معالم القرآن والسنة
مجلة محكمة
السنة السابعة، العدد الثامن، ٢٠١٢

نبيل محمد كريم المغايرة
و منصور محمود راجح مقدادي

المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسُّنة النبوية وتطبيقاتها المعاصرة

Abstract

This study investigates the intrinsic criteria of arbitrariness in exercising rights with reference to the Holy Quran and the *Sunnah* of the Prophet (p.b.u.h). This is with the aim of presenting their legal evidences from these two sources. The study also presents the preventive role played by the panel of arbitration. This study has found that there is a good deal of general and specific evidences on these criteria which, in total, give them the authority. It also highlights the role of intrinsic criteria in solving the problems of arbitration and removing its negative impact in all fields of life.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين؛ نبيِّنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الطَّيبين الطَّاهرين، ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد.

فقد تناول الفقهاء القدامى الحقوق بأنواعها المختلفة، وتكلّموا عن الضوابط التي ينبغي أن تتوافر في هذه الحقوق، وبيّنوا أنَّ العمل في إطار هذه الحقوق محكوم بمجموعة من الضوابط، وأنَّ الخروج عليها يؤدي إلى استعمال الحق في غير ما شرع له. وقد سمى الفقهاء المعاصرون ذلك تعسفاً في استعمال الحق، ووضعوا له مجموعة من الضوابط سميت "معايير التعسف".

ومن خلال هذا البحث حاولت الدراسة تأصيل هذه المعايير، ببيان مدى حجيتها، والأدلة التي تنهض بحجيتها، وأهم التطبيقات الفقهية المعاصرة لها.

وتكمن مشكلة الدراسة في اختلاف أهل العلم في هذه المعايير، وكيفية تطبيقها واقعاً، ومدى حجيتها. وقد حاولت هذه الدراسة تجلية هذه المشكلة، والوصول إلى الأدلة والتطبيقات الفقهية الدالة على صحة هذه الضوابط في ضوء كتاب الله العزيز والسنة النبوية المطهرة.

أما بالنسبة للدراسات السابقة، فقد وجد الباحثان أنَّ هناك مجموعة من الدراسات كنظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ الدكتور فتحي الدريني، والتي تناولت موضوع معايير التعسف من حيث التطبيقات في أبواب الفقه الإسلامي أثناء بحثها لموضوع التعسف كنظرية، ودراسة التعسف في استعمال الحق،لأحمد أبو سنه، ودراسة التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، لسعيد الزهاوي، ودراسة التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية للباحثة عبير القدومي، وهذه الدراسات تمثل دراسة خاصة للتعسف في باب محدد كما هو واضح من عناوينها، إلاَّ أن أياً منها لم تكن دراسة متخصصة في موضع التأصيل الشرعي لمعايير التعسف الذاتية تحديداً، فجاءت هذه الدراسة لتغطي هذا الجانب بالبحث والتفصيل.

وقد اقتضت خطة البحث تقسيمه إلى مبحثين، وخاتمة، على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق، والمفاهيم ذات الصلة به، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم التعسف لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: معايير التعسف: مفهموها، وأنواعها.

المبحث الثاني: المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة (مفهومها، وأنواعها، وأدلتها الشرعية) وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معيار تمحض قصد الإضرار، وأدلته في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

المطلب الثاني: المعيار الغرضي (الباعث غير المشروع)، وأدلته في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

المطلب الثالث: معيار انعدام المصلحة في استعمال الحق أو تفاهتها، باعتباره قرينة إلى قصد الإضرار، وأدلته في القرآن، والسنة النبوية المطهرة.

أما الخاتمة فقد تناولت أهم النتائج والتوصيات التي خرج بها الباحثان، وقد تمَّ بيانها في خاتمة البحث.

هذا، والله نسأل أن يكون عملنا هذا متقبلاً وخالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون في ميزان حسناتنا يوم الدين، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق والمفاهيم ذات الصلة به.

المطلب الأول:مفهوم التعسف لغةً واصطلاحاً.

أولا: مفهوم التعسف لغة.

جاء في لسان العرب: "العَسْف: هو السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف. والتعسف: السير على غير علم ولا أثر، ومنه

قيل رجل عسوف:إذا لم يقصد قصد الحق. ورجل عسوف: إذا كان ظلوماً، وعَسَفَ فلان فلاناً عسفاً: ظلمه".[١]

مما تقدم يتبين لنا أنَّ معنى التعسف يدور حول معنى الظلم، والخروج عن طريق الحق.

ثانيا: مفهوم التعسف عند الفقهاء.

لم يتعرض الفقهاء الأوائل إلى موضوع التعسف كنظرية مستقلة ذات أركان وشروط ومعايير، كما أنهم لم يعرفوا هذا المصطلح ــ التعسف ــ لحداثته، ولكنهم عرضوا له تحت أبواب مختلفة من أبواب الفقه "كباب الضمانات".[٢]

وقد تناول الإمام الشاطبي التعسف تحت مسمى "الاستعمال المذموم" حيث قال: "فلم يزل أصل المباح وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم".[٣]

أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في تعريف التعسف، وذلك بالنظر إلى استقلاليته عن موضوع المجاوزة، أو اعتباره صورة من صور المجاوزة أو التعدي. فالذين رأوا أنَّ التعسف نظرية مستقلة بذاتها عرَّفوا التعسف بتعريفات عدة، منها:

١- تعريف أحمد أبو سنه بأنه: "استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع".[٤]

١- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب، ج٤، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص٢٤٥. **بتصرف.**

٢- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات، المطبعة المنيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ، ص١٤٦. عبير ربحي شاكر القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ١٤٢٨هـ -٢٠٠٧م، ص١٧.

٣- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٩٩١م، ص١٦٣.

٤- أحمد فهمي أبو سنه، التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، ١٣٠٨هـ- ١٩٦١م، ص١١٠.

وقد قصد من قوله غير المشروع أي غير المعتاد؛ ولذلك أورد تعريفا آخر لتوضيح مراده، مفاده أن التعسف: "تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعاً".[٥]

وقد انتقد الدكتور محمد فتحي الدُّريني هذا التعريف باعتبار أنَّ التعسف غير مقتصر على التصرف غير المعتاد، بل يشمل المعتاد أيضا.[٦]

٢- عرَّفه بلحاج العربي: "بأنَّه انحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق".[٧]

وهذا التعريف غير شامل للتصرف في المباحات مع أنَّه قد يُتعسف في استعمالها.

٣- وخير تعريف للتعسف -فيما نراه- هو تعريف الدكتور محمد فتحي الدريني حيث عرَّف التعسف بأنه: "**مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل**".[٨]

وقد قام بتحليل التعريف وبيان محترزاته، ولا مجال هنا لبيان ذلك لكون ذلك ليس من صلب البحث.

أما الذين عرَّفوا التعسف على أنه صورة من صور الخطأ فلن نتناول تعريفاتهم لعدم دقتها، وصحتها، ولأنَّ بحثنا يتعلق بموضوع المعايير الذاتية للتعسف في ضوء الكتاب والسنة، ولذا فلا مجال لبحثها ونقدها هنا.

٥- المرجع السابق، ص١١٠. وانظر في ذلك: الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون" دراسة مقارنة"، دار الإتحاد العربي للطباعة، القاهرة، ١٩٧٦م، ص١٠٦.

٦- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٨٢.

٧- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص١١٠.

٨- انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٨٤ وما بعدها.

المطلب الثاني: معايير التعسف، مفهومها، وأنواعها.

مفهوم المعايير.

جاء في لسان العرب: المِعيار من المكاييل، ماعُيِّر، قال الليث: العِـــيار: ما عايرت به المكاييل، فالعِيار صحيح تام وافٍ، نقول عَايَرْتُ به: أي سويته وهو العِيارُ والمِعْيَار.

وجاء أيضا: العَيْر: الوتد، والعَيْر: الجبل. والمعايير: المعايِّب، والأعيار ظاهر العيوب".[٩]

وجاء في القاموس المحيط: "المِعَار (بالكسر): الفرس الذي يحيد عن الطريق بركابه".[١٠]

مما تقدم نلاحظ أنَّ هذه المعاني تدور حول التدقيق والضبط، ومعرفة الشيء على حقيقته حتى لا يحاد عنه، وهذا يقرب من معنى المعيار المراد هنا إذ هو عبارة عن الضابط للتصرفات بحيث إذا توفر فيها هذا العيب عُدَّ صاحبها خارجا عما رُسِم له من طريق في استعمال الحق.

أما المعايير في الاصطلاح الشرعي فيمكن تعريفها بأنها "تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة التعسف".[١١]

٩- ابن منظور، لسان العرب، ج٤، ص٤٧٦.

١٠- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج٢، ط٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م، ص٩٨.

١١- الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية، ص١٨٠. عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق، ص٣٥.بتصرف

والحقيقة أنَّ وضع المعايير للتصرف التعسفي يساعد على ضبط وتحديد ماهية هذا الفعل، كما ويساعد في ترتيب الجزاء المناسب على التعسف من المنع، أو الإجبار، أو التضمين ونحو ذلك.

أما المعيار الذاتي فيقصد به: "النظر في العوامل النفسية التي حركت صاحب الحق في التصرف بحقه".[١٢]

أنواع المعايير في إطارها العام.

تقسَّم المعايير في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي إلى معيارين رئيسين هما:

١- المعيار القصدي (الذاتي أو الشخصي).

٢- المعيار المادي (الموضوعي).[١٣]

وينقسم المعيار القصدي إلى معايير (ضوابط) فرعية ثلاث هي:

الأول: معيار تمحض قصد الإضرار.

الثاني:المعيار الغَرَضي (الباعث غير المشروع).

الثالث:معيار انعدام المصلحة في استعمال الحق أو تفاهتها باعتباره مفصحاً عن قصد الإضرار.[١٤]

وكذلك المعيار المادي ينقسم إلى ثلاث معايير فرعيه هي:

الأول: معيار الضرر الفاحش

١٢- عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق، ص٣٦.

١٣- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٢٦ وما بعدها. الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية، ص١٨٠ وما بعدها. عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص٣٦.

١٤- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٢٦ وما بعدها. الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية، ص١٨٠ وما بعدها. عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص٣٦.

