

التعسف في استعمال الحقوق

في الشريعة الإسلامية والقانون

للدكتور محمد رأفت عثمان

رئيس قسم الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله ،
وأصحابه ، ومن تبعهم باحسان إلى يوم الدين .

وبعد ، فإن المتتبع لتاريخ التشريع الإسلامى يجد أن لفقهِ الإسلامى
قد تم نظامه وجمعه فى مدة تقرب من عشر سنوات ، فلم ينتقل الرسول
صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى إلا وكان الفقه الإسلامى تام
الأصول كما قال الله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم
نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

ولم يمض على الأمة الإسلامية مائة وخمسون سنة حتى وجدت
المؤلفات الهامة فى فروع الفقه التى بسطت أحكامه ، وطبقت أصوله
على فروعه .

وهذه خاصية فى الفقه الإسلامى لم نجدها فى أى قانون من قوانين
الأمم الأخرى التى سبقت الأمة الإسلامية ، فالرومان مثلاً الذين يرفع
قوانينهم بعض الناس إلى أسمى المراتب ، ويعدهم البعض الآخر أصل التمدن
الحديث ، لم ينضج فقههم ولم يجمع نظامهم إلا فى عصر القيصر
« جوستينيان » سنة ٥٢٥ قبل الهجرة النبوية بسنين بعد مضى ثلاثة عشر
قرناً من حياة الرومان (١)

(١) الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى : لمحمد بن الحسن الحجوى ج ١

وكان عمل الفقهاء المسلمين أنهم اجتهدوا في فهم القواعد العامة والأصول التي يبيتها الشريعة الإسلامية في كتاب الله الكريم وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، بجانب فهمهم للأحكام الجزئية المبينة في هذين المصدرين الجليلين ، وأعطوا الأحكام التي فهموها من الكتاب والسنة الكريمين للجزئيات والفروع التي وجدت للناس ، أو فرضوها في كتبهم حتى يجد الناس حكمها إذا وقعت لهم على مر العصور .

وهذا البحث الذي بين يدي القارئ حاولت فيه أن أبين أن أصول نظرية التعسف في استعمال الحق موجودة في كتبنا الفقهية القديمة ، وليس هذا غريبا فإنه كلما ارتقت البشرية في تشريعها تقرب من أحكام الفقه الإسلامي ، الذي يثبت دائما أنه أرقى التشريعات ، وما ذلك إلا لأنه مستمد من كتاب الله الكريم وسنة رسوله ، وما تضمنه كل منهما من أدلة تبني عليها الأحكام .

ولا أدعى أنني بدأت في هذا البحث من فراغ ، وإنما استفدت من سبقوني في الكتابة في هذا الموضوع ، وإن كان لي من جهد في البحث فإن ذلك في إظهار الصور الفقهية التي تندرج تحت التعسف في استعمال الحق ونص على حكمها فقهاؤنا القدامى في كتبهم ، وفي إبداء رأيي في ضوابط التعسف في استعمال الحق ، وفي ذكر آراء علمائنا القدامى في المسائل المختلف فيها ، وتحقيق هذه الآراء ، ومناقشة أدلتها إن وجدت هذه المناقشة ، وترجيح ما رأيته راجحا مع بيان مستند الترجيح .

وهذا كله شيء جديد أضفته إلى كتابته من سبقوني في الكتابة في هذا الموضوع ، وأرجو أن أكون موفقا فيما تناولته ، وأن تجعل الشعوب

أحكامها مستمدة من هذا الفقه لأنه مستمد من الشريعة التي كلف بها كل البشر ، من حين إرسال محمد صلى الله عليه وسلم إلى أن ينتهي عمر الدنيا .

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل .

دكتور محمد رأفت عثمان

تمهيد

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 من أحكام موجودة في الشريعة الإسلامية ، وطبقها المسلمون في القضايا والمسائل التي كانت تحدث لهم في شتى نواحي علاقاتهم بعضهم ببعض .

معنى التعسف في استعمال الحق :

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 مزاولته الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه فهو مزاولته لما ليس من حقه من أول الأمر (١) .

حكم التعسف في استعمال الحق ودليله في الشريعة الإسلامية :

التعسف في استعمال الحق لا يجوز في الشريعة الإسلامية ، قامت على ذلك براهين متعددة في الكتاب الكريم ، والسنة النبوية الشريفة .
فأما الكتاب ، فإنه قوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن

(١) النظريات العامة للعمليات في الشريعة الإسلامية ، لأستاذنا الدكتور

فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضاراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، (١) .

فقد أمر الله تبارك وتعالى الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقاً يحق له فيه أن يراجعها ، أن يتصرف تصرفاً حسناً فيما يتصل بأمر المرأة ، إذا انقضت عدتها ولم يبق منها إلا مقدار ما يمكنه فيه أن يراجعها ، فيما أن يمسكها أي يرجعها إلى عصمته بمعروف بأن ينرى 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 الزوج إلى عصمته وهو غير محتاج إلى مراجعتها يريد الإضرار بها ، حتى لا تزوج غيره ، ثم يطلقها الرجل بعد ذلك ، فتدخل في العدة الواجبة على كل مطلقة ، فإذا قربت العدة أن تنتهي ، طلقها طلقة أخرى ، حتى تبدأ عدة أخرى فتطول عليها العدة ، فتنتظر مدة طويلة قبل أن يصح لها أن تزوج غيره ، فهناك أمر الله عن ذلك ، وتوعدهم عليه بقوله : « ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، أي ظلم نفسه بمخالفته أمر الله تعالى ، لأنه يعرض نفسه لعقاب الله سبحانه » (٢) .

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على حرمة التعسف في استعمال الحق ، أن رجعة الزوجة حق من الحقوق التي يملكها الزوج على زوجته

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٢١

(٢) تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ج ١ ص ٢٨٠ : ٢٨١

ما دامت في عدتها من طلاق رجعي^(١) ، وقد دعا الله تبارك وتعالى إلى

(١) ينقسم الطلاق إلى قسمين : رجعي وبائن .

فالطلاق الرجعي هو الذي يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية ؛ من غير أن يحتاج في ذلك إلى عقد جديد ؛ مادامت المرأة لم تنته من العدة وهي المدة التي يجب أن تنتظرها المرأة قبل أن تتزوج غيره ؛ ولا يتوقف إعادتها إلى الزوجية — مادامت في العدة — على رضا الزوجة أو رضا وليها ؛ فسواء رضيت المرأة أو لم ترض ؛ أو رضى 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 تأتىها الدورة الشهرية فعدتها تنتهي بالتطهر من الحيضة الثالثة ، وإذا كانت لا تأتىها الدورة الشهرية بأن كانت صغيرة لم تبلغ أو بلغت سن اليأس فعدتها تنتهي بثلاثة أشهر ، وأما إذا كانت المطلقة حاملا فعدتها تنتهي بوضع الحمل

وأما الطلاق البائن فهو إما أن يكون بائناً بينونة صغرى ، أو يكون بائناً بينونة كبرى .

فالبائن بينونة صغرى هذا الذي لا يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا إذا عقد عليها عقداً جديداً .

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 منها مالا في مقابل الطلاق ولم يكن مكملًا للطلقات الثلاث وهو ما يسمى الخلع ، فتبين أيضا منه بينونة صغرى ، أو يكون طلاقا حكم به القاضي بعد طلب الزوجة ، لوجود عيب من العيوب التي تمنع الاستمتاع ، كقطع عضو التذكير أو عدم انتشاره ، أو طلقها القاضي لإضرار الزوج بالزوجة فتبين الزوجة بهذا الطلاق بينونة صغرى .

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو الطلاق للمرة الثالثة ، وحكمه أنه لا يجوز للزوج أن يعيدها إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج غيره ، ويدخل بها الثاني دخولا

أن يستعمل الزوج حقه في ذلك استعمالا 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 ، هذه 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 بعد أن بين سبحانه نصيب كل من الزوجين والأخوة لأم من الميراث : « من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غير مضار وصية من الله »^(١) ومعنى هذا النص الكريم — والله أعلم — يجب أن تكون وصية الانسان محققة للعدل لا أن تكون قد حصلت للإضرار والجور والحيف كأن يوصى الشخص بحرمان بعض ورثته ، أو ينقصه عن حقه في الميراث ، أو يزيد على المقدار الذي قدره الله عز وجل له^(٢) .

