

الكتاب الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق

في الفقه الإسلامي



## تمهيد

## في فلسفة التعسف كما يراه الأصوليون

بيناً أن الفقه الإسلامي نظر إلى الحق نظرة اجتماعية، فقيّد التصرف في الحق - كسباً وانتفاعاً - بالنسبة إلى صاحبه، وبالنسبة إلى الغير - فرداً كان أم جماعة - بقيود مؤداها: المحافظة على مقصود الشرع، والمحافظة على حق الغير، وهو - كما قلنا - حق الله في كل حق فردي، فمنع الاعتداء الحقيقي المجاوز لحدود الحق<sup>(١)</sup>، كما منع التعسف ولو كان الاستعمال داخل حدود الحق، إذا أفضى إلى الإخلال بمقصود الشرع، أو بالمحافظة على حق الغير؛ لاتحاد العلة أو المآل الممنوع، ويرشدنا إلى منع التعسف إشارةً الأصوليين في تفصيلهم لمراتب الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق والإباحات، فمن ذلك قول الإمام الشاطبي: «وأيضاً ففي العادات - وهي الحقوق والإباحات - حق الله تعالى من جهة وجه الكسب والانتفاع؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حق الله تعالى صرفاً في حق الغير حتى يسقط حقه باختياره، في بعض الجزئيات، لا في الأمر الكلي، ونفس المكلف أيضاً داخله في هذا الحق، إذ ليس له التسليط على نفسه ولا عضو من أعضائه بالإتلاف»<sup>(٢)</sup>.

ويقول في موضع آخر مشيراً إلى أساس الحق والإباحة:

«وجلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذوناً فيه على ضربين: أحدهما: أن لا يلزم عنه إضرار الغير، والثاني: أن يلزم عنه ذلك، وهذا الثاني ضربان: أحدهما:

(١) أعم من أن يكون حقاً أو إباحة.

(٢) أي: فليس كل حق للفرد يحوز له إسقاطه، فالحق الفردي الذي لله فيه حق خالص لا يسقط بإسقاط الفرد، كحق الحياة، أما الحق الذي للفرد فيه حق مغلب فله إسقاطه، كإبراء المدينين كلاً أو بعضاً، ذلك لأنه لا يتعلق بإسقاط الأول مقصد شرعي، بخلاف الثاني، لأن في التصديق على المعسر مصلحة ظاهرة ندب الشرع إليها. «الموافقات»: (٢/٣٢٢)، المرجع السابق ص ٣٤٨.

أن يقصد الجالب أو الدافع - وهو صاحب الحق أو الإباحة - ذلك الإضرار. والثاني: أن لا يقصد إضراراً بأحد وهو قسمان... إلخ<sup>(١)</sup>. والشاطبي يقرر هنا قواعد المعارضة والترجيح.

وهكذا نرى الأصوليين لا يقتصرون في المحافظة على حق الغير؛ ومقاصدُ الشرع على منع الاعتداء مباشرة أو تسبياً؛ بل يمنعون التعسف الذي يستند الفعل فيه إلى حق أو إباحة، إذا أدت الأضرار الراجعة أو مناقضة مقصد الشارع؛ لوحدة العلة أو المآل.

وهذه النصوص التي نقلناها عن الإمام الشاطبي الأصولي المحقق تفيد تقييد الحق الشخصي - من حيث الباعث أو القصد، ومن حيث المآل أيضاً، بقطع النظر عن القصد - بحيث لا يخل بالمحافظة على مقصود الشرع، وبالمحافظة على حق الغير، بل نجد استعمال الحق مقيداً بالشريعة بالنسبة إلى صاحب الحق نفسه، كحق الحياة، أو الحق في سلامة جسمه وأعضائه، فله تعالى حق خالص على الفرد مباشرة في المحافظة على هذه الأمور، بقطع النظر عن أفراد آخرين، فإذا كان للفرد حق الحياة والمحافظة عليها، والاستمتاع بها، فليس ذلك حقاً<sup>(٢)</sup> خالصاً له؛ بل يشركه فيه حق الله تعالى، وهو حق العبودية ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْإِنْسَ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦] ولأن إزهاق النفس الإنسانية في غير مقصد شرعي أمرٌ محرّم لا يستقيم معه أمر الحياة، ويتنافى مع القول باعتبار المصالح في الأحكام؛ ولذا لا يجوز للفرد إسقاطه؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق الله تعالى فيه، فلا يجوز الانتحار مثلاً، كما لا يجوز تعريض الفرد نفسه للفتن والهلاك، أو التسليط على نفسه، أو أي عضو من أعضائه بالإتلاف، ولا نرى لهذا الحكم مثيلاً في القوانين الوضعية؛ فلم يفكر المشرعون الوضعيون حتى اليوم بتقييد الفرد في التصرف في حق نفسه.

وكذلك المال فهو جارٍ على هذا الأسلوب؛ فلا يجوز للفرد أن يفسد ماله مثلاً دون مقصد شرعي، وكذلك سائر الضروريات من عقل ونسل، يقول الإمام الشاطبي

(١) «المواقفات»: (٢/٣٤٨).

(٢) المرجع السابق: (٢/٣٢٢ - ٣٢٣).

في هذا الصدد: «وأما المال فجارٍ على هذا الأسلوب، فإنه إذا تعين الحقُّ للعبدِ فله إسقاطه، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠] بخلاف ما إذا كان في يده، فأراد التصرف فيه وإتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا...»<sup>(١)</sup>.

وإذا كان حق الحياة من الحقوق العامة أو الحريات العامة، فالمال من الحقوق الخاصة أيضاً، أعني حق الملكية، وكلاهما مقيد.

هذا، وإذا كان الله تعالى قد منح الفرد حق الانتفاع بالطيبات على سبيل الاختصاص كما في حق الملكية، أو على سبيل الشركة العامة كما في الإباحات، فليس ذلك الحق مطلقاً؛ بل هو مقيد بما سن له الشارع ورسم، حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير.

ويقول الشيخ دراز معلقاً على قول الإمام الشاطبي: «الثاني - أي من حقوق العبد في العادات - جهة أخذه للنعمة على أقصى كمالها فيما يليق بالدنيا، لكن بحسبه في خاصة نفسه... إلخ» فانتفاع العبد بالطيبات من النعم جعله الله حقاً من حقوقه بحسب ما هيأه الله من ذلك، كما قال: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا﴾ [الأعراف: ٣٢] فجعل ذلك حقاً له لكن لا مطلقاً؛ بل حسبما سن له ورسم، حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير<sup>(٢)</sup>.

هذا ولا تعني المحافظة على حق الغير مجرد منع الاعتداء عليه بطريق المباشرة أو التسبب مع التعدي - كما قلنا - وذلك بتجاوز الشخص حدود حقه الموضوعية؛ لأن هذا أمر مسلّم في جميع الشرائع؛ بل تعني أيضاً المحافظة على حق الغير إبان استعمال الشخص لحقه، أي بعدم التعسف فيه، كما أشار إليه الإمام الشاطبي في عرضه لحالات الضرر<sup>(٣)</sup>، والموازنة بين النفع والضرر.

(١) المرجع السابق (٢/٣٧٧).

(٢) «الموافقات»: (٢/٣٢٢)، والمقصود بالجهة هنا الطريقة أو الأسلوب.

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٤٨) وما بعدها.

نخلص من هذا إلى أن الفقه الإسلامي لم ينظر إلى الفرد كوحدة مستقلة عن المجتمع، كما لم ينظر إلى حقوقه على أنها غاية في ذاتها، بل اعتبر الفرد وحدة إنسانية تعيش في إطار اجتماعي، وترتبط بغيرها ممن يشاركونها هذا العيش برباط المصالح المتبادلة، والهدف المشترك، أو بعبارة أخرى: باعتباره فرداً اجتماعياً، وهذه الصفة المزدوجة من الفردية والاجتماعية تنعكس بالضرورة على حقوقه، فتتفي عنها صفة الفردية المطلقة؛ لتقيدها بما يحقق المعنى الاجتماعي فيها، كما تنفي عنها الصفة الجماعية المحضة؛ لأن في ذلك هَدْرٌ للصفة الأخرى وهي الفردية المحضة، وقد حرص الفقه الإسلامي على إبقاء هذه الصفة المزدوجة في الحق، بدليل ما يقضي به في قواعده الكلية من التنسيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عند التعارض؛ رعاية للحقين معاً ما أمكن، والمعنى الاجتماعي تجده في تحريم استعمال الفرد حقه بقصد الإضرار بغيره من أفراد المجتمع، أو استعماله على نحو ينجم عنه أضراراً فاحشة بغيره، ولو بدون قصد منه، أو أن يتخذ من حقه ذريعة لتحقيق أغراض غير مشروعة ضارة بالمجتمع، من تحليل محرم أو إسقاط واجب على ما سيأتي تفصيله.

وإذا كانت المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية هما غاية الفقه الإسلامي، وهي - كما ترى - غاية مزدوجة<sup>(١)</sup>، فقد شرع الفقه الإسلامي الأحكام - وهي مناشئ الحقوق والإباحات - وسائل؛ لتحقيق تلك الغاية المزدوجة، وبذلك يكون قد شرع الوسيلة والغاية معاً.

#### ❖ نقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من الصفة المزدوجة للحق:

ونقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من هذا المعنى، وهو أن الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق هذه الغاية المزدوجة أيضاً، وهي المصلحة الفردية والمصلحة العامة، توفيق بينهما عند التعارض ما أمكن، وتقدم هذه الأخيرة مع التعويض العادل على الفرد إذا استحال التوفيق بينهما.

(١) وبذلك يختلف عن الفرديين الذين يجعلون الفرد محور التشريع كله، وعن أنصار نظرية التضامن الاجتماعي ومن سار في فلكتهم الذين يجعلون الجماعة هي محور القانون وغايته، لمكان التطرف فيهما.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التعسف في استعمال الحق إنما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه، ومن صور هذه المناقضة ما يلي:

أولاً: استعمال الحق - سلباً أو إيجاباً - لمجرد قصد الإضرار بالغير، إذ الحق لم يشرع وسيلة إلى ذلك؛ بل شرع لمصلحة معتبرة شرعاً، وليس الإضرار بالغير مصلحة مشروعة، أو يمكن أن يكون مقصداً للشارع، فالمناقضة ظاهرة.

ثانياً: استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مطلقاً مع الضرر الناشئ عنه، والمناقضة ظاهرة أيضاً من قبيل أن ما غلب ضرره على نفعه لا يشرع؛ لاختلال التوازن.

ثالثاً: استعمال الحق - ولو معتاداً - إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو غير مقصود؛ لأن هذا يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه، وبإزالته بعد الوقوع؛ بل يتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو «جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» إذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة.

هذا، ومن باب أولى لا يجوز استعمال الحق إذا أدى إلى الإضرار بالمجتمع؛ لأن المفاسد اللازمة هنا أعظم بدهاءة، وبها يختل التوازن، فالمناقضة أظهر، ولو ترتب على ذلك تفويت مصلحة الفرد<sup>(١)</sup>، كما يقول العز بن عبد السلام: «فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة»<sup>(٢)</sup>.

والتعسف كما يكون في التصرف الإيجابي، يكون كذلك في التصرف السلبي، كامتناع التاجر عن بيع السلع احتكاراً وتربصاً بالناس الغلاء، والناس في حاجة إليها، فالامتناع هنا تعسف بالنظر إلى ما يلزم عنه من أضرار بالمجتمع، وکامتناع صاحب الحائض المائل الأيل للسقوط في طريق العامة عن هدمه، بعد الإشهاد، يعتبر تعسفاً بالنظر إلى مآله من الضرر العام.

(١) مع وجوب التعويض على الفرد المضروب إن كان له وجه.

(٢) «القواعد» للعز بن عبد السلام: (١/٨٣).

فالتعسف إذن يشمل استعمال الحق بوجهه الإيجابي والسلبي على نحو يناقض مقصد الشارع؛ لأن العبرة بهذه المناقضة التي هي علة حكم التعسف، أياً كان منشؤها.

رابعاً: اتخاذ الحق مجرد ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة؛ احتيالياً على قواعد الشرع؛ وتخلصاً من أحكامها تحت ستار الحق، كهبة المال صورة - وهي تصرف في حق الملكية - قرب نهاية الحول؛ لإسقاط الزكاة، وبيع العينة - وهو من حرية التعاقد - توصلًا إلى الربا، أو بيع العصير ممن يعتقد أو يغلب على ظنه أنه يتخذه خمراً؛ لما فيه من الإعانة على الإثم، والمناقضة في هذا التذرع ظاهرة؛ لأن الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهدم قواعد الشريعة، بتحليل المحرم أو إسقاط الواجب، كما يتناقض مع الأساس الأول الذي قامت عليه الحقوق من أن «المصالح معتبرة في الأحكام»، أي أن الأحكام معللة بمصالح العباد أي: إن المصالح المعتبرة أساس تشريعها.

ونخلص من هذا إلى أن الحق لا يجوز استعماله في غير المصلحة التي شرع من أجلها، وهنا مسألة هامة لا بد من بحثها إيضاحاً لنظرية التعسف، وهي:

#### ❖ ما المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها:

قد يتبادر إلى الذهن أن المراد بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها في الحقوق الشخصية بوجه خاص، مجرد المنفعة أو الفائدة الشخصية المحضة المشروعة التي يجنيها صاحب الحق كثمرة لاستعمال حقه دائماً وفي جميع الأحوال؛ ولكن هذا النظر مبتسر وخاطيء؛ لأنه مؤذن بكون الحق ميزة طبيعية خالصة لصاحبه، ومصدراً لسلطات مطلقة، وهو مالا تفره الشريعة بحال كما أسلفنا، وإنما المراد بالمصلحة تلك التي رسمها الشارع وقررها للحق، وجعل مدى اعتبارها شرعاً رهناً بما يعارضها من مصالح أخرى قد تصبح فيه عند الموازنة مرجوحة أو مساوية أو راجحة، وبذلك تتكيف المصلحة الفردية في ضوء هذا التعارض ومداه، فالحق ليس ميزة خاصة بل يفرض على صاحبه التزامات.

وعلى هذا؛ فقد تكون المصلحة مشروعة في الأصل، وتنطوي على المنفعة التي

أقرها الشارع؛ ولكنها - لمعارضتها لمصلحة أخرى هي أرجح منها - أصبحت بسبب هذا التعارض غير معتبرة، وضابط ذلك الموازنة.

فالمصلحة الفردية إذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة، أُهْدِرَ اعتبارها في هذه الحال؛ لأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح.

ومن باب أولى، تهدر إذا عارضتها مصلحة عامة كما تقدم، وليس معنى عدم اعتبار المصلحة المرجوحة انخراط مناسبتها للحكم؛ بل تبقى مصلحة في ذاتها كما قدمنا؛ لأن الحقائق لا تتبدل، وبديل أنها إذا سلمت عن معارضة ما هو أولى منها بالاعتبار، عاد إليها اعتبار الشارع لها أصالةً، وشرع الحكم المناسب عندها على أساسها.

