق

إذا كان الإجماع<sup>(1)</sup> يكاد ينعقد . من حيث الموضوع . على أن الحقوق لم تعد بعد سلطاناً مطلقاً لا يسأل الشخص عن نتائج استعمالها لو أصابت الغير بالضرر، بل أصبحت سلطات مقررة تحقيقاً لمصالح معينة، فلا يجوز استعمالها دون تحقيق هذه المصالح، إلا أن الفقه قد اختلف في تحديد ماهية القيود التي تحد من استعمال الحق أي حول تحديد المعيار الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق وهذا الاختلاف ناتج عن اختلافهم في تحديد طبيعة التعسف والأساس الذي يقوم عليه.

(1) الدكتور سليمان مرقص . الفعل الضار . الطبعة الثانية . 1956 . دار النشر للجامعات . ص91.

كما سبق ودرست ذلك في الفصل الأول ضمن المبحث الثالث منه. إلا أنه يمكن الاعتماد على المعيارين التاليين كأساس لهذه النظرية<sup>(1)</sup>.

#### أولاً : المعيار الشخصي:

يتمثل هذا المعيار<sup>(2)</sup> في قصد الإضرار بالغير (نية الإضرار)، ويعد من أقدم المعايير وأكثرها انتشاراً في الشرائح المختلفة، وهذا المعيار قوامه فكرة الاقتصاد الحر وسلطان الإرادة، وهي جميعها تقوم على القصد ذاته والنية، وهو عامل لا يكاد يخلو منه أي عمل من الأعمال المشروعة وغير المشروعة، وكما يقول العميد جوسران "إن ذلك التاجر الذي يتوسع في أعماله، يعلم تماماً أن عملائه يقتطعون من عملاء أقرانه التجار، وقد يكون في ذلك إفلاس بعضهم، وليس من الميسور دائماً أن نميز بين هذه الرغبة المشروعة في النجاح والتنافس الحر، وتلك النية الخبيثة في الإضرار بالغير، ذلك أنه من المسلم أن جميع حقوقنا الخاصة تصدر عن أصل أناني ولذلك فإن نية الإضرار وحدها لا يمكن أن تمثل جميع صور التعسف، ووفقاً لهذا المعيار يكون الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير، فمعيار التعسف هنا قوامه وجود قرينة الإضرار لدى صاحب الحق حيث يكون قصد الإضرار، وهو العامل الأساسي الذي دفع صاحب الحق إلى استخدام السلطات التي يخولها له الحق، فيعتبر صاحب الحق متعسفاً ولو نتج عن هذا الاستعمال منفعة غير مقصودة (ثانوية).

والتعسف ينسب تبعاً للغرض المقصود إذا استعمل صاحب الحق حقه قاصداً الإضرار بالغير، كما يتمثل أيضاً في الوسائل التي اتبعتها صاحب الحق عند استعماله حقه، كالتاجر الذي يستخدم وسائل مخالفة للأداب أو الأخلاق في استعمال حقوقه التجارية، ووفقاً لهذا المعيار لا يلزم أن تكون نية الإضرار هي الدافع الوحيد، لأنه إذا استلزمت ذلك كان فيه القضاء على فكرة التعسف، لذلك يكفي إذا اختلطت بهذه النية دوافع أخرى أن تكون هي الدافع أو الحافز الأكبر لصاحب الحق عند مباشرة حقه، فإذا كان ثمة مصلحة قد تحققت مع نية الإضرار يمكن الأخذ بنية الإضرار إذا غلبت ورجحت على فكرة المصلحة عند مباشرة حقه<sup>(3)</sup>.

(1) الأستاذ المحامي مجيد محمود سعيد أبو حجير . نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة . مرجع سابق . ص35.

(2) المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . مرجع سابق . ص150 . 151.

(3) ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه أحكام مجلة الأحكام العدلية في المادة (1192): "كلّ يتصرف في ملكه كيف شاء ولكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال فلو كان السفل لواحد، والعلو لآخر، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو، يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرراً إلا بإذن الآخر ولا أن يهدم بناء نفسه". ونصت المادة (1197) من ذات المجلة على: "لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا أضر بغيره ضرراً فاحشاً كما يأتي تفصيله خلال هذا الفصل". (ملحق رقم 2).

ومرد هذا المعيار يعود إلى قواعد الأخلاق في استعمال الحق، إذ أن استعمال الحق لإشباع رغبة الإضرار بالغير يتجاهل القاعدة الأخلاقية في الالتزام التي ينبغي احترامها، وقد تمثل هذا المعيار في فكرة الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية، ومعياره السلوك المألوف للرجل العادي، والخطأ قد يكون إرادي أو غير إرادي منبعا للإهمال وعدم التبصر، إذ ينبغي على من يستعمل حقه أن يستعمله بحيطه ودون تعسف.

وإثبات قصد الإضرار بالغير يعد أمراً عسيراً لأننا بصدد معيار ذاتي يستند إلى أمور نفسية كامنة داخل النفس البشرية، لذلك فإن القضاء في أحكامه يستخلص هذا القصد من قرينة قضائية تتمثل في انعدام مصلحة صاحب الحق أو ثقافتها، ومن تطبيقات هذا النوع من التعسف دعاوى الإفلاس الكيدية والتنفيذ الكيدي حيث تكشف عن تعسف الدائن في استعمال السلطات التي خولها له القانون لاستيفاء حقه كدعاوى إخلاء المستأجر للعين المؤجرة في حين أن بدل الإيجار المتخلف عن دفعه يكون مبلغاً زهيداً<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: المعيار الموضوعي: ويتمثل في وجود صورتين:**

**الصورة الأولى:** عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير (انهيار التوازن بين المصالح):

لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة مشروعة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالمقارنة مع الضرر الذي يعود على الغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً، يصبح عندها الشخص متعسفاً في استعمال حقه، إذ لا بد من ترجيح مصلحة الغير على استعمال الشخص لحقه<sup>(2)</sup>.

ونضرب مثلاً بالملكية، وهي من مستلزمات الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فيتعين صونها، ومن أجل هذا منح حق الملكية للأفراد، وفرضت له حماية استعمال من كل ما يمسّه، ولكن إذا تسبب

---

<sup>(1)</sup> وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية " ... إن دعوى المؤجر بتخلية المأجور بسبب هذا النقص الزهيد استناداً إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين، تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق نظراً لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص وإخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين وخروج عن روح القانون وغايته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف إليه المشرع (تميز رقم (1978/68) مجلة نقابة المحامين س 26 . ع 12 ص (894) . سعاد بلحورابي . نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . رسالة ماجستير . جامعة مولود معمري . تيزي وزو . كلية الحقوق والعلوم السياسية . الجزائر (2014) هامش ص (68).

<sup>(2)</sup> المرجع السابق.

المالك أثناء قيامه بأعمال مصنعه في الإضرار بمزروعات جاره، بما يعوق نموها الطبيعي، فإن في ذلك إضراراً بحق الجار، وكما أن حق الملكية يصون مصالح صاحب المصنع، فإنه كذلك يصون مصالح صاحب المزرعة، وجب أن يتعادل الحقان في الحماية والرعاية، وطالما أن الأضرار التي يتسبب بها صاحب المصنع بالزراعة لم تتجاوز حداً معيناً وأن ليس فيها ما يستلزم الحد من حماية مصالح صاحب المصنع، لضالة ما يحدث من ضرر من لم يصل إلى درجة افتقار جاره، ولم يتعد أثره بطريق غير مباشر إلى المجموع، فإن التوازن بين المصالح قائم وليس ما يدعو لتدخل القضاء، ولكن إذا زاد الإلتلاف لحد الافتقار العام للمزارع الناتج عن استعمال المصنع، وأن هذا التأثير يفوق المصلحة التي يجنيها المصنع، وتعدى تأثير هذا المصنع ليطال ضرره الغير، فثمت إخلالاً بالتوازن يستدعي تدخل القضاء<sup>(1)</sup>.

ويعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه وفقاً لهذا المعيار إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها من جراء استعمال حقه قليلة الأهمية ولا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير، فهذا المعيار هو معيار موضوعي لا شخصي قوامه التفاوت بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر يعود تقديره إلى القاضي حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة، وكثيراً ما يكون هذا التفاوت قرينة على قصد الإضرار بالغير دون أن يتمخض القصد من استعمال الحق.

إلا أن المطلوب ليس تحقيق توازن تاماً ما بين المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من استعمال حقه وما بين الضرر الذي أصاب الغير نتيجة لهذا الاستعمال، فقد لا يكون الشخص متعسفاً إذا ما تساوت منفعته من استعمال حقه مع الضرر الذي أصاب الغير، أو زاد الضرر عن المنفعة بنسبة معقولة، أما إذا رجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، عد ذلك تعسفاً، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (1201) من مجلة الأحكام العدلية: " منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش. لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش. فإذا أحدث رجل بناء فسد به شباك بيت جاره وصار بحال من الظلمة لا يقدر معها على القراءة فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش، ولا يقال أن الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب. وإن كان لهذا المحل شباكان فسد أحدهما باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً".

**الصورة الثانية:** عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

الأصل أن ينقيد صاحب الحق في استعمال حقه بتحقيق مصلحة مشروعة، فلا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كان كبير، بل يجب أن تكون هذه المصلحة

(1) المستشار حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود . مرجع سابق . ص535.

مشروعة، لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكماً من أحكام القانون وتتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة.

وقد تعرض قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية للمصلحة في الدعوى بالنص على: " لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى"<sup>(1)</sup>.

وجاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية: "إن المبادئ القانونية المقررة تشترط لقبول الدعوى المدنية لدى القضاء العادي أن يكون لصاحبها مصلحة في إقامتها وأن تكون هذه المصلحة مستندة إلى حق ذاتي وحال مباشر خلافاً لدعوى الإلغاء التي تقام لدى القضاء الإداري، وعلّة ذلك أن الدعوى المدنية تهدف إلى حماية حق أو لمنع التعدي على حق فاشتراط القانون لقبولها أن تكون مصلحة رافعها مستندة إلى حق كما هو واضح من نص المادة (1613) من المجلة. إن قضاء الإلغاء هو قضاء عيني لا يقوم للدفاع عن الحقوق الشخصية بل لحماية القواعد القانونية ولهذا لا يشترط لقبول دعوى الإلغاء إن تكون مصلحة المدعي مستندة إلى حق"<sup>(2)</sup>.

وجاء في حكم لمحكمة استئناف مصر الوطنية عام (1931): " إن نظرية التعسف في استعمال الحق، تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لتقديره لظروفه الخاصة به إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرض جدي شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار".

ويتبين لنا من خلال هذا المعيار، أنه معيار مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق وفقاً لغاياتها والمصلحة المرجوة منها، وفي كل حالة على حدى، وهو معيار قاصر عن استيعاب جميع حالات التعسف خصوصاً تلك التي أتى بها الفقه الإسلامي لهذه النظرية من معايير ذاتية وموضوعية.

وفي دراستنا لكل من المعايير التي تشكل ضابطاً للقول بتوافر حالة التعسف في استعمال الحق ضمن نطاق الحق ذاته أثناء ممارسته، وابتدع القضاء الفرنسي معيار فني اسماءه " الخطأ في التنفيذ"؛ وهو معيار قريب لركن الخطأ في المسؤولية المدنية، عندما لا يتوافر أركان قيام تلك المسؤولية،

(1) نص المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001).

(2) تمييز أردني رقم (283) لسنة (1977) المنشور على الصفحة (1539) من مجلة المحامين.

وبموجب هذا المعيار تقوم المساءلة ولو كان صاحب الحق حسن النية، ويتوجب على الشخص كي يتفادى تحمل المسؤولية أن يستعمل حقه في تدبير وحرص مع اتخاذ الاحتياطات العادية، وبغير عسف فيه، وبغير مجاوزة حدوده الصحيحة، فالقانون لا يحمي إلا من توخى الوجه الصحيح في استعماله لحقه.

وواجه هذا المعيار انتقادات من قبل الفقه على اعتبار أن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى قيام المسؤولية عن الخطأ، لأن التعسف يكون ناتجاً عن اقرار المرء خطأ في استعمال حقه<sup>(1)</sup>. وبالتالي، ما الحكم عندما يكون الخطأ يسيراً؟ مما يمكن أن يأتيه رجل عادي في يقظته وتبصره.

يرى بعض الفقهاء أن ما يصدر عنه في ذلك يعتبر عسفاً، بينما يرفض فريق هذا الاتجاه ويتردد آخر بين الأمرين، والواقع أن القضاء توسع في فكرة الخطأ عند تطبيق مبادئ نظرية سوء استعمال الحقوق، حتى ليصير الخطأ فيها من نوع خاص حيث يجانب المرء جادة الاعتدال فيما يجريه أو فيما يختار من مناسبة لإجرائه، وهذا هو الخطأ في التنفيذ.

ولا يلزم تقصي النواحي النفسية لدى صاحب الحق، إذ أن لكل حق كيفية الخاص لإدارته، وأن على صاحبه في ذلك أن يتوخى المسلك السليم، أي حسبما تقتضي القواعد الفنية لاستعمال الحقوق، ثم أن للجماعة ثقة أن يتبع كل فرد في استعمال حقوقه مقاصدها الاجتماعية، ومن يخل بهذا يكون متعسفاً، وأن الاجتماع على اعتبار الخطأ الجسيم عسفاً، إذ أنه يبلغ مرتبة التدليس<sup>(2)</sup>، وأظهر ما يكون ذلك في حالات الرجوع إلى القضاء، وقد استقر القضاء الفرنسي على وجوب مساءلة من يستعمل الإجراءات القضائية بسوء طوية أو للكيد أو بخطأ جسيم مواز للغش.

والخطأ الجسيم هو " عدم إدراك وعدم توقع ما كان على أي أحد أن يدركه أو يتوقعه، وقد يقع هذا النوع من الخطأ بغير سوء نية الفاعل، ودون أن يتجه قصده إلى إحداث الضرر، الأمر الذي به يتكون الخطأ العمد، على أن العسف قد يكون في اتخاذ الإجراءات القضائية بنحو ينطوي على التهور أو يخلو من الدقة ما يدخل في عداد الخطأ اليسير"<sup>(3)</sup>.

فتقوم المسؤولية أيضاً عند وقوع الخطأ اليسير وهو الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته، فالخصم الذي يصمد فيما يتخذه من مدافعة بغير حق ولمجرد العناد في دعوى صحيحة واضحة، وكذلك من يتقدم باستئناف بغية المماطلة إنما يتعسف في استعمال هذا الحق الإجرائي في التقاضي.

(1) المستشار حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود . مرجع سابق . ص536.

(2) محكمة النقض الفرنسية في (29) أكتوبر سنة (1913)، وحكم آخر لها في يونيو سنة (1926) نقلاً عن المستشار حسين عامر . مرجع سابق . ص538.

(3) المرجع السابق . ص538..

ولما لم يكن الخطأ . وعلى الأخص فيما نحن بصدده . غير ما يعيب مسلك المرء في استعمال حقوقه، فإن مهمة القاضي تنحصر عند تعيينه في تقدير قيمة الظروف والمناسبة لاستعمال الحق على ضوء وجهة الحق التي شرع من أجلها، وبالمقاييس إلى استعمال الرجل العادي في ظروف مماثلة مع رعاية الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية في كل حالة بذاتها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: نطاق التعسف في استعمال الحق الإجرائي

إذا كانت إمكانية وقوع التعسف لا تتم إلا في حالة استعمال الشخص حقه، فإن التعسف يرد على جميع الحقوق التي يمكن استعمالها على وجه معين، سواء كانت حقوقاً عامة أو حقوقاً خاصة، فيرد على الحق في الملكية والحرية والتقاضي.

فالتعسف مبدأ عام يرد على جميع الحقوق دون قصره على حقوق دون الأخرى، فهل يمكن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في المجال الإجرائي...؟.

نصت الفقرة (3) من المادة (221) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " ... 3- يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد".

ورغم أن الطعن في الأحكام بطريق الاستئناف هو حق إجرائي كفله القانون، إلا أن المشرع قيد ممارسة هذا الحق بتحقيق غايته والغرض منه، أما إذا ما كانت الغاية من ممارسة هذا الحق مجرد الإضرار بالخصم وهذا ما عبر عنه المشرع بكلمة "الكيد" فإن ذلك يحقق المسؤولية؛ وهي ليست المسؤولية التقصيرية التي قوامها الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وإنما هي المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

كما نصت المادة (160) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " 1- إذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى المخاصمة أو بردها، تحكم على المدعي بغرامة لا تزيد على خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً وبمصادرة الكفالة مع التعويضات إذا كان لها وجه. 2- إذا قضت المحكمة للمدعي بطلباته تحكم على المدعي عليه بالتعويضات والمصاريف وببطلان تصرفه. ويجوز لها في هذه الحالة أن تحكم في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم في موضوعها بعد سماع الخصوم".

(1) المستشار حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود . مرجع سابق . ص539.

إذا كان الأصل هو عدم مسؤولية القضاة وأعضاء النيابة العامة عما يصدر عنهم من أحكام وأوامر وقرارات أثناء عملهم، لأنهم يستعملون في ذلك حقاً خوله لهم القانون، وترك لهم سلطة التقدير فيه، ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليتهم على سبيل الاستثناء إذا ما انحرفوا عن واجبات وظيفتهم وأسأوا استعمالها، فنص في المادة (153) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أحوال معينة أوردها على سبيل الحصر لمسائلهم، والهدف من ذلك هو توفير الطمأنينة لهم في عملهم، وإحاطته بسياج من الحماية يجعلهم في مأمن من كيد العابثين الذين يحاولون النيل من كرامتهم وهيبتهم برفع دعاوى كيدية لمجرد التشهير بهم.

ولم يكتف المشرع في سبيل استقلال القضاة وحياد النيابة العامة بما قرره من ضمانات تحميهم من عنت الحكام، وإنما حماهم أيضاً من كيد المتقاضين، فلم يجعل القضاة خاضعين لما يخضع له سائر الأفراد وسائر موظفي الدولة من حيث مسؤولياتهم عن عملهم، وإنما قرر لهم نظاماً هو نظام مخاصمة القضاة، وتظهر حماية المشرع للقضاة وأعضاء النيابة العامة في هذا الصدد فيما تختلف فيه دعوى المخاصمة عن سائر دعاوى المسؤولية من حيث تحديد أسباب المخاصمة، وإجراءات دعوى المخاصمة والمحكمة المختصة بها، والأثر الذي رتبته على الحكم فيها<sup>(1)</sup>.

فالقاعدة هي أن كل خطأ يرتب ضرراً يؤدي إلى مسؤولية فاعله عن التعويض، إلا أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة للقاضي والنيابة العامة في علاقتهما بالخصوم يؤدي إلى تعرضهما للكثير من الدعاوى المقامة من الخصوم، فالكثير من الخصوم من يعتقدون أنهم ضحايا لأخطاء القضاة والنيابة العامة، وأن ترك القضاة والنيابة العامة تحت تهديد دعاوى التعويض يشعروهم بعدم الاستقلال في الرأي عند إصدارهم الأحكام والقرارات وسيشغلهم بالدفاع عن أداء واجبهم، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل عملهم، على أنه لا يمكن أن يكون مؤدى هذا إعفاء القضاة وأعضاء النيابة العامة من المسؤولية المدنية إذا ما وصل خطأهم إلى درجة معينة من الجسامة لا يمكن تداركه.

وللتوفيق بين هذين الاعتبارين وضع القانون قواعد خاصة للمسؤولية المدنية للقضاة والنيابة العامة عن أعمالهم وفقاً لشروط خاصة وإجراءات معينة، وأن عدم توافر هذه الشروط، أو إتباع الإجراءات المحددة يعتبر تعسفاً من جانب الخصم يترتب عليه المسؤولية.

ورغم أن المشرع لم يحدد نوع المسؤولية التي تترتب على من يتقدم بدعوى مخاصمة القضاة أو النيابة العامة ولم يراعي الشروط والإجراءات التي نص عليها القانون، وترتب عليها رد الدعوى أو عدم

(1) الدكتور أحمد مليجي . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض . الجزء

قبولها، أن تحكم عليه المحكمة بمبلغ لا يزيد عن خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المداولة قانوناً وكذلك بالتعويضات إذا كان لها وجه حق ومصادرة الكفالة النقدية.

وأرى أن المشرع اعتبر أن من يتقدم من الخصوم بدعوى المخاصمة ضد القاضي أو عضو النيابة العامة يعتبر متعسفاً في تقديمها إذا ما قررت المحكمة رد دعواه أو عدم قبولها، وهذا هو الأساس القانوني لمسؤولية الخصم والحكم عليه بالغرامة والمصادرة والتعويض، وهذا يدل على أن نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي هي نظرية مستقلة وقائمة بذاتها وهي تختلف عن نظرية المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية، فمن يتقدم بدعوى المخاصمة ضد القاضي أو عضو النيابة العامة لم يرتكب خطأ بل مارس حقاً كفله له القانون، وهي تختلف أيضاً عن نظرية تجاوز حدود الحق، فلا يمكن وصف من يتقدم بدعوى ضد قاض أو عضو نيابة أنه تجاوز حدود حقه في تقديمها إذا ما قررت المحكمة ردها أو عدم قبولها.

#### **المطلب الثاني: التعسف باستخدام الحق من جانب المدعي:**

ذكرت فيما سبق في المبحث الثاني عند الحديث عن مرحلة تكرار اللوائح أن الدعوى وقبل تكرارها لا وجود لها من الناحية القانونية، رغم أن المادة (55) من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية رقم (2) لسنة (2001) قد اعتبرت الدعوى مقامة من تاريخ قيدها بعد دفع الرسوم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسوم.

#### **المرحلة الأولى: تعسف المدعي في مرحلة تكرار اللوائح:**

إمكانية تعسف المدعي تبدأ قبل قيد الدعوى بوقت، فقد تبدأ مرحلة التعسف في بداية استعمال هذا الحق وهي كتابة لائحة الدعوى، فيقوم المدعي بتضمين لائحة دعواه بيانات مخالفة للحقيقة رغم معرفته بالحقيقة، قاصداً إقحام خصمه في مخاصمة غير صحيحة أو الحصول على حكم مخالف للواقع، ذلك أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية قد حدد مشتملات لائحة الدعوى<sup>(1)</sup>، فإن أورد المدعي في مشتملات لائحة الدعوى مكان إقامة المدعى عليه غير مكان إقامته الحقيقي، فإن من المتعذر تبليغه بالطرق العادية ويتم تبليغه بالنشر والإلصاق والتعليق وقد لا يتحقق معه علمه اليقيني بوجود الدعوى، الأمر الذي يجعل من المدعي طرفاً حاضراً لوحده وإن في إمكانية حصوله

<sup>(1)</sup> نصت المادة (52) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) (ملحق رقم 1).

على حكم بطلابته أكثر ترجيحاً من حضور المدعى عليه الذي لم يبد أي دفع أو دفاع في الدعوى لعدم حضوره الناتج عن عدم علمه بوجود الدعوى، فإن ذلك يعد تعسفاً<sup>(1)</sup>.

وقد يرد التعسف في السبب الذي أقام المدعي دعواه بالاستناد إليه، والذي على فرض ثبوتها لا ترتب له حقاً، فاصداً بذلك إلحاق الضرر بخصمه أو الغير، كالدعوى الباطلة أو الدعوى الممنوعة أو المتناقضة، لذلك وضع المشرع معياراً لبيان المنفعة التي يهدف المدعي تحقيقها من الدعوى وهي المصلحة.<sup>(2)</sup>

ولعل أن أكثر حالات التعسف التي تمر على المحاكم وهي حالة ما إذا أقام المدعي الدعوى التي سبق وأن احتصل فيها على قرار مستعجل من القضاء المستعجل يقضي بوقف القضية التنفيذية أو منع الخصم من التصرفات المادية من حفر وبناء في العقار موضوع الدعوى أو منعه من إجراء التصرفات القانونية من بيع وصفقات عقارية، عندها يعمد المدعي إلى أساليب المماثلة قاصداً إلحاق الضرر بخصمه، كأن يقيم الدعوى على عدد كبير من الأفراد رغم أن واضع اليد على العقار شخص واحد أو شخصين، أو أن يقيم الدعوى ضد أشخاص ميتين أو مقيمين خارج البلاد أو يورد أسماء وهمية لا وجود لها في الحقيقة، الأمر الذي يدخل المحكمة في إجراءات طويلة ومرهقة لتبليغهم ويستدعي إطالة أمد التقاضي، أو أن يقيم الدعوى لدى محكمة غير مختصة بنظرها سواء من الناحية القيمية أو المكانية.

ولا بد لي من الإشارة إلى مسألة غاية في الأهمية وهي حالة إقامة المدعي للدعوى وغيابه عن الحضور في جلسة المحاكمة المحددة لنظرها، فيضع عندها المحكمة في خيارين اثنين لا ثالث لهما، فإما إعادة تبليغه وتأجيل الدعوى لجلسة لاحقة أو شطب الدعوى. التي يملك تجديدها خلال سنتين يوماً من تاريخ شطبها. وقد يتكرر ذلك لمنع المحكمة من مولات السير في إجراءات المحاكمة إضراراً بالخصم، فلم يرتب المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية جزاءً على تغيب المدعي عن الحضور بعد الجلسة الأولى لنظر الدعوى بعد تجديدها سوى شطبها مرة أخرى، والتي يملك

(1) المقرر. في قضاء هذه المحكمة. أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير (ملحق رقم 1).

(2) نصت المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى". (ملحق رقم 1 بشأن تقسيمات الدعوى).

المدعي تجديدها مرة أخرى خلال المدة القانونية وهي مدة الستين يوماً من تاريخ شطبها<sup>(1)</sup>. وهكذا يتكرر الأمر مراراً، وسيأتي دور الحديث عن هذا التعديل عند دراسة الدور العلاجي والوقائي المانع من التعسف وهو موضوع المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل.

إلا أن المشرع قد تدارك هذا الخلل التشريعي حيث استعاض عبارة (في الجلسة الأولى) بعبارة (في أي جلسة) بموجب المادة (4) من القرار بقانون رقم (16) لسنة (2014) بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) التي نصت على: "تعديل المادة (88) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: 1. إذا شطبت الدعوى ولم يقدم طلب لتجديدها خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الشطب، تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبارها كأن لم تكن. 2. إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في أي جلسة بعد التجديد، تقرر المحكمة من تلقاء نفسها تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن".

وعلى أية حال، فإن شطب الدعوى هو جزء إجرائي رتبته المشرع على المدعي المهمل المقصر عن حضور جلسة أو جلسات المحاكمة، وهو في ذات الوقت إجراء وقائي مانع من تعسف المدعي، فلو افترضنا جدلاً عدم وجود مثل هذا النص، فهذا يعني أن المدعي بالخيار من الحضور أو عدم الحضور لموالات السير في دعواه، وأن المدعي عليه يتوجب عليه في كل الأحوال الحضور والاجاز إجراء محاكمته حضورياً اعتبارياً، وبعبارة أبسط فإن افتراض عدم وجود هذا النص يترتب عليه إرهاقاً للمدعى عليه، فقد يستغل المدعي الدعوى للاحاق الضرر بالمدعى عليه، فوجود هذا النص خلق توازناً ومساواة بين المدعي والمدعى عليه، وهو إجراء مانع من تعسف المدعي فيما يتعلق بحضور جلسات المحاكمة.

أخلص من ذلك إلى أنه من المنفق عليه فقهاً وقضاً حضر استخدام القانون لمجرد الإساءة أو الحقد أو الجور أو التشفي وكل ما يدخل في إطار الدعاوى الكيدية، فالذي يرفع الدعوى لمجرد النكاية بخصمه أو لمضايقته أو إرهابه، إنما يكون قد تعسف في استعمال حق رفع الدعوى لأنه يوجه الإجراءات القانونية على غير الأغراض التي وضعت لها أصلاً، فضلاً عن أنه يشغل السلطة القضائية ويضللها ويستغلها لتحقيق مآرب شخصية.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> نصت المادة (88) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- إذا شطبت الدعوى ولم يقدم طلب لتجديدها خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الشطب اعتبرت الدعوى كأن لم تكن. 2- إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى بعد التجديد قررت المحكمة تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن".

