

موضوع البحث

التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون

اسم الباحث: د/محمد رأفت عثمان

الدورية: مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة.

العدد: الأول.

موضوع البحث : القانون < القانون المدني < حق الملكية.

بسم الله الرحمن الرحيم

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

وبعد..

فإن المتتبع لتاريخ التشريع الإسلامي يجد أن الفقه الإسلامي قد تم نظامه وجمعه في مدة تقرب من عشر سنوات، فلم ينتقل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى إلا وكان الفقه الإسلامي تام الأصول كما قال الله عز وجل (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً).

ولم يمض على الأمة الإسلامية مائة خمسون سنة حتى وجدت المؤلفات الهامة في فروع الفقه التي بسطت أحكامه، وطبقت أصوله على فروعه.

وهذه خاصية في الفقه الإسلامي لم نجد لها في أي قانون من قوانين الأمم الأخرى التي سبقت الأمة الإسلامية، فالرومان مثلاً الذين يرفع قوانينهم الناس إلى أسمي المراتب، ويعدم البعض الآخر أصل التمدن الحديث، لم ينضج فقههم ولم يجمع نظامهم إلا في عصر القيصر (جوستينيان) سنة ٥٦٥ قبل الهجرة النبوية بسنين بعد مضي ثلاثة عشر قرناً من حياة الرومان^(١).

وكان عمل الفقهاء المسلمين أنهم اجتهدوا في فهم القواعد العامة والأصول التي بينتها 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 حدثت للناس ، أو فرضها 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 غريباً فإنه كلما ارتقت البشرية في تشريعها تقترب من أحكام الفقه الإسلامي ، الذي يثب دائماً أنه أرقى التشريعات ، وما ذلك إلا لأنه مستمد من كتاب الله الكريم وسنة رسوله ، وما تضمنه كل منهما من أدلة تبنى عليها الأحكام. ولا أدعي أنني بدأت في هذا البحث من فراغ ، وإنما استفدت ممن 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 راجحاً مع بيان مستند الترجيح.

وهذا كله شيء جديد أضفته إلى كتابة من سبقوني في الكتابة في هذا الموضوع، وأرجو أن أكون موفقاً 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.

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 أحكام موجودة في الشريعة لإسلامية ، 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 مزاولة الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة ، وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه فهو مزاولته لما ليس من حقه من أول الأمر⁽²⁾.

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 فمنه قول الله تعالى ((وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه)).

فقد أمر الله تبارك وتعالى الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقاً رجعياً 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 ، فإذا أن يمسكها أي يراجعها إلى عصمته بمعروف بأن ينوي أن يعاشرها بالمعروف ، أو يسرحها أي يتركها حتى تنقضي عدتها ويخرجها من منزلها بطريقة حسنة ، من غير شقاق بينهما ولا محاصمة 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 تتزوج غيره ثم يطلقها الرجل بعد ذلك، فتدخل في العدة الواجبة على كل مطلقة ، فإذا قربت العدة أن تنتهي

طلقة أخرى ، حتى تبدأ عدة أخرى فتطول عليها العدة فتنتظر مدة طويلة قبل أن يصح لها أن تتزوج غيره ، فنهاهم الله عن ذلك ، وتوعدهم عليه بقوله: ((ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه))⁽³⁾ أي ظلم نفسه بمخالفته أمر الله تعالى ، لأنه يعرض نفسه لعقاب الله سبحانه⁽⁴⁾.
ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على حرمة التعسف في استعمال الحق ، أن رجعة الزوجة حق من الحقوق التي يملكها الزوج على زوجته ما دامت في عدتها من طلاق رجعي⁽⁵⁾، وقد دعا الله تبارك وتعالى إلى أن يستعمل الزوج حقه في ذلك استعمالاً مشروعاً، وهو أن يمسكها في عصمته إذا كان ذلك مصحوباً بالمعاشرة الحسنة ، ونهى الله عز وجل عن أن يستعمل الرجل حقه في ذلك بصورة غير مشروعة، 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))⁽⁶⁾، ومعنى هذا النص الكريم- والله أعلم- يجب أن تكون وصية الإنسان محققة للعدل لا أن تكون قد حصلت للأضرار والجور والحيثف كأن يوصي الشخص بجرمان بعض ورثته، أو ينقصه عن حقه في الميراث، أو يزيده على المقدار الذي قدره الله عز وجل له⁽⁷⁾.

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

الدليل من السنة:

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

وروي أيضاً أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: فهو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له)⁽⁸⁾.
ووجه الاستدلال أن الزواج من الحقوق المشروعة ، ولكن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث طلاقات، فإن الزوجة قد أصبحت بعد الطلقة الثالثة محرمة عليه لا تحل إلا إذا تزوجت رجلاً آخر، لقوله تعالى ((فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره)) ، ويشترط أن يكون الزوج قد دخل بها دخولا حقيقيا كما بينت السنة ذلك في قول الرسول صلى الله عليه وسلم(حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك).

كما يشترط أن يكون زواجها بالرجل الثاني زواجا عاديا ، أي لا يكون المقصود منه أن تحل لزوجها الأول بعد أن يطلقها الزوج الثاني.
فإن كان الاتفاق على ذلك لم يجز أن ترجع للزوج الأول، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له، والرسول لا يلعن إنسانا على فعل أمر مباح، فعرنا أن هذا الأمر محرم لأن الرسول لعن من يفعله، وما دام التحليل حراما فإن زواج المحلل يكون فاسدا.
فالزواج من الأمور المشروعة، فيجوز للرجل أن يتزوج في أي وقت ومن أي امرأة، ما دام ملتزما بأركان هذا العقد وشروطه التي بينها الشريعة، والتحليل من الأمور غير المشروعة.
فإذا كان المقصود بالأمر المشروع وهو الزواج أمرا غير مشروع وهو التحليل المنهي عنه، فإن ذلك لا يكون فاسدا لأن الشرع حرم ذلك.

