

القيود المستمدة من نظرية التعسف في استعمال الحق
دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أ. بدور يوسف محمد عبد المغيث

القيود المستمدة من نظرية التعسف في استعمال الحق
دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
أ. بدور يوسف محمد عبد المغيث

المقدمة

إن نظرية التعسف في استعمال الحق تكلم عنها أساتذة القانون الوضعي الغربي، ثم نقلها عنهم أساتذة القانون الوضعي العربي، وظهرت أخيراً في كتابات المحدثين من المشتغلين بالدراسات الفقهية الإسلامية. وعلى الرغم من أن هذه النظرية بهذا الاسم لم تعرف في كتابات القدامى من فقهاء المسلمين، فإن أصول هذه النظرية وما يتصل بها أحكام موجودة في الشريعة الإسلامية، وطبقها المسلمون في القضايا والمسائل التي كانت تحدث لهم في شتى نواحي علاقاتهم بعضهم ببعض^(١).

المطلب الأول

معنى التعسف في استعمال الحق (٢)

لا يرد التعسف في استعمال الحق إلا على الحقوق، أما الرخص فلا حاجة لفكرة التعسف^(٣) فقد نصت المادة (٤) من القانون المدني المصري: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"^(٤)، ثم أضافت المادة (٥) من ذات القانون: "يكون استعمال الحق غير مشروع في بعض الأحوال الآتية:

١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير كأن يتعاقد شخص علي شراء سياره وويقبل البائع ثم يكتشف اليائع ان المشري وكيل عن شخص آخر، فيصمم علي إبطال العقد بالرغم من ان الوكيل قدم للبائع من الضمانات ماتكفي لتنفيذ العقد فهنا يعرض صاحب التعبير المخالف لقصده بشأن الصفه في التعاقد ضمانات تكفل تنفيذ الألتزام فإذا تم رفض هذا العرض فهل يحق للطرف الأخر طلب الحكم بالأبطال (ترفض الدعوي لأنتفاء المصلحه) .

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

٤- وبما أن التعسف في استعمال الحق يوجب التعويض النقدي أو العيني، فهو يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، فيكون بذلك التعسف في استعمال الحق: هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع، والفرق بينه وبين استعمال الإنسان لما ليس من حقه هو أن التعسف في استعمال الحق مزولة الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة، وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه فهو مزاولته لما ليس من حقه من أول الأمر (٥). وبذلك ما دام الإنسان يمارس حقه داخل الإطار القانوني الذي نص عليه المشرع فلا مجال للتعسف في ذلك (٦)، كما أنه لا بد وأن يلتزم الإنسان عند استعماله لحقه باحترام حقوق الآخرين، وذلك يتخذ صورتين:

الأولى: عدم مجاوزته لحدود حقه.

الثانية: عدم التعسف في استعمال حقه داخل الإطار القانوني، فمن يمتلك عقاراً معيناً يلتزم بعدم التعسف في استعمال حقه بملكية العقار، فلا يجوز له إذا وضع مدخنة في عقاره أن يصيب بدخانها جيرانه (٧)، وقد كان لفقهاء الشريعة الإسلامية السبق في التعرض لهذه النظرية قبل الفقه الغربي بوقت طويل (٨).

المطلب الثاني

حكم التعسف في استعمال الحق ودليله في الشريعة الإسلامية

التعسف في استعمال الحق لا يجوز في الشريعة الإسلامية، وقامت على ذلك

براهين متعددة في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة.

ففي الطلاق قال الله تعالى: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ

بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) (٩).

فقد أمر الله تبارك وتعالى الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقاً رجعيًا يحق له فيه أن يراجعها، وأن يتصرف تصرفاً حسناً فيما يتصل بأمر المرأة إذا انقضت عدتها ولم يبق منها إلا مقدار ما يمكنه فيه أن يراجعها، فإما أن يمسكها، أي يرجعها إلى عصمته بمعروف بأن ينوي أن يعاشرها بالمعروف، أو يسرحها، أي يتركها حتى تنقضي عدتها ويخرجها من منزله بطريقة حسنة، من غير شقاق بينهما ولا مخاصمة ولا ارتكاب الأمور القبيحة.

وقد كان الرجل قبل نزول هذه الآية الكريمة- كما قال العلماء- يطلق المرأة فإذا قاربت انقضاء العدة أرجعها إلى عصمته، وهو غير محتاج إلى مراجعتها وإنما يريد الإضرار بها حتى لا تتزوج غيره ثم يطلقها الرجل بعد ذلك، فتدخل في العدة الواجبة على كل مطلقة، فإذا قاربت العدة أن تنتهي طلاقة أخرى، حتى تبدأ عدة أخرى فتطول عليها العدة فتنتظر مدة طويلة قبل أن يصح لها أن تتزوج غيره، فنهاهم الله عن ذلك^(١٠).

وتوعدهم عليه بقوله تعالى: (وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)^(١١)، أي ظلم نفسه بمخالفته أمر الله تعالى، لأنه يعرض نفسه لعقاب الله سبحانه^(١٢).

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على حرمة التعسف في استعمال الحق، أن رجعة الزوجة حق من الحقوق التي يملكها الزوج على زوجته ما دامت في عدتها من طلاق رجعي^(١٣)، وقد دعا الله تبارك وتعالى إلى أن يستعمل الزوج حقه في ذلك استعمالاً مشروعاً، وهو أن يمسكها في عصمته إذا كان ذلك مصحوباً بالمعاشرة الحسنة، ونهى الله عز وجل عن أن يستعمل الرجل حقه في ذلك بصورة غير مشروعة، وهذه الصورة غير المشروعة هي أن يمسكها في عصمته وهو يريد بذلك الإضرار بها، وهذا هو الإساءة في استعمال الحق.

ومن آيات الكتاب الكريم أيضاً التي تدل على حرمة التعسف في استعمال الحق قول الله سبحانه وتعالى في الميراث بعد أن بين سبحانه نصيب كل من

الزوجين والأخوة لأم من الميراث: (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله)^(١٤)، ومعنى هذا النص الكريم: أنه يجب أن تكون وصية الإنسان بعيدة عن أن تكون قد حصلت للإضرار والجور والحيث، كأن يوصي الشخص بحرمان بعض ورثته، أو ينقصه عن حقه في الميراث، أو يزيده على المقدار الذي قدره الله عز وجل له^(١٥).

ووجه الاستدلال من هذا النص الكريم على تحريم التعسف في استعمال الحق أن الوصية مع أنها حق للمورث فإنه لا يجوز له أن يستعمل حقه فيها إلا على وجه مشروع، كأن يوصي ببعض ماله في وجه من وجوه الخير في حدود ثلث أمواله، ولا يجوز له أن يستعمل هذا الحق بطريق غير مشروع، كأن يوصي بزيادة بعض الورثة عن باقيهم، أو يحرم البعض مما له من الميراث، أو ينقصه عنه، أو يقر بدين غير حقيقي حتى يضار الورثة، فمثل هذه الوصايا التي فيها إضرار بالورثة ممنوع منها، وهي إساءة لاستعماله لحقه في الوصية.

