نظرية التعسف وعلاقتها بأصل المصالح والمصلحة المرسلة

د. محمد إسعاف شتيات*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٨/٨/٥م تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٣/١٠م

ملخص

تتناول هذه الدراسة نظرية التعسف في استعمال الحق وعلاقتها بأصل المصلحة المرسلة بالتحديد، من حيث الأحكام والحقوق والإباحات إذا أفضت إلى ضرر أو مآل لا يقره الشارع، فتفقد مشروعيتها وتمنع، وعندها يتم العدول عن حكم الأصل إلى حكم آخر.

فنظرية التعسف تدور حول فكرة الحق والعدل وأصل المصلحة إضافة إلى الباعث على التصرفات. وتشترك مع المصلحة المرسلة في أدلة الاعتبار، خصوصا قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة سد الذرائع التي تقوم على الموازنة بين المصالح والمفاسد من جهة تحقق الضرر أو عدم تحققه.

Abstract

This study deals with the extent to which the abuse theory of rights relates to the use of the right in different interests and in unspecified public interests, as specific, in terms of the provisions, rights and allowable acts, if it leads to damage or fate not approved by the lawmaker, which leads to lose and prevent its legitimacy, and then is to turn the origin rule to a new one.

The abuse theory takes its idea from the right of justice and the principle of the interest as well as the motive for behavior. And shares with the unspecified public interests in the evidences of consideration, especially the rule of no injury, no harming, and the rule of Prohibition of what may lead to committing sins, that are based on the balance between interests and evil in terms of achieving the damage or not.

المقدمة.

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه وبعد.

إن إدراك العلاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق وأصل المصلحة وخاصة المصلحة المرسلة يبين مدى حرص المشرع على تحقيق التوازن والاستقرار في المجتمع الإسلامي، فقد قيد التصرفات في الحقوق الثابتة بمقتضى الشرع أو التصرفات المباحة بأصل الإباحة بتحقيق المصلحة التي تشتمل على منع إلحاق الضرر أو الضرر الزائد بالغير، سواء أكان عن طريق استغلال استعمال الحق لإلحاق الضرر الذي قد يصل إلى التعدي أو من حيث إلحاق الضرر بالمآل دون قصد من صاحب الحق، أو أن يترتب عن استعمال الحق نتائج مخالفة للتشريع الإسلامي، ويقابل ذلك في العدول عن حكم ثابت إلى حكم آخر عند إفضائه إلى مخالفة مقاصد الشرع، لقد قامت نظرية التعسف في استعمال الحق على إعادة الحق إلى نصابه وفق معادلة تمنع من إلحاق الضرر بالغير الأمر الذي يحقق مصلحة الفرد والمجتمع ويؤدي إلى استقرار المعاملات وتتفق بذلك مع أصل المصلحة المصلحة المرسلة، وذلك يوضح أن الفرد ليس مستبدا بتصرفاته دون تقييد وأن الحقوق ليست

* باحث، وزارة التربية والتعليم.

مطلقة، فالتشريع الإسلامي كل متكامل لا يمكن النظر فيه لكل مصلحة على حدة.

مشكلة البحث.

تتبين مشكلة البحث من خلال التساؤلات الآتية:

١- ما مدى ارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق بأصل المصحة والمصلحة المرسلة خصوصا؟

٢- كيف يمكن التوفيق بين حقوق الأفراد عند إفضاء استعمالها إلى الإضرار بالغير سواء أكان فردا أو المجتمع؟ وما التدابير المصلحية التي اقتضتها نظرية التعسف والتي تقتضيها المصلحة مآلا؟

٣- ما مدى ارتباط الأصول والقواعد التي تقوم عليها نظرية التعسف مع أصل المصلحة والمصلحة المرسلة؟

أهمية البحث.

إن إبراز العلاقة التي تربط المصلحة بنظرية التعسف يكتسب أهمية كبرى من حيث:

١- بيان أن الضابط في استعمال الحق هو تحقيق المصلحة بعمومها، وذلك يستند إلى شمولية النظرة الإسلامية للتشريع.

٢- لا ينظر إلى الأدلة الجزئية للحقوق إلا في ضوء الكليات حتى لا تشكل تناقضا وتعارضا بين المصالح المختلفة، وإنما تحقق القدر الأكبر من الموازنة بين إنفاذ تلك الحقوق.

٣- إن أغلب الأصول التي قامت عليها نظرية التعسف تقوم على المصلحة والمصلحة المرسلة خصوصا، فهي تقوم على إعادة الحق إلى نصابه عندما يؤول استعماله إلى الإضرار بالغير أو مخالفة مقصد الشارع، فالحق لم يشرع لذاته وإنما شرع لغاية؛ وهي المصلحة والعدل.

الدراسات السابقة.

تعددت الدراسات السابقة في هذا المجال ومن أبرز تلك الدراسات.

١) محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط٣، وتناول الدراسة نظرية التعسف والتأصيل لها وبيان أبرز تطبيقاتها.

تبين الدراسة أن نظرية التعسف، من حيث مفهومها ومعاييرها، تنهض بدور وقائي وعلاجي، فتحدد سلطات الفرد، وتوجيه استعماله على نحو يفضي بالحق إلى تحقيق غايته التي شرع من أجلها، في ضوء البواعث والظروف المؤثرة في نتائج استعماله، وتقوم على الموازنة بين حق الفرد والمصالح المشروعة في أصلها، المتعارضة فيما بينها وبين المصلحة الفردية ومصلحة المجتمع من باب أولى، بغض النظر عن البواعث النفسية، على نحو يربط الحكم بالمصلحة الراجحة؛ تفاديا لسوء استعمال الحقوق أو تطبيق القواعد والأحكام أو التعسف بعبارة أخرى.

٢) مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، (٢٠١٢م)، الطبعة الخامسة، وتبحث الدراسة في الأدلة المختلف فيها وأثر إعمالها في الفقه الإسلامي ومن ضمنها أصل المصالح المرسلة وبيان أهميته وأثره في التشريع الإسلامي.

إن أبرز ما تضيفه الدراسة هو بيان مدى ارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق بأصل المصلحة المرسة من حيث

الأصل والأدلة وأهمية كل منهما في التشريع الإسلامي إيراد بعض التطبيقات القانونية التي تعمل نظرية التعسف وتبين مدى انسجامها مع أصل المصلحة.

منهج البحث.

اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي، فقد استقصى البحث أصول نظرية التعسف في استعمال الحق وأصل المصلحة والمصلحة المرسلة، ومن ثم المنهج التحليلي فقد قام الباحث بتحليل تلك الأصول وعمل على توظيفها لبيان مدى ارتباطها بأصل المصلحة والمصلحة المرسلة وبيان ماهية تلك العلاقة، وبيان بعض التطبيقات القانونية التي تعمل نظرية التعسف وتظهر ارتباطها بأصل المصلحة ونسب الآراء إلى أصحابها وفق مقتضيات البحث.

مخطط البحث.

المبحث الأول: الأسس التي تقوم عليها نظرية التعسف، ومدى ارتباطها بأصل المصلحة المرسلة.

المطلب الأول: ماهية الحق.

المطلب الثاني: طبيعة التشريع الإسلامي.

المطلب الثالث: أساس المصلحة.

المبحث الثاني: مدى الارتباط بين نظرية التعسف وأصل المصلحة المرسلة خصوصا.

المطلب الأول: استناد نظرية التعسف والمصالح المرسلة تستند إلى قاعدة الضرر يزال.

