

البصائر الثابتي

المبحث الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق

في الفقه القانوني الحديث

قلنا: إن الثورة الصناعية أو التقدم الحضاري بوجه عام، كان له أثر بالغ في تطوير مفهوم الحق؛ إذ لم يعد يتفق والأوضاع المستحدثة التسليم بالمفهوم الفلسفي للحقوق الفردية التي يجعل منها سلطات مطلقة يمارسها الفرد باعتباره سيداً مطلقاً لا يسأل عما يفعل؛ لِمَا استتبع ذلك من نتائج ظالمة من الاستغلال والتعسف والتحكم، وخلق هوة سحيقة بين طبقتين رئيسيتين في المجتمع إحداهما: رافهة مستغلة، وأخرى كادحة مهضومة الحق، يوسع هذه الهوة ويعمقها ما انتشر من مبادئ المذهب الفردي، وكان من أشد مظاهر هذا التعسف نكراً، محاباة رأس المال على حساب العمال، حتى بدا التناقض جلياً بين مصلحة رب العمل والعمال، أو بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، مما أدى بالتالي إلى إهدار هذه الأخيرة لحساب الصالح الفردي.

وكان لهذا كله صداه في الفقه القانوني، فأخذ ينكر ما تقضي به تعاليم المذاهب الفردية من تقديس الفرد، وجعله محور التشريع وغايته، فاتجه عكسياً، وأخذ ينقض فكرة الحق المطلق - وهي أساس المذهب الفردي - ليقوم التشريع على أساس من مصلحة المجتمع، واعتبر الحق من الجماعة وللجماعة، واستلزم ذلك إنكار شخصية الفرد، وكيانه الذاتي، ومصلحته الخاصة^(١)، كردّ فعلٍ عنيفٍ للمذهب الفردي.

ونظراً لما في هذين الاتجاهين من تطرف وغلوّ، بدأ الفقه القانوني في أواخر

(١) راجع فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي ص ٣٤٢ ما بعدها من هذا الكتاب.

القرن التاسع عشر - بعد أن مهد له القضاء - يتجه إلى التقريب بين النزعتين المتضادتين والمتطرفتين، ويقيم التوازن بينهما، فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهراً لهذا التوازن، وهذا مما يؤكد أن نظرية التعسف في استعمال الحق متصلة أساساً بالحق وغايته ومدى استعماله.

أما الفقه الإسلامي، فلا يعرف هذا الغلو أو التطرف في النظرة إلى الحق، كما لا يقر هذا التناقض بين الصالح الفردي، وصالح المجتمع مذ كان، ولذا نشأت فيه نظرية التعسف بنشأته، وتدعمت أصولها - على سعة ومرونة لم تعرف في فقه أو تشريع غيره - بما تأصل فيه من مبادئ وقواعد مستقرة ثابتة ليست وليدة أحداث اقتصادية؛ أو ظروف طارئة؛ وإنما هي من وضع الشارع الحكيم.

فكان مفهوم التعسف أوسع مدى في الفقه الإسلامي منه في أي فقه عرف حتى اليوم، وكانت مقاييسه من السعة والمرونة بحيث تجابه كل تطور في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، في حين أن فريقاً من فقهاء القانون في عصرنا هذا لا يزال يناهض هذه النظرية، ويوجه إليها انتقادات بعضها شكلي، والآخر موضوعي، والمعترفون بها لم يستقر رأيهم على مفهوم موحد للتعسف، فهم مختلفون في معاييرهم ضيقاً وسعة، كما هم مختلفون فيه من حيث مجال التطبيق.

ومهما يكن من أمر، فإن معظم فقهاء العالم أضحى يسلم بان الحقوق نسبية لا مطلقة، وأن استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله.

وأما نظرية التعسف، فقد تبلورت في تشريعات العالم على تفاوت بينها في مفهوم التعسف ومدى تطبيقه.

ونعرض فيما يلي لآراء المناهضين للنظرية؛ ولكن بالرغم من أن كثيراً من فقهاء القانون أخذوا ينتقدون النظرية، فإنها أخذت طريقها إلى التقنين في التشريعات الحديثة في مطلع القرن العشرين، ومن هؤلاء «أبري رو» (Aubry Rau)، واسمان Esmein، وعابوا عليها إجمالاً أنها غير منطقية وخطرة.

ونعرض فيما يلي لأهم الآراء المناهضة للنظرية:

رأي بلانيول: Planiol:

يرى الفقيه «بلانيول» أن نظرية التعسف تقوم على أساس متناقض؛ لأن من يستعمل حقه يجب أن يكون فعله مشروعاً، والفعل لا يكون غير مشروع إلا إذا جاوز حدود الحق، أو كان لا يستند إلى حق، فالحق ينتهي عندما يبدأ التعسف^(١)

Le droit cesse ou l'abus commence.

على أن «بلانيول» يسلم بأن الحق مقيد بالغرض الذي تقرر من أجله، وأن استعماله في غير ذلك لا يسمى تعسفاً *abuse*؛ بل خروجاً عن الحق *d'epassement du droit*. وهذا - كما نرى - خلاف لفظي، وتحليل رأيه نجد أنه يركز على ناحيتين: الأولى: أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع وغير مشروع في وقت واحد^(٢). *Conforme au droit et contraire au droit*.

