

البُطْلُ التَّالِي
معايير نظرية التعسف
في الفقه الإسلامي

قلنا: إنَّ نظرية التعسف في الفقه الإسلامي تجمع بين معيارين رئيسين هما:
أولاً: المعيار الذاتي أو الشخصي: وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي
حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه، من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق
مصالح غير مشروعة هي على النقيض من مقصود الشارع.

ثانياً: المعيار المادي: الذي يعتمد ضابط الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من
نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة؛ فإذا كانت المفسدة
مساوية للمصلحة أو راجحة عليها، منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين
الحقوق الفردية بعضها قَبَلَ بعض، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى.

ونبحث هذين المعيارين الرئيسين بالتفصيل:

المعيار الأول ذو شقين:

أ - الأول: تمحض قصد الإضرار.

ب - الثاني: الباعث غير المشروع.

❖ أولاً: تمحض قصد الإضرار^(١):

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها، بدليل وجوده في الشرائع القديمة

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب الكريم، وما جاء فيها من تفصيل وتفريع عن هذا الأصل: تمحض قصد الإضرار في استعمال الحق.

على ما سنبين، ومجافاته لمبادئ الأخلاق ظاهرة، غير أن الكشف عنه من العسر
بمكان؛ لذا يستعان بالأمور الظاهرة المادية - كالقرائن - في تبينه.

هذا، والقصد إلى الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتخذ
وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه؛ لأنه يتنافى وأغراض الشارع من أصل تشريعه للحقوق.

والأصل في هذا ما جاء في الآيات الكريمة التي سقناها للدلالة على ثبوت هذه
النظرية، وحديثُ الرسول ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(١) وهذه الأدلة تعتبر أصلاً لهذا
المعيار.

وقد نص بعض العلماء على هذا المعيار صراحة، فابن رجب الحنبلي في شرحه
لحديث «لا ضرر ولا ضرار» يجعل حكمه شاملاً لاستعمال الحق بقصد الإضرار،
ولإلحاق الضرر بالغير دون وجه الحق، ويرى أنه يقسم إلى نوعين:

أحدهما^(٢): أن لا يكون في ذلك غرض سوى الإضرار بذلك الغير. فهذا لا ريب
في قبحه وتحريمه^(٣).

ويقول الإمام الشاطبي مؤيداً تحريم هذا النوع ومنع التسبب فيه: «لا إشكال في
منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار
في الإسلام»^(٤).

الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقاً لهذا النوع

وقد أورد أئمة المذاهب الفقهية فروعاً تطبيقية لهذا المعيار: «تمحض قصد
الإضرار». ولا خلاف بين العلماء في الإثم الأخرى، وإنما الخلاف في الجزء
القضائي من المنع والضمان، فبعضهم كالإمام الغزالي يذهب إلى أن القصد إلى الإضرار
محرم ديانة، ويأتي بضابط كُليّ يحكم هذا الوجه من استعمال الحقوق، حيث يقول:

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

(٢) وهو ما يعنينا.

(٣) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٥ وما بعدها. (٤) «الموافقات»: (٤٩٣/٢) وما بعدها.

«وإنما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه، أن لا يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه، فكل ما لو عومل به شق عليه، وثقل على قلبه، فينبغي أن لا يعامل به غيره»^(١). ويلاحظ أن الغزالي اعتبر الكف عن إيقاع الضرر مما يقتضيه العدل. وجاء في «معين الحكام» في شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) فنهى النبي ﷺ أن يتعمد أحدهما الإضرار بصاحبه، ومن أن يقصدا ذلك جميعاً^(٣).

❖ الجزاء القضائي:

وجاء في فقه الصحابة رضي الله عنهم توريث المبتوتة في مرض الموت؛ لتعسفه في استعمال حق الطلاق؛ بحرمانها من الميراث؛ لمحض قصد الإضرار. قال عمر رضي الله عنه في قضية غيلان بن سلمة لما طلق نساءه، وقسم ماله بين بنيه، فقال له عمر رضي الله عنه: لتراجعن نساءك، ولترجعن مالك، أو لأورثن نساءك، ثم لأمرت بقبرك، فليرجمن كما رجم قبر أبي رغال^(٤). وبذلك أفتى عثمان بن عفان رضي الله عنه أيضاً إذ ورثت تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف منه حين طلقها في مرضه الذي مات فيه^(٥).

❖ في المذهب الحنفي:

ذهب أبي يوسف إلى منع من يستعمل حقه بقصد الإضرار بغيره، فقد جاء في كتاب «الخراج» ما نصه: «وسألت - أمير المؤمنين - عن الرجل يكون له النهر الخاص، فيسقي منه حرثه ونخله وشجره، فينفجر من ماء نهره في أرضه، فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره فيغرقها؛ هل يضمن؟ قال: ليس على رب النهر في ذلك ضمان، من قبَل أن ذلك في ملكه، وكذا لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت، لم

(١) «الإحياء» للغزالي: (٧٦/٢)، وراجع حقوق الجوار ص ٣٥.

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

(٣) ص ٢٤٤.

(٤) «الفتاوى» لابن تيمية: (١٤٣/٣)، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (٦٨/٢ و٦٩).

(٥) «إعلام الموقعين»: (١٢٦/٢) وكتاب «الخلافة في فقه الجعفرية» حيث قالوا بتوريثها لمدة سنة من تطبيقها، ما لم تتزوج، فإن تزوجت بعد انقضاء عدتها لم ترثه، وإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه:

(٤٥٦/٢) «القواعد» لابن رجب ص ١٦١.

يكن على رب الأرض الأولى شيء، وعلى صاحب الأرض التي غرقت ونزت أن يحصّن أرضه، ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضاً لمسلم أو ذمي بذلك؛ ليغرق حرثه فيها، يريد بذلك الإضرار به؛ فقد نهى الرسول ﷺ عن الضرار وقد قال: «ملعون من ضارَّ مسلماً أو غيره»^(١) وإن عرف أن صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للإضرار بجيرانه، والذهاب بغلاتهم، وتبين ذلك، فينبغي أن يمنع من الإضرار بهم»^(٢). وهذا بين.

وجاء في «مجمع الضمانات»^(٣): «رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق زرعه، لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده، تتعدى النار إلى زرع جاره؛ لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير. وكذلك رجل له قطن في أرضه، وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرق ذلك القطن، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار، لأنه إذا علم ناره تتعدى إلى القطن، كان قاصداً إحراق القطن»^(٤). أي لقيام القرائن الدالة على قصده.

❖ وفي المذهب المالكي:

جاء في «تبصرة الحكام»: «لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا التشهير بهم، وإيقافهم أمام القضاء إيلاماً وامتهاناً، لا تسمع الدعوى، ويؤدّب المدعي»^(٥).

وورد فيها أيضاً: «لو ادعى غصباً على رجل من أهل الخير، ففي الصحيح من رأي مالك أن الدعوى لا تسمع، ولا يُحلف المدعى عليه؛ لثلا يتطرق الأردال والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم»^(٦).

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٩٣١٢، والبيهقي في «الشعب»: (٦/٣٧٥)، من حديث أبي بكر الصديق.

(٢) «الخراج» لأبي يوسف ص ١٦١.

(٣) «مجمع الضمانات» ص ٣٩٠.

(٤) «مجمع الضمانات» ص ٣٩٠.

(٥) «تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/١١٩) وما بعدها.

(٦) المرجع السابق.

وهذا - كما ترى - تخصيصٌ لقوله ﷺ «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»^(١) بالمصلحة وهي دفع الضرر، أو التعسف، قضاءً.

انتفاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الإضرار

غير أنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن، ومن ذلك: أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره، فيمنع؛ لأن ذلك قرينة على تمحض قصده الإضرار، ويمنع من باب أولى إذا استعمل حقه على وجه سلبى، بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلاً، إذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما، كما جاء في قضاء عمر رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة^(٢).

وجاء فيها أيضاً: ومن أراد أن يطرد داخل داره - أي يُطَيِّئَهُ - ولجاره حائط فيها، فممنعه من ذلك، لم يكن له ذلك؛ لأن له منفعة فيه، ولا مضرة على جاره، ومنه الحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

وجاء في «المدونة»^(٤): «أرأيت لو أني أعرت رجلاً أن يبني في أرضي، أو يغرس فيها، وضربت له بذلك أجلاً، فبنى وغرس، فلما مضى الأجل أردت إخراجه؟ قال: قال مالك: يخرج، ويدفع إليه قيمة نقضه منقوضاً إن أحب رب الأرض، وإن أبى، قيل للذي بنى وغرس: اقلع نقضك وغراسك، ولا شيء لك غير ذلك».

قلت: وما كان لا منفعة له فيه إذا نقضه، فليس له أن ينقضه في قول مالك.

وهذا الأصل يقرره صاحب «البهجة»، فيمنع المالك من استعمال حقه إذا لم يكن له في ذلك مصلحة من جلب نفع أو دفع ضرر، فإن كان فله ذلك؛ لأن ذلك إما عبث؛ أو لقصد الإضرار، وكلاهما لم يشرع استعمال الحق من أجله؛ فهو محض تعسف، حيث يقول: «وأما لو كانت له في أرضه شجرة، فخرجت عروقها لأرض جاره، فنبتت

(١) أخرجه بهذا اللفظ: البيهقي في «الكبرى»: (٢٥٢/١٠)، من حديث ابن عباس.

(٢) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة تفصيل القول في هذه القضية.

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

(٢٧٠/٢).