فمصلحة الفرد في تلقي السلع، ومصلحة بيع الحاضر للبادي ظاهرة؛ ولكنها غير معتبرة شرعاً إذا أدى ذلك إلى الإضرار بالعامّة، أو أهل السوق، فليس المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها إذن مجرد النفع الشخصي في سائر الأحوال؛ بل المراد بذلك المصلحة التي لا تتعارض مع التنظيم التشريعي العام في الفقه الإسلامي. فاستعمال الحق بقصد تحقيق المصلحة التي شرع الحق من أجلها حال معارضتها لروح الشريعة وقواعدها العامة تعسفٌ محرّمٌ وممنوعٌ.

وهذا التنظيم هو الذي ينسق بين المصالح المتعارضة والمشروعة في الأصل، وفي الواقع أن هذا التنسيق مراعى فيه مصلحة الغير من الفرد والمجتمع، وبذلك يمكن القول بأن المصلحة في الشريعة الإسلامية ليست بالمصلحة المطلقة أو الأنانية الخالصة؛ بل هي المصلحة الاجتماعية، وهذا التنسيق هو ما تضطلع به نظرية التعسف.

وتأسيساً على هذا النظر، إذا اعتبرنا التعسف انحرافاً بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها، فإنما نعني بذلك المصلحة التي رسمها الشارع في حدود الإطار التشريعي العام، لا المنفعة الشخصية المطلقة، وهي المصلحة التي خلصت من معارضة مصلحة أخرى هي أجدر منها بالرعاية والاعتبار، على ضوء من المقررات والقواعد الكلية الشرعية في الترجيح التي تهدف إلى المحافظة على مقاصد الشريعة.

فإذا استعمل الفرد حقه - ولو استعمالاً معتاداً - لمصلحته الخاصة، وكانت مشروعة في ذاتها؛ لاستنادها إلى حق ولكنها تعارضت مع مصلحة أخرى هي أجدر بالاعتبار في نظر الشرع، اعتبر متعسفاً في حقه عن الغاية المرسومة شرعاً، تلك الغاية التي تتفق مع التنظيم التشريعي العام؛ لأن القصد إلى المصلحة الخاصة - ولو كانت هي مصلحة الحق المقررة له شرعاً - في الحال التي تكون فيها مرجوحة تعسفاً وإساءة في الاستعمال، ومجافاةً لقصد الشارع في التشريع؛ إذ ليس من قصد الشارع إهدارُ الراجح واعتبار المرجوح، لإخلاله بمقاصد الشريعة، ونظامها التشريعي العام.

لا يقال: إن الفرد في هذه الحال يعتبر متعدياً لا متعسفاً؛ لأنه قصد تحقيق مصلحة مرجوحة وهي غير مشروعة، والقصدُ إلى غير المشروع تعدياً؛ لأننا نقول: هذا التباس في الفهم؛ لأن وحدة الصفة لا تؤذن بوحدة الأصل؛ فالحق الذي أسيء استعماله أضحت المصلحة فيه غير مشروعة؛ لتعارضها مع مصلحة أخرى هي أولى بالاعتبار في نظر الشرع؛ ولكنها كانت مشروعة أصلاً، وقد قُررت للحق قبل هذا التعارض، حتى إذا خلصت من هذا التعارض في ظرف آخر، عاد إليها اعتبارها، وليس كذلك المصلحة الممنوعة أو المحرمة أصلاً، فهي محرمة وممنوعة في كل حال، ولا تحل إلا حال الضرورة ويقدرها الذي تندفع به؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

والخلاصة: أن الشارع قد قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة، تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي، على خلاف ما تقضي به المذاهب المتطرفة.

❖ **دوء التعسف قد يقتضي ترجيح مصلحة على أخرى هي أولى بالاعتبار:**

هذا نتيجة لما تقدم، فالتعسف في استعمال الحق يوجد عند تعارض المصالح، ودرؤه يتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى بعد إجراء الموازنة.

قدمنا أن المالك الذي يستعمل عقاره - ولو معتاداً - ويترتب عليه ضرر فاحش بجاره - ولو دون قصد منه - يمنع، وفي هذا ترجيح لمصلحة الجار كما ترى؛ دفعاً لضرر هو أشد من منع المالك من استعمال حقه على نحو ما، عملاً بقاعدة «يُختار

أهون الشرين»<sup>(١)</sup> وهذه القاعدة الأساسية تعتبر مؤيداً لنظرية التعسف، إذ تتفرع عنها معظم مسأله<sup>(٢)</sup>.

وهذا المعنى يؤكد الإمام العز بن عبد السلام إذ يقول: «إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك؛ امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦] وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كان المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة»<sup>(٣)</sup>.

هذا الدرء الذي يصرح به الإمام العز بن عبد السلام هو درء التعسف؛ استناداً إلى قاعدة الموازنة، وهو المعيار المادي لنظرية التعسف، ويضرب أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة تمثل درء التعسف في استعمال الحق، منها:

«الحجر على المفلس مفسدة في حقه؛ ولكنه ثبت، تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر، وإن شئت قلت: تقديماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الإطلاق»<sup>(٤)</sup>.  
ويلاحظ أن محل القاعدة ما إذا كانت المفسدة راجحة وكان ذلك في غير ضرورة.

واستشهد ابن القيم على هذه القاعدة بقضاء النبي ﷺ على سُمرة بن جندب بقلع نخلته من بستان الأنصاري؛ إذ شكها هذا الأخير للرسول ﷺ تأذيه وأهله من دخول سمره بستانه دون استئذان، أعني قاعدة: دفع أعظم الضررين؛ ويردُّ على من عمل

(١) هذه القاعدة يتفرع عنها قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام»، وقاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح». راجع «فلسفة التشريع الإسلامي» للمحمصاني ص ٢١٠، و«المجامع بشرح المنافع» ص ٣١١، و«تفسير القرآن الكريم» للشيخ محمود شلتوت ص ٥٦٤.

(٢) لأن تطبيقها يقتضي الموازنة بين المصالح المتعارضة، وهذا هو الجانب المادي من النظرية، أما الجانب الشخصي فتطبق عليه قاعدة أخرى هي: «الأمر بمقاصدها» الثابتة بالحديث الشريف «إنما الأعمال بالنيات» [أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب]، وسيأتي ذلك في بحث نظرية الباعث.

(٣) «القواعد»: (٨٣/١).

(٤) انظر دليل قاعدة: «ارتكاب أخف الضررين» من القرآن الكريم في تفسير قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ النَّهْرِ الْأَنْهَارِ﴾ [البقرة: ٢١٧] فقال فيه الآية «تفسير القرآن الكريم» للشيخ محمود شلتوت ص ٥٦٤.

بمقتضى القياس «لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه»<sup>(١)</sup> بقوله: «وصاحب القياس الفاسد يقول: لا يجب عليه أن يبيع شجرته، ولا يتبرع بها، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وإجباره على المعارضة عليه، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يقلعها؛ لما في ذلك من مصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم؛ فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه».

ثم يقول: «والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري، وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره؟» أي إذا كان ذلك في تعارض الحقوق الخاصة، فما بالك في تعارض الحق الخاص مع المصلحة العامة<sup>(٢)</sup>؟

ثم يقيس ابن القيم المنافع إذا احتاج الناس إليها - كمنافع الدور والطحن والخبز وغير ذلك - على المعاوضة على الأعيان<sup>(٣)</sup> في هذا الحكم.

معنى هذا، أن التعسف لا يقتصر على استعمال حق الملكية التي موضوعها عقارات أو أشياء مادية؛ بل يشمل كذلك المنافع، كتعسف العمال إذا تغالوا في الأجور، واشتدت حاجة الناس إلى منافعهم، وكذلك أرباب المهن والصناعات، وكل من يؤدي إلى الناس منفعة تشتد حاجة الناس إليها، تنسحب عليها قاعدة «يدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما» درءاً للتعسف، وهذا نظر أصولي وفقهي سليم.

والخلاصة: أن المقصود بالمصلحة التي شرع من أجلها الحق، تلك التي تنسق - بالإضافة إلى استنادها إلى حق مشروع - مع قواعد الشريعة وروحها، بحيث لا تتعارض مع مصلحة أخرى هي أرجح منها، فتوخي صاحب الحق تحقيق المصلحة

(١) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثري، وهو صحيح لغيره.

(٢) هذا القول يؤكد ما ذكرنا من أن قاعدة: «يدفع أعظم الضررين»، قاعدة أساسية يتفرع عنها قاعدة:

«الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام»، وهاتان القاعدتان تعتبران من مؤيدات نظرية التعسف في

مبارها المادي أو الموضوعي وهو الموازنة.

(٣) «الطرق الحكيمية» ص ٣١٠.

التي شرع الحق من أجلها دون نظر إلى اللوازم الخارجية للفعل، وما يحكم هذه اللوازم من قواعد، يعتبر تعسفاً إذا أصبحت مصلحته مرجوحة في هذه الحال، وأوضح الأمثلة على ذلك قضية سُمرة بن جندب في تعارض الحقوق الخاصة وأما تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، ومنع الاحتكار، ومنع عمر رضي الله عنه التزوّج بالكتائب في بعض الأحوال، ففي حالة تعارض الحق الخاص مع المصلحة العامة.





البصائر والأذن

**التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه  
عن مجاوزة الحق طبيعةً وجزاءً**

قبل البحث في تأصيل التعسف، وعرض آراء الأصوليين والفقهاء فيه، ثم إبداء الرأي الذي نراه في هذه المسألة، نود أن نبين ماهية التعسف وطبيعته، تمييزاً له عن مجاوزة الحق، بإبداء الفوارق القائمة بينهما من حيث الحقيقة والجزاء، وضرب أمثلة توضح ذلك، وهو بحث له أهميته من حيث إنه ينتهي بنا إلى تقرير استقلال نظرية التعسف، أو تبعيتها لنظرية التعدي في الفقه الإسلامي، أو نظرية «الخطأ» مبنى المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي.



## المبحث الأول

### تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق طبيعةً وجزاءً

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة «إساءة» أو «تعسف» في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون المُحدّثين في الغرب.

فالفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه <sup>(١)</sup> De la bus des droits ، والإنكليز يطلقون عليه The abuse of rights ، والترجمة الحرفية لكلمة (abuse) إساءة؛ ولكن درج فقهاء القانون في جمهورية مصر العربية وفي الجمهورية العربية السورية على استعمال كلمة «تعسف»، وأما في لبنان فأثروا استعمال كلمة «إساءة».

نعم؛ ورد في بعض كتب الأصول كلمة «الاستعمال المذموم»<sup>(٢)</sup> تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم، ولكن المدلول واحد.

هذا، وقد وردت كلمة «المضارة في الحقوق» في كتاب «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية في صدد بحثه في قضية سمرة بن جندب، وتعسفه في استعمال حق الاستطراق في بستان الأنصاري؛ ليصل إلى نخلته التي قضى رسول الله ﷺ بقلعها؛ دفعاً لمضارته صاحب البستان، وهذه القضية وما ورد فيها من حكم تعتبر أصلاً من أصول التعسف<sup>(٣)</sup>.

هذا، ومن الفقهاء المعاصرين<sup>(٤)</sup> من أطلق هذا اللفظ «المضارة» على التعسف.

(١) هو عنوان لكتاب الفقيه الفرنسي المعاصر جوسران سنة ١٩٠٥، «الوسيط» للدكتور السنهوري: (١/٨٣٨).

(٢) «الموافقات»: (٢١٩/٣) حيث يقول في التعسف في استعمال المباح: «فلم يزل أصل المباح، وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم».

(٣) «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية ص ٣١٠.

(٤) الأستاذ الشيخ أبو زهرة في بحثه للتعسف في كتاب «أسبوع الفقه الإسلامي» ص ٢٨.

على أنا نؤثر كلمة «التعسف» لدقتها في تأدية المعنى المراد، فالتعسف تنكُّبٌ أو انحراف عن الجادة، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير، كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بغيره، وقد لا يكون، كما في نكاح التحليل مثلاً؛ إذ القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول؛ ولا مضارة فيه لأحد؛ وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج، وهو التناسل والألفة والمودة، أي بناء الأسرة، فلم يشرع الزواج في الأصل للتحليل.

وأياً ما كان، فما المقصود بالتعسف؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق؟.

المقصود بالتعسف: 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 الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع.

ونضرب لذلك مثلاً يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق، ومجاوزة حدود

الحق أو الاعتداء:

١ - إذا أقام مالكٌ بناءه على أرض غيره أو زرع أرض غيره، اعتبر غاصباً أو معتدياً؛ ففعله غير مشروع أصلاً؛ لأنه لا يستند إلى حق، ولو كان فيه نفع لغيره؛ ولكن إذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطاً عالياً، فسدَّ 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 الموضوعية؛ لكن لزم عن هذا التصرف أضرارٌ بينةً بالجار، فتصرفه في الأصل مشروع؛ لأنه يستند إلى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات: التصرف المادي والشرعي، والاستعمال والاستغلال، وماتى التعسف هو ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره كما ذكرنا.

مثال آخر:

٢ - من أوصى بمالٍ زاد على الثلث، يعتبر مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه

الشرع، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل؛ لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق؛ فهو إذن متعدّد لا متعسف.

أما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة على هذا القصد، اعتبر متعسفاً؛ لأن أصل الفعل مشروع؛ لاستناده إلى حق ثابت له في الشرع؛ لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق له؛ ولكنه استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة؛ بل للإضرار بالورثة، وهو ممنوع؛ إذ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»<sup>(١)</sup>. فالتصرف الجزئي يجب ألا يتنافى مع ما تقتضيه القاعدة الكلية.

لا يقال: إن ثمة تناقضاً بين وصف الفعل بكونه مشروعاً في الأصل، ثم وصفه بأنه متعسف فيه؛ لأننا نقول: الجهة منفكة، فلا يلزم التناقض المزعوم؛ إذ المشروعية منصبة على ذات الفعل، والتعسف منصب على كيفية استعماله، إما بالنظر إلى الباعث عليه أو مآله؛ وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد<sup>(٢)</sup>؛ لتعدد الجهة.

وفي هذا ردّ على الفقيه الفرنسي بلانيول الذي انتقد النظرية من هذا الوجه<sup>(٣)</sup> بقوله: «إن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون، ومخالفاً له» ففي الوصية انصبت المشروعية على أصل الفعل، والمنع على قصد الإضرار، وفي المثال الثاني أصل التصرف في الملكية مشروع، والمنع إنما انصبّ على المآل أو النتيجة، فإذا تعددت الجهة لا يلزم التناقض.

فاتضح الفرق بين التعسف والمجاوزة بما لا يدع مجالاً للّبس؛ فلا يعتبر متعسفاً إذن من أوصى بما يزيد على الثلث، ولو قصد الإضرار بالورثة كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين في بحثه للتعسف حيث يقول: «إن الوصية حق للمورث، وله

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٢) «الموافقات»: (٢٥٨/٢) حيث يقول في صدد استعمال الحق على وجه يعلم صاحبه أن أداءه إلى المفسدة قطعي عادة، مع أن له ندحة في استعماله على وجه آخر لا يلزم عنه ذلك المحذور، ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتها.