الثاني: معيار عدم التوازن بين المصالح المتعارضة

الثالث: معيار الاستعمال غير المعتاد من الإهمال وعدم التبصر في استعمال الحق.[١٥]

هذا، وهناك معيار عام يحكم هذه المعايير ذكره الدكتور محمد فتحي الدريني حيث قال: "كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها أصل عام واحد يمكن أن يعتبر **معياراً عاماً** للتعسف هو: "**استعمال الحق في غير ما شرع له**".[١٦]

وستكون دراستنا في هذا البحث مقصورة على المعايير الذاتية لنظرية التعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة، وسنتناولها في ثلاث مطالب نخصص المطلب الأول لمعيار تمحض قصد الإضرار والأدلة الشرعية الدَّالة عليه من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم. والمطلب الثاني للمعيار الغَرَضِي (الباعث غير المشروع) وأدلته في كتاب الله والسنة النبوية المطهرة. والمطلب الثالث لمعيار انعدام المصلحة الجدية المشروعة أو تفاهتها وأدلته في كتاب الله والسنة النبوية المطهرة نبيِّن ذلك على النحو الآتي:

المبحث الثاني

المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في ضوء القرآن والسنة (مفهومها، وأنواعها، وأدلتها الشرعية)

يقصد بالمعايير الذاتية: "تلك التي تستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق إلى التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة".[١٧]

وقد قسَّم أهل العلم المعايير الذاتية إلى ثلاثة معايير (ضوابط) هي:

الأول: معيار تمحض قصد الإضرار

الثاني: المعيار الغرضي (الباعث غير المشروع)

١٥- المراجع السابقة.

١٦- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٦٢.

١٧- المرجع السابق، ص٢٢٦.

الثالث: معيار انعدام المصلحة في استعمال الحق باعتباره مفصحا عن قصد الإضرار.[١٨]

هذا، وقد قسَّم الدكتور محمد فتحي الدريني المعايير الذاتية إلى القسمين المذكورين أعلاه، ورد القسم الثالث إلى الأول على اعتبار أنه صورة منه.[١٩]

وأرى أن تدرس هذه المعيار بشكل مستقل؛ لأنَّ لكل معيار أدلته وصوره في الواقع التطبيقي.

وسنتناول الآن هذه المعايير في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: معيار تمحض قصد الإضرار وأدلته في ضوء الكتاب والسنة المطهرة

والمراد من **تمحض قصد الإضرار:** "هو توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوافر نية أخرى سوى الإضرار بالغير".[٢٠]

ويعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسف وأظهرها، حيث وجد هذا المعيار في الشرائع القديمة.[٢١]

وتظهر أهمية هذا المعيار بالنظر إلى استعمال الحق بشكل يكون استعماله مصحوبا بقصد الإضرار، وإلى كثرة وقوع هذا الاستعمال بشكل يصعب معه الكشف عن قصد أو نية صاحب الحق، ولذا كان استعمال الحق بقصد الإضرار هو أكثر صور التعسف قبحا، وأولاها بالعناية لمنعها، ومعاقبة فاعلها.[٢٢]

هذا، ويقصد من هذا المعيار- تمحض قصد الإضرار- منع القصد إلى الضرر لا منع وقوعه؛ لأنَّ كل مصلحة لا تخلو من مضرة، والممنوع هو توجيه الغرض إلى

١٨- الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية، ص١٨٠ وما بعدها.

١٩- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٣٠.

٢٠- عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق، ص٣٧. بتصرف.

٢١- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٢٦. عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق، ص٢٩.

٢٢- الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية، ص١٩٢ وما بعدها.

الإضرار، وفي ذلك يقول الشاطبي:" وهو ممنوع من قصد الإضرار ولا يقال إنَّ هذا تكليف بما لا يطاق، فإنه إنما كلِّف بنفي قصد الإضرار وهو داخل تحت الكسب لا بنفي الإضرار بعينه".[٢٣]

ويقول أيضاً في تحريم هذا النوع ومنع التسبب فيه: "لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار، من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".[٢٤]

هذا، ويدل على اعتبار هذا المعيار- تمحض قصد الإضرار- ما ورد عن الفقهاء من أقوال أثناء بيانهم لمراتب الضرر نذكر منها ما يأتي:

أ- قال الشاطبي: "جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه على ضربين أحدهما: أن لا يلزم عنه إضرار بالغير، والثاني: أن يلزم عنه ذلك. وهذا الثاني ضربان أحدهما: أن يقصد الجالب أو الدافع — وهو صاحب الحق أو الإباحة- ذلك الإضرار".[٢٥]

فنلاحظ أنَّ الشاطبي قد نص صراحة على هذا المعيار وهو قوله: "أن يقصد الجالب أو الدافع ذلك الإضرار".

ب- جاء عن ابن رجب نوعين رئيسين من وجوه الضرر حيث قال: "الأول: تمحض قصد الإضرار، بأن لم يكن لصاحب الحق من غرض في استعمال حقه سوى الإضرار بغيره".[٢٦] وهذا نص صريح على هذا المعيار.

هذا، وقد اشترط الدكتور العيسوي، والروَّاس[27][٢٧] لتحقق معيار تمحض قصد الإضرار شرطين:

٢٣- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، ص٢٦٥.

٢٤- المرجع السابق، ج٢، ص٢٦٥.

٢٥- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، ص٢٩٢.

٢٦- عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، ، جامع العلوم والحكم، دار الصحابة للتراث، طنطا مصر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص٤٥٥.

الأول: أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير عمداً.

الثاني: أن يتمحض قصده لذلك، بحيث لا يصاحبه قصد إلى شيء آخر من وراء هذا التصرف؛ كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو ضئيلة منه.

وسنبيِّن الآن بعضاً من الأدلة التي تنهض بحجية هذا المعيار على النحو الآتي.

أولاً: أصول معيار تمحض قصد الإضرار في القرآن الكريم (أدلته):

ويشهد لهذا المعيار- تمحض قصد الإضرار- أدلة كثيرة في القرآن الكريم نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾.[٢٨]

وجه الدلالة: أنَّ الآية الكريمة تفيد منع كل من الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد، وذلك من خلال ما مُنح الأب من حق الولاية على الابن، فيقوم بانتزاع الولد من أمه مع رضاها بإرضاعه مجاناً، أو بما ترضى به غيرها، أو بمنعها حق الحضانة لولدها في حال استرضاع غيرها.

ويقول الجصاص في مثل هذه الحالة: "ولكنه يؤمر [أي الزوج] بأن يحضر الظئر إلى عندها حتى ترضعه في بيتها".[٢٩]

قال الدكتور فتحي الدريني تعليقا على ذلك: "فالضرر هنا ألم نفسي لا مادي وكلاهما ممنوع".[٣٠] أي أنَّ معيار التعسف هنا هو معيار ذاتي نفسي.

٢٧- انظر: عيسوي أحمد، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ١٩٦٣، ص٩٢. أمين رجا رواس، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان- الأردن، ١٩٩٢م، ص١٧٦ وما بعدها.

٢٨- سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

٢٩- أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م، ص٤٩٠.

وكذلك الأم، فهي ممنوعة من استعمال حقها- حق الرَّضاع- على وجه يضر بالطفل أو بأبي الطفل، لذا أوجب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[٣١] عليها إرضاع طفلها في الحالات الآتية:

١- إذا تعيَّنت الأم لذلك بأن أَلِفَها الطفل، و لم يرض الرضاع من غيرها.

٢- إذا لم يوجد من يرضعه غيرها.

٣- إذا كان الأب فقيراً لا مال له ليستأجر ظئراً لترضعه أو لا يستطيع شراء الحليب المناسب لطفله الرضيع كما هو واقع الحال في زمننا المعاصر.

ففي هذه الحالات يصبح الرَّضاع واجباً على الأم قضاءً حفاظا على حياة الطفل الرَّضيع، وامتناع الأم في هذه الحالة يعتبر قصداً صريحاً بالمضارة بالولد وأبيه، وهذا عين التعسف.

كما ويجبر الأب عند الحنفية المالكية[٣٢] على استئجار مرضعة للطفل — أو شراء الحليب لطفله كما هو الحال في زماننا- في حالات معينة وإلاَّ عد مسيئاً ومتعسفاً في استعماله لحقه وهذه الحالات هي:

أ- إذا رفض الطفل أن يرضع من أمه لأي سبب.

٣٠- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٩٤.

٣١- زين الدين، إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم،، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج٢، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ص٣٠٧. كمال الدين محمد بن محمود بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية، ج٤، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٧م، ص٣٦٨. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م، ص٢٩٤. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب, ج٢، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص١٧٩. أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، ج٨، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ص١٩٩.

٣٢- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦م، ص٤٠. أبو عبد الله محمد الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج٤، دار صادر، بيروت ، لبنان، ص٢٠٦. ياسين الغادي، التعسف في استخدام السلطة على الأبناء، دار رند للنشر والتوزيع الأردن، ٢٠٠١م، ص٧٦.

ب- إذا كان للأب أو للرضيع مال يمكن من خلاله استئجار المرضع، أو شراء الحليب المناسب له.

ت- إذا كان العرف يقضي باستئجار مرضعة أو شراء الحليب المناسب له إذا كانت الأم من عائلة منعمة لا يرضع أمثالها أطفالهم، أو كان حليبها يضر بالطفل كما في بعض الحالات التي أثبتها الطب.

مما تقدم يتبيَّن لنا في هذه الآية الكريمة الدور الوظيفي أو الغيري[٣٣] الذي يقوم به معيار التعسف في هذه الحالة والمتمثل بأن حق الرضاع هو حق وواجب في آن واحد فهو حق للطفل وحق للأم في أن ترضع طفلها وحق للأب في متابعة رضاع ابنه وهو واجب في نفس الوقت على الأم وعلى الأب في الحالات التي ذكرنا فهذا الدور الوظيفي الذي يقوم به معيار التعسف هو بمثابة وظيفة اجتماعية هدفه تحقيق المصلحة لجميع الأطراف ومنع تعسفهم في استعمال هذا الحق، والهدف العام لذلك هو رعاية النشئ والقيام على رعايتهم حفاظا على النسل وإبقاء على حياتهم والذي يعتبر من أهم الحقوق في بناء النشئ الإسلامي، بل والإنساني على السواء. فثبت أنَّ هذه الآية الكريمة أصل من أصول التعسف في معيارها (معيار تمحض قصد الإضرار).

٢- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ﴾.[٣٤]

وجه الدلالة: نصت الآية الكريمة على أنَّ الإنفاق يكون على قدر الوسع والقدرة، فلا يكلف الله نفسا فوق طاقتها، وبالتالي القول بأنَّ للزوجة طلب فسخ النكاح للإعسار بالنفقة لا يتفق ومضمون الآية الكريمة، وخاصة إذا كان الزوج يستطيع تلبية الضروريات من حوائج الزوجة.