وأما الدليل من السنة النبوية الشريفة على تحريم التعسف في استعمال الحق: ما روي عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَأَقِعِ فِيهَا؛ كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا، وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤَدِّ مِنْ فَوْقِنَا، فَإِنَّ يَتْرِكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا وَنَجَّوْا جَمِيعًا)^(١٦).

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن الذين في أسفل السفينة مع أن لهم الحق في استعمال نصيبهم في السفينة استعمالاً مشروعاً كالجلوس والنوم فيه، وما شابه ذلك، وهذا أمر لا يحتاج إلى برهان، مع أن لهم الحق في هذا فإن الحديث قد بين أنهم عندما يريدون استعمال هذا الحق استعمالاً غير مشروع يؤدي إلى

الإضرار بهم وبغيرهم إضرارًا جسيمًا لا يبرره أنهم يريدون أن يخففوا في الجهد الذي يبذلونه عند الشرب، لأن هذا التخفيف سيؤدي إلى هلاكهم وهلاك كل من في السفينة.

المطلب الثالث

معايير التعسف في استعمال الحق

- وردت في المادة الخامسة من القانون المدني هذه المعايير، وهي:
- قصد الإضرار بالغير وأن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير وأن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروع. وذلك علي التفصي الآتي :
- الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير.
 - الفرع الثاني: أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير.
 - الفرع الثالث: وأن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروع.

الفرع الأول

قصد الإضرار بالغير

قد يكون قصد إحداث الضرر بالغير هو الدافع لاستعمال إنسان لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال، فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق، بل أن هذه الصورة من صور الاستعمال تعد أظهر صور إساءة استعمال الحق على الإطلاق^(١٧)، وذلك كالذي يهدم جداره الذي كان ساترًا لجاره وليس له من غرض إلا الإضرار بجاره، فهو في هذه الحالة متعسف في استعمال حقه، فالمشرع يقيم هذا المعيار على مفهوم شخصي، فالعبرة في ذلك بقصد المعتدي، وقرر الإمام أحمد الدردير -أحد كبار علماء المالكية- أنه يطالب حينئذ بإعادة بناء الجدار. وأيضا كمن يزرع شجرا باسقا كثيفا على حدود ملكه بقصد حجب الهواء أو الضوء

عن جاره، فهو بذلك متعسف في استعمال حقه، حتى لو أثبت تحقق منفعة عارضة له، وثبوت عدم استهدافه لها أصلاً كحجب الأثرية عنه^(١٨).
وأما إذا كان قد هدمه مريدًا إصلاحه كخوفه من سقوطه مثلاً، أو سقط الجدار بنفسه فلا يتحقق التعسف هنا، ولا يطالب بإعادة بناء الجدار، ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت الستر^(١٩).

ومن صور قصد الإضرار بالغير أيضا أن يحفر المالك بئرًا في أرض يملكها، قاصدًا بها الإضرار بالناس^(٢٠).

هذا، ويجب النظر إلى الإضرار بالغير في نطاق السلوك المألوف للشخص العادي، لذا كان التصرف الذي تصرفه المالك جامعًا بين الإضرار بالغير وتحقيق المصلحة للمالك، فإنه يجب أن ينظر في المصلحة التي ترتبت على هذا التصرف، فإذا كانت من الأهمية بحيث لا يعتبر الضرر الذي أصاب الغير كان هذا التصرف مشروعًا خاليًا من التعسف، وأما إذا كان المالك لا يبغي أي مصلحة لتصرفه هذا ولا يريد إلا الإضرار بالغير فهنا يوجد التعسف في استعمال الحق، وكذلك إذا تحققت بتصرفه الذي يقصد به الإضرار منفعة عرضية . كما سبق أن أوضحنا لم تكن مقصودة في الأصل.

-ولكن، كيف يمكن التعرف على أن المالك كان يقصد الإضرار بالغير؟

إن القضاء المصري يذهب إلى أنه إذا وقع الضرر من تصرف المالك وتبين أنه لم يتحقق له مصلحة من تصرفه هذا، أو أنه قد تحققت له مصلحة إلا أنها تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يلحق بالغير، فإن هذا يعتبر قرينة على توفر قصد الإضرار بالغير^(٢١).

مستند هذا المعيار:

يرى بعض الباحثين أن هذا الضابط يستند إلى دليل من الأدلة الشرعية التي تبنى عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية، وهو القياس، وذلك لأنه ثبت في

الشرع بنص الكتاب تحريم أن يراجع المطلق مطلقته المعتدة قاصداً الإضرار بها، وثبت كذلك تحريم وبطلان الوصية التي تؤدي إلى الإضرار بالورثة، ولما كانت العلة في كل منهما هي قصد الإضرار بالغير، فإنه يقاس عليهما كل تصرف تتحقق فيه هذه العلة^(٢٢).

ولكن هذا المعيار يستند إلى دليل شرعي أقوى من القياس، هو السنة المصدر الثاني من مصادر التشريع في الإسلام، فقد روي أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا ضرر ولا ضرار"،^(٢٣) فيكون كل فعل مؤدياً إلى الإضرار بالغير حراماً بمقتضى هذا.

الفرع الثاني

أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير فإن تهاه المنفعة لا تتناسب مع جسامه الضرر الذي سيلحق بالغير، فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للغير أعظم منها، كان ذلك صورة من صور التعسف في استعمال الحق.

كما في المثال السابق الخاص بالأشجار الباسقة، فمصلحة المالك في وجودها لا تتناسب البتة مع جسامه الضرر الذي لحق الجار منها حيث حرم من الهواء، وقد نص المشرع المصري على تطبيقات لهذا المعيار، منها: أحقية مالك الجدار في أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إذا كان الهدم سيلحق الضرر الشديد بالجار الذي كان يستتر بهذا الحائط^(٢٤). كما إذا أخرج صاحب البيت روشنا^(٢٥) من جدار بيته على الشارع أو أخرج ساباطاً أي سقيفة بين حائطين والشارع بينهما، فأدى إخراج السقيفة إلى إظلام موضع في الشارع إظلاماً لا يحتمل في العادة^(٢٦)، أو أدى ذلك إلى منع العربات ووسائل النقل المحملة بحمولتها التي تمر بهذا الشارع^(٢٧). هذا ونبيّن آراء العلماء في إخراج الروشن والساباط إلى الطريق النافذ، ثم نرجح ما نراه من هذه الآراء.

آراء العلماء: اختلف العلماء في إخراج الروشن والسباط اختلافاً يمكن إجماله

في ثلاثة آراء:

الرأي الأول:

ما يراه الحنابلة: وهو أنه لا يجوز إخراج الروشن والسباط، سواء أكان ذلك يسبب في العادة ضرراً للمارة أم لا، وسواء أكان المخرج للسباط يملك الحائطين اللذين يستقر عليهما السباط أم لا، وسواء أحصل على إذن من الحاكم في إخراج الروشن أو السباط أم لم يحصل^(٢٨).