المطلب الثاني: قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

المطلب الثالث: أصل النظر في المآلات وعلاقته بالنظرية والمصلحة.

الخاتمة: وتتضمن أبرز النتائج.

المبحث الأول:

الأسس التي تقوم عليها نظرية التعسف، ومدى ارتباطها بأصل المصلحة المرسلة.

من أبرز الأسس التي قامت عليها نظرية التعسف الحق والمصلحة والعدل:

الأول: الحق.

الثاني: المصلحة والعدل.

وبما أن النظرية تتعلق أساسا باستعمال الحق ومدى ارتباطه بالمصلحة فلا بد أولا من بيان ماهية الحق ومدى ارتباطه بالنظرية والمصلحة، والتعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل[١].

المطلب الأول: ماهية الحق: لبيان ماهية الحق يعرف لغة واصطلاحا على النحو الآتي:

الحق لغة: هو إثبات الأمر وإيجابه[٢]، **﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾**[٢: يس] أي: وجب العذاب وثبت على أكثرهم[٣] والحق المال والملك والحق ضد الباطل [٤].

الحق اصطلاحاً: من الملاحظ عدم وجود تعريف جامع مانع منضبط للحق عند العلماء قديما، فبعضهم أشار إلى أنه "حكم يثبت والإضافة في حق الشيء للاختصاص"[٥] أو ما غلب حجته وأظهر التمويه في غيره[٦]، ولا يمكن أن يطلق على تلك الإشارات بأنها تعريفات فلم تتسم بالجمع ولا بالمنع؛ وذلك لأنهم لم يجدوا حاجة لتعريفه؛ لوضوحه اللغوي.

ويقرر الفقه الإسلامي بأن الحق ليس مطلقا بل أن له ماهية توازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، وفق منطق متسق يقوم على العدل والحكمة والمنطق التشريعي السوي[٧]، وقد أورد الفقهاء المعاصرون تعريفات محددة للحق يذكر الباحث بعضها على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الدريني: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر؛ لتحقيق مصلحة معينة"[٨].

ثانياً: تعريف الزرقا: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا"[٩]والتعريفان متساويان في المعنى ذاته.

والاختصاص: يقتضي نسبة الحق إلى مختص، سواء كان الله تعالى أو شخص معين أو شخصية اعتبارية كالدولة، أو المؤسسة.

يقرر به الشرع: ينبغي أن يكون الحق مشروعا من حيث المصدر، ويخول الحق لصاحبه السلطة، وسلطة على شيء: إما تكون على شخص كالولاية على النفس، أو على شيء بعينه، كحق الملكية، وتكليفاً: يكون بطلب من الشارع بشكل مباشر كحفظ الضروريات.

تحقيقا لمصلحة معينة: هي غاية الحق التي تنسجم مع مقاصد التشريع الإسلامي في جلب المصالح[١٠]. وبالمحصلة يمكن القول: إن الحق هو اختصاص ثابت شرعا لتحقيق مصلحة، يقتضي سلطة أو تكليفا.

فالاختصاص هو جوهر الحق وميزته، وقولنا: ثابت شرعا: إشارة إلى أن مصدر الحق هو الشرع، فحيث أقره الشارع ثبت. وتحقيق المصلحة هي ثمرة الحق وغايته. وأما موضوعه: فهو ما يقتضيه من سلطة أو تكليف، وطبيعتها تكون على استئثار صاحب الحق بموضوعه في محل الحق. وهذه العلاقة الاختصاصية لازمة لصاحب الحق على سبيل الوجوب.

المطلب الثاني: طبيعة التشريع الإسلامي.

إن لطبيعة التشريع الإسلامي ميزة ينفرد بها على سائر التشريعات، فالشمول والدقة والتوازن أسس تجعله الأجدر في إنزال أحكامه إلى أرض الواقع تحقيقا للعدل والمصلحة، أحكام مصدرها الشارع الحكيم فلا سلطة للبشر في ابتداعها، بل تقتصر مهمة المختصين منهم على تقصيها والكشف عن أدلتها المعتبرة، وإمعان النظر في تلك الأدلة دون توقف عند ظاهرها[١١].

يمثل مبدأ العدل المطلق الأساس الذي يدرأ تنكب المصالح الحقيقية التي تمثل غاية التشريع وروحه الحقيقية، ومن مقتضى العدل والموازنة فإن التشريع الإسلامي لا يستند إلى المثالية المجردة في التشريع بل نجده يجمع بين المثالية والواقعية، فهو تشريع تقويمي لا تقريري، ومن هنا نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها تمثل النزعة الخلقية في مظهرها الأرقى تحقيقا للمصلحة الحقيقية والغاية المتوخاة من التشريع، فتظهر العلاقة بين نظرية التعسف وعموم المصلحة والمصلحة المرسلة خصوصا، فهي تتفق مع هذه النظرية في طبيعتها التي تهدف إلى تصحيح مسار التشريع عند تخلف الأدلة الجزئية عن تحقيق مقاصدها والغاية من تشريعها أو أن إنفاذها ويترتب عليه نتائج مناقضة لمقاصدها التشريعية ومخالفة لقصد الشارع.

فنظرية التعسف تختص بالنظر في الحقوق المعتبرة عندما يتم استغلال مباشرتها لغاية غير مشروعة كأن تحدث ضررا أو تخالف التشريع الإسلامي مآلا، فالحقوق لم تشرع لذاتها، بل لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها، وتتوقف مشروعيتها على تحقق تلك المصالح والمقاصد، فإن أدت إلى مناقضة قصد الشارع، فقد فقدت مشروعيتها وصار لزاما وضع الحلول الملائمة وفقاً لما تقرره المصلحة المرسلة أو إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، وهذا يمثل جوهر التوافق بين المصالح المرسلة ونظرية التعسف في استعمال الحق، ويساند ذلك ويعضده اعتراف التشريع الإسلامي وإقراره للمصلحة الفردية ومصلحة الجماعة على السواء لما في إلغاء أحدهما على حساب الأخرى من تجاهل لمكونات الواقع، وإنكارٍ لمقتضيات الفطرة، كما يعترف بالفرد وكيانه الشخصي، واستقلاله وحريته[١٢].

المطلب الثالث: أساس المصلحة.

لقد أجمع جمهور العلماء على أن شريعة الإسلام إنما جاءت لرعاية مصالح الناس ورفع المشقة وتحقيق السعادة لهم، يقول تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[١٠٧: الأنبياء] وإنّما يكون في إرسال الرسل رحمة لهم، إذا كانت الشريعة التي بعث بها إليهم وافية بمصالحهم متكفلة بإسعادهم، وإلاّ لم تكن بعثته رحمة بهم، بل نقمة عليهم[١٣]، "ووضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً"[١٤].

أولاً: تعريف المصلحة: والمصلحة هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم، في حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، مقسمة إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات[١٥].

المنفعة: ويخرج بذلك نقيضها وهو المفسدة والإضرار بالغير.

التي قصدها الشارع: وهذا قيد يجعل المصلحة هي المصلحة المعتبرة شرعا أي المشروعة التي تحفظ مقاصد الشرع ولاتخالفها، ويخرج بذلك المصالح غير المعتبرة.

أ- تعريف الإمام الغزالي: "أنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرّة، وقال: إنّه لا يعني بها ذلك وإنّما يعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع"[١٦].