٣٣- انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص٩٤.

٣٤- سورة الطلاق، الآية: ٧.

كما أنَّ مطالبة الزوجة بنفقة تتفق ومستواها المعيشي الذي كانت عليه في بيت أبيها بقصد فسخ عرى الزوجية قضاءً يعدُّ تعسفاً في استعمالها لحقها في مثل هذه الحالة.

وبناء على منطوق هذه الآية الكريمة فإنَّ على الزوجة أن تصبر، وأن تنفق من مالها؛ إن كانت ذات مال، أو تستدين بأمر القاضي إلى حين يسار الزوج. ولها بعد ذلك الرجوع على الزوج بما أنفقت من مالها أو بما استدانت من مال؛ على أن يكون ذلك إما بأمر القاضي، أو شهادة الشهود الثقات على أن استدانتها كانت من أجل الإنفاق على حوائجها الأساسية. وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والمزني من الشافعية، وابن القيم من الحنابلة.[٣٥]

وقد ذهب الظاهرية[٣٦] إلى أبعد من ذلك، حيث أوجبوا على الزوجة الإنفاق على زوجها إذا أصبح معسراً؛ وكانت ذات مال. وإن كان معسراً وأنفقت على نفسها من مالها؛ لم ترجع بما أنفقت على الزوج عند يساره. وحجتهم قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾.[٣٧]

وهذا يعني أنَّ الزوجة إذا ما طالبت بفسخ عقد الزواج لإعسار الزوج- على اعتبار أن ذلك حق لها- كانت متعسفة في مطالبتها لذلك، وخصوصا إن ظهرت قرائن تؤيد قصدها للإضرار بالزوج، كأن كانت زوجة عاملة ولها راتب أو لها مال وهي قادرة من خلاله على كفاية نفسها. وبالتالي فإن طلبها التفريق مع قدرتها على القيام برعاية نفسها قرينة دالة على قصد الإضرار بالزوج، وإيقاع مصيبتين في حق الزوج، مصيبة ضيق يده وعجزه عن الإنفاق على زوجته، ومصيبة مفارقته لزوجته بطلبها الفسخ

٣٥- محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار المسماة بـــ" حاشية ابن عابدين"، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥م، ص٥٩١.، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج على معرفة ألفاظ المنهاج، ج٣، دار الفكر، ١٩٧٨م، ص٤٤٢. ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٤، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ص٣٠٣.

٣٦- ابن حزم، المحلى بالآثار، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٨م، ص٢٥٤.

٣٧- سورة البقرة، الآية: ٢٢٣.

وهو في أمس الحاجة إليها في تلك الحال، علاوة على تفرق شمل الأسرة، وضياعها، وتشتتها، وتشرذمها.[٣٨] فثبت لنا أنَّ هذه الآية أصل من أصول التعسف في معياره قصد الإضرار بالزوج.

٣- وقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾.[٣٩] [البقرة: ٢٨٠]

وجه الدلالة: أنَّ الشارع الحكيم أوجب على الدائن إنظار المدين في حال الإعسار، ولكن إذا كان المدين قادراً على السداد، فللدائن معاقبة مدينه **لحديث عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ:قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ".**[٤٠]

ويرى بعض الحنفية والحنابلة[٤١] أنَّ عقوبة المدين في حال قدرته على السداد ومماطلته في ذلك هي الحبس، وهذا حق للدائن، غايته تحصيل دينه.

لكن إذا كان المدين معسراً، فلا يحق له استعمال هذا الحق، لانَّ استعمال الحق في مثل هذه الحالة لا يخلو من أمرين:

الأول: إما أن فيه قصد الإضرار، وهو ممنوع، إذ لا ضرر ولا ضرار.

٣٨- عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص١٣٣.

٣٩- سورة البقرة: الآية: ٢٨٠.

٤٠- **اللَّي:** المماطلة في سداد الدين. **عِرْضَه:** شكايته والإغلاظ له بالقول. **وعقوبته:** حبسه. انظر: محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري ، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التنزيل، ج٣، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ -١٩٧٧م، ص٣٤٩. أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج٨، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ -١٩٩٧م، باب لصاحب الحق مقال، ص٢٨٩. قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ: يُحِلُّ عِرْضُهُ: يُغَلَّظُ لَهُ، وَعُقُوبَتَهُ: يُحْبَسُ لَهُ.

٤١- الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٧٣. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ص٢٧٢.

والثاني: إما لمجرد العبث، والعبث لا يشرع في دين الإسلام؛ لأنه ينافي أصل المصالح.[٤٢]

وهذا ما يراه الحنفية والشافعية والحنابلة[٤٣] في مسألة إعسار الزوج بالنفقة على زوجته حيث يرون أن الزوجة إن أعسر زوجها بالنفقة وثبت ذلك فعلا بعد رفع الأمر إلى القاضي فإن القاضي يأمرها بالاستدانة على أن يُقضى هذا الدين من مال الزوج عند يساره ولا يفرق بينهما.

كما ذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك وهو وجوب إنفاق الزوجة على زوجها المعسر علاوة على إنفاقها على نفسها ولا ترجع بما أنفقت عليه في حال يساره.[٤٤]

وبناء على ذلك فإن طلب الزوجة للتفريق بسبب الإعسار مع قدرتها على الإنفاق على نفسها وبنيها، قد يكون سببه أمر خفي، وهي تتذرع بعجز الزوج عن الإنفاق للتخلص منه، ويؤيد ذلك قرائن، وهي كونها محترفة، أو ذات مال، وليست بحاجة إلى الإنفاق، فيكون الدافع لطلب حق النفقة لا مجرد كونه حق لها على الزوج، وإنما بقصد الإضرار به، وإيقاع مصيبتين عليه: مصيبة ضيق يده وسوء الحال، ومصيبة ترك زوجته وهو أحوج ما يكون إليها.

ولذا يرى الباحثان أنَّ رأي ابن حزم في هذه الحالة هو الأقرب إلى روح التشريع ومقاصده، تحقيقاً للتكافل الأسري، ومحافظة على أواصر المودة والمحبة بين أفرادها، ومنعا من التعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له.

وهذا يدل على أنَّ هذه الآيات الكريمة تبين الدور الوقائي للتعسف، والمتمثل في عدم جواز التفريق بين الزوجين لمجرد الإعسار مع قدرة الزوجة على الإنفاق على نفسها، وعدم حبس المدين بشكل عام مادام أنه غير قادر على السداد. كما تمثل الدور

٤٢- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٩٩. بتصرف

٤٣- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٥٩١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٤٤٢. ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٤، ص٣٠٣.

٤٤- ابن حزم، المحلى بالآثار، ج٩، ص٢٥٤.

العلاجي، والمتمثل بإنظار المدين إلى حين ميسرة، وإنفاق المرأة على نفسها من مالها، أو بالاستدانة على ذمة الزوج في حال عدم المال إلى حين قدرة الزوج على الإنفاق. فثبت أنَّ هذه الآيات الكريمة أصل من أصول معيار تمحض قصد الإضرار في حال التعسف في استعمال الحق.

٤- قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾.[٤٥]

وجه الدلالة: أنَّ الشارع الحكيم جعل للزوجة حق السكن في بيت الزوجية عند التطليق، وهو حق للزوج أيضا.وقصد الشارع من إباحة السكنى مع بعضهما في أثناء العدة هو محاولة التقريب بين الزوجين، وحتى تعود الحياة الزوجية إلى صفائها، لكن إذا استعمل الزوج هذا الحق في غير ما شرع له، فضيق على هذه الزوجة؛ ليدفعها إلى الخروج من بيت الزوجية، كان متعسفا في استعماله لهذا الحق.

يقول الشيخ الزرقا في توجيه الآية الكريمة: "فالمضارة في الآية استعملت لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سيء لإلحاق الضرر برفيقه في حقه المقابل".[٤٦]

وقد بين صاحب فتح القدير أن من حق الزوجة الانفراد بالسكن بحيث لا يشاركها فيه غيرها؛ لأنها تتضرر بذلك، حيث إنها لا تأمن على متاعها إلا أن تختار ذلك.[٤٧]

وهذه الآية الكريمة تمثل الد٤٨ور الوظيفي لنظرية التعسف، والمتمثل بالوظيفة الاجتماعية، وهي الحفاظ على الأسرة من التفكك، ومنع وصول الأسرة إلى مرحلة

٤٥- سورة الطلاق، الآية: ٦.

٤٦- مصطفى أحمد الزرقا، مذكرة تأصيلية، جامعة الدول العربية، تونس، ١٩٨٤م، ص٢.

٤٧- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ج٣، ص٢٣٥. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، عالم الكتب، مصر، ١٩٦٠، ص٣٤.

التطليق، إلا في حال كون الحياة الزوجية مستحيلة لا يمكن استمرارها. فثبت أنَّ هذه الآية هي من الأدلة الدالة على التعسف في معياره الذاتي قصد الإضرار بالغير.

٥- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ﴾.[٤٨]

وجه الدلالة: نهى الله تعالى في هذه الآية الكريمة عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار بها، وقد أمر في الآية الكريمة بالإمساك بالمعروف، أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة لا هي بزوجة ولا هي بمطلقة؛ لأن في ذلك إضرار بها، وتعريض لها للفتنة.[٤٩]

ومن صور المضار أيضا في الزوجة في ضوء الآية الكريمة التعسف في استعمال حق المراجعة، حيث يقوم الزوج بتطليقها، فإذا ما اقتربت عدتها من الانتهاء؛ قام الزوج بإعادة الزوجة إلى عصمته، قبل انتهاء عدتها بأيام، لا بقصد إمساك زوجته بالمعروف، وتدارك ما وقع منه من تطليقها، بل مراجعتها بقصد تطويل العدة عليها، ومعاقبتها والتضييق عليها، وقرينة قصده الإضرار بها تكون واضحة عندما يراجعها دون أن يعاشرها معاشرة الأزواج كما أمر الله تعالى. وبالتالي فالجزاء الشرعي في هذه الحالة هو معاملته بنقيض قصده؛ لأنه تعسف في استعمال حق المراجعة للزوجة وفق مراد الله من الرجعة، ولذا فإن الزوجة في هذه الحالة تستمر في عدتها، وتبني على عدتها الأولى، دونما حاجة إلى استئناف العدة، مادام أنه لم يجامعها.

