

نظرية التعسف - تاريخها وإشكالية المفهوم والعلاقة بالتعدي: دراسة فقهية مقارنة مع القانون الوضعي

د. لافي محمد الرقيب

أستاذ مساعد، كلية التربية

جامعة الكويت

د. داود سلمان بن عيسى

أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية المساعد

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص:

تناولت هذه الدراسة مفهوم التعسف وتطوره التاريخي كنظرية، وأثر الزمان والمكان في تغيير بعض المفاهيم التي لربما كانت حقوقاً للفرد يختص بها عن بقية المجتمع، واستعماله لها ولو ترتب على ذلك ضرر الغير، وكذا العلاقة المرتبطة بهذه النظرية مع نظريات أخرى مثل: نظرية التعدي من جهات عدة، وفرقت في ذلك من جهة الكسب ومن جهة الانتفاع، ومعرفة سبب اتجاه العلماء المعاصرين الشرعيين والقانونيين إلى نظرية التعسف، مع معرفة وجود ما يقضي على مسائل التعسف في قواعد الشريعة وضوابطها، وما يكون في التعدي من استيعاب صور التعسف؛ بتقسيم العلماء للتعدي بطريق التسبب والمباشرة، كل ذلك لتحقيق متطلبات المشاركة في المؤتمر السنوي الدولي الثامن لكلية القانون الكويتية العالمية - الجذور التاريخية للنظريات والمدونات القانونية.

ومن هنا استهدفت هذه الدراسة إظهار مدى عظم الفقه الإسلامي، وتوافقه مع الزمان والمكان، وأن التعسف وإن كانت له أحكامه في الجملة مما تقرره قواعد الشريعة، إلا أنه في بعض الأحيان يمنع الحقوق بمجرد الظن، وهذا ما يجب أن ينبه إليه ويُعاد النظر فيه لمعرفة حقيقة التعسف ومفهوم نظريته. وقد جاءت هذه الدراسة بمقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، فعرضت في المبحث الأول تطور وتاريخ مفهوم نظريته، وأما في المبحث الثاني فقد تناولت قصد الشارع في الحقوق وما يلحقها من تعسف، من جهة الكسب تارة، ومن جهة الانتفاع تارة أخرى في الشرع والقانون الوضعي، وتناولت في المبحث الثالث صور التعسف ومدى استيعاب التعدي الذي ذكره الفقهاء لها، وأجابت هذه الدراسة على تساؤلات عديدة أهمها: ما مجالات تطبيق نظرية التعسف في أرض الواقع، وما المفهوم الصحيح لها؟ ولم استقلت هذه النظرية عن نظرية التعدي وأفردت عند المعاصرين؟

واتبع الباحثان المنهج الوصفي والمقارن والمنهج النقدي، وقد توصلا إلى أنّ مفهوم

نظرية التعسف تطوّر مع الزمن بما يوافق العدل ورفع الضرر عن الغير، ومع تطوّرها فهي قائمة على الظن في أغلب مسألتها، وأنّ التعدي بمفهومه وحالاته يستوعب جميع صور التعسف، وأمّا توجه المعاصرين إلى إفراد نظرية باسم التعسف إنّما كان مجازاة لأهل القانون، لتعديلها بما يوافق الشريعة الإسلامية؛ حيث إنّها ممّا يطبق عليهم من قوانين لا بد منها - تطبيقاً لقاعدة ما لا يدرك كلّ لا يترك جلّه - فلا تترك لما يقرّره الغرب من حقوق تتعارض في بعضها بما عندنا من قواعد الشريعة.

كلمات دالة: التعدي؛ التعسف؛ الحق؛ المباشرة؛ التسبب؛ قصد الشارع.

المقدمة :

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ⁽¹⁾.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾⁽²⁾.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ءَ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾⁽³⁾.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾⁽⁴⁾.

أولاً: موضوع الدراسة

إنَّ هذه دراسة لنظرية التعسّف وبيان لتاريخها وعلاقة هذه النظرية بالتعدّي كما تشير إلى المفهوم الصحيح للتعسّف، فإنَّ الحقوق كثيرة ومن أنواع الحقوق من حيث تعلّقها بصاحبها هي حقوق الله وهي حقوق مغفورة، وحقوق للعباد لا يجوز التعدّي عليها، فهي ليست مغفورة إلا إذا عفا عنها صاحبها، فلا يستغل كل صاحب حقّ هذه الحقوق بالتعدّي على الآخرين، فجاءت النصوص الشرعية والقانونية بمنع ذلك، وبما أنّ مصطلح التعسّف أو نظرية التعسّف إن صحّ التعبير حديث من حيث الاصطلاح لا من حيث الوجود، فإنّ كثيراً من العلماء كالدريني وغيره قد ألف فيها وصنّف من المصنّفات ما يتعلّق بها من أحكام وأركان وشرائط حتى بات الناس يعتمدون على هذه المؤلفات في تأصيل النظرية، إلا أنّ الباحثين قد اجتهدا في بيان بعض المفاهيم وفق المعايير العلمية لتأصيل معنى التعسّف وعلاقته بالتعدّي لما بينهما من ترابط وتداخل، حتى أنّهما واجها صعوبة في طرح مشكلة الدراسة إلى أنّ بيّنا حقيقة المفهوم وعلاقته بعد أن بيّنا جذور النظرية التاريخية، ولهذا السبب قام الباحثان بدراسة نظرية التعسّف وعلاقتها بالتعدّي ليظهر للقارئ الحقيقة

(1) رواه أحمد، مسند أحمد، مسند عبد الله بن عباس، برقم (2749)، ج4، ص477؛ ورواه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، برقم (2118)، ص306؛ ورواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح، برقم (1105)، ج3، ص405، وقال الترمذي: (حديث حسن له شواهد).

(2) سورة آل عمران، الآية 102.

(3) سورة النساء، الآية 1.

(4) سورة الأحزاب، الآية 70.

التي قد تشكل على كثير من الناس، وتلخص عمل الباحثين في هذه الدراسة في استقراء ما له علاقة بجذور وتاريخ نظرية التعسف على النحو الآتي:

- الجانب الأول: مفهوم التعسف وتطوره التاريخي كنظرية، والآثار في تغيير بعض المفاهيم.
- الجانب الثاني: العلاقة المرتبطة بهذه النظرية مع نظريات أخرى من مثل: نظرية التعدي من عدة جهات.
- الجانب الثالث: معرفة اتجاه العلماء المعاصرين الشرعيين والقانونيين في التعسف.

ثانياً: مشكلة الدراسة

إنّ هذه الدراسة تدرس نظرية التعسف من حيث تاريخها وإشكالية المفهوم والعلاقة، ويمكن ضبط إشكالات الدراسة بالآتي: ما مجالات تطبيق نظرية التعسف في أرض الواقع، وما المفهوم الصحيح لها؟ ولما استقلت هذه النظرية عن نظرية التعدي وأفردت عند المعاصرين؟

ثالثاً: أهمية الدراسة

يمكن بيان أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

1. تُوفّر دراسة نظرية للمتخصّصين القانونيين والشرعيين.
2. تُبرز تطبيق ما قرّره الفقهاء والقانونيون فيما يتعلّق بالتعسف.
3. تُبيّن المفهوم الصحيح لحقيقة التعسف وعلاقته بالتعدي.
4. تُساعد الجهات الرقابية في ضبط المفاهيم الشرعية والقانونية.
5. تُجلّي الدور الحيوي للشرعية والقانون في تطويره وبيان المصطلحات مع المستجدات الحالية.
6. إفادة المكتبة القانونية والشرعية والجهات الرسمية القانونية.

رابعاً: أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى التالي:

1. إظهار مدى عظم الفقه الإسلامي، وتوافقه مع كل زمان ومكان.
2. بيان أثر وأحكام التعسف في الجملة ممّا تقرره قواعد الشريعة.

3. إبراز تطبيقات التعسّف.

4. بيان حقيقة التعسّف ومفهوم نظرية التعسّف وتطورها التاريخي.

خامساً: أسباب اختيار الموضوع

أَجْمَعْنَا رأينا في كتابة هذه الدراسة لأسباب نُجْمِلُهَا فيما يأتي:

1. حداثة الموضوع، حيث إنّ البحث لم يسبق بدراسة تجمع أطرافه، وتبيّن أثره.
2. إنّ تاريخ مصطلح التعسّف بحاجة إلى بيان وتوضيح.
3. ضرورة إبراز علاقة التعسّف بالتعدّي وغيرها من الأحكام.
4. حاجة المجتمع لمثل هذه الدراسة للثقيف ومتابعة التطوير في المصطلحات الشرعية والقانونية.
5. الاهتمام الشخصي للباحثين بالجوانب الشرعية والقانونية والقوانين ذات الصلة.

سادساً: الدراسات السابقة

هناك العديد من الدراسات السابقة التي تطرقت لموضوع التعسّف وتناولته من زوايا مختلفة، وقد تتوّعت هذه الدراسات بين رسائل وأبحاث، وكثرت ما كُتِبَ حوله ونظراً لتعدّد أبعاده وعلاقته وتداخله في المجالات كافة؛ وجد الباحثان نفسيهما أمام كم هائلٍ من المراجع والأبحاث، ممّا سبّب صعوبة في تصنيف هذه الوثائق وتحليلها وتفسيرها.