ويتطرق تعريف الغزالي لما يأتي:

١. المصلحة في الأصل، أي في (العرف أو اللغة) هي جلب النفع ودفع الضرر، والمصلحة والمضرة نقيضين فكان دفع المضرة مصلحة[١٧] والمصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع وبالتالي فهي مقصود الشارع.
٢. أنه عبر بجلب منفعة أو دفع مضرة وقصد المصلحة المعتبرة شرعا، ويخرج به مطلق النفع أو الضر أو المصلحة المطلقة التي تتعارض مع مقصود الشارع.
٣. المصلحة بهذا المعنى رديف للمناسب أو المخيل في القياس، بمعنى: أن شرط اعتبارها مرتبط برجوعها إلى حفظ المقاصد الشرعية[١٨].

والمأخذ على هذا التعريف أنه حصر المصلحة في الضروريات، والمصلحة أوسع من ذلك؛ إذ يجب أن تشمل الحاجيات والتحسينيات، ويمكن الرد عليه بأن تعبير مقاصد الشرع يشمل الحاجيات والتحسينيات.

ب- تعريف الشاطبي للمصلحة: ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد، على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى، بل يرده، كان مردوداً باتفاق المسلمين[١٩].

ولم يختلف كثيرا مع الغزالي، فقد بين المصلحة من خلال:

١- أنه قيدها بجلب المصلحة ودرء مفسدة، ليشمل بعمومها والمصلحة كدليل شرعي.

٢- أنه ضبط إدراك المصلحة بالشرع، لا يستقل العقل بمعرفتها ويفهم من ذلك عدم مخالفتها لمقصود الشارع.

وعرفها الطاهر بن عاشور بأنها: "وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي: النفع منه دائماً أو غالباً، للجمهور أو للآحاد، فقولي دائماً يشير إلى المصلحة الخالصة والمطردة، وقولي (أو غالباً) يشير إلى المصلحة الراجحة في غالب الأحوال، وقولي (للجمهور أو للآحاد) إشارة إلى أنها قسمان خاصة وعامة"[٢٠] لقد عد المصلحة وصفاً في الفعل، يحصل به الصلاح أو النفع، أو ما شابه ذلك من العبارات التي لا تعد هي المصلحة نفسها، وإنما هي أمور ملازمة لها أو أسباب تؤدي إليها، وأنها قد تكون مطردة وقد تتخلف، وأنها قد تكون عامة للجمهور أو خاصة للآحاد.

من الملاحظ أن التعريفات متفقة حول تعريف المصلحة، ويرى الباحث أن تعريف الطاهر بن عاشور يشمل ويتفق مع التعريفات السابقة فكان أولى بالترجيح لما سبق ذكره.

ثانياً: المصلحة تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- المصالح المعتبرة: أن يدل دليل خاص على اعتبار تلك المصلحة، وعدم إهدارها؛ فلا إشكال في صحتها، ولا خلاف في إعمالها، كمصلحة حفظ العقل بتحريم كل مسكر.

٢- المصالح الملغاة: أن يدل دليل خاص من الشرع على إهدارها وعدم اعتبارها، وهذه مردودة برد الشرع لها لا سبيل إلى قبولها و إعمالها[٢١].

٣- المصالح المرسلة[٢٢].

ثالثاً: تعريف المصلحة المرسلة: هي كل منفعة لم يشهد لها نص خاص بالاعتبار أو الإلغاء وكانت ملائمة لمقصود الشارع وما تفرع عنه من قواعد كلية.[٢٣] وتسمى بـ (المناسب المرسل، والاستصلاح، والاستدلال، والقياس المرسل)[٢٤] ولكل نظر خاص، وعرفها الشاطبي بأنها: "كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائما لتصرفات الشرع مأخوذا معناه من أدلته"[٢٥].

والملاحظ في كلام العلماء عن المصلحة، أنها لا تتجزأ بين الدنيا والآخرة، بل هي شيء واحد، وأمرها مرتبط لا ينفك.

والمصلحة بحدّ ذاتها ليست دليلا مستقلاّ من الأدلّة الشرعية كالكتاب والسنة والإجماع، واتّخاذها مصدرا مستقلا من مصادر التشريع الإسلامي، فاعتبار مصلحة ما يوجب خضوعها للمقاييس والضوابط التي وضعها الشرع لمعرفة المصلحة الحقيقية من المصلحة المتوهّمة أو المرجوحة، بحسب ما يعتنقه صاحبها من أفكار أو مذاهب اجتماعية واقتصادية [٢٦].

رابعا: ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة.

١- أن لا تصادم المصلحة نصاً خاصاً من كتابٍ أو سنةٍ، وأن لا تصادم الإجماع.

٢- أن تكون معقولة المعنى في ذاتها.

٣- أن يكون من يحتج بالمصلحة المرسلة مجتهداً توافرت فيه شروط الاجتهاد.

٤- أن لا تعارض المصلحة مصلحة أرجح منها، أو يترتب على العمل بها مفسدة أرجح منها أو مساوية لها.

٥- أن لا تكون المصلحة في باب العبادات سداً لباب الابتداع في الدين[٢٧].

إن التوازن بين المصالح يقتضي أن لا يكون الحق مصدرا لسلطات مطلقة؛ لأن ذلك يناقض مقاصد الشريعة في

مراعاتها لمصالح العباد، التي رسمتها وشرعت له من الوسائل اللازمة لتحقيقها وحمايتها، وعليه فإنه يتضح جليا أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله تعالى في التشريع(٢٨).

ويترتب على ذلك:

أولاً: أن الحقوق لم تشرع كغايات في ذاتها، بل هي مجرد وسائل لتحقيق المقاصد الضرورية من الخلق، وما يتبعها من الحاجات التحسينيات عليه؛ لأن الحق مقيد بهذه المصالح.

ثانياً: أن كل استعمال للحق يناقض مقاصد الشرع يعتبر باطلا؛ لأنه يناقض أصل التشريع، ويضاد مقصد الشرع من منح الحقوق؛ لأنه لم يشرع الحق ليكون مصدرا لمفاسد راجحة(٢٩).

ثالثاً: إن الشريعة كل متسق فمن المنطق التشريعي أن لا تتناقض جزئياته مع كلياته، وذلك يقتضي أن تكون الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع الأصل الكلي في الشرع، وعليه فإن المصلحة الخاصة التي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم التشريعي العام، وهذا يتنسجم مع فكرة نظرية التعسف.

رابعاً: غايات التشريع الإسلامي فردية وجماعية.

الغاية الأولى: الحقوق الشخصية والتي تمثل خيره ونفعه الذاتي، الذي يحققه التصور الإسلامي ويراعيه في تشريعاته وهي غاية معتبرة في أصوله ومقاصده، **والغاية الثانية:** هي غاية جماعية تتمثل في المجتمع والأمة. وقد تتضارب الغايتين في بعض الأحيان فتطغى إحداهما على الأخرى وتتغول عيها، والتجربة الإنسانية توضح لنا كيف اضطربت الكثير من النظم والفلسفات بين هذه النزعة أو تلك، بعضها يوسّع من دائرة الفردية حتى تصل إلى الأنانية البغيضة، وإلى تفكيك روابط المجتمع، وتشتيت طاقاته (الرأسمالية الغربية أنموذجا) وبعضها يوسع الدائرة الجماعية حتّى تقضي على كيان الفرد، وتكاد تلغي وجوده؛ إذ نعتبره شيئا تافها لا يستمد كيانه إلاّ بوصفه فردا في القطيع (الشيوعية الشرقية أنموذجا) غير أن طبيعة الفقه الإسلامي ليست قائمة على الفردية المطلقة التي تقدس الحق الفردي وتهدر الصالح العام، ولا قائمة على الطابع الجماعي المحض الذي يجعل الصالح العام وحده هو محور التشريع فحسب لكنه يوفق بين الحقين بعد إقرارهما بحيث يجعل من التكامل والنسيق بينهما أساسا يرتكز إليه صالح التشريع ويحقق غاياته(٣٠).