ومن السنة أيضاً ما روي أن 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 استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا).
وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن الذين في أسفل السفينة مع أن لهم الحق في استعمال نصيبهم في السفينة استعمالا 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 استعمالا غير مشروع يؤدي إلى الإضرار بهم وبغيرهم إضرارا جسيما لا يبرره أنهم يريدون أن

يخففوا في الجهد الذي يبذلونه عند الشرب، لأن هذا التخفيف سيؤدي إلى هلاكهم وهلاك ركائهم في السفينة، بين الحديث وجوب منعهم من استعمال حقهم على هذا الوجه⁽⁹⁾.

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 والغصب والديات والصيال وضمان الولاية وغيرها.

وقد وضع القانون المدني في مصر ثلاث ضوابط يقام 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:

(١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

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

(٣) 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 هذا 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 الثلاثة التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني، ورابعها هي الغلو في

استعمال الحق كما هو رأي بعض رجال القانون المدني الذي أشرنا إليه، وخامسة هذه القواعد أن

يستعمل الإنسان - بدون احتراس - حقه الذي يكون عرضة-بطبيعته- لثرتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس⁽¹⁰⁾.

ونحن نرى أن التعسف في استعمال الحق ليس 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 من صور التعسف في استعمال الحق فبعيد، كما سيتبين ذلك عند كلامنا عن الغلو في استعمال الحق ، واستعمال الحق بدون احتراس. 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 الإضرار بالغير:

قد يكون قصد إحداث الضرر بالغير هو الدافع لاستعمال إنسان لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق ، بل إن هذه الصورة من صور الاستعمال تعد أظهر صور إساءة استعمال الحق على الإطلاق⁽¹¹⁾ وذلك كالذي يهدم جداره الذي كان ساترا لجاره وليس له من غرض إلا الإضرار بجاره، فهو في هذه الحالة متعسف في استعمال لحقه ، وقرر الإمام أحمد الدردير أحد كبار علماء المالكية أنه يطالب حينئذ بإعادة بناء الجدار. وأما إذا كان قد هدمه مريدا إصلاحه كخوفه من سقوطه مثلا ، أو سقط الجدار بنفسه فلا يتحقق التعسف هنا ، ولا يطالب بإعادة بناء الجدار ، ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت الستر⁽¹²⁾.

ومن صور قصد الإضرار بالغير أيضاً أن يحفر المالك بئراً في أرض يملكها ، قاصداً بها الإضرار بالناس⁽¹³⁾.

هذا ويجب أن ننظر إلى الإضرار بالغير في نطاق السلوك المألوف للشخص العادي، فإذا كان التصرف الذي تصرفه المالك جامعاً بين الإضرار بالغير وتحقيق المصلحة للمالك، فإنه يجب أن ينظر في المصلحة التي ترتبت على هذا التصرف ، فإذا كانت من الأهمية بحيث لا يعتبر الضرر الذي أصاب الغير كان هذا التصرف مشروعاً خالياً عن التعسف، وأما إذا كان المالك لا يرغب أي مصلحة لتصرفه 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 ينبغي أي مصلحة لتصرفه هذا ولا يريد إلا الإضرار بالغير فهنا يوجد التعسف في استعمال الحق، وكذلك إذا تحققت بتصرفه الذي يقصد به الإضرار منفعة عرضية 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 لأول من هذا التصرف بل مقصده الأول هو الإضرار غيره.

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⁽¹⁴⁾.

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- 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⁽¹⁵⁾.

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

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

إذا 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 روشنا⁽¹⁶⁾ من جدار بيته على الشارع أو أخرج سابطاً أي سقيفة بين حائطين والشارع بينهما فأدى إخراج الروشن أو السقيفة إلى إطلام موضع في

الشارع إظلاماً لا يحتمل في العادة (17) أو أدى ذلك إلى منع العربات ووسائل النقل المحملة بحمولتها التي تمر بهذا الشارع (18).

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

آراء العلماء

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

الرأي الأول:

ما يراه الحنابلة وهو أنه لا يجوز إخراج الروشن والسباط سواء أكان ذلك يسبب - في العادة ضرراً للمارة ، أم لا يسبب ذلك، وسواء أكان المخرج للسباط يملك الحائطين اللذين يستقر عليهما السباط أم لا ، وسواء أحصل على إذن من الحاكم في إخراج الروشن أو السباط أم لم يحصل على إذن منه (19).

الرأي الثاني:

ما يراه أبو حنيفة وأبو يوسف ، وهو أنه لا يجوز إلا بعد الحصول على إذن من الحاكم فإذا أخرج المالك شيئاً من غير أن يحصل على إذن من الحاكم فإنه يحق لكل واحد من الناس - حتى ولو كان أضعف الناس منزلة ، وسواء أكان مسلماً أم ذمياً- أن يمنع المالك من إخراجه سواء أكان يترتب على الإخراج ضرر أم كان لا يترتب عليه؛ لأن في هذا العمل افتياتاً على رأي الحاكم في الأمور التي يجب أن يفوض تديرها إليه (20).

ويتفق ابن عقيل أحد فقهاء الحنابلة مع أبي حنيفة وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة في أنه يشترط لجواز إخراج الروشن أو السباط أن يحصل على إذن من الحاكم ، إلا أن ابن قدامة وهو يصور رأي ابن عقيل لم يبين هل هو يتفق أيضاً مع أبي حنيفة في أنه يحق لكل واحد من الناس أن ينتزعه إذا لم يحصل على إذن من الحاكم ، أم أن ابن عقيل لا يرى ذلك بل يرى ترك ذلك الأمر إلى الحاكم نفسه كما يراه بعض العلماء ممن سندكرهم في أصحاب الرأي الثالث (21).

الرأي الثالث:

ما يراه المالكية⁽²²⁾ والشافعية⁽²³⁾ والأوزاعي وإسحاق بن راهويه ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، وهو أنه يجوز إخراج الروشن والسباط ما لم يؤد ذلك إلى الإضرار بالمارة ، وليس لأي واحد من الناس الحق فيمنع المالك من ذلك ما دام لم يتحقق به ضرر⁽²⁴⁾.