الرأي الثاني:

ما يراه أبو حنيفة وأبو يوسف: وهو أنه لا يجوز إلا بعد الحصول على إذن من الحاكم، فإذا أخرج المالك شيئاً من غير أن يحصل على إذن من الحاكم فإنه يحق لكل واحد من الناس حتى ولو كان أضعف الناس منزلة، وسواء أكان مسلماً أم ذمياً أن يمنع المالك من إخراجهم، سواء أكان يترتب على الإخراج ضرر أم لا، لأن في هذا العمل افتتاتاً على رأي الحاكم في الأمور التي يجب أن يفوض تدبيرها إليه^(٢٩).

ويتفق ابن عقيل أحد فقهاء الحنابلة مع أبي حنيفة وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة في أنه: يشترط لجواز إخراج الروشن أو السباط أن يحصل على إذن من الحاكم، إلا أن ابن قدامة وهو يصور رأي ابن عقيل لم يبين هل هو يتفق أيضاً مع أبي حنيفة في أنه يحق لكل واحد من الناس أن ينتزعه إذا لم يحصل على إذن من الحاكم، أم أن ابن عقيل لا يرى ذلك، بل يرى ترك ذلك الأمر إلى الحاكم نفسه كما يراه بعض العلماء ممن ذكرتهم الباحثة في أصحاب الرأي الثالث^(٣٠).

الرأي الثالث:

ما يراه المالكية^(٣١) والشافعية^(٣٢) والأوزاعي وإسحاق بن راهويه ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وهو: أنه يجوز إخراج الروشن والسباط ما لم يؤد ذلك

إلى الإضرار بالمارة، وليس لأي واحد من الناس الحق فيمنع المالك من ذلك ما دام لم يتحقق به الضرر^(٣٣). فإذا تحقق الضرر من إخراج الروشن أو الساباط، بأن كان أي منهما مثلاً غير مرتفع الارتفاع الذي يمكن المار من الطريق أن يمر منتصباً من غير احتياج إلى أن يطأطئ رأسه في الطريق التي يكون المرور فيها قاصراً على الناس السائرين على أقدامهم، أو كان غير مرتفع في الطرق التي تمر بها المركبات ووسائل النقل الارتفاع الذي يمكنها من السير فيها بحمولته، فإنه في هذه الحالة لا يجوز الإخراج.

وكذلك يتحقق الضرر بأن كان إخراج الروشن أو الساباط مؤدياً إلى إظلام الموضوع إظلاماً لا يحتمل في العادة، فلا يجوز. ولو فعل المالك ما هو ممنوع منه فإنه يجب إزالته، والمزيل له هو الحاكم وليس كل واحد من الناس، لأنه لو أعطي كل واحد من الناس حق إزالته لأدى ذلك غالباً إلى حدوث فتنة بين الناس، لكنه يحق لكل واحد من الناس أن يطالبه بإزالته، لأنه حينئذ داخل في نطاق إزالة المنكر^(٣٤).

أدلة الآراء

دليل الرأي الأول:

يستدل الحنابلة على ما يروونه من عدم جواز إشراع الروشن والساباط إلى الطريق النافذ بأن بناء الروشن أو الساباط يعتبر بناء في ملك الغير بغير إذنه، لأن الطريق النافذ وهواه يملكه كل المسلمين، والبناء في ملك الغير لا يجوز إلا إذا كان ذلك بإذنه، كبناء المصطبة أو إخراج الروشن أو الساباط في درب غير نافذ بغير إذن من أهل ذلك الدرب.

دليل الرأي الثاني:

يستند رأي أبي حنيفة إلى أن كل واحد من الناس يعتد صاحب حق في المرور في الطريق العام بنفسه ويداويه، فكان له الحق في أن ينقصه كما في

حالة الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئاً كان لكل واحد منهم الحق في نقضه، فكذلك الحكم فيما نحن فيه (٣٥).

دليل الرأي الثالث:

يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن إخراج الروشن أو الساباط إلى الطريق النافذ يعتبر ارتفاقاً بما لم يتعين فيه ملك أحد من الناس غير مؤد إلى حدوث ضرر، فيكون من الأمور الجائزة كالسير في الطريق والجلوس فيها سواء بسواء (٣٦).

المناقشة

ناقش الحنابلة ما استدل به مالك والشافعي والأوزاعي ومن معهم من أن هذا ارتفاق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير ضرر فكان جائزاً كالسير في الطريق والجلوس فيها، فقالوا: إن هناك فارقاً بين إخراج الروشن أو الساباط والمرور في الطريق والجلوس فيها، فإن الطريق قد جعلت للسير فيها ولم يحدث ضرر من هذا السير، والجلوس في الطريق لا يستمر دائماً ولا يمكن التحرز عنه، بخلاف الروشن والساباط فإنهما دائماً ويمكن التحرز منهما.

وقال الحنابلة أيضاً: لا نسلم أنه لا يحصل ضرر من الروشن والساباط، فإنهما يتسببان في حصول الظلمة في الطريق ويمنعان الضوء عنه، وربما سقط أي منهما على المارة في الطريق أو سقط جزء منهما، فأدى كل ذلك إلى قتل المارة أو إلى إصابتهم. وقد تعلق أرض الشارع بمرور الأيام وتتراكم طبقات التراب والطين بعضها فوق بعض، فيؤدي ذلك إلى اصطدام رؤوس المارين بهما، وإلى منع مرور الدواب بأحمالها، ويقطع الطريق على المشاة، وكل هذه الأمور ضرر بلا ريب، وكل ما أفضى إلى حدوث الضرر في المال يجب منعه في الابتداء، كما لو أراد المالك أن يبني حائطاً مائلاً إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها فإنه يمنع من ذلك (٣٧).

الرد على المناقشة

يمكن الإجابة على ما قاله الحنايلة بأنه على فرض التسليم بوجود الفارق بين الروشن أو الساباط والطريق، فإنه لا يزال الاستدلال قائماً بأن هذا ارتفاق بما لم يتعين فيه ملك أحد ولم يحدث بهذا الارتفاق ضرر لأحد، ولا نسلم أن كل روشن أو ساباط مؤد إلى إظلام الطريق، بل المتصور أنه يمكن أن يحدث إظلام من بعضها ولا يحصل إظلام من البعض الآخر، فما أدى منها إلى إظلام الطريق فنحن مع القول بمنعه، وما لم يؤد إلى الإظلام فلا ضرر منه فيجوز إبقاؤه.

وكذلك لا يمكن التسليم بأنه ربما يسقط كله أو يسقط جزؤه على المارة، وكون هذا مبرراً لمنعه، إذ يمكن القول كذلك: ربما يسقط الحائط المتصل بالشارع على المارة وإن كان سليماً، فيجب منع بناء الحيطان بجوار الشوارع والأماكن التي يمر فيها الناس، وهذا قول لم يقله أحد، والذي يمكن قوله في هذا المجال: أن الحائط الذي يخشى سقوطه هو الذي يجب هدمه، والذي لا يخشى سقوطه لا يطالب أحد بهدمه، وكذلك الروشن أو الساباط إما أن يخشى سقوط أي منهما، أو لا يخشى سقوطه، فإذا كان يخشى سقوطه منع قبل البناء ونزع بعد البناء، وإن كان لا يخشى سقوطه فلا ضرر من وجوده.