ورغم هذه الصعوبات المنهجية، قام الباحثان بعملية مسح لمعظم الأبحاث والدراسات العلمية التي أجريت حول نظرية التعسّف، إضافة إلى أبحاث المؤتمرات المحلية والإقليمية التي تناولت نظرية التعسّف بشكل عام وتاريخها وعلاقتها بالنظريات الأخرى بشكل خاص وخلصا إلى الآتي:

1- دراسة: إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسّف في استعمال الحقّ في حق الملكية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمّان، الأردن، 2011. وقد جاءت في 175 صفحة وتكوّنت من خمسة فصول، وتناولت في الفصل الأول مقدمة، ثم بيّن الباحث في الفصل الثاني التطوّر التاريخي لنظرية التعسّف في استعمال الحقّ، وفي الفصل الثالث تناول التعسّف في حقّ الملكية العقارية، وبحث في الفصل الرابع دعوى وجزاء التعسّف في حقّ الملكية العقارية، وختمت الدراسة

بفصل خامس كخاتمة للدراسة، وتناولت دراسته بشكل خاص التعسف في حق الملكية العقارية.

2- دراسة: بدرالدين عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي «مبناها ومعناها»، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2006. وقعت الدراسة في 297 صفحة وتكوّنت من فصلين، تعرّض الباحث في الفصل الأول للأسس والمبادئ التي بنى عليها الشاطبي نظريته مع تحديد نطاقها الذي تدرس فيه، وفي الفصل الثاني درس معنى النظرية وأثرها في التشريع الإسلامي، والتعريف بالقضاء والتحكيم، ودور القضاء فيما يتصل بالمحكم، وقدم بين يدي هذين الفصلين فصلاً تمهيدياً وخاتمة تضمنت جملة من النتائج.

3- دراسة: زكري ويس ماية، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2004. وقعت الدراسة في 201 صفحة وتكوّنت من فصلين، تناول الباحث في الفصل الأول الأحكام الخاصة بتطبيق جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، ودرس في الفصل الثاني الأحكام الجزائية لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.

وما يميّز دراستنا عن الدراسات السابقة أنّ هناك نقاط تلاقٍ معها، فيما يتعلّق بالنظرية وتعريفها من حيث بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي وتاريخ النظرية، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسات السابقة في جوانب يمكن بيانها على النحو الآتي:

أ. بيّن الباحثان في هذه الدراسة المفاهيم بصورة عامة وخاصة ودقيقة لمعنى التعسف، ومتى يُقال هذا تعسف أو تعدّ أو خطأ.

ب. لم تتطرّق الدراسات السابقة لبيان قصد الشارع في الحقوق.

ج. لم تتطرّق الدراسات السابقة لبيان ما يلحق التعسف من جهة الكسب والانتفاع في الشرع والقانون.

4- دراسة: محمد فوزي فيض الله، التعسف في استعمال الحق، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1974. وقد جاءت الدراسة في 37 صفحة شملت ضوابط التعسف وموقف القانون منه والنظريات المادية والمعنوية، وبيان نظرية الحق المطلق والموقف الإسلامي في مذاهبه الاجتهادية من نظرية التعسف، وملاحظ النظرية في القانون الروماني.

5- دراسة: محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الاسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008. وقد جاءت هذه الدراسة في 383 صفحة تكونت من بايين، تناول الباحث في الباب الأول تكييف التعسف وتأصيله، ومعايير هذه النظرية ومجالات تطبيقها والآثار المترتبة عليها، ثم درس في الباب الثاني التعسف من الناحية القانونية، كما تطرّق فيه إلى التعدي من جهة الحق.

سابعاً: منهج الدراسة

استخدم الباحثان في دراستهما المنهج الوصفي الذي يتكوّن من الاستقراء والتحليل حتى توصل من خلاله إلى عرض ما قيل في نظرية التعسف، مع حصر المعلومات والنتائج التي توصل إليها باعتمادهما على الأدوات الآتية: 1- الاستقراء: الذي يعتمد على استقراء الكتب والمصادر والأحكام والمراجع الخاصة وكتب الفقه والأصول والحديث والتفسير وفي مقدمتهم القرآن الكريم، والقوانين. 2- الاستنباط والترجيح: ومن خلاله يتوصل الباحث إلى استنباط الأحكام والآراء الراجعة وتقديم المقترحات. 3- التحليل: الذي يعتمد على تحليل المعلومات والاستبانات لدى المختصين من القانونيين والشرعيين. وفيما يتعلق بإجراءات المنهج قام الباحثان بتخريج الأحاديث الواردة في الدراسة على النحو الآتي: إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اقتصر على ذلك. وإذا كان في غير الصحيحين يخرّجه وفق معايير أهل الفن مع نقل حكم المتقدمين عليه فإن لم يوجد فالمعاصرين.

وقد خلت هذه الدراسة من ترجمة الأعلام الواردة فيها لأنهم إن كانوا من المتقدمين فقد أطلبت شهرتهم بما يغني عن الترجمة لهم، كالصحابة، والفقهاء رحمهم الله وغيرهم، وإن كانوا من المعاصرين فإن غالبهم حي بيننا ومن أصحاب التخصصات كالقانونيين والاقتصاديين ونحوهم.

سابعاً: خطة الدراسة

في ضوء ما سبق رأينا أن نقسّم هذه الدراسة إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم نظرية التعسف وتطورها

المبحث الثاني: مقاصد الشريعة في الحقوق

المبحث الثالث: علاقة نظرية التعسف بالتعدي

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول

مفهوم نظرية التعسف وتطورها

قبل بيان مفهوم نظرية التعسف وأدلتها، يجدر بنا بيان بعض المسلمّات إن صح التعبير التي ينبغي لطالب العلم أن يراعي لها اهتماماً أثناء بحثه وتطبيقاته لهذه النظرية وغيرها من النظريات، وهي كالتالي:

1- علم النظريات: يشمل بطبيعته فكراً، وهو الاجتهاد نفسه، ويشمل مجموعة من الأحكام الفقهية المتفرقة منظومة في سلك واحد، فهو مقبول خلاف من يردده بسبب أنّه فكر ونظر بشري فقط، وهذا خلاف الواقع إنّما هو اجتهادي ومنه مدعوم بأحكام شرعية.

2- العبرة بحقيقة الشيء لا بمسماه: وعليه فإنّ تسمية مجموعة من الأحكام المتأثرة والمجموعة في سلك واحد باسم النظرية أمر مستساغ ومقبول لأنّ الإسلام يهتم بالمضمون لا بالمسمّى والشكل.

3- طبيعة النظريات أنّها جازمة: ولذلك فإنّه لا بد من اختيار ما يوافق النظرية، فهي كلية جازمة لا مجال لإدخال المسائل الخلافية فيها، فهي تتحو جانباً فقهاً مقاصدياً وجانباً فكرياً.

4- وجود تشابه بين النظرية والعقد: من حيث اشتمالهما على أركان وشروط، وأحكام، ولكن بينهم فروق من حيث الأصل والفكرة والأثر.

5- نظرية التعسف في استعمال الحقّ تسميتها بهذا الاسم منقولة عن رجال الحقوق الغربيين؛ ولكن هذه النظرية عرفها الإسلام منذ أرسل الله رسوله وأنزل عليه قرآنه واعتنقه الناس ديناً⁽⁵⁾، والتعسف مربوط بالحقّ.

وعلى هذا يمكن بيان مفهوم نظرية التعسف كالتالي:

المطلب الأول

تعريف نظرية التعسف وإشكالية المفهوم

سننولى تعريف المصطلحات لغة واصطلاحاً لنخلص فيما بعد إلى بيان المفهوم، وذلك على النحو الآتي:

(5) أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي، د.ن، د.ت.

الفرع الأول

النظرية لغة

النظرية هي أصل الكلمة - نظر - النون والطاء والراء أصل صحيح يرجع فروعه إلى معنى واحد وهو تأمل الشيء ومعاينته، ثم يُستعار ويتسع فيه⁽⁶⁾. قال الجوهري: النظر تأمل الشيء بالعين⁽⁷⁾. وقال ابن منظور: وإذا قلت نظرت في الأمر احتمل أن يكون تنكراً فيه وتدبراً بالقلب⁽⁸⁾.

الفرع الثاني

النظرية اصطلاحاً

قال الريسوني في تعريف النظرية: «إنّ مصطلح - نظرية - وهو مصطلح حديث يستعمل بمعانٍ مختلفة⁽⁹⁾، ذكر منها الدكتور جميل صليبا خمسة، أقربها إلى المعنى الذي أريد اثنان منها، وهما اللذان بينهما بقوله: «إنّ النظرية أعمّ وأوسع من القاعدة، وإنّ النظرية تنطوي على عدد من القواعد»⁽¹⁰⁾. وعرفها الزحيلي بقوله إنّ: «النظرية: معناها المفهوم العام الذي يؤلّف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحقّ، ونظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير، ونحو ذلك ممّا أذكره هنا»⁽¹¹⁾.

وعرّف الدريني النظرية بأنّها: «مفهوم كليّ قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معيّن، بحيث يتكوّن من كل أولئك نظام تشريعي ملزم يشمل بأحكامه كل ما

(6) الرازي؛ أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (المتوفى: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، ج5، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م، ص 444 مادة (نظر).

(7) الفارابي؛ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج2، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ - 1987م، ص 830، مادة (نظر).

(8) ابن منظور؛ محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، ج5، دار صادر، بيروت 1414هـ، ص 217، مادة (نظر).

(9) الشاطبي؛ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الفرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الموافقات، ج1، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، 1417هـ/ 1997م، ج1، ص 17.