ووجه الاستدلال من هذا النص الكريم على تحريم التعسف في استعمال الحق أن الوصية مع أنها حق للمورث فإنه لا يجوز له أن يستعمل

حقيقيا ، ثم يفارقها بالطلاق أو بالموت ، وتنتهي عدتها منه ، ويعقد عليها الأول من جديد ، بدون أن يكون ذلك باتفاق وإلا كان زواج المحلل ، وزواج المحلل لا يجوز شرعا ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له .
وإذا كان الطلاق رجعيا سميت المطلقة رجعية ، وأما إذا كان بائنا فتسمى المطلقة بائنا .

(١) سورة النساء : الآية رقم ١٢

(٢) تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ج ١ ص ٤٦١

حقه فيها إلا على وجه مشروع ، كأن يرصى ببعض ماله في وجه من وجوه الخير في حدود تلك أمواله ، ولا يجوز له أن يستعمل هذا الحق بطريق غير مشروع ، كأن يوصى بزيادة بعض الورثة عن باقيهم ، أو يحرم البعض ماله من الميراث ، أو ينقصه عنه ، أو يقر بدين غير حقيق حتى يضار الورثة ، فمثل هذه الوصايا التي فيها إضرار بالورثة ممنوع منها ، وهي إساءة لاستعماله لحقه في الوصية .

الدليل من السنة :

وأما الدليل من السنة النبوية الشريفة على تحريم التعسف في استعمال الحق ، فمنها ما روى عن عبد الله بن مسعود قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له ، رواه أحمد ، والنسائي والترمذي ، وصححه الترمذي .

وروى أيضاً أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « لا أخبركم بالتيس المستعار ، قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : فهو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » (١) .

ووجه الاستدلال أن الزواج من الحقوق المشروعة ، ولكن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث طلقات ، فإن الزوجة قد أصبحت بعد الطلقة الثالثة محرمة عليه لا تحل له إلا إذا تزوجت رجلاً آخر ، لقوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ويشترط أن يكون الزوج الثاني قد دخل بهادخولا حقيقياً ، كما بينت السنة ذلك في قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » .

(١) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٤١ : ١٤٢

كما يشترط أن يكون زواجها بالرجل الثاني زواجا عادياً ، أي لا يكون المقصود منه أن تحل لزوجها الأول بعد أن يطلقها الزوج الثاني .

فإن كان الاتفاق على ذلك لم يجز أن تزج للزوج الأول ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لعن المحل والمحلل له ، والرسول لا يعلن إنساناً على فعل أمر مباح ، فعرفنا أن هذا الأمر محرم لأن الرسول لعن من يفعله ، وما دام التحليل حراماً فإن زواج المحلل يكون فاسداً .

فالزواج من الأمور المشروعة ، فيجوز للرجل أن يتزوج في أي وقت ومن أي امرأة ، مادام ملتزماً بأركان هذا العقد وشروطه التي بينها الشريعة ، والتحليل من الأمور غير المشروعة .

فإذا كان المقصود بالأمر المشروع وهو الزواج أمراً غير مشروع وهو التحليل المنهى عنه ، فإن ذلك يكون فاسداً لأن الشرع حرم ذلك .

ومن السنة أيضاً ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : مثل القائم على حدود الله والواقع فيها ، كمثل قوم استهموا على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين في أسفلها إذا استقروا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً . . .

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 ويغيرهم إضراراً حسيماً ، لا يبرره أنهم يريدون أن يخففوا في الجهد الذي يبذلونه عند الشرب ، لأن هذا التخفيف سيؤدي إلى هلاكهم وهلاك شركائهم في السفينة ، بين الحديث ، وجوب منعهم من استعمال حقهم على هذا الوجه (١) .

متى يتحقق التعسف في استعمال الحق ؟

قد يلتزم الشخص الحدود الموضوعية المرسومة لحقه ، فلا يتعدى هذه الحدود غير أنه عند استعماله لحقه يستعمله على وجه فيه الإساءة لغيره ، فيكون مسيئاً في استعماله لحقه ، أو بعبارة أخرى متعسفاً في استعماله لحقه .

والصور التي تدخل تحت إساءة استعمال الحق ، أو التعسف في استعمال الحق كثيرة ومتنوعة ، ذكرها الفقهاء الإسلاميون في أبواب متعددة من أبواب الفقه الإسلامي ، في المرفق ، والصلح ، والشركة ، والغضب ، والديات ، والسيال ، وضمان الولاية ، وغيرها .

وقد وضع القانون المدني في مصر ثلاثة ضوابط يقوم عليها معيار التعسف في استعمال الحق ، بحيث إذا لم يوجد في تصرف المالك أحد هذه الضوابط الثلاثة لا يكون متعسفاً في استعماله لحقه ، وهذه الضوابط الثلاثة هي التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، وفيها : « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

وفي الوقت الذي نرى فيه بعض أساتذة القانون المدني يرون أن ضوابط التعسف في استعمال الحق محصورة في هذه الأمور الثلاثة التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، نرى بعضهم يذهب إلى أن استعمال الجار لحقه بطريق غير مألوف إلى حد الإضرار بالغير ، وهو ما يعبر عنه بالغلو في استعمال الحق ، يعتبر أيضاً صورة من صور التعسف في استعمال الحق ، بل يذهب بعض المشتغلين بالدراسات الفقهية الإسلامية إلى أن التعسف في استعمال الحق يتحقق بإحدى قواعد خمسة ، هي هذه الثلاث التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، ورابعها هي الغلو في استعمال الحق كما هو رأى بعض رجال القانون المدني الذي أشرنا إليه ، وخامسة هذه القواعد أن يستعمل الإنسان - بدون احتراس - حقه الذي يكون عرضة - بطبيعته - لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس (١) .

ونحن نرى أن التعسف في استعمال الحق ليس له إلا هذه الضوابط الثلاثة التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، وأما اعتبار الغلو في استعمال الحق ، أو استعمال الحق بطريقة خالية من الاحتراس صورتين أيضاً من صور التعسف في استعمال الحق فبعيد ، كما سيمتسب ذلك

(١) يذهب إلى هذا الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة في كتابه : النظريات العامة للمعاملات ص ١٠٥

عند كلامنا عن الغلو في استعمال الحق ، واستعمال الحق بدون احتراص ، وإليك الكلام عن ضوابط التعسف في استعمال الحق ، مع ملاحظة أننا سنبين أن هذه الضوابط تستند إلى الأدلة الشرعية ، وأن فقهاء المسلمين قد بينوا في مؤلفاتهم الأحكام التي تتفق مع هذه الضوابط .

الضابط الأول : قصد الاضرار 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 إن هذه الصورة من ضرر الاستعمال تعد أظهر ضرر لإساءة استعمال الحق على الإطلاق^(١) وذلك كالذي يهدم جداره الذي كان ساتراً لجاره ، وليس له من غرض إلا الاضرار بجاره ، فهو في هذه الحالة متعسف في استعماله لحقه وقرر الامام أحمد الدردير أحد كبار علماء المالكية أنه يطالب حينئذ بإعادة بناء الجدار .

وأما إذا كان قد هدمه مريداً لإصلاحه كخرفه من سقوطه مثلاً ، أو سقط الجدار بنفسه فلا يتحقق التعسف هنا ، ولا يطالب بإعادة بناء الجدار ويقال للجار : استر على نفسك إن شئت الست^(٢) .

ومن صور قصد الاضرار بالغير أيضاً ، أن يحفر المالك بئراً في أرض يملكها ، قاصداً بها الاضرار بالناس^(٣) .

هذا ، ويجب أن ننظر إلى الاضرار بالغير في نطاق السلوك المألوف للشخص العادي ، فإذا كان التصرف الذي تصرفه المالك جامعاً بين الاضرار

(١) التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ، لحسين عامر ص ١٠٤ .