وبناء على ذلك، فإن غاية الشريعة هي المصلحة الإنسانية القائمة على الاستخلاف في الأرض، والمسؤولية أمام الله الذي استخلفه على إقامة العدل والإنصاف(٣١)، وضمان السعادة الفكرية والاجتماعية، والطمأنينة النّفسية لكل أفراد الأمّة وتأتي المصالح المرسلة أو الاستصلاح في هذا السياق وتتمثل جوانبها جلية في نظرية التعسف في استعمال الحق.

خامساً: يبدأ دور نظرية التعسف في استعمال الحق من عند الباعث الذي يشكل المعيار الذاتي لنظرية التعسف ويشمل في ميدان الحقوق الفردية الذاتية بما تمنحه هذه الحقوق من سلطات، فيسيء استعمال هذه السلطات ابتداءً، الأمر الذي يجعلها ذريعة لإلحاق الضرر بالغير أو بالمصلحة العامة، ويمكن تصور ذلك في الحقوق المزدوجة الصفة كما هو الشأن في الفقه الإسلامي(٣٢) والذي يفرق بين مشروعيتها وعدمها الباعث على التصرف.

ويتبادر بناء على ما سبق تساؤل: هل البشر مستبدِّين في التَّمتُّع بِمزايا الحقوق الخاصة استِبْدادًا عمَّا قد يتبادَرُ من وصْفِها بِالحُقوق الخاصَّة؟

بناء على ما سبق، يمكن القول بأن البشر غير مستبدين بالتمتع بمزايا الحقوق الخاصة استبدادا وأن التشريع الإسلامي كله مصلحة، وهذه المصلحة تشمل كل أفراد المجتمع كما وتتوازن مع كيان الأمة بحيث تراعي كل تلك المصالح وتتسق بينها، وهذا ما تقتضيه نظرية التعسف وما شرع لأجله الاستصلاح(٣٣).

المبحث الثاني:
مدى الارتباط بين نظرية التعسف وأصل المصلحة والمصلحة المرسلة خصوصا.

يعد أصل المصلحة والمصلحة المرسلة خصوصا العامل الأهم الذي استندت إليه نظرية التعسف(٣٤)، ويظهر ذلك من خلال معايير النظرية التفصيلية التي تجمع بين الذاتية والموضوعية أو المادية فقد كانت من السعة والمرونة لتستجيب لمقتضيات كل تطور اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي أو حضاري، الأمر الذي تفتقر إليه النظرة القانونية للتعسف؛ والسبب في ذلك أن القانون ينظر للحق نظرة أحادية تجعل الفرد محور التشريع وغايته، ما أوقع القانونيين في وحرج وضيق وتناقض بين المصلحة الفردية والجماعية، وجعلهم يبحثون عن طريقة للتوافق بين الحقين بتقييد الحق الفردي، أو إيجاد تفسير لتدخل الدولة في رعاية المصلحة العامة، أو تلمس قاعدة تحدد مدى هذا التدخل(٣٥).

ويظهر التقاطع بين نظرية التعسف والمصلحة المرسلة عند تخلف النص عن تحقيق المصلحة أو المقصد المناط به، أو يؤدي تطبيقه إلى مآل لا يقره الشارع، فيلزم عندها معالجة الأمر وفق ما يقتضيه العدل والمصلحة، وهذا بالضبط ما تقوم عليه نظرية التعسف حيث تتجه إلى تقييد سلطة الفرد، بل قد يصل الأمر إلى المنع من ممارسة حقه المشروع ابتداءً إن لزم الأمر.

ويتجه النظر الفقهي إلى التوفيق بين المصلحتين وإقامة التوازن بينهما على وجه يضفي على الحق صبغة اجتماعية، ويقيد استعماله بعدم التعسف أو بالقصد إلى الإضرار بالغير؛ استجابة لمقتضيات العدالة(٣٦).

وما يميز نظرية التعسف أنها تقوم على اعتبار أصل المشروعية والذي يحدده الباعث عليها والمآل الذي تصير إليه؛ فالعوامل النفسية التي توجه إرادة المكلفين وقدراتهم إبان مباشرتهم للتصرفات والعقود والعادات المشروعة، لما لهذه البواعث الدافعة من أثر حاسم في نتائج التصرف ومآلاتها، التي ينبغي أن تكون وفق المآلات المعتبرة شرعا والتي تشكل أساس المشروعية وإلا كان التناقض هو علة البطلان(٣٧).

ولا بد من بيان أبرز العوامل التي ترتبط بها المصلحة المرسلة مع نظرية التعسف، فنظرية التعسف في استعمال الحق ترتبط مع أصل المصلحة والمصلحة المرسلة من حيث القواعد التي استندت إليها كل من نظرية التعسف واعتبار المصلحة والمصلحة المرسلة، ويتطرق البحث لأبرز تلك القواعد:

المطلب الأول: استناد نظرية التعسف والمصالح المرسلة إلى قاعدة الضرر يزال.

قاعدة الضرر يزال تشكل قاعدة أساس لحجية المصالح المرسلة، كما أنها في الوقت ذاته أساسا وحجة في نظرية التعسف في استعمال الحق.

أولاً: بيان أوجه تلك العلاقة وفق النحو التالي:

إن قاعدة الضرر يزال من القواعد التي يعتمد عليها الفقهاء في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث والمسائل المستجدة، وأغلب كتب القواعد الفقهية عبرت عنها بقاعدة "الضرر يزال"، ويعود أصل تشريعها إلى الحديث النبوي الذي يشكل بحد ذاته

قاعدة مستقلة تنبثق عنها قاعدة الضرر يزال[٣٨] فقد قال ﷺ "لا ضرر ولا ضرار"[٣٩] وهو حديث حسن [٤٠]، وله طرق يقوي بعضها بعضا؛ إذ قد تم وصلة من قبل المحدثين.

كما أن الحديث وإن كان خبر آحاد، يعد بحسب رأي الشاطبي من المقاصد الظنية القريبة من القطعي، وهي أي قاعدة الضرر يزال "من أركان الشريعة، وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي عدة الفقهاء وعمد تهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام للحوادث[٤١].

وهذا الحديث وإن كان ظنيا باعتبار السند، إلا أن مضمونه يرقى إلى مرتبة القطعي باستقراء الأحكام الواردة في القرآن والسنة المشهورة [٤٢]"فإن الضرر والضرار ثابت منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كليات، كقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾[٢٣١: البقرة]، ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[٦: الطلاق]، و﴿لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَ﴾ [٢٣٣: البقرة]، ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار. ويد خل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال، فهو معنى واسع يعم أغلب أحكام الشريعة.[٤٣].