فإذا تحقق الضرر من إخراج الروشن أو السباط ، بأن كان أي منهما مثلاً غير مرتفع الارتفاع الذي يمكن المار من الطريق أن يمر منتصباً من غير احتياج إلى أن يطأ رأسه في الطريق التي يكون المرور فيها قاصراً على الناس السائرين على أقدامهم، أو كان غير مرتفع في الطرق التي تمر بها المركبات ووسائل النقل الارتفاع الذي يمكنها من السير فيها بحمولته، فإنه في هذه الحالة لا يجوز الإخراج.

وكذلك يتحقق الضرر بأن كان إخراج الروشن أو السباط مؤدياً إلى إضرار الموضع إطلاماً لا يمتثل في العادة فلا يجوز كما بينا كل ذلك سابقاً. ولو فعل المالك ما هو ممنوع منه فإنه يجب إزالته، والمزيل له هو الحاكم وليس كل واحد من الناس، لأنه 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، لأنه حينئذ داخل في نطاق إزالة المنكر⁽²⁵⁾.

أدلة الآراء:

دليل الرأي الأول:

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

دليل الرأي الثاني:

يستند رأي أبي حنيفة إلى أن كل واحد من الناس يعتد صاحب حق في المرور في الطريق العام بنفسه ويداويه، فكان له الحق في أن ينقضه كما في حالة الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئاً كان لكل واحد منهم الحق في نقضه، فكذلك الحكم فيما نحن فيه⁽²⁶⁾.

دليل الرأي الثالث:

يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن إخراج الروشن أو السباط إلى الطريق النافذ يعتبر ارتفاعاً بما لم يتعين فيه ملك أحد من الناس غير مؤد إلى حدوث ضرر، فيكون من الأمور الجائزة كالسير في الطريق والجلوس فيها سواء بسواء⁽²⁷⁾.

المناقشة:

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

وقال الحنابلة أيضا: لا نسلم أنه لا يحصل ضرر من الروشن والساباط، فإنهما يتسببان في حصول الظلمة في الطريق وبمنعان الضوء عنه، وربما سقط أي منهما على المارة في الطريق أو سقط جزء منهما فأدى كل ذلك إلى قتل المارة أو إلى إصابتهم. وقد تعلو أرض الشارع بمرور الأيام وتراكم طبقات التراب والطين بعضها فوق بعض، فيؤدي ذلك إلى اصطدام رعوس 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 حائطا مائلا إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها فإنه يمنع من ذلك⁽²⁸⁾.

ما يجاب به على هذه المناقشة:

يمكن أن نجيب على ما قاله الحنابلة بأنه على فرض التسليم بوجود الفارق بين الروشن أو الساباط و الطريق، فإنه لا يزال الاستدلال قائما 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 انه يمكن أن يحدث إظلام من بعضها ولا يحصل إظلام من بعضها ولا يحصل إظلام من البعض الآخر فما أدى 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 كله او يسقط جزؤه على المارة، وكون هذا مبررا لمنعه، إذ يمكن لنا ان نقول كذلك: ربما يسقط الحائط المتصل بالشارع على المارة وإن كان سليما، فيجب منع بناء الحيطان 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 تعلق فيؤدي ذلك إلى اصطدام رعوس المارين بهما وإلى منع الدواب بأحمالها، فإننا أيضاً لا نسلّمه 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 استدل به الحنابلة:

وأما ما استدل به الحنابلة من أنه بناء في ملك الغير بغير إذنه، فلا نسلّمه لأن الملك هنا ثابت لكل 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 الباقيين عرفاً.

رد على ما استدل به أبو حنيفة:

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

وبهذا يتبين أن الرأي الأول بالقبول هو الرأي القائل بالجواز إذا لم يضر بالمارة، 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 ولو 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 تابعا للقرار كالحمل بالنسبة للأمم.

الأمر الثاني: أن إخراج الروشن أو الساباط لا يخلو من أحد أمرين : الأول أن يؤدي إلى حدوث ضرر، والثاني: أن لا يكون ضارا بأحد ، فإذا كان الأول وهو إحدائه الضرر فإن الإخراج حينئذ لا يجوز ، وأما إذا كان بالثاني 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 (29).

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

من صور هذا الضابط أيضاً ما ذكره المالكية (30) وبعض الحنفية (31) من أن المالك إذا أراد أن يفتح كوة ، أي طاقة تشرف على جاره أو شباكاً يشرف عليه من باب أولى فإنه يمنع من ذلك إذا كانت الفتحة بحيث تمكن صاحبها من الاطلاع على جاره وأهله، لأن المصلحة التي يرمي المالك إلى تحقيقها وهي دخول الضوء أو الشمس أو الهواء إلى ملكه لا تتناسب مع الضرر الحاصل للجار، وهو الاطلاع على حرماته، 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.

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.

وإذ حكم بسد هذه الفتحة التي توفر فيها القيدان فإنه لا يكفي بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه. لأنه يمكن أن يكون في المستقبل ذريعة لأن يدعي صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها. فلا بد إذن من سد الفتحة من أصلها ، وإزالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما (32).

هذا ما يراه المالكية ، وأما الشافعية (33) وبعض الحنفية (34) وداود الظاهري وابن حزم الظاهري (35) فإنهم يرون جواز أن يفتح المالك ما شاء من الكوات، سواء أكانت في أعلى الجدار أم في غير

أعلاه، حتى لو أشرفت على دار جاره وحريمه. وعلى جاره إذا أراد أن يستر نفسه أن يبني في ملكه ما يؤدي إلى هذا الستر. إلا أن صاحب الكوة ممنوع من الاطلاع على جاره⁽³⁶⁾.