(٣) «الوسيط» للدكتور السهوري: (٨٣٨/١)، وهذا نقد شكلي، وسيأتي تفصيل القول فيه.

استعماله على وجه مشروع، بأن يكون فيه برٌّ بالورثة، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع، بأن يكون إضراراً بالورثة، كأن يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة، فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق<sup>(١)</sup>، لأن هذا خلط بين المجاوزة والتعسف، فالوصية بقصد الإضرار بالورثة إنما تعتبر وصية تعسفية<sup>(٢)</sup> إذا كانت في حدود الثلث؛ لأن الشارع أعطى الفرد الحق في هذه الحدود، فإذا أوصى بما يزيد على الثلث، فقد جاوز حدود الحق واعتبر متعدياً لا متعسفاً، ذلك لأن فعله غير مشروع ابتداءً؛ لعدم استناده إلى حق، ولا تعسف مع انتفاء الحق.

وكذلك الحكم فيما إذا أوصى لوارث، فهي وصية باطلّة أصلاً على رأي الجمهور؛ لأنه محظور على الفرد أن يوصي لوارث بالنصّ الصريح، فالفعل غير مشروع لذاته سواء قصد الإضرار أم لم يقصد، وباطل في جميع الأحوال<sup>(٣)</sup>.

فمن أوصى لوارث لم يستعمل حقاً أصلاً حتى يوصف بأنه متعسف بقصده الإضرار، وإنما باشر أمراً غير مشروع أصلاً فهو مجرد متعدي لا متعسف.

❖ ا - وحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف والمجاوزة لا ينفي اختلاف حقيقة كل منهما:

صحيحٌ أن كلاً من مجاوزة الحق والتعسف في استعماله أمر محظور شرعاً؛ ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما.

فالتعسف يعتمد - في الأصل - وجود الحق<sup>(٤)</sup>، وهذا يستلزم مشروعية الفعل

(١) الشيخ أحمد أبو سنة في محاضراته في التعسف في كتاب «أسبوع الفقه الإسلامي» ص ٢٠.

(٢) والوصية التعسفية نوع من التصرف في حق الملكية على نحو تعسفي؛ لأن الموصي إنما يتصرف في خالص ملكه، وفي حدود حقه.

(٣) يلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية قد أخذ بجواز الوصية لوارث، مخالفاً بذلك رأي أئمة المذاهب الأربعة، أخذاً برأي في مذهب الشيعة. انظر المادة ٣٧ من قانون الأحوال الشخصية: «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، وتنفذ من غير إجازة الورثة» وبناءً على حكم القانون الذي أعطى الحق للموصي في الإيصال للوارث، يتصور التعسف في هذا الحق، بأن يقصد بالوصية الإضرار بباقي الورثة، ويثبت ذلك القصد أمام القضاء.

(٤) نقصد بالحق معناه العام، أي ما يشمل الإباحة.

اللازم لاستعماله ابتداءً؛ لأن ما تفرع عن المشروع مشروع بالضرورة، وقد رأينا مما ضربنا من الأمثلة أن الاستعمال نفسه معيب من حيث الباعث عليه، أو من حيث ما يلزم عنه من نتيجة؛ حتى إذا تجرد الفعل من الباعث غير الشرعي، أو لم تترتب عليه النتيجة غير المشروعة، عاد إلى الفعل وصفه من المشروعية، وليس كذلك الفعل في مجاوزة الحق أو الاعتداء، فهو غير مشروع لعيب في ذاته؛ لعدم استناده إلى حق أصلاً، أي محظور على كل حال إلا حال الضرورة، أو حال إباحته بسبب شرعي آخر من الأسباب المبيحة للمجاوزة.

وأيضاً لا يُمنع أحد من استعمال حقه إلا إذا قصد الإضرار بغيره، أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة، أما المجاوز لحدود الحق، فإنه يمنع ولو قصد إحداث نفع، كمن زرع أرض غيره أو بنى فيها أو غرس بدون إذنه تبرعاً كما قدمنا.

على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد، أي لا يمنع إلا لهذا القدر من الضرر، أما المجاوز لحدود الحق، فإنه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره.

وهذه فوارق حاسمة بين طبيعة كل من التعسف والمجاوزة.

#### ❖ ب - التفوق من حيث الجزاء:

مجاوزة الحق اعتداءً وظلم، وترتب عليه جزاءان: دنيوي وأخروي، كما إذا صحبه قصد إيقاع الضرر، ووقع الضرر فعلاً بالمجاوزة والتعدي، مهما كان قدره. والجزاء الدنيوي يكون بإزالة آثار التعدي عيناً إن أمكن، والتعويض على المضرور ما لحقه من ضرر؛ أو كليهما معاً حسب الأحوال، وقطع سبب الضرر؛ حتى لا يستمر وقوعه مستقبلاً.

أما الأخروي - وهو الإثم والعقاب - فجزاء قصد الإضرار.

وقد يكون الجزاء دنيوياً فقط إذا وقع الاعتداء على المال خطأ دون قصد.

أما التعسف في التصرفات القولية، فإذا كان نتيجة لباعث غير مشروع؛ لتحقيق

مصلحة غير مشروعة، كأن يهب أمواله - صورياً - قرب نهاية الحول؛ لإسقاط الزكاة مثلاً؛ فثمة جزاءان: دنيوي بإبطال التصرف، وأخروي وهو الإثم، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية.

وأما التعسف في التصرفات الفعلية إذا كان نتيجة لقصد الإضرار، ووقع الضرر فعلاً، أزيل الضرر بالتعويض؛ لأن الواقع لا يرفع، وقُطِعَ سببه؛ منعاً لاستمراره في المستقبل. وأخروي فقط إذا قصد الإضرار ولو لم يقع الضرر فعلاً.

أو بعبارة أخرى: إذا كان التعسف بالنظر إلى مآل التصرف الفعلي ونتيجته، دون قصد إلى ذلك المآل الممنوع، فالجزاء دنيوي فقط، بمنع مباشرة سببه، وبإزالة آثار الضرر عيناً أو تعويضاً حسب الأحوال، سواء أكان الاستعمال معتاداً أم غير معتاد. أما في التصرفات القولية فيكون بإبطال التصرف. وأما في التصرفات الفعلية، فمن المحال إزالة الضرر عيناً؛ لأن الواقع لا يمكن رفعه، ولكن يمنع استمراره في المستقبل، بقطع سببه؛ والتعويض عما وقع، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضرراً فاحشاً. وسيأتي بحث ذلك في جزاء التعسف.

❖ صور من التعسف عند الأصوليين، كما يستنتج من أدلة تحريمه:

يفهم من كلام الأصوليين أن التعسف عبارة عن تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله<sup>(١)</sup>.

يقول الإمام الشاطبي في استعمال الحق بقصد المضارة: إنه محرم، بدليل قول تعالى: ﴿وَيُؤَلِّهِنَّ أَحَقُّ بِرَبِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ثم يوضح وجه التعسف الذي أنزلت الآية الكريمة لمنعه فيقول: إن الطلاق كان في أول الإسلام إلى غير عدد، فكان الرجل يرتجع المرأة قبل أن تنقضي عدتها، ثم يطلقها، ثم يرتجعها كذلك قصداً، فنزلت الآية: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]<sup>(٢)</sup>.

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٢) وما بعدها.

(٢) المرجع السابق.

ونزل مع ذلك: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا ءَاتَيْتُمُوهُمْ سَهِيًا﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية. فيمن كان يضار المرأة حتى تفتدي منه، وهذه كلها حيل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله<sup>(١)</sup>. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْضُوا لَهُمْ إِنْ تَزَلُّوا بِهِمْ فِي طُرُقِكُمْ مِنْ أَجْلِ حَقِّ الْبَنَاتِ أَلَّا تَكُونَ لَهَا فُجْرَةٌ سَاءَةٌ وَتُكْفَرُوا بِهَا﴾ [النساء: ١٩] حيث حرم العضل، وهو المنع من الزواج، أو التضيق على الزوجة حتى يحملها على المخالعة القسرية، فتتنازل عن صدأقها كله أو بعضه، إلى غير ذلك من الآيات التي جاءت بأحكام تعتبر أصلاً ثابتاً في القرآن الكريم؛ لتحريم التعسف الذي قوامه التحايل، أو الانحراف بالحق عما شرع له من حكمة أو مصلحة كما يقول الإمام الشاطبي؛ لتحقيق غرض آخر غير مشروع.

على أن هذا المعنى «للتعسف» يمثل جانباً هاماً منه، أعني الجانب الذاتي، إلا أنه يقصر عن استيعاب حالة أخرى للتعسف، وهي تمثل الجانب المادي، وذلك فيما إذا أدى استعمال الحق إلى أضرار لاحقة بالمصلحة العامة، أو أضرار فاحشة لاحقة بالجار دون قصد، إلا أن يُقال: إن الحقوق لم تشرع لتكون وسائل تفضي إلى مثل هذه الأضرار والمفاسد الراجعة، فينطبق على هذه الحالة حينئذ معيار استعمال الحق في غير ما شرع له بهذا التأويل؛ لأن ما غلبت فيه المفسدة لا يشرع.

ولا شك أن التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله، أو استعمال الحق في غير ما شرع له، مناقضة للشارع، ومناقضة الشرع باطلة، فما أدى إليها باطل، وهذا ما يفيد قول الإمام الشاطبي:

«لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع منها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه<sup>(٢)</sup> على أصل

(١) يقرب هذا التصوير لطبيعة التعسف من تعريف جوسران للتعسف حيث يقول: «هو التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق». «روح الحقوق ونسبته»، نبذة (٢٩١) وما بعدها، ويميز التعسف بانعدام الدافع المشروع.

I abus du droit se caractérise par l'absence de motif légitime

(٢) يقصد بالباطن: الباعث أو القصد، أو الحكمة والمصلحة التي شرع الحق من أجلها.

المشروعية، فلا إشكال. وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها<sup>(١)</sup>؛ وإنما قصد بها أمور أُخِرَ هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات<sup>(٢)</sup> وهذا هو التعسف بعينه.

ويصور الإمام الشاطبي في هذا النص أبرز وجوه التعسف، وهو ما كان فيه الباعث غير مشروع، أو ما توافر فيه من نية الإضرار، وهو ما يعبر عنه الإمام الشاطبي «بالباطن» المخالف.

ويستفاد من هذا النص أمور على غاية من الأهمية:

أولاً: أن الحقوق والإباحات وما تخوله من أفعال مشروعة لمباشرتها، ليست إلا مجرد وسائل لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها.

ثانياً: أن مشروعية استعمال الحق أو الإباحة مرهونة بالمصلحة التي شرع من أجلها، أي بغاية الحق، وعدم المشروعية مرتبط بالانحراف عنها أو اعتسافها.

ثالثاً: نظرية التعسف - كما يبدو - مرتبطة بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية.

رابعاً: إن ظاهر الفعل<sup>(٣)</sup> الموافق للشرع لا يعصمه من أن يصبح غير مشروع، إذا كان القصد أو الباعث غير مشروع، فليست العبرة بهذا الظاهر المشروع وحده فحسب؛ بل لا بد من موافقة الشرع ظاهراً وباطناً، والمراد بالباطن هنا البواعث النفسية والقصود.

(١) هذا دليل يبين على نفي أن تكون الحقوق غايات بذاتها كما ذهب إلى ذلك الفريديون، وعليه فلا يمكن تصوّر التعسف فيه، لأن للفرد - على هذا النظر - أن يتصرف فيه وفق رغبته، أو كما يملي عليه هواه. أما الشريعة الإسلامية فلم تشرع الحقوق وما تستلزم من أعمال كغايات، حتى يكون صاحبها مطلق التصرف فيها، بل شرعت كوسائل لتحقيق مصالح، ووضعت الحقوق في يد الفرد لهذا الغرض، وبذلك أصبح كل حق في الشرع مقيداً بغايته، والانحراف عن هذه الغاية هو التعسف بعينه، فنظرية التعسف تبدأ من اعتبار الحقوق مجرد وسائل.

(٢) «الموافقات»: (٢/٣٣١).

(٣) أي صورته وهيئته الشرعية من الأركان والشروط فيما يتعلق بالتصرفات القولية، أو كان يستند إلى حق شرعي ثابت كما في استعمال حق الملكية مثلاً، أو إلى إباحة كما في تلقي السلع.

خامساً: كنتيجة لذلك كله، أنه ينبغي أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، وهذا ما قرره الإمام الشاطبي في مواضع كثيرة حيث يقول: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع»<sup>(١)</sup>.

ويقول في موضع آخر<sup>(٢)</sup>: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل؛ فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل».

«أمّا أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح، ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلبُ مصلحة ولا درءُ مفسدة»<sup>(٣)</sup> اهـ.

ويقصد بالعمل هنا ما كان فعلاً إيجابياً أو سلبياً كالترك<sup>(٤)</sup>.

وعلى ذلك، يمكن تعريف التعسف بأنه: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»، أو: استعمال الحق في غير ما شرع له، وهذا الأخير المعيار العام للتعسف.

وعندي أن إعمال القصد أو الباعث في التصرفات المشروعة في الأصل هو الذي يتفق وروح الشريعة؛ ولذا انعقد إجماع الفقهاء على أن مناقضة قصد الشرع عيناً باطلة، فما يؤدي إليها باطل. وهذه قضية لا ينازع فيها أحد من أهل العلم، غير أن الخلاف في أمر آخر يتعلق بالمنهج أو الأسلوب الذي اتخذه كل إمام من أئمة الفقه في إثبات هذا القصد المناقض لقصد الشارع، فالحنابلة والمالكية اعتمدوا القرائن وظروف

(١) «الموافقات»: (٢/٣٣١).

(٢) المرجع السابق: (٢/٣٣٣).

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٣١).

(٤) المرجع السابق، وفي هذا اعتبار واضح للباعث وتأثيره في التصرفات والمعاملات عملاً بالحديث: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» [أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب]، والإمام الشاطبي الأصولي المحقق يمثل تطوراً واضحاً في الفقه المالكي، لا سيما فيما يتعلق بفكرة الباعث وإعمالها في التصرفات.

الحال التي تدل على النية والقصد، وأما الإمام الشافعي فاعتمد الإرادة الظاهرة التي تفصح عنها العبارة كتابةً أو قولاً<sup>(١)</sup> في صلب العقد؛ لأن النوايا والقصود أمور نفسية داخلية يعسر الوقوف عليها من جهة، وقد يتغير القصد بين حين وآخر من جهة أخرى، أضف إلى ذلك ما يترتب على البحث عن النوايا واستقصائها من بلبلة القضاء، وتزعزع الثقة به، وعدم استقرار المعاملات، ولكن الراجح ما ذهب إليه المالكية.



(١) سيأتي تفصيل ذلك في قاعدة «الأمر بمقاصدها»، أو نظرية الباعث، كمؤيد للنظرية.