والثانية: أن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية - وهو مبنى التعسف في نظره - لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع، أي: لا يستند إلى حق، فجميع حالات التعسف - على هذا النظر - إن هي إلا حالات خروج عن الحق.
الرد على «بلانيول»:

والرد على هذا الرأي من وجوه: الأول: لا نسلم لزوم التناقض؛ لأن النفي والإثبات، أو المشروعية وعدم المشروعية، لم يُنصباً على ذات الفعل في وقت واحد؛ إذ الأولى - وهي المشروعية - منصبة على ذات الفعل؛ لاستناده إلى حق، وعدم المشروعية منصباً على الباعث، أو نتيجة الفعل، والباعث عنصر نفسي منفصل عن الفعل، كما أن الفعل مقدمة، والضرر نتيجة، فعدم المشروعية إذن ينصب إما على القصد أو الباعث، وإما على النتيجة، وهما غير الفعل؛ فالجهة منفكة ولا تناقض، وهذا ما يقرره العلامة الشاطبي في هذا المقام؛ إذ يقول: «وعلى هذه القاعدة تجري مسألة الصلاة في الأرض المغصوبة، والذبح بالسكين المغصوبة، وما لحق بهما من

(١) القانون المدني لبلانيول ج٢، نبذة (٨٤١).

(٢) مبادئ القانون المدني لبلانيول ج٢ نبذة (٨٦٢) وما بعدها.

مسائل، هي في أصلها مأذون فيها، ولا تضاداً في الأحكام لتعدد جهاتها»^(١).

والدليل على انفكاك الجهة أن استعمال الحق إذا تجرّد عن الباعث غير المشروع، عاد إلى ما كان عليه من أصل المشروعية، وكذلك إذا لم يُفض إلى نتيجة غير مشروعية.

وترتيباً على هذا، يمكن القول بأن التعسف ليس متعلقاً بمضمون الحق وسلطاته الممنوحة لصاحبه؛ بل يتعلق بالباعث أو المآل كما قررنا في غير موضع.

على أننا قد أوضحنا في بحث الغاية الاجتماعية للحق في الفقه الإسلامي^(٢)، أن الفعل قد يكون مشروعاً لذاته وسليماً من حيث الباعث، ومع ذلك يمنع بالنظر لتعارضه مع مصلحة عامة جوهرية، أي: لمخالفته للقواعد الفقهية المستقرة، وذلك كتلقي السلع؛ فإنه يمنع ولو كان الباعث عليه مشروعاً، وهو جلب الرزق من طريق مشروع، وهو حرية التجارة، وذلك بالنظر لمخالفته للقاعدة العامة القاضية بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام، وهذا هو أصل النظر في مآلات الأفعال الذي فصلنا القول فيه كمؤيد لنظرية التعسف^(٣)، وعلى ذلك فلا تناقض، لتعارضه مع مصلحة عامة أرجح، أي: يمكن أن يكون الفعل في ذاته مشروعاً، ولكنه - في الوقت نفسه - مخالف لروح الشريعة وقواعدها العامة، ومثل ذلك يقال في القانون، وهذا هو جوهر فكرة التعسف.

ويتجه على الفقيه «بلانيول» من الناحية الأخرى أننا لا نسلم الأصل الذي بنيت عليه نظرية التعسف، فقد بينا أن نظرية التعسف متصلة أساساً بغاية الحق، لا بحدوده الموضوعية، إذ التعسف يفترض عدم مجاوزة حدود الحق الموضوعية، فلا يعتبر الفعل بالتالي خارجاً عن حدود الحق^(٤).

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٦٠).

(٢) انظر المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها ص ٣٨ وما بعدها، وص ٢٠٦ وما بعدها، وص ١٥٨ والمرجع السابق.

(٣) انظر ص ١٦٧ وما بعدها.

(٤) راجع «تأصيل التعسف» ص ٧٦ وما بعدها.

ومن هنا وجبت التفرقة بين مجاوزة الحق وبين التعسف في استعماله، ولهذه التفرقة أهمية بالغة؛ ذلك لأن مجاوزة الحق أمر محرم في جميع الشرائع، والفعل غير مشروع لذاته، سواء أترتب عليه ضرر أم لا، بل يمنع ولو جرّ للغير نفعاً، ويكفي إثبات مجرد حصول الفعل ليتشكل الاعتداء أو المجاوزة، كمن يبني في أرض غيره أو يزرع فيها، بدون إذن مالئها ولا ولاية منه، ولا يشترط إثبات حصول الضرر.

أما التعسف، فالفعل فيه مشروع لذاته؛ ولكنه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة، أو يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة، فيمنع التسبب لذلك، كما أن النظرية توفق بين المصالح المتضاربة، وتقيم التوازن بينها بما يتفق وروح التشريع.

على أن الفعل المشروع قد يشكل إخلالاً بالتوازن بين مصلحة فردية وأخرى عامة دون قصد من مباشره، أو عدم تبصر أو إهمال في أخذ الحيطة، أي: دون أن يتوفر لديه أي عنصر «للخطأ»، ومع ذلك يمنع، وتترتب مسؤوليته إن هو تسبب في الضرر، ووقع فعلاً، كما في صور استعمال حق الملكية.

