

**البطل الميراث**  
**مجال نظرية التعسف**  
**في الفقه الإسلامي**

قدمنا أن الفقه الإسلامي لا يعرف التفرقة - فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف - بين الحق الذاتي والوظيفي، ولا بين الحق الوسطي والتقديري؛ بل لا يفرق بين هذه الحقوق بجميع أنواعها في هذا المجال، فهذه الحقوق يشملها نطاق نظرية التعسف، وبالتالي تخضع لأحكامها في الاستعمال، وضرربنا مثلاً للحقوق التي تعتبر «تقديرية» في بعض التشريعات الغربية؛ كحق الإيضاء، وحق الطلاق<sup>(١)</sup>، وقلنا: إن حق الإيضاء ورد النص القرآني بمنع التعسف فيه، وأما حق الطلاق، فمما يُثبِتُ أنه ليس تقديرياً، وأن نظرية التعسف تحكم استعماله، أن جمهرة الصحابة والفقهاء يقيدون طلاق الفرار من حيث آثاره، فيورثون الزوجة، على اختلاف في المدة التي تترث فيها؛ معاملة للفار<sup>(٢)</sup> بنقيض قصده، مما يقطع بأن هذا الحق ليس خاضعاً لتقدير صاحبه من حيث باعته المتعلق بحرمان الزوجة من الميراث.

❖ هل تدخل الإباحات أو الحريات العامة في نطاق نظرية التعسف في الفقه الإسلامي:

لا بد من البحث - بادئ ذي بدء - في طبيعة التعسف، وطبيعة الحرية العامة؛ لنحدد على ضوء منهما مدى تحقيق مناط ومفهوم نظرية التعسف.

انتهى بنا البحث في التكييف الفقهي للتعسف أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف

(١) «أصول القوانين» للدكتور حسن كبره ص ١١٤٨.

(٢) راجع أدلة النظرية من فقه الصحابة، توريث المبتوتة في مرض الموت.

مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل<sup>(١)</sup>، وقلنا: إن مأتى هذه المناقضة هو استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له<sup>(٢)</sup> من حيث الباعث أو المآل، كما أفصح عن ذلك أصوليو<sup>(٣)</sup> الفقه الإسلامي في غير موضع.

وإنما قلنا: «في الفعل المأذون فيه شرعاً» لأنه يعتبر في فصل التفرقة بين ماهية التعسف وبين حقيقة المجاوزة؛ لأن هذه الأخيرة تعتمد فعلاً غير مشروع لذاته في أصله، لا من حيث الباعث أو المآل، كما هو الشأن في التعسف.

بقي أن نقف على طبيعة الإباحة، وقد قلنا: إنها «إذن من الشارع يُقرُّ به مكنة الانتفاع لا على وجه الاختصاص».

وقولنا: «لا على وجه الاختصاص» احتراز لإخراج الحق؛ لأنه يمتاز بخصيصة الاستثارة والاختصاص، فافتراقاً.

هذا، ومن المعلوم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع.

فتلخص أن الحق والإباحة كليهما يخولان صاحبهما مكنة الانتفاع، أو سلطة شرعية للانتفاع، على سبيل الاختصاص في الأول، والشركة العامة في الثاني.

وأياً ما كان، فالذي يعيننا هو أن هذه المكنة أو السلطة في كل منهما إنما منحت في الشرع لتحقيق غرض معين، ومن هنا جاء انطباق نظرية التعسف على هذه الحقيقة؛ لأن التعسف كما قلنا: استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له، وهذا متصور في الحق كما هو متصور في الرخصة أو الإباحة على السواء.

وليس ما يحتج به القائلون بالتفرقة من أن الإباحة مقيدة بشرط السلامة بالإجماع، دون الحق، بالدليل المقنع؛ بل يجب أن تشتق البرهنة من طبيعة كل من التعسف والإباحة، وبذلك يمكن أن نصل إما إلى انطباق مفهوم أحدهما على الآخر، وإما إلى

(١) راجع ص ٨٤ وما بعدها من هذا الكتاب.

(٢) المرجع السابق في المواضع المذكورة.

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٣١ و ٣٣٤، ٤/٢٠١).

استحالة ذلك؛ بالنظر إلى تناقض كل من الطبيعتين؛ لكننا رأينا أن التعسف متصور في الإباحة، كما هو متصور في الحق، على السواء.

على أن تقييد الحق قد نزل به القرآن الكريم، كما وردت به السنة، وجاء بالتحديد فقه الصحابة، واستقر عليه رأي جمهور الفقهاء، وأثبتنا ذلك بالأدلة التي تؤيد النظرية<sup>(١)</sup>، فانهارت بذلك دعوى التفرقة بينهما من حيث أصالة التقييد في الإباحة دون الحق من أساسها.

هذا، وقد رأينا الأصوليين إذ يحرمون التعسف، يوردون أمثلة من الحق والإباحة دون تفرقة بينهما من حيث شمول حكم التعسف لهما، يرشدنا إلى هذا أن الإمام الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعاً؛ لجلب مصلحة أو درء مفسدة، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبي، بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من توسعة أرضه، وبين تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي؛ للمصلحة العامة<sup>(٢)</sup>، وهذا من حرية التجارة، وذلك تصرف في حق الملكية.

كما رأينا الإمام القرافي يحرم التصرف في حق الحياة على وجه يؤدي إلى الهلاك في غير مقصد شرعي كالانتحار، إلى جانب التصرف في المال على وجه التضييع والعبث<sup>(٣)</sup>، والأول تصرف في حرية عامة، والآخر في حق الملكية.

وكذلك رأينا الصحابة رضي الله عنهم في فقههم وفتاويهم لا يفرقون بين تقييد الحق، وتقييد الرخصة، إذا أفضى استعمال أي منهما إلى الإضرار بالغير من الفرد أو الجماعة، كما رأينا في قضاء عمر رضي الله عنه على محمد بن مسلمة<sup>(٤)</sup>، وفي أمره بالمنع من

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة في هذا الكتاب.

(٢) «الموافقات»: (٣٤٨/٢) وما بعدها.

(٣) «الفروق»: (١٤٠/٢) وما بعدها، و«الموافقات»: (٣٢٣/٢).

(٤) راجع أدلة النظرية جميعاً في هذا الكتاب.

التزوج<sup>(١)</sup> من الكتابيات الأجنبية، والأول استعمال في حق الملكية، والثاني استعمال لحرية التزوج.

كما رأينا بعض الفقهاء يمنعون نكاح التحليل ويحرمونه، ولا يرتبون عليه آثاراً، كما يمنعون بيع العينة، وكلاهما مظهر من الحرية في التزوج، والحرية في التجارة، هذا إلى جانب منع هبة المال قرب نهاية الحول؛ فراراً من الزكاة، وهو تصرف في حق الملكية، بجامع أن كلا من هذه الأمور استعمال للحق أو الحرية في غير ما شرع له.

ومن الفقهاء من سوى في الحكم صراحةً بين الحق والرخصة، وجعل وجه الشبه قائماً بينهما.

فقد جاء في «كشاف القناع»:

«وإن جلس في مسجد أو طريق واسع، أو اضطجع في مسجد أو طريق واسع، أو قام في مسجد أو طريق واسع، فعثر به حيوان، فتلف أو نقص، لم يضمن تلفه أو نقصه؛ لأنه فَعَلَ مباحاً لم يتعد به على أحد في مكان له فيه حق، أشبه ما لو فعله في ملكه، ويضمن إن كان الفعل محرماً . . . إلخ<sup>(٢)</sup> فالنظر منصب هنا على السلطة أو المكنة المخولة للفرد، وأنها مشروعة ليست محرمة، سواء أكانت بمقتضى حق الملكية أو الإباحة.

على أنه ليس ما يبرر التفرقة بين استعمال حق الوصية مثلاً؛ للإضرار بالورثة، وهو تصرف في حق الملكية، وبين استعمال حق التقاضي؛ لمكيدة الخصم، وهو تصرف في المباح، فكلاهما فعل مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل؛ ولكنه استعمل في غير الغرض الذي من أجله شرع؛ فالمناقضة متصورة في كليهما، ولا نعني بالتعسف إلا هذا.

نعم! تقوم التفرقة بصورة لا تدع مجالاً للشك بين طبيعتين مختلفتين، كما في التصرف في فعل مشروع لذاته، وداخل حدوده المشروعة، وبين فعل غير مشروع

(١) المرجع السابق.

(٢) (١٠٤/٤).

أصلاً؛ فالثاني لا مجال للبحث في كونه محض اعتداء وتجاوز، والقطع بمنعه وتحريمه ابتداءً؛ لأنه لا يفتقر إلى نظر واستدلال، وإنما يثور البحث في هذا الفعل المشروع في الأصل، وظاهر التصرف أنه مشروع لتوافر الأركان والشروط الشرعية، فكيف نحرمه؟ وعلى أي أساس فقهي يقوم هذا التحريم؟ هذا مجال يفتقر البحث فيه إلى استدلال ونظر؛ لأنّ الفعل ليس معيباً في ذاته، وإنما العيب في القصد أو الباعث أو في النتيجة الظالمة التي تلحق بالمتصرف نفسه، كالسفيه مثلاً، أو غيره من الفرد والجماعة، وقد لا يلحق ضرراً بأحد؛ ولكن الفعل استعمل على وجه يخالف حكمة المشروعية، كما في نكاح التحليل، وهذا متصوّر في الحق كما هو متصور في الرخصة؛ إذ ليس في طبيعتها ما يتناقض وطبيعة التعسف كما قدمنا.

وعلى ضوء ما قدمنا من تحليل لطبيعة التعسف، وطبيعة كل من الحق والرخصة، وعلى ضوء ما قدمنا من أدلة تثبت النظرية، يمكن القول بأن نظرية التعسف تشمل في نطاق تطبيقها الحقوق والحريات العامة على سواء.

#### ❖ الفقه القانوني لم يُجمع على استثناء الحريات العامة من نظرية التعسف:

لم ينعقد الإجماع بين رجال الفقه الغربي والعربي على هذا الاستثناء، فذهب الفقيه الفرنسي «جوسران»<sup>(١)</sup> إلى أن نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات، ويمكن أن تدخل في نطاق تطبيقها مبادئ قانونية مستقرة من مثل «نظرية الظروف الطارئة» و«الدعوى البوليصية» و«الغش» و«التدليس»، خلافاً لرأي «كاييتان».

وأما رجال الفقه العربي، فقد ذهب بعضهم إلى الشمول<sup>(٢)</sup>، وآخرون إلى قصرها على الحقوق المعينة بالمعنى القانوني الدقيق<sup>(٣)</sup>.

(١) روح الحقوق ونسبها، نبذة ٢٤٠.

(٢) ومن هؤلاء الدكتور أنور سلطان في «مصادر الالتزام»: ج١ فقرة ٤٣٣، سنة ١٩٥٥، والدكتور إسماعيل غانم في «محاضرات في النظرية العامة للحق» ص ١٤٦ و ١٥٠، ومقاله القيم في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بعنوان «تجديد عقد العمل المحدد المدة» ص ٣٨٧ وما بعدها، العدد الثاني، السنة الرابعة يوليو سنة ١٩٦٢.

(٣) كالدكتور السنهوري في «الوسيط»: ج١ فقرة (٥٤٤)، والدكتور عبد المنعم فرج الصدة في «مصادر =

وأرى أن هذا النظر الأخير لم يقيم على دليل مقنع؛ لما قدمنا من أدلة، فإذا أضفنا إلى ذلك، أن نظرية التعسف قائمة على مبدأ سد الذرائع، وهو لا يفرق في الحكم بين الحق والرخصة، نتج أن نظرية التعسف شاملة لكليهما على وجه اليقين شرعاً.



= الالتزام، سنة ١٩٥٨ فقرة ٣٤٥ - ٤٣٧، والدكتور سليمان مرقس في «أصول الالتزامات» ج١ سنة ١٩٦٠ فقرة (٤٢٤)، وانظر «مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني» ص ٢٠١ في الهامش.

### خلاصة مضمون

#### نظرية التعسف في استعمال الحق في

#### الفقه الإسلامي ، وفي القانون المدني الجزائري

قلنا: إنَّ المشرِّع لا يجيز فعلاً - ولو كان ناشئاً عن حق - يفضي إلى أضرار راجحة على منفعه، لأن الحق لم يشرع أصلاً ليكون سبباً في مثل هذه المفاسد والأضرار الزائدة.

وعلى هذا، فالتصرف في الحق ولو كان - في الأصل - مشروعاً، وفي حدود مضمونه وسلطانه، غير أن النتائج التي نشأت عن استعماله إذا كانت أضراراً زائدة وراجحة، يصبح ذلك التصرف غير مشروع، لا لذاته، بل لنتائجه، فيكون الفعل معيباً من حيث نتائجه لا من حيث أصله، ولا تناقض، لا اختلاف الجهة.

فتلخص أن الفعل المشروع الناشئ عن الحق، يصبح غير مشروع، إما بالنظر إلى الباعث عليه، وهذا أمر نفسي، وإما إلى النتائج الضرورية الزائدة التي تترتب على ذلك التصرف، وهذا هو الفعل التعسفي في الحالين.

هذا، وباعتبار أن التشريع الإسلامي هو المصدر الأصيل لنظرية التعسف، وباعتبار أن التقنين المدني المصري قد استقى معايير التعسف، وقواعد هذه المعايير، وأحكام التعسف من التشريع الإسلامي - على ما جاء في المذكرة الإيضاحية - وباعتبار أن التقنين المدني الجزائري قد اتخذ من التقنين المصري أصلاً له، لذا تناولنا بحث نظرية التعسف في التشريع الإسلامي الذي هو المصدر الأصيل، والمصدر التفسيري أيضاً لأحكام التعسف في كل من القانونين: المصري والجزائري.

هذا، وتناولنا في الكتاب الأول: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» بحث فلسفة الحق في هذا التشريع، وتحديد مفهومه وطبيعته وخصائصه، وأنه غائي ونسبي، شرع ابتداء ليكون وسيلة لتحقيق مصلحة معينة، وليس هو غاية في ذاته.

وبيّنا كذلك أن مفهومه ليس فردياً خالصاً، بل يتضمن عنصراً اجتماعياً وإنسانياً أيضاً، ترتبط به مشروعية استعماله، ولأن هذا العنصر الاجتماعي والإنساني ينهض

بالوظيفة الاجتماعية للحق، وهي أساس العدل في الاستعمال، لذا كان سبب مشروعية الاستعمال، فالعدل في التصرف إذن مرتبط بأداء الحق لوظيفته الاجتماعية، بدليل أن المشروعية تسقط حيث تنتفي هذه الوظيفة، ويتحقق التعسف، إذ التعسف ظلم، فثبت أن الوظيفة الاجتماعية للحق واجبة الأداء لوجوب إقامة العدل في استعمال الحق.

وليس من الوظيفة الاجتماعية للحق الإضرار بالغير، قصداً أو مآلاً، لأن الحقوق لم تشرع أساساً لتكون أسباباً في المفساد والمضار، وإنما شرعت لجلب المصالح، ودرء الأضرار والمفاسد، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق.

إذن يتضمن مفهوم الحق الشخصي في التشريع الإسلامي عنصراً مزدوجاً: ذاتياً، واجتماعياً معاً، وترتبط مشروعية استعماله بتحقيق معناه الاجتماعي، أو قل: بأدائه لوظيفته الاجتماعية التي ليس منها الإضرار بالغير فرداً كان أم جماعة، وتسقط مشروعية استعمال الحق أو التصرف فيه بسقوط هذا المعنى الاجتماعي، وذلك في حالة توافر الباعث غير المشروع لدى صاحب الحق إبان استعماله، أو نية الإضرار، وكلاهما - أي الباعث والنية - عنصر غير أخلاقي لا يجيزه التشريع الإسلامي بحال، لتنافيه مع أصوله وقيمه ومقاصده.

وسقوط المشروعية إنما يعني سقوط العدل، إذ لا مشروعية حيث ينتفي العدل كما بينا، كما يسقط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق، وتسقط بالتالي مشروعية استعمال الحق، ويكون التعسف والظلم إذا كانت النتائج الواقعة أو المتوقعة، من ذلك الاستعمال ضرورية وراجحة، إذ الحقوق لم تشرع أصلاً للإضرار أو المفساد، بل شرعت للمصالح والمنافع غايةً للحق ينبغي أن يتغياها صاحب الحق إبان استعماله للحق.

هذا، وقد يكون انتفاء المصلحة أو تفاهتها لدى المتصرف إبان تصرفه في حقه قرينةً أو دليلاً على توافر نية الإضرار بالغير، أو قرينة على الباعث النفسي غير المشروع، بمعنى أن ليس ثمة مصلحة جوهرية أو جدية يتوخاها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه، فيكون الفعل تعسفياً أيضاً؛ إذ لم تشرع الحقوق للعبث أو

للإضرار، أو للمصالح التافهة غير الجدية، ويكون استعماله لحقه على هذا الوجه قرينة دالة على توافر قصد الإضرار لديه.

وعلى هذا، فالحق في التشريع الإسلامي غائي نسبي، يوجب تقييد التصرف فيه بالغاية أو المصلحة التي شرع من أجلها شرعاً، إذ المصالح هي مبنى الحقوق، وتفرع عن ذلك ما يلي:

الأول: أن فكرة الحق الفردي أصيلة في التشريع الإسلامي، ومن ثم لا ينقلب الحق إلى مجرد مركز يتبوأه صاحب الحق، ليؤدي وظيفته إلى المجتمع، دون نظر إلى صالحه الخاص أولاً، لأن المفروض أنه حق شخصي أولاً وبالذات، وهذا أصل يقيني ثابت شرعاً تفرع عنه حقوق الإنسان ومصالحه الذاتية.

الثاني: أن التشريع الإسلامي ألغى الفردية الخالصة من مفهوم الحق، كما ألغى الإطلاق في التصرف، فكان على النقيض من فكرة الحق في المذهب الفردي، ثم ضمّن مفهومه معنى اجتماعياً وإنسانياً تتعلق به مشروعية التصرف، عدلاً، كما ذكرنا، فكان التوفيق حتمياً بين مصلحة صاحب الحق، وبين مصلحة غيره ممن يعيش معه، من الأفراد أو المجتمع، أي: أمراً واجباً؛ لإقامة التوازن بينهما.

الثالث: أنه لم يجعل الفرد ومصالحه مقدّمة على المجتمع ومصالحه، كما لم يجعل المجتمع ومصالحه مقدّمة دائماً، بحيث يحيف على الفرد وحقوقه، حتى يذوب فيه، وإنما يحافظ على الحقين معاً، ويوجب التنسيق بينهما أو إقامة التوازن بينهما ما أمكن، حفظاً للحقين، حتى إذا استحال التوفيق، قدم الصالح العام حينئذ وجوباً، ولزم تعويض صاحب الحق الفردي عدلاً وإنصافاً، إن كان له وجه، إذ إهدار الصالح العام ضرر كبير، عملاً بالقاعدة العامة المحكمة: «يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام» صيانةً لحق المجتمع، وبذلك لا تكون المصلحة الفردية عائقاً تعترض سبيل المصلحة العامة في تقدمها وازدهارها، إذا ما استحکم التعارض بينهما، واستحال التوفيق.

هذا، وبيننا معايير التعسف في الفقه الإسلامي، وهي كما يلي:

١ - تمحض قصد الإضرار بالغير، وهذا معيار ذاتي أو شخصي، بمعنى: ألا يكون للفرد من قصد إثبات استعماله لحقه سوى الإضرار بغيره.

٢ - انعدام التناسب بين المصالح والمفاسد، أو اختلال التوازن بينهما، بحيث تكون المفاسد مساوية للمصالح أو تزيد عليها. وهذا معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى القصد حسناً كان أم سيئاً.

٣ - تحقيق مصالح غير مشروعة احتيالياً على إهدار المصالح المشروعة، باتخاذ الحق وسيلة إلى ذلك، وهذا يتحقق في الباعث أو الدافع إلى التصرف.

٤ - الضرر الفاحش اللاحق بالجار عن طريق استعمال حق الملكية.

٥ - الإضرار بمصلحة عامة جوهرية، قصداً أو مآلاً.

وهذان المعياران الأخيران يدخلان في المعيار الثاني الذي هو انعدام التناسب، غير أننا رأينا التفصيل بالنظر إلى أن الضرر الفاحش اللاحق بالجار، هو ضرر خاص، وعلى قدر معين من الجسامه، بخلاف الضرر اللاحق بالمصالح العام، وكلاهما معيار للتعسف.

هذا فضلاً عن القواعد التشريعية المستقرة في الفقه الإسلامي التي تنهض بهذه المعايير وتؤكددها، من مثل: «الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام»، ومن مثل: «يختار أهون الشرين، وأخف الضررين»، ومن مثل: «الأمور بمقاصدها»، ومن مثل: «الضرر الأشد يزال بالأخف»، ومن مثل: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»، ومن مثل: «يدفع الضرر بقدر الإمكان»، ومن مثل: «الضرر لا يزال بمثله».

هذا فيما يتعلق بموقف التشريع الإسلامي من نظرية التعسف باختصار شديد، عرضناه في القسم الأول من هذا الكتاب كمزيد بيان، إذ اقتضى الأمر ذلك عند البحث في هذه النظرية تفصيلاً في التقنين المدني الجزائري وتطبيقاتها، وفي غيره من قوانين البلاد العربية.

هذا، وبيّنا أيضاً مفهوم الحق في المذهب الفردي، ومفهوم الحق في مذهب التضامن الاجتماعي في كتاب «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ووجهنا إليهما

النقد، ثم بينا مفهوم الحق بإيجاز في التقنين المدني الجزائري في هذا البحث، وأتينا بالأمثلة التطبيقية التي تنهض بذلك المفهوم، وهو - على التحقيق - ليس فردياً خالصاً، بل دليل تبنيه لنظرية التعسف، وهي - أصلاً - مصدرها التشريع الإسلامي، بل ضمنه معنى اجتماعياً، وحاول تحقيق الموازنة بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة، اعترافاً منه بهما، ولكنه فيما يبدو لم يصل إلى النهاية في تحقيق الموازنة، بل دليل أنه لم يعالج قضية الاستغلال مثلاً معالجة حاسمة، بل جزئياً، ولكنه مع هذا قرر الوظيفة الاجتماعية للحق، ولاسيما في حق الملكية، بحيث أرسى هذه الوظيفة مبدأً عاماً هو قوام الحقوق الفردية كلها، تقيّد الحق، وتمنع الإضرار بالغير، كما تمنع تحقيق مصالح غير مشروعة باتخاذ الحق وسيلة إليها، تحايلاً على المصالح المشروعة التي رسمها المشرع للحقوق.

هذا، وأجبر المالك بوجه خاص على أن يكون موقفه إيجابياً فيما يتعلق بارتفاق الغير بملكه إذا لم يعد على هذا المالك ضرر راجح، ولم يكن ثمة وجه آخر للمرتفق يحقق المصلحة التي يتوخاها عوناً له على استثمار أرضه بيسر مثلاً، ودون إضرار بالغير ضرراً غير مألوف، كما منع النتائج الضرورية الراجعة الواقعة أو المتوقعة جراء استعمال الحق، ولو لم يقصد صاحب الحق إحداثها، بأن حدثت تلقائياً لظروف ملابسة.

وبينا أن التقنين المدني الجزائري عمّل على حماية الفرد كما قدمنا، وعرضنا لبعض التطبيقات في هذا التقنين، من مثل «نظرية الاستغلال» إذ اتخذ من الغبن مظهراً مادياً له، ولكنه اكتفى بالطيش البين، والهوى الجامح، وهما معياران يندُر وقوعهما في الحياة الواقعية، بخلاف عدم «كفاية الاختيار» أو فسادها، فذلك كثير الوقوع عملاً، فوجب - عدلاً - حماية الأفراد والمجتمع من الاستغلال، لعدم استيعاب القانون المدني الجزائري جميع صور الاستغلال كثيرة الوقوع، فيكون هذا القانون قد دعم النزعة الفردية التي كان ينبغي أن يكفكف من غلوائها، ويدعم الجانب الإنساني والاجتماعي في مفهوم الحق الفردي، مصلحة وعدلاً، ودرءاً للتعسف بأوسع مدى.

ويتجلى لك مما قدمنا من التطبيقات أنها تقوم أساساً على العدل في التعامل،

ودرء التعسف في استعمال الحق قبل الوقوع، أو رفعه بعد الوقوع على ما سيأتي تفصيله.

ونتناول الآن بالبحث في هذا القسم الثاني الموضوعات الآتية:

أ - طبيعة التعسف في التقنين المدني الجزائري.

ب - معايير التعسف في التقنين المدني الجزائري.

ج - التطبيقات الواردة في هذا التقنين أثراً لإعمال هذه النظرية في معاييرها وجزءاتها.

د - التطبيقات القضائية.

كل ذلك مع المقارنة بما يناظر كلاً من هذه الموضوعات في القوانين العربية، وفي التشريع الإسلامي؛ باعتباره المصدر الأصيل لهذه النظرية، والمصدر التفسيري لها أيضاً، يُرجع إليه في كل ما غمض من مسائلها، وفي الفقه والقضاء الفرنسيين، باعتبار أن هذه النظرية لم تتخذ مكانها على استقلال في التقنين المدني الفرنسي حتى يومنا هذا.

### طبيعة التعسف، وأساسه في القانون المدني الجزائري

أحسن المشرع الجزائري صنْعاً إذ وصف استعمال الحق في الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة (٤١) منه بأنه تعسفي، ولم يصفه بأنه استعمال غير مشروع، خلافاً للقانون المدني المصري<sup>(١)</sup>، والسوري<sup>(٢)</sup>، والليبي<sup>(٣)</sup>، والعراقي<sup>(٤)</sup>،

(١) جاء في المادة/٤/ ما نصه: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر».

وفي المادة /٥/ : يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: ... إلخ، ولم يقل: «تعسفاً».

(٢) وفي القانون المدني السوري نص مطابق في المادة/٦/.

(٣) وكذلك في القانون الليبي نص مطابق في المادة/٦/.

(٤) ونصت المادة /٧/ ف١ من القانون المدني العراقي على ما يلي: «من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه «الضمان» - والاستعمال غير الجائز، هو غير مشروع».

والأردني<sup>(١)</sup> وبذلك كان المشرع الجزائري أكثر دقة في التعبير عن مقصوده من اعتبار «استعمال الحق» على الوجه الذي حدده في الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة (٤١) ذا طبيعة خاصة متميزة عن طبيعة «الخطأ» المولد للمسؤولية التقصيرية، أو فعل التعدي، والمجازرة لحدود الحق، وهذا يختلف عن طبيعة التعسف قطعاً.

هذا، وظاهر النص في تقنينات البلاد العربية الذي وصف استعمال الحق في تلك الحالات بأنه غير مشروع، يوحي بأنه فعل يجاوز حدود الحق الموضوعية، أو أنه غير مشروع أصلاً، كصورة من صور «الخطأ»، بينما «استعمال الحق» فعل مشروع في الأصل، فكان ظاهر النص في تلك التقنينات مثاراً للنزاع الذي احتدم بين الفقهاء والشراح حول «طبيعة التعسف» على النحو التالي:

هل «التعسف» في استعمال الحق صورة من صور «الخطأ» المولد للمسؤولية التقصيرية، فيندرج في نطاقها، وبذلك لا يكون للتعسف كيان ذاتي، ولا نظرية مستقلة، ولا ضوابط معينة، أو لا يكون للتعسف طبيعة خاصة، ومفهوم ذاتي متميز عن «الخطأ»، ومعايير وضوابط محددة، ودور وجزاءات خاصة به؟

إذن، حسم المشرع الجزائري هذا النزاع بنص المادة (٤١) حيث وصف استعمال الحق في الحالات التي تضمنتها بكونه «تعسفياً»، ولم يصفه بأنه «غير مشروع»، أو غير جائز على النحو التالي:

يعتبر استعمال الحق «تعسفياً» في الأحوال الآتية:

أ - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

ب - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ج - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>(٢)</sup>.

(١) جاء في المادة ٦٦/٦ من القانون المدني الأردني ما نصه: «يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع». هذا والتعبير بكلمة «الضمان» في القانون المدني الأردني اصطلاح مستعار من الفقه الإسلامي، وهو يعني «المسؤولية» و«التعويض» تأثراً بالمشرع العراقي، إذ نصت المادة (٧) ف منه على أن من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه «الضمان»، على أن الفعل غير الجائز أعم من الفعل التعسفي، إذ يشمل «التعدي» الذي قوامه المجاوزة لحدود الحق، والمجازرة غير التعسف كما بينا.

(٢) ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعبر عن معيار التعسف بقوات المصلحة على النحو الذي جرت عليه =

وبذلك تأصلت للتعسف نظرية عامة مستقلة منظوراً فيها إلى طبيعتها الخاصة التي اقتضت هذا التأصيل، ونهضت بها ضوابط محددة يستعان في تطبيقها - عملاً - بقواعد محكمة، سنتاولها بالبحث في مقامها.

التقنيات العربية - خلافاً للقانون المدني الجزائري - تحاشت وصف الإساءة في استعمال الحق بكونه «تعسفاً»، بحجة أن لفظ «التعسف» مفهوم مبهم، وغير واضح، ولا محدد الدلالة.

تحاشت تلك التقنيات التعبير بوصف «التعسف» بحجة أن مفهومه واسع مبهم، غير محدد، والمصطلح القانوني ينبغي أن يتسم بالتحديد والانضباط، ضماناً لدقة الفهم، وسداد التطبيق في القضاء، وحسماً للاختلاف.

غير أن هذه الحجة واهية من جهة أن التعبير الذي اختارته تلك التقنيات قد أثار نزاعاً شديداً أدى إلى الاختلاف في أصل طبيعة التعسف نفسه، بحيث قضى على النظرية نفسها أو كاد على ما هو الرأي الغالب لدى الفقهاء والشرح<sup>(١)</sup>، وهو خلاف مفهوم النظرية واقعاً، وما هو الحق في طبيعتها، بل وخلاف ما تقضي به أحكام مصدرها الأصل، وهو الشريعة الإسلامية على ما سيأتي بيانه.

وعلى هذا، فلا يصار إلى تحاشي أسباب اختلاف ما، للوقوع - آخر الأمر - في اختلاف أشد منه وأخطر، هذا شيء.

وشيء آخر، هو أن «التعسف» وإن كان لفظاً يشوبه الإبهام أو السعة في مفهومه بادئ الرأي، غير أن مفهومه يتحدد بالمعايير والضوابط المحددة التي نصت عليها

== التقنيات العربية، بل أخذ بلفظ «فائدة». والواقع، أن «المصلحة» مقصود بها الفائدة، سواء أكانت مادية، أم أدبية، ولكنها الفائدة المشروعة، وتحاشى بذلك العبارات ذات المفاهيم الواسعة غير المحددة، من مثل «الغاية» أو الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي يتأثر مفهومه بالتيارات السياسية وفلسفاتها في كل بيئة. غير أن الفقه الإسلامي اتخذ لفظ «المصلحة» تعبيراً عن المعيار أو الضابط، على ما سيأتي بيانه. هذا والقانون المدني الجزائري يعبر أحياناً عن «الفائدة» هذه بتعبير آخر، من مثل «مصلحة جديده» المادة/٧٠٥، ومن مثل: عذر قانوني. المادة (٧٠٨ ف٢).

(١) المرجع السابق.

المادة (٤١)، إذ المشرع لم يعمد إلى النص على «التعسف» فحسب من حيث كونه وصفاً يعتبر أساساً للمسؤولية والمنع والجزاء، بل أتبعه بما يحدد مفهومه من ضوابط إذا تحققت كنا بصدد صور من التعسف واضحة، وهي ضوابط محددة.

أضف إلى ذلك أنه يستعان عند التطبيق في القضاء بقواعد فقهية أخرى، يتميز بها كل ضابط على حدة، بحيث يجعل للتعسف مفهوماً واضحاً لا لبس فيه ولا إبهام، فضلاً عن أنه يغدو ميسر التطبيق لدى الفقهاء، تلك القواعد مستقرة في التشريع الإسلامي وفقهه، وقد أحال عليها المشرع الجزائري، وسيأتي تفصيلها وشرحها في مقامه.

إذن، كان المشرع الجزائري موفقاً جداً في تعبيره بالتعسف، لأنه تحاشى بذلك نزاعاً خطيراً قد وقع فعلاً حول طبيعة التعسف فيه، ذلك النزاع الذي كاد أن يعصف بالنظرية كلها، حيث جعلها أحد تطبيقات نظرية المسؤولية التقصيرية كما أسلفنا.

يلاحظ أن التشريع المدني الجزائري لم ينص على المبدأ العام الذي يقضي بأن الاستعمال المشروع للحق، لا يوجب المسؤولية عن الأضرار الناشئة عنه، إذ لم يجد ثمة من حاجة إلى ذلك، لأنه مبدأ مقرر ومعلوم بدهاه، أو يمكن الاستدلال عليه بنقيض حالات التعسف، أو بالعمل بأصل الإباحة.

لم يحذ المشرع الجزائري حذو بعض القوانين العربية حيث نصت على المبدأ العام الذي يقضي بأن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يوجب المسؤولية عن الأضرار التي تنشأ عنه، ليصل بعد ذلك - عن طريق المقابلة - إلى النص على الفعل التعسفي، أقول لم يفعل المشرع الجزائري ذلك، لما يأتي:

أ - لأن مثل هذا المنهج في «الصياغة» يوقع في اللبس والإشكال، لأن عدم المشروعية وصف يطلق - في الأصل - على الفعل غير المشروع لذاته، بأن لم يكن ناشئاً عن حق أصلاً، أو بأن كان فعلاً يجاوز الحدود الموضوعية للحق، ويشكل بالتالي اعتداء على حق الغير، تعمداً أو إهمالاً وتقصيراً، وهذا هو الخطأ التقصيري، ولكن الفعل التعسفي ليس كذلك، لأنه في الأصل مشروع، لكونه ناشئاً عن حق،

وليس مجاوزاً مضمونه وسلطانه. ولكنه يصبح تعسفياً لا لذاته، بل لما فيه من الانحراف عن الغاية أو المصلحة التي شرع الحق من أجلها، أو لنية الإضرار، أو لبواعث نفسية غير مشروعة، أو لنتائجه، فالفرق بينهما ظاهر، إذ الخطأ فعل غير مشروع في ذاته، وأما الفعل التعسفي، فهو مشروع في ذاته، لأنه في الأصل استعمال حق، والاستعمال المشروع الذي لا يسأل صاحبه عما ينشأ عنه من أضرار هو الاستعمال الذي لا يكون تعسفياً، أو يكون استعمالاً غير مشروع أصلاً، بأن لم يكن تعدياً أو مجاوزة حق، وإنما العيب في الباعث عليه، أو نية الإضرار، أو الانحراف عن المصلحة التي شرع من أجلها الحق، أو الخروج عن غايته، أو للنتائج الواقعة أو المتوقعة التي يفضي إليها ذلك الاستعمال.

وفرق بين الخروج عن غاية الحق، وبين الخروج عن حدوده الموضوعية، أو عن مضمونه وسلطانه، فافتراقاً طبيعة، وإذا افتراقاً طبيعة، لزم أن يفترقا حكماً وجزاءً على ما سيأتي بيانه في مقامه.

فكان تقرير المبدأ العام<sup>(١)</sup> الذي يقضي بانتفاء المسؤولية عن الاستعمال المشروع للحق، ووجوبها على الاستعمال غير المشروع، موقفاً في الإشكال كما رأيت، لذا تحاشاه القانون الجزائري، فكان دقيقاً.

ب - ليس ثمة من حاجة - في نظر المشرع الجزائري - إلى تقرير مبدأ عام معروف بالبدهاة، أو يمكن أن يعرف عن طريق المقابلة للحالات التعسفية، أي بالمفهوم المخالف، أو عن طريق العمل بأصل الإباحة فيما عدا حالات التعسف، المنصوص عليها في القانون، لأن ما عداها<sup>(٢)</sup> حالات للاستعمال جائزة ومشروعة لا توجب

(١) من التقنيات التي نصت على المبدأ العام الذي يقضي بانتفاء المسؤولية عن الأضرار التي تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق.

١ - القانون المدني المصري: المادة/٤، القانون المدني السوري: المادة/٥، والليبي: المادة/٦.

ومن التقنيات التي لم تنص على ذلك المبدأ، بل تناولت النص على الحالات التي يكون فيها الفعل تعسفياً:

القانون المدني الأردني: المادة/٦٦ ف١ و٢، والقانون المدني العراقي: المادة/٧ ف١ و٢.

(٢) حالات التعسف ليست محصورة في الثلاث المنصوص عليها، بل يلحق بها أيضاً حالة الضرر غير =

مسؤولية عن الأضرار الناشئة عنها، وعملاً بأصل الإباحة، لأن ما لا ينص على منعه وتحريمه فهو جائز ضرورة.

المشروع الجزائري اعتبر «الضرر الفاحش» أو «الضرر غير المألوف» في التزامات الجوار، أو العلاقات الجوية بوجه خاص، صورة متميزة من صور التعسف، وليس صورة من الخطأ المعبر عنه بالمجاوزة أو الإفراط أو الغلو.

المجاوزة - كما علمت - خروج عن مضمون الحق، وحدوده الموضوعية، أو سلطاته، وهو مثار المسؤولية التقصيرية. وأما الإفراط أو الغلو، فقد حُجِلَ الأول على المجاوزة في الفقه الفرنسي. وأما الغلو<sup>(١)</sup> فهو تعبير يكتنفه الغموض والخفاء، ولذا وقع الاختلاف الشديد في تحديد المراد منه.

فبعض الشراح حمله على معنى المجاوزة، فاعتبره خطأ لا تعسفاً، بينما ذهب آخرون إلى أنه «تعسف» لأن استعمال الحق في الملك - في الأصل - مشروع، وإنما يصبح تعسفاً بالنظر إلى النتيجة، أو الضرر الفاحش الذي تسبب عن هذا الاستعمال، لا بالنظر إلى أصل الفعل، وهذا هو التعسف بعينه.

أما القانون الجزائري فقد اعتبره «تعسفاً» بالنص على ذلك صراحة في المادة ٦٩١: يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حدّ يضر الجار، فقطع بذلك دابر الخلاف في تكييف هذا الاستعمال.

أو بعبارة أخرى: بهذا النص الصريح انحسم أصل النزاع الذي دار بين الشراح في هذه المسألة.

= المألوف اللاحق بالجار: «الضرر الفاحش» لأنه صورة من صور التعسف الناشئ عن استعمال حق الملك، ولكن على قدر معين من الجسامه، على ما نصت عليه المادة (٦٩١) من القانون المدني الجزائري.

(١) وقد ورد لفظ «الغلو» في القانون المدني المصري في المادة ٨٠٧: «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه..» وكذلك القانون السوري مطابق، ولكن حصل النزاع في تحديد مفهوم الغلو، فكان لفظاً خفياً أصولياً.

فقد ذهب الدكتور السنهوري إلى اعتبار الضرر غير المألوف اللاحق بالجار من قبيل المجاوزة والإفراط، متأسياً في ذلك ببعض الآراء في الفقه الفرنسي.

وذهب غيره إلى أن معيار «الضرر الفاحش» أو «غير المألوف» صورة من صور التعسف في استعمال الحق، باعتبارها حالة متميزة عن الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة ٤١.

ونحن نرى أنه كان ينبغي أن تدرج هذه الحالة في المادة ٤١ كمعيار خاص من معايير نظرية التعسف يتعلق بعلاقات الجوار، وهو وإن كان خاصاً بعلاقات الجوار، غير أنه - في واقع الأمر - ضابط عام يشمل سائر الوقائع التي يتحقق فيها هذا الضابط للتعسف، حتى لا تكون معايير التعسف على شتات، وقد حاول المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري هذه المحاولة، ولكن القانون عدل عنها، لغير سبب وجيه<sup>(١)</sup>.

(١) وقع بين الفقهاء الفرنسيين خلاف شديد حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، ذلك لأن هذه المسؤولية ليس لها من سند تشريعي في القانون الفرنسي، وإنما هي من عمل القضاة والفقهاء. «الوسيط» للسنهوري: (٦٨٦/٨) حق الملكية.

فذهب بعضهم إلى أن الأساس القانوني لهذه المسؤولية هو التزام فرضه القانون على الجار بألا يضر بجاره ضرراً غير مألوف، ولكن هذا الرأي ضعيف، لأن القانون الفرنسي لم ينص على مثل هذا الالتزام.

وذهب بعضهم إلى أن أساس المسؤولية هو التعسف في استعمال الحق، ولكن توجه النقد إلى هذا الرأي بأن صور التعسف أو حالاته قد وردت في المادة المتعلقة بالتعسف على سبيل الحصر، وليس منها الأضرار الجوارية غير المألوفة.

وهذا النقد لا يتجه على المشرع الجزائري لأنه نص على أساس المسؤولية صراحة في المادة ٦٩١ كما رأيت، وهو التعسف.

على أنه لا يتجه أيضاً على التقنينات التي وصفت هذا المعيار بالغلو، لأن حالات التعسف الثلاث الواردة في المادة المتعلقة بنظرية التعسف، ليست واردة على سبيل الحصر، بل على سبيل الاسترشاد، بدليل أن المشرع المصري قد أفصح عن قصده هذا في المذكرة الإيضاحية.

وبعضهم ذهب إلى أن أساسها نظرية تحمل التبعة. المرجع السابق.

هذا، والقانون العراقي قد نص على الأضرار الفاحشة بالجوار في المادة (١٠٥١). وباعتبار أن هذا القانون مستمد من الشريعة الإسلامية، فإن هذا المعيار يعتبر صورة من التعسف على الأرجح، لأن الشريعة الإسلامية تعتبره تعسفاً.

استبعاد بعض التقنيّات العربية وصف «التعسف» لإبهامه، وسعة مدلوله، واستعمالها لفظ «غير مشروع» بديلاً عنه، لا يغير من حقيقة «التعسف» شيئاً، ولا من طبيعته التي تختلف عن طبيعة الخطأ، إذ العبرة بالمسميات والحقائق، لا باختلاف الأسماء.

ليست العبرة بظواهر الألفاظ، بل بالحقائق والمفاهيم، ولعل الذين خلطوا بين «التعسف» و«الخطأ»، وحاولوا تكييف «التعسف» بأنه صورة من «الخطأ» قد تأثروا - فيما نرى - بأمرين:

أولهما: إichاء ظاهر اللفظ: «غير مشروع»، وكان من المفروض ألا يخدعوا بظاهر اللفظ عن حقيقة المعنى المراد منه، ولا سيما أن المشرع المصري قد أفصح عن قصده في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، بالتمييز بين «التعسف» و«العمل غير المشروع» - والقانون المدني المصري هو مصدر القانون المدني الجزائري - بقولها: بيد أن المشرع قد أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق، مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيديّة، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق فكرة العمل غير المشروع.

وعلى هذا فقد بيّن المشرع مراده من التعسف، وإن حقيقته ليست هي عين حقيقة الفعل غير المشروع لذاته<sup>(١)</sup>.

ثم أكدت المذكرة الإيضاحية انبساط ظل هذه النظرية وأحكامها على كافة أنواع الحقوق، مبيّنة سبب استناد القضاء المصري والفرنسي في اجتهادهما لدرء التعسف إلى قواعد المسؤولية التقصيرية قبل صدور القانون المدني الجديد، وهو خلو القانون القديم من نصوص تقرر نظرية التعسف، حتى لا يكون العمل القضائي، أو اجتهاده حجة على تحديد «طبيعة التعسف»، لأن لجوء القضاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في الوقائع التي تشتمل على أفعال تعسفية في ظل القانون القديم، إنما كان للضرورة،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، الباب التمهيدي ص ٣١ - ٣٥.

ولعل هذا هو المسوغ للقضاء الفرنسي أيضاً إذ كان القانون الفرنسي - ولا يزال حتى يومنا هذا - خالياً من النصوص التي تقرر نظرية التعسف، وهذا نقص كبير في التشريع. ثم تشير المذكرة الإيضاحية إلى المصدر الذي استقيت منه أحكام هذه النظرية وضوابطها، وهو الشريعة الإسلامية التي أحكمت صياغتها بدقة، حيث تقول:

«وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعاً، بل وعلى نواحي القانون قاطبة<sup>(١)</sup>، وهذه خاصية نظرية التعسف لا المسؤولية التقصيرية، لعدم كفاية هذه الأخيرة لمثل هذا الشمول.

ثم أشارت إلى المصدر الأصلي لهذه النظرية، وهي الشريعة الإسلامية، مما يستلزم بالتالي أن تكون هذه الشريعة هي المصدر التفسيري الذي يجب أن يحال عليه كل ما غمض من أحكام هذه النظرية، أو تحديد مفاهيمها من الناحية النظرية والتطبيقية معاً، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية بقولها:

«وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار «الشريعة الإسلامية» لنظرية التعسف في استعمال الحق، بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع - إن لم تفق في دقتها وأحكامها - أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب<sup>(٢)</sup>.

ومن عجب أن نرى بعد هذا الوضوح والإفصاح عن قصد المشرع من اعتبار «التعسف» ذا طبيعة خاصة - كما هو في الواقع - وضوابط وجزاء خاصة أيضاً، وما تتسم به من خاصية الشمول، بحيث تنبسط على كافة نواحي القانون، وأنها ليست مجرد تطبيق للفعل غير المشروع لذاته، وأن القضاء إنما لجأ إلى الاستناد إلى قواعد الخطأ التقصيري بسبب قصور النصوص يومئذ، وخلو القانون القديم من نص خاص

(١) المرجع السابق: وانظر أيضاً «الوسيط» للدكتور السهوري: (١/٩٥٣) الهامش.

(٢) المرجع السابق.

يقرر نظرية التعسف، أقول: من عجب أن نرى بعد هذا بعضاً من أساطين القانون - كالدكتور السنهوري - يتغاضى عن كل ذلك، ليقرر أن التعسف ليس إلا صورة من الخطأ التقصيري، مقفياً على آثار بعض الفقهاء الفرنسيين الذين اضطروا إلى القول بذلك، بسبب قصور التشريع لديهم وخلوه من نص يقرر التعسف<sup>(١)</sup> حتى اليوم كما أشرنا.

ب - أما السبب الثاني للخلط بين طبيعة التعسف والخطأ التقصيري، فهو التأثير بالفقه والقضاء الفرنسيين تأثيراً غير مستبصر.

محاولات فريق من الفقهاء الفرنسيين، ممن أدرك الطبيعة الخاصة للتعسف، نادى بضرورة الخروج بالتعسف عن المسؤولية التقصيرية، لعدم كفاية «الخطأ» لإدانة التعسف.

من هؤلاء الفقيه الفرنسي «دوما» في العصور الوسطى، فقد ذهب إلى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير، أو انتفت لديه مصلحة في استعماله<sup>(٢)</sup>.