<sup>(2)</sup> الدكتور داليا مجدي عبد الغني . المسؤولية عن اساءة استعمال حق التقاضي . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية (2016) .

أما فيما يتعلق بالطلبات التي لا حصر لها، غير أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) وقانون البينات في المواد المدنية والتجارية قد تضمناً أنواعاً من الطلبات التي يمكن للمدعي أن يتقدم بها، ونرى أن المشرع أفرغ الفصل الأول من الباب السادس من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية للطلبات والدفع ثم أورد المواد التي نظمت هذه الطلبات والدفع، وكأن المشرع اعتبر أن الطلبات يجب أن تحتوي في موضوعها دفعاً للدعوى الأصلية.

### ولا بد لي في هذا المقام أن أدرس ماهية هذه الدفع:

وفيما يتعلق بماهية الدفع؛ عرفت مجلة الأحكام العدلية الدفع بقولها: "الدفع هو أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي..."<sup>(1)</sup> هذا يعني أن الدفع هو دعوى ولكنها من جانب المدعى عليه، وتوضيح ذلك: أن المدعى عليه وبعد تبليغه لائحة الدعوى ملزم بالإجابة عنها بموجب اللائحة الجوابية<sup>(2)</sup> وهي إما أن تتضمن إقراراً بوقائع وأسباب الدعوى أو أن تتضمن إقراراً ببعض الوقائع وإنكاراً لباقي الوقائع، أو أن تتضمن إقراراً ببعض الوقائع ودفعاً لوقائع أخرى، أي ادعاءً إن صح إثباته من شأن أن يرد الدعوى أو ينتقص منها، كأن يورد المدعى عليه في لائحته الجوابية إقراراً بواقعة قيام الدين وإدعائه بالوفاء، في دعوى المطالبة بمبلغ مالي، هذا هو المقصود بالدفع الموضوعي.

إلا أن الملاحظ أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لم يقصد الدفع الموضوعية في باب الطلبات والدفع وإنما قصد أنواعاً أخرى من الدفع وهي الدفع الشكلية والدفع بعدم القبول والمتعلقة بالنظام العام والدفع الإضافية، وكذلك الدفع المتعلق بالإدخال، إلا أنه أي المشرع طبق عليها ذات إجراءات الدعوى<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> نص المادة (1631) والتي جاء في تكملة النص " ... مثلاً إذا ادعى واحد من جهة القرض كذا غروش فقال المدعى عليه كنت أديته لك أو كنت أبرأتني منه أو كنا تصالحن عنه أو ليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته منك أو كنت قد أحلتك على فلان بدين لي عليه يوازى ذلك القدر فقضيتني إياه ذلك دفعاً لدعوى المدعي، وكذا لو ادعى على آخر بأنك كنت قد كفلت ديني على فلان وقدره كذا وقال المدعى عليه أن المديون أداه لك يكون المدعى عليه قد دفع دعوى المدعي وكذا إذا ادعى عيناً في يد غيره بأنه ماله فأجاب المدعى عليه أم فلاناً كان ادعى هذا المال قبلاً فشهدت بدعواه كان ذلك دفعاً لدعوى المدعي كذلك لو ادعى ديناً على تركة لميت وأثبت دعواه بعد إنكار الوارث ثم ادعى الوارث أن المتوفى كان قد قضى هذا الدين في حياته كان ذلك دفعاً لدعوى المدعي".

<sup>(2)</sup> نصت المادة (62) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " على المدعى عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، من أصل وصور بعدد المدعين مرفقة بالمستندات التي تؤيد دفاعه، فإن لم تكن بحوزته فعليه أن يقدم بياناً بالمستندات التي بوسعه الحصول عليها دون الإخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة".

<sup>(3)</sup> نصت المادة (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " 1- تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى، وفي كل الأحوال لا تقبل الطلبات المشار إليها بعد إقفال باب المرافعة. 2- تفصل المحكمة فيما يقدم إليها من طلبات مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك".

وسياتي دور الحديث عن هذه الدفوع التي تقدم من المدعى عليه لاحقاً عند الحديث عن تعسف المدعى عليه في المطلب التالي، إلا أن ما يهمنا في هذا الموضوع هو تعسف المدعى في تقديم الطلبات التي أجاز له القانون تقديمها في مرحلة تكرار اللوائح مثل الطلبات المستعجلة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع طبق ذات الإجراءات المعمول بها أمام محكمة الدرجة الأولى على مرحلة الدرجة الثانية<sup>(1)</sup>، وهذا يعني أنني أقصد بالمدعي (أمام محكمة الدرجة الأولى) وكذلك المستأنف (أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف))، وقد يكون المستأنف هو المدعي أمام محكمة الدرجة الأولى في حال الحكم برد طلباته بموجب دعواه أو الانتقاص منها، أو يكون هو المدعى عليه في حال الحكم عليه بطلبات المدعي أو بجزء منها، لذا فإن أحكام تعسف المدعي في مراحل سير الدعوى تسري على مرحلة الاستئناف إذا كان هو المستأنف، وأحكام تعسف المدعى عليه في مراحل سير الدعوى تسري على مرحلة الاستئناف إذا كان هو المدعى عليه، ولا أرى حاجة للحديث عن التعسف من جانب المستأنف أو المستأنف عليه في مرحلة الدرجة الثانية طالما أنه يسري عليها ذات أحكام التعسف في مرحلة الدرجة الأولى كل بحسب موقعه من الاستئناف.

والفرض الثاني هو الفرض الذي يتجلى فيه التعسف، لأن هدف المستأنف (المدعى عليه في الدعوى الأساس) هو محاولته منع المحكمة من الفصل في الدعوى إذا كان قد حمل استئنافه على أسباب لا تقوى على جرح الحكم المستأنف أو النيل منه، وإنما يقصد منه الإضرار بالخصم. وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة (3) من المادة (221) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " ... 3- يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد".

هذا النص هو نص مستحدث لأول مرة بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ولم يكن موجوداً في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني رقم (42) لسنة (1952)<sup>(2)</sup>، علماً بأنه خروجاً عن القواعد العامة في المسؤولية، وهو يقتصر على رفع الاستئناف الكيدي، الذي منح محكمة الاستئناف أن تقضي بالتعويض عن الاستئناف الكيدي من تلقاء ذاتها، ويعد هذا الطلب جديداً بسببه وموضوعه ولم تمنح هذه الصلاحية لقاضي محكمة الدرجة الأولى، لأن الضرر المطلوب التعويض

---

(1) نصت المادة (224) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " تسري على الاستئناف القواعد المقررة أمام محاكم الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بحضور الخصوم وغيابهم أو بالإجراءات والأحكام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(2) نصت المادة (292) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " أولاً: يلغى العمل بالقوانين والأصول الآتية: 1- قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952 وتعديلاته المعمول به في محافظات الضفة الغربية. 2- أصول المحكمة العليا لسنة 1937. 3- أصول دعاوى العلامات التجارية في المحكمة العليا لسنة 1937. 4- أصول المحاكمات الحقوقية لسنة 1938 وتعديلاته. 5- قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 14 لسنة 1938. 6- أصول المحاكمات لدى محاكم الصلح لسنة 1940 وتعديلاته. 7- قانون صلاحية محاكم الصلح رقم 45 لسنة 1947. 8- أصول المحاكمات الحقوقية العثماني، المعمول بها في محافظات غزة. ثانياً: يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون".

عنه لم يحدث إلا بسبب الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من محكمة أول درجة، وصلاحيّة المحكمة مستمدة من نص القانون مرتبطةً بالطلب الأصلي المطروح أمام محكمة الاستئناف (الدعوى)، ففكرة الارتباط هي التي تبرر طرح هذه الطلبات لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، ولا بد أن تبني صلاحية المحكمة بالحكم بالتعويض على أساس رفع الاستئناف الكيدي، سواء كان الاستئناف أصلياً أم متقابلاً، ومقدار التعويض هو صلاحية للمحكمة دون إثبات للكيد، وأن مجرد إبداء المستأنف أسباباً للاستئناف يخفق في إثبات صحتها لا يدل بذاته على أنه قد قصد بالاستئناف الكيد، وتقدير توافر الكيد يترك لصلاحية المحكمة المطلق، وكذلك مقدار التعويض الناجم عنه، تستخلصه المحكمة من ظروف كل حالة على حدة، تأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان للمستأنف ذريعة تبرر تقديم الاستئناف، أو كانت على الأقل شبهة تسوغ مسلكه، فلا مؤاخذه عليه، وعلى المحكمة بيان الأسس التي اعتمدها في حكمها لإثبات الكيد، فإذا حكمت بالتعويض دون بيان الأسس يكون حكمها حرياً بالنقض<sup>(1)</sup>.

ورغم أنني أتفق مع ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور عثمان التكروري من أن هذا النص هو نص مستحدث لم يكن موجوداً في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الذي ألغي بموجب هذا القانون الجديد، إلا أنني لا أتفق معه من ضرورة تقديم طلب من قبل المستأنف عليه يطلب بموجبه التعويض عن الاستئناف الكيدي الذي تقدم به المستأنف ولا أتفق معه كذلك من أن المكلف بإثبات الكيد هو من يدعيه في طلبه وهو المستأنف عليه، لأن الأصل أن تقديم الاستئناف هو حق للمستأنف للطعن في الحكم بقصد إلغائه أو تعديله، حيث جاء في النص (يجوز للمحكمة أن تحكم ...) ولو أراد المشرع أن يقصر حكم المحكمة بالتعويض عن الاستئناف الكيدي على طلب الخصم لأورد ذلك ضمن هذا النص، وإنما اعتبر الحكم بالتعويض يدخل ضمن صلاحية المحكمة كلما رأت أن الاستئناف المقدم هو استئناف كيدي، وهي من تتولى تقدير قيمة التعويض، ولا يتحمل الخصم (المستأنف عليه) العبء في إثبات وجود الكيد أو مقدار الضرر الذي ألم به. وهذا النص يقترح كثيراً من النص القانوني الذي أجاز للمحكمة الحكم بالرسوم وأتعاب المحاماة<sup>(2)</sup>، لأن تقدير وجود الكيد يعود للمحكمة التي تستدل عليه من خلال ظروف الدعوى وأسباب الاستئناف والقرار أو الحكم المستأنف ووجاهة أسباب الاستئناف وليس لتقدير الخصوم، وصلاحية المحكمة في الحكم بالتعويض عن الاستئناف الكيدي

(1) القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . (2009) . ص 704 . 705 .

(2) نصت المادة (186) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " 1- تحكم المحكمة للمحكوم له بمصاريف الدعوى ورسومها وأتعاب المحاماة عند إصدارها الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها. 2- للمحكمة أن تحكم أثناء المحاكمة برسوم ومصاريف أي طلب أو إجراء مرتبط بالدعوى دون أن يؤثر ذلك على القرار الصادر فيها بشأن الرسوم والمصاريف. 3- تسري هذه الأحكام على رسوم ومصاريف الدعوى المتقابلة والطلبات المنفوعة عن الدعوى".

يتفق مع توجه الفقه الحديث الذي أخذ به المشرع في منح القاضي دوراً إيجابياً في الدعوى، فلم تعد الدعوى تخص طرفيها وإنما تخص المحكمة أيضاً، فالقاضي طرف في الخصومة يمارس دوره في تنظيمها ووضع الحدود لمماطلات الخصوم وصولاً للعدالة الناجزة السريعة.

وكذلك فإنني أخالف ما ذهب إليه رأي أستاذنا الدكتور التكروري من أن مرد هذا النص هو القواعد العامة في المسؤولية، لأن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية تتطلب توافر أركان قيامها . الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . ولا يمكن وصف من مارس حقه في التقدم بالاستئناف للطعن في الحكم الصادر بحقه بأنه ارتكب خطأ، حتى وإن كان يقصد من خلال هذا الإجراء إلحاق الضرر بالغير أو الكيد، وأرى بأن هذا النص لا يمكن تفسيره بعيداً عن نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي التي هي نظرية قائمة بذاتها قوامها الموازنة بين استعمال السلطات التي خولها القانون لصاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة لذلك.

والأمثلة كثيرة على تعسف المستأنف بتقديم استئنافه، فقد يتقدم المستأنف (المدعى عليه في الدعوى الأساس) باستئناف على قرار لا يقبل الاستئناف، كالقرارات التمهيدية التي لا تفصل موضوع النزاع أو القرارات التي لا تقبل الاستئناف استقلالاً وقد يتقدم بالاستئناف للطعن بقرارات صادرة في طلبات منفرعة عن الدعوى الأساس، كاستئناف القرار الصادر في طلب رد الدعوى قبل الدخول في الأساس لعدة أسباب لعدم الخصومة أو انتفاء المصلحة أو غيرها من الدفوع قاصداً بذلك الإضرار بخصمه.

### المرحلة الثانية: تعسف المدعي في مرحلة البينات حتى المرافعة:

بعد انتهاء طرفي الدعوى من تكرار اللوائح فإن الدعوى تدخل ضمن مرحلة تالية لهذا التكرار، ألا وهي مرحلة تقديم البينات ومن ثم استماع المرافعات، وقد نظم قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) أنواع البينات والأحكام المتعلقة بتقديمها، ولم يترك للخصوم الحرية الكاملة في تقديم ما شاءوا من بينات، فلم تعد قاعدة "البيانات من حق الخصوم" على إطلاقها، وإنما وضع القانون تنظيمياً لتقديم هذه البينات، قيد فيه المتقاضين ومنح المحكمة دوراً إيجابياً للتدخل فيها، ذلك أن القانون أوجب على الأطراف بعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، وجعل البينة المقبولة هي تلك التي تنصب على وقائع الاختلاف بين طرفي الدعوى والمنتجة في الدعوى، ومنح المحكمة صلاحية تحديد مواعيد الجلسات لسماع بينات الخصوم وتقدير عدد هذه الجلسات التي يحتاجها كل طرف<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> نصت المادة (120) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- تكلف المحكمة الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وبعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف في المسائل المتعلقة بالدعوى ويدون ذلك في محضر الجلسة. 2- مع مراعاة ما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة يتوجب على كل خصم حصر وتحديد بيناته التي يرغب في تقديمها حول المسائل المختلف عليها وتحدد المحكمة مواعيد الجلسات لسماع بينات كل منهما". =

وهذا لا يعني أن قواعد عبء الإثبات المتعلقة بالنظام العام، فيجوز للخصوم أن يتفقوا مقدماً على مخالفة قواعد عبء الإثبات ويجوز للمحكمة أن تحمل عبء الإثبات لمن يتطوع من الخصوم بتحملة خلافاً للقواعد المقررة لذلك<sup>(1)</sup>.

كذلك نجد أن المشرع ألزم المدعي أن يرفق مع لائحة الدعوى صوراً عن المستندات التي يستند إليها تأييداً لدعواه أو أن يرفق بياناً بها<sup>(2)</sup>، وهذا يعني عدم جواز إهمال المحكمة لوكيل المدعي عليه لمراجعة موكله حولها أو إيداء دفعه حولها، طالما أن المدعي عليه قد تبلغها، وفي ذلك تقليل من فرص المماطلة لإطالة أمد الدعوى، وكذلك جعل تأجيل الدعوى من وقت لآخر من صلاحية المحكمة وفق مقتضى الحال ومنع التأجيل لأكثر من مرة لذات السبب إلا إذا اقتضت المحكمة بضرورة ذلك<sup>(3)</sup>. وقد يرد تعسف المدعي في تسمية الشهود الذين يرغب في سماعهم لإثبات الوقائع التي يرغب في إثباتها، فقد يلجأ المدعي إلى تسمية عدد كبير من الشهود للاستشهاد بهم على الوقائع المراد إثباتها من خلالهم، وقد يورد عدد كبير منهم لإثبات ذات الواقعة، كذلك قد يعتمد المدعي على تسمية شهود غير موجودين في الحقيقية، أو متوفين أو أنهم يقيمون خارج البلاد لإطالة أمد الدعوى إضراراً بخصمه.

وقد يسئ المدعي استخدام حق طلب الاستمهال لتقديم البينة ليس بشخصه، ولكن عن طريق وكيله الذي يتعسف في استعمال حقه كوكيل في مواجهة خصم موكله، خاصة إن كان الوكيل من المحامين، لأنه أعلم بثغرات النظام، فقد يتلاعب بقصد الكيد والمماطلة<sup>(4)</sup>، وقد يدعي المدعي عجزه عن إحضار الشهود بنفسه أو رفضهم الحضور طواعية للإدلاء بشهادتهم ويطلب من المحكمة إحضارهم عن طريقها<sup>(5)</sup>، وقد يستغرق هذا الأمر عدة جلسات، بدواع عديدة قد يكون منها عدم تبلغ

---

=ونصت المادة (3) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) على: "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها".

(1) المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز . التعليق على قانون الإثبات . الطبعة الثالثة . 1983 . ص 4.

(2) نصت المادة (53) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " يرفق المدعي عند إيداع لائحة الدعوى قلم المحكمة نسخاً عنها بقدر عدد المدعى عليهم وصوراً عن المستندات التي يستند إليها تأييداً لدعواه مصدقة منه بما يفيد مطابقتها للأصل، فإذا لم تكن بحوزته فعليه أن يرفق بياناً بها دون إخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة " .

(3) نصت المادة (121) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " للمحكمة تأجيل الدعوى من وقت لآخر وفق مقتضى الحال ولا يجوز التأجيل لأكثر من مرة لذات السبب إلا إذا اقتضت المحكمة بضرورة ذلك" .

(4) الدكتور عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب . التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية . دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية . رسالة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية . جامعة نايف العربية لعلوم الأمنية . الرياض . 2010 . ص 114 .

(5) نصت المادة (72) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) على: "1- للخصوم بعد إقامة الدعوى استدعاء أي شخص أهلاً لأداء الشهادة ليدلي بها أمام المحكمة . 2- فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب تبليغ الشاهد قبل الموعد المحدد لأداء الشهادة بثمان وأربعين ساعة على الأقل . 3- على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن =

الشاهد ورقة الدعوى . لعدم وضوح العنوان، أو خطأ في اسمه أو لعدم تمكن المحضر من الوصول إليه لإقامته في مناطق خاضعة ضمن مناطق السيطرة الأمنية الإسرائيلية أو قريبة من المستوطنات أو النقاط العسكرية . وقد يكون بسبب رفض الشاهد الحضور وإلى غير ذلك من الأسباب.

ومن الملاحظ أن مشرعنا الفلسطيني لم يحدد المدة التي يتوجب على المحكمة تحديدها لتعين موعد الجلسة الأولى لنظر الدعوى وتبليغ الأطراف، ولم يحدد كذلك المدد التي تمنحها المحكمة للأطراف إذا ما رأت تأجيل الدعوى لسماع البيئات ولم يضع أمداً تنتهي به المحاكمة بإصدار الحكم أو سقفاً زمنياً لنهاية الدعوى بخلاف قانون المرافعات المصري<sup>(1)</sup>.

وليت أن مشرعنا الفلسطيني وضع مواعيداً لباقي الإجراءات التي تسير عليها الدعوى كما فعل في تقديم اللاتحة الجوابية مدة ال (15) يوم وصولاً إلى موعد لإصدار الحكم يحسب من تاريخ تقديم الدعوى.

وقد يرد التعسف من قبل المدعي في استعمال حقه في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، ورغم أن المشرع منح المحكمة صلاحية منع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها، إلا أن المشرع لم يورد الحالات التي يمكن اعتبار المدعي متعسفاً في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، ولم يورد كذلك معياراً أو قاعدة معينة يمكن الاعتماد عليها لاعتبار المدعي متعسفاً في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، إلا أن القضاء قد استقر على اعتبار المدعي متعسفاً في توجيه اليمين الحاسمة إذا ما كان من وجهت إليه اليمين الحاسمة يقيم خارج البلاد.

ويثور التساؤل عن حكم توجيه اليمين الحاسمة من قبل وكيل المدعى عليه المقيم خارج البلاد إلى المدعي والذي قام بدوره بردها إلى خصمه ... ؟

قد يبدو أن الإجابة على هذا التساؤل سهلة وهي: أنه طالما أن الغاية من اعتبار توجيه اليمين الحاسمة للغائب تعسفاً تتمثل في عدم مقدرته للحضور لحلفيها، فإن هذه الغاية منقضية بالنسبة للمقيم

---

=يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو بيديها شفاهاة في الجلسة". ونصت المادة (79) من ذات القانون على: "يجب أن يتضمن القرار القاضي بسماع الشهود: 1- تعيين الوقائع المراد إثباتها. 2- دعوة الشهود المعينين من طالب التحقيق وتحديد موعد الجلسة التي سيسمعون فيها، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه التحقيق". ونصت المادة (81) من ذات القانون على: "يجب أن تتضمن دعوى الشاهد: 1- تعيين المحكمة التي يؤدي أمامها الشهادة ومكان الحضور ويومه وساعته. 2- ماهية الدعوى التي تطلب فيها الشهادة وأسماء الخصوم فيها ومن طلب الاستماع إلى شهادته. 3- التنبيه إلى العقوبة التي يتعرض لها الشاهد المتخلف عن الحضور".

<sup>(4)</sup> نصت المادة (66) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على: "ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة على التوالي وميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى البحرية ويكن نقص المواعيد في الأحوال المتقدمة بإذن من قاضي الأمور الوقفية وتعلن صورته للخصم مع صحيفة الدعوى".

ضمن اختصاص المحكمة، الأمر الذي يجعل من رد اليمين الحاسمة تعسفاً من جانب من طلب ردها للمقيم خارج البلاد، إلا أن الدارس لهذه المسألة بعمق أكثر يجد أنها ليست بهذه البساطة طالما أن من المبادئ المستقر عليها في قواعد الإثبات المساواة بين الخصوم في تقديم البينة ونفيها بذات الطريقة كما نص على ذلك في باب شهادة الشهود في قانون البينات<sup>(1)</sup>، وتطبيقاً لهذا المبدأ فلا يجوز أن يمنح المدعى عليه المقيم خارج البلاد حقاً في الإثبات وهو توجيه اليمين الحاسمة لخصمه ويمنع من هذا الحق المدعى.

وأرى أن يمنح المدعى المقيم خارج البلاد من توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه إذا ما أبدى المدعى عليه رغبة في ردها لا أن يمنح المدعى عليه من رد اليمين لتحقيق المساواة بينهما في الإثبات بذات الطريقة.

وقد أظهرت الحياة العملية حالات من التعسف التي قد يلجأ إليها المدعى في التقدم بالطلبات التي من شأن الفصل فيها الانتقال لرؤيتها ووقف السير في الدعوى.

فقد أجاز القانون<sup>(2)</sup> للمدعى التقدم بطلبات لإدخال الغير في الدعوى، والمقصود من اختصاص الغير أو إدخاله في الخصومة: هو تكليف شخص من الغير خارج عن الخصومة بالدعوى فيها، ومن ثم يصبح خصماً فيها أو ماثلاً فيها على الأقل، بناءً على طلب أحد الخصوم الأصليين، وهو يعد إجباراً لهذا الغير على الدخول في خصومة قائمة ويشكل اعتداءً على حريته في اختيار الوقت الملائم الذي يلجأ فيه إلى القضاء حسبما تمليه عليه مصالحه وقد اشترط القانون أن يتم تقديم الطلب قبل إقفال باب المرافعة<sup>(3)</sup>.

فقد يستغل المدعى مثل هذا النوع من الطلبات قاصداً بذلك إلحاق الضرر بخصمه، لا سيما إذا ما كان المدعى قد احتصل على قرار مستعجل من القضاء المستعجل يقضي بوقف أعمال البناء في عقار إذا ما كانت الدعوى موضوعها إثبات ملكية ومنع معارضة، وكانت بيناته أو موقفه من الدعوى ضعيف لا يحتمل معه تمكينه من الحصول على حكم في الموضوع، فيلجأ عندها المدعى إلى تقديم

(1) نصت المادة (73) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) على: "الإن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق".

(2) نصت المادة (96) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- يجوز للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند إقامتها. 2- يجوز لمن له مصلحة في دعوى قائمة بين طرفين أن يطلب تدخله فيها بوصفه شخصاً ثالثاً منضماً أو مخصصاً فإذا اقتضت المحكمة بصحة طلبه تقرر قبوله. 3- يكون القرار الصادر بعدم قبول أو رفض التدخل قابلاً للاستئناف" ونصت المادة (83) من ذات القانون على: "كل طلب يتعلق بإدخال مدع أو مدعى عليه أو بإخراجه من الدعوى يجوز أن يقدم في أي وقت قبل إقفال باب المرافعة".

(3) الدكتور أحمد مليجي . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات . الجزء الثالث . مرجع سابق . ص9، كذلك القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . مرجع سابق . ص415 . 419.

طلب لإدخال الغير في الدعوى وقد يعمد المدعي إلى تقديم طلب لإدخال الغير ويكون عددهم كبير ومنهم من يقيم خارج البلاد وبعضهم يكون قد انتقل إلى رحمة الله والبعض الآخر أسماء وهمية، طالباً من المحكمة الانتقال إلى رؤيته، فإذا ما انتقلت المحكمة لرؤية الطلب عندها وجب عليها أن تقرر وقف السير في الدعوى، فتتاح له فرصة تقديم البيانات على الطلب، ومن ثم إصدار قرار فيه بإدخال الغير أو رده، ويكون القرار قابلاً للاستئناف استقلاً، الأمر الذي من شأنه إطالة أمد التقاضي وتشتيت أوراق الدعوى وإقحام الغير في خصومات متعددة.

وقد أجاز القانون للمدعي أن يتقدم بالطلبات العارضة<sup>(1)</sup>، أو الإضافية دون الحاجة إلى الإذن من المحكمة ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى لمواجهة ظروف طرأت أثناء نظر الدعوى ما يكون مرتبطاً في الطلب الأصلي بموجب الدعوى<sup>(2)</sup>، ومثال ذلك أن يتقدم المدعي في دعوى منع المطالبة بقيمة كمبيالة مطروحة لدى دائرة التنفيذ، بطلب تعديل طلبه في الدعوى الأساس الذي تضمن منع مطالبة المدعي عليه بقيمة الكمبيالة، في حين أن المدعي وأثناء نظر الدعوى قام بدفع قيمتها تلاشياً لصدور أمر حبس بحقه لدى دائرة التنفيذ، عندها أجاز له القانون أن يتقدم بطلب عارض موضوعه تعديل طلبه في الدعوى ليصبح استرداد ما قام بدفعه، وذلك لمواجهة الظرف الذي حصل أثناء سير الدعوى وهو دفع قيمة الكمبيالة.

وقد يستغل المدعي تقديم مثل هذا الطلب أو طلب إجراء المقاصة، وذلك لغايات إطالة أمد الدعوى.

### المرحلة الثالثة: تعسف المدعي في مرحلة الحكم:

أورد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) نصوصاً ضمن الباب الحادي عشر تحت عنوان الأحكام والمصاريف ضمن فصلين الأول عنوانه: المداولة وإصدار الأحكام والنطق بها، والفصل الثاني تحت عنوان: المصاريف والرسوم، بيّنت هذه النصوص القواعد التي تنظم صدور الأحكام ومشتملاتها، إلا أن هذه النصوص قد خلت من نص يبين المرحلة التي تكون فيها الدعوى مهياً للحكم في موضوعها، في حين أن المشرع أورد نصاً ضمن الفصل الثاني تحت عنوان: انقطاع السير في الدعوى من الباب التاسع بموجب نص المادة (129) حيث نصت على أن المرحلة

<sup>(1)</sup> نصت المادة (97) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة: 1- ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو تعديل موضوعها لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد إقامتها. 2- ما يكون مكملاً لائحة الدعوى أو مترتباً عليها أو متصلاً بها اتصالاً لا يقبل التجزئة. 3- طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقفي. 4- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى".