وهذا ما أفتى به السلف الصالح ففي الأثر عن ابن جريج قال: "قلت لعطاء: الرجل يطلق المرأة، فتعتد بعض عدتها، ثم يراجعها في عدتها، ويطلقها و لم يمسها من أي

٤٨- سورة البقرة، الآية: ٢٣١.

٤٩- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص١٠٠ وما بعدها.

يوم تعتد؟ قال: تعتد باقي عدتها".[٥٠] وهذا ما يراه الإمام مالك والشافعي في القديم وأحمد في رواية.[٥١]

مما تقدم يتبين لنا أن الآية الكريمة أصل من أصول التعسف، وخاصة في معياره تمحض قصد الإضرار.

٦- قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[٥٢]، وقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[٥٣]، وله تعالى: ﴿مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[٥٤]، وقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ﴾.[٥٥]

وجه الدلالة من الآيات الكريمة: أن الشارع الحكيم حث على الوصية ورغب بها، لما فيها من تدارك ما يفوت الإنسان من الخير أثناء حياته، ولما لها من دور في توثيق الحقوق التي لا بينة عليها، كدين أو وديعة عنده مما لا يعلم الورثة أنها مال الغير.[٥٦]

٥٠- عبدالرزاق، المصنف، ج٦، ص٣٠٧، رقم الأثر (١٠٩٨).

٥١- الصاوي، حاشية الصاوي، ج٢، ص٧١٥. الشيرازي، المهذب، ج٣، ص١٣٥. عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، روائع التفسير، ج١، دار العاصمة، السعودية، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م. ص١٧٩. ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٦٧.

٥٢- سورة النساء، الآية: ١١.

٥٣- سورة النساء، الآية: ١٢.

٥٤- سورة النساء، الآية: ١٢.

٥٥- سورة النساء، الآية: ١٢.

٥٦- شهاب الدين محمد الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٢م، ص٢٣٢.

لكنَّ الشرع اشترط لصحة هذه الوصية شروطاً:

الأول: أن لا تكون لوارث، لحديث أبي أمامة قال سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: (إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ).[٥٧]

والثاني: أن تكون بحدود الثلث، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص: "الثلث والثلث كثير".[٥٨]

والثالث: وهو عدم قصد الإضرار بالورثة. وقد ورد قيداً في الآية الكريمة بقوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾.[٥٩] ولو كانت هذه الوصية بحدود الثلث أو بما دونه لإطلاق النهي في الآية الكريم.[٦٠]

قال الزمخشري في تفسيره للآية الكريمة: "[غَيْرَ مُضَارٌّ] حال، أي يوصي بها وهو غير مضارّ لورثته، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث، أو يوصي بالثلث فما دونه، ونيته مضارّة ورثته ومغاضبتهم، لا وجه الله تعالى".[٦١]

فالملاحظ أنَّ الوصي قد يستعمل حقه في الوصية بصورة تضر بأهله وأقاربه من الورثة، والأصل في الوصية أن يكون القصد منها تدارك ما فاته من خير في حياته، أو

٥٧- أبو داود، سنن أبي داود، باب ما جاء في الوصية للوارث، ج٨، ص٦٠. الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء لا وصية لوراث، ج٧، ص٤٩١، حديث رقم (٢٠٤٦). قال الترمذي: حديث **حسن صحيح**.

٥٨- البخاري، صحيح البخاري، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ج٩، ص٢٧١، حديث رقم (٢٥٣٧). مسلم، أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، صحيح مسلم، ط١، دار ابن حزم، بيروت، ١٤١٦هـ -١٩٩٠م، باب الوصية بالثلث، ج٨، ص٣٩٥، حديث رقم (٣٠٧٦).

٥٩- سورة النساء، الآية: ١٢.

٦٠- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص١٠٤.

٦١- الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل، ج١، ص٢٥٥.

لإبراء ذمته من دين ليس عليه بيِّنة، أو وديعة عنده لا علم للورثة أنها حق للغير، ففي هذه الحالات وجب عليه أن يبيِّن من خلال الوصية ما له وما عليه من حقوق للعباد.

وعليه، فالوصية في نظر الشرع إنَّما شرعت لهذه المقاصد النبيلة، لكن إذا كان قصد الموصي إلحاق الضرر بالورثة من خلال استعمال حقه في الإيصاء وهذا له أشكال كثير، كالوصية بما زاد عن الثلث لأجنبي، أو الادعاء بأن لأحد الورثة دينا عليه ليأخذ من التركة أكثر من حقه، أو أن يقر على نفسه بدين لأجنبي ليأخذ من التركة على أنه دين، كل هذه الأشكال من الوصية يعد الموصي فيها متعسفا في استعماله لحقه في الإيصاء.

يقول القرطبي في تفسيره مبينا لأشكال الضرر في الوصية: "أي يوصي بها غير مضار، أي غير مدخل الضرر على الورثة.أي لا ينبغي أن يوصي بدين ليس عليه ليضر بالورثة، ولا يقر بدين.فالإضرار راجع إلى الوصية والدين، أما رجوعه إلى الوصية فبأن يزيد على الثلث، أو يوصي لوارث، فإن زاد فإنه يرد، إلاَّ أن يجيزه الورثة، لأنَّ المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى".[٦٢]

ويقول ابن تيمية رحمه الله تعالى:" وَمِنْهَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: "مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾، فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ إنَّمَا قَدَّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ وَصِيَّةَ مَنْ لَمْ يُضَارَّ الْوَرَثَةُ بِهَا، فَإِذَا وَصَّى ضِرَارًا كَانَ ذَلِكَ حَرَامًا، وَكَانَ لِلْوَرَثَةِ إبْطَالُهُ، وَحَرُمَ عَلَى الْمُوصَى لَهُ أَخْذُهُ بِدُونِ رِضَاهُمْ".[٦٣]

وعليه؛ فإذا دلت القرائن أنه أنما أوصى بقصد الإضرار بالورثة عدت الوصية باطلة، وكان الموصي آثما في وصيته، كما يحرم على الموصى له المطالبة بالوصية.

٦٢- أبو عبد الله محمد بن احمد بن ابي بكر القرطبي، الجامع لحكام القرآن، ج٥، ط٢، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٨٥، ص٨٠.

٦٣- تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٦، دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، ص٥٥.

مما تقدم يتبن لنا أن الآيات المتعلقة بالوصية مقيدة بعدم قصد الإضرار بالوصية، وأن هذه الآيات الكريمة هي أصل من أصول التعسف في معياره تمحض قصد الإضرار بالغير.

ثانياً: أصول معيار تمحض قصد الإضرار في السنة النبوية المطهرة:

فقد وردت أحاديث كثيرة في السنة النبوية المطهرة تمثل معيار تمحض قصد الإضرار في التعسف في استعمال الحق نذكر منها:-

أ- **عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ".**[٦٤]

وفي رواية عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا ضرر ولا ضرار، من ضارَّ ضاره الله، ومن شاقَّ شاق الله عليه).[٦٥]

وجه الدلالة: أنَّ من قصد الإضرار بالغير فإنَّ عمله باطل، وقصده مردود عليه؛ لأنَّ الضرر نفسه منتف شرعاً -كما يقول ابن رجب[٦٦] - وإدخاله بقصد الإضرار بالآخرين ممنوع كذلك؛ إذ الأعمال الشرعية لم تشرع لذاتها كما يقول الشاطبي، وإنَّما شرعت لمعان أخر؛ هي المصالح التي شرعت من أجلها.[٦٧]

وعليه، فلا يجوز التصرف[٦٨] على وجه يرتب ضرراً بالآخرين. واللفظ إذا ورد نكرة في سياق النفي- كما يرى الأصوليون- فإنه يفيد العموم[٦٩]، فيشمل

٦٤- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج٧، ص١٤٤، حديث رقم (٢٣٣٢). الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، ج٢، ص٣٩، حديث رقم (٢٣٣٢). الألباني، السلسلة الصحيحة، ج١، ص٤٩٨، حديث رقم (٢٥٠). قال الألباني: **صحيح** روي موصولا عن أبي سعيد الخدري، وابن عباس، وعبادة ابن الصامت.

٦٥- الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج٥، ص٤٥٤، حديث رقم (٢٣٠٥). قال الحاكم: حديث **صحيح الإسناد** على شرط مسلم و لم يخرجاه.

٦٦- ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج٢، ص٢١٢.

٦٧- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، ص٢٩٢.

٦٨- **التصرف:** يشمل القول أو الفعل أو كليهما معاً.

الحديث بالتالي جميع أنواع الضرر، سواء ما تعلق منها بالنفس أو بالغير، بقصد أو دون قصد إلاَّ ما استثني منه بدليل.فثبت إذن أن هذا الحديث أصل من أصول معيار تمحض قصد الإضرار بمنطوقه العام.

ب- عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ).[٧٠]

وجه الاستدلال من الحديث: أنَّ حق التطليق جعله الشرع للزوج، لكن الزوج مأمور بأن يطلق الطلاق الذي أمر الله به وهو الطلاق السني، والمتمثل بأن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يجامعها فيه، فإذا طلقها خلاف ذلك كان الطلاق بدعيا؛ وكان متعسفا في استعماله لحق التطليق، لأنه ناقض مراد الشارع في تطليق زوجته، بأن أوقعه وقت الحيض، وفي ذلك إضرار بالزوجة بتطويل العدة عليها؛ ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجع زوجته إلى عصمته، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر،ثم إن أراد تطليقها في الطهر الذي لم يجامعها فيه فعل ذلك.

قال مالك وأصحابه: "لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة في دم حيض ولا نفاس؛ لما ذكر في آخر الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم:" فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ".[٧١] وهذا يقتضي منع الطلاق في غيرها.

٦٩- محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، المحصول في علم الأصول، ج٢، ط٢، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٢م، ص٣٤٣.

٧٠- البخاري، صحيح البخاري، باب قوله تعالى: "ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"، ج١٦، ص٢٩٢، حديث رقم (٤٨٥٠). مسلم، صحيح مسلم، **بَاب تَحْرِيمِ طَلَاقِ الْحَائِضِ بِغَيْرِ رِضَاهَا وَأَنَّهُ لَوْ خَالَفَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَيُؤْمَرُ بِرَجْعَتِهَا**، ج٧، ص٤٠٨، حديث رقم (٢٦٧٥).

٧١- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٢، ص٢٩٧.