هذا، ولنظرية التعسف وظيفتان تقصر عنهما وظيفة المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ:

الأولى: وقائية بمنع التسبب في الضرر ابتداءً، أو منع ترتيب الأثر على التصرف القولي المنافي لحكمة المشروعية، بإبطال التصرف ذاته؛ لثلاث تترتب آثاره عليه.

والأخرى: علاجية، وهو الجزاء العيني أو التعويضي، وفي هذا الأخير لا بد من إقامة الدليل على وقوع الفعل ووقوع الضرر أيضاً، وعلاقة السببية بينهما، ولو لم يتوافر عنصر الخطأ، كما في حالة استعمال الحق على وجه يضر بمصلحة عامة جوهرية، وحالة استعمال المالك ملكه على وجه يضر بجاره ضرراً غير مألوف.

والخلاصة أن نقد «بلانيول» قائم على أساس أن مبنى التعسف هو الخطأ المولّد للمسؤولية التقصيرية، وقد بينّا فساد هذا الأصل، فيفسد بالتالي ما بني عليه من نتائج^(١).

(١) راجع في نقد «بلانيول» النظرية العامة للالتزام» ج ٢، «مصادر الالتزام» للدكتور أنور سلطان ص ٥١٠ وما بعدها، و«الوسيط» ج ١، و«مصادر الالتزام» للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ٨٣٨ وما بعدها.

هذا، وقد تبين أن نقده للتسمية مجرد خلاف لفظي؛ لأنه يسلم بأن الحقوق لم تعد مطلقة، بل مقيدة بالمصالح التي شرعت من أجلها، وهذا هو الأصل الذي انبثقت عنه نظرية التعسف.

وممن شايح «بلانيول» في رأيه الفقيه «سالي» حيث يقول: «إن تعبير التعسف في استعمال الحق تعبير خاطئ، وأنه يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق، وليس إساءة استعماله، وأن الحق الذي يُتَعَسَفُ في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلية في نطاق الحق المدعى به»^(١).

على أن فقهاء القانون قد ردوا عليه أيضاً بما يقترّب من هذا الرد الفقهي في الشرع الإسلامي - وهو منبت النظرية الأول - حيث قالوا:

«لا مانع مطلقاً من أن يكون عمل الإنسان مشروعاً، أي: مرتكزاً على حق، كحق الملكية، وداخلاً في نطاقه وحدوده التي رسمها القانون، وغير مشروع - في الوقت نفسه - بمعنى مخالفته للمبادئ والقواعد القانونية العامة».

رأي اسمان Easmein:

يرى اسمان أن نظرية التعسف غير منطقية فضلاً عن أنها خطيرة.

أما أنها غير منطقية، فلأنها متناقضة مع المبادئ القانونية؛ لأن ركن الخطأ المولّد للمسؤولية التقصيرية لا يتوافر إلا في حالة العمل غير المشروع، على حين أن استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع، مهما تكن نية صاحبه عند استعماله؛ لأننا لو سلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية أدى إلى قيام المسؤولية، فقد ينتهي هذا بنا إلى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني، وإلى الخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق^(٢).

وأما وجه كونها خطيرة، فلأن فتح المجال أمام القضاة للبحث عن النية يؤدي إلى تحكّمهم وتقديرهم الكيفي، فنجعل للقاضي بذلك سلطاناً فوق سلطان القانون؛ إذ

(١) سالي في «النظرية العامة في الالتزامات» ص ٣٧٢.

(٢) «المطول العملي للقانون المدني» لبلانيول، ج ٦، نبذة ٥٧٤.

يستطيع أن يقول: إن هذا مقصود فيه الإضرار، أو: إنه يشكل إساءة استعمال الحق من غير قصد، وفي هذا خطر على الناس والقانون^(١).

وهكذا نرى الفقيه «اسمان» قد أسس نقده للنظرية على أساس الخلط بين القانون وعلم الأخلاق، وما قد يؤدي إليه من تحكُّم القضاة عند البحث عن النية التي صحبت استعمال الحق^(٢).

ويمكن الرد على هذا النقد من وجوه:

الأول: إن المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق إذا كان مبناهما الخطأ، فمعنى ذلك أن القاضي لم يمنع سلطة جديدة، بل هو مدعوٌّ إلى مباشرة حقه الذي حولته إياه النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية^(٣).

الثاني: أن القانون أباح للقاضي في مواضع عديدة البحث عن النية، دون أن يخشى مغبة ذلك من التحكم المزعوم.

الثالث: لا تنافي بين القواعد الخلقية والقانون؛ لأن هذه الأخيرة ليست إلا قواعد خلقية مصحوبة بالجزاء.

ويقول الفقيه «جوسران» في هذا الصدد:

«إن هذه الحدود - أي بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية^(٤) - لم توجد قط إلا في مخيلة بعض الفقهاء، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين - علم الأخلاق وعلم القانون؛ لتوضيح الفرق بينهما - من بعد عن الدقة، وتَسَّع الحيرة التي فيها أصحابها، والعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين إلى كلٍّ واحد؛ إذ مبادئ القانون ما هي إلا مبادئ الأخلاق بالقدر الذي

(١) «الوجيز في الحقوق المدنية» للدكتور عدنان القوتلي: (١/٣٢٦).