<sup>(2)</sup> الدكتور محمود الكيلاني . شرح قانون أصول المحاكمات المدنية . جامعة عمان الأهلية . الطبعة الثانية . عمان . الأردن (2006) ص 276. 277.

التي تكون فيها الدعوى قد هيأت للحكم إذا كانت المحكمة قد استمعت إلى طلبات الخصوم ومرافعاتهم الختامية قبل الوفاة أو فقدان أهلية الخصوم أو زوال الصفة<sup>(1)</sup>.

وأن ما أورده المشرع ضمن الفقرة (1) من المادة (165) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من حجز الدعوى للحكم بعد إقفال باب المرافعة يغني عن النص صراحة على استماع طلبات الخصوم ومرافعاتهم، لأن إقفال باب المرافعة يمكن أن يكون صريحاً بقرار من المحكمة بقولها: "تقرر المحكمة إقفال باب المرافعة" أو قد يكون قراراً ضمناً بعد الاستماع للمرافعات النهائية بقولها "تقرر المحكمة وللتدقيق وإصدار الحكم".

ولعل أن القارئ للوهلة الأولى لهذه المرحلة التي تكون قد وصلت إليها الدعوى وهي مرحلة حجزها للحكم، يعتبرها شأنًا يتعلق بالمحكمة، وأن لا دور للخصوم فيها، وأنه لا يتصور فيها التعسف من جانبها، إلا أنني سأورد الثغرات القانونية التي يمكن للمدعي أن يستغلها والتي يمكن وصفها بالتعسف إذا ما كانت غايته منها الإضرار بالخصم، والتي تعرض إليها القضاء.

أجازت المادة (166) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن تقرر فتح باب المرافعة لأسباب جدية وضرورية للفصل في الدعوى، فقد يلجأ المدعي ويجلسه النطق في الحكم إلى الطلب من المحكمة فتح باب المرافعة مبدئياً للأسباب لذلك، وقد لا يكون في مستطاع المحكمة أن ترد على هذه الأسباب في ذات الجلسة فتعتمد إلى تأجيل الدعوى لجلسة قادمة لدراسة هذه الأسباب، فيكون ذلك مسوغاً له لتقديم بعض الطلبات التي من شأن الانتقال لنظرها تعطيل الفصل في الدعوى، أو التقدم بالاستئناف منعاً للمحكمة من إصدار الحكم.

كذلك لم يورد المشرع نصاً يجيز للمحكمة إصدار الحكم في مواجهة المدعي إذا ما تغيب عن جلسة النطق فيه.

ولا خلاف حول هذه المسألة في صلاحية المحكمة بشطب الدعوى عملاً بأحكام الفقرة (3) من المادة (85) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية<sup>(2)</sup>، إلا أن الخلاف يثور حول مدى إمكانية تلاوة الحكم في ظل غياب المدعي وهل يمكن إعمال أحكام المادة (129) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية أو القياس عليها...؟

<sup>(1)</sup> نصت المادة (129) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "تعتبر الدعوى مهياً للحكم في موضوعها متى كان الخصوم قد أبدوا مرافعاتهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل الوفاة، أو فقدان أهلية الخصومة أو زوال الصفة".

<sup>(2)</sup> نصت الفقرة (1) من المادة (85) على: "3. إذا حضر المدعي عليه ولم يحضر المدعي يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدعي عليه تأجيل الدعوى أو شطبها...".

رغم أن المشرع ووفق صريح أحكام المادة (129) المشار إليها قد اعتبر الدعوى مهياً للحكم في موضوعها، إذا كان الخصوم قد أبدوا مرافعاتهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة، إلا أن هذا النص جاء نصاً خاصاً لحالات أوردتها المشرع حصراً وهي حالة وفاة أحد الخصوم، أو فقدانه أهلية الخصومة أو زوال الصفة.

وأرى أن هذا النص لا يمكن القياس عليه في حالة غياب المدعي عن جلسة النطق بالحكم، لأن هذا النص ورد في الفصل الثاني المتعلق بانقطاع السير في الدعوى وهو ضمن الباب الثامن وموضوعه عوارض الخصومة، وكأن المشرع أراد أن يورد استثناءً على حالات انقطاع السير في الدعوى وهو ما تضمنته أحكام المادة (129) من ذات القانون، بعدم الحكم بانقطاع الخصومة في حالة أن الدعوى كانت مهياً للفصل في موضوعها والنطق بالحكم، وأن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.

والسبب الثاني الذي يدل على عدم جواز القياس على أحكام المادة (129) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على حالة غياب المدعي عن جلسة النطق بالحكم، هو ميعاد سريان مدة الطعن في الحكم في مواجهة المدعي، وهل يمكن القياس مرة أخرى على أحكام المادة (193) من قانون الأصول التي تحدثت عن حالة غياب المدعي عن جلسة النطق بالحكم، وهل يحتاج المدعي إلى تبليغ خلاصة الحكم أم أنه يعتبر متبلاً للحكم كونه كان حاضراً لجلسات المحاكمة من السابق وأن الحكم يسري في مواجهته حضورياً<sup>(1)</sup> ... ؟

وأرى بأن خيار المحكمة في تلاوة الحكم في غياب المدعي غير وارد ومخالف لأحكام القانون التي لا يقاس عليها، وأن خيار المحكمة يبقى بتأجيل الدعوى وإعادة تبليغه موعد الجلسة القادمة أو شطبها.

كذلك قد يبدو تعسف المدعي جلياً في حال غيابه عن جلسة النطق بالحكم إذا ما تبدلت الهيئة الحاكمة التي لم تكن قد استمعت إلى المرافعات الختامية للخصوم.

فقد اشترط المشرع على الهيئة الحاكمة التي تتولى إصدار الحكم أن تكون ذاتها هي التي قد استمعت للمرافعات الختامية للخصوم<sup>(2)</sup>، وأن تغيب المدعي يضع المحكمة في ذات الخيارين السابقين دون أن تتمكن المحكمة من تلاوة حكمها.

<sup>(1)</sup> نصت المادة (193) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " 1. يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من اليوم التالي لتاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. 2. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه الذي تخلف عن حضور جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم لائحة جوابية أو مذكرة بدفاعه، وكذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب ."

<sup>(2)</sup> نصت المادة (170) من ذات القانون على: " إذا حجزت القضية للحكم وتبدلت هيئة المحكمة، تقوم الهيئة الجديدة بسماع المرافعات الختامية للخصوم ثم تصدر حكمها ."

وقد يقول قائل أن القانون قد عاقب المدعي المتخلف عن الحضور بشطب دعواه وأنه نال عقابه من ذلك ولا سيما وأنه لم يتقدم للمحكمة بطلب تجديد للدعوى خلال المدة القانونية، إلا أنني أرى أن جزاء شطب الدعوى في هذه المرحلة التي وصلت إليها غير كافٍ، لأن غياب المدعي إنما يؤدي إلى نتيجة واحدة وهي ترك دعواه ولكنه تركاً من نوع خاص دون أن يكون للخصم الحق في الاعتراض على هذا الترك ودون أن يتحمل أية رسوم أو أتعاب محاماة.

ولا أدل على ذلك أن يكون المدعي قد استشعر من خلال إجراءات سير الدعوى أنه قد يخسر دعواه، كقيام المحكمة بإصدار قرار برفض تعيين خبير لتقدير قيمة الأضرار التي لحقت بالمدعي في دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار رغم عدم وجود بينة عليها، فهذا القرار هو قرار قرينة ينبئ بنتيجة الحكم، فيعتمد على الغياب لتلاشي صدور حكم بحقه وتحمله الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، علاوة على التعسف في حق المدعي عليه المتمسك بإصدار الحكم لتبرئة ذمته من الدين، لأن قرار شطب الدعوى لا يكتسب قوة الأمر المقضي به في مواجهة الخصوم لأنه ليس فصلاً في الموضوع، ويجعل للمدعي الحق في إعادة المطالبة، لتبقى سيفاً مسلطاً على رقبة المدعي عليه، علاوة على أن المدعي قد يكون هو المستأنف في مرحلة الطعن في الحكم بطريق الاستئناف ويكون هو المحكوم عليه في الدعوى بموجب الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، وأن تعمد غيابه عن جلسة إصدار الحكم في حال تبدل الهيئة الحاكمة أن تقرر إما شطب استئنافه دون أن يكون لها الحق في إصدار الحكم.

### المطلب الثالث: التعسف في استخدام الحق من جانب المدعي عليه

لم يورد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية تعريفاً للمدعي عليه، إلا أن مجلة الأحكام العدلية وفي معرض تعريفها للدعوى ذكرت بأنها: "طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه"<sup>(1)</sup>، هذا يعني أن المدعي عليه هو المطلوب منه الحق، لذلك فقد أوجب القانون عليه تقديم لائحة جوابية رداً على لائحة الدعوى تتضمن تحديد موقفه من كل واقعة أوردها المدعي لائحة دعواه.

والحقيقة أن للائحة الجوابية المقدمة من قبل المدعي عليه أهمية بالغة في مسار الدعوى، وتحديد نطاق الخصومة فيها، وطريقة الإثبات ومن يتحمل عبأه، ولعل أن رجال القانون من المحامين لا يولون هذه اللائحة اعتباراً بقدر أهميتها، فيوردون نموذجاً قد يتم استعماله في كافة الدعاوى يتضمن أسباباً عامة متشابهة، كالدعوى غير مسموعة قانوناً وموضوعاً، والدعوى واجبة الرد للتناقض،

(1) المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية.

والدعوى مردودة لعلة عدم الخصومة، الدعوى واجبة الرد لانتفاء المصلحة، الدعوى واجبة الرد لافتقارها للسبب القانوني السليم .... وهكذا.

" وهذه البنود بالشكل الذي جرى عليه العمل غير سليمة ولا تفيد شيئاً، بل إن كل واحد منها يتسم بالجهالة، وإذا كان لدى المدعى عليه دفع شكلي أو موضوعي حقيقي، فإن عليه أن يذكره بوضوح، فإذا أراد مثلاً أن يدفع الدعوى شكلاً، عليه أن يبين العيب الشكلي الذي يوجب ردها، وإذا دفع الدعوى بالجهالة عليه أن يبين وجه الجهالة الموجب لرد الدعوى وهكذا"<sup>(1)</sup>.

ولا بد لي من الإشارة إلى أن دور المدعى عليه في الدعوى لا يقتصر على تقديمه اللائحة الجوابية، بل أن المشرع منحه الحق في التقدم بالطلبات سواءً أكانت طلبات إدخال أو طلبات تتضمن دفعاً أو طلبات عارضة، وكذلك أجاز له القانون تقديم ادعاءً متقابلاً، وسيتم دراسة هذه المواضيع بالقدر اللازم الذي لا يخرجنا عن موضوع هذه الرسالة.

### المرحلة الأولى: تعسف المدعى عليه في مرحلة تكرار اللوائح

نظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية النافذ ضمن الفصل الثاني من الباب الثالث اللوائح الجوابية من حيث ميعاد تقديمها وأوجه دفاعه ومرفقاتها، حيث أوجب القانون على المدعى عليه أن يقدم لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، وأن يجيب بشكل صريح ومحدد على كل ادعاء بأمر واقعي أورده المدعي لائحة دعواه، ولا يسلم بصحته ولا يكتفي بإنكاره المجمل<sup>(2)</sup>.

واللائحة الجوابية قد تتضمن إقراراً لبعض وقائع الدعوى وإنكاراً لباقيها، كأن يقر المدعى عليه بموجب لائحته الجوابية في دعوى المطالبة بمبلغ مالي بقيام العلاقة بينه وبين المدعي وإنكاره انشغال ذمته بالدين، وقد تتضمن إجابة المدعى عليه إقراراً بوقائع الدعوى وادعاءً بوجود أسباب قانونية أو واقعية تدفع دعوى المدعي، كأن يقر المدعى عليه بموجب لائحته الجوابية في دعوى المطالبة بمبلغ مالي بواقعة قيام الدين في الذمة ابتداءً ويدعي الوفاء أو سداد الدين أو جزءاً منه، ويستوي أن يكون

<sup>(1)</sup> القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . مرجع سابق . ص328.

<sup>(2)</sup> نصت المادة (62) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001): " على المدعى عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، من أصل وصور بعدد المدعين مرفقة بالمستندات التي تؤيد دفاعه، فإن لم تكن بحوزته فعليه أن يقدم بياناً بالمستندات التي بوسعه الحصول عليها دون الإخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة ."

نصت المادة (66) من ذات القانون على: " يجب على المدعى عليه في الدعوى الأصلية أو المتقابلة أن يرد في لائحته الجوابية بشكل صريح ومحدد على كل ادعاء بأمر واقعي يدعيه الخصم ولا يسلم بصحته ولا يكتفي بإنكاره المجمل ."

الإقرار صريحاً أو ضمناً، فمن يدعي بواقعة وفاء الدين يقر ضمناً بقيامه، وقد تتضمن اللائحة الجوابية إنكاراً لكافة وقائع الدعوى دون الإقرار بأي منها، كأن ينكر المدعى عليه بموجب لائحته الجوابية قيام العلاقة ابتداءً التي نتج عنها الدين، وينكر كذلك انشغال ذمته بالدين، ، كأن يقر بواقعة قيام الدين في الذمة ابتداءً ويدعي الوفاء وينكر انشغال ذمته به.

وقد يرد تعسف المدعى عليه في الإجابة على لائحة الدعوى بإنكاره المجمل لكافة وقائع الدعوى، فرغم أن المشرع حث وفق المادة (66) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على عدم اكتفاء المدعى عليه بإنكاره المجمل، إلا أنه لم يرتب جزاءً على ذلك، وأرى بأن الاجتهاد القضائي المتضمن حرمان المدعى عليه من تقديم البينة إذا أنكر لائحة الدعوى إنكاراً مجملاً لا يجوز التوسع فيه، ذلك أن المدعى عليه عندما تقدم بلائحته الجوابية التي أنكر فيها الدعوى جملاً واحدة، كان ظاناً بأن العبء الذي يتحمله المدعي لإثبات وقائع الدعوى هو عبء ثقيل لا يستطيع النهوض به، ففوجئ في مرحلة تقديم البينات بتقديم المدعي البينة على وقائع دعواه، وأن المدعى عليه لا يهدف من تقديمه البينة إثبات واقعة معينة لم يدع بها بموجب لائحته الجوابية، وإنما يهدف من خلال البينة تشكيك المحكمة في بينة المدعي، كأن يتقدم المدعي ببينة شهادة شاهد تضمنت في مجملها حضوره الواقعة التي نشأت عنها المطالبة القضائية في الخليل، في حين أن المدعى عليه يرغب من تقديم البينة لإثبات أن الشاهد في تلك الفترة كان خارج البلاد أو أن الشاهد لم يسبق له أن دخل البلاد أصلاً، لأن تقديم المدعي للبينة شهادة الشاهد هو أمر مستجد على تقديم المدعى عليه لائحته الجوابية والذي توقع ضمن دائرة المعقول والواقع أن المدعي ليس لديه أية بينة لإثبات وقائع دعواه ولم يكن ضمن دائرة توقعه أيضاً أن يشهد شاهد المدعي على وقائع مخالفة للحقيقة.

وأرى أن يسمح للمدعى عليه الذي أنكر وقائع الدعوى إنكاراً مجملاً من تقديم البينة، ولكن ليس لإثبات وقائع لم يوردها لائحته الجوابية، لأن البينة يجب أن يسبقها ادعاء أو دفع، ولكن يجوز قبول بينته لإثبات عدم صحة البينة التي تقدم بها المدعي أو تشكيك المحكمة فيها أو الانتقاص من قيمتها.

إلا أن الإنكار المجمل . رغم علم المنكر اليقيني بوجود أمور واقعية قد حدثت فعلاً . لأن الهدف من هذا الإنكار هو تكبيد المدعي عبء إثبات ثقيل لا يستطيع النهوض منه هو تعسف بالإنكار، يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمدعي وقد يؤدي إلى خسارة المدعي لدعواه.

ومع ذلك، فإن حق المدعى عليه في الدفاع والإنكار مقيد في استعماله بالقدر اللازم لانتضاء الحقوق التي يدعيها الشخص والذود عنها، فحق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من

يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالغير<sup>(1)</sup>.

والإجابة على الدعوى بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به إلزام خصمه بإثبات ما ادعى به، فإن سعى في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه، أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار والتغالي فيه أو بالتحايل به ابتغاء مضارة خصمه، فإن هذا الحق ينفلق مخبته، يجيز للمحكمة الحكم عليه بالتعويض<sup>(2)</sup>.

وقد يرد التعسف من جانب المدعى عليه بالادعاء بالدفع، وقد سبق وأن ذكرنا أن مجلة الأحكام العدلية وفي المادة (1631) عرفت الدفع: "هو أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي..."، وأعني بالدفع الدفع الموضوعي وهو الرد الوارد في اللائحة الجوابية المقدمة من المدعى عليه

---

(1) الطعن (883) لسنة (51) ق، جلسة (1985/2/2). الطعن (610) لسنة (57) ق. جلسة (1989/11/12) الطعن (654) جلسة (1989/12/21) مشار إليها الدكتور عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب. التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات الجزائية. رسالة دكتوراه. ص 124. نقلاً عن أحمد، إبراهيم سيد، التعسف في استعمال الحق.

(2) قضت محكمة الموضوع بتوافر التعسف من جانبه في استعمال حقه الإجرائي في إنكار الدعوى، ولكن محكمة النقض قضت بأن الإنكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة: أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدود المشروعة بقصد مضارة خصمه، وثانيهما كون هذا الإنكار ضاراً فعلاً، وثالثهما كون الضرر الواقع قد ترتب فعلاً على هذا الإنكار وبينهما علاقة سببية، فالحكم الذي يقضي بمسؤولية خصم عن الأضرار الناشئة عن إنكاره، إذا اقتصر على التقرير بصدق مزاعم المدعي في ادعائه بأنه الإنكار كيدي ولم يوازن بينهما وبين دفاع المدعى عليه ولم يعن بإيراد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التي يصح استخلاص الكيدية منها بمعناها القانوني، يكون حكمها معيباً متعيناً نقضه". طعن رقم (47) لسنة (2ق) جلسة (1933/11/9). مشار إليه في الدكتور عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب. المرجع السابق. نقلاً عن أحمد، إبراهيم سيد. التعسف في استعمال الحق. مرجع سابق.

الذي يراه الباحث أن محكمة النقض المصرية اشترطت لإثبات المسؤولية عن التعسف في استخدام الحق الإجرائي إثبات أركان قيام المسؤولية التقصيرية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وأن يسري عليه كافة الضوابط المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق والتي تقضي بأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

الملاحظ على حكم محكمة النقض المصرية أنها اعتبرت أن استعمال الحق يكون غير مشروعاً إذا كان لا يقصد منه سوى الإضرار بالغير واعتبرت ذلك خطأً أو خروجاً عن حدود الحق، وهنا لا بد لي من القول بحق بوجود فارق كبير بين الخطأ في استعمال الحق وبين التعسف فيه ووجود فارق أيضاً بين استعمال الحق والخروج عن حدوده، فهي مصطلحات. إن جاز لي التعبير. غير مترادفة ولها معاني مختلفة، فالتعسف في استعمال الحق هو استعمال مشروع للحق في نطاق حدوده التي رسمها القانون ولا يمكن بحال اعتبارها خطأً أو خروجاً عن حدود الحق لمجرد قصد الإضرار بالغير، وأرى بعدم انطباق أركان قيام المسؤولية التقصيرية في شأن التعسف في استعمال الحق، لأن هذه النظرية تقوم على أركان خاصة بها لا يدخل ضمن نطاقها الخطأ أو الخروج عن حدود استعمال الحق.

على الأمور الواقعية التي أوردها المدعي بموجب دعواه، مستبعداً بذلك الحديث في هذه المرحلة عن الدفوع المقدمة من المدعى عليه بموجب طلبات مستقلة كون دراستها ستأتي لاحقاً.

ومن المعلوم أن أسباب الدعاوى لا حصر لها، وبما أن الدفع هو دعوى ولكنه من جانب المدعى عليه فإن عدم حصر هذه الأسباب يشمل هذه الدفوع أيضاً لأنها مرتبطة بأسباب الدعوى، وما يسري من أحكام على الدعاوى يسري على الدفوع أيضاً، فالدفوع يمكن أن تكون صحيحة أو فاسدة أو باطلة، وأن من أهم هذه الأحكام هي وجوب تعلق الدفع بالدعوى أي أن يترتب على ثبوته أو الإقرار به رد الدعوى أو الانتقاص منها، فالدفع الموضوعي يوجه إلى ذات الحق المدعى به وهو يشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي أو الانتقاص منه، ولهذا لا يتصور حصرها، وهي تتعلق بأصل الحق لذا فقد نظمتها القوانين المقررة للحقوق كالقانون المدني والتجاري<sup>(1)</sup>، فثبوت وفاء الدين في دعوى القرض يترتب عليه رد الدعوى، وثبوت الوفاء الجزئي يترتب عليه الانتقاص من الدعوى. ويشترط في الدفع ذات العناصر الواجب توافرها في الدعوى، فإذا دفع المدعى عليه دعوى التخلية للتخلف عن دفع بدل الإيجار بالوفاء وأن ذمته غير مشغولة ببدلات الإيجار ولم يذكر أن هذا الوفاء تم خلال المدة القانونية لتبلغه الإنذار العدلي فإن هذا الدفع يفتقر إلى عنصر الصحة وهو تحديد تاريخ الوفاء، لأنه جوهرى للفصل فيه وإقامة البيئة عليه، لأن البيئة لا تقام إلا على دعوى صحيحة.

ومن مظاهر تعسف المدعى عليه في إبداء الدفوع الموضوعية هو إبدائه عدة دفوع قد يكون البعض منها غير واقعي أو حقيقي، ولا يكون الهدف منها سوى الإضرار بالمدعي أو منعه من الوصول إلى حقه.

وقد يرد التعسف من المدعى عليه في الادعاء المتقابل، ورغم أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) لم يضع أحكاماً خاصة تنظم الادعاء المتقابل كما أوردها لتنظيم الدعوى، من حيث مشتملاتها وكيفية قيدها، إلا أنه وكما يبدو أنه اعتبرها دعوى تسري عليها كامل أحكامها حينما نص في المادة (66) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على وجوب الرد عليها بلائحة جوابية، وكذلك نجد أن المشرع ووفق نص المادة (67)<sup>(2)</sup> جمع بين الدعوى والادعاء المتقابل في جواز تقديم وقائع جديدة بعد إقامة الدعوى، كما أن المشرع طبق ذات الإجراءات والأحكام المتعلقة بالدعوى في المحاكمات الغيابية على الادعاء المتقابل وفق الفقرة (3) من المادة (85) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع في قانون المرافعات . مرجع سابق . ص 15 . بتصرف.

(2) نصت المادة (67) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " يجب على المدعى عليه في الدعوى الأصلية أو المتقابلة أن يرد في لائحته الجوابية بشكل صريح ومحدد على كل ادعاء بأمر واقعي يدعيه الخصم ولا يسلم بصحته ولا يكتفي بإنكاره المجمل".

ورغم ذلك، فإنني أرى أن الادعاء المتقابل يجب أن يبنى على ذات السبب الذي بنى عليه المدعي دعواه الأساس<sup>(1)</sup>، فإذا أسس العامل المدعي دعوى المطالبة بحقوق عمالية بالاستناد إلى عقد العمل جاز للمدعى عليه (رب العمل) أن يطالب بموجب الادعاء المتقابل بالتعويض عن ترك المدعي للعمل دون إشعاره بذلك، فيكون السبب القانوني للدعوى الأصلية والادعاء المتقابل هو ذات عقد العمل، ولا يجوز أن يؤسس المدعى عليه الادعاء المتقابل على غير ذات السبب الذي أقام بموجبه المدعي دعواه، فلا يملك المدعى عليه (المدعي في الادعاء المتقابل) أن يقيم الدعوى المتقابلة للمطالبة بمبلغ من المال ناتج عن قرصة حسنة على ذمة الدعوى الأصلية التي موضوعها المطالبة بمبلغ من المال ناتج عن المسؤولية التقصيرية.

وقد اختلفت المحاكم في قيد الادعاء المتقابل، فمنها من يقوم بتسجيل هذا الادعاء في سجل الدعاوى تحت رقم متسلسل كالدعوى الأصلية ويكون ذلك في ملف مستقل عن الدعوى، ومنها من يقوم بضم هذا الادعاء إلى الدعوى الأساس دون أن يتم تسجيله في سجل الدعاوى ولا يحمل هذا الادعاء رقماً متسلسلاً مستقلاً عن الدعوى الأساس.

وأرى أن الادعاء المتقابل يقوم على ذات السبب الذي أقيمت عليه الدعوى الأساس، فلا يجوز أن يتم تسجيله كدعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية، فهو لا يختلف عن الدفع سوى أن الهدف من وراء الدفع رد الدعوى أو الانتقاص منها في حين أن الادعاء المتقابل يهدف إلى الحكم للمدعى عليه بطلباته، الأمر الذي يجعله متشابهاً إلى حد كبير مع الطلب العارض المقدم من قبل المدعى عليه بإجراء المقاصة أو الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من إجراءات التقاضي<sup>(2)</sup>. وسيأتي دور الحديث عن هذه الطلبات في نهاية هذا المطلب عند دراسة تعسف المدعى عليه في تقديم الطلبات.

ويمكن تصور تعسف المدعى عليه في تقديم الادعاء المتقابل في السبب الذي أقام عليه ادعائه فقد يستغل المدعى عليه عدم وضوح سبب الدعوى الأصلية لتقديم ادعاء متقابل على غير ذلك السبب، سيما وأن تكيف الدعوى النهائي يعود تقديره للمحكمة بعد الانتهاء من سماع البيانات فيها وما ينتج عن ذلك من إجراءات قد تؤدي إلى إطالة أمد المحاكمة إضراراً بالمدعي.

<sup>(1)</sup> القاضي الأستاذ عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . مرجع سابق . ص 397 . 398.

<sup>(2)</sup> نصت المادة (98) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة: 1- طلب المقاصة وطلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من جراء إجراءات التقاضي. 2- أي طلب يكون متصلاً بلائحة الدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة. 3- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى".

وقد يرد التعسف من جانب المدعى عليه في التقدم في الطلبات، وإذا كانت الطلبات التي تقدم من جانب المدعى عليه لا حصر لها بالنظر إلى موضوعها، إلا أننا يمكن أن نورد أهم الطلبات التي يمكن للمدعى عليه تقديمها في هذه المرحلة على أن يتم دراسة باقي الطلبات في مرحلة تقديم البيانات.

وقد يرد التعسف من جانب المدعى عليه في التقدم بالطلبات التي تتضمن دفعاً شكلية كالدفع بعدم الاختصاص المحلي أو الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، أو الدفع بالبطلان وسائر الدفع الأخرى، وهذه الدفع . وكأصل عام . توجه إلى إجراءات الدعوى سواء من حيث إقامتها أو السير فيها، أو الاختصاص بها، بغرض استصدار حكم يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى، أو ينهي الخصومة فيها، على أنه يشترط إبداء هذه الدفع الشكلية في مستهل الخصومة وقبل إبداء أي دفع بعدم القبول أو دفع موضوعي وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها<sup>(1)</sup> باستثناء الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام والدفع الشكلي الذي ينشأ الحق في التمسك به بعد الدخول في الموضوع، كما ويجب إبداء الدفع الشكلية معاً دفعة واحدة، وأن الحكم الصادر بقبولها لا يمس موضوع الدعوى.

