معايير التعسف في استعمال الحق
مقارنة مع القانون المدني الكويتي
–عرض وتحليل–

د٠ معاذ محمد الديحاني (*)

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فتعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات المشتركة بين الفقه والقانون، وقد بين كثير من الباحثين أن تناول الفقه الإسلامي لمفهوم التعسف سابق للقوانين الوضعية، كما بينوا أدلته ومعاييره وما يترتب عليه، استنباطًا من كتب الشريعة، على اختلاف مشاربها.

وقد تنوعت في ذلك كتاباتهم واتجاهاتهم، وليس موضوع البحث هو المقارنة بينها، ولكن النظر فيما تيسر منها، وهو الجزء المتعلق بمعايير التعسف مقارنةً مع القانون المدني الكويتي.

مشكلة الدراسة:

من الممكن تلخيص مشكلة الدراسة في الأسئلة الآتية:

١. ما المقصود بالتعسف في استعمال الحق؟ وما المقصود بالمعايير؟

٢. ما هي معايير التعسف في استعمال الحق عند فقهاء الشريعة؟

٣. ما هي معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الكويتي؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى الآتي:

(*) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

١. توضيح معنى التعسف في استعمال الحق عند فقهاء الشريعة وما يقابله في القانون المدني الكويتي.
٢. بيان معايير التعسف في استعمال الحق عند فقهاء الشريعة.
٣. بيان معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الكويتي.

الدراسات السابقة:

هناك عدة دراسات لنظرية التعسف في استعمال الحق، والتي لها صلة بهذا الموضوع هي التي تناولت معايير التعسف تحديدا، ومن هذه الدراسات:

١. **التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون،** (٢٠٠٨م)، الدكتور أحمد شليبك، مجلة الشريعة والقانون:

تناول الباحث في هذا البحث المعيار الذاتي للتعسف في استعمال الحق، بيّن فيه آراء الفقهاء والقانونين في هذا المعيار، مع ذكر بعض التطبيقات الفقهية والقانونية.

٢. **المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة النبوية وتطبيقاتها المعاصرة،** (٢٠١٢م)، نبيل المغايرة ومنصور مقدادي، معالم القرآن والسنة –مجلة محكمة:

تناول الباحثان في هذا البحث المعيار الذاتي للتعسف في استعمال الحق من الناحية التأصيلية، حيث اجتهدا في حشد الأدلة لهذا المعيار من القرآن الكريم والسنة المطهرة مع ذكر بعض التطبيقات الفقهية الدالة على صحة هذا المعيار.

والجديد في هذه الدراسة، هي تناولها لمعايير التعسف في استعمال الحق– الذاتية والمادية– مقارنة مع القانون المدني الكويتي، حيث إنيِّ لم أقف على من كتب في هذا الموضوع.

وقد اقتضت خطة البحث تقسيمه إلى ثلاثة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق، مفهومه ومعاييره. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم التعسف في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: معايير التعسف، مفهومها وأنواعها

المبحث الثاني: المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معيار المصلحة غير المشروعة.

المطلب الثاني: تمحض قصد الإضرار.

المبحث الثالث: المعايير المادية للتعسف في استعمال الحق. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر المترتب على الغير.

المطلب الثاني: ترتب الضرر الفاحش.

ثم الخاتمة وفهرس المصادر والمراجع.

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق، مفهومه ومعاييره

المطلب الأول: مفهوم التعسف في اللغة والاصطلاح:

أولاً: التعسف في اللغة:

جاء في مقاييس اللغة:

"العسف ركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، ومنه التعسف"(١).

وفي لسان العرب:

"العَسْف السير بغير هداية والأخذ على غير طريق، وكذلك التعسف والاعتساف، والعسف ركوب المفازة بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك. وتعسف فلان فلاناً إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه"(٢).

ثانياً: التعسف في الاصطلاح:

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة "إساءة" أو "تعسف" في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون المحدثين.(٣)

أما فقهاء الشريعة، فقد استعملوا مصطلح "المضارة في الحقوق" و "الاستعمال المذموم" تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى المقصود في وقتنا المعاصر.(٤)

---

(١) ابن فارس: أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر ١٩٧٩م، ج٤ ص٣١١.

(٢) ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ، ج٩ ص٢٤٥.

(٣) الدريني: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة ١٩٨٨م، ص٤٥.

(٤) انظر: المصدر السابق، ص٤٦.

والمقصود من التعسف: أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.(١)

وعليه، اختلف المعاصرون في وضع حدّ له، كما يأتي:

أولاً: يرى الأستاذ أحمد أبو سنة أن التعسف: "هو تصرف الإنسان في حقه تصرفًا غير معتاد شرعًا".(٢)

وقد انتُقد هذا التعريف بما يأتي:

▪ أنه نحى بالتعسف نحو التعدي في ذات الحق، بالتجاوز فيه عن طريق الاستعمال غير المعتاد. مع أن التعسف هو استعمال الحق لمصلحة معتبرة شرعاً.(٣)

أن التعسف غير مقتصر على التصرف غير المعتاد، بل يشمل المعتاد أيضاً بالنظر لمآله ونتائجه[٤]، كما سيأتي.

ثانياً: التعبير عنه: "بالمضارة في استعمال الحق".

وهو اختيار الشيخ محمد أبو زهرة وتابعه الدكتور محمد السيد.(٥)

---

(١) المصدر السابق، ص٤٦-٤٧

(٢) أبو سنة: أحمد فهمي، التعسف في استعمال الحق، بحث مقدم نيابة عن الأزهر إلى أسبوع الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، ١٩٦١م، ص١١٠.

(٣) السيد: محمد زكي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر ١٩٨٦م، ص٦٩.
وقد بيّن الدكتور السيد وجه ذلك، ونقل تعليق الشيخ علي الخفيف وانتقاده للأبحاث المقدمة في (مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي) على عدم التفريق بين سوء استعمال الحق، وتجاوز حدوده الشرعية الذي اعتبره الشيخ الخفيف اعتداءً واستعمالاً لما ليس حقًّا.
انظر: المصدر السابق، ص٦٨-٦٩ (الهامش).

(٤) الدريني، نظرية التعسف، ص٨٦.

(٥) السيد، نظرية التعسف، ص٦٦.

وسبب اختيارهم لهذا التعبير بدلاً عن التعسف يعود لأمرين[١]:

- الأول: أن لفظ (المضارة) هو الوارد في القرآن الكريم والسنة المطهرة:

أما القرآن فكقوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ)[٢].

وأما السنة فعن سمرة بن جندب رضي الله عنه أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم، أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: (فهبه له ولك كذا وكذا) أمرا رغبه فيه، فأبى، فقال: (أنت مضار)، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري: (اذهب فاقلع نخله).[٣]

الثاني: أن التعبير "بالمضارة في استعمال الحق" أوضح من غيره في الدلالة على المقصود منه، لاسيما التعبير "بالتعسف"، لأن المراد هو الضرر الناتج عن استعمال الحق، لا مجرد التعسف فيه، إذ التعسف أعم، لأنه قد لا يترتب عليه ضرر، والمضارة أخص.[٤]

ومع هذا، فقد آثر الدكتور السيد في بحثه التعبير "بالتعسف"، معللاً ذلك بأنه هو المصطلح الشائع والغالب، والمدار في اللغة إطلاقاً واستعمالاً على الشيوع[٥].