على أن ثمة محاولات جادة من الفقه الفرنسي اتجهت إلى تقرير نظرية التعسف مستقلة، لما لها من العموم الذي يجعلها شاملة بأحكامها للنظم القانونية قاطبة، ذهاباً من هذا الفقه إلى أن إدراج هذه النظرية في نطاق المسؤولية التقصيرية أمر مصطنع لاختلاف كل منهما طبيعة ومفهوماً ودوراً، إذ نظرية التعسف ينبغي أن تقرر على أنها «مبدأ عام» يجد مصدره في المبادئ القانونية، وبذلك يتسع مجاله عن مجال المسؤولية التقصيرية على ما سنين ذلك بالتفصيل.

هذه المحاولات كانت في مطلع هذا القرن العشرين، من أعمال اللجنة الأولى لمراجعة القانون المدني الفرنسي ١٩٠٥، وكذلك أعمال اللجنة التي تألفت لمراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي بجلساتها المنعقدة سنة ١٩٥٠ - ١٩٥١.

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

ويشير تقرير هذه اللجنة الأخيرة إلى اقتراح نص عام في الباب التمهيدي يقرر نظرية التعسف، وعللت ذلك بقولها: «لأن القانون المدني الحالي لم يتضمن أي قاعدة عامة حول التعسف في استعمال الحقوق، وبصفة عامة... وأن هذه النظرية ليس من المؤكد انتماؤها إلى المسؤولية المدنية أو الخطأ»<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد دارت مناقشات من قبل أعضاء هذه اللجنة حول صلة التعسف بالخطأ، ومدى إمكان الاستناد إلى الخطأ في تحريم التعسف ومنعه، وأشار بعضهم إلى أنه من الممكن أن يوجد تعسف دون خطأ، ومثال ذلك: من يقيم مصنعاً يحتاج إلى مداخن مختلفة في حي سكني، بعد حصوله على ترخيص من جهة الإدارة، ودون أن يرتكب أي إهمال، أو عدم تبصر، فإنه يعتبر متعسفاً وإن لم يكن مخطئاً<sup>(٢)</sup>.

ولعلمهم نظروا إلى مجرد النتائج المترتبة على إقامة هذا المصنع التي تتمثل فيها سُحْب الدخان الكثيفة المؤذية للحَي، دون التفات إلى العناصر النفسية أو البواعث المستكَنَّة، أو حتى قصد الإضرار- بل كان تعويلهم على النتائج المادية في حد ذاتها، واقعة كانت أم متوقَّعة، وهذا ضابط مادي بحث لا علاقة له بالخطأ.

محور هذه المحاولات هو البحث عن «طبيعة التعسف وأساسه» لعدم وجود نص صريح في القانون المدني الفرنسي يقرره، ولم يكن لديهم إلا نص المادتين: ١٣٨٢ و١٣٨٣، الخاصتين بالمسؤولية التقصيرية، فاستندوا إليهما لإدانة التعسف ومنعه في الوقائع المعروضة عليهم، وبرروا استنادهم إليها بعدم وجود نص يقرر التعسف، مع اعترافهم بطبيعته الخاصة، وبأن «الخطأ التقصيري» يقصُر عن استيعاب جميع حالات التعسف<sup>(٣)</sup>.

ويوجّه الفقهاء المعاصرون العرب، ممن يحاولون إدراج «التعسف» في نطاق المسؤولية التقصيرية، بأن محاولاتهم هذه لا ضرورة لها، بعد إفراد التعسف بنظرية

(١) «التعسف في استعمال الحق» للدكتور محمد شوقي السيد، ص ٩٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

عامة في التقنيات العربية، وبنصوص عامة، بل وليس ثمة حاجة تدعو إلى مثل هذا «الاصطناع» بعد تبين أن فكرة الخطأ التقصيري تقصر عن أن تتسع لاستيعاب جميع حالات التعسف، وفي الوقت الذي ينادي الفقه الفرنسي نفسه في محاولاته المعاصرة إلى ضرورة الاقتداء بقوانين البلاد العربية، فيما يتعلق باستقلال نظرية التعسف، بالنظر لطبيعتها الخاصة.

القانون المدني الجزائري إذ نص على «التعسف» صراحة في المادة ٤١ منه، وفي المادة ٦٩١، قد أفرد للتعسف نظرية عامة مستقلة، بالنظر لطبيعته، ولم يجعله مجرد تطبيق للعمل غير المشروع، فلم يعد ثمة مجال للنزاع حول ذلك.

استفاد المشرع الجزائري مما وقع فيه الفقهاء من نزاع حول «طبيعة التعسف»، فتلافي أسبابه - كما ذكرنا - بالنص صراحة في التعسف، ليقطع بذلك دابر التأويلات أو الاحتمالات التي لجأ إليها الفقهاء في تبرير وجهات نظرهم حول هذه المسألة. هذا ويبقى النظر الآن في تحديد «طبيعة التعسف» في القانون المدني الجزائري.

من المعلوم أن هذا القانون مصدره القانون المدني المصري، وأن هذا الأخير قد استقى أحكام التعسف، ومعياره العام، وضوابطه المتفرعة عنه من التشريع الإسلامي وفقهه الذي أحكم صياغة هذه النظرية بدقة لم ترق إليها أحدث التشريعات المعاصرة، بل فاقتها باعترافها هي، وعلى هذا وجب الرجوع إلى الأصل، أي إلى التشريع الإسلامي؛ لنبيّن طبيعة التعسف فيه، وتحديدتها، لأن هذا التشريع هو المصدر التشريعي الأصيل، وهو المصدر التفسيري أيضاً للتقنين المدني المصري والجزائري على السواء كما أشرنا.

وتوضيحاً للفرق بين طبيعة التعسف وطبيعة الخطأ نضرب لذلك المثال الآتي:

قلنا: إن المقصود بالتعسف - كما أسلفنا - أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق ثابت له - بعوض أو بغير عوض - على وجه يلحق الأضرار بغيره، بقصد أو بغير قصد، أو يخالف عن المصلحة التي شرع من أجلها الحق على الرغم من أنه يتصرف ضمن حدود الحق وسلطانه، غير متجاوز لها، أو أن يؤدي تصرفه تلقائياً إلى نتائج وأضرار راجحة.

إذن ثمة فرق بين التصرف الضار ضمن حدود الحق الموضوعية، وبين مجاوزة هذه الحدود، فالأول تعسف، والثاني اعتداء ومجاوزة وفعل غير مشروع أيضاً.

فلو أن شخصاً أقام بناء على أرض غيره، أو زرع أرض غيره بدون إذن المالك، اعتبر غاصباً أو متعدياً، ففعله غير مشروع أصلاً، ومحرم لذاته، لأنه لا يستند إلى حق، بل ولو كان فيه نفع لذلك الغير، لأنه تصرف في ملك الغير بدون إذن منه، ولا ولاية أو وكالة.

وعلى العكس من ذلك، أن مالك الأرض إذا بنى فيها - وضمن حدودها - بناء أو حائطاً عالياً، بحيث سدّ على جاره منافذ الضوء والهواء والشمس، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد، أو بعبارة أخرى: تعطلت المنافع المقصودة من العقار، وهو ما يسمى بالضرر الفاحش، أو غير المألوف، فهذا المالك يعتبر متعسفاً ولو لم يجاوز حدود ملكه، وأساس التعسف هو النتيجة أو الثمرة من هذا التصرف، لا ذات التصرف من حيث هو، وثمره الشيء ليست هي عين الشيء، لأنه مشروع في أصله، ولكن بالنظر لما ترتب على تصرفه هذا من نتائج ضارة بالغير ضرراً غير معتاد، كان فعلاً تعسفياً.

إذن ينظر إلى التصرف في الحق، أو إلى استعماله، من جهتين:

أ - من جهة أصل الفعل.

ب - ومن جهة ثمره الفعل أو نتيجته.

أما بالنظر إلى أصل الفعل، فهو مشروع لاستناده إلى حق.

وأما بالنظر إلى نتيجته وما يترتب عليه من ضرر، كان تعسفياً، فيمنع المتعسف من التصرف قبل وقوع الضرر، كما يمنع الاستمرار فيه بعد وقوعه إذا وقع، كيلا يستمر في إحداث أضرار متجددة، ويلزم بالتعويض عما أحدث من ضرر، عينياً أو نقدياً.

هذا وليس ثمة من تناقض بين مشروعية أصل الفعل، وعدم مشروعية النتيجة، لأن لكل منهما حكمه الخاص به، نعم يكون التناقض، لو أن المشروعية وعدمها قد انصبا على جهة واحدة، ولكن الجهتين هنا منفصلتان: جهة أصل الفعل، وجهة نتيجته،

والأول مؤثر والثاني أثر، والمؤثر غير الأثر، ولكل منهما حكمه الخاص به، فالعبرة بالنتائج العملية الواقعة أو المتوقّعة، لأن في ضوئها يحكم على استعمال الحق بأنه تعسفي أو غير تعسفي، فإذا كانت النتيجة ضارة، أو مصلحة غير مشروعة، كان استعمال الحق تعسفياً، وإلا فلا.

فالنتيجة إذن هي التي تُكَيّف استعمال الحق بالتعسف وعدمه، بقطع النظر عن أصل الفعل.

والعبرة بالنتائج، لا بأصل الفعل كما قدمنا.

ولو كانت النتيجة ضرراً تافهاً، أو قليلاً بالنسبة لما يعود على المالك من نفع، لبقى الفعل على أصل المشروعية، وانتفى التعسف، فيجب إجراء الموازنة.

إذن يختلف تكييف استعمال الحق، بالتعسف وعدمه، باختلاف النتيجة المترتبة عليه، من المضرة الزائدة اللاحقة بالغير، أو القليلة، أو انتفاء الضرر بالمالك، وحصول النفع للغير، كما سيأتي بيانه.

والخلاصة أن استعمال الحق في الأصل تصرف مشروع، لاستناده إلى حق ثابت لصاحبه، كحق الملكية مثلاً، حيث يمنح صاحبه سلطات ثلاثاً من الاستعمال والاستغلال والتصرف المادي والقانوني، ولكن مصدر التعسف أو سببه، هو ما آل إليه استعماله من الأضرار الزائدة اللاحقة بالغير، لأن العدالة تقضي ألا يكون التصرف في الحقوق مصدراً أو سبباً للإضرار بالغير ضرراً راجحاً، إذ الحقوق لم تشرع - في الأصل - لمثل هذه المآلات أو النتائج الممنوعة، ولو أجزنا الاستعمال على الرغم من هذا المآل، لعاد ذلك على أصل تشريع الحق بالنقض، وهذا لا يقع في تشريع الله ورسوله.

ومثال آخر من القانون المدني الجزائري، فقد نصت المادة ٧٠٨ ف٢ على أن ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً، دون عذر قانوني، إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط، ومعنى «بدون عذر قانوني»، أي بدون مصلحة معتبرة مشروعة.

فالجار الذي يملك الحائط الفاصل بينه وبين جاره ملكية خالصة، لا يشركه فيها

جاره، هو الذي يقتصر عليه حق التصرف في الحائط، تصرفاً مادياً أو قانونياً، لأنه هو المالك وحده، فتصرفه فيه مشروع في الأصل، لأنه يستند إلى حق ملكيته لهذا الحائط الفاصل، ومع ذلك، فإن هذا المالك يعتبر متعسفاً في استعماله لحقه في هذا الحائط، إذا هدمه دون عذر قانوني، شريطة أن يترتب على هذا التصرف ضرر زائد يلحق جاره الذي يستتر ملكه بهذا الحائط<sup>(١)</sup>.

وقد بينت المادة الشروط الثلاثة التي يجب توافرها، ليمنع المالك من التصرف في الحائط:

الأول: أن يكون ملك الجار مستتراً بالحائط، وذلك بأن يكون ملك الجار مسوراً من جهات ثلاث<sup>(٢)</sup>، وأن يكون الحائط حده الرابع.

الثاني: ألا يكون للمالك مصلحة مشروعة في هذا الهدم، لأن انتفاء المصلحة، أو ضآلتها بالمقارنة بالضرر الزائد اللاحق بالجار، قرينة على قصد الإضرار، وهذا ضرب من التعسف، إذ من العدل ألا تتخذ الحقوق وسائل للإضرار أو للعبث دون قصد إلى تحقيق مصلحة جديدة مشروعة.

الثالث: أن يكون من شأن هذا الهدم أن يضر بالجار ضرراً كبيراً.

فالمشروع - كما ترى - قد اعتمد الموازنة بين المصلحة المشروعة التي يقصد المالك للحائط تحقيقها من وراء هدمه له، وبين الضرر الزائد بالجار الذي من شأن ذلك الهدم أن يفضي إليه، حتى إذا كانت المصلحة ضئيلة، كان التعسف، لاختلال التوازن، وأما العكس، بأن كان الضرر بالجار قليلاً أو ضئيلاً بالنسبة للمصلحة المشروعة التي يتوخى مالك الحائط تحقيقها من وراء الهدم، فلا يكون هذا الفعل تعسفياً، لأنه عذر قانوني، أو قوي، من ذلك مثلاً إذا أراد مالك الحائط هدمه، لأنه

(١) انظر المادة ٨١٨ مدني ف٢ مدني مصري.

(٢) «الحقوق العينية الأصلية» ص ٩٥ للدكتور عبد المنعم البدر اوي، «الوسيط» ج ٢، «حق الملكية» فقرة ص ٦١٢ للدكتور السهوري، «الحقوق العينية الأصلية»: ج ١ في الملكية، فقرة ٢٤٨ محمد علي عرفة.

أيل للسقوط، أو لأنه يريد أن يبني منشآت للاستغلال، كان ذلك عذراً قوياً، ومصالحة جدية مشروعة، وهذا هو العذر القانوني، ومن ثم فلا يكون متعسفاً في هدمه للحائط، لأنه يقصد مصلحة جدية ومشروعة، فلا يمنع، كما أشرنا.

فتصرف مالك الحائط الذي يملكه ملكية خالصة، مشروع في الأصل، لأنه يتصرف في خالص حقه، وغير متجاوز حدود ملكه إلى ملك غيره، ولكنه - مع ذلك - يعتبر متعسفاً، ويمنع بالتالي منه، إذا كان من شأن تصرفه فيه على نحو معين، أو في ظروف معينة أن يؤدي إلى ضرر يلحق بالجار على النحو الذي رأينا، دون أن يكون له مصلحة جدية في هذا الهدم.

فالتعسف - كما ترى - غير المتجاوز لحدود الحق الموضوعية.

إذن طبيعة التعسف أنه - في الأصل - فعل مشروع؛ لأنه في حدود مضمون الحق وسلطانه، ولكن منشأ التعسف أمران: إما قصد الإضرار بالغير، أو نتيجة وثمرة الفعل في حد ذاتها لا أصله.

أما التجاوز والاعتداء، فهو تصرف خارج عن حدود الحق، وهو فعل غير مشروع في أصله؛ لأنه لا يستند إلى حق أصلاً، فظهر الفرق.

مثال ثالث: أن من أوصى في تركته لشخص بما يزيد عن ثلثها يعتبر متجاوزاً لحدود حقه، إذ لا يجوز شرعاً أن تزيد وصيته عن الثلث، إلا إذا أجاز الورثة هذه الزيادة، فهذا تجاوز في الزائد عن حد الثلث، لا تعسف، فكان اعتداء على حق الغير. أو بعبارة أخرى: إن الوصية بما يزيد عن الثلث مجاوزة لحدود الحق، لا تعسف، فتصح في الثلث، ويبطل فيما يزيد عنه، إلا أن يجيزها الورثة، إسقاطاً لحقهم في الزيادة.

أما إذا أوصى في حدود الثلث، فلا يعتبر متجاوزاً حدود حقه، ولكنه - مع ذلك - يعتبر متعسفاً إذا قصد بهذه الوصية مجرد الإضرار بالورثة، إنقاصاً لأنصبتهم وحقوقهم في التركة، لا تقرباً إلى الله تعالى، فتبطل الوصية بنية الإضرار هذه، ولو كانت الوصية في أصلها مشروعة، لأنها لم تشرع وسيلة للإضرار، بل للتقرب إلى الله تعالى، فناقض قصد المكلف قصد المشرع في التشريع، فالمناقضة هي علة التعسف.

فمنشأ التعسف هنا هو قصد الإضرار، لا أصل الفعل الذي هو الإيذاء، لأنه مشروع، حتى إذا تغير هذا القصد، وقصد بالوصية التقرب إلى الله تعالى، فقد اتفق قصد الموصي حينئذٍ مع قصد المشرع في التشريع، وانتهى بالتالي عن الفعل وصف التعسف؛ لانتفاء قصد الإضرار، وعاد الفعل مشروعاً، وجازت الوصية ونفذت، إذا قَبِلها الموصى له بعد وفاة الموصي، كما هو معلوم، لأن الوصية حينئذٍ قد صحت أصلاً وقصداً<sup>(١)</sup>، أو ظاهراً وباطناً.

هذا، وتطلق كلمة «الباطن» على النية والقصد والباعث النفسي.

أما إذا كان التصرف صحيحاً شكلاً وظاهراً، بأن كان مستوفياً أركانه وشرائطه، ولكنه معيب في الباعث عليه، أو في القصد السيئ الذي استكنَّ في نفس المتصرف، ودلت القرائن الخارجية عليه، فقد بطل التصرف لنية الإضرار، لأنه وإن كان مشروعاً ظاهراً، ولكنه مُتَعَسِّفٌ فيه باطناً، أي من حيث الظاهر أو الشكل مشروع، لأن قصد الإضرار ينافي المصلحة التي من أجلها قصد الشارع تحقيقها من وضع المشروعات والتصرفات، والمصلحة عنصر غائي يتصل بثمرة الفعل، فكان قصد المتصرف للإضرار مناقضاً لقصد المشرع، والمناقضة خروج على المصلحة المشروعة، أو هدم لها، لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، فالمناقضة هي علة التعسف، فالعبرة في صحة التصرف، ليس هو مجرد شكله الظاهر، بل روح التصرف نفسه، وهو الباعث أو القصد، وهذا هو المعيار الأول الذي نص عليه القانون الجزائري، وهو معيار ذاتي أو شخصي، لأنه متعلق بالنية والقصد، نص عليه في المادة (٤١ ف ١) حيث يقول:

«يعتبر استعمال حق تعسفياً في الأحوال التالية:

١ - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير:

فنظرية التعسف في هذا الضابط تعقد الصلة وتوثقها بين التصرفات أو المعاملات

(١) يطلق الإمام الشاطبي على النية والقصد والباعث النفسي لفظ «الباطن».

وبين الأخلاق، إذ لا انفصال بينهما، وهذا مما يمتاز به التشريع الإسلامي، إذ يجعل الأخلاق دعامة أساسية في التشريع الملزم، لأن سوء النية، أو طهارتها، أمر خلقي في الأصل.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي مؤكداً هذا الضابط<sup>(١)</sup> في نظرية التعسف، وهو العنصر النفسي أو الباطن، مايلي:

«ولما ثبت أن الأحكام - وهي مناشئ الحقوق والحريات - شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك<sup>(٢)</sup>؛ لأنها - أي المصالح - مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة مخالفة<sup>(٣)</sup>، فالفعل غير صحيح<sup>(٤)</sup>، وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية<sup>(٥)</sup> غير مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها<sup>(٦)</sup>،

(١) وأصل هذا الضابط في الشريعة الإسلامية قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» [أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب] بمعنى: أن الأعمال معتبرة صحة وفساداً بالنيات، وقد استخلص الفقهاء قاعدة فقهية عامة في هذا المعنى مؤداها أن «الأمر بمقاصدها» أي أن التصرفات الفعلية أو القولية معتبرة من حيث الصحة والبطان بحسب القصد منها، فالقصد إذن هو روح التصرف، مصححه ومبطله، فالقصد معتبرة في التصرفات والعقود، في المعاملات والعبادات. وأيضاً، الضرر ممنوع في الإسلام إيقاعاً أو وقوعاً، فيجب الحيلولة دون وقوعه، أو رفعه بعد الوقوع إن أمكن؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن].

(٢) بمعنى أنها مفسرة بالمصالح التي شرعت من أجلها التصرفات، أو معللة بها، فالمصالح هي أساس الأحكام والحقوق، إذن كل تصرف في حق، لم يشرع لذاته، بل من أجل تحقيق مصلحة معينة قصد الشارع أن يحققها المكلف إبان استعماله لحقه، فإذا كان قصد المتصرف نية الإضرار، فقد اتجه قصده إلى الضرر لا إلى المصالح، والحقوق لم تشرع للمفاسد والإضرار، فكان قصد المتصرف في حقه مخالفاً لقصد المشرع في التشريع، ومناقضاً للمصلحة التي شرع الحق من أجلها، وهذا ضرب من التعسف.

(٣) أما أن المصالح مخالفة فذلك حين يقصد المتصرف إلحاق الضرر بالغير، أو تحقيق أي مصلحة أخرى غير مشروعة، أو كان من شأن استعماله الحق أن يؤدي إلى نتائج هي مضار ومفاسد في حد ذاتها.

(٤) الفعل غير صحيح أي تعسفي.

(٥) الأعمال الشرعية تشمل التصرفات في الحقوق والحريات، كما تشمل العبادات سواء بسواء.

(٦) يقصد بالمعاني «المصالح» التي شرعت لأجلها تلك الحقوق، فالحقوق والحريات مجرد وسائل.

وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات<sup>(١)</sup>.

وخلاصة ما يقول الإمام الشاطبي: أن الحقوق والحريات الناشئة عن الأحكام، لم تشرع لذاتها، بل شرعت لمصالح وغايات معينة، فكانت الحقوق إذن مجرد وسائل قد قصد الشارع من المتصرف اتخاذها لتحقيق تلك المصالح التي شرعت من أجلها، فالحقوق وسائل غايتها المصالح، ومن هنا كان من المفروض أن يتصرف صاحب الحق على وجه يحقق المصلحة التي وضعها الشارع غاية للحق، فالحق غائي، وليس مقصوداً لذاته، فإذا تصرف ذو الحق على وجه يقصد تحقيق المصلحة التي رسمها له الشارع، كان موافقاً للشارع من حيث الظاهر والباطن على السواء، أي من حيث ظاهر التصرف، ومن حيث القصد إلى تحقيق المصلحة المشروعة أيضاً.

أما إذا كان ظاهر التصرف موافقاً، وباطنه - وهو القصد - مخالفاً، بأن قصد الإضرار بالغير، فالتصرف غير صحيح، أي متعسف فيه، لأنه أهدر المصلحة المشروعة، وهي الغاية المقصودة شرعاً من تشريع الحق، ليحقق غاية أخرى غير مشروعة، وإذا سقطت الغاية، سقطت الوسيلة من باب أولى، فالوسائل تسقط بسقوط مقاصدها، إذ الوسيلة لم تشرع لذاتها، بل للمقصود منها، ولا عبرة بالوسيلة إذا لم تؤدَّ إلى مقصودها، لأن المقصد أو الغاية أهم من الوسيلة في نظر الشارع، وهذا هو جوهر التعسف في هذا الضابط.

❖ لا يجوز قطع الحق عن غايته أو عن المصلحة التي شرع من أجلها:

ويؤخذ من هذا أنه لا يجوز قطع الحق عن غايته المشروعة، أو عن المصلحة التي شرع من أجلها، بل الحق وغايته مقترنان، تصوراً وواقعاً، نظراً وعملاً، فإذا تخلفت الغاية ولم تتحقق، كان التعسف، وأساس المسؤولية في التعسف إذن، هو الخروج على «المصلحة»، لا عن حدود الحق، أو هو تحقيق أمر آخر غير مشروع، كالإضرار، لا الخروج عن حدود الحق الموضوعية الذي تحكمه المسؤولية التقصيرية.

(١) «الموافقات»: (٢/٣٨٥).

فطبيعة التعسف - في هذا الضابط - إذن، فعل مشروع يقصد به تحقيق غاية أو مصلحة غير مشروعة، فارتباط التعسف بغاية الفعل لا بالفعل ذاته، ظاهراً، بخلاف الفعل التقصيري.

وفرق بين الخروج على الغاية أو المصلحة، وبين الخروج عن حدود الحق الموضوعية. هذا وسيأتي أن ثمة نوعاً آخر من التعسف هو أن يؤدي التصرف المشروع في الأصل إلى مآل أو نتيجة غير مشروعة تلقائياً، ولو لم يقصد المتصرف إحداث تلك النتيجة، بل ولو كان قصده حسناً.

فطبيعة التعسف إذن قوامها فعل مشروع في الأصل، لأنه استعمال الحق، وتحدد هذه الطبيعة بالنظر إلى أمرين:

أ - النية أو الباعث النفسي إبان التصرف في الحق.

ب - المآل أو النتائج التي يفضي إليها التصرف في الحق.

ولكن المعوّل عليه في الضابط الثاني «النتائج» من حيث هي، بحيث إذا كانت مفسدة أو أضراراً، لا ينظر إلى القصد حينئذ، بل يمنع التصرف ولو كان القصد حسناً، ولاسيما إذا كان التصرف الفردي في الحق يؤدي إلى ضرر عام، فيمنع ولو كان الباعث حسناً، والنية طيبة، مما يدل على أن مفهوم الحق الشخصي ليس فردياً خالصاً يطلق لصاحبه حرية التصرف كيف شاء، بل هو ذو مفهوم اجتماعي وإنساني، يراعي حق المجتمع، ولا يضر بمصلحته، وهذا المفهوم لا يتفق مع إطلاق التصرف في الحق أو الحرية، بل يقيد ويوجهه بحيث يكون على كيفية لا تؤدي إلى الضرر الزائد اللاحق بالغير، فرداً كان ذلك الغير أو المجتمع.

وتعليل ذلك، أن ليس من العدل أن يكون التصرف في الحق الفردي مجلبة لأضرار فادحة، أو عامة، إذ شرعت الحقوق أصلاً لتكون أسباباً لجلب النفع، أو دفع الضرر، حتى إذا كانت نتائج التصرف في الحقوق أو الحريات عكسية، بأن كانت أضراراً تربو على المصالح، وتزيد عليها، في ظروف معينة، كان التناقض حينئذ بين هذه النتائج الواقعة أو المتوقعة، وبين المقصود الأصلي من أصل تشريع الحقوق والحريات، وهو جلب النفع الزائد، ودفع الضرر المساوي أو الزائد، لا العكس.

والتناقض في التشريع الإسلامي ممنوع حدوثه وإحداثه، بل يجب رفعه بالتنسيق إن أمكن، أو تقديم الأهم، حسب الأحوال.

صلة نظرية التعسف بمفهوم الحق، والغاية منه، وليس لها صلة بالفعل غير المشروع أو بالخطأ أصلاً، خلافاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين.

تبين لنا أن نظرية التعسف ذات صلة وثقى بمفهوم الحق نفسه، وطبيعته وغايته، وهي لازمة لنظرية الحق نفسها، وتقيّد التصرف فيه بالنظر إلى نتائج التصرف في الحق، وتُراقبها، وتُقَدِّرها، لترى مدى موافقتها أو مخالفتها للغاية التي شرع الحق من أجلها في هذا التشريع، فإن وافقتها بقي الفعل على أصل المشروعية، وإن خالفتها كان التعسف والمسؤولية عنه.

هذا فضلاً عما تقوم به من دور وقائي لا تنهض به نظرية المسؤولية التقصيرية على ما سنوضحه في مقامه.

❖ وحدة الوصف أو الجزاء لكل من التعسف والمجاوزة في بعض الصور لا ينفي اختلاف طبيعة كل منهما في الفقه الإسلامي، مفهوماً، ودوراً، ومجالاً.

صحيح أن كلاً من مجاوزة حدود الحق، والتعسف في استعماله، أمر محظور شرعاً، ويوصف بعدم المشروعية، وتترتب عليه المسؤولية، والجزاء المتمثل، من التعويض العيني أو النقدي، في بعض الصور، ولكن وحدة هذا الوصف أو الجزاء لا تؤذن بوحدة حقيقة كل منهما.

فالتعسف - كما أسلفنا - يعتمد في الأصل وجود الحق، وهذا يستلزم مشروعية استعماله، لأن من المعلوم بدهاء أن الحق يخول صاحبه سلطات ثلاثاً، من الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذه كلها - في الأصل - مشروعية، لاستنادها إلى حق، أو لأنها ثمرة وآثار له، ولأن ما تفرع عن المشروع مشروع في الأصل بالضرورة، ولأننا رأينا أيضاً - مما ضربنا من الأمثلة، وتحليلها - أن الاستعمال التعسفي معيب إما في الباعث عليه، أو القصد منه، وإما فيما يلزم عنه من نتيجة أو مآل تتمثل فيه أضرار زائدة، أو مصلحة غير مشروعية، حتى إذا تجرد هذا الاستعمال عن الباعث غير

المشروع، أو عن قصد الإضرار بالغير، أو لم تترتب عليه النتيجة غير المشروعة، بقي الفعل على وصفه الأصلي من المشروعية، لأنه - في الأصل - استعمال لحق، بخلاف الفعل في المجاوزة، فليس كذلك، لأن مجاوزة الحق في ذاتها وطبيعتها اعتداء منذ البداية، وهذا غير مشروع لذاته، لا بالنظر إلى القصد، ولا بالنظر إلى النتيجة، لعدم استناده إلى حق أصلاً، فهو محظور على كل حال؛ فظهر الفرق بينهما طبيعة وحقيقة، ولا تقوى وحدة الوصف الشرعي بعدم المشروعية على القضاء على هذا الفرق.

### ❖ الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق باعتباره جِزَاءً يحول دون وقوع أثر التصرف غير المشروع، سداً للذريعة

نظرية التعسف - وقوامها فعل مشروع في الأصل، لأنه استعمال لحق - قد كانت ثمرة للنزعة الاجتماعية في التشريع الإسلامي، وصدى للأصول الأخلاقية فيه، حيث أقامت التوازن بين المصالح الفردية المتضاربة بعضها قبل بعض، وبين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، كيلا يجعل من المصلحة الفردية عقبة في سبيل تحقيق الصالح العام، وهي نظرية تقوم على قواعد محكمة لم يعرفها المشرع الوضعي على هذا الوجه من الشمول والانضباط إلا في هذا القرن العشرين، وعلى نحو ضيق ومبهم، ولم تأت لتمنع التجاوز أو تحرم الفعل غير المشروع لذاته، لأن هذا محرم ابتداءً وممنوع لذاته، وفي جميع الشرائع، بل جاءت لتحرم استعمال الحقوق والحريات العامة إذا أفضت إلى نتائج ومآلات من الأضرار والمفاسد، والمصالح غير المشروعة، ولتحرم اتخاذ الحقوق وسائل قصداً إلى الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصالح أخرى غير مشروعة، أي لتمنع إفضاء تلك الوسائل إلى نتائج غير شرعية، ولو تلقائياً، وبحكم الظروف الملازمة.

وبذلك مكنت طبيعة نظرية التعسف في استعمال الحق أيضاً، للنزعة الخلقية في التشريع عن طريق استعمال الحقوق، أو ممارسة الحريات العامة، إذ أبطلت التصرف إذا كان وراءه قصد الإضرار، أو باعث غير إنساني، يستهدف تحقيق مصالح غير مشروعة تحت ستار استعمال الحق، على الرغم من أنه فعل مشروع في ظاهره، بل

ربطت المشروعية وعدمها، بالعوامل النفسية أولاً - وهي ما يسميها الإمام الشاطبي «الباطن» - ولم يربط المشروعية بمجرد الصورة الظاهرية المادية للفعل فحسب كما أسلفنا.

إذن، القصد أو الباعث - وهما عنصران نفسيان - هو ما يطلق عليه الإمام الشاطبي «الباطن» كما رأيت، فأوجب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع.

هذا، والباطن أو العوامل النفسية هي روح التصرف وملاكه، ومناط مشروعية التصرف وعدمها معتبرٌ بحسب النية أو الباعث، صلاحاً وفساداً.

وعلى هذا فالتشريع الإسلامي لا يجعل من سلطات الحق - وهي ما يطلق عليها مضمون الحق - مُعْتَصِماً للفرد بحيث يورثه المشرع حصانة من المسؤولية إذا تصرف في حدودها، ولو ترتب على ذلك ضرر بالغير بالغ، أو حقق مصالح غير مشروعة من خلال استعمال الحق، بل قطع هذه الذريعة، لأن هذا يتنافى والمبادئ التشريعية التي قررها الإسلام فيما يأتي من الحالات:

١ - أن يتنافى مع غائية الحق - من كونه قد شرع مجرد وسيلة لمصلحة مشروعة، وليس قصد الإضرار أو المفاسد مما يصح في نظر الشرع أن يكون مصلحة وغاية للحق يقصد الشارع تحقيقها، وليست سلطات الحق بالتى تعصم صاحبه من المسؤولية، وإلا كان «الحق» فردياً مطلقاً، أو شرع غاية في ذاته، ولم يشرع وسيلة لغاية، وهو خلاف الشرع.

٢ - أن يتنافى مع المبادئ الخلقية المستقرة في فطرة التكوين الإنساني التي يقرّ بها العقلاء بحاستهم، كما يتنافى مع القيم من المثل العليا الإنسانية التي جعل لها الإسلام أصولاً في هذا التشريع كما ترى.

٣ - أن يتنافى «النزعة الاجتماعية»، أو مع ما تقتضيه مصلحة الغير، من الفرد والمجتمع، لأن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، لا يَسَعُهُ العيش إلا في وسط اجتماعي، فكان حقاً عليه - إزاء ضمان حياته بهذا الوسط - ألا يؤذيه ويتسبب في

الإضرار به، أيًا كان منشأ الضرر، ولو عن طريق استعماله لحقوقه وحرياته، بل يوجب على المالك - إذا لم يلحقه ضرر زائد - أن يخلى سبيل غيره للانتفاع بملكه عند الحاجة، حتى إذا منعه من الانتفاع اعتبر متعسفًا، تحقيقاً للتكافل الاجتماعي الملزم، إذ الحقوق لم تشرع في الإسلام معاقل للأناية الفردية، بل الإيثار هو المبدأ الذي يلتزم به المسلم الحق. أو بعبارة أخرى: أن يتنافى مع مقتضيات «التكافل الاجتماعي»، والتعاون على الخير المشترك الذي لا يتفق مع قيام التناقض في المصالح، إذ لا يمكن أن يستقيم أمر الحياة الإنسانية على هذا الوضع، لقوله تعالى: ﴿وَتَمَآوُؤًا عَلَىٰ آلِيهِمُ وَالْقَوَىٰ﴾ [المائدة: ٢٤]. وكان من آثار هذه النظرية تأصيل الأمور الآتية:

١ - أصّلت طبيعة نظرية التعسف في استعمال الحقّ الفردي، ولم تُلغ هذا الحق، على النحو الذي يُرى في التشريعات اليسارية، كما لم تقرر فردية الحق مفهومًا بحيث تبيح إطلاق حرية التصرف لصاحبه، وتجعل من سلطاته معتصمًا وحصانة تحميه من المسؤولية عما يُحدث الفرد - جراء استعماله لحقوقه بإطلاق - من أضرار قصداً أو مآلاً.

٢ - أصّلت أيضاً «المصلحة العامة» حقًا جوهرياً مستقلاً للمجتمع، إزاء الحق الفردي، أو المصلحة الفردية الذاتية، وجعلت هذه الأخيرة تدور في فلك المصلحة العامة تخدمها، دون أن تناقضها، أو تُضرب بها، لأن التناقض بين الفرد والمجتمع، ومصالحهما المشروعة، ليست من سمات الشريعة الغراء، وعلى هذا فكل من المصلحتين: الفردية والعامة أصلٌ في هذا التشريع الإسلامي، وعلى قدم المساواة من حيث الاعتبار ابتداءً، وأن التوفيق بينهما واجب ما أمكن، رعايةً لهما معاً، وأنه لا يصار إلى تقديم الصالح العام وترجيحه على الصالح الفردي، إلا عند التعارض المستحکم الذي يستحيل معه التوفيق، وحينئذ يصار إلى تقديم المصلحة العامة، مع التعويض العادل على الفرد، وهو عدل لا ريب فيه، لأن ذلك يستلزم الاعتراف بهما محوراً للتشريع.

وبذلك كان لهذه النظرية الفضل الأكبر في تحقيق «مبدأ التوازن» و«التوسط

والاعتدال»، فلم يتطرف هذا التشريع بفضلها نحو اليمين، ولا نحو اليسار.

٣ - إن طبيعة نظرية التعسف - على النحو الذي بيّنا - باعتبارها تتعلق أساساً بمفهوم الحق الفردي، وغايته، من كونه فردياً واجتماعياً معاً، وباعتباره غائياً يستهدف المصلحة التي شرع من أجلها - ولم يشرع غاية في حد ذاته - قد اعتبرت أن إهدار المصلحة المشروعة التي بني عليها، بل وشرع من أجلها، أو تحقيق مصلحة أخرى غير مشروعة من خلال استعمال الحق، أو التسبب في الأضرار غير المألوفة أو الزائدة التي تلحق الغير من الفرد أو المجتمع، أي تضرر بالمصلحة العامة، أقول: اعتبر كل أولئك تصرفاً غير مشروع، لذا رفضها الإسلام رفضاً باتاً، وحرّمها، كما رفض في المقابل التشريعات التي تدور حول مصلحة المجتمع وحدها، دون اعتراف بالمصالح الفردية على استقلال، لأن هذا تطرف أيضاً ينكره الإسلام في نظريته هذه التي قامت على أساس التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع اعترافاً بهما، وتقديراً لهما، فضلاً عن تحقيق التوازن أيضاً بين المصالح الفردية المتضاربة بعضها قِبَل بعض، ليرفع تعارضهما أو تناقضهما أيضاً.

ولهذا كانت طبيعة نظرية التعسف تؤذّن بالتوسط والتوازن والاعتدال، وتجمع بين النزعة الفردية والاجتماعية في آن معاً، وترعى الصالح العام بالقدر الذي ترعى المصالح الفردية، اعترافاً منها بمكونات الواقع، وهو ما اضطلع به التشريع الإسلامي على وجه من الصياغة الدقيقة كما بيّنا، ترى ذلك واضحاً من خلال قواعده العامة، وأحكامه التفصيلية في الكتاب والسنة وفقه الصحابة والأئمة.

وبذلك استطاعت طبيعة نظرية التعسف هذه التمكين للمعنى الإنساني والاجتماعي في مفهوم الحق الفردي، ولم تُجزّ إسقاطه، أو الخروج على مقتضاه، كما مكّنت للنزعة الأخلاقية في التشريع، وأرست «أصول التكافل الاجتماعي» تشريعاً ملزماً بين الفرد، وبين الفرد والمجتمع، بل بين الفرد والدولة، إذ قضت على كافة أسباب وقوع التناقض في المجتمع، فلم تُجزّه بحال، وهذه هي الوظيفة الأساسية التي تقوم بها نظرية التعسف، ولا يسع غيرها من النظريات أن ينهض بها، لاختلاف كل منها طبيعة، ودوراً، ومجالاً، وجزاءً.

هذا، ومن الفوارق الحاسمة بين التعسف والفعل غير المشروع في ذاته، الجزاء، نوضحه فيما يلي:

من أنواع الجزاء الذي توجبه نظرية التعسف ما لا تستوعبه آثار نظرية المسؤولية التقصيرية، وإن اتحدت بعض أنواع هذا الجزاء في كل من المسؤوليتين. فمن الفوارق الحاسمة التي تؤكد اختلاف طبيعة كلٍّ من التعسف والخطأ بعض أنواع الجزاء. ذلك، أن اختلاف الجزاء، إنما هو أثر لاختلاف طبيعة كل من المسؤوليتين ودوره ومجاله.

فقد قدمنا أن نظرية التعسف مستقلة، بحكم طبيعتها الخاصة، إذ تقوم أساساً على طبيعة الحق، ونسبيته، وغائيته، فتكون هذه النظرية مكتملة لمفهوم الحق، وغايته، بل وملازمة له، ولا تقوم على الفعل غير المشروع في ذاته، وكان لهذا أثره في بعض أنواع الجزاء المترتب على المسؤولية التعسفية دون المسؤولية التقصيرية. فمن المعلوم أن نظرية «المسؤولية التقصيرية» تقوم أساساً على الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما.

والخطأ يمثل الفعل غير المشروع في ذاته، وهذا الخطأ قد يكون ثابتاً، وقد يكون مفترضاً.

أما الضرر، فيشترط لقيام المسؤولية التقصيرية عنه، أن يكون محقق الوقوع، أو يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً، ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع، ومعنى الاحتمال أن يتراوح بين إمكانية الوقوع وعدمها، حتى إذا كان محتمل الوقوع، وجب الانتظار حتى يقع، وحينئذ تثور المسؤولية عن الضرر بالتعويض، وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي «الضمان».

والتعويض في المسؤولية المدنية - كما هو معلوم - نوعان:

أ - تعويض عيني.

ب - تعويض نقدي.

ويقصد بالتعويض العيني إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع، وما نشأ عنه من ضرر، فيزيل التعويض هذا الضرر، وكأن شيئاً لم يكن. ويرى القضاء الفرنسي أن الحكم بالتعويض لا يعدو أن يكون حكماً كاشفاً عن حق قائم، وينشأ يوم وقوعه، وهذا يتفق مع قواعد القانون التي جعلت الفعل الضار مصدراً للالتزام، ويؤيده بعض الفقهاء في مصر<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد يكون التعويض الحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل غير المشروع، كمنشأ الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه، لتعويض المقذوف في حقه عن الضرر الأدبي الذي أصابه، بخلاف التعويض النقدي الذي يُصار إليه عند استحالة التعويض العيني.

وأياً ما كان، فإن هذا التعويض بنوعيه: العيني والنقدي، هو الجزاء الوحيد في المسؤولية التقصيرية؛ نتيجة الخطأ أو الفعل الضار، كما أنه قد يكون جزاءً للتعسف، غير أنه ليس هو الجزاء الوحيد فيه، بل ثمة جزاء آخر يعتبر خصيصة من خصائص طبيعة نظرية التعسف وحدها، لا يشركه فيها العمل غير المشروع لذاته، وهذا هو «الجزاء الوقائي»، وهو موضوعنا الذي نتناوله بالبحث والتحليل.

❖ **الجزاء الوقائي كخصيصة من خصائص طبيعة نظرية التعسف، يترتب عليه اثرأ لها، دون المسؤولية التقصيرية.**

لنظرية التعسف دور وقائي، فضلاً عن الدور العلاجي وهو الجزاء التعويضي بنوعيه: العيني والنقدي. والدور الوقائي دور يمنع وقوع الفعل التعسفي ابتداءً، وبالتالي يمنع وقوع الضرر أصلاً، فلا مجال حينئذ لقيام المسؤولية، وهذا الدور الوقائي يتمثل في «مبدأ سد الذرائع» في أصول الفقه الإسلامي.

وعلى هذا، فإن مشكلة التعسف أولية وسابقة على مشكلة «المسؤولية»<sup>(٢)</sup>، وليست مرتبطة بها، إذ يجب دفع التعسف قبل الوقوع، لأن الدفع أسهل من الرفع شرعاً،

(١) «الوسيط»: ج ١، فقرة ٦٢٤، وراجع المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ٢٤٠.

(٢) «أصول القانون» للدكتور حسن كبره: ص ١١٠٢ وما يليها.

كقاعدة عامة، بمعنى أن الدور الوقائي أفضل وأوجب تطبيقاً من الدور العلاجي، وهذا من مقررات التشريع الإسلامي المحكمة التي تقضي بأن «يدفع الضرر بقدر الإمكان»<sup>(١)</sup>، أي: قبل الوقوع، وكذلك قاعدة: «الدفع أسهل من الرفع».

فالدور الوقائي إذن يحول دون وقوع أثر الفعل التعسفي، وإذا انتفى الفعل التعسفي وأثره، فلا مجال بعدئذ للمسؤولية إطلاقاً، لانتفاء سببها، فلا تجد أساساً لها، ولا وجه بالتالي لتقرير الجزاء التعويضي أصلاً.

وهذا دليل واضح على أن أساس مشكلة التعسف قبل وقوعه، لا يمكن حلها ولا تفسيرها إلا على أساس نظرية الحق وغايته، بدليل أن استعماله إنما يوزن ويقدر ويقوم في ضوء من غايته قبل وقوعه، فكيف يقال: إنَّ التعسف صورةٌ من صور الخطأ، وأنه يندرج في نطاق المسؤولية التقصيرية؟! أو هو نوع خاص من أنواع الخطأ جديد؟!!

الدور الوقائي باعتباره جزاءً خاصاً ناشئاً عن طبيعة التعسف، لا يمكن تفسيره على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه حلٌّ لمشكلة التعسف السابقة في وجودها على المسؤولية التقصيرية نفسها، وإنما تجد أساسها في مفهوم الحق وغايته، في التشريع، وأصوله العامة، ومفهوم العدل فيه، أو في القيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه جملةً وتفصيلاً، وبيان ذلك:

- أننا قلنا آنفاً: إنَّ هذا «الدور الوقائي» لنظرية التعسف، يعتبر سمةً خاصة بطبيعة التعسف وحده، وهو أثر أو جزاء ناشئ عن تلك الطبيعة الخاصة به، وهو دور يثور عند توقُّع وقوع الفعل التعسفي وقبل حدوثه، فيقوم حينئذ بحل المشكلة التعسفية بمنأى عن المسؤولية التقصيرية نفسها، وذلك بأن يمنع الفعل قبل الوقوع، فكيف يتأتَّى أن يفسر هذا الجزاء على أساس المسؤولية التقصيرية؟ ونذكرك بأن آثار المسؤولية التقصيرية مقصورة على الجزاء التعويضي وحده بنوعه كما قدمنا، ولا تتسع لتشمل الدور الوقائي هذا، مما يدل قطعاً على استقلال نظرية التعسف، مفهوماً، وطبيعة،

(١) المادة (٣١) من «مجلة الأحكام العدلية»، وسيأتي شرحها مفصلاً مع التمثيل.

وأساساً، وأثراً، ودوراً، ومجالاً، وهذا الدور الوقائي هو ما يعبر عنه بسدّ الذريعة في أصول الفقه الإسلامي.

أ - أما مفهوماً، فلأنه انحراف بالحق عن غايته أو عن المصلحة التي شرع الحق من أجلها، لأن المصلحة فكرة غائية تتصل بثمره العمل ونتائجه، وهي العدل بعينه مجسداً، كما بينا.

ب - وأما طبيعياً، فلأن التعسف قوامه فعل مشروع في الأصل، لأنه استعمال لحق، ويرتهن بغاية هذا الحق، وليس فعلاً غير مشروع لذاته.

ج - وأما أساساً، فلأن التعسف يعتمد في تحقيقه على قصد الإضرار، أو على الباعث غير المشروع، أو النتائج الضارة بحد ذاتها التي تخل بالتوازن بين المصلحة والمفسدة، حيث تزيد هذه الأخيرة عن الأولى، وهذا معيار مادي أو موضوعي.

د - وأما أثراً: فلأن نظرية التعسف يترتب عليها الجزاء التعويضي بنوعيه، والجزء الوقائي الذي يحول دون وقوع الفعل التعسفي أصلاً، ويتفادى آثاره قبل الوقوع.