ثانياً: شرح القاعدة:

إن هذه القاعدة تعد ركنا من أركان الشريعة، فقد دللت على ذلك نصوص كثيرة من الكتاب والسنة، فهي تقوم على أساس منع الفعل الضار وما يترتب عليه من نتائج بالتعويض المالي بحسب الأصول أو بالعقوبة، وهي سند لمبدأ الاستصلاح أو المصالح المرسلة في جلب المصالح ودرء المفاسد، وقد اعتمد عليها الفقهاء في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث والنوازل، والضّرر هو الاسم، و الضّرار هو الفعل، فالمعنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع وإدخال الضرر بغير حق[٤٤] وهو فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضَّر –بفتح الضاد– لغة: ضد النفع، وهو النقصان، يقال: ضَرَّه إذا فعل به مكروها وأضر به، ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الضرر عن المعنى اللغوي[٤٥].

١- أن الضرار أن تضره بغير أن تنتفع، والضرر أن تضره وتنتفع أنت به.

٢- أن الضرار هو الجزاء على الضرر والضرر الابتداء[٤٦].

ولا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له الإضرار بغيره، غير أن بعض الفقهاء يخص الحديث بنفي الضرر عن الجار خاصة، والنهي عن الإضرار به سواء أكان مقصوداً أو غير مقصود[٤٧].

والضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقا. والضرار: مقابلة الضرر بالضرر[٤٨]. والحديث يفيد تحريم الضرر بشتى أنواعه؛ لأنه نوع من أنواع الظلم تجب إزالته، ويشمل ذلك دفعة قبل وقوعه بالطرق الممكنة، ورفعه بعد وقوعه بالتدابير والإجراءات اللازمة.

ولا يصح دفع الضرر بالضرر؛ لأنه توسيع لدائرة الضرر، ولا يلجأ إليه إلا لضرورة، ويستثنى من ذلك ما خُصَّ بدليل، وكان عقوبة شرعيَّة مثل الحدود والعقوبات الأخرى كالقصاص.

وعليه، فإن معنى الضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، ومعنى الضرار: إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمكر بالمثل والانتصار للحق، وظاهر الحديث تحريم سائر أنواع الضرر إلا لدليل[٤٩].

ثالثاً: علاقة نظرية التعسف بأصل المصلحة من خلال قاعدة الضرر يزال و(لا ضرر ولا ضرار).

والمنع من الضرر والإضرار يعبر عن دفع المفسدة، وهو حث على مراعات المصالح عموما، بل أن المصلحة تقتضي عدم إلحاق الضرر بالآخر؛ حفظا لمقاصد الشرع، ومنعا للتعسف في استعمال الحق المشروع الذي يفضي إلى إلحاق الضرر

بالغير أو بالمجتمع، سواء أكان تقصد الإضرار بالغير ابتداءً، أو أن الضرر وقع مآلاً وعندها تجب إزالته، وذلك بإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، وبناءً على ذلك يتبين مدى ارتباط تلك القاعدة بأصل المصلحة فهي من أدلة اعتبارها، وبالوقت ذاته ترتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق ارتباطا وثيقا من حيث كونها تدعو إلى ضرورة الامتناع عن إيقاع الضرر ابتداء، وهي بذلك الاعتبار أكثر ارتباطا بأصل المصلحة، وترتبط بنظرية التعسف من جهة إعادة التوازن إلى التصرفات والعقود بضرورة إزالة الضرر وتقييد تصرف صاحب الحق في حقه إذا أفضى إلى الإضرار بالغير أو إلى الضرر بشكل عام، وبالمحصلة فإنها تبين مدى ارتباط نظرية التعسف بأصل المصلحة والمصلحة المرسلة من حيث كون نظرية التعسف تدعو لإعمال المصلحة من خلال إعادة التوازن إلى التصرفات في الحقوق والمباحات عند الإخلال بها من قبل صاحب الحق أو المتصرف بالمباح.

فمن أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله؛ لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة، وأفضل من ذلك تضمين المتلف قيمة ما أتلف، فإن فيه نفعا بتعويض الضرر، وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المتعدي، وذلك بخلاف الجناية على النفس أو البدن فإن ما شرع فيه القصاص، فالقاتل يقتل. والقاطع يقطع؛ لأن هذه الجنايات لا يقطعها إلا عقوبة من جنسها[٥٠].

ونص هذه القاعدة ينفي الضرر، فيوجب منعه مطلقا، ويشمل أيضاً دفع الضرر قبل وقوعه، بطرق الوقاية الممكنة، كما يشمل أيضا رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، ومن ثم إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم؛ لأن فيهم عدلاً ودفعاً لضرر أعمَّ وأعظم[٥١].

وفي الحقيقة أن تقدير الضرر إن كان فاحشا أم لا، هو محل الخلاف، أما الضرر في ذاته فالقاعدة فيه أن يُنفي ويرفع، وليس من الفقهاء من يرى منع رفع الضرر بعد وقوعه أو دفعه قبل وقوعه، وهذا الذي يدفع إلى البحث في حد الضرر الموجب للدفع أو التعويض أو العقوبة، وهو ما يرجع إلى نظر القاضي، وغاية القول إن النبي ﷺ إنما نفى الضرر والضرار بغير حق، أما إدخال الضرر على من يستحقه فهذا غير مراد قطعا[٥٢].

المطلب الثاني: قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

هذه القاعدة مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد، فإذا كانت قاعدة (الضرر يزال) تفيد إزالة الضرر مطلقا، وإذا كانت قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[٥٣] تفيد أن الضرر الأعلى يزال بالضرر الأدنى، فإن هذه القاعدة مفسرة أو مخصصة للقاعدة السابقة، حيث إن التفاوت بين الضررين إما أن يكون من جهة العموم والخصوص، وإما من جهة الشدة والضعف، فمن جهة العموم والخصوص أن الضرر إذا كان عاماً فإنه يزال بالضرر الخاص، إذ العام أقوى من الخاص، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، ولهذا قال الفقهاء: "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"[٥٤].

وعلى ما ورد آنفا، يبين مدى ارتباط هذه القاعدة بنظرية التعسف في استعمال الحق من حيث أن القاعدة تلزم بإزالة الظرر الأشد بالضرر الأخف، وذلك ما تقرره نظرية التعسف حين تمنع صاحب الحق من مباشرة حقه إن أدت إلى الإضرار بالغير أو إذا ثبت قصده للإضرار به أو بالمجتمع، حتى وإن ترتب عليه ضرر أخف بمنعه من ممارسة حقه في ملكه تقديما لإزالة الضرر الأكبر بالضرر الأخف، والأمر ذاته جاء ليتفق مع أصل المصلحة، تحقيقا لمقاصد الشرع التي من أجلها يتم العدول عن حكم الأصل إلى غيره كما تقرره المصلة المرسلة.

ومن أبرز تطبيقات هذه القاعدة: المنع في اتخاذ مطبخ أو محددة مثلاً بين العطارين أو بين البيوت السكنية[٥٥]، وكذا

جواز التسعير إذا تعدى التجار بالغبن الفاحش، ومثالها –أيضا–: ما لو كان لأحد جدار على الطريق العام ومال بحيث يخشى انهدامه، فإنه يجبر على هدمه دفعا للضرر العام، وهدم الدور الملاصقة للحريق منعاً لتجاوزه إذا خيف سريانه(٥٦).

المطلب الثالث: أصل النظر في المآلات وعلاقته بالنظرية والمصلحة.

إن كل من الاستصلاح ونظرية التعسف في استعمال الحق ترتبط ارتباطا وثيقا بأصل النظر في المآلات ومن القواعد التي تؤيد أصل النظر في المآلات قاعدة سد الذرائع وغيرها من القواعد المرتبطة بها ويتناول البحث بعضها فيما يأتي.