وأما قول الحنايلة: أن الأرض قد تعلق فيؤدي ذلك إلى اصطدام رؤوس المارين بهما وإلى منع الدواب بأحمالها، فلا يمكن التسليم به سبباً للمنع إذ يمكن في هذه الحالة أن يطالب صاحب الروشن أو الساباط بالعمل على خفض الأرض مرة أخرى حتى يتمكن الناس من المرور في الشارع، فإذا لم يفعل ذلك فإنه حينئذ يطالب بهدم الروشن أو الساباط

رد على ما استدل به الحنايلة

وأما ما استدل به الحنايلة من أنه بناء في ملك الغير بغير إذنه، فلا يسلم بذلك لأن الملك هنا ثابت للكل بما فيهم صاحب الروشن والساباط، وغاية الأمر أنه لا يمكن أن يخرج الكل روشنا في مكان واحد، وإنما المتصور أن يخرج كل

واحد في الهواء الذي أمام ملكه المطل على الشارع، وإذا أخرج كل مالك أمام ملكه روشناً أو ساباطاً فإنه يكون قد أخرج في ملكه المشترك بإذن الباقيين عرفاً.

رد على ما استدل به أبو حنيفة

وأما ما استدل به أبو حنيفة فإنه يكون مقبولاً في حالة الروشن أو الساباط الذي أدى إلى إحداث أضرار بالمارة، وأما الذي لا يؤدي إلى الإضرار بالمارة فإنه لا يتعارض مع حق المارة في المرور في الطريق العام، وعلى ذلك فإن الداعي إلى منع صاحب الروشن أو الساباط من إخراجه لم يتحقق ما دام الإخراج غير ضار بأحد، وأما إذا أضر بأحد فإنه يجوز لكل واحد أن يطالب بإزالته، والمزيل له هو الحاكم حتى لا يؤدي إعطاء كل واحد من الناس الحق في الإزالة إلى حدوث الفتنة بين الناس.

وبهذا يتبين أن الرأي الأولي بالقبول هو الرأي القائل بالجواز إذا لم يضر بالمارة، وليس لأحد أن يمنع المالك من ذلك ما دام قد توفر شرط عدم الضرر بالغير.

هناك صور تندرج تحت هذا الضابط الذي نتكلم عنه من ضوابط التعسف في استعمال الحق، وهو أن تكون المصالح غير متناسبة مع ضرر الغير.

ومن صور هذا المعيار أيضاً ما ذكره المالكية^(٣٨) وبعض الحنفية^(٣٩) من أن المالك إذا أراد أن يفتح كوة، أي طاقة تشرف على جاره أو شباكاً يشرف عليه من باب أولى، فإنه يمنع من ذلك إذا كانت الفتحة بحيث تمكن صاحبها من الاطلاع على جاره وأهله، لأن المصلحة التي يرمى المالك إلى تحقيقها وهي دخول الضوء أو الشمس أو الهواء إلى ملكه لا تتناسب مع الضرر الحاصل للجار، وهو الاطلاع على حرمانه، فيجب سد هذه الكوة وهذا الشباك.

والى هذا يذهب بعض الحنفية، ويذهب إليه المالكية أيضاً كما قلنا، إلا أن المالكية قيدوا ذلك بأمرين:

- **الأول:** أن يكون الفتح جديدًا، فإن كان الفتح قديمًا فإنه لا يقضي بسده، ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت.

- **الثاني:** أن لا تكون الفتحة عالية بحيث لا يمكن التطلع منها على الجار بالصعود على السلم مثلاً، فإذا كانت عالية بهذا المقدار فإنه لا يقضي كذلك بسدها.

وإذ حكم بسد هذه الفتحة التي توفر فيها القيدان، فإنه لا يكتفى بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه. لأنه يمكن أن يكون في المستقبل ذريعة لأن يدعي صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها. فلا بد إذن من سد الفتحة من أصلها، وإزالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما^(٤٠).

هذا ما يراه المالكية، وأما الشافعية^(٤١)، وبعض الحنفية^(٤٢)، وداود الظاهري وابن حزم الظاهري^(٤٣) فإنهم يرون جواز أن يفتح المالك ما شاء من الكوات، سواء أكانت في أعلى الجدار أم في غير أعلاه، حتى لو أشرفت على دار جاره وحرимه. وعلى جاره إذا أراد أن يستر نفسه أن يبني في ملكه ما يؤدي إلى هذا الستر، إلا أن صاحب الكوة ممنوع من الاطلاع على جاره^(٤٤).

ما اعتمد عليه الشافعية

يعتمد الشافعية على أمرين:

الأمر الأول: أن الجار يمكنه أن يدفع الضرر عنه ببناء ساتر أمام الكوة، فهذا من حقه حتى لو تضرر صاحب الكوة من منع الضوء من أن يدخل من الكوة أو من منعه من النظر منها^(٤٥).

الأمر الثاني: أن صاحب الكوة لو أراد رفع جميع الحائط الذي هي فيه، جاز له ذلك ولم يمنع منعه، ففتح الكوة التي يتحقق بها رفع لبعض أجزاء الحائط بحيث يرتفع عن قامة الإنسان العادية - كما بين المالكية - ينبغي أن يسمح به ما دام مقصودًا به دخول الهواء أو الضوء، وليس مقصودًا به الاطلاع على حرمانات

جاره، غير أن الباحثة تخالف المالكية في اشتراطهم ألا يكون الفتح جديدًا، فالضرر يجب أن يزال ولو كان قديمًا.

مناقشة الشافعية

قول الشافعية بجواز ذلك مطلقًا، أي سواء كانت الكوة في أعلى الحائط أو في غير أعلاه غير مسلم، لأن ذلك يؤدي إلى الإضرار بالجار، والإضرار ممنوع كما سبق في الحديث الشريف، وكون الجار يستطيع أن يدفع الضرر عنه ببناء ساتر أمام الكوة لا يعتبر مبررًا لجواز الإقدام على هذا الفتح، وإلا كان من الجائر - بهذا المنطق - أن يحاول شخص الاعتداء على شخص آخر ما دام في إمكان هذا الآخر أن يصد اعتداءه.

والقول أيضا بأن صاحب الكوة له أن يرفع الحائط كله فمن باب أولى له أن يفتح فتحة فيه غير مسلم أيضا، وذلك لأن الحائط إذا أراد صاحبه رفعه لن يخلو من أحد أمرين.

إما أن يقصد الإضرار بالجار أو لا يقصد الإضرار به، بل يرى مصلحة في رفعه كأن خاف سقوطه، فإذا قصد الإضرار بالجار فليس له ذلك، بل يطالب بإعادة بناء الجدار كما سبق أن بينته الباحثة عند كلامها على الضابط الأول من ضوابط التعسف في استعمال الحق.