هـ - وأما دوراً، فلأنه يصحح المفهوم الجوهرى للحق عن طريق الجزائين: العلاجي والوقائي، وهذا مفهوم للحق مزدوج من الفردية والاجتماعية معاً، فلا هو فردي ذاتي مطلق، ولا هو اجتماعي صرف، وبذلك يحقق العدل في إيجاب تحقيق المصلحة المشروعة، كما يقيم التوازن بين المصالح المتناقضة، ويرفع التناقض بالتنسيق والترجيح، أو يدفعه قبل الوقوع، اتساقاً مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله. هذا، وقد أشرنا آنفاً إلى أن العدل يتمثل في تحقيق المصلحة المشروعة التي رسمها الشارع لكل حق، وفي تحقيق التوازن أيضاً بين المصالح الفردية بعضها تجاه بعض، وبين المصلحة الفردية والعامّة، إذا حصل تناقض بينهما، فيربط المشروعية بالمصلحة والمنفعة الراجعة، ويربط حكم التعسف بالأضرار الزائدة، أو بالمصالح غير المشروعة، وبقصد الإضرار، فحيثما تحققت هذه تحقق التعسف، وترتبت عليه أدواره، وجزاؤه بما يكون وقائياً أو علاجياً حسب الأحوال.

لا تجد في نظرية الحق في المذهب الفردي أساساً لنظرية التعسف، وذلك لفردي مفهوم الحق، وإطلاق حرية التصرف في سلطاته، فكان مفهوم العدل في المذهب الفردي مغايراً لمفهوم العدل في الإسلام.

الفلسفة الفرديّة للحقوق لا تقيم وزناً للصالح العام كما هو معلوم، بل تجعل الحق الفردي هو محور التشريع وغايته، فالحق الفردي إذن غاية في ذاته، وليس وسيلة لغاية، ولذا كان التصرف فيه مطلقاً كما ذكرنا.

وإذا كان الحق الفردي غاية في ذاته، فهو - في فلسفة هذا المذهب - العدل بعينه، والتصرف بالإرادة الحرة المطلقة فيه عدل أيضاً، فاختلط مفهوم الحق بالعدل، لأن كلاً منهما غاية، وليس بعد الغاية غاية. وعلى هذا تجيز وقوع التناقض بين المصالح الفرديّة، أو بينها وبين الصالح العام الذي تنكر وجوده أصلاً ما دام كلٌّ يتصرف في حدود حقه الموضوعية، وفي إطار سلطات الحق.

ذلك، لأن التصرف في الحق تصرفاً مطلقاً - في نظر هذا المذهب - عدل، ما دام في حدود الحق الموضوعية، ولا يتصور فيه التعسف.

وبذلك ارتهنت العدالة بالمشيئة الفرديّة المطلقة، فما تستقر عليه الإرادة الفرديّة المطلقة كان عدلاً، وهذا تصور غير سديد، لأن العدل لا يرتبط بالإرادات الفرديّة المطلقة التي كثيراً ما تطغى بدافع الأنانية والهوى، ومن شأن الهوى أن يتغلب على عنصر المعقولة والعدالة، وعلى مصلحة الغير.

وأيضاً لا يعترف هذا المذهب الفردي - في الأساس - بالصالح العام أصلاً، فلا يتصور بالتالي وقوع التناقض الذي هو أساس التعسف، لأن تصور التناقض لا بد أن يفترض أولاً وجود المتناقضين، وهو لا يعترف إلا بالحق الفردي وحده، محوراً للتشريع كما قدمنا.

ومن هنا لم تظهر نظرية التعسف في التشريعات التي قامت في ظل الثورة الفرنسية، للفرديّة المطلقة، وإنما كتب لها الانتعاش والظهور في القرن التاسع عشر والقرن العشرين بعد التعديلات الكثيرة التي أدخلت على القوانين الفرديّة، وهذا مما

يقطع بأن نظرية التعسف ذات طبيعة خاصة، وكيان مستقل، وأنها ترتبط أساساً بالفلسفة التشريعية القائمة: الفردية والاجتماعية معاً، وعلى التوسط والاعتدال بينهما، أي ترتبط بالتالي بمفهوم الحق، ومدى استعمال سلطاته، وتقدير أو تقويم هذا الاستعمال في ضوء غائية الحق، ومفهوم العدل فيه، وفي هذا رد حاسم على من ذهب إلى اعتبار التعسف صورة من صور الخطأ، ومن بينهم الدكتور السهوري، على الرغم من أن المشرع المصري قد أفصح عن قصده بأنه لم يجعل التعسف تطبيقاً للفعل غير المشروع في ذاته، في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، كما بينا.

هذا، ومما يؤكد استقلال نظرية التعسف عن المسؤولية التقصيرية أن التعسف قد يتحقق دون أن يتوافر فيه عنصر الخطأ الذي هو قوام المسؤولية التقصيرية، كما هو معلوم، وبيان ذلك:

أن التعسف - كما ذكرنا - قد يتحقق دون أن يتوافر في الفعل التعسفي عنصر الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، فيكف يقال حينئذ بأن التعسف صورة من صور الخطأ، وأنه مجرد تطبيق للفعل غير المشروع في ذاته، وسيأتي تفصيله في الأمثلة التطبيقية.

هذا، وقد ذهب إلى استقلال نظرية التعسف كثير من الفقهاء الفرنسيين، أمثال سالي، وسافاتييه، ونيكاز، وكورنيل وغيرهم.

❖ الدور الوقائي لنظرية التعسف يقوم به مبدأ سد الذرائع في أصول التشريع الإسلامي، وهذا المبدأ من المبادئ التي تقوم عليها سياسة التشريع.

مبدأ سد الذرائع معناه: مَنع التصرفات المشروعة التي يتوصل بها إلى مفساد ومحظورات، أو هي منع المباح المشروع في الأصل إذا أدى إلى مفسدة أو أضرار زائدة أو راجحة، مادية أو معنوية.

وقاعدة الذرائع هذه تعني أن كل تصرف في الأصل مشروع يصبح غير مشروع إذا أفضى إلى مآل ممنوع، والمآل هو ثمرة أو نتيجة الفعل، بسبب الظروف الملازمة له، ولو لم يكن هذا المآل مقصوداً.

والمال الممنوع شرعاً هو الضرر الزائد أو المفاسد الراجعة.

ومبدأ سد الذرائع هو حسم مادة وسائل الفساد قبل اتخاذها، أو وقوعها، فمتى كان الفعل في الأصل مشروعاً، وسالماً في ذاته عن المفسدة، يمنع إذا اتخذ وسيلة من شأنها أن توصل إلى المفسدة الراجعة.

والذريعة أصولياً تشمل التصرف القولي والفعلية الناشئ عن الحق أو الحرية العامة.

أما التصرفات القولية، فمن مثل العقود والتصرفات بالإرادة المنفردة.

وأما التصرفات الفعلية، فمن مثل حفر الآبار في الطريق العامة، وإحياء موات الأرض.

هذا، ومن المقرر - أصولياً - أن الذريعة تأخذ حكم ما ستفضي إليه، أو ما أفضت أو أوصلت إليه فعلاً، أو من شأنها أن توصل إليه غالباً، ولو لم يتوافر القصد السيء، فالمعيار مادي كما ترى.

فإن كانت الذريعة - وهي القول أو التصرف المشروع في الأصل - تفضي إلى نتائج هي أضرار ومفاسد، أصبحت الذريعة غير مشروعة، لأن هذه الأضرار والمفاسد غير مشروعة، فالوسيلة التي تؤدي إليها تصبح غير مشروعة أيضاً، إذ الوسيلة تأخذ حكم ما أفضت إليه.

ومما هو جدير بالذكر أن ليس الأمر الجوهرية في قاعدة سدّ الذرائع هذه هو القصد أو الباعث، من العوامل النفسية الباطنة، بل الأمر الجوهرية فيها النتائج والمآلات في حد ذاتها، بقطع النظر عن القصد، حسناً كان أم سيئاً.

وهذا معيار موضوعي واقعي لنظرية التعسف - كما ترى - فضلاً عن معيارها الشخصي الذاتي، وهو قصد الإضرار، أو الباعث غير المشروع.

وتأسيساً على هذا، يُمنع ذو الحق من استعمال حقه ابتداءً وقبل الوقوع، إذا كان من شأنه أن يلزم عنه ضرر عام، ولو لم يكن منه قصدٌ إلى إيقاع هذا الضرر، لأن واقعة الضرر نفسها، ومن حيث هي، كافيةٌ في إضفاء صفة التعسف، أو عدم

المشروعية على التصرف، ولو لم يتوافر لدى صاحب الحق أي نية للإضرار، بل ولو توافر لديه القصد الحسن، سذاجة، أو غفلة، أو قلة تبصّر!!

ولا يعني «التصرف» هنا الوجه الإيجابي فقط، بل يشمل الوجه السلبي أيضاً.

فالتصرف في الحق، سواء أكان إيجابياً أم سلبياً، يمنع منه صاحبه إذا كان من شأن هذا الموقف أو ذلك أن يؤدي إلى ضرر عام مثلاً، أو ضرر راجح بغيره من الأفراد.

فلو أن مالك الأرض مثلاً امتنع عن بيعها، لتوسيع شارع أو بناء مستشفى، أو إنشاء أي مرفق عام، وكانت المصلحة العامة تقضي بشراء هذه الأرض، فإنه يُجبر على بيعها، وبشمن المثل، لأن موقفه السلبي هذا يؤدي إلى ضرر عام، ولو لم يقصد إيقاع هذا الضرر.

ومن مثل ذلك البائع المحتكر الذي يخبئ سلعه ويخفيها، ويمتنع عن عرضها في السوق، لتقل، فيغلو سعرها، ويتربص بالناس وقوع الحاجة الماسة إلى ما احتكره من السلع، أو امتنع عن بيعها إلا بسعر فاحش، فإن موقفه السلبي هذا يعتبر فعلاً تعسفياً، بالنظر إلى ما يتوقع من إفضائه إلى ضرر بالمجتمع، ولا ريب أن الحقوق لم تشرع لهذا مطلقاً، لأن أساسها جلب المصالح ودفع الأضرار، فعلى الرغم من أن الاحتكار في الأصل تصرف في حق الملك، إذ التاجر يتصرف فيما يملك، سواء أكان تصرفه إيجابياً أم سلبياً فهو في الأصل مشروع، ولكن لما كان تصرفه السلبي هذا بكيفية من شأنها أن توقع بالناس أضراراً راجحة، يُمنع منه، توكياً من وقوع تلك الأضرار أو اتقاء لوقوعها، وهذا هو «الدور الوقائي» الهام في نظرية التعسف.

❖ الأصل الشرعي للدور الوقائي لنظرية التعسف هو قاعدة سد الذرائع:

فالتصرف في حق الملك إذن ليس مطلقاً، ولكنه مقيد بألا يكون على وجه ضار، أي كان موقف المالك في التصرف، سلبياً أم إيجابياً، فالحرية المطلقة إذن في الميدان الاقتصادي لا يعترف بها الإسلام، رعاية لحق الغير، وحق الغير محافظاً عليه شرعاً،

ولا سيما حق المجتمع، وهذا من باب «سد الذرائع»، وهذا هو الأصل الشرعي للدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق الذي فضلناه سابقاً، وسد الذرائع قاعدة كلية تقوم عليها سياسة التشريع.

والدور الوقائي فيما يتعلق بالاحتكار - باعتباره نوعاً من التعسف في استعمال الحق - يكون بإجبار المحتكر على إخراج السلع، وعرضها في السوق، وبيعها بالثمن المعقول الذي لا وكس فيه ولا شطط، أي: لا حيف ولا جور فيه لا على البائع، ولا على المشتري، حفظاً للحقّين معاً، عدلاً ومصلاً، مع إعطاء المالك الربح المعقول، ولكن الشريعة تمنعه من أن يضرّ بالناس.

مبدأ سد الذرائع - أصولياً - مرتبط أساساً بمفهوم العدل الذي يتمثل في توثيق العنصر الاجتماعي في مفهوم الحق الفردي، فكان الدور الوقائي لنظرية التعسف درءاً للظلم، وتقريباً للعدل، بتحقيق ذلك العنصر في الواقع الحيوي، عملاً وممارسة، وبذلك يتبدّى لك مدى علاقة نظرية التعسف بالعدل في الإسلام، إذا ما حاول المكلف نقضه عند التطبيق.

قلنا: إن الاحتكار لا يعدو أن يكون مظهرًا قويًا للتصرف في حق الملك، ولكن على نحو سلبي ضارّ بالمجتمع.

ولما كان من شأن اتخاذ حق الملك وسيلةً إلى الإضرار بالمجتمع، كان مثلُ هذا التصرف في حق الملك تعسفيًا، فكان الدور الوقائي لنظرية التعسف هو إجبار المحتكر على إخراج سلّعه وعرضها في السوق، وبذلها للناس، أو بيعها بسعر محدد معقول، وهو السعر الجبري الذي تأمر به الدولة، حفظاً للحقّين معاً، وكسرًا للاحتكار، ووقاية للمجتمع من آثاره قبل وقوعها، وبهذا «الدور الوقائي» يتحقق المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الفردي جبراً، وإن لم يحققه ذو الحق اختياريًا، وهو العدل بعينه الذي لا يحيف فيه أحد الطرفين على الآخر، ولا ريب أن الإكراه على العدل عدلٌ.

هذا، وتبدو جوهرية المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الفردي في التشريع الإسلامي من خلال ارتباطه بمعنى العدل فيه، وجوداً أو عدماً، بمعنى أنه إذا تحقق هذا «المعنى الاجتماعي والإنساني» في مفهوم الحق الفردي، وانتفت الأثارة والذاتية المطلقة فيه، تحقق العدل واقعاً، وإذا انتفى هذا المعنى وسقط، سقط العدل، وكان الظلم والتعسف، إذ لا يعني سقوط العدل إلا هذا، وسد الذرائع لرفع الظلم.

يرشد إلى هذا أن الإمام الكاساني اعتمد في استدلاله على كون الاحتكار جريمة كبرى، دينية، واجتماعية، واقتصادية، بناءً على ما يقوم عليه من معنى «الظلم» العام الواقع على المجتمع، فضلاً عن استدلاله بالنصوص من السنة الدالة على تحريمه.

ولا ريب أن الظلم في الإسلام محرم قطعاً، بل هو العدو الأول للإسلام، ولا معنى للظلم إلا سقوط العدل، ومعلوم أن لا منشأ للظلم في الاحتكار إلا آثاره ونتائجه من الإضرار بالمجتمع جرّاء التصرف التعسفي في الحقوق، إجماعاً وبالاتفاق، وهذا ما جاءت به السنة<sup>(١)</sup>.

ولا مرأى أيضاً أن آثار الاحتكار إنما نشأت عن التصرف في حق الملك بصورة مطلقة، استغلالاً للأزمات، وطمعاً في الربح الوفير، بل وحباً في الإفراط فيه، فسقط المعنى الاجتماعي في مثل هذا التصرف، للضرر العام، لأن المعنى الاجتماعي يقضي بوجوب رعاية الصالح العام، وصون المجتمع من الإضرار به، فانظر كيف يجعل الإسلام من الإضرار بالمجتمع جريمة دينية واقتصادية واجتماعية، ولو كان هذا الضرر العام ناشئاً أساساً عن التصرف في الحق. ومن هنا كان للدور الوقائي أثره، إذ يوجب قطع استمرار التاجر في احتباس السلع واحتكارها، وإجباره بسلطة ولي الأمر على الإقلاع عن موقفه السلبي، والمغالاة في أسعار السلع، دفعاً للضرر قبل الوقوع، ووقاية للمجتمع منه، ولا ريب أن دفع الضرر دفع للظلم، ودفع الظلم تحقيق للعدل، فإذا كان سقوط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق، من الظلم - كما ترى - فإن رعايته

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في الاحتكار في كتابنا الجديد: «بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله»

(٤٠١/١ وما بعدها) [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

وتحقيقه عدل، وهو ما يناط به الدور الوقائي لنظرية التعسف، فثبت ما قلناه من الصلة الوثقى التي يعقدها الإسلام بين الدور الوقائي لنظرية التعسف، أو مبدأ سد الذرائع، وبين مفهوم العدل فيه.

وعلى هذا، فكل موقف يتخذه المالك، أو المتصرف في حقه - سواء أكان سلبياً أم إيجابياً - ويخلُ بالمعنى الاجتماعي والإنساني، يعتبر موقفاً تعسفياً يمنع منه قسراً قبل حدوث آثاره وأضراره، وهو ما ينهض به هذا الدور الوقائي، تحقيقاً للعدل وللصالح العام. ويتفرع عن مبدأ سد الذرائع تطبيقاً له أن ليس من حق المالك، ولا من حق أرباب الصنائع، والمهن الحرة مثلاً أن يقفوا موقفاً سلبياً تجاه المجتمع، أو الآخرين من الأفراد، بالامتناع عن عرض سلعهم، أو بذل خدماتهم للناس، وهم في حاجة ماسة إليها، كما ليس لهم التحكم في أسعارها والمغالاة فيها بأثمان أو أجور باهظة، انتهازاً لفرصة اضطرارهم إليها، لأن هذا احتكار وتحكُّم وظلم، وانتهاز للفرص، بغية الاستغلال المحرم، يجب منع التسبب فيه قبل الوقوع، وإجبار هؤلاء على أن يقفوا موقفاً إيجابياً يتحقق فيه المعنى الإنساني والاجتماعي في مفهوم الحق الذي يمارسونه. وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق التي تتصل بالعدل، وبالمصلحة العامة.

ولهذا أطلق الأصوليون على أصحاب الحقوق والحريات العامة اسم: «المكلفون» إشعاراً لهم بوجوب أداء ما عليهم من واجب، إذ الحقوق لم تشرع غاية لذاتها، بل شرعت لمصالح غائية تتصل بثمره العمل والتصرف، يجب تحقيقها وعدم الخروج عليها، أو إهدارها، لأنها هي أساس الحق، وروحه، وغايته، ومعنى العدل في تشريعه.

قاعدة سدِّ الذرائع - أصولياً - تنهض بنظرية التعسف في معيارها المادي أو الموضوعي فقط، لا المعيار الذاتي أو الشخصي فحسب، وسد هذه الذرائع يقوم عليه الدور الوقائي لهذه النظرية، وهو من أصول سياسة التشريع.

مبدأ سد الذرائع تقوم عليه نظرية التعسف في معيارها الموضوعي أو المادي غالباً، وهي النتائج الضرورية التي يُفرضي التصرف إليها، وعلى ضوء هذه النتائج

المتوقّعة أو الواقعة يكون الفعل تعسفياً، أو يبقى على أصل مشروعيته عند انتفاء تلك النتائج بحسب الحال.

وننوّه بأن العنصر النفسي - من قصد الإضرار، أو الباعث غير المشروع، ليس هو الأمر الجوهرى في هذا المبدأ، بل يمنع ذو الحق من التصرف في حقه ولو كان قصده حسناً؛ وقايةً لما يتوقع أن يفضي إليه تصرفه من ضرر زائد بالمجتمع أو بالأفراد قبل الوقوع، أو قطعاً لاستمراره بعد الوقوع.

وفي هذا المعنى يقول بعض العلماء المُحدّثين:

«والنظر في المآلات - أي النتائج - لا يكون إلى مقصد العامل ونيته، بل إلى نتيجة العمل وثمرته، وبحسب الثمرة والنتيجة يحسن الفعل أو يقبح، ويُطلب أو يُمنع، لأن الدنيا قامت على مصالح العباد، وعلى القسطاس والعدل»<sup>(١)</sup> ويقول في موضع آخر: «إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية فيه على أنها الأمر الجوهرى في الإذن»<sup>(٢)</sup>، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات، فإذا كانت نتيجة العمل مصلحةً عامةً، كان واجباً بوجوبها، وإن كان يؤدي إلى فساد فهو ممنوع بمنعه، لأن الفساد ممنوع، فما يؤدي إليه ممنوع أيضاً، والمصلحة مطلوبة، فما يؤدي إليها مطلوب» والنظر في هذا الأصل ينتهي بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل الكلّي الذي قامت عليه الشريعة، وهو جلب المصالح، ودفع المفاسد، ما أمكن الجلب والدفع<sup>(٣)</sup>، ومفاد هذا أن الوسيلة تأخذ حكم ما تفضي إليه!

ومعلوم أن الإمام مالك هو أكثر الأئمة عملاً بمبدأ سد الذرائع، وفقهه خصّب بتطبيقات هذه النظرية، توثيقاً للمصالح التي هي العنصر الجوهرى في مفهوم العدل. وقد جلتى هذه المعاني التي توّصلت نظرية التعسف في معيارها المادى الموضوعى، وتضع الأساس للدور الوقائى، الإمام الشاطبى حيث يقول: «أصل النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً»<sup>(٤)</sup>.

(١) كتاب «مالك» للشيخ أبى زهرة ص ٣٧٥.

(٢) يعنى بالإذن «المشروعية».

(٣) المرجع السابق ص ٤١٠.

(٤) «الموافقات»: (١٩٦/٤) وما يليها.

وعلى هذا، فمبدأ سد الذرائع، ينهض بكثير من الأحكام التي تمنع حالات التعسف في استعمال الحق، للحيلولة دون وقوعها ابتداءً.

ونورد الآن الحديث الشريف الذي يصور التعسف في استعمال الحق أدق تصوير، كما يمثل الدور الوقائي فيه، لنستخلص منه المعاني والمبادئ التشريعية التي تتصل بذلك، كما يُفصح هذا الحديث عن الصلة الوثقى بين النظرية، وبين مفهوم الحق الفردي مقترناً بالمعنى الاجتماعي فيه، بحيث تجعله يدور في نطاق المصلحة العامة لا يناقضها ولا يعارضها، كما يوجه النظر دائماً إلى النتائج العملية المتوقعة في ذاتها، على أنها هي الأمر الجوهرية في التعسف، دون النظر إلى القصد حتى ولو كان حسناً، ولبيان هذا الدور الوقائي فيه نورد الآن نص هذا الحديث الشريف، وهو حديث «السفينة» التي تُبحر بالأمة في هذه الحياة، ومؤداه ما يلي: «أن قوماً ركبوا سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا أرادوا أن يستقوا مروا على من فوقهم، فقال الذين في أسفلها: لو أنا خرقتنا في نصيبنا خرقتاً ولم نؤذ من فوقنا، فإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً، وإن هم تركوهم هلكوا وهلكوا جميعاً»<sup>(١)</sup>.

ويستنبط من الحديث معانٍ وقواعد تشريعية تتصل بالنشاط السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، بوجه خاص، لوحدة العلة، وإشرافها على التصرفات الفردية، نوجزها فيما يلي:

أ - أن الفرد يتصرف في حقه بنص الحديث: «لو أنا خرقتنا في نصيبنا خرقتاً» فهو إذن ليس معتدياً ولا متجاوزاً حدود حقه الموضوعية، ولا ريب أن تصرفه في حقه - في الأصل - مشروع.

ب - أن قَصْدَ الإضرار بالغير منتفٍ لدى صاحب الحق، لقوله صراحة: «ولم نؤذ من فوقنا» بل كان قصده حسناً، ونيته طيبة كما ترى.

ج - اتجه قصده إلى التوفيق بين مصلحته الخاصة في الاستقاء، وبين مصلحة من هم في أعلى السفينة، بعدم إيذائهم، ولكنه - كما يبدو - أخطأ التقدير، لعدم تبصره بمآل تصرفه، ونتائجه المتوقعة، أو قلة تجاربه في الحياة العملية.

(١) أخرجه البخاري: ٢٦٨٦، وأحمد: ١٨٣٦١، من حديث أبي سعيد الخدري.

د - أن إرادة دفع الضرر البين عن المجتمع دون وعي ولا تبصر، أو بُعد نظر إلى النتيجة المتوقعة من هذا التصرف من قبل الأفراد، قد يفضي إلى ضرر عام وخطير، من حيث أرادوا أو قصدوا تحصيل النفع العام للمجتمع، فالفرد دون توجيه ورقابة وتوعية من المجتمع قد يجهل عاقبة أمره، ومصير أمته، نتيجة لتصرفه، ولا يكفي حسن النية، أو مشروعية أصل التصرف، لمباشرته بإطلاق، بل لابد من بُعد النظر إلى المآل المتوقع، دفعاً له قبل الوقوع إن كان ضاراً، ووقاية للمجتمع من أضرار فادحة قد تقضي على وجوده هو ومصيره، لقوله ﷺ: «فإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً».

هـ - أن الفرد ينبغي ألا يستبد برأيه، بحجة أنه يتصرف في خالص حقه، لأن أساس الحقوق والحريات العامة في التشريع الإسلامي هو جلب المصلحة، ودرء المفسدة كما نوهنا، لا العكس، وهو ما فصله الإمام الشاطبي في «الموافقات»، وبين وجوه التعارض بين المصالح المتضاربة، نتيجة للتصرف في الحقوق والحريات التي يمكن أن تقع، فلم تكن الحقوق شرعاً إلا وسائل لجلب النفع، ودفع الضرر، لا العكس، فكيف إذا استعملت على وجه ينشأ عنها ضرر عام في ظرف من الظروف؟ ذلك مما يعود على أصل تشريعها بالنقض بداهة، وهو مناقض لقصد المشرع أساساً من تشريع الحقوق والحريات كما بينا، ولا يُنظر في هذه الحال إلى البواعث النفسية، بل إلى المآلات والنتائج المتوقعة في حد ذاتها، حتى إذا كانت نتائج تتمثل فيها المفساد والأضرار، منع صاحب الحق من ممارسة حقه ابتداء قبل وقوع الأضرار، وبذلك تحل مشكلة التعسف قبل مباشرة الفعل التعسفي، وهذا هو الدور الوقائي الذي يسبق قيام المسؤولية.

و - بين الحديث أيضاً أن الأمر الجوهرى في الدور الوقائي أو سد الذريعة، هو مآل التصرف ونتائجه، لا القصد والنية، ولو كانت حسنة، والدولة بما هي ممثلة للمجتمع وراعية لمصالحه مسؤولة عن مآل تصرفات الأفراد الذين يقصر تفكيرهم عن تبين نتائج تصرفاتهم.

وعلى هذا، فالحق أو الحرية وإن كان مشروعاً في أصله - نظرياً - ولكنه يصبح تعسفياً في الممارسة والعمل بالنظر إلى النتائج الواقعة أو المتوقعة التي هي الأمر الجوهري كما ترى، فيجب منع التسبب في إحداثها، درءاً للتعسف في استعمال الحق، ووقاية للمجتمع من المخاطر قبل وقوعها، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية كما أشرنا.

ز - إن تقييد حرية الفرد - ولو كان حسن النية - لم يكن اعتباطاً، ولا تحكماً، ولا مصادرةً لها كما يتوهم، بل كان لصالحه هو، وصالح مجتمعه معه، لأن المجتمع هو الوسط الذي يعيش بين ظهرائه، فما يصيب مجتمعه يصبه هو حتماً، بدليل وحدة المصير التي صورها الحديث: «نَجَّوْا وَنَجَّوْا جَمِيعاً».

فالتقييد إذن مجرد توجيه إلى النجاة، لأن وحدة المصير المحتوم تدل على وحدة المصلحة بينهما واقعاً، بمعنى أن المصلحة الخاصة لا تنفصل أبداً عن المصلحة العامة، وذلك كافٍ لأن يلقي بين يدي الفرد المبرر المنطقي لهذا التقييد.

هذا، وقوة هذا المنطق من شأنه أن يخلق في الإنسان ذي الرأي الحصيف والفكر الثاقب حالةً تأثيرية وجدانية تتصاعد مع المنطق، من شأنها أن تحمل الإنسان على تقبل هذا التشريع العظيم عن قناعة وارتياح وطواعية، وإلا كان الإلزام بالتكافل بسلطان الدولة حقاً وعدلاً ومصلحة كما ذكرنا. إذن «وحدة المصير» تُؤذن بوحدة المصلحة المشتركة بينهما، فلا انفصال بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع كما يصورها الحديث.

ح - يصور الحديث الشريف أيضاً التكافل السياسي والاجتماعي والاقتصادي بإطلاق، كما يلقي بالمسؤولية على الأمة كافة، وهي مسؤولية عامة تلقي بواجب الإشراف والتوجيه ثم المنع على عاتق المجتمع المتمثل في الدولة تجاه الأفراد، ولو كانت تصرفاتهم بحسن نية، وهذا مبدأ عام في التشريع الإسلامي يجب حتماً الاعتداد به وتفعيله واقعاً وعملاً، حفاظاً على حق المصير.

ط - بين الحديث الشريف بوضوح أن التضاد أو التناقض المستحکم بين الفرد

والمجتمع، مصلحة ومالاً، أمر لا وجود له في التشريع الإسلامي واقعاً، لأنه - على فرض وقوعه - ظاهري لا حقيقي، لأن للإسلام حكماً راجحاً في هذا التعارض لرفعه، وعلى المجتهد أن يتحراه، والترجيح يعتمد المصلحة الراجحة، وهي المصلحة العامة، ذلك، لأن وحدة المصلحة بينهما، توجب رفع التناقض بينهما أيضاً، ووحدة المصلحة يؤكداه الوعي التام بوحدة المصير، لذا كان مفهوم الحق والحرية في الإسلام، «اجتماعياً إنسانياً»، لا يناقض الصالح العام، أو يضر به، وأن العنصر الجوهرى في مفهوم الحق والحرية في الإسلام، هو هذا المعنى الاجتماعى والإنسانى، بما هو مناط مشروعيته، وذلك في صيانة الصالح العام، بحيث إذا انتفى هذا المعنى في الممارسة والعمل، ووقعت المناقضة، سقطت مشروعيته بحكم الشرع، فوجب منع التسبب في ذلك، وقاية من الضرر قبل الوقوع، صيانة لمصلحة الفرد والمجتمع معاً، فلا تضاد حينئذ بين المصلحة العامة والخاصة، لأن وحدة المصير التي أشار إليها الحديث تجمع بينهما بالتكافل الملزم، وهو معنى لم تصل إليه أرقى التشريعات في هذا العالم حتى يومنا هذا.

ي - إن وحدة المصلحة بين الفرد والمجتمع، واقعاً ومالاً، مما يوجب «التكافل الملزم» بينهما ويبرره، بل يسوّغ ترتيب المسؤولية التبادلية، ولكن ذلك كله لا يلغى شخصية الفرد أو يوجب ذوبانها في المجتمع، بل يبقى حقه الخاص قائماً، تحقيقاً لشخصيته الفردية والاجتماعية في آن معاً، إذ (الحق) هو مظهر لشخصيته الإنسانية، وهو دليل امتدادها في المجتمع عن طريق تصرفه فيه، وفي هذا يخالف التشريع الإسلامى التطرف نحو اليسار، أو نحو اليمين، وهذا هو التوسط والاعتدال.

هذا، والمنفي في هذا التشريع، هو: فردية مضمون الحق، وإطلاق التصرف في سلطاته، أو اتخاذه سبباً وذريعة للاستغلال المحرم<sup>(١)</sup>، وليس المنفي أصل الحق الفردى.

(١) ولهذا حرم الإسلام الربا، والاحتكار، وغبن المسترسل الجاهل بالأسعار، وبيع المضطر وشراءه، وبيع الحاضر للبادى، وانتفاع المرتهن بالعين المرهونة، وغير ذلك من صور الاستغلال المعروفة، أو =

هذا، وإلغاء معنى الفردية المطلقة في مفهوم الحق، لا يستلزم إلغاء أصل الحق في ذاته، أو إذابة شخصية صاحبه في المجتمع، وإنما يعني تضمين هذا المفهوم المعنى الاجتماعي الذي قوامه رعاية حق الغير، أو الصالح العام، إلى جانب المفهوم الفردي والمصلحة الذاتية، وهذا في الواقع انعكاس للفرد نفسه في شخصيته الفردية والاجتماعية اللتين كونتهما هذا التشريع الإسلامي، تحقيقاً للتوازن، على النحو الذي بيّنا.

والخلاصة أن مفهوم الحق والحرية - في سياسة التشريع الإسلامي - انعكاس للفرد في شخصيته الفردية والاجتماعية في آنٍ معاً، لأن الإنسان اجتماعي بطبعه.

ك - حرية الفرد - كما صورها حديث السفينة - رهن بالنتيجة المسوّغة للتقييد أو المنع، ولو بالقوة أو بسلطان الدولة بنص الحديث: «إن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً»<sup>(١)</sup> وقاية للمجتمع من الضرر المتوقع قبل الوقوع - يدفع الضرر بقدر الإمكان - أو قطع استمراره إن وقع.

وعلى هذا، فالحرية وتقييدها ليسا ضدّين، وإنما يجمعهما المعنى الاجتماعي عنصراً جوهرياً في مفهوم الحق، والحرية العامة، من حيث كونه منطوقاً لمشروعية التصرف فيها وقوعاً، والمشروعية هي العدل، إذ لا أساس للمشروعية إلا العدل، فكان الدور الوقائي للنظرية - كما ترى - مرتبطاً بمفهوم العدل في الإسلام رأساً، ولا علاقة له بالمسؤولية التقصيرية.

التطبيقات التشريعية للدور الوقائي لنظرية التعسف في التقنين المدني الجزائري وسائر التقنينات العربية، وفي التشريع الإسلامي باعتباره الأصل الذي استمدت منه أحكام هذه النظرية، سواء في التصرفات القولية أم الفعلية.

أ - نصت المادة ٢٠٣ مدني مصري على أنه: ١ - يجبر المدين بعد أعذاره، طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ممكناً.

٢ - «على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع

= التي يمكن أن يتمخض عنها تطور العلاقات الاقتصادية مستقبلاً، لوحدة المعنى والمناط، واتساقاً مع منطق التشريع، وهذا يبيّن لا يفتقر إلى برهنة واستدلال.

(١) أخرجه البخاري: ٢٦٨٦، وأحمد: ١٨٣٦١، من حديث أبي سعيد الخدري.

تعويض نقدي، إذا كان لا يُلحق بالدائن ضرراً جسيماً».

ومفاد هذه المادة أمران :

أولهما : أنها ترسي مبدأ عاماً فيما يتعلق بالحقوق الشخصية<sup>(١)</sup>، وهو إجبار المدين على تنفيذ التزامه العيني، ولا يجوز له العدول إلى التعويض النقدي بدلاً منه؛ لأن الالتزام بالتعويض ليس تخييرياً ولا بديلياً، فلا المدين وحده بالذي يملك أن يستعيز عن الالتزام العيني إذا رفض هذا المدين ذلك.

فالأصل العام هو وجوب القيام بالالتزام العيني وتنفيذه، إذ هو الأصل، ولا يصار إلى البديل إلا بمسوغ قانوني على ما سيأتي.

غير أن إجبار المدين على تنفيذ التزامه العيني بمقتضى هذا الأصل العام حقاً للدائن متوقف على شرطين :

الأول : أن يكون التنفيذ ممكناً لا مستحيلًا.

الثاني : ألا يلحق المدين إرهاباً جراء هذا التنفيذ العيني، على الرغم من كونه ممكناً. ويقصد بالإرهاب الخسارة الفادحة، أو الضرر الجسيم الذي لا يتناسب مع ما يلحق الدائن من ضرر طفيف فيما لو عدل المدين إلى التعويض النقدي، لأن الإرهاب ضرر غير مألوف، وهو تعسف لا يجوز المصير إليه في التعامل، فيمنع التسبب فيه ابتداءً. هذا هو المبدأ العام.

ولكن المشرع أورد استثناء عليه، والمسوغ لهذا الاستثناء، هو درء التعسف قبل وقوع أثره، وقد عبر المشرع عن هذا الاستثناء بقوله - استدراكاً - في الفقرة الثانية : «على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي...». إذن يجوز العدول إلى التعويض النقدي، أي الاقتصار عليه، حقاً ممنوحاً للمدين قانوناً في الحالات الآتية :

(١) ولكن المشرع الجزائري قد طبق هذا المبدأ على الحقوق العينية أيضاً، كحقوق الارتفاق في المادة ٨٧٠، وتعليل ذلك أنه تطبيق لنظرية التعسف، وهي عامة، منبسطة الظل على كافة الحقوق والحريات.

أولاً: حالة ما إذا كان من شأن التنفيذ العيني أن يلحق بالمدين أضراراً جسيمة، على الرغم من كون هذا التنفيذ ممكناً.

الثاني: إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً، عملاً بالمفهوم المخالف للشرط، إذ علقت المادة في فقرتها الأولى وجوب التنفيذ العيني على شرط «الإمكانية» بقولها: «إذا كان ممكناً» وهذا الشرط يفيد بالمفهوم المخالف أنه إذا كان مستحيلاً، فلا إجبار، بل ينحصر حق الدائن حينئذ في الاقتصار على التعويض النقدي، وللمدين الحق في هذا العدول، للاستحالة.

الثالث: إذا تم الاتفاق على هذا العدول بين الدائن والمدين صراحة أو ضمناً. هذه هي مبررات الاستثناء من الأصل العام.

والذي يعيننا نحن في هذه المادة - أصلاً واستثناء - هو ما يتعلق بتطبيق نظرية التعسف في دورها الوقائي، وهو حكم الاستثناء القائم على أساس «الإرهاق» بالمعنى الذي أشرنا.

فنص المادة يفيد منع الدائن من المطالبة بحقه في إجبار المدين على القيام بالتزامه العيني إذا كان من شأنه أن يلحق به خسارة فادحة، على الرغم من كونه ممكناً، لأن هذه الخسارة الجسيمة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر طفيف فيما لو عدل المدين إلى البذل، وهو التعويض النقدي، درءاً للإرهاق عن نفسه، فللمدين الحق في هذا العدول - في هذه الحال - ولو أباه الدائن، ولا يجوز لهذا الأخير أن يستعمل حقه في المماطلة، لما يترتب على ذلك من التفاوت بين مصلحتيهما بعد الموازنة، ودلت عليه ما يتوقع من نتائج تشمل على أضرار جسيمة، فيمنع ابتداء وقاية للمدين من أن يتعرض لخسارة فادحة، وهذا درء للتعسف قبل وقوعه وترتب آثاره كما ترى، ويقتصر حق الدائن عندئذ على التعويض النقدي بدلاً عن تنفيذ الالتزام العيني على سبيل الاستثناء للإرهاق.

ووجه كون الدائن متعسفاً هنا أنه يتسبب باستعمال حقه في المطالبة بإجبار المدين على التنفيذ العيني في إلحاق ضرر جسيم بالمدين، بينما لا يلحقه هو إلا ضرر يسير لو

اقتصر على التعويض النقدي، وإذن، فلا يكون للدائن مصلحة جديدة مشروعة في المطالبة بالتنفيذ العيني؛ للإرهاق الذي يختل به التوازن بين المصالح، ولو تحمل ضرراً يسيراً، لأن استعمال الحق لم يشرع ليكون مجلبة لضرر جسيم، وهذا هو التعسف في استعمال الحق الذي يختل به التوازن بين المصالح، ويقضي على جدية المصلحة ومشروعيتها، فيمنع التعسف اتقاءً لضرر تعسفه قبل الوقوع كما أسلفنا، وهذا تطبيق واضح للدور الوقائي للنظرية.

ولهذا كان هذا الاستثناء تطبيقاً لنظرية التعسف في دورها الوقائي، وهو ما ينهض به مبدأ سد الذرائع في أصول الفقه الإسلامي، على أن هذا الاستثناء مقيد أيضاً بالألا يلحق بالدائن نفسه ضرراً جسيماً جراء العدول إلى التعويض، إذ لا يجوز دفع الإرهاق عن المدين لإيقاعه بالدائن، لأن التعسف لا يُدْرأ بتعسف مثله، حتى إذا كان الأمر كذلك، رجعنا إلى الأصل، وتركنا الاستثناء، لأن الضرر لا يزال بضرر مثله، أو بعبارة أخرى: لا يستبدل التعسف بتعسف مثله، لأن هذا غير مُجْدٍ، بل هو عبث، والعبث لا يُشرع.

وإنما قلنا: وجب الرجوع إلى الأصل العام في مثل هذه الحال، وإعطاء الدائن حق مطالبة المدين بالتنفيذ العيني جبراً، لأن الدائن في مثل هذه الحال غير متعسف في هذه المطالبة حتى يمنع، لأنه باستعماله حقه في ذلك يدراً ضرراً جسيماً عن نفسه، ودرء الضرر الجسيم مصلحة مشروعة بلا ريب، فكان للدائن في استعمال حقه في المطالبة بالتنفيذ العيني مصلحةً جديدةً حقيقيةً ومشروعةً، فلا يكون متعسفاً إذن ولو لحق بالمدين خسارة فادحة جراء ذلك، لأن حق الدائن أولى بالرعاية عند التساوي بين الضررين، فيقدم حقه على حق المدين، لأنه الأصل، إذ هو صاحب الحق ابتداءً، ولأنه غير متعسف.

وهذا ما تقضي به قواعد الشريعة الإسلامية الغراء أيضاً، إذ من المقرر فيها أن المحافظة على دفع الضرر عن الغير يجب ألا يكون على حساب الأضرار التي تلحق بصاحب الحق، لأن حقه أولى بالاعتبار، ولأنَّ حقه ثابت له ابتداءً، فيجب أن يوازن

بين الضرر الذي يصيب الغير، والضرر الذي يلحق بصاحب الحق جراء منعه من استعماله حقه، فإذا كان هذا المنع يلحق به ضرراً أشد، أو مساوياً، فإن صاحب الحق أولى بحقه، ولا يمنع ولو أصاب الغير ضرر مثله، لأنه لا توجد في العادة مصلحة مجلوبة لا يترتب عليها مفسدة للغير عادة، أما إذا كان الضرر الذي يلحق بصاحب الحق يسيراً، أو أقل، أو يمكن تجنب الإضرار بالغير، فإن صاحب الحق يمنع من مباشرة حقه، حتى لا يتسبب في إحداث أضرار جسيمة بغيره يختل معها التوازن بين المصالح، واختلال التوازن معيار للتعسف، وضابط لتحقيقه.

وإنما قال: إن صاحب الحق لا يُمنع في حالة ما إذا كان من شأن منعه لاستعمال حقه إلحاق ضرر به، مساو، أو أشد مما يلحق بالغير، أقول: لا يمنع صاحب الحق في مثل هذه الحال، لأن حقه في درء الضرر عن نفسه، وجلب المصلحة، مقدّم، ولو استضر غيره بذلك، لأن جلب المصلحة، ودفع المفسدة مطلوب للشارع، ومقصود من منح الحق لصاحبه، وهو غير متعسف في درء هذا الضرر الجسيم، فكان أولى بالرعاية من الغير.

ومن المعلوم شرعاً أن صاحب الحق أو المالك مقدم، ما لم يتعسف، وفي حالة دفعه الضرر المساوي لضرر الغير، أو الزائد عليه، لا يعتبر متعسفاً، فكان حقه مقدماً وأولى بالرعاية، كما أشرنا، إذ هو صاحب الحق ابتداءً، فيبقى استعماله لحقه إذن على أصل المشروعية، ويقدم حقه على حق غيره شرعاً<sup>(١)</sup>.

إذن، لا يصار إلى الاستثناء إلا إذا كان الدائن متعسفاً، بأن كان ما يصيبه من العدول ضرر يسير، وما يصيب المدين ضرر جسيم، لاختلال التوازن الذي يخل بمفهوم العدل شرعاً.

هذا، والقاضي هو الذي يقوم بالموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة من خلال ظروف الدعوى.

فأنت ترى أن التعسف قد يتخذ مظهر المصالح المتعارضة، فيكون درء التعسف

(١) «المواقفات»: (٢/٢٥٧ - ٢٥٩ و ٢٦٤ - ٢٦٩) وقد تصرفنا في العبارة تسهيلاً لفهمها.

وقائياً يدفع الضرر الجسيم ما أمكن الدفع، والتغاضي عن اليسير، لأن دفع الضرر الفادح نفع كبير، وهذا ما يسمى بالمصلحة الراجحة.

وفي هذا المثال التشريعي التطبيقي - بعد شرحه وتحليله - ترى أن «المشكلة التعسفية» أولية وسابقة على المسؤولية التقصيرية، لأن هذه المشكلة قد حلت قبل وقوع الضرر، أي: قبل قيام المسؤولية التقصيرية، إذ الضرر قد حيل دون وقوعه بمنع الدائن ابتداءً من استعمال حقه على نحو تعسفي، أي من التسبب في الضرر وإحداثه عن طريق استعمال حقه، وهذا هو الدور الوقائي الذي يعني منع ذي الحق من الاستعمال التعسفي لحقه ابتداءً، وهذا إنما يتم نتيجة للرقابة التي تفرضها هذه النظرية على استعمال الحقوق التي من شأنها أن تحول دون وقوع الضرر أصلاً<sup>(١)</sup>، وبعد إجراء الموازنة.

أما القانون المدني الجزائري، فقد جاء خلواً من النص على هذا الاستثناء، وإنما اكتفى بتقرير الأصل العام في المادة ١٦٤/ ف١ منه، وهو إجبار المدين على التنفيذ العيني لمحل الالتزام، دون أن ينص في فقرة ثانية على الاستثناء الذي يدرأ التعسف في استعمال هذا الحق من قبل الدائن في الحال التي يتوقع معها أن يصيب المدين ضرر فادح من جراء استعمال الدائن لحقه في المطالبة، تلافياً لوقوعه.

والسبب في هذا أنه اعتبر هذا الاستثناء لا ضرورة له، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً لنظرية التعسف التي قررها أصلاً عاماً في المادة ٤١ منه، في حين أن القانون السوري<sup>(٢)</sup> والأردني<sup>(٣)</sup> والعراقي<sup>(٤)</sup> والليبي<sup>(٥)</sup> واللبناني<sup>(٦)</sup> قد نص كل منها على الفقرة

(١) «الوسيط» للدكتور السنهوري: (٢/٧٦٠) وما يليها، و«أصول القانون»، للدكتور حسن كبيره:

ص ١١٠٤، وراجع «الوسيط» أيضاً للدكتور السنهوري: (١/٩٦٤ - ٩٦٥).

(٢) المادة ٢٠٤.

(٣) المادة ٣٥٥.

(٤) المادة ٢٤٦.

غير أن القانون المدني العراقي قد أغفل شرط «الأعذار»، ونرى أنه كان من الأفضل النص عليه، لأن «الأعذار» نوع من المطالبة، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة ما يلي: «على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً».

(٥) المادة ٢٠٦.

(٦) ويوافق هذا المعنى تقنين الموجبات والعقود اللبناني. م ٢٤٩م: «يجب على قدر المستطاع أن توفى =

الثانية، وهي التي تتعلق بتطبيق نظرية التعسف في دورها الوقائي.

❖ تفسير وتحليل المادة ١٦٤ من القانون المدني الجزائري، والفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ مدني مصري.

نصت هذه المادة على أنه «يجبر المدين - بعد إعذاره طبقاً للمادتين ١٨٠ و ١٨١ - على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً».