(٤) المرجع السابق: (١٦٥/٢).

وصارت شجراً مثمرأً، فإن من نبتت في أرضه مخير بين أن يقلعها، أو يعطيه قيمتها مقلوعة، إلا أن يكون لصاحب الشجرة منفعة لو قلعها وغرسها بموضع آخر لنبتت، فله قلعها أو أخذها، وإن كانت لا منفعة له فيها، فهي لرب الأرض^(١)، درءاً للتعسف!

وجاء في مقدمات ابن رشد^(٢): «فيمن اغتصب أرضاً فغرسها - قلت: أرأيت لو أن رجلاً غصب أرضاً، فغرس فيها شجراً، فاستحقها ربها، قال: يقال للغاصب: اقلع شجرك، إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة. وكذلك البنيان، إذا كان للغاصب في قلعه منفعة؛ فإنه يقال له: اقلعه؛ إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعاً؛ فأما ما ليس للغاصب فيه منفعة، فليس له أن يقلعه»^(٣).

على أننا قد أوردنا في الأدلة التي تثبت النظرية ما يؤيد هذا الأصل^(٤)، وهو المنع من استعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه إذا ترتب عليه ضرر بالغير، ومن ذلك حديث أبي هريرة في غرز الخشبة في حائط الجار^(٥)، وفيما رُوِيَ من قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة^(٦).

وقد أورد ابن رشد في بدايته هذا الأصل، وعرض لخلاف الأئمة في ذلك حيث يقول: «واختلفوا في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره؛ ليغرز فيه خشبة لمنفعته، ولا تضر صاحب الجدار. وبالجملة، في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه، فقال مالك وأبو حنيفة: لا يقضي عليه به؛ إذ العارية لا يقضي بها.»
«وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث: يقضي بذلك، وحثهم ما أخرجه مالك عن ابن شهاب، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه في جداره..» الحديث^(٧).

(١) «البهجة في شرح التحفة» للتسولي: (١/٣٤١). (٢) «المقدمات» لابن رشد: (٤/١٩٠).

(٣) (٤/١٩٠).

(٤) راجع في مستند هذا الأصل «تمحوض قصد الإضرار» أدلة الكتاب الكريم في إثبات النظرية في حق الإيضاء، وحق الرضاع، وحق الرجعة.

(٥) راجع هذا الحديث في أدلة النظرية من السنة.

(٦) راجع في ذلك كله أدلة النظرية من فقه الصحابة، حيث تجده مفصلاً.

(٧) أخرجه البخاري: ٢٤٦٣، ومسلم: ٤١٣٠، وأحمد: ٩٩٦١، من حديث أبي هريرة.

«واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: أنت تمنعني وهو لك منفعة . . إلخ».

وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال: كان في حائط جدي ربيع^(١) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد أن يحوله إلى ناحية من الحائط، فمنعه صاحب الحائط، فكلم عمر بن الخطاب، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله^(٢).

وقد عدل الشافعي مالكا لإدخاله هذه الأحاديث في مَوْطِئِهِ، وتركه الأخذ بها. وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(٣).

وعند الغير أن عموم هذا مُخَصَّصٌ بهذا الحديث، وبخاصة حديث أبي هريرة، وعند مالك أنها محمولة على الندب، وأنه إذا أمكن أن تكون مخصّصة، وأن تكون على الندب، فحملها على الندب أولى؛ لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع، ووقع التعارض^(٤).

والفقه الحنفي أخذ بهذه القرينة أيضاً، ففي باب الدعوى أنه إذا كانت بينة المدعي حاضرة في مجلس القضاء وطلب يمين خصمه، لم يجبه القاضي إلى طلبه باتفاق أئمة المذهب؛ لانتفاء المصلحة في هذا الحق^(٥)، وانتفاء المصلحة قرينة على قصد الإضرار، فيمنع ذلك. أي يمنع درءاً لتعسفه.

❖ وفي الفقه الشافعي:

تقرر في الفقه الشافعي وغيره أن حبس المدين المماطل الممتنع عن الأداء شرع وسيلة لإكراهه على إظهار ما خفي من ماله؛ وفاءً لدينه، شريطة أن يكون قد غلب على

(١) أي نهر صغير.

(٢) أخرجه أحمد: ٢٠٦٩٥، من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، وهو صحيح لغيره مقطوعاً.

و: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثري، وهو صحيح لغيره.

(٤) «بداية المجتهد»: (٢/٢٦٤). (٥) «تكملة الفتح»: (٦/١٥٤).

الظن يساره، فيحبس بناء على طلب الدائن، حتى إذا ثبت إعسار المدين، فلا يجاب الدائن إلى طلبه؛ لأن استعماله لحقه في هذه الحال لا يؤدي إلى المقصود، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد إحداث الضرر بمدينه، والوسائل لم تشرع لذلك؛ لأن الأصل أن أعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقاً لقصد الله في التشريع، أي أن تستهدف عين المصالح التي شرعت لأجلها، وهو الأصل الذي بنيت عليه الشريعة، وإلا كانت المناقضة والتعسف.

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الصدد؛ «إن ثبت عُسرُهُ فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره»^(١).

❖ مذهب الإمام أحمد:

وجاء في «كشاف القناع» من تطبيقات هذا الأصل أن صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به، لا يملك هدمه دون عذر قوي، أو غرض صحيح، فالحق في التصرف هنا مقيد بالأ يعود على غيره بالضرر، واستعماله دون غرض مظنة قصد الإضرار، فيمنع. أمّا إذا كان له غرض صحيح؛ فله ذلك، لانتفاء قصد الإضرار؛ ولأنه إذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه، فمنعه من تحصيلها مضرّة، والضر لا يزال بالضرر^(٢).

وجاء فيه أيضاً^(٣): «وليس له - أي: رب الحائط - منعه - أي: منع جاره من وضع خشبه - أي إذا لم يمكن تسقيف إلا به بلا ضرر على الحائط؛ لما تقدم. فإن أبى رب الحائط تمكينه منه، أجبره الحاكم عليه؛ لأنه حق عليه»^(٤) أي من حقوق الجوار.

(١) «القواعد»: (١/١٠٢)، و«الطرق الحكمية» ص ٧٣ وما بعدها، و«معين الحكام» ص ٢٣٣.
- هناك تفصيل في جواز حبس المدين في الفقه الحنفي وغيره، لم نرد دعياً إلى إيراده وعرض خلاف الأئمة فيه؛ إذ لا يتسع المقام لذكره.

(٢) «كشاف القناع»: (٣/٣٤٢).

(٣) المرجع السابق.

(٤) «كشاف القناع»: (٣/٣٤٢).

❖ فقه الجعفرية:

وإلى هذا ذهب الجعفرية، فمنعوا استعمال الحق دون ابتغاء جلب منفعة أو دفع مضرة إذا ترتب عليه ضرر بغيره، وجعلوا حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(١) حاكماً على هذا التصرف، حيث قالوا في هذه الصورة: «يظهر منهم - من الأئمة - عدم جوازها، سواء قصد بتصرفه الإضرار أم لا؛ لأن المفروض عدم ورود ضرر عليه، ولا يلزم من تصرفه جلب نفع حتى يكون حرجياً؛ فليس هنا إلا عموم السلطنة، وهو محكوم بقاعدة «لا ضرر»^(٢)، وفرعوا على ذلك ما يلي:

«ليس للغاصب قلع الصبغ - أي من الثوب -؛ لأنه لا منفعة له فيه، سواء كان الصبغ أسود أو أبيض»^(٣).

هذا وقد حمل الشيعة الجعفرية قاعدة: «لا ضرر» على ما إذا لم يكن له غرض إلا الإضرار»^(٤).

والواقع أن استعمال الحق لمجرد إحداث الضرر بالغير، أو دون منفعة تعود على صاحبه، إذا لزم عنه ضرر بالغير، يعتبر مجرد تسبب في الإضرار، ولو أجزى هذا التسبب؛ لكان مناقضة لقصد الشارع في شرع الحق؛ لأنه إما لمحض قصد الإضرار، أو للعبث، «والإضرار ممنوع باتفاق»^(٥) والعبث لا يشرع، لأن كليهما يناقض القول باعتبار المصالح في الأحكام^(٦)، والمناقضة تعسف على ما بينا.

وفي هذا يقول الإمام الشاطبي:

«إنا لو أعملنا السبب هنا مع العلم بأن المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب، ولا

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

(٢) «الخلاف»: (٢/٢٤٤). والمقصود بعموم السلطنة، سلطة المالك في جميع وجوه التصرف بملكه.

(٣) المرجع السابق ص ١٧٢، وراجع في هذا «بداية المجتهد»: (٢/٢٧٨).

(٤) «الخلاف»: (٢/٢٤٤).

(٥) «الموافقات»: (١/٢٩٠)، و«معين الحكام» ص ٢٤٤. (٦) المرجع السابق ص ٢٥٤.

توجد به؛ لكان ذلك نقضاً لقصد الشارع في شرع الحكم؛ لأن التسبب هنا يصير عبثاً، والعبث لا يشرع، بناء على القول بالمصالح^(١).

❖ ثانياً - استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها:

قلنا في تعريف التعسف: إنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع؛ لأن قصد صاحب ذلك الحق في العمل هنا مضادٌ لقصد الشارع في التشريع، ومعاندة قصد الشارع عيناً باطلة، فيكون باطلاً بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك، ولا خلاف بين العلماء في هذا، لأنه تحيلٌ على المصالح التي بنيت عليها الشريعة، وهدم لقواعدها، وإنما الخلاف بينهم في أمرٍ آخر، هو الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف ذلك القصد أو الباعث؛ لأنه أمر نفسي خفي.