وقال ابن رجب: (وقيل إنما نهي عن طلاق الحائض لحق المرأة، لما فيه من الإضرار بها، بتطويل العدة).[٧٢]

وهذا يدل على أن من طلق زوجته بهذه الصورة وكان قصده الإضرار بها بالتطويل في عدتها كان متعسفا في استعماله لحق التطليق، علاوة على مناقضته لقصد الشارع الحكيم. فثبت لنا أن هذا الحديث أصل في التعسف في معياره تمحض قصد الإضرار.

ت- عن سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ يُحَدِّثُ أَنَّ مَعْمَرًا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ)[٧٣]. وعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ احْتَكَرَ حُكْرَةً يُرِيدُ أَنْ يُغْلِيَ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ خَاطِئٌ).[٧٤]

وجه الدلالة: نهى الشرع الحكيم التجار عن احتكار[٧٥] ما يحتاج إليه الناس من السلع الضرورية.

والأصل أن الإنسان له كامل الحرية في التصرف فيما يملك، فمن حقه البيع والشراء والانتفاع والادخار لما يملك. لكن الشارع الحكيم قيد ذلك بأن لا يؤدي استعماله لحقه في الأقوات الضرورية التي بين يديه والتي يحتاج إليها الناس إلى الإضرار بهم، وإلا عد متعسفا في استعماله لحقه. فثبت أن هذه الأحاديث أصل في التعسف، وفي معياره تمحض قصد الإضرار بالمجتمع.

٧٢- ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص٢١.

٧٣- مسلم، صحيح مسلم، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، ج٨، ص٣١٢، حديث رقم (٣٠١٢).

٧٤- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ج١٧، ص٣٠٥، حديث رقم (٨٢٦٣). الألباني، السلسلة الصحيحة، ج٩، ص١٤٢، حديث رقم (٣٣٦٢) قال الألباني، **صحيح**.

٧٥- **الاحتكار**: هو حبس السلع بقصد رفع أسعارها. انظر: محمد قلعة جي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص٤٦.

هذا ويتخذ الاحتكار صورة التعسف السلبي، حيث يكون تصرفا سلبيا، يتمثل بامتناع التجار عن بيع السلع الضرورية التي يحتاج إليها المجتمع الإسلامي، بقصد الإضرار بهم من خلال إخفائها بقصد رفع أسعارها، ولذا عد هذا التصرف السلبي تعسفا في استعمال الحق، فجاء الشارع فمنع منه ابتدأً، حتى لا يقع الضرر بالمجتمع، وذلك من خلال منع التجار من ذلك، وإجبارهم على بيع سلعهم وفق سعر السوق. وهذا يمثل الدور الوقائي للاعتداد بهذا المعيار من معايير التعسف.

وقد اختلف الفقهاء في أي الأشياء يكون الاحتكار، فذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار، وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا، وأما أبو حنيفة فاعتبر الضرر المعهود المتعارف.[٧٦]

وذكر النووي أنَّ الاحتكار المحرم هو في الأقوات خاصة، بأن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال، بل يدخره ليغلو ثمنه.[٧٧]

والحاصل أن العلة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضر بهم، ويستوي في ذلك القوت وغيره؛ لأن الناس يتضررون بالجميع.[٧٨]

قال النووي: "والحكمة من تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس،كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس".[٧٩]

٧٦- أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية(مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام)، ج١٤، ط٢، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٣٩٧هـ -١٩٧٧م، ص٢٨٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ج١١، ص٢٣.

٧٧- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب، ج١٣، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص٤٨.

٧٨- المباركفوري، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج٧، ص٤٣٧.

٧٩- النووي، شرح صحيح مسلم، ج١١، ص٤٣. النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٣، ص٤٨.

وهذا يعنى أن التعسف قد يكون بشكل فردي، وقد يكون بيد فئة قليلة، كما هي الحال في أيامنا، حيث تكون السلع الضرورية بأيدي فئة من التجار، مما يسمى "بالوكيل التجاري". حيث يقوم الوكيل بشراء سلعة معينة كالأرز، أو السكر، أو القمح، وهو الوحيد الذي له حق الاستيراد لهذه السلعة، فيقوم ببيعها بالسعر الذي يراه، ويتحكم بأسعارها، لذا لا بد من منع مثل هذه الاحتكارات بهذه الصورة، وبناء السوق المفتوح الذي يسمح للجميع باستيرادها، وعرضها بما يتوافق وحاجة السوق عرضاً وطلباً، ويمنع من بقاء السلعة حِكراً على فئة معينة من التجار.

هذا وقد اشترط العلماء ليصل الاحتكار إلى الحرمة، وليكون صاحبه متعسفا في استعماله لحقه في التصرف في بضاعته وما يملك من أقوات ثلاثة شروط:

الأول: أن يشتري بقصد التجارة، فلو اشترى شيئا فادخره لأكله وشربه أو لأهله؛ لم يكن محتكراً.

الثاني: أن يكون المشترى قوتا. أما الحلوى والزيت وأعلاف البهائم فلا يعتبر الاحتكار لها محرما؛ لأنَّ هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها.

الثالث: أن يضيق على الناس بشرائها ويحصل ذلك بأمرين.

أ- أن يكون ببلد يضيق بأهله الاحتكار.

ب- أن يسيطر التجار على هذه السلع، بحيث يقومون بشراء كل قافلة من هذه السلع، فيمنعون من وقوعها في أيدي الناس.[٨٠]

بناء على ما تقدم يتبن لنا أن الأحاديث الواردة في الاحتكار تعد أصلاً من أصول منع التعسف في استعمال الحق في معياره المتمثل بقصد الإضرار بالمجتمع.

ث- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ...)[٨١]. وفي رواية: (وَلَا

٨٠- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٨، ص٤٠٩ وما بعدها.

٨١- مسلم، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، ج٧، ص٢١٠، حديث رقم (٢٥١٩).

يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ)[٨٢]. وفي رواية أخرى: (وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ).[٨٣]

وجه الدلالة: نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يخطب الرجل على خطبة أخيه والنهي -كما حكى النووي- يفيد التحريم إجماعا.[٨٤]

قال ابن المنذر: "النهي في هذا الحديث أن يخطب الرجل على خطبة أخيه نهي تحريم لا نهي تأديب".[٨٥]

وقال ابن قدامة: "ولأنه نهي عن الإضرار بالآدمي المعصوم، فكان على التحريم، كالنهي عن أكل ماله، وسفك دمه".[٨٦]

هذا وقد بيَّن أهل العلم أن تحريم خطبة المسلم على خطبة أخيه إنما يكون في حال موافقة المرأة على الخاطب الأول، والاتفاق على الصداق فيما بينهم، فلم يبق إلا العقد، ففي هذه الحالة ليس للمسلم أن يخب على خطبة أخيه، إذا تم الاتفاق مع ولي أمرها، وتم استئذان المرأة أو موافقتها على النكاح؛ لأن في ذلك إضرار بالخاطب، فليس من حق أي مسلم أن يخطب على خطبته، مع أن الأصل أن الخطبة مباحة ، فلكل رجل أن يخطب من النساء من يريد ممن تحل له. لكن لما ترتب على استعمال هذا الحق —وهو الخطبة- ضرر بمن سبق إلى خطبتها وقبلت به كان ذلك تعسفاً في استعمال هذا الحق.

٨٢- البخاري، صحيح البخاري، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ج١٦، ص١٠٩، حديث رقم (٤٧٤٦).

٨٣- البخاري، صحيح البخاري، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ج١٦، ص١١٠، حديث رقم (٤٧٤٧).

٨٤- النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٦، ص٢٦١.

٨٥- ابن المنذر، الإجماع، ج٢، ص١٤٢.

٨٦- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج١٥، ص١٨٠ وما بعدها.

قال مالك: "وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَتَرْكَنَ إِلَيْهِ، وَيَتَّفِقَانِ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ مَعْلُومٍ، وَقَدْ تَرَاضَيَا، فَهِيَ تَشْتَرِطُ عَلَيْهِ لِنَفْسِهَا، فَتِلْكَ الَّتِي نَهَى أَنْ يَخْطُبَهَا الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ". [٨٧]

ومحل التحريم عند القائلين به من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[٨٨]، أن تكون المخطوبة قد صرحت بالموافقة هي أو وليها الذي أذنت له، ففي هذه الحالة يحرم على المسلم أن يخطب على خطبة أخيه، أما إذا وقع التصريح بالرد فلا تحريم.

وقال الشافعي في ذلك: "وهذان الحديثان يحتملان أن يكون الرجل منهما إذا خطب غيره امرأة أن لا يخطبها حتى تأذن أو يترك، رضيت المرأة الخاطب أو سخطته، ويحتمل أن يكون النهى عنه إنما هو عند رضا المخطوبة، وذلك أنه إذا كان الخاطب الآخر أرجح عندها من الخاطب الأول الذي رضيته تركت ما رضيت به الأول فكان هذا فسادا عليه، وفي الفساد ما يشبه الإضرار به، والله تعالى أعلم". [٨٩]

وبناء على ما تقدم فإن وجه التعسف في هذه الأحاديث: أن الخطبة من حق كل رجل أن يتقدم لخطبة من يريد من النساء اللواتي يحل له خطبتهن، لكن إذا سبقه إلى خطبة أحدى النساء أخوه المسلم، وتم الاتفاق والتراضي فيما بين الخاطب وولي المخطوبة، فليس له بعد ذلك أن يتقدم لخطبتها؛ لأن في ذلك فساد وإضرار بالخاطب الأول، وخاصة إذا كان الخاطب الآخر من ذوي الجاه والمكانة، فيؤدي ذلك إلى أن يكون هذا دافعاً للمخطوبة على ترك الخاطب الأول، وخاصة أن الخِطبة عند الفقهاء هي وعد وليست بعقد، وأن لكلا الطرفين أن يتراجع عن الخطبة.

٨٧- مالك بن أنس، الموطأ، باب ما جاء في الخطبة، ج٤، ص٢١.

٨٨- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج5، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م، ص٣٠. الشافعي، الأم، ج٥، ص١٧٣. ابن قدامة، المغني، ج١٥، ص١٨٠.

٨٩- الشافعي، الأم، ج٥، دار الفكر، ١٩٨٠، ص١٧٣.

لكن لما كان الأسلوب -وهو حقه في التقدم للخطبة ممن يريد- قد يكون ورائه قصد الإضرار بالخاطب الأول كان ذلك تعسفا في استعمال هذا الحق. والخطبة من المباحات والتعسف كما يدخل في الواجبات يدخل في المباحات.