(10) أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط4، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات الأمريكية المتحدة، 1995م - 1415هـ، ص 29.

(11) وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج9، ط4، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 7064.

يتحقق فيه مناط موضوعه»⁽¹²⁾.

الفرع الثالث

التعسف لغة

التعسف في اللغة: العسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق... ورجل عسوف: إذا لم يقصد قصد الحق... والعسوف: التي تمر على غير هداية، فتركب رأسها في السير ولا يثنىها شيء⁽¹³⁾، ويتضح من المعنى اللغوي مدى التعتن والعناد فيما يفعله المتعسف من غير علم، أو أن يعلم خطأ فعله ويركب رأسه ولو كان فيه هلكته أو هلكة غيره، وبهذا يمكن أن يقال: إن المتعسف لا يطلق عليه أنه متعسف حتى يعلم خطأ نفسه، أو يُنبه من قبل غيره إلى ما يؤول إليه فعله من ضرر، ومع ذلك لم يتراجع عن ذلك، بل يكابر ويمضي فيما نوى عليه. وعليه من استعمال حقه ولم يعلم خطأ نفسه، ولم ينبه أحد إلى ما يؤول إليه فعله من ضرر، ثم وقع الضرر، فإنه يكون بذلك مخطئاً لا متعسفاً.

الفرع الرابع

التعسف اصطلاحاً

نشير إلى تعريف التعسف في اصطلاح المعاصرين لعدم وجود تعريف لها من قبل المتقدمين من الفقهاء، وما ذاك إلا لوجود القواعد العامة التي تحكم هذه النظرية من حيث محتواها الذي يعتمد تقديم المصالح على المفساد. وقد عرّف أبو سنة التعسف بقوله: «هو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع»⁽¹⁴⁾، وعرّفه الدريني بأنه: «مناقضة قصد الشارع، في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»⁽¹⁵⁾.

ومن مجموع هذه التعريفات نستخلص أنها اتفقت في النظرة العامة، فكل منهم أثبت وجود حق للمتصرف، وكل منهم يرى الخطأ في مخالفته للشرع. ونجد الفقهاء في كل التعريفات يتكلمون عن الحق واستعماله، فلا بد من معرفة الحق كي يتضح لنا معنى التعسف فيه، أو التعدي عليه:

(12) فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط2، جامعة دمشق، 1410هـ، ص 104.

(13) الرازي، مرجع سابق ج5، ص 444، مادة (نظر).

(14) أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف، القاهرة، د.ت، ص 200.

(15) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988م، ص 87.

الفرع الخامس

الحق لغة

معنى الحقّ يعود إلى إحكام الشيء بالثبات والوجود، ولا يخرج منها إلا ما كان يدل على محذوف⁽¹⁶⁾ جاء في مقاييس اللغة: «الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته. فالحقّ نقيض الباطل»⁽¹⁷⁾.

الفرع السادس

الحق اصطلاحاً

جرى الفقهاء المتقدمون ومن بعدهم على قاعدة المعروف لا يعرف، لذا كان التعريف اللغوي هو السائد عندهم، فقد جاء في كشف الأسرار: «الحقّ: الموجود من كل وجه الذي لا ريب فيه في وجوده»⁽¹⁸⁾. وأمّا في زماننا هذا فقد لزم علينا أن نأتي بتعريف له يتناسب مع النظريات القائمة على أساس الحقّ، لمعرفة تفاصيلها، لذا عرفه الزرقا قائلاً: «الحقّ هو اختصاص يقرّر به الشرع سلطة أو تكليفاً»⁽¹⁹⁾. وعرفه الدريني فقال: «الحقّ اختصاص يقرّر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معيّنة»⁽²⁰⁾.

وتعريف الدريني - رحمه الله تعالى - هو أفضل ما قيل في تعريف الحقّ في عصرنا هذا، حيث جمع عناصر الحقّ من جهة الكسب وهو إقرار الشرع سلطة على شيء، وكذا من جهة الانتفاع في تحقيق مصلحة معيّنة، وبهذا يكون قد فاق تعريف الزرقا من جهة الانتفاع، وأمّا بقية التعريفات فإنّها لا تخرج عن هذين التعريفين.

وبعد هذا العرض المختصر يتبيّن لنا أنّ الحقّ مرتبط به جهتان، لا ينفك أحدهما عن الآخر، وهما:

جهة الكسب، وجهة الانتفاع. وهذا ما ذكره الشاطبي، حيث قال بأنّه: «في العادات حقّ

(16) من مثل إطلاق الحقّة من الإبل على ما تم لها ثلاث سنوات من أنثى الإبل ودخلت في الرابعة، ووصفت بذلك؛ لأنها استحقت أن يطرقها الفحل، وقيل: استحقت أن تُركب وأن يحمل عليها، أي ثبت لها أن تُركب، والخلاف هنا بسبب المحذوف، هل هو أن يطرقها الفحل، أم أن تُركب ويحمل عليها؟

(17) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج2، ص15، كتاب: الحاء المهملة، باب: ما جاء من كلام العرب في المضاعف والمطابق أوله حاء، وتوزيع مقاييسه، مادة: حقق.

(18) البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين الحنفي (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، م4، ج4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دت، ص134.

(19) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الإسلامي، م1، ط1، دار القلم، دمشق، 1420هـ - 1999م، ص19.

(20) فتحي عبد القادر الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، م1، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ - 1984م، ص193.

للَّهِ تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأنَّ حقَّ الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً، ولا خَيْرَةَ فيه للبعد، فهو حقُّ لله تعالى صرفاً في حقِّ الغير، حتى يسقط حقُّه باختياره في بعض الجزئيات»⁽²¹⁾.

وعلى هذا فإن كان الكسب غير مشروع، فإنَّه بذلك يكون قد تجاوز حدود الله وصار بذلك معتدياً، ولو كان وجه الانتفاع فيه واستعماله له مشروعاً، فإنَّ هذا لا يشفع له، وكذا إن كان الكسب مشروعاً واستعمله في وجه غير مشروع فإنَّه يكون بذلك معتدياً، وأمَّا إن كان جهة الكسب والانتفاع كل منهما غير مشروع فمن باب أولى أن يكون اعتداءً، ويسمى فاعله معتدياً، ولا يكون الحقُّ إلا ما كان كسبه وانتفاعه مشروعاً، وعليه يكون للاعتداء ثلاث حالات:

- ما كان كسبه غير مشروع⁽²²⁾ والانتفاع به كذلك غير مشروع، وهو أشد أنواع الاعتداء.
- ما كان كسبه غير مشروع والانتفاع به مشروعاً.
- ما كان كسبه مشروعاً والانتفاع به غير مشروع، وهو أخف أنواع الاعتداء.

ومن أمثلة الأول: ما لو سرق رجل مال رجل ثم استعمله في القمار أو الخمر أو ما يفرق به بين الناس، وكذا من حضر حفرة في أرض غيره وتضرَّر منها من مرَّ بها، والأمثلة على ذلك كثيرة، بل هو أكثر أنواع الاعتداء البين.

ومن أمثلة الثاني: ما لو جمع ماله من الربا والقمار أو السرقة بأنواعها، ثم تصدَّق بها أو بنى بها مسجداً أو ما شابه ذلك، فإنَّ هذا الفعل لا يُثاب عليه، بل هو سحت، إلا أن يريد بذلك التخلص منه، فإنَّ له في نية التخلص منه أجراً لا في بنائه للمسجد أو أعمال الخير.

ومن أمثلة الثالث: ما لو تزوج رجل بامرأة بنية تحليلها لزوجها الأول، أو طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض موته؛ ليحرمها من الإرث، فإنَّ الله تعالى أكسبه مشروعية الزواج والطلاق، لكنَّه أساء الاستعمال، واستغل ذلك بمخالفة قصد الشارع لما أولاه هذا الحق، وهذا ما قصد به الفقهاء المعاصرون أنه تعسف في استعمال الحق.

وعلى هذا المعنى قال الشاطبي: «فإذا تأملت الحالة؛ وجدت المذموم تصرف المكلف في النعم، لا أنفس النعم إلا أنها لما كانت آلة للحالة المذمومة ذمت من تلك الجهة وهو

(21) الشاطبي، مرجع سابق، ج2، ص545.

(22) الكسب غير المشروع إما لذاته: مثل الخمر ولحم الخنزير، وإما أن يكون غير مشروع لغيره مثل: أموال الربا والسرقة.

القصد الثاني؛ لأنه مبني على قصد المكلف المذموم، وإلا فالرب تعالى قد تعرّف إلى عبده بنعمه، وامتن بها قبل النظر في فعل المكلف فيها على الإطلاق، وهذا دليل على أنّها محمودة بالقصد الأول على الإطلاق، وإنّما ذمّت حين صدّت من صدّت عن سبيل الله، وهو ظاهر لمن تأمله»⁽²³⁾.

وبهذا يتبيّن لنا قصد الفقهاء من قولهم: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»⁽²⁴⁾، وهو أنّه لا بد أن تكون جهة الانتفاع مشروعة تماماً كمشروعية جهة الكسب، وهذا هو الشرط الذي يوافق عدم الضمان في الجواز الشرعي، فقيده البعض⁽²⁵⁾ بشرط السلامة.