فإذا ما حاد المدعى عليه عن الهدف من خلال هذه الدفع إلى مجرد الإضرار بالمدعي، ولا سيما وأن المشرع اشترط تقديم هذه الدفع على شاكلة دعوى وفق صريح أحكام المادة (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية<sup>(2)</sup>، وأجاز له المشرع الطعن في الحكم الصادر بردها استقلالاً وما يترتب على ذلك من إطالة أمد الدعوى، فإن ذلك يعد تعسفاً في تقديمها.

وقد يرد التعسف من جانب المدعى عليه في التقدم بطلبات تتضمن دفعاً بعدم القبول<sup>(3)</sup>. كالدفع بمرور الزمن أو اعتبار الدعوى قضية مقضية، أو انعدام المصلحة، إذا ما كان يهدف من خلال هذه الدفع مجرد تعطيل سير الدعوى إضراراً بالمدعي أو لإطالة أمد التقاضي، وقد يكون هذا الدفع يتعلق بالنظام العام فيجوز إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى كالدفع بمرور الزمن، ويجوز التمسك به قبل الدخول في الأساس، على أن القرار الصادر فيه يكون قابلاً للاستئناف مع الحكم

---

(1) السقوط هو جزء إجرائي يترتب على عدم ممارسة الحق في مباشرة عمل إجرائي معين خلال المهلة التي حددها القانون، وهو يرد على الحق في مباشرة العمل الإجرائي وليس على العمل ذاته، (المستشار فرج علواني هليل ، الدفع في المواد المدنية والتجارية . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية . (2008) . ص13.

(2) نصت الفقرة (1) من المادة (100) على: " 1- تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى..."

(3) الدفع بعدم القبول ليس دفعاً شكلياً لأنه لا يتعلق بالإجراءات، وليس دفعاً موضوعياً لأنه لا يتصل بأساس الدعوى، بل هو دفع بعدم أحقية المدعي في إقامة الدعوى، أي أنه يتعلق بالحق في إقامتها، فينكر وجودها لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها، (الدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفع في قانون المرافعات . المرجع السابق . ص 16). (17).

الفاصل في النتيجة في الحالة الأولى، ويكون التعسف في هذه الحالة وارداً في مرحلة تقديم البيانات، وقابلاً للاستئناف استقلاً في الحالة الثانية، ويكون التعسف وارداً في مرحلة تكرار اللوائح.

### المرحلة الثانية: تعسف المدعى عليه في مرحلة البيانات حتى المرافعة

بعد تكرار المدعي لائحة الدعوى وتكرار المدعى عليه اللائحة الجوابية، تنتقل الدعوى إلى مرحلة تقديم البيانات، ولعل أن تعيين الخصم الذي يبدأ في تقديم البينة أمر بالغ الأهمية في سير الدعوى وفي نتيجتها، لأنه يلقي على كاهل هذا الخصم عبئاً ثقيلاً يجعله في مركز دون خصمه، إذ يكلفه أمراً إيجابياً تتوقف عليه نتيجة الفصل في الدعوى، وتكليف أحد الطرفين بالبداية في تقديم البيانات يعود إلى تحديد الوقائع محل الخلاف بين طرفي الدعوى، وهذا يظهر أهمية بالغة للائحة المدعى عليه الجوابية، إذا ما تم إعمال القواعد العامة في الإثبات، ذلك أن المراد بمن ادعى ليس من أقام الدعوى، بل هو كل خصم يدعي على خصمه أمراً، فالقاعدة العامة في الإثبات هي " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"<sup>(1)</sup>، وما تفرغ عنها من أن البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لبقاء الأصل، فإذا ما اقتصر لائحة المدعى عليه الجوابية على إنكار قيام الدين في الذمة في دعوى المطالبة بمبلغ مالي ناتج عن قرضة حسنة فان عبء الإثبات يقع على المدعي لأنه يدعي خلافاً للأصل وهو براءة الذمة، أما إذا سلم المدعى عليه في لائحته الجوابية بواقعة قيام الدين ابتداءً في الذمة وادعى الوفاء، فانه يكف بإثبات هذه الواقعة وهي واقعة الخلاف بين الطرفين.

فيشترط في الإثبات توافر ثلاثة أركان وهي أن تكون الواقعة محل الإثبات واقعة متنازع عليها بين الطرفين، وأن يرتب القانون من هذه الواقعة أثراً قانونياً، أي أن يكون إثباتها منتجاً في النزاع، وأن يكون إثباتها بالدليل الذي أجازها القانون<sup>(2)</sup>.

ورغم أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية النافذ لم يمنح الخصوم الحرية الكاملة في الإثبات، إلا أنه لم يحدد للخصوم عدداً معيناً من الشهود ولم يحدد عدد الجلسات المخصصة لتقديم البيانات.

وتعسف المدعى عليه في تقديم البيانات يظهر في حصر المدعى عليه بينته الشخصية بعدد كبير من الشهود وأرهاق كاهل المحكمة في الاستماع إليهم، أو قد يحصر بينته في أسماء شهود وهميين لا وجود لهم على أرض الواقع أو أنهم متوفين أو يقيمون خارج البلاد، ويطلب من المحكمة إحضارهم بنفسها لعجزه عن إحضارهم أو رفضهم الحضور للمحكمة، ورغم أن القانون قد منح

(1) المادة (76) من مجلة الأحكام العدلية.

(2) المستشار أحمد نشأت . رسالة الإثبات . الطبعة السابعة . الجزء الأول . ص 32 . 45.

المحكمة صلاحية تغريم الشاهد الذي لم يمتثل لأمر المحكمة في الحضور بمبلغ (100) دينار أردني، وإصدار مذكرة إحضار بحقه إذا لم يمتثل للحضور<sup>(1)</sup>، إلا أنني أرى أن هذا الإجراء لا يكون منتجاً في بعض الأحيان بالنظر إلى الواقع الذي نحياه، فكثيرة هي الحالات التي لا تستطيع الشرطة إحضار الشاهد في موعد الجلسة لإقامته في منطقة غير تابعة للسيطرة الأمنية الفلسطينية أو لأن الأمر لا يمنح الشرطة دخول المنازل أو غيرها من الأسباب.

ورغم أن المشرع أجاز للمدعى عليه أن يتقدم بطلبات عارضة، ورغم أن المشرع لم يورد حصراً لهذه الطلبات إلا أنه وضع قاعدة عامة لجميع الطلبات التي أجاز للمدعى عليه تقديمها وهي وجوب ارتباط هذه الطلبات مع طلبات المدعي بموجب دعواه، ولعل المشرع أراد من ذلك حصر الخصومات وعدم تشتيتها في الدعوى الواحدة، وتحديد نطاقها.

وهذه الطلبات هي طلب إجراء المقاصة وطلب الحكم للمدعى عليه بالتعويض عن الضرر الناتج عن إجراءات المحاكمة وأي طلب آخر يكون متصلاً بلائحة الدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة، وما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى.

ورغم وجود التشابه بين هذه الطلبات وبين الادعاء المتقابل، ولا سيما الطلبين الأخيرين المرتبطين مع الدعوى الأصلية، ورغم أن الدعوى هي طلب بحسب تعريفها والعكس صحيح، إلا أن المشرع أورد هذه الطلبات في باب الطلبات والدفع، رغم إخضاع هذه الطلبات لذات الإجراءات المقررة لإقامة الدعوى<sup>(2)</sup>، إلا أن الفارق بينهما أن هذه الطلبات تقيد في سجل الطلبات المرتبطة مع الدعوى وليس في السجل الخاص بالدعاوى، علاوة على وجود فروق تقتضيها طبيعة الدعوى، فلا وجوب على المدعي تقديم لائحة جوابية على الطلب العارض، كما هو الحال في الدعوى المتقابلة.

وقد يتم استغلال الحق في التقدم بهذه الطلبات لإطالة أمد الدعوى وتشتيت نطاقها، إضراراً بالمدعي ليس إلا، مما يعتبر تعسفاً من جانب المدعى عليه في التقدم بها.

وقد يرد التعسف من جانب المدعى عليه في التقدم بطلبات الإدخال، وسأقتصر على دراسة هذه الطلبات التي يتقدم بها المدعى عليه وليس الطلبات التي يقدمها المدعي التي سبق دراستها في

---

(1) نصت المادة (87) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية على: "1. إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر، حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تتجاوز مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، ويثبت القرار في المحضر ولا يكون قابلاً للطعن. 2- إذا تخلف الشاهد بعد تكليفه بالحضور للمرة الثانية جاز للمحكمة إصدار أمر بإحضاره. 3- للمحكمة في جميع الأحوال إعفاء الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً".

(2) نصت المادة (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى، وفي كل الأحوال لا تقبل الطلبات المشار إليها بعد إقفال باب المرافعة. 2- تفصل المحكمة فيما يقدم إليها من طلبات مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك".

المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل، وكذلك استبعاد دراسة الطلبات التي يقدمها الغير (طلبات التدخل) لأن دراستها هو موضوع المبحث الثالث من هذا الفصل، وكذلك استبعاد دراسة صلاحية المحكمة في إدخال من ترى إدخاله في الدعوى، لخروج هذا الموضوع عن هذه الدراسة.

والمقصود من الإدخال هو إقحام الغير في خصومة رغماً عن إرادته، لذلك يسمى بالتدخل الجبري تمييزاً له عن التدخل الاختياري الذي يتم بناءً على إرادة الغير دون أن يكلفه أحد بالدخول في الخصومة<sup>(1)</sup>، والغير هو الشخص الذي لم يكن طرفاً في الدعوى بشخصه ولم يكن ممثلاً فيها، وإدخال الغير في الدعوى يشكل اعتداءً على حريته في اختيار الوقت الملائم الذي يلجا فيه إلى القضاء، حسبما تمليه مصالحه، لأنه يعد إجباراً على الدخول في خصومة قائمة يعد إجباراً على دخوله في خصومة قائمة، والهدف من اختصام الغير قد يكون امتداد حجية الأمر المقضي به إلى الغير في خصومة واحدة دون أن يكون له الحق في أن ينكر حجيته أو يعترض عليه اعتراض الغير، أو إلزامه بتقديم ورقة تحت يده منتجة في الدعوى الأصلية<sup>(2)</sup>، ويشترط في اختصام الغير أن يكون الشخص المراد اختصامه من الغير الذي كان يصح اختصامه عند إقامة الدعوى ووجوب توافر الشروط العامة لقبول الدعوى . الأهلية والمصلحة . وضرورة توافر الارتباط بين طلب الاختصام والطلب الأصلي.

ونظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ضمن المواد (83، 96، 99) طلبات الإدخال في الدعوى التي يقدمها المدعى عليه، وبين أن هذه الطلبات يجوز تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى قبل إقفال باب المرافعة<sup>(3)</sup>، ثم وضع المشرع قاعدة عامة فيمن يصح إدخاله في الدعوى وهي أن يصح اختصامه في الدعوى عند إقامتها<sup>(4)</sup>.

---

(1) الدكتور أحمد مليجي . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض . الجزء الثالث . مرجع سابق . ص9.

(2) القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . مرجع سابق . ص415.

(3) نصت المادة (83) من ذات القانون على: "كل طلب يتعلق بإدخال مدع أو مدعى عليه أو بإخراجه من الدعوى يجوز أن يقدم في أي وقت قبل إقفال باب المرافعة".

(4) نصت الفقرة (1) من المادة (96) من ذات القانون على: "1- يجوز للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند إقامتها...".

واشترط المشرع في اختصام الغير تقديم طلب إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى، وما يترتب على ذلك من وجوب دفع الرسم القانوني عنه وتسجيله في سجل الطلبات المرتبطة مع الدعوى الأصلية<sup>(1)</sup>.

ووجه تعسف المدعى عليه في تقديم مثل هذه الطلبات إنما يكمن في تقديم هذا الطلب دون أن يكون له هدف من ذلك سوى إلحاق الضرر بالخصم (المدعى) لإطالة أمد الدعوى، فقد يعتمد المدعى عليه إلى تقديم هذا الطلب مشتملاً على أسماء من يطلب إدخالهم في الدعوى وهم أكثر، ومنهم من يقيم خارج البلاد، ومنهم أسماء لا وجود لها في الحقيقة، ومنهم متوفين، لكسب أطول قدر ممكن من الوقت في إجراءات تبليغهم لإعاقبة سير الدعوى، وقيامه باستئناف أي قرار قد تصدره المحكمة في هذا الطلب ومن ثم الطعن فيه بالنقض.

ورغم قلة أهمية باقي الطلبات التي يحق للمدعى عليه تقديمها للمحكمة، إلا أنه قد يرد التعسف من جانبه في التقدم بها<sup>(2)</sup>، وهي على شكل استدعاءات، كطلب فتح باب المرافعة أو دعوة شهود أو غيرها من الطلبات المتصلة بالدعوى، إذا كان لا يرجو منها مصلحة أو يجني فائدة معينة، بل كان الهدف منها إلحاق الضرر بالمدعى أو تعطيل إجراءات المحاكمة.

### المرحلة الثالثة: تعسف المدعى عليه في مرحلة الحكم.

إذا كانت غاية المدعى عليه التي يسعى إلى تحقيقها من خلال دفاعه ومرافعاته في الدعوى هي منع المحكمة من الحكم عليه بطلبات المدعى بموجب دعواه، أو الانتقاص منها، وهي غاية مشروعة، إذا ما سلك الطرق التي رسمها القانون لتحقيقها، أما إذا انحصرت غاية المدعى عليه من ذلك إلى تعطيل إجراءات المحاكمة لمنعها من إصدار الحكم للمدعى أو إطالة أمد الدعوى إضراراً به، فإن ذلك يدخل ضمن صلب هذه الدراسة وهذا يدخل ضمن نطاق التعسف في تلك الإجراءات.

ولأن هذه المرحلة من عمر الدعوى هي ذات المرحلة التي يمر بها طرفي الدعوى، وتلاشياً للتكرار، فقد سبق في معرض دراسة تعسف المدعى ضمن المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا

<sup>(1)</sup> نصت المادة (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى، وفي كل الأحوال لا تقبل الطلبات المشار إليها بعد إقفال باب المرافعة. 2- تفصل المحكمة فيما يقدم إليها من طلبات مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك".

<sup>(2)</sup> نصت المادة (101) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: "1- تقدم سائر الطلبات الأخرى المتعلقة بالدعوى إلى المحكمة المختصة في شكل استدعاءات. 2- تصدر المحكمة الأمر المطلوب بحضور المستدعي ما لم تر ضرورة تبليغ الخصم الآخر بصورة عن الاستدعاء حسب الأصول، وعلى هذا الخصم أن يرد حال رغبته في الاعتراض على الطلب خلال المدة التي تقررها المحكمة".

الفصل، لذا ستقتصر الدراسة على الثغرات القانونية التي يمكن للمدعى عليه سلوكها في هذه المرحلة والتي يمكن أن نصفها بالتعسف في استعمال الحق.

فقد يستغل المدعى عليه ما نصت عليه أحكام المادة (166) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي أجازت للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن تقرر فتح باب المرافعة لأسباب جدية وضرورية للفصل في الدعوى، فقد يلجأ المدعى عليه وبجلسة النطق في الحكم إلى الطلب من المحكمة فتح باب المرافعة مبدئياً للأسباب لذلك، وقد لا يكون في استطاع المحكمة أن ترد على هذه الأسباب في ذات الجلسة فتعتمد إلى تأجيل الدعوى لجلسة قادمة لدراسة هذه الأسباب، فيكون ذلك مسوغاً له لتقديم بعض الطلبات التي من شأن الانتقال لنظرها تعطيل الفصل في الدعوى، كطلب اختصاص الغير أو التقدم بالاستئناف منعاً للمحكمة من إصدار الحكم.

فقرار قفل باب المرافعة سواء كان صريحاً أو ضمناً لا يعد حكماً، فلا يحوز على حجية الأمر المقضي به ولا يقيد المحكمة. فهذا القرار لا يمنع المحكمة من إعادة الدعوى للمرافعة سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم، والقاعدة في هذا الشأن أن القانون لا يلزم المحكمة حتماً بفتح باب المرافعة عند طلب الخصوم ذلك، كما أنه لا يلزمها بالحكم متى قفلت باب المرافعة<sup>(1)</sup>.

فيجوز للمحكمة بعد اقفال باب المرافعة أن تقرر سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم إعادة فتح باب المرافعة من جديد بشرط أن يكون لأسباب جدية، فتبدل الهيئة الحاكمة بوجب فتح باب المرافعة لأن الهيئة مصدرة الحكم قد اشترط القانون أن تكون قد استمعت للمرافعات الختامية للأطراف، ويتعين على المحكمة عند فتح باب المرافعة أن تبين السبب الذي دعاها لذلك في قرارها.

وإعادة فتح باب المرافعة من جديد للسماح للمدعى عليه أو (المستأنف) في مرحلة الاستئناف بتقديم دفاعه في الدعوى يمنحه فرص كثيرة يمكن استغلالها للتعسف في خصمه، ذلك أن فتح باب المرافعة لتقديم البيانات يعيد الدعوى إلى مرحلة البيانات، والتيس سبق وأن بينا بعضاً من حالات التعسف التي قد يستغلها المدعى عليه اضراً بخصمه.

#### المطلب الرابع: التعسف في استخدام الحق من جانب الغير

إذا كان المقصود من الإدخال . كما مر معنا ضمن المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل . هو إقحام الغير في خصومة رغماً عن إرادته، لذلك سمي بالتدخل الجبري، فإن التدخل

(1) الدكتور أحمد مليجي - الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات براء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض - مرجع سابق -

الاختياري: هو لجوء أحد الأشخاص إلى القضاء مختصماً غيره في دعوى قائمة أو منضماً إلى أحد الخصمين<sup>(1)</sup> ويكون تدخل الشخص اختياريّاً بإحدى صورتين<sup>(2)</sup>:

**الأولى: التدخل الانضمامي:** وهو الانضمام لأحد الخصوم ودعم وجهة نظره في الدعوى، دون أن يطالب بشيء خاص لنفسه وإنما لحماية مصالحه على المدى البعيد، لدفع ضرر محتمل ويهدف من وراء ذلك إما إلى:

أ. تأييد طلبات من تدخل لمساعدته بما لديه من أوجه دفاع ودفع (تدخل دفاعي).

ب. مراقبة دفاع مدينه بقصد تجنب إهماله أو غشه حتى لا يتأثر الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه (تدخل وقائي).

ومن أمثلته: تدخل البائع بصفته ضامناً في دعوى استحقاق الشيء المبيع المرفوعة على المشتري، وذلك للدفاع عن ملكية المشتري للعين، فإذا لم يسمح له بالتدخل فإن المشتري سيرجع عليه بالضمان.

وكذلك تدخل صاحب المصنع في الدعوى المرفوعة على البائع بسبب عيب في الآلة المباعة لأنه إذا لم يتدخل المصنع ونجح المشتري في الحصول على التعويض من البائع سوف يرجع على المصنع بالضمان.

وكذلك تدخل الدائن في الدعوى التي يكون المدين طرفاً فيها مع الغير للدفاع عن حقوق مدينه. وكذلك تدخل المشتري في دعوى إثبات الملكية المقامة على البائع، لأن ثبوت الدعوى سيؤدي إلى استحقاق العقار للمدعي وحرمان المشتري من التصرف فيه.

**الثانية: التدخل الهجومي:** وهو التدخل في دعوى قائمة بين طرفين ليس للانضمام لأحدهما للدفاع عنه ومساعدته، بل للوصول إلى حق خاص له في مواجهة أطراف الدعوى بطلب يرتبط بالدعوى الأصلية، بمعنى آخر أن يطلب المتدخل من المحكمة أن يكون مدعياً على أطرافها، مطالباً المحكمة بالحكم له بما يدعيه.

ويشترط لقبول التدخل في الدعوى ما يلي<sup>(3)</sup>:

(1) الدكتور محمود الكيلاني . شرح قانون أصول المحاكمات المدنية . الطبعة الثانية . عمان . الأردن . (2006) . ص 271.

(2) القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . مرجع سابق . ص 410 . 411 . بتصريف

(3) القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . المرجع السابق ص 412 . 413.

1. أن يكون المتدخل من الغير: فلا محل لتدخل من كان طرفاً في الخصومة، كالخلف العام والخلف الخاص لأحد طرفي الدعوى، فإذا توفي الخصم فان ورثته لا يعتبرون من الغير، حتى وإن تم تبليغ أحدهم، وإن أقيمت الدعوى بالإضافة إلى التركة على بعض الورثة، فان باقي الورثة وإن لم يرد أسماؤهم في الدعوى لا يعتبرون من الغير ولا يحق لهم التدخل في الدعوى وأن الحكم الصادر بحق الممثلين منهم يعتبر كأنما صدر بحقهم جميعاً.

2. شرط المصلحة: فلا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون وتكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه<sup>(1)</sup>، والمصلحة التي تتيح التدخل الانضمامي هي التي تستند إلى دفع ضرر محتمل إلى إذا كان التدخل إلى جانب المدعى عليه أو المدعي، أما إذا كان التدخل هجومي فان المصلحة المطلوبة هي ذات المطلوبة لإقامة الدعوى.

3. أن تكون الخصومة قائمة ولم يتم إقفال باب المرافعة: فإذا لم تكن الدعوى مقامة فلا محل للتدخل، وإذا ما رغب الشخص الثالث في تأمين حقوقه فله التقدم بدعوى أصلية، كما لا يجوز التدخل في الدعوى إذا ما وصلت إلى مرحلة إقفال باب المرافعة، ومن باب أولى فلا يجوز التدخل في مرحلة الاستئناف.

4. وجود ارتباط حقيقي بين موضوع الدعوى الأصلية وموضوع طلب التدخل: فإذا كان الحق الذي يدعيه المتدخل (الشخص الثالث) بموجب طلبه غير مرتبط أو مختلف عن موضوع الدعوى الأصلية فلا يقبل طلبه، فلا يجوز للمتدخل أن يخلق من تدخله دعوى جديدة مختلفة عن الدعوى الأصلية، بل يجوز له التقدم بدعوى مستقلة.

5. وجوب دفع الرسم القانوني عن المدعى به في حال قررت المحكمة إجابة طلب الإدخال الهجومي، فتقديم طلب الإدخال الهجومي يترتب عليه وقف المحكمة السير في الدعوى والانتقال لرؤية الطلب، لأن الفصل في الدعوى الأصلية يتوقف على نتيجة الفصل في الطلب، فإذا حكمت المحكمة برد الطلب عادت للسير في الدعوى، وإن قررت قبول الإدخال، كلفت الشخص الثالث (من تقرر إدخاله) بتقديم دعوى يختصم بموجبها طرفي الدعوى وكلفته بذات الوقت دفع الرسم القانوني عنها<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> نص المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001).

<sup>(2)</sup> وأنا لا أتفق مع ما ورد في كتاب الدكتور عثمان التكروري . المرجع السابق . ص413 من وجوب دفع الرسم القانوني عن الحق المطالب به في طلب الإدخال، لأن المطلوب من طالب الإدخال أن يدفع الرسم القانوني عن طلبه بصرف النظر عن قيمة ما يدعيه في هذا الطلب، لأن المطلوب منه إثبات شروط الارتباط بين حقه الذي يطلبه وبين موضوع الدعوى، وشروط المصلحة والصفة وبقيّة الشروط التي سبق ذكرها، فان قررت المحكمة قبول طلبه، كلفته بتقديم دعوى معدلة يختصم بموجبها طرفي=

ونظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) إجراءات التدخل في الدعوى، حيث نص في الفقرتين (2و3) من المادة (96) على: "2- يجوز لمن له مصلحة في دعوى قائمة بين طرفين أن يطلب تدخله فيها بوصفه شخصاً ثالثاً منضماً أو مخصصاً فإذا اقتنعت المحكمة بصحة طلبه تقرر قبوله. 3- يكون القرار الصادر بعدم قبول أو رفض التدخل قابلاً للاستئناف"، في حين بين المشرع وفق أحكام المادة (100) من ذات القانون الإجراءات التي يتوجب إتباعها في تقديم الطلبات ومنها طلب التدخل حيث نص على: "1- تقدم الطلبات المشار إليها في المواد السابقة إلى المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المقررة لإقامة الدعوى، وفي كل الأحوال لا تقبل الطلبات المشار إليها بعد إقفال باب المرافعة. 2- تفصل المحكمة فيما يقدم إليها من طلبات مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك"، هذا يعني أنه لا يجوز حضور طالب الإدخال لجلسات الدعوى والطلب من المحكمة إدخاله فيها دون أن يتقدم بطلب وفق الإجراءات المعمول فيها لإقامة الدعوى من وجب تقديم لائحة طلب ودفع الرسم القانوني عنه وتسجيله في سجل الطلبات المتفرعة عن الدعوى وحمله رقماً متسلسلاً على ذمة الدعوى، ورغم أن المشرع ووفق الفقرة (2) من المادة (100) من ذات القانون قد وضع قاعدة عامة بوجوب قيام المحكمة بالفصل في الطلبات مع الدعوى الأصلية كلما أمكن، إلا أن هذه القاعدة لا تسري على هذا النوع من الطلبات، سواء أكان الطلب طلب تدخل انضمامي أو هجومي، لأن أيّاً من الطرفين سيؤثر على مسار الدعوى ويتوجب وقف السير في الدعوى والانتقال لرؤية الطلب حال التقدم به، وليس ضمه للدعوى والفصل فيه مع الحكم الفاصل بنتيجة الفصل فيها.

ورغم أن المشرع أجاز للغير التقدم بطلب التدخل في الدعوى القائمة، ورغم أنه نظم الشروط الواجب توافرها في هذا الغير للانضمام إليها، إلا أن المشرع لم يورد نصاً يحظر بموجبه على الغير عدم التعسف في استعمال هذا الحق، والذي يمكن استغلاله، بأن يكون حق الغير ضئيلاً بالمقارنة مع حقوق أطراف الدعوى، وأن يكون الهدف من استعمال هذا الحق مجرد إلحاق الضرر بالغير أو النيل منه، ولا سيما وأن القانون الموضوعي لم يتعرض لهذه النظرية بشكل مباشر وصريح.

وقد يرد التعسف من جانب الغير (الشخص الثالث) في التقدم بطلب التدخل للانضمام للمدعي في الدعوى الأصلية (التدخل الانضمامي) إذا ما تواطأ مع المدعي بهدف تعطيل السير في الدعوى التي احتصل فيها المدعي على قرار مستعجل يقضي بوقف تنفيذ الدعوى التنفيذية أو احتصل على قرار مستعجل بوقف أعمال الحفر والتجريف والبناء في العقار المتنازع عليه، لأن من شأن إطالة أمد

---

=الدعوى الأصلية ودفع الرسم القانوني عن المطالب به، لا أن يدفع قيمة المدعى به في الطلب لأن غايته من الطلب ليس الحصول على الحق الموضوعي وإنما الدخول في الدعوى ابتداءً، فان تقرر إدخاله كلفته المحكمة بتقديم دعوى معدلة ودفع الرسم عن المبلغ المطالب به.

الدعوى إلحاق بالغ الضرر بالمدعى عليه، ولا سيما أن إجراءات السير في الطلب من شأنها تعطيل السير في الدعوى، لأن المحكمة لا تستطيع ضم الطلب للدعوى والسير بهما معاً وإصدار القرار في الطلب مع الحكم الفاصل بالنتيجة، بل يتوجب عليها وقف السير في الدعوى والانتقال لرؤية الطلب ومن ثم إصدار القرار فيه، وخشية للتكرار، وطالما أن الغير (طالب التدخل) هو من تقدم بهذا الطلب . فهو في حكم المدعي بموجبه، فتسري عليه ذات الأحكام التي تسري على المدعي، وأيضاً بإمكانه استغلال ذات الثغرات التي يمكن للمدعي استغلالها والتي قد تنطبق عليها نظرية التعسف في استعمال إذا ما توافرت أركان قيامها، ومما يزيد من احتمالية انطباق هذه النظرية إذا ما استغل الغير حقه في التقدم بالاستئناف على القرار الصادر في الطلب برفض تدخله، وما يترتب على ذلك من إطالة أمد المحاكمة.