كما أنَّ بعض الناس قد يتعمد ذلك، فلا يكون قصده من خطبة تلك المرأة جمالها، أو حسبها، أو مالها، وإنما قصده الإضرار بالخاطب الأول، وفي بعض الأحيان يقصد الإضرار بالمرأة، حتى إذا ما تقدم لها وتركت الخاطب الأول؛ عزف عن خطبتها، أو خطبها فترة من الزمن ثم تركها بعد ذلك، فيكون قد أضر بها، فلا هي بقيت مع خاطبها الأول، ولا كان هو قاصداً لخطبتها، وفي ذلك تعسف في استعمال حق الخطبة، حيث استعمله بقصد الإضرار بالخاطب الأول، أو بالفتاة المخطوبة. فثبت أن نهي الشارع عن خطبة المسلم على خطبة أخيه له متعلق بالتعسف في استعمال حق الخطبة، وخاصة في معياره قصد الإضرار بالغير.

ج- حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو رضي الله عنهم، أن امرأة قالت: "يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه عني". قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أنت أحق به ما لم تنكحي**".[٩٠]

وجه الدلالة من الحديث: الأصل في الحضانة أن تكون للوالدين؛ لأنهما المأموران شرعا بحفظ الصغير وتربيته والقيام بشؤونه، فهو من الحقوق المشتركة.[٩١] هذا إذا كان الوالدان مجتمعين.

٩٠- أبو داود، سنن أبي داود، باب من أحق بالولد، ج٦، ص١٩٨، حديث رقم (١٩٣٨). الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج٦، ص٤٤٩، حديث رقم (٢٧٨١). قال الحاكم: **حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي**. الألباني، السلسلة الصحيحة، ج1، ص٣٦٧، حديث رقم (٣٦٨) قال الألباني: **حديث حسن**.

٩١- يرى المالكية أن حق الحضانة من الحقوق المشتركة؛ أي أنه حق للأم وللمحضون فلأم إذا كانت متفرغة له فمنعت لحقها الضرر، وإذا تزوجت فربما لحق المحضون ضرر من ذلك. انظر: الباجي المنتقى شرح الموطأ، ج٤، ص٨٥.

أما إذا وقع بينهما طلاق أو فراق؛ فأولى الناس بحضانة الصغير هي أمه، وذلك بنص الحديث النبوي الشريف: "**أنت أحق به ما لم تنكحي**". ولأن الأم أشفق على الصغير وأقدر على حضانته للزومها البيت. ولذا فإن حق الحضانة هو للأم أولاً ما دام أن لها القدرة على حضانته، وتتحقق مصلحة الصغير بذلك، فالأم إذا كانت متفرغة له فمنعت من الحضانة لحقها الضرر، ما لم تتزوج -كما جاء بنص الحديث- فبزواجها ربما يلحق المحضون الضرر؛ لأنها تكون مشغولة بحق الزوج عن الولد، ولذا يسقط حقها في الحضانة رعاية لحق الصغير.

ولذا فليس من حق الزوج- أب الصغير- أن ينتزعه منها بدعوى عدم القدرة على حضانته ورعايته، أو أنها لا تحسن تربيته.

ومما ينبغي قوله أيضا في هذا المقام أن الحضانة أنما جعلت للأم أولا؛ لأنها أكثر شفقة وحنانا على الصغار، وهي الأقدر على رعايتهم والتفرغ لشؤونهم، لكن لا يعني ذلك أن تتعسف الأم في حقها في الحضانة فتمنع الأب من زيارة ابنه، والتعرف على أحواله، والإشراف عليه، ومشاركته في التربية والرعاية لأبنائه، بل إنَّ له الحق في مجالستهم وتربيتهم ماداموا في حضانة الأم ورعايتها، فإذا ما بلغ الصغار سن البلوغ فمن حق الأبناء أن يختاروا البقاء مع أحد الأبوين.

قال صاحب تحفة الأحوذي: "الظاهر من أحاديث الباب أن التخيير في حق من بلغ من الأولاد إلى سن التمييز هو الواجب من غير فرق بين الذكر والأنثى".[٩٢]

وعليه، فللمحضون الحق في الذهاب مع من اختاره من الأبوين بعد سن البلوغ، كما أنه ليس من حق الذي اختاره الصغير منع الطرف الأخر من ممارسة حق الأبوة والرعاية لصغيره، بل لا بد أن يبقى المحضون دائم الصلة بوالديه، وإلاَّ عدَّ من اختاره الصغير متعسفاً في استعمال الحق. فثبت بهذا الحديث أنَّ قصد الإضرار بالأم بانتزاع ابنها منها، أو منع الأب من رؤية ابنه بقصد المضارة به غير مشروع، لأنَّه تعسف في استعمال الحق في معياره قصد الإضرار.

٩٢- الأحوذي، تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي، ج٣، ص٤٨١.

المطلب الثاني: المعيار الغَرَضِي (الباعث غير المشروع أو المصلحة غير المشروعة) وأدلته في كتاب الله والسنة النبوية المطهرة.

ويقصد بالباعث: "الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر".[٩٣]

ويقصد بهذا المعيار: أنه لابد أن يكون قصد صاحب الحق أثناء استعماله لحقه في التصرف موافقا لقصد الله من تشريع الحق.[٩٤]

وقد نبَّه الشاطبي على هذا المعيار حين قال: "قصد الشارع من المكلَّف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع".[٩٥]

وقد ذكر الأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني هذا المعيار بعد تعريفه للتعسف فقال: "وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع؛ لأنَّ قصد صاحب ذلك الحق في العمل هنا مضادٌّ لقصد الشارع في التشريع، ومعاندة قصد الشارع عيناً باطلة".[٩٦]

ثم أضاف قائلا: "ولا خلاف بين العلماء في هذا؛ لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة، وهدم لقواعدها، وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر، هو الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف ذلك القصد أو الباعث لأنه أمر نفسي خفيٌّ".[٩٧]

وهذا يعني أنَّ الحيل غير جائزة، وأن قاعدة الحيل التي ذكرها الشاطبي هي من تطبيقات هذه المعيار وأصوله.

ونبيِّن الآن أدلة هذا المعيار في كتاب الله وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم على النحو الآتي:

٩٣- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص١٩٦.

٩٤- عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص٤٠ بتصرف.

٩٥- الشاطبي، الموفقات في أصول الفقه، ج٢، ص٢٥١.

٩٦- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٣٥.

٩٧- المرجع السابق، ص٢٣٥.

أولاً: أصول معيار المصلحة غير المشروعة (الباعث غير المشروع) من القرآن الكريم.

حيث تشهد لهذا المعيار أدلة شرعية كثيرة في كتاب الله العزيز، علاوة على القواعد الفقهية الضابطة لهذا المعيار، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي:

١- **قوله تعالى:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا﴾.[٩٨]

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أنَّ النهي عام يشمل جميع التصرفات غير المشروعة التي يترتب عليها استحواذ على مال الغير، وقد ذكر أهل العلم العديد من وجوه التفسير لهذه الآية الكريمة، تدور كلها حول أكل مال الغير إما بصورة التعدي؛ كأكله بالسرقة، أو الغصب، أو الربا، مما يعدُّ تعدياً على المال لا تعسفاً. وإما بصورة التعسف، وذلك بأن يكون للشخص حق في التصرف بمال غيره فيتصرف به على نحو يؤدي إلى الإضرار به، أو يتصرف به بصورة يناقض بها مقصد الشارع من منحه هذا الحق.[٩٩]

وبما أنَّ الشارع قد أضاف المال إلينا بقوله تعالى: " لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم".

وهذا يشمل أكل مال نفسه، وأكل مال الغير، كما أفاده المفسرون[١٠٠] فإنَّ استعمال الولي ولايته لتحقيق نفع شخصي على حساب مصلحة المولى عليه- الصغير أو اليتيم أو المجنون- يظهر قصداً مناقضا لقصد الشارع في منح الولاية، فقد جعل الله لولي اليتيم

٩٨- سورة النساء، الآية: ٩٧.

٩٩- القرطبي، أحكام القرآن، ج٢، ص٣٣٨.أحمد بن غانم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ج٨، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م، ص١٠١.

١٠٠- أبو الحسن علي بن محمد بن ابراهيم، المعروف بالخازن، تفسير الخازن المسمى(لباب التأويل في معاني التنزيل)، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ، ص٧٤.

الحق في أن يأكل من مال اليتيم إن كان محتاجا لذلك، وذلك مقابل إصلاح ماله، والقيام على شؤون الصغير أو اليتيم، لكن عليه أن يأكل بالمعروف، وإلا عد متعسفا في أكله من مال اليتيم، وخاصة أنه ليس ملزما برد بدله على الراجح من أقوال أهل العلم.[١٠١]

هذا وقد أجمعت الأمة على أن التصرف في المال بالباطل حرام، سواء أكان أكلا، أو بيعا، أو هبة أو غير ذلك.

والباطل: هو اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع[١٠٢]، سواء كان بصورة التعدي على مال الغير بالسرقة أو الغصب، أو كان بصورة التعسف، كأن يكون للمتصرف حق في مال الغير لكنه استعمله بشكل متعسف؛ أي بشكل يضر بالغير، أو يناقض مقصد الشرع، كالولاية على اليتيم، وإنشاء العقود على خلاف مقصود الشرع منها كعقد بيع العينة.

أما أكل ماله بالباطل فيكون بتنميته وإنفاقه في المحرمات. فقد جعل الله له حق التصرف في ماله تنميةً واستثماراً وإنفاقاً، لكنه إذا قام بذلك بطرق غير مشروعة، وكان الباعث على ذلك مناقضة قصد الشرع في ما منحه من أشكال التصرف بماله عدَّ متعسفا في استعماله لحقه في التصرف في المال، وآكلاً له بالباطل.

وأما أكل مال الغير بالباطل فعن طريق العقود التي جعلها الشارع أسبابا للحقوق، فإذا عقد عقوداً تخالف مقصود الشرع منها وقصد بعقده ذلك؛ كان مخالفا لأمر الله أولاً، وآكلا لمال الغير بالباطل ثانيا، ومتعسفا في استعماله لحقه في إنشاء العقود على خلاف مراد الشرع من شرع العقود ثالثاً.

ومن صور هذه العقود التي فيها أكل مال الغير بالباطل بيع العينة، والذي سنبين أنه مضاد لمقصد الله، وأن قصد المكلف من إنشائه الوصول إلى صورة الربا المحرم،

١٠١- النووي، شرح صحيح مسلم، ج٩، ص٣٩٨.

١٠٢- النووي، المجموع شرح المهذب، ج٩، ص١٤٥.