ثالثاً: عرف الدكتور الدريني التعسف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل".[٦]

---

(١) المصدر السابق، ص٦٧-٦٨.
(٢) سورة النساء: الآية (١٢).
(٣) أبو داود، السنن، تحقيق محمد محي الدين، المكتبة العصرية-بيروت، كتاب الأقضية، باب من القضاء، ج٣ ص٣١٥ حديث رقم (٣٦٣٦).
(٤) السيد، نظرية التعسف، ص٦٨.
(٥) انظر: السيد، التعسف، ص٦٨.
(٦) الدريني، نظرية التعسف، ص٨٧.
وقد قام الدكتور الدريني بتحليل هذا التعريف وبين محترزاته. انظر: المصدر السابق، ص ٨٧ وما بعدها.

ويرى الدكتور الدريني أن كلمة (التعسف) أدق في تأدية المعنى المراد من لفظ (المضارة)، ذلك أن التعسف تنكب أو انحراف عن الجادة، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير، كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بغيره، وقد لا يكون.(١)

وقد مثل لذلك بنكاح التحليل، وبين أن القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول، ولا مضارة فيه لأحد، وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج، وهو التناسل والألفة والمودة أي بناء الأسرة، فلم يُشرع الزواج في الأصل للتحليل.(٢)

أما القانون المدني الكويتي، فلم يستخدم اصطلاح "التعسف"، لسعته وإبهامه – كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية–، واستخدم عوضا عنها كلمة "استعمال الحق"، ووصف استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انحرف به صاحب الحق عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية.(٣)

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق، مفهومها وأنواعها:

أولاً: مفهوم المعايير:

المعايير في اللغة:

جاء في لسان العرب:

"العيار ما عايَرت به المكاييل، فالعيار صحيح تام واف، تقول: عايرت به أي سويته، وهو العيار والمعيار"(٤).

---

(١) المصدر السابق، ص٤٦.

(٢) المصدر السابق، ص٤٦.

(٣) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إصدار جمعية المحامين الكويتية، طبعة سنة ٢٠١٩م، الباب الثاني، الفصل الثالث، (المادة ٣٠)، ص٣٢.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ج٤ ٦٢٣.

وجاء في المصباح المنير:

" عايرت المكيال والميزان معايرة وعياراً امتحنته بغيره لمعرفة صحته، وعيار الشيء ما جعل نظاماً له"[١].

أما في الاصطلاح الشرعي، فقد عُرّفت معايير التعسف بأنها:

" تلك الضوابط التي يُعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة التعسف."[٢]

ثانياً: أنواع المعايير:

تنقسم المعايير في نظرية التعسف في استعمال الحق إلى معيارين رئيسين[٣]، هما:

١. المعيار الذاتي أو "الشخصي":

وهو الذي يُنظر فيه إلى "العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه."[٤]

وينقسم المعيار الذاتي إلى معيارين فرعيين، هما:

أ- معيار تمحض قصد الإضرار.

ب- معيار المصلحة غير المشروعة.

٢. المعيار المادي أو "الموضوعي":

وهو الذي يُنظر فيه إلى مدى "التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة."[٥]

---

(١) الحموي: أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت، ج٢ ص٤٣٩.

(٢) قدومي: عبير ربحي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا – الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م، ص٢٨.

(٣) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٤٢. السيد، التعسف، ص٧٣. قدومي، التعسف، ص٢٨-٢٩.

(٤) الدريني، التعسف، ص٢٤٢.

(٥) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٤٢.

وينقسم المعيار المادي إلى معيارين فرعيين، هما:

أ– معيار عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر المترتب على الغير.

ب–معيار الضرر الفاحش.

هذا، وإن هذه المعايير يحكمها أصل عام واحد، يمكن أن يعتبر المعيار العام للتعسف –كما قال الدكتور الدريني– وهو: "**استعمال الحق في غير ما شرع له.**"(١)

أما القانون المدني الكويتي، فقد وضع المشروع مبدأ عاماً يحكم معيار التعسف، ثم ساق بعده التطبيقات الرئيسة لهذا المبدأ، والتي هي مستمدة من الفقه الإسلامي، كما جاء في المذكرة الإيضاحية.(٢)

جاء في (المادة ٣٠) من القانون المدني الكويتي، تحت عنوان "استعمال الحق"، ما يأتي:

"يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

١- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

٢- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٣- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البته مع الضرر الذي يلحق بالغير.

٤- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضررا فاحشا غير مألوف." (٣)

---

(١) المصدر السابق، ص٢٨١.

(٢) المذكرة الإيضاحية، ص٣٢.

(٣) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الطبعة الأولى ٢٠١١م، الجزء الثاني، القانون المدني، ج١ ص٢٣.

وهذه الطريقة التي جاء بها القانون المدني الكويتي، هي جمع بين طريقتين من طرق التشريعات الحديثة التي اختلفت فيما بينها في تحديد المعيار الذي يقاس به التعسف[١]:

- أما الطريقة الأولى: فهي التي اكتفت بوضع مبدأ عام دون تحديد لصور التعسف، كمعيار الهدف أو الغرض الذي منح الحق من أجله.
- والطريقة الثانية: هي التي يتم فيها تحديد صور التعسف من غير إبراز للمبدأ العام الذي يحكمها.

جاء في المذكرة الإيضاحية –بعد بيان اختلاف التشريعات الحديثة في تحديد المعيار الذي يقاس به التعسف:

"وإذا كانت الطريقة الأولى بتجردها ومرونتها أكثر مناسبة للعمل التشريعي حتى لا ينحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يظهر تقدم الزمان وتغير الأوضاع قصورها عن ملاحقة التطور، إلا أنه يعيبها في الوقت ذاته صعوبة تحديد الهدف أو الغرض من كل حق من الحقوق. ولذلك رأى المشروع أن يجمع بين الطريقتين، فيورد المبدأ العام الذي يحكم معيار التعسف، ثم يورد بعده التطبيقات الرئيسة للمبدأ"[٢].

**

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية، ص٣١-٣٢.

(٢) المذكرة الإيضاحية، ص٣٢.

المبحث الثاني

المعيار الذاتي للتعسف في استعمال الحق

تقدم معنا أن هذا المعيار يُنظر فيه إلى العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق إلى التصرف بحقه من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

وينقسم المعيار الذاتي إلى قسمين:

الأول: معيار المصلحة غير المشروعة.

الثاني: تمحض قصد الإضرار. (١)

المطلب الأول: معيار المصلحة غير المشروعة:

ويقصد بهذا المعيار: أن يكون قصد صاحب الحق أثناء استعماله لحقه موافقاً لقصد الشارع من تشريع الحق، وذلك بالسعي إلى تحقيق المصلحة التي أرادها الشارع بهذا الحق، فالأصل أن كل حق يسعى إلى تحقيق غاية شرعية معينة، حتى إذا كانت الغاية مصلحة غير مشروعة ارتفعت صفة المشروعية عن الحق وبات صاحبه مسئولا. (٢)

قال الشاطبي:

"قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح

---

(١) انظر: الدريني، ص٢٤٢. وقد قسم الدكتور الدريني هذا المعيار إلى قسمين: الأول: تمحض قصد الإضرار والثاني: الباعث غير المشروع، الذي أسماه عند الكلام عليه "استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها". وقد عكست هذا التقسيم حتى يتسق مع تقسيم القانون المدني الكويتي لمعايير التعسف.

(٢) قدومي، التعسف، ص٣٢. وانظر: عيسوي: عيسوي أحمد، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية جامعة عين شمس– مصر ١٩٦٣م، ص٩٩

العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع"[١].