(٢) مجلة القانون والاقتصاد، مارس سنة ١٩٤٧، العدد الأول، السنة السابعة عشرة.

- بحث في «التعسف في حق الملكية» ص ٩٤ وما بعدها، العدد الأول، السنة السابعة عشرة.

(٣) المرجع السابق.

(٤) وهذا يؤيد اتجاه الفقه الإسلامي في مزجه بين الخلق والتشريع.

يصحبها فيه جزاء، وعلم الأخلاق ما هو إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء»^(١).

وهكذا نرى الفقيه الكبير - جوسران - يؤكد أن العنصر الخلقي هو العامل الأول في صنع القانون.

إذا ثبت هذا، أمكن القول بأن الفقه الإسلامي يعتبر من الطراز الأول في هذا الباب، لأن الدعامة الخلقية تمثل الحجر الأساسي في فلسفته التشريعية، ومن هنا وجدت نظرية التعسف فيه تربة خصبة، فنمت وترعرعت على نحو لم يتح لها أن تجده في فقه أو تشريع غيره.

الرابع: على أن القاضي لا يعمل بشكل كفي من غير قيد؛ بل هو مقيد بأسس وقواعد معينة، فلماذا نخشى سلطة القاضي في تطبيق معايير التعسف فقط، ولا نخشاها في سائر المبادئ والأحكام الأخرى؟!

هذا، والفقيه «اسمان» يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي إلى قيام مسؤولية صاحبه إذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر، كحالة الإضراب الذي يقوم به العمال لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين إلى النقابة؛ إذ في هذا الإضراب تعطيل لحق رب العمل، واعتداء على حرية العمل.



(١) روح الحقوق ونسبها لجوسران، نبذة ٢٥٤.

المبحث الثاني

فقهاء القانون المؤيّدون لنظرية التعسف

وآراؤهم في تحديد معياره

لم يكتب لآراء الفقهاء المناهضين لنظرية التعسف البقاء ولا النجاح؛ إذ قد رجحت كفة الآراء المؤيدة لها، وساعد على ذلك ظروف الحياة الجديدة التي لم تعد تتفق وما تقضي به نظرية الحق المطلق.

على أننا كنا قد أشرنا إلى أن معظم فقهاء القانون متفقون على ضرورة تقييد الحق بالنظر لما تقتضيه العدالة وقواعد الأخلاق، وظروف الحياة المستجدة.

ولكن هؤلاء الفقهاء - فيما يبدو - لم يُجمعوا على مفهوم واحد للتعسف، أي: لم يتفقوا على معيار أو مقياس عام يتميز به التعسف عن غيره، ويتحقق به.

والواقع، أن المستقرى لنظراتهم في شأن هذا التحديد، يلمس أثر الصراع القائم بين المذاهب الفردية والمذاهب الاشتراكية، أو بين القائلين بالمعيار الشخصي، والقائلين بالمعيار المادي.

ونعرض فيما يلي لهذين المعيارين الرئيسيين، وما ينبثق عن كل منهما من حالات أخرى تعسفية، ترتد إلى المعيار الأصيل، ثم نجري مقارنة فيما بينهما من جهة، ومقارنة أخرى بينهما وبين ما استقر في الفقه الإسلامي من معايير من جهة أخرى.

المعيار الشخصي أو الذاتي subjectif

يقوم هذا المعيار على نية الإضرار، أو قصد الإضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق إبان استعماله لحقه، فيجب البحث عن هذا القصد، والتحقق من أن الشخص إنما استعمل حقه بنية الإضرار بغيره، وعلى ذلك، لا عبرة بالأضرار اللاحقة بالغير من جراء استعمال الحق إذا لم تكن مقصودة؛ لأن معيار التعسف هو قصد الإضرار فحسب، ولم يوجد، فالتعسف منتفٍ، لانتهاء معياره الذاتي.

والواقع، أن هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف، فقد عرفته الشرائع القديمة كما قدمنا؛ ولذا فهو يمثل التعسف في صورته البدائية الضيقة^(١).

وتعليل هذا المعيار واضح، وهو أن الحقوق إنما شرعت لجلب نفع أو دفع ضرر، فإذا هي استعملت لتكون مجلبة للشر أو وسائل للبغي، وإيقاع الضرر والأذى بالغير، انسلخ عن هذا الاستعمال صفة المشروعية.

وهذا المعيار عام ينطبق على جميع الحقوق.

إلا أن الفقيه «جوسران» لا يرى الأخذ بهذا المعيار بالنسبة لما يسميه بالحقوق التقديرية، أو المطلقة، أي: التي تخضع في استعمالها لمحض تقدير أصحابها؛ فلو استعملت هذه الحقوق بغية الإضرار بالغير لا يتحقق التعسف في نظره، وبالتالي لا تثار المسؤولية، وذلك كحق الإيضاء والطلاق؛ فيمكن أن تستعمل هذه الحقوق لأي غرض كان، دون أن يوجب ذلك مسؤولية صاحبها^(٢).

وقد ذكرنا أن الشريعة الإسلامية قد نصت على تحريم استعمال حق الإيضاء بالذات بقصد الإضرار، ويعتبر هذا النص أصلاً من أصول التعسف يقاس عليه غيره^(٣).