وفي صورة أخرى يرد التعسف من جانب الغير (الشخص الثالث) في التقدم بطلب التدخل للانضمام للمدعى عليه في الدعوى الأصلية، إذا ما توطأ مع المدعى عليه وانضم لطلباته ليس للذود عن حقوقه أو ممارسة حق الدفاع عنها، وإنما بهدف منع المدعي من الوصول إلى حقه أو تأخير الوصول إليه، لأن العدالة البطيئة هي نوع من أنواع الظلم، وتتمثل أوجه التعسف من جانبه في التقدم بهذا الطلب ابتداءً وتعطيل السير في الدعوى مؤقتاً لحين الفصل في الطلب، ولا يتوقف دوره عند هذا الحد، بل أعطي الحق في استئناف القرار الصادر في الطلب، إذا ما تضمن رفض تدخله أما وإن قررت المحكمة إدخاله في الدعوى ، فيصبح مدعى عليه فيها . وتسري عليه أحكام ما سبق ومر معنا في تعسف المدعى عليه في مراحل سير الدعوى في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وكذلك يرد التعسف من جانب الغير (الشخص الثالث) في التقدم بطلب التدخل الاختصامي (الهجومي) إذا ما كان حقه ضئيلاً بالمقارنة مع المدعي الأصلي فيها، وكان الهدف من تدخله عرقلة سير الدعوى لصالح المدعي الأصلي فيها أو لصالح المدعى عليه، المر الذي يستدعي تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي.

## المبحث الثاني: الآثار المترتبة على التعسف في استخدام الحق الإجرائي في الدعوى المدنية:

نظرية التعسف في استخدام الحق ورغم أنها نظرية قائمة بذاتها تختلف عن نظرية تجاوز استعمال الحق، لأن قيام التعسف يفترض استعمال الحق ضمن الحدود التي رسمها القانون في حين أن تجاوز استخدام الحق يفترض خروج من استعمل حقه عن الدائرة التي يجيز له الحق استخدامها، وهي تختلف عن نظرية المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية في حين أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً ينتج عنه ضرر لغيره لا يكون قد ارتكب خطأ، إضافة إلى هذه الاختلافات بين النظريات تمتاز نظرية التعسف في استخدام الحق عن غيرها بأن لها دور وقائي علاجي مانع من التعسف، وأن قيام التعسف في استخدام الحق الإجرائي ينتج عنه مساس بالعدالة علاوة على قيام المسؤولية المدنية.

لذلك سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: سأدرس في المطلب الأول الدور الوقائي والعلاجي المانع من التعسف وفي المطلب الثاني المساس بالعدالة وهيبة القضاء وسمعته وفي المطلب الثالث المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف.

### المطلب الأول: الدور الوقائي والعلاجي المانع من التعسف

بعد الخروج من الجدل الطويل حول وجود نظرية التعسف الإجرائي خارج نطاق المسؤولية التقصيرية، وإن كان الخلاف لا زال قائماً حول المجال الذي ينبغي أن تعود إليه فكرة التعسف، والمبادئ التي تقوم عليها، وعمّا إذا كانت هي مبادئ الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية، إلا أن الذي يحكم هذه النظرية هي المبادئ العامة في القانون، سواء كانت مبادئ الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية، كل ذلك كان سببه قصور النصوص القانونية عن وضع حد يحرم التعسف الإجرائي، ذلك أن القول بوجود التعسف بعيداً عن المسؤولية المدنية، يظهر وجود مشكلة سابقة على المسؤولية، مبدأ عام يحدد سمات أساسية للحق، وتمثل تعبيراً عنه، والقول به مبدأ عام في القانون يناط بها تصحيحاً أخلاقياً وجوهرياً للحقوق، وهذه الطبيعة تضيء عليها دوراً آخر فضلاً عن التعويض نقداً كان أو عينياً متى وقع التعسف بالفعل، فانه يناط بالتعسف كذلك وتأسيساً على طبيعته المميزة، القيام بدور وقائي وسابق على المسؤولية، لتحاشي الوصول إليها، فانه يتعين أن يدفع بها بدءاً من الوقوع في التعسف في استعمال الحق وهو ما اصطلح على تسميته بالدور الوقائي المانع من التعسف<sup>(1)</sup>.

(1) المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . مرجع سابق . ص 137.138.

فقد يحرم صاحب الحق من استعمال حقه على نحو تعسفي . ابتداءً . وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلاً ويتفادى تبعاً لذلك قيام المسؤولية، فقد يلجأ صاحب الحق إلى القضاء يطالب بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين، وهنا ينبغي على القاضي أن يتأكد ليس فقط من وجود الحق وإنما أن الاستعمال المطلوب للدعوى لا يحمل معنى التعسف، فإذا ما كان هذا الاستعمال تعسفياً، رفض دعواه، وامتنع تبعاً لذلك وقوع الاستعمال التعسفي ابتداءً، فلا تثار حينئذ مشكلة المسؤولية، لأن الجزء الناتج عن العمل التعسفي يختلف عن الجزء الناجم عن العمل غير المشروع، فعلى حين أن الأخير لا يجيز القانون سوى تعويض الضرر الناجم عنه، فإن العمل التعسفي يجيز منع وقوعه أصلاً، لأن القانون لا يسمح بحماية العمل اللا أخلاقي.

فإذا لجأ صاحب الحق إلى القضاء للاعتراف بحقه وحمايته، فعلى القاضي أن يتأكد أولاً من أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه على النحو الذي يطلب إلى القضاء حمايته . يعد متعسفاً في استعمال حقه أو لا يعد كذلك . فإذا ما استبان للقاضي أن هذا الاستعمال سوف ينطوي على تعسف فإنه يتعين عليه ألا يجيبه على طلبه فيرفض عندئذ حماية هذا الحق، ومن ثم فهي مسألة سابقة على قيام المسؤولية.

كما لا ينال من هذا الدور الوقائي كذلك، القول بأن مثل هذا الدور لا يعد سمة تضطلع بها فكرة التعسف وحدها، ذلك أنه يتحقق كذلك عند تجاوز الحق، أو العمل بلا حق، وهما صورتان تنتميان إلى فكرة الخطأ ويندرجان تبعاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، إذ قد يسعى من لا حق له، أو من يتجاوز حقه، طالباً إلى القضاء تمكينه من استعماله وهنا ترفض دعواه، وتبعاً لذلك لا يقع مثل هذا التجاوز أو الخطأ ويتحقق الدور الوقائي كذلك، مع أننا لسنا في حالة تعسف في استعمال الحق، إنما في نطاق التجاوز والعمل بلا حق.

نقول أن هذا القول يتناسى حقيقة هامة، هي أن مثل هذا الدور الوقائي في الصورتين السابقتين مرده كذلك إلى فكرة الحق وطبيعته، بالاستناد إلى فكرة الحق وطبيعتها، وليس ذلك استناداً إلى فكرة الخطأ ومنعها قبل وقوعها، إذ ينبغي حتى يمكن القول بفكرة الخطأ أن يقع بالفعل، وعلى ذلك يبدو هذا الدور الوقائي مقصوراً على فكرة الحق وطبيعتها، وما يتقيد به من تحقيق غايته، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلاً قبل وقوعه، وهو دور وقائي لا تقوى على الاضطلاع به فكرة الخطأ الذي ينبغي وقوعه بالفعل حتى يسع القول بالمسؤولية التقصيرية، ولا يسع الاستناد إلى هذه الفكرة لمنع وقوع الضرر قبل وقوعه بالفعل، وعلى ذلك يبدو هذا الدور الوقائي سمة من سمات فكرة الحق وطبيعتها ونسبيتها، وما تتقيد به من عدم التعسف في استعمالها.

ويرى البعض<sup>(1)</sup> في هذا الدور الوقائي للتعسف صورة من صور التعويض العيني وهو قول محل نظر، إذ أنه من المعروف أن التعويض العيني هو إزالة للضرر بعد وقوعه وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوثه، أما هنا فالحال جد مختلف إذا لم يقع ضرر بعد، ومن ثم فلا يعد جبراً بطريق التعويض العيني له، وفارق بين الحكم بإزالة حائط بعد بنائه، والحكم بمنع قيام الحائط قبل بنائه.

وهكذا فإن الدور الوقائي للتعسف في استعمال الحق الإجرائي يتفق مع تحديد طبيعة التعسف باعتباره مبدأ من المبادئ العامة في القانون ومن ثم يمثل مشكلة سابقة على المسؤولية، فقد تثار المشاكل بشأنه سابقة على مشكلة التعويض، فلا يقتصر نطاق التعسف على مجال المسؤولية التقصيرية، وإنما نجد أيضاً له مجاله للقيام بدور وقائي وتعويضي، وعلى ذلك فإنه بواسطة فكرة التعسف يمكن تحاشي وقوع عمل مخالف للحق، لأن التعسف يتصل بغاية الحق من استعماله.

ويؤكد هذا الدور الوقائي فيما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن التعسف في استعمال الحق يستند في أصله إلى قاعدة سد الذرائع، وتقوم هذه القاعدة الخيرة بدفع ضرر متوقع لتحريم التسبب فيه ومنع القيام به، وهذا بعينه هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسف، إذ يحرم على صاحب الحق من استعمال حقه على نحو تعسفي توكياً لوقوع الضرر، ودفعاً له قبل وقوعه، بذلك يكون نظرية التعسف في الفقه الإسلامي أوسع مجالاً من نظرية التعدي في هذا الفقه، لأن الأخيرة لا تثار فيها مسؤولية إلا بعد وقوع الضرر، كما يتمثل الدور الوقائي أيضاً فيما تؤديه من معالجة ما يترتب على استعمال الحق تعسفاً عند وقوع ضرر بالفعل، بترتيب المسؤولية والجزاء بعد أن يقطع سببه، وحتى لا يستمر مستقبلاً، ويجد هذا الدور الوقائي أيضاً أساسه فيما تقرره القاعدة الشرعية "يدفع الضرر بقدر الإمكان".

وتطبيقاً لهذا الدور الوقائي أصدرت محكمة استئناف مصر<sup>(2)</sup> بجلسته (1921/1/17) قراراً تضمن " تشدد نساء الهوارة في الحجاب يمنعهن من حلف اليمين، فلا يصح أن يتخذ من هذه المبالاة سلاحاً للحكم عليهن، وصدر هذا القرار على أعقاب ازدياد التعسف في توجيه اليمين الحاسمة ضد سيدات بعض الأسر العريقة مثل قبيلة الهوارة، مستغلين تمسك سيدات هذه القبيلة بعدم الحضور للمحاكم، إذ كان يشيع في المجتمع آنذاك أن حضورهن أمام القضاء يعد فضيحة وعار لأسرهن،

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . نظرية الالتزام بوجه عام . مصادر الالتزام . مرجع سابق . هامش ص 851

(2) الدكتور نواف حازم خالد والسيد علي عبيد . بحث بعنوان "المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية " منشور على موقع الانترنت "https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=34157" ص 129 . نقلاً عن: د. أحمد قطب عباس . إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية . دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية . (2006)

فيزعم المدعي أن دليله الوحيد اليمين الحاسمة لإجبارهن على عدم الحضور وحينئذ يتمكن من الحصول على حكم لمصلحته.

وقد أورد المشرع نصوصاً قانونية في القوانين النازمة للإجراءات للتقليل من حالات التعسف أو منعها<sup>(1)</sup>، ولا يمكن حصر هذه الحالات التي أوردتها المشرع، لأن هدف المشرع وغايته من هذه النصوص هو تنظيم إجراءات سير الدعوى وصلاً للحكم في موضوعها، وأن كل نص يهدف منه المشرع تحقيق هذه الغاية، ومن ضمن غايات المشرع أيضاً تحقيق العدالة الإجرائية، التي لا يمكن تحقيقها إلا بعيداً عن تعسف طرف من أطراف الدعوى بغيره.

فشرط المصلحة الذي اشترطه القانون<sup>(2)</sup> في إقامة الدعوى أو تقديم الطلب أو الطعن هو لمنع تعسف المدعي بالمدعي عليه في إقامة الدعوى ابتداءً، أو في تقديم الطلب أو تقديم الطعن في الحكم أو على القرار، كذلك تنظيم المشرع لمشتكلات لائحة الدعوى<sup>(3)</sup> هو لغايات تسهيل تبليغ المدعي عليه وضمان تحقيق العلم بوجود الدعوى، وبيان سبب الدعوى بشكل واضح هدفه تمكين المدعي عليه لتحضير دفاعه لمواجهة الدعوى، وإرفاق المدعي صوراً عن المستندات التي يستند إليها في دعواه أو بياناً بها<sup>(4)</sup> هو لمصلحة المدعي عليه ولمنع المدعي من مفاجأة خصمه بأوراق ومستندات أثناء سير الدعوى لا يعلم بها ولم يحدد موقفه منها، فادراج لائحة الدعوى عنواناً غير عنوان إقامة المدعي عليه الحقيقي مع علم المدعي بذلك قد يترتب عليه التعسف بالمدعي عليه لمنعه من الحضور، لأن رجوع ورقة التبليغ دون تبليغ للمدعي عليه يترتب عليه تبليغه وفق الطرق غير العادية للتبليغ بالنشر والإصاق والتعليق، ولا يمكن بحال أن نسوي بين الطريقتين في التبليغ، لأن الطريقة الثانية قد لا

(1) الدكتورة داليا عبد الغني - مرجع سابق - ص461.

(2) نصت المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " 1 . لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3 . إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى".

(3) نصت المادة (52) من ذات القانون على: " تقام الدعوى بلائحة تودع قلم المحكمة متضمنة ما يلي: 1. اسم المحكمة. 2 . اسم المدعي وصفته ومحل عمله وموطنه واسم الشخص الذي يمثله إن وجد وصفته وعنوانه. 3. اسم المدعي عليه وصفته ومحل عمله وموطنه. 4 . إذا كان المدعي أو المدعي عليه فاقداً لأهليته أو ناقصها فينبغي ذكر ذلك. 5 . موضوع الدعوى. 6 . قيمة الدعوى بالقدر الممكن بيانه إذا كانت من دعاوى غير محددة القيمة. 7 . وقائع وأسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعي التي تبين أن للمحكمة صلاحية نظر الدعوى. 8 . إذا كان موضوع الدعوى عقاراً أو منقولاً معيناً بالذات فيجب أن تتضمن لائحته وصفاً كافياً لتمييزه عن غيره. 9 . توقيع المدعي أو وكيله".

(4) نصت المادة (53) من ذات القانون على: يرفق المدعي عند إيداع لائحة الدعوى قلم المحكمة نسخاً عنها بقدر عدد المدعي عليهم وصوراً عن المستندات التي يستند إليها تأييداً لدعواه مصدقة منه بما يفيد مطابقتها للأصل، فإذا لم تكن بحوزته فعليه أن يرفق بياناً بها دون إخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة.

يتحقق معها العلم اليقيني بوجود الدعوى، وهذا شكل من أشكال التعسف من جانب المدعي في عدم ذكر محل إقامة صحيح للمدعى عليه، وهذا ما تصدى إليه المشرع بالنص.

وأيضاً فإن غاية المشرع من تحديد ميعاد للمدعى عليه لتقديم لائحة جوابية<sup>(1)</sup>، هو لمنع المدعى عليه من التعسف بالمدعي في ممارسة حقه في التقدم بلائحة جوابية قد تستغرق وقتاً طويلاً من عمر الدعوى، وتأخير وصول المدعي لحقه، وإرفاق المدعى عليه صوراً عن المستندات التي يستند إليها في دفاعه، أو تقديم بياناً بها<sup>(2)</sup> لضمان عدم مفاجأة خصمه المدعي بهذه المستندات، ووماهية البيئة التي يرغب المدعي في تقديمها، ووجوب رد المدعى عليه بشكل صريح ومحدد على كل إدعاء بأمر واقعي يدعيه الخصم وعدم الاكتفاء بالإنكار المجمل، هو لغيات تحديد نقاط الاتفاق والإختلاف بين طرفي الدعوى وما يترتب على ذلك من أهمية بالغة في تحديد البيئة التي تقدم في الدعوى على نقاط الإختلاف بين الطرفين ومن هو الخصم المكلف بتقديم البيئة ومن يبدأ من الخصوم بتقديمها، ومن هو صاحب الحق في تقديم البيئة المفندة، فانكار المدعى عليه المجمل يترتب عليه تحميل المدعي عبء إثبات كافة أسباب دعواه، وقد يكون في ذلك عبء إثبات تقبل لا يمكن النهوض به، رغم أن بعضاً من أسباب الدعوى أو كلها قد حصلت على أرض الواقع أو أنها وقائع حقيقيه، وفي ذلك تعسف من المدعى عليه بالإنكار.

وشطب الدعوى<sup>(3)</sup> هو إجراء وقائي علاجي يتضمن جزاءً إجرائياً على المدعي المتخلف عن حضور جلسة المحاكمة، فو افتراضنا عدم وجود هذا النص لاظهار أهميته، لترتب عليه حضور المدعى عليه دون المدعي، ولأدى ذلك إلى تعسف بالمدعى عليه، فهو نص وقائي لأنه يتضمن

(1) نصت المادة (62) من ذات القانون على: "على المدعى عليه أن يقدم إلى قلم المحكمة لائحة جوابية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه لائحة الدعوى، من أصل وصور بعدد المدعين مرفقة بالمستندات التي تؤيد دفاعه، فإن لم تكن بحوزته فعليه أن يقدم بياناً بالمستندات التي بوسعه الحصول عليها دون الإخلال بحقه في تقديم ما يستجد من مستندات أثناء المرافعة".

(2) نصت المادة (66) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " يجب على المدعى عليه في الدعوى الأصلية أو المتقابلة أن يرد في لائحته الجوابية بشكل صريح ومحدد على كل ادعاء بأمر واقعي يدعيه الخصم ولا يسلم بصحته ولا يكتفي بإنكاره المجمل".

(3) نصت المادة (85) من ذات القانون على: " في اليوم المحدد لنظر الدعوى ومع مراعاة القواعد المتعلقة بتبليغ الأوراق القضائية: 1. إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه تقرر المحكمة شطبها. 2. إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه وكانت لائحة الدعوى قد بلغت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى، فإذا لم يكن قد بلغ لشخصه وجب على المحكمة في غير دعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعى عليه للحضور وتقديم دفاعه ويعتبر الحكم في الدعوى حضورياً. 3. إذا حضر المدعى عليه ولم يحضر المدعي يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدعى عليه تأجيل الدعوى أو شطبها، فإذا كان للمدعى عليه ادعاء متقابل فله أن يطلب محاكمة المدعي (المدعى عليه في الادعاء المتقابل) والسير في الدعوى المتقابلة إذا كان المدعي قد تبلى بالطلبات المتقابلة. 4. لا يجوز للمدعي أن يبدي في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص في الطلبات الأولى إلا إذا كان المدعى عليه قد تبلى بهذه الطلبات".

عقوبة إجرائية، فالمدعي المتخلف عن حضور جلسة المحاكمة يعلم من خلال هذا النص أن من ضمن طلبات المدعي أو الخيارات الممنوحة للمحكمة شطب دعواه، وهو إجراء علاجي لأن العقوبة المتمثلة في تكبيده دفع نصف الرسم القانوني عن دعواه في حال تجديدها هو للحد من حالات غيابه، لأن غياب المدعي المتكرر عن الحضور يكبد المدعي عليه نفقات الحضور وفيه مضيعة لوقته ويلحق بالمدعي عليه ضرراً في معرفة مصيره من الدعوى بصدور الحكم فيها.

وكذلك إعتبار الدعوى كأن لم تكن<sup>(1)</sup> هو إجراء وقائي علاجي يتضمن عقاباً إجرائياً أكثر قساوة من شطب الدعوى وهو مترتب عليه، لأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن قد يؤدي إلى استحالة حصول المدعي على حقه عن طريق القضاء، فبعض الدعوى حدد لها المشرع مواعيداً معينة لإقامتها وهي مواعيد سقوط، كالدعاوى التي موضوعها المطالبة بالتعويض عن إصابة العمل<sup>(2)</sup> التي ينقضي الحق في إقامتها بمضي سنتين على وقوع الإصابة وإلا سقط الحق الموضوعي إذا لم تقام ضمنها، وإن اعتبار الدعوى كأن لم تكن قد يكون هذا الميعاد قد انقضى فلا يملك المدعي إقامة الدعوى من جديد، وكذلك التقادم المسقط للحق، وفيما عدا مواعيد السقوط والتقدم فإن المدعي يكون قد خسر الرسوم والتي تكبدها عن دعواه، إلا أنه يبقى له الحق في إقامة الدعوى من جديد بعد دفع الرسوم القانونية عنها، فهذا الإجراء وإن كان قاسياً بحق المدعي إلا أنه ضرورياً لمنعه من التعسف بالمدعي عليه، وهو جزء عن تقصيره عن الحضور.

وأرى أنه رغم قساوة النص السابق بحق المدعي إلا أنه وفي بعض الأحيان لا يحقق الغاية التي توخاها المشرع وهي منع المدعي من التعسف، لأن الجزاء يتمثل في تكبيد المدعي رسوم الدعوى، وهذا لا يتحقق في الدعاوى المعفاة من دفع الرسوم عنها كالدعاوى التي موضوعها المطالبة بالأجور العمالية، فقد يعمد المدعي إلى إقامة الدعوى ويتخلف عن الحضور ويتم شطبها فيقوم بتجديدها ويتخلف عن الحضور فيتم اعتبارها كأن لم تكن، فيعتمد إلى إقامتها من جديد وهكذا لتبقى الدعوى سيفا مسلطاً على رقبة المدعي عليه دون وجود جزاء إجرائي رادع للمدعي، لذا أرى أن يتم استدراك

---

(1) نصت المادة (4) من قرار بقانون رقم (16) لسنة (2001) بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على: " تعدل المادة (88) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: 1 . إذا شطبت الدعوى ولم يقدم طلب لتجديدها خلال سنتين يوماً من تاريخ قرار الشطب، تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبارها كأن لم تكن. 2 . إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في أي جلسة بعد التجديد، تقرر المحكمة من تلقاء نفسها تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن".

(2) نصت المادة (124) من قانون العمل رقم (7) لسنة (2000) على: " ما لم يكن التأخير ناتجاً عن عدم استقرار الإصابة أو عذر مشروع يسقط حق المصاب في المطالبة بالتعويض عن إصابة العمل بانقضاء سنتين على وقوع الإصابة"

هذا النقص التشريعي وإضافة عقوبة على الدعاوى المعفاة من الرسوم حال قصر المدعي عن الحضور.

ورغم أن المشرع أورد ضمن الباب السادس فصلاً كاملاً يتعلق بالطلبات والدفع، بهدف تنظيمها وعدم تشييت الخصومة، إلا أن الواقع العملي أظهر استغلالاً للنصوص من غير مقاصد المشرع بهدف المماطلة وتسويق الدعوى وإطالة أمد المحاكمة، والإضرار بالخصوم.

ويظهر الدور العلاجي للمشرع من خلال إدراجه النصوص المتعلقة بسقوط الخصومة في الدعوى في حالة عدم السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه<sup>(1)</sup>، وأرى أن تفعيل هذه النصوص من الناحية التطبيقية على الدعوى يحد من مماطلات المدعي، ويمنع تعسفه بالمدعى عليه، فالمدعى عليه ليس في الخيار في الدخول في الخصومة وإنما أجبر عليها بفعل المدعي، فلا يعقل أن يترك المدعي يتحكم في الدعوى وبقائها.

كذلك نظم المشرع تقديم الخصوم للطلبات والدفع<sup>(2)</sup> بما يضمن لكل طرف حقه ويمنع في ذات الوقت تعسف كل منهما بالآخر، لا سيما وأنه أجاز للمحكمة أن تضم هذه الطلبات للدعوى، وأن تفصل فيها مع الحكم الفاصل بموضوعها، ورغم ذلك فإن تقديم الطلبات هي طريق في كثير من الأحيان لتعسف الخصوم بعضهم ببعض، فقد أظهر الواقع العملي في كثير من الدعاوى استغلال المدعى عليه هذه الطريق لإطالة أمد التقاضي عندما يتقدم بطلب متفرع عن الدعوى يتضمن دفعاً ويطلب من المحكمة بعد تكرار المدعي لائحة دعواه وقبل تكرار المدعى عليه الانتقال لرؤية الطلب ووقف السير في الدعوى، وبعد صدور القرار فيه يعمد إلى الطعن فيه بطريق الاستئناف والنقض وما يترتب على ذلك من هدر وقت طويل في محاولة لمنع المحكمة من بحث موضوع الدعوى.

ويرى الباحث ضرورة فرض رسوم أعلى من الرسوم الواجب دفعها لتقديم الطلبات، فرسم الطلب المقدم لمحكمة الصلح هو مبلغ دينار أردني ورسم الطلب المقدم لمحكمة البداية دينارين، وهذا يسمح للخصوم لتقديم مثل هذه الطلبات، فلو فرضت ذات رسوم الدعوى على الطلبات لأدى ذلك إلى التقليل

---

<sup>(1)</sup> نصت المادة (132) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: " لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة إذا انقضت ستة أشهر اعتباراً من آخر إجراء اتخذ فيها".

<sup>(2)</sup> نصت المادة (91) من ذات القانون على: "1. الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معاً قبل إيداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. 2. تحكم المحكمة في هذه الدفع على استقلال ما لم تأمر بضمها إلى الموضوع وعليها أن تبين ما حكمت به في كل منها على حدة."

منها، وضماناً لجديتها، لأن فرض الرسم القانوني يذهب إلى خزينة الدولة وأن من يتحمله هو الخاسر بنتيجة الفصل في الدعوى.

## المطلب الثاني: المساس بالعدالة وهيبة القضاء وسمعته

لعله من المفيد أن أبحث في أحكام القضاء عن تطبيقاته لنظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي، لمعرفة ما إذا كان لهذه النظرية صدى على أرض الواقع العملي، أو من شأنها أن تدفع هذا الواقع وتقدم له حلاً لما يعترضه من مشاكل، وهو ما يجعلني أولي وجهي شطر الأحكام، لنأخذها بالتحليل وأستخلص منها، وإلا بقيت الدراسة لنظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي حبيسة الأفكار، ما لم تشهد أثراً واقعياً ملموساً، وتقدم حلاً أو تصحيحاً لما هو قائم، أو تقديراً له، ولعل القضاء وهو ما يعبر عنه (بالعمل القانوني) الذي تطبق فيه القواعد القانونية خير مجال لهذا الواقع العملي فيما يثار أمامه من أفضية.

وبصدد التطبيق يقوم حوار وصلة وثيقة بين القاضي والمشرع، فإذا صدر المشرع نصوصه، يتولى القاضي إصدار أحكامه، ويجعل القضاء مصدراً من مصادر التشريع، فيشير في ذلك صراحة في مذكراته الإيضاحية ويحدد دوره في التفسير والتطبيق، وإذ يأخذ المشرع بمعايير موضوعية مرنة يضمن بها استقرار نصوصه وتطورها في ذات الوقت، فإنه قد يأخذ بمعايير شخصية في نصوصه، ويقيد القاضي في التطبيق، فتجد بها النصوص ويعجز القضاء عن مواجهة ما يعرض عليه بشأن التطبيقات اليومية، ذلك أن النصوص تنتهي، والوقائع لا تنتهي.

ولست هنا في مجال عرض المناهج التشريعية أو المناهج القضائية، وإنما أقول أن قيمة النصوص، هي في كيفية تطبيقها وما تسفر عنه من حلول عادلة، إذ يتمتع القاضي في التطبيق بسلطة كبيرة خاصة في التقدير، وتكييف الواقع ووصفه، وإذا كان دور القاضي ينحصر في التطبيق، إلا أنه لكي يطبق النص يعتمد على وسائل التفسير، ومن بينها حكمة التشريع، والأعمال التحضيرية، إذ تساعده على فهم العبارات، كما عليه أيضاً أن يرجع إلى المصادر التاريخية، وأنه من الناحية العملية، فإن التفسير القضائي الذي يقوم به القاضي عند التطبيق ليس مجرد توضيح للمعنى، وإنما هو خلق للحكم العملي والفعلي للقانون، إذ يقرأ القاضي النص، ويحاول أن يستخدم معلوماته اللغوية لفهم عباراته، ومعلوماته القانونية للإحاطة بمعناه القانوني، ولهذا فإنه وبحق يقال أن القاضي هو مشرع في حالات معينة.