(٢) الشرح الكبير : لأحمد الدردير ج ٣ ص ٣٣٠ طبع مطبعة التقدم العلمية .

(٣) الشرح الصغير : لأحمد الدردير ج ٤ ص ٨٤ مطابع شركة الإعلانات

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 مشروعاً خالياً عن التعسف ، وأما إذا كان المالك لا يرغب في مصلحة لتصرفه هذا ولا يريد إلا الإضرار بالغير فهنا يوجد التعسف في استعمال الحق ، وكذلك إذا تحققت بتصرفه الذي يقصد به الإضرار منفعة عرضية لم تكن مقصودة في الأصل ، كمن يزرع أشجاراً في أرضه يقصد بها أن تحجب النور عن جاره فأدى زرع هذه الأشجار إلى تقوية الأرض كان هذا أيضاً من صور التعسف في استعمال الحق ، بل ويعتبر من صور التعسف ما إذا كان قصد الإضرار بالغير مقروناً بقصد تحقيق مصلحة تافهة ليست هي المقصد الأول من هذا التصرف بل مقصده الأول هو الإضرار بغيره .

وأما كيف يمكن التعرف على أن المالك كان يقصد الإضرار بالغير ، فإن القضاء في مصر 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^(١) .

مستند هذا الضابط :

يرى بعض الباحثين أن هذا الضابط يستند إلى دليل من الأدلة الشرعية التي تبني عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية ، وهو القياس ، وذلك لأنه ثبت في الشرع بنص الكتاب — كما سبق أن بينا —

(١) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ٨٦ ، ٨٧ والتعسف في استعمال

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^(١) ونحن نرى أن هذا الضابط يستند إلى دليل شرعي أقوى من القياس ، هو السنة المصدر الثاني من مصادر التشريع في الإسلام فقد روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « لا ضرر ولا ضرار » فيكون كل فعل مَرْدِيَا إلى الإضرار بالغير حراماً بمقتضى هذا النص .

الضابط الثاني أن تكون المصالح التي يرمى إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير :

إذ كانت المصلحة التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للغير أعظم منها كان ذلك صورة من صور التعسف في استعمال الحق .

من هذا مثلاً ، ما إذا أخرج صاحب البيت روستاً^(٢) من جدار بيته إلى الشارع ، أو أخرج سائطاً أي سقيفة بين حائطين والشارع بينهما ، فأدى لإخراج الروشن أو السقيفة إلى إظلام موضع في الشارع إظلاماً لا يحدث في العادة^(٣) ، أو أدى ذلك إلى منع العربات ووسائل النقل المحملة بحمولتها التي تمر بهذا الشارع^(٤) .

(١) النظريات العامة للمعاملات . المصدر السابق ص ١٠٦

(٢) المراد بالروشن ما يبنيه صاحب الجدار في الشارع ولا يصل إلى الجدار المقابل له ، سواء كان من خشب أو من حجر وهو ما يسمى في لغة العامة « بلكونه » وأما إذا وصل إلى الجدار المقابل له وصار الجداران يحملانه فيسمى حينئذ بالسائط . حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ ص ٣٦٠

(٣) شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ج ٣ ص ٣٦٠ وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج ١ ص ١٦٣ طبع مطابع الشعب

(٤) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم . الجزء الأول ص ١٦٣

هذا ، ويجدر بنا أن نبين آراء العلماء في إخراج الروشن والساباط إلى الطريق النافذ ، ثم نرجح ما نراه من هذه الآراء .

آراء العلماء

اختلف العلماء في إخراج الروشن والساباط اختلافاً يمكن أن نجمله في ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

ما يراه الحنابلة ، وهو أنه لا يجوز إخراج الروشن والساباط ، سواء أكان ذلك يسبب - في العادة - ضرراً للمارة ، أم لا يسبب ذلك ، وسواء أكان المخرج للساباط يملك الحائطين اللذين يستقر عليهما الساباط أم لا ، وسواء أحصل على إذن من الحاكم في إخراج الروشن أو الساباط ، أم لم يحصل على إذن منه^(١) .

الرأى الثاني :

ما يراه أئمة 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 لو كان أضعف الناس منزلة ، وسواء أكان مسلماً أم ذمياً - أن يمنع المالك من إخراجه ، سواء أكان يترتب على الإخراج ضرر أم كان لا يترتب عليه ، لأن

(١) المغني لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر عمر بن الحسين

ابن عبد الله بن أحمد الخرقى ج ٥ ص ٣٣

في هذا العمل افتياتاً على رأى الحاكم في الأمور التي يجب أن يفوض تديرها إليه (١).

ويتفق ابن عقيل أحد فقهاء الحنابلة مع أبي حنيفة وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة في أنه يشترط لجواز إخراج الروشن أو الساباط أن يحصل على إذن من الحاكم، إلا أن ابن قدامة وهو يصور رأى 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 سذكروهم في أصحاب الرأى الثالث (٢).

الرأى الثالث :

ما يراه المالكية (٣) والشافعية (٤) والأوزاعي ، وإسحاق بن راهويه ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، وهو أنه يجوز إخراج الروشن والساباط ما لم يؤد ذلك إلى الاضرار بالمارة ، وليس لأى واحد من الناس الحق في منع المالك من ذلك مادام لم يتحقق به ضرر (٥).

(١) شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرني على هامش تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٣٣٠

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣

(٣) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٨

(٤) تحفة المحتاج لأحمد بن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤٢ والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد بن أحمد الشرييني الخطيب ج ٣ ص ٢٦ طبع مطابع دار الشعب

(٥) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣

فإذا تحقق الضرر من إخراج الروشن أو الساباط ، بأن كان أى منهما مثلاً غير مرتفع الارتفاع الذى يمكن المار من الطريق أن يمر منتصباً من غير احتياج إلى أن يطاق رأسه فى الطريق التى يكون المور فيها قاصراً على الناس السائرين على أقدامهم ، أو كان غير مرتفع فى الطرق التى تمر بها المركبات ووسائل النقل الارتفاع الذى يمكنها من السير فيها بحمولتها ، فإنه فى هذه الحالة لا يجوز الإخراج .

وكذلك يتحقق الضرر بأن كان إخراج الروشن أو الساباط مؤدياً إلى إظلام الموضوع لإظلاماً لا يحتتمل فى العادة فلا يجوز كما بينا كل ذلك سابقاً .

ولو فعل المالك ما هو ممنوع منه فإنه يجب إزالته ، والمزيل له هو الخاكم وليس كل واحد من الناس ، لانه لو أعطى كل واحد من الناس حق إزالته لأدى ذلك - غالباً - إلى حدوث فتنة بين الناس ، لكنه يحق لكل واحد من الناس أن يطالبه بإزالته ، لانه حينئذ داخل فى نطاق إزالة المنكر (١)

أدلة الآراء

دليل الرأى الأول :

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

(١) الإقناع فى حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد بن الشرييني الخطيب ج ٣ ص ٢٦ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ١ ص ١٦٢

دليل الرأي الثاني :

يستند رأي أبي حنيفة إلى أن كل واحد من الناس يعتد صاحب حق في المرور في الطريق العام بنفسه وبدوابه ، فكان له الحق في أن يتقضه ، كما في حالة الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئاً كان لكل واحد منهم الحق في نقضه ، فكذلك الحكم فيما نحن فيه (١) .

دليلي الرأي الثالث :

يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن إخراج الروشن أو الساباط إلى الطريق التافذ 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 (٢) .

المناقشة :

ناقش الحنابلة ما استدل به مالك ، والشافعي ، والاوزاعي ، 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 جملت 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 عنهما .

(١) الهداية للبرغيناني ، مطبوع مع تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٣٣٠ والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود بن محمود ج ٤ ص ١٠٠ طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية

(٢) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣

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 من ذلك إلى قتل المارة أو إلى إصابتهم . وقد تعلو أرض الشارع بمرور الأيام وتراكم طبقات التراب والطين بعضها فوق بعض ، فيؤدي ذلك إلى اصطدام رؤوس المارين بهما ، وإلى منع مرور الدواب بأحمالها ، ويقطع الطريق إلا على المشاة ، وكل هذه الأمور ضرر بلا ريب ، وكل ما أفضى إلى حدوث الضرر في المآل يجب منعه في الابتداء ، كما لو أراد المالك أن يبني حائطاً مائلاً إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها فإنه يمنع من ذلك (١) .