وفيما يلي نورد تطبيقات على هذا المعيار الذي ظهر في كافة الحقوق، ومنها حقوق الأسرة، فمن ذلك:

❖ الولاية على النفس والمال:

جاء في «المدونة»^(٢):

«قلت: رأيت إن زوج الصغيرة أبوها بأقل من مهر مثلها، أيجوز ذلك عليها في قول مالك؟ قال: سمعت مالكا يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى أنه إن زوجها الأب بأقل من مهر مثلها، أو بأكثر، فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها»^(٣). وجاء فيها أيضاً^(٤):

«(قال): ولقد سألت مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها، وقد طلق الأم زوجها عن

(١) المرجع السابق.

(٢) «المدونة»: (٥/٤).

(٣) «المدونة»: (٥/٤).

(٤) «المدونة»: (٥/٤).

ابنة له منها، فأراد الأب أن يزوجها من ابن أخ له، فأنت الأم إلى الإمام مالك فقالت له: إن لي ابنة، وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقاً كثيراً، فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له معدوم لا شيء له، أفترى لي أن أتكلم؟ قال: نعم، إنني أرى لك في ذلك متكلماً (قال ابن القاسم) إنني أرى أن نكاح الأب إياها جائز عليها، إلا أن يأتي من ذلك ضرر، فيمنع من ذلك»^(١).

وجاء فيها أيضاً:

«قلت: رأيت إن زوج ابنته وهي بكر، ثم حط من الصّدّاق، أيجوز ذلك على الابنة في قول الإمام مالك؟ قال الإمام مالك: لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً؛ إذا لم يطلقها زوجها (قال ابن القاسم) وأرى أن ينظر في ذلك، فإن كان ما صنع الأب على وجه النظر، مثل أن يكون الزوج معسراً بالمهر، فيخفف عنه، وينظره، فذلك جائز على البنت؛ لأنه لو طلقها، ثم وضع الأب النصف الذي وجب للابنة من الصّدّاق، إن ذلك جائز على البنت، فأما أن يضع من غير طلاق، ولا على وجه النظر لها، لا أرى أن يجوز ذلك له»^(٢).

وهذه النصوص من فقه المالكية تفيد أن حق الولاية على النفس، ولو للأب، يجب أن يمارس على وجه النظر والمصلحة لها، حتى إذا استعمل على وجه لا يحقق ذلك، كان متعسفاً.

ومن الحقوق التي تتعلق بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي «السلطة الزوجية»، ولما كان لهذه السلطة من أهمية قصوى؛ لتعلقها باستقرار الأسرة، رأيت أن أتناولها بالبحث والتفصيل، لأبين وجه التعسف فيها، وكيف عالجه المشرع.

❖ السلطة الزوجية:

ولاية الزوج على زوجته تأديبية، وهذا الحق ثابت بقوله تعالى:

(١) «المدونة»: (٥/٤).

(٢) «المدونة»: (٩/٤).

﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَأَفْجِرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُمْ فَإِنِ أَطَعْتُمْ فَلَا بُعْثُوا عَلَيْكُمْ سَبِيلًا﴾^(١) [النساء: ٣٤].

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال في حجة الوداع: «فاتقوا الله في النساء، فإنهن عَوَانُ عُنْدِكُمْ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحَلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُؤْطِقْنَ فَرْشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُوهُنَّ، فَإِنِ فَعَلْنَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مَبْرُوحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^(٢).

وقد حددت الشريعة موضع استعمال هذا الحق، وأنه «النشوز»، كما حددت الوسيلة والغاية.

والنشوز: هو الترفع عن الطاعة، أي: عصيان الزوجة لزوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه.

وقال الفقهاء: النشوز هو «كل معصية لم يرد في شأنها حدٌ مقرر»^(٣).

ويقول ابن قدامة: معنى النشوز: «معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته»^(٤).

أما وسائل التأديب، فقد رتبها الشريعة، فيبدأ بالوعظ، ثم الهجر، ثم الضرب.

هذا، وقد حددت الشريعة مدى جسامته^(٥) كل وسيلة، كما تدرجت في هذه

(١) راجع «جامع البيان في تفسير القرآن» للطبري: (٣٧/٥) وما بعدها.

(٢) أخرجه مسلم: ٢٩٥٠، من حديث جابر، ٢٩٥٠، من حديث جابر، وانظر في «الترغيب والترهيب»

للمنذري: (٤٩/٣) وما بعدها، و«فتح القدير»: (١٩٣/٤) المطبعة الميمنية، و«المغني» لابن قدامة:

(٤٦/٧)، و«المحلي»: (٧٢/١٠)، «المسألة»: ١٩٠٨، و«البدائع»: (٣٣٤/٢)، و«القوانين الفقهية»

لابن جزي ص ٢٠٧ وما بعدها، و«مقدمات ابن رشد»: (٢٥٢/٢ - ٢٥٣)، و«الإحياء» للغزالي: (٢/

٥١)، و«الخلاف في الفقه» الجعفري: (٤٢٦/٢)، و«كشاف القناع»: (٣٨٦/٥).

(٣) «بدائع الصنائع» للكاساني: (٣٣٤ - ٣٣/٣)، و«البحر الرائق» لابن نجيم: (٥٣/٥).

(٤) «المغني»: (٤٦/٧).

(٥) وأما تحديد جسامته كل وسيلة، فقد بينه الفقهاء بحيث يسأل الزوج إن جاوزها، فالهجر في المضجع،

قد حدده الفقهاء بما لا يبلغ مدة الإيلاء المقدره بأربعة أشهر، والضرب مقيد بالآ لا يكون شديداً ولا

شائناً، وهذا القيد مستمد من قوله ﷺ: «..واضربوهن ضرباً غير مبرح» فالضرب الشديد أو الشائن غير

جائز للزوج. ولو تعين وسيلة التأديب، أي أنه إذا غلب على ظن الزوج أن الزوجة لا تترك النشوز إلا

بضرب شديد أو شائن، فليس له أن يؤديها به... «منح الجليل»: (١٧٦/٢).

الوسائل من الأخف إلى الأشدّ، حسب ما تقتضيه الظروف، يقول الإمام الكاساني: «فظاهر الآية - وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق - لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب، والواو تحتل ذلك».

❖ الغاية أو الحكمة التي شرع من أجلها التأديب:

وغاية التأديب هو تهذيب الزوجة، وحملها على الطاعة، وإصلاح نشوزها، فولاية التأديب وضعها الشارع حقاً في يد الزوج؛ ليستهدف باستعمال حق التأديب في هذه الغاية، فإذا ابتغى بفعله غير ذلك، أصبح فعله تعسفياً غير مشروع؛ لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها، وذلك كأن يريد به الانتقام، أو التعبير عن كراهيته، أو يريد به الحمل على معصية، أو إكراه الزوجة على إنفاق مالها في وجه لا تراه، ولو استعمل حقه في الحدود الموضوعية المرسومة له شرعاً.

ويقول صاحب «منح الجليل»: «إذا تحقق الزوج، أو ظن عدم إفادة الضرب، أو شك فيها، فلا يضربها؛ لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترثب المقصود عليها»^(١).

وهكذا ينص الفقهاء على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة؛ لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق، ومناقضة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل، ولا نعني بالتعسف إلا هذا.

لا يقال: إن هذه الإباحة طارئة ومشروعة على خلاف القياس؛ لأن الأصل صيانة الإنسان عن الإضرار به، وسلامة جسمه، وعدم تعريضه للإيذاء، والتعسف إنما يكون في استعمال الحق، أو فيما هو مباح إباحتها أصلية؛ لأننا نقول: إن الشريعة لا تفرق بين الإباحة الأصلية والطارئة من حيث الغاية، فكلتاها وسيلة شرعت لحكمة، وأما

(١) «منح الجليل»: (١٧٦/٢) ويقول الإمام العز بن عبد السلام: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل».

عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، فهو أصل عام يعارض كل إباحة أو حق استعمال على وجه يُلحق الإضرار بالغير، لعموم الحديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، إلا ما استثني من ذلك بدليل، ولمصلحة معينة رأها المشرع أولى بالرعاية من مقتضى الأصل العام، فيجب أن لا تعسف تلك المصلحة.

على أن الوسيلة إذا غلب على الظن عدم إفضاؤها إلى الثمرة المرجوة منها، لم تشرع؛ لأن استعمالها حينئذ يصبح ضرباً من العبث أو الإضرار، وكلاهما لا يشرع^(٢)، لمناقضته لقصد الشارع، إذ الأصل أن المصالح معتبرة في الأحكام، وهذا الأصل يردُّ قيداً على استعمال الحق^(٣) والإباحة بإطلاق.

على أن سلطة التأديب هذه ليست إباحة، وإنما هي حق بالمعنى الدقيق؛ لأن الزوج يستأثر بما يخوله هذا الحق من سلطة، فهو قاصر عليه من دون الناس؛ لأنه أقدر على استعماله.

ونظرية التعسف تقيد الفعل الذي يخوله الحق بكونه لازماً وملائماً.

ألا ترى أنه لا يجوز التأديب بالأغلظ إذا حصل بالأخف، وأنه لا يجوز استعمال الوسيلة إذا لم تكن ملائمة، بأن غلب على الظن عدم ترتب المقصود عليها، ولو كانت في الحدود الموضوعية الموسومة لها شرعاً، وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام: «ومهما حصل التأديب بالأخف من الأفعال والأقوال، لم يعدل إلى الأغلظ؛ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه؛ لحصول الغرض بما دونه»^(٤).