## المبحث الثاني التكليف الفقهي للتعسف في استعمال الحق وتأصيله عند الأصوليين والفقهاء

يذهب بعض الأصوليين - كالإمام الشاطبي في موافقاته - إلى أن التعسف في استعمال الحق من باب التعدي بطريق التسبب، يظهر ذلك من تأصيله للمسؤولية في التعسف، وأن مبناها التعدي، ويظهر كذلك من تفصيله لحالات الضرر الذي يترتب على استعمال الحق.

فقد فرض في الحالة الأولى استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أي لمجرد هذا القصد، وبيّن الحكم فيها، وأنه المنع، مع الإشارة إلى أساس الحق؛ عملاً بقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»<sup>(١)</sup>، وهذه المسألة بيّنة لا إشكال فيها، ثم فرض صورة أخرى يقصد فيها العامل إلى نفع نفسه، وإلى ضرر غيره معاً، وليس في القضية نفع عام، ولا فساد عام، فقال في هاتين الصورتين:

«فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»؛ لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه؟ أم يبقى على حكمه الأصلي من الإذن، ويكون عليه إثم ما قصد؟ هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة، وهو جارٍ على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً»:

«وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة»<sup>(٢)</sup>، حصل له ما أراد، أو لا.

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن

ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٢) في هذا إشارة إلى أساس الحق.

فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه<sup>(١)</sup> منه؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه، ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار، وإن لم يكن له محيِّصٌ عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير، فحق الجالب أو الدافع مقدم<sup>(٢)</sup>، وهو ممنوع من قصد الإضرار» اهـ.

فهاتان الحالتان تنظمهما نية الإضرار، فتمثلان المعيار الذاتي للتعسف.

لكن الإمام الشاطبي لم يبين وجه تقديم حق الجالب أو الدافع، أي ترجيح جانب صاحب الحق في العمل رغم قصده الإضرار، وهل يرجح في جميع الأحوال، أم أن ذلك قاصر على حالة ما إذا تساوى نفعه مع الضرر اللاحق بغيره، ومن باب أولى إذا ترجح نفعه بالكثرة، وسيأتي بيان ذلك.

فالذي يعيننا أن الإمام الشاطبي يمنع الفعل في حالة ما إذا كان لذي الحق وجه آخر لتحصيل مصلحته، ولا يلزم عن ذلك ضرر بغيره؛ ولكنه عمد إلى تركه إلى الوجه الذي يلزم عنه المضرة، فعلى أي أساس منع الفعل؟ لأنَّ صاحب الحق يعتبر متعسفاً أم متعدياً؟

يظهر ذلك من فرضه للصورة الثالثة، وهي ما إذا استعمل حقه لا بقصد إحداث ضرر بغيره، غير أنه يعلم بلزومه قطعاً عادة، أي أن لزوم الضرر مقطوع بوقوعه في العادة وذو الحق يستيقن ذلك، ولا يستتضر من ترك العمل.

يقول الإمام الشاطبي في حكم هذه الحالة ومبنى المسؤولية فيها: «فله نظران: نظر من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعاً، من غير قصد إضرار بأحد، فهذا من الجهة جائز لا محذور فيه. ونظراً من حيث كونه عالماً بلزوم الضرر مستيقن بذلك، ولا يستتضر من منعه من استعمال حقه» ويرى الإمام الشاطبي أن حكم هذه الحالة يتردد بين نظرين:

(١) لأن في هذا مظنة قصده الإضرار، والمظنَّة تقوم مقام المئنة هنا، فقصد الإضرار ومظنته بقيام القرينة على قيامها في الحكم سواء، وعلى هذا يقال: إن نية الإضرار سواء كانت حقيقية أم مفترضة بأن دلت عليها قرينة، تؤثر في التصرف، فتجعله غير مشروع.

(٢) أي ذو الحق.

«نظر من حيث كونه - المستعمل لحقه - قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعاً من غير قصد إضرار بأحد، فهذا من هذه الجهة جائز لا محذور فيه.

ونظراً من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود، مع عدم استضراره بتركه؛ فإنه من هذا الوجه مَظَنَّةٌ لقصد الإضرار<sup>(١)</sup>؛ لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميلي، فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع فيه مضرة، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرة، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر.

وعلى كلا التقديرين فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر المأمور به، وذلك ممنوع، وإما (مَظَنَّةٌ)<sup>(٢)</sup> قصده إلى نفس الإضرار، وهو ممنوع أيضاً، فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل، لكن إذا فعله يُعَدُّ متعمداً بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة<sup>(٣)</sup> اهـ.

وكذلك الحكم في الصورة التالية: وهي حالة إفشاء استعمال الحق إلى الضرر في الغالب من الظن لا على سبيل القطع.

يقول الإمام الشاطبي في بيان حكم هذه الحالة مع التوجيه: «أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر...وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظناً، فهل يجري الظن مجرى العلم فيمنع من الوجهين الأولين - وهما التقصير في النظر إلى المأمور به، ومَظَنَّةٌ قصد نفس الإضرار - أم لا؛ لجواز تخلفهما، وإن كان التخلف نادراً؛ ولكن اعتبار الظن هو الأرجح» وأتى بالأدلة على ذلك. ثم يقول: «والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز من الجلب للمصلحة، أو

(١) أي قرينة دالة على ذلك القصد.

(٢) بإضافة مظنة يستقيم الكلام، إذ الفرض أنه لم يقصد بالفعل. راجع تعليق الشيخ دراز: (٢/٣٥٧) «الموافقات».

(٣) المرجع السابق: (٢/٣٥٧ - ٣٥٨).

الدفع - أي للمفسدة - وقطع النظر عن اللوازم الخارجية<sup>(١)</sup>، إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل، أو من باب التعاون، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل، فإن المتسبب لم يقصد مصلحة نفسه، فإن حمل محمل التعدي فمن جهة أنه مظنة للتقصير؛ ولذلك وقع الخلاف فيه: هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أم لا<sup>(٢)</sup>؟.

هذا، وإذا كان التقصير في النظر بالمأمور به، أو مَظَنَّةُ قصد الإضرار يعتبر تعدياً، فقصد الإضرار يعتبر تعدياً من باب أولى، لأن المنة أولى بالاعتبار من المَظَنَّة.

ويستفاد من هذا أن عناصر التعدي عند الإمام الشاطبي هي ما يلي:

أولاً: - تمخض قصد الإضرار بالفعل، وهو يعتبر تعدياً من الطراز الأول.

ثانياً: - مَظَنَّةُ قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن والمَظَنَّات.

ثالثاً: الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الإسلام من قوله تعالى: ﴿وَتَمَأْوِئًا عَلَى آلِبِرِّ وَاللَّقْوَىٰ وَلَا تَمَأْوِئًا عَلَى الْإِنْمِرِ وَالْعُدُونِ﴾ [المائدة: ٢] واتخاذ الاحتياط للحيلولة دون الإضرار بغيره، أو بعبارة أخرى: التقصير في إدراك الأمور على وجهها الصحيح، وإهمال المعاني الإسلامية<sup>(٣)</sup> من قوله ﷺ: «أَحَبُّ لِأَخِيكَ مَا تَحِبُّ لِنَفْسِكَ»<sup>(٤)</sup>.

والخلاصة: أن الإمام الشاطبي يكتف التعسف بأنه تعدُّ بطريق التسبب، ولا يلتزم في ذلك ضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء<sup>(٥)</sup>، وهو ضابط موضوعي يعتمد على أمور مادية خارجية، من كون الفعل غير مشروع لا يستند إلى حق أصلاً؛ فلا يشمل العناصر النفسية أو الشخصية من نية الإضرار أو مَظَنَّةُ ذلك، أو التقصير أو الإهمال في اتخاذ الحيطة للحيلولة دون وقوع الضرر بغيره.

(١) أي واقعات الضرر المادية التي تلزم عن الأفعال المشروعة.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٣٦ - ٣٦١).

(٣) انظر في هذا التفسير إلى قول الإمام الشاطبي: «تقصير في النظر بالمأمور به» بحث الشيخ أبي زهرة في التعسف في كتاب «أسبوع الفقه الإسلامي» ص ٣١.

(٤) أخرجه أحمد: ١٦٦٥٥، من حديث يزيد بن أسد، وهو حديث حسن.

(٥) سيأتي بيان ذلك.

وهكذا يجعل الإمام الشاطبي معيار التعدي ذاتياً، قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار، أو مَظَنَّتَه، أو الإهمال والتقصير، ثم يُغفل الشرط الأول في التعدي وهو الفعل غير المشروع أصلاً؛ ليدخل بذلك التعسف في مفهوم التعدي، ويجعل التعسف في استعمال الحق مجرد تطبيق لمعيار التعدي، وعلى ذلك لا يكون ثمة نظرية للتعسف قائمة بذاتها؛ لأن نظرية التعدي كافية في إمداد حالات التعسف بالحلول، وبذلك يقترب في هذا النظر من فكرة الخطأ عند فقهاء القانون، في اعتبارها مبنى للمسؤولية التقصيرية، أو بعبارة أخرى: يتفق مع القائلين بأن نظرية التعسف مبناهـا «الخطأ التقصيري» في النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية، أو مع القائلين بأن التعسف صورةٌ جديدة من صور الخطأ نتيجة للتوسع في مفهوم الخطأ<sup>(١)</sup>؛ استجابة لتطورات الحياة الاقتصادية.

ونحن لا بد لنا من النظر في هذا التكييف لنظرية التعسف ومبنى الضمان فيها، وهذا يقتضينا أن نتبع فكرة «التعدي بطريق التسبب» عند الفقهاء الأقدمين والمتأخرين، لنرى هل في تطور فكرة التعدي في الفقه الإسلامي ما يسمح باستيعاب حالات التعسف، وإقامة المسؤولية بالتالي على أساسه؟! أو أن تأصيل التعسف على فكرة التعدي بالتسبب فيه تعسف ظاهر؛ لقصوره عن استيعاب جميع حالات التعسف؟! وعلى ذلك يجب التماس أصل آخر لهذه النظرية من الفقه الإسلامي ومبادئه العامة، بالنظر للطبيعة الخاصة التي يميّز بها التعسف؟

#### ❖ التعدي بالتسبب عند الفقهاء الأقدمين:

فرق الفقهاء بين نوعين من الإتلاف هما:

##### ١ - الإتلاف مباشرة.

(١) «الوسيط» للدكتور السنهوري: (٢/٨٤٣). «المسؤولية المدنية» «الأحكام العامة» للدكتور سليمان مرقس ص ١١٥. ومعيار الخطأ في الفقه القانوني: الإخلال بواجب قانوني مع قصد الإضرار، أو على الأقل مع إمكان توقع حدوث الضرر منه، المرجع السابق ص ٢٥، أو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، «الوسيط»: (١/٨٤٣).

## ٢ - الإلتلاف تسبباً.

وجعلوا لكل منهما حكمه من حيث الضمان.

فحكم المباشر أنه ضامن، سواء كان متعمداً أم متعمداً، أم لم يكن<sup>(١)</sup>، أما المتسبب فلا يضمن إلا إذا تعمد<sup>(٢)</sup> أو تعدى.

يقول الإمام السرخسي: «وإذا حفر الرجل في سوق العامة بئراً، أو بنى فيها دكاناً بغير أمر السلطان، فهو ضامن لما عطب من شيء؛ لأنه مُتَعَدٍ في هذا التسبب... وإذا فعله بأمر السلطان لا يكون متعمداً في هذا التسبب، فلا يكون ضامناً بمنزلة ما لو فعله بملكه<sup>(٣)</sup>»، أي من حيث إن أمر السلطان صير أصل الفعل مشروعاً.

ويقول أيضاً: «وإذا سار على دابته فيه - في الطريق - لم يكن ضامناً للثَّفْحَةِ بالرجل والذَّنْبِ؛ لأن هذا جزء من الطريق كسائر أجزاء الطريق، فالسير فيه يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه، دون ما لا يمكن<sup>(٤)</sup>».

ويقول أيضاً: «والمتسبب إنما يكون ضامناً إذا كان متعمداً بسببه؛ وهو في ملك نفسه لا يكون متعمداً<sup>(٥)</sup>».

## ❖ وفي مجمع الضمانات:

«المباشرُ ضامن وإن لم يتعمد ولم يتَّعَدَ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى، فلو حفر بئراً في ملكه فوق فيها إنسان لم يضمن<sup>(٦)</sup>».

(١) المادتان ٩٢ و٩١٢ من «مجلة الأحكام العدلية».

(٢) أي تعمد إيقاع (الفعل) الضرر. «شرح المجلة» محمد سعيد مراد الغزوي (١/١٤٦): أنه يشترط في ضمان المتسبب محظورية الفعل مع القصد والاختيار في إيقاعه، وهذا هو المراد من التعمد في عبارة المادة. راجع أعداد من ٨٨١ - ٩٤٠ من «مجلة الأحكام العدلية».

(٣) ويقول السرخسي: والمباشرُ في ملكه وفي غير ملكه سواء في إيجاب الضمان. «المبسوط»: (٤/٢٥).

(٤) المرجع السابق: (٧/٢٦).

(٥) المرجع السابق: (٧/٥).

(٦) «مجمع الضمانات» ص ١٤٦.

ويوضح الدكتور المحمصاني تعريف التعدي أنه «العمل بدون حق ولا جواز شرعي». ويقول أيضاً: «إن اشتراط التعدي لوجوب الضمان يستتبع انتفاء الضمان عند عدم التعدي، أي في كل مرة يكون العمل فيها جائزاً شرعاً، وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية المعروفة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»<sup>(١)</sup>.

وجاء في «تبيين الحقائق» للزيلعي في تعليل اشتراط التعدي بالتسبب دون المباشرة: «لأن المباشرة علة، فلا يبطل حكمها بعذر، والتسبب ليس بعلة، فلا بد من التعدي، ليلتحق بالعلة»<sup>(٢)</sup>.

وأورد الزيلعي تطبيقاً لهذه القاعدة:

«اتخذ بشراً في ملكه أو بالوعة، فنزَّ منها حائضٌ جاره، وطلب تحويله، لم يجبر عليه، وإن سقط الحائض منه لم يضمن؛ لأنه تصرف في خالص حقه؛ ولأن هذا تسبب، وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعدياً»<sup>(٣)</sup>.

ما يستخلص من تعاريف الفقهاء القدامى للتعدي وتطبيقاتهم:

يتبين من ذلك أن فقهاء الشريعة لم يشترطوا لإيجاب الضمان «خطأ» للفاعل بالمعنى المعروف عند فقهاء القانون؛ بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار، أو بالتعدي في حالة التسبب، وهو في نظرهم مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب من نوع إهمال أو تقصير أو عدم تبصر منه.

وعلى هذا فليس كل فعل ضارٍّ محرماً أو ممنوعاً عندهم، بل لابد - للمنع والتحریم - من أن يحصل هذا العمل تعدياً، أي بدون حق أو جواز شرعي أصلاً، عملاً بالقاعدة العامة «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

لذا فالضرر الناتج عن عمل مباح أو استعمال حق، لا يوجب التعويض ولا المنع<sup>(٤)</sup> بمقتضى القاعدة العامة التي سلكوها في تفرعاتهم.

(١) «الموجبات والعقود» للدكتور صبحي المحمصاني: (١٧٥/١ و ١٨٦).