والتي هي مخالفة لمقصد الشرع من شرع العقود. فثبت لنا أن هذه الآية تعد أصل من أصول التعسف في بعض صورها، وخاصة ما يتعلق بمعيار الباعث غير المشروع.

١- **قوله تعالى:** ﴿ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾.[١٠٣]

وجه الدلالة من الآية الكريمة: شرع الله للزوج حق تأديب الزوجة في حال النشوز: وهو الترفع عن طاعة الزوج قولاً أو فعلاً، أو عصيانه فيما أمرها الله أن تطيعه فيه.[١٠٤]

وقد شرع حق التأديب كإجراء وقائي- حال خوف النشوز- للمبادرة بإصلاح النفوس والأحوال، وائتلاف قلوب الأزواج.[١٠٥]

وقد رتب الشرع الحكيم حق التأديب كما بينته الآية الكريمة، فبدأ بالوعظ، المتمثل بالحوار الهادئ البناء، الهادف إلى إزالة نشوز الزوجة من خلال معرفة أسباب عصيانها، لعل السبب يكون من جهة الزوج فينتهي النشوز بالموعظة.

لكن إن لم يفلح في ذلك، ولم تفلح الموعظة ولم يفلح الحوار، وبقية المرأة مستعلية على زوجها بجمالها أو مالها أو مركزها العائلي، وقد نسيت الزوجة أو تناست أنها في مؤسسة الأسرة، وأن عليها واجبات تجاه زوجها وأسرتها، ففي هذه الحال فإن من حق الزوج أن ينتقل إلى مرحلة الهجر.[١٠٦] والمقصود بها الهجر في المضاجع، وضابطه

١٠٣- سورة النساء، الآية: ٣٤.

١٠٤- النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٧٥ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج١٦، ص٩١ وما بعدها.

١٠٥- سيد قطب ابراهيم حسين الشاربي، في ظلال القرآن، ج٢، دار الشروق، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ، ص١٢١.

١٠٦- الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٣. الحطاب، مواهب الجليل، ج١١، ص٦٦.

أن يكون في البيت فلا يترك بيت الزوجية، وأن لا يكون أمام أطفاله، بحيث يؤدي إلى نفورهم وتأثرهم بذلك، ولا أمام الناس بحيث يؤدي إلى إذلال الزوجة وامتهان كرامتها، مما يؤدي إلى زيادة نشوزها، وأن لا يبلغ هذا الهجر أربعة أشهر كما يرى المالكية؛[١٠٧] لأنه يدخل في الايلاء غير المشروع. وإن كان الهجر بالكلام؛ فلا يجوز أن يزيد على ثلاثة أيام، لحديث أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، يَلْتَقِيَانِ، فَيُعْرِضُ هَذَا، وَيُعْرِضُ هَذَا، وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ".[١٠٨] فبهذه الضوابط يكون من حق الزوج أن يهجر زوجته، لكن إن أخل بهذه الضوابط اعتبر متعسفا في استعماله لهذا الحق، وكان الباعث والمقصد مخالفا لمقصد الشرع المتمثل بالتأديب والإصلاح للزوجة، لا الإضرار بها.

فإن أصرت الزوجة على نشوزها، ولم يفلح الهجر بضوابطه السالفة الذكر، كان للزوج الحق في الانتقال إلى الضرب. ويقصد به الضرب غير المبرح الذي لا يترك أثراً، ولا يتلف عضواً من أعضاء الزوجة، وإلاَّ عد متعسفاً في استعماله لحق التأديب للزوجة، فليس الهدف من الضرب إهانة المرأة، أو الانتقام منها، أو احتقارها، أو قسرها وإرغامها على العيش مع زوج هي لا ترضاه، إنما هو ضرب مصحوب بعاطفة المؤدب المربي الذي يضرب ويبين لما ضرب، وعلى ما ضرب، تماماً كضرب الأب لابنه تأديباً وتهذيباً وتقويماً لسلوكه.

وهذه المرحلة كما ذكر صاحب تفسير ظلال القرآن ليست لكل النساء، بل هي لفئة من النساء تحب أن ترى قوة الرجل وهيبته في بيته، أو أنها سيطرت على الرجل فغلبته، ونسيت أنه القوام على البيت، وأنه المسؤول عن أسرته، وهذه المسؤولية في كثير

١٠٧- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥، ص١٧٢.

١٠٨- البخاري، صحيح البخاري، باب الهجرة، ج١٩، ص٢٢، حديث رقم (٥٦١٣). مسلم، صحيح مسلم، باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي، ١٢، ص٤١٧، حديث رقم (٤٦٤٣) واللفظ لمسلم.

من الأحيان لا يمكن أن تؤتي أكلها إلا إذا كان لصاحب القوامة مكانته وأمره المطاع، فكان الضرب لمثل هذه النسوة محقق لهذا المعنى، لكنه كما قلنا هو مجرد إشعار لهيبته ومكانته في بيته، وليس تسلطاً وإذلالاً لزوجته.[١٠٩]

هذا، وقد ضبط فقهاء المذاهب الأربعة[١١٠] هذا الضرب بضوابط تتمثل بكونه غير مبرح؛ أي لا يترك أثراً على جسد الزوجة، وإلاَّ عدَّ الضرب إتلافاً لا إصلاحاً. كما يشترط حصول غلبة الظن بتحقق المصلحة عنده حتى يباشره الزوج، وإلاَّ عدَّ متعسفا في استعماله لحق تأديب زوجته بالضرب.

فإن لم تفلح هذه الإجراءات؛ فعلى الزوج رفع الأمر للقضاء؛ ليقوم القاضي بإقامة حكمين: حكم من أهل الزوجة، وحكم من أهلها؛ لمعالجة هذه الأمر إن أمكن ذلك.

مما تقدم يتبين لنا أن الإجراءات التي رسمها الشارع لمعالجة نشوز المرأة لا بد أن تكون وفق الضوابط التي ذكرت، حتى إذا خرج الزوج عن طريق الحق في تأديب الزوجة سواء من حيث الترتيب أو من حيث الضوابط لكل مرحلة، أو من حيث كيفية إيقاعه على الزوجة، عد الزوج متعسفا في استعماله لحقه في تأديب زوجته، ومناقضاً للمنهج التشريعي الذي اختطه الشرع له. فثبت أن هذه الآية الكريمة أصل من أصول التعسف في معياره استعمال الحق في غير ما شرع له.

١- **قوله تعالى:** ﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًۢا بَيْنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبْلُ ۚ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَآ إِلَّا ٱلْحُسْنَىٰ ۖ وَٱللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَٰذِبُونَ ﴿١٠٧﴾ لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا ۚ

١٠٩- سيد قطب، في ظلال القرآن، ج٢، ص١٢١.

١١٠- الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٧٣ وما بعدها. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٨، ص٤٥٢ وما بعدها. الشافعي، الأم، ج٥، ص١٢٠. النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٧٥ وما بعدها. ابن قدامة المغني، ج١٦، ص٩١ وما بعدها.

لَّمَسۡجِدٌ أُسِّسَ عَلَى ٱلتَّقۡوَىٰ مِنۡ أَوَّلِ يَوۡمٍ أَحَقُّ أَن تَقُومَ فِيهِۚ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْۚ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلۡمُطَّهِّرِينَ ﴾.[١١١]

وجه الدلالة من الآية الكريمة: الأصل جواز بناء المساجد، بل يجب ذلك؛ لإقامة الصلوات فيها، لكن لما أراد المنافقون في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - بناء مسجد الضِّرار،[١١٢] وكان الباعث على بنائه هو صرف الصحابة عن الصلاة في المسجد النبوي[١١٣]، وقد ادعوا ظاهراً أنهم يريدون الرفق بالمسلمين، والتوسعة على أهل الضعف والعلة ممن يعجز عن الوصول إلى مسجد رسول الله. لكن الله بين قصدهم، وزيف دعواهم بقوله تعالى: ﴿ وَلَيَحۡلِفُنَّ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّا ٱلۡحُسۡنَىٰۖ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ﴾.

وعليه، فلما كان الباعث لهم على إقامة هذا المسجد الإضرار بالمسلمين بتفريق صفهم، والضرار بمسجد رسول الله- عليه الصلاة والسلام - والكفر بالله، ومحاربة لله ولرسوله، كان بناء مسجد الضرار مناقضا ومضاداً لقصد الشرع من بناء المساجد، والمضادة تعسف، لذا أمر الله رسوله الكريم بأن لا يصلي فيه. فقال تعالى: ﴿ لَا تَقُمۡ فِيهِ أَبَدٗاۚ ﴾. فهذا العمل الذي ظاهره قصد الخير وباطنه التوصل إلى غرض غير مشروع هو تعسف في استعمال الحق، علاوة على أنه من أعظم خصال النفاق العملي.

١١١- سورة التوبة، الآية:١٠٧و١٠٨.

١١٢- **الضرار**: هو ما ليس فيه مصلحة ولا منفعة وعلى الغير فيه مضرة. وقيل **الضرار**: ما قصد به الإضرار لغيره. انظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٤، ص٤١.

١١٣- وقيل مسجد قباء لا المسجد النبوي. انظر: ابن رشد، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج١٧، تحقيق : محمد حجي وآخرون، ط٢، دار المغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ص٣٦٥.

ولهذا فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه الكرام أن يهدموا مسجد الضرار وقد اختلف الفقهاء في الاعتداد بالباعث، فذهب أبو حنيفة إلى عدم الاعتداد بالباعث غير المشروع، إلاَّ إذا تضمنته صيغة العقد صراحة أو كان بالإمكان استخلاصه من طبيعة التصرف.

وأما الصاحبان فقد نظرا إلى الباعث غير المشروع، وقالا بالكراهة[١١٤]، ويتضح ذلك في مسألة إسقاط الشفعة حيث جاء في المبسوط:" إذا اتخذ المشتري الدار مسجداً ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد، ويأخذ الدار بالشفعة. وروي عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك، وهو مذهب الحسن".[١١٥]

ثم بيَّن صاحب المبسوط ذلك فقال: "ووجه ظاهر الرواية أنَّ للشفيع في هذه البقعة حقا مقدماً على حق المشتري، وذلك يمنع صحة جعله مسجداً؛ لأنَّ المسجد يكون لله تعالى خالصاً، ألا ترى أنه لو جعل جزءاً شائعاً من داره مسجداً، أو جعل وسط داره مسجداً لم يجز ذلك؛ لأنه لم يصر خالصاً لله تعالى، فكذلك ما فيه حق الشفعة إذا جعله مسجداً وهذا؛ **لأنه في معنى مسجد الضرار**؛ لأنه قصد الإضرار بالشفيع من حيث إبطال حقه، فإذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، ويرفع المشتري بناءه المحدث".[١١٦]

وكذلك الشافعي فالظاهر من كلامه في الأم أنه لا يعتد بالباعث حيث قال: "أصل ما أذهب إليه، أنَّ كل عقدٍ كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادةٍ بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أُظهرت كانت تفسد البيع".[١١٧]

١١٤- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص١٩٩.