كما أن حق «الطلاق» لا يعتبر تقديرياً مطلقاً في نظر الشرع الإسلامي، وأبين دليل على ذلك تورث المبتوتة في مرض الموت على رأي الصحابة وجمهور الفقهاء، معاملة «للفار» بنقيض قصده، أي: جزاء على تعسفه في استعمال حق الطلاق^(٤).

هذا، وقد ذهب الفقيه «بيفنوار» إلى أن حق الملكية - وهو أخطر الحقوق وأجلها شأنًا - تقديري مطلق^(٥).

(١) «مجموعة الأعمال التحضيرية»: (٢٠٧/١)، و«محاضرات في النظرية العامة للحق» للدكتور إسماعيل غانم ص ١٦٧.

(٢) «روح الحقوق ونسبتيها» لجوسران، نبذة (٢٦٩).

(٣) راجع «أدلة النظرية من الكتاب الكريم» ص ٩١ وما بعدها.

(٤) راجع «أدلة النظرية من فقه الصحابة» ص ١٥٣ وما بعدها، والمرجع السابق.

(٥) «الملكية والعقد» بيفنوار Bufnoir: ص ٨٠٧ وما بعدها.

فيجوز لصاحبه أن يستعمل ما يخوله هذا الحق من سلطات لأي غرض، ولو بنية الإضرار بالغير، ويؤخذ على هذا الرأي وسابقه أن التفرقة بين الحقوق بجعل بعضها تقديرياً والآخر مقيداً، لا تقوم على أساس يبررها، فهي تفرقة تحكومية؛ ولذا رأينا التقنين المدني في جمهورية مصر العربية وغيرها من البلاد العربية لا يعتد بهذه التفرقة؛ إذ يجعل نظرية التعسف مبدئاً عاماً منسباً ظلُّه على جميع الحقوق.

على أن هذا المعيار قد نص عليه الشرع الإسلامي في الكتاب الكريم بصدد استعمال حق الإيضاء، والرضاع، والرجعة^(١)، كما نص عليه علماء الأصول وأصحاب كتب القواعد، من مثل الشاطبي^(٢) وابن رجب الحنبلي^(٣).

ولما كان الاقتصار على الأخذ بهذا المعيار - قصد الإضرار - يضيق من نطاق النظرية، ويشل عملها؛ لعسر الوقوف على هذا القصد؛ باعتباره عنصراً نفسياً خفياً، أدخل الفقهاء - الفرنسيون خاصة - حالات أخرى للتعسف، تترد إلى هذا الأصل، وهي:

❖ انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الإضرار

هذا المعيار يعتبر قرينة دالة على معيار قصد الإضرار، وتابعاً له؛ لأن من يستعمل حقه دون أن يثبت توحيه لمصلحة جدية تعود عليه، ويُلجِّقُ بغيره - في الوقت نفسه - ضرراً، يعتبر متعسفاً؛ لأن استعمال الحق دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة في هذه الحال، وهذا المعيار الفرعي قد جاءت به الشريعة الإسلامية، وأورد الفقهاء له تطبيقات عدة^(٤).

(١) راجع الأدلة التي تثبت النظرية من الكتاب الكريم ص ٩١ وما بعدها، وانظر «معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي» ص ٢٢٥ وما بعدها، المرجع السابق.

(٢) «الموافقات»: (٢/٣٤٩).

(٣) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٥.

(٤) «المدونة»: (١٥/١٦٥)، و«تبصرة الحكام»: (٢/٢٧٠)، و«البهجة شرح التحفة» للتسولي: (٢/٣٣١)،

و«بداية المجتهد»: (٢/٣٦٤)، وراجع أدلة النظرية من فقه الصحابة في قضاء عمر في قضية محمد بن =

وَبِحَسْبِ الْمَضْرُورِ أَنْ يُثْبِتَ الضَّرْرَ، وَعَدَمَ وَجُودِ نَفْعٍ لِصَاحِبِ الْحَقِّ، دُونَ أَنْ يُثْبِتَ قَصْدَ الْإِسَاءَةِ، وَعَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَنْ يَثْبِتَ الْعَكْسَ؛ لِيُنْجُو مِنَ الْمَسْئُولِيَّةِ. وَالْوَاقِعُ، أَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْحَالَةِ، تُعْتَبَرُ أَقْرَبَ إِلَى الْمَعْيَارِ الْمَادِيِّ؛ لِأَنَّ نِيَّةَ الْإِضْرَارِ مُسْتَخْلَصَةٌ مِنَ انْتِفَاءِ الْمَنْفَعَةِ، وَإِثْبَاتِ انْتِفَاءِ الْمَنْفَعَةِ أَمْرٌ مَادِي.

هَذَا، وَيَلْحَقُ بِعُضِّ الْفُقَهَاءِ حَالَةَ وَجُودِ مَصْلُحَةٍ تَافِهَةٍ لَا تُسْتَحَقُّ الذِّكْرَ بِهَذَا الْمَعْيَارِ، وَلَوْ أَبْدَى صَاحِبُ الْحَقِّ أَنَّهُ قَصَدَهَا.