ويرى الفقهاء أن استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، يعتبر تعسفا في استعمال الحق، لا يجوز، لأنه تحيّل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة، وهدم لقواعدها، وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر هو الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف ذلك القصد أو الباعث.[٢]

ووجه كون التحيّل تعسفا في استعمال الحق، فلأنه اتخاذ أمر ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي، فمآل العمل بالحيلة هدم قواعد الشريعة[٣]، وليس أمعن في الغش نحو الشريعة من هدم مقاصدها التي من أجلها أنزلت، تحت ستار الحقوق والإباحات.[٤]

قال ابن القيم:

" الطرق وسائل وهي مقصودة لغيرها، فأي فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع والتوسل إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السرُّ الإعلانَ والظاهرُ الباطنَ والقصدُ اللفظ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة"[٥].

---

(١) الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق مشهور حسن، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٩٩٧م، ج٣ ص٢٣-٢٤.

(٢) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٥٢. شليبك: أحمد الصويعي، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، ص٤٨-٤٩.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج٥ ص١٨٧.

(٤) الدريني، التعسف، ص٢٥٨-٢٥٩.

(٥) ابن القيم: محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق مشهور حسن، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، ج٤ ص٤٣٥-٤٣٦.

واستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة ممنوع في شريعتنا، دلت على ذلك أدلة كثيرة، منها:

• عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا، أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ).[١]

وجه الدلالة:

دلّ هذا الحديث على أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم على الأعمال، فمن قصد في عمله الإضرار بالغير فعمله باطل، ولو كان هذا العمل في دائرة الحقوق التي منحها الله له.[٢]

قال ابن تيمية:

"أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فيجعل الشيء حلالا، أو حرامًا، أو صحيحًا، أو فاسدًا"[٣].

ومن تطبيقات هذا المعيار ما يأتي:

---

(١) متفق عليه. البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، حديث رقم (١). مسلم: مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي –بيروت، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: إنما الاعمال بالنية، حديث رقم (١٩٠٧).

(٢) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٠٥ (بتصرف يسير). المغايرة ومقدادي، المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة، بحث محكم، مجلة معالم القرآن والسنة، السنة السابعة، العدد الثامن ٢٠١٢م، ص٤٧.

(٣) ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٨٧م، ج٦ ص٥٤.

١. ما ذهب إليه المالكية[١] والحنابلة[٢] من إبطال نكاح التحليل، لما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن المحلل[٣] والمحلل له[٤].

جاء في المغني:

"وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل، في قول عامة أهل العلم؛ منهم الحسن والنخعي، وقتادة، ومالك، والليث، والثوري، وابن المبارك، والشافعي، وسواء قال: زوجتكها إلى أن تطأها، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها" [٥].

ووجه بطلانه، أن الله سبحانه وتعالى شرع النكاح وسيلةً بقصد التناسل والمودة ودوام النكاح، فلما كان قصد المحلل استعمال هذه الوسيلة لتحقيق مصلحة لم يشرع النكاح لأجلها، استحق من الله اللعن مع أنّ عقد النكاح سنة ونعمة، وعليه؛ فإن من استحق اللعن من الله تعالى في صورة هذا النكاح لا يكون نكاحه صحيحاً.[٦]

قال ابن تيمية:

"وقصد المحلل في الحقيقة ليس بقصد الشارع، فإنه إنما قصد الرد إلى الأول، وهذا لم يقصده الشارع، فقد قصد ما لم يقصده الشارع، ولم يقصد ما قصده، فيجب إبطال قصده بإبطال وسيلته"[٧].

---

(١) ابن رشد: محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث ٢٠٠٤م، ج٣ ص١٠٧.
(٢) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة ١٩٦٨م، ج٧ ص١٨١.
(٣) المحلل: هو الذي يتزوج المطلقة ثلاثاً لتحل للزوج الأول. أبو حبيب: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر – دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٨م، ص١٠٠.
(٤) أبو داود، كتاب النكاح، باب في التحليل، ج٢ ص٢٢٧ حديث رقم (٢٠٧٦).
(٥) ابن قدامة، المغني، ج٧ ص١٨٠.
(٦) انظر: المغايرة مقدادي، المعايير الذاتية للتعسف، ص٤٨.
(٧) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٦ ص٧٦.

وقد أشار الإمام ابن القيم إلى صورية هذا النكاح، وأنه مخالف للمصلحة التي شرع لأجلها، فقال:

" واللَّه تعالى قد جعل كل واحد من الزوجين سكَنًا لصاحبه، وجعل بينهما مودة ورحمة ليحصل بذلك مقصودُ هذا العقد العظيم، وتتم بذلك المصلحة التي شَرَعَهُ لأجلها العزيزُ الحكيم، فسَلِ التيسَ المستعار: هل له من ذلك نصيب؟ أو هو من حكمة هذا العقد ومقصوده ومصلحته أجنبي غريب؟"(١).

ويرى الدكتور الدريني أن إبطال نكاح التحليل فيه دليل على أن استعمال الحق يجب أن يكون في الغرض الذي شُرع لأجله، ولو لم يترتب عليه ضرر بأحد، وإبطاله إنما جاء من جهة أنه مخالف للحكمة الغائية التي قررت له، وهي الغرض الاجتماعي الذي تقرر لأجله عقد الزواج.(٢).

٢. الولاية التأديبية على الصغار، فقد منح الشارع الحكيم الحق للأولياء في تأديب الصغار بغرض إصلاحهم، والأصل في ذلك ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا، وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ).(٣)

جاء في المغني:

"يجب على ولي الصبي أن يعلمه الطهارة والصلاة إذا بلغ سبع سنين ويأمره بها، ويلزمه أن يؤدبه عليها إذا بلغ عشر سنين"(٤).

وهذا الحق، إنما شرع لغرض وغاية، وهي إصلاح الصغير كما تقدم، فإذا استُعمل لغير هذه الغاية، كان الولي متعسفاً في استعمال حقه، لمناقضته قصد

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٤ ص٤٠٩.

(٢) الدريني، التعسف، ص٢٦٣.

(٣) أبو داود، السنن، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم (٤٩٥).

(٤) ابن قدامة، المغني، ج١ ص٤٤٠.

الشارع من تشريعه لهذا الحق، ومناقضة قصد الشارع باطلة، وما يؤدي إلى الباطل فهو باطل.[١]

هذا، وإن الفعل الذي يتخذه الولي وسيلة لتأديب الصغير يُشترط فيه أن يكون لازماً وملائماً، وأن يغلب على الظن أنه يؤدي إلى مقصوده.[٢]

قال العز بن عبد السلام:

"فإن قيل: إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح فهل يجوز ضربه تحصيلًا لمصلحة تأديبه؟ قلنا لا يجوز ذلك، بل لا يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف، كما يسقط الضرب الشديد؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد"[٣] .

أما القانون المدني الكويتي[٤]، فبعد أن أورد المشروع المبدأ العام الذي يحكم معيار التعسف، نص في تطبيقه الرئيس الأول على هذا المعيار:

جاء في (المادة ٣٠) من القانون المدني الكويتي، تحت عنوان "استعمال الحق"، ما يأتي:

" يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

أ- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة".

---

(١) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٥٦. شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، ص٥٦.

(٢) الدريني، التعسف، ص٢٥٧.

(٣) السلمي: عز الدين بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام تحقيق طه عبدالرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ١٩٩١م، ج١ ص١٢١.

(٤) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، القانون المدني، ج١ ص٢٣.