ما يجاب به على هذه المناقشة :

يمكن أن نجيب على ما قاله الحنابلة ، 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 فإدى منها إلى إظلام الطريق فنحن معكم في القول بمنعه وما لم يؤد إلى الإظلام فلا ضرر منه فيجوز إبقاؤه .

وكذلك لا نسلم القول بأنه ربما يسقط كاه أو يسقط جزؤه على المارة وكون هذا مبرراً لمنعه ، إذ يمكن لنا أن نقول كذلك : ربما يسقط الحائط

(١) المغني : المصدر السابق ج ٥ ص ٣٣ ، ٣٤

المتصل بالشارع على المارة وإن كان سليماً ، فيجب منع بناء الجيطان بجوار الشوارع والأماكن التي يمر فيها الناس ، وهذا قول لم يقله أحد ، والذي يمكن قوله في هذا المجال إن 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 الحنابلة : إن الأرض قد تعلو فيؤدي ذلك إلى اصطدام رءوس المارين بهما وإلى منع الدواب بأحماها ، فإننا أيضاً لا نسله سبباً للمنع ، إذ يمكن في هذه الحالة ، أي حالة ارتفاع الأرض 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 استدلل به الحنابلة :

وأما ما استدلل به الحنابلة من أنه بناء في ملك الغير بغير إذنه ، فلا نسله ، 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 روشنا أو ساباطاً فإنه يكون قد أخرج في ملكه المشترك بإذن الباقي عرفاً .

رد على ما استدلل به أبو حنيفة :

وأما ما استدلل به أبو حنيفة فإنه يكون مقبولاً في حالة الروشن

أو الساباط الذي أدى إلى إحداث إضرار بالماراة ، وأما الذي لا يؤدي إلى الإضرار بالماراة فإنه لا يتعارض مع حق المارة في المرور في الطريق العام ، وعلى ذلك فإن الداعي إلى منع صاحب الروشن أو الساباط من إخراج ما يتحقق ما دام الإخراج غير ضار بأحد ، وأما إذا أضر بأحد فإنه يجوز لكل واحد أن يطالب بإزالته ، والمزبل له هو الحاكم حتى لا يؤدي إخطاء كل واحد من الناس الحق في الإزالة إلى حدوث الفتنة بين الناس .

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

هل يجوز الصلح على إشراع الروشن بعوض :

بين فقهاء الشافعية أنه يحرم الصلح على إخراج الروشن أو الساباط بعرض . حتى لو كان الذي صالح عليه هو الحاكم نفسه ، واستندوا في هذا الحكم إلى الأمرين الآتيين :

الأمر الأول : أن الهواء لا يجوز إفراده بالعقد ، وإنما يكون دائماً تابعاً للقرار كالحمل بالنسبة إلى الأم .

الأمر الثاني : أن إخراج الروشن أو الساباط لا يخلو من أحد أمرين : الأول أن يؤدي إلى حدوث ضرر ، والثاني : أن لا يكون ضاراً بأحد ، فإذا كان الأول فهو إحداثه الضرر فإن الإخراج حينئذ لا يجوز ، وأما إذا كان الثاني وهو عدم الإضرار بأحد فإن المالك حينئذ مستحق للإخراج وكل ما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أن يطالب بمقابل له ،

كالمرور فإنه حق لكل إنسان في الطريق ولا يجوز أن يطالب بمقابل لمروره فيه^(١).

وبهذا ينتهي كلامنا عن مسألة إخراج الروشن والسباط ، ولنواصل الآن ذكر صور أخرى تندرج تحت الضابط الذي نتكلم عنه من ضوابط التعسف استعمال الحق ، وهو أن تكون المصالح غير متناسبة مع ضرر الغير .

من صور هذا الضابط أيضاً ما ذكره المالكية^(٢) وبعض الحنفية^(٣) من أن المالك إذا أراد أن يفتح كوة أى طاقة تشرف على جاره ، أو شباك 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 .

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

الأول : أن يكون الفتح جديداً ، فإن كان الفتح قديماً فإنه لا يقضى بسده . ويقال للجار ، استر على نفسك إن شئت .

(١) معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب ج ٢ ص ١٨٣ ، وشرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري مطبوع مع حاشية البجيرمي ج ٣ ص ١٢

(٢) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٧ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣١

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦

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

وإذا حكم بسد هذه الفتحة التي توفر فيها هذان القيدين فإنه لا يستفي بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه . لأنه يمكن أن يكون في المستقبل ذريعة لأن يدعى صاحبها أنها قديمة ويطلب بفتحها . فلا بد إذن من سد الفتحة من أصلها . وإزالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما^(٤) .

هذا ما يراه المالكية ، وأما الشافعية^(٥) وبعض الحنفية^(٦) وداود الظاهري وابن حزم الظاهري^(٧) فإنهم يرون جواز أن يفتح المالك ماشاء من الكوات ، سواء أكانت في أعلى الجدار أم في غير أعلاه ، حتى لو أشرفت على دار جاره وحرمة . وعلى جاره إذا أراد أن يستر نفسه أن يبنى في ملكه ما يؤدي إلى هذا الستر . إلا أن صاحب الكوة ممنوع من الاطلاع على جاره^(٨) .

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 متعه من النظر منها^(٩) .

(١) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٧

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لأحمد بن حنبل الهيثمي ج ٢ ص ٢٤٧ ، والوجيز للغزالي الجزء الأول ص ١٠٧ طبع مطبعة حوش قدم

(٣) الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦

(٤) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٠٥ (٥) المحلى المصدر السابق ج ٩ ص ١٠٥

(٦) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ج ٣ ص ١٢

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 من باب أولى ونحن نرى أن فتح الكوة مادام في أعلى الحائط بحيث يرتفع عن قامة الإنسان العادية - كما بين المالكية - ينبغي أن يسمح به ، مادام مقصوداً به دخول الهواء أو الضوء ، وليس مقصوداً به الاطلاع على حرمان جاره ، غير أننا نحالف المالكية في اشتراطهم أن لا يكون الفتح جديداً ، فالضرر يجب أن يزال ولو كان قديماً ، وسنناقش الشافعية فيما قالوه ، ثم نخرج على ما اعتمد عليه ابن حزم ثم نناقشه فيه ، واليك الآن مناقشة الشافعية .

مناقشة الشافعية :

قول الشافعية بجواز ذلك مطلقاً ، أي سواء اكانت الكوة في أعلى الحائط أو في غير أعلاه غير مسلم ، لأن ذلك يؤدي إلى الاضرار بالجار ، والاضرار ممنوع كما سبق في الحديث الشريف ، وكون الجار يستطيع أن يدفع الضرر عنه ببناء ساتر أمام الكوة لا يعتبر مبرراً لجواز الإقدام على هذا الفتح ، وإلا كان من الجائز - بهذا المنطق - أن يحاول شخص الاعتداء على شخص آخر مادام في إمكان هذا الآخر أن يصد اعتدائه عليه .

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

إما أن يقصد الاضرار بالجار أولاً يقصد الاضرار به فيل يرى مصلحة في رفعه كأن خاف سقوطه ، فإذا فصل الاضرار بالجار

- فليس له ذلك ، بل يطالب بإعادة بناء الجدار كما سبق أن بيناه عند كلامنا على الضابط الأول من ضوابط التعسف في استعمال الحق .

وأما إذا لم يقصد الاضرار 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 يبادر - غالباً - إلى ستر بيته بحائط جديد ، حتى لو تحمل هو وحده تكاليف بناء هذا الحائط الجديد ، لئلا يعرض بيته على الاقل - للسرقه والسرقة - نفسه انكشف أسراره ، بخلاف فتح الكوات التي تحدث لا يبادر الجار في العادة - غالباً - ببناء ساتر 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 ، وربما تركت هذه الكوة مدة فتسكون وسيلة لاطلاع الجار على حرمان جاره .