ومما يتصل بهذا الموضوع الولاية التأديبية على الصغار.

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

(٢) «الموافقات»: (١/٣٨٦).

(٣) راجع في أسس تقييد الحق في الفقه الإسلامي، الأساس الأول، المصالح معتبرة في الأحكام.

وراجع «القواعد» للعز بن عبد السلام: (١/١٠٢ - ١٠٣).

(٤) «القواعد»: (١/١٠٢ - ١٠٣)، وراجع جامع أحكام الصغار على هامش «جامع الفصولين»: (١/١٠)،

طبعة أولى بالمطبعة الأزهرية سنة ٣٠٠هـ.

الولاية التأديبية على الصغار

وكل ما قيل في «تأديب الزوجة» يقال في تأديب الصغار، من وجوب استعمال الحق فيما شرع من أجله، وأنه إذا استعمل لتحقيق غرض غير مشروع، كان تعسفياً؛ فلا يجوز.

كما يشترط أن يكون الفعل لازماً وملائماً لتحقيق الغاية، وأن يغلب على الظن إفضاء الوسيلة إلى غايتها.

وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: «فإن قيل: إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح، فهل يجوز ضربه تحصيلاً لمصلحة تأديبية؟ قلنا: لا يجوز ذلك؛ بل لا يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز؛ لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف، كما يسقط الضرب الشديد؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد»^(١).

وهذا صريح في وجوب درء التعسف في كل تصرف مشروع إذا غلب على الظن عدم تحقق الغاية، أو انتفاء الثمرة التي رتبها الشارع على شرعيته؛ إذ لا عبرة بالوسيلة إذا انتفى المقصد منها أو سقط.

وعلى العموم، فالولاية في الشرع منوطة بالمصلحة، ويؤمر من وضع حق الولاية في يده برعاية الأصلح للمولّى عليه، فهو - كما ترى - حق وواجب في آن واحد.

يقول صاحب «الاعتصام»: «إن الأب في طفله، أو الوصي في يتيمه، أو الكافل فيمن يكفله، مأمور برعاية الأصلح له»^(٢).

وعلى هذا، فالولي إذا أهمل، أو اتخذ حق الولاية وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة، كان متعسفاً، ووجب سلب حق الولاية منه.

(١) «القواعد»: (٧٥/٢).

(٢) «الاعتصام» للشاطبي: (١٢٢/٢)، وراجع «الحقوق الغيرية» ص ١٢٤ - ١٢٦.

❖ أثر هذا المعيار في نطاق المعاملات:

قدمنا أن التحيل بما ظاهره الجواز لتحليل محرم، أو إسقاط واجب، تعسفٌ؛ لأنه استعمال الحق لتحقيق غرض لم يشرع لأجله؛ وهو غشٌ نحو الشريعة، فيبطل التصرف - كما يقول ابن تيمية^(١) - لوجهين:

أحدهما: أن الأمر المحتال عليه أبطل ما فيه من حكمة الشارع.

والثاني: أن الأمر المحتال به لم يكن له حقيقة، ولا كان مقصوداً، بحيث يكون محصلاً لحكمة الشارع ومقصوده فيه، فصار مفسداً بسعيه في حصول المحتال عليه إذا كان حقيقته المحرم، ومعناه موجوداً فيه، وإن خالفه في الصورة.

وقد بين الإمام الشاطبي حقيقة الحيلة، وأنها «تقديم عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر؛ فمآل العمل فيها حرم قواعد الشريعة»^(٢)، أي إبطال أعمالها وهدمها.

والتحيل تعسف؛ لأنه اتخاذ أمر ظاهر الجواز؛ لإبطال حكم شرعي، فمآل العمل بالحيلة - كما يقول الشاطبي - خرمُ قواعد الشريعة^(٣)، أي هدمها، وليس أمعن في الغش نحو الشريعة من هدم مقاصدها التي من أجلها أنزلت تحت ستار الحقوق والإباحات!

ولا نظن أن أحداً من العلماء يجيز هذا^(٤)؛ لأن مناقضة قصد الشارع فيه ظاهرة، فالمحتال اتخذ ما خوله الحق أو الإباحة من سلطة وسيلةً لتحقيق غرض غير مشروع.

والأصل الذي بني عليه إبطال الحيل هو أن الأحكام شرعت لمصالح قصد الشارع تحقيقها، والقول بجواز الحيل ينافي ذلك؛ لأن التحيل سعي لهدم هذه المصالح، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: «والأصل أنَّ القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي»^(٥).

(١) «الفتاوى»: (١٣٤/٣)، وراجع «الموافقات»: (٢٠١/٤).

(٢) «الموافقات»: (٢٠١/٤). (٣) «الموافقات»: (٢٠١/٤).

(٤) وإنما الخلاف بينهم فيما يتحقق فيه المناط، وهو التذرع، كما ذكرنا قبلاً. راجع قاعدة الذرائع.

(٥) «الموافقات»: (٣٨٦/٢).

ومن هنا أبطل فريق من الفقهاء نكاح التحليل.
ولنبحث الآن في هذا النكاح؛ لنرى وجه التعسف فيه.

نكاح التحليل

ذهب الحنابلة والمالكية إلى إبطال نكاح التحليل، فقد جاء في «المغني»: «إن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم، منهم الحسن، والنخعي وقتادة، ومالك، والليث، والثوري، وسواء قال: زوجتكها إلى أن تطأها، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها»^(١). ثم أتى بالأدلة على ذلك. ويقول صاحب «المغني» أيضاً: «فإن شرط عليه التحليل قبل العقد، ولم يذكره في العقد، ونواه في العقد، أو نوى التحليل من غير شرط، فالنكاح باطل أيضاً»^(٢). ويتفق المالكية مع الحنابلة في حرمة هذا النكاح وبطلانه؛ إذ جاء في كتب الفقه المالكي المعتبرة، أنه يفرق بينهما قبل الدخول وبعده، ويعاقب المحلل والزوجة، والشهود، إن علموا، ولا تحل الزوجة لمطلقها الأول^(٣). وفي مذهب الحنفية تفصيل:

فالإمام أبو حنيفة يرى صحة زواج التحليل، ولو تضمن العقد ما يدل على هذا الغرض، أي شرط التحليل، ذهاباً منه إلى أن الشرط المقترن بعقد النكاح هو الذي يفسد، ويبقى العقد صحيحاً؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، وإلى هذا ذهب محمد، غير أنه يرى أن الزوجة لا تحل بهذا النكاح لزوجها الأول؛ معاملة له بتقيض قصده؛ ولاستعجاله أمراً قبل الأوان يعاقب بالحرمان.

أما الإمام أبو يوسف فأفسد النكاح في هذا الحال، وهو قول عند الشافعية.

(١) «المغني»: (١٣٨/٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «بداية المجتهد»: (٤٨/٢)، و«المدونة»: (٢١١/٢)، و«منح الجليل»: (٥٧/٢ و٥٨)، و«الزرقاني

على الموطأ»: (١٣٧/٣).

جاء في «الهداية»: «وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(١) وهذا هو محمله^(٢).

منشأ الخلاف في نكاح التحليل عند الأئمة

يذكر ابن رشد سبب الاختلاف، وأنه في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(٣) فمن فهم من اللعن التأثيم فقط، قال: النكاح صحيح، ومن فهم من التأثيم فساد العقد؛ تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه، قال: النكاح فاسد^(٤). على أنه قد يبدو أن أبا حنيفة متناقض مع الأصل الذي ذهب إليه، من أن الباعث غير المشروع، إذا أفصح عنه بعبارة في صيغة العقد بطل، وهنا قد قال بفساد الشرط دون العقد، إلا أنه قد يقال - دفاعاً لهذا التناقض - بأن العاقد في نكاح التحليل، لم يقصد به محظوراً قصداً مباشراً؛ لأنه قصد حل الزوجة لمطلقها الأول، وهذا أثر من آثار العقد ومن مقتضياته شرعاً، وهو في ذاته غير محظور؛ فلا يكون مجرد القصد إليه محظوراً؛ ولكن الحظر جاء من ناحية إرادة الفرقة وعدم استدامة النكاح، وهذا لم يقصد إليه مباشرة، وقد يقدم فلا يفارق، ولهذا كان مكروهاً؛ لأنه لم يتمحض للحرام. غير أن هذا في الحقيقة لا يدفع التناقض؛ لأنه يمكن أن يقال في كل عقد اقترن بالباعث غير المشروع عبارة، أن العاقد قد يتغير قصده بين آونة وأخرى، فينبغي أن يصح كل عقد.

أما الشافعية فقد كانوا مستقيمين مع أصلهم^(٥).

(١) عن ابن مسعود قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له». أخرجه الترمذي: ١١٢٠، والنسائي: (١٤٩/٦)، وأحمد: ٤٢٨٣، وإسناده صحيح.

وعن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا: بلى يا رسول الله! قال: «هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له». أخرجه ابن ماجه: ١٩٣٦، وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٨ - ١٣٩).

(٢) «الهداية»: (٨/٢).

(٣) أخرجه أبو داود: ٢٠٧٦، من حديث علي.

(٤) «بداية المجتهد»: (٤٨/٢)، وفساد النكاح مقصود به بطلانه.

(٥) راجع فكرة الباعث في الفقه الإسلامي وصلته بنظرية التعسف.