وأما إذا لم يقصد الإضرار بالجار، فهناك فارق بين رفع الحائط كله وفتح كوة فيه إذ جرت عادة الناس على أن المالك إذا رأى بيته قد انكشف بوقوع حائط كان يستره بيبادر - غالبًا - إلى ستر بيته بحائط جديد، حتى لو تحمل هو وحده تكاليف بناء هذا الحائط الجديد، لئلا يعرض بيته - على الأقل - للسرقة، ولئلا يعرض نفسه لكشف أسراره، بخلاف فتح الكوات التي تحدث ولا يبادر الجار في العادة - غالبًا - ببناء يستر هذه الكوة، لأن ذلك قد يكلفه تكاليف يراها باهظة بالنسبة إلى هذه الفتحة، بالإضافة إلى أنها لن تؤدي إلى كشف أسرار بيته بالقدر الذي

يحصل من جراء رفع الحائط كله، فربما تركت هذه الكوة مدة فتكون وسيلة لاطلاع الجار على حرمانت جاره.

ما استدل به ابن حزم

استدل ابن حزم الظاهري بعدة أمور يراها مؤدية إلى ما يدعيه من جواز الفتح^(٤٦).

الأمر الأول: أن الجار لا يحل له أن ينتفع بحائط جاره إلا إذا ورد نص يفيد بإباحة هذا الانتفاع، وبما أن إبقاء حائط الجار مسدوداً لا يجوز فتحه سترًا لجار صاحب الحائط، والستر يعد انتفاعًا بالحائط، فلا يحل للجار أن ينتفع به، فلا يجوز للجار أن يمنع جاره من فتح كوة في حائطه. والجواب عن هذا بعدم التسليم، وإلا لما جاز للجار أن يسند شيئاً إلى حائط جاره، أو يستظل به أو غير ذلك من الأمور الجائزة التي لا تضر بحائط الجار ولم يرد فيها نص.

الأمر الثاني: أنه إذا سقط الحائط من غير تأثير لصاحبه في ذلك فإن صاحبه غير مكلف ببنائه، وإنما على الجار إذا أراد الستر على نفسه أن يبني حائطاً في ملكه، وليس هناك فرق بين هذه الحالة وهي حالة سقوط الحائط من غير تأثير لصاحبه في ذلك، وإسقاط مالكه له بنفسه، وإذا جاز له أن يسقط كله بنفسه، فيجوز له أن يسقط بعضه بفتح الكوة فيه.

والجواب على هذا أن هناك فرقاً بين الحالتين، فسقوط الحائط بنفسه ليس فيه أي نوع من أنواع التعدي، وأما إسقاط المالك له ففيه قصد الإضرار بالجار والإضرار ممنوع.

الأمر الثالث: أي فرق بين الاطلاع على الجار من السقف والاطلاع عليه من قاع الدار؟ لا فرق بينهما، وإذا كان الاطلاع من على السقف غير ممنوع فيصير الاطلاع من قاع الدار غير ممنوع كذلك.

وزيادة على هذه الأمور ناقش ابن حزم المانعين بقوله: فإن احتجوا بالخبر (لا ضرر ولا ضرار)، فهذا خبر لا يصح لأنه إنما جاء مرسلًا، أو من طريق فيها زهير بن ثابت، وهو ضعيف إلا أن معناه صحيح.

ثم قال: ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقًا.

ويمكن الإجابة عن هذا بما يأتي:

أولاً: ادعاء ابن حزم أن حديث (لا ضرر ولا ضرار) مرسل أو من طريق فيها زهير بن ثابت وهو ضعيف، يُرد عليه بأن هذا الحديث جاء من عدة طرق ليس فيها إرسال، فقال: روي عن ابن عباس، وأبي سعيد الخدري، وعبادة بن الصامت^(٤٧).

ثانياً: ادعاء ابن حزم أن منع مالك الحائط من فتح الكوة مراعاة لنفع جاره فيه إضرار بمالك الحائط أعظم من الضرر الذي يمكن أن يصيب الجار بالفتح، وهذا الادعاء غير مسلم أيضاً، لأن الاطلاع على الحرمات ضرر لا يساويه الضرر الذي يلحق بمالك الحائط إذا منع من فتح الكوة فيه.

وبعد، فمن الغريب أن يقول بعض فقهاء الشافعية في مجال توضيح هذا الحكم الذي بيناه لهم وهو جواز فتح الكوة المطلقة على الجار مطلقاً، ويقول الباجوري أحد فقهاء الشافعية^(٤٨): والحاصل أن كل أحد يتصرف في ملكه بما لا يضر بملك الجار، نحو الحفر بجواره فيمنع منه إذا أضره، ولا أدري لم هذا الفرق في الحكم بين الإضرار بالجار والإضرار بملك الجار، ولم لا يأخذان حكماً واحداً وهو المنع كما يفهم من تحريم الضرر في الشريعة الإسلامية؟ إذ أنه لا يفهم من ذلك إلا تحريم كل ضرر.

كما أن لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التفاوت بين المصلحتين^(٤٩).

ومما سبق فإن: القانون المدني المصري يتفق مع الفقه المالكي في جواز فتح الطاقات أو المناور كما سماها القانون المدني المصري، إذا كانت عالية عن قامة الإنسان العادي، فقد نصت المادة (٨٢١) من القانون المدني المصري على أنه: لا تشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلق قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ الضوء دون أن يستطاع الاطلاع منها على العقار المجاور.

وعلى هذا يكون المنور هو الفتحة التي تعلق قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الاطلاع منها على ملك الجار.

ونظرًا إلى أن المناور بهذا المعنى لا تؤدي إلى إحداث ضرر بالجار، فإن القانون في مصر لم يفرض مسافة معينة بين الحائط الذي هي فيه وملك الجار كما فرض بالنسبة للمطبات، وهي الفتحات التي تمكن من النظر إلى الخارج، مثل: النوافذ والمشربيات والخارجات^(٥٠).

إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن القانون المدني وإن كان قد اتفق مع الفقه المالكي إلا أن هذا الاتفاق ليس تامًا، فهما يتفقان في ناحية ويختلفان في ناحية أخرى، وذلك لأن الفقه المالكي - كما سبق بيانه - قد قسم الفتحات التي تعلق عن قامة الإنسان العادي إلى قديمة وحديثة، وبين أن لكل منها حكمًا خاصًا بها، فأما القديمة فقد صرح فقهاء المالكية بإبقائها وليس للجار أن يطالب بسدها، والقانون المدني لا يختلف مع الفقه المالكي في هذه الصورة. وأما الفتحة الحديثة فإن فقهاء المالكية قد بينوا وجوب سدها إذا طلب الجار ذلك، وهنا نرى أن القانون المدني يختلف مع الفقه المالكي، فالقانون المدني لا يشترط في الإبقاء على الطاقة والمناور أن يكون قديمًا، بل يجيز القانون فتح المناور مطلقًا كما يفهم من

الإطلاق في نص المادة (٨٢١) من القانون المدني، فلم يفصل فيها بين القديمة والحديثة.

وإذا كان الفقه المالكي قد فرق في الحكم بين القديمة والحديثة، فإن هذا يفيد أن الأصل في الفقه المالكي هو عدم جواز فتح المناور، إلا أنه إذا كان المنور قديماً فإن القدم يكون مبرراً لجواز الإبقاء على فتحه.