ولعله وبحق أن السمة الظاهرة في التشريعات الحديثة هي ما يعترف به المشرع من شك فيما يقدمه من نصوص لواقع الحياة، وأن هذا الشك ليس نابغاً من فقدانه الثقة في عمله، وإنما إيماناً منه بنسبية التشريع، وهو ما يدفع القضاء إلى القيام بدوره إزاء سد الثغرات التي قد تظهر في الواقع العملي ومن خلال قيامه بمهمة التفسير، ذلك أن المشرع يعتمد على معيار الحاجة والعادات الشخصية، ولهذا

السبب كانت فكرة المصلحة وإشباع الحاجات، فكرة نظرية وعملية كأساس للحق، وعلى الشارع دائماً أن يعود إلى فكرة الحاجة تنشئ الحقوق.

ولسوف أرى أنه في ضوء النصوص القائمة، ما إذا كان القضاء قد قام بما يجب أن يضطلع به في التطبيق، فقدم حلولاً لمشاكل التعسف في استعمال الحق، واتسمت هذه الحلول بالعدالة الموضوعية، أم أنه قد أخفق في ذلك، وإذا كان لا يسع القضاء أن يؤدي دوره، هل كان ذلك مرده إلى عجز النصوص القائمة التي يعيش خلالها، فاستند إليها وبعدت أحكامه عن العدالة، ثم غسل يديه عما أدت إليه هذه الأحكام من مظالم، وألقى المسؤولية على عجز النصوص، أم كان دوره خلاقاً في ضوء النصوص القاصرة، ومن أجل هذا ينبغي تقدير عمل القضاء بالنظر إلى النصوص القائمة عند التطبيق.

وهذا يعكس أهمية دور القضاء في التطبيق، وينتهي إلى تقدير قيمة النصوص القائمة من خلال التطبيق، وإذا كنت قد انتهيت إلى تقدير عمل المشرع إزاء معيار التعسف في استعمال الحق، فإنني سوف أبحث عن مسلك القضاء في منهاجه العملي إزاء ذات المعيار.

وما لا شك فيه أن للقضاء أهميته في حضارة الشعوب وتقدمها وأصالة حياتها وحسن جوارها، وطيب تعايشها الاجتماعي وهو معيار لذلك، والدليل على اعتباره ذلك أن القضاء ميزان الإدعاء ونيراس العدل وملاذ المظلوم والسد المانع لأنواع المظالم والغصوب والتعديت.

والتعسف في استخدام الحق الإجرائي يترتب عليه آثاراً سيئة، تنعكس سلباً على حسن سير العدالة وما يعقب ذلك من هدر إجرائي مما يشكل خسارة فادحة تقع على عاتق الخصوم وتؤدي إلى زيادة المصاريف والنفقات وخلل في اقتصاديات الإجراء. وبالتالي هل يؤدي التعسف في استعمال الحق الإجرائي إلى تباطؤ الوصول إلى العدالة (عرقلة سيرها) أو منع الوصول إليها (إنكار العدالة)؟.

لعظم مسؤولية القاضي وخطورتها، عنى المشرع عناية عظيمة بالقضاء وأولاه اهتماماً بالغاً في كفه أموره سواء من حيث تعيينهم أو عزلهم ووضع الشروط لذلك، وفي ذات الوقت نظم المشرع حقوقهم وواجباتهم فضلاً عن القواعد التي تحمي عدالتهم وتقرر ضمانات الوصول إليها، ويأتي على رأس هذه الضمانات استقلالهم في أداء وظيفتهم، فمن أسند إليه مهمة قضائية وجب عليه القيام بها بمنأى عن أي تأثير من قبل أي فرد أو سلطة، ومن المتفق عليه أن سلطة ولي الأمر على القاضي تنتهي بالقولية، فيصبح القاضي نائباً عنه نيابة عامة فيما ولاه وتظل سلطة ولي الأمر فقط بالنسبة لتنظيم القضاء.

ولكي تكون العدالة ناجزة وسريعة فإن القاضي يحتاج إلى الإرشاد والنصح، وهذا لا يتعارض مع استقلاليته وهذه الإرشادات والنصائح تنزل منزلة التعليمات ومن أمثلتها الشهيرة رسالة الخليفة عمر

بن الخطاب رضي الله عنه إلى قاضيه أبي موسى الأشعري وهي كتاب جليل في القضاء يتضمن أصول الحكم والشهادة<sup>(1)</sup>.

وأسباب تباطؤ العدالة كثيرة، ويمكن تصنيفها إلى أسباب تعود للقواعد القانونية المنظمة لسير الدعوى، وإما للقضاء وأعدائه، وإما لأطراف الدعوى.

### السبب الأول: القوانين الناظمة لإجراءات سير الدعوى:

قسم المشرع الأنظمة والتشريعات القانونية إلى أنظمة أو تشريعات تبين حقوق الأفراد وتحدد كيف ينشأ الحق وكيف ينقضي؟ وهي تلك الأنظمة والتشريعات المقررة للحقوق كالقانون المدني والتجاري، وأنظمة وتشريعات تبين الوسيلة التي بمقتضاها تؤدي هذه الحقوق وتحترم والجزاء الذي وضعه المشرع على مخالفة القواعد المنظمة للإجراءات وكيفية التمسك به، كقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وقانون البيئات في المواد المدنية والتجارية، فالنوع الأول من التشريعات يتناول دراسة أصل الحق، أما النوع الثاني منها فهو يتعلق بالشكل، بمعنى أنه يلزم الأفراد باتخاذ إجراءات وأوضاع معينة إذا ما أرادوا التمتع بحماية حقوقهم، كما يلزم القضاء بمراعاة ضوابط وأصول معينة عند الفصل في الخصومات.

وإذا كان لا بد من شكلية الإجراء حتى يطمئن الأشخاص إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التي نص عليها القانون، وحتى يطمئنوا إلى حسن سير القضاء، إذ لا يتصور ترك الأمر لمطلق تقدير القضاة، وهم كأى إنسان تختلف طريقتهم في الإدراك والتقدير الحكم، وإذا كانت أهمية الشكل تصل إلى القدر الذي يقال عنه أنه توأم الحرية، وإذا كان لا بد من وضع جزاء على مخالفة الأشكال والأوضاع التي نص عليها القانون حتى تحترم نواهي القانون وأوامره الأساسية، فمن الواجب مع ذلك أن يحول المشرع دون اتخاذ هذا الجزاء سلاحاً للكيد والمشاكسة وإضرار بالحقوق،

(1) " أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليه فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، اس بين الناس في مجلسك، وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يبأس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن ادعى حقاً غائباً أو بيئة فاضر له أمداً ينتهي إليه، فان أضر بيئة أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه الفضية، فان ذلك هو أبلغ في العذر وأنى للشك وأجلى للعمى، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنياً في ولاء أو قرابة، فان الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبيئات والإيمان، ثم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قران ولا سنة ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتكر عند الخصومة أو الخصوم فان القضاء في مواطن الحق ولو على نفسه كفاءة الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين مما ليس في نفسه شأنه الله، فان الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً"، كتاب القضاء، ص341.

فالقوانين المنظمة للإجراءات وضعت لتوجيه صاحب الحق إلى السبيل التي تؤدي به إلى حماية حقه والانتفاع منه، ومن الواجب أن يكون أداة صالحة ووسيلة بريئة للكشف عن حقيقة الواقع والوصول إليها، ولا يؤدي إلى إهدار الحقوق من أجل الأوضاع وتفضيل الشكل على الموضوع، لأن الإغراق في الشكليات والمغالاة في الأوضاع لا يكون إلا على حساب الموضوع ويؤدي إلى هدر الحقوق وضياعها. فيتعين ألا يحكم بالجزاء إلا إذا استحال إزالة الضرر الناتج عن المخالفة، ويتعين في كل الأحوال الأخرى التي يمكن فيها إزالة الضرر تمكين المحكمة من الأمر باتخاذ الإجراءات التي من شأنها استيفاء النقص أو إصلاح الخطأ<sup>(1)</sup>.

ورغم وجوب ضرورة احترام القواعد الإجرائية النازمة لسير الدعوى، إلا أنني أرى أن تقرير جزاء البطلان لمخالفتها يتعارض مع طبيعة الإجراء ويصادر غايات المشرع منه، فالإجراء ليس غاية الحق وإنما هو وسيلة لحمايته، ويخشى أن يكون في المغالاة في تقرير البطلان ما يؤدي إلى ضياع وإهدار الحقوق، فتتقلب الوسيلة إلى غير غاياتها، فبدلاً من يكون الإجراء وسيلة للوصول إلى الحق ينقلب إلى سبباً في هدره وضياعه، وإذا كان جزاء البطلان ضرورة مستمدة من القواعد القانونية، فإن هذه الضرورة يجب أن تقدر بقدرها وبما لا يخرجها عن طبيعتها أو ينحرف بها عن غاياتها.

ويرى الباحث أن يتم الاستعاضة عن جزاء بطلان الإجراء بجزاءات إجرائية أخرى، كفرض غرامات مالية نتيجة مخالفة الإجراء، أو تكبيد الخصم المخالف رسوماً إضافية، أو تغريمه مبلغاً من المال لصالح خصمه وليس لخزينة الدولة إذا ما ترتب على مخالفة الإجراء ضرراً أصابه.

وأول حكم أصدره القضاء قيد بموجبه الحق بتحقيق مصلحة هو حكم محكمة (Colmar) في فرنسا الصادر في (2) مايو سنة (1855)<sup>(2)</sup> وهو الحكم الذي ذاع سيطه، ودرجت المؤلفات على الإشارة إليه، بحسبانه أول حكم صدر في شأن التعسف في استعمال الحق، إذ قضت المحكمة بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله حجبت النور عن جاره وهي إذ قضت بذلك فقد قام قضاؤها على أسباب أهمها: " من حيث أن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية على أي وجه حق مطلق، يخول للمالك الانتفاع بالشيء وأن يستعمله بإطلاق، وأن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر، يجب أن يجد حدة في تحقيق مصلحة جديّة مشروعة، وأن مبادئ الأخلاق والعدالة تتعارض مع مساندة أو تأييد عمل الباعث عليه رغبة شريرة وجرى تحت رغبة خبيثة، لا تبررها أية منفعة شخصية، وتلحق بالغير " واستناداً لهذه الأسباب قضت المحكمة بإزالة المدخنة، وظل هذا الحكم بما تضمنه من مبادئ وأحكام . مترجماً على عرش القضاء، فتجعله المحاكم نبراساً لها تأخذ منه ذات

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفع في قانون المرافعات . مرجع سابق . ص3.

(2) المستشار شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . مرجع سابق . ص340.

كلماته التي ردها في حكمه، حتى بعد قرن من الزمان، وقد تبعت هذا الحكم أحكام تقضي بذات المبدأ والأسباب.

وقضت محكمة "Draguignu" الفرنسية<sup>(1)</sup> بمسؤولية الدائن لتعسفه في استعمال حقه، متى كان لديه أكثر من وسيلة لاستعمال حقه، فاختر إحداه دون أية منفعة، وتؤدي إلى الإضرار بالغير، وقضت محكمة النقض الفرنسية أيضاً، بأن الدائن إذ يستعمل حق مدينه المتعاس عملاً بنص المادة (1166) مدني فرنسي، فإنه أيضاً في ذات الوقت يستعمل حقه فيقيم دعواه التي منحه إياها القانون لحماية مصالحه الشخصية وإذ منح هذه المكنة أو الميزة كوسيلة لضمان استيفاء دينه، فإنه ينبغي أن يتقيد في استعمال حقه هذا بتحقيق مصلحته وإلا فإنه يسوغ عدم قبول دعواه حتى لو لم يكن له مصلحة جادة ومشروعة في ذلك.

وبهذا المعنى استقر القضاء الفرنسي<sup>(2)</sup>، فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن ثمة تعسفاً في استعمال الحق . سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق . متى كان القول به أو استعماله في كل مرة غير مفيد بالنسبة له وضاراً بالمدعى عليه، وهذه الصلة تثبت قصد الإضرار بالغير لدى المدعي، فالمنفعة أو عدمها ينبغي تقديرها موضوعياً وهي حاسمة في بيان التعسف.

### السبب الثاني: القضاة وأعاونهم وظاهرة البطئ في التقاضي.

رغم أن أنني حصرت موضوع هذه الدراسة في تعسف الخصوم والغير في الدعوى، إلا أن الحقيقة تقتضي علينا القول بأن القضاة وأعاونهم لهم دور كبير في ظاهرة الاختناق القضائي، وتكدس الدعاوى والبطئ في الفصل في النزاعات وهي شكلاً من أشكال التعسف، ولا يمكننا بحال أن نحملهم كامل المسؤولية عن ذلك لأن هناك عوامل أخرى تضاف إليهم، فقلة عدد القضاة هي سبب في ازدياد هذه الظاهرة، واليات التبليغات والنقص الحاد المبلغين (المحضرين) يساهم في ذلك.

وثقافة القاضي القانونية ومدى إلمامه بالقوانين الموضوعية والإجرائية تلعب دوراً مهماً في الحد من ظاهرة الاختناق القضائي ومحاربة تكدس الملفات، فالقاضي يلعب دوراً مهماً في إدارة سير الدعوى، فتدقيق القاضي للدعوى بعد قيدها من شأنه أن يتببه لكثير من الدفوع المتعلقة بالنظام العام والتي تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها كونها شضاًن يهم القانون لا يتوقف إثارته على الخصوم، فخلو الوكالة الخاصة المتعلقة بالمحامي والتي تم بموجبها إقامة الدعوى من أركانها الجوهرية هو دفع يتعلق بالنظام العام، من شأن إثارة المحكمة له في بداية الدعوى أن يوفر على الخصوم عناء المحاكمة، كأن تكون الوكالة غير موقعة من الموكل أو معيبة بعيب الجهالة الفاحشة أو غير مصادق

(1) المستشار شوقي السيد . مرجع سابق . ص350.

(2) المرجع السابق . ص350

عليها من قبل الوكيل، كذلك الدفع المتعلق بالاختصاص القيمي وهو يتعلق بالنظام العام، كأن يكون موضوع الدعوى بالنظر إلى قيمتها تدخل ضمن إختصاص محكمة أخرى، وكذلك الإختصاص النوعي، كأن تقام دعوى تخلية المأجور أمام محكمة البداية وهي إختصاص نوعي لمحكمة الصلح، فإن إثارة هذا الدفع في بداية الدعوى يغني عن السير فيها.

كذلك فإن منح الخصوم عدداً محدداً من الجلسات بيناتهم من شأنه أن يضع حداً لمماطلات الخصوم في تقديم البيئات، كأن يخصص لكل خصم جلستين لتقديم البيئات، وعدم تأجيل الدعوى لذات السبب أكثر من مرة، وكذلك تقرب جلسات المحاكمة من شأن أن يقرب الفصل في موضوع النزاع وإنهاء الدعوى، كذلك حصر الوقائع التي تتطلب إقامة الدليل عليها وهي الوقائع المنتجة في الدعوى محل النزاع بين الطرفين، وعدم إضاعة وقت المحكمة ووقت الخصوم في الاستماع إلى بيئات غير منتجة في الدعوى، كأن تستمع المحكمة للبيئات حول وقائع متفق عليها بين أطراف الدعوى، أو تستمع إلى بيئات لاثبات وقائع على فرض ثبوتها لا تؤثر في الدعوى وهي غير منتجة فيها.

وكذلك يوجد دور مهم لأعوان القضاة في عرقلة سير الدعوى وإطالة أمد التقاضي، ولعل من أهمهم عمل المحضرين، فعدم رجوع أوراق التبليغ القضائية سيترتب عليه إعادة التبليغ وضياع جلسة المحاكمة دون فائدة عملية، وكذلك الأمر شرح المحضر على ورقة التبليغ شرحاً مخالفاً لما اشترطه القانون، وعدم بذل جهد من المحضرين للوصول إلى المطلوب تبليغه، فهذه كلها تعرقل سير الدعوى.

### المطلب الثالث: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف

وجد الحق الإجرائي كوسيلة للوصول إلى الحق الموضوعي، لذلك وصف القانون الإجرائي بأنه قانون وسيلي أي خادم للقوانين الموضوعية، ولأن في ترتيب المسؤولية المدنية عن استعمال الحق الإجرائي يؤثر في استعمال الأفراد لحقهم الإجرائي، وقد يكون من شأن المغالاة في إطلاق إجازة المسؤولية إحجام الأفراد عن اتباع الإجراءات للذود عن حقوقهم خوفاً من سيف المسؤولية، الأمر الذي يتطلب الموازنة والتوفيق بين الحالتين: أن اتباع الإجراءات هي بحد ذاتها حق وبين المسؤولية المترتبة على هذا الاستعمال.

لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين سأدرس في الفرع الأول الخلاف حول مدى المسؤولية عن التعسف الإجرائي، وفي الفرع الثاني أركان قيام المسؤولية عن التعسف الإجرائي وإثباتها.

## الفرع الأول: الخلاف حول مدى المسؤولية المترتبة عن التعسف الإجرائي

نشأ الخلاف في الفقه<sup>(1)</sup> حول مدى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي بوصفه حقاً من حقوق الإضرار والتي يترتب على استعمالها العادي والمألوف بشكل غالب أضرار تصيب الغير، فبينما تتعالى الأصوات إلى التضييق من نطاق المسؤولية في المجال الإجرائي تذهب أصواتاً أخرى إلى إطلاقها في هذا المجال شأن الحق الإجرائي في ذلك شأن غيره من الحقوق الموضوعية.

### أولاً: حصانة الحق الإجرائي من المسؤولية الناجمة عن التعسف:

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(2)</sup> أنه على الرغم من الدور الذي تؤديه نظرية التعسف في استعمال الحق في ضبط استعمال هذا الحق على النحور الصحيح، فإنه لا داعي من التساهل في تطبيقها على استعمال الحق الإجرائي نظراً للطبيعة الخاصة لهذا الحق، حتى لا يستخدم الخصم سيء النية هذا الحق كوسيلة للإضرار بالخصم الآخر، فكل من ترفع عليه دعوى يمكن أن يطالب بالزام خصمه بالتعويض، زاعماً أن مباشرة الدعوى ضده كانت على نحو تعسفي، وهو ما قد يدفع صاحب الحق في الدعوى إلى العزوف عن استخدام حقه فيها، لذلك دعا أنصار هذا الاتجاه بضرورة تمتع الحق الإجرائي بنوع من الحصانة من المسؤولية عند تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

ونتيجة لذلك دعا جانب من الفقه<sup>(3)</sup> إلى الأخذ بمفهوم ضيق للخطأ لإقرار التعسف في استعمال الحق الإجرائي، إذ يكفي للقول بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي توافر قصد الإضرار بالغير. بل أن جانباً آخر من الفقه<sup>(4)</sup> يرى ضرورة تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق عند استعمال الحق الإجرائي بصفة احتياطية، وحتى لا يتخذ الخصم سيئ النية ذلك ذريعة لتهديد من يلجأ إلى القضاء، فيترك المدعي دعواه خوفاً من مطالبة المدعي عليه بالتعويض.

(1) الدكتور نواف حازم خالد والسيد علي عبيد . بحث بعنوان: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية مجلة الرافدين للحقوق . المجلد (12) . العدد (44) . السنة (2010) المنشور على موقع الانترنت (<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=34157>) بتاريخ (2009/10/19) . ص105.

(2) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح عطية . نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى . دار النهضة العربية . القاهرة . 1990 . ص1990 . ص244-245 ، د. نبيل إسماعيل عمر . الطعن بالاستئناف وإجراءاته . منشأة المعارف . الإسكندرية . 1980 . ص222-223 ، د. إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . الجزء الأول . منشأة المعارف . الإسكندرية . 1974 . ص138-139.

(3) الدكتور عزمي عبد الفتاح عطية . نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى . لمرجع سابق . ص256.

(4) الدكتور رمزي سيف . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . دار النهضة العربية . القاهرة . 1961 . ص124 .

وتطبيقاً لهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز العراقية: "لا يلزم بالضمان إذا استعمل الخصم حق التقاضي الذي أجاز له القانون استناداً لأحكام المادة (6) من القانون المدني"<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ على هذا القرار أنه أضفى الحصانة على من يلجأ إلى استعمال حق التقاضي في جميع الحالات بحيث يعفى من المسؤولية، حتى وإن استعمل هذا الحق وسيلة بقصد إيذاء الغير أو التشهير بسمعته والإضرار به.

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه يتجافى مع الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية وما يترتب على استعمالها من أضرار بالخصم الآخر، ويجافي قواعد العدالة والمنطق التي تقضي باحترام حق الغير، الأمر الذي يدعو إلى القول أنه لا حصانة من المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع للحق الإجرائي.

### ثانياً: خضوع الحق الإجرائي لقواعد المسؤولية الناجمة عن التعسف

ينادي أنصار هذا الاتجاه<sup>(2)</sup> بأنه لا حصانة للخصم تجاه نظرية التعسف في استعمال الحق ومن المسؤولية عند استعمال الحق الإجرائي، انطلاقاً من أن ما ذهب إليه أنصار الاتجاه السابق يعد متشدداً في تحديد نطاق استعمال الحق الإجرائي، لأن المسؤولية عن التعسف مناطها استعمال هذا الحق على نحو غير مشروع، وهو أمر يسهل تطبيقه على الحق الإجرائي شأنه في ذلك شأن غيره من الحقوق الموضوعية، بل أن القول بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي من شأنه ضبط حسن استعمال الحق الإجرائي الذي ليس له ما يبرره من الناحية القانونية السليمة، إذ أنه يعد من قبيل تخصيص النصوص الخاصة بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على استعمال الحق الإجرائي دون مخصص، فالعام يبقى على عمومته ما لم يرد نص يخصصه، وليس في القانون المدني أو المرافعات ما ينص على ذلك، فضلاً عن أن طبيعة الحق الإجرائي ذاته لا تتعارض مع تطبيق الضوابط الموضوعية لنظرية التعسف في استعمال الحق، خاصة وأن المصلحة بوصفها أحد أوجه أو مبررات استعمال الحق الإجرائي على وجه العموم، هي الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الحالات الأخرى.

<sup>(1)</sup> قرار محكمة التمييز العراقية رقم (3564) الهيئة التمييزية الاستئنافية . (1998) . في (1998/11/26) . منشور في مجلة العدالة . العدد الأول . السنة الثانية . بغداد . (2000) ص143.

<sup>(2)</sup> الدكتور أحمد السيد صادوي . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . دار النهضة العربية . القاهرة . (2004) . ص190 . 191 . المستشار مصطفى مجدي هرجة . أحكام التقاضي الكيدي . إساءة استعمال حق التقاضي . دار محمود للطباعة والنشر . القاهرة . (2006) . ص29.

كما أن أحكام القضاء تدل على إقرار المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي<sup>(1)</sup>، وبناء على ما تقدم فإنه يمكن القول بأن الاتجاه الراجح هو الاتجاه الثاني الذي يقضي بخضوع استعمال الحق الإجرائي للمسؤولية إذا ما كان الغرض منه سوى الإضرار بالغير ليس إلا. وبعد أن توصلنا إلى إقرار بتجريد الحق الإجرائي من الحصانة من المسؤولية، فإن السؤال الذي يثار بهذا الصدد: هل أن الشخص يكون مسؤولاً في حالة الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي؟.

<sup>(1)</sup> قضت محكمة (Rethel) الفرنسية بمسؤولية الدائن لتعسفه في استعمال حقه إذ لم يقنع بتوقيع الحجز على مال تزيد قيمته على قيمة الدين، وهو دين بسيط، وإنما قام بتوقيع الحجز. دون داع، فالهدف قد يكون مفيداً للدائن ولكنه يصيب كل أو أموال مدينه، وبهذا المعنى قضت محكمة (Draguignu) بمسؤولية الدائن لتعسفه في استعمال حقه، متى كان لديه أكثر من وسيلة لاستعمال حقه، فاختر إحداهما دون أية منفعة، وتؤدي إلى الإضرار بالغير، كما قضت محكمة النقض الفرنسية أيضاً بأن الدائن إذ يستعمل حق مدينه المتعاسر عملاً بنص المادة (1166) مدني فرنسي، فإنه أيضاً في ذات الوقت يستعمل حقه فيقيم دعواه التي منحه إياها القانون لحماية مصالحه الشخصية وإذ منح هذه المكنة أو الميزة كوسيلة لضمان استيفاء دينه، فإنه ينبغي أن يتقيد في استعمال حقه هذا بتحقيق مصلحته وإلا فإنه يسوغ عدم قبول دعواه حتى لو لم يكن له مصلحة في ذلك، وقد ورد في أسباب حكمها أنه من حيث أنه ترتيباً على ذلك وكانت سلطة التقدير وفقاً للوقائع الثابتة أن المدعي لم يكن لديه أية مصلحة جلية أي جادة ومشروعة تتحقق له من دعواه، لذلك فقد غدا السبب الأول على غير أساس ومن ثم فقد قضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى، وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم فرفضت الطعن بالنقض تأسيساً على أنه لا توجد مصلحة جادة في استعمال الدائن حق مدينه.

وبهذا المعنى أيضاً استقر القضاء الفرنسي، فقضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن ثمة تعسفاً في استعمال الحق. سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق. متى كان القول به أو استعماله في كل مرة غير مفيد بالنسبة له وضاراً بالمدعى عليه، وهذه الصلة تثبت قصد الإضرار بالغير لدى المدعي، فالمنفعة أو عدمها ينبغي تقديرها. موضوعياً وهي حاسمة في بيان التعسف.

وفي حكم حديث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كان الدائن قد حصل على أمر بتوقيع الحجز، وأنه قد أهمل في أن يعرض على القاضي مسألة هامة والإشارة إلى قيمة المبالغ الكبيرة التي يعلم بإيداعها بالبنك وهو ما يقطع بأن المدين موسر فإن هذه الظروف تثبت قصد الإضرار. كما قضى أيضاً بمسؤولية الدائن عن توقيع الحجز بواسطة المحضر على حساب المدين، وهذا الدين أقل بكثير من قيمة المبالغ المحجوز بها.

وقضى أيضاً بمسؤولية دائن. بدين غير حقيقي. قام بتجميد ثلاثة ملايين فرنك خلال أربع سنوات عن طريق الحجز التحفظي.

كما قضت محكمة (Pontoise) التجارية بأن الدائن الذي يقيم دعواه طالباً إشهار إفلاس الشركة المدنية، التي يعلم أنها ليست في حالة تمتع معها عن سداد قيمة الدين، ما لم يصل إلى علمها إجراءات التداوي العادية. والحال هنا أن الدائن إذا كان له مصلحة محققة في استيفاء دينه، فإنه ليس له مصلحة في اختيار هذه الوسيلة من بين الطرق المخولة له، وقد تكون مصلحة تافهة بالمقارنة إلى الأضرار التي تصيب الشركة المدنية من جراء إقامة مثل هذه الدعوى (المستشار الدكتور شوقي السيد. التعسف في استعمال الحق. مرجع سابق. ص 349-351)). وقضى في دعوى أقامتها شركة "إسو أستاندر" ضد أحد وكلائها، محطة خدمة، بأن ثمة تعسفاً في استعمال الحق متى كان الإدعاء غير منتج أي غير مفيد أو نافع بالنسبة للمدعية، وضاراً بالمدعى عليها وهي علاقة تكشف عن قصد الإضرار بالغير وأن قيام المنفعة هنا أو عدم قيامها يجب أن يقدر بصفة مجردة تبعاً لقيمتها الاقتصادية والأدبية بالمعنى القانوني.