وعندي، أن ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية هو الذي يتفق ومقاصد الشريعة وروحها؛ لأن النكاح الذي اعتبر في الشرع شرطاً لتحليل المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول، هو النكاح بمعناه الحقيقي لا الصوري، وهو الذي يقصد به التناسل والمودة والدوام، حتى إذا عرض لهذا النكاح ما أدى إلى الفرقة، تحقق الشرط للتحليل بهذا المعنى.

ويوضح ابن القيم صورية نكاح التحليل، وأنه وسيلة لتحقيق مصلحة لم يشرع النكاح لأجلها، حيث يقول:

«والله تعالى قد جعل كل واحد من الزوجين سكناً لصاحبه، وجعل بينهما مودة ورحمة؛ ليحصل بذلك مقصود هذا العقد العظيم، وتتم بذلك المصلحة التي شرع لأجلها العزيز الحكيم، فَسَلُّ هذا التيسر المستعار، هل له من ذلك نصيب؟ أو هو من حكمة هذا العقد ومقصوده ومصلحته أجنيب غريب؟»^(١)

ومؤدى هذا الكلام أن نكاح التحليل انحراف بالحق عن غايته.

ويبين ابن تيمية وجه مناقضة قصد المحلل لقصد الشارع، وأن المناقضة هي علة الإبطال؛ إذ يقول:

«وبهذا يظهر أن نكاح التحليل إنما بطل؛ لأن النكاح قصد ما يناقض قصد النكاح؛ لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة إلى ردها إلى الأول، والشيء إذا فعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير، لا إياه؛ فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير، لا أن تكون منكوحة له؛ إذ الجمع بينهما متنافٍ، وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال؛ حتى يقال: قصد أن تكون منكوحة له في وقت آخر؛ إذ لو كان كذلك، لكان يشبه قصد المتعة من غير شرط؛ لو فعله فقد قيل هو كقصد التحليل، وهو المشهور عندنا كما تقدم، وقيل ليس كذلك، وإذا لم يكن كذلك لم يصح إلحاقه بمن لم يقصد ما ينافي النكاح في الحال ولا في المآل بوجه، مع كونه قد أتى بالقول المتضمن في الشرع لقصد النكاح»^(٢).

(١) «إعلام الموقعين»: (٣/٣٥)، و«إغاثة اللهفان» ص ٢٧٩.

(٢) «الفتاوى» لابن تيمية: (٣/٤٩).

ويقول في موضع آخر:

«وقصد المحلل في الحقيقة ليس بقصد الشارع، فإنه إنما قصد الرد إلى الأول، وهذا لم يقصده الشارع، فقد قصد ما لم يقصده الشارع، ولم يقصد ما قصده، فيجب إبطال قصده بإبطال وسيلته»^(١).

ويؤصل ابن تيمية في التصرفات أصلاً عاماً؛ حتى تبرأ من التعسف المحرم؛ إذ يقول: «ولابد في صحة التصرف من رضى المتصرف وموافقة الشرع»^(٢).

أي أن صورة التصرف من الإيجاب والقبول، وصدورهما من أهلها مضافين إلى محلها، لا يجزئ في صحته؛ بل لابد أن يكون الباعث متفقاً مع قصد الشرع فيما شرع له ذلك التصرف من غرض، أي أن يكون التصرف موافقاً للشرع ظاهراً وباطناً^(٣).

وهذا ما قرره الإمام الشاطبي في غير موضع، إذ يقول: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، إنما قصد بها أمور أخرى معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»^(٤).

على أن تحريم نكاح التحليل وإبطاله على ما هو الراجح، يعتبر دليلاً على أن استعمال الحق يجب أن يكون في الغرض الذي شرع لأجله، ولو لم يترتب عليه ضررٌ بأحد، وإبطاله إنما جاء من جهة أنه مخالف للحكمة الغائية التي قررت له، وهي - كما

(١) «الفتاوى» لابن تيمية: (٤٩/٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٨٥).

(٤) راجع تفصيل هذا الموضوع في فكرة الباعث في الفقه الإسلامي، وصلته بنظرية التعسف.

ترى - الغرض الاجتماعي الذي تقرر لأجله عقد الزواج، فالتعسف حقيقته المناقضة، سواء ترتب عليها ضرر بالغير أم لا.

والخلاصة: أن الشريعة لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرر ذلك الحق من أجلها؛ لأنه تعسف، والتعسف أكبر عامل يهدم مقاصد الشريعة.

المعيار الثاني:

الاختلال البين في توازن المصالح، أو انعدام التناسب.

لقد وسَّعت الشريعة الإسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف إلى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الأخرى، قديمها وحديثها؛ فلم تقتصر على المعيار الأول: من تمحض قصد^(١) الإضرار، أو مَطْنَةٌ هذا القصد، باستعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه، وتلحق بغيره في الوقت نفسه أضراراً راجحة^(٢)، أو بالتصرف في حقه على وجه يمنع النفع عن نفسه وعن غيره^(٣)، كما في قضية محمد بن مسلمة، أو الانطلاق في التصرف بالحق تحت تأثير باعث غير مشروع؛ لتحقيق أغراض غير مشروعة، مما يعد احتيالياً على الغاية التي قررها الشرع للحق^(٤).

أقول: لم تقتصر الشريعة الإسلامية على هذا المعيار، وهو انتفاء المصلحة المشروعة للحق، بل أقرت - إلى ذلك - معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي^(٥).

فاستعمال الحق على وجه يخل بهذا التوازن، بأن يجعل التفاوت بين المصلحة التي

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب الكريم، وتفصيل القول في تمحض قصد الإضرار في استعمال حق الإيضاء، وحق الرجعة، وحق الرضاع.

(٢) راجع التطبيقات التي ذكرناها من مختلف المذاهب في المعيار الأول.

(٣) راجع قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة في أدلة النظرية من فقه الصحابة.

(٤) راجع «التعسف في استعمال السلطة» ص ١٠٣ وما بعدها، و«فكرة الباعث في الفقه الإسلامي»، و«قاعدة الحيل المتفرعة عن مبدأ النظر في المآلات» ص ١٩١ وما بعدها.

(٥) راجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي، وصلته بنظرية التعسف ص ١٠٣.

يبتغيها صاحب الحق، والمفسدة التي تترتب على ذلك شاسعاً، يصبح غير مشروع، سواء أكانت المفسدة اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أم بالمجتمع، أو بالمصلحة العامة.

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية:

أولاً: الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما إطلاقاً.

ثانياً: الضرر العام اللاحق بالمجتمع الإسلامي، أو بقطر من أقطاره، أو بأهل بلد من ذلك القطر، أو بأهل حي من ذلك البلد، أو بجماعة عظيمة منهم، من جراء استعمال الحق الفردي.

ثالثاً: أن تكون الأضرار التي يلحقها صاحب الحق بغيره مساوية للمصلحة التي يتوخاها، أو تزيد عليها، ولو لم يكن هناك اختلال بين بينهما.

وهذه الضوابط الثلاثة، يجمعها معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، ولو لم يكن بيناً.

وقد ذكرنا، أن هذا المعيار موضوعي مادي، ينظر إلى ثمره الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وبيننا أنه مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال الذي تفرع عنه مبدأ سد الذرائع، والاستحسان، والاستصلاح^(١)، ومراعاة الخلاف، كما تأيد بالقواعد الفقهية المحكمة^(٢).

❖ تطبيقات على الاختلال البين بين المصلحتين وانعدام التناسب:

هذا، وقد أقمنا الدليل - في بحث تأصيل التعسف - على أن دور النظرية في هذا المعيار يبدأ من مجرد التسبب، وأن المسؤولية التي تترتب على ذلك مسؤولية مطلقة غير مشروطة بالتعدي في الفقه الإسلامي الذي يقترب من فكرة «الخطأ» المولّد للمسؤولية التقصيرية في الفقه القانوني.

(١) راجع «الأصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق» ص: ١٧٠ وما بعدها.

(٢) راجع «القواعد الفقهية التي تثبت النظرية» ص: ١٧٠ وما بعدها.

وهذا الأصل هو الذي ينادي به فقهاء القانون المدني والدولي^(١) على السواء في العصر الحاضر؛ لمواجهة نتائج النشاط الصناعي والذري والنووي، وهذا دليل يبين على مرونة هذه المعايير التي تستجيب لمقتضيات كلِّ عصر في ميادينه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والحربية. ولنتناول هذه المعايير بالشرح، ونورد بعضاً من التطبيقات عليها.

أولاً: انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره من الأفراد؛ ففي هذا المعيار لا يتمحض قصد صاحب الحق للإضرار؛ بل قد يدعي أن له مصلحة مشروعة؛ ولكن من مقتضى العدالة أن يسأل الغير صاحب الحق تبريراً لهذا الضرر الذي يتوقع أن يصيبه، أو يكون قد أصابه بالفعل، من جراء استعماله لحقه؛ حتى إذا وجد أن تلك المصلحة العائدة لذي الحق من التفاهة أو الضآلة بحيث لا يستقيم في ميزان العدل أن يلحق الغير تلك الأضرار من أجلها، أضحت غير مشروعة؛ وبالتالي لا يُباح التسبب أو استعمال الحق من أجل تحقيقها، بالنظر لهذا التفاوت بين المصلحة المتوخاة والمفسدة اللازمة عنها، وإذا كان قد تسبب في إيجادها فعلاً، فإن مسؤوليته تثور بالنسبة إلى هذه الأضرار في حدِّ ذاتها.