قاعدة سد الذرائع:

وسد الذرائع أصل من أصول المالكية فقد أكثروا من العمل بهذا الأصل ولقد نسب إلى المذهب المالكي أنه المذهب الوحيد الذي انفرد بالعمل بسد الذرائع والأمر خلاف ذلك(٥٧).

وسد الذرائع يتعلق بالأمر والنهي، والأمر نوعان: أحدهما هو مقصود لنفسه، والثاني وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان: أحدهما: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه. والثاني: ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصارت الذرائع المفضية إلى الحرام"(٥٨).

وتقوم قاعدة سد الذرائع على المقاصد والمصالح، فهي تقوم على فكرة أن الشارع لم يشرع أحكامه إلا لتحقيق مقاصدها من جلب المصالح ودرء المفاسد فإن أصبحت أحكامه تستعمل ذريعة لغير ما شرعت له، ويتوسل بها إلى خلاف مقاصدها الحقيقية، فقد انتزعت مشروعيتها؛ لأن الشارع لا يقر إفساد أحكامه وتعطيل مقاصده.

صلتها بنظرية التعسف: يقول ابن تيمية: إن الذرائع حرمها الشارع، وإن لم يقصد بها المحرم: خشية إفضائها إلى المحرم فإذا قصد بالشيء نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع وبهذا التعليل كما يقول الدريني تظهر علة التحريم في مسائل العينة وأمثالها وإن لم يقصد البائع الربا؛ لأن الغالب فيها قصد الربا فيصير ذريعة، فيسد هذا الباب(٥٩).

وأصل سد الذرائع لا يعتمد على الباعث على أنه الأمر الجوهري في تكييف الفعل فحسب، بل العبرة في المآل، وهذه نظرة واقعية موضوعية تعنى باللوازم الخارجية للأفعال، ونتائجها، وعليه فإن هذا الأصل يتجه اتجاهين:

الأول: النظر الموضوعي الذي يعتمد مآلات الأفعال ونتائجها، ويبني على ذلك حلها وحرمتها، ويؤذن فيه أو يمنع، بغض النظر عن أصل وصفه الشرعي.

الثاني: النظر إلى الباعث وهو أمر ثانوي وهذه نظرة ذاتية تعنى بالبواعث والعوامل النفسية التي تحرك إرادة المتصرف فعلا وقولا(٦٠).

وبالمحصلة فإن النظرية تقوم بشقيها الذاتي والموضوعي ويكمل كل منهما الآخر وإن كان الشق الذاتي أمراً يصعب التوصل إليه إلا بقرائن تؤكد ذلك القصد النفسي وأفضل ما يعبر عن ذلك هو الشق الموضوعي الذي يعتمد على مآلات الأفعال.

ويترتب على ذلك أمران.

أ. وجوب أن يكون قصد المكلف موافقا لقصد الشرع.

ب. أنه يلزم المجتهد النظر في مآلات الأفعال، ويكيفها بالمشروعية وعدمها بناء على تلك المآلات أو النتائج التي هي مصالح أو مفاسد، وهنا يظهر مدى ارتباط هذا الأصل بأصل المصلحة والمصلحة المرسلة خصوصا، وكذلك الأمر بالنسبة لنظرية التعسف.

ويتفرع عن هذا الأصل قواعد عدة[٦١]:

١- قاعدة الذرائع.

٢- الاستحسان.

٣- الحيل.

٤- مراعات الخلاف عند المالكية. وعلاقة مراعاة الخلاف بالتعسف في استعمال الحق في المذهب المالكي، إن الشريعة أساس الحقوق، ويثبت بما تثبت به الأحكام من الأدلة، وما هو إلا وسيلة لتحقيق المقاصد، وليس غاية[٦٢].

ومن هنا، كان الواجب على كل مكلف بعينه وهو يمارس حقه "أن يكون تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته[٦٣]، فسلب المشروعية عن أفعال المكلفين أو إثباتها مرهون بمدى مطابقتها لقصد الشارع من وضع الأحكام ومقتضيات الشرع، فالحكم بمآله من مصلحة غالبة تثبت مشروعيته، أو مفسدة راجحة توجب منعه ومنع ما يفضي إليه بمعزل عن آلية تكييفه الشرعي، وعلى قدر إفضاء الوسيلة إلى المصلحة يكون الحكم عليها بالمشروعية، وعلى قدر إفضائها إلى المفسدة تكون درجة منعها وحظرها؛ لأن قوة الطلب والمنع على قدر الدليل[٦٤].

وهذه القواعد تؤيد النظر في مآلات الأفعال، وهي إذ تؤيد نظرية التعسف تمثل في أحكامها الدور الوقائي للنظرية في التصرفات القولية؛ حيث إنها تحول بين التصرف وترتيب آثاره عليه قبل الوقوع، وتمثل قاعدة سد الذرائع أهمية بالغة في كونها أحد معايير نظرية التعسف وكذا فهي إحدى أهم القواعد التي تقوم عليها[٦٥].

المطلب الرابع: التطبيقات القانونية لنظرية التعسف والتي تعمل الباعث وتؤكد على أصل المصلحة.

تنص القانون في المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني على معايير التعسف[٦٦] في استعمال الحق من باب إساءة استعمال الحق فقد نصت المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني الفقرة الأولى يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع.

ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ. إذا توافر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وفيما يأتي يورد البحث بعض مواد القانون المدني الأردني المتعلقة بنظرية التعسف تحقيقا للمصلحة، وترتبط بأصل المصلحة على النحو الآتي:

١- نصت المادة (١٠٢١) من القانون المدني الأردني بأن: "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا أو مخالفا للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة".

بينت هذه المادة ضوابط تصرف المالك بملكه، واشترطت عدم الإضرار بالغير ضرر فاحش؛ فذلك يعد تعسفا ويخل بأصل المصلحة، وبينت المادة التالية بعض التطبيقات والأمثلة على الضرر الفاحش كحجب الضوء عن الجار.

٢- جاء في القانون المدني الأردني، مادة (١٠٢٥): "حجب الضوء عن الجار يعد ضررا فاحشا؛ فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه، وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعا للضرر".

فاستعمال الحق بقصد جلب منفعة شخصية لصاحبه أمر شرعي، ولو أدى إلى الإضرار بالغير من غير قصد، أما إذا كان القصد من استعمال الحق هو مجرد الإضرار بالغير، فهو غير مباح قانوناً؛ لأن قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي ويُعد تعسفاً ويفقد استعمال الحق مشروعيته(٦٧).

٣- المادة (١٢٧٩) من القانون المدني الأردني:

أ. لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض القائم عليها الحائط.

ب. وليس لمالك الحائط آن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

تحظر هذه المادة على الجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه، كما لا تجيز له أن يجبره على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض القائم عليها، وفي مقابل ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا الهدم يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط(٦٨) فهدمه حينها يُعد تعسفا ويصار مصلحة إلى منعه من استعمال حقه بالعدول عن حكم الأصل وهو إباحة تصرفه بملكه إلى حكم جديد وهو منعه من ذلك الحق؛ لأنه أدى إلى نتيجة تخالف مقصود الحكم الذي شرع من أجله.

نصت المادة (١٠٢٧) من القانون المدني الأردني على ما يأتي:

١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق.