ما اعتمد عليه الشافعية:

يعتمد الشافعية على أمرين:

الأمر الأول: أن لجار يمكنه أن يدفع الضرر عنه ببناء ساتر أمام الكوة، فهذا من حقه حتى لو تضرر صاحب الكوة من منع الضوء من أن يدخل من الكوة أو من منعه من النظر منها⁽³⁷⁾.

الأمر الثاني: أن صاحب الكوة لو أراد رفع جميع الحائط الذي هي فيه جاز له ذلك ولم يمنع منعه، ففتح الكوة التي يتحقق بها رفع لبعض أجزاء الحائط بحيث يرتفع عن قامة الإنسان العادية - كما بين المالكية- ينبغي أن يسمح به ما دام مقصودا به دخول الهواء أو الضوء، وليس مقصودا به الاطلاع على حرمت جاره، غير أننا نختلف المالكية في اشتراطهم أن لا يكون الفتح جديدا، فالضرر يجب أن يزال ولو كان قديما، وسنناقش الشافعية فيما قالوه ثم نعرض على ما اعتمد عليه ابن حزم ثم نناقشه فيه، وإليك مناقشة الشافعية.

مناقشة الشافعية:

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

والقول أيضا بأن صاحب الكوة له أن يرفع الحائط كله فمن باب أولى له أن يفتحه فتحة فيه غير مسلم أيضا وذلك لأن الحائط إذا أراد صاحبه رفعه فلا يخلو من أحد أمرين. إما أن يقصد الإضرار بالجار أو لا يقصد الإضرار به بل يرى مصلحة في رفعه كأن خاف سقوطه ، فإذا قصد الإضرار بالجار فليس له ذلك ، بل يطالب بإعادة بناء الجدار كما سبق أن بيناه عند كلامنا على الضابط الأول من ضوابط التعسف في استعمال الحق.

وأما إذا لم يقصد الإضرار بالجار فهناك فارق بين رفع الحائط كله وفتح كوة فيه إذ جرت عادة الناس على أن المالك إذا رأى بيته قد انكشف بوقوع حائط كان يستره يبادر - غالبا - إلى ستر

بيته بحائط جديد ، حتى لو تحمل هو وحده تكاليف بناء هذا الحائط الجديد ، لئلا يعرض بيته - على الأقل - للسرقة ولئلا يعرض نفسه لكشف أسراره ، بخلاف فتح الكوات التي تحدث لا يبادر الجار في العادة - غالباً - ببناء يستر هذه الكوة لأن ذلك قد يكلفه تكاليف يراها باهظة بالنسبة إلى هذه الفتحة بالإضافة إلى أنها لن تؤدي إلى كشف أسرار بيته بالقدر الذي يحصل من جراء رفع الحائط كله، فرمما تركت هذه الكوة مدة فتكون وسيلة لاطلاع الجار على حرمت جاره. ما استدل به ابن حزم:

استدل ابن حزم الظاهري بعدة أمور يراها مؤدية إلى ما يدعيه من جواز الفتح⁽³⁸⁾. 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 لجار صاحب الحائط، والستر يعد 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 الستر على نفسه أن يبني حائطاً في ملكه ، وليس هناك فرق بين هذه الحالة وهي حالة سقوط الحائط من غير تأثير لصاحبه في ذلك، وإسقاط مالكة له بنفسه، وإذا جاز له أن يسقط كله بنفسه فيجوز له أن يسقط بعضه بفتح الكوة فيه.

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

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

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

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

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 نرد عليه بأن هذا الحديث جاء من عدة طرق ليس فيها إرسال فقد روي عن ابن عباس وأبي سعيد الخدري وعبادة بن الصامت (39).

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 الاطلاع على الحرمات ضرر لا يساويه الضرر الذي يلحق بمالك الحائط إذا منع من فتح الكوة فيه.

وبعد . فمن الغريب أن يقول بعض فقهاء الشافعية في مجال توضيح هذا الحكم الذي بيناه لهم وهو جواز فتح الكوة المطللة على الجار مطلقاً ، يقول الباجوري أحد فقهاء الشافعي(40) : والحاصل أن كل أحد يتصرف في ملكه بما لا يضر بمالك الجار نحو الحفر بجواره فيمنع منه إذا أضره، ولا أدري لم هذا الفرق في الحكم بين الإضرار بالجار والإضرار بمالك الجار، ولم لا يأخذنا حكماً واحداً وهو المنع كما يفهم من تحريم الضرر في الشريعة الإسلامية؟ إذ أنه لا يفهم من ذلك إلى تحريم كل ضرر.

الحال في القانون المدني:

يتفق القانون المدني في مصر مع الفقه المالكي في جواز فتح الطاقات أو المكناور كما سماها القانون المدني في مصر، إذا كانت عالية عن قامة الإنسان العادي، فقد نصت المادة ٨٢١ من القانون المدني المصري على أنه: لا تشترط أية مسافة لفتح المناور وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان 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 قامة الإنسان المعتادة ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على ملك الجار.

ونظراً 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 للمطلات، وهي الفتحات التي تمكن نم النظر إلى الخارج مثل النوافذ والمشربيات والخارجات، فقد فرض القانون المصري

بخصوص المطلات المواجهة وهي التي تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة أن لا تقل المسافة من ظهر الحائط الذي هي فيه أو منحافة المشربة أو الخارجة إلى ملك الجار عن متر كما هو نص المادة ٨١٩ من القانون المدني وهو: لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة لا تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة. وفرض القانون بالنسبة إلى المطلات المنحرفة- وهي التي لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة ، بل بالاتفات 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 مطل منحرف على مسافة تقل عن نحو خمسين سنتيمترا من حرف المطل، ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.

وأما المناور فلم يفرض القانون في شأنها أية مسافة، فيباح للمالك أن يفتحها في حائطه المطل على ملك الجار وهو بذلك يزاول 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، فمهما مضى على فتح المناور من زمن فليس لصاحب المناور الحق في أن يدعي لنفسه كسب ارتفاق بالتقادم يكون مانعا للجار من إقامة ساتر في ملكه يؤدي إلى سدها (41).