لَا يُقَالُ: إِنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْحَالَةِ تَدْخُلُ فِي مَعْيَارِ تَمَحُّضِ قَصْدِ الْإِضْرَارِ؛ لِأَنَّ نَقُولَ: إِنَّ تَفَاهَةَ الْمَصْلُحَةِ لَا يَعْنِي ضَالَّتْهَا أَوْ قَلَّتْهَا، وَإِنَّمَا يَعْنِي أَنَّهَا مِنَ التَّفَاهَةِ بِحَيْثُ لَا تُسْتَحَقُّ الذِّكْرَ، أَمَّا مَعْيَارُ اخْتِلَالِ التَّوَازُنِ فَيَفْتَرِضُ فِيهِ - عَلَى الْأَقْلَى - أَنَّ تَكُونَ الْمَصْلُحَةُ الْمَقْصُودَةُ أَكْثَرَ مِنْ تَافِهَةٍ.

❖ هل يعتبر الإهمال وعدم التحرز معياراً تابعاً للمعيار الذاتي؟

يرى الفقيه البلجيكي «بودان Beudant» أن التعسف يتحقق في حالتين:

الأولى: استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار.

الثانية: استعمال الحق بإهمال ودون تبصر، بحيث لو استعمله بيقظة الرجل المعتاد، وفي الظروف عينها، لما وقع الضرر.

والحالة الثانية هذه تترد - في نظر بعض الفقهاء^(١) - إلى المعيار الذاتي أو الشخصي الصرف؛ لأن عدم التحرز أو الإهمال متعلقان بالإرادة؛ إذ هما الوجه السلبي لها.

= مسلمة ص ١٥٣ وما بعدها من الكتاب، وتكملة «فتح القدير»: (١٥٤/٦)، وكتاب «الخلاف في الفقه الجعفري»: (٢/٢٤٤)، و«معين الحكام» ص ٢٤٤، و«الموافقات» للشاطبي: (١/٢٩٠)، وفي هذا يقول الشاطبي: «إنا لو أعملنا السبب هنا، مع العلم بأن المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب ولا توجد به، لكان ذلك نقضاً لقصد الشارع في شرع الحكم؛ لأن التسبب هنا يصير عبثاً، والعبث لا يشرع؛ بناء على القول بالمصالح».

(١) «التعسف في استعمال الحق» لحسين عامر، ص ٤٨٧.

والواقع أن هذا المعيار - الإهمال وعدم التحرز - ينبغي اعتباره موضوعياً مادياً؛ لعدم ثبوت القصد إلى الإضرار.

والخلاصة: أن الفقهاء أدخلوا حالات للتعسف اعتبروها متفرعة عن تمحض قصد الإضرار، أو تابعة له، ولعل أهمها انتفاء المنفعة مع إلحاق الضرر بالغير، متى كان صاحب الحق على بيّنة من ذلك؛ فالمعيار الذاتي إذن يقوم على نية الإضرار الثابتة أو المفترضة، وإن كانت الوسيلة لإثبات هذه الأخيرة أقرب إلى المعيار المادي، كما في معيار انتفاء المنفعة، ولو لم يثبت قصد الإضرار.

❖ المعيار المادي أو الموضوعي

يرى أصحاب هذا المعيار أنه من العسير البحث عن القصد أو النية وتبينها، فضلاً عن أن ذلك يفسح المجال أمام القضاء للتحكم، كما لا يتوقع من صاحب الحق أن يقر بقصد الإضرار هذا، وبذلك تقل أهمية هذه النظرية باعتمادها على المعيار الذاتي وحده؛ لمنع الأعمال التعسفية، أو غير الاجتماعية، ويضيق من مجال تطبيقها. لذا؛ ذهب فريق من الفقهاء إلى الأخذ بالمعيار المادي؛ غير أنهم لم يتفقوا على نظرية في شأن هذا المعيار.

فذهب الأستاذ «سالي» Salielles إلى أن علة التعسف تتحقق في الاستعمال غير الطبيعي أو العادي للحق L'exercice anormal du droit، والظروف والبيئة بما فيها العرف هي التي تحدد ما إذا كان الاستعمال عادياً أم غير عادي^(١)، والمقصود بهذا الأخير الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي من الحق، بغض النظر عن نية صاحبه.

وإلى هذا ذهب الأستاذ «جوسران» Josserand؛ إذ يرى أن التعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله. ويفهم من هذا أن الحق شرع وسيلة إلى ذلك الغرض، وليس غاية في ذاته.

(١) النظرية العامة للالتزام» ج١، «مصادر الالتزام» للدكتور أنور سلطان ص ٥١١ وما بعدها.

على أن «جوسران» يعتبر الحق في ذاته وظيفة اجتماعية؛ لأن الحقوق - بما هي متفرعة من القانون - يجب أن تتسم بطابعه، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية إلزامية، فكانت الحقوق اجتماعية في نشأتها، وروحها، والغرض منها، وإذا كانت الجماعة قد منحت الأفراد هذه الحقوق؛ فلكي تكون في أيديهم وسائل أمن وعمل لصالح الجماعة، ولا يتم ذلك إلا عن طريق استعمالها على الوجه الذي يحقق الغرض منها؛ حتى إذا خرج ذو الحق عن هذا الهدف، كان متعسفاً؛ لمخالفته روح الحق والغرض الاجتماعي منه «Social but».