وقد شرحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي هذا التطبيق بأنه قائم "على ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته أو الغرض منه، وإلا كان استعمالاً منحرفًا، وفي ذلك فإن المصلحة لا تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها مخالفًا لحكم من أحكام القانون فحسب، بل إنها تكون غير مشروعة أيضًا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. "(١)

المطلب الثاني: تمحض قصد الإضرار:

هذا المعيار هو أصل معايير التعسف، وفيها يكون الشخص قد استعمل الحق الممنوح له لإلحاق الضرر بالغير، لا لتحقيق المصلحة التي من أجلها شُرع الحق، وقد قررت جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية هذا المعيار، لأن أول مراتب العدل والنظام تقتضي بمنع قصد الإضرار بالغير.(٢)

وقصد الإضرار بالغير محرم في شريعتنا الإسلامية، تضافرت على ذلك أدلة كثيرة، منها:

١. قوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ **غَيْرَ مُضَارٍّ** وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)(٣):

وجه الدلالة:

دلت الآية الكريمة على مشروعة الوصية، وأن الله سبحانه وتعالى أعطى لكل إنسان الحق في ان يتصرف في جزء من ماله عن طريق الوصية، ليتدارك ما فاته من أعمال الخير والبر.

كما دلت أيضاً على أن الوصية المشروعة هي التي لا يقصد بها المضارة، فإذا قصد الموصي بوصيته إلحاق الضرر بورثته، خرجت الوصية من دائرة المشروعية إلى دائرة كبائر الذنوب.

---

(١) المذكرة الإيضاحية، ص٣٢.

(٢) انظر: عيسوي، نظرية التعسف، ص٩٢. الدريني، التعسف، ص٢٤٣. شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، ص٢٥.

(٣) سورة النساء: الآية (١٢).

فعن شهر بن حوشب عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه حدثه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إِنَّ الرَّجُلَ لَيَعْمَلُ وَالمَرْأَةُ بِطَاعَةِ اللهِ سِتِّينَ سَنَةً ثُمَّ يَحْضُرُهُمَا الْمَوْتُ فَيُضَارَّانِ فِي الوَصِيَّةِ فَتَجِبُ لَهُمَا النَّارُ)، ثم قرأ علي أبو هريرة: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ)، إلى قوله، (ذَلِكَ الفَوْزُ العَظِيمُ).[1]

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: الحنف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر.[2]

وقد بيّن المفسرون[3] أن المضارة في الوصية تتخذ وجوهاً عدة، منها:

– الزيادة على المقدار المقرر شرعاً وهو "الثلث"، لما ثبت عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا مريض بمكة، فقلت: لي مال، أوصي بمالي كله؟ قال: (لا) قلت: فالشطر؟ قال:

---

(١) الترمذي: محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي –بيروت، ١٩٩٨م، أبواب الوصايا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في الضرار في الوصية، حديث رقم (٢١١٧). قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

(٢) البيهقي: أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م، كتاب الوصايا، باب ما جاء في قوله عز وجل (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً) وما ينهى عنه من الإضرار في الوصية، رقم (١٢٥٨٧).

(٣) انظر: الجصاص: أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق محمد القمحاوي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ١٤٠٥هـ، ج٣ ص٣٥. ابن عاشور: محمد الطاهر بن محمد، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد – المشهور بالتحرير والتنوير – ، الدار التونسية للنشر – تونس، ١٩٨٤م، ج٤ ص٢٦٦.

(لا) قلت: فالثلث؟ قال: (الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي أَيْدِيهِمْ).[١]

وهذا الوجه من المضارة هو من قبيل تجاوز حدود الحق، فهو غير مشروع ابتداءً.[٢]

– ومن المضارة في الوصية ما يكون في حدود الثلث، كما لو قصد الموصي بوصيته مجرد إلحاق الضرر بالورثة، كتفويت النفع عليهم أو كونهم فقراء وكان الموصى له غنياً، أو غير ذلك.

وهذا الوجه من المضارة يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، ذلك أن الوصية بالثلث مشروعة في ذاتها، ولكن لما قصد بها صاحبها الإضرار بالورثة كان مسيئاً ومتعسفاً في استعمال حقه.[٣]

قال ابن تيمية:

" فإن الله سبحانه إنما قدم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها، فإذا وصى ضراراً كان ذلك حراماً، وكان للورثة إبطاله، وحرم على الموصى له أخذه بدون رضاهم"[٤].

وقال ابن عاشور:

"والإضرار منه ما حدده الشرع، وهو أن يتجاوز الموصي بوصيته ثلث ماله وقد حدده النبي صلى الله عليه وسلم بقوله لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: (الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ)[٥]، ومنه ما يحصل بقصد الموصي بوصيته الإضرار

---

(١) متفق عليه. البخاري، كتاب النفقات، حديث رقم (٥٣٥٤). مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، حديث رقم (١٦٢٨).

(٢) انظر: الدريني، التعسف، ص١٠٦. عيسوي، التعسف، ص٦٠.

(٣) انظر: الدريني، التعسف، ص١٠٧. عيسوي، التعسف، ص٦٠.

(٤) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٦ ص٥٥.

(٥) سبق تخريجه.

بالوارث ولا يقصد القربة بوصيته، وهذا هو المراد من قوله تعالى: (غَيْرَ مُضَارٍّ)، ولما كانت نية الموصي وقصده الإضرار لا يطلع عليه فهو موكول لدينه وخشية ربه، فإن ظهر ما يدل على قصده الإضرار دلالة واضحة، فالوجه أن تكون تلك الوصية باطلة لأن قوله تعالى: (غَيْرَ مُضَارٍّ) نهي عن الإضرار، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه"[١] .

٢. عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا ضَرر ولا ضِرار).[٢]

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ) [٣] .

وجه الدلالة:

دلّ الحديث على تحريم جميع أنواع الضرر، إلا ما دلّ عليه الدليل، ذلك أن لفظة " الضرر" في الحديث جاءت نكرة في سياق النفي، فتشمل كل أنواع الضرر.[٤]

---

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج٤ ص٢٦٦.

(٢) رواه أحمد، المسند، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ٢٠٠١م، مسند عبدالله بن عباس، ج٥ ص٥٥ حديث رقم (٢٨٦٥).
وقال محققه: الحديث حسن، وفيه جابر – وهو ابن يزيد الجعفي، وإن كان ضعيفًا – قد توبع، وباقي رجاله ثقات رجال الصحيح.

(٣) الحاكم: محمد بن عبدالله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبدالقادر، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٠م، كتاب البيوع، حديث رقم (٢٣٤٥).
وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٤) انظر: الزرقاني: محمد بن عبدالباقي، شرح الموطأ، تحقيق طه عبدالرؤوف، المكتبة الثقافية الدينية–القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، ج٤ ص٦٧. الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث – مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٣م، ج٥ ص٣١١.

قال الشاطبي:

"لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"(١).

وقال الشوكاني:

"فيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جوّز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قبلته وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه، فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات"(٢).

ومن الفقهاء من أشار إلى هذا المعيار صراحة كالإمام ابن رجب الحنبلي(٣) وذلك عند شرحه لحديث (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)(٤)، حيث جعل حكمه شاملاً لاستعمال الحق بقصد الإضرار، ولإلحاق الضرر بالغير دون وجه حق، ويرى أنه يقسم إلى نوعين:

"**أحدهما:** أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه"(٥).

ومع اتفاق الباحثين على هذا المعيار، إلا أنه من العسر بمكان إثباته، وذلك لتعلقه بالنية، مما جعل بعض الباحثين يستنبط قرائن يمكن معها إثبات قصد الإضرار بالغير، فمن هذه القرائن:

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٣ ص٥٥.