ما استدلل به ابن حزم :

استدل ابن حزم الظاهري بعدة أمور يراها مؤدبة إلى ما يدعيه من جواز الفتح (١) .

الأمر الأول : أن الجار لا يحل له أن ينتفع بحائط جاره إلا إذا ورد نص يفيد إباحة هذا الانتفاع ، وبما أن إبقاء حائط الجار مسدوداً لا يجوز فتحه هو ستر جار صاحب الحائط ، والستر بعد انتفاعاً 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 الاسترعى 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 جزله أن يسقطه 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 الإضرار على الجار من على السقف والإضرار عليه من قاع الدار ؟ لا فرق بينهما ، وإذا كان الإضرار من على السقف غير ممنوع فيصير الإضرار من قاع الدار غير ممنوع كذلك .

والجواب على هذا أن الشخص إذا قصد بصعوده على السقف أن يطلع على جاره وليس له مصلحة في ذلك فهذا ممنوع أيضاً ، لأنه إضرار بالجار والإضرار ممنوع .

وزيادة على هذه الأمور التي ذكرناها وأجبنا عليها ناقش ابن حزم المانعين بقوله : فإن احتجوا بالخبر « لا ضرر ولا ضرار » فهذا خبر لا يصح لأنه إنما جاء مرسل ، 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 لشفع غيره ، فهذا هو الضرر حقاً .

ويمكن أن نجيب عن هذا بما يأتي :

أولاً : ادعاء ابن حزم أن حديث لا ضرر ولا ضرار مرسل أو من طريق فيها زهير بن ثابت وهو ضعيف به نرد عليه بأن هذا الحديث جاء من عدة طرق ليس فيها إرسال فقد روى عن ابن عباس ، وأبي سعيد الخدري ، وعبادة بن الصامت (١) .

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 ، هذا الادعاء غير مسلم أيضاً ، لأن الإضرار على الحرمان 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 ، يقول الباجوري أحد فقهاء الشافعية (٢) : « والحاصل أن كل أحد يتصرف في ملكه بما لا يضر ملك الجار وإن أضر بالجار ، كفتح الطاقات ، بخلاف ما يضر بملك الجار ، نحو الحفر بجواره فيمنع منه إذا أضره ، ولا أدرى لم هذا الفرق في الحكم بين الإضرار بالجار والإضرار بملك الجار ؟ ولم لم يأخذوا حكماً واحداً وهو المنع كما يفهم من تحريم الضرر في الشريعة الإسلامية ؟ إذ إنه لا يفهم من ذلك إلا تحريم كل ضرر .

الحال في القانون المدني :

يتفق القانون المدني في مصر مع الفقه المالكي في جواز فتح الطاقات أو المناور كما سماها القانون المدني في مصر - إذا كانت عالية عن قامة

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠

(٢) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم : الجزء الأول ص ١٦٥ طبع

الإنسان العادي، فقد نصت المادة ٨٢١ من القانون المدني المصري على أنه :
« لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهي التي تعلو قاعدتها عن قمة
الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ الضوء ، دون أن
يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور » .

وعلى هذا يكون المنور هو الفتحة التي تعلو قاعدتها عن قمة الانسان
المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع
الإطلال منها على ملك الجار .

ونظر آ 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 إلى المظلات ، وهي الفتحات التي تمكن من النظر
إلى الخارج مثل النوافذ والمشربيات والخارجيات ، فقد فرض القانون
المصري بخصوص المظلات المواجهة وهي التي تسمح بالنظر إلى ملك الجار
مباشرة أن لا تقل المسافة من ظهر الحائط الذي هي فيه ، أو من حافة
المشربة أو الخارجة إلى ملك الجار عن متر ، كما هو نص المادة ٨١٩ من
القانون المدني ، وهو : « لا يجوز للجار أن يكرن له على جاره مظل مواجه
على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المظل ، أو
من حافة المشربة أو الخارجة » .

وفرض القانون بالنسبة إلى المظلات المنحرفة — وهي التي لا تسمح
بالنظر إلى ملك الجار مباشرة ، بل بالالتفات يمينا أو شمالا أو بالانحناء
إلى الخارج — أن لا تقل المسافة عن نصف متر ، فقد نصت المادة ٨٢٠
من القانون المدني على أنه « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مظل منحرف
على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المظل ، ولكن يرتفع هذا
الخطر إذا كان المظل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مظل
مواجه للطريق العام » .

وأما المناور فلم يفرض القانون في شأنها أية مسافة ، فيباح للمالك
أن يفتحها في حائطه المظل على ملك الجار ، وهو بذلك يزاوئ حقه في
استعمال ملكه ، وعلى ذلك فليس للجار حق مطالبته بسد هذه المناور ،
بيد أن له الحق في أن يبني ساترا فاصلا بينه وبين هذه المناور المفتوحة
في حائط جاره ، حتى لو أدى ذلك الساتر إلى سد هذه المناور ، ولا يسقط
حقه في ذلك أبدا ، فهما مضمي على فتح المناور من زمن فليس لصاحب
المناور الحق في أن يدعى لنفسه كسب ارتفاع بالتقادم يكون مانعا للجار
من إقامة ساتر في ملكه يؤدي إلى سدها^(١) .

إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن القانون المدني وإن كان قد اتفق مع
الفقه المالكي إلا أن هذا الاتفاق ليس تاما، فهما يتفقان في ناحية ويختلفان
في ناحية أخرى ، وذلك لأن الفقه المالكي — كما سبق بيانه — قد قسم
الفتحات التي تعلو عن قمة الانسان العادي إلى قديمة وحديثة ، وبين لكل
منهما حكما خاصا 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 قدينا وأجوب سدها
إذا طلب الجار ذلك ، وهنا نرى أن القانون المدني يختلف مع الفقه
المالكي ، فإن القانون المدني لا يشترط في الإبقاء على الطاقة أو المنور
أن يكرن قديما ، بل يجيز القانون فتح المناور مطلقا كما يفهم من الاطلاق
في نص المادة ٨٢١ من القانون المدني ، فلم يفصل فيها بين قديمة
وحديثة .

(١) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ١٤٤ — ١٥١ ، وحق الملكية
في القانون المدني المصري للدكتور منصور مصطفي منصور ص ٩٠ — ٩٤

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 المناور قديماً فإن القدم يكون مبرراً لجواز الإبقاء على فتحه .

ونحن لا نرى مبرراً للتفريق في الحكم بين القديمة والحديثة ، فمادامت المناور لا يقصد بها الإضرار بالجوار بالاطلاع على حرمانه ، بل هي من الارتفاع عن قامة الانسان العادي ، ولا يقصد منها إلا مرور الهواء أو الضوء أو الشمس فلا مانع من السماح بها ، وأما إذا ثبت أن الجار قد 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 (١) .

وهذا رأى أيضاً 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 .

ولنتقل الآن إلى ذكر صور أخرى للمصالح التي لا تتناسب مع ضرر الغير .

من هذا أيضاً ، ما إذا أراد شخص تنفيذ سجاجيده أو حصره ، أو ما مائلها على باب منزله وكان الغبار المنفصل منها يضر بأجسام المارة أو بملابسهم ، فقد نقل الشيخ محمد عرفة الدسوقي من كبار علماء المالكية عن

(١) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ١٥١ وحق الملكية في القانون المدني المصري للدكتور منصور مصطفى منصور ص ٩٤

ابن حبيب من كبار علمائهم أيضاً أنه « يمنع الشخص من تنفيذ حصره ونحوها على باب داره إذا أضر الغبار بالمارة ، ولا حجة له أنه إنما فعله على باب داره » (١) .

ويدخل في هذا الضابط أيضاً 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 ياحدى وسيلتين : إما بردها إلى ناحية أخرى ، وإما بقطعها ، وذلك لأن الهواء يملكه صاحب القرار ، فوجب عليه أن يزيل ما يشغله من ملك غيره كالقرار سواء بسواء .

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 إخراجه ، وغاية الأمر أن الجار إذا أمكنه أن يزيل الأغصان من غير إتلاف ولا قطع للأغصان بدون مشقة يتحملها أو غرامة يتكفلها 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 تلافى هذا الاتلاف كان ضامناً لما أتلفه .