قلنا آنفاً: إن هذه المادة تضع قاعدة عامة مؤداها: أن الأصل هو التنفيذ العيني جبراً، ولا يجوز للمدين أن يستعيز عنه التعويض النقدي بإرادته المنفردة دون موافقة الدائن، فلا يصار إلى البدل مع إمكان التنفيذ العيني، وهو الأصل، إلا إذا كان ثمة اتفاق صريح أو ضمنى بينهما على ذلك، بأن يعرض المدين على الدائن التعويض النقدي بدلاً عن التنفيذ العيني، فيقبل الدائن ذلك صراحةً، أو لا يعارض فيه، فيكون ذلك موافقةً ضمنية.

ونذكرك بما قلنا أيضاً أن التعريض النقدي ليس التزاماً تخييرياً أو بديلاً يثبت لأي من المتعاقدين حتى يكون لأي منهما حق اللجوء إلى التعويض بمطلق إرادته دون رضا الآخر، ما دام التنفيذ ممكناً<sup>(١)</sup>.

إذن لا حق في التخيير لأي منهما في التعويض النقدي، ولا يثبت إلا بالاتفاق، أو الاستحالة<sup>(٢)</sup>، أو درء التعسف في حالة ما إذا لحق المدين ضرر فادح، استثناء من الأصل العام، وهو ما نتناوله بالبحث والتحليل.

= الموجبات عيناً، إذ إن للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات» والمراد بالموضوع محل الالتزام.

(١) نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على ما يلي: «بقي بعد ذلك تحديد فكرة «إمكان التنفيذ» فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عينياً يدخل في «حدود الإمكان» ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ؟

إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً ما دامت الظروف تسمح به، دون أن يدخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير. (٥١٠/٢).

(٢) قد تكون الاستحالة راجعة إلى انقضاء الميعاد الذي حدد تنفيذ الالتزام خلاله، أو إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين شخصياً، ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً، كعمل الطبيب مثلاً، أو عمل المهندس. «الوسيط»: (٧٦٠/٢) وما يليها.

هذا، ويصار إلى التعويض النقدي أيضاً بحكم القانون، إذا أصبح تنفيذ الالتزام العيني مستحيلاً بخطأ المدين.

وفي هاتين الحالتين: بالاتفاق، أو بحكم القانون، يصبح الالتزام بالتعويض بديلاً عن التنفيذ العيني، فيقتصر حق الدائن في المطالبة على الأول دون الثاني.

وأما الاستثناء الذي أوردته المادة ٢٠٣<sup>(١)</sup> مدني مصري، فقد بينا أن أساسه «الإرهاق» وهو معيار التعسف ومناطه، فانظر كيف يكون الاستثناء محققاً للعدالة، ودرءاً للتعسف، ويكون الجزاء هو «المنع» من استعمال الحق، اتقاء للضرر.

وإنما تركنا الأصل العام؛ لأن تطبيقه في مثل هذه الحال يؤدي إلى التعسف والضرر، ولذا بطل الأصل هنا، ليصار إلى الاستثناء، وهذا مقرر في الفقه الإسلامي في قاعدته المعروفة «إذا بطل الأصل يصار إلى البدل» وهو الاستثناء.

وقلنا أيضاً: إن الاستثناء أساسه «الإرهاق» أو «الضرر الجسيم» وهو معيار مادي أو موضوعي للتعسف، غير أنه مشروط بالألحاق الدائن ضرر جسيم، فيرجح حق الدائن في المطالبة حينئذ، لأنه الأصل، إذ هو صاحب الحق ابتداءً، فلا يمنع منه، لعدم تعسفه، بل المدين يصبح متعسفاً إذا أعطى الحق في اختيار التعويض النقدي، استثناء من الأصل العام، إذا كان يترتب على ذلك ضرر جسيم بالدائن، وحيث يكون التعسف يكون المنع، أي كان منشؤه.

هذا، والموازنة بين المصالح المتعارضة يقوم بها القاضي، ويقرر على ضوءها العمل بالأصل أو الاستثناء على ما بينا.

وعلى هذا، فإذا كان الضرر الفادح يلحق بالدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض النقدي - وهذا هو الاستثناء - وجب الرجوع إلى الأصل العام، وترك الاستثناء دفعاً للضرر عن الدائن، ولو كان يلحق المدين إرهاق، إذ الضرر لا

(١) أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بغير خطأ المدين، فقد انقضى الالتزام حينئذ؛ لأنه أصبح مستحيلاً باستحالة تنفيذه عيناً، ولأنه لا محل للتعويض النقدي، لانتفاء المسؤولية. «الوسيط»: (٢/٧٦٣).

وكذلك أوردته سائر القوانين العربية ما عدا التقنين المدني الجزائري، كما أسلفنا.

يزال بمثله، ولا يدرأ التعسف بتعسف مثله كما قلنا، ويجبر المدين في هذه الحال على التنفيذ العيني، عملاً بالأصل العام، ولو لحقه إرهاب، لأن حق الدائن مقدم، وحتى ينال الدائن حقه كاملاً، لأنه أولى بالرعاية، ولأنه يطالب بحقه دون تعسف، لأنه إنما يطالب بحقه ليدرأ عن نفسه التعسف، أما إذا كان لا يلحق المدين من جراء التنفيذ العيني إرهاب، فلا يجوز الاستثناء، أو المصير إلى البديل، بدهاءة، لأن الاستثناء لم يتحقق شرطه أو أساسه، وهو الإرهاب.

هذا، وأرى أنه كان ينبغي إيراد مضمون هذه الفقرة في المادة ١٦٨ مدني جزائري، اهتماماً بشأنها.

#### ❖ الخلاصة المشتقة من هذه المادة:

١ - يمنع الدائن من استعمال حقه ابتداء، درأً لتعسفه قبل وقوعه وترتب آثاره، وذلك في حال مطالبته المدين بتنفيذ التزامه العيني، جبراً، إذا كان من شأن هذا التنفيذ أن يؤدي إلى خسارة فادحة تلحق بالمدين، في حين أن الدائن لا يلحقه إلا ضرر يسير جراء هذا المنع، فكان ذلك قرينة على انتقاء المصلحة الجدية المشروعة في استعمال الحق، وهو غير جائز، لأنه تعسف.

٢ - معيار التعسف القائم على انعدام التناسب بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين، أو قل: بين الضرر اليسير، والضرر الفادح، وهو المسوغ للاستثناء، فانظر كيف يكون الاستثناء محققاً للعدل في مثل هذه الحال دون الأصل الذي يؤدي إلى التعسف، فبطل العمل بالأصل لهذا، عملاً بالقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي التي تقضي بأنه «إذا بطل الأصل يصار إلى البديل<sup>(١)</sup>» كما قدمنا.

وأما أن الضرر الفادح الذي عبر عنه بالإرهاب هو معيار للتعسف، فلأن الضرر اليسير الذي يصيب الدائن من المنع مغموراً وقليل الأهمية، فيتغاضى عنه، عملاً بالقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي: «يزال الضرر الأشد بالأخف».

(١) المادة ٥٣ من «مجلة الأحكام العدلية».

٣ - الدائن في مطالبته للمدين بالتنفيذ العيني، درءاً للضرر اليسير عن نفسه، وإحاقاً للضرر الجسيم بالمدين، يعتبر متعسفاً، إذ الحقوق لم تشرع للتسبب في أضرار جسيمة، دون أن يكون من وراء ذلك مصلحة جديرة مشروعاً لصاحب الحق.

٤ - وجزاء التعسف في مثل هذه الحال هو المنع ابتداءً، أو بالأحرى سدُّ الذريعة وقايةً.

هذا، والمنع من استعمال الحق هنا، إنما هو منع عن التسبب في إحداث الأضرار.

وفي المنع من استعمال الحق ابتداءً حَلٌّ لمشكلة التعسف قبل وقوعه، وترتب آثاره من الضرر الفادح، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية في هذا التطبيق التشريعي، قد أردنا تطبيقه آنفاً.

٥ - يقتصر حق الدائن بعد المنع على المطالبة بالبدل، وهو التعويض النقدي، استثناءً من الأصل العام الذي يقضي بوجوب تنفيذ الالتزام عيناً، فبطل العمل بهذا الأصل العام بالنظر لنتائجه، وصير إلى الاستثناء، وهذا تطبيق لأصل النظر في المآل. وأساس هذا الاستثناء، هو «الإرهاق» أو قل: التعسف وآثاره المتوقعة، فكان ذلك مسوّغاً شرعاً وقانوناً للاستثناء، وللعُدول عن مقتضى الأصل العام، إذ لا يصار إلى البدل إلا بمسوّغ شرعي أو قانوني.

٦ - لا يصار إلى هذا الاستثناء درءاً للتعسف عن المدين، إذا كان من شأنه إحاق ضرر مثله بالدائن، إذ الضرر لا يزال بضرر مثله، عملاً بالقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي التي مؤداها أن «الضرر لا يزال بمثله». وبعبارة أخرى: لا يُدرأ التعسف بتعسف مثله، لأنه إذا كان درء التعسف عن المدين عدلاً، فإن درء التعسف عن الدائن عدل أيضاً، إذ العدالة لا تتجزأ، فيترك الاستثناء لانتفاء شرطه، ويجب الرجوع إلى الأصل، وهو تقرير حق الدائن في مطالبة المدين بتنفيذ التزامه عيناً، ما دام ذلك ممكناً، ولو لحق المدين إرهاباً، لأن حق الدائن أولى بالرعاية، ولأنه غير متعسف،

إذ باستعمال حقه هذا يدرأ عن نفسه ضرراً جسيماً، ودَرءٌ مثل هذا الضرر مصلحة جديدة مشروعة، ومسوّغ شرعي وقانوني معتبر، فهو يطالب بحقه دون تعسف، بل درءاً للتعسف عن نفسه، ولمثل هذا شرعت الحقوق، فلا مناقضة للشارع فيما قصده من تشريع الحقوق.

وأيضاً هو صاحب الحق ابتداءً، فيقدم في مثل هذه الحال على حق المدين.

ب - ومن التطبيقات التشريعية لنظرية التعسف في دورها الوقائي ما نصت عليه المادة ٨٧٠ مدني جزائري من أنه: «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاق بالبناء، أو في مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار، لفائدة العقارات المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك».

«وكل مخالفة لهذه القيود قد تجعل محلاً للمطالبة بإصلاحها عيناً، إلا أنه يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض، إذا اقتضى رأي المحكمة اختيار هذه الطريقة للتعويض».

هذه المادة تعتبر تطبيقاً تشريعياً للأصل العام الذي أشرنا إليه في المادة ١٦٤ مدني جزائري، والمادة ٢٠٣ مدني مصري، بصدد التطبيق التشريعي السابق، من أن الأصل العام يقضي بعدم جواز العدول عن التنفيذ العيني للالتزام إلى التعويض النقدي ما دام التنفيذ العيني ممكناً، وأنه يصار إلى الاستثناء درءاً للتعسف، فأعطى المدين حقاً في أن يعتمد إلى التعويض النقدي، إذا كان من شأن التنفيذ العيني أن يلحق به ضرراً جسيماً لا يتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر طفيف من جراء إعطاء حق العدول للمدين، درءاً للتعسف عن نفسه.

وفي هذه الحال، يمنع الدائن من استعمال حقه في المطالبة في التنفيذ العيني استثناء من مقتضى الأصل العام، ويقتصر حقه على المطالبة بالتعويض النقدي.

وإنما يمنع الدائن من استعمال حقه هنا، قطعاً للتسبب في إحداث الضرر الفادح وإيقاعه بالمدين كما أشرنا.

وقد أوردت المادة ٨٧٠ المشار إليها هذا الاستثناء، حيث نصت على ذلك بقولها: «إلا أنه يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض، إذا اقتضى رأي المحكمة اختيار هذه الطريقة للتعويض».

وهذا تطبيق لنظرية التعسف في دورها الوقائي.

ذلك، لأنه إذا كان من حق الدائن المطالبة بالتنفيذ العيني ما دام ممكناً، فإنه مع ذلك يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في هذه المطالبة، وبالتالي يمنع، ولا يجاب إلى طلبه إذا تبين من ظروف الدعوى أن من شأن هذا التنفيذ العيني أن يؤدي إلى إرهاب المدين، دون أن تكون ثمة فائدة أو مصلحة جدية مشروعة تعود على الدائن من وراء مطالبته بالتنفيذ العيني، فيمنع من التسبب في ذلك.

فالإرهاب إذن هو مناط التعسف وضابطه كما قلنا، إذ ينهار معه التناسب بين المصالح المتعارضة، أعني مصلحة الدائن ومصلحة المدين.

فنص المادة ٨٧٠ المشار إليها تقرر حق ارتفاق سلبي، كالارتفاق بعدم البناء علواً فوق مستوى معين، أو أكثر من مساحة محددة، فإذا وقعت مخالفة للقيود الارتفاقية المفروضة، فإنه تجوز المطالبة بتنفيذ هذه الارتفاقات تنفيذاً عينياً، وذلك بإزالة وهدم ما وقع مخالفاً لهذه القيود، فإذا ما أقيم بناء على خلاف ما تقرر في هذه الارتفاقات جازت المطالبة بهدمه على نفقة من أقامه، وبالتعويض إن كان له مقتضى.

هذا هو الأصل الذي يقضي بعدم جواز العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض النقدي ما دام الأول ممكناً.

ومع ذلك أجازت المادة ٨٧٠ - استثناءً من هذا الأصل العام - الاقتصار على التعويض النقدي، دون التنفيذ العيني، وهو الإزالة والهدم، إذا تبين من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك قانوناً.

هذا، ومن المبررات لهذا الاستثناء أن يطالب صاحب العقار المرتفق أن يهدم بناء

ضخماً قد أنفقت عليه تكاليف ضخمة، بحيث يفضي هذا الهدم أو الإزالة إلى إلحاق ضرر فادح، وخسارة جسيمة بصاحب العقار المرتفق به، لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق بالأول من جراء هذه المخالفة اليسيرة.

وهذا - في الواقع - تطبيق للمبدأ العام الذي قرره المادة ١٦٤ مدني جزائري، والمادة ٢٠٣ مدني مصري، وما أوردته من استثناء على حق الارتفاق، وهو حق عيني، في حين أن هذه المادة ٢٠٣ مدني مصري تقرر مبدأ التنفيذ العيني للحقوق الشخصية، كعمل المهندس والطبيب.

غير أن هذا المبدأ باعتباره تطبيقاً لنظرية التعسف في دورها الوقائي، يتناول بعمومه كافة الحقوق عينية كانت أو شخصية، لأن الاستعمال التعسفي يُمنع، أي كانت طبيعة الحق الذي يتعلق به.

هذا، والواقع أن القيود المعينة التي نصت عليها المادة ٨٧٠ مدني جزائري المذكورة آنفاً، هي قيود أو شروط اتفافية مفروضة، وقد كلفها المشرع الجزائري بأنها شروط تنشئ حقوق ارتفاق متبادلة بين قطع الأرض المبيعة من قبل الحكومة، أو من قبل الجمعيات التعاونية السكنية، لأنها شروط تقرر تكاليف مستمرة لمنفعة جميع القطع، حيث يراد إنشاء حي يحمل طابع التناسق، وتتوفر فيه أسباب الراحة والهدوء. وإذا وقعت مخالفة لمقتضى هذه الشروط أو القيود الارتفافية المفروضة، فإنه تجوز المطالبة بتنفيذ الارتفاقات تنفيذاً عينياً، وهو الأصل، وهذا تطبيق لما تقضي به المادة ١٦٤ مدني جزائري، والتنفيذ العيني هنا هو إزالة أو هدم ما وقع مخالفاً لهذه القيود كما ذكرنا.

ولكن محط استشهدنا على الدور الوقائي يتركز فيما يضيفه النص استثناء على مقتضى الأصل العام، بقوله: «غير أنه يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض، إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك».

وأساس هذا الاستثناء أو مبرره هو الخسارة الجسيمة التي من شأن التنفيذ العيني أن يفضي إليها كما يتبين من ظروف الدعوى، فالمشرع الجزائري قد وضع بيد القاضي

سلطات تقديرية، للموازنة بين المصالح المتعارضة، وجعل له سلطة الحكم بالتعويض - وهو البديل - عن الأصل، وقاية للمدين من أن يلحق به أضرار جسيمة من جراء التنفيذ العيني، إذا كانت المخالفة يسيرة لا ينشأ عنها إلا ضرر يسير.

فالقاضي هو الذي يتولى الموازنة بين المصالح المتعارضة، وترجيح الحكم بما لا يُلحق بالمدين إرهاباً أو ضرراً جسيماً. وذلك كما لو طالب صاحب العقار المرتفق بإزالة بناء ضخم أنفقت على تشييده مبالغ طائلة، بحيث يؤدي تنفيذ الالتزام العيني بالإزالة والهدم إلى ضرر جسيم يلحق بصاحب العقار المرتفق به، فيترك العمل بالأصل لبطلانه، إزاء ما يؤدي تطبيقه إلى أضرار ممنوعة، ويصار إلى الاقتصار على الحكم بالتعويض النقدي، تجنباً للمدين من الوقوع في الإرهاب الذي هو معيار التعسف، ويمنع صاحب العقار المرتفق من المطالبة بالتنفيذ العيني ابتداءً، اتقاءً من وقوع آثار الفعل التعسفي، ولا نعني بالدور الوقائي إلا هذا.

وقد أشرنا آنفاً إلى أن الفقه الإسلامي قد قرر القاعدة العامة المحكمة التي مؤداها: «إذا بطل الأصل، يصار إلى البديل» درءاً للتعسف<sup>(١)</sup> قبل وقوعه، وترتب آثاره التي ينهار فيها التناسب بين مصلحة كل من الدائن والمدين في هذه الحال.

ج - التطبيق التشريعي الثالث للدور الوقائي لنظرية التعسف في القانون المدني الجزائري: توجيه اليمين الحاسمة تعسفاً.

نصت المادة ٣٤٣ مدني جزائري ف١ على ما يلي:

١ - «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة<sup>(٢)</sup> إلى الخصم الآخر».

٢ - على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك.

لم يعلق القانون الجزائري توجيه اليمين الحاسمة من جانب أحد الخصمين إلى

(١) المادة ٥٣ من «مجلة الأحكام العدلية».

(٢) اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعيين لخصمه، ينحسم بها النزاع. المادة ١١٢ قانون البيئات السوري.

الآخر على شرط إذن المحكمة كما فعل قانون البيئات السوري، والقانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> اللذان وضعوا هذا الشرط، تمكيناً للقاضي من فرض رقابته على توجيه اليمين الحاسمة، كيلا يكون استعمال الحق في توجيهها تعسفياً، إذا تبين له ذلك من ظروف الدعوى.

أقول: لم يفعل المشرع الجزائري ذلك، ولم يضع شرط إذن القاضي لتوجيهها، إبقاء لحرية المتخاصمين في توجيه هذه اليمين، ولكنه في الوقت نفسه حول القاضي سلطة منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية لا تستند إلى مصلحة جدية مشروعة، منعاً من تعسف الخصم في استعمال حقه في هذا التوجيه<sup>(٢)</sup>.

وإنما جاز لكل من الخصمين أو المتقاضيين توجيه اليمين الحاسمة، لأن المدعي يقع عبء إثبات الدعوى عليه، والمدعى عليه يقع عليه عبء إثبات الدفع، لذا كان بوسع كل منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبت، فيستبدل بعبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم، ووازعه الديني، وذلك بتوجيه اليمين إليه.

(١) يلاحظ أن قانون البيئات السوري في المادة ١١٣، قد علق توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم على إذن المحكمة، توكيداً لرقابته، ومنع التعسف في استعمالها، وكذلك القانون العراقي. وقد نص الأول على ما يلي: «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن المحكمة».

وجاء في القانون المدني العراقي، مادة ٤٧١ مطابقاً لما جاء في قانون البيئات السوري، خلافاً للقانون الجزائري والمصري، حيث لم يجعلوا إذن المحكمة شرطاً مطابقاً لما جاء في قانون البيئات السوري.

(٢) أما القانون المدني الليبي، فقد نصت المادة ٣٩٩/ ف١ منه على ما يلي:

«لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها، ولا بواقعة غير مشروعة، ولا بعقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة، ولا بإنكار واقعة يتبين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف عمومي حرر الورقة نفسها».

ولا تجد في هذا النص ما يفيد جواز منع القاضي توجيه اليمين الحاسمة إذا كان في توجيهها تعسف، وكان من المفروض أن يورد مثل هذا النص الذي يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في دورها الوقائي، طالما أنه أقر هذه النظرية في قانونه المدني.

- الوسيط» للدكتور السنهوري: (٢/ ٥٢١)، الهامش.

فاليمين الحاسمة إذن ملك لكل من المتقاضيين: المدعي والمدعى عليه. ولكن المشرع الجزائري قد فرض رقابة على استعمال هذا الحق، بأن جعل للقاضي موقفاً إيجابياً في الإثبات، إذا تبين له أن الخصم الذي يطلب توجيه هذه اليمين إلى الآخر متعسف.

فالقاضي يمنع هذا الخصم من توجيهها، درءاً للتعسف قبل وقوعه إذا تحقق معياره، من انعدام المصلحة الجدوية المشروعة، بأن لم يكن في هذا التوجيه أي مصلحة مشروعة يتوخاها، أو كان غرضه مجرد الكيد للخصم الآخر، وحق توجيه اليمين الحاسمة لم يشرع أصلاً لمثل ذلك، فمجرد الكيد هو تَمَحُّضٌ قصْدُ الإضرار.

ومن الحالات التي يكون فيها توجيه هذا اليمين تعسفياً ما يلي:

١ - إذا كانت الواقعة غير محتملة الصدق، أو كذبتها مستندات الدعوى.

٢ - أو كانت خالية من الدليل، ولكن المدعي مع ذلك وجه اليمين مستغلاً في ذلك تدين الخصم الآخر، وتخرجه من الحلف، فيمنعه القاضي من توجيهها في مثل هذه الحال.

وقد يكون المدعى عليه متعسفاً في توجيه اليمين إلى المدعي، وذلك بأن تكون الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف، لأن هذا الحق في التوجيه لا ثمرة له، فيكون عبثاً.

وتكون اليمين الحاسمة غير منتجة إذا وجهت إلى ناظر وقف (الأحباس) مثلاً، كذلك وكانت مسؤوليته تتحقق باليمين الموجهة عن أمر يتعلق بشخصيته الذاتية، لا لكونه ناظر وقف<sup>(١)</sup>.

هذا، وقد حرمت الشريعة الإسلامية التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، ونصت على الجزاء، بمنع سماع الدعوى أصلاً، فضلاً عن منع توجيه اليمين، فقد نص فقهاء المالكية على أنه يشترط لصحة توجيه هذه اليمين أن يكون بين المتقاضيين خُلُطَةٌ،

(١) «الوسيط» للدكتور السهوري: (٢/٥٢٦ - ٥٢٧).

وتعامل، حتى إذا وجهها أحد السفهاء مثلاً إلى أهل الفضل، بناء على ظاهر ادعاء، بقصد استدعائهم إلى دور القضاء، وتحليفهم مراراً، إيلاًماً وامتهاناً، فإنه لا تسمع دعواه، ويمنع من توجيه اليمين، لأن المقصود من ذلك كله الكيد والامتهان، بقرينة عدم الخُلطة أو التعامل، للتباين بين السفه والفضل، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي ودوره الوقائي، فيحال بين السفهاء وبين تنفيذ ما يقصدون من الكيد والإضرار بأهل الفضل، عن طريق رفع دعاوى كيدية، فالضرر هنا - كما ترى - أدبي معنوي. والجزاء هو المنع ابتداء من استعمال الحق، وقاية من التعسف وأثره قبل وقوعه.

#### ❖ تطبيقات على الدور الوقائي لنظرية التعسف في فروع الفقه الإسلامي:

قلنا آنفاً: إنَّ الدور الوقائي لنظرية التعسف يقوم على مبدأ سد الذرائع، أي منع اتخاذ الحقوق والحريات وسائل لتحقيق مصالح غير مشروعة، أو لإلحاق الضرر الفادح بالغير، بقصد الإضرار، أو بدون قصد، لما أشرنا من أن الأمر الجوهرى في هذا المبدأ هو النتائج المادية، أو المعنوية التي تتمثل فيها الأضرار الممنوعة، وهذا هو المعيار المادي أو الموضوعى لنظرية التعسف، فلا ينظر إلى القصد ولو كان حسناً، وإذا كان مبدأ سد الذرائع يعتبر توثيقاً لأصل المصلحة، بل يعتبر توثيقاً للأصل العام الذي تقوم عليه الشريعة كلها، من جلب المصالح ودرء الأضرار والمفاسد، كان منع قيام التعسف بناءً على هذا المبدأ دليلاً على صلة التعسف بغاية الحق، وبغاية الشريعة، ولا علاقة له بالفعل غير المشروع أصلاً.

#### ❖ الدور الوقائي قد يتحقق بالمنع من الفعل، أو بالإجبار عليه، فيكون سلبياً أو إيجابياً حسب الأحوال:

من التطبيقات الفقهية على الدور السلبى الوقائي لنظرية التعسف ما يلي:

- ١ - منع الأب من التعسف في استعمال حق ولايته على ابنه، إضراراً بأمه: يمنع الأب شرعاً من انتزاع ولده من أمه إذا رضيت بإرضاعه مجاناً - وهي مطلقة - أو إذا رضيت بما ترضى به المرضعات (الأظآر) من الأجر، منعاً من إدخال الضرر

عليها، بانتزاع ولدها منها، وحرمانها من إرضاعها إياه، دون أن يلحق الأب من إبقائه مع أمه ضرر، فهذا يحول دون تعسف الأب في حق ولايته على ابنه، عملاً بقوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً وَلَا يُولَدَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

هذا، فضلاً عن أن في نزاع الولد من أمه، أو حرمانها من إرضاعه، ودفعه إلى مرضعة أخرى، إضراراً بالرضيع نفسه، لأن لبن أمه أصح لتغذيته، والطفل ما ثبت له حق الرضاع على أمه منذ ولادته إلا لهذه التغذية، والتنمية الطبيعية، إلى جانب أنها أرق وأحن على ولدها من غيرها.

٢ - تمنع الأم كذلك من التعسف في استعمال حقها في إرضاع طفلها، إضراراً بالأب، فليس للأم - إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها - أن تطلب أجراً على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجاناً، وكانت قادرة على ذلك وغير محتاجة، أو بأجر أقل مما تطلب الظئر، منعاً من الإضرار بالأب.

وهذا دور وقائي للتعسف يقرره قوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً وَلَا يُولَدَهَا وَلَا مَوْلُودًا لَهَا يُولَدُ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والمولود له هو الأب.

٣ - منع الدائن من استعمال حقه في مطالبة مدينه المعسر:

للدائن حق ثابت في ذمة المدين، ويتفرع عن ثبوت حق الدين في ذمة المدين حق الدائن في مطالبة المدين قضائياً، غير أنه إذا كان المدين معسراً، فإن الدائن يمنع من المطالبة في هذه الحال، لعدم جدواها، ولانتفاء المصلحة الجدية المشروعة من هذه المطالبة باستيفاء الدين، فينتقل حق الدائن في المطالبة إلى وجوب الإمهال والإنظار حتى اليسار بصريح النص، إذ لا تستعمل الحقوق لمجرد الإضرار، أو للعبث، بل لمصلحة جديرة شرع الحق من أجلها.

ومعلوم أن استعمال الحق في المطالبة القضائية إنما شرع وسيلة لاستيفاء الدين، لكن المدين معسر، فأصبح هذا الاستعمال خلوياً من المصلحة، أي تعسفياً، لأنه عبث، ولا مصلحة مشروعة جديرة فيه، وهذا هو المعيار الثالث من معايير التعسف، وقد قرره الله

تعالى بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ (١) ذُو عُسْرٍ فَنُظْرَةٌ (٢) إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] (٣).

وإذا كان حق المطالبة القضائية وسيلة لاستيفاء الدين، فإن هذه الوسيلة تسقط مشروعيتها إذا لم تؤد إلى مقصودها، وهو استيفاء الدين، للإعسار، وهو عدم القدرة على وفاء الدين، والقاعدة العامة المقررة في الفقه الإسلامي أن: «الوسائل تسقط بسقوط مقاصدها»، وأن «كلَّ تصرفٍ تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل».

هذا وقد أشرنا آنفاً إلى أن الوسيلة لم تشرع لذاتها، وإنما شرعت للتوسل بها إلى تحقيق مقصدها، فإذا تعذر تحقيق هذا المقصد سقطت الوسيلة لسقوط مقصدها، ومنع صاحبها من اتخاذها ابتداءً، لانتفاء المصلحة الجدية المشروعة التي شرع حق المطالبة من أجلها، وقايةً من التعسف، كما علمت.

حبس المدين المعسر لحمله على وفاء دينه تعسفٌ، فيمنع الدائن من المطالبة بحبسه قضاءً، لأنه ضرر محض، لا يجني الدائن من وراء ذلك أيَّ فائدة، والحقوق لم تشرع للعبث أو الإضرار.

وعلى هذا لا يجوز حبس المدين المعسر، لأن حق الحبس شرع للدائن وسيلة لحمل المدين المليء المماطل على الوفاء، لا لذات الحبس (٤)، فإذا تعذر الوفاء من المدين المعسر - وهو المقصد - سقطت الوسيلة - وهي حق الحبس - لسقوط غايتها، فيمنع الدائن من استعمال حق الحبس هذا، لأنه أصبح يفضي - في مثل هذه الحال - إلى الإضرار المحض بالمدين المعسر، وهذا من أبشع صور التعسف في الفقه الإسلامي، لأن كل حق إنما شرع لتحقيق غاية مشروعة لا يجوز الانحراف عنها لمحض الإضرار، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة.

(١) وإن كان، يعني: وإن وجد، أي: إن «كان» هنا تامة، لا ناقصة.

(٢) والنُّظْرَةُ - بفتح النون، وكسر الطاء -: الإمهال، أي: فالواجب على الدائن هو الإنظار والإمهال حتى اليسار.

(٣) المَيْسَرَةُ - بفتح الميم، وتسكين الياء، وفتح السين -: هي اليسار، وهو ضد الإعسار.

(٤) راجع كتابنا هذا ص ٩٥ وما بعدها. وراجع «البدائع في ترتيب الشرائع» للإمام الكاساني: (١٧٣/٧).

فأساس التعسف هنا مجرد الضرر بالمدين، أو العبث، وكلاهما لا يجوز التوسل إليه باستعمال الحقوق، لمنافاته لمقتضى غائية الحق، وأنه شرع لمصلحة مشروعة يجب تحقيقها، وليس الضرر والعبث منها، وهو أصل عام في التشريع الإسلامي كله. والجزاء هو المنع من استعمال حق المطالبة أو حق الحبس، قطعاً للتسبب في إحداث الضرر قبل وقوعه، وهذا الجزاء شرع مؤيداً لنظرية التعسف.



## مفهوم الحق في التقنين المدني الجزائري

قبل البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في التقنين المدني الجزائري، لا بد من تحديد «مفهوم الحق» فيه، بالنظر لما نرى له من ارتباط وثيق بمدلول التعسف نفسه، وما اشتق منه من معايير، وما يتبع ذلك من دور هذه النظرية في تقييد الحق بغايته التي شرع من أجلها، مسؤوليةً وجزاءً.

ولا بد أيضاً من مقارنة ذلك بما استقر للحق من مفهوم في المذهب الفردي، وفيما يسمى بمذهب التضامن الاجتماعي، لأن الدراسة المقارنة من أعظم الوسائل لتحديد المفاهيم وتجليتها، إذ لا عبارة بالأسماء إذا اختلفت المفاهيم.

هذا ومن المعلوم أن «مفهوم الحق» هو الذي تقوم على أساسه «نظرية القانون» وتتضح به فلسفته العامة، وتتحدد على ضوئه غايته، وتتفرع عنه حلوله وأحكامه.

### ١ - مفهوم الحق في المذهب الفردي:

قلنا في بحوث سبقت: إن أساس الفلسفة الفردية هو اعتبار الفرد وحقوقه ومصالحه الخاصة محور القانون وغايته، لأن هذه الحقوق في نظره سابقة في الوجود على القانون نفسه، وعلى المجتمع، بل وعلى الدولة، لأنها حقوق طبيعية مستمدة من ذات الإنسان نفسه باعتباره إنساناً كان يتمتع بها منذ الفطرة الأولى، فهي لذلك امتيازات طبيعية مطلقة.

وتأسيساً على هذا، كانت هذه الحقوق هي أساس القانون، وليس القانون هو أساسها، بل القانون وكذلك المجتمع والدولة، كل أولئك - في فلسفة هذا المذهب - إنما وجد لخدمة الفرد وحقوقه، وتحقيق مصالحه الذاتية فحسب، وتمكينه من التمتع بها<sup>(١)</sup> على أوسع نطاق وفق مشيئته.

(١) راجع كتابنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة دكتوراه نالت درجة الامتياز بمرتبة الشرف الأولى، من كلية الشريعة، جامعة الأزهر.

وبذلك تحددت وظيفة الدولة بحراسة هذا الحق وحمايته، أثراً لمفهوم الحق فيه، لأنها ما وجدت إلا مسخرة لذلك، وللمحافظة على الأمن والدفاع. فالفرد هو محور القانون وغايته في منطلق هذا المذهب كما ترى.

ويرى هذا المذهب أن لا ضير من إطلاق سلطات هذه الحقوق، يتصرف بها أصحابها على النحو الذي يشاؤون، دون قيد، ولا يقيد ويمنع إلا في حال الاعتداء والمجاوزه على حق الغير، أي الخروج عن حدود الحق الموضوعية.

ويرى أيضاً أن في إطلاق سلطات الحق، وتمكين صاحبه من التصرف فيه، واستعماله وفق مشيئته، تنميةً لمواهبه وملكاته التي بها تقدم المجتمع وازدهاره.

❖ أصل الدولة ووظيفتها في منطلق هذا المذهب وعلى ضوء مفهوم الحق فيه:

نشأت الدولة في نظر هذا المذهب باتفاق إرادات الأفراد الحرة، وهذا الاتفاق بمثابة «عقد اجتماعي» بغية أن تقوم الدولة بحماية الحقوق الفردية (مجرد حراسة) والنهوض بمهمة الأمن والدفاع كما أشرنا.

وعلى هذا، فليس للدولة أن تتدخل في هذه الحقوق للحدّ منها، أو للتقييد من استعمالها، لأنها إن فعلت ذلك فقدت مبرر وجودها، وجاوزت حدود وظيفتها، وقضت على الغرض الذي أنشئت من أجله، وهو تمكين الفرد من ممارسة حريته بصورة مطلقة، في التصرف وفي النشاط الاجتماعي، والاقتصادي، والفكري - والاعتقادي، والسياسي، شريطة ألا يتعدى على حق الغير.

وهذا ما عناه (سيبيز) بقوله: «إن الغرض الأساسي<sup>(١)</sup> من إقامة أي هيئة عامة، هو ضمان الحريات الفردية».

فإذا كانت الضرورة لإعمال فكرة القانون اللازمة لكفالة الحريات تقتضي التنازل عن قسط من الحرية، فهذا التقييد الجزئي استثناء من الأصل العام<sup>(٢)</sup>، وهو الإباحة المطلقة حتى يرد قيد صريح.

(١) المرجع السابق، ص ٤٠ وما يليها، ونظرية الحق الفردي، للدكتور السيد صبري، مجلة القانون

والاقتصاد، العددان ٣ و٤، السنة العشرون، ص ١٦١ وما يليها.

(٢) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص ٤٠ وما يليها.

وهذه القيود الاستثنائية تبقى محكومة بالمبدأ العام الثابت، من أن الاستثناء لا يجوز القياس عليه، ولا التوسع فيه.

فالقانون في الفلسفة الفردية هو قانون «توفيق وتنسيق» بين الحريات الفردية؛ منعاً من الاعتداء والمجاوزة، لا قانون إلزام وإخضاع وتوجيه.

وأن العدل في نظره هو العدل التبادلي الذي يتيح قانون «العرض والطلب» نتيجة للمنافسة الحرة، أو الاقتصادية، وهو الذي يعطي كل ذي حق حقه، أي أن العدل هو ما ترتضيه الإرادة الحرة.

أما المصلحة الاجتماعية العامة - في منطق هذا المذهب - فليس لها حقيقة مستقلة، وإنما هي حصيلة<sup>(١)</sup> المصالح الفردية، تتحقق تلقائياً إذا ما روعيت تلك المصالح، إذ الجماعة - في فلسفة هذا المذهب - ليست إلا أفراداً يستقل بعضهم عن بعض، كلٌّ ومصالحته الخاصة، ونشاطه الحر، ولا تجمع بينهم إلا علاقة المجاورة المكانية دون العلاقة الشعورية الموحدة، لأنه إذا دخل الجماعة، كان مزوداً بحقوقه الطبيعية السابقة في الوجود على الجماعة والدولة كما ذكرنا، فليست حقوقه إذن مستمدة من الجماعة ليعمل لصالحها، كما لم يستمدها من الدولة، إذ الدولة لم تمنح الحق، وإذا لم تكن هي مانحة للحق، فليس لها الحق أن تتدخل فيه، فضلاً عن أن تسلبه، أو تقيده.

وأيضاً الجماعة لا قيمة لها في ذاتها، وإنما هي مجرد تنظيم؛ لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وحرياته المطلقة على النحو الذي يشاء. ومعنى هذا أن للإرادة الفردية الحرة الدور الأول في العقد، والحق، والملك، تقديساً للفرد وحقوقه، واعتبارها محور القانون وغايته، بل والقيمة العليا والوحيدة في مواجهة الجماعة.

وعلى هذا كان حق الملك مطلقاً، بمعنى أنه يخول صاحبه سلطات مطلقة يتصرف فيها المالك بمحض مشيئته، بل ويتمكن من ممارسة هذا الحق ولو أضر بغيره من

(١) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده» للمؤلف ص ٤٠ وما يليها .

الفرد أو المجتمع، وتمتد الحرية إلى حد إتلاف الملك والمال، دون مقصد مشروع أو معقول.

وأما العقد، فيرى هذا المذهب أنه يقوم على الإرادة الفردية الحرة المطلقة، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تنظم العلاقات القانونية كافة، وأنها تحل محل إرادة المشرع: «العقد شريعة المتعاقدين» أي هو القانون الذي يحكم علاقاتهما التي أنشأها بإرادتهما، ولا يحدّ من ذلك إلا ما يتنافى والنظام العام والآداب.

٢ - وأما من الناحية السياسية: فالفرد هو الذي ينشئ الدولة بإرادته الحرة، ويمارس السيادة، ليحكم نفسه بنفسه، وهذه هي التي تسمى (الديمقراطية) التي هي منشأ ما يسمى بالنظام النيابي، وإرادته حرة في حياته الخاصة والعامة.

٣ - أما من الناحية الاقتصادية: فَيُحَرِّمُ هذا المذهب تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي للأفراد الذي يجب أن يبقى (هذا النشاط) حراً قائماً على أساس المنافسة الحرة، ومبادرة الأفراد الحرة، وعلى الدولة أن تخلي بين الأفراد وبين نشاطهم الحر في الصناعة والتجارة والزراعة، والعمل بوجه عام، وعدم تقييد الحريات العامة، والمنافسة الحرة هي الحافز القوي للنشاط الاقتصادي وازدهاره.

٤ - أما من الناحية الاجتماعية: فالفرد ذو كيان مستقل، وشخصية كاملة عاملة حرة عاقلة، بل الفرد هو القيمة الكبرى في مواجهة كل من الجماعة والدولة، بل هو العنصر الأساسي في تكوين الجماعة، كما أن حقوقه هي العنصر الأساسي في القانون، وهو غاية الجماعة كما هو غاية القانون على السواء.

وعلى هذا، فمفهوم الحق بوجه عام في فلسفة هذا المذهب، قانونياً، وسياسياً، واقتصادياً، واجتماعياً، فرديٌّ مطلق، لا يعترف بأي حق آخر لا للمجتمع ولا للدولة، وهو أساس القانون وغايته، تقدسياً للفرد وإرادته الحرة، وحرياته العامة، وليس للدولة من وظيفة إلا حراسة هذه الحقوق والحريات، وتمكين الأفراد منها كما بينا.

وأما مفهوم العدل في فلسفة هذا المذهب، فهو الذي ترتضيه الإرادة الفردية الحرة، في العقد، والحق، والملك، والسياسة والحكم.

إذن، نظرية التعسف لا تجد لها أساساً تنهض عليه في منطق هذا المذهب، لسبب بسيط، هو أن الحق مطلق لا يجوز تقييده، لأنه غاية في ذاته، لا مجرد وسيلة، وأنه يقر استعماله على أي وجه كان، ولو ترتب عليه ضرر بالغير، لأنه سلطة مطلقة ما دام في حدوده الموضوعية، بل ولو أضر بالمجتمع، إذ لا حقيقة مستقلة لهذا المجتمع تقوم عليها مصلحة عامة مستقلة أيضاً، وحينئذ لا يتصور التعارض بين المصلحة العامة والخاصة، أو اختلال التوازن، بناء على هذا النظر، فلا يكون بالتالي دور للتعسف، لا في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، ولا في تقييد الحق بغايته، ولا في دفع الضرر العام، لأنه يسوغ وقوعه، إذا كان ناشئاً عن استعمال الحق الفردي، أو هو لا يتصور وقوعه تصوراً فلسفياً مجرداً، ولا تثور بالتالي المسؤولية التعسفية تجاه من تسببوا فيه، فلا يتصور تعسف من الفرد في استعمال حقه، مهما كانت النتائج، وأيضاً لا يسوغ هذا المذهب تدخل الدولة لتقييد الحق تشريعاً وإلزاماً، دفعاً للضرر عن الغير، بل لا يجيز للدولة التدخل لرعاية الصالح العام، لأنها هي بذاتها مسخرة لحراسة المصالح الفردية، وتمكين أفرادها منها.

وأخيراً، يعطي للفرد حرية مطلقة، ويجعل الدور الأول للعقد، استجابة لمقتضى مبدأ سلطان الإرادة المطلق<sup>(١)</sup>، وكذلك للمبادرة في النشاط الاقتصادي. ومن هنا أطلق حق الملك، والحرية العامة.

#### ❖ ما يتجه على المذهب الفردي من نقد:

أ - لعل أهم ما يؤخذ على هذا المذهب أنه لا يعترف بالصالح العام، إذ ليس له - في فلسفته - حقيقة ذاتية مستقلة عن المصلحة الفردية، بما ذهب إليه من افتراض خيالي من أن المصلحة العامة ليست إلا مجموعة المصالح الفردية، أو حصيلتها، وأنه إذا روعيت هذه الأخيرة فقد تحققت الأولى تلقائياً، فلا يتصور التعارض بينهما، إذ التعارض بينهما فرع وجود المتعارضين.

(١) راجع مؤلفنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: ص ٤٠ وما يليها، و«أصول القوانين» للدكتور السنهوري والدكتور حشمت أبو ستيت ص ٦١ وما بعدها، و«المدخل للعلوم القانونية» للدكتور عبد المنعم البداروي ص ٣٦.

وقد علمت أن ليس للمصلحة العامة - في نظره - وجود مستقل قائم.

ب - إنَّ إنكاره للمصلحة العامة مكابرة، دفع إليه التطرف في الفردية، ودليل ذلك أن التعارض واقع ومشهود بين المصلحة الخاصة والعامة، والتعارض فرع الوجود والاستقلال لكل منهما.

ولا ريب أن إهدار الصالح العام ظلم عظيم، فرعايته عدل، وبذلك فَقَدَ هذا المذهب أهم ركن للعدل بإنكاره للصالح العام.

ج - ليس صحيحاً ما يقال من أنه لا يتصور التعارض بين مصلحة المجتمع والمصلحة الخاصة إذا ما روعيت هذه الأخيرة، إذ الواقع ينقض هذا التصور من أساسه كما ذكرنا، وتفسير ذلك أن الأناية الفردية، وحب الذات، واتخاذ الفرد ذاته محوراً لنشاطه العام، دون أن يشعر بمصالح غيره، سببٌ كافٍ لإحداث هذا التعارض الواقع الذي لا سبيل إلى إنكاره أو تجاهله، إذ كثيراً ما نرى الأفراد لا يفكرون في رعاية المصالح العامة، وإذا كان هذا المذهب قد تطرف نحو الفردية كرد فعل لاستبداد الحكام والساسة في عصور ما قبل الثورة الفرنسية في أوروبا، فينبغي ألا تقام النظريات التشريعية ومفهوم الحق والعدل على أساس ردود الفعل، والمشاعر العدائية<sup>(١)</sup>.

ولأن الأناية هي المثل الأعلى الذي لا تعلوه مثل عليا غيرها في منطوق هذا المذهب.

ز - على أن موضوعنا «الحق» وهو لا يتصور إلا في وسط اجتماعي، لا في الفرد المنعزل أو البدائي الفطري.

(١) وقد رأيت أن المصلحة العامة في التشريع الإسلامي مقدمة بالإجماع، وأن ثمة قاعدة مستقرة في هذا التشريع ترسي أصل المصلحة العامة كحقيقة واقعة مستقلة بذاتها عن المصلحة الفردية، وأن لها حق التقديم والاعتبار عند تعارضها مع المصلحة الفردية، واستحالة التوفيق بينهما، ولو ترتب على ذلك ضرر خاص، لأن تحمّل هذا الأخير أهون من الضرر الناشئ عن إهدار المصلحة العامة بالبداهة، وهذه القاعدة المستقرة تقضي بأنه يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام. مادة ٢٦، مجلة الأحكام العدلية. «الموافقات»: (١٩٦/٤) وما يليها.

فحيث تكون الجماعة تنشأ الحقوق والروابط الاجتماعية.

ح - هذا ومن الثابت علمياً أن الإنسان اجتماعي بطبعه وفطرته، فضلاً عن كون ذلك أمراً واقعياً، وإنكار الواقع محض مكابرة.

ط - أما الدور الأول «للعقد» وأنه شريعة المتعاقدين، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة المطلق، فقد كان من مساوئ ذلك الاستغلال، نتيجة تباين المراكز الاقتصادية بين المتعاقدين قوة وضعفاً، فعجز هذا المذهب عن إيجاد القواعد التي تحمي الطرف الضعيف، ولأن قبوله الظاهري لا ينبئ عن إرادة حرة، أو رضا حقيقي، بل هو في واقع الأمر مقهور، فاقد الحرية.

ومن مساوئه أيضاً: مظالم الرأسمالية التي جعل لها هذا المذهب السيادة المطلقة، ولا سيما بالنسبة للشركات الاحتكارية، واستغلال أرباب الأعمال للعمال تحت ستار «العقد»، وحرية التعاقد المطلقة، وهو واقع تاريخي لا يسع أحداً إنكاره.