(٢) «تبيين الحقائق»: (١٤٧/٥). (٣) المرجع السابق: (٢٥٥/٦).

(٤) «الموجبات والعقود» للدكتور المحمصاني: (١٧٤/١).

على أن بعض الفقهاء جرى على اعتبار المنع من استعمال الحق إذ أفضى إلى الإضرار بالغير مستثنى من القاعدة المذكورة<sup>(١)</sup>.

ولكن مع التسليم بهذا، فالبحث يدور حول مبنى هذا الاستثناء.

فبعضهم جرى على اعتبار أن القاعدة مقيدة في ذاتها، وعلى ذلك فالجواز الشرعي المقيّد<sup>(٢)</sup> لا ينافي الضمان، أما الجواز الشرعي المطلق، فهو الذي ينافي الضمان، والشارع قد أورد قيوداً في الإباحات، ألا ترى أن السير في الطريق مقيد بشرط السلامة، وإذا اعتبرنا القاعدة مقيدة، فإن الاستثناء منها يقلّ، لا سيما إذا اعتبرنا الحق مقيداً أيضاً، وهذا نظر سديد؛ غير أنه لم يبين مبنى هذا الضمان، هل هو التعدي بالمفهوم الفقهي التقليدي؟

#### ❖ تطور فكرة التعدي في الفقه الإسلامي:

إن فكرة التعدي ما لبثت أن تطورت في الفقه الإسلامي، فلم تعد تقتصر على المعيار الموضوعي، وهو مجرد ارتكاب الفعل الخارج عن حدود الحق؛ بل أخذت تشمل عناصر نفسية، من عدم التبصر والإهمال، ورأينا الإمام الشاطبي أخيراً يجعلها شاملة للإساءة في استعمال الحق، حيث يقيد سلطة ذي الحق بواجبات تفرض عليه إبان استعمال هذه السلطة من التبصر والحرص والاحتياط؛ والحيلولة دون التسبب في إيقاع الضرر بالغير، فيكون وجوب تجنب قصد الإضرار به عن طريق استعمال الحقوق والإباحات من باب أولى؛ فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن مقدرة الفاعل على التمييز والحرص والتبصر، وهي عوامل نفسية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً بعد أن كان تقديره موضوعياً يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق، وبذلك اقتربت فكرة التعدي في الشريعة من فكرة الخطأ التقصيري التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسؤولية المدنية.

(١) المرجع السابق ص ١٧٤.

(٢) «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد» للأستاذ مصطفى الزرقاء: ج ١ (٢/١٠٩).

وقد جاء أيضاً في الفقه الحنبلي ما يؤيد اعتبار الإهمال أو التقصير في الاحتياط تعدياً.

جاء في «المغني»: «لا ضمان على الراعي إذا لم يتعدَّ» ويقول صاحب «المغني» في تعليل ذلك: «ولنا أنه مؤتمنٌ على حفظها، فلم يضمن من غير تعدُّ، كالمؤدع؛ ولأنها عينٌ قبضها بحكم الإجارة، فلم يضمنها من غير تعدُّ، كالعين المستأجرة، فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بلا خلاف، مثل أن ينام عن السائمة، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد منه، أو تغيب عن نظره<sup>(١)</sup> وحفظه... مما يعد تفریطاً وتعدياً». وجاء هذا المعنى في فقه الحنفية أيضاً<sup>(٢)</sup>.

والذي يحكم في التفرقة بين التعدي والتعسف عنصرٌ هام، هو أن الفعل في الأول غير مشروع لذاته؛ لأنه لا يستند إلى حق أو جواز شرعي، أي أنه معيبٌ في ذاته، في حين أن الفعل في الثاني مشروع لذاته؛ ولكنه مشوبٌ بعيب في باعته أو نتيجته، وهذا ما أوضحه الإمام الشاطبي في غير موضع بصدد الانتفاع بالنعم؛ فالمكلف إذا تصرف بالنعمة على الوجه الذي قصده الشارع، فلا لوم ولا تثريب، ومأتى الذم ليس هو أصل النعمة؛ بل الانحراف عن الوجه المشروع الذي رسمه الشارع لاستعمالها أو الانتفاع بها، إذ يقول:

«إذا تأملت الحالة، وجدت المذموم تصرف المكلف في النعم، لا نفس النعم، إلا أنها لما كانت آلة - ذريعة - للحالة المذمومة، دُمَّت من تلك الجهة، وهو القصد الثاني».

ثم يوضح أن الذم إنما جاء من سوء استعمال الحق أو الإباحة، لا من أصل الفعل بقوله: «فلم يزل أصل المباح، وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم»<sup>(٣)</sup>.

(١) «المغني»: (٤٩٦/٥).

(٢) «تبيين الحقائق»: (١٤٧/٥).

(٣) «الموافقات»: (٣/٨٣ و٢١٩).

وبين الإمام الشاطبي: «أن إساءة استعمال الحق من كفران النعمة، وأنَّ النعمة إذا جرت في التكليف بحسب المشروع، فذلك هو الشكر الذي أنزلت الشريعة لبيان وجهه»<sup>(١)</sup>.

ثم يأتي بالأدلة على ذلك من الكتاب الكريم، والسنة المطهرة، ويعلق الشيخ عبد الله دراز على الحديث: «لا يأتي الخير إلا بالخير»<sup>(٢)</sup> أي إذا سار في طريقه واستعمله في حدوده، فإذا انحرف به عن حده، جُرَّ إلى المفساد؛ ولكن ليس هذا من طبيعة الخير، وإنما هو مما دخل عليه أي من إساءة الاستعمال.

فالذي تحصّل من هذا أن أصل الفعل<sup>(٣)</sup> في التعسف مشروع - كما قدمنا - لأنه يستند إلى حق، وأن الانحراف عن قصد الشارع، إنما كان في كيفية استعماله، وهو مأثى الإساءة، وليس كذلك الفعل في التعدي، فإنه غير مشروع أصلاً، وهذا كاف في فرض التمييز والفرقة بينهما.

هذا من حيث الأصل والطبيعة، وثمة فرق من حيث الضوابط التي يخضع لها الفعل المتعسف فيه.

وذلك أن الفعل في التعدي بما هو غير مشروع لذاته، يضمن مرتكبه كل ما لحق بغيره من ضرر بسببه، كثيراً كان الضرر أم قليلاً، بينما لا يضمن المتعسف في بعض الحالات إلا إذا كان الضرر على قدر معين من الجسامة، كالمالك الذي يُلحق بجاره ضرراً من جرّاء استعماله لملكه، يشترط أن يكون الضرر فاحشاً حتى يعتبر المالك متعسفاً.

#### ❖ قصور ضابط التعدي عن استيعاب حالات التعسف:

بيننا أن التعدي بطريق التسبب - كما درج عليه الفقهاء القدامى - يعتمد فعلاً غير مشروع لذاته لأنه خارج عن حدود الحق، وهذا يستتبع أن الفعل إذا كان ضمن حدود

(١) المرجع السابق.

(٢) أخرجه البخاري: ٦٤٢٧، ومسلم: ٢٤٢٢، وأحمد: ١١١٥٧، من حديث أبي سعيد الخدري.

(٣) سواء أكان الفعل مباحاً أم واجباً. انظر هامش «الموافقات»: (٣/٢١٥).

الحق وتسبب عنه ضررٌ للغير لا يمنع منه، وبالتالي لا يسأل عنه صاحبه ولا يضمن؛ لأنه تصرف في حدود حقه، هذا هو الأصل في فكرة التعدي عن طريق التسبب، ورأينا أن هذا المعنى قد تطور عند المتأخرين، فأقاموه على عناصر نفسية من قصد الإضرار، أو التقصير والإهمال، أي بعد أن كان معيار التعدي موضوعياً أصبح موضوعياً وذاتياً شخصياً قائماً على عنصر «الإرادة»، فلو صرفنا النظر عن اشتراط كون الفعل في التعدي غير مشروع لذاته، وأخذنا بالمعيار الأخير، لوجدناه قاصراً عن استيعاب جميع حالات التعسف؛ لأنه ضيق من نطاق النظرية. وبيان ذلك أن الإمام الشاطبي قد بحث حالات من التعسف نشأت بمعزل عن الإرادة، أي لم يتوافر فيها قصد الإضرار أو التقصير والإهمال، حتى ولا مَظَنَّة، ورد الحكم فيها إلى قاعدة سد الذريعة التي تحفل بالواقع المادي الصُّرف، ولو كانت نية المكلف حسنة، وفي هذه الصورة من التعسف لا يستقيم فيها تطبيق معيار التعدي الموضوعي عند القدامى، أعني الفعل الذي يجاوز حدود الحق، كما لا يستقيم تطبيق معيار التعدي بهذا المعنى الأخير عند الإمام الشاطبي وغيره، القائم على عناصر نفسية، ذلك؛ لأن هذه الحالة من التعسف تعتمد معياراً موضوعياً آخر، هو الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من نفع، وما يترتب على فعله من مفسدة، فإذا كانت هذه الأخيرة راجحة منع، وإلا فلا، ولا يُنظر إلى نية المكلف أو إهماله، بل إلى هذا الواقع المادي في حد ذاته، أو إن شئت قلت: المسؤولية المادية التي تعتمد ضابطاً موضوعياً قوامه الموازنة بين النفع وما يلزم عنه من ضرر ومفسدة، وأن التعسف يتحقق كلما اختل هذا التوازن، ورجح الضرر، ولنضرب لذلك أمثلة:

الأول: استعمال الحق الشخصي إذا لزم عنه ضرر عام.

يقول الإمام الشاطبي في هذه الحالة: «والثاني: أن لا يقصد إضراراً بأحد، وهو قسمان: أحدهما<sup>(١)</sup>: أن يكون الإضرار عاماً، كتلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، والامتناع من بيع داره أو فدّانه، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره».

(١) «الموافقات»: (٢/٣٤٨ - ٣٥٠).

ويقول في هذه الحالة الأخيرة: «وإن أمكن انجبار الإضرار ورفع جملة، فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق المسلمين على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة . . إلخ»<sup>(١)</sup>.

وهذا صريح في أن التعسف لا يقوم على عنصر نفسي؛ لأن الفرض في هذا القسم أنه لا يقصد إضراراً بأحد كما مرّ، ومتلقي السلع قد لا يقصد الإضرار بالعامّة كما هو الفرض؛ بل لعلّه يقصد القيام بواجب السعي ابتغاء طلب الرزق لعياله، وهو من المقاصد الحاجية إذا كان يترتب على تركه وقوع أسرته وأولاده في عسر ومشقة.

الثاني: في مضارّ الجوار، فقد تكون الأضرار الفاحشة التي تلحق بالجار نتيجة لاستعمال مشروع<sup>(٢)</sup> وعاديّ لحق الملكية، كما في إقامة مصنع يؤثر بضوضائه ودخانه الكثيف على حي سكني راقٍ، فيصيبه بأضرار بينة في راحتهم وصحتهم، أو يعطل عليهم انتفاعهم بأملاكهم على الوجه المعتاد، ولو كان إنشاء المصنع سابقاً على وجود الحي على الأصح.

والحُكْمُ الفاصل في ذلك - أي فيمن يجب أن يتحمل الأضرار، هل هو صاحب المصنع أو أهل الحي؟ - يعتمد على الموازنة بين النفع والضرر، فتدخل في ذلك الاعتبارات الاقتصادية، ويتخذ درء التعسف حينئذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى، دون نظر إلى العناصر النفسية على الإطلاق. وهذا النظر يقتضي أن تُبحث حالات مضارّ الجوار كلٌّ على حدة، ويكون الحُكْمُ في كلٍّ منها على ضوء النتائج المادية اللازمة عن استعمال الحق، والموازنة بينهما، فما غلبت المصلحة فيه شرع، وما غلبت فيه المفسدة منع، فالتعسف في استعمال حق الملكية بما ينشأ عنه من مضارّ الجوار لا يقوم على المعيار الذاتي أو الشخصي؛ بل على المعيار المادي المحض.

(١) المرجع السابق.

(٢) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٧.

وقد أكد هذا النظر بعض الكاتبيين المُحدّثين، فسَمّى هذا المعيار: «بالنظرية المادية لسوء استعمال الحق»، والواقع أن هذا معيار واحد من معايير النظرية، وليس هو نظرية قائمة بذاتها.

وفي الواقع أن هذا المعيار أوحى به الأصل الذي قامت عليه الشريعة، من جلب المصالح ودرء المفاسد، وما تفرع عنه من المقررات الشرعية من مثل: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»، وهذا الأصل العام يؤيد نظرية التعسف، إذ يقيم جانباً منها على معيار الموازنة الموضوعية. ولعل هذا الأصل هو الذي حدا بفقهاء الحنفية إلى القول بقاعدة الاستحسان، لما فيها من النظر في المآل، كما حمل المالكية والحنابلة إلى القول بقاعدة «سد الذرائع»، وكما دفع الإمام مالك إلى الأخذ بمبدأ المصالح المرسلّة، ومبدأ مراعاة الخلاف، والإمام الغزالي إلى القول بالاستصلاح.

الثالث: قد ذكر الإمام الشاطبي في حالة استعمال الحق إذا ترتب عليه ضرر خاص غير مقصود؛ ولكن يكثر وقوعه بسبب هذا الاستعمال، ولا يغلب على الظن، فإن مالكاً يمنعه؛ إمعاناً منه في الاحتياط لدرء المفاسد، في حين أنه لم يقدّم دليل على العلم بلزوم هذا الضرر، ولا على الظن الغالب؛ حتى يعتبر العلم أو الظن مَظَنَّةً لقصد الإضرار، كما لم يقدّم دليل على تقصيره أو إهماله بدهاءة؛ ولذلك لم يأخذ بالمتعسف الشافعية والحنفية.

ويوجه الإمام الشاطبي قول مالك بالمتعسف، لكثرة الوقوع، بأنه من باب الاحتياط وسد الذريعة، ولنستمع إلى الإمام الشاطبي في تقرير ذلك:

«وأما الثامن: وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً، لا غالباً، ولا نادراً، فهو موضع نظر التباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن، كمذهب الشافعي وغيره؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة متتفيان؛ إذ ليس هنا إلا احتمالاً مجردٌ بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد، ولا يقتضيه؛ لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة.

وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً، كما في العلم والظن؛ لأنه ليس حملة على القصد إليهما أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك، فالتسبب المأذون فيه قوي جداً، إلا أن مالكا اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً.. إلخ».

ولكن هذا التعليل غير واضح، ولا يدفع حجة الأولين كما يقول المعلق<sup>(١)</sup>، ولا يعدو أن يكون احتمالاً لا يبلغ علماً ولا ظناً.

والواقع أن عدم وضوح آت من تأصيله على فكرة التعدي، أما لو أقيم على ضابط آخر من الموازنة للنتائج الواقعية، لكان أبين.