وأما إذا لم يمكنه إزالة الأغصان إلا بالاتلاف فله الحق في ذلك قرر ابن قدامة هذا الحكم ثم قال : « ولا شيء عليه ، فإنه لا يلزمه اقرار مان غيره في ملكه » (٢) .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير ج ٣ ص ٣٣٢

(٢) المغنى لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ج ٥ ص ٢١

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

مستند هذا الضابط:

يمكن أن يستند هذا الضابط على منع الضرر في الشريعة الاسلامية ، كما هو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو قوله : « لا ضرر ولا ضرار » ، وفي هذا الحديث - كما يقول الشوكاني - دليل على تحريم الضرر على اى صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره ، فلا يجوز في صورة من الضرر الا بدليل يخص به هذا العموم ، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فان جاء به قبلته ، والا ضربت بهذا الحديث وجهه . فانه قاعدة من قواعد الدين ، تشهد له كميات وجزئيات ، ، انتهى كلام الشوكاني (١) .

وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ايضاً أنه قال : « من ضار أضر الله به ، ومن شاق شاق الله عليه » (٢) .

وقد اختلف العلماء في معنى كل من الضرر والضرار ، فمن العلماء من يذهب الى أن الضر هو أن تضر غيرك وتنتفع أنت به ، والضرار أن تضره

من غير أن تنتفع ، ومنهم من يرى أن الضرار هو الجزاء على الضر ، وأما الضر فهو الابتداء ، ومن العلماء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد (١) الضابط الثالث : أن تكون المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة : إذا قصد الشخص باستعماله لحقه مصلحة غير مشروعة كان بهذا متعسفاً في استعمال حقه ، فالجار الذي يجعل بيته مأوى للصوم يهددون جيرانه ، ويسطون عليهم من منزله قد تعسف في استعماله لحقه في بيته .

مستند هذا الضابط :

يمكن أن يستند هذا الضابط الى 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 فان الشرع حرم زواج التحليل ، فعن عبد الله بن مسعود رضى 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 منهى عنه (٢) .

فالزواج مجعول لكي يحصل به العشرة الدائمة وتكوين الأسرة ، ولأنه لما قصد به عمل مؤقت يتوصل به الى هدف آخر ذمه الشرع .

فيقاس على تحريم زواج التحليل وما مثله من كل ما ثبت تحريمه بالنص غير ذلك من الأمور التي يقصد بها التوصل الى تحقيق أغراض غير مشروعة (٣) .

(١) المصدر السابق

(٢) سبل السلام ، للصنعاني ج ٣ ص ١٢٧

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦١

(٢) المصدر السابق

الغلو في استعمال الحق .

كما تكلمنا عن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني . وبيننا أن ضابطه الثلاثة تستند إلى الأدلة الشرعية ، وأن فقهاء المسلمين القدامى قد ينسوا في كتبهم الأحكام التي تتفق مع هذه الضوابط ، سنتكلم أيضاً عن الغلو في استعمال الحق ، ونبين أن الفقهاء المسلمين قد قرروا الأحكام التي تتفق مع هذا الضابط من ضوابط استعمال الحق .
ولإيمك بيان ذلك .

الأصل أن الإنسان له حق استعمال ملكه بما يحقق له كل المنافع التي يمكن أن تعود عليه منه ، ومن الطبيعي أن ينجم في بعض الأحوال ، بل وفي كثير من الأحوال عند استعمال الإنسان لملكه استعمالاً عادياً بعض المضايقات أو الأضرار المألوفة التي يكون من العسير على المالك أن يتحرز عنها . وهذا أمر يجب أن يتحملة الجيران فيما بينهم ، وإلا أضحى استعمال المالك لملكه موقراً على ضوابط تؤدي في النهاية إلى تعطيل هذا الاستعمال العادي ، أو إلى إبطال حقه في التصرف فيما يملكه .

وقد بين فقهاء الحنفية أن القياس في هذا المجال أن الشخص لا يمنع من تصرفه في ملكه الخاص حتى لو أدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالغير ، هذا ما يقتضيه القياس ، ولكن القياس يترك في المسائل التي يؤدي استعمال الحق فيها إلى إلحاق ضرر فاحش بالغير ، أي ضرر ظاهر به .

ووضح الحنفية أن المراد بالضرر الفاحش ، أو الضرر الظاهر ، أو الضرر البين ، هو : ما يكون سبباً للهدم ، ويخرج عن الانتفاع بالكلية ، وهو ما يمنع الخراج الأصلية ، كسد الضوء بالكلية .

وصرحوا بأن سد الضوء بالكلية على مكان ، ضابطه أن يكون مانعاً من السكينة .

فالضرر المألوف الذي ينجم عن الاستعمال العادي إذن لا يكون مبرراً لمنع المالك من تصرفه فيما يملك ، والسكن الضرر غير المألوف ، أو بعبارة أخرى الضرر الظاهر أو الفاحش أو البين هو الذي يكرن مبرراً لذلك ، وإلا كما يقول ابن عابدين في سياق بيان منع الضرر الفاحش ، لا يمنع كل ضرر . : . لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستأجرها جارها ، فأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به (١) .

فالجيران إذن عليهم أن يتحملوا المضايقات أو الأضرار العادية التي لا يمكن أو يعسر أن يخلو عنها الاستعمال العادي المألوف ، كصوت المذياع العادي ، ودخان الفرن الذي يخبز فيه أهل الدار في القرية في فترات غير متوالية ، وعجين الطين أو الأسمنت بجوار ملك المالك إذا بقي في الشارع مقدار المرور للناس ، وإلقاء الحجارة في الشارع للعمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها ، وربط الدواب في الشارع بقدر حاجة النزول والركوب ، ورش الشارع رشا خفيفاً لا يؤدي إلى الإضرار بمن يمر في الطريق ، وهكذا (٢) .

وفي الناحية المقابلة ، فإنه على المالك أن يتخذ من الاحتياطات ما يكون كفيلاً بأن لا يجعل تصرفه في ملكه سبباً لإحداث مضايقات أو تنغيص مجاوز للحدود التي يمكن أن يتحملها الناس في جوار كريم (٣) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦

(٢) حاشية بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١

(٣) التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ، لحسين عامر ١٠٦

هذا هو الأصل الذي يجب مراعاته إلا أنه قد يحدث أن يستهمل الإنسان حقه في ملكة استعماله غير متعارف بين الناس ، فيؤدى إلى الإضرار بالغير ظاهرا ، فيكون محل مساءلة ، ويضمن ما تلف بسبب فعله هذا ، وفي هذا المجال يقول صاحب تنوير الأبصار وشارحه من الحنفية ، ولا يمنع الشخص من تصرفه في ملكه إلا إذا كان الضرر بجاره ضرراً بيناً - أى ظاهراً - فيمنع من ذلك (١) .

فإذا أوقد شخص في ملكه نارا تسرى في العادة إلى دار جاره ، لكثرة هذه النار ، أو لكونه أججها في وقت هبوب ريح شديدة حملت هذه النار إلى دار جاره ، كان مغالباً في استعمال حقه ، ويضمن ما ترتب على تصرفه من مضار .

وكذلك الشخص الذى فتح ماء كثيرا بتعدى إلى الجيران يعد مغاليا في استعماله لحقه ويضمن كل ما أتلفه بتصرفه ،

وكذلك يكون الشخص مغالياً في استعماله لحقه إذا أوقد نارا فأدى هذا الايقاد إلى أن يبست أغصان شجرة يملكها غيره ، إذا لم تكن هذه الأغصان فى هوا ملكه ، لأن كون أغصان شجرة غيره قد يبست من النار التى أوقدها دليل على أن هذه النار كانت كثيرة (٢) .

ومن الغلو فى استعمال الحق أيضا أن يدق الشخص فى ملكه دقا يؤدى إلى هز حيطان الجار وهدمها (٣) .