وهذا التوازن قد حرص المشرع الإسلامي على إقامته، وجعل ضابط المشروعات^(٢) غلبة المصلحة على المفسدة، فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحاناً كبيراً يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع، ومن ثم يكون علة في تحقيق التعسف، أو مناقضة الشارع.

على أن هذا المعيار - وإن كان موضوعياً بحسب الأصل - غير أن تفاهة المصلحة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير، قد تتخذ قرينة على قصد الإضرار كما قلنا. ومن تطبيقات ذلك:

(١) «المسؤولية الدولية» للدكتور محمد حافظ غانم ص ٩٨.

(٢) راجع «الموافقات» للشاطبي: (٢/٣٥٠) وما بعدها في تقريره هذا الضابط، وأنه ثابت بالاستقراء، وما أتى به من أمثلة على ذلك.

أ - ما جاءت به السنة من قضاء رسول الله ﷺ على سمرة بن جندب بقلع نخلته؛ دفعاً للضرر الأشد بالأخف، وهذا لا يمنع من التعويض بأخذ القيمة.

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية:

«وإن كان عليه - على صاحب الشجرة - في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم؛ فإن الشارع يدفع أعظم الضررين بأيسرهما؛ فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه»^(١).

ب - في قسمة الملك: لو كان له عُشر دار لا يصلح للسكنى، والباقي للآخر، وطلب صاحب الأكثر القسمة، أجيب في الأصح، وإن كان فيه ضرر شريكه^(٢).

ج - لو غصب ساجدة فأدخلها في بنائه، انقطع حق المالك - كما يقول الكرخي - إذا كانت قيمة البناء أكثر، ويضمن الغاصب قيمتها؛ دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما^(٣).

وجاء في «المدونة»: لو أن رجلاً غصب أرضاً، فغرس فيها شجراً، فاستحقها ربها؛ فإنه يقال للغاصب: اقلع شجرك، إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة^(٤)، فحق رب الأرض مقدم؛ لأن ضرره أشد؛ فيدفع بالأخف.

د - وجاء في «جامع الفصولين»: «إذا انقضت المدة والزرع بقل؛ فعلى المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى الحصاد؛ لأن في قلع الزرع - وهو بقل - ضرراً أشد من إبقائه بعد انتهاء مدة العقد إلى الحصاد بأجر المثل؛ فيصار إلى هذا الأخير؛ توفيقاً

(١) «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية ص ٣١٠، وراجع «أدلة النظرية من السنة» ص ١١٣ وما بعدها، وراجع ص ٢١٠ من هذا الكتاب.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٨٥.

(٣) «مجمع الضمانات» ص ١٣٥، و«جامع الفصولين»: (١٣٥/٢)، و«غمر عيون البصائر» للحموي على «الأشباه والنظائر» لابن نُجَيْم: (١/١٢٢)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها.

(٤) «المقدمات» لابن رشد: (٤/١٩٠)، راجع القاعدة الخامسة من القواعد الفقهية التي تثبت نظرية التعسف، وما ورد فيها من فروع تطبيقية.

بين الحقين؛ ودفعاً للضرر الأشد بالأخف»^(١).

❖ ثانياً؛ يمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا تخير وجهاً للاستعمال أضّر من غيره، ولو كانت له مصلحة مشروعة غير تافهة.

هذا، وينبغي أن يلاحظ أن تخيير صاحب الحق من بين أوجه استعمال حقه - لتحقيق مصلحة مشروعة له - الوجه الذي يستضر منه غيره، في حين أن له ندحة عن ذلك الوجه إلى آخر يحقق له ما يريد، ولا يستضر منه الغير، هذا التخيير تعسف؛ فيمنع من استعمال حقه على الوجه الضار، ولو كانت له مصلحة مشروعة غير ضئيلة وتافهة؛ ذلك، لأن توخيه لذلك الوجه الضار قرينة على قصده الإضرار، ولا يشفع له كونه قاصداً مصلحة جدية ومشروعة.

يقول الإمام الشاطبي في ذلك: «إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة حصل له ما أراد، أو لا؟ فإن كان كذلك؛ فلا إشكال في منعه منه؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينتقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار»^(٢).

ويقول صاحب «البهجة شرح التحفة» في هذا الصدد أيضاً، فيمن أراد أن يحفر بئراً في ملكه، ويضر بجدار جاره: «وأما إن وجد عنه مندوحة، ولم يتضرر بترك حفرة، فلا يمكّن من حفرة؛ لتمحض قصد إضراره بجاره»^(٣).

ويؤخذ من هذا أن الفعل الذي يتخذ وسيلة لاستعمال الحق؛ ينبغي أن يكون لازماً وملائماً؛ حتى إذا لم يكن كذلك، بأن كان ثمة ندحة عنه، كان تعسفياً إذا ألحق بالغير مضرة.

(١) «جامع الفصولين» ص ٢١٨.

(٢) «الموافقات»: (٣٤٩/٢).

(٣) «البهجة شرح التحفة» للتسولي: (٣٣٦/٢).

❖ المعياران الموضوعيان الثاني والثالث:

❖ الضرر الفاحش:

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي؛ لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لا سيما في العلاقات الجوارية، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للمصالح العام مآلاً. وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي، ورأي فقهاء الحنفية المتأخرين الذي استقر في المذهب الحنفي^(١) أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاءً بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار غير المألوفة.

أما الضرر المألوف، فلا بد من تحمله والتسامح فيه؛ إذ لو قيل بمنعه، لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية الجوارية كافة، وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك، كما أنه مخالف للإجماع والمعقول؛ لعدم استقامة إمكانية استعمال حق الملكية بإطلاق.

على أن حق الملكية مقيد^(٢) ديانة بما يمنع الأضرار عن الغير بالإجماع؛ وللنصوص الواردة في تحريم إيقاع الضرر أو القصد إليه.

ولاشك أن تصرف المالك على نحو يلحق بجاره أضراراً فاحشة يخلّ بالتوازن بين المصالح الفردية، ومآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي، وذلك انحراف بالحق عن غايته؛ إذ لم يشرع لذلك، والانحراف تعسف.

وتأسيساً على هذا، يمكن القول بأن نظرية التعسف ترتبط أساساً بالنتائج المترتبة على استعمال الحق لا بمضمونه، أي لا ترتبط بالسلطات الممنوحة لصاحب الحق؛ لأن المفروض أن المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات لا يجاوزها، أو بعبارة

(١) راجع «علاقات الجوار» ص ٨٠٣ وما بعدها، وراجع «أصول التكافل الاجتماعي وأثره في تقييد الحق الفردي» ص ٢٢٤ وما بعدها، وراجع آراء الأئمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن] وما بعدها.

(٢) «الإحياء» للغزالي: (٢/٢١١).

أخرى: إن نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق، فالحق لم يشرع ليكون وسيلة تفرض على الناس أضراراً فاحشة، أو تلحق بالجماعة ضرراً عاماً؛ لأن ذلك - كما بينا - لا يتفق وروح الشريعة وغاياتها الأساسية: من حفظ حق الفرد وحق الغير معاً؛ وهذه الغاية إذا ما أُجِّلَ بها، كان ذلك في الواقع إخلالاً بروح الشريعة وغاية الحق فيها؛ إذ ليست غاية الحق فردية خالصة حتى يطلق لصاحبه التصرف فيه، بقطع النظر عما يفضي إليه ذلك من نتائج تخل بالتوازن، أو تقضي على الازدواجية المتوازنة في الحق الفردي، أو بعبارة أخرى: ليست المصلحة الفردية المشروعة هي الغاية الوحيدة للفقه الإسلامي، حتى إذا ابتغى الفرد تحقيقها، برّر بها ما يترتب على توحيها من نتائج، وإنما تبقى المصلحة أو المنفعة الشخصية مشروعة إذا وافقت الشرع ومقاصده ومبادئه العامة.

وبذلك تكون غاية الحق في الشرع غاية اجتماعية، أي منظوراً فيها حق الغير، وهذا ما نعنيه بالغاية المزدوجة للحق.

فنظرية التعسف في الفقه الإسلامي إذن لا يتقيد الحق فيها لمجرد كبح جماح صاحبه عن الانطلاق في تحقيق أغراض غير مشروعة؛ بل وتكبح جماحه أيضاً عن الانطلاق في تحقيق أغراض مشروعة في ذاتها، إذا كانت تلك الأغراض من التفاهة والضآلة بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عنها من أضرار فاحشة بالغير، وليس من المنطق التشريعي ولا من العدل تبريرها بها.

يرشدنا إلى هذا القواعد الفقهية التي استقرت في الفقه الإسلامي نتيجة لاستقراء الأحكام التفصيلية في موضوعاتها، أو النصوص التشريعية الواردة بها، أضف إلى هذا أنه قد استقر تقييد حق الملكية في العقار في معظم المذاهب الفقهية^(١)، والجزئي لا يناقض كُليّه.

(١) راجع في هذا الكتاب ما يأتي: مدى استعمال حق الملكية عند أئمة المذاهب بالاستناد إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار». [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن].

استناداً إلى نصوص الكتاب^(١) والسنة^(٢) في رعاية حق الجار^(٣) بوجه خاص، ومبدأ المصلحة بما يمنع الأضرار الفاحشة.

والعقار أعم من أن يكون داراً للسكنى، أو أرضاً جبلية أو زراعية، أو حائطاً مملوكاً لأحد الجارين، أو غير ذلك من العقارات.

والضرر الفاحش أعم من أن يكون مادياً، كالدخان الكثيف، والأصوات المقلقة للراحة، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات، والروائح الكريهة الضارة بالصحة، ومنع الشمس والهواء والنور، وغير ذلك من الأضرار المادية التي تعطل المنافع المقصودة من العقار^(٤). أو تسبب وهنه أو انهدامه.