هذا وقد التفت الأستاذ الشيخ أبو زهرة إلى هذا المعيار المادي للتعسف الذي لا علاقة له بمفهوم التعدي قديمه وحديثه، حيث يقول في هذه الحالة: «ما يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيراً؛ ولكن لا يبلغ درجة الغالب الراجح، فيرجح جانب المفسدة على جانب الإذن في الفعل، كالبيع بالأجل الذي يؤدي إلى الربا كثيراً، وإن لم يكن غالباً... إلخ» لأسباب:

أولها أنه ينظر إلى الواقع لا إلى المقاصد، وقد وجد أن المفساد المترتبة على الفعل كثيرة، وإن كانت قابلة للتخلف، فكانت المفسدة قريبة الوقوع، ويجب ملاحظتها والاحتياط لها عند العمل<sup>(٢)</sup>... إلخ. ويكفي هذا الاعتبار لإقامة الدليل على أن التعسف يقوم على غير ضابط التعدي.

الرابع: أن التعسف مبني على قواعد ومعايير منها: قاعدة سد الذرائع، وهي قاعدة تقوم على النظر في مآلات الأفعال ونتائجها، أما النظر إلى النية أو الإهمال أو التقصير فأمر ثانوي.

ويقول الأستاذ الشيخ أبو زهرة في هذا الصدد: «إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية على أنها الأمر الجوهري في الإذن أو المنع، إنما النظر فيه إلى النتائج

(١) كتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٢.

(٢) المصدر السابق.

والثمرات؛ فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة، كان واجباً بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد، فهو ممنوع بمنعه، لأن الفساد ممنوع، فيما يؤدي إليه ممنوع أيضاً، والمصلحة مطلوبة، فما يؤدي إليها مطلوب، والنظر في هذا الأصل ينتهي بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق، وهو جلب المصالح ودفع المفاسد ما أمكن الدفع والجلب؛ فإنه لما كان مقصودُ الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكّم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير، ودفع الفساد، ومنع الأذى حيثما كان؛ فكل ما يؤدي إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي، وهو الطلب للمصلحة، والمنع للفساد والأذى»<sup>(١)</sup>.

وهذا النظر - كما ترى - يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الأصل رهناً بمآل التصرف من المصلحة أو المفسدة الراجحة، أي إن المعيار الموضوعي يتخذ من ثمرة العمل أساساً للحكم على الفعل ببقاء المشروعية أو سلبها عنه، الأمر الذي يتعارض مع اعتبار مبنى التعسف على التعدي بطريق التسبب بالمعيار الشخصي أو الذاتي فضلاً عن المجاوزة، وهو الخروج عن حدود الحق.

الخامس: قد يكون في استعمال الحق انحراف عن المصلحة التي قرر من أجلها الحق دون أن ينجم عن ذلك ضرر بأحد، كزكاح التحليل مثلاً عند القائلين بمنعه وتحريمه؛ وهو الأرجح، لأنه لم يقصد به تحفيق الحكمة التي من أجلها شرع النكاح من التناسل والتوالد والمودة؛ بل اتخذ ذريعة لتحليل المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول<sup>(٢)</sup>، فكيف يطبق معيار التعدي بطريق التسبب هنا، مع أن التعسف فيه ظاهر؟!

هذا، وسنبين رأينا في تأصيل التعسف وتكييفه بعد عرض آراء الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة.



(١) كتاب «مالك» ص ٤١٠.

(٢) «فتاوى ابن تيمية»: (٣/١٥٧).

## المبحث الثالث

## التكليف الفقهي للتعسف وتأصيله عند بعض الفقهاء المعاصرين

ذهب بعض الكاتبيين من الفقهاء المعاصرين إلى أن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب<sup>(١)</sup>.

يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة: «وأنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق، ومنع التعدي على الآحاد، قرر الفقهاء في هذه الحال أن الفعل يتوارد عليه أمران: أحدهما بالإذن، وهو ما يقوم على أصل ثبوت الحق... إلخ».

وهكذا يصف فضيلته التعدي تارة بأنه تعسف، وطوراً بأنه تجاوز<sup>(٢)</sup>، وأحياناً يصف الفعل غير المشروع أصلاً بأنه تعسف، حيث يقول: ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له؛ فإنه يكون متعسفاً في استعمال الحق<sup>(٣)</sup>، وظاهر أن مثل هذا العمل لا يستند إلى حق أصلاً، فهو مجرد تعدٍّ، إذ التعسف إنما يكون في دائرة عمل مشروع في الأصل، كما هو معلوم.

ويصرح بعضهم<sup>(٤)</sup> بأن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب، إذ يقول: «عرفنا أن أنواع التعسف أربعة، وأن الثلاثة الأولى منها مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول: إن المشروع إذا أدى إلى محظور كان محظوراً، والمباح إذا أدى إلى حرام كان حراماً....»

(١) انظر بحث الأستاذ الشيخ أبي زهرة في التعسف في «أسبوع الفقه الإسلامي» وخاصة ص ٣٩ و ٤٠ و ٤٢ و ٧٥، ويعبر أحياناً بالتعدي عن التعسف، فيقول في التعسف السلمي: يعد الممتنع متعدياً، ويعبر عن التعسف أحياناً بالتجاوز، والتجاوز ليس من التعسف في شيء انظر ص ٤٢.

(٢) المرجع السابق ص ٤٢.

(٣) المرجع السابق ص ٨٦.

(٤) الأستاذ الشيخ أحمد أبو سنة في «أسبوع الفقه الإسلامي» ص ١١٩.

وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور متعدياً بطريق التسبب؛ لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر، أو بالسعي في حصول مفسد غالبية، أو في تحقيق أغراض غير مشروعة، فيكون مسؤولاً عن هذا التقصير<sup>(١)</sup>.

قبل مناقشة العلماء في هذا التكييف، نود أن نوضح بعض أمور تمهيدية، ليتبين الفرق بين التعدي والتعسف، ومشكلة هذا التكييف تنشأ عن أن التعدي ما معياره وضابطه؟ وهل يقصر «التعدي» عن أن يشمل حالات التعسف جميعها؟ فيبقى التسبب المطلق هو منشؤه، وإذا ثبت قصوره، فعلى أي أصل تُبنى المسؤولية في التعسف، إن في الدافع ابتداءً، أو في وقوع الضرر عيناً، أو في التعويض؟.

لابد للإجابة عن ذلك من إجراء المقارنة بين التعسف والتعدي بطريق التسبب.

إن من أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق، أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي، أي بدون حق، فالمتعدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية كما قدمنا. أما التعسف، فإن مجاله العمل المشروع في ذاته، والتعيب مأثاه إما من المقصد المناقض لقصده الشارع، أو النتيجة الضَّررية المترتبة على استعمال الحق، بدليل أن المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بعيب قصد الإضرار، أو لم يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة، لزال عنه وصف التعسف، وغدا فعله سليماً مشروعاً لا غبار عليه، كما هو في الأصل.

أما التعدي، فالفعل غير مشروع في ذاته.

ويتجه على هذا النظر أمور:

أولاً: أن القيام بعمل لم يُشرع له أصلاً، هو مجرد تعدُّ وتجاوزٌ لحدود حقه، والمتعسف - كما قلنا - إنما يقوم بعمل مأذون له فيه، أو له سلطة القيام به شرعاً.

ثانياً: أن التعدي بطريق التسبب يعتمد فعلاً لا يستند إلى حق أصلاً كما ذكرنا،

(١) المرجع السابق ص ١١٩.

ولو اعتبرنا معياره بالمعنى الشخصي أو الذاتي فحسب، فإنه يغدو قاصراً عن استيعاب صور التعسف التي لا تتعلق بالنية أو الإهمال أو التقصير، أو حتى مَطْنَةٌ ذلك، فضلاً عن أنه يعتمد فعلاً غير مشروع لذاته، والأمثلة على ذلك:

أولاً: الضرر العام الذي يلزم عن تصرف الفرد فيما منح من حق أو إباحة، فإنه يمنع منه، ولو لم يقصد إلى ذلك الضرر، أو يُقَصَّر في الاحتياط، بل ولو كان الباعث عليه مشروعاً أو حسناً، من مثل تلقي السلع، أو إقامة مصنع في ظاهر المدينة ليساهم في الاقتصاد الوطني أو الثروة الوطنية، وهو استعمال مشروع ومعتاد لحق الملكية، ثم ينشأ حوله بعد حين حيٌّ راقٍ للسكن، بحيث أضحي وجود المصنع مصدر قلق وإزعاج وخطر على الصحة العامة، أو معطلاً لانتفاع أهل الحي بالمنافع الأصلية المقصودة عادة من العقارات التي يسكنونها، فالسلوك معتاد، والتصرف في دائرة الحق، ومعتاد أيضاً، والباعث مشروع، والمصنع سابق في وجوده على الحي، ومع ذلك يمنع إذا أربى ضرره على نفعه، عملاً بالمقررات الشرعية من أن الضرر يزال، قديماً كان أم حادثاً، ويختار أهون الشرين، فهذه القواعد لا تقيم وزناً للعناصر النفسية، وإنما تنظر إلى الوقائع الخارجية.

وقد فصلنا القول في ذلك آنفاً.

ثانياً - نظرية العذر<sup>(١)</sup>.

إن القول في نظرية العذر التي قال بها الحنفية في فسخ عقود الإيجار وانفاسخها، تشمل في أغلبها ما يسمى في القانون «بالظروف الطارئة»، وكلاهما يدور في فلك نظرية التعسف، ومعلوم أن العذر قد لا يكون لأي من المتعاقدين يدٌ في نشوئه، بل لم يكن متوقفاً أحياناً، ومع ذلك يفسخ العقد، أو يعتبر منفسخاً، نزولاً على مقتضيات العدالة، ومنعاً للتعسف، فأين التعدي بطريق التسبب هنا، وما وجه تحقق معياره؟!

(١) راجع في نظرية العذر «الجامع الصغير» لمحمد بن الحسن الشيباني على كتاب «الخراج» لأبي يوسف ص ١٠٢، و«البدائع»: (٢٢٢/٤)، و«الهداية»: (١٨٣/٣ و ١٨٤)، و«تبيين الحقائق»: (١٤٦/٥) و(١٤٧)، و«الفتاوى الهندية»: (٤٥٨/٤).

ثالثاً: مبني النظرية في معيارها المادي المبتثق عن مبدأ سد الذرائع:

على أن بعضهم قد ذكر أن نظرية التعسف تقوم على قاعدة سد الذرائع، ومعلوم أن هذه القاعدة لا تعتبر العناصر النفسية من الباعث أو النية أو التقصير العنصر الجوهرية فيها، وإنما تنظر إلى ثمرات الأفعال ونتائجها فحسب، وعلى ضوءها تحكم ببقاء مشروعية الفعل، أو انسلاخها عنه، بقطع النظر عن البواعث والقصود، أو الإهمال وترك الاحتياط، أي بقطع النظر عن «الإرادة».

رابعاً: ولو قلنا: إنَّ سدَّ الذرائع يتجه فيها النظر اتجاهين: الأول إلى الباعث، والثاني إلى المآلات أو النتائج، فإن معيار التعدي بطريق التسبب لا ينطبق عليه هذا الاتجاه الثاني في سدِّ الذرائع، والذي يمثل نظراً واقعياً محضاً دون نظر إلى وصف أصل الفعل، ولا إلى بواعثه، ومعلوم أن معيار التعدي القديم يعتمد أصل الفعل من عدم المشروعية لعدم استناده إلى حق، والمعيار المتطور ينظر إلى العناصر النفسية، وبذلك يبدو جلياً قصور معيار التعدي بطريق التسبب عن استيعاب جميع حالات التعسف، بالرغم من صرف النظر عن الشرط الأول، وهو أن يكون الفعل في الأصل غير مستند إلى حق، وأهم تلك الحالات الأمثلة التي ضربناها.

❖ القضاء يؤيد عدم ابتناء التعسف على الخطأ أو التعدي.

على أن القضاء المصري (المختلط) قد تنبه إلى أن صور التعسف في العلاقات الجوية لا يمكن تبرير المسؤولية فيها بالاستناد إلى فكرة «الخطأ» في القانون التي تقرب من فكرة «التعدي» عند فقهاء المسلمين بالمعيار الذاتي؛ إذ رأى بعضهم أن تُبنى المسؤولية على ما يظهر من عدم اتفاق الاستعمال مع مقتضيات المصلحة الاجتماعية<sup>(١)</sup> LINTERET Social، وهذا ما نعنيه بتعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، وإن هذه الأخيرة مقدّمة بالنظر لما في مراعاتها من دفع ضرر أشد.

ويقول بعض فقهاء القانون في جمهورية مصر العربية: «إنَّ المحاكم قد أجمعت

(١) «التعسف في استعمال الحق» لحسين عامر ص ١١١.

فيما تقضي به من تعويض على إغفال البحث عن « الخطأ » وما إليه، اكتفاء بما حصل من أضرار عن استعمال الحق»<sup>(١)</sup>.

وإغفال البحث عن « الخطأ » دليلٌ بينٌ على قصوره، أو ضيقٍ معياره عن استيعاب حالات التعسف جميعاً، وهذا يدل بالتالي على أن نظرية التعسف تقوم على أصل آخر؛ إذ لا يمكن تجزئة أصول النظرية، فيقال: إن بعضها خاضع لمعيار التعدي بطريق التسبب، وبعضها خاضع لمقياس آخر، الأمر الذي لم يعهد في الشرع أو في القوانين.

❖ إطلاق الفقهاء القدامى والمتأخرين لفظ «التعدي» على أحوال التعسف، لا يدل على أنهما متحdan حقيقة ومفهوماً

قلنا: إن الفقهاء لم يرد على ألسنتهم كلمة « التعسف »<sup>(٢)</sup>، بل كانوا يطلقون كلمة «التعدي»، ولكن هذا الإطلاق ينبغي ألا يضللنا عن حقيقة التعسف؛ إذ ليست العبرة بظاهر اللفظ؛ بل العبرة بالحقيقة والطبيعة، وهي التي تشير إليها تعليلاتهم؛ فمن ذلك تعليلهم حكم الضمان على مالك الحائط الذي مال إلى الطريق وسقط على أحد المارة، بعد الإشهاد بأن حكم القياس أنه لا يضمن حتى بعد الإشهاد؛ لأن الحائط كان مستقيماً في ملكه، فلم يشغل هواء الطريق ببنائه حتى يعتبر مجاوزاً حدود ملكه؛ ولكنه مع ذلك اعتبر بالامتناع عن هدمه بعد الإشهاد متعدياً، استحساناً<sup>(٣)</sup>؛ دفعاً للضرر العام؛ ولأن المصلحة العامة مقدمة.

فالتعليل صريح في أن معيار التعدي بالتسبب لم ينطبق على هذه الحالة، وإلا لما استحسنا، أو بعبارة أخرى: لما استثنوا هذا الحكم من القاعدة العامة في التعدي تسبباً، فالاستثناء إذن مبني على أساس ومستند، فما هو هذا المستند؟ هو التعسف بعينه، يظهر ذلك من تعليلهم بأن الحامل على ذلك هو تقديم المصلحة العامة.

(١) المرجع السابق ص ١١٢.

(٢) قد سبق الإشارة إلى أن الإمام الشاطبي يطلق على التعسف كلمة «الاستعمال المذموم». «المواقفات»:

(٣/٨٣).

(٣) «الهداية»: (٤/١٤٤).