(١) الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصكفى ، شرح تنوير الأبصار ، مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٥
(٢) المغنى ، لابن قدامة ج ٥ ص ٥٣
(٣) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة ج ٥ ص ٥١

هذا ، وليس بلازم أن يردى الغلو فى الاستعمال إلى إتلاف شيء يملكه الغير حتى يكون مسؤولاً عن غلوه فى استعمال حقه ، بل يجب منع المالك من هذه الصورة من الاستعمال ما دام قد أدى إلى الإضرار بالغير حتى لو لم يرد إلى شيء من الإتلاف فيجب منع المالك مثلاً من إلقاء القمامات ، أو التراب . أو الحجارة أمام ملكه ، ومنعه من رشه الشارع رشا مفرطاً ، وما مائل ذلك من ربط الدواب مدة طويلة فى الشارع ، وفى هذا المجال يقول فقهاء الشافعية : يجب منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب فى الشارع للكره ، فلا يجوز وعلى ولى الأمر منعهم لما فى ذلك من مز يد الضرر (١) .

ومن الغلو الممنوع أيضا ، ما إذا اشترى داراً لبيخصها للدبغ ، وأدى هذا إلى الإيذاء الدائم لجيرانه ، أو أراد أن يبنى فى داره فرناً للخبز ، دائماً أو أقام فيها آلة الطحن ، فكل هذا يعتبر غلواً نى استعمال الحق (٢) .

ومن هذا أيضا اشتداد صوت آلات الحدادين والنجارين ودوامه الذى يسبب الضوضاء المقلقة للسكان (٣) .

ومنه كذلك إحداث إصطبل للخيول ونحوها من الدواب أمام باب غيره (٤) .

ومن ذلك أيضا إذا ساق الراعى المشترك - وهو من لا يجب عليه

(١) حاشية ابن قاسم العبادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى ج ٢ ص ٢٤١ ، ٢٤٢

(٢) رد المحتار (حاشية ابن عابدين) على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٤ ص ٢٣٠

(٣) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٨
(٤) الشرح الكبير لأحمد الدردير ج ٣ ص ٣٣٢

أن يختص بواحد (١) الدواب المملوكة لغيره على السرعة فازدحمت على قنطرة أو على شط فأدى ذلك إلى أن دفع بعضها بعضاً فسقطت في الماء (٢).

وبقرل فقهاء الحنفية في هذا المجال : « لو أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين، أو رحي للطحن، أو مدقات القصارين (٣) لم يجز ، لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه ، فإنه يأتي منه الدخان الكثير ، والرحى والدق يوهن البناء ، بخلاف الحمام لأنه لا يضر إلا بالندوة ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطاً بينه وبين جاره ، ويخلاف التنور المعتاد في البيوت ، ويبنوا أيضاً بالنسبة إلى الحمام « أن الضرر لو فاحشاً يمنع وإلا فلا ، (٤) » .

كل هذه الصور وغيرها ذكرها الفقهاء الإسلاميون وبنوا حكمها الذي ذكرناه آنفاً .

فإذا انتقلنا من الفقه الإسلامي إلى القانون المدني فسرى أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري تنص على ما يأتي :

١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك لجار .
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 منها بالنسبة إلى الآخر . والغرض الذي خصصت له ،

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٤

(٢) المصدر السابق ج ٥ ص ٤٦

(٣) قصر الثوب : دقه ، ومنه القصار .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦

وعلى هذا فقد يكون الشخص قد راعى الحدود الموضوعية لحق الملكية، ولم يتعسف في استعماله لحقه ومع ذلك فإنه يكون عرضة للمساءلة إذا غلا في استعماله لحقه فأدى ذلك إلى الإضرار بالغير (١).

هل الغلو في الاستعمال صورة من صور التعسف ؟

كان نتيجة لعدم وجود نص في القانون الفرنسي يتعلق بمسئولية المالك عن المضار المترتبة على استعماله غير المألوف لحقه، أن اختلف فقهاء القانون الفرنسي في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسئولية في الغلو في استعمال الحق .

فذهب جماعة منهم إلى أن أساس المسئولية هنا هو الخطأ الشخصي . غير أن هذه الجماعة قد اختلفت فيما بينها حول تحديد هذا الخطأ، فمنهم من يرى أن الخطأ هنا هو عدم احترام ملكية الجار ، ومنهم من يرى أنه رفض تعويض الضرر الفاحش الذي يصيب الجار ، ومنهم من يرى أنه الإخلال بالتزام قانوني يوجب على المالك ألا يضر جاره ، ومنهم من يرى أنه تعسف في استعمال الحق .

وتذهب جماعة أخرى إلى أن مسئولية المالك هنا هي مسئولية حارس الأشياء ، إلى غير ذلك من الآراء .

وكما وجد في الفقه الفرنسي من يرى أن غلو المالك في استعماله لحقه هو تعسف منه في استعمال حقه فإن من فقهاء القانون في مصر أيضاً من يروى أن مسئولية في هذه التاحية تعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني (٢) .

(١) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ٨٨ ، ٨٩

(٢) حق الملكية للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٩٠ - ٩٢

ويهمنا هنا أن نحاول التعرف على مدى صحة الرأي القائل بأن مسؤولية المالك في الاستعمال غير المألوف الذي يؤدي إلى الإضرار بالجار تعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف .

ما نقوش به هذا الرأي :

نوقش هذا الرأي بعدة أمور ، منها أن المالك في حالة غلوه في استعماله لحقه يرمى إلى تحقيق مصلحة جديدة ومشروعة مع أن التعسف في الاستعمال هو من اولة للحق دون باعث جدي أو مشروع ، فالغلو والتعسف يختلف كل منهما عن الآخر .

ومنها أيضا أنه لو أريد التوسع في نطاق نظرية التعسف حتى تدخل فيها صور الغلو لأدى ذلك إلى أن تصبح نظرية التعسف غير واضحة في معاملها وحدودها بحيث يتعذر أن نقف عند حد معين بشأنها (١) .

ومع تسليمنا بالمناقشة الأولى ، فإن المناقشة الثانية غير مسلبة ، إذ إنه على فرض اعتبار الغلو في الاستعمال صورة من صور التعسف فإن هذا لن يؤدي إلى عدم وضوح معالم نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ إنه في هذه الحالة يصبح استعمال الحق ، بصورة غير مألوفة ضابطاً من الضوابط التي يعرف بها التعسف في استعمال الحق ، ولا يمنع هذا أن نتوسع فيها زيادة على ذلك مادام التوسع منظماً بضوابط يعرف بها التعسف في استعمال الحق .

ونرى أن مما يقوى الرأي القائل بأن الغلو في استعمال الحق ليس صورة من صور التعسف أنه حتى لو لم نأخذ في اعتبارنا أن القانون المدني

في مصر قد حدد المعايير والضوابط التي يقوم عليها التعسف في استعمال الحق ، وهي الضوابط التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، وأن الاستعمال غير المألوف المردى إلى ضرر الجيران غير داخل تحت ضابط من هذه الضوابط الثلاثة .

تقول : إنه حتى لو نأخذ هذا في الاعتبار فإن اللغة نفسها لو رجعنا إليها لنرى هل المدلول اللغوي لكلمة التعسف يمكن أن يكون شاملاً للغلو في الاستعمال فسنجد أن اللغة لا تزيد هذا الاتجاه .

إن كسب اللغة تبين أن العسف في الأصل - كما يقول ابن منظور - : « أن يأخذ المسافر على غير طريق ، ولا جادة ، ولا علم (١) » . بفتح العين واللام والميم أى علامة ، ثم نقل هذا اللفظ إلى الظلم والجور ، يقال : « تعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ، ورجل عسوف إذا كان ظلوماً (٢) » .

ومعنى ذلك أن التعسف أصبح معناه الظلم أو الجور ، وحتى يتحقق الظلم أو الجور لا بد أن يكون هناك سوء نية سابق وعزم على إلحاق الظلم بالغير ، وهذا المعنى ظاهر إذا تحقق بصورة من الصور التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، وأما الاستعمال للحق بطريقة غير مألوفة وهو ما يعبر عنه بالغلو في استعمال الحق فإن صاحب الحق هنا لم يقصد إلحاق الظلم بغيره ، وغاية الأمر أنه لم يراع الحدود المألوفة التي يجب أن لا يتعداها في استعمال الحق ، فتسمية الغلو في استعمال الحق إذن

(١) لساذ العرب لابن منظور مادة عسف .