وتحظر هذه المادة الغلو في استعمال المالك لملكه استعمالاً يضر بملك الجار ولا تجيز للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما تجيز له إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف مع مراعاة العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق(٦٩)، وهذه المادة تبين ضوابط وقيود استعمال الحق وتتفق مع جوهر نظرية التعسف من حيث عدم الغلو في استعمال الحق وإلحاق ضرر غير مألوف بالغير، وإن تجاوز ذلك الحد قيد تصرفه في حقه إلى الحد الذي يخالف مقصد الشرع والذي تقتضيه المصلحة.

الخاتمة.

١- المصلحة المرسلة بوصفها معنى يراد تحقيقه بعد ضبط معانيه وحقيقته ومراعات حدوده وضوابطه، هي مستند يراعي تحقيق المنافع وإبعاد المفاسد بعد أن شهد لجنسها الشارع ولو لم يشهد لعينها أو نوعها شاهد.

٢- إن صاحب الحق قد يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه الله عليه تحايلا على أحكام الشريعة وقواعدها؛ بغية تحقيق مصالح غير مشروعة، وذلك يمثل تعسفا في استعمال الحق وجب عنده إعمال المصلحة لإيجاد حل مناسب كتقييد التصرف في الحق أو إبطاله وأكثر ما يستند إليه دليل المصلحة المرسلة.

٣- المصلحة المرسلة ونظرية التعسف كلاهما تستند لتحقيق مفهوم العدل، الذي هو قوام النظرية على أنه ليس مجرد فكرة

فلسفية مجردة عن أحكام التشريع ومقاصده، بل إنه يتمثل بالمصلحة، فردية كانت أم جماعية، وهي المقصد الذي توخاه الشارع من تشريعه للحكم، والشارع لا يتوخى ما كان جورا أو ضررا أو مفسدة.

٤- يظهر مدى ارتباط المصالح المرسلة بنظرية التعسف بكونها مبنية أساسا على أصل المصالح ورعايتها، وإن لم يرد في تلك المصالح نصا أو إجماعا أو قياس خاص بل شهد الشارع لجنسها بالاعتبار، كما أنها تؤدي دورا يشبه دور المصلحة المرسلة في التعامل مع الأحكام؛ تحقيقا لمقصود الشارع منها عند عدم تحقيقها لتلك المصالح التي شرعت لأجلها ابتداءً.

٥- إذا تأملنا الأدلة التي قامت عليها النظرية خاصة قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة سد الذرائع، أو الأدلة العقلية، والنظر في مآلات الأفعال، فإنها ذاتها ما قامت عليها المصلحة المرسلة واستندت إليها إضافة لشواهد اعتبار جنسها؛ حيث إن النظرية تقوم على أن التصرفات المأذون فيها أو المباحة إذا أفضت إلى مآل لا يقره الشارع أو ضرر للغير أو كان الباعث عليها غير مشروع ابتداءً منعت وفقدت مشروعيتها؛ لأن هذه التصرفات شرعت لتحقيق المصالح وعندما لم تحققها منعت وفقدت مشروعيتها لمخالفتها للقصد من تشريعها وعدّت تعسفا.

٦- إن استناد النظرية لأصل النظر في المآلات ومنه قاعدة سد الذرائع ما هو في الحقيقة إلا موازنة بين المصالح والمفاسد أو الأضرار من جهة العموم والخصوص ومن جهة تحقق الإضرار وعدمه، وهذا الأمر ذاته بين في المصالح المرسلة ويرتبط ارتباطا وثيقا بها.

٧- في نظرية التعسف لا يعتمد على الباعث على أنه الأمر الجوهري في تكييف الفعل فحسب، بل العبرة في المآل، وهذه نظرة واقعية موضوعية تعنى باللوازم الخارجية للأفعال، ونتائجها.

٨- نظرية التعسف تشمل الحقوق والأحكام والمباحات، وفيها جانب ذاتي وهو الباعث وجانب موضوعي وهو النظر في المآلات، وبالتالي فهي أعم من نطاق المصلحة المرسلة التي تقتصر على النظر في الأحكام فنطاق نظرية التعسف أعم.

الهوامش.

(١) محمد فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، (ط٣)، ص٩١.

(٢) محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت ٧١١هـ) **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، (ط٣)، ج١٠، ص٥١. وينظر: محمد بن أحمد الأزهري، أبو منصور الهروي (ت ٣٧٠هـ)، **تهذيب اللغة**، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م، ج٣، ص٢٤١.

(٣) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، **تفسير ابن كثير تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، (ط٢)، ج٦، ص٢٦٣. والقرطبي، أبو عبد الله محمد ابن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت ٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش القاهرة، دار الكتب المصرية، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م، (ط٢)، ج١٥، ص١١. ومحمد ابن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت ٣١٠هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن، تفسير الطبري**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، (ط١)، ج٢٠، ص٤٩٢.

(٤) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٠، ص٤٩- ٥٢. والرازي، **مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، تفسير الرازي**، بيروت، دار إحياء التراث، ١٤٢٠هـ، (ط٣)، ج١٣، ص١٧. وجلال الدين المحلي وجلال الدين السيوطي، **تفسير الجلالين**، القاهرة، دار

الحديث، ص٢٧١. وينظر: القرطبي، **تفسير القرطبي**، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م، ج٧، ص٧. وينظر: ابن كثير، **تفسير ابن كثير**، ج٤، ص٦٦٨. وعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، **التعريفات**، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ص٨٩. وأحمد محمود الخولي، **نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار السلام، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ص١١-١٢.

(٥) محمد عبد الحليم اللكنوي، **حاشية قمر الأقمار لنور الأنوار في شرح المنار**، مراجعة: محمد عبد السلم شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ج٢، ص١٨٦.

(٦) أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت ٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، ج١، ص١١٨.

(٧) محمد فتحي الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييدة**، دار البشير ومؤسسة الرسالة، عمان، بيروت، ١٩٩٧م، ص٢١.

(٨) الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة**، ص١٩٣.

(٩) مصطفى الزرقاء، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دار القلم، دمشق، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص١٩.

(١٠) الزرقا، **المدخل إلى نظرية الالتزام**، ص١٩-٢٠.

(١١) محمد فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ص٨٤. وينظر: الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة**، ص٢٠ وما بعدها.

(١٢) **المذهب الفردي**: مذهب فكري سياسي ينطلق من اعتبار مصلحة الفرج وتقديمها ويعتبرها أساساً في تفسير التاريخ والظواهر الاجتماعية، وقد نتج عن الإصلاح والتحرر الديني من قبضة الكنيسة وتحكمها بالفرد، تمثل وجهة النظر السياسية التي تنطوي على أن الهدف الرئيس للدولة والمجتمع هو تحقيق مصلحة الفرد وإسعاده، وأن واجب الدولة مساعدته في تحقيق ذاته وأقصى طاقاته، ومن أبرز مظاهر هذا المذهب نظام الاقتصاد الحر الرأس مالي. أما المذهب الجماعي، فهي مبادئ نظرية اقتصادية سياسية تنطلق من مشاركة الجميع في النشاطات الاقتصادية بشكل جماعي، وتصنف العقائد الجماعية على أنها اشتراكية أو شيوعية، وهي تناقض العقائد الفردية الرأسمالية. عبد الوهاب الكيالي، **الموسوعة السياسية**، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ج٢، ص٧٣، ج٤، ص٤٩ ٦.