ولا مبرر للتفريق في الحكم بين القديمة والحديثة، فما دامت المناور لا يقصد بها الإضرار بالجار بالاطلاع على حرماته، بل هي من الارتفاع عن قامة الإنسان العادي، ولا يقصد منها إلا مرور الهواء أو الضوء أو الشمس، فلا مانع من السماح بها، وأما إذا ثبت أن الجار قصد بهذه المناور أن يطلع على جاره، أو اتخذها وسيلة لذلك، أو لإلقاء مخلفات منزله في ملك جاره، فإنه بذلك يكون قد استعملها في غير الغرض الذي يجب أن تقصد له، فيحق للجار حينئذ أن يطالب بسدها كما هو الحال في القانون^(٥١).

وهذا رأي أيضا تتحقق به الملاءمة بين ما يراه الفقهاء الشافعية والظاهرية وبعض الحنفية وهو الفتح على الإطلاق، وما يراه فقهاء المالكية وهو تقييد جواز الفتح بحالة خاصة.

صور أخرى للمصالح التي لا تتناسب مع ضرر الغير: من هذا أيضا إذا ما أراد شخص تنفيض سجاجيده أو حصره أو ما يماثلها على باب منزله، وكان الغبار المنفصل منها يضر بأجسام المارة أو بملابسهم، فقد نقل الشيخ محمد عرفة الدسوقي - من كبار علماء المالكية - عن ابن حبيب - من كبار علمائهم أيضا - أنه: يمنع الشخص من تنفيض الحصر ونحوها على باب داره إذا أضر الغبار بالمارة، ولا حجة له أنه إنما فعله على باب داره^(٥٢).

ويدخل في هذا الضابط أيضا ما إذا أراد شخص أن يدفع بتصرفه ضرراً خفيفاً فترتب على هذا التصرف ضرر أعظم من الضرر الذي قصد أن يدفعه، كما إذا

امتدت أغصان شجرة يملكها شخص في هواء ملك جاره فإنه يجب على مالك الشجرة أن يزيل تلك الأغصان الممتدة إلى ملك جاره بإحدى وسيلتين: إما بردها إلى ناحية أخرى وإما بقطعها، وذلك لأن الهواء يملكه صاحب العقار فوجب عليه أن يزيل ما يشغله من ملك غيره.

فإذا امتنع مالك الشجرة عن إزالة أغصانها أجبر على إزالتها، قياساً على الحيوان إذا دخل داراً غير دار صاحبه فإن لصاحب الدار التي دخلها حق إخراجها، وغاية الأمر أن الجار إذا أمكنه أن يزيل الأغصان من غير إتلاف ولا قطع للأغصان بدون مشقة يتحملها أو غرامة يتكلفتها لم يجز له حينئذ إتلافها قياساً على دخول الحيوان داراً لغير صاحبه، فلصاحب الدار التي دخلها أن يخرجها بدون إتلافه مادام قد أمكنه ذلك، فإذا أتلفه وكان باستطاعته تلافي هذا الإتلاف كان ضامناً لما أتلفه، وأما إذا لم يمكنه إزالة الأغصان إلا بالإتلاف فله الحق في ذلك، وقرر ابن قدامة هذا الحكم ثم قال: ولا شيء عليه، فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه^(٥٣).

فالضرر الحاصل من امتداد أغصان شجرة جاره إلى ملكه إذا رفعه بقطع الأغصان، في حين أنه يمكنه إزالة هذا الضرر بتحويل الأغصان إلى ناحية أخرى يعتبر صورة من صور التعسف في استعمال الحق، وكذلك إذا رفعه بإتلاف الشجرة نفسها في حين أنه كان يمكنه رفعه بقطع الأغصان فقط - بعد امتناع صاحب الشجرة عن تحويل أغصانها إلى ناحية أخرى- كان ذلك أيضاً صورة من صور التعسف في استعمال الحق.

مستند هذا المعيار:

يمكن أن يستند هذا الضابط على منع الضرر في الشريعة الإسلامية على نص حديث عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم وقال: "لا ضرر ولا ضرار" ^(٥٤)، ففي هذا الحديث- كما يقول- الشوكاني دليل على تحريم الضرر 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 جوز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قبلته، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه. فإنه قاعدة من قواعد الدين، تشهد له كليات وجزئيات ^(٥٥). وروي عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أيضا أنه قال: (مَنْ ضَارَّ ضَارَّ اللَّهُ بِهِ. وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ) ^(٥٦).

والضرر بكل أنواعه يكون بتفويت مصلحة على الغير، أو حصول مضرة بأي وجه من الوجوه ^(٥٧). وقد اختلف العلماء في معنى كل من الضرر والضرار، فمن العلماء من يذهب إلى أن الضرر هو أن تضر غيرك وتتفجع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تتفجع، ومنهم من يرى أن الضرر هو في الابتداء، ومن العلماء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد ^(٥٨).

الفرع الثالث

أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة
إذا قصد الشخص باستعماله لحقه مصلحة غير مشروعة كان بهذا متعسفاً في استعمال حقه، فالجار الذي يجعل بيته مأوى للصومس يهددون جيرانه، ويسطون عليهم من منزله قد تعسف في استعمال حقه، وكما في مثال الأشجار الباسقة حيث إنه يعد متعسفاً من يزرع هذه الأشجار حول ملكه لإجبار شركة الطيران على شراء أرضه بسعر مرتفع أو مبالغ فيه ^(٥٩).

مستند هذا المعيار:

يمكن أن يستند هذا المعيار إلى القياس، فقد ورد في الشرع تحريم استعمال الإنسان لحقه المشروع في بعض الأمور إذا قصد بها تحقيق غرض غير مشروع، فمع أن الزواج مثلاً في الأصل عمل مشروع فإن الشرع حرم زواج التحليل، فعن

عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قال: لعن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- المحلل والمحلل له. فدل هذا الحديث على تحريم التحليل، لأن اللعن لا يكون إلا لفاعل الفعل المحرم، وكل فعل محرم منهي عنه^(٦٠).

فالزواج مجعول لكي يحصل به العشرة الدائمة وتكوين الأسرة ولكنه لما قصد به عملاً مؤقتاً يتوصل به إلى هدف آخر. فقياساً على تحريم زواج التحليل، وما ماثله من كل ما ثبت تحريمه بالنص غير ذلك من الأمور التي يقصد بها التوصل إلى تحقيق أغراض غير مشروعة^(٦١).

وبذلك مادام معنى متعسف في اللغة كما سبق هو الجور أو الظلم، فكيف يمكن أن تسمى هذه الصور وأمثالها تعسفاً، مع أن الفعل حينما وقع من فاعله لم يكن قصد الظلم أو الجور متحققاً فيه، فلا تعدو هذه الصور وأمثالها أن تكون صوراً من صور الخطأ.

بل أن الأستاذ الدكتور أحمد أبو سنة عندما أراد التمثيل لاستعمال الحق بدون احتباس قد ذكر الصور الثلاث الأخيرة، وصرح بأنها من صور الخطأ، فبين - وهو صحيح- أن الصورة الأولى: وهي خطأ الصائد، خطأ في الفعل، وكذلك بين أن الصورتين الثانية: وهي ضرب دابة غيره ظاناً أنه دابته، والثالثة: وهي قطف ثمر غيره وهو يظن أنه ثمره، بين أن هاتين الصورتين من صور الخطأ في القصد^(٦٢).