المطلب الثاني

تطور نظرية التعسّف في استعمال الحقّ وتاريخها

استخدم الغربيون من رجال القانون مصطلح نظرية التعسّف في استعمال الحقّ، ولكن هذه النظرية وليدة الإسلام منذ أن أرسل الله تعالى نبينا محمداً صلى الله عليه وسلم بإنزال القرآن عليه، فقد بيّن القرآن الحقّ وبيّن مصادره وأنواع التعديّ على هذا الحقّ: إمّا أن يكون تعدياً مباشراً أو غير مباشر بالتسبب سواء عمداً أو خطأً، بالتحايل أو غيرها من الوسائل، فلم يترك شيئاً إلا بيّنه.

فلا يغتر القارئ لكتب الغربيين ويظنّ أنّ هذه النظرية استنبطها الغربيون لجهلهم بما في شريعة الإسلام التي أكملت وبيّنت كل شيء في حياة الناس، كما أنّها جاءت في القانون الروماني الذي يُعدّ المنبع الأول الذي اقتبست منه أغلب التقنيات الحديثة أحكامها، وكان قانوناً مشبعاً بالشكلية وتطفى عليه النزعة الفردية⁽²⁶⁾.

وهذه النظرية قد ذكرت في بطون كتب الفقه الإسلامي من قديم بعد بيانها في كتاب الله عز وجل، فكانت مبدأ لحفظ الحقوق، بتفسير قول الله تعالى في عدة مواضع لمصطلح التعديّ كما في قوله تعالى: ﴿وَقَتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَعْدُوا إِيَّاهُ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽²⁷⁾، حتى تطوّر استعمال مصطلح حفظ الحقوق إلى عدم التعسّف في استعمال الحقّ، وفق قواعد مستنبطة من الأدلة الشرعية والعقلية. فجاءت

(23) الشاطبي، مرجع سابق، ج3، ص506.

(24) حيدر، شرح القواعد الفقهية، المادة: (91)، ج1، ص92.

(25) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، القاعدة التسعون، ص449.

(26) عبد العزيز إيهاب علي محمد، نظرية التعسّف في استعمال الحق في حق الملكية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمّان، الأردن، 2011م، ص17.

(27) سورة البقرة، الآية 190.

القوانين الأجنبية تبنيها على سوء النية وكفى كما في القانون السويسري، وجاء في القانون الروسي الذي بناها على مخالفة الأغراض الاجتماعية والاقتصادية لا غير، لهذا أحسن واضعو القانونين المصري والسوري في استمدادها من الفقه الإسلامي⁽²⁸⁾.

(28) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في المادتين (5 و6).

المبحث الثاني

مقاصد الشريعة في الحقوق

لا شك أنّ من أعظم ما بُنيت عليه الشريعة المقاصد، في جلب المصالح ودرء المفسدات، وهذا ما يكون فيه عمارة الأرض، وانتشار الأمن، فينعم الناس بحياة كريمة، وما دون ذلك لا يأتي إلا بالفساد، وما يترتب عليه من البغضاء والشحناء بين العباد، فيؤثر كل واحد منهم نفسه في كل شيء، ويتفكك المجتمع، ويعيشون في فردية تامة، كل منهم يقول نفسي نفسي، لذلك جعل الله الحق الذي أولاه للعبد متعلقاً به جهران، جهة الكسب وجهة الانتفاع، فلا يكون للعبد التصرف المطلق في حقه، بل هو مقيد ممن أعطاه هذا الحق.

المطلب الأول

قصد الشارع من جهة الكسب

إذا نظرنا إلى مشروعية الكسب من غيره، نجد أنّ مفهوم التعسف لا يمكن أن يكون الكسب فيه غير مشروع، وإلا صار إلى المعنى العام للتعدي وهو الكسب غير المشروع، فالكسب غير المشروع إمّا لذاته أو لغيره، وما كان لغيره فإنه لا يخلو أن يكون بإذن⁽²⁹⁾ أم بغير إذن⁽³⁰⁾، وهذا كله يكون في التعدي بالمعنى العام، وأمّا التعسف في معناه الخاص فإنّ الكسب فيه لا بد أن يكون مشروعاً، ممّا يجعل صاحبه يتصرف فيه أمام الناس من غير تكبر، إلا إذا جرت العادة أنّ استعماله بهذه الطريقة تؤدي إلى الضرر.

وعليه فإنّ مفهوم التعدي ومفهوم التعسف يفترقان بالنسبة لجهة الكسب، فالتعسف من جهة الكسب لا بد أن يكون مشروعاً، بخلاف التعدي فلا يلزم أن يكون مشروعاً، فالعلاقة بينهما من جهة الكسب علاقة عموم وخصوص مطلق؛ فكل تعسف تعدّ، وليس كل تعدّ تعسفاً.

المطلب الثاني

قصد الشارع من جهة الانتفاع

وأما بالنسبة لجهة الانتفاع فإنه يظهر لنا جلياً أنّ كلاً من الاعتداء والتعسف لهما مقصد واحد، من ترتب الضرر على الغير، وهذه الجهة تكاد أن تكون متحدة بين الاعتداء

(29) من مثل: الربا، القمار، الميسر... وما شابهه.

(30) وذلك مثل: السرقة، الغصب، والاختلاس... وما شابهه.

والتعسف، فمن فعل الفعل وأضرّ بغيره فإنه متعسف معتد، وذلك لما سبق تقريره أنّ المتعسف والمتعدي لا بد منهما أن يكونا قد تعمّدا ذلك بعلمهما ما فيه من ضرر، أو تبييهما على ما يؤوّل إليه فعلهما، وما سوى ذلك يكون مخطئاً، مهملاً، مقصراً، مفرطاً، سمّه ما شئت، لكنّه لا يصل إلى مرتبة التعدي والتعسف في إحقاق الحقّ، إلا كما قلنا إنّها: «إساءة استعمال الحقّ» وهذا يدخل فيه التعسف والتعدي من جهة، ويدخل فيه كذلك الخطأ والإهمال من جهة أخرى.

وبهذا يتضح أنّ الحقّ له غرض معيّن قد حدّده الشارع وجعله في إطار: «جلب المصالح ودفع المفاسد»، فإن تعارض هذا الحقّ مع المصلحة، فإنه ينتزع مفهومه، ويكون بذلك تعدياً لا حقّ له في استعماله لضرّة الآخرين، لذا جاء المشرّع الكويتي ونص في المادة (30) من القانون المدني على ما يلي: «يكون استعمال الحقّ غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

أ. إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه غير مشروعة.

ب. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ج. إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.

د. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف».

فإذا تقرّر هذا فإنه يتضح لنا أنّهما - التعدي والتعسف - بمثابة قولنا: «إذا اجتمعاً افترقا وإذا افترقا اجتمعاً»، وذلك مثل الإسلام والإيمان، بينهما عموم وخصوص مطلق، فكل مؤمن لا بد أن يكون مسلماً، وليس كل مسلم مؤمناً، ولو كان في المسلم من الإيمان شيء أكثر من غيره فلا يطلق عليه مؤمناً، حتى يكون قد قارب من الإيمان المطلق، وأمّا الإسلام فلا بد له من مطلق الإيمان؛ لكي يصح إسلامه، وعليه: يكون كل تعسف اعتداء، وليس كل اعتداء تعسفاً، فلا يمكن أن يكون متعسفاً حتى يعتدي أو يقصد الاعتداء على الغير بإضراره، ولا يلزم أن يكون المعتدي متعسفاً في استعماله للحقّ.

المطلب الثالث

مقارنة الشريعة بالقانون في الحقوق

سنتناول في هذا المطلب مسألة متعلّقة بالحقوق وهي الخطأ في الحقوق وعلاقته بالتعسف:

الفرع الأول

الخطأ في الحقوق

عند النظرة الأولى لهذا المصطلح، نجد أنه لا علاقة لهذا المصطلح بالعدوان والتعسف، فالعدوان والتعسف قائمان على عنصر التعمد، والذي بين أيدينا خلاف ذلك وهو الخطأ، لكننا إذا نظرنا إلى تعريف القانونيين لهذا المصطلح وجدنا أن بينهما ارتباطاً صريحاً؛ فهم لم يريدوا بذلك المعنى الذي ذهب إليه فقهاء الشريعة وهو أن يقع من الشخص خلاف الذي يريد، بل أرادوا ذات الفعل بأنه خطأ، فالغصب خطأ، والسرقعة خطأ، والقتل خطأ، والزنى خطأ... إلخ، فهم لم يعتمدوا المعنى القرآني في مبنى هذه الكلمة، ولم يتحرزوا عما يخالفه.

فالخطأ في اللغة: هو تعدي الشيء إلى غيره، قال ابن فارس: «الخاء والطاء والحرف المعتل والمهموز، يدل على تعدي الشيء، والذهاب عنه. والخطأ من هذا؛ لأنه مجاوزة حد الصواب. يُقال أخطأ إذا تعدى الصواب. وَخَطِئَ يَخْطِئُ، إذا أذنب، وهو قياس الباب؛ لأنه يترك الوجه الخير»⁽³¹⁾.

وعليه فإن خاطئاً ومخطئاً تختلفان في المعنى، فالأول فيه معنى التعمد بخلاف الآخر فإنه تعدى الصواب من غير قصد منه في تجاوز الحد. فالمصدر من خاطئ هو: خطأ، وأما المصدر من مخطئ فهو: خطأ، وفيه قال ابن العربي عند قوله تعالى: ﴿إِنَّ قَلِيلَهُمْ كَانِ خَطِئًا كِبِيرًا﴾⁽³²⁾: «الخاء والطاء والهزمة تتعلق بالقصد وبعدم القصد، تقول: خَطِئْتُ إِذَا تَعَمَّدْتُ، وَأَخْطَأْتُ إِذَا تَعَمَّدْتُ وَجْهًا وَأَصَبْتُ غَيْرَهُ، وَقَدْ يَكُونُ الْخَطَأُ مَعَ عَدَمِ الْقَصْدِ»⁽³³⁾.