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥ ص٣١١.

(٣) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٤٣.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، تحقيق شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة ٢٠٠١م، ج٢ ص٢١٢–٢١٧.

١- ألا يكون لصاحب الحق منفعة في استعمال حقه، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره، ومن باب أولى إذا استعمل حقه على وجه سلبي، بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلاً إذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما.(١)

٢- إذا تخير صاحب الحق وجهاً من وجوه الاستعمال يضر بالغير، مع وجود وجه غيره لا يترتب عليه ضرر بالغير(٢).

هذا، وقد ذهب الدكتور عيسوي إلى أن معيار تمحض قصد الإضرار يتحقق بشرطين(٣):

١. أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير عمداً.
٢. أن يتمحض قصده لذلك، بحيث لا يصاحبه قصد إلى شيء آخر من وراء هذا التصرف، كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو ضئيلة منه.

فإذا صحب قصد الإضرار بالغير قصد تحصيل منفعة ما ولو تافهة، لم يكن الفعل محكوماً بهذا المعيار، وإن كان في ذاته يعتبر إساءة لاستعمال الحق، وهذا يحكمه معيار آخر، وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير.

ثم بيّن أن العبرة في تحقق هذا المعيار، هو تمحض قصد الإضرار بالغير، من غير أن يصحبه قصد إلى شيء آخر، ولا يهم بعد ذلك أن يترتب عليه نفع ما دام هذا النفع غير موجود.(٤)

ومع اتفاق الفقهاء على تأثيم من يقصد بالفعل إلحاق الضرر بالغير، وأنه يستوجب الجزاء الأخروي، فإنهم اختلفوا في وجوب الجزاء الدنيوي في جميع هذا

---

(١) الدريني، التعسف، ص٢٤٦.

(٢) السيد، التعسف، ص٧٧.

(٣) عيسوي، التعسف، ص٩٢.

(٤) المرجع السابق.

الباب؛ حيث اكتفى بعضهم بالجزاء الأخروي في بعض هذه المسائل دون أن يبسط عليها سلطان القضاء، ومنهم من لم يقف عند حدود الجزاء الأخروي فقط، بل أوجب كذلك جزاءً قضائيًا في أكثر المسائل التي تدخل في نطاق هذا المعيار.[١]

ومن تطبيقات هذا المعيار ما يأتي:

١. ذهب جمهور الفقهاء[٢] إلى توريث المبتوتة[٣] في مرض الموت، وذلك لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق بحرمانها من الميراث، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة الثقفي لما كان في عهد عمر طلق نساءه، وقسم ماله بين بنيه، فبلغ ذلك عمر، فقال: " إني لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك، فقذفه في نفسك، ولعلك ألا تمكث إلا قليلاً، وايم الله، لتراجعن نساءك، ولترجعن في مالك، أو لأورثهن منك، ولآمرن بقبرك فيرجم كما رجم قبر أبي رغال"[٤] .

قال ابن تيمية:

" فإن عمر وعثمان وعليًا وأبي بن كعب وسائر البدريين وغيرهم اتفقوا على أن المبتوتة في مرض الموت ترث، قاله عمر في قصة غيلان بن سلمة لما طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه"[٥] .

---

(١) عيسوي، التعسف، ص٩٢. وانظر: الدريني، التعسف، ص٢٤٤.

(٢) انظر: البابرتي: محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر، ج٤ ص١٤٥. الدردير: أحمد العدوي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، ج٢ ص٣٥٣. الشربيني: محمد بن أحمد، مغني المحتاج دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، ج٤ ص٤٧٨. ابن قدامة، المغني، ج٦ ص٣٩٥.
وقد اشترط بعضهم شروطاً لتوريث المبتوتة في مرض الموت. انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ ص٤٧٨.

(٣) وهي التي يطلقها زوجها طلاقاً بائنًا في مرض موته. انظر: أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص٣١. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، ج٨ ص٩.

(٤) أحمد، المسند، حديث رقم (٤٦٣١)

(٥) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٦ ص١٦٤.

وفي حرمان الزوجة من الميراث زيادة في نصيب الأبناء منه، وهي مصلحة قد تكون مقصودة للأب، إلا أنها ملغاة في نظر الشارع.[١]

٢. ما ذكره الفقهاء في الدعوى الكيدية[٢]، من امتناع القاضي عن سماعها، وتأديب مدعيها.

قال الطرابلسي الحنفي:

" أن يكون المدَّعَى عليه بذلك بريئًا ليس من أهل تلك التهمة كما لو كان رجلا صالحًا مشهورًا، فهذا النوع لا تجوز عقوبته اتفاقًا، وأما المتهم له بذلك فيعاقب صيانةً لسلطة أهل الشر والعدوان على أعراض البرآء الصلحاء "[٣].

ثم بيّن أن هذه الدعاوى مما لا يسمعه الحاكم ويؤدب المدعي بسبب ما ادّعاه.[٤]

وذكر " أن مالكاً وأصحابه – رحمهم الله – منعوا سماع الدعوى التي لا تشبه الصدق عرفاً، بل العرف يدل على كذبها .. وكذلك لو ادعى رجلٌ على رجلٍ أنه

---

(١) المصلحة الملغاة: هي المصلحة التي دل الدليل الشرعي الجزئي أو الكلي على إبطالها وردها، وعلى عدم التعليل بها والقياس عليها، ولو كانت في الظاهر مناسبة ومعقولة. أو هي باختصار: المصلحة التي رفضها الشارع ولم يقصدها. الخادمي: نور الدين مختار، المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م، ص٢٤.

(٢) وهي مطالبة المدعي غيره بأمر لا حقّ له فيه، وبغير وجه حق مع علمه بذلك في مجلس القضاء.

الوذيناني: خالد زيد، الدعوى الكيدية، بحث محكم، مجلة العدل، العدد (٥١) رجب ١٤٣٢هـ، ص١٩١.

(٣) الطرابلسي: علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، ص١٧٨.

(٤) المرجع السابق.

سرق متاعه والمدعى عليه من لا يُتَّهَمُ، فإن المدعي لا تسمع دعواه لقيام شاهد الحال على كذبه وقصده الأذى، ويؤدب المدعي على خلاف في ذلك"(١).

وقال البهوتي الحنبلي:

"وإذا ظهر كذب المدعي في دعواه بما يؤذي به المدعى عليه عزر لكذبه وأذاه للمدعى عليه"(٢).

قال ابن القيم في أقسام المدعى عليه في دعاوى التهم –وهي دعوى الجناية والأفعال المحرمة كدعوى القتل، وقطع الطريق، والسرقة، والقذف، والعدوان–:

"فهذا ينقسم المدعى عليه فيه إلى ثلاثة أقسام، فإن المتهم إما أن يكون بريئاً ليس من أهل تلك التهمة، أو فاجراً من أهلها، أو مجهول الحال لا يعرف الوالي والحاكم.

فإن كان بريئاً لم تجز عقوبته اتفاقاً، واختلفوا في عقوبة المتهم له على قولين أصحهما: أنه يعاقب صيانة لتسلط أهل الشر والعدوان على أعراض البرآء.

قال مالك وأشهب رحمهما الله: لا أدب على المدعي إلا أن يقصد أذية المدعى عليه وعيبه وشتمه، فيؤدب.

وقال أصبغ: يؤدب، قصد أذيته أو لم يقصد.

وهل يحلف في هذه الصورة؟

فإن كان المدعى حداً لله لم يحلف عليه، وإن كان حقاً لآدمي ففيه قولان، مبنيان على سماع الدعوى، فإن سمع الدعوى حلف له، وإلا لم يحلف.