ي - إن التصرف في المال والحق على الوجه المطلق، ولا سيما حق الملك، دون اكتراث بالأضرار التي تنجم عن ذلك، لا يجعل للحق ولا للمال وظيفة اجتماعية، أو مصلحة معقولة، أو غاية مشروعة، ولا مصلحة تتصور مع إطلاق الحرية إلى حد إتلاف المال مثلاً، ذلك لأن إتلاف المال لا يتعلق به مقصد مشروع، أو غرض معقول، وهذا المذهب يجيزه، فضلاً عما يترتب على ذلك من ضرر عام<sup>(١)</sup>،

(١) قدمنا أن كل حكم، وكل حق في التشريع الإسلامي إنما شرع لمصلحة معينة هي الغاية المقصودة منه، وأن استعماله ينبغي أن يكون على وفق الغاية من أصل تشريعه، تحقيقاً لها. أما التصرف في المال إتلافاً، فمحرم شرعاً، لأن تضييع المال عبث لا يشرع، إذ لا يتعلق به مقصد شرعي، ولأنه يتنافى مع حكمة خلق المال للبشر، ليستعينوا به على ما يحقق مصالحهم في دنياهم فضلاً عن آخرتهم، وأن تحريم العبث بالمال من حق الله تعالى، أو من النظام العام، فلا يجوز إسقاطه ولو بإرادة مالكة.

ولذا نرى الإمام القرافي المالكي يقرر هذا الأصل بقوله: «فحجر - منع - الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دينه ودنياه وآخرته، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه، وكذلك حجر الرب تعالى على العبد في إلقاء ماله في البحر، وتضييعه من غير مصلحة، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه». «الفروق»: (١٤١/٢).

والبدليل أن تكون الإرادة متجهة إلى تحقيق مصلحة مشروعة، تفسر حكمة تشريع أصل إيجاد المال نفسه، وامتلاكه، والتصرف فيه، وتفسر كذلك الغاية المعقولة من استعمال الحق، وإلا كان العبث والتحكم، وكلاهما غير مشروع عقلاً ومنطقاً.

أجاز هذا المذهب الاستغلال بجميع وجوهه، وانتهاز فرصه، لأن حق الملكية مطلق، ومن ذلك الاحتكار، والربا المضاعف، والغبن الفاحش، والتلاعب بالأسعار، مما أدى إلى وقوع أزمات اقتصادية حادة تحت شعار «الاقتصاد الحر» ولا سيما من قِبَل أصحاب الثروات الضخمة، لأنه أباح للفرد جمع المال، وتأثيل الثروات بكل وسيلة، كما جعل لسلطان الإرادة والعقد الدور الأول.

وأما نقده من الناحية السياسية، فقد أدى إلى عدم استقرار السياسة في البلاد، نتيجة لارتباطها بالأحزاب المتصارعة، وبأصحاب الثروات الضخمة، فتنقلب السياسة بتغير الأغلبية التي تتبعها الحكومة، وهذا مما يؤدي إلى إضعاف الدولة نفسها.

هذه المساوي تبدو بصورة أشد في البلاد المتخلفة التي لم ينضج فيها الوعي السياسي، بل قد ينقلب ذلك وبالأعلى عليها.

## ٢ - مفهوم الحق في مذهب التضامن الاجتماعي

تأثر هذا الفقه عكسياً بالمذهب الفردي، فكانا على طرفي نقيض.

١ - يرى هذا المذهب أن الإنسان المنعزل لا وجود له إلا في مخيلة فلاسفة المذهب الفردي، ولذا لا يصلح ما تفرع عن أصل هذه الفكرة من أن حقوقه وحرياته هي أساس القانون وغايته، وإنما يجب - في فلسفته - أن يقوم القانون على أساس واقعي مشاهد ومحسوس، وهو «التضامن الاجتماعي» إذ هو - وحده - الذي يصلح أساساً معقولاً وواقعياً للقانون، باعتباره القاعدة الضرورية لحياة الجماعة التي لا قِبَل لها ولا للفرد بالعيش إلا على أساسها، ويمكن صياغة هذه القاعدة كما يلي:

«إن الفرد - حاكماً أو محكوماً - ملزم بالامتناع عما يخل بهذا التضامن، وملزم

كذلك بإنجاز كل فعل يؤدي إلى صيانته وتنميته»<sup>(١)</sup>. وهو مبدأ عام.

(١) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف: ص ٤٥ وما يليها، الطبعة الثانية.

هذه القاعدة بناحيثيها: الإيجابية والسلبية، يجب أن تصاغ قواعد القانون على وفقها، فهي أصل عام للقانون، أو قاعدة الحقوق التي تنشأ عنها.

٢ - وعلى هذا، فأساس القانون مصلحة المجتمع وحده، لا الحق الفردي، ولا المصلحة الفردية، وأن الفرد مسخر لخدمة المجتمع، وللعمل على تحقيق التضامن الاجتماعي، والامتناع عن الإخلال به، ومن أجل هذا منح ما يسمى «الحق» مجرد وسيلة لتحقيق ذلك.

٣ - وأيضاً، المجتمع هو صاحب الحق، وهو الذي يمنحه الفرد، والفرد - في الأصل - مجرد من الحقوق إلا ما يمنحه إياه المجتمع.

٤ - على أن الفرد لم يمنح الحق عبثاً، بل ما منح حقاً إلا ليؤدي واجباً، للصالح العام، وتفسير ذلك: أن الفرد إذا كان ملزماً بالعمل على تحقيق التضامن الاجتماعي، وملزماً كذلك بالامتناع عما يخل به، كان له السلطة في القيام بكل عمل يفضي إلى تحقيق هذا التضامن، وأن يصدّ الغير - كائناً من كان - عن عرقلة الدور الاجتماعي المفروض عليه إنجازه<sup>(١)</sup>، فليس تحقيق التضامن الاجتماعي إذن موكولاً إلى اختيار الأفراد، بل هم ملزمون بذلك حكماً ومحكومين.

فمفهوم الحق - في منطق هذا المذهب - أنه ليس غاية في ذاته، بل هو مجرد وسيلة أو مَكْنَة، منحه المجتمع الفرد الاجتماعي، ليتمكن من القيام بواجبه الذي تقتضيه مستلزمات التضامن الاجتماعي لا مصلحته الخاصة، إذ من غير المعقول أو من المحال أن يفرض الشارع على الفرد واجباً معيناً يحتمّ عليه أداءه، ثم لا يمنحه السلطة أو الوسيلة التي تمكنه من القيام بهذا الواجب، لأن هذا ضرب من التكليف بالمحال.

فالحق - على هذا - منحة للفرد؛ لتمكينه من أداء الالتزام المكلف به، لتحقيق التضامن الاجتماعي، وهذا الالتزام هو الدور الاجتماعي، أو قل: الوظيفة الاجتماعية التي تمثل الحق كله.

(١) المرجع السابق.

## ❖ مفهوم الحق في نظرية التضامن الاجتماعي:

فالحقوق إذن ليست خصائص أو ميزات، بل وظائف اجتماعية خالصة، أو واجبات، أو مراكز قانونية، يخلقها المشرع متى شاء، وكما يشاء، على ضوء من مصلحة المجتمع، دون نظر إلى الأفراد ومصالحهم الذاتية.

٥ - إن المصالح الفردية تتحقق تلقائياً ضمن تحقيق مصلحة المجتمع، لأن الفرد جزء تكويني فيه، وليس مستقلاً عنه، أي ليس له كيان ذاتي، وشخصية منفردة ذات مصلحة خاصة مستقلة عن مصلحة المجتمع، فليس للقانون من أساس وغاية إلا المصلحة العامة، والحقوق مراكز قانونية يشغلها الأفراد لأداء وظائف اجتماعية للمجتمع لا لأنفسهم، حتى إذا لم يعد للمجتمع مصلحة في حق ما، ألغى ذلك الحق، ومعنى ذلك أن هذا الحق قابل للزوال إذا فقد مبرر وجوده.

إذن لم يعد حقه مظهراً لحريته أو شخصيته الفردية المستقلة، أو امتداداً لكيانه المستقل في المجتمع.

٦ - لا يميز هذا المذهب استعمال الحق في غير الوظيفة الاجتماعية، وتترتب مسؤولية صاحبه إذا أضر بالمجتمع، أو حقق مصلحة غير مشروعة، غير أن هذه المسؤولية ليس أساسها التعسف، بل تنهض على أساس أن هذا إخلال بقاعدة التضامن الاجتماعي، ومجافاة للوظيفة الاجتماعية، فهو خروج عن الحق نفسه.

٧ - ولا يجوز لصاحب الحق أن يمنع الغير من الانتفاع بمحل حقه، إذا لم يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية، كأن يمد أسلاكاً فوق أرضه، أو يأخذ من ماء ترعته إذا فاض عن حاجته، لأن هذا مما يقتضيه التضامن الاجتماعي.

٨ - كل عامل يستولي على ثمرة عمله، وله ادخاره، ويورث عنه، تدعيماً لحق الملك، باعتباره ركناً أساسياً في الإنتاج العام أولاً.

٩ - يوسع من اختصاصات الدولة ووظائفها، وإشرافها على الشؤون الفردية والاجتماعية، بالنظر للظروف المستحدثة، فيتعين عليها توجيه الاقتصاد، وإزالة التناقض في الروابط الاجتماعية القانونية، وعليها التدخل لتنظيم هذه الروابط

الاجتماعية والإشراف عليها، للحد من سلطان الإرادة، تحقيقاً للتكافؤ، ولا سيما بين أرباب العمل والعمال، والمنتج والمستهلك<sup>(١)</sup>، وعدم ترك ذلك للتعاقد الحر إلا إذا لم يُخلَّ بالتضامن.

١٠ - يتعين على الدولة أن تنهض بكل المرافق العامة التي لا طاقة للأفراد بالنهوض بها، أو التي تثبت أنهم أساؤوا التصرف فيها استغلالاً، ولم يراعوا فيها الصالح العام، ولا سيما تلك المرافق التي اتسعت وتعقدت بفعل التقدم الصناعي والتقني، وفي ظل الإنتاج الكبير.

١١ - حق الملك لا يقوم على أساس السلطة المطلقة، بل على أساس التوجيه إلى استثمار وتنمية الثروات لمصلحة المجتمع، لا على أساس الاستغلال الفردي، أو تأثير الثروات الخاصة، وتحري مواقع الربح الشخصي حيثما وجد، عن طريق السلطة المطلقة في حق الملك، ولو أضرَّ بالغير.

١٢ - الاعتبار الأول في النشاط الاقتصادي للدولة، لا للمبادرة الفردية، ولا لسلطان الإرادة في إبرام العقود.

١٣ - وظيفة القانون ليست هي «مجرد التنسيق والتوفيق» بين الحريات الفردية المتعارضة، بل الإجبار والإخضاع والإلزام والتوجيه، رعاية للصالح العام، والنهوض بالوظائف والمرافق الكبرى التي يقتضيها الصالح العام.

١٤ - العدل - في منطقه - هو العدل التوزيعي الذي يتمثل فيما يوزعه المجتمع على الأفراد، من مغارم<sup>(٢)</sup> أو مغانم، وليس هو «العدل التبادلي» الذي يتحكم فيه قانون العرض والطلب بناء على المنافسة الحرة، أو مبدأ الاقتصاد الحر.

١٥ - يفرض على الدولة التدخل لتنهض بوظائفها، ولا سيما في الميدان الاقتصادي وقت الأزمات، فتتنظم الإنتاج والمبادلات، وتحدد الأسعار، وتلتزم به إلزاماً، وتمنع الاستيراد، وتكسر الاحتكار، وتحمي الادخار، والطرف الضعيف<sup>(٣)</sup>،

(١) المرجع السابق.

(٢) المغارم: الأعباء والواجبات، والمغانم: المنافع.

(٣) المراجع السابقة.

وتحسّن أوضاع الطبقة العاملة، وتحميها من استغلال أرباب العمل ذوي الثراء الفاحش الذين اتخذوا «العقد» وسيلة إلى ذلك، مع عدم التكافؤ بينهما من حيث القوة الاقتصادية، مما أدى إلى الاستغلال والتفاوت بين طبقات المجتمع.

١٦ - وأما من الناحية القانونية أيضاً، فلم يجعل للحق إلا مفهوماً واحداً، هو «المعنى الاجتماعي»، مُهذراً المعنى الفردي، بل جعله كله وظيفة اجتماعية خالصة، أو واجباً محضاً، بعد أن كان مفهومه فردياً خالصاً يورث صاحبه سلطة مطلقة.

١٧ - لم يجعل للعقد الدور الأول في تنظيم الروابط القانونية، بل حدّ من سلطان الإرادة، فجعل عقد الإيجار مثلاً تمدد مدته تلقائياً وبقوة القانون لا بإرادة المؤجر، كما تتحدد الأجرة تخميناً باستشارة الخبراء، لا باتفاق إرادتي المتعاقدين.

فلا يقوم عقد الإجارة إذن في عنصرية الاساسيين: المدة والأجرة، على توافق الإرادتين، أي: العقد، بل على ما يحدده القانون.

❖ ما يتجه على مذهب التضامن الاجتماعي من النقد:

١ - أنكر هذا المذهب المصلحة الفردية الخاصة إلغاء تاماً، واعتبر الفرد مندمجاً في المجتمع، ففضى على شخصيته وحرية، واستقلاله، ومواهبه، ووجوه نشاطه.

٢ - ألغى فكرة الحق بالمعنى الخاص، فلم يعد فيه أي ميزة لصاحبه، إذ حوّله إلى مجرد وظيفة اجتماعية، أو مركز قانوني يعمل فيه صاحب الحق موظفاً لدى المجتمع، دون أن يكون له فيه مصلحة ذاتية مباشرة، فخلا مفهوم الحق من العنصر الذاتي، والحق في عنصره الذاتي أساس في النظام الاجتماعي والاقتصادي، إذ هو امتداد لشخصية الفرد تجاه المجتمع، ومظهر لحرية، ولا ريب أن كلاً من الفرد والمجتمع من مكونات الواقع، إذ الفرد كائن حي عاقل مفكر حُرُّ مسؤول، له ذاتية عاملة، وإرادة مستقلة لا يسوغ تجاهله، أو إلغاء خصائصه الفطرية، لما في ذلك من ظلم عظيم، إذ لا يعود هذا النظر على الفرد ولا على المجتمع بالفائدة أو المصلحة.

٣ - وإذا كان لا يجوز الإخلال بمقتضى قاعدة «التضامن الاجتماعي»، فكذلك لا

يجوز الإخلال بقاعدة التوازن بين المصالح، أي بين المصالح الفردية المتضاربة، ولا بين مصلحة الفرد ومصصلحة المجتمع، رعاية للحقين معاً، وهو العدل الذي لا يتجاهل أيّاً من مكونات الواقع، فضلاً عما يعود هذا الاعتبار على الفرد والمجتمع بالخير والنفعة، بل نرى أن التضامن الاجتماعي نفسه لا يتم على وجهه الأكمل بمجرد الإخضاع أو الإلزام القانوني للأفراد، دون اعتراف بحقوقهم الإنسانية ومصالحهم الذاتية أولاً، بل نراه يتحقق على وجه أكد عملياً بالتوازن بين مصلحة الفرد ومصصلحة المجتمع، ولا يتم ذلك بدهاءة إلا على أساس الاعتراف بهما معاً، إذ لا يتوقع خضوع الفرد قهراً لتحقيق مصلحة المجتمع وقد هدم حقه هو الذي يعتبر أكبر حافز على نشاطه الحيوي بعامة، فضلاً عن نشاطه الاقتصادي بوجه خاص.

لأن من الثابت أن اهتمام الأفراد بالمصلحة العامة يقل كثيراً عن اهتمامهم بمصالحهم الخاصة، إن لم نقل: إن المصلحة العامة قد لا تخطر ببالهم غالباً.

٤ - اعترف بحق الملك، غير أن مضمونه خلو من العنصر الفردي، أو المصلحة الذاتية مفهوماً أو غاية، وهو حق قابل للزوال في فلسفة هذا المذهب.

٥ - عالج تطرف المذهب الفردي بتطرف مثله، مدفوعاً بالعداء الشديد، وما عرفنا كالهوى عابثاً في التشريع.

٦ - أعدم المبادرة الفردية من الوجود الاجتماعي والاقتصادي، وقضى على الحافز الذاتي حين حلت الدولة محلها.

٧ - على أن هذا المذهب فيه شيء من الاعتدال، فلم يتطرف إلى حد إنكار كل قيمة للملكية الفردية، أو الميراث، فلم يبلغ حق الملكية أصلاً، وأجاز ميراث الملك.

٨ - لا يتصور أن يكون لنظرية التعسف أساس في هذا المذهب، لتطرفه نحو المجتمع، ولا اعتباره الحق كله مجرد وظيفة.

وتأسيساً على هذا النظر يكون استعمال الحق في غير الوظيفة الاجتماعية خروجاً عن الحق، ومجازةً لحدوده الموضوعية، لا تعسفاً في استعماله داخل حدوده، لسبب بسيط، هو أن الحق كله - في اعتباره - وظيفة، فإذا لم يؤديها فقد خرج عليها، أي

خرج على الحق نفسه، فلم يعد عمله إذن يستند إلى حق أصلاً، والتعسف - كما هو معلوم - انحراف بالحق عن غايته، ولكن في حدوده الموضوعية، ويستند دائماً إلى حق كما علمت<sup>(١)</sup>.

ونحن نرى أنه كان من الأعدل والأحفظ للحق والمصلحة أن يعترف بالحق الفردي، وبحق المجتمع على السواء، ثم يقيد الأول بما يدفع كل ضرر غير عادي يلحق بالغير من الفرد والمجتمع من جراء سوء استعماله أو التعسف فيه، وأن يقيم التوازن بين المصالح المتضاربة، وتُقدّم مصلحة المجتمع عند تعذر التوفيق بينها وبين المصلحة الفردية، وهو ما نهضت به نظرية التعسف<sup>(٢)</sup>، تقويماً للانحراف، وعدلاً في المسؤولية والجزاء.

وبعبارة أخرى: تقييد الحق الفردي خير من إلغائه، وهو ما نهضت به نظرية التعسف، إذ لا يُعالج التطرف الفردي بتطرف مثله، عدلاً ومصلحةً، لأن تقويم الانحراف عن غاية الحق الفردي، لا يكون بإلغاء الحق ذاته، بل بتقويم إرادة صاحبه في الاستعمال، أو تلافي سوء النتائج، إذ الحق الفردي من مقتضيات الفطرة الإنسانية ذاتها، كيلا يكون التشريع العادل ضدّاً على طبائع الأشياء<sup>(٣)</sup>.

#### ❖ الملاحظات العامة على المذهبين من الناحية القانونية:

أ - الأصل العام الذي يقوم عليه القانون في المذهب الفردي هو الحق الفردي، وتنحصر وظيفة القانون في تحديد حق كل شخص، بينما نرى مذهب التضامن الاجتماعي يقوم على أن القانون هو أساس النظام القانوني، لا الحق الفردي، ولذا

(١) «النظريات السياسية» للدكتور مصطفى الخشاب: ص ٢٢٢، و«المدخل إلى العلوم القانونية» للدكتور البدرابي: ص ٣٧، و«نظرية القانون» للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: ص ٢٥، ٢٧، «الحق ومدى سلطان الدولة» للمؤلف: ص ٥٠.

(٢) وهذا ما جاء به التشريع الإسلامي، واهتدت إليه معظم التشريعات المعاصرة في العالم المتحضر في هذا القرن العشرين.

(٣) المراجع السابقة.

تقررت للحق الفردي الواجبات، والوظائف، وسميت حقوقاً، بقطع النظر عن مصالحه الذاتية المباشرة.

ب - الأصل في المذهب الفردي أن الحق مطلق، ويورث صاحبه سلطات مطلقة، فكان ميزة له، ومنظوراً فيه مصلحته على الخلو، ومن هنا أجاز له استعماله على وجه الإطلاق، لأنه أضحي غاية في ذاته، وإذا أضر بالغير، فرداً أو مجتمعاً، لا يعتبر متعسفاً في منطق الفلسفة الفردية، ولا يتقيد إلا بمقتضيات النظام العام والآداب. أما مذهب التضامن، فالحق كله وظيفة<sup>(١)</sup>، بل هو واجب محض لا ميزة فيه لصاحبه ولا مصلحة مباشرة، بل هو مجرد وسيلة وضعها القانون في يد الفرد، ضرورة تمكينه من القيام بواجبه، وهو تحقيق الصالح العام، فسبب منحه الحق هذا هو الإلزام القانوني بالقيام بالواجب، أي أن القانون هو أساس الحق، وليس ذات الإنسان بحكم الفطرة.

ج - المذهب الفردي يرى أن المصادر التشريعية التي يستمد منها القواعد المرنة غير المحددة ابتداء - كالعرف - لا تورث الطمأنينة للفرد الذي يجب أن يكون على علم بالتشريع المحدد مسبقاً، ويؤثر أن تكون القواعد جامدة لا تعطي سلطة تقديرية للقاضي، ولا يؤثر في تطبيقها اختلاف الظروف.

بينما يرى مذهب التضامن أن التشريع الجامد قد يصبح - بتأثير تغير الظروف - غير متفق ومصالح المجتمع ومطالبه الجديدة، فيجب حينئذ التوفيق بين قواعد التشريع ومقتضيات الظروف المستجدة<sup>(٢)</sup>.

(١) الحق في التشريع الإسلامي ذو وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية، لأنه جمع بين المصلحتين معاً، فلم يعرف التطرف نحو الفرد، ولا نحو المجتمع، فكان ذا طبيعة مزدوجة.

(٢) يذكرنا هذا بما وضع الإمام الشاطبي من شروط في تطبيق القواعد العامة على جزئياتها في التشريع الإسلامي، لأن الاجتهاد في التطبيق لا يقل خطراً وأهمية عن الاجتهاد في الاستنباط، فمن المعلوم أن التشريع الإسلامي، وقواعده العامة، ثابتة، ومضمون كل قاعدة عامة - تشريعية كانت أم فقهية - يسمى «مناً عاماً» أي: شرع ابتداء على وجه العموم، وفي الأحوال العادية، دون مراعاة لما يحتف بالأشخاص أو المجتمع، أو الوقائع من ظروف خاصة وملابسات جديدة، حتى إذا حدثت ظروف أو =

أو بعبارة أخرى: يجب على الاجتهاد التشريعي أو القضائي في التطبيق مراعاة الظروف الجديدة، ليتمكن القاضي من الملائمة بين مقتضى النص ومقتضى الظرف الجديد، ليتحقق العدل والإنصاف، والصالح العام، ولو أدى ذلك إلى استثناء الواقعة المعروضة من عموم قاعدتها، بالنظر لما نشأ عن تلك الظروف الخاصة من أدلة وأحكام اقتضتها، وإلا أدى التطبيق الآلي للحكم الأصلي دون مراعاة الظروف الخاصة الجديدة إلى عواقب ونتائج قد لا تقرها مبادئ التشريع، أو روحه العام، أو الغاية منه.

والخلاصة: يجب تطبيق النص الأكثر ملائمة للصالح العام في ظل الظروف المستجدة، ولا شك أن مراد ذلك إلى سلطة القاضي التقديرية الواسعة، وهذا نظر تشريعي وجيه، لأنه يقيم وزناً لتأثير الظروف المتجددة على نتائج التطبيق، والعبرة بالنتائج والمآلات، بينما لا يرى المذهب الفردي هذا الأصل، لأنه لا يعبأ بالنتائج واختلاف الظروف، بل ولو كانت إضراراً بالغير.

وأيضاً مذهب التضامن يقيم وزناً «للعرف» مصدراً احتياطياً للتشريع، لأن العرف هو ما استقر عليه العمل الجماعي، قولاً كان أم معاملة، لما فيه من تحقيق مصلحة واقعية للمجتمع، وإلا ما جرى بين الناس عرفاً، ولا خضعوا لسلطانه وهيمنته<sup>(١)</sup> عن طواعية.

= ملابس غير عادية بالشخص أو الأمة أو الوقائع، نشأ عن هذه الظروف أدلة جديدة تسمى «المناط الخاص» وترتب عليه حكم جديد يعارض حكم المناط العام الأصلي، وهنا يوازن المجتهد بين الحكمين المتعارضين، أي بين مآل ونتيجة تطبيق حكم المناط العام وحكم المناط الخاص، فيطبق بسلطته التقديرية ما هو أدفع ضرراً أو أقل مفسدة، وأكثر نفعاً، واتفاقاً مع مقاصد التشريع، وبذلك يستجيب التشريع الإسلامي لمقتضيات اختلاف الظروف في كل عصر، وهذا النوع من الاجتهاد لا ينقطع أبداً.

راجع «الموافقات»: (٨٩/٤) وما يليها، و«الفقه الإسلامي المقارن»، و«تحقيق المناط» للمؤلف: ص ٢٧ - ٤٧، طبع جامعة دمشق، ١٩٧٩م.

(١) العرف في التشريع الإسلامي مصدر هام من مصادر التشريع فيما لا نص فيه، يعترف بحجية أحكامه في الوقائع التي لم يرد فيها نص تشريعي خاص، ما دام لا يصطدم مع نص خاص في موضوعه، ولا مع =

فالعرف نابع من البيئة، وهو استجابة لحاجاتها ومصالحها.

د - حرية التعاقد، يراها المذهب الفردي سبيلاً إلى تحقيق العدل في المبادلات، إذ «العقد» - في نظره - كفيل بتحقيق العدالة، ولذا كان العقد شريعةً وقانوناً ملزماً لطرفيه، تحل فيه إرادة المتعاقدين محل المشرع، بكل ما فيه من بنود وشروط والتزامات، وإذا كان له الدور الأول في تنظيم الروابط الاجتماعية كما قدمنا، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة المطلق، فالعدل هو ما ترضيه حرية المتعاقدين، وقد يتحكم أحد المتعاقدين في الآخر، لأنه أقوى اقتصادياً، فالحرية المطلقة لا تحفظ التوازن.

ولذا قام المذهب الفردي على الحق والملك والعقد، وكل منهما مطلق.

أما مذهب التضامن الاجتماعي، فيرى أن عدم التكافؤ بين المراكز الاقتصادية التي يحتلها المتعاقدان واقعياً، لا يجعل حرية التعاقد سبيلاً متعيناً إلى تحقيق التوازن بين الالتزامات في مضمون العقد اقتصادياً، إذ القوي يتحكم في الضعيف، ولا سيما وقت الأزمات، كما في الاحتكار مثلاً، وظروف الغلاء، وفي العلاقات بين أرباب العمل والعمال، إذ الواقع أن تَحْكُم أرباب الشروات الضخمة في العمال واقع ومشهود، ونشأ عن هذا التسلط مظالم أو بؤس مما جعل حرية التعاقد صورية، أو المساواة خيالية، لأن إرادة المتعاقد الضعيف مقهورة، فالقبول الظاهري لا ينبئ عن رضا حقيقي، بقرينة الظروف الملابسة، فهو مرغم، وليس حراً ولا متمكناً، بتأثير ظروف الحاجة، والعبرة بالمساواة الاقتصادية، لا المساواة في المراكز القانونية فحسب من تحقق أهلية الأداء لدى كل منهما<sup>(١)</sup>.

= مقاصد التشريع العامة.

وحجة العرف ثابتة بالإجماع، ولا عبرة بالمخالف.

والعرف حجة في تخصيص العمومات، لأنه حينئذ يستند إلى مصلحة تتعلق بحق خاص، أو حق عام هو أولى بالاعتبار في نظر الشارع من تطبيق حكم النص العام على الواقعة المعروضة، ولذا تستثنى من قاعدتها العامة، ويحكم عليها بحكم العرف، إذا كان أدنى إلى تحقيق المصلحة المعتبرة والعدل. هذا والعرف قد يكون قاعدة تفسيرية للعقود. راجع «المناهج الأصولية» (المخصصات) ص ٤٣٢ وما بعدها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]. للمؤلف.

(١) التسعير الجبري في التشريع الإسلامي مقرر في بعض المذاهب، ومقرر عند المتأخرين والمعاصرين من =

إذن حرية التعاقد ينبغي أن تكون حقاً مشتركاً للطرفين؛ ليمكن كل منهما من ممارسته ليكون التراضي كاملاً، لكن الواقع أن المساواة في هذا الحق معدومة، لأن حرية التعاقد إنما يتمتع بها القوي وحده دون الضعيف، وإذا انتفى الرضا الكامل، كان التسلط والظلم والاستغلال بلا ريب، وهذا مناف للعدل، فكيف يُجعل العقد شريعة المتعاقدين بإطلاق؟؟!

لذا، قيّد مذهب التضامن الاجتماعي من سلطان الإرادة، ولم يجعل الضعيف خاضعاً لشروط القوي المقترنة بالعقد، بل كان له سلطة الإيجاب والإلزام، وتحديد الأسعار، بمقتضى القانون الملزم، لا مطلق مقتضى العقد<sup>(١)</sup>، ولا مقتضى حق الملك المطلق، أو حرية التعاقد، إذ كل أولئك قد ثبت فشله في حماية الضعيف.

هـ - حق الملكية مقدس في المذهب الفردي، وهو مظهر لحرية الفرد، كالحق، بل هو امتداد لشخصية الفرد الكاملة في المجتمع، يقف في مواجهته.

بينما حق الملكية في مذهب التضامن الاجتماعي معترف به ما دام وسيلة فعالة لتحقيق ما أنيط به من وظيفة اجتماعية، ولا تقديس له، ولا للفرد، بل اعترف بهما

= الفقهاء المسلمين بالإجماع. انظر بحثاً مستفيضاً في التسعير الجبري «الفقه المقارن» للمؤلف: ص ١٣٣ - ٢٢٠، طبع جامعة دمشق، ١٩٧٩.

(١) التشريع الإسلامي يجعل العدل فوق العقد، ويحترم العقد، ويوجب الوفاء بالتزاماته على طرفيه، ما دام لا يتنافى ومبدأ العدل والإنصاف، سواء عند إنشائه أو تنفيذه، ولا يجيز حُلَّ الرابطة العقدية بإرادة أحد طرفيه دون الآخر، مما يدل على احترامه للقوة الملزمة للعقد، وحرصه على تحقيق الرضا الكامل، لا الكافي فحسب، حيث شرع الخيارات تحقيقاً عملياً لذلك، وأقام وزناً لتغير الظروف، وأجاز تدخل ولي الأمر، لمنع اتخاذ الملكية وسيلة للاستغلال، بل أجاز البيع جبراً على المحتكر بالسعر المعقول، كما أجاز لولي الأمر التسعير الجبري إذا تعين، وإلزام البائع بالسعر المفروض المحدد، ولا عبرة برضاه، وتدخل كذلك عند التنفيذ. كما في حال جوائح الثمار، وفي حال الغبن الفاحش مع التدليس والتغريب، فجعل للمغبون حق إبطال العقد، أي جعل له حق إعادة النظر فيما تعاقد عليه، حتى إذا لم يره في صالحه، لمكان الغبن والتغريب، فسخره، وكذلك الشأن في حال الاضطرار أو الحاجة أو عدم الخبرة الذي يسميه الفقهاء الاسترسال، كلها مظاهر ضعف المتعاقد الآخر، إذا غبن غبناً فاحشاً، استغلالاً لعناصر الضعف هذه.

لتحقيق المصلحة العامة، كما يبيح «الاستملاك» أي الاستيلاء على الملكية الفردية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك<sup>(١)</sup>، دون لجوء إلى القضاء، مع تعويض عادل يحدده الخبراء.

ح - يكثر مذهب التضامن الاجتماعي من حقوق الارتفاق، بأن يبيح لملاك العقارات المتجاورة أن يرتفق بعضها بمنافع بعض، ولو جبراً عن مالك العقار المرتفق به، لصالح العقار المرتفق، بل أجاز ذلك للعقار البعيد، ولو لم يكن مجاوراً، إذا استلزمت ذلك مصلحته التي تعود آخر الأمر إلى مصلحة الإنتاج العام، وتسهيل استثمار الثروات لصالح المجتمع، ويكثر من الالتزامات التي يلقي بها على عاتق الملاك، تقييداً للحرية الفردية<sup>(٢)</sup>، فيتراءى لنا - بادي الرأي - أن المصلحة فردية، لكن الواقع أن المصلحة العامة هي التي تملئها.

ط - أما المذهب الفردي، فلا يميل إلى تحميل الملكية الفردية عبء حقوق ارتفاق أو انتفاع، ويتطلع دائماً إلى حقوق الارتفاق.

ي - أقام المذهب الفردي المسؤولية على فكرة «الخطأ»، سواء أكان فعلاً، أم امتناعاً عن فعل، حيث يعتبر ذلك مخالفة للالتزام تعاقدية، أو لنص قانوني، أو لواجب يقتضي الشخص توخي العناية والأمانة في علاقاته مع نظرائه.

(١) نزع الملكية الفردية من أجل المصلحة العامة، جبراً على المالك، مع التعويض العادل، يرتكز أساساً على إرساء التشريع الإسلامي حق المجتمع، أو الملكية الجماعية بجانب حق الفرد، أو الملكية الفردية، فثمة حقان في هذا التشريع: حق المجتمع وهو ما يسميه الأصوليون: حق الله، وحق الفرد، ويسميه الأصوليون حق العبد، وإذا تقرر الحقان في هذا التشريع على قدم المساواة في الاعتبار، إذا لم يقع التعارض بينهما، فقد تقررت غايتاهما أيضاً، وهما المصلحتان: مصلحة الحق الفردي، والمصلحة العامة، وهاتان المصلحتان هما القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله، وبذلك لم يتطرف التشريع الإسلامي نحو الفردية، وأوجب التوفيق بين المصالح الفردية وبعضها قبل بعض، أو بين المصلحة الفردية والعامة، وقدم هذه الأخيرة عند التعارض المستحکم، ومن ذلك نزع الملكية الفردية التي لا يتم تحقيقها إلا عن طريق الاستيلاء عليها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهذا فرع من الاعتراف بالمصلحة العامة أصلاً في هذا التشريع.

(٢) حقوق الارتفاق مقررة في التشريع الإسلامي على نحو واسع مفصل، وهي حقوق مقررة على عقار =

فإذا انتفى الخطأ، فليس ثمة ما يجيز توزيع الأخطار<sup>(١)</sup> التي تنشأ قضاء وقدرًا. وهذه هي «المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ» والتي يشترط فيها توفر إرادة واعية يتوقف عليها قيام المسؤولية.

ك - وقال أيضاً بالخطأ الافتراضي، بمعنى أنه لا يكون على المضرور عبء إثبات الخطأ في جانب المسؤول، ولكنه - في الوقت نفسه - يجيز للمسؤول أن ينفي صدور الخطأ منه، وبذلك لا يستفيد المضرور من إعفائه من عبء الإثبات شيئاً.

بينما مذهب التضامن الاجتماعي يفصل «المسؤولية عن الخطأ» ويسندها إلى «القوة الاقتصادية» للشخص المسؤول، فيجعلها سبب المسؤولية، لأن «الغرم بالغرم»<sup>(٢)</sup>.

ل - لا نجد في فلسفة المذهب الفردي أساساً تقوم عليه فكرة التعسف، إذ كل من الحق والملك مطلق، فضلاً عن أنه لا اعتراف فيه للمصلحة العامة، كحقيقة مستقلة.

لذا، تقوم المسؤولية فيه على «الخطأ» كما قلنا، ولا يفصل المسؤولية عنه.

وكذلك مذهب التضامن الاجتماعي، لأنه قائم أساساً على الإلزام القانوني، وتحديد الحق بالوظيفة الاجتماعية، لذا فإن عدم التزامها في الاستعمال هو خروج على حدود الحق، لا تعسف في استعماله، كما قلنا من أن عدم التزام ما تقتضيه الوظيفة الاجتماعية، هو عمل لا يستند إلى حق أصلاً، إذ الوظيفة هي الحق بعينه.

= لمنفعة عقار آخر مجاور ومملوك لشخص آخر، جبراً، وهي حقوق متعددة، وغير ذلك مما هو مبسوط في مصادر الفقه الإسلامي، وفي جميع مذاهبه، على نحو دقيق ومفصل.

هذا، والمذهب المالكي يجيز استحداث حقوق ارتفاق جديدة إذا اقتضت المصلحة ذلك.

(١) «المدخل لدراسة العلوم القانونية» للدكتور عبد الحي حجازي ص: ٣٦٨ وما يليها.

(٢) فالشخص الذي «يغرم» يستفيد من استخدام العمال مثلاً، ويحقق مصالحه من ورائهم، يلزمه أن يتحمل «المغرم» التي تنشأ من استخدام هؤلاء الأشخاص، فإذا أصاب الغير ضرر من خطأ التابع أثناء قيامه بوظيفته، أو بسبب هذه الوظيفة، كان المتبوع مسؤولاً، وكذلك إذا أصاب الغير ضرر من شيء، كان مالك ذلك الشيء مسؤولاً.

وهذه القاعدة مقررة بعينها ولفظها في التشريع الإسلامي.

وعلى هذا، لم يجد الفقهاء والقضاة الفرديون مسوغاً للمسؤولية التعسفية في القوانين التي تدور في فلك المذهب الفردي، فحاولوا إدخال الفعل التعسفي الذي يستند إلى حق في الأصل في دائرة أو مفهوم «الخطأ» التقليدي كما بيّنا آنفاً، فخلطوا بين المسؤولية التعسفية، والمسؤولية التقصيرية، ومرد ذلك هو علة «التطرف» في المذهبين، وإنكار كل منهما من مفهوم الحق ما يقره الآخر.

#### ❖ مفهوم الحق في التقنين المدني الجزائري:

ليس مفهوم الحق في التقنين المدني الجزائري فردياً صرفاً على النحو الذي رأينا في فلسفة المذهب الفردي، ولا هو اجتماعي خالص لا يقيم للمصلحة الفردية اعتباراً، بل جمع بين العنصرين: الفردي والاجتماعي، واعترف بالمصلحتين كلاً منهما على استقلال، وقدم العامة على الخاصة عند استحكام التعارض، وحماها من التطرف والاستغلال الفردي، كم حمى الفرد الضعيف من استغلال القوي، ودليل ذلك أنه قد احتفظ للفرد بحق الملكية التي هي أكبر مظهر لحريته وشخصيته العاملة، ولم يبلغ هذا الحق، بل قيده بما يمنع سوء استعماله، وبما يحفظ حق الغير من الفرد أو المجتمع أو ما يسمّى بالطرف الآخر، ثم لم يمس حق الإرث فيه.

أو بعبارة أخرى: لم يحوله إلى مجرد واجب، بل شرعه ميزة للفرد، ولصالحه الخاص أولاً، ثم جعل له وظيفة اجتماعية يتحتم عليه أداؤها كمبدأ مستقر لا مجرد قيد، وعلى الدولة أيضاً تنظيم هذه الوظيفة، وقد فعلت في هذا التقنين، وعليها أن تفعل كلما طرأت ظروف وحالات مستجدة.

وأما إقرار مبدأ الملكية الفردية، فقد نصت المادة ٦٧٤ على أن «الملكية هي حق التمتع - الاستغلال - والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة»<sup>(١)</sup>.

(١) أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة ٨٠٢ تحديداً لنطاقه على أن لمالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله، والتصرف فيه، ويطابقه المدني السوري في المادة ٧٦٨، والليبي في المادة ٨١١، والقيد الوارد في نص المادة ينفي عن حق الملك صفة الإطلاق.

والاستعمال الذي تحرمه القوانين والأنظمة يقصد به المطلق من القيود التي توردها عليه، لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية، أو للمصلحة العامة، وهذا التقييد ينفي عن الحق صفة الإطلاق، لمكان المعنى الاجتماعي فيه.

والواقع أن النص الجزائري أدق في إفادة التقييد لرعاية حق الغير من الفرد والمجتمع، من النص الأردني والعراقي<sup>(١)</sup> الذي أسبغ على حق الملك وصف الإطلاق في تعريفه.

وعلى هذا فحق الملك - في هذا التقنين - ذاتي أولاً، في عناصره أو في خصائصه، ويتضمن المعنى الاجتماعي فيما أورد عليه من قيود للمصلحة الخاصة وللصلحة العامة معاً.

يرشدك إلى هذا أن المادة ٦٩٠ قد نصت على ذلك صراحة بقولها: يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة للغير، وعليه - على المالك - أيضاً مراعاة الأحكام الآتية:

(١) أما في القانون المدني العراقي فقد حدد مفهومه في المادة ١٠٤٨ بأن: «المالك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، تصرفاً واستعمالاً واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة، ويغلتها وثمارها ونتائجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة، وهذا مطابق لتعريف الملكية في المادة ١١ من «مرشد الحيران»، وهو أشبه بالقانون المدني مستمداً من الفقه الحنفي، وهو أضيق المذاهب في تقييد الحقوق، منعاً للتعسف.

وقد اقتبسها القانون المدني الأردني الجديد من المادة ١٠١٨ / ف٢ ولم يكن موقفاً، وأما الفقرة الأولى منه، فتنص على أن «حق الملكية هو سلطة المالك في التصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً، عيناً ومنفعة واستغلالاً». فكان هذا التعريف مناقضاً لمقتضى نظرية التعسف، وكان الأولى ألا يوصف التصرف بالإطلاق، لأنه يصرح بالمفهوم الفردي، في حين أن هذا «الوصف» لا ينطبق على التصرف في الملك في هذه القوانين التي عرفته بذلك، للقيود التي أوردتها عليه للمصلحة الخاصة وللعمامة، مما ينفي عنه هذه الصفة واقعاً، على أن هذا تعريف بعناصر الملك وآثاره من السلطات لا بالحقيقة، لا يقال: إن الأصل هو الإطلاق في حق الملك، بل الأصل هو التقييد للمعنى الاجتماعي الساري في كافة الحقوق في هذه القوانين، وإلا فكيف تبنت نظرية التعسف؟ وهي نظرية عامة تشمل الحقوق كلها، وتقيدها بمعايير التعسف!

المادة ٦٩١ - ١ - «يجب على المالك ألا يتعسف<sup>(١)</sup> في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له<sup>(٢)</sup>.

ثم أورد قيوداً متعددة على حق الملك لمصلحة خاصة<sup>(٣)</sup> مما ينفي المفهوم الفردي للحق.

(١) وهذا في الواقع معيار جديد للتعسف أهم تطبيق له هو حق الجوار، وهو ما يطلق عليه «الضرر الفاحش» يجب أن يضاف إلى معايير النظرية في هذا القانون لتصبح أربعة.

(٢) وقول المشرع في هذه المادة: «غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف» أي: إذا ازداد الضرر في الجسامة إلى حد ينكره العرف، بحيث أضحي لا يحتمل، والمجاوزه هنا - كما ترى - في جسامة الضرر لا في حدود الحق، إذ لو كانت المجاوزة في حدود الحق لكان الفعل غير مشروع أصلاً، ولما تطلب المشرع أن يكون الضرر على قدر معين من الجسامة، إذ ينظر إلى الفعل ليكيف بالمشروعية من خلال مقدار الضرر، لا من حيث ذاته، بل من حيث نتيجته وأثره، وهذا هو التعسف، إذ الفعل التعسفي لا يخرج عن دائرة المشروعية في أصله، بل في مآله، على عكس الفعل التقييري الذي مبناه الخطأ، فهو خارج عن المشروعية أصلاً، والعيب فيه ذاتي، وبذلك لا وجه للخلاف الذي احتدم بين الفقهاء المعاصرين على اعتبار الضرر غير المألوف الذي يلحق بالجار ناشئاً عن تجاوز أو تعسف، إذ وصفت بعض التقنيات الفعل الذي تسبب في الضرر غير المألوف بأنه «غلو»، ثم اختلفوا في مدلول هذا «الغلو»، هل هو خطأ تقصيري، أو فعل تعسفي؟ غير أن التقنين الجزائري قد حسم هذا النزاع بقوله «على المالك ألا يتعسف...» وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك بناء على الاعتبارات التي نصت عليها المادة، وهو ما رجحناه في بحوثنا منذ أمد بعيد. راجع أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف، بحث الخفي.

(٣) كما في المواد الآتية على سبيل المثال ٦٩٣ و ٦٩٤ و ٦٩٦ و ٧٠٣ و ٧٠٤ و ٧٠٥ و ٧٠٦ و ٧٠٨ الفقرة الثانية.

وقد جاء في «مرشد الحيران»، وهو تقنين للفقهاء الحنفي، فيما يتعلق بالتزامات الجوار، في المادة ٥٧ ما نصه: «للمالك أن يتصرف كيف شاء، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً». والضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف، وقد عرفته المادة (٥٩) من التقنين السابق بما يلي: «الضرر =

وأما القيود التي تتعلق بالمصلحة العامة، مثل نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل للمالك، وهذا ما يسمى في سورية «الاستملاك»، فقد نصت المادة ٦٧٧ على أنه: «لا يجوز سلبها جبراً بمعارضة أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية، للمنفعة العامة، مقابل تعويض منصف وعادل».

وهذا تطبيق لمبدأ تقديم المصلحة العامة على الخاصة عند التعارض حتى لا تكون هذه الأخيرة عقبة في تحقيق ذلك.

وبذلك أقر الملكية حقاً ذاتياً أولاً، وحسى المالك من الاعتداء على ملكيته، فللمالك حق التمتع والتصرف في الأشياء<sup>(١)</sup>. ومالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية<sup>(٢)</sup>، وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً<sup>(٣)</sup>، ولمالك الشيء الحق في كل ثماره، ومنتجاته، وملحقاته، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك<sup>(٤)</sup>. ولا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في

= الفاحش» هو ما يكون سبباً لوهن البناء، أو هدمه، أو يمنع الحوائج الأصلية، أي المنافع المقصودة من البناء، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية، فليس بضرر فاحش، وهذه تفرقة بين المألوف وغير المألوف من الضرر. ونصت المادة ٦٠ أيضاً منه على أنه: «يزال الضرر الفاحش سواء أكان قديماً أو حديثاً».

وأورد تطبيقات قديمة على الضرر الفاحش منها:

- ١ - سد الضياء بالكلية على الجار.
- ٢ - رؤية مقر النساء، فلا يجوز إحداث بناء يجعل فيه نافذة على مقر نساء جاره، وإن أحدث ذلك، يؤمر برفعه، لأنه ضرر فاحش، كما لو أحدث باتصال دار دكاناً أو طاحوناً، أو أحدث فرناً أو معصرة... إلخ.

(١) المادة ٦٧٤.

(٢) المادة ٦٧٥.

(٣) المادة ٦٧٥ ف٢. والأرض أهم وسيلة للإنتاج، فجرى عليها الملك الفردي.

(٤) المادة ٦٧٦.

وقوله: «وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً» فيه =

الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون<sup>(١)</sup>، ومنها ما أشرنا إليه من نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة.

وهذا نفي لصفة الإطلاق عن حق الملكية. وأيضاً القيود التي أوردها القانون عليه إشارة إلى وظيفته الاجتماعية التي يجب على المالك أداؤها، وعلى الدولة تنفيذها، فضلاً عن تنظيمها.