وبهذا يعلم التباين بين المعنيين، ووجوب التفريق بينهما؛ حيث إن أحدهما خلاف الآخر تماماً في المعنى، فلا يجوز ذكر أحدهما وهو يُريد به المعنى الآخر.

الفرع الثاني

تعريف الخطأ في الاصطلاح

إن الخطأ: فعل يصدر بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه⁽³⁴⁾. وفي البحر الرائق

(31) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص 198، كتاب: الخاء، باب: الخاء والطاء وما يثلثهما، مادة: خطأ.

(32) سورة الإسراء، الآية 31.

(33) ابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ص 194.

(34) سعد الدين مسعود بن عمر الفتازاني (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، م2، ج2، مكتبة صبيح، القاهرة، د.ت، ص 388.

ذكر أن: حقيقة الخطأ أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجناية⁽³⁵⁾. وهكذا مفهومه عند الفقهاء؛ لذا عرفوا القتل الخطأ بهذا ورتّبوا عليه الأحكام، فجعلوه قسيماً للعمد، فكانت نظرته للخطأ من ناحية القصد وعدمه، بخلاف أهل القانون فإنهم نظروا إلى الخطأ من ناحية نفس الفعل بغض النظر عن قصد الفاعل من عدمه.

أما الخطأ عند القانونيين؛ فهو انحراف الشخص عن السلوك الواجب من اليقظة وكان عنده من القدرة على التمييز ما يدرك أنه قد انحرّف⁽³⁶⁾. وهذا التعريف الذي وصل إليه السنهوري قد سبقته تعريفات عدة لفقهاء القانون، ذكرها ثم استخلص هذا التعريف، فقد كان منها من ضيق في حقوق الغير ومنها من وسّع⁽³⁷⁾ الكبرى.

ويتبين لنا من هذا التعريف للقانونيين أن هناك ارتباطاً بين التعدي - الذي فيه معنى التعمد - والخطأ عندهم - الذي فيه الإدراك والتمييز - بأنه فعل الممنوع⁽³⁸⁾، فالتعريف ينص على أنه مدرك لهذا الانحراف، فإدراكه لهذا الانحراف مع مضميه فيه يدل على التعمد، وفعل ما ليس له حقّ فيه، فهو عدوان وتجاوز ما لا ينبغي عليه أن يتجاوز⁽³⁹⁾.

وعليه يعلم مدى التباين بين ما عنى به القانونيون في تعريفهم للخطأ وبين تعريف علماء الشريعة لذات المصطلح، فالقانونيون يطلقون الخطأ ويريدون به العمد وكذلك الخطأ - المعروف عند فقهاء الشريعة - في بعض جوانبه؛ لذلك اختلفوا في إطلاق الخطأ بأنه ركن من أركان المسؤولية المدنية، مع ما كان من تحرر للمسؤولية الجنائية من هذا المصطلح.

(35) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، م8، ج2، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت، م292.

(36) عبد الرزاق أحمد السنهوري (ت: 1391هـ)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م12، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص779.

(37) المرجع السابق، حيث ذكر جملة من تعريفات فقهاء القانون وما يترتب عليها من مفاهيم.

(38) أو ارتكاب الخطيئة.

(39) وأما التفصيل في العلاقة بينها وبين التعدي من الناحية القانونية أو الشرعية فليس هذا مكانه.

المبحث الثالث علاقة نظرية التعسف بالتعدي

سبق أن عرفنا التعسف، وفي هذا المبحث سنعرّف التعدي وعلاقته بالتعسف، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول تعريف التعدي وعلاقته بالتعسف

سنعرف ذلك في اللغة، والاصطلاح، ثم نبين العلاقة بينهما، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول التعدي في اللغة

من عدا يعدو، عَدَوًا وَعُدُوًّا وَعَدَوَانًا⁽⁴⁰⁾، قال ابن فارس: «(عدو) العين والذال والحرف المعتل أصل واحد صحيح يرجع إليه الفروع كلها، وهو يدل على تجاوز في الشيء، وتقدم لما ينبغي أن يقتصر عليه»⁽⁴¹⁾. قال الفراهيدي: «التعدي في الأمر، تجاوز ما ينبغي له أن يقتصر عليه..... والعدوان والاعتداء والعداء، والعدوى والتعدي: الظلمُ البراح»⁽⁴²⁾، وفي المعجم الوسيط: تعدي الشيء: جاوزه⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني التعدي في الاصطلاح

في الاصطلاح تمّ تعريف التعدي بتعريفات كثيرة، ونذكر منها الآتي: التعدي هو: مجاوزة

(40) الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، م 1، ط 8، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1426هـ - 2005م، ص 1309، باب: الواو والياء، فصل العين، مادة: عدو.

(41) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، م 6، ج 4، ط 1، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م، ص 249، كتاب: العين، باب: العين والذال وما يثلثهما، مادة: عدو.

(42) الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت: 170هـ)، كتاب العين، م 8، ج 2، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت، ص 213، حرف العين، باب العين والذال (واي) معهما، مادة: عدو.

(43) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار)، المعجم الوسيط، م 2، ج 2، دار الدعوة، القاهرة، د.ت، ص 589، باب: العين.

المعروف عمداً ممّا يقع به أو عنده الضرر⁽⁴⁴⁾. فالمجاوز كان له حقّ في التصرف من قبل، لكنه بعد أن جاوز حدّه صار معتدياً بذلك، ولا فرق بين أن يكون له حقّ ابتداءً فيما فعل، أم لم يكن له حقّ فيه، فبمجرد تجاوزه للحدّ يكون التعديّ، ولا يلزم أن يكون الضرر مادياً، فقد يكون الضرر معنوياً⁽⁴⁵⁾.

الفرع الثالث

علاقة التعدي بالتعسف

يتضح لنا بعد هذا البيان أنّ التعسف لا يخلو أن يكون جزءاً من التعديّ، لكنّه عن طريق الخفاء، حيث يصعب معرفة التعديّ فيه حتى يتضح لنا الضرر، أو يتضح لنا نية المتعسف في استعماله؛ لأنّ بين استعمال حقّه وإساءة استعماله شعرة خفية لا تظهر حتى يتبيّن التعديّ فيه، وعندئذ يفقد حقّه ويسقط، ولا يسمّى ما يفعله حينها حقاً له، فيكون هو نفسه التعديّ الخفي، وإن شئت قلت التعسف.

المطلب الثاني

استيعاب التعديّ صور التعسف

ذكر الدريني بعض النقول من الفقهاء المتقدمين التي تؤيد فكرته في وجود مفهوم التعسف قديماً، لكنهم لم يطلقوا عليه التعسف، فالتعسف مصطلح حديث لم يعهد أن استعمالوه، إلا أنهم أيضاً لم يكونوا يطلقون عليه التعديّ عن طريق التسبب، فقد اكتفوا بقولهم: استحسننا، ثم جاء بالنصوص التي تؤكد ذلك، وقبل الخوض في معرفة النصوص والتعليق عليها يجب معرفة معنى التعديّ بالتسبب عند الفقهاء أولاً؛ لكي نحكم على مثل هذه الحالات.

الفرع الأول

التعديّ بالتسبب لدى الفقهاء

التعديّ بالتسبب كما ذكره الفقهاء: أن يكون هناك ضرر في شيء لزم من فعل آخر، بما

(44) لافي العازمي، نظرية التعديّ في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2020.

(45) فقد يأخذ الرجل دابة الرجل ويستعملها من غير وقوع ضرر مادي بيّن، لكن الضرر المعنوي قد وقع فعلاً، بتجرئه على ممتلكاته وعدم احترام الآخرين، مثلما يكون في السب والشتم وغيرها، فقد يتجاهل المرء ذلك، ولا يضره شيء ﴿وَإِذَا حَاظِبَهُمْ الْجَدَاهُورُ قَالَُوا سَلَمًا﴾، ومع ذلك كله فإنه يجد في نفسه الضرر فيما وقع عليه من تجاوز.

جرت به العادة، مثلما يحبس رب البيت الذي يقوم على إطعام عياله، فيمرض العيال أو يموتون من الجوع، بغض النظر عن حبسه هل هو بحق أو بغير حق، فقد تسبب في إهلاك أنفس، كانت معتمدة عليه، وجاء في مجلة الأحكام العدلية تعريف للتعدّي بالتسبب نصه: «إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة»⁽⁴⁶⁾.