على أن الزيلعي في كتابه «تبيين الحقائق»<sup>(١)</sup> لم يصف المالك الذي يلزم عن استعماله لعقاره ضرر فاحش بالجار بأنه متعدّ، بل علل منعه من استعمال ملكه على هذا النحو بأنه للاستحسان ولأجل المصلحة، ونحن نقول اليوم: إنما منع؛ لتعسفه في استعمال حقه، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دامت الحقيقة واحدة

وصاحب «بداية المجتهد» يشير إلى هذا في بحثه «الضمان عند الفقهاء»، يقابل بوضوح بين الضمان القائم على التعدي، والضمان الذي أساسه المصلحة إذ يقول: «والضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال»<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أن حفظ الأموال مقصد ضروري، فإذا أدى تطبيق معيار التعدي التقليدي إلى إهمال هذا المقصد أو الانحراف عنه، يستثنى الحكم من القاعدة، ويحكم بالتضمنين منعاً للانحراف، ولا نعني بالتعسف إلا هذا الانحراف، فتسد الذريعة إليه بالاستناد إلى نظرية التعسف، ومبدأ سدّ الذريعة.

وسد الذريعة هذا هو عمل بالمصلحة، واتجاه إليها؛ بل وتوثيق لها كما قدمنا.

#### ❖ نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته:

والواقع أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته، وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة، ولا تستند إلى معيار التعدي بطريق التسبب، يدلنا على هذا كثرة الاستثناءات التي عمد إليها الفقهاء في تعليل أحكام المنع من التصرف في الحق، أو أحكام التضمنين، تارة بالاستحسان<sup>(٣)</sup>، وطوراً بالمصلحة، وأخرى دفعاً للضرر العام، أو تقديماً للمصلحة العامة<sup>(٤)</sup>.

وقد أشرنا إلى أن المحاكم قد تنبّهت إلى استقلال هذه النظرية؛ فلم تبين أحكامها - فيما يتعلق بالتزامات الجوار - على معيار «الخطأ» كما تنبّه إلى ذلك الفقيه الفرنسي

(١) (٤/١٩٤ - ١٩٦).

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/١٩٣).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٢/١٩٦)، و«الهداية»: (٤/١٤٤)، و«المبسوط» للسرخسي: (٢٧/٢٥)، و«بداية المجتهد»: (٢/٢٥ و١٩٣).

(٤) «الموافقات» للشاطبي: (٢/٣٤٨) وما بعدها.

«جوسران»<sup>(١)</sup>، حيث أقام الحكم في التزامات الجوار على ضابط الموازنة بين ما يترتب على الاستعمال من مصلحة، وما يلزم عن ذلك من أضرار.

على أن الفقه المدني والدولي - كما ذكرنا من قبل - يناديان بالمسؤولية المطلقة، أي غير المشروطة بالخطأ، وذلك بالنظر لتيسير حصول المضرور على التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخاطر الحرفة في ظل الإنتاج الكبير، لما يتسم به هذا النشاط الصناعي من مخاطرٍ يعسر إثبات الخطأ فيه. هذا بالنسبة للفقه المدني<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة للفقه الدولي، فإنه نظراً لما يتسم به نشاط السلاح النووي في عصرنا الحاضر من طبيعة خاصة، وما ينجم عن ممارسته من نتائج خطيرة ومدمّرة تدميراً شاملاً تؤثر في الفضاء الجوي، والكائنات الحية في الدول المجاورة للدولة ممارسة هذا النشاط، فقد نادى فقهاء القانون الدولي بالمسؤولية المطلقة غير المشروطة «بالخطأ» لمنع الدول من التعسف في استعمال هذا الحق، أي ولو لم يثبت أنها ارتكبت خطأ<sup>(٣)</sup>، بل تكفي النتائج المادية من التدمير الشامل.

وهذا هو ما نادى به الفقه الإسلامي منذ قرون على لسان المحققين من فقهاءه، حين بنوا حكمهم - في منع المالك من التصرف بملكه على نحو يضر بجاره ضرراً فاحشاً - على المصلحة<sup>(٤)</sup>، ولو لم يتعد في هذا الاستعمال حدود ملكه، أو قصد إلى الإضرار، بل ولو استعمل ملكه استعمالاً معتاداً ولغرض صحيح مشروع. كل هذا يثبت أن نظرية التعسف لا تقوم على معيار «التعدي بطريق التسبب» كما قررنا ذلك من قبل، وإنما هي نظرية مستقلة لها مبادئها ومعاييرها الخاصة.

(١) جوسران في كتابه «روح الحقوق ونسبته» ص ١٣ وما بعدها.

"De l'esprit des droits": Josserand .

(٢) ولذا ابتدعوا نظرية «تحمل التبعة» والتي نادى بها جوسران أيضاً؛ ليحل مشكلة الاستعمال التعسفي في حق الملكية الذي تترتب عليه مضار الجوار غير المألوفة، وبإمعان النظر في نظرية التعسف في الفقه الإسلامي نجد أنها تشمل بعض تطبيقات «نظرية الظروف الطارئة» المعرفتين في القوانين الوضعية.

(٣) «المسؤولية الدولية» للدكتور حافظ غانم ص ١٤١.

(٤) «تبين الحقائق»: (١٩٦/٤).

## المبحث الرابع التكليف الذي أراه للتعسف على ضوء من طبيعة الفقه الإسلامي

### ارتباط التعسف بفكرة الحق وطبيعته

نقطة البدء التي نطلق منها في بيان هذا الارتباط، هو تقرير طبيعة الحق في الفقه الإسلامي؛ فقد بيّنا أن الشريعة الإسلامية هي أساس الحق ومنشؤه، أي أن الحق إنما نشأ بحكم الله هبة ومنحة منه تعالى، حتى الحقوق التي تقررت لأصحابها بأسبابها الجعلية مردّها إلى حكم الله أيضاً، لأن السبب لا يؤثر في وجود الحق إلا بجعل الله تعالى، لا بذاته، على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين كما قدمنا.

ويترتب على هذا أن الحق ليس صفةً طَبِيعِيَّةً للإنسان حتى يكون مطلقاً وغايةً في ذاته، يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته ومشيتته، ولو أضر بغيره.

فمصدر الحق في الفقه الإسلامي إذن ليس ذات الإنسان، بل الشريعة هي التي أنشأت الحق إنشاءً، وهو مقيد بما قيده به الشريعة، وعلى هذا ليس للفرد من سلطة في التصرف إلا ما منحه إياه الشرع، وفي الحدود المرسومة.

#### ❖ الشريعة أساسها المصالح:

وإنما انتفى أن يكون الحق - بهذا النظر الشرعي - مطلقاً، أو مصدرراً لسلطات مطلقة؛ لأن الشريعة مبنية على مصالح العباد، رسمها الشارع الحكيم، ثم شرع من الوسائل - وهي الحقوق والحريات العامة - ومنحها العباد، لتحقيق هذه المقاصد<sup>(١)</sup>

(١) راجع الأساس الأول الذي يقوم عليه تقييد الحق.

كما بينا من قبل، فوجب إذن - كنتيجة حتمية لذلك كله - أن يكون قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع.

ومن هذا يتضح أن الحقوق ليست في الشرع غاية في ذاتها؛ بل هي مجرد وسائل سُرعَت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق، وما يتبعها من الحاجة والتحسينية، وبذلك يتقيد الحق بهذه المصالح.

ويترتب على هذا أنّ كل استعمال للحق يناقض هذه المقاصد، يعتبر باطلاً؛ لأنه يهدم الأصل الذي قامت عليه الشريعة، ويضاد مقصد الشرع من منح الحقوق.

وشيء آخر، هو أن الحق إذا كان وسيلة لغاية أو مصلحة شرع من أجلها، فمن المنطق التشريعي أن تكون الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع ذلك الأصل الكلي في الشرع؛ لأن الشريعة كلُّ متسق لا تتناقض جزئياتُها مع كليّاتِها، وعلى هذا فالمصلحة الخاصة التي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم التشريعي العام؛ أي لم تتناقض مع قواعد الشريعة العامة، أو مقاصدها في الخلق، وهذا هو جوهر فكرة التعسف الذي نلخصه فيما يلي:

إنَّ الفعل يكون مشروعاً بحسب الأصل والظاهر؛ لأنه يستند إلى حق؛ ولكنه يتناقض - إن في بواعثه أو نتائجه - مع ما تقضي به قواعد الشريعة العامة ومقاصدها، أي مع روح الشريعة.

وهذا الأصل يقتضينا النظر في طبيعة الفقه الإسلامي، وهل هو فقه فردي أو جماعي؟ لما لذلك من أثر في تكوين طبيعة الحق نفسه، وتحديد مدى استعماله.

قدمنا أن طبيعة الفقه الإسلامي ليست قائمة على الفردية المطلقة التي تقدر الحق الفردي، وتهدر الصالح العام، كما أنها ليست ذات طابع جماعي محض، تجعل الصالح العام وحده هو محور التشريع فحسب؛ بل هو فقه أقرَّ الحق الفردي وحماه، ونسق بينه وبين المصلحة العامة، ووفق بينهما ما أمكن التوفيق، وقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند استحالة التوفيق بين المصلحتين، لأن المصلحة الخاصة لا يمكن أن تقوم إلا بالمصلحة العامة، وأصبحت هذه القضية من المقررات الشرعية المحكمة.

### ❖ طبيعة الفقه الإسلامي تنعكس على الحق، وتحدد طبيعته:

هذه الطبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي تنعكس بالضرورة على الحق الفردي فيه، وتحدد طبيعته، لأنه ناشئ عنها:

أنه إذا كان التشريع الإسلامي يهدف إلى غايتين أساسيتين في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع، وهما: مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع معاً، وتقديم هذه الأخيرة عند التعارض المستحکم لأهميتها، فمقتضى ذلك أن الحقوق - وهي وسائل لتحقيق غايات الشرع - يجب أن تُفضي إلى تلك الغاية المزدوجة، وإلا وقع التناقض بين الوسيلة والغاية، وبذلك يكون للحق وظيفة مزدوجة أيضاً، فردية واجتماعية معاً، وعلى هذا الأساس يُنقض القول بأن الحق هو بذاته وظيفة اجتماعية، على معنى أنه يرمى الصالح العام فحسب كما يذهب إلى ذلك مذهب التضامن الاجتماعي<sup>(١)</sup>؛ بل الذي يتفق وطبيعة التشريع الإسلامي وغاياته القول بأن للحق الفردي طبيعة مزدوجة: فردية واجتماعية، وأن الأولى مصونة ومحمية ما دامت لا تتعارض مع المصلحة العامة، وأنه يجب أن يسلك مسلك التوفيق بينهما ما أمكن، وتقديم المصلحة العامة إذا استحال التوفيق حسب ما تقضي به مقررات الشرع<sup>(٢)</sup>.

وبذلك يكون للحق الفردي في الشريعة الإسلامية وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية؛ إذ يترتب على هذا النظر الأخير إهدار الصالح الفردي الخاص الذي أصبح تفرُّه معلوماً من الدين بالضرورة، ولا سيما حق الملكية الذي هو في طبيعة الحقوق الخاصة جميعاً.

### ❖ منشأ نظرية التعسف ووظيفتها الأساسية:

هذا، ولإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق المجتمع، نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق.

(١) انظر مذهب التضامن الاجتماعي في هذا الكتاب.

(٢) راجع من أسس تقييد الحق التضامن المادي وأثره في تقييد الحق الفردي.

ويترتب على هذا النظر المستمد من طبيعة الحق أن الإخلال بهذا التوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة غير مشروع، ولا يشرع بالتالي ما يؤدي إليه، وهو الفعل، فإذا أفضى استعمال حق فردي إلى إلحاق مضرة راجحة بالغير، كان في هذا مناقضة لمقصد الشارع؛ لأنه لم يشرع الحق ليكون مصدراً لمفاسد راجحة؛ بل شرع للمصالح الراجحة، ويتناقض بالتالي مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ولو كان الفعل في الأصل مستنداً إلى حق، وهذا الحكم ينطبق على تعارض حق الفرد مع حق المجتمع من باب أولى؛ إذ من البدهي أن استعمال الحق الفردي إذا أفضى إلى الإضرار بمصلحة المجتمع كان ممنوعاً، لأن اختلال التوازن هنا يكون أظهر، ولأن المفسدة اللاحقة بالمجتمع فاحشة لا تتناسب مع المنفعة التي يجنيها صاحبُ الحق الشخصي.

وعلى هذا، فالحق الشخصي في الشريعة - بما هو ذو طبيعة مزدوجة - لا يكفي في مشروعية استعماله أن تتحقق المصلحة الشخصية التي شرع من أجلها؛ بل يجب - مع هذا - ألا يختل التوازن بينه وبين مصلحة خاصة أخرى هي في الشرع ذات رعاية، أو بين مصلحة المجتمع، بحيث لا يُفضي استعماله إلى مفاسد راجحة في الحالتين، وهذا مفهوم اجتماعي للحق في الشريعة، وهو معنى قولنا: إن الحق الفردي كجزء من التشريع الإسلامي يجب أن يتسق مع التنظيم التشريعي العام وطبيعته، وإليه يشير قول الإمام الشاطبي:

«وحق الله في العادات من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع، لأن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً»<sup>(١)</sup>. و«حق الغير» أعم من أن يكون للأفراد الآخرين أو للمجتمع، والذي يقيم التوازن ويحفظه هو نظرية التعسف كما قلنا.

اتضح إذن - وعلى هذا النظر - ارتباط نظرية التعسف بنظرية الحق وطبيعته المستمدة من طبيعة الفقه الإسلامي نفسه، ومما يؤكد ارتباط نظرية التعسف بطبيعة الحق، أن طبيعة الحق لو كانت فردية خالصة، أو اجتماعية خالصة، لما نشأت نظرية

(١) «الموافقات»: (٢/٣٢٢).

التعسف أصلاً، ولما كان لها دورٌ، ولما ظهرت إلى الوجود؛ إذ لا يتصور التعارض حينئذ مع هذا الإطلاق والتطرّف نحو اليمين أو اليسار، وبالتالي لا يتصور الاختلال في التوازن، وبيان ذلك:

أن الشريعة لو كان محور تشريعها الحق الفردي الخالص، دون نظر إلى المعنى الاجتماعي للحق، لكان الحق الفردي غاية في ذاته، وإذا كان غاية فالتصرف فيه مطلق، لا يحده إلا ما يخل بالآداب العامة، والغاية ليس لها غاية حتى يُقيد التصرف بأن يكون متّجهاً إليها، وبالتالي لا يتصور الاختلال بها أو الانحراف عنها؛ فلا مبرر إذن لنظرية التعسف أصلاً.

وكذلك إذا كان محور التشريع مصلحة المجتمع فحسب؛ إذ الفرد يصبح في نظر هذا التشريع مجرد آلة اجتماعية، لا تعمل لمصالحها بل لغيرها، أو بعبارة أخرى هو مجرد موظف يعمل لتحقيق المصلحة العامة، فإذا انحرف عنها اعتبر متعدياً<sup>(١)</sup> وخارجاً عن حدود اختصاصه لا متعسفاً.