أو معنوياً: كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة.

ونعرض الآن للمذاهب الفقهية؛ لنرى مدى أخذها بهذا المعيار في العلاقات الجوارية.

١ - المذهب المالكي:

جاء في «المدونة»: «قلت: وكذلك لو كانت بئري في وسط داري؛ فحفر جاري في وسط داره بئراً يضر ببئري، منع من ذلك؟ قال: نعم، ووسط الدار وغير وسطها سواء، يمنع جاره من أن يحدث في داره بئراً يضر ببئر جاره عند مالك»^(٥).

وجاء فيها أيضاً: «قلت: فلو أن رجلاً بنى قصراً إلى جانب داري رفعها عليّ، وفتح فيها أبواباً وكُوِيَ يشرف منها على عيالي أو على داري، أأكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، يمنع من ذلك»^(٦).

(١) «وَيَأْتِيَنَّ لِإِحْسَانِكَ وَيَذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارَ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارَ الْجُنُبِ» [النساء: ٣٦].

(٢) راجع الأحاديث التي وردت في رعاية حق الجار في «صحيح مسلم»، جمعها المنذري في «الترغيب والترهيب»: (٣/ ٢٥٣ - ٢٥٤)، و«إحياء علوم الدين»: (٢/ ١٨٩).

(٣) أثر مبدأ التضامن الاجتماعي في تقييد الحق الفردي، «وظيفة الحق الاجتماعية» ص ٢١٦ وما بعدها.

(٤) سيأتي بيان الضابط للضرر الفاحش.

(٥) «المدونة»: (١/ ١٩٧).

(٦) المرجع السابق.

وجاء فيها أيضاً:

«قلت رأيت إن كان فيها عرصة إلى جانب قوم، فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماماً، أو فرنًا، أو موضعاً لرحا، فأبى عليّ الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك؟».

قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران، من الدخان وما أشبهه، فلهم أن يمنعوك من ذلك؛ لأن مالكا قال: يمنع من ضرر جاره، فإذا كان هذا ضرراً، منع من ذلك.

قلت: وكذلك إن كان حداداً، فاتخذ فيها كبيراً، أو اتخذ فيها أفراناً يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ كنيفاً قرب جدران جيرانه، منعه من ذلك؟».

قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره في رفع البناء إذا حجب النور والشمس والهواء.

«إذا رفع بنيانه بحيث منع الضوء والريح عن جاره، ولو كان له في ذلك غرض صحيح، ففي المذهب قولان: بالمنع وعدمه.

أما إذا لم يكن له في ذلك منفعة؛ فإنه يمنع، قولاً واحداً»^(١).

ويقول صاحب «البهجة» في تعليل ذلك:

«إذ لا ضرر أكثر من أن يمنع الإنسان جاره الضوء والريح من غير نفع يعود عليه في ذلك»؛ أي إن مثل هذا التصرف يعتبر من أعلى مراتب التعسف.

ولو منع بنيانه الريح والشمس عن الأندر فإنه يمنع، لأن منفعته تبطل كلها. وعندني، أن هذا التعليل يفيد أن كل ضرر تبطل به المنفعة المقصودة من العقار، يمنع، سواء أكان أندر أو داراً للسكنى، نعم، جاء في «المدونة» قولٌ ظاهره^(٢) أن المالك إذا رفع بنيانه لغرض صحيح، لا يمنع ولو أضر بغيره، بمنع الريح والشمس

(١) «البهجة شرح التحفة»: (٢/٣٤٣) وما بعدها.

(٢) الأندر بيدر القمح.

(٣) وجاء في «القوانين الفقهية» أن هذا النوع من الضرر مختلف فيه على قولين ص ٣٢٧.

عن داره؛ ذهاباً من المالكية إلى أن هذا لا يعطل المنافع المقصودة من الدار؛ إذ يمكن فتح كوة سماوية في السقف؛ لكن هذا التعليل يشعر بأن نظام البيوت والدور في ذلك العصر كان يسمح بذلك، بخلاف نظامها في أيامنا هذه؛ ولذا قلت: إن معيار الضرر الذي يقيد استعمال الحق هو أن يبلغ حدًا يبطل المنافع المقصودة من الدار، كما أشار إلى ذلك تعليلهم في التفرقة بين الدار والأندر^(١).

ويقول ابن جُزَيّ: «ومنه - أي من الضرر الذي يمنع - أن يبني شيئاً يمنع الريح به، فالمشهور منعه»^(٢).

ويقول أيضاً: «من أحدث ضرراً أمراً بقطعه»^(٣).

والخلاصة: أن كل ما يُحدث ضرراً محقق الوقوع بحيث يعطل المنافع المقصودة عن عقار الجار، يمنع في المذهب المالكي، هذا فضلاً عن الضرر الأدبي أو المعنوي من فتح الكوى أو ما أشبهه للإشراف على مقر النساء^(٤).

٢ - في المذهب الحنبلي:

يقيد المذهب الحنبلي المالك في التصرف بملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره؛ فقد جاء في «المغني»^(٥): «وليس للجار التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره؛

(١) المرجع السابق.

(٢) «القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ ص ٣٢٧، والمرجع السابق، غير أنه يجعل الضرر المتفق على إزالته فتح كوة، وإنشاء فرن أو حمام، وصرف الماء على دار الجار، أو على سقفه، أو يجري في داره ماء يفيض بحيطان جاره، وأما رفع البنيان الذي يمنع الهواء والضوء فمختلف فيه، وقد بينت الوجه في ذلك.

(٣) قلنا: «الضرر المحقق» احترازاً عن الضرر البعيد الاحتمال، والمحقق شامل للواقع فعلاً في الحال، أو المتوقع حصوله في المستقبل باحتمال راجح.

(٤) «البهجة شرح التحفة» للتسولي: (٢/٣٣٥) وما بعدها، و«التبصرة» لابن فرحون: (٢/٢٢٥)، و«المتقى على الموطأ»: (٦/٤١)، و«المدونة»: (١٤/٢٣٥، ١٥/١٩٧)، و«القوانين الفقهية» لابن جُزَيّ ص ٣٢٧، و«معين الحكام» ص ١٩٨، و«رحمة الأمة» ص ١٥٦، و«جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧. هذا ومن باب أولى إذا تسبب في وهن العقار أو انهدامه.

(٥) (٤/١٥٨)، وراجع بحث مدى استعمال حق الملكية بالاستناد إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن] في رأي أئمة المذاهب في هذا الكتاب، و«جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧.

نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قسارة يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها، وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة.

وفي «كشاف القناع»^(١): «إن المالك يمنع من إحداث ما يضر بجاره، من حفر كنيف بجانب حائط جاره، أو بناء حمام، أو نصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه إلى آخر ما هو مبعث للأضرار البينة؛ إذ يقول:

«ويحرم على الجار إحداثه في ملكه ما يضر بجاره؛ لخبر: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) احتج به الإمام أحمد، ويمنع الجار منه، أي من إحداث ما يضر بجاره إذا أراد فعله لما تقدم، كما يمنع من ابتداء إحداثه ما يضر بجاره، وأمثلة إحداث ما يضر بالجار كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره يضره، وبناء حمام يتأذى بذلك، ونصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه، وعمل دكان قسارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه، ويتأذى بهز الحيطان من ذلك، ونصب رحي يتأذى بها جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره، وسقي وإشعال نار يتعديان إليه؛ أي إلى الجار، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه، ويضمن من أحدث بملكه ما يضر بجاره ما تلف به أي بسبب الإحداث؛ لتعدييه، بخلاف طبخه، أي الجار، وخبزه فيه، أي في ملكه على العادة، فلا يمنع من ذلك، لأن الضرر لا يزال بالضرر. ويقول أيضاً:

«وإن حفر إنسان بئراً في ملكه، فانقطع ماء بئر جاره، أمر حافر البئر بسدها؛ ليعود ماء البئر الأول؛ لأن الظاهر أن انقطاعه بسببها»^(٣). وجاء فيه أيضاً:

«وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر، فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره، إلا أن يبني سترة تستره» وقال الإمام

(١) (٣/٣٣٩ - ٣٤٠).

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

(٣) المرجع السابق.

الشافعي: «لا يلزمه عمل سترة؛ لأن هذا حاجز بين ملكيهما، فلا يجبر أحدهما كالأسفل».

ولنا: - أي ما للحنابلة من دليل - «أنه إضرار بجاره؛ فممنوع منه، كدق يهز الحيطان، وذلك؛ لأنه يكشف جاره ويطلع على حرمه، فأشبه ما لو أطلع عليه من صئر^(١) بابه أو خصائصه، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ: «لو أن رجلاً أطلع إليك فحذفته بحصاة، ففقت عينه، لم يكن عليك جناح»^(٢) ويفارق الأسفل، فإن تصرفه لا يضر بالأعلى، ولا يكشف داره»^(٣).

والخلاصة: أن المذهب الحنبلي يقيد حق المالك في التصرف بملكه بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره؛ بل ويجبر المالك على أن يخلي سبيل الجار للارتفاق بملك الأول، إذا لم يعد عليه ضرر^(٤).

٣ - في المذهب الحنفي^(٥):

ذهب متقدمو الحنفية إلى أن للمالك أن يتصرف في حقه، وإن تضرر بذلك الغير، وهو القياس، أي القاعدة العامة.