والصحيح: أنه لا تسمع الدعوى في هذه الصورة، ولا يحلف المتهم لئلا يتطرق الأراذل والأشرار إلى الاستهانة بأولي الفضل والأخطار، كما تقدم من أن المسلمين يرون ذلك قبيحاً"(٣).

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، ج٢ ص١٢٥.

(٢) البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع، دار الكتب العلمية، ج٦ ص١٢٨.

(٣) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، ص٨٨.

والدعوى الكيدية لا يتصور منها إلا الإضرار بالمدعى عليه، فلا مصلحة متحصلة من إقامتها، ولذا يلحظ من كلام الفقهاء ترتيب عقوبة عليها وهي التعزير للمدعي، كما تقدم.

وقد أشار القانون المدني الكويتي لهذا المعيار، في التطبيق الثاني للتعسف، إذ جاء فيه:

٢- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير "[١].

وقد بينت المذكرة الإيضاحية هذا المعيار بأنه:

" استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، وهو تطبيق استقر عليه الفقه الإسلامي وأخذ به التقنين الألماني (المادة ٢٢٦)، ونقلته عنه غالبية التقنينات الحديثة. والجوهري في شأنه هو توافر قصد الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه، وكما يُستخلص هذا القصد من تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق، فإنه يستخلص بالأولى من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق".[٢]

**

(١) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، القانون المدني، ج١ ص٢٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية، ص٣٣.

المبحث الثالث

المعايير المادية للتعسف في استعمال الحق

تقدم معنا أن المعيار المادي هو الذي يُنظر فيه إلى النتيجة المترتبة على استعمال الحق، من حيث مدى "التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة"، وبغض النظر عن نية صاحب الحق.(١)

وينقسم المعيار المادي إلى معيارين فرعيين، هما:

أ– معيار عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر المترتب على الغير.

ب– معيار الضرر الفاحش.

هذا، وقد بيّن الدكتور الدريني أن هذا المعيار يُنظر فيه إلى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وأنه مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال الذي تفرع عنه مبدأ سد الذرائع، والاستحسان، والاستصلاح، ومراعاة الخلاف، كما تأيّد بالقواعد الفقهية المحكمة.(٢)

المطلب الأول: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر المترتب على الغير:

لا يتمحض في هذا المعيار قصد صاحب الحق الإضرار بغيره، بل قد يكون له مصلحة مشروعة، إلا أن هذه المصلحة لا تتناسب مطلقاً مع الأضرار التي تصيب الغير من جزاء هذا الاستعمال.(٣)

---

(١) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٤٢. السيد، التعسف، ص٧٨.

(٢) الدريني، التعسف، ص٢٦٥. وانظر في أدلة النظرية من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية من نفس المرجع ص١٧٧ وما بعدها.

(٣) الدريني، التعسف، ص٢٦٦. عيسوي، التعسف، ص٩٨.

ويرى الدكتور الدريني أن هذا التوازن قد حرص المشرع الإسلامي على إقامته، وجعل ضابط المشروعات غلبة المصلحة على المفسدة، فالاختلال البيّن الذي ترجح فيه المفسدة رجحانًا كبيرًا يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع، ومن ثم يكون علة في تحقق التعسف، أو مناقضة الشارع.(١)

قال العز بن عبد السلام:

" إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما لقوله سبحانه وتعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ)(٢)، وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"(٣).

ويمكن تقسيم هذا المعيار إلى قسمين:

١. اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين:

وصورته أن تتعارض مصلحة فرد مع مصلحة فرد آخر، وذلك بأن يترتب على استعمال الشخص لحقه أضرار راجحة تلحق بفرد آخر، وعليه يُمنع صاحب الحق من التصرف في حقه.

والأصل في ذلك، ما جاء عن سمرة بن جندب رضي الله عنه أنه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم، أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: (فهبه له ولك كذا

---

(١) الدريني، التعسف، ص٢٦٦.

(٢) سورة التغابن: الآية (١٦).

(٣) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج١ ص٩٨.

وكذا) أمرًا رغّبه فيه، فأبى، فقال: (أنت مضار)، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري: (اذهب فاقلع نخله).[١]

هذا، وإن محاولة التوفيق بين المصالح المتعارضة هي أولى خطوات معالجة هذا التعارض، فالنبي صلى الله عليه وسلم أمر سمرة بالبيع –في محاولة للتوفيق بين الطرفين–، ثم انتقل إلى المناقلة، ثم إلى الهبة، فلما أبى أجبره عليه الصلاة والسلام على قلع نخله دفعًا للضرر عن الآخرين.[٢]

قال الإمام أحمد:

" كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر، يمنع منه، وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه"[٣].

قال الإمام ابن القيم معلقاً على هذا الحديث:

"وصاحب القياس الفاسد يقول: لا يجب عليه أن يبيع شجرته، ولا يتبرع بها، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وإجبار على المعاوضة عليه، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها، لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه."[٤].

ومن التطبيقات الفقهية لهذا القسم:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: قدومي، التعسف، ص٣٥.

(٣) ابن مفلح: محمد بن مفلح، الفروع، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، ج٦ ص٤٥١.

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢٢٢.

اتفاق الفقهاء[١] على إيجاب الشفعة[٢] لدفع ضرر الشريك الطارئ[٣]، والأصل في ذلك ما رواه جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شِرْكَةٍ لَمْ تُقْسَمْ، رَبْعَةٍ أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به.[٤]

قال ابن القيم:

" ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر: بالقسمة تارةً وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارةً وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك؛ فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان؛ فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد "[٥].

٢. اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة:

وصورته أن تتعارض مصلحة صاحب الحق مع مصلحة من المصالح العامة، فعندئذ يتقيد صاحب الحق في استعماله لحقه بالمصلحة العامة، لأن المصلحة العامة أولى بالاعتبار في نظر الشارع من المصلحة الخاصة.[٦]

---

(١) انظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج٤ ص٤٠. ابن قدامة، المغني، ج٥ ص٢٢٩.

(٢) الشفعة: هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم، على الشريك الحادث فيما ملك بعوض. انظر: أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص١٩٩.

(٣) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج٢ ص٢١٩.

(٤) مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم (١٦٠٨)

(٥) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٢ ص٩٢. وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ ص٢٢٩.

(٦) انظر: السيد، التعسف، ص٨٧. (بتصرف)

والعلة في منع صاحب الحق من التصرف في حقه إن أدى ذلك إلى الإضرار بالجماعة –وإن لم يكن قاصداً الإضرار وإنما تحقيق مصلحة مشروعة– هي مجرد النتيجة المترتبة على هذا التصرف، ذلك أن تقدير الضرر العام –كما قال الدريني– لا يُنظر فيه إلى القصد أو البواعث النفسية.(١)

والأدلة على تقديم المصلحة العامة على الخاصة كثيرة في نصوص الشريعة، منها النهي عن تلقي الركبان(٢)، وعن بيع الحاضر للبادي(٣):

فعن طاوس، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ)، قال: فقلت لابن عباس: ما قوله (وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ) قال: لا يكون له سمساراً.(٤)

قال الإمام الباجي في بيان وجه المنع من تلقي الركبان:

" ووجه ذلك أن هذا فيه مضرة عامة على الناس، لأن من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس وانفرد ببيعها، فمنع من ذلك ليصل بائعوها بها إلى البلد فيبيعونها في أسواقها فيصل كل أحد إلى شرائها والنيل من رخصها"(٥).