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 قامة الإنسان العادي إلى قديمة وحديثة، وبين أن لكل منها 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 قد بينوا وجوب سدها إذا طلب الجار ذلك، وهنا نرى أن القانون المدني يختلف مع الفقه المالكي، فإن لقانون المدني لا يشترط في الإبقاء على الطاقة والمناور أن يكون قديما، بل يميز القانون فتح المناور مطلقاً كما يفهم من الإطلاق في نص المادة ٨٢١ من القانون المدني، فلم يفصل فيها بين قديمة وحديثة.

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

ونحن لا نرى مبرراً للتفريق في الحكم بين القديمة والحديثة فما دامت المناور لا يقصد بها الإضرار بالجار بالاطلاع على حرماته ، بل هي من الارتفاع عن قامته الإنسان العادي، ولا يقصد منها إلا مرور الهواء أو الضوء أو الشمس فلا مانع من السماح بها ، وأما إذا ثبت أن لجار 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 (42) .

وهذا رأي 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 ابن حبيب من كبار علمائهم أيضاً أنه: يمنع الشخص من تنفيذ الحصر ونحوها على باب داره إذا أضر الغبار بالمارّة، ولا حجة له أنه إنما فعله على باب داره (43).

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 بإحدى وسيلتين: أما 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 يتكلفتها لم يجز له حينئذ إتلافها قياساً على دخول الحيوان داراً لغير صاحبه فلصاحب الدار التي دخلها أن يخرجها

بدون إتلافه ما دام قد أمكنه ذلك ، فإذا أتلفه وكان باستطاعته تلافي هذا الاتلاف كان ضامنا لما أتلفه، وأما إذا لم يمكنه إزالة الأغصان إلا بالإتلاف فله الحق في ذلك قرر ابن قدامة هذا الحكم ثم قال: ولا شيء عليه فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه (44).

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

مستند هذا الضابط:

يمكن أن يستند هذا الضابط على منع الضرر في الشريعة الإسلامية كما هو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو قوله(لا ضرر ولا ضرار) ففي هذا الحديث - كما يقول - الشوكاني دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فإن جاء به قبلته، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه . فإنه قاعدة من قواعد الدين، تشهد له كليات وجزئيات. انتهى كلام الشوكاني (45)

وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضاً أنه قال (من ضار أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه) (46).

وقد اختلف العلماء في معنى كل من الضرر والضرار، فمن العلماء من يذهب إلى أن الضرر هو أن تضر غيرك وتنتفع أنت به ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع ، ومنهم من يرى أن الضرر هو الجزاء على الضرر وأما الضرر فهو في الابتداء ، ومن العلماء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد(47).

الضابط الثالث: أن تكون المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة:

إذا قصد الشخص باستعماله لحقه مصلحة غير مشروعة كان بهذا متعسفا في استعمال حقه، فالجار الذي يجعل بيته مأوى للصوص يهددون جيرانه ، ويسطون عليهم من منزله قد تعسف في استعمال حقه.

مستند هذا الضابط:

يمكن أن يستند هذا الضابط إلى القياس، فقد ورد في الشرع تحريم استعمال الإنسان لحقه المشروع في بعض الأمور إذا قصد بها تحقيق غرض غير مشروع، فمع أن الزواج مثلاً في الأصل عمل مشروع فإن الشرع حرم زواج التحليل، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له. فدل هذا الحديث على تحريم التحليل، لأن اللعن لا يكون إلا لفاعل الفعل المحرم، وكل فعل محرم منهى عنه (48).
فالزواج مجعول لكي يحصل به العشرة الدائمة وتكوين الأسرة ولكنه لما قصد به عمل مؤقت يتوصل به إلى هدف آخر ذمه الشرع.

فيقاس على تحريم زواج التحليل وما مثله من كل ما ثبت تحريمه بالنص غير ذلك من الأمور التي يقصد بها التي يقصد بها التوصل إلى تحقيق أغراض غير مشروعة(49).

الغلو في استعمال الحق:

كما تكلمنا عن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، وبيننا أن ضوابطه الثلاثة تستند إلى الأدلة الشرعية، وأن فقهاء المسلمين القدامى قد بينوا 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.

وإليك 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 استعمال عاديا بعض المضايقات أو الأضرار المألوفة التي يكون من العسير على المالك أن يتحرز عنها. وهذا أمر يجب أن يتحمله الجيران فيما بينهم، وإلا أضحى استعمال المالك لملكه موقفاً 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 سببا للهدم ويخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية. وصرحوا بأن سد الضوء بالكلية على مكان ضابطه أن يكون مانعا من الكتابة. فالضرر المألوف الذي ينجم عن الاستعمال العادي إذن لا يكون مبررا لمنع المالك منتصره فيما يملك، ولكن الضرر غير المألوف أو بعبارة أخرى الضرر الظاهر أو الفاحش أو البين هو الذي يكون مبررا لذلك، وإلا - كما يقول ابن عابدين في سياق بيان منع الضرر الفاحش، لا منع كل ضرر - : لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره، فأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به (50).

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 يجذب 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 التزول والركوب، ورش الشارع رشا خفيفا لا يؤدي إلى الإضرار بمن يمر في الطريق وهكذا (51).

وفي الناحية المقابلة فإنه على المالك أن يتخذ من الاحتياطات ما يكون كفيلا بأن لا يجعل تصرفه في ملكه سببا لإحداث مضايقات أو تنغيص مجاوز للحدود التي يمكن أن يتحملها الناس في جوار كريم (52).

هذا هو الأصل الذي يجب مراعاته إلا أنه قد يحدث أن يستعمل الإنسان حقه في ملكه استعمال غير متعارف بين الناس، فيؤدي إلى الإضرار بالغير ضررا 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 ضررا بينا - أي ظاهرا - فيمنع من ذلك (53).