غير أنه يلاحظ على تعريف الملكية في التقنين الجزائري، ما يلي:

أولاً: أنه عرف الملك بعناصره السلطوية، من التمتع والتصرف، والاستعمال المقيد بعدم الإضرار بالمصلحة الخاصة للأفراد الآخرين، وبالمصلحة العامة أيضاً، وهي القيود التي نهضت بها القوانين والأنظمة. فاستعمال المالك لسطات حقه ليس مطلقاً وفق رغبته ومشيتته، وهذا التقييد هو الذي يؤصل المعنى الاجتماعي للحق بلا ريب.

لكن التقنين الجزائري لم يُعرّف حق الملكية بطبيعته وماهيته، ويكيّفه على نحو يبين ما له من وظيفة اجتماعية صراحة<sup>(٢)</sup>، بل نقل تعريفه من «مرشد الحيران» حرفياً.

ثانياً: أنه قيد الاستعمال بأن يكون على الوجه المشروع الذي لا تحرمه القوانين والأنظمة، وكنا نفضل أن يكون التمتع والتصرف كذلك، إذ القيود ليست واردة على

= تقييد للمالك، فلا يملك أن يمنع الدولة مثلاً من مدّ الأسلاك الكهربائية فوق أرضه، أو حفر أرضه من قبلها لمد أنابيب المياه أو الغاز أو أنابيب المجاري، أو الأسلاك الهاتفية الأرضية، وغير ذلك مما تقتضيه المصلحة العامة، لأن منع ذلك مما يشكل عائقاً في سبيل تحقيق المرافق العامة أو المصلحة العامة، وليس مثل هذا العائق من الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، فتقييد الملكية بذلك، وعلى المالك أن يخلي سبيل غيره للانتفاع بملكه إذا كان لا يضار، ولا سيما لتحقيق مصلحة عامة. أما ما يوجد في عمق أرضه من المعادن الجامدة والسائلة فذلك ملك الدولة على الأصح.

(١) المادة ٦٧٧.

(٢) وإن كان له عذر في ذلك، هو أن «التعريفات» مكانها الفقه لا التقنين، غير أننا نرى أن التعريف أحياناً يكون ذا صلة بتحديد المفهوم القانوني بماهيته وشروطه، ليحصل في الذهن تصور عن المعرّف يمكن معه تفسير ما ينبثق عنه من أحكام تفصيلية، وحينئذ يكون ضرباً من التقنين العام الذي يرفع النزاع والخلاف بين الفقهاء في شرحه وتحديده.

الاستعمال فحسب، إلا أن يقال أنه يقصد بالاستعمال معناه الأعم الذي يشمل التصرف والتمتع، ولكن هذا ليس بظاهر؛ ولذا نفضل صياغة أخرى هي أدق في نظرنا، بأن يقال:

«حق الملك اختصاص يورث صاحبه سلطة التصرف والاستغلال والاستعمال وفق القوانين والأنظمة». وبهذا تنصرف القيود التي تنهض بها القوانين والأنظمة إلى السلطات الثلاث جميعاً وتنفي عنه صفة الإطلاق، وتقر كونه حقاً ذاتياً يتضمن معنى اجتماعياً.

#### ❖ تعريف حق الملك بماهيته:

وإذا أردنا أن نعرف حق الملك بماهيته، نقول: «حق الملك اختصاص حاجز يقر به القانون لصاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، يمارسها وفق القوانين والأنظمة». فالاختصاص هو جوهر الحق بالمعنى الدقيق، يمنح صاحبه استثناءً بسلطاته الثلاث، مقيداً استعماله لها، أو تصرفه فيها، بما تقيده به القوانين والأنظمة، أداءً لوظيفته الاجتماعية، إذ لا معنى لهذه القيود إلا هذا، فالسلطات يمنحها الحق نفسه أثراً لإقرار الشارع له.

ثالثاً: أنه قيد الاستعمال على الوجه الذي لا يحرمه القانون، ومن ذلك «التعسف» مما يدرأ الضرر عن الغير من الفرد والمجتمع، وبذلك يحقق التكافل الاجتماعي على وجه الإلزام، وهذا هو المعنى الاجتماعي للحق.

هذا، ولا تقف الملكية الخاصة في التقنين المدني الجزائري عائقاً أو عقبة في تحقيق الصالح العام كما قلنا، إذ ليس ذلك من الوظيفة الاجتماعية للملكية، وعلى هذا فقد يحرم المالك من أصل ملكه، جبراً، لتحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة، في مقابل تعويض منصف وعادل، كما نصت على ذلك المادة ٦٧٧ منه المشار إليها آنفاً، وعلى هذا فالمالك مقيد في أصل ملكيته فضلاً عن تقييده في آثارها. أما من حيث الآثار والسلطات فقد منع هذا التقنين المالك من أن يستعمل ملكه على نحو يضر

بجاره ضرراً فاحشاً غير مألوف، وسماه تعسفاً<sup>(١)</sup>: المادة ٦٩١ «على المالك ألا يتعسف....».

بل أجبره على أن يخلي سبيل الغير ليرتفق بملكه إذا اقتضى الحال ذلك، كما في أحكام الحائط المشترك، والحائط الفاصل، وحقوق الارتفاق، من مثل حق الارتفاق بالمرور لصاحب الأرض المحصورة<sup>(٢)</sup> في الأملاك المجاورة، وغير ذلك، أداء للوظيفة الاجتماعية للملك، ولا يسع المالك منعه.

وأما في أصلها فكما قدمنا من نزع الملكية الخاصة، وحرمان المالك منها من أجل المصلحة العامة، مع التعويض العادل، وكذلك التأميم، منعاً لاحتكار واستغلال المرافق العامة، أو العجز عن القيام بالمشروعات الكبرى التي تعجز عن أدائها وتسييرها على الوجه الأكمل طاقات الأفراد وإمكانياتهم المحدودة.

وأيضاً يلاحظ على تعريف حق الملك في القانون المدني الجزائري أنه استبدل كلمة «التمتع» بكلمة «الاستغلال»<sup>(٣)</sup>، لأنه فضل كلمة التمتع استبعاداً لكلمة الاستغلال بما توحى به من انتهاز فرص الأزمات أو افتعالها، لابتزاز أموال الناس بالباطل، تحت ضغط الظروف القاسية، أو الاضطرار، وهذا من قبيل الإساءة في التصرف في الملك، أو هو التعسف في أبشع مظاهره.

(١) بعض القوانين العربية أطلقت على الاستعمال التعسفي لفظ «الغلو» كما في المادة ٨٠٧ مدني مصري، حيث تنص: «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار...».

ثم اختلف الفقهاء المعاصرون في تفسير الغلو، هل هو تعسف في استعمال الحق، أو هو مجاوزة لحدود الحق؟ وسيأتي تفصيل ذلك، والأول فعل يقع في دائرة المشروعية، ولكنه معيب في غرضه أو نتيجته، فالمسؤولية تعسفية، والثاني فعل يقع خارج دائرة المشروعية، فهو غير مشروع ذاتياً، وممنوع مطلقاً، والمسؤولية تقصيرية.

(٢) راجع المواد ٦٩٣ و٧٠٤ و٧٠٥ و٧٠٨ ف٢.

وكذلك حرم هذا القانون إنشاء المصانع، والآبار والآلات البخارية، وجميع المؤسسات المضرة بالجيران إلا على مسافات مبنية في اللوائح، وبالشروط التي تفرضها، دفعاً لأضرارها الفاحشة على الأحياء السكنية، المادة ٧١٢.

(٣) تقول: استبدلت الشيء بالشيء، بمعنى أنك آثرت شيئاً على الآخر، وأخذته بدلاً من غيره، فالبناء تدخل على الزائل، لا المفضل المأخوذ بديلاً.

غير أن التقنين المدني المصري والسوري والأردني قد نص على «الاستغلال»<sup>(١)</sup>.  
الوظيفة الاجتماعية للحق في التقنين المدني الجزائري مبدأ عام، وليس مجرد قيود  
منصوص عليها واردة على سبيل الحصر:

ومما تجدر الإشارة إليه أن الوظيفة الاجتماعية للحق ليست محصورة في القيود  
المنصوصة الواردة على الحق، تقيده بما يمنع الأضرار عن الغير، أو يمنع تحقيق  
مصالح غير مشروعة، أو تجبر المالك على أن لا يتعرض للغير للانتفاع أو الارتفاق  
بملكه عند الضرورة أو الحاجة الماسة، أو تمنع المالك من أن يتسبب - نتيجة  
لاستعمال حقه - في أضرار راجحة لا تتناسب مع ما يجنيه هو من فوائد، ولو كانت  
هذه الفوائد - في حد ذاتها - مشروعة للمالك، بل إن الوظيفة الاجتماعية عنصر  
اجتماعي جوهري في مفهوم الحق ذاته، بحيث يعتبر أصلاً عاماً هو قوام الحق الفردي  
بوجه عام لا ينفك عنه، فينبغي إعماله، أو العمل بمقتضاه في كل حالة تطرأ ولو لم  
يكن منصوصاً على تقيده فيها<sup>(٢)</sup>؛ لأن الوظيفة الاجتماعية للحق من النظام العام  
الثابت الذي يورث حقاً عاماً للغير، فرداً أو مجتمعاً، يخوله حق مطالبة المالك بأداء  
هذه الوظيفة، أو بالامتناع عن الأضرار، أو عن المواقف السلبية الضارة إبان ممارسته  
لحقوقه، وهذه الوظيفة أطلق عليها الإمام الشاطبي: «حق الله».

ونتيجة لذلك، أن ليس صاحب الحق وحده هو الملزم بأداء هذه الوظيفة  
الاجتماعية لما يملك من حق إبان استعماله، والتصرف فيه، بل يجب على الدولة  
أيضاً أن تشرف على هذا الاستعمال وتراقبه، ابتداء وانتهاء، لأنه مبدأ أصيل من  
مبادئ القانون الجزائري التي تنهض عليه النظرية العامة للحق، فكان حقاً عاماً لا  
خاصاً، بل يجب عليها - عند اختلاف الظروف - أن تشرع من القوانين والأنظمة

(١) نص القانون المدني المصري على ذلك بقوله: «لمالك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله، واستغلاله، والتصرف فيه» مادة ٨٠٢.

(٢) يرشد إلى هذا أن الجار المضروب إذا تنازل عن حقه في المطالبة بإزالة الضرر، وتحمله، له أن يعود إلى المطالبة بإزالة أسبابه، مما يدل على أن هذا ليس حقاً شخصياً يسقط بالإسقاط، بل هو حق عام.

الجديدة ما يلزم أصحاب الحقوق بتحقيق هذه الوظيفة الاجتماعية عملاً<sup>(١)</sup> وواقعاً.

وإذا كان لحق الملكية - كغيره من الحقوق - وظيفة اجتماعية في هذا القانون، فمعنى ذلك أنه لا يجوز الملكية المستغلة أو الضارة، أو المطلقة، ولا يعترف بها، ولا نقصد بالعنصر الاجتماعي للحق إلا هذا.

الوظيفة الاجتماعية للحق مبدأ عام محافظ عليه شرعاً في الفقه الإسلامي، بمعنى أنها واجبة الأداء شرعاً، لارتباطها بمفهوم العدل في الإسلام.

هذا هو عين المبدأ الذي قرره الإمام الشاطبي مستخلصاً ومُستقراً من نصوص الشريعة بأن «حق الغير محافظ عليه شرعاً» كما أشرنا، وهو حق الله تعالى، أي من النظام الشرعي العام الثابت في كل حق فردي، لا يجوز إهماله أو التهاون فيه.

يؤكد هذا المبدأ في القانون المدني الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي منبسطة الظل لا على القانون المدني فحسب، بل على سائر فروع القانون.

هذا، ولا تعطي نظرية التعسف المفهوم الاجتماعي للحق فحسب، بل تُبقي أيضاً على أصل «فكرة الحق» ذاتها، ولا ريب أن الحق بالمعنى الخاص، يعتبر عنصراً جوهرياً في التنظيم القانوني كله، فلا هي أطلقت الحق بأن جعلته فردياً صرفاً، ولا هي حولته إلى مجرد واجب، أو وظيفة اجتماعية خالصة تعمل للمصالح العام فقط كما بيننا، بل جمعت بين المعنى الذاتي، والمعنى الاجتماعي في مفهوم الحق، كما قدمنا<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً، نرى أن التقنين الجزائري إذ يقر أصل «فكرة الحق» بالمعنى الفني الدقيق،

(١) أو بعبارة أخرى: يجب على الدولة - المشرع - أن تقوم على حراسة هذا المبدأ تنظيمياً وإشرافاً ومراقبة، والتنظيم يكون بالتقنين أو باللوائح والأنظمة. والإشراف يكون بالمراقبة وترتيب المسؤولية، حملاً للمالكين على الأداء والتفويض، فالمبدأ عام مرعي تشريعاً وتنفيذاً من قبل الدولة وأرباب الحقوق.

(٢) «الموافقات»: (٢/٢٢٢)، ويُقصد بالغير مصلحة كل من الفرد والمجتمع، وهو ما يطلق عليه «الطرف الآخر»، فعلى المالك أن يراعيها في استعماله لحقه، سلباً وإيجاباً، وهذا من النظام العام الثابت الذي لا يتعلق بالخيرية الفردية، لعظيم أثره، وشمول نفعه، ولذا أطلق عليه «حق الله»، وعبر الشاطبي عن هذا المعنى بقوله: «لا حظ فيه للفرد» أي: لا خيرة فيه لصاحب الحق.

ويخضعه لأحكام نظرية التعسف، بحيث يجمع في مفهومه بين العنصرين الفردي الذاتي والاجتماعي، أقول: إذ يقر ذلك يضع «مبدأ التأميم»<sup>(١)</sup> بناء على أن الوظيفة الاجتماعية للحق لا تأبى ذلك، بل قد تستدعيه الضرورة ما دام التأميم مما تقتضيه المصلحة العامة، وعلى هذا، فإن التأميم إذا اقتضته الضرورة، يراه جائزاً بقدرها ما دام لا يلغي أصل حق الملكية الفردية من قانونه، ولكنه - مع ذلك - احتياط للأمر، فجعل التأميم مما ينظمه القانون بشروط معينة، وتعويض عادل.

التأميم في التقنين المدني الجزائري لا يستلزم نزع ملكية جميع وسائل الإنتاج من الأفراد، بدليل إقراره ملكية الأرض للأفراد، وميراثها، وهو أهم وسائل الإنتاج، ولكنه أورد قيوداً عليها، منعاً للتعسف في استعمالها، وأداءً لوظيفتها الاجتماعية. وكذلك ملكية المباني ذات الطبقات المتعددة، وغيرها.

إذن لم يقصر التقنين المدني الجزائري حق الملكية الفردية على أموال الاستهلاك، بل شمل وسائل الإنتاج أيضاً، ما دامت هذه الملكية غير متعسفة ولا مستغلة وقت الأزمات؛ إذ لا تناقض.

وهذا دليل يبين على اجتماع المعنى الذاتي والاجتماعي في مفهوم الحق الفردي والحرية العامة، وهو ظاهر.

❖ حماية التقنين المدني الجزائري للفرد، وحمايته للمصلحة العامة على السواء، وتقديم هذه الأخيرة عند استحكام التعارض.

١ - أما رعايته لحق الفرد، فقد أقر له حق الملكية غير المستغلة أو الضارة، وأباح له جميع وجوه التصرف والاستعمال والتمتع في حدود القانون، بما يمنع التعسف في حق الأفراد الآخرين، أو حق المجتمع من باب أولى.

٢ - منحه الحرية في إبرام العقود، وترتيب آثارها عليها، عملاً بمبدأ سلطان

(١) المادة ٦٧٨ مدني جزائري تنص على أنه «لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني، على أن الشروط، وإجراءات نقل الملكية، والكيفية التي يتم بها التعويض، يحددها القانون».

الإرادة، وإذا كان العقد في التقنين المدني الجزائري مصدراً رئيساً للالتزامات: «العقد شريعة المتعاقدين» المادة/ ١٠٦، غير أنه لم يجعل له الدور المطلق في تنظيم الروابط القانونية بين الأفراد، بل قيده سواء عند تكوينه وإنشائه، أو عند تنفيذه بمقتضيات العدالة، ودرء التعسف في حق الطرف الآخر.

فمن ذلك مثلاً «عقد الإذعان» حيث جعل تفسير ما يشتمل عليه من شروط تعسفية محلاً لتقدير القاضي، وقيد مبدأ سلطان الإرادة، وما ترتب عليه من الحرية الشخصية في التعاقد<sup>(١)</sup>، فالعدالة هي التي تسود مقتضيات العقد عند تكوينه ابتداءً.

فالشروط التعسفية يجب تعديلها، أو الإعفاء منها حسب الأحوال بما تقضي به العدالة، وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك، وتدخل القاضي في التعديل يخرج به عن وظيفته الأصلية في التفسير، ولكن لضرورة حماية الطرف الضعيف وإنصافه.

وما يقال في الشروط التعسفية في عقد الإذعان، يقال أيضاً في تفسير هذا العقد، فقد نصت المادة ١١٢ في الفقرة الثانية، استدراكاً على الفقرة الأولى التي مؤداها: أن الشك يفسر في مصلحة المدين، بقولها: «غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن»<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة ١١٠ تنص على ذلك بقولها: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» وهذا نص أمر، وهو مطابق لنص المادة ١٤٩ مدني مصري، والمادة ١٥٠ سوري، والمادة ١٤٩ ليبي، والمادة ٢٠٤ أردني، والمادة ١٦٧/ ٢ عراقي، ولا مقابل له في القانون اللبناني.

وقد بين القانون الأردني ماهية قبول الطرف المذعن، مشيراً إلى أن العقد - في الواقع - قوامه ما عرضه الموجب وحده، وأن ليس للقابل إلا الموافقة أو الرفض، دون مناقشة، بقوله: «القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها» المادة ١٠٤.

(٢) المادة ٢٠٤/ ف٢ مطابقة للجزائري، والمادة ١٥١ مدني مصري/ الفقرة الثانية. غير أن بعض القوانين العربية قد استعملت كلمة «التفسير» بدلاً من التأويل، والواقع أن التأويل قد يرد ويراد منه التفسير، فيكونان مترادفين، ولكن الأصوليين يريدون من التأويل معنى اصطلاحياً خاصاً، وهو صرف المعنى الظاهر أو المتبادر من اللفظ إلى معنى آخر هو مقصود المشرع في غالب ظن الفقيه أو الباحث، لدليل يرجح هذا المعنى الأخير.

وذلك حمايةً له إبان تكوين العقد، وعند تفسيره أيضاً، والنص أمر، لأنه لا يجيز الاتفاق على خلافه، بل يقع باطلاً، وذلك إمعاناً في الحماية، وضماناً لها، إذ لو أجاز أن يعتبر الاتفاق على عدم التعديل مسقطاً لحق المدعن في العود إلى طلب التعديل، قضاءً؛ لضعف أثر هذه الحماية، إذ قد يرغم الطرف الموجب أو المدعن له الطرف المدعن على هذا الشرط الاتفاقي، فيضيع بذلك كلُّ أثر للحماية، وحينئذ يخرج المدعن من عقد تعسفي إلى شرط تعسفي مثله، لكن النص أمر، حلت فيه إرادة المشرع القاطعة محل إرادة المتعاقدين، نفيًا للتعسف.

وأيضاً، عبارة المادة من أن: «كلُّ اتفاق على خلاف هذا يعتبر باطلاً» صريح في أنه من النظام العام الثابت الذي لا خيرة فيه. المادة ١١٠.

٢ - وكذلك الشرط التعسفي المدرج في عقد التأمين يعتبر باطلاً، إذ قد نصت على ذلك المادة ٦٢٢ في فقرتها الخامسة على ما يلي: «كل شرط تعسفي آخر، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث، المؤمن منه»<sup>(١)</sup>.

٣ - ورعاية الطرف الضعيف في الروابط التعاقدية تبدو أيضاً في النصوص المتعلقة بالاستغلال، فأوجب على القاضي أيضاً أن يتدخل لنصرة المتعاقد الضعيف الذي استغل طيشه أو هواه، وحبذا لو سار التقنين المدني الجزائري شوطاً أبعد فحرم

= إذن، التأويل أصولياً لا يتعلق بالألفاظ، لأنها قد تكون ظاهرة واضحة مفسرة، ومع ذلك يجري فيها التأويل.

أما إذا كانت العبارة غامضة تحتمل عدة معان، فإن اختيار معنى فيها، وتقديمه على غيره على أنه المعنى المراد المشروع بدليل قوي، فذلك من التأويل الأصولي لا اللغوي، لأن الفقيه انتقى معنى من المعاني المحتملة، وأرجع العبارة إليه دون غيره، بدليل قوي مرجح، وليس كذلك التفسير، فكان تعبير القانون الجزائري بلفظ «التأويل» أدق من الناحية الأصولية، لأن من التأويل ما يتعلق بالمعاني المتزاحمة، وقد تكون متعارضة، ولا يتعلق بالألفاظ، فيزيل التعارض، ويحل الإشكال، لأن الغامض مختلف في معناه. «أصول التشريع» للمؤلف، ص ١٦٩. التأويل.

(١) مطابق للمادة ٨٥٠ مدني مصري في فقرتها الخامسة، ومطابق للمادة ٩٢٤ في فقرتها الخامسة. مدني أردني.

استغلال كل حالة يفسد فيها اختيار الطرف الضعيف وإرادته الحرة، اتساقاً مع منطق التشريع، ودرءاً للتعسف والاستغلال في الحالات الأكثر وقوعاً في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كظرف الحاجة والاضطرار، أو عدم الخبرة والتجربة، أو ضعف الإدراك، ولكنه - للأسف - لم يفعل، بل اقتصر على حالتين من الاستغلال، وهما حالة استغلال الطيش والنزق، أو الهوى، وليستا من الحالات الكثيرة الوقوع<sup>(١)</sup>.

إذن عجزت هذه المادة عن مواجهة جميع حالات الاستغلال التي هي أكثر وقوعاً في الحياة العملية، مع أن العلة متحدة، وهي «عدم كفاية الاختيار» أو فسادها، فالإرادة معيبة، هذا إذا نظرنا إلى ظرف المغبون، وهو ما اتجه إليه القانون الجزائري والمصري والسوري والليبي، وكذلك العراقي مع اختلاف في الجزاء.

أما إذا نظرنا إلى الطرف القوي الذي استغل ناحية الضعف النفسي هذه في الطرف الضعيف، فغبنه غبناً فاحشاً، بحيث أصبح التفاوت بين الالتزامات المتقابلة فادحاً بين الطرفين، أو كان الاختلال فادحاً بين التزامات أحد الطرفين وما حصل عليه من فائدة، فإن الباعث النفسي لدى الطرف القوي يعتبر غير مشروع، والعمل الصادر عنه أثراً لهذه الإرادة غير مشروع أيضاً.

(١) انظر المادة ٩٠ من القانون المدني الجزائري حيث تنص على أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً بالنسبة إلى ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد «ليس لهذه المادة مقابل في القانون الأردني، بل اكتفى بالتغريم مع الغبن الفاحش».

- ويقابل المادة ٩٠ جزائري المادة ١٢٩ مدني مصري، مع ملاحظة أن القانون الجزائري قد وسع من دائرة أو مجال تطبيق حكم الاستغلال في الحالتين المذكورتين إذ أطلق فيهما الطيش والهوى، فلم يقيد الأول بكونه بيناً، ولا الثاني بكونه جامعاً، إذ التقييد بهما يضيق من مجال تطبيق حكم هذه المادة، غير أنهما اشتركتا في قصر الاستغلال على هاتين الحالتين دون غيرهما، منعاً للتوسع في تطبيق حكم الاستغلال على حالات أخرى تشترك معها في العلة أو المقصد، فضلاً عن أنها أكثر وقوعاً في الحياة العملية، والعلة هي فساد الاختيار، أو كونه غير كاف، من مثل عدم الخبرة والتجربة، أو الحاجة، أو ضعف الإدراك نتيجة مرض مستعص مثلاً.

فلو اتجه النظر إلى الطرف القوي، لوجب أن يكون الجزء هو البطلان المطلق، حماية للمصلحة العامة لا الخاصة، ولكن القانون رتب جزء البطلان النسبي على أساس النظر إلى العيب في إرادة الطرف الضعيف، نظراً لأن هذا العيب في الإرادة حالة الهوى يشبه الإكراه، وحالة الطيش تشبه التدليس، فكان الجزء لذلك إما أن يبطل العقد، أو ينقص من الالتزامات بناء على طلب المغبون، وإيثاراً لمصلحته، ورعاية لمبدأ استقرار التعامل، وكثيراً ما يكون اعتبار مبدأ استقرار التعامل منافياً لمقتضى العدل.

يؤكد هذا أن القانون يجيز للطرف القوي أن يتوقى دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، في عقود المعاوضة.

وفي هذا إعمال لمبدأ استقرار التعامل، وحماية للطرف القوي من نقض عقده ما دام قد عدل من آثار العقد، وحماية للضعيف، لتخفيف عبء أثر الاستغلال عنه.

هذا الجزء يدل على أن تكييف أثر الاستغلال هو كونه عيباً من عيوب الرضا، لا على أساس أن الاستغلال عمل غير مشروع في ذاته بالنسبة للطرف القوي.

ونحن نرى أن هذا النظر الأخير أولى بالاعتبار، قطعاً لدابر الاستغلال في ذاته من المجتمع، فضلاً عن حماية الطرف الضعيف، وهو ما أخذ به القانون الألماني<sup>(١)</sup> في آخر مراحل تطوره.

ووجه إشارنا لذلك أن نعتبره من باب الإساءة في استعمال حق التراضي، أو صورة من صور انحراف الإرادة عن غاية العقد أو مآله، أو المنافاة لمبادئ القانون جملةً.

فالعقد، وإن كان فيه توافق إرادتين، غير أنه لا يجوز أن تنحرف إرادة القوي منهما، ابتغاء تحقيق غرض غير مشروع، وهو استغلال إرادة الضعيف، ابتزازاً لأمواله. فالإساءة لم تقع من الطرف الضعيف المغبون، بل هو قد وقع ضحية لها.

(١) في المادة ١٣٨، «الوسيط» للسهنوري: (١/٣٩٠) وما يليها.

إذن، يمكن أن يُفسَّر الاستغلال على أنه إساءة في استعمال الحق في التعاقد إذا اتجه النظر إلى إرادة الطرف القوي، واعتبار هذه الإرادة غير مشروعة، لانحرافها، أو اعتبار الباعث غير مشروع، فيكون العمل أو التعاقد نفسه الناشئ عن هذا الباعث السيء غير مشروع بالبداية، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي.

فإذا نظر إلى الطرف القوي كان الحكم الذي يناسبه البطلان المطلق، ترجيحاً لذلك على مبدأ استقرار التعامل، وإذا نظر إلى الطرف الضعيف وهو المستغلُّ المغبون، فالحكم المناسب البطلان النسبي، أو التعديل.

وللمشرع الحق أن ينظر إلى أي الطرفين شاء، أو أن يعتبر هذا النوع من الإساءة مخالفاً للنظام العام، وأن يقدر مساسه بالمصلحة العامة، فيرتب عليه الجزاء المناسب وهو البطلان المطلق، اجتنائاً لأصل الاستغلال من المجتمع، وتحقيقاً لمقتضى العدالة في أوسع مدى، وترجيحاً لذلك كله على أساس مبدأ استقرار التعامل، بعد الموازنة.

#### ❖ مجال تطبيق حكم الاستغلال في القانون المدني الجزائري

أما من حيث مجال تطبيق حكم الاستغلال، فالقانون الجزائري قد ضيق منه تضييقاً شديداً كما ذكرنا، إذ اقتصر على حالتين فقط، ليستا من الحالات التي يكثر وقوعها، إذ غالباً ما يكون الاستغلال فيهما، ككبر السن بالنسبة إلى الرجل الذي يقدم على الزواج من فتاة في مقتبل عمرها، أو العكس: وهي المرأة المتقدمة في السن التي غلب عليها الهوى للتزوج من فتى، وهما حالتان لا يكثر وقوعهما نسبياً.

وكذلك حالة من اعتراه طيش مضلل، أو نزق شديد، أو رعونة مسرفة، وورث أموالاً طائلة، فاستغل المرابون خفته وطيشه ورعونته، وأوسعوا له صدورهم للاقتراض.

وبهذا قد أفسح القانون الجزائري المجال لحرية الإرادة في الاستغلال في حالات أخرى هي أكثر وقوعاً، محاكياً للتقنين المصري والسوري في هذه المسألة.

هذا، وقد أمعن القانون المصري في التضييق حتى من حالتي الطيش أو الهوى، فأورد في الأول قيداً وهو أن يكون بيّناً، وفي الثاني أن يكون جامحاً، دون القانون الجزائري الذي لم يشترط ذلك، فوسّع بعض الشيء من معنى الاستغلال الذي يطاله القانون.

والحجة في هذا التطبيق، هو ملاحظة مبدأ استقرار التعامل، وقلنا: إن إعمال هذا المبدأ كثيراً ما ينافي مقتضى العدل، وحماية المجتمع، أو رعاية حق الضعيف. والواقع أن عنصر عدم الخبرة والتجربة أو الحاجة والعوز والاضطرار، أو ضعف الإدراك، نتيجة لمرض نفسي أو عصبي، كلها عناصر نفسية يمكن استغلالها في الطرف الضعيف، فيفسد به اختياره، بل هي أكثر وقوعاً في الحياة العملية كما أشرنا. فاستغلال عدم الخبرة أو التجربة ومنها «الاسترسال» كما يقول الفقهاء المسلمون وهو الجهل بالمبايعة أو بأسعار السلع، أو بالمساومة، مما يكثر وقوعه في المعاملات، لتعقد الحياة التجارية، بسبب التقدم الصناعي، أو تعقد صناعة السلع، بحيث لا يمكن تقدير السعر العدل إلا على أساس خبرة فنية واسعة بها، ولا سيما ما كان منها مستورداً من الخارج، من أقطار متعددة، كالآلات والأجهزة الكهربائية وما إليها، بحيث نستطيع القول بأن معظم أفراد المجتمع اليوم تعوزهم هذه الخبرة في أكثر معاملاتهم، ويكثر استغلال عدم خبرتهم، ولذا جنحت الدول المتحضرة اليوم إلى التسعير الجبري، لتحقيق التعادل بين الالتزامات؛ حماية للأفراد عديمي الخبرة والتجربة بالوسائل الفنية التي تدخل في الصناعات، ولا سيما الأجنبية التي لا يمكن الوقوف عليها وتقديرها إلا من قبل الخبراء، أو قل: حماية للمجتمع من استغلال طائفة التجار.

وقد رأينا التشريع الإسلامي يحرم استغلال الاسترسال<sup>(١)</sup> (عدم الخبرة)، كما

(١) فقد جاء في السنة: «بيع المسترسل ربا» [أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٣٤٩/٥)]، من حديث جابر بن

عبد الله بلفظ: «غبن المسترسل ربا» [«بيع المضطر وشراؤه حرام»] [أخرج أبو داود: ٣٣٨٢، وأحمد:

٩٣٧، من حديث علي قال: نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر]. وفي قول آخر للرسول ﷺ: «غبن

المسترسل ظلم» [أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٥٧٦، بلفظ: «غبن المسترسل حرام»].

- راجع «المناهج الأصولية في الاجتهاد في التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ١١٢. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]. =

يحرم استغلال الاضرار والحاجة الملحة<sup>(١)</sup>، ومظهر ذلك «الغبن الفاحش».

ومن عَجَبٍ أن تقتصر بعض القوانين العربية على حالة الطيش والهوى، مخالفة بذلك سائر القوانين - كما سيأتي بيانه - التي تعتبر جميع عناصر الضعف النفسي داخلة في مجال الاستغلال، لعل فساد الاختيار أو عدم كفايته<sup>(٢)</sup>.

على أن القانون المدني العراقي قد سار شوطاً أبعد، مترسماً سنن التشريع الإسلامي في التوسع في تحريم حالات الاستغلال، إذ نصت المادة ١٢٥ منه على أنه: «إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقده غبنٌ فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً، جاز له في هذه المدة أن ينقضه»<sup>(٣)</sup>.

وعدم الخبرة أو التجربة، أو ما يسمى «الاسترسال» ضعف نفسي يُستغلُّ به صاحبه في المعاملات، وقد يصل إلى حد الغباء، والشارع الإسلامي يحميه إذا استغلَّ، ويجعل بيده حق الفسخ، أي حق إعادة النظر من جديد في الصفقة التي غبن فيها غبناً فاحشاً. فقد جاء في «الأشباه والنظائر»<sup>(٤)</sup> ما نصه: خيار الغبن<sup>(٥)</sup> يثبت... في صورة تغير<sup>(٦)</sup> - استغلال - البائع للمشتري، بأن كان المشتري غيباً لا يعرف، فقال البائع:

= وأسهب المالكية في موضوع الاسترسال واستغلاله: «يقول الدسوقي: ... فمتى كان هناك جهل (عدم خبرة) من أحدهما، وكذب عليه الآخر، فالرد». «مصادر الحق» للسهنوري: (١٦٣/٢).

(١) المرجع السابق: (١٤١/٢) وما يليها.

(٢) المرجع السابق: (١٤١/٢) وما يليها.

(٣) انظر ما يقابل ذلك في القانون السوري المادة ١٢٠، والمادة ١٢٩ من القانون المدني الليبي مع المقارنة.

(٤) «الأشباه والنظائر مع حاشية الحموي»: (١٩٥/٢) فقه حنفي.

(٥) هذا الاصطلاح يقصد به حق الفسخ للمغبون.

(٦) يقصد به استغلال ناحية الضعف في المشتري، كغبائه مثلاً، بوسيلة قولية مخادعة، هذا ويقصر القانون العراقي الجزاء على حق طلب رفع الغبن، دون حق الإبطال كما ترى.

اشتره بهذا الثمن، فإنه يساويه، فاشتراه مغترأً بقوله: فله خيار الغبن، أي للمشتري المغرر به، أو المُستَغَلَّل لعدم خبرته حقُّ فسخ العقد، حماية له.

وكذلك استغلال الحاجة الملحة، أو الاضطرار الذي يدفع صاحبه إلى التعاقد، والتشريع الإسلامي قد وضع قاعدة عامة<sup>(١)</sup> تمنع استغلال المضطر، بائعاً كان أم مشترياً، وانتقاص حقه، أو غبنه عبناً فاحشاً، فقد نص فقهاء الحنفية على أن البيع فاسد يجب فسخه، قال ابن عابدين: «بيع المضطر وشراؤه فاسد»<sup>(٢)</sup>، وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس أو غيرهما، ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنه بكثير<sup>(٣)</sup>، وكذلك في الشراء منه، إذا لم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل<sup>(٤)</sup>، بغبن فاحش<sup>(٥)</sup>، وحماية المتعاقد الضعيف من الاستغلال، من مقتضى مبادئ العدل.

فتلخص أن ليس للعقد الدور الأول في تنظيم الروابط بين الأفراد، بل العدل يسوده ويتقدمه، ويهيمن على حرية الإرادة، ولذا كان الاستغلال سبباً في النيل من

(١) جاء في السنة من قوله ﷺ: «بيع المضطر وشراؤه حرام» [أخرجه بنحوه أبو داود: ٣٣٨٢، وأحمد: ٩٣٧، من حديث علي]، وفي رواية أنه «ربا» [أخرجه بهذا اللفظ ابن أبي شيبة في «مصنفه»: (٤) / ٣٢٧] من حديث أبي مغفل موقوفاً، وكذلك لا يجوز استغلال الظروف النفسية التي تحيق بالطرف الضعيف، ومما لا شك فيه أن البيع في أصله مشروع، لقوله تعالى: ﴿وَاحِلَ اللَّهُ أَنْ يَبِيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولكن نص الحديث يحرم بيع المضطر، وبيع المسترسل، لا لأجل البيع نفسه، بل لعله الاضطرار والاسترسال، أو ظرف الحاجة الملحة، أو عدم الخبرة، مما يدفع البائع إذا عرف ظروف المشتري، أو اضطراره أو جهله إلى أن يزيد في الثمن زيادة فاحشة، استغلالاً لحاجته، أو غبائه، وكذلك إذا اضطر بائع، فإن المشتري إذا علم باضطراره أبي أن يشتريه إلا بثمن بخس، فيغبن المضطر في الحالين، بائعاً كان أم مشترياً، غبناً فاحشاً، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْسُوا النَّكَّاسَ أَسْبَاةً هُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥] لعدم كفاية الاختيار.

(٢) وهذا ثابت بالسنة كما قدمنا.

(٣) وهذا يطلق عليه الفقهاء اصطلاحاً: «الغبن الفاحش» وهو هنا مظهر مادي لاستغلال عنصر نفسي وقرينة عليه.

(٤) ثمن المثل، هو ثمن يساوي قيمة مثل الشيء المبيع، وثن المثل هو الثمن العدل يلجأ إليه عند فساد العقد، وفساد الثمن المسمى المتفق عليه فيه، وهو أصل من أصول العدل في المعاملات.

(٥) الغبن الفاحش هنا هو النقص الكبير في ثمن ما باعه المضطر، وهذا الانتقاص، إنما كان بسبب استغلال المشتري حاجة البائع المضطر. «رد المحتار»: (١٤٦/٤)، وراجع «مصادر الحق» للسهنوري: (١٤١/٢).

القوة الملزمة للعقد، بأن جعل للمغبون حق فسخه، حماية له، وقد رأيت أن الفقه الإسلامي قد توسع في حالات الاستغلال التي يكون العقد فيها باطلاً بطلاناً نسبياً، تقريراً لمبدأ العدل في العقد في أوسع مدى، في حين أن القانون المدني الجزائري قد قصر عن ذلك كما قدمنا، مقتفياً أثر القانون المصري، وكلاهما خالف التقنينات الأجنبية فيما وصلت إليه في آخر مراحلها من التوسع في حالات الاستغلال، فقربت بذلك من التشريع الإسلامي بالنسبة لهذه النظرية<sup>(١)</sup>، استجابة لمقتضيات العدالة في أوسع مدى.

وإنما قررنا أن نظرية الاستغلال هذه قد أوردتها المشرع قيماً على مبدأ سلطان الإرادة، منعاً للتعسف فيها، وحماية للفرد الضعيف ابتداءً، بدليل الجزاء، وهو حق الفسخ، بخلاف ما لو كان الجزاء البطلان المطلق، على ما اتجه إليه القانون الألماني، المنظور فيه حينئذ، إذ لم يجعل أمر الحماية خاضعاً لتقدير الضعيف المغبون أو القاضي، إن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه، على ضوء من مصلحته الخاصة التي هو أدري بها من المشرع، بل جعله رهناً بإرادة المشرع التي اتجهت إلى إعدام ظاهرة الاستغلال من المجتمع، بأن رتب على الاستغلال جزاء البطلان المطلق. فاختلف الجزاء أساسه ترجيح المشرع لإحدى المصلحتين: العامة أو الخاصة بالمغبون.

والخلاصة أن مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» ليس على إطلاقه في الفقه الإسلامي، بل يسوده العدل، منعاً للتعسف في حرية التعاقد، أو في استعمال الإرادة التعاقدية، أو اتخاذ العقد وسيلة للانحراف عن غايته، أو الانحراف عن مبادئ القانون وروحه، فمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» مشروط بالتزام العدل، والتوازن في الالتزامات، وعدم الانحراف عن غاية العقد، أو مبادئ القانون، لأن هذا الانحراف هو مناط التعسف وعلته، فالعدل - في الإسلام - فوق العقد، وأيضاً إذا اعتبرنا العقد

(١) «مصادر الحق» للسهوري: (١٤١/٢) وما يليها، و«الوسيط» للسهوري: (٣٩٣/١) وما يليها.

شريعة المتعاقدين، فمعنى ذلك أن العقد هو قانونهما، لا القانون العام، وإنهما أنشأه بإرادتهما، فكانت إرادتهما المطلقة هي القانون الذي يحكم معاملتهما، لا القانون الأساسي، وهذا ما لا يقره الإسلام بحال من الأحوال، إذ العقد خاضع لحكم الشرع العادل إنشاءً وأثراً، فالعدل فوق العقد.

هذا، والتقنين المدني الجزائري إذ قيّد مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» الذي يقضي بوجوب الوفاء بما رتب عليه المتعاقدان من الالتزامات بإرادتهما الحرة عند تكوين العقد، قيّده بمقتضيات العدالة في عقد الاستغلال، وعقد الإذعان، على النحو الذي بيّنا، تقويماً لاختلال التوازن، فقد قيده أيضاً عند تنفيذه بنظرية «الظروف الطارئة» التي حدّت من غلو مبدأ القوة الملزمة للعقد، حماية للمتعاقد المنكوب، حيث جعلت للقاضي حق التدخل، لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، عدالة، وإنقاذاً للمدين الذي أثر الحادث الاستثنائي العام الطارئ غير المتوقع على التزامه، فزاد من عبئه زيادة لم يكن يستلزمها العقد، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور من تحكيم مبدأ العدل في العقود والتصرفات في الإسلام.



## معايير التعسف في التقنين المدني الجزائري

### مقدمة

لم يضع القانون المدني الجزائري النصوص الخاصة بنظرية التعسف في باب «الالتزامات» دفعاً لتوهم أن الفعل التعسفي لا يعدو كونه فعلاً غير مشروع، بحيث يكون صورة من صور الخطأ، ويغدو بالتالي داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، أقول: لم يفعل المشرع الجزائري ذلك، بل أكد استقلال نظرية التعسف بالنظر إلى طبيعته الخاصة بأمرين:

أولهما: أنه أفرد لنظرية التعسف مكاناً بارزاً في باب الأحكام العامة في هذا القانون، تأكيداً لطبيعته الخاصة من كون التعسف يتصل أساساً بغاية الحق، أو بالمصلحة التي شرع من أجلها، فالتعسف إذن خروج عن تلك الغاية.

ويتحقق الخروج عن حدود غاية الحق بالقصد إلى الإضرار، أو بما يفضي إليه التصرف من نتائج مناقضة لغاية الحق، أو لأساس التشريع كله وغايته العامة، أو بتحقيق مصلحة غير مشروعة افتتاتاً على المصلحة المشروعة وإهداراً لها، أو لمجرد العبث دون فائدة، أو لمحض قصد الإضرار، وليس كل أولئك من غايات الحقوق.

وعلى هذا، يمكن القول بأن نظرية التعسف تحدد مدى استعمال الحق وفق غايته<sup>(١)</sup>، فليس الفعل التعسفي إذن يمثل خروجاً عن حدود الحق الموضوعية، أو سلطاته<sup>(٢)</sup>، بل هو خروج عن غاية الحق، فتسقط بالتالي القيمة الاجتماعية التي أضفاها المشرع على الحق، لسقوط الغاية أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق.

(١) «أصول القانون» للدكتور حسن كبره ص ١١٠٨.

(٢) لأن المفروض أنه يمارس الحق في حدود ما يخوله من سلطات.

وبذلك قد تثور المسؤولية في التعسف دون أن يكون ثمة خطأ، بالنظر إلى النتائج الواقعة أو المتوقعة في حد ذاتها، دون النظر إلى تقصير أو إهمال، أو نية إضرار أو مجاوزة.

وأيضاً، فإن هذه النظرية لاتصالها بغاية الحق، تقييداً لمدى استعماله وفق الغاية التي شرع من أجلها، تشمل بمعيارها العام هذا كل حق، ولا تقتصر على الحقوق التي تنشأ عن «الالتزامات» فحسب، بل تشمل كافة الحقوق العينية، وعلاقات الأحوال الشخصية، والقانون التجاري، وقانون المرافعات، والقانون العام، لأنها تشمل كافة الحقوق والحريات العامة، وهذا ما يفسر لنا وضعها في باب الأحكام العامة، دون باب الالتزامات التي يجعلها مجرد تطبيق لفكرة الفعل غير المشروع، فيضيق من مفهومها ومجالها، ويناقض طبيعتها.

إذن ارتباطها بغاية الحق، أي بالمصلحة التي توخى الشارع تحقيقها عن طريق الحق الذي شرعه مجرد وسيلة لتحقيق تلك المصلحة، أقول: ارتباطها بغاية الحق جعلها تتسع لتشمل المسؤولية بلا خطأ، كما أشرنا، فضلاً عن أن لها دوراً وقائياً تحل به المشكلة التعسفية ابتداءً، وقبل أن يقع الفعل التعسفي، وتترتب عليه آثاره، فلا تثور المسؤولية التقصيرية حينئذ أصلاً، مما يقيم الدليل البين على استقلال نظرية التعسف، وانقطاع صلتها بتلك المسؤولية كما بينا، لأن هذه الأخيرة تفترض قيام الخطأ، ووقوع الضرر فعلاً، وتوفر علاقة السببية بينهما كما هو معلوم.

الثاني: مما يؤكد استقلال نظرية التعسف في القانون الجزائري أن المشرع الجزائري قد وصف استعمال الحق الذي ينحرف به صاحبه عن غاية الحق، قصداً أو مآلاً - بأن تكون نتائجه على غير وفق المصلحة التي شرع الحق من أجلها، بل تناقضها - أقول: وصفه بكونه «تعسفياً»، ولم يصنفه بكونه «غير مشروع»، لأن هذا الوصف الأخير يوحي بأن الفعل التعسفي ليس إلا تطبيقاً للفعل غير المشروع، وإن كان من المفروض أن ينفذ نظر الفقيه، أو القاضي إلى جوهر اللفظ ومعناه المقصود منه، دون الوقوف عند حرفتيه أو ظاهره اللغوي، وبذلك دفع المشرع الجزائري ما وقع

فيه معظم الفقهاء والشراح من توهم أن الفعل التعسفي داخل في نطاق الفعل غير المشروع الذي يولد المسؤولية التقصيرية، استيحاء من ظاهر اللفظ «غير مشروع» الذي تحاشى التعبير به عن الفعل التعسفي.

هذا، وقد علمت أن معظم التقنيات العربية قد تحاشت التعبير بلفظ «التعسف» خلافاً للمشرع الجزائري، بحجة أن لفظ «التعسف» واسع المفهوم، بحيث يجافي «الدقة» من حيث مدلوله<sup>(١)</sup>، لا لتجعل الفعل التعسفي داخلاً في مفهوم الفعل غير المشروع، بل عبرت تلك التقنيات بالفعل غير المشروع على الرغم من أنها تريد الفعل التعسفي.

وبذلك قطع المشرع الجزائري أسباب النزاع الذي اشتجر حول طبيعة التعسف، حتى كاد يودي بكيان النظرية كلها، ويستبدل المسؤولية التقصيرية بها، على الرغم من أن التقصيرية تقصر عن استيعاب كافة حالات التعسف.

هذا، والذي يهمننا من تحديد الطبيعة الخاصة للتعسف أثرها على تحديد معاييرها، أو ضوابطه، وعلى القواعد التي تضبط تطبيق هذه المعايير في الوقائع المعروضة أمام القضاء، تلك القواعد التي أورت ضوابط التعسف ومعايير دقة ويسراً في التطبيق على ما سيأتي بيانه.