ويثار تساؤل الآن: كيف يمكن أن تكون هذه صوراً للخطأ في الفعل أو الخطأ في القصد، ومع ذلك تعتبر صوراً من صور التعسف في استعمال الحق. وبذلك يتضح أن الفقه المصري^(٦٣) منه من نادى بعدم مشروعية اعتبار صاحب الحق متعسفاً إذا كان عمله لا يندرج تحت أي من المعايير الثلاثة السابقة، ومنه^(٦٤) من ذهب إلى أن هذه المعايير ليست على سبيل الحصر، بل على سبيل التمثيل، وذلك لأنه لا يوجد في صياغة المادة الخامسة من القانون

المدني ما يدل على الحصر، حيث إنها تشير إلى أن استعمال الحق إذا اندرج تحت أحد هذه المعايير يكون صاحبه متعسفا، ولم تقل ما دون ذلك يعد مشروعا، واستدلوا على ذلك بما ورد في الأعمال التحضيرية لهذا النص^(٦٥) من أنه: "...من المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد، فليس لهذه المعايير قيمة إلا أنها تهيئ للقاضي عناصر نافعة للاسترشاد".

وعلى ذلك إذا ثبت للقاضي وجود تعسف فله أن يقضي بالتعويض العيني للمضور طبقا للقواعد العامة، أو التعويض العيني حسب الحالة المعروضة عليه^(٦٦).

قائمة الهوامش والمراجع

- (١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد حسن الحجوي، ج ١، ص ١٤.
- (٢) السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٧٣ و ٦٧٤.
- (٣) د. محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص ٢٨٠.
- (٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٢٠١ في الهامش.
- (٥) د. أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص ٢٠٠.
- (٦) نقض مدني في ١/١١/١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، س ٢٩، رقم ٣٢٠، ص ١٦٦١ - نقض مدني ١٩٨٨/١/٢٧ طعن رقم ١٦٩٣ س ٥٤. أما إذا حرف صاحب الحق به عما شرع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير قام التعسف. نقض مدني ١٩٧٧/٣/٢٨، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ١٤٤، ص ٨١٢.
- (٧) د. محمد حسام لطفي، مرجع سابق ص ٢٨١. ولكن هذه الحالة كان أصحاب المذهب الفردي يكونون عدا شديدا لكل من يحاول أن ينال من حق الملكية المطلق

من كل قيد على الملك، فلم يعترف أصحاب هذا المذهب إلا بالصورة الأخيرة حيث يأخذون بقاعدة مفادها: أن الشخص لا يسأل عن استعمال حقه.

(٨) د. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٩) سورة البقرة، الآية (٢٣١).

(١٠) تفسير الطبري، دار المعارف، ج ٥، ص ٧. حدثني محمد بن سعد قال : حدثنا أبي قال : حدثنا عمي قال: حدثني أبي، عن أبيه، عن ابن عباس: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها، ثم يطلقها. يفعل ذلك يضارها ويعضلها، فأنزل الله هذه الآية.

(١١) سورة البقرة، الآية رقم ٢٣١.

(١٢) تفسير القرآن الكريم لابن كثير، ج ١، ص ٢٨٠ - ٢٨١.

(١٣) ينقسم الطلاق إلى قسمين: رجعي وبائن، والطلاق الرجعي هو: ما يجوز معه للزوج رد زوجته في عدتها من غير استئناف عقد، وهو ما كان دون الطلقة الثالثة بالنسبة للمدخول بها، أما غير المدخول بها فإنها تبين منه بمجرد الطلاق، ولا عدة له عليها. راجع دار الفتوى (الطلاق الرجعي وما يتعلق به من أحكام) برقم ١٦١٤.

فالطلاق الرجعي هو الذي يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية من غير أن يحتاج في ذلك إلى عقد جديد، ما دامت المرأة لم تنته من العدة، وهي المدة التي يجب أن تنتظرها المرأة قبل أن تتزوج غيره؛ ولا يتوقف إعادتها إلى الزوجية - ما دامت في العدة - على رضا الزوجة أو رضا وليها، فسواء رضيت المرأة أو لم ترض، أو رضي وليها أو لم يرض، فمن حق الزوج أن يعيدها إلى الزوجية بدون عقد جديد بشرط أن يكون ذلك في العدة.

وعدة المطلقة تختلف باختلاف حال المرأة، فإذا كانت ممن تأتيها الدورة الشهرية فعدتها تنتهي بالتطهر من الحيضة الثالثة، وإذا كانت لا تأتيها الدورة الشهرية بأن كانت صغيرة لم تبلغ أو بلغت سن اليأس فعدتها تنتهي بثلاثة أشهر، وأما إذا كانت المطلقة حاملاً فعدتها تنتهي بوضع الحمل.

وأما الطلاق البائن فهو الطلاق الذي تتفصل به الزوجة من زوجها نهائياً. وهو إما أن يكون بائناً بينونة صغرى، أو بائناً بينونة كبرى. فالبائن بينونة صغرى هو الطلاق الذي لا يستطيع الزوج بعده أن يعيد المطلقة إليه إلا بعقد ومهر جديدين..

ويكون هذا الطلاق إذا لم يكن لثالث مرة، وله حالات متعددة، كأن يكون الزوج قد طلقها قبل الدخول، فتبين المرأة منه بهذا الطلاق بينونة صغرى، أو يكون قد طلقها على أن يأخذ قبل الدخول، فتبين المرأة منه بهذا الطلاق بينونة صغرى، أو يكون قد طلقها على أن يأخذ منها مالا في مقابل الطلاق ولم يكن مكملاً للطلقات الثلاث وهو يسمى الخلع، فتبين أيضا منه بينونة صغرى، أو يكون طلاقاً حكم به القاضي بعد طلب الزوجة، لوجود عيب من العيوب التي تمنع الاستمتاع كقطع عضو التنكير أو عدم انتشاره أو طلقها القاضي لإضرار الزوج بالزوجة فتبين الزوجة بهذا الطلاق بينونة صغرى.

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق للمرة الثالثة وحكمه أنه لا يجوز للزوج أن يعيدها إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج غيره، ويدخل بها الثاني دخولاً حقيقياً ثم يفارقها بالطلاق أو بالموت، وتنتهي عدتها منه، ويعتقد عليها الأول من الجديد، بدون أن يكون ذلك باتفاق، وإلا كان زواج المحلل، وزواج المحلل لا يجوز شرعاً لأن الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعن المحلل والمحلل له. وإذا كان الطلاق رجعيًا سميت المطلقة رجعية، وأما إذا كان بائناً فتسمى المطلقة بائناً.

(١٤) سورة النساء: الآية (١٢).

(١٥) تفسير القرآن الكريم لابن كثير، ج١، ص ٦٤١.

(١٦) الحديث أخرجه البخاري كما مر في كتاب الشركة (٢٤٩٣) ، وأخرجه أيضاً في كتاب الشهادات، باب القرعة في المشكلات (٢٦٨٦)، بلفظ: (مثل المدهن في حدود الله والواقع فيها...) وأخرجه الترمذي في الفتن (٢١٧٣) وأحمد (٢٦٨/٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩١/١٠)، (٢٨٨/٠)، وفي شعب الإيمان (٧٥٧٦) (٩١/٦ - ٩٢)

(١٧) د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ص ١٠٤.