فالأفعال إمّا أخذ وإما ترك⁽⁴⁷⁾، فالفعل في الأخذ أقوى منه في الترك، لذا جاء في الأخذ المباشرة والتسبب، بخلاف الترك فلا يُتصور منه إلا التسبب، ويدخل العمد والخطأ في كل منهما، فالأخذ بالإيجاد، والترك بالإعدام⁽⁴⁸⁾، والإهمال من الترك، فإن فعله قاصداً للإضرار وعامداً له معرضاً عنه فيدخل تحت التعدّي بالتسبب، وإن فعله خطأ غافلاً عنه فيبقى على أصله من الإهمال، وعليه فالتارك لما بين يديه متعمداً فواته يضمن، جاء في الشرح الكبير: «تعلق ضمان الصيد بالمار إذا أمكنه ذكاته وتركها، وهذا هو المشهور من المذهب بناء على أن الترك فعل، أي أن الترك كفعل التفويت»⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثاني

صور التعسف

بعد أن عرفنا معنى التعدّي عن طريق التسبب، يمكن أن نعرض النصوص التي ذكرها الدريني في كتابه، وذكر: إنها ليست من قبيل التعدّي بالتسبب، وهي كالتالي:

قول الدريني في كتابه: «فمن ذلك تعليلهم (حكم الضمان) على الحائط الذي مال إلى الطريق وسقط على أحد المارة، - بعد الإشهاد - بأن حكم القياس أنه لا يضمن حتى بعد الإشهاد؛ لأن الحائط كان مستقيماً في ملكه، فلم يشغل هواء الطريق بينائه حتى يعتبر متجاوزاً حدود ملكه؛ ولكنّه مع ذلك اعتبر بالامتناع عن هدمه بعد الإشهاد متعبداً، استحساناً»⁽⁵⁰⁾، وهذا نص الدريني في كتابه، لكن نص صاحب الهداية الذي نقل منه

(46) حيدر، درر الأحكام، ج2، ص508، المادة: 888.

(47) أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، م2، ط1، المحقق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف العثمانية، حيدر آباد، 1414هـ - 1993م، ص88.

(48) العين والدال والميم أصل واحد يدل على فقدان الشيء وذهابه. من ذلك العدم. وعدم فلان الشيء، إذا فقدته. وأعدمه الله - تعالى - كذا، أي أفاته. انظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، ج4، ص248، كتاب: العين، باب العين والدال وما يثلثهما، مادة: عدم.

(49) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، م4، ج2، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص110.

(50) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص76.

الدريني على تعليل الاستحسان بقوله: «وجه الاستحسان أنّ الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتمل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعته في يده، فإذا تقدّم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه، فإذا امتنع صار متعدياً»⁽⁵¹⁾، فقوله: «مال إلى الطريق» فقد شغل هواء غيره، فصار بذلك معتدياً، لكنّه لو لم ينبّه على ذلك بالإشهاد، أو لم يعلم صاحب الحائط بذلك لم يكن معتدياً حينئذٍ، وهذا بخلاف ما ذكره الدريني أنّه لم يشغل هواء الطريق.

وكذا نقله عن فقهاء الحنفية من كتاب تبیین الحقائق: «ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم، كما يكون في الدكاكين، أو رحا للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجز؛ لأنّ ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه، والقياس أن يجوز؛ لأنّه تصرف في ملكه وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة»⁽⁵²⁾.

ثم علّق الدريني - رحمه الله تعالى - قائلاً: «فالتعليل صريح في أنّ معيار التعدي بالتسبب لم ينطبق على هذه الحالة، وإلا لما استحسنا، أو بعبارة أخرى، لما استثناوا هذا الحكم من القاعدة العامة في التعدي تسبباً»⁽⁵³⁾.

لكننا عند التأمل في النصوص نجدها كلّها من المذهب الحنفي، ونجدهم كذلك ينصون على القياس ثم يخالفونه، ولو جئنا بغيرها من نصوص الحنفية فإننا نجدهم ينصون على ما نص عليه غيرهم من مخالفة القياس في مثل هذه المسائل، فأى قياس هذا الذي يجعلهم يقولون: «والقياس ألاّ يضمن»⁽⁵⁴⁾، ثم يخالفونه؟، إنّه القياس على أصولهم في أنّ التسبب لا يتصور فيه العمدية، فالعمد في الفعل عندهم لا بد أن يكون معنى وصورة، وأمّا التسبب فمعنى لا صورة معه⁽⁵⁵⁾، لذا قال في الهداية: «والقياس ألاّ يضمن لأنّه لا صنع منه مباشرة، والمباشرة شرط هو متعدّد فيه»⁽⁵⁶⁾.

لكنهم كي لا تضيع الحقوق، وفي نفس الوقت لا يخالفون أصولهم، قالوا بالاستحسان، بل إنّ الكاساني أشار إلى التسبب في ذلك، بقوله: «وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض في مدة يمكنه نقضه فيها؛ لأنّ الضمان يجب بترك النقض الواجب، ولا وجوب

(51) المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج4، ص4، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت، دت، ص 477.

(52) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الحنفي (ت: 743 هـ)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص4، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ، ص 196.

(53) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 76.

(54) المرغيناني، مرجع سابق، ج4، ص 477.

(55) وقد فصلنا القول فيها، يراجع الفصل الثاني.

(56) المرغيناني، مرجع سابق، ج4، ص 477.

بدون الإمكان حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط في نقضه، ولكنه ذهب يطلب من ينقضه، فسقط الحائط، فتلف به شيء - لا ضمان عليه؛ لأنه إذا لم يتمكّن من النقض لم يكن بترك النقض متعدياً⁽⁵⁷⁾، وقد سبق تقرير أنّ الترك فعل ولا يتصوّر منه إلاّ التسبب لما يترتّب عليه من ضرر، وعليه فلا حجة له في الاستشهاد بكلامهم، بل الجمهور على خلاف ذلك⁽⁵⁸⁾.

أمّا نقل الدريني من كتاب بداية المجتهد في قوله: «والضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي، أو لمكان المصلحة، وحفظ الأموال»⁽⁵⁹⁾، وتعليقه عليه بقوله: «ولا شك أنّ حفظ الأموال مقصد ضروري، فإذا أدى تطبيق معيار التعدي التقليدي إلى إهمال هذا المقصد أو الانحراف عنه، استثنى الحكم من القاعدة، وحكم بالتضمن منعاً للانحراف، ولا نعني بالتعسف إلاّ هذا الانحراف»⁽⁶⁰⁾.

فالمعروف أنّ الضمان عند الفقهاء على وجهين: بالإفراط (التعدي) أو التفريط (الإهمال) وهو مذهب الجمهور⁽⁶¹⁾، إذاً من أين أتى قول ابن رشد الحفيد: «لمكان المصلحة وحفظ الأموال»، وهل مكان المصلحة وحفظ الأموال سبب في التضمن أم مقصد من مقاصد الشريعة؟

لا شك أنّنا لا نستطيع أن نضمن كل من هلك المال بيده ممّن كانت يده يد أمانة بحجة حفظ المال، إلاّ أن يكون قد أفرط أو فرط، فمن اعتدى أو أهمل فيما في يده من أمانة فإنّه يضمن، وأمّا قول ابن رشد في حفظ الأموال فإنّه منصب على الإهمال، حيث حدّد هذه العلة في الصناع ومن شابههم، ويدل عليه قوله: «وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعدّي إلاّ من جهة المصلحة فهم الصناع»⁽⁶²⁾، والإهمال من أفعال الترك عن طريق

(57) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ - 1986م، ص 285.

(58) في أنّه يجوز أن يكون في التسبب العمد، وقد سبق أنّ فصلنا القول فيها في الفصل الثاني، (المباشرة والتسبب).

(59) ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ج4، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م، ص 16.

(60) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 77.

(61) الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص160: الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص344: القرافي، الذخيرة، ج5، ص507؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م، ص137: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني، ج4، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ص 396.

(62) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص 16.

التسبب⁽⁶³⁾، وهو إما متعمد فيكون بذلك معتدياً بطريق التسبب، وإما مخطئاً، وفي كلا الحالتين هو ضامن، لكن العمدية تشدد عليه العقوبة كما مرّ بنا، فالناس يحتاجون إلى الصنّاع في إعطائهم حاجاتهم أميناً كان أم دون ذلك، بخلاف من يعطي الأمانة لتُصان، فإنّه يبحث عن الأمين أينما كان.

فالصنّاع كانوا من قبل يهتمون بصناعاتهم ويؤتمنون عليها حتى يستلمها صاحبها، وهي عندهم كأنّها لهم، يحتاطون لها كما يحتاطون لملكهم من الهلاك، فإذا أخذ من غيره ليصنع له، ثم سُرقت فإنّه لا يضمن؛ فهو مصدق بكل ما يقول في أنّه لم يعتد أو يفرط بإهمال أو تقصير، وعندما فسدت الذمم، وكثر الكذب والغش بين الصنّاع، صاروا لا يهتمون بل لا يشغلون أنفسهم بالحفاظ على ما في أيديهم، حينئذ اجتهد الصحابة فرأوا أنّ التضمين سيجعلهم يهتمون كما كانوا من قبل، لأنّهم في الحقيقة سيهتمون بملكهم، بما يؤخذ من أموالهم في هلاك أموال الناس، لذا قال علي - رضي الله عنه: «لا يصلح الناس إلا ذلك»⁽⁶⁴⁾.

فالمسألة مبنية على: هل يقبل كلامهم في عدم التعدي والتفريط من غير بيّنة، أم يجب البيّنة على كلامهم كي لا يضمنوا؟، ويدل عليه ما وضعوه من شروط للضمان، فذكروا منها: «أن يكون المصنوع ممّا يُعاب عليه»⁽⁶⁵⁾، وهذا يدل على أنّها بُنيت على الدعوى، فمن ادعى يجب عليه البيّنة، وإلا صار ضامناً، وكما هو معلوم فإنّ هذه المسألة كانت اجتهاداً من الصحابة سببه تغيير الزمان وتغيير الذمم، فضلاً عن وجود الخلاف في هذه المسألة.