(١) أشرنا إلى أن المشرع الجزائري كان موفقاً في اختياره تكييف استعمال الحق الذي ينحرف عن غايته بأنه تعسفي، ولم يسلك مسلك التقنيات العربية في الصياغة حيث وصفته بأنه فعل غير مشروع، بحجة أن لفظ «التعسف» في نظرها مبهم، وواسع المدلول، وغاب عنهم أن الخلاف الذي اشتجر بينهم حول تحديد طبيعة التعسف، كان منشؤه التعبير بلفظ «غير مشروع»، ولو وصفوه بكونه تعسفياً كما فعل المشرع الجزائري، لتفادوا خلافاً هو أشد مما توقعوا من محذور وصفه بأنه تعسفي، فضلاً عن أن ما توهموه من إبهام في مفهوم التعسف، قد غدا بعد تحديد معايير وضوابطه واضحاً لا لبس فيه، ولا إبهام، على ما سيأتي بيانه.

أضف إلى ذلك أنه على فرض أن لفظ «التعسف» مبهم، وواسع وغير دقيق، غير أن المعايير والضوابط التي أوردها المشرع ترفع ذلك الإبهام والغموض، لأن معايير التعسف وضوابطه قد حظيت من الدقة قسطاً كبيراً بفضل القواعد التي تعتبر أصولاً لتلك المعايير، على أن «التعسف» اصطلاحاً تشريعيّ أفصحت عن مفهومه وضوابطه ومعايير دقة.

ومما يؤكد ارتباط طبيعة التعسف بالضوابط التي أوردها المشرع الجزائري في المادة (٤١) أن التعسف إذا كان أمراً يتعلق أساساً بغاية الحق وهي المصلحة التي من أجلها شرع، وتحديد مدى استعمال الحق وفق غايته، فإن ضوابط التعسف التي أوردها المشرع في المادة المشار إليها، لو أمنت النظر فيها، لوجدتها مرتبطة بهذه المصلحة أيضاً، وبالتائج التي يفضي إليها استعمال الحق في كل حالة بما يلابسها من ظروف، ليرى مدى موافقتها لتلك المصلحة التي وضعها المشرع غاية للحق أصلاً، أو مناقضتها لها، وعلى أساس هذه الموافقة أو المناقضة يكون التعسف وعدمه.

فالمعايير الثلاثة التي أوردها المشرع الجزائري في مادة (٤١) كضوابط للتعسف كلها تتصل بالمصلحة غاية الحق كما ترى، مما يؤكد الصلة بين الطبيعة الخاصة للتعسف، والمعايير التي وضعها ضوابط لتحقيقه، أو مناطات للتعسف.

أ - فالمعيار الأول: وهو قصد الإضرار، يناقض المصلحة التي من أجلها شرع الحق، إذ الحقوق إنما شرعت لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها تلك الحقوق، ودرء الأضرار والمفاسد، لا العكس.

ب - والمعيار الثاني: عدم التناسب بإطلاق بين المفسدة والمصلحة، بحيث ترجح الأولى وتزيد عن الثانية زيادة كبيرة، مما يتصل بالمصلحة أيضاً، لأن المفروض أن المصلحة هي التي ينبغي أن تكون زائدة وغالبة، إذ الحق إنما شرع خدمة للفرد، وتلبية لحاجاته، وللغرض الاجتماعي أيضاً، بحيث لا يكون ضداً عليه، أو وسيلة لفواته، واختلال التوازن هذا يهدر هذه المصلحة، وتلك الأغراض، وفي هذا منافاة لقصد الشارع من أصل تشريع الحقوق.

ج - وأما المعيار الثالث: وهو تحقيق مصلحة غير مشروعة، بأن كانت تناقض المصلحة المشروعة للحق أصلاً، أو كانت تنافي المشرع أو نظامه العام روحاً ومقصداً، لأن مما لا شك فيه أن المصلحة غير مشروعة تهدم المصلحة المشروعة وتنقضها، وهذا خلاف العدل والإنصاف، وهو التعسف بعينه.

ومن هنا، ترى أن المعايير الثلاثة تتصل بالمصلحة غاية الحق، عدلاً وإنصافاً، وهو ما يتفق وطبيعة التعسف نفسه، من حيث إنه يقيد مدى استعمال الحق؛ وفقاً لغايته التي هي مناط العدل في التشريع، ومناقضتها ظلم ومفسدة، والله تعالى يحرم الظلم والفساد إيقاعاً ووقوعاً.

وتتناول الآن تلك الضوابط بالتفصيل والتحليل والتطبيق فيما يلي:

#### المعيار الأول:

تنص الفقرة الأولى من المادة (٤١) من القانون المدني الجزائري على أن الفعل يعتبر تعسفياً إذا وقع بقصد الإضرار بالغير:

هذا المعيار - كما ترى - شخصي ذاتي، لأنه يعتمد على عنصر نفسي، وهو قصد الإضرار، وليس عنصراً مادياً موضوعياً لا علاقة له بالقصود والنوايا.

غير أنه إذا كان من الصعب البحث عن النوايا والقصود المستكنة في النفس، فإن «القرائن» المحتفة بالوقائع تدل على هذا القصد غالباً.

ومن ذلك، انتفاء المصلحة مثلاً، أو تفاهتها، بالنسبة لصاحب الحق، مع لحوق ضرر بالغ بالغير في الوقت نفسه، فإن ذلك يعتبر قرينة دالة على أنه قصد الإضرار بالغير، فكان الفعل لذلك تعسفياً.

هذا، وانعدام المصلحة في التصرف في الحق، يتحقق به معنى التعسف أيضاً، لأن الحق لم يشرع أصلاً لغير مصلحة، أو للعبث الذي يعني الخلو من الفائدة أصلاً، بل المصلحة الجدية هي أساسه، فإذا انتفت هذه المصلحة كان استعماله لغير المصلحة التي شرع من أجلها، وهذا هو عين التعسف في إحدى صورته، لأنه ناقض قصد المشرع في أصل تشريع الحق، ولا سيما إذا ألحق ضرراً راجحاً بالغير.

وأيضاً، تصرف العقلاء في حقوقهم، ينبغي ألا يتجرد عن غاية جدية يستهدفها، وهي المصلحة المقصودة والمعقولة، وإلا كان تصرفاً عابثاً، والعبث لا يشرع، لا سيما إذا لزم عنه ضرر بالغ بالغير، إذ الحقوق لم تشرع للعبث، ولا لمجرد الإضرار،

قطعاً، الأمر الذي ينفي عنها المعنى الاجتماعي في مفهومها من جهة، ويجردها عن أن تكون وسيلة لتحقيق الحاجات والمصالح المشروعة للأفراد من جهة أخرى.

ولو فرض أنه توخى المصلحة من وراء استعماله لحقه، لكنها تافهة غير ذات أهمية تذكر، ومعلوم أن الحقوق لم تشرع إلا للمصالح الجدية الحقيقية ذات الأهمية لصاحب الحق نفسه، وللمنفعة الاجتماعية أيضاً، وعلى هذا فإن المصلحة التافهة أو الضئيلة ليست جدية، ولا هي جدية بأن تبنى على أساسها الحقوق، حتى إذا لحق الغير ضرر بالغ إزاء تلك المصلحة التافهة، فقد تحقق التعسف أيضاً، لانهايار التوازن بين النفع والضرر، وإذا لم تشرع الحقوق لتكون أسباباً لأضرار راجحة، ومنافع ضئيلة، بل العكس هو الصحيح، ولذا كان الفعل تعسفياً، لأن نتيجته لم تكن على وفق المصالح، ولا على سَنَن المشروعات، ووضعها الأصل، وعادة المشرع في التشريع.

إذن، يُستدل على «القصد إلى الإضرار» الذي هو المعيار النفسي أو الشخصي للتعسف، بانعدام المصلحة أو تهايتها إزاء ما يفضي إليه التصرف نفسه من ضرر بالغ لاحق بالغير، فيؤول هذا المعيار الشخصي - كما رأيت - إلى أن يصبح معياراً موضوعياً، لاستناده إلى القرائن والأدلة المادية الواقعية، إذ لا سبيل إلى تبين «العوامل النفسية» إلا عن طريق القرائن والظروف المادية الملازمة.

وعلى كل حال، فهذا المعيار متصل بالمصلحة التي شرع الحق وسيلة إلى تحقيقها مما يستوجب بالتالي أن يلتزم صاحب الحق حدود تلك المصلحة المرسومة، لا يجاوزها، ولا يقصد غيرها، أو يحدث من الآثار والنتائج ما ينافيها، أو يعود على أصل تشريعها بالنقض والإبطال، لانهايار معنى العدل في التصرف، أو لتجريد الحق من كونه وسيلة لتحقيق الحاجات المشروعة لصاحبه وللمجتمع على السواء.

❖ لم يشترط القانون المدني الجزائري تمحض قصد الإضرار:

اشترط القانون الجزائري - في هذا المعيار - توفر قصد الإضرار فقط، ولم يشترط تمحضه وخلوصه حتى لا يشركه أو يصاحبه قصد آخر، كأن يقصد ذو الحق منفعة لنفسه إزاء قصد الإضرار بغيره، خلافاً للقانون المصري الذي هو الأصل.

وعلى هذا، فلو جمع صاحب الحق بين قَصْدِ الإضرار بالغير، وبين قصده المنفعة لنفسه أيضاً، اعتبر متعسفاً إذا رجح الضرر، أو كان القصد إليه رئيساً، ذهاباً من المشرع الجزائري إلى أن هذا المعيار يستلزم مدلوله تمحُّص قصد الإضرار من باب أولى، فكان هذا النص منطوياً - في الواقع - على معيارين:

الأول: تمحُّص قصد الإضرار، وهذا يستلزمه نص الفقرة الأولى بطريق الدلالة الأولوية<sup>(١)</sup>، ولا حاجة إلى قصره عليه، لأن ذلك يضيِّق من شمول هذا المعيار الثاني. وتوضيح ذلك، أن ذا الحق إذا اعتبر متعسفاً ولو قصد نفعاً لنفسه إزاء قصد الإضرار بغيره، فلأن يعتبر متعسفاً إذا لم يكن يقصد سوى الإضرار بغيره من باب أولى، لخلوص نية الإضرار لديه، فيتحقق التعسف في هذه الحال بصورة أشد، لتحقق معياره بصورة أكد، والقاعدة الأصولية أن الحكم يتقرر في محل علته بصورة أقوى كلما تقررته علته بوجه أشد، وهذا المعنى ثابت بدلالة نص المادة.

الثاني: قصد الإضرار بالغير مصحوباً بقصد المنفعة أو المصلحة الشخصية، إذا كان القصد الأول هو الحافز الرئيس على العمل.

وفي هذه الحال يجب البحث عن مدى جدية المصلحة المقصودة، وهل هي الغالبة، أو أن الضرر هو الغالب، أو أن الضرر هو المقصود أساساً، وعلى كل حال، فإنه ينبغي إجراء الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة مقصودة، وبين الضرر المقصود اللاحق بالغير، وعلى ضوء هذه الموازنة يمكن تكييف الفعل بكونه تعسفياً أو مشروعاً، فهذا المعيار الثاني يؤول إلى المعايير والضوابط الأخرى الموضوعية، من انعدام التناسب، أو المصلحة غير المشروعة، أو معيار الضرر الفاحش<sup>(٢)</sup>.

(١) وهي الدلالة التي يطلق عليها علماء الأصول «دلالة النص» أو «مفهوم الموافقة». راجع بحث دلالة النص في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ٢٣٩ وما بعدها.

[ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) المرجع السابق.

### ❖ القانون المدني المصري<sup>(١)</sup> يشترط في المعيار الأول تمحُّص قصد الإضرار:

نصت المادة الخامسة من هذا القانون في فقرتها الأولى على ما يلي:

أ - إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير.

فيشترط القانون المدني المصري في هذا المعيار شرطين:

الأول: القصد إلى الإضرار.

الثاني: أن لا يكون ثمة أي قصد آخر يصحبه، ولو كان قصداً إلى تحقيق مصلحة

نافهة، حتى إذا صحبه قصد آخر من المصلحة الذاتية، لم ينطبق عليه هذا المعيار.

أما إذا لزم عن الفعل مصلحة عرضية غير مقصودة، فلا يؤثر على تطبيق هذا

المعيار الذاتي، بل يبقى القصد إلى الإضرار متحمضاً خالصاً.

وهذا المعيار الذي حدده القانون المدني المصري وما سار في فلكه من القوانين

العربية، نادر الوقوع والتحقق عملاً، ولو كان التصرف في حق الملكية، إذ من النادر

ألا يقصد المالك في استعماله الإيجابي أو السلبي لحقه مصلحة خالصة له إزاء ما

يقصد من إلحاق الضرر بالغير.

وقد يتحقق هذا المعيار في استعمال الحق على نحو سلبي أيضاً، غير أن شرط

تمحُّص قصد الإضرار يضيق من نطاق هذا المعيار كما ذكرنا، لندرة الوقوع.

ومن تطبيقات التصرف الإيجابي في حق الملك حالة انتفاء أي قصد لدى

المتصرف سوى الإضرار بالغير:

١ - أن يغرس في ملكه أشجاراً عالية كثيفة، أو يقيم حائطاً عالياً بحيث يحجب

النور والهواء عن عقار الجار المعدّ للسكنى، فيعتبر متعسفاً إذا تبين أن هذا التصرف

لا يعود بأي نفع مقصود على صاحب الحق، ولو تبين فيما بعد أنه عاد بالنفع على

الأرض بصورة عرضية.

٢ - ومن ذلك أيضاً مطالبة الدائن المدين بالتنفيذ العيني للالتزام، إذا كان لا يعود

(١) وكذا القانون العراقي في المادة ٧.

عليه بأي نفع أو مصلحة جدية من وراء تمسكه بحقه هذا، ويلحق في الوقت نفسه إرهاباً للمدين، وخسارة فادحة، كما فصلنا.

٣ - ومع ذلك، إذا أقام المالك مدخنة لا نفع له منها، وإنما قصد بذلك إيذاء الجار، فإنه يكون متعسفاً<sup>(١)</sup>، لانتهاء المصلحة الذي يعتبر قرينة على تمحض قصد الإضرار، ولا سيما إذا كان بإمكانه إقامة المدخنة في مكان آخر أو جهة أخرى بحيث لا تضر بالجار.

٤ - أما استعمال الحق على وجه سلبي، وليس لصاحبه من قصد سوى الإضرار بالغير، فنجد تطبيقه في المادة ١٨٩ مدني جزائري، والتي تنص على ما يلي:

«لكل دائن - ولو لم يحلّ أجل دينه - أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان خاصاً بشخصه، أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك - امتنع - عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه»<sup>(٢)</sup>.

بمقتضى هذه المادة يحلّ الدائن محلّ المدين في استعمال حقوق هذا الأخير نيابة عنه، بحكم القانون، دون إذن من القضاء، بشرط أن يكون للدائن مصلحة<sup>(٣)</sup> جدية مشروعة، وأن من شأن امتناع<sup>(٤)</sup> المدين عن استعمال حقوقه أن يسبب إعساره، أو يزيد فيه<sup>(٥)</sup> مما يؤدي بالتالي إلى الإضرار بمصلحة الدائن، دون أن يكون للمدين أي مصلحة يتوخاها جراء موقفه السلبي هذا، فيتخذ ذلك قرينة على أنه لا يقصد سوى الإضرار بالدائن، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي، لذا حمى القانون الدائن، وأجاز له أن يقوم مقام مدينه في استعمال حقوقه، وتقديم الدعوى غير المباشرة باسم

(١) «حق الملكية»، الوسيط» للدكتور السهوري: (٦٨٩/٨ - ٦٩٠).

(٢) يقابل هذه المادة ٢٣٦ مدني سوري، والمادة ٢٦١ مدني عراقي، والمادة ٢٣٨ مدني ليبي، والمادة ٢٧٦ ف١ وف٢ وف٣. قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) «حق الملكية»، الوسيط» للدكتور السهوري: (٦٨٩/٨ - ٦٩٠).

(٤) وأخذ بمعيار تمحض قصد الإضرار القانون المدني العراقي في المادة ٧.

(٥) «الوسيط» للدكتور السهوري: (٦٩٠/٢) وما يليها، و«نظرية الالتزام بوجه عام».

مدينة محافظة على حقوق هذا الأخير، واتفاء لما عسى أن يلحقه من ضرر لو لم يتم باستعمال حق المدين نيابة عنه.

ومثال ذلك أن يكون للمدين عين وضع شخص آخر يده عليها، وكادت أن تنقضي مدة التقادم، والمدين ممتنع عن رفع الدعوى لإثبات ملكيته للعين، فللدائن أن يحل محل المدين خشية فوات المدة؛ ليتمكن من استيفاء دينه من محل هذا الحق وماليته. والشروط التي ذكرتها المادة المذكورة، سواء منها ما تعلق بالدائن، أو المدين، أو الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينة، هي شروط تدور في جملتها على فكرة وجود «مصلحة جدية ومشروعة للدائن»، لتتخذ أساساً لشرعية رفع الدعوى غير المباشرة، إذ لا دعوى بلا مصلحة.

ومناطق الاستدلال هنا، أن المدين يمتنع عن استعمال حقه في المحافظة على حقوقه واستيفائها قضاء، تقاعساً أو تعنتاً من شأنه أن يؤدي إلى فوات حقوقه الذي يسبب إعساره، أو يزيد فيه، وهذا إنما يتصور في حالة ما إذا لم يكن للمدين مال آخر يمكن أن يستوفي الدائن منه، فلا يكون للدائن حينئذ مصلحة في نيابته القانونية هذه عن المدين.

إذن، امتناع المدين عن استعمال حقه في المطالبة بحقوقه، وتقصيره في ذلك، يعتبر تعسفاً تتمحض فيه النية للإضرار بالدائن، وهو موقف سلبي، تنتفي معه المصلحة للمدين إن لم يلحقه ضرر، ويتخذ من انتفاء مصلحة المدين في إحجامه عن استعمال حقوقه، محافظة عليها، قرينة على تمحض قصد الإضرار بالدائن.

ودرء التعسف هنا، إنما كان بإجازة القانون للدائن أن يحل محل المدين نيابة عنه، ودون إذن القضاء، درءاً للضرر عن نفسه، عن طريق قيامه باستيفاء حق المدين الذي يمكن للدائن بدوره أن يستوفي دينه من محل هذا الحق وماليته.

وهذا ما يقتضيه العدل والإنصاف، محافظة على حق الغير، وهو الدائن، ووقاية له من تعسف مدينة الذي تمثل في موقفه السلبي المتعنت الذي يعتبر قرينة ودليلاً على تمحض قصد الإضرار بالدائن كما ذكرنا.

فالجزاء - كما ترى - هو إحلال الدائن محل المدين قانوناً، ورغمما عنه، في الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم مدينه، للحيلولة دون فوات حق المدين الذي يسبب إعساره، أو الزيادة فيه بحيث يلحق بالدائن ضرراً بالغاً، دون أن يعود على المدين أي مصلحة في هذا الامتناع من استعمال حقه، فيؤخذ ذلك قرينة على تمحض قصد الإضرار بالدائن.

هذا، وينطبق المعيار الذاتي في القانون المدني الجزائري في هذه الحال، ولو لم يشترط تمحض قصد الإضرار، لأنه أتى بمعيار ذاتي أوسع مفهوماً، بحيث يستلزم مدلوله حالة تمحض قصد الإضرار دلالة من باب أولى، على النحو الذي بيّنا.

هذا، ونرى أن المشرع المدني المصري، في اشتراطه: «تمحض قصد الإضرار» قد ضيق من نطاق نظرية التعسف ودورها في هذا المعيار الذاتي، وكان الأفضل أن لا يشترط تمحض قصد الإضرار ليتحقق التعسف، وتتحرك بالتالي النظرية بدورها وحكمها، بل يكفي توفر قصد الإضرار بالغير دون تمحض، كما يكفي أن يكون هو القصد الرئيس الدافع إلى التصرف بين الدوافع الأخرى، فيما إذا صاحبه قصد آخر لتحقيق مصلحة ذاتية يتوخاها صاحب الحق نفسه<sup>(١)</sup>.

فالمالك الذي يشيد حائطاً عالياً لتسوير أرضه مثلاً، ويدهنه بلون قاتم لمضايقة الجار، يستطيع أن يدعي أن له مصلحة جدية في إقامة هذا السور، ليدفع دعوى الجار المضروب، فلا يعتبر متعسفاً في منطق معيار تمحض قصد الإضرار، لأن له قصداً آخر في تحقيق مصلحة ظاهرة وجدية له، ولكنه يعتبر متعسفاً لو لم يشترط تمحض القصد، واكتفى بقصد الإضرار فحسب، على النحو الذي ذهب إليه القانون الجزائري، إذ يمكن أن يرد عليه دفعه للدعوى، بإثبات أن نية الإضرار هي الغالبة، على الرغم من كونها مصحوبة بقصد المصلحة الذاتية.

(١) مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٧ - مارس، بحث للدكتور أنور سلطان في نظرية العرف.

### ❖ تطبيقات هذا المعيار في التشريع الإسلامي (تمحض قصد الإضرار):

لا يتسع المقام للإفاضة في هذه التطبيقات التي لا تحصى، بل نقتصر على بعضها للتوضيح:

١ - قال الله تعالى: ﴿وَمِن بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَاعَفٍ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء: ١٢].

تدل الآية الكريمة على أن «الوصية»<sup>(١)</sup> في ذاتها مشروعة، لأنها قريبة إلى الله تعالى وطاعته، ولكنها ليست مطلقة، أو خاضعة لمطلق التقدير الشخصي للموصي يتصرف فيها كيف يشاء، ولا مسؤولية عليه في استعمال هذا الحق، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحضاً للإضرار بالورثة، إذ نص الآية الكريمة صريح في النهي عن المضارّة في الوصية، والنهي للتحريم، والمنع.

هذا، والوصية المشروعة هي ما كانت في حدود الثلث، وأجنبي، لا لوارث، إذا لا وصية لوارث<sup>(٢)</sup>. وينبغي أن تكون قريبة إلى الله تعالى، لا يقصد الموصي بها الإضرار بالورثة، لسبب أو لآخر من أسباب البغض والعداء.

حتى إذا قصد الموصي مجرد الإضرار بالورثة، لا التقرب إلى الله تعالى، فقد ناقض قصد المشرع، إذ المشرع لم يشرع الوصية للإضرار بالورثة، وإنما شرعها قريبة إليه تعالى، وطاعة له في وجوه الخير، فينبغي أن يتجه قصد الموصي إلى عين ما قصده المشرع، وإلا كان التعسف في معياره الذاتي هذا، لأن القصد غير الشرعي مناقض للقصد الشرعي أو هادم له، وذلك غير جائز، فيمنع صاحب الحق من التصرف على هذا الوجه، أو يبطل تصرفه، وهذا هو الجزاء.

٢ - ومن هنا أكد هذا المعيار الإمام الشاطبي حيث أوجب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع<sup>(٣)</sup>، حتى لا يقع التناقض بين القصدين: قصد

(١) الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

(٢) إلا إذا أجازها الورثة.

(٣) «الموافقات في أصول الشريعة»: (٢/٣٣١).

الشارع وقصد المتصرف، ومن ثم ينبغي أن يكون التصرف في الحقوق على وفق الغاية التي شرعت من أجلها.

٣ - وأكد هذا المعيار الذاتي أيضاً في موضع آخر بقوله: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، ومن ناقض الشريعة، فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل<sup>(١)</sup> أي: تصرفه واستعماله لحقه باطل، لا يترتب عليه أثر.

٤ - وأكدته السنة أيضاً بقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»<sup>(٢)</sup> أي: أن الأعمال معتبرة صحة وفساداً بالنية والبواعث.

ولا شك أن الحقوق والتصرفات لم تشرع للإضرار بالغير، فمن قصد بها ذلك، كان مناقضاً للتشريع نفسه، والمناقضة بين القصدين هي التعسف في معياره الذاتي، وهو نية الضرار، أو الباعث غير المشروع.

ثم يتابع الأصولي المحقق الإمام الشاطبي قوله مبيناً كون المناقضة هي التعسف، وأن المناقضة سبب بطلان التصرف، والبطلان هو الجزاء، بقوله: «أما أن العمل المناقض باطل، فظاهر، فإن المشروعات (الحقوق) إنما وضعت لتحصيل المصالح، ودرء المفسدات، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة، ولا درء مفسدة<sup>(٣)</sup>» أي: فتبطل لمناقضتها لأساس التشريع كله.

٥ - ومما يؤكد هذا المعيار أيضاً القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي: «الأمور بمقاصدها»<sup>(٤)</sup>، أي: الأمور أو التصرفات والأعمال المشروعة ليست معتبرة بذواتها، بل بما ترمي إليه من غايات ومقاصد.

أو بعبارة أخرى: إن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات المشروعة في الأصل، بمعنى أن النية هي المرجع

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١ - ٣٣٣).

(٢) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

(٣) المرجع السابق: (٢/ ٣٣١ - ٣٣٣). (٤) المادة ٢ من مجلة الأحكام العدلية.

في الحكم على الأعمال وتكييفها من حيث الحل والحرمة ديانةً، ومن حيث الصحة والبطلان قضاءً، ولو كانت هذه التصرفات مشروعة في الأصل، أي: بقطع النظر عن أصل مشروعيتها.

هذا، وقد رأينا أن القرآن الكريم قد نص على تحريم الوصية بقصد الإضرار بالورثة.

ويقول ابن تيمية في هذا الصدد: «فإن الله قدم على الميراث وصيةً من لم يضر الورثة بها، فإذا أوصى ضراراً، كان ذلك حراماً، وكان للورثة إبطاله، وحرم على الموصى له أخذه بدون رضاهم»<sup>(١)</sup>.

ويقول الإمام الشاطبي: «يمنع من ذلك الفعل - أي المشروع في الأصل - إذا لم يقصد غير الإضرار»<sup>(٢)</sup>.

٦ - هذا، ويفسر الإمام ابن رجب قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٣)</sup> حيث يقول: «أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير»<sup>(٤)</sup> ويعني بذلك أن التصرف بهذا القصد مما يندرج في حكم هذا الحديث وهو التحريم.

٧ - منع الفقه الحنفي سماع الدعوى الكيدية التي يقصد بها مجرد إلحاق الضرر بالمدعى عليه، ولا تستند إلى حق صحيح<sup>(٥)</sup>، فإذا ادعى من هو معروف بالفقر أنه أقرض أموالاً طائلة دفعة واحدة رجلاً معروفاً باليسار والغنى، أو ادعى أنه غضبها منه، فإن هذه الدعوى لا تسمع، لاستحالتها عادة، ولأن فقره المُدَّعِ قريئةً على مجرد قصد الإضرار بالمدعى عليه، لجلبه إلى ساحة القضاء، إيلاًماً وامتهاناً، والتعسف هنا استعمال حق الادعاء أمام القضاء لغير غرض سوى الإضرار بالغير، ولا ينظر إلى رفع الدعوى من حيث هو، لأن رفع الدعوى حق مشروع في أصله.

(١) «الفتاوى»: (٣/٤٠).

(٢) «الموافقات»: (٢/٣٤٩).

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

(٤) «جامع العلوم والحكم»: ص ٢٦٧، و«نيل الأوطار»: (٥/٢١٩).

(٥) انظر المادة ١٦٢٩ من «مجلة الأحكام العدلية».

٨ - وفي الفقه المالكي أن ابن القاسم سئل عن من كان له أرض، واشترى ماء بعيداً عنها، وكان بين أرضه والماء البعيد أرض يملكها غيره، ولم يكن من سبيل لوصول الماء إلى أرضه إلا عن طريق أرض الغير هذه، فهل لصاحب الأرض التي يراد إمرار الماء فيها منعه من ذلك؟ فأجاب: بأن ليس له منعه إذا كان المرور لا يسبب له ضرراً أبداً<sup>(١)</sup>.

وتفسير ذلك أن امتناعه تعسف، إذ يضر بغيره دون أي مصلحة تعود عليه، بل قد ينتفع بالماء المار في أرضه أولاً وآخراً، وانتفاء المصلحة قرينة على تمحّض قصد الإضرار.

٩ - ومثل هذه القضية قد رفعت إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه<sup>(٢)</sup>، فأجبر محمد بن مسلمة على إمرار الماء في أرضه رغماً عنه إلى أرض جاره، وقال قوله المشهورة: لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك؟ تسقي منه أولاً وآخراً<sup>(٣)</sup>. والسؤال الاستنكاري لموقفه المتعسف!

١٠ - قرر القرآن الكريم أن ليس للدائن مطالبة مدينه المعسر قضاءً، لانتفاء المصلحة في استعمال هذا الحق، فيكون ذلك دليلاً وقرينة على تمحّض قصد الإضرار بالمدين المعسر، كما لا يجوز حبسه ما دام معسراً عاجزاً عن الأداء، لعدم الفائدة، وما شرع حق الحبس لهذا، فتكون المطالبة بحبسه مع عدم قدرته على الوفاء تعسفاً أيضاً من باب أولى، لانتفاء المصلحة أصلاً، فتمحّض قصد الإضرار، والقاعدة العامة تقضي أن كل تصرف لا يؤدي إلى مقصوده باطل، بل الواجب على الدائن إمهال المدين المعسر حتى اليسار، وفضل التصديق عليه بالدين كلاً أو بعضاً، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ نَصَدَّقُوا...﴾ [البقرة: ٢٨٠] أي: فالواجب الإمهال إلى وقت اليسار، منعاً للتعسف.

(١) «المدونة»: (١٥٤/١٤).

(٢) راجع ص ١٥٣ من هذا الكتاب.

(٣) «المتقى على الموطأ» للإمام الباجي: (٤٧/٢).

وهكذا ترى أن هذا المعيار الذاتي مستقر في التشريع الإسلامي وفقهه، فقد رأينا أدلته في القرآن الكريم، والسنة المطهرة، وفي فقه الصحابة، وعند علماء أصول التشريع الإسلامي، كالإمام الشاطبي، والإمام مالك، وابن تيمية، وابن رجب وغيرهم من الفقهاء، فضلاً عن القواعد العامة الفقهية، قبل أن تقرره القوانين الوضعية بعدة قرون.

#### ❖ معيار عدم التناسب في القوانين العربية:

المعيار: «إذا كانت المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير بسببها من ضرر»، ولم ترد كلمة «البتة»، بل أُضيف إليه كلمة «مطلقاً» في المراجعة، وأخيراً استُبدل بكلمة «مطلقاً» كلمة «البتة»، ولم تفصح المذكرة الإيضاحية عن الحكمة من زيادة كلمة «البتة»، ومقصود المشرع من إيرادها، وتدل بظاهرها على اشتراط أن يكون اختلال التوازن بين الفائدة والضرر فاحشاً، أو بيناً، فيختلّ التوازن على وجه ظاهر.

ويتجه على هذا النظر من النقد أن اشتراط انهيار التناسب إلى هذه الدرجة، مما يفتح سبيلاً واسعاً للتعسف من الناحية العملية، إذ يتيح لصاحب الحق أن يمارس حقه على نحو يضر بالغير ضرراً بالغاً، إذا ما قصد مصلحة أو فائدة تزيد أهميتها ولو قليلاً عن مستوى التفاهة أو القلة، وهذا هو الغالب أو الأكثر وقوعاً، الأمر الذي يعطل - في نظرنا - وظيفة هذه النظرية، باعتبارها دستوراً عاماً لمباشرة الحقوق، وما تقوم به من دور خطير هو درء الضرر عن الغير، والتنسيق بين المصالح المتعارضة على نحو يحقق التكافل الاجتماعي، والتوازن بين المصالح، إعمالاً لمبدأ العدالة والاستقرار على أوسع مدى، وهذا يقتضي - بلا ريب - تحقيق التوازن ما أمكن، والحيلولة دون اختلاله ولو بمقدار بسيط، وهو ما استقر عليه الفقه الإسلامي في قواعده العامة<sup>(١)</sup>، أخذاً بالحزم والاحتياط في دفع الضرر، وتحقيقاً للعدل المطلوب، وأما الاختلال البين الذي ينهار معه التوازن، فلا تعرفه الشريعة.

(١) سيأتي بيانها وشرحها.

يقول الإمام الشاطبي: «ولا مصلحة تتوقع إذا لم عنها مفسدة توازيها، أو تزيد عنها».

وتأسيساً على هذا، فإن اشتراط الاختلال الفاحش الذي ذهبت إليه القوانين المدنية العربية بما فيها القانون المدني الجزائري، قد غدا منافياً لما يقتضيه مبدأ العدالة منافاة صارخة، ولم نقف على «الحكمة» التي يرمي إليها المشرع من وراء هذا الاشتراط، إذ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري - وهي الأصل - ساكتة عن بيان قصد المشرع من هذا الشرط.

ونحن إذا أردنا أن نرجع إلى الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التشريعي الرسمي، والمصدر التفسيري أيضاً لهذه النظرية على ما قرره المشروع التمهيدي للقانون المصري، لنقف على مدى صحة هذا الشرط، وجدنا أنه لا يشترط هذا التفاوت الفاحش، بل يكفي بزيادة الضرر عن النفع، ولو بدرجة بسيطة، لتحقيق حالة التعسف، أو معناه. على أن من الفقهاء المحققين من ذهب إلى أن المساواة بين النفع والضرر تُبطل التصرف، وتعتبره تعسفياً، فضلاً عن التفاوت اليسير.

بمعنى أن استعمال الحق إذا لزم عنه ضرر بالغير يوازي الفائدة التي يرمي إليها صاحب الحق، يعتبر تعسفياً، وكذلك إذا زادت المفسدة من باب أولى، ولا نرى معنى معقولاً لاشتراط وجوب التفاوت الفاحش الذي ينهار معه التوازن أو يكاد. وهذا الرأي من الإمام الشاطبي في اكتفائه بالمساواة شرطاً أو معياراً للتعسف، في غير مضارّ الجوار غير المألوفة كما سيأتي بيانه.

على أن غيره من الأصوليين اشترط أن تزيد المفسدة، ولكن لم يحدد هذه الزيادة بقدر معين، بل تركها إلى العرف الذي لا يقر اشتراط انهيار التوازن، ولا تقره القواعد.

#### ❖ القواعد العامة في الفقه الإسلامي تضبط الموازنة وتقضي بالترجيح

هذا، والتفاوت في الفقه الإسلامي قوامه «الموازنة» التي تضبطها قواعد عامة تعتبر أصولاً للموازنة، وهو ما لا نجد له مثيلاً في الفقه الغربي.

والقواعد العامة التي تضبط الموازنة لا تقتضي هذا التفاوت الفاحش الذي ذهبت إليه القوانين العربية معياراً للتعسف.

فمن ذلك مثلاً القاعدة العامة التي مؤداها أن «الضرر لا يزال بمثله»، ومعناها أن الضرر المماثل أو المساوي ليس معياراً للتعسف، فلا يصار إلى دفع الضرر عن الغير لإيقاع مثله بصاحب الحق كما أشرنا آنفاً، إذ لا يدفع التعسف عن الغير لإيقاع تعسف مثله بصاحب الحق، لأمرين:

الأول: لا جدوى من هذا الدفع، إذ لا تتمحي معه واقعة التعسف، بل تبقى قائمة، غير أنها تنتقل من جهة إلى أخرى، وليس هذا مقصود المشرع، إذ المشرع إنما يقصد إلى اعتبار أن درء الظلم عدل، والعدل لا يتجزأ، بمعنى أن العدل لا يكون من جهة عدلاً، وفي أخرى ظلماً، بل العدل هو العدل حيثما كان، وإذا استويا رجح جانب ذي الحق، لأنه ليس متعسفاً من يدرأ عن نفسه ضرراً كبيراً يوازي النفع العائد إليه.

الثاني: أن صاحب الحق أولى أن يسلم له حقه، ولا يمنع من ممارسته لدفع ضرر عن غيره هو مماثل ومساو للضرر الذي يلحقه هو فيما لو منع من استعمال حقه.

ذلك، لأن حقه ثابت له ابتداءً بيقين، ولمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها له من خلال منحه هذا الحق، فكان أولى بجلب النفع لنفسه، ودرء الضرر عنها، ومن الظلم أن يحافظ على دفع الضرر عن الغير على حساب صاحب الحق، ما دام الضرران متساويين، لما قدمنا من أن صاحب الحق أولى بحقه الثابت له ابتداءً، فكانت مصلحته أولى بالرعاية والتقديم عدلاً.

ومن باب أولى لا يمنع صاحب الحق من مباشرة حقه إذا كان الضرر الذي يلحق به أشد إذا منع من استعمال حقه، رعاية لمصلحة مرجوحة لغيره.

وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر الذي يصيبه أقل، فيمنع حينئذ، لاختلال التوازن، ودفعاً للضرر الأكبر عن الغير.

وعلى هذا، ففي حال المساواة بين الضررين، يبقى استعمال الحق على أصل المشروعية بالنسبة لصاحب الحق، لأنه أولى باستعمال حقه في هذه الحال، ولا تعسف<sup>(١)</sup>.

(١) «الموافقات في أصول الشريعة» للإمام الشاطبي: (٢/٢٥٧) وما يليها وهذا مخالف لرأي الإمام الشاطبي الذي يرى أنه في حال المساواة تقوم حالة التعسف، فيمنع صاحب الحق.

ومفاد هذا، أن رجحان الضرر ولو بتفاوت قليل يوجب التعسف في الفقه الإسلامي، ولا يشترط أن يكون هذا التفاوت فاحشاً - كما ترى - وهذا هو مقتضى قاعدة أخرى تقضي بأن «درء المفسد والأضرار مقدم على جلب المنافع والمصالح» ولكن هذا التقديم مشروط بأن تكون الأضرار راجحة ولو رجحاناً بسيطاً لا مساوية، خلافاً لرأي الإمام الشاطبي كما علمت، لأنه يكفي بالمساواة معياراً للتعسف، إمعاناً منه في إعمال نظرية التعسف، ودرءاً للضرر والمفسدة احتياطاً.

وكذلك تقوم هذه الموازنة على قاعدة أخرى مؤداها أن «الضرر الأشد يزال بالأخف»، وهذا لا يستلزم أن يكون الضرر الواجب الإزالة فاحشاً، بل ينطبق مضمون هذه القاعدة على الضرر الزائد، ويكون الفعل تعسفياً ممنوعاً.

إذن إزالة الضرر الأرحح إذا كان يؤدي إلى نشوء الضرر الأخف، فهذا يجب تحمله، إذ لا توجد مصلحة ما في هذا الوجود إلا مشوبة بالضرر، ولكن العبرة بما غلب، فحيثما غلبت المصلحة كانت المشروعية، وحيثما غلبت المفسدة أو الضرر، انتفت المشروعية وكان التعسف.

وعلى هذا، فلا يشترط في الفقه الإسلامي - كما ترى - أن يكون اختلال التوازن على درجة بالغة من التفاوت، بحيث ينتفي فيها التناسب أو ينهار، بل يكفي أن يختل ولو بدرجة يسيرة.

وبذلك خالفت التقنينات العربية في هذا المعيار ما ورد من نظيره في الفقه الإسلامي، أعني «معيار التوازن»، فلا ندري من أين استقت الدول العربية هذا الشرط، وما مصدره؟ وما الحكمة التشريعية التي توخاها المشرع الوضعي من اشتراط هذا التفاوت الشاسع الذي يعني انهيار التناسب، مما يعود على أصل نظرية التعسف وطبيعته، وأساسه، ودوره في مواجهة استعمال الحقوق، بالنقض والإبطال، ومجافاة مبدأ العدالة، بتغليب جانب الفردية في الحق، وسلطان الإرادة المتطرفة.

❖ الشرط الذي يعود على أصل المشروط بالنقض والإبطال، باطل، لأن الشرط لتأكيد حكمة المشروط، وتحقيق الغاية منه، وكل شرط ينقضها يكون تعسفياً<sup>(١)</sup>.

هذا، ونحن نعلم أن كل شرط يعود على المشروط بالنقض، باطل، إذ من وظيفة الشرط تحقيق حكمة المشروط، أو تأكيد غايته، لا نقضها وإبطالها، وإلا كان شرطاً تعسفياً.

وعلى هذا، فاشتراط التفاوت الذي تنهار جرّاءه الموازنة، يعطل وظيفة النظرية، ويبطل دورها والغاية منها في كثير من الحالات التعسفية، فيكون هذا الشرط باطلاً لتناقضه مع غاية المشروط كما قدمنا، فضلاً عن مجافاته للعدالة، والتكافل الاجتماعي، وتدعيمه لفردية الحق وإطلاق سلطاته، وهو تعسف في التشريع.

رابعاً: مما يلاحظ على صياغة هذا النص الذي نهض بالمعيار الثاني المادي أيضاً، أنه أشار إلى أن المنفعة القليلة مقصودة من قبل صاحب الحق، بقوله: «التي يرمي إليها»، ولكن الضرر الذي يلحق بالغير لم يشر إلى أنه مقصود، بل وصفه بأنه ناشئ عن استعمال الحق، سواء أكان مقصوداً أم ليس بمقصود.

وهذا يعني أن القصد إلى الإضرار بالغير ليس شرطاً يتوقف عليه تطبيق هذا المعيار، بل يكفي نشوء الضرر عن استعمال الحق، ولو لزوماً تلقائياً غير مقصود، وهذا مما يؤكد مادية هذا المعيار وموضوعيته، لأنه يعتمد مجرد «الموازنة» بين المنفعة التي يتوخاها صاحب الحق، وبين الضرر الذي ينشأ أو يلزم عن هذا الاستعمال، أو يعتمد الموازنة بوجه آخر كما قلنا، أي: بين «الضررين»: الضرر الذي يلحق صاحب الحق جرّاء منعه من استعمال حقه، والضرر الذي يصيب الغير فيما لو لم يمنع ذو الحق من استعماله.

وفي هذه الحال، يمنع صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه، ولو لم يقصد الإضرار بغيره، توكيلاً لما يتوقع من نشوء الضرر نشوءاً تلقائياً عن هذا الاستعمال، بل

(١) بحث هذا في الشرط التعسفي.

يمنع ولو كان حسن النية، لأن الأمر الجوهري في هذا المعيار - كما علمت - هو النظر إلى ثمره الفعل ونتيجته في حد ذاتها، الواقعة أو المتوقعة، ولا نقصد بالمآل إلا هذا.

ومع هذا يبدو ارتباط هذا المعيار للتعسف بغاية الحق؛ لأن المآل الذي ينتهي إليه الفعل هو محل النظر، لِتَبَيُّنِ مدى موافقة هذا المآل لغاية الحق، أو عدم موافقته لروح التشريع وَسَنَنِه، ووضع المشروعات فيه، فإن كان موافقاً بقي الفعل على أصل مشروعيته، إذ لم يعرض له من اللوازم والنتائج ما يخرج عن هذه المشروعية، وإن لم يكن موافقاً كان الفعل تعسفياً بالنظر إلى أنه خالف من حيث نتيجته الغاية التي من أجلها شرع الحق.

فالنتيجة التي عرضت ولزمت لاستعمال الحق إذا كانت مخالفة للغاية من الحق، أو لروح التشريع وَسَنَنِه وغايته، أقول: هذه النتيجة العارضة هي التي تخرج الفعل عن أصل مشروعيته، وتجعله تعسفياً، لأنها نتيجة عرضت ونشأت عن استعمال الحق، ولا تتفق مع الغاية التي شرع الحق من أجلها، فالتعسف ينشأ عن هذه العوارض، بفعل المتصرف في حقه كما ترى، لا من أصل الفعل المشروع.

خامساً: يلاحظ أيضاً أن هذا المعيار لا يقوم على العناصر النفسية من الباعث أو القصد إلى الإضرار، بل يعتمد النظر الموضوعي أو المادي الصرف الذي يتجه إلى ثمرات الفعل ونتائجه في حد ذاتها، سواء أكانت واقعة أم متوقّعة، وهذه نظرية واقعية تعنى باللوازم الخارجية للأفعال لا بالعوامل النفسية<sup>(١)</sup> كما قدمنا، بخلاف المعيار الأول حيث يقوم على العارض النفسي وهو القصد.

وعلى ضوء هذه «النتائج» التي تتمثل فيها المصلحة الراجحة، أو المفسدة الزائدة، يكون تكييف الفعل بأنه تعسفي، أو أنه باق على أصل المشروعية.

(١) وهذا المعيار الموضوعي لا ينفي أن لنظرية التعسف - فضلاً عن هذا المعيار - معياراً آخر ذاتياً، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ٤١ على ما بينا، وبذلك يكون للنظرية اتجاهان نفسي أو ذاتي، وآخر موضوعي مادي بحت؟

هذا، وتحدد هذه النتائج أو ثمرات استعمال الحق، أو تسفر عنها «الموازنة» التي تضبطها القواعد العامة على النحو الذي قدمنا.

واعتماد ثمرات استعمال الحق في تكييف الفعل بالمشروعية وعدمها، يستند أساساً - في الفقه الإسلامي - على قاعدة سدّ الذرائع، وضابطها مادي كما علمت.

ونذكرك بأن مضمون قاعدة سدّ الذرائع هو اتخاذ فعل هو في الأصل مشروع، كاستعمال الحق، وسيلة إلى تحقيق مفسدة أو ضرر بالغير، وكل من المفسدة والضرر محرم وممنوع، إذ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»<sup>(١)</sup>، فيمنع اتخاذ الفعل المشروع بالنظر إلى هذا المآل، أي أن الوسيلة تكتسب، أو تأخذ حكم غايتها، أو حكم ما أفضت إليه.

فنظرية التعسف إذاً في هذا المعيار المادي - كما ترى - تقوم على أساس مبدأ النظر في مآلات ونتائج الأفعال، وهو أصل قاعدة سدّ الذرائع.

هذا وفي ضوء النتائج يكيّف الفعل بالتعسف وعدمه، تبعاً لموافقة تلك النتائج لغاية الحق، أو عدم موافقتها، بقطع النظر عن الحكم الأصلي للفعل، وهو المشروعية.

والأمر الجوهري في هذه القاعدة - كما ذكرنا - هو نتيجة الفعل، أو ثمرته المادية التي تحددها الموازنة بقطع النظر عن العوامل النفسية ولو كانت حسنة طيبة، إذ العبرة بالمآل<sup>(٢)</sup>، وحديث السفينة<sup>(٣)</sup> خير شاهد على ذلك.

ومبدأ المشروعية الذي يقوم على هذا المعيار المادي لاستعمال الحقوق، إنما يتحقق بالتوازن بين المصالح المتعارضة، فيبقى التصرف حينئذ على أصله من المشروعية، وإذا كان تحقيق التوازن هو أصل المشروعية، والمشروعية هي العدالة، فالتوازن بين المصالح إنما يعني تحقق العدالة التي تجافي الفردية في مفهوم الحق، والإطلاق في التصرف في سلطاته، وإنما يتقيد الحق بغايته التي لا تخل بالتوازن بينها

(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) راجع كتابنا هذا ص ٣١١ وما بعدها.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٦٨٦، وأحمد: ١٨٣٦١، من حديث أبي سعيد الخدري.