(المرجع السابق. ص 362-363).

الحقيقة أن الفقه<sup>(1)</sup> يجمع على أن المسؤولية لا يمكن أن تترتب نتيجة الإخفاق في استعمال الحق في الدعوى ولو تترتب على ذلك ضرر بالغير، فالالتجاء إلى القضاء لا يترتب عليه قيام المسؤولية، وأن القول بخلاف ذلك من شأنه القضاء على الحماية للحقوق الموضوعي، وبناء على ذلك فلا مسؤولية عن الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي وعدم حصول الشخص على حكم في موضوع النزاع سوى التزامه بدفع المصاريف.

والأساس الذي يمكن أن تبنى عليه قاعدة عدم المسؤولية عن الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي على أساس التعسف في استعمال الحق، يرجع إلى الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية، إذ يترتب على استعمالها العادي أو المألوف في الغالب ضرراً بالغير، الأمر الذي دعا إلى وصف الحقوق الإجرائية على أنها من حقوق الإضرار، إذ غالباً ما يترتب على حصول حكم لمصلحة طرف من إصابة الطرف الآخر بالأضرار.

ويرى الباحث وجود إمكانية التعسف في استعمال الحق الإجرائي بمجرد الإلتجاء للقضاء باقامة الدعوى، إذ قد يدرك من أقام الدعوى أن لا حق موضوعي فيها، ورغم ذلك يلجأ للقضاء لمجرد إلحاق الضرر بخصمه، للنيل من سمعته، أو مركزه التجاري، فقد يستغل أحد الأشخاص وجود اسم لمورثه في سجلات الأراضي في قطعة أرض وقد يكون سجلاً تركياً قديماً لإقامة الدعوى ضد شخص اشترى هذه القطعة من أجل إقامة مركز تجاري، معتمداً على بيع محلات تجارية للتجار قبل بنائها، وأن مجرد إقامة الدعوى عليه من شأنه أن يزعزع ثقة التجار الذين قاموا بالشراء ويدخله في خلافات معهم، أو أن يحجموا عن الشراء لمجرد وجود نزاع على الأرض.

ولم يقف القضاء عند هذا الحد، بل شمل القول لانتفاء المصلحة كل الحقوق كالحق في إقامة الدعوى، إذ اطردت الاحكام على اعتبار المدعي متعسفاً في رفع دعواه، إذا ما أقامها دون مصلحة جدية ومشروعة، وكانت ضارة بالغير دون فائدة يجنيها<sup>(2)</sup>، كما قضت أيضاً محكمة الزقازيق الكلية الأهلية في (19) مايو سنة (1929) في دعوى خوصم فيها شخص بصفته وكيلاً عن آخرين مقيمين خارج البلاد، وتنازل الوكيل عن صفة الوكالة بقصد عرقلة سير الدعوى وتحميل المدعي المتاعب

(1) د. نواف حازم خالد . السيد علي عبيد . بحث بعنوان المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية . مرجع سابق . ص108 . 109 . نقلاً عن د. أحمد السيد صاوي ص179 ود. إبراهيم نجيب سعد ص138 و143 . د. السيد عبد العال تمام ، كفاءة حق التقاضي، دار النهضة العربية القاهرة . ص29 .

(2) استئناف مختلط (12) فبراير (1936) الجدول العشري الثاني للمحاماه رقم (2240) . نقلاً عن هامش الصفحة (382) من كتاب المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . مرجع سابق .

الجمعة من الإعلان لغايات التبليغ، وقد اعتبرت المحكمة أن ذلك إساءة لحقه في التحي عن الوكالة واعتبرته ممثلاً لموكليه في الدعوى تمثيلاً قانونياً صحيحاً<sup>(1)</sup>.

إذا كان الأصل أن يتم استعمال الحق الإجرائي في حدود الغايات التي شرع من أجل تحقيقها، إلا أن تحقق المسؤولية عن الاستعمال التعسفي للحق الإجرائي يجب أن تتوافر أركان قيامها، فالتعسف في استعمال الحق بشكل عام لا يختلف كثيراً عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي إلا في طبيعة الحق المتعسف في استعماله، ففي الحالة الأولى فإن التعسف يقع على الحق الموضوعي وفي الحالة الثانية يقع التعسف على الإجراءات.

ولأن المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي تستند إلى استعمال الحق الإجرائي بصورة تخالف الغاية من تقريره وهذا ما يعرف بالانحراف عن غاية الحق، الذي من شأنه أن يؤدي إلى تحقق الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال وتوافر علاقة السببية بينهما، ولا تتحقق هذه المسؤولية إلا إذا استطاع المتضرر إثبات توافر هذه الأركان، وهذا موضوع الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: أركان قيام المسؤولية عن التعسف الإجرائي وإثباتها

تختلف نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي عن نظرية المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي الضرر للقول بوقوع التعسف، بل ينبغي أن يكون هناك انحراف عن الغاية المشروعة من استعماله، حيث قضت محكمة النقض المصرية<sup>(2)</sup>: "مسألة الخصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي، يقتضي وجوب إيراد الحكم للعناصر الواقعية والظروف التي يصح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصاً سائغاً بضرورة توافر الانحراف في استعمال الحق للحكم بالمسؤولية على أساس التعسف"، والركن الثاني يتمثل في وقوع ضرر بالغ أصاب الغير من جراء هذا الاستعمال، وتوافر علاقة السببية بينهما، وتوافر هذه الأركان لا يكفي للحكم بالتعسف إلا إذا استطاع المتضرر أن يثبت ذلك.

(1) الزقازيق الكلية الأهلية (19) مايو سنة (1929) المحاماة السنة (10) رقم (92) ص 180 وبهذا المعنى (7) مايو (1929) المحاماة السنة (10) ص 85 رقم (32) . هامش ص 382 من كتاب المستشار شوقي السيد . المرجع السابق.

(2) نقض مدني . الطعن رقم (11865) لسنة (65) ق جلسة (29) يونيو (1997) . نقلاً عن د. نواف حازم خالد . ص 113 .

مرجع سابق .

## أولاً: الإنحراف عن الغاية المشروعة للحق الإجرائي.

بعد درسنا الجدل والنظريات التي دارت حول تعريف فكرة الحق، وحدوده وانتهينا إلى أن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً يتقيد بتحقيق المصلحة، وأن هناك ثمة ضوابط تتعلق بالجدية والمشروعية، فحيثما يخرج صاحب الحق عن حدود الحق الغائية يتحقق التعسف، ويتحقق التعسف أيضاً إذا ما تحققت المصلحة وتخلف ضابط الجدية منها بأن كانت المصلحة تافهة سواء كان ذلك بالموازنة مع المصالح الخاصة أو العامة، أم كانت المصلحة رغم قيامها ورغم جديتها تفتقد ضابط المشروعية وهو ضابط يتعلق بفكرة النظام العام ومطابقة المصلحة للقانون بل وغاية الحق ذاته وقواعد الأخلاق والآداب العامة<sup>(1)</sup>.

والمقصود بالإنحراف الواجب توافره كركن لقيام المسؤولية عن التعسف في استخدام الحق الإجرائي هو الخروج عن الغاية المشروعة من الحق وليس الخروج عن حدود استعمال الحق، لأن ذلك يدخلنا ضمن نظرية تجاوز استعمال الحق، وهذا يفترض استعمال الحق ضمن الحدود التي رسمها له القانون، إلا أن الغاية من هذا الاستخدام هي غاية غير مشروعة، كأن تكون الغاية من الاستعمال هي مجرد إلحاق الضرر بالغير.

ولا يتحقق الإنحراف عن الغاية المشروعة للحق إلا في حالة انعدام المصلحة مع توافر قصد الإضرار بالغير أو عدم مشروعية المصلحة مع توافر قصد الإضرار بالغير أو عدم جدية المصلحة أو تقاتمتها مع الضرر الذي يلحق بالغير، وهذه حالة تقتض إجراء مازنة بين المصلحة والضرر سواء كانت مصلحة خاصة أصابت ضرر بمصلحة خاصة أو كانت مصلحة خاصة أصابت الضرر بالمصلحة العامة.

## ثانياً: رجحان الضرر على المصلحة المرجوة من استعمال الحق

فالضرر عنصراً هاماً وأساسياً من عناصر المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق، فلا يترتب قيام المسؤولية عن استعمال الحق الإجرائي ولو كان تعسفياً إذا لم يترتب على استعماله ضرر يصيب الخصم أو الغير، ولا يكفي توافر الضرر لقيام المسؤولية عن التعسف وإنما يجب إجراء الموازنة بين المصلحة المرجوة من استعمال الحق وبين الضرر الذي قد يلحق الغير جراء هذا الاستخدام فإذا كانت المصلحة المرجوة من استعمال الحق الإجرائي مصلحة تافهة إذا ما قورنت بالضرر البالغ الذي يصيب الغير منها مع توافر نية إلحاق الضرر بالخصم أو الغير عنئذ يمكننا القول قيام المسؤولية عن التعسف، الإضرار بالغير.

(1) المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . مرجع سابق . ص 209.

فنظرية التعسف في استعمال الحق بشكل عام والتعسف الإجرائي بشكل خاص تقوم على أساس الموازنة بين المنافع من استعمال الحق وما بين الضرر الذي يلحق الغير من ذلك الاستعمال<sup>(1)</sup>، فالتعسف صلة بين الحق والأخلاق، غايته تحقيق العدالة، إذ يوجد بجانب المشروعية والقانون مشروعية أخلاقية أو اجتماعية وتقدمه باعتبارها غاية الحقوق جميعاً، فيعتبر متعسفاً من يستعمل حقه أو رخصة بصورة غير إجتماعية وهو ما يقتضي دوماً الموازنة بين نتائج هذه الحقوق والمصالح المتعارضة أو المصالح والأضرار التي تصيب الغير أو المجتمع أو ما يمس بالمصلحة الإجتماعية أو الإلتزام الإجتماعي أو ضد العدالة ذاتها.

والضرر قد يكون مادياً أو أدبياً، فالضرر المادي هو الذي يصيب حقاً أو مصلحة تتمتع بحماية القانون، ومن شأنه الانتقاص من المزايا التي يخولها الحق أو المصلحة، وقد يكون الضرر مادياً ولو أدى إلى المساس بحق غير مالي، ويشترط في هذا النوع من الضرر أن يكون محقق الوقوع ومحدقاً، ويتحقق ذلك إذا وقع الضرر فعلاً أو كان محقق الوقوع في المستقبل، لهذا لا يصلح الضرر المحتمل غير محقق الوقوع، أما الضرر المتمثل في تفويت فرصة فانه وإن كانت الفرصة أمراً محتملاً إلا أن تفويتها يعد أمراً محققاً، أما الضرر المعنوي فهو الضرر الذي لا يصيب حقاً مادياً وإنما يقع على مصلحة أو حق أدبي أو معنوي.

ويتميز الضرر الناتج عن استعمال الحق الإجرائي، بأنه ضرر من النوع الذي لا يمكن تجنبه، سواء كان ضرراً مادياً قد يتمثل في الرسوم والنفقات وضياح الجهد والوقت، أو كان ضرراً أدبياً إذا ما أصاب الخصم أو الغير في شرفه أو سمعته إذا ما كان القصد من إقامة الدعوى على التاجر الإفلاس والتي من شأنها المساس بسمعة التاجر ومكانته التجارية.

ورغم أن الحق الإجرائي هو من الحقوق الإضرار التي يترتب على استعمالها العادي أضراراً لا مفر منها، إلا أن ليس كل ضرر يترتب على استعمال الحق الإجرائي قيام المسؤولية المدنية، وإنما يجب لقيامها أن يكون الضرر الناتج عن استعمال الحق الإجرائي فاحشاً وغير مألوف، وراجحاً على المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها، وبخلاف ذلك ومن شأن التوسع والمغالاة في المسؤولية عن وقوع الضرر الناتج عن الإجراء أن يشكل تهديداً لاستعمال الحقوق الإجرائية التي كفلها القانون.

<sup>(1)</sup> الدكتور نواف حازم خالد والسيد علي عبيد . بحث بعنوان "المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي

في الدعوى المدنية" . مرجع سابق . ص 117.

### ثالثاً العلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق والضرر.

إذا كان مفهوم الانحراف في استعمال الحق الإجرائي يتمثل في استخدام الحق الإجرائي مع انتفاء المصلحة منه أو تفاهتها، أو خروجها عن المشروعية، وإذا كان ذلك يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغ يصيب الخصم أو الغير، فلا بد من توافر علاقة سببية بينهما، أي أن هذا الاستخدام هو السبب في إلحاق الضرر وأن الضرر لم يكن ليصيب الخصم أو الغير إلا نتيجة طبيعية لهذا الاستخدام، فتنهض المسؤولية المدنية عن هذا الاستخدام في حدود الضرر الذي لحق بالخصم أو الغير، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية<sup>(1)</sup>: " على أن الحكم أثبت حرمانها من الانتفاع بمنقولاتها كان بسبب الحجز الكيدي الذي أوقعه الطاعنون بإجراءات باطلة اتخذت في غيبتها دون أن تعلن بها".

أما إذا كان الضرر الذي أصاب الخصم أو الغير غير ناتج عن الإجراء فلا تقوم المسؤولية المدنية، ولكن السؤل الذي يطرح نفسه إذا ما اختلطت الأسباب التي أدت إلى وقع الضرر، فجزء منها يعود إلى استخدام الحق الإجرائي وجزءاً يعود إلى سبب أجنبي؟

الذي يراه الباحث أن الضرر الذي يدخل ضمن أركان قيام المسؤولية المدنية يجب أن يكون ناتجاً عن الإجراء، فان مسؤولية المتسبب في وقوع الضرر نتيجة استخدام حقه الإجرائي لا تتعدى هذا الاستخدام.

### رابعاً: إثبات التعسف

إذا كان الأصل أن استخدام الحق الإجرائي مقيد بغاياته، لأن الأمور بمقاصدها، والأصل في التصرفات حسن النية، ولا سيما وأن الحق الإجرائي هو وسيلة لوصول صاحب الحق إلى حقه الموضوعي وليس غاية في حد ذاته، وأن من يدعي قيام المسؤولية المدنية عن التعسف عليه أن يتحمل عبء إثباتها، لأن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه، ولأن البيئة على من إدعى واليمين على من أنكر.

فمن يدعي تعسف خصمه في استخدام حقه الإجرائي عليه أن يتحمل عبء إثبات أركان قيام المسؤولية عن التعسف، وعليه أن يتحمل عبء إثبات انحراف صاحب الحق عن الغاية من هذا الحق، بإثبات انتفاء المصلحة أو عدم مشروعيتها أو تفاهتها مقارنة مع الضرر الذي لحقه منها، وأن

<sup>(1)</sup> نقض مدني، الطعن رقم (392) لسنة (35) ث. جلسة (27 نوفمبر 1969). الدكتور نواف حازم خالد والسيد علي عبيد.

بحث بعنوان "المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية". مرجع سابق. ص 121. نقلاً عن الدكتور إبراهيم عبد التواب. ص 805.

يثبت وقوع ضرر فعلي أصابه سواء كان ضرراً مادياً كنفقات ومصاريف ومضيعة للوقت والجهد أو كان ضرراً معنوياً كأن تكون سمعته التجارية قد تضررت أو أنه فاته كسب، كأن تكون الصفقة العقارية قد ضاعت نتيجة لاقامة الدعوى عليه ووضع العقار موضع نزاع، وعلى من يدعي وقوع الضرر أن يثبت أن هذا الضرر الذي أصابه ناتج عن استخدام خصمه أو الغير حقه الإجرائي، وأن هذا هو نتيجة حتمية لهذا الاستخدام، وعليه أن يتحمل توافر عنصر قصد الإضرار بالغير أي توافر سوء النية التي يمكن إثباتها من الظروف والملابسات.

فان أخفق المدعي في إثبات أيّاً من أركان قيام المسؤولية عن التعسف ترد دعواه.

أما فيما يتعلق بمقدار التعويض عن الضرر، فان كان الضرر يمكن تقديره بالمال، فان من يدعيه عليه أن يثبت مقداره، أما وإن كان الضرر معنوي فان تقديره يعود للمحكمة.

## الخاتمة:

- هكذا بدا لنا الواقع الإجتماعي بما يحويه من مصالح وحاجات مصدراً فعلياً أو مادياً للقانون، دفع الشارع إلى الموازنة بينهما، وهو إذ يرجح إحداها على الأخرى، فيقرر للأشخاص وسائل ومكنات بما تنطوي عليه من استثناء وتسلط، هذه الوسائل بما تحويه من مضمون وغاية هي بعينها الحقوق، لهذا كانت الحقوق تنطوي على هذين العنصرين دون أن يطغى إحداها على الآخر.
- تلك هي النظرة المثالية لتحقيق التوازن بين الأفراد، لممارسة صاحب الحق الصلاحيات التي منحها إياه القانون في استخدام حقه، بغية تحقيق غاياته التي رسمها له القانون للانتفاع من هذا الحق على الوجه الأمثل، ومن ناحية ثانية وضع القيود والضوابط على هذا الاستخدام للحق في حدود مضمونه وغاياته، لذلك فقد عرفت الحقوق نوعين من القيود إحداها قيوداً موضوعية وأخرى غائية، وترتب على تجاوز هذه القيود أو مخالفتها المسؤولية التقصيرية، وصورة أخرى متميزة عنها تنطوي على استخدام يدخل ضمن نطاق الحدود الموضوعية، ولكن به مخالفة للغايات من هذا الاستخدام وهي تحقيق المصالح، والذي لا يمكن معه تحمل نظرية المسؤولية التقصيرية أو استيعابها لهذه الحالة، الأمر الذي دعا الفقهاء للبحث عن مبدأ أو نظرية أخرى يمكنها استيعاب حالة استخدام الحق ضمن حدوده الموضوعية مع مخالفة غاياته، فكان لنظرية التعسف في استعمال الحق أن تتسع لتشمل هذه الحالة.
- وبعد ذلك ونتيجة لتطور الوسائل التي قد يلجأ إليها الفرد للحصول على حقه أو إقراره ليخوله الصلاحيات التي يمكن معها الانتفاع منه، ومن ضمن هذه الوسائل الدعوى، والتي اعتبر ممارستها هو حق بحد ذاته بصرف النظر عن موضوعها أو الحق الموضوعي المراد حمايته، والحق في الدعوى وإن كان حقاً إجرائياً للحصول على الحق الموضوعي أو حمايته، إلا أنه لا يختلف كثيراً عن الحق الموضوعي من ناحية المباشرة والاستخدام، فكلا الحقين يخول صاحبه صلاحية الاستعمال، ومن هنا كان لنظرية التعسف في استخدام الحق أن تمتد يدها ليطال تطبيقها على الحق الإجرائي إذا ما توافرت شروطها وأركانها، وإذا ما كانت الغاية من ممارسة الحق الإجرائي الإجرائي هي إلحاق الضرر بالغير وليس الحصول على المنفعة منه.
- وإذا كان من السهل علينا أن نندرس النظريات القانونية من حيث الشروط والأركان الواجب توافرها لتطبيقها وإعمالها، إلا أن الصعوبات والعقبات تواجهنا في حالات التطبيق الواقعي أو العملي لها، وهي تتراوح بين حالة واقعية وأخرى، وقد تصل في بعض الأحيان إلى حد يستحيل معه تطبيق أيها منها، وأن أكثر الصعوبات والتحديات التي تواجه تطبيق نظرية التعسف في

استعمال الحق الإجرائي أن معيار التعسف هو الغاية من الإجراء وهو حق بحد ذاته، فممارسة الفرد لحقه في إقامة الدعوى وما يتبعها من إجراءات هو وكأصل عام حق كفله له القانون لا يمكن إضفاء صفة اللا مشروعية عليه، إلا أن هذا الاستخدام قد يدخل ضمن دائرة التعسف إذا ما كانت الغاية منه إلحاق الضرر بالغير أو أن المصلحة المرجوة منه هي مصلحة قليلة أو تافهة مقارنة بالضرر الناتج عن هذا الاستخدام، وهنا تكمن الصعوبة في استظهار أو إثبات القصد من الاستعمال. فقد يكون من مارس حقه الإجرائي حسن النية، ومع ذلك ألحق الضرر بالغير، الأمر الذي يدعونا للبحث عن معايير دقيقة لتحقيق التوازن بين الأفراد لينال الفرد على حقه دون إلحاق الضرر بالغير أو التقليل منه.

- كان للفقه الإسلامي دوراً بارعاً في تحديد معيار للتعسف في استعمال الحق، تجلت عظمتة في تقسيم المصالح إلى مصالح ضرورية وحاجية وتحسينية، ومن ثم تقسيمها إلى مصالح خاصة واجتماعية وعامة، ومن ثم إعمال الموزنة للترجيح للوصول إلى جدية المصلحة أو تافهتها، وكشفت لنا أحكام الشريعة الإسلامية عن درجة تافهة المصلحة، فاستعمال الحق يعد مشروعاً إذا رجحت المصلحة على الضرر، وإذا تساوت المصلحة أيضاً بقي استعمال الحق مشروعاً، وبعد تعسفاً إذا رجح الضرر على المصلحة أية درجة من الرجاحة، أي كان التفاوت بينهما بيناً.

- وإذا ما ولينا وجهنا شطر الواقع العملي، من تشريع وقضاء بحثاً عن معيار تقوم عليه نظرية التعسف الإجرائي لوجدنا حالات كثيرة من الممارسات للحقوق الإجرائية، البعض قد يعتبرها تدخل ضمن ممارسة الحق، وآخرون قد يعتبرونها أشكالاً من التعسف، مما دفعنا للتأمل والتعمق ومواصلة الدراسة لوضع رؤيا واضحة لفكرة التعسف في استعمال الحق الإجرائي وهذا يقودنا لدراسة غايات المشرع من الإجراء لتحديد نسبة الحقوق وتقييدها بتحقيق غاياتها، ومن خلال هذه الدراسة وجدنا المشرع قد تدخل في كثير من الأحيان للحد من اطلاق الممارسات للحقوق بقدر تحقيق غاياتها، وأدرج نصوصاً للحد من التعسف، وأخرى تضمنت في طبيعتها عقوبات إجرائية لمنع التعسف وهو ما يسمى بالدور الوقائي أو العلاجي المانع من التعسف، فشطب الدعوى هو إجراء وقائي لعقابي لمنع تعسف المدعي المتخلف عن حضور جلسة المحاكمة بالمدعى عليه المواظب على الحضور، فهو إجراء وقائي وضع حداً لتعسف المدعي بالمدعى عليه، وهو عقابي للمدعي من حيث خسارته للدعوى وما ترتب عليها من دفع للرسوم، دون أن يطال هذا الأثر الحق الموضوعي موضوعها.

- وبقيت يد المشرع عاجزة أن عن حالات كثيرة يمارس فيها التعسف دون أن تطالها، مما يدعونا للدعوة للمشرع بمعاودة مراجعة النصوص القانونية مراجعة تفصيلية شاملة التي تنظم إجراءات المحاكمة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وقانون البيئات في المواد المدنية

والتجارية وبقية القوانين ذات العلاقة لتعويض النقص وسد الثغرات التي تعترضها والتي كشف عنه التطبيق العملي والممارسات الواقعية، وحاجاتنا الضرورية أيضاً بربط سير الدعوى بمواعيد زمنية للوصول للعدالة الناجزة وما يرافق ذلك من إمكانات لتطبيقها.

- إذا كان الأمر ميسوراً على القاضي أن يقرر وجود المصلحة أو إنعدامها، وهو قول ينتمي إلى مآل الفعل ويؤدي إلى واقع ملموس، فإن الأمر يدق كثيراً عند القول بتفاهة المصلحة أو جديتها، وهذا وصف يجري بالمقارنة إلى الضرر الذي الذي قد يصيب الغير نتيجة استعمال الحق، كما يدق الأمر كذلك عند القول بمشروعية المصلحة أو عدم مشروعيتها، لأن قيام التعسف يقوم على موازنة بين المصالح وصولاً إلى معيار موضوعي.
- تصدى القضاء للحد من الدعوة إلى إطلاق العنان للحقوق لتقييدها ضمن غاياتها، خاصة تلك الغايات الاجتماعية التي تتزايد وتتصارع فيها الحاجات والمصالح المتعارضة، لكبح جماح الفرد عندما يتحقق بها طغياناً ولدرء الغلو في استعمال الحقوق عندما تبلغ الأضرار مداها، وتتناقض المصالح فيها أو تختفي بينما تحقق أضراراً للغير، أو تصبح المصلحة غير مشروعة، وليظل القضاء الحارس الأمين والصمام المتين لصون الحقوق والحريات ومنع الجور والظلم والطغيان. والله من وراء القصد وهو ولي التوفيق.

## النتائج:

1. التعسف في استخدام الحق الإجرائي في الدعوى المدنية لا يمكن تصوره إلا في حالة استعمال الحق على نحو معين.
2. نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي هي نظرية حديثة وهي من أهم النظريات في العصر الحديث.
3. نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي هي نظرية قائمة بذاتها، قوامها توافر نية الإضرار بالخصم، ورجحان الضرر على المصلحة، وغايتها تحقيق التوازن بين المصالح.
4. نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي لا تعد شكلاً من أشكال قيام المسؤولية المدنية، ولا تدخل ضمن إطار تجاوز حدود الحق.
5. التعسف في استخدام الحق الإجرائي هو انحراف عن غاية الحق وهو وسيلة أخلاقية وإجتماعية، تحظر الانحراف بالحق عن غاياته الإقتصادية والإجتماعية والأخلاقية، ليندرج استعمال الحق ضمن إطار من المشروعية التي تتفق ومبادئ النظام العام والآداب العامة وتجد أساسه في ذاته.

## التوصيات:

1. ضرورة العمل على توحيد الأحكام القضائية، وإرجاع قيام المسؤولية المدنية إلى نظرية التعسف في استخدام الحق الإجرائي لا إلى نظريات أخرى كنظرية اساءة استخدام الحق، أو نظرية الخطأ.
2. تختلف نظرية التعسف عن استعمال الحق الإجرائي عن نظرية المسؤولية المدنية أو التقصيرية في أركان قيام كل منهما، وتتميز عنها في دور كل منهما، فبينما يقوم دور المسؤولية التقصيرية على أساس جبر الضرر بالتعويض عن الضرر، تتميز نظرية التعسف في استخدام الحق بقيامها بدور وقائي مانع من التعسف، إلى جانب التعويض.
3. تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي يعطي السلطة القائمة على تطبيقها، سواء كانت جهة إدارية أو جهة قضائية، سلطة تلقائية بمنع وقوع العمل المتضمن تعسفاً في

استعمال الحق، وهو ما يعد دوراً أصيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحق وهذا ما يميزها عن غيرها من النظريات.

4. إدراج نظرية التعسف في استخدام الحق كمبدأ دستوري باعتبارها ضمانات الحريات والحقوق سواء كانت حقوقاً شخصية أو مالية.

5. ضرورة إدراج نصوص قانونية تمنع من التعسف في استخدام الحق الإجرائي في الدعوى المدنية أو تحد منها، مع ضرورة وضع عقوبة أو جزاءً إجرائياً على مخالفتها.

6. ضرورة منح المحكمة صلاحيات واسعة لاتخاذ إجراءات من شأنها الحد من تعسف الخصوم في الدعوى، مع وضع ضوابط يكون الهدف منها الحد من التعسف.

7. إدراج نص قانوني يعطي صلاحية لمحكمة النقض بالحكم بالتعويض عن النقص الكيدي كما هو الحال في الطعن بالاستئناف الكيدي.

## قائمة المصادر والمراجع:

### أولاً: الأنظمة والقوانين واللوائح:

- قانون الجمعيات الخيرية والأهلية رقم (1) لسنة (2000).
- القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003.
- القانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001.
- قانون المرافعات المصري رقم 25 لسنة 1993.
- قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.
- قانون البيئات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001.