(٢) المصدر السابق .

تسلفاً في الاستعمال في الاستعمال لا يؤيدها الاستعمال اللغوي لكلمة التعسف، ويجب إفراد الغلو في استعمال الحق عن التعسف في استعماله. بقى أن نقول هنا إن أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة يذهب إلى أن التعسف في استعمال الحق يعرف بقواعد خمسة - كما أشرنا إلى ذلك سابقاً - منها الثلاثة التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني، والغلو في استعمال الحق، ثم استعمال الإنسان - بدون احتراس - لحقه الذي يكون عرضة - بطبيعته - لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس^(١).

وما قلناه بالنسبة إلى الغلو في الاستعمال وأنه غير التعسف يمكن أن يقال أيضاً بالنسبة إلى استعمال الحق بدون احتراس. وسنمثل له حتى يتضح وجه مخالفته للتعسف في استعمال الحق، مثاله ما إذا دخلت بقرة مسيبة ملك شخص، فله حق إخراجها، إلا أنه عندما أراد إخراجها لم يحتط في إخراجها حتى تخرج سليمة من عنده إلى صاحبها، فأخرجها من موضع يعسر عليها أن تخرج منه فتلفت، فإن الحكم في هذه الصورة كما يئنه فقهاء الشافعية أنه عليه ضمانها^(٢).

ومثاله أيضاً كما مثل له أستاذنا الدكتور أحمد أبو سنة^(٣)، ما إذا أراد شخص أن يصيد طيراً أو حيواناً غير مملوك لأحد فطاش مارماه على الطير أو الحيوان فأصاب إنساناً أو حيواناً مملوكاً لغيره بضرر، أو أراد أن يضرب دابته فضرب دابة غيره ظاناً أنها دابته فأدى ضربه لها إلى إعطابها، أو أراد أن يقطف ثمرة فقطف ثمرة غيره وهو يظن أنه ثمرة.

(١) النظرية العامة للبعاملات . المصدر السابق ص ١٣٤

(٢) معنى المحتاج لمحمد الشريني الخطيب ج ٤ ص ٢٠٨

(٣) النظريات العامة للبعاملات المصدر السابق ص ١٢٤

وزى أنه مادام معنى تعسف في اللغة كما سبق هو الجور أو الظلم فكيف يمكن أن تسمى هذه الصور وأمثالها تعسفاً مع أن للفعل حينما وقع من فاعله لم يكن قصد الظلم أو الجور متحققاً فيه، فلا تعدو هذه الصور وأمثالها أن تكون صوراً من صور الخطأ، بل إن أستاذنا الدكتور أحمد أبو سنة عندما أراد التمثيل لاستعمال الحق بدون احتراس قد ذكر الصور الثلاث الأخيرة التي نقلناها عنه هنا، 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 أنها دابته. والثالثة وهي قطف ثمرة غيره وهو يظن أنه ثمرة، بين أن هاتين الصورتين من صور الخطأ في القصد^(١)، ونسأل الآن كيف يمكن أن تكون هذه صوراً للخطأ في الفعل أو الخطأ في القصد، ومع ذلك نعتبرها صوراً من صور التعسف في استعمال الحق.

(١) نص مقاله أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة هو: «القاعدة الخامسة: أن يستعمل الإنسان حقه الذي يكون بطبيعته عرضه لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس، لسكنه يستعمله دون احتراس وتثبت فيما يمكن فيه الاحتراس فيفضى هذا إلى الإضرار بالغير.

وذلك كما إذا أراد أن يصيد طيراً فطاش سهمه، وأصاب إنساناً أو حيواناً بضرر، فإن الصيد حق مباح، وسكنه لم يحتس في استعماله له ولم تثبت، فأدى إلى ضرر الغير، وهو المعروف بالخطأ في الفعل، وكما إذا ضرب دابة غيره يظن أنها دابته فأعطبها، أو قطف ثمرة غيره يظن أنه ثمرة، وهو المعروف بالخطأ في القصد، وهذا تعسف في استعمال الحق، انظر: النظريات العامة للبعاملات.

وبهذا ينتهي كلامنا عن التعسف في استعمال الحق والغلو في استعماله،
في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، وأرجو أن تكون رعاية الله
قد حاطتني فيما تناولت من أمور ، وأن أكون قد وضحت أن فقهاء
المسلمين قد بينوا الأحكام التي تتفق مع الضوابط التي اهتدى إليها أخيراً
أساتذة القانون المدني .

والحمد لله أولاً وأخيراً ، وصلى الله على سيدنا محمد ، وعلى آله ،
وأصحابه ، وسلم .

دكتور محمد رأفت عثمان

مصادر البحث

١ - القرآن الكريم

(أ)

٣ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، لمحمد بن أحمد الشربيني
الخطيب ، مطابع الشعب سنة ١٩٦٦

٣ - الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مودود بن محمود ،
طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية .

(ت)

٤ - تفسير القرآن العظيم ، للإمام الحافظ اسماعيل بن كثير ، المتوفى
سنة ٧٧٤ هـ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية .

٥ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، لأحمد بن حجر الهيتمي ، مطبعة
مصطفى محمد .

٦ - التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ، للأستاذ حسين
عامر ، مطبعة مصر سنة ١٩٦٠

(ح)

٧ - حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا
الأنصاري ، مطبعة مصطفى محمد .

٨ - حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ، طبع الهيئة العامة لشؤون
المطابع الأميرية سنة ١٩٦٧ ، وطبعة أخرى بمطابع الشعب

سنة ١٩٦٦

٩- حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٥٠
١٠- حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي،
مطبعة مصطفى محمد.

١١- حق الملكية، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة، الطبعة الثالثة
سنة ١٩٦٧ مصطفى البابي الحلبي.

١٢- حق الملكية في القانون المدني المصري، للدكتور منصور
مصطفى منصور.

(د)

١٣- الدر المختار، محمد علاء الدين الحصكفي، شرح تنوير الأبصار،
مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين، الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية

(س)

١٤- سبل السلام، محمد بن اسماعيل الصنعاني، شرح بلوغ المرام
من أدلة الأحكام، لابن حجر العسقلاني، مطبعة مصطفى
البابي الحلبي.

(ش)

١٥- شرح المنهج، لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، مطبوع بهامش
حاشية البجيرمي على المنهج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي

سنة ١٩٥٠
١٦- شرح العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرقي، مطبوع
بهامش فتح القدير للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى محمد.

١٧- الشرح الصغير، لأحمد الدردير، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية،
وطبعة أخرى بمطبعة المدني.

١٨- الشرح الكبير، لأحمد الدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي
على الشرح الكبير، مطبعة التقدم العلمية، وطبعة أخرى بدار
الحياة الكتب العربية.

١٩- الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن
قدامة، مطبعة المار.

(ل)

٢٠- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور، طبع دار صادر
ودار بيروت

(م)

٢١- المحلى، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم. طبع دار الاتحاد العربي
للطباعة سنة ١٩٦٩

٢٢- معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الشريفي
الخطيب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٥٨

٢٣- المعنى، لعبد الله بن أحمد بن قدامة. مطبعة المنارة سنة ١٣٤٨ هـ

(ن)

٢٤- النظريات العامة للعاملات في الشريعة الإسلامية، للدكتور أحمد
فهمي أبو سنة. مطبعة دار التأليف.

٢٥- نيل الأوطار، لمحمد بن علي الشوكاني. الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ
بالمطبعة العثمانية، والطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ بمطبعة مصطفى
البابي الحلبي.

(٥)

٢٦ - الهداية ، شرح بداية المبتدى ، كلاهما لعلی بن أبی بكر بن عبد الجلیل المرغینانی ، مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام مطبعة مصطفى محمد .

(٥)

٢٧ - الوجيز ، لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي . مطبعة حوش قدم سنة ١٣١٨ هـ .

(٥)

٢٨ - ...
٢٩ - ...
٣٠ - ...

(٥)

٣١ - ...
٣٢ - ...
٣٣ - ...