فالحقوق متجددة ومتغيرة من زمن لآخر، فالقول بأنّ الشريعة والفقهاء المتقدمين لم يتكلموا فيها إجحاف وظلم في حقهم؛ حيث إنّ هناك حقوقاً تجددت في زمن ولا تقف عند نوع معين، فالحق في زمن يمكن ألاّ يلحق بغيره ضرراً بخلاف زمن آخر قد يكون معه ضرر لغيره، فلا بد أن ننظر إلى كل زمن على حدة في فتاوى المجتهدين، فهذا راجع لولي الأمر؛ حيث إنّ تقنين هذه الحقوق وتقييدها مرتبط بطبيعة المجتمع الذي يعيشون فيه، وهي قائمة على جلب المصالح ودرء المفساد، فزمننا في البناء ليس كزمن المتقدمين، وكذا دوابهم ليست كدوابنا، والأعراف اختلفت، والأخلاق تبدلت.

(63) الفعل إما أخذ وإما ترك. انظر: السرخسي، مرجع سابق، ص 88.

(64) ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خوستي العبسي (ت: 235هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، م 7، ج 4، ط 1، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ، ص 360، ح 21051.

(65) النفاوي، شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، م 2، ج 2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ - 1995م، ص 117.

وفي قول الفقهاء - في الحائط يسقط بين دارين ولأحدهما عورات فطلب من جاره أن يساعده في البناء: «يجبر في زماننا؛ لأنه لا بد من سترة بينهما...»⁽⁶⁶⁾ - دليل على اعتبار الزمان في تغيير المصالح والمفاسد، فعندهم يمكن أن يتصور بناء مصنع بين المباني السكنية، بخلاف زماننا، فإن الحكومات قرّرت أنّها يكون فيه من تلوث وإزعاج لا يمكن أن يبني في المنطقة السكنية، فالمناطق سكنية أو استثمارية أو تجارية أو حرفية. هذا ما بُنيت عليه أعراف هذا الزمان، وأمّا قول ما إن كان هناك مصنع ثم بعد ذلك جاء الناس حوله ليبنوا حياً راقياً، فهذا مثال غير واقعي، فمن غير الممكن أن يتجرأ الناس ليغامر أحدهم ويبني بجوار المصنع بيتاً يعيش وأولاده فيه، مع ما في المنطقة من تلوث وإزعاج، فلا شك أنّ من فعل ذلك يكون بمثابة المتنازل عن حقّه في الحياة الكريمة، والصواب في مثل هذه المسائل أنّها مبنية على قاعدة: «أنّ الإذن العرفي كالإذن اللفظي»⁽⁶⁷⁾.

ولو فرضنا جدلاً أن هذا يحصل في زمن غير زماننا فالسؤال الذي سي طرح: من الذي له سبق في هذا المكان؟ فإن كان المصنع فإنه أولى بالمكان إلا أن يتمّ تعويضه من قبل الحاكم، بحيث لم ير الحاكم مكاناً مناسباً غير هذا للسكن، ولا يرجع فيه للقضاة؛ لأنها مسؤولية الإمام في الترتيب وإعطاء الحقوق، والتنسيق بين أفراد المجتمع، وأمّا أن يكون السكن سابقاً للمصنع فإن الأخير يهدم ولا كرامة، بما جلب للناس من ضرر وفساد، فيكون معتدياً عليهم بفعله هذا.

وقل مثل هذا في البناء إذا حُجّب عنه النور والهواء، ففي زمانهم أحوج ما يحتاجون إلى ذلك، ومع ذلك كله جاء الخلاف في المنع، وكلام الفقهاء واضح في عدم وجود ضرر فاحش في حجبهم للنور أو الهواء، فكيف في زماننا هذا مع وجود الكهرباء، لا شك أنّ الحكم يختلف، جاء في المدونة: «ورأى مالك أنّه ما كان من ذلك ضرراً منع، وما كان من ذلك ممّا لا يتناول النظر إليه لم يمنع من ذلك. قلت: وكذلك إن لم يفتح فيها أبواباً ولا كوى، ولكنّه منعي الشمس التي تسقط في داري ومنعني الريح التي كانت تهب في داري، أيكون لي أن أمنعه من أن يرفع بنيانه إذا كان مضراً بي في شيء من هذه الوجوه التي سألتك عنها في قول مالك؟ قال: لا يمنع من هذا»⁽⁶⁸⁾.

وكذا جاء في فتح القدير: «لأنّ صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل

(66) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص196.

(67) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ج1، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1416هـ - 1996م، ص392.

(68) مالك، المدونة، ج4، ص475.

البناء، فصاحب الساحة إذا سدّ الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكاً ولا منفعة، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرّر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع⁽⁶⁹⁾.

فالأمثلة على ذلك كثيرة قائمة على الفتوى والدعاوى القضائية؛ حيث لا نستطيع معرفة التعسف حتى يخرج عن طبيعة استعماله للحق، أو أن يكون هناك مثال سابق للضرر المترتب على مثل هذا الفعل المتعلق بالحق، فإن كان هناك خروج عن طبيعة استعمال الحق أو كان له مثال سابق ترتب عليه الضرر وعلمه صاحبه، فهو عين الاعتداء، أو الاعتداء الخفي الذي يتستر صاحبه تحت غطاء الحق، أو التعسف بمعناه الحالي، فحينئذ يطلب المتضرر التعويض، ومنع استمرار الضرر وقطع سببه.

ومن الأمثلة التي ذكرها الدريني ممّا لا يكون فيه ضرر على أحد كما يذكر، الزواج بنية التحليل، بقوله: «قد يكون في استعمال الحق انحراف عن المصلحة التي قرّر من أجلها الحق دون أن ينجم عن ذلك ضرر بأحد، كنكاح التحليل مثلاً...»⁽⁷⁰⁾، ثم ذكر علاقة هذه المسألة بالتعسف فذكر: «أنّ الشريعة لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرّر ذلك الحق من أجلها؛ لأنّه تعسف»⁽⁷¹⁾، ولنا مع هذا المثال وقفات:

أولاً: لو لم يفصح عن النية في ذلك هل بالإمكان أن يمنع، أو يكون الحكم بعد أن يتضح لنا من نيته التحليل لزوجها - أي بعد الطلاق المفاجئ الذي لا يدل على زواج بنية الاستمرار؟ فإن كان كذلك، هل سيبطل العقد بسبب التعسف في استعمال الحق، أو بسبب مخالفة نص الشرع؟ بمعنى: لو لم يكن ثمة نص شرع في ذلك، هل سيستمر العقد، أو يفسخ، خاصة مع ما يرى البعض أن لا ضرر معه على أحد، أو مع من يرى أن في هذا إصلاحاً لذات البين.

ثانياً: القول بأنّ هذا الفعل لا ينجم عنه ضرر بأحد بعيد كل البعد عن الواقع، بل هو عين المضارة؛ وذلك لما يترتب عليه من غيرة زوجها الأول، ومعرفة الزوجة لرجل ثان لغير الزواج المستمر، فهي عدة أيام للتحليل إن لم تكن عدة ساعات، فيكون الطلاق على ما اتفق عليه، ولا شك أنّ هذا الطلاق من رغبة الزوجين المحللين - الرجل المحلل والمرأة - لما يترتب عليه مظنة الرغبة من كلا الطرفين، فينتج عنه:

- ما يمكنه زوج المرأة الأول من دخول رجل عليها برغبة منه لزواج مؤقت بزمان.
- ما يكون من مقارنة للمرأة بين الرجلين - زوجها الأول ومن دخل عليها للتحليل - فيكون مظنة تغيير حالها مع زوجها الأول، وعدم الاستقرار.

(69) ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص 326.

(70) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 70.

(71) المرجع السابق، ص 263.

• رغبة الزوجة والمحلل في الرجوع لبعضهما البعض؛ حيث كان الطلاق من غير سبب إلا التحليل، فلم يكن ثمة نفرة ولا مشاكل، ولا ما يزهدهما في الآخر، فيكون الفساد. ولا يخفى ضرر ذلك على المجتمع، حيث تضعف روابط الزواج؛ لضعف عظم الطلاق في نفوسهم، وما ذاك إلا لسهولة الرجوع إن هو طلق زوجته ثلاثاً، فيكون الطلاق ألعوبة بين الرجال.

ومن الأمثلة أيضاً وصية المضارة، بقوله: «أما إذا أوصى بالثلث أو دونه، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة على هذا القصد، اعتبر متسهماً»⁽⁷²⁾، وهذا حكمه راجع إلى الظن في غالب الأحوال، فكيف تبطل الوصية بعد موت المورث بمظنة احتمالية أنه يريد بذلك الإضرار بالورثة، فالمال مال المورث يفعل به ما شاء قبل موته من صدقة وهبة ووصية، ولم يرد من ذلك إلا إمضاء الوصية بالثلث أو أقل، وهم بذلك أخذوا منها الثلثين إن لم يكن أكثر، ولا شك أن هذا يجعل الوصية في موضع التهمة، ثم يقل بر الوفاء بالميت، لذا رجح أكثر الفقهاء أن تمضي الوصية ما لم تتجاوز الثلث أو يتبين الضرر يقيناً باعتراف الموصي له أنها كانت عن مضارة⁽⁷³⁾.