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

وكذلك الشخص الذي فتح ماء كثيراً يتعدى إلى الجيران يعد مغالياً في استعماله لحقه إذا أوقد ناراً فأدى هذا الإيقاد إلى أن يبست أغصان شجرة يملكها غيره إذا لم تكن هذه الأغصان في هواء ملكه، لأن كون أغصان شجرة غيره قد يبست من النار التي أوقدها دليل على أن هذه النار كانت كثيرة (54). ومن الغلو في استعمال الحق أيضاً أن يدق الشخص في ملكه دقاً يؤدي إلى هز حيطان الجار وهدمها (55). هذا وليس بلازم أن يؤدي الغلو في الاستعمال إلى إتلاف شيء يملكه الغير حتى يكون مسئولاً عن غلوه في استعمال حقه ، بل يجب منع المالك من هذه الصورة من الاستعمال ما دام قد أدى إلى الإضرار بالغير حتى لو لم يؤدي 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 في الشارع.

وفي هذا المجال يقول فقهاء الشافعية: يجب منع ما جرت به عادة العلافين من ربط دواب في الشارع للكراء ، فلا يجوز وعلى ولي الأمر منعهم لما في ذلك من مزيد الضرر (56). ومن الغلو الممنوع أيضاً ما إذا اشترى داراً ليخصصها للدبغ وأدى هذا الإيذاء الدائم لجيرانه أو أراد أن يبني في داره فرناً للخبز دائماً أو أقام فيها آلة للطحن، فكل هذا يعتبر غلواً في استعمال الحق (57).

ومن هذا أيضاً اشتداد صوت آلات الحدادين والنجارين ودوامه الذي يسبب الضوضاء المقلقة للسكان (58) . ومنه كذلك إحداث إصطبل للخيول ونحوها من الدواب أمام باب غيره (59). ومن ذلك أيضاً إذا ساق الراعي المشترك - وهو من لا يجب عليه أن يختص بواحد (60) - الدواب المملوكة لغيره على السرعة فازدحمت على قنطرة أو على شط فأدى ذلك إلى أن دفع بعضها بعضاً فسقطت في الماء (61).

ويقول فقهاء الحنفية في هذا المجال : لو أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين (62) 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 بالنداوة ، ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطاً بينه وبين جاره، وبخلاف التنور المعتاد في البيوت ، وبينوا أيضاً بالنسبة إلى الحمام: أن الضرر لو كان فاحشاً يمنع وإلا فلا (63). كل هذه الصور وغيرها ذكرها الفقهاء الإسلاميون وبينوا حكمها الذي ذكرناه آنفاً.

فإذا انتقلنا من الفقه الإسلامي إلى القانون المدني فسنرى أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري تنص 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 منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له.
- وعلى هذا فقد يكون شخص 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 (64).

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 لجماعة 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 لآراء.

وكما وجد في القانون الفرنسي من يرى أن غلو المالك في استعماله لحقه هو تعسف منه في استعمال حقه، فإن من فقهاء القانون في مصر أيضاً من يرى أن المسئولية في هذه الناحية تعتبر تطبيقاً لنظري التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني (65).

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

ما نوقش به هذا الرأي:

نوقش هذا الرأي بعدة أمور ، منها أن المالك في حال غلوه في استعماله لحقه يرمي إلى تحقيق مصلحة جدية ومشروعة مع أن التعسف في الاستعمال هو مزاولة 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 معالمها وحدودها بحيث يتعذر أن نقف عند حد معين بشأنها⁽⁶⁶⁾.

ومع تسليمنا بالمناقشة الأولى ، فإن المناقشة الثانية غير مسلمة، إذ أنه على فرض اعتبار الغلو في الاستعمال صورة من صور التعسف فإن هذا لن يؤدي إلى عدم وضوح معالم نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ أنه في هذه الحالة يصبح استعمال الحق بصورة غير مألوفة ضابطا من الضوابط التي يعرف بها التعسف في استعمال الحق، ولا يمنع هذا أن تتوسع فيها زيادة على ذلك ما دام التوسع منظما بضوابط يعرف بها التعسف في استعمال الحق.

ونرى أن مما يقوي الرأي القائل بأن الغلو في استعمال الحق ليس صورة من صورة التعسف أنه حتى لو لم نأخذ في اعتبارنا أن القانون المدني في مصر قد حدد المعايير والضوابط التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني، وأن الاستعمال غير المألوف المؤدي إلى ضرر الجيران غير داخل تحت ضابط من هذه الضوابط الثلاثة.

نقول: إنه حتى لو لم نأخذ هذا في الاعتبار فإن اللغة نفسها لو رجعنا إليها لنرى هل المدلول اللغوي لكلمة التعسف يمكن أن يكون شاملا للغلو في الاستعمال، فسنجد أن اللغة لا تؤيد هذا الاتجاه.

إن كتب اللغة تبين أن التعسف في الأصل - كما يقول ابن منظور - : أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم⁽⁶⁷⁾ بفتح العين واللام والميم أي علامة، ثم نقل هذا اللفظ إلى الظلم والجور، يقال: تعسف فلان فلانا إذا ركب بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما⁽⁶⁸⁾ ومعنى ذلك أن التعسف أصبح معناه الظلم أو الجور ، وحتى يتحقق الظلم أو الجور لابد 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 لحق 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 تعسفا في الاستعمال لا يؤيدها الاستعمال اللغوي لكلمة التعسف، ويجب إفراد الغلو في استعمال الحق عن التعسف في استعماله. بقي أن نقول هنا أن أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة يذهب إلى أن التعسف في استعمال الحق يعرف بقواعد خمسة - كما أشرنا إلى ذلك سابق - 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 (69).

وما قلناه بالنسبة إلى الغلو في الاستعمال وأنه غير لتعسف يمكن أن يقال أيضا بالنسبة إلى استعمال الحق بدون احتراس . وسنمثل له حتى يتضح وجه مخالفته التعسف في استعمال الحق .