### ثانياً: المراجع:

1. الدكتور إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . الجزء الأول . منشأة المعارف . الإسكندرية (1974).
2. الدكتور أحمد أبو الوفا . نظرية الدفوع في قانون المرافعات . الطبعة الخامسة . منشأة المعارف بالإسكندرية (1977).
3. الدكتور أحمد السيد صاوي . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . دار النهضة العربية . القاهرة . (2004).
4. الدكتور أحمد المليجي . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض . الجزء الأول . مشروع مكتبة المحامي .
5. الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن . النظرية العامة للحق . منشأة المعارف بالإسكندرية (2005).
6. الدكتور أحمد مليجي . الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض . الجزء السادس .
7. أحمد نشأت . رسالة الإثبات . الطبعة السابعة .

8. باسم محمد الزغول . الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق . الطبعة الأولى . مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع (2000).
9. المستشار حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود . الطبعة الثانية . الهيئة المصرية العامة للكتاب . (1998).
10. الدكتور رمزي سيف . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . دار النهضة العربية . القاهرة (1961).
11. سعاد بلحورابي . نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . رسالة ماجستير . جامعة مولود معمري . تيزي وزو . كلية الحقوق والعلوم السياسية . الجزائر (2014).
12. الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون . مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل (1982).
13. الدكتور سليمان مرقص . الفعل الضار . الطبعة الثانية . دار النشر للجامعات (1956).
14. المستشار الدكتور شوقي السيد . التعسف في استعمال الحق . طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء . دار الشروق . القاهرة . (2008).
15. الدكتور عبد الحي حجازي . المدخل لدراسة العلوم القانونية . دار النهضة العربية . بيروت (1966).
16. الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . مصادر الالتزام . المجلد الثاني . الطبعة الثالثة الجديدة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان .
17. الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . مصادر الالتزام . المجلد الأول . الطبعة الثالثة الجديدة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان .
18. الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . نظرية الالتزام بوجه . مصادر الالتزام . المجلد الأول . دار النهضة العربية . القاهرة .
19. الدكتور عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب . التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية . دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية . رسالة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية . جامعة نايف العربية لعلوم الأمنية . الرياض (2010).
20. الدكتور عبد المنعم فرج الصده . أصول القانون . منشأة المعارف بالإسكندرية (1994).

21. الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الدكتور أحمد طالب سويطي . مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي) . المكتبة الأكاديمية (2016).
22. القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . (2009).
23. القاضي الأستاذ الدكتور عثمان التكروري . الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) . (2009).
24. الدكتور عدنان إبراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر . شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى / الإصدار الثالث (2008).
25. الدكتور عدنان إبراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر . شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى / الإصدار الثالث (2008).
26. المستشار عز الدين الديناصورى والأستاذ حامد عكاز . التعليق على قانون الإثبات . الطبعة الثالثة (1983).
27. الدكتور عزمي عبد الفتاح عطية . نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى . دار النهضة العربية . القاهرة (1990).
28. العلامة علي حيدر . درر الحكام شرح مجلة الأحكام . الكتاب الرابع عشر . الدعوى . منشورات مكتبة النهضة . بيروت . بغداد . توزيع دار العلم للملايين . بيروت . لبنان.
29. علي حيدر أفندي . أصول استماع الدعوى الحقوقية . مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة (1326 . 1327).
30. الدكتور عمرو طه بدوي . نظرية الحق . مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح . المنشور على موقع جامعة القاهرة . (www. ou. edu. eg).
31. الأستاذ الدكتور غالب الداودي . المدخل إلى علم القانون . نظرية القانون نظرية الحق . دار الثقافة للنشر والتوزيع (1437 هـ . 2016م).
32. الدكتور فتحي الدريني . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . الطبعة الثالثة الجديدة . مؤسسة الرسالة ناشرون . دمشق . (2013).

33. المستشار فرج علواني هليل ، الدفوع في المواد المدنية والتجارية . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية . (2008).
34. المستشار فرج علواني هليل ، الدفوع في المواد المدنية والتجارية . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية . (2008).
35. الأستاذ المحامي مجدي محمود سعيد أبو حجير . نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة . الطبعة الأولى . الإصدار الأول . الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . وسط البلد . ساحة الجامع الحسيني (2002).
36. محمد وحيد الدين سوار . شرح القانون المدني الأردني . الحقوق العينية الأصلية . أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية . دراسة موازنة بالمدونات العربية . الطبعة الأولى . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . 1995.
37. الدكتور محمود الكيلاني . إدارة الدعوى المدنية والتطبيقات القضائية . المجلد الثاني . جامعة عمان الأهلية . دار الثقافة للنشر والتوزيع (2012).
38. الدكتور محمود الكيلاني . شرح قانون أصول المحاكمات المدنية . الطبعة الثانية . عمان . الأردن . (2006).
39. المستشار مصطفى مجدي هرجة . أحكام التقاضي الكيدي . إساءة استعمال حق التقاضي . دار محمود للطباعة والنشر . القاهرة . (2006).
40. الدكتور نبيل إبراهيم سعد . المدخل إلى علم القانون . القاعدة القانونية . نظرية الحق . منشورات الحلبي الحقوقية (2005).
41. الدكتور نبيل إسماعيل عمر . الطعن بالاستئناف وإجراءاته . منشأة المعارف . الإسكندرية (1980).
42. الدكتور نواف حازم خالد والسيد علي عبيد . بحث بعنوان: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية مجلة الرافدين للحقوق . المجلد (12) . العدد (44) . السنة (2010) المنشور بتاريخ (2009/10/19).
43. الدكتور ياسين محمود الجبوري . المبسوط في شرح القانون المدني . الجزء الثاني . آثار الحقوق الشخصية ( أحكام الالتزام) . المجلد الأول . وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية

(الالتزامات) . الكتاب الثاني . التنفيذ العيني الجبري للحقوق الشخصية . دار الثقافة للنشر والتوزيع (2011).

44. الدكتور ياسين محمود الجبوري . المبسوط في شرح القانون المدني . الجزء الثاني . آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام) . المجلد الأول . وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية (الالتزامات) . الكتاب الأول . التنفيذ الاختياري للحقوق الشخصية . دار الثقافة للنشر والتوزيع (2011).

45. الدكتورة داليا مجدي عبد الغني . رئيس النيابة . المسؤولية عن إساءة استعمال حق النقاضي . دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية (2016).

## فهرس المحتويات:

أ.....	إقرار
ب.....	شكر وتقدير
ج.....	الملخص:
ه.....	<b>ABSTRACT:</b>
1.....	المقدمة:
5.....	<b>الفصل الأول: فكرة الحق وماهية التعسف في استعماله:</b>
7.....	المبحث الأول: الحقوق وأنواعها وتقسيماتها
8.....	المطلب الأول: التعريف بالحق وبيان أنواعه
8.....	الفرع الأول: فكرة الحق
13.....	الفرع الثاني: أنواع الحقوق
15.....	المطلب الثاني: أركان الحق
15.....	الفرع الأول: أشخاص الحق
18.....	الفرع الثاني: محل الحق
19.....	الفرع الثالث: الحماية القانونية للحق
22.....	المطلب الثالث: مصادر الحق وما يتصل به، واستعماله وإثباته
26.....	المبحث الثاني: الحق الإجرائي
26.....	المطلب الأول: القضاء
27.....	المطلب الثاني: محل الحق الإجرائي (الدعوى)
27.....	الفرع الأول: ماهية الدعوى
33.....	الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى
36.....	الفرع الثالث: مراحل سير الدعوى
40.....	المبحث الثالث: طبيعة التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه
42.....	المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق ونطاق المسؤولية
42.....	الفرع الأول: التعسف والمسؤولية التقصيرية
45.....	الفرع الثاني: التعسف خارج المسؤولية التقصيرية
46.....	الفرع الثالث: التعسف ونظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: موقف التشريعات المطبقة في فلسطين من نظرية التعسف في استعمال الحق	47
<b>الفصل الثاني: الآثار المترتبة على التعسف في استخدام الحق في مراحل سير الدعوى المدنية . 51</b>	
المبحث الأول: التعسف في استخدام الحق في مراحل سير الدعوى المدنية.....	52
المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق: معايير ونطاق.....	52
الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق.....	52
الفرع الثاني: نطاق التعسف في استعمال الحق الإجرائي.....	58
المطلب الثاني: التعسف باستخدام الحق من جانب المدعي:.....	60
المطلب الثالث: التعسف في استخدام الحق من جانب المدعى عليه.....	73
المطلب الرابع: التعسف في استخدام الحق من جانب الغير.....	84
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على التعسف في استخدام الحق الإجرائي في الدعوى المدنية:.....	89
المطلب الأول: الدور الوقائي والعلاجي المانع من التعسف.....	89
المطلب الثاني: المساس بالعدالة وهيبة القضاء وسمعته.....	97
المطلب الثالث: المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف.....	102
الفرع الأول: الخلاف حول مدى المسؤولية المترتبة عن التعسف الإجرائي.....	103
الفرع الثاني: أركان قيام المسؤولية عن التعسف الإجرائي وإثباتها.....	107
الخاتمة:.....	112
النتائج:.....	115
التوصيات:.....	115
قائمة المصادر والمراجع:.....	117
ملحق (1) مشتملات لائحة الدعوى وتقسيماتها:.....	124
ملحق رقم (2) نصوص مواد من مجلة الأحكام العدلية:.....	128

## ملحق (1) مشتملات لائحة الدعوى وتقسيماتها:

نصت المادة (52) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على :  
(تقام الدعوى بلائحة تودع قلم المحكمة متضمنة ما يلي: 1- اسم المحكمة. 2- اسم المدعي وصفته ومحل عمله وموطنه واسم الشخص الذي يمثله إن وجد وصفته وعنوانه. 3- اسم المدعى عليه وصفته ومحل عمله وموطنه. 4- إذا كان المدعي أو المدعى عليه فاقداً لأهليته أو ناقصها فينبغي ذكر ذلك. 5- موضوع الدعوى. 6- قيمة الدعوى بالقدر الممكن بيانه إذا كانت من الدعاوى غير محددة القيمة. 7- وقائع وأسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعي التي تبين أن للمحكمة صلاحية نظر الدعوى. 8- إذا كان موضوع الدعوى عقاراً أو منقولاً معيناً بالذات فيجب أن تتضمن لائحتها وصفاً كافياً لتمييزه عن غيره. 9- توقيع المدعي أو وكيله)).

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وأن حق التقاضي وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لا يدعو إلى مساءلة طالما لم ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق يدعيه لنفسه أو ذوداً عن هذا الحق إلا إذا أثبت انحراف عنه إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم" (نقض مصري مدني، الطعن رقم (11865) لسنة (65) جلسة (1997/6/26) س48، ع2، ق195 ص1025). الأستاذ الدكتور عثمان التكروري والدكتور أحمد طالب سويطي . مصادر الالتزام . مصادر الحق الشخصي . مرجع سابق . ص454.

"حق الالتجاء إلى القضاء، هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حققت المساءلة بالتعويض . وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو بم تقترن به تلك النية، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه . فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم" (نقض مدني مصري . الطعن رقم (223) لسنة (25) ، جلسة (1959/10/15) . س10 . ق87 . ص574 ) . (المرجع السابق . ص456).

"إن عدم دفع الإيجار المتبقي والمستحق على المستأجر البالغ (150) فلساً فقط لا يعد سبباً للفسخ وأن المدعي تعسف في استعمال حقه في المطالبة بالفسخ بحجة عدم دفع الإيجار كاملاً، وأن الحقوق يجب أن تكون متوازنة بما يتفق ومصلحة المجتمع وأهداف القانون وغاياته، فسوء النية في استعمال

الحق يعد تعسفاً لأن إقامة المدعي لدعواه هذه ليست القصد منها سوى الإضرار بالغير)) (تمييز حقوق رقم (83/90) في (1983/2/6). المرجع السابق ص 456. 457 وكذلك (الدكتور عدنان إبراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر . شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . الطبعة الأولى / الإصدار الثالث (2008) ص 391 - 394.

"متى كان الحكم إذ قضى فرفض الدعوى التي أقامها المستأجر على المؤجر وطلب فيها الحكم بتعويض عما لحقه من أضرار بسبب الحجز الذي أوقعه هذا الأخير على مزروعاته، قد أقام قضاءه على أن الحجز لم يكن كيدياً وأن نية الإضرار التي يجب توافرها عند من بنسب إليه التعسف في استعمال الحق منعدمة على أساس أن المستأجر كان متأخراً في دفع بعض الأجرة المستحقة عليه عند توقيع الحجز، وأن المستأجر هو الذي أهمل في طلب رفع الحجز بعد دفعه كامل الأجرة دون المصروفات المستحقة عليه، كان في ذلك جميعاً ما يكفي لحمل قضاءه برفض الدعوى ولم يكن بعد في حاجة لإلى بحث ما وإذا كان قد أصاب المستأجر ضرر من الحجز، لأن هذا البحث يكون بعد ذلك تزيدياً غير لازم في الدعوى، ومن ثم فإن نعي المستأجر عليه القصور استناداً إلى أنه أغفل التحدث عما قدمه من أوراق تثبت حصول الضرر . هذا النعي يكون غير منتج . نقض مدني مصري . الطعن رقم (19) لسنة (80) جلسة (1951/2/1) . س 1 . ق 57 . ص 297 . (المرجع السابق . ص 459).

نصت المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على : "1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون . 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه . 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى".

فالدعوى الباطلة : هي الدعوى غير الصحيحة أصلاً ولا يترتب عليها حكم لأن إصلاحها غير ممكن، كما لو ادعى أحدهم قائلاً أن جاري فلاناً موسر وأنا فقير معسر ولا يعطيني صدقة فأطلب الحكم عليه بإعطائي صدقة فهذه الدعوى غير صحيحة (باطلة)، وكذا لو قال أحدهم أنا وكيل فلان وأنكر هذا فلا يصح لأن الوكالة ليست من العقود اللازمة وإنكارها يعتبر عزلاً. كذلك تعتبر "الدعوى بالمراد" دعوى باطلة، فلو ادعى أحدهم بقوله أن هذا المدعى عليه يريد أخذ مالي أو يبغى إضراراً فلا تسمع هذه الدعاوى ولا يطالب المدعى عليه بالجواب عنها، وكذلك تعد "دعوى دفع النزاع" دعوى باطلة فإذا ادعى المدعي بقوله إذا كان لهذا المدعى عليه حق علي فليدع به وإلا فليصدق بحضور المحكمة وليعلن أن ذمتي بريئة، فلا تسمع دعواه لأن الحق للمدعي فهو إذا شاء يدعي الآن وإن شاء ففي

المستقبل وإذا شاء فله تركه بتاتاً، وهي تختلف عن دعوى دفع التعرض التي تعتبر دعوى صحيحة ومسموعة.

الدعاوى الممنوعة : هي الدعاوى الممنوع سماعها قانوناً وهي، أولاً : الحكام ممنوعون عن سماع الدعاوى التي مر عليها الزمان ولا يدفع ادعاء مرور الزمان إلا بإقرار المدعى عليه واعترافه، ويجوز الادعاء به في جميع درجات المحاكمات والمحكمة مجبورة على النظر فيه رأساً ولو لم يدع به أحد الطرفين لا يسوغ للحكم النظر في مرور الزمان وإن وجب ذلك على الحاكم، بناء على ذلك لو فصل الحكم دعوى مر عليها خمس عشرة سنة فحكمه صحيح ونافذ، حتى إذا نصب الطرفان الحاكم حكماً لفصل دعوى مر عليها الزمان وفصلها فحكمه صحيح أيضاً، ثانياً : إذا كان فراغ المستغلات الوقفية قطعياً في إسناد الدفتر الخاقاني المبينة لفراغها فيعتبر قطعياً وإن كان استغلالاً فيعتبر استغلالاً ولا تسمع الدعاوى المقامة خلافاً للتمسك عملاً بالإرادة السنوية الصادرة في (5) ربيع الآخر سنة (1274)، وقد عدلت هذه الإرادة بإرادة أخرى صدرت في (19) ذي الحجة سنة (1292) مؤداها أنه لا تسمع دعوى المواضعة في المسققات والمستغلات الموقوفة ما لم يكن إقرار للمدعى عليه أو سند معطى من قبله، ثالثاً : لا تسمع الدعاوى في بيع وشراء العقارات المملوكة ما لم تكن مقترنة بمعاملة رسمية أي إذا لم تقرر في دوائر الدفتر الخاقاني إرادة تاريخ في (17) أيلول (1318) وقد تقرر في محكمة التمييز بهياتها العامة أنه يجب استماع دعوى البيع والشراء إذا ادعى وأثبت أن ذلك وقع قبل تاريخ المنع المذكور، وإنما يجب رد الدعوى إذا كان البيع والشراء وقعا بعد التاريخ المذكور، وإذا استمعت الدعوى ولم ترد وحكم بها فالحكم ينقض. رابعاً : لا تسمع دعاوى الرهن والشرط والوفاء والاستغلال إذا لم تدرج في الأسناد الخاقانية بعد أن تجري معاملة بيع العقارات المملوكة وتقرر بالصورة الرسمية وتعطى بها الأسناد، وقد منع هذا بتاريخ (28/ رجب /1291) و(28/أوغستص /1290)، خامساً : لا تسمع دعوى فراغ الأرض الأميرية بشرط ما لم تدرج في سند الطابو. منع في (18) صفر (306) و(12/تشرين أول / 304). سادساً : لا تسمع دعوى فراغ المستغلات الوقفية بشرط ما لم تدرج في السند الخاقاني. سابعاً : منع الحكام من سماع دعوى الفراغ بالوفاء إذا لم تكن مدرجة في سند التملك بتاريخ (26/صفر سنة 278). ثامناً : لا تسمع دعوى الخليط والشريك بحق الرجحان بعد مرور خمس سنوات وفقاً للمادة (41) من قانون الأراضي. تاسعاً : لا تسمع دعوى حق الرجحان من قبل صاحب الأبنية الملك والأشجار إذا أقيمت بعد عشر سنوات من فراغ المتصرف بالأرض تلك الأراضي إلى آخر عملاً بالمادة (44) من قانون الأراضي. عاشراً : إذا أفرغ أحد سكان قرية أرضه التي تحت تصرفه بموجب سند طابو والموجودة في حدود القرية إلى أحد سكان قرية أخرى فلمن يحتاجها من سكان القرية الموجودة فيها تلك الأرض أن يدعي بها في غضون سنة من تاريخ فراغها ولا تسمع دعواه بعد ذلك توفيقاً للمادة (45) من قانون الأراضي. حادي عشر : لا تسمع بعد عشر سنوات دعوى حق الطابو الثابتة لصاحب الأشجار والأبنية الملك القائمة على أرض أميرية محلولة بسبب

عدم وجود أصحاب حق الانتقال. ثاني عشر : لا تسمع دعوى حق الطابو الثابتة للخليط والشريك في الأراضي المذكورة بعد خمس سنوات. ثالث عشر : لا تسمع دعوى حق الطابو الثابتة للمحتاجين إلى الأراضي المذكورة بعد مرور سنة واحدة. رابع عشر : لا تسمع دعوى الريح الملزم بأكثر من تسعة بالمائة. خامس عشر : إذا حاول أصحاب الملك الادعاء بإتلاف وإخراج الكدكات المتصرف بها بموجب سندات صحيحو ومعتبرة والمستقرة بمحالاتها فالحكام ممنوعون من سماع دعواهم. سادس لا تسمع دعوى الشفعة إذا مر شهر ولم تطلب الخصومة من دون أن يكون عذر للتأخير. وقد يرد التعسف من المدعي في مشتملات لائحة الدعوى إذا كان المدعى به مجهولاً، لأنه ينبغي أن يكون المدعى به في أصل الدعوى والمدعى به في الدفع معلوماً، لأنه إذا لم كذلك فلا يمكن الإشارة إليه ولا الحكم به ولا يعرف ما يدعيه المدعي، وتكون الدعوى غير مسموعة: وقد أورد علي حيدر في المرجع المشار إليه في عجز هذه الصفحة أمثلة على ذلك، أولاً : إذا ادعى أحدهم بقوله إذا هذا الرجل أتلف مالي ولم يبين ما هو المتلف ولا مقداره فلا يصح ولا يحق له تحليف خصمه. ثانياً : إذا قال أحدهم أن هذا الرجل شريكي وقد خانني في التجارة ولا أعلم مقدار ما خانني به فليبين هو مقداره فلا يسمع. ثالثاً : إذا قال شخص أن هذا الرجل كان وصيي فليحف أنه لم يسرق من تركة والدي أما كنت صغيراً فلا يسمع ما لم يعين مدعاه. رابعاً : إذا مات أحد وكانت ديونه أزيد من تركته وجاء دائنه وطلب تحليف الورثة على أنهم لم يأخذوا شيئاً ولا أخفوا شيئاً فلا يسمع. خامساً : لا يسمع مدع جاء مدعياً بقوله : بلغني أن فلاناً قد مات وأوصى لي بشيء لا أعلم مقداره. سادساً : لا يسمع دفع المدعى عليه الذي يقول لدائنه قد وفيت مقداراً من الدين لا أعلمه أو نسيته". (( علي حيدر أفندي . أصول استماع الدعوى الحقوقية . مجموعة مقالات نشرت في الجريدة العدلية التركية سنة (1326 . 1327) ص5044))

## ملحق رقم (2) نصوص مواد من مجلة الأحكام العدلية:

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه أحكام مجلة الأحكام العدلية في المادة (1192) : "كلّ يتصرف في ملكه كيف شاء ولكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال فلو كان السفل لواحد، والعلو لآخر، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو، يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرراً إلا بإذن الآخر ولا أن يهدم بناء نفسه". ونصت المادة (1197) من ذات المجلة على : "لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا أضر بغيره ضرراً فاحشاً كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني".

المادة (1198) : " لكل واحد التعلّي على حائط يملكه وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً"

المادة (1199) : " الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء بأن يجلب عليه وهناً يكون سبب انهدامه".

المادة (1200) : " يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان. مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكاناً حداد أو طاحون وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء أو أحدث في جانبها فرن أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأي وجه كان. وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها خرقاً إلى طاحونة وجري الماء يوهن جدار الدار أو اتخذ واحد في أساس جدار داره مزبلة وإلقاء القمامة يضر بالجدار فلصاحب الجدار أن يكلفه رفع الضرر. وكذلك لو أحدث رجل بيدراً في قرب دار الآخر وبمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها فله أن يكلفه رفع ضرره. كما لو أحدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر لآخر وسد مهب ريحه فانه يكلفه رفعة الضرر الفاحش. كذلك لو أحدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين وكان الدخان يصيب أمتعة الجار ويضرها فانه يكلفه رفع ضرره. وكذلك لو كان لرجل سياق في داره فانشق وتضرر جاره من جري مائه ضرراً فاحشاً فيلزمه إذا طالبه جاره ترميم ذلك السياق وإصلاحه".

المادة (1201) : " منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش. لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش. فإذا أحدث رجل بناء فسد به شباك بيت جاره وصار بحال من الظلمة لا يقدر معها على القراءة فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش، ولا يقال أن الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب. وإن كان لهذا المحل شباكان فسد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً".

المادة (1202) : " رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناء جديداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر لنساء

جاره سواء كان متصلاً أو بينهما طريق فاصل فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طبلية لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية. كما أنه إذا عمل ساتراً من الأغصان وكان يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بسد محلات ما فيه من الفراغ ولا يجبر على رفعه وإقامة حائط عوضاً عنه".

المادة (1203) : " إذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أنه يضع سلباً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار".

المادة (1204) : " لا تعد الجنينة مقراً للنساء فإذا كان لرجل داراً لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنينته فليس لجاره أن يكلفه منع نظارته عن تلك الجنينة لأن نساءه يخرجن إليها بعض الأحيان".

المادة (1205) : " إذا كان لرجل شجرة فاكهة في جنينته وعند صعوده إليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده أخبار النساء لأجل التستر فإن لم يخبرهن يمنعه الحاكم من الصعود بلا إخبارهن".

المادة (1206) : " إذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما وكان يرى من الحصة التي أصابت أحدهما مقر نساء الآخر يؤمر أن يتخذا سترة مشتركة بينهما".

المادة (1207) : " رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وأحدث عنده بناء فان كان هذا المحدث متضرراً فعليه هو دفع الضرر عن نفسه. مثلاً إذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر النساء في دار محدثة فيلزم صاحب هذه الدار المحدث أن يدفع هو الضرر عن نفسه وليس له أن يداعي على صاحب الدار القديمة. وكذا لو أحدث داراً في عرصته المتصلة بدار حداد فليس له أن يعطل دكان الحداد بقوله أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد. وكذا إذا أحدث رجل داراً في القرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التنزية قائلاً أن غبار البيدر يجيء على داري".

المادة (1208) : " إذا كانت شبابيك منزل قديم مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل ثم أحدث صاحب العرصة فيها داراً وبعد ذلك أعاد صاحب المنزل منزله على وضعه القديم فصارت شبابيكه مشرفة على مقر النساء في الدار المحدثه كان على صاحب هذه الدار أن يرفع هو الضرر عن نفسه وليس له أن يجبر صاحب المنزل ويقول امنع النظر من منزلك".

المادة (1209) : " إذا أحدث رجل في داره شبابيك يمنع إشرافها على مقر نساء جاره بناء مرتفع لذلك الجار فهدم الجار هذا البناء المرتفع حتى صارت تلك الشبَابيك مشرفة على مقر نساءه فليس له أن يطلب سد الشبَابيك أو منع نظارتها لمجرد كونها محدثة بل يلزم الجار أن يدفع هو الضرر عن نفسه".

المادة (1210) : " ليس لأحد الشريكين في الحائط أن يعليه ولا يتعلّى عليه بقصد أو بغيره بدون إذن الآخر سواء كان ما يفعله مضرّاً بشريكه أو لا أما إذا أراد أحدهما بناء بيت في عرصته فله أن يضع رؤوس جذوعه على الحائط وليس لشريكه منعه بل يقال له ضع أن مثل ذلك إن شئت لكن إذا وضع

عشرة جذوع كان لشريكه أيضاً أن يضع قدرها غير أنه لا يضع إلا نصف ما يتحملة الحائط من الجذوع فليس له أن يتجاوزها وإن كان على ذلك الحائط جذوع لهما على التساوي في الأصل وأراد أحدهما أن يزيد في جذوعه فلآخر منعه".

المادة (1211) : " ليس لأحد الشريكين في الحائط المشترك أن يحول أخشابه التي على الحائط يميناً أو شمالاً ولا من أسفل إلى أعلى أما إذا كانت رؤوس أخشابه عليّة وأراد تسفيها فله ذلك".

المادة (1212) : " إذا كان لواحد بئر ماء حلو وأراد جاره أن يبني في قربه كنيفاً أو سياقاً مالحاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فان ضرره يدفع وإن كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ما فذلك الكنيف أو السياق يسد. كذلك إذا كان طريق ماء حلو فبني آخر عنده سياقاً مالحاً وقدره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره إلا بسده فانه يسد".

ومن أمثلة ذلك أيضاً :

المادة (4) من القانون المدني المصري التي نصت على : " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر "

المادة (5) من ذات القانون : " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : 1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. 2- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. 3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ".

المادة (124) من قانون الموجبات والعقود اللبناني : " يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه - أثناء استعمال حقه - حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق "

وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية " ... إن دعوى المؤجر بتخلية المأجور بسبب هذا النقص الزهيد استناداً إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين، تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق نظراً لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص وإخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين وخروج عن روح القانون وغايته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف إليه المشرع (تميز رقم 1978/68) مجلة نقابة المحامين س 26 . ع 12 ص (894) . سعاد بلحورابي . نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . رسالة ماجستير . جامعة مولود معمري . تيزي وزو . كلية الحقوق والعلوم السياسية . الجزائر (2014) هامش ص (68).