ولكن المتأخرين منهم وأصحاب الفتاوى تركوا القياس، وقيدوا حق المالك بما يمنع إضراره بغيره ضرراً فاحشاً؛ استحساناً، وذكر الزيلعي أن الاستحسان سنده المصلحة.

والواقع، أن المتأخرين نظروا إلى مآل هذا التصرف وثمرته، فوجدوه يتنافى ومقصد الشارع؛ إذ ليس من مقتضى العدالة، ولا مما يتفق مع الأصل العام للشريعة، أن تتخذ الحقوق وسائل لفرض أضرار فاحشة على الغير، فالاستعمال الذي يفضي إلى هذه النتيجة الظالمة هو تعسفي؛ لأنه يناقض مقصد الشارع من حيث الثمرة والمآل.

(١) صئر الباب؛ أي: شق الباب، وفي الحديث: «من نظر من صير باب ففقت عينه، فهي هدر». «المعجم الوسيط» لإبراهيم مصطفى وزملائه ص ٥٣١.

(٢) أخرجه البخاري: ٦٩٠٢، ومسلم: ٥٦٤٣، وأحمد: ٧٣١٣، من حديث أبي هريرة.

(٣) المرجع السابق، و«جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧.

(٤) : (٥١٩/٢).

(٥) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧ وراجع ص ١٢٢ وما بعدها من الرسالة.

جاء في «البدائع»: «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره، وليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق الغير، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق». ويقول أيضاً:

«للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء أكان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره، أو لا يتعدى؛ فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو تنوراً، وله أن يُقعد في بنائه حداداً أو قصاراً، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً، وإن كان يهين من ذلك البناء ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه...، ولو فعل ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير»^(١).

هذا هو القياس، ووجهة نظرهم أن في منع المالك من التصرف بملكه مراعاة لحق غيره ضرراً ينزل به دون مبرر، ولا يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك؛ لأن في ذلك نقضاً لأصل الملكية؛ إذ الملكية تعني حرية التصرف، فتقييدها نقض لها. وعلى هذا لا يمنع المالك - في أصل المذهب الحنفي - من التصرف بملكه، إلا إذا تعلق به حق عيني^(٢).

ولما كان الأخذ بقاعدة الإطلاق هذه، أو بما يقتضيه القياس، قد يؤدي إلى أضرار فاحشة بالغير، وذلك مما لا يتفق وروح الشريعة والعدل، أجاز المتأخرون منهم تقييد التصرف بما يمنع الضرر البين أو الظاهر عن الغير استحساناً ولأجل المصلحة، ولا يراد بالمصلحة هنا إلا درء المفسدة الناجمة عن التصرف في الحق أو التعسف فيه، ولا عبرة باختلاف الألفاظ؛ بل العبرة بالحقائق والمعاني.

ويقرر الزيلعي هذا المعنى؛ إذ يقول:

«إن للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات، ما لم يضر بغيره ضرراً

(١) «البدائع» للكاساني: (٦/٢٦٣ - ٢٦٤).

(٢) وراجع مدى استعمال حق الملكية في رأي الأئمة بالاستناد إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن].

ظاهراً^(١)؛ فيجوز له أن يتخذ في داره حماماً؛ لأن ذلك لا يضر بالجيران، وما فيه من النداءة يمكن التحرز عنه، بأن يبنى بينه وبين جاره حائطاً.

«وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجيران إذا تأدوا من دخانه، فلهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم».

«ولو اتخذ في داره حظيرة غنم، والجيران يتأدون من نتن السرقين، ليس لهم في الحكم منعه. ولو حفر في داره بئراً فنزَّ منها حائط جاره، لم يكن له منعه، وقيل: إن كان يعلم ذلك يقيناً فله منعه، وهو خلاف قول أصحابنا».

«ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين، أو رحا للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لا يمكن التحرز عنه، والقياس أنه يجوز؛ لأنه تصرف في ملكه، وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة^(٢) والفتوى على هذا الرأي الذي قال به متأخرو الحنفية».

وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية أيضاً^(٣).

❖ تحديد الضرر الفاحش:

حددت مجلة الأحكام العدلية^(٤) الضرر الفاحش بأنه: كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة من العقار، أو يجلب له «وهنا يكون سبب انهدامه».

وقد جاءت المادة (١٢٠٠) وما يليها بأمثلة للضرر الفاحش، فمن ذلك:

١ - اتخاذ دكان حداد أو طاحون باتصال دار.

٢ - إحداث فرن أو معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها؛ لتأذيه من

الدخان ورائحة المعصرة.

(١) المراد بالظاهر الفاحش غير المألوف.

(٢) «تبيين الحقائق» للزليعي: (٤/١٩٦)، و«فتح القدير»: (٦/٤١٤)، و«المبسوط» للسرخسي: (٢٧/٢٢)، و«الفتاوى المهدية»: (٥/٤٧٢).

(٣) المادتان (١١٩٧ و ١١٩٨)، وراجع «مرشد الجيران» مادة ٥٧.

(٤) انظر المادة (١١٩٩) من المجلة، و«الفتاوى المهدية»: (٥/٤٧٢).

٣ - حجب الضوء بالكلية.

٤ - إحداث المرحاض بحيث تتسرب مياهه إلى بئرٍ مُعدَّةٍ للشرب^(١).

وهذه الأضرار - كما يرى من الأمثلة - مادية، فكان معيار الضرر الفاحش موضوعياً مادياً، ولكنه - مع ذلك - مرن، يتوقف تطبيقه على معرفة طبيعة العقار، وموقعه، والمنزلة الاجتماعية للسكان، وما إلى ذلك من الاعتبارات، وهي خاضعة لتقدير القضاء؛ لأن ما يكون ضرراً فاحشاً في حي معدّ للسكن الراقي، قد لا يكون كذلك بالنسبة لحي صناعي مثلاً، وهكذا.

❖ الضرر الفاحش المعنوي:

على أن الشريعة قد اعتبرت الأضرار المعنوية، من مثل الإشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها، بمثابة الضرر الفاحش، وهو مساوٍ للضرر المادي - والقواعد المتعلقة بالضرر الفاحش من النظام العام - فتجب إزالته قديماً كان أو حادثاً، وقد جاء نص المجلة: «الضرر لا يكون قديماً»، ونصت المادة (٦٠) من «مرشد الحيران»: «يزال الضرر الفاحش قديماً كان أو حادثاً».

❖ الضرر الفاحش في ميدان العلاقات التعاقدية:

يُخطئ من يظن أن معيار الضرر الفاحش يطبق فقط على التصرف الفعلي في حق الملكية العقارية؛ بل يشمل تطبيقه العلاقات التعاقدية، ومن أجل ذلك جاء الحنفية «بنظرية العذر» في عقود الإيجار، وجاء المالكية والحنابلة «بنظرية الحوائج والثمار» بالنظر لما يترتب على تنفيذ العقد من الضرر الفاحش غير المتوقع الذي يلحق الطرف المنكوب؛ فلا ينفذ؛ لهذا الضرر الذي لم يُلتزم بالعقد.

وقد فصلنا القول فيهما^(٢).

(١) راجع المواد (١١٢٠٠) و(١١٢٠١) و(١٢٠٢) و(١٢٠٣) و(١٢٠٤).

(٢) راجع «العدالة في تشريع المعاملات المدنية» من هذا الكتاب، وراجع «الجامع الصغير» على هامش «الخراج» لأبي يوسف ص ١٠٢.

وهكذا نرى أن اختلال التوازن بين المصالح الفردية، بحيث يؤدي تحصيل إحداها إلى إلحاق الضرر الفاحش بالأخرى، يكون سبباً في حد ذاته في منع المتصرف في حقّه؛ دفعاً لهذا الضرر، حتى إذا وقع كان موقّعه مسؤولاً عن رفعه تعويضاً؛ مع قطع سببه؛ ليمنع استمراره في المستقبل.

تعارض المصلحة العامة مع الخاصة

ويبدو هذا الاختلال بصورة أوضح إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فيمنع التسبب من باب أولى، ولو كان الفرد يتوخى المصلحة المشروعة التي شرّع حقّه من أجلها، كما في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي، والتزوج بالكتابات في ظرف يؤدي إلى ضرر عام، وكما في الاحتكار، وقد فصلنا القول في ذلك، وقلنا: إن العلة في المنع مجرد النتيجة المترتبة على التصرف، الواقعة أو المتوقعة. ولا يلتفت في تقدير الضرر العام إلى القصد أو البواعث النفسية^(١).

الأصل العام الذي ينتظم معايير التعسف

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف، من تمحض قصد الإضرار، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرّع من أجلها، واختلال التوازن البين بين المصالح، والضرر الفاحش، وتعارض المصلحة الخاصة مع العامة، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معياراً عاماً للتعسف هو: استعمال الحق في غير ما شرّع له.

وبيان ذلك:

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة إلى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه

(١) راجع «الوظيفة الاجتماعية للحق» ص ٢١٦، بيع الحاضر للبادي في أدلة النظرية من السنة، و«الاحتكار والتسعير» ص ١١٣ - ١١٤ تقييد ولي الأمر المباح للمصلحة العامة، ومنع عمر التزوج بالكتابات. راجع أدلة «النظرية من فقه الصحابة» وما بعدها، و«الاعتصام»: (٢/ ١٢١ و ١٢٢).

من أضرار راجحة؛ لأن ضابط المشروعات - كما علم بالاستقراء - أن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يشرع، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الأفراد، أو للإضرار بالجماعة، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الأغراض، بدا واضحاً ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع؛ لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها.