(١٣) مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي**، دمشق، دار القلم، (٢٠١٢م)، (ط٥)، ص ٢٨. وينظر: أبو الحسين سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد الثعلبي الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، بيروت، المكتب الإسلامي، ج٣، ص٢٨٦.

(١٤) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، **الموافقات** تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ج٢، ص٩.

(١٥) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، **المستصفى**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ص١٧٤. وينظر: البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص٢٩-٣١. والبوطي، **ضوابط المصلحة**، ص٣٣٠.

(١٦) الغزالي، **المستصفى**، ص١٧٤.

(١٧) حسين حامد حسان، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، مكتبة المتنبي، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٦.

(١٨) حسان، **نظرية المصلحة**، ص٦.

(١٩) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، (ت ٧٩٠هـ)، **الاعتصام**، تحقيق: سليم الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ج٢، ص٦٠٩.

(٢٠) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، عمان – الأردن، (ط٢)، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م، ص٢٧٨.

(٢١) الغزالي، **المستصفى**، ص١٧٤. والزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت ٧٩٤هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، (ط١)، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ج٨، ص٨٤-٨٦. ومحمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت ١٣٩٣هـ)، **المصالح المرسلة**، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، (ط١)، ١٤١٠هـ، ص٩.

(٢٢) الغزالي، **المستصفى**، ص١٧٣. وينظر: عارف عز الدين حسونة، **مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر**، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ص٢٣١-٣٥.

(٢٣) الغزالي، **المستصفى**، ص١٧٤. وينظر:، حسونة، **مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر**، ص٢٣٥. والبغا، **أثر الألة المختلف فيها**، ص٣٤-٣٥.

(٢٤) البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، ص٣٢٩ "إن حقيقة المصلحة المرسلة كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاعد في الاعتبار أو الإلغاء" ص٣٣٠.

(٢٥) "فهو صحيح يبني عليه ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع الأدلة مقطوعًا به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتبره مالك والشافعي" الشاطبي، **الموفقات**، ج١، ص٣٢.

(٢٦) ينظر: الشاطبي، **الموافقات**، ج١، ص٢٥-٢٧، وينظر: ابن تيمية تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ)، **مجموع الفتاوى**، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة النبوية مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، ج١٩، ص ٢٢٨-٢٣٤.

(٢٧) البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص١١٣.

(٢٨) الدريني، **نظرية التعسف**، ص٨٧. وينظر: الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة**، ص٢٢- ٢٣.

(٢٩) الدريني، **نظرية التعسف**، ص٨٧.

(٣٠) الدريني، **نظرية التعسف**، ص٨٥.

(٣١) يقول الشاطبي: "ما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية؛ فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقًا والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع؛ فليس على وضع المشروعات". **الموافقات**، ج٣، ص١٢١.

(٣٢) الدريني، **نظرية التعسف**، ص٨٨.

(٣٣) ينظر: الشاطبي، **الموافقات**، ج٥، ص ١٧٨.

(٣٤) ينظر: الدريني، **نظرية التعسف**، ص ٤٤ -٤٦.

(٣٥) ينظر: الشاطبي **الموافقات** ج٣، ص١٢٠-١٢١.

(٣٦) الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة**، ص ٣٢-٣٣. وينظر: ص٢٢٤، وص٢٥٧.

(٣٧)عبد الله الكيلاني، **نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي**، مطابع وزارة الأوقاف، الأردن المصدر www.moswarat.com، ص٢٢.

(٣٨) مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دمشق، دار القلم، ١٩٩٨م، ج٢، ص٩٩٠.

(٣٩) الإمام مالك بن أنس، **الموطأ**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (١٩٨٥م)، ج٢، ص٧٤٥. وينظر: بهامشه تلخيص المستدرك لشمس الدين ابن أحمد الذهبي. الدارقطني، **سنن الدارقطني**، شعيب الأرنؤوط، حسن عبد

المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، بيروت، مؤسسة الرسالة (٢٠٠٤م)، (٣٠٧٩)، ج٤ ص٥١. وينظر: ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية (٢٣٤٠)، ج ٢، ص٧٨٤. زين الدين ابن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، **الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ**، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م، ص٥٩-٦٠. وينظر: الإمام أحمد بن حنبل، **مسند أحمد**، شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١ هـ/٢٠٠١م، (٢٨٦٥) ج٥، ص ٥٥.

(٤٠) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٩٠.

(٤١)الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٩٠.

(٤٢) ينظر: الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ص١١٨. والشاطبي، **الموافقات**، ج٢ ص ١٧.

(٤٣) المرجع السابق نفسه.

(٤٤) زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، (ط٧)، ج٢، ص٢١٢.

(٤٥) **الموسوعة الفقهية الكويتية لموسوعة الفقهية الكويتية** صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا، الطبعة: (من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ)، الأجزاء ١ – ٢٣: الكويت دار السلاسل – (ط٢)، والأجزاء، ٢٤ – ٣٨: مصر، مطابع دار الصفوة، (ط١)، لأجزاء ٣٩ – ٤٥: طبع الوزارة، (ط٢)، ج٢٨، ص١٧٩.

(٤٦) محمد بن علي الشوكاني، **نيل الأوطار**، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، مصر، دار الحديث، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ج٥، ص٣١٢.

(٤٧) الدريني، **نظرية التعسف**، ص١٢١.

(٤٨) ينظر: الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج٣، ص٢٨٦. والزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٩٠.

(٤٩)أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [١٢٨٥هـ/١٣٥٧هـ]، **شرح القواعد الفقهية**، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق دار القلم، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، (ط٢)، ص١٦٥.

(٥٠) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٩١.

(٥١) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٣٧.

(٥٢) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص١٦٥.

(٥٣) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص٧٤-٧٥.

(٥٤) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص٢٠٢. والزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج ٢، ص٩٩٥-٩٩٦. **والموسوعة الفقهية الكويتية**، ج٢٨، ص١٨١.

(٥٥) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج ٢٨، ص١٨٤.

(٥٦) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٩٦.

(٥٧) يقول القرافي: "ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وليس كذلك.. اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا فحاصل القضية أنا قلنا تفسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا.. فليس سد الذرائع خاصا بمالك، بل قال بها هو وأكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه "القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، **شرح تنقيح الفصول**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م، ص٤٤٨.

(٥٨) ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٩.

(٥٩) الدريني، **نظرية التعسف**، ص٧٤-٧٥

(٦٠) الدريني، **نظرية التعسف**، ص ١٧٥.

(٦١) المرجع السابق نفسه، ص١٧٦.

(٦٢) الشاطبي، **الموافقات**، ج٣، ص١٢١.

(٦٣) الشاطبي، **الموافقات**، ج٣، ص١٢٣.

(٦٤) عبد الرحمن بن إبراهيم الكيلاني، **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسة وتحليلاً**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دمشق، دار الفكر، ص٣٥٩.

(٦٥) الدريني، **نظرية التعسف**، ص ١٧٦.

(٦٦) الكيلاني، **نظرية الباعث**، ص١٧٨-١٧٩.

(٦٧) حسن عامر، **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، (ط١)، ١٣٧٦هـ- ١٩٥٦م، ص٢٦٧.

(٦٨) **المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي**، ص٨٢٨.

(٦٩) **المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي**، ص٨٢٨-٨٢٩.