أما نظرية التعسف، فإنما يبدأ دورها في ميدان الحقوق الفردية الذاتية بما تمنحه هذه الحقوق من سلطات؛ ليحقق الفرد بها مصلحة مرسومة وعائدة إليه، فيسيء استعمال هذه السلطة، ويتخذها ذريعة إلى الإضرار بغيره من الأفراد، أو بالمصلحة العامة، ويتصور ذلك في الحقوق المزدوجة الصفة كما هو الشأن في الفقه الإسلامي.

ولو أمكن تصور التعسف في السلطة العامة، بالنظر إلى الباعث، فإن نطاقه يكون ضيقاً؛ لأن الفرض أن ليس فيه مصلحة ذاتية فردية تكون مَظنةً التعسف وسوء الاستعمال.

(١) قد ذكرنا الخلاف في الحقوق الغيرية من حيث إمكان تصور التعسف في استعمالها، أو إمكان التمييز بين التعسف والتعدي في هذا الاستعمال، فذهب «ديجي» إلى أن التعسف غير متصور، لأن الانحراف عن المصلحة العامة يعتبر تجاوزاً. راجع بحث الحقوق الغيرية.

وخالفه آخرون، وقالوا بإمكان تصور التعسف في استعمال السلطة؛ بالنظر إلى الباعث من شهوة انتقام أو بدافع حزبي، وأياً ما كان، فالتعسف في الحقوق الفردية يبدو أوضح وأظهر؛ لأن المصلحة فيها ذاتية، وهي مَظنةً التعسف.

وهذا ما وقع بالفعل في ظلّ التقنينات ذات الروح الفردية الخالصة، كالقانون المدني الفرنسي القديم، والقانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤، حيث لم يكن لنظرية التعسف فيهما وجود.

وكذلك الأمر فيما لو كانت الشريعة ذات طابع اجتماعي خالص، دون اعتبار للصالح الفردي؛ إذ لا يتصور هناك اختلال للتوازن؛ لأن الحق الفردي هدر، وبالتالي لا تجد نظرية التعسف وظيفة لها.

وعلى ضوء ما قدمنا يمكن استعراض بعض التعاريف للتعسف؛ لنرى مبلغ صحتها وانطباقها على حقيقة التعسف؛ ثم نأتي بتعريف للتعسف يبين حقيقته وعناصره.

يقول بعض الكاتبيين المعاصرين: «التعسف: هو تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً»<sup>(١)</sup> ويقول: «قرر الفقهاء - كما في الفقه الحنفي وغيره - أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً، ولا يُسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد».

ويبدو واضحاً أنه جعل مناط التعسف هو «التصرف غير المعتاد»، ويعزو هذا التقرير إلى فقهاء المذهب الحنفي وغيرهم. ويتجه على هذا التقرير أمران:

الأول: أن التعسف ليس مرتبطاً بغير المعتاد من التصرف، وإنما يرتبط أساساً بغاية الحق ونتيجة استعماله، يدلنا على هذا أن التصرف قد يكون معتاداً، ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة، فيكون حينئذ تعسفياً بالنظر إلى هذه النتيجة، وهذا ما يقرره ابن رجب الحنبلي في عرضه لمذهب الأئمة في حكم تصرفات صاحب الحق تطبيقاً لحديث «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٢)</sup>.

فبعد أن بين القسم الأول من التصرفات التي يقصد بها محض المضارة، عرض للقسم الثاني من التصرفات التي يكون له فيها غرض صحيح، ولا يقصد فيهما الإضرار، ومع ذلك يمنع، يقول:

(١) «أسبوع الفقه الإسلامي» للشيخ أحمد أبو سنة ص ١١٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

والفرع الثاني: أن يكون له غرض صحيح، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه.

فأما الأول: وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره، فإن كان على غير الوجه المعتاد، مثل أن يُؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف، فيحترق ما يليه، فإنه مُعتدٌ بذلك، وعليه الضمان.

وإن كان على الوجه المعتاد، ففيه للعلماء قولان مشهوران:

أحدهما: لا يمنع من ذلك، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما.

والثاني: المنع، وهو قول أحمد ووافقه مالك في بعض الصور، وضرب أمثلة ذلك منها:

«أن يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره، فيذهب ماؤها، فإنها تُطْم في ظاهر مذهب مالك وأحمد».

أي أن حفر البئر في الملك استعمال معتاد شرعاً لحق الملكية، ومع ذلك يمنع بالنظر إلى لوازمه الخارجية.

ومنها أن يُحدِّث في ملكه ما يضر بملك جاره من هز أو دق ونحوه، فيمنع في ظاهر مذهب مالك وأحمد، وهو أحد الوجوه للشافعية، وهذا استعمال معتاد شرعاً، ومع ذلك اعتبر متعسفاً.

ومنها: أن يكون له ملك في أرض غيره، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه؛ فإنه يجبر على إزالته؛ ليندفع به ضرر الدخول، كما في حديث سُمرة بن جندب<sup>(١)</sup>.

فهذا استعمال معتاد شرعاً للحق؛ ولكن بالنظر لما ترتب عليه من ضرر معنوي فاحش منع منه، واعتبر متعسفاً.

(١) راجع الحادثة في «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩. والحديث أخرجه أبو داود في «سننه»: (٣٦٣٦)، من حديث أبي جعفر محمد بن علي، وفي سننه انقطاع، أبو جعفر لم يسمع من سمرة.

فالتعسف إذن لا يقتصر على التصرف غير المعتاد؛ بل يشمل المعتاد كذلك بالنظر لمآله ونتائجه، وقد حكى ابن رجب فيه الخلاف كما رأينا.

ويتجه هذا النقد على النص الجديد للمادة الخامسة في مشروع القانون المدني السوري<sup>(١)</sup>: «لا يجوز استعمال الحق إلا فيما شرع له، وفي الحد المعتاد».

فالقيد الأول عام يبين ارتباط فكرة التعسف بغاية الحق، أما القيد الثاني فهو ما لا نقره؛ لأنه يضيق من نطاق نظرية التعسف، بدليل أن التصرف المعتاد قد يكون ممنوعاً بالنظر لمآله في بعض الحالات، لا لذاته، كما بينا.

#### ❖ تعريف التعسف:

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بنظرية الحق، ومدى استعماله، وعلى ضوء ما قدمنا من أسس تقييد الحق التي تكشف لنا عن طبيعته ومداه، وعلى ضوء من طبيعة الفقه الإسلامي وغايته المزدوجة، يمكن تعريف التعسف بأنه: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مآذون فيه شرعاً بحسب الأصل».

#### ❖ تحليل التعريف:

«مناقضة قصد الشارع»: أي مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة لا تخلو: إما أن تكون مقصودة بأن يقصد المكلف في العمل المآذون فيه هدم قصد الشارع عيناً، بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار. أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه، تحايلاً على أحكام الشريعة وقواعدها، بغية التخلص منها، وتحقيق مصالح غير مشروعة.

ومن الأول: بيع العينة للتوصل إلى الربا المَحْرَم.

ومن الثاني: هبة المال - صورياً - قرب نهاية الحول؛ احتيلاً على إسقاط فريضة الزكاة.

(١) هو المشروع الذي نهض به الأستاذ مصطفى الزرقاء ليحل محل مجلة الأحكام العدلية، ولكن لم يكتب له الظهور.

وواضح أن هذا التذرع يفضي إلى خرم قواعد الشريعة، وهدم مقصد الشارع، وتلك مناقضة لقصد الشارع ظاهرة، وكذلك سائر الحيل التي يتذرع بها قصداً إلى إبطال حكم شرعي، أو إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ويبين الإمام الشاطبي حقيقة هذه الحيل إذ يقول: «فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة<sup>(١)</sup> في الواقع، كالواهب ماله عند رأس<sup>(٢)</sup> الحول فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد، صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية»<sup>(٣)</sup>.

فوضح إذن أن ليست العبرة بصورة الفعل وهيئة الشريعة الظاهرة؛ بل العبرة بقصد المكلف في العمل والباعث عليه؛ فإن قُصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع. يقول الإمام الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع» فإذا لم يكن موافقاً بأن قصد باستعمال الحق غير ما شرع له، كان مناقضاً لقصد الشرع، والمناقضة مبطلّة للعمل، وهذا المعنى يُجَلِّيه الإمام الشاطبي في غير لُبْس ولا إبهام، حيث يقول: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل»<sup>(٤)</sup>.

ويقول: «أما أن العمل المناقض باطل، فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت

- 
- (١) كإبطال الزكاة وهدمها بالكلية، ولا يخفى أنه محرم وممنوع. «الموافقات» للشاطبي: (٢٠١/٤) وهامشها، (٣٨٨/٢) المرجع السابق.
- (٢) المراد قرب نهاية الحول، أما بعد تمام الحول فقد وجبت الزكاة. (٢٠١/٤).
- (٣) «الموافقات»: (٢٠١/٤).
- (٤) المرجع السابق: (٣٣١/٢).

لتحصيل المصالح ودرء المفساد<sup>(١)</sup>، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة<sup>(٢)</sup>.

ويتبين من هذا القول أن المناقضة كما تكون في القصد المضاد لقصد الشارع، تكون في الفعل الذي يفضي مآلاً إلى نقض هذا الأصل، بأن تكون نتيجته مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة، ولو لم يكن ثمة قصد إلى هذه النتيجة.

وعلى هذا فالمناقضة لا تخلو: إما أن تكون مقصودة، وهذه تشمل استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو استعماله دون نفع، أي لمجرد العبث<sup>(٣)</sup>؛ أو لنفع تافه، في حين أنه يلحق بغيره ضرراً بيناً. وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة، وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام<sup>(٤)</sup> في الشرع؛ لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة، فإذا آل استعمالها إلى ما يناقض هذا الأصل، لم تشرع، وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي المادي لأن الحق الجزئي يجب ألا يتناقض استعماله من حيث المآل مع الأصل الكلي كما بينا.

ولا يلزم أن يكون استعمال الفعل على غير الوجه المعتاد حتى يتحقق التعسف؛ بل قد يتحقق التعسف وبالتالي يكون الفعل باطلاً، قطعاً لذريعة الفساد المتمثل في مآل أو نتيجة الاستعمال المعتاد، لأن العبرة بالنتائج مهما كانت طبيعة السبب.

فاستعمال حق الملكية على الوجه المعتاد<sup>(٥)</sup> بباعث مشروع، ولتحقيق مصلحة مشروعة، وباتخاذ كافة الاحتياطات لدرء الأضرار عن الجوار، قد يترتب عليه - بالرغم عن ذلك كله - أضراراً فاحشة، كوجود مصنع في حي عامر بالسكان، وهذا

(١) وهذا هو الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة.

(٢) «المواقفات»: (٢/٣٣٣).

(٣) العبث لا يشرع.

(٤) جلب المصالح ودرء المفساد، وأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح.

(٥) هذه القضية قد اختلفت فيها آراء العلماء؛ فذهب أحمد، ووافقه مالك في بعض الصور إلى أن المالك يمنع، ولو استعمل حقه استعمالاً معتاداً، إذا أفضى إلى نتيجة من الضرر غير مألوفة، أي فاحشة أو راجحة. «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٩.

يوضح أن التعسف في بعض صورته لا يتعلق بالاستعمال المعتاد أو غير المعتاد، بل بالمآل المعتاد أو غير المعتاد، وفرق بين الاستعمال ومآله.

وبهذا يكون للتعسف معياران أساسيان:

المعيار الأول: الشخصي أو الذاتي: وهو النية أو الباعث كما سيأتي.

المعيار الثاني: معيار موضوعي، يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة، وما يلزم عن عمله من مفسدة، وقد يكون ثمة معيار مختلط في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة، لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عن الاستعمال من ضرر، فهذا معياره موضوعي، يستعان به كقرينة على كشف الباعث أو نية قصد الإضرار، ولا خلاف أنه إذا ظهرت المناقضة بالفعل باطل، لأن المناقضة هي علة الحكم بالتعسف.

«في تصرف مأذون فيه شرعاً»: التصرف يشمل التصرف القولي، كالعقود، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، سواء منها ما كان نتيجة لاتفاق إرادتين، كالبيع والإجارة، أو ما ينشأ بإرادة منفردة كالوصية.

ويشمل كذلك التصرف الفعلي، كاستعمال حق الملكية في العقارات، كالأراضي والمباني، وكاستعمال الرخص والإباحات، كتلقي السلع، وإحياء الموات. على أن التصرف الشرعي، القولي منه والفعلي، قد يكون إيجابياً، وقد يكون سلبياً.

ففي التصرف الشرعي القولي الإيجابي، كبيع السلاح أيام الفتنة مثلاً، وبيع الحاضر للبادي، إذا ترتب عليه ضرر بالعمامة اعتبر تصرفاً تعسفياً.

والتصرف الشرعي القولي السلبي، كامتناع الشخص عن قبول الإيجاب، إذا كان هو بموقفه قد استدرج ذلك الإيجاب، فحفته في الامتناع عن التعاقد مقيد بوجود أسباب تبرره<sup>(١)</sup>، وإلا كان استعماله تعسفياً، وامتناع التاجر عن البيع احتكاراً لسلعة، لإغلاء أسعارها.

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٨١ قانون مدني لبناني.

هذا، ولا يقال: كيف تصف التصرف - وهو فعل - بأنه كفت، والفعل لا يكون كفاً، قلنا: الكف عن الفعل فعلٌ عند بعض الأصوليين<sup>(١)</sup>، وهو الراجح.

هذا، والتصرفات الشرعية القولية هي التي يمكن أن يترتب عليها آثارها الشرعية بالإرادة، ويمكن أن يمنع ترتيب الآثار عليها، وذلك لأنها علل جعلية، وليست بعقل عقلية، ولا طبيعية، فهذا النوع هو الذي يمكن الحيلولة فيه بين المعلول وعقلته.

أما التصرف الفعلي الإيجابي، كما في حالة استعمال المالك عقاره لمجرد قصد الإضرار بغيره، أو استعماله لعقاره دون قصد منه إلى الإضرار بأحد، ولكن لزم عن ذلك ضرراً فاحش بجاره تلقائياً وبحكم الظروف، فالواقع من الضرر لا يرتفع، ويمكن قطع السبب فيه حتى لا يستمر حدوثه مستقبلاً.

وأما التصرف الفعلي السلبي، كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل الأيل للسقوط إلى الطريق العامة عن هدمه، بعد الإشهاد، فيمكن إجبار المالك على هدمه، وإذا سقط أو انهار نتيجة لامتناعه وأضر بغيره ضمن؛ وعلى هذا فالتعسف قد يكون في الامتناع القولي والفعلي.

غير أن التصرف الفعلي - إذا ترتب عليه وقوع الضرر فعلاً - لا يمكن رفعه، لأن الواقع لا يرتفع، وإنما يمكن منع استمراره في المستقبل كما قدمنا<sup>(٢)</sup>.

«مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»: يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها، لأن إتيانها يعتبر اعتداءً لا تعسفاً، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف.



(١) «الموافقات»: (٤/٥٨).

(٢) انظر «فتح القدير» باب القضاء.