وبين ما يعارضها من مصالح الغير من الفرد أو المجتمع تحقيقاً للعدل والتكافل، واستقرار التعامل، وهذا ضرب من المعنى الاجتماعي للحق، أو وظيفته الاجتماعية.

❖ **التطبيقات التشريعية في القانون المدني الجزائري، على المعيار الثاني الوارد في المادة ٤١/ف٢:**

أ - نصت المادة ٧٨٨ مدني جزائري على أنه: «إذا كان مالك الأرض، وهو يقيم بناء بها، فد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة - وهي ملك للجار - جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، مقابل تعويض عادل»<sup>(١)</sup>.

واضح من هذا النص أن المالك الباني لم يقيم بناءه كله على أرض الغير، وإنما أقامه على أرضه التي يملكها، ولكنه جاوز حدود أرضه إلى جزء صغير من أرض جاره الملاصقة لأرضه، هذه الحالة تخالف المألوف، لأن الغالب أن الحائز لأرض غيره يقيم بناءه كله على هذه الأرض.

كما يوضح النص أن هذه المجاوزة إنما تمت خطأ وبحسن نية، إذ كثيراً ما تكون الحدود بين الأراضي المتلاصقة غير واضحة.

فيستخلص من هذه المادة شرطان، لينطبق حكمها، وهما:

أولاً: أن يكون المالك الباني قد أقام بناءه أصلاً على أرضه هو، ولكنه جاوزها إلى جزء صغير من أرض جاره.

ثانياً: أن يكون ذلك التعدي أو التجاوز قد تم خطأ وبحسن نية.

هذا، والمادة تقرر حكماً عادلاً هو أدنى إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، مفاده: أن للمحكمة أن تقضي بتملك الباني المالك الجزء المعتدى عليه - جبراً عن جاره - لحسن نيته في هذا التجاوز، ولصغر الجزء المعتدى عليه بحسن نية.

والقاضي يقوم بإجراء الموازنة بين الضرر الذي يصيب المالك الباني فيما لو حكم بتملك جاره الجزء المشيد من البناء على أرضه، بحيث يغدو شريكاً للمالك، أو

(١) توافق المادة ٩٢٨ مدني مصري، والمادة ٩٣٢ مدني ليبي، ولا مقابل لهذا النص في القانون.

الضرر الذي يصيب هذا الأخير فيما لو حكم للجار بإزالة البناء الشاغل لجزء صغير من أرضه، وقد تضرر هذه الإزالة بالبناء كله، أقول: يقوم القاضي بالموازنة بين هذه الأضرار اللاحقة بالجار فيما لو أجبر على التنازل عن ملكية الجزء المشغول بالبناء من أرضه في نظير تعويض عادل، وإلا لو حكم على الباني بإزالة البناء الذي أقيم على الجزء من الأرض الذي يملكه جاره، لكان ذلك مجاوزاً لما يقتضيه العدل والإنصاف، وهذا هو التعسف بعينه.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد رجح - نتيجة للموازنة بين الضررين - مصلحة المالك الباني بحسن نية، دفعاً للضرر الأشد الذي يصيبه سواء من إزالة هذا الجزء من هذا البناء، وقد يضر بالبناء كله، أو من إدخال جاره شريكاً له بتملكه الجزء الشاغل من بنائه جبراً، لجسامة الضرر في الحالين، وهو مناف للعدل والإنصاف.

فانعدام التناسب بين الضررين نتيجة لهذه الموازنة تَعَيَّنَ دفع الضرر الأشد، وتحمل الأخف، بإجبار الجار على التنازل عن ملكية الجزء المشغول من أرضه، في مقابل تعويض نقدي عادل.

وهذا ما يقضي به الفقه الإسلامي أيضاً، تحكيمياً للقاعدة العامة في الترجيح: «الضرر الأشد يزال بالأخف».

غير أن الباني إذا كان سيئ النية، بأن كان على بينة من حدود أرضه، ومع ذلك اعتدى على الجزء المملوك لجاره، وشغله ببنائه، اعتداءً مقصوداً، فقد حق لجاره حينئذ أن يطالب بإزالة الجزء من البناء الشاغل لجزء من أرضه، جزاءً وفاقاً، حتى لا يفتح باب اغتصاب الأراضي بين الملاك والمتجاورين، حيث يشكل ضرراً عاماً يجب دفعه، وهو ما لاحظته المشرع إذ حكم بتحميل الغاصب سيئ النية ما يلحقه من ضرر بإزالة الشاغل من بنائه لجزء من أرض جاره، بناء على طلب الجار، ولا يكون الجار في مثل هذه الحال متعسفاً على الرغم من جسامة الضرر اللاحق بالمالك لأمرين:

الأول: لسوء النية التي تفتح باب اغتصاب الأراضي على مصراعيه.

الثاني: للضرر العام، وهذا من باب سياسة التشريع التي تسد باب اغتصاب

الأراضي.

وفي مثل هذه الحال يتعين تحكيم القاعدة العامة التي تتعلق بدرء التعسف الذي يتصل بالمصلحة العامة: «يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام»، فهذا الحكم القاضي بإزالة الجزء من البناء الشاغل لجزء من أرض الغير الذي تم بسوء نية مما تقتضيه سياسة التشريع<sup>(١)</sup>، وإلا فإن الموازنة بين الضررين حتى في حال سوء النية، تقضي بترجيح حق الباني المالك في امتلاك الجزء المشيد عليه من أرض جاره، إذ المعيار مادي بحث كما قلنا، ولا دخل لسوء القصد أو حسن النية في هذا المعيار، غير أننا بيّنا الملحوظ الذي على أساسه قام هذا الحكم بالإزالة الذي قد يتضرر من جرّاءه البناء كله، وهو ضرر جسيم بلا ريب لا يتناسب البتة مع ضرر الجار بإجباره على التنازل عن ملكية الجزء المشغول من أرضه بتعويض عادل، وهو ما صار إليه الفقه الإسلامي كما سيأتي.

إذن، لاحظ المشرع الجزائري الضرر العام، فاحتاط لدفعه بهذا الحكم في سوء النية، سياسةً.

هذا، ويؤخذ على المشرع الجزائري في تقريره لهذا الحكم على سبيل الجواز، لا الوجوب، بقوله: «جاز للمحكمة» إذ التعسف واجب درؤه لا جائز، لأنه ظلم، والظلم ليس أمراً مخيراً فيه بين الدفع والإبقاء، فإذا انطبق عليه معيار التعسف نتيجة للموازنة، تعين على المحكمة أن تحكم بذلك، تحقيقاً للعدالة، وتطبيقاً لنظرية التعسف، إذا لا يجوز تخيير القاضي في هذا الشأن، وإلا كان التناقض بين ما تقضي به النظرية العامة للتعسف إذا تحققت معاييرها في الوقائع المعروضة وبين التطبيقات التشريعية.

(١) سياسة التشريع تقوم على رعاية الصالح العام، وذلك بسن تشريعات تتسم بالشدة، بالنظر للأحوال والظروف العارضة، بدلاً من التشريعات التي تقتضيها الأحوال العادية.

إذن سياسة التشريع قد تقتضي اتخاذ تدابير وإجراءات وقوانين أكثر شدة وحزماً، إذا اقتضت الظروف ذلك، حسماً لمادة الضرر العام، وهذا هو الملحوظ الذي على أساسه قام حكم القانون في هذه المسألة في حال سوء النية.

لذا، رأينا للفقهاء المسلمين، وعلماء الأصول المحققين، موقفاً اجتهادياً في مثل هذه المسألة هو على التقيض من هذا الحكم الجوازي، إذ يوجبون الحكم بالتعويض النقدي، وتمليك الجزء المغصوب للبانى، ذهاباً منهم إلى أن صاحب الحق في الجزء المغصوب، وإن كان يستحق استيفاء حقه كاملاً، ولكن ينبغي ألا يكون على وجه يخل بمبدأ العدل والإنصاف، وذلك بتحميل البانى المالك أضراراً راجحة، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبى: «حتى الممنوعات في الشرع<sup>(١)</sup>، إذا وقعت، فلا يكون إيقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر، أو غيرها، كالغصب، فإن المغصوب منه لا بد أن يوفى حقه، ولكن على وجه لا يؤدي إلى الإضرار بالغايب فوق ما يليق به من العدل والإنصاف، فإذا طوبى الغايب بأداء ما غصب، أو قيمته، أو مثله، وكان ذلك من غير زيادة، صح، فلو قصد فيه حملٌ على الغايب، لم يلزم، لأن العدل هو المطلوب»<sup>(٢)</sup>.

وهكذا لا ترى - في الفقه الإسلامى - تخالفاً بين مقتضيات نظرياته العامة، وبين تطبيقاتها التشريعية أو الفقهية في الفروع والجزئيات، تحقيقاً للعدل المطلوب، وحتى لو أن ثمة وقائع استثنيت من حكم نظائرها، لظروف ملابسة، فينبغي أن يكون ثمة مسوّغ لهذا الاستثناء يؤيد أصل القاعدة التي استثنيت من حكمها، تأكيداً لمقتضى العدل والمصلحة المشروعة. وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامى اصطلاح «سد الذرائع» أو مبدأ الإنصاف.

ب - ومن التطبيقات التشريعية للمعيار الثانى الذي ينهض بمبدأ «التوازن» بين المصالح أو «التناسب» ما نصت عليه المادة ٨٨١ مدنى جزائرى من أنه: «يجوز لمالك العقار المرتفق به، أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو إذا لم يبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به»<sup>(٣)</sup>.

(١) ومنها الغصب بسوء نية.

(٢) «الموافقات»: (٤/٢٠٢ - ٢٠٣).

(٣) يطابق هذه المادة نص المادة ١٠٢٩ مدنى مصرى.

مفاد هذا النص أن المشرع الجزائري قد أجرى موازنة بين فائدة العقار المرتفق وقد انعدمت أو أصبحت قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يحمل العقار المرتفق به من أعباء، فنتج عن ذلك انعدام التناسب، أو اختلال التوازن إلى درجة كبيرة، وهو تعسف غير جائز، لأن صاحب الحق إذا أصر على المطالبة بحقه لغير منفعة تعود عليه، أو لفائدة قليلة الأهمية مع علمه بما ينشأ عن ذلك من ضرر جسيم يلحق صاحب العقار المرتفق به، يكون متعسفاً، لأنه إما مستهتر بالغير، وما يصيبه من أضرار، وهذا إهمال للجانب الاجتماعي في ممارسة الحق، أو إهدار لوظيفته الاجتماعية، وهي مناط مشروعية استعماله، وإما أنه يقصد الإضرار بالغير، والحقوق لم تشرع لتكون وسائل أو أسباباً للأضرار الجسيمة، لذا وجب درء التعسف، ويتم بإنهاء حق الارتفاق ورفع أعبائه عن العقار المرتفق به.

ولا ريب أن ما يلحق العقار المرتفق من ضرر يسير نتيجة لإنهاء هذا الحق، لا يتناسب البتة مع مصلحة العقار المرتفق به في تحريره من أعباء هذا الارتفاق، فحالة اختلال التوازن البين هي علة قيام التعسف والظلم، والجزاء هو رفع سببه، وهو إنهاء حق الارتفاق لعدم جدواه، وجسامة ضرره.

فاستعمال حق الارتفاق كاستعمال حق الملكية أو أي حق آخر، ينبغي أن يرمي إلى تحقيق مصلحة مشروععة وراجحة وذات أهمية، لأنها أساس شرعية الحق، والغاية منه، وهي مصدر ما للحق من قيمة في نظر الشارع، على ما سيأتي بيانه.

أما إذا أصبح استعمال المالك لحق الارتفاق - لعارض طراً على هذا الحق - لا يحقق له أي فائدة، فإن زال الغرض الذي كان قد قرر من أجله حق الارتفاق، فإن استمساكه بهذا الحق، وإصراره على بقاءه، واستعماله مع لزوم الضرر الجسيم بالنسبة لغيره، تعسف أشد يوجب إنهاء الحق من باب أولى، لانعدام التناسب بصورة مطلقة، ولأن إبقاء الحق تَمَحُّضُ ضرراً، والتعسف غير جائز، فيجب درؤه، وذلك بمنع التسبب فيه ابتداءً إذا لم يكن قد وقع، أو بقطع استمراره إذا وقع، وذلك بإنهاء هذا الحق، كما في مسألتنا هذه. ومن هنا أجاز هذا النص لصاحب العقار المرتفق به أن

يطلب إنهاء حق الارتفاق المقرر عليه، لانعدام المصلحة، أو ضاقتها، تحقيقاً للعدالة بين الحقوق، أو المصالح المتزاحمة أو المتعارضة، لأن الحقوق - كما قلنا - لم تشرع لذاتها، وإنما شرعت وسائل لتحقيق مصالح مشروعة وذات أهمية، وإذا كان الشارع قد اعتبر الحقوق قيماً اجتماعية، فإن هذه القيم منشؤها أو مصدرها المصالح الجدية المشروعة، فليست قيمة الحق مستمدة من ذاته، بل من غايته، حتى إذا انعدمت غايته أو ضوّلت، لم يعد للحق قيمة في نظر الشارع، لسقوط مصدرها<sup>(١)</sup>، وهو المصلحة الجدية الراجعة.

هذا، وقاضي الموضوع قد منحه القانون سلطة تقديرية في هذا الشأن، إذ هو الذي يقدر مدى المنفعة أو ضاقتها، أو انعدامها، من خلال ظروف الدعوى وملاساتها، ويبقى حكمه على ضوء نتيجة هذه الموازنة التي يكيف على أساسها استعمال هذا الحق بالتعسف، أو ببقائه على أصل المشروعية.

ومثال ذلك، أن يكون للعقار المرتفق حق المرور على عقار آخر، ثم يطرأ عارض هو إنشاء طريق للعقار المرتفق يفضي إلى الطريق العام، ويمائل الممر المعين لحق الارتفاق<sup>(٢)</sup>، من حيث سهولة المرور والاستطراق، ويغني عنه، حتى لم يعد لهذا الممر أي فائدة تذكر، إذ أصبحت فائدته ضئيلة الشأن إلى حد كبير، بسبب عارض إحداث هذه الطريق الجديدة للعقار المرتفق، ففي مثل هذه الحال يحق لصاحب العقار المرتفق به أن يطالب بإنهاء الارتفاق، وتحرير عقاره منه، دون موافقة صاحب العقار المرتفق، لأن درء التعسف لا يتوقف على رضا المتعسف، لسوء قصده، أو سوء مآل تصرفه.

(١) وهذا النظر قد نهض به التشريع الإسلامي، إذ الحقوق والإباحات (الحريات العامة) إنما شرعت لأجل مصالح الناس، أي شرعت لمقاصد وغايات معينة يتعين على أصحاب الحقوق تحقيقها، إذ هي السبب في تشريع الحق، ومنحه لصاحبه، بل المصلحة هي مصدر قيمة الحق، وما أضفى عليه الشارع من حماية، ولذا استقر عند الأصوليين مبدأ عام في هذا المعنى مؤداه: «أن الأحكام والحقوق معللة ومفسرة بمصالح الناس».

(٢) «الوسيط» للدكتور السنهوري: (١/٦٩١).

وأنت عليم أن قيام حالة التعسف علّتها زوال الغرض، أو انعدام المصلحة، أو ضآلتها، فاختل التوازن أو انعدم التناسب بين الضررين لدرجة كبيرة<sup>(١)</sup>.  
وأما الجزاء فهو قطع استمرار استعمال حق الارتفاق بإنهائه ورفعها، وتحرير العقار المرتفق به من عبثه.

ويتبين لك أن استعمال الحق في الأصل مشروع، لأن من مقتضى الحق ممارسة سلطاته، وإنما يصبح تعسفياً بسبب العوارض، والعوارض إما عوامل نفسية، من الباعث غير المشروع، أو قصد الإضرار بالغير، أو وقائع مادية هي نتائج استعمال الحق نفسه تلزم عنه، لظروف ملابسة، ولو لم تكن مقصودة، وتتمثل فيها الأضرار الراجعة، أو المصالح غير المشروعة.

فالعوارض ليست من الشارع، وإنما مصدرها صاحب الحق نفسه، يُحدّثها بعامل نفسي، أو تلزم تلقائياً نتيجة لاستعمال حق، بفعل الظروف الملابسة، فتأخذ هذه العوارض حكماً جديداً يخالف حكم أصل استعمال الحق، وهو حكم التعسف.

#### ❖ تطبيقات الاختلال البين في توازن المصالح من الفقه الإسلامي:

لقد وسعت الشريعة الإسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف إلى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الوضعية، قديمها وحديثها، فلم تقتصر على المعيار الذاتي، من نية الإضرار، أو تمحّض القصد إليه، أو انتفاء المصلحة كلية في استعمال الحق مما يعتبر قرينةً على قصد الإضرار، أو الانطلاق في التصرف في الحق تحت تأثير باعث أو دافع نفسي غير مشروع؛ لتحقيق مصالح غير مشروعة، مما يعد احتيالياً على

(١) ويقابل المادة ٨٨١ مدني جزائري الأنفة الذكر، المادة ١٣١٩ مدني أردني، ونصها: «ينقضي الحق المجرد (حق الارتفاق) إذا زال الغرض منه للعقار المنتفع، أو بقيت له فائدة محدودة لا تتفق مع الأعباء الواقعة على العقار الخادم».

- والعقار المنتفع هو العقار المرتفق.

- والعقار الخادم هو العقار المرتفق به.

ويطابق المادة ٨٨١ جزائري، المادة ١٢٨٤ مدني عراقي.

«المصلحة المشروعة الجدية» التي قررها الشارع أساساً للحق، ومصدراً لقيمته واعتباره، وسبباً لإسباغ الحماية الشرعية عليه، أو النتائج والمآلات الممنوعة غير المقصودة بفعل الظروف.

أقول: لم تقتصر الشريعة الإسلامية على هذه المعايير، بل أقرت معيار «التوازن» أو «التناسب» بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الإسلام. وتأسيساً على هذا، فإن استعمال الحق يصبح تعسفياً إذا كان على وجه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة إخلالاً بيئياً، بحيث يجعل التفاوت شاسعاً بين ما يتغيه صاحب الحق من فائدة، وبين الضرر الناشئ عن ذلك الاستعمال لزوماً، سواء أكان ذلك الضرر لاحقاً بالفرد أم بالمجتمع، وسواء أكان مقصوداً أم غير مقصود، فلا ينظر في هذا المعيار المادي أو الموضوعي إلى القصد، بل إلى النتيجة.

❖ وينطوي هذا المعيار في الفقه الإسلامي على الضوابط الآتية للتعسف:

أولاً: الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين بحيث يؤدي الحق إلى مفسدة راجحة. ثانياً: الضرر الفاحش أو غير المألوف اللاحق بالجار جرّاء استعمال المالك لعقاره من مضار الجوار غير المألوفة.

ثالثاً: الضرر العام اللاحق بالمجتمع كله، أو بأهل بلد من القطر، أو بأهل حي من ذلك البلد، أو بجماعة عظيمة منهم، جراء استعمال الحق الفردي.

والواقع أن معيار انعدام التناسب الذي أورده نص المادة (٤١) من القانون المدني الجزائري، ف٢، قد استقر في الفقه الإسلامي، وينطوي على تلك الروابط الثلاثة التي قررها هذا الفقه، وأرسى أصولاً للموازنة تقررت في قواعد كلية، ضبطاً لها، نبيها فيما يلي:

أ - فيما يتعلق بضابط اختلال التوازن البين بين مصلحتين فرديتين استقرت القاعدة العامة التي تحكم الموازنة والترجيح مؤداها أن: «الضرر الأشد يزال بالأخف»، أو قاعدة «يختار أهون الشرين، ويرتكب أخف الضررين».

ب - وأما فيما يتعلق بالتعارض بين المصلحة الفردية والعامّة، فقد استقرت القاعدة العامة التي مؤداها أنه: «يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام»، أو «المصلحة العامة مقدّمة».

وهذه القاعدة تحكم تصرفات الدولة قِبَلِ الأفراد أو الشركات أو المؤسسات الخاصة غالباً، فتقيّد حقوقهم بما ينسّق بين مصالحهم الخاصة والمصلحة العامة، حيث تُقدّم وتُرجّح هذه الأخيرة إذا استحال التوفيق، عدلاً.

وتحكم مثل هذا التعارض أيضاً قاعدة عامة أخرى مؤداها أن: «درء المفسد مقدم على جلب المصالح» بشرط أن تكون الأولى راجحة، فهي مقيدة بقاعدة «الضرر الأشد يزال بالأخف» التي أشرنا إليها.

وقد نوهنا كذلك أن التشريع الإسلامي لا يشترط - فيما عدا مضار الجوار غير المألوفة - أن يكون الاختلال بيناً لدرجة كبيرة، بل يكفي - في نظره - أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة كما قلنا.

أما إذا انعدم التناسب كليةً، فالتعسف يتحقق من باب أولى، لأن علته - وهي الاختلال - قد تقررت بصورة أكد.

فاقتصر المشرع الجزائري على «التفاوت الشاسع» في هذا المعيار، واعتباره شرطاً يتوقف عليه تحقق التعسف، يضيق من مجال نظرية التعسف ودورها، ويفتح السبيل أمام أصحاب الحقوق لممارستها على وجه تعسفي، ما دام لم يبلغ ذلك القدر من جسامته الضرر، فكان الفقه الإسلامي - في الواقع - أوسع مجالاً في محاربة التعسف، ودروه أكثر تفعيلاً، بعدم اشتراطه هذا الشرط كما أسلفنا.

وهذا المعيار موضوعي مادي بحث، يُنظر فيه إلى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، بقطع النظر عن القصد سيئاً كان أم حسناً.

وبينا آنفاً أن هذا المعيار مشتق من أصل النظر في مآلات الأفعال الذي تفرع عنه مبدأ «سد الذرائع»، ومبدأ «الاستحسان»، كما قدمنا.

## ❖ تطبيقات المعيار الثاني في الفقه الإسلامي

غير أنه - كما قلنا - قد يتخذ من تفاهة المصلحة المقصودة من جانب صاحب الحق، أو ضآلة شأنها، قرينة على قصد الإضرار.

ومن التطبيقات على هذا المعيار في الفقه الإسلامي ما يلي:

أ - في قسمة الملك، لو كان له عُشر دار لا يصلح للسكنى، والباقي للآخر يصلح للسكنى، وطلب صاحب الأكثر القسمة، أجيب في الأصح، وإن كان فيه ضرر شريكه<sup>(١)</sup>.

ب - لو غضب ساجةً (قطعة خشب أو حديد) فأدخلها في بنائه، انقطع حق مالكها إذا كانت قيمة البناء أكثر، وعلى الغاصب التعويض النقدي بالقيمة دون التنفيذ العيني، دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما<sup>(٢)</sup>، وهذا واضح.

جاء في «المدونة» - في الفقه المالكي - لو أن رجلاً غضب أرضاً، فغرس فيها شجراً، فاستحقها ربها (مالكها)، فإنه يقال للغاصب: اقلع شجرك، إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذ الأشجار بقيمتها مقلوعة، فحق رب الأرض مقدم، لأن ضرره أشد، فيدفع بالأخف<sup>(٣)</sup>.

هذا، ومن البين أن الفقهاء المسلمين انتهوا إلى تحكيم القاعدة العامة: «الضرر الأشد يزال بالأخف» ولو لم يكن بين الضررين تفاوت شاسع، لأن هذا ليس شرطاً لقيام حالة التعسف كما بينا.

أما إذا كان ثمة انعدام التناسب، فإن حالة التعسف تتحقق من باب أولى كما ذكرنا.

يؤكد هذا، أن صاحب الحق يمنع من استعمال حقه - في الفقه الإسلامي - إذا اختار وجهاً لاستعمال حقه، تحقيقاً لمصلحة مشروعة جدية وذات أهمية بالنسبة إليه،

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي: ص ٨٥.

(٢) «مجمع الضمانات»: ص ١٣٥، و«جامع الفصولين»: (٢/١٣٥)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي: ص ٧٥.

(٣) «المقدمات» لابن رشد: (٤/١٦٠).

ولكن ينشأ عنه ضرر راجح بالغير، في حين أن ثمة وجهاً آخر لاستعمال حقه، ولتحقيق عين هذه المصلحة التي يتوخاها، ولا يلحق الغير ضرر راجح ينشأ عن هذا الوجه الآخر من الاستعمال، فيعتبر متعسفاً في الوجه الأول، ولو لم تكن المصلحة تافهة، وبالتالي يمنع ابتداءً، إذ يجب أن ينتقل إلى الوجه الثاني، حيث لا ينشأ عنه ضرر بالغير، ويبقى حقه قائماً في الوجه الثاني دون الأول، درءاً للتعسف.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إما أن يكون إذا رفع العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة، حصل له كما أراد، أو لا، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فينتقل عنه، ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار»<sup>(١)</sup>.

وفهم من هذا أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر راجح بالغير، في حين أنه كان لصاحب الحق ندحة أو مجال أو وجه آخر لاستعمال حقه، ولا يتضرر غيره منه، كما لا يتضرر هو أيضاً، ويحقق مصلحته في الوقت نفسه، فإنه يعتبر متعسفاً فيه إذا لم ينتقل إلى الوجه الآخر، بل يعتبر إصراره على هذا الوجه الضار قرينة مادية دالة على قصد الإضرار، فيمنع لذلك، لأن استعمال الحق بقصد الإضرار تعسف غير جائز.

ويستخلص من ذلك ما يلي:

أولاً:- أن هذا المعيار مادي بحت، يتجه فيه النظر إلى ثمرة الفعل في حد ذاتها، ويقوم على الموازنة بين المصلحتين.

ثانياً: أنه لا يشترط فيه الاختلال البين في توازن المصالح، أو انعدام التناسب، بل يكفي أن يكون أحد الضررين أشد من الآخر، ولو بدرجة بسيطة، فيراعى الأول لدفعه، بتحمل الثاني الأخف.

(١) «الموافقات»: (٢/٣٥٠) وما يليها.

ونذكرك بأن بعض الأصوليين والفقهاء ذهب إلى أن المساواة بين الضرر والنفع توجب قيام حالة التعسف، فيمنع، كما ذكرنا، ولم يشترط رجحان الضرر ولو بدرجة يسيرة، ولكن هذا يعارض مقتضى القاعدة العامة: «الضرر لا يزال بمثله»، ولأن صاحب الحق أولى بالرعاية من الغير عند تساوي الضرر والنفع، فيرجح حقه. أما انعدام التناسب فهو من أشد حالات التعسف وقوعاً، غير أن انعدام التناسب ليس شرطاً متمحضاً لقيام حالة التعسف.

ثالثاً: إن دور النظرية يبدأ من مجرد التسبب، أو استعمال الحق، ولا يشترط الخطأ، أو الإهمال، أو التقصير، أو تحقق قصد الإضرار لتقوم حالة التعسف، فيمنع من الاستعمال ابتداءً، كيلا تترتب عليه آثاره الضارة بالغير، فالعوامل النفسية لا ينظر إليها، بل إلى أثرها المتوقع، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف.

أما إذا وقع الضرر، فتثور المسؤولية التعسفية، ويترتب الجزاء التعويضي حسب الأحوال، فضلاً عن قطع استمراره في استعمال حقه، كي لا يتجدد حدوث الأضرار مستقبلاً.

وهذه المسؤولية المطلقة هي التي اهتدى إليها اليوم الفقه الدولي، لمواجهة نتائج النشاط الصناعي والذري والنووي، من الأضرار اللاحقة بالدول المجاورة للدولة التي تجري في أرضها تجارب ذرية أو نووية، ولو لم يكن ثمة خطأ ارتكبه هذه الدولة، أو إهمال في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تسرب الغبار الذري أو النووي عبر حدودها.

أما الضرر العام فيتعين وجوب دفعه، ومنع التسبب فيه، باستعمال الحق أو الإباحة (الحريات العامة) من باب أولى، ذلك لأن اختلال التوازن فيه أبين وأشد، إذ هو تعارض بين المصلحة الخاصة والعامة، فكان معنى التعسف فيه أكد، لاختلال التوازن بدرجة أكبر.

والواقع أن القاعدة التي استقرت في الفقه الإسلامي الخاصة بهذا المعنى تنص على أنه «يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام»<sup>(١)</sup> تضبط الموازنة والترجيح

(١) المادة ٢٦، «المجلة العدلية».

حالة تعارض مصالح العموم مع الخصوص، فتقدم بمقتضاها الأولى، هذه القاعدة - كما ذكرنا - متفرعة عن قاعدة عامة أخرى: «الضرر الأشد يزال بالأخف»<sup>(١)</sup>، كما يتفرع عن هذه أيضاً قاعدة ثالثة تحكم الموازنة والترجيح بين مصلحتين فرديتين أيضاً عند اختلال التوازن مؤداها: «يختار أهون الشرين».

وهذه القواعد قد ثبتت واستقرت في الفقه الإسلامي باستقراء أدلة كثيرة حتى أفادت اليقين والقطع في الدلالة على إرادة المشرع الحقيقية، وفي هذا المعنى يقول ابن قيم الجوزية: «فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه»<sup>(٢)</sup>.

والواقع أن قاعدة: «يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ فِي سَبِيلِ دَفْعِ ضَرَرِ عَامٍ» تصلح أيضاً خطة تشريعية أو منهجاً تشريعياً للسير على مقتضاه في سن تشريعات اجتهادية للدولة في الحالات التي تتعارض فيها المصالح الخاصة مع المصلحة العامة للدولة، فضلاً عن كونها تضبط الموازنة، ويحكم بالترجيح في التصرفات الفردية استعمالاً للحقوق والحريات على ضوئها.

ومن التطبيقات التشريعية لهذه القاعدة التي تعتبر أصلاً من أصول الموازنة والترجيح، درءاً للتعسف قبل الوقوع، ما يلي:

أ - تحريم الاحتكار وكسره منعاً لتعسف المالك أو التاجر في حق الملك بما يضر بالمجتمع، عن طريق حبس السلع وإغلاء الأسعار، وتربصاً بالناس الفرص والأزمات، أو خلقها وإحداثها إن لم تكن.

وقد ورد تحريمه بالسنة الشريفة، بما يؤكد اعتبار الاحتكار جريمة اجتماعية ودينية كبرى، وأساس هذا التحريم رعاية المصالح العامة<sup>(٣)</sup>، أو دفع الضرر العام، ولو

(١) المادة ٢٧، «المجلة العدلية».

(٢) «الطرق الحكمية» ص ٣١٠. ويقصد بالقياس القاعدة العامة، والمصلحة هي العدل الناشئ عن درء التعسف، والفقه هو الفهم العميق للتشريع، وإدراك أسراره ومقاصده.

(٣) انظر في هذا بحثاً مفصلاً ومستفيضاً في كتابنا «بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله»، أعني بحث: «الاحتكار والتسعير الجبري»: (١/٤٨١). [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

تضرر التجار بعض الشيء، بمنعهم من إغلاء الأسعار، وبوجوب تقيدهم بالسعر المعقول الذي يفرضه ولي الأمر أو نوابه، بالاستعانة بأهل الخبرة.

ب - ما تتخذه الدولة من تشريعات تفرض بمقتضاها التسعير الجبري العادل للسلع والمنافع بما يحفظ الحقين، والتوازن بينهما: حق المالك، أو التاجر، وحق العامة أو المجتمع، دون وكس أو بخس<sup>(١)</sup>، أو شطط أو مغالاة، منعاً للتغالي في الأسعار، وأساس ذلك رعاية الصالح العام<sup>(٢)</sup>، وتقديمه على الخاص، أو التنسيق بينهما ما أمكن.

ج - نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، كنزع ملكية دار أو أرض لبناء مستشفى، أو جامعة، أو شق شوارع عامة، أو إنشاء مدارس، أو مرافق عامة، لأن المصلحة العامة مقدمة، فلا تكون المصلحة الخاصة عقبة في سبيلها، مع الاحتفاظ بحق المالك في تعويض عادل، رعاية للمصلحة العامة، ومنعاً من اختلال التوازن البين بينهما، فيدفع الضرر الأشد.

د - منع تجار السلاح من بيعه أيام الفتن الداخلية، أو الحروب الأهلية، لما في ذلك من إشعال نارها، وإن لحق التجار ضرر من جراء هذا المنع، ولكنه اتقاء لضرر أشد، وهو ضرر الفتنة العامة.

هـ - منع إقامة مصنع للإسمنت ابتداءً مثلاً في وسط حي سكني، ولو كان المصنع مقاماً قبل إنشاء الحي السكني، دفعاً للضرر العام عن أهل الحي، وهو أشدّ بلا ريب، إذ لا يمكن الانتفاع بالمنافع المقصودة من تلك العقارات السكنية على الوجه الأفضل والأكمل مع وجود مثل هذا المصنع، بما يصدر عنه من ضوضاء، أو دخان كثيف يلوث الهواء، ويضرّ بالصحة العامة لأهل الحي، وهذا ضرر عام.

والمعيار مادي بحت، ينظر فيه إلى نتائج الأفعال وثمراتها في حد ذاتها، الواقعة

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّكَاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، فلا يجوز بخس حق التاجر ولا حق المشتري.

(٢) المرجع السابق.

أو المتوقعة، فيمنع التسبب في وقوعها، ولا ينظر إلى القصد، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف.

و - الحائظ المائل إلى الطريق العام، أو البناء المتصدع والآيل للسقوط، يُجبر صاحبه على هدمه بعد إعلامه بحال حائطه، أو بنائه، حتى إذا انهار قبل أن يهدمه، وأضر ببعض المارة، ترتبت مسؤوليته عن ذلك، لتعسفه في استعمال حقه، بامتناعه عن هدمه امتناعاً تسبب عنه ضرر عام، مع علمه بأن الحائظ أو البناء آيل للسقوط، وهذا ضرب من التعسف في استعمال الحق على وجه سلبي، بامتناعه عن هدمه أو إصلاحه بما يحول دون انهياره.

أما مضار الجوار غير المألوفة، أو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي: «الضرر الفاحش» فنفرده له بحثاً خاصاً بعد الفراغ من بحث المعيار الثالث.

المعيار الثالث: نصت المادة (٤١) من القانون المدني الجزائري، ف٣، على هذا المعيار<sup>(١)</sup>.

وهذا النص يفيد معياراً جديداً للتعسف هو: «المصلحة غير المشروعة» التي يرمي إلى تحقيقها استعمال الحق، فضلاً عن المعيارين السابقين.

فإذا كان المعيار الأول - وهو «قصد الإضرار» - يتنافى مع أساس شرعية الحق<sup>(٢)</sup>، من حيث كونه قيمة اجتماعية قد شرع وسيلة لتحقيق مصلحة مشروعة وذات أهمية، فكذلك المعيار الثاني الذي قوامه انعدام التناسب، فإن منافاته لغاية الحق تبدو من حيث إن صاحب الحق إذا استعمله ابتغاء تحقيق مصلحة تافهة، لينشأ أو يلزم عنه ضرر جسيم بالغير، أو انتفاء أي فائدة لصاحبه من وراء استعماله هذا، فإنه يعتبر متعسفاً لعدم جدية المصلحة أولاً، ولأنه إما مستهتر بغيره، وبما يصيبه من أضرار جسيمة، أو أنه يقصد الإضرار به كما ذكرنا، والحقوق لم تشرع لهذه الغاية، فالمنافاة

(١) ويقابلها نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري، ف٣: «إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

(٢) أي إذا كان الغرض من استعمال الحق هو مجرد قصد الإضرار بالغير.

واضحة، وهي علة التعسف، ولأن حقه لم يعد له قيمة اجتماعية ما دام لا يترتب على استعماله مصلحة راجحة، وبعبارة أخرى:

إن المعيار الثالث، وهو «المصلحة غير المشروعة» منافاتها لغاية الحق أوضح، لأن من طبيعة المصلحة التي تعتمد أساساً لتشريع الحق، وغاية معينة ومقصودة من تشريعه، أن تكون مشروعة، إذ لا يتصور من الشارع أن يشرع الحقوق على أساس مصالح غير مشروعة، للتناقض، لغاية الحق - وهي المصلحة<sup>(١)</sup> التي شرع من أجلها - لا بد من أن تكون مشروعة بطبيعتها ما دام الشارع قد أقام الحق على أساسها كوسيلة ووضعتها بيد صاحب الحق، ليتوخى تحقيقها عند استعماله لحقه، ولا يتصور من الشارع أن يتوخى من المكلف تحقيق مصالح غير مشروعة لأن هذا ضرب من التناقض في غايات الحقوق، والشارع الحكيم منزّه عن ذلك قطعاً.

فالمصلحة غير المشروعة إذن تناقض المصلحة المشروعة بداهة، والمنافاة هي مناط أو علة التعسف، وهي مضادة للشرع في أصل تشريع الحقوق.

وأيضاً، إن ما للحق من قيمة في نظر المشرع، إنما هي مستمدة من المصلحة المشروعة التي حددت غاية له، وشرع من أجلها، فهي مصدر قيمته كما أسلفنا، حتى إذا أصبح وسيلة لتحقيق مصلحة غير مشروعة، سقط ماله من قيمة، لسقوط مصدرها ومنشئها، وزالت مشروعية استعماله، وانسلخ عنه بالتالي ما كان المشرع قد أضفى عليه من الحماية القانونية، أو الشرعية، إذ لم يعد جديراً بها بالنظر إلى عدم مشروعية المصلحة التي يستهدفها استعماله.

أو بعبارة أخرى: لم يعد قائماً على وضع المشروعات، وعادات المشرع في التشريع، ولا استعماله جارياً على سَنَنِهَا، فلا بد إذن من موافقة استعمال الحق لغاياته، حتى يكون الحق جديراً بحماية المشرع له.

(١) يعبر عن المصلحة بالفائدة، أحياناً.

❖ معيار المصلحة غير المشروعة مادي أو موضوعي<sup>(١)</sup> من حيث ظاهره:

غير أن المصلحة غير المشروعة، وإن كانت معياراً مادياً من حيث الظاهر، لكن الدوافع أو البواعث النفسية هي التي توجه الاستعمال إلى تحقيق تلك المصلحة، فالتلازم قائم بين الدافع النفسي غير المشروع، والمصلحة غير المشروعة، فكان معياراً مادياً في ظاهره، شخصياً ذاتياً في باطنه، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها: «إن معيار المصلحة المشروعة وإن كان مادياً في ظاهره، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة»<sup>(٢)</sup>.

والمراد بالنية الباعث النفسي الذي يوجه الاستعمال على نحو معين، وهذا هو العارض الطارئ الذي نشأ عنه دليل التعسف ومعياره.

فاستعمال الحق في الأصل مشروع، وذلك في غير محل هذه العوارض، من قصد الإضرار أو انعدام التناسب، أو نشوء الدافع النفسي لدى صاحب الحق يحمله على تحقيق غرض غير مشروع، مضادة لمقصد الشارع، واحتياطياً على نظام الشريعة، بتقديم عمل ظاهر الجواز، لاستناده في الأصل إلى حق من أجل تحقيق غرض غير مشروع<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا، فالمصلحة غير المشروعة هي وليدة الدافع أو الباعث النفسي غير المشروع، فالتلازم قائم بينهما، والباعث غير المشروع هادم للباعث المشروع، وهذا هو عين التعسف.

## ❖ معنى عدم مشروعية المصلحة:

يقصد بعدم مشروعية المصلحة أن تكون مخالفة لأحكام الشريعة، أو للنظام

(١) «الوسيط» للدكتور السهوري: (٩٥٩/١).

(٢) «مجموعة الأعمال التحضيرية»: (٢٠٩ - ٢١٠)، وراجع «أصول القانون»: للدكتور حسن كبره ص ١١٢٦.

(٣) وهذا ما يطلق عليه الإمام الشاطبي: «التحليل». «الموافقات»: (٢٠١/٤).

الشرعي العام، أو الآداب<sup>(١)</sup>، أي: أن تكون المصلحة ليست من أنواع المصالح الشرعية المعتبرة، ولا من جنسها.

وهذا المعيار يدل على أن الحق ليست قيمته مستمدة من ذاته كما بينا، بل من غايته، وهي المصلحة المشروعة ذات الأهمية، فكانت الحقوق مجرد وسائل ترتبط بغاياتها ارتباطاً محكماً لا انفكاك له، وعلى هذا الأساس تحددت طبيعة التعسف كما أسلفنا.

وتأسيساً على هذا، لا يكفي أن يقصد صاحب الحق تحقيق مصلحة ذات قيمة في نظره هو، بل لا بد أن تكون مشروعة، بحيث لا تخالف حكماً من أحكام الشرع القاطعة، أو النظام الشرعي العام والآداب، في قواعده المحكمة كما قدمنا، أو ما يطلق عليه: «روح التشريع».

❖ **التطبيقات التشريعية والفقهية والقضائية لهذا المعيار الثالث: «عدم مشروعية المصلحة»:**

١ - استقر في القضاء المصري القديم هذا المعيار، فاعتبر استعمال الحكومة حقها في فصل بعض الموظفين تعسفياً إذا كان لغرض شخصي، أو شهوة حزبية، لا لتحقيق مصلحة عامة.

٢ - تقضي المادة ١٨٧ مدني جزائري، بأنه «إذا تسبب الدائن بسوء نيته - وهو يطالب بحقه - في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق، أو لا يقضي به إطلاقاً، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر».

فالدائن الذي يتغني من وراء التسبب في إطالة أمد النزاع إبان مطالبته بحقه أمام القضاء مصلحة لنفسه، وهي زيادة مبلغ التعويض بطول مدة النزاع، فإن هذا الدافع غير مشروع، والمصلحة التي يريد تحقيقها بهذا الدافع غير مشروعة أيضاً، إذ لا تقوم على سبب مشروع.

(١) وهذا ما يطلق عليه الإمام الشاطبي: «التحليل». «الموافقات»: (٤/٢٠١).

ولهذا كان الجزاء أن يعامل بنقيض قصده، وهو تخفيض مبلغ التعويض، أو عدم الحكم به جملةً، حسب الأحوال.

٣ - المالك الذي يضع أسلاكاً شائكة في حدود ملكه، حتى يفرض على شركة الطيران التي تهبط طائراتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمن مرتفع<sup>(١)</sup>.  
فليس وضعه للأسلاك الشائكة في أرضه إذن لتحقيق مصلحة مشروعة، بل لإجراج شركة الطيران، والتضييق عليها، وحملها قسراً على شراء أرضه بمبالغ طائلة.  
فهذا تصرف في الحق بدافع غير مشروع، ويستهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة.

#### ❖ تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي:

١ - من المقرر في الفقه المالكي أن البنت البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يجوز أن تزوج نفسها دون إذن وليها، غير أن الولي إذا تقرر له حق الرفض، فينبغي أن يستعمله بمسوغ شرعي، وسبب معقول، وهو مصلحة البنت المولّى عليها، حتى إذا أساء استعمال هذا الحق دون المصلحة المشروعة التي تقرر حق الولاية من أجلها، أو دون مبرر معقول، بل بدافع غير مشروع، كالتغالي في المهر مثلاً، أو إبقاء للبنت لخدمته، كان لها أن ترفع أمرها إلى القضاء، فإذا تبين للقاضي أن رفض الولي ليس له من مسوغ معقول، كان له أن يزوجه دون أن يستأذن وليها<sup>(٢)</sup>، درءاً لتعسفه في استعمال حقه في الولاية.

فالجزاء هو منعه من التصرف في حق الولاية، أو سلبه منه، لأن الولاية على البنت البكر البالغة سلطة قد قررها الشارع للولي من أجل تحقيق مصلحة المولّى عليها، فهو حق وظيفي غيري، فينبغي أن يكون تصرفه بمقتضى حق الولاية متجهاً إلى تحقيق مصلحة المولى عليها، دون سواها، لا مصلحته الخاصة، فليست المغالاة في المهور رثاء الناس<sup>(٣)</sup>، أو عضل البنت الرشيدة من الزواج لخدمة الولي من مصلحتها،

(١) «الوسيط» للدكتور السنهاوري: (١/٩٥٩ - ٩٦٠).

(٢) «المدونة»: (٤/١٤).

(٣) رثاء الناس، أي: من أجل التظاهر أمام الناس بأن مهرها غال جداً، للدلالة على رفعة منزلة العائلة، وهذا من التقاليد البالية التي تجب محاربتها والقضاء عليها، بالنظر لما يترتب عليها من ضرر عام.

بل من مصلحة الولي، والولاية لم تشرع من أجل تحقيق مصلحته هو، بل لمصلحة المولّي عليها، أصالة.

ومن ثم فلا يجوز استعمال الحق في غير المصلحة التي من أجلها شرع، فكان رفضه تزويجها أو عضلها<sup>(١)</sup> عملاً تعسفياً يجب منعه من مباشرته، لكيلا يلحق المولّي عليها ضرر يمس مستقبل حياتها.

وهكذا نرى أنه في جميع مواقع التصرفات التي يساء استعمال الحق فيها، يمنع صاحبه من ذلك، لأنه بتعسفه ثبت أنه ليس أهلاً لمباشرة هذا الحق، فلم يكن قصده في العمل موافقاً لقصده الله في التشريع.

فالدافع النفسي غير المشروع يوجه استعمال الحق إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، فكانا متلازمين لا ينفكان، والمصلحة غير المشروعة معيار قيام حالة التعسف، وتحقيقه.

٢ - تطليق الزوج زوجته تطليقاً باتاً أو بائناً في حال مرض موته، لحرمانها من الإرث، تعسفٌ في استعمال حق الطلاق، لأن الطلاق لم يشرع لهذا الغرض، وإنما شرع عند استحالة استمرار الوفاق بين الزوجين، للتخلص من زوجة فاشلة، أما حرمانها من الإرث، فهذه مصلحة مادية قصدها الزوج حالة مرض موته، توفيراً للتركة لأبنائه، وهذه مصلحة غير مشروعة، قد اتخذ حق الطلاق وسيلة إلى تحقيقها، فكان طلاقه تعسفياً، لعدم مشروعية المصلحة، فيعامل بنقيض قصده، فترث منه إذا مات وهي في العدة، درءاً لتعسفه وظلمه، وهذا هو الجزاء، حماية لها من الضرر، بحرمانها من حقها في الإرث، وعند المالكية ترث ولو انقضت عدتها، حفاظاً على حقها في الإرث الذي منحه الله تعالى إياها.

واستعمال حق الطلاق على هذا الوجه نوع من الاحتيايل على قواعد التشريع، باستعمال الحق بدافع غير مشروع، لهضم حق الغير وإسقاطه، وليست هذه مصلحة

(١) العُضْل - بفتح العين وتسكين الضاد -: هو المنع من التزويج، وهو محرم شرعاً، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْضُوا لَهُمْ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [النساء: ١٩]، لأن النهي يقتضي التحريم.

مشروعة بداهة، إذ لم يشرع حق الطلاق لمثل هذه الأغراض، فكان المصلحة غير المشروعة التي يراد تحقيقها عن طريق استعمال الحق هادمةً للمصلحة المشروعة، وهذه مناقضة لمقصد الشارع كفاً، والمناقضة هي علة التعسف كما بينا.



obeykama.com