مثاله: ما إذا دخل بقرة مسيبة ملك شخص، فله حق إخراجها، إلا أنه عندما أراد إخراجها لم يحتط في إخراجها حتى تخرج سليمة من عنده إلى صاحبه، فأخرجها من موضع يعسر عليها أن تخرج منه فتلفت، فإن الحكم في هذه الصورة كما بينه فقهاء الشافعية أن عليه ضماتها (70).

ومثاله أيضا كما مثل له أستاذنا الدكتور أحمد أبو سنة (71) ما إذا أراد شخص \ ان يصيد طيرا أو حيوانا غير مملوك لأحد فطاش ما رماه على الطير أو الحيوان فأصاب إنسانا أو حيوانا مملوكا لغيره بضرر، أو أراد أن يضرب دابته فضرب دابة غيره ظانا أنها دابته فأدى ضربه لها إلى إعطابها، أو أراد أن يقطف ثمرة فقطف ثمرة غيره وهو يظن أنه ثمره.

ونرى أنه ما دام معنى متعسف في اللغة كما سبق هو الجور أو الظلم فكيف يمكن أن تسمى هذه الصور وأمثالها تعسفا مع أن الفعل حينما وقع من فاعله لم يكن قصد الظلم أو الجور متحققا فيه، فلا تعدو هذه الصور وأمثالها أن تكون صورا 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، فيبين - وهو صحيح - أن الصورة الأولى، وهي خطأ الصائد، خطأ في الفعل، وكذلك بين أن الصورتين الثانية، وهي ضرب دابة غيره ظانا أنه دابته، والثالثة وهي قطف ثمر غيره وهو يظن أنه ثمره، بين أن هاتين الصورتين من صور الخطأ في القصد (72).

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 .

وبهذا ينتهي كلامنا عن التعسف في استعمال الحق والغلو في استعماله في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، وأرجو أن تكون رعاية الله تعالى 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 الدولي.

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

د/ محمد رأفت عثمان

مصادر البحث

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ع مطابع الشعب سنة ١٩٦٦.
- ٣- الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود بن محمود طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.
- ٤ تفسير القرآن العظيم للإمام الحافظ إسماعيل بن كثير ت ٧٤٤هـ، 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 . ١٩٦٠
- ٧- حاشية الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، مطبعة مصطفى محمد.
- ٨- حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ، طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٩٦٧، وطبعة أخرى بمطابع لشعب سنة ١٩٦٦.
- ٩- حاشية البيجرمي على شرح المنهج، طبعة مصطفى الباي الحلبي ١٩٥٠.
- ١٠- حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، مطبعة مصطفى محمد
- ١١- حق الملكية ، د/ عبد المنعم فرج الصدة، ط الثالثة ١٩٦٧ مصطفى الباي الحلبي.
- ١٢- حق الملكية في القانون المدني المصري، د/ منصور مصطفى منصور.
- ١٣- الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصكفي شرح تنوير الأبصار ، مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين، الطبعة الثالثة بالمطابع الأميرية.
- ١٤- سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، مطبعة مصطفى الباي الحلبي.
- ١٥- شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، مطبوع بهامش حاشية البيجرمي على المنهج، مطبعة مصطفى الباي الحلبي سنة ١٩٥٠.
- ١٦- شرح العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرقي، مطبوع بهامش فتح القدير للكمال ابن 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 إحياء الكتب العربية.
- ١٩- الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، مطبعة المنار.
- ٢٠- لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور، طبع دار صادر ودار بيروت.
- ٢١- المحلى، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم، طبع دار الاتحاد العربي للطباعة سنة ١٩٦٩.
- ٢٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشيخ / محمد الشريبي الخطيب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٥٨.
- ٢٣- المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ.
- ٢٤- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، د/ أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة دار التأليف.
- ٢٥- نيل الأوطار، لمحمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧هـ بالمطبعة العثمانية، والطبعة الثانية سنة ١٩٥٢. مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ٢٦- الهداية شرح بداية المبتدي، كلاهما لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى محمد.
- ٢٧- الوجيز لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، مطبعة حوش قدم سنة ١٣١٨هـ.

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد حسن الحجوي ج١ ص ١٤ .

(٢) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/أحمد فهمي أبو سنة ص ٢٠٠ .

(٣) سور البقرة: الآية رقم ٢٣١ .

(٤) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ١ ص ٢٨٠-٢٨١ .

(٥) 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، ما دامت المرأة لم تنته من العدة وهي المدة التي يجب أن تنتظرها المرأة قبل أن تتزوج غيره ؛ ولا يتوقف إعادتها إلى الزوجية - ما دامت في العدة - على رضا الزوجة أو رضا وليها، فسواء رضيت المرأة أو لم ترض ؛ أو رضي وليها أو لم يرض ، فمن حق الزوج أن يعيدها إلى الزوجية بدون عقد جديد بشرط أن يكون ذلك في العدة.

وعدة المطلقة تختلف باختلاف حال المرأة، فإذا كانت ممن تأتيتها الدورة الشهرية فعدتها تنتهي بالتطهر من الحيضة الثالثة، وإذا كانت لا تأتيتها 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 بائنا بينونة صغرى ، أو يكون بائنا بينونة كبرى. فالبائن بينونة صغرى هذا الذي لا يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا إذا عقد عليها عقدا جديدا.

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 مكملا للطلق الثلاث وهو يسمى الخلع، فتبين أيضاً منه بينونة صغرى ، أو يكون طلاقاً 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 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.

(٦) سورة النساء: الآية رقم ١٢ .

(٧) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج١ ص ٦٤١ .

(٨) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ١٢١-١٤٢ .

(٩) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ص ١٠١-١٠٣ .

(١٠) يذهب إلى هذا أستاذنا الدكتور/أحمد فهمي أبو سنة في كتابه: النظريات العامة للمعاملات ص ١٠٥ .