وقال ابن قدامة في وجه المنع من بيع الحاضر للبادي:

---

(١) انظر: الدريني، التعسف، ص٢٨٠–٢٧١. قدومي، التعسف، ص٣٨.

(٢) تلقي الركبان: أي تلقي القادمين إلى المدينة، وشراء سلعهم المعدة للبيع.
قلعجي وقنيبي: محمد رواس وحامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية ١٩٨٨م، ص٢٢٦.

(٣) بيع الحاضر للبادي: هو أن يخرج الحضري إلى البادي، وقد جلب السلعة، فيعرفه السعر، ويقول: أنا أبيع لك. انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤ ص١٦٢.

(٤) متفق عليه. البخاري، كتاب البيوع، هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه، حديث رقم (٢١٥٨). مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحضر للباد، حديث رقم (١٥٢١).

(٥) الباجي: سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة – مصر، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ، ج٥ ص١٠١.

"والمعنى في ذلك، أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته، اشتراها الناس برخص، ويوسع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها، وامتنع من بيعها، إلا بسعر البلد. ضاق على أهل البلد"(١).

قال الإمام الشاطبي:

" فاعتبار الضرر العام أولى؛ فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما رضي أهله وما لا، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة"(٢).

ومن التطبيقات الفقهية لهذا القسم:

التسعير، إذ الأصل فيه التحريم، لما ثبت عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: غلا السِّعْرُ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا: يا رسول الله، سعر لنا، فقال: (إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ، القَابِضُ، البَاسِطُ، الرَّزَّاقُ، وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلِمَةٍ فِي دَمٍ وَلاَ مَالٍ).(٣)

إلا أن هناك حالات يكون للحاكم بمقتضاها حق التدخل بالتسعير، أو يجب عليه التدخل على اختلاف الأقوال، فمن ذلك:

إذا تعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديًّا فاحشًّا، وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فإن له ذلك بعد مشاورة أهل الرأي والبصيرة؛ لأن

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٤ ص١٦٢.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج٣ ص٥٧-٥٨.

(٣) الترمذي، أبواب البيوع عن النبي صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في التسعير، حديث رقم (١٣١٤).

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع، ودفع الضرر عن العامة، وهذا هو المختار عند الحنفية.(١)

أما إذا امتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة عن القيمة المعروفة، فإن التسعير في مثل هذه الحالة واجب، وإلى هذا ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية(٢) وتلميذه ابن القيم.(٣)

جاء في الطرق الحكمية:

" وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به"(٤).

قال ابن تيمية:

" وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه، وكذلك من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع أن يبيع إلا بأكثر منه، فهنا يؤمر بما يجب عليه؛ ويعاقب على تركه بلا ريب. ومن منع التسعير مطلقا محتجًا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ، القَابِضُ، البَاسِطُ، الرَّزَّاقُ، وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلِمَةٍ فِي دَمٍ وَلاَ مَالٍ) فقد غلط؛ فإن هذه قضية معينة ليست لفظًا عامًا وليس

(١) انظر: ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، ج١٠ ص٥٩. ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار –حاشية ابن عابدين– ، دار الفكر–بيروت، الطبعة الثانية ١٩٩٢م، ج٦ ص٤٠٠.

(٢) انظر: ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف –السعودية، ١٩٩٥م، ج٢٨ ص٩٥.

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢٠٦.

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢٠٦.

فيها أن أحداً امتنع من بيعٍ يجب عليه أو عمل يجب عليه؛ أو طلب في ذلك أكثر من عوض المثل"[١].

قال ابن القيم:

"وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير، سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل"[٢].

وقد أشار القانون المدني الكويتي إلى هذا المعيار في التطبيق الثالث للتعسف، إذ عبر عنه في النحو الآتي:

" ٣- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البته مع الضرر الذي يلحق بالغير"[٣].

وقد عدّت المذكرة الإيضاحية أن انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير، قرينة على توافر قصد الإضرار بالغير.[٤]

وقد نقلت المذكرة الإيضاحية[٥] ما نص عليه الدستور الكويتي على أن الملكية حق من الحقوق الفردية ذات الوظيفة الاجتماعية، "ويقصد بذلك -كما جاء في المذكرة التفسيرية للدستور- تنظيم وظيفة الملكية بما فيه صالح الجماعة بهدف منع الإضرار بمصلحة المجموع أو إساءة استعمال الحق. فحيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، قدمت المصلحة العامة. فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية. وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية

---

(١) ابن تيمية، الفتاوى، ج٢٨ ص٩٥.
(٢) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٢٢٢.
(٣) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثاني من القانون المدني، ج١ ص٢٣.
(٤) انظر: المذكرة الإيضاحية، ص٣٣.
(٥) وهذا النقل جاء في سياق بيان عمل القانون الكويتي بنظرية التعسف قبل أن يتقرر الأخذ بها في كثير من البلاد. انظر: المذكرة الإيضاحية، ص ٣١.

من حق المالك فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم، فما ينبغي استعمال حق الملكية فيما يضر بالغير ضررًا غيرَ مشروع ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية"[١].

المطلب الثاني: ترتب الضرر الفاحش:

يعتبر الإنسان مسيئاً في استعمال حقه إذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر فاحش بالغير، أما الاستعمال الذي ينشأ عنه ضرر مألوف فليس من باب التعسف في شيء، فلا بد فيه من التسامح والتساهل، إذ لو قيل بمنعه لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال الحقوق كافة.[٢]

والأصل في هذا المعيار، هو نصوص الشريعة الدالة على منع إيقاع الضرر بالغير، كقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضَرر ولا ضِرار)[٣].

وهذا المعيار قرره فقهاء الشريعة لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لا سيما في العلاقات الجوارية.[٤]

وقد حددت مجلة الأحكام العدلية الضرر الفاحش بأنه: كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه.[٥]

أما الدكتور عيسوي، فذهب إلى أن تحديد الضرر الفاحش مرده إلى العرف، فما يعتبره العرف ضرراً فاحشاً يمنع الجار منه، وما يعتبره خالياً من الضرر أو كان فيه ضرر يسير لا يمنع الجار منه.[٦]

---

(١) المذكرة الإيضاحية، ص٣١.
(٢) الدريني، التعسف، ص٢٦٩. عيسوي، التعسف ص١٠٥.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) الدريني، التعسف، ص٢٦٩.
وتجدر الإشارة إلى أن الضرر الفاحش في العلاقات الجوارية صورة من صور هذا المعيار، وليس حكراً عليها، بل هو أشمل من ذلك، إلا أنه غلب ذكره في العلاقات الجوارية. انظر: قدومي، التعسف، ص٣٩
(٥) مجلة الأحكام العدلية، مجموعة من علماء الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر: نور محمد –كراتشي، ص٢٣١.
(٦) عيسوي، التعسف، ص١٠٦.

هذا، وقد نبّه بعض الباحثين إلى الفرق بين هذا المعيار والذي قبله، وهو أن معيار الموازنة بين الضرر والنفع نسبي يرجحه الجانب الذي يقع عليه الضرر أكثر، أما في حالة الضرر الفاحش فلا موازنة، لأن الضرر الفاحش اللاحق بالآخرين مطلق، فلا يقارن بالضرر الواقع بصاحب الحق من جراء منعه من استعمال حقه.(١)

ومن التطبيقات الفقهية لهذا المعيار:

ما ذهب إليه متأخرو الحنفية(٢)، والمالكية(٣)، والحنابلة(٤)، من أن تصرف الجار في ملكه مقيد ديانة وقضاء بعدم الإضرار بجاره ضررًا فاحشًا.(٥)

جاء في المدونة:

"قلت: أرأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم، فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماما أو فرنا أو موضعا لرحا فأبى علي الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك؟

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

قلت: وكذلك إن كان حدادا فاتخذ فيها كيرا أو اتخذ فيها أفرانا يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران أو حفر فيها آبارا أو كنيفا قرب جدران جيرانه منعته من ذلك؟

---

(١) انظر: قدومي، التعسف، ص٤١.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، ج٧ ص٣٤-٣٥.