فالمورث مُقبل على العظيم الجبار، ويعلم ما ينتظره في مضارته هذه، فعن أبي هريرة أنه قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار»⁽⁷⁴⁾، ثم قرأ أبو هريرة: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَاكَرٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ ﴾⁽⁷⁵⁾ إلى قوله: ﴿ وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴾⁽⁷⁶⁾، فضلاً عن احتمالية صدق كلامه من وجود دين في ذمته، فإبطال الوصية تجعل ذمة الميت مشغولة، فلا شك أن في الوصية حكماً كثيرة، ومن أعظمها إبراء الذمة، فإذا أبطلت فإن احتمال انشغال الذمة بالدين قائم.

(72) المرجع السابق، ص 47.

(73) ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام الأندلسي المحاربي (ت: 542هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، م، 6، ج، 2، ط1، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ، ص 20؛ ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: 728هـ)، الفتاوى الكبرى، م، 6، ج، 6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ - 1987م، ص 55؛ الدمايطي، أبو بكر عثمان ابن محمد شطا الشافعي (ت: 1310هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، م، 4، ج، 3، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1418هـ - 1997م، ص 236.

(74) الترمذي، سنن الترمذي، ج، 4، ص 431، ح (2117)، أبواب الوصايا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في الضرار في الوصية.

(75) سورة النساء، الآية 12.

(76) سورة النساء، الآية 13.

المطلب الثالث

الحقوق المتعسف فيها بين النظرية والتطبيق

إن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق قائم على الظن في كثير من القضايا، ولا يتيقن فيها إلا ما جاء فيه نص صريح من الشارع؛ لأن التعسف مكان تطبيقه قبل أن يقع الضرر، فإن وقع الضرر صار تعدياً، وبما أنه قائم على هذا فإنه يصعب الحكم عليه وسلب الحق بمجرد الظن ما لم يكن الضرر متيقناً، أو جاء فيه نص من الشارع الحكيم، أو كان له مثال سابق فُمنع من استعمال الحق على أثره:

- أما الذي جاء فيه النص، فمثل: المضارة في الوصية، وفي الطلاق والرجعة، وفي الرضاع، وزواج التحليل، وبيع الحاضر على الباد، وما شابه ذلك.
- وأما ما كان متيقناً في الإضرار، فكالحضر في طريق الناس، ومنع الأكل والشرب لمن أقبل على الهلاك، وإشعال النار في يوم عاصف جرت العادة أن ينتقل إلى غيره، وما أشبه ذلك.
- وأما ما كان له مثال سابق فمرتبط بحسب تغير الزمان وعادات الناس وأخلاقهم، وهذا الذي يكثر فيه تجديد الأحكام، وضبط الحق عند استعماله، وذلك مثل: تقييد الناس للسرعة في مركباتهم، وكذا ضبط التنقلات واتجاهاتهم، والأعمار التي ممكن أن تمنع من استعمال حقهم في القيادة، والسفر وما يتعلق به، فهذا كله قد سبقه ما جعل للحق قيوداً تقلل الضرر الذي نتج عن استعماله.

وقد فتح الدريني - رحمه الله تعالى - لنا أبواباً من العلم، ومدارك من الفهم، وجاء بمثل هذه النظريات التي مازالت تدرس في الجامعات، وتعرض في المؤتمرات، ويحكم بها في القضاء؛ وما ذاك إلا لينبهنا على تقويم ما خالف الشريعة منها، فالقوانين الوضعية هي التي تحكم الأشخاص في هذا الزمان، ولا شك أن فيها ما فيها من ثغرات يُتهم فيها الحق، ويُسلب ذو الحق منه حقه، ويضيع العدل بلباس المساواة، فكأنه يشير لنا أن قُوموا هذه القوانين بما يلائم الشرع، فما لا يدرك كله لا يترك جله، فيتخيم في كل دراسة من التوصيات ما يستأنس به القاضي في حكمه بما يوافق روح الشريعة، فجراه الله عنا خير الجزاء.

الخاتمة:

إنّ نظرية التعسّف وجذورها التاريخية كما تبين لنا هي نظرية ذات علاقة قوية في حياة الفرد في المجتمع وفي جميع المجالات، عُرِفَت منذ أن بدأت الحضارة، والقوانين ليكون الناس في حياة منتظمة.

فهي نظرية ضرورية لتسيير الحياة بشكل عادل دون فوضى، فإن كل صاحب حقّ يستعمل حقّه على النحو الذي يحلو له، فلا بد من الحذر في إضرار الآخرين فيتعدّى على حقوق مشروعة للغير، فلا يجوز بأي صورة كانت استعمال هذا الحقّ دون رادع قانوني يوقف نزوات أصحاب الحقوق المستهترين أو الظالمين.

وقد انتهينا من دراسة هذا البحث بجملة من النتائج استدعت مجموعة من التوصيات والتي نوجزها فيما يأتي:

أولاً: النتائج

خلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج يمكن إجمالها، على النحو الآتي:

1. إنّ مفهوم التعديّ ومفهوم التعسّف يفترقان بالنسبة لجهة الكسب، فالتعسّف من جهة الكسب لا بد أن يكون مشروعاً، بخلاف التعديّ فلا يلزم أن يكون مشروعاً.
2. إنّ الحقّ له غرض معيّن قد حدّه الشارع وجعله في إطار جلب المصالح ودرء المفساد.
3. إنّ كل تعسّف اعتداء، وليس كل اعتداء تعسّفاً، فلا يمكن أن يكون متعسّفاً حتى يعتدي أو يقصد الاعتداء على الغير بإضراره، ولا يلزم أن يكون المعتدي متعسّفاً في استعماله للحقّ.
4. يطلق القانونيون الخطأ ويريدون به العمد وكذلك الخطأ - المعروف عند فقهاء الشريعة - في بعض جوانبه.

ثانياً: التوصيات

1. تركيز الجامعات والمؤسسات العلمية ومراكز البحوث، على تقديم أبحاث أكثر دقة في ربط النظريات بعضها مع بعض.
2. الزيادة في عقد المؤتمرات لحل إشكاليات تداخل المصطلحات والمفاهيم من جهة القانونيين والشرعيين.
3. إثراء المكتبة ببحوث فيها تطبيقات قانونية وشرعية تقيد الطالب لمعرفة التداخل بين التعسّف والتعدّي والخطأ.

قائمة المراجع:

- أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي شيبية (ت: 235هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، م7، ط1، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.
- أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن (ابن العربي)، ط3، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.
- أبو بكر عثمان بن محمد شطا الشافعي الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، م4، ط1، دار الفكر، بيروت، 1418هـ - 1997م.
- إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي، (ت: 790هـ)، الموافقات، م6، ط1، تحقيق: مشهور حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الخبر، المملكة العربية السعودية، 1417هـ - 1997م.
- أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين، الذخيرة، المحقق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1409هـ - 1989م.
- أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني حنبل (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، م35، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ - 2001م.
- أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، م2، ط1، المحقق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف العثمانية، حيدرآباد، 1414هـ - 1993م.
- أبو الحسين الرازي، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (المتوفى: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م.
- أحمد فهمي أبو سنة:
- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف، القاهرة، د.ت.
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دن، د.ت.

- الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، 1407 هـ - 1987 م.
- المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، 4م، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 1985.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 8م، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.
- لافي العازمي، نظرية التعدي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2020.
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م.
- الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، 1م، ط8، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1426هـ - 2005م.
- ابن قدامة؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.
- ابن القيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1416هـ - 1996م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4م، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت.

- ابن منظور؛ محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1414 هـ.
- محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.
- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى الترمذي (ت: 279هـ)، سنن الترمذي، م5، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1395هـ - 1975م.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الإسلامي، ط1، م1، دار القلم، دمشق، 1420هـ - 1999م.
- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، م2، مكتبة صبيح، القاهرة، د.ت.
- أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام الأندلسي المحاربي عطية (ت: 542هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، م6، ط1، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422 هـ.
- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين الحنفي البخاري، (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، م4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ - 1986م.
- علي حيدر، شرح قواعد المجلة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2011.
- فتحي الدريني:
- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، م1، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ - 1984م.

- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988م.
- فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الحنفي الزيلعي (ت: 743 هـ)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، م6، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ.
- شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا الأزهرى المالكي النفاوي، (ت: 1126 هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، م2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ - 1995م.
- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م.
- ابن تيمية؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني الحنبلي الدمشقي، (ت: 728هـ)، الفتاوى الكبرى، م6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ - 1987م.
- الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت: 170هـ)، كتاب العين، م8، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، القاهرة، د.ت.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
83	الملخص
85	المقدمة
90	المبحث الأول: مفهوم نظرية التعسف وتطورها
90	المطلب الأول: تعريف نظرية التعسف وإشكالية المفهوم
95	المطلب الثاني: تطور نظرية التعسف في استعمال الحق وتاريخها
97	المبحث الثاني: مقاصد الشريعة في الحقوق
97	المطلب الأول: قصد الشارع من جهة الكسب
97	المطلب الثاني: قصد الشارع من جهة الانتفاع
98	المطلب الثالث: مقارنة الشريعة بالقانون في الحقوق
101	المبحث الثالث: علاقة نظرية التعسف بالتعدي
101	المطلب الأول: تعريف التعدي وعلاقته بالتعسف
102	المطلب الثاني: استيعاب التعدي صور التعسف
110	المطلب الثالث: الحقوق المتعسف فيها بين النظرية والتطبيق
111	الخاتمة
112	قائمة المراجع