فحق الملكية مثلاً ليس إلا وظيفة اجتماعية Fuction Social، ذلك لأن الفرد لم يمنح السلطات التي يباشر بها هذا الحق، إلا ليتخذها وسيلة لتأمين بناء المجتمع وراحته أولاً، ومن هنا كان لزاماً عليه أن يمارسها في حدود تلك المصلحة العامة، لا يخالفها.

ثم لما شعر «جوسران» أن هذا المعيار من التجريد والسعة وعدم التحديد بحيث يعسر تطبيقه في القضاء، فضلاً عن إتاحة الفرصة - بسبب هذا التجريد والسعة - لتحكّم القضاء، قال: «إنه بالإمكان أن يستعان على معرفة انسجام الوجه الذي استعمل فيه الحق مع الغرض منه، أو مع روح القانون، بالبحث عن الدافع أو الباعث المشروع Le motif Le' gitime حتى إذا انعدم الدافع المشروع لديه، كان متعسفاً؛ لأنه خرج عن الغاية الاجتماعية للحق؛ فلا بد أن يكون الدافع ملائماً لروح الحق والغرض منه»^(١).

وهذا المعيار - الخروج عن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق - قد أخذ به الأستاذ جني وريبير وهريو وباريتي وغيرهم^(٢)، ويمكن أن يرد إليه - في نظر جوسران - جميع المعايير التي قال بها الفقهاء من مثل قصد الإضرار، أو انعدام المصلحة المشروعة، أو مباشرة الحق بما يلحق ضرراً بالغير دون منفعة لصاحبه، أو الاستعمال غير الطبيعي للحق.

(١) «المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية»: (١/١١١٩) للدكتور سليمان مرقس .

(٢) «النظرية العامة للالتزام» للدكتور أنور سلطان: (١/٥١٣).

وخلاصة هذا المعيار أنه يقيم التعسف على «فكرة التحايل» على الوظيفة الاجتماعية للحق^(١).

❖ تقرير نظرية «جوسران»

يؤخذ على هذه النظرية ما يلي:

أولاً: أنه أقام هذا المعيار على أساس أن الحق بذاته وظيفة اجتماعية، وأن المصلحة العامة هي المنظور إليها في تقرير هذا الحق، ولا تشركها المصلحة الخاصة، وقد بينا ما يؤدي إليه هذا النظر من افتتات على شخصية الفرد وصالحه الخاص، مما يخل بالتوازن الذي يجب الحرص على إقامته في كل حق فردي، محافظة على صالح الفرد وشخصيته وكيانه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن تحويل الحق بذاته إلى وظيفة اجتماعية بحيث يصبح صاحبه مجرد وكيل، أو موظف، يمارس سلطات محددة، أي: يشغل مركزاً قانونياً معيناً يفرض عليه التزامات إيجابية وسلبية، أقول: إن تحويل فكرة الحق إلى ذلك، هو في الحقيقة إلغاء للحق، ويعتبر الفرد مجرد آلة اجتماعية، أو عنصر تكوين لا يعمل لصالحه الخاص؛ بل لصالح الجماعة، ولا يخفى ما في هذا النظر من تطرف وتجاهل لمكونات الواقع.

هذا، وقد بينا أن الشريعة الإسلامية ترى في مفهوم الحق عنصراً مزدوجاً: فردياً واجتماعياً معاً، وتحافظ على إقامة التوازن بينهما بما قررت من مبادئ تشريعية، وقواعد فقهية، وقد بدا مظهر هذا التوازن في نظرية التعسف في استعمال الحق التي قيدت التصرف في الحق، فلم تجعله فردياً مطلقاً خالصاً، كما أنها لم تلغ فكرة الحق بتحويلها بذاتها إلى وظيفة اجتماعية، وبذلك كان للشريعة الفضل الأكبر في الإبقاء على فكرة الحق، والحفاظ على شخصية الفرد، ولكنها قيدت استعماله بما لا يضر بالغير من الفرد

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق ص ٣٦، و ٨٠ وما بعدها.

أو المجتمع، وبما يصون مقاصد الشرع في الخلق، وتلك هي الوظيفة الاجتماعية للحق؛ وبذلك لم يكن الحق في نظر الشريعة وظيفة اجتماعية؛ بل له وظيفة اجتماعية، وفي رأينا أن هذا تشريع يؤيده العدل والمنطق، فضلاً عن أنه لا يتجاهل مكونات الواقع^(١)، من أن هناك الإنسان الفرد، وهناك المجتمع، ولكل مصلحة.

ثانياً: أما المعيار الذي أتى به الفقيه «جوسران» فهو ذو مفهوم عام مجرد واسع وغير محدود، وذلك مما يعسر تطبيقه في القضاء، كما يفتح باب الأهواء الشخصية للقضاة؛ لأن كل قاضٍ ينظر إلى الغاية الاجتماعية للحق بمنظاره الشخصي، وبمقتضى معتقده الحزبي أو السياسي، ولا يخفى ما في ذلك من خطرٍ على الحقوق، وبلبله لا يستقيم معها ميزان العدل.

ولهذا، رأينا «جوسران» يدعو إلى الاستعانة بالبائع النفسي؛ ليؤخذ قرينة على مجافاة استعمال الحق وروحه والغرض منه، وهو انعدام الدافع المشروع.