- (^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 الكبير : لأحمد الدردير ج ٤ ص ٨٤ مطابع شركة الإعلانات الشرقية.
- (^٤) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ٨٦ ، ٨٧ ، والتعسف في استعمال الحقوق للأستاذ حسين عامر ص ١٠٦ .
- (^٥) النظريات العامة للمعاملات. المصدر السابق ص ١٠٦ .
- (^٦) المراد بالروشن ما يبينه صاحب الجدار في الشارع ولا يصل إلى الجدار المقابل له، سواء كان من خشب أو من حجر، وهو ما يسمى في لغة العامة (بلكونة) وأما إذا وصل إلى الجدار المقابل له وصار الجداران يميلانه فيسمى حينئذ بالساباط. حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ ص ٣٦٠ .
- (^٧) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري ج ٣ ص ٣٦٠، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج ١ ص ١٦٣ طبع مطابع الشعب
- (^٨) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الجزء الأول ص ١٦٣ .
- (^٩) المغني لعبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر عمر بن الحسين ابن عبد الله بن أحمد الخرقى ج ٥ ص ٣٣ .
- (^{١٠}) شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرّي على هامش تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٣٣٠ .
- (^{١١}) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣ .
- (^{١٢}) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٨ .
- (^{١٣}) تحفة المحتاج لأحمد بن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤٢، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٦ طبع مطابع دار الشعب ..
- (^{١٤}) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣ .
- (^{١٥}) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٦، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج ١ ص ١٦٢ .
- (^{١٦}) الهداية للمرغيناني، مطبوع مع تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٣٣٠، والاختيار لتعليق المختار لعبد الله بن محمود بن مودود بن محمود ج ٤ ص ١٠٠ طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية.
- (^{١٧}) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣ .
- (^{١٨}) المغني ج ٥ ص ٣٣ ، ٣٤ .
- (^{١٩}) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب ج ٢ ص ١٨٣، وشرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري مطبوع مع حاشية البيجرمي ج ٣ ص ١٢ .
- (^{٢٠}) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٧، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣١ .
- (^{٢١}) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦
- (^{٢٢}) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٧ .
- (^{٢٣}) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لأحمد بن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤٧، والوجيز للغزالي الجزء الأول ص ١٠٧ طبع مطبعة حوش قدم.
- (^{٢٤}) الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ .
- (^{٢٥}) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٠٥ .

- (^{٣٦}) .المحلى المصدر السابق ج ٩ ص ١٠٥ .
- (^{٣٧}) حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب لتركيا الأنصاري ج ٣ ص ١٢ .
- (^{٣٨}) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٠٥ ، ١٠٦ .
- (^{٣٩}) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ .
- (^{٤٠}) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج ١ ص ١٦٥ طبع مطابع الشعب .
- (^{٤١}) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ١٤٤-١٥١ ، وحق الملكية في المدني المصري للدكتور منصور مصطفى منصور ص ٩٠-٩٤ .
- (^{٤٢}) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصدة ص ١٥١ ، وحق الملكية في المدني المصري للدكتور منصور مصطفى منصور ص ٩٤ .
- (^{٤٣}) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير ج ٣ ص ٣٣٢ .
- (^{٤٤}) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢١ .
- (^{٤٥}) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦١ .
- (^{٤٦}) المصدر السابق .
- (^{٤٧}) المصدر السابق .
- (^{٤٨}) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٢٧ .
- (^{٤٩}) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ .
- (^{٥٠}) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ .
- (^{٥١}) حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ج ٢ ص ٢٤١ .
- (^{٥٢}) التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود لحسين عامر ص ١٠٦ .
- (^{٥٣}) الدر المختار محمد علاء الدين الحصكفي شرح تنوير الأبصار مطبوع بمأمش حشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٥ .
- (^{٥٤}) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥٣ .
- (^{٥٥}) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة ج ٥ ص ٥١ .
- (^{٥٦}) حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ج ٢ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .
- (^{٥٧}) رد المحتار (حاشية ابن عابدين) ج ٤ ص ٢٣٠ .
- (^{٥٨}) الشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٤ ص ٣٨ .
- (^{٥٩}) الشرح الكبير لأحمد الدردير ج ٣ ص ٣٣٢ .
- (^{٦٠}) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٤ .
- (^{٦١}) المصدر السابق ج ٥ ص ٤٦ .
- (^{٦٢}) قصر الثوب: دقه، ومنه القصار .
- (^{٦٣}) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ .
- (^{٦٤}) حق الملكية د/ عبد المنعم الصدة ص ٨٨ ، ٨٩ .
- (^{٦٥}) حق الملكية د/ عبد المنعم الصدة ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٦٦) المصدر السابق ص ٩١ .

(٦٧) لسان العرب لابن منظور: مائة (عسف) .

(٦٨) المصدر السابق .

(٦٩) النظرية العامة للمعاملات ص ١٣٤ .

(٧٠) مغني المحتاج ل محمد الشريبي الخطيب ج ٤ ص ٢٠٨ .

(٧١) النظرية العامة للمعاملات ص ١٣٤ .

(٧٢) نص ما قاله أستاذنا الدكتور أحمد فهمي أبو سنة هو : القاعدة الخامسة : أن يستعمل الإنسان حقه الذي يكون بطبيعته

عرضة لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراس، لكنه يستعمله دون احتراس وتثبت فيما يمكن فيه الاحتراس فيفضي هذا إلى

الإضرار بالغير .

وذلك كما إذا أراد أن يصيد طيرا فطاش سهمه وأصاب إنسانا أو حيوانا بضرر فإن الصيد حق مباح ولكنه لم يحتسب في استعماله ولم يتثبت فأدى إلى ضرر الغير، وهو المعروف بالخطأ في الفعل، وكما إذا ضرب دابة غيره يظن أنها دابته فأعطبها أو قطف ثمر غيره يظن أنه ثمره وهو المعروف بالخطأ في القصد، وهذا تعسف في استعمال الحق. انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ١٢٤ .