(٣) الباجي، المنتقى، ج٦ ص٤٠-٤١.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٤ ص٣٨٨.

(٥) الدريني، التعسف، ص٢٦٩. عيسوي، التعسف، ص١٠٨.

قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره"[١].

وجاء في شرح منتهى الإرادات:

" وحرم على مالك أن يحدث بملكه ما يضر بجاره كحمام يتأذى جاره بدخانه أو يتضرر حائطه بمائه، ومثله مطبخ سكر وكنيف يتأذى جاره بريحه أو يصل إلى بئره، ورحى يهتز بها حيطانه، وتنور يتعدى دخانه إليه، ودكان حدادة وقصارة يتأذى بدقه بهز الحيطان لحديث: (لا ضرر ولا ضرار)"[٢].

وهذا المعيار، جاء ذكره في القانون المدني الكويتي، وذلك في التطبيق الرابع للتعسف، إذ جاء فيه:

" ٤– إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضررًا فاحشًا غير مألوف"[٣].

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن "هذا التطبيق يخصه الفقه الإسلامي بكيان مستقل، ويوليه كثيرًا من الاهتمام"، ومثّلت بتقنين مجلة الأحكام العدلية لهذا المعيار وتعريفها للضرر الفاحش وما أعقبته من تطبيقات مختلفة لهذا المعيار في موادها من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢.[٤]

ثم بينت –المذكرة الإيضاحية– أنه "يبقى بعد ذلك أن يجتهد القاضي رأيه فيما يعرض عليه من مسائل لا تندرج تحت واحد من هذه التطبيقات، وذلك بإعمال المبدأ العام الذي وضعه المشروع، مهتديًا بأحكام الفقه الإسلامي ومتأسيًا بقول الرسول صلى الله عليه و سلم: (لا ضرر ولا ضرار)".[٥]

---

(١) مالك: مالك بن أنس، المدونة – رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك –، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، ج٤ ص٣١٤.

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٣م، ج٢ ص١٥٠–١٥١.

(٣) وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثاني من القانون المدني، ج١ ص٢٣.

(٤) المذكرة الإيضاحية، ص٣٣.

(٥) المذكرة الإيضاحية، ص٣٣–٣٤.

الخاتمــة

توصل الباحث في نهاية هذه الدراسة، إلى مجموعة من النتائج، من أهمها ما يأتي:

١. اختلف مفهوم التعسف عند فقهاء الشريعة، والمختار هو تعريفه بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون في شرعاً بحسب الأصل".

٢. لم يستعمل القانون المدني الكويتي مصطلح "التعسف"، لسعته وإبهامه –كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية–، واستعمل عوضًا عنها كلمة "استعمال الحق"، ووصف استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انحرف به صاحب الحق عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية.

٣. قسّم فقهاء الشريعة معايير التعسف إلى ذاتية –يُنظر فيها إلى العامل النفسي لصاحب الحق–، ومادية –يُنظر فيها إلى الأثر المترتب على استعمال الحق–، وهذه المعايير يحكمها أصل عام واحد، يمكن أن يعتبر المعيار العام للتعسف وهو: استعمال الحق في غير ما شرع له.

٤. اتخذ القانون المدني الكويتي منهجًا مغايرًا في معايير التعسف، فلم يقسّمها إلى معايير "ذاتية ومادية" –التقسيم المشهور عند فقهاء الشريعة–، بل أورد المشروع مبدأً عامًا يحكم معايير التعسف، ثم ساق بعده التطبيقات الرئيسة لهذا المعيار.

٥. أن معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الكويتي موافقة للمعايير التي بيّنها فقهاء الشريعة، والاختلاف بينهما في المنهجية كما بيّنا في هذا البحث.

هذا ما تيسر جمعه وإيراده، فإن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

- ابن القيم: محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق مشهور حسن، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.
- ابن القيم: محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان.
- ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر.
- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٨٧م.
- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف –السعودية، ١٩٩٥م.
- ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، تحقيق شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة ٢٠٠١م.
- ابن رشد: محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث ٢٠٠٤م.
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار –حاشية ابن عابدين– ، دار الفكر–بيروت، الطبعة الثانية ١٩٩٢م.
- ابن عاشور: محمد الطاهر بن محمد، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد – المشهور بالتحرير والتنوير– ، الدار التونسية للنشر – تونس، ١٩٨٤م.
- ابن فارس: أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر ١٩٧٩م.
- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٩٨٦م.
- ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة ١٩٦٨م.

- ابن مفلح: محمد بن مفلح، الفروع، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
- ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- أبو حبيب: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر – دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.
- أبو داود، السنن، تحقيق محمد محي الدين، المكتبة العصرية–بيروت.
- أبو سنة: أحمد فهمي، التعسف في استعمال الحق، بحث مقدم نيابة عن الأزهر إلى أسبوع الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، ١٩٦١م.
- البابرتي: محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر.
- الباجي: سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة – مصر، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ.
- البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
- البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع، دار الكتب العلمية.
- البهوتي: منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.
- البيهقي: أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م.

- الترمذي: محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي –بيروت، ١٩٩٨م.
- الجصاص: أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق محمد القمحاوي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ١٤٠٥هـ.
- الحاكم: محمد بن عبدالله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبدالقادر، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٠م.
- الحموي: أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت.
- الخادمي: نور الدين مختار، المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.
- الدردير: أحمد العدوي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر.
- الدريني: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة ١٩٨٨م.
- رواه أحمد، المسند، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- الزرقاني: محمد بن عبدالباقي، شرح الموطأ، تحقيق طه عبدالرؤوف، المكتبة الثقافية الدينية–القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
- السلمي: عز الدين بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق طه عبدالرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ١٩٩١م.
- السيد: محمد زكي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون–جامعة الأزهر ١٩٨٦م.
- الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق مشهور حسن، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

- الشربيني: محمد بن أحمد، مغني المحتاج دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.
- شليبك: أحمد الصويعي، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون.
- الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث – مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.
- الطرابلسي: علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر.
- عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية جامعة عين شمس–مصر ١٩٦٣م.
- قدومي: عبير ربحي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا – الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.
- قلعجي وقنيبي: محمد رواس وحامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.
- مالك: مالك بن أنس، المدونة – رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك –، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.
- مجلة الأحكام العدلية، مجموعة من علماء الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر: نور محمد –كراتشي.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إصدار جمعية المحامين الكويتية، طبعة سنة ٢٠١٩م.
- مسلم: مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي –بيروت.

- المغايرة ومقدادي، المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة، بحث محكم، مجلة معالم القرآن والسنة، السنة السابعة، العدد الثامن ٢٠١٢م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.
- الوذيناني: خالد زيد، الدعوى الكيدية، بحث محكم، مجلة العدل، العدد (٥١) رجب ١٤٣٢هـ.
- وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الطبعة الأولى ٢٠١١م.

* * *