ثالثاً: هذا المعيار قاصرٌ عن استيعاب جميع حالات التعسف؛ لأنه لا ينطبق على مضار الجوار غير المألوفة، أو الضرر الفاحش، ذلك المعيار الذي استقر في الفقه الإسلامي^(٢)، وقتنته^(٣) مجلة الأحكام العدلية.

ووجه عدم انطباقه، أن مالك العقار قد يستعمل حقه استعمالاً عادياً متوخياً في ذلك المصلحة أو الغاية الاجتماعية منه؛ بل وقد يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني، ومع ذلك يكون متعسفاً إذا ما نتج عن ممارسته لحقه هذا - ولو بدون قصد منه - أضرارٌ فاحشة بالغير، وضرربنا لذلك مثلاً: إقامة مصنع في ظاهر المدينة، لا يلبث أن ينشأ حيٌّ للسكن فيما حوله، بحيث أضحي وجود المصنع مبعثاً لأضرار فاحشة تعطل الانتفاع المقصود من عقاراتهم.

(١) «تبيين الحقائق» للزليعي: (١٩٦/٤).

(٢) «مجلة الأحكام العدلية» من المادة (١١٩٨ - ١٢١٢).

(٣) انظر ص ٣٦، و٣٨ وما بعدها، و٨٠ وما بعدها من الكتاب في الصفة المزدوجة، وفي المقصود من المصلحة التي شرع من أجلها الحق.

ولكن «جوسران» يجيب على هذا بأن مضار الجوار غير المألوفة تشكل تجاوزاً على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله، وإلى هذا ذهب الدكتور السنهوري في «الوسيط»^(١)، وسيأتي التحقيق في هذا في بحثنا للتعسف في القانون المدني الجديد في جمهورية مصر العربية إن شاء الله.

معيار انعدام المصلحة المشروعة^(٢)

وهذا المعيار في الواقع يندرج تحته عدة حالات للتعسف منها:

أولاً: استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير.

ثانياً: استعمال الحق حالة انتفاء المنفعة لصاحبه وعدم ثبوت قصد الإضرار.

ثالثاً: حالة تخيير صاحب الحق أكثر الطرق ضرراً بغيره، دون فائدة تعود عليه، على حين أن له ندحة عن ذلك إلى طرق أخرى لا يلزم عنها هذا الضرر، ولا يتضرر صاحب الحق في الانتقال إليها.

رابعاً: استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة.

وقد انتقد هذا المعيار الأخير الأستاذ «جوسران»، فذهب إلى أن المتبادر من مدلول المصلحة عرفاً هو المنفعة الشخصية، وبهذا التفسير للمصلحة يصبح المعيار قاصراً عن استيعاب حالات التعسف في الحقوق الغيرية التي لا يجني أصحابها منافع شخصية لذواتهم، كحق ولاية الأب على ابنه.

ويمكن الرد على ذلك بمنع هذا المعنى، ولم لا يقصد بالمصلحة المشروعة هنا المصلحة التي قررها الشارع للحق، سواء أكانت راجعة لصاحبه أم لغيره^(٣)؟

(١) ج ١ نبذة - ٦٣.

(٢) «وقد أخذ بهذا المعيار الأستاذ سالي، إلى جانب غيره من المعايير، كالأستعمال غير العادي للحق، أو الخروج عن الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق، وأخذ به أيضاً الأستاذ «بردسي» و «مارتن». النظرية العامة للالتزام» للدكتور أنور سلطان: (١/٥١٢).

(٣) مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة عشرة، مارس سنة ١٩٤٧، ص ١٠٥ - ١٠٧. مقال للدكتور أنور سلطان في نظرية التعسف في حق الملكية.

ولعل هذا المعيار مشتق من تعريف الحق «الإهرنج» بأنه «مصلحة يحميها القانون»^(١)، ولا يحمي القانون إلا المصلحة المشروعة، فاستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو دون فائدة؛ بل لمجرد الإضرار، أمرٌ لا يحميه القانون.

❖ نظرة عامة في المعايير التي قال بها مؤيدو النظرية من فقهاء القانون:

الواقع أن هذه المعايير - وإن بدا بعضها ذا مظهر مادي - إلا أنها تمتد إلى المعيار الذاتي أو الشخصي، «فجوسران» يُقيم التعسف على أساس انعدام الدافع المشروع^(٢)، و«سالي» و«جني» وغيرهما على أساس انعدام المصلحة المشروعة، و«بيفنوار» يقيّمها على أساس نية الإضرار الغير^(٣).

وبذلك بدا قصور هذه المعايير بالنسبة لما أصّل الفقه الإسلامي لهذه النظرية^(٤) من معايير ذاتية وموضوعية.



(١) المرجع السابق.

(٢) لأنه يرى أنه يستعان بالبحث عن الدافع غير المشروع، لتبيين الخروج عن الهدف الاجتماعي والاقتصادي للحق.

(٣) «النظرية العامة للالتزام»، «مصادر الالتزام» للدكتور أنور سلطان: (٥١٢/١) وما بعدها.

(٤) انظر معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي ص ٢٢٥ وما بعدها من الكتاب.