(١٨) د.محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٢٨٣-استئناف ١٩٢٦/٣/٣٠، المحاكم المختلطة، رقم ٣٨، ص ٣١١: "أن إقامة الشخص على حافة أرضه لأعمدة من الخشب تعلوها حراب مسننة يعد تعسفاً من الجار في استعمال حقه، على أساس أن الهدف المبتغى منها هو مضايقة الجار وحرمانه من الانتفاع بأرضه في هبوط الطائرات وإقلاعها".

(١٩) الشرح الكبير، لأحمد الدردير، ج ٣، ص ٣٣٠، طبع مطبعة التقدم العلمية.

(٢٠) الشرح الكبير، لأحمد الدردير، ج ٤، ص ٨٤، مطابع شركة الإعلانات الشرقية.

(٢١) د.عبد المنعم الصدة، ص ٨٦، ٨٧، للأستاذ حسين عامر، والتعسف في استعمال الحقوق، ص ١٠٦.

(٢٢) النظريات العامة للمعاملات. المصدر السابق، ص ١٠٦..

(٢٣) حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسندا ، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا: عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فأسقط أبا سعيد ، وله طرق يقوي بعضها بعضها.

(٢٤) المادة (٢/٨١٨) مدني.

(٢٥) المراد بالروشن: ما بينيه صاحب الجدار في الشارع، ولا يصل إلى الجدار المقابل له، سواء كان من خشب أو من حجر، وهو ما يسمى في لغة العامة (بلكونة)،

- وأما إذا وصل إلى الجدار المقابل له وصار الجداران يحملانه فيسمى حينئذ بالساباط. حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣٠، ص ٣٦٠.
- (٢٦) شرح المنهج، للشيخ زكريا الأنصاري، ج ٣، ص ٣٦٠، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم، ج ١، ص ١٦٣، طبع مطابع الشعب.
- (٢٧) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم، الجزء الأول، ص ١٦٣.
- (٢٨) المغني، لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر عمر بن الحسين ابن عبد الله بن أحمد الخرقى، ج ٥، ص ٣٣.
- (٢٩) شرح العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرتي على هامش تكملة فتح القدير، ج ٨، ص ٣٣٠.
- (٣٠) المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٣٣.
- (٣١) الشرح الصغير لأحمد الدردير، ج ٤، ص ٣٨.
- (٣٢) تحفة المحتاج لأحمد بن حجر الهيتمي، ج ٢، ص ٢٤٢، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ج ٣، ص ٢٦، طبع مطابع دار الشعب.
- (٣٣) المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٣٣.
- (٣٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ج ٣، ص ٢٦، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم، ج ١، ص ١٦٢.
- (٣٥) الهداية المرغيناني، مطبوع مع تكملة فتح القدير، ج ٨، ص ٣٣٠. الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود بن محمود، ج ٤، ص ١٠٠، طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.
- (٣٦) المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٣٣.
- (٣٧) المغني، ج ٥، ص ٣٣، ٣٤.

- (٣٨) الشرح الصغير لأحمد الدردير، ج٤، ص٣٧، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٣٣١.
- (٣٩) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٧٦.
- (٤٠) الشرح الصغير لأحمد الدردير، ج٤، ص٣٧.
- (٤١) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لأحمد بن حجر الهيتمي، ج٢، ص٢٤٧. الوجيز للغزالي، الجزء الأول، ص١٠٧، طبع مطبعة حوش قدم.
- (٤٢) الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٧٦.
- (٤٣) المحلي، لابن حزم، ج٩، ص١٠٥.
- (٤٤) المحلي، المصدر السابق، ج٩، ص١٠٥.
- (٤٥) حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب لذكريا الأنصاري، ج٣، ص١٢.
- (٤٦) المحلي، لابن حزم، ج٩، ص١٠٥ - ١٠٦.
- (٤٧) نيل الأوطار، ج٥، ص٢٥٩، ٢٦٠.
- (٤٨) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم، ج١، ص١٦٥، طبع مطابع الشعب.
- (٤٩) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٢٨٠.
- (٥٠) د. عبد المنعم الصدة، حق الملكية، ص١٤٤ - ١٥١، د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في المدني المصري، ص٩٠ - ٩٤.
- (٥١) حق الملكية، د. عبد المنعم الصدة، ص١٥١. وحق الملكية في المدني المصري، د. منصور مصطفى منصور، ص٩٤.
- (٥٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأحمد الدردير، ج٣، ص٣٣٢.
- (٥٣) المغني، لابن قدامة، ج٥، ص٢١.
- (٥٤) حديث حسن رواه ابن ماجة ٢٣٤١، والدارقطني ٤١٢٢٨ - صحيح البخاري، ص٤٠ وغيرهما مسندا، ورواه مالك في الموطأ ٢/٧٤٦ مرسلًا: عن عمرو بن

يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضا (شرح الأربعين النووية).

(٥٥) نيل الأوطار، للشوكاني، ج٥، ص٢٥٩، ٢٦١.

(٥٦) نيل الأوطار، للشوكاني نفس السابق. رواه الترمذي وابن ماجه. ٣٩/١.

(٥٧) شرح صحيح البخاري، ص٤١.

(٥٨) نيل الأوطار، للشوكاني، ج٥، ص٢٦٠.

(٥٩) د.ذكي ذكي حسين، النظرية العامة للالتزامات، ص ٥٣٦ و٥٣٧ و٥٣٨.

(٦٠) سبل السلام، للصنعاني، ج٣، ص١٢٧.

(٦١) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٧٦.

(٦٢) نص ما قاله أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة هو: القاعدة الخامسة: أن يستعمل الإنسان حقه الذي يكون بطبيعته عرضة لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس، لكنه يستعمله دون احتراس وتثبت فيما يمكن فيه الاحتراس فيفضي هذا إلى الإضرار بالغير. وذلك كما إذا أراد أن يصيد طيرًا فطاش سهمه وأصاب إنسانا أو حيوانًا بضرر فإن الصيد حق مباح ولكنه لم يحترس في استعماله ولم يتثبت فأدى إلى ضرر الغير، وهو المعروف بالخطأ في الفعل، وكما إذا ضرب دابة غيره يظن أنها دابته فأعطبها أو قطف ثمر غيره يظن أنه ثمره وهو المعروف بالخطأ في القصد، وهذا تعسف في استعمال الحق. انظر: النظريات العامة للمعاملات، ص١٢٤.

(٦٣) السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٠٥. د.عبد المنعم الصده، مرجع سابق، ص

٤٤١. د.سليمان غانم، مرجع سابق، ص ١٦٦. د.حسام الدين الأهواني، مرجع

سابق، ص ٤٨٣.

(٦٤) د.عبد الفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص ٢٨١ هامش رقم ١ حيث يفهم منه

تبنية للرأي الأول.

(٦٥) مجموعة الأعمال التحضيرية، المجلد الأول، ص ٢٠٩.

(٦٦) د. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٢٨٤.