١١٥- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج١٤، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، ص١١٤.

١١٦- المرجع الشابق، ج١٤، ص١١٤.

١١٧- الشافعي، الأم، ج٣، ص٧٥.

لكن الإمام الشافعي ذكر في الأم أيضا أنه إن كان للمسجد إمام راتب وتأخر رجال عن الصلاة صلوا فردى، ويكره أن يعقدوا جماعة أخرى؛ لأنه خلاف فعل السلف الصالح.

قال الشافعي: "وأحسب كراهية من كره ذلك منهم إنما كان لتفرق الكلمة وأن يرغب رجل عن الصلاة خلف إمام جماعة".[١١٨]

و مسجد الضرار فيه هذا المعنى، فإن فيه قصد تفريق كلمة المصلين ، ولذلك لم تجز الصلاة فيه.

أما المالكية والحنابلة فيعتدون بالباعث، ويرون أنّ من حق كل مسلم أن يبني المساجد، لكن كل مسجد بني بقصد الضِّرار، وتفريق كلمة المسلمين، أو الإضرار بهم في عقيدتهم أو سلوكهم، أو يريد بذلك الرياء أو السمعة، فهو في حكم مسجد الضرار، لا تجوز الصلاة فيه.[١١٩] لذا فيحكم على هذه المساجد بناء على الباعث الدافع لبنائها. فثبت لنا أنَّ هذه الآية أصل في التعسف في استعمال الحق، وخاصة في معياره الباعث غير المشروع.

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾.[١٢٠]

١١٨- الشافعي، الأم، ج١، ص١٨٠. وانظر: النووي، المجموع، ج١٣، ص٣٩٩.

١١٩- انظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، ج١، ص٤١١. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٨، ص٢٥٤. الحطاب، مواهب الجليل، ج٢، ص١١١. أبو عبد الله، محمد بن مفلح بن مفرج الحنبلي، الفروع ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، ج٣، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص٥٧. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، ومؤسسة الرسالة، ص١٣٩.

١٢٠- سورة النساء، الآية: ٥.

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أثبتت الآية الكريمة الولاية على السفهاء صغاراً كانوا أم بالغين، فلم تخص سفيها دون سفيه، فليس لأحد أن يؤتي سفيهًا ماله، صبيًا صغيرًا كان أم رجلا كبيرًا، ذكرًا كان أم أنثى، وذلك من خلال الحجر عليهم، ومنعهم من التصرف في أموالهم؛ لأن السفه هو تصرف بالمال على خلاف مقتضى الشرع أو العقل.[١٢١]

والدليل على جواز الحجر عليهم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾. فقد أضاف الشرع المال لولي المحجور عليه مع أن المال في الحقيقة للسفيه؛ لأن الولي هو الذي يقوم على المال إشرفاً وإدارةً وتنميةً.[١٢٢]

ووجه التعسف في الآية الكريمة يتمثل بأن الإنسان من حقه أن يتصرف في ماله كيفما شاء، لكن وفق ضوابط الشرع، فإذا بالغ في الإنفاق على خلاف مقتضى الشرع والعقل، وكان لا يقصد من تصرفه في ماله تحقيق مصلحة شرعية، بل غرضه تحقيق مصلحة غير مشروعة، كصرف المال في ملذاته وشهواته، وإضاعته بالإسراف في إنفاقه، أو على نحو يؤدي إلى هدم مصلحة حفظ المال، والتي هي من مقاصد الشرع، كان متعسفا في استعماله لحق التصرف في ماله، ولذا منع من التصرف فيه، وذلك بالحجر عليه، وجعل المال في يد وليه أو وصيه؛ ليقوم به، وفق مقاصد الشرع وضوابطه.[١٢٣] فثبت لنا أنَّ هذه الآية الكريمة أصل في التعسف في معياره الباعث غير المشروع.

١٢١- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، المسمى: "جامع البيان في تأويل القرآن"، ج٥، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، ص٥٦٥. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص١٤٧.

١٢٢- ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٤، ص٥٠٩.

١٢٣- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج١٢، مكتبة النجاح، ليبيا، ص٢٦٨.

ثانيا: أصول معيار المصلحة غير المشروعة (الباعث غير المشروع) في السنة النبوية المطهرة:

ورد في السنة النبوية المطهرة أحاديث كثيرة تدل على هذا المعيار نذكر منها:

١- (عن عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ:" إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ).[١٢٤]

وجه الاستدلال في الحديث: أنَّ الأعمال متعلقة بالمقاصد، فمن قصد الإضرار بالغير ولو كان في دائرة حقوقه التي منحه الله إياها فعمله باطل، وقصده مردود عليه.

كما أن معيار اعتبار الأعمال والتصرفات صحة وفسادا بقصد صاحبها، أو الباعث الذي دفعه إلى القيام بها، فمن كان الباعث لتصرفه الإضرار بالغير كان مناقضا للتشريع، والمناقضة للشارع هي عين التعسف في معياره الذاتي، وهو نية الإضرار، أو الباعث غير المشروع.[١٢٥]

وفي ذلك يقول ابن تيمية: "إنَّ المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فيجعل الشيء حلالاً أو حراماً، صحيحاً أو فاسداً".[١٢٦]

وجاء أيضا عن الشاطبي: "إنَّ الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر".[١٢٧] وذكر منها هذا الحديث.

وعليه، فإنَّ الأعمال تدور مع النيات حلاً وحرمةً، صحةً وفساداً، وفي قصد الإضرار بالغير ولو في حدود حقه مخالفة لقصد الشارع، مما يؤدي لبطلان العمل ببطلان

١٢٤- البخاري، صحيح البخاري، باب بدء الوحي، ج١، ص٣، حديث رقم (١).

١٢٥- محمد الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٣٩٠ بتصرف.

١٢٦- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٦، ص٥٤.

١٢٧- الشاطبي الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، ص٢٤٦.

القصد أو النية. فثبت أن هذا الحديث أصل عام في التعسف، وخاصة في معياره قصد الإضرار، أو الباعث غير المشروع.

١- (عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ:"لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ).[١٢٨]

وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟) قالوا: بلى يا رسول الله، قال: (هو المُحِلْ) ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لعن الله المُحِلْ، والمحلل له).[١٢٩]

وجه الاستدلال: أنَّ الله تعالى شرع النكاح كوسيلة بقصد التناسل والمودة ودوام النكاح. فلما كان قصد المحلل[١٣٠] استعمال هذه الوسيلة لتحقيق مصلحة لم يشرع النكاح لأجلها، استحق من الله اللعن —وهو الطرد من رحمة الله — مع أنَّ عقد النكاح سنة ونعمة، وبالتالي فإن من يستحق اللعن من الله تعالى في صورة هذا النكاح لا يكون نكاحه صحيحا.

١٢٨- أبو داود، سنن أبي داود، باب في التحليل، ج٥، ص٤٦٧، حديث رقم (١٧٧٨). ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب المحلل والمحلل له، ج٦، ص٥٩، حديث رقم (١٩٢٤). الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، ج٤، ص٤٣٤، حديث رقم (١٩٣٤). قال الألباني: **صحيح**.

١٢٩- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، باب المحلل والمحلل له، ج٦، ص٦١، حديث رقم (١٩٢٦). الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج٦، ص٤٢٥، حديث رقم (٢٧٥٦). قال الحاكم: **صحيح الإسناد ولم يخرجاه**. ووافقه الذهبي. الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، ج٤، ص٤٣٦، حديث رقم (١٩٣٦). الألباني، صحيح الجامع الصغير، ج١٠، ص٣٠٨، حديث رقم (٤٣٦١). قال الألباني: **حديث حسن**

١٣٠- **المحلِل**: هو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول. انظر: ابن رشد بداية المجتهد، ج٢، ص٤٧.

فقد بيّن ابن القيم طبيعة هذا اللعن: فإما أن يكون إخبارا من الله؛ وهو صدق، وإما دعاء منه سبحانه عليهما، وهو مقطع باستجابته.[١٣١]

علاوةً على أن نكاح التحليل[١٣٢] فيه معنى التوقيت، وشرط التوقيت مبطل للنكاح، وهذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والصاحبين من الحنفية.[١٣٣]

وقد اشترط الفقهاء القائلون بحرمته وبطلانة شرطين: ١-أن يكون هنالك توطأً بين المحلل والمحلل له. ٢- أن لا يقصد بنكاحه دوام النكاح، وتحقيق مقصد الشارع وهو التناسل.[١٣٤]

وقد ثبت عن عمر بن الخطاب قوله: "لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجمتهما".[١٣٥] مما يدل على أن المقصد في النكاح معتبر عند الصحابة.

ومما تقدم يتبن لنا أنَّ الناكح هنا قصد ما يناقض قصد الشارع من النكاح- وهو التناسل، ودام عقد النكاح- فتحايل بالوسيلة؛ وذلك بأن يكون نكاحه للمرأة وسيلة إلى ردها لزوجها الأول، وهذا مناقض لقصد الشارع من النكاح وهو التناسل وبناء الأسرة، فثبت أن غرضه من هذا النكاح غير ما شرع الله له، ولذا كان متعسفا في استعمال هذا المباح (النكاح)، فكان الجزاء الأخروي اللعن من الله، وفي الدنيا وجوب التفريق بينهما، سواء قبل الدخول أو بعده، ومعاقبة المحلِّلَ، والزوجة، والشهود إن علموا

١٣١- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥، ط٢٧، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار، الكويت، ١٤١٩هـ- ١٩٩٤م، ص١٠١.

١٣٢- يسمى أيضا **نكاح الدُّلسة، أو التيس المستعار**. انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج٥، ١٦٦.

١٣٣- السرخسي، المبسوط، ج٧، ص١٤٢. البابرتي، العناية شرح الهداية، ح٥، ص٤٣٣. النفراوي، الفواكه الدواني، ج٥، ص ١٦٦. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج١٥، ص١٥٩.

١٣٤- المراجع السابقة.

١٣٥- ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج٣، ص٣٩١، حديث رقم (٤٧). البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، ص٢٠٨. عبد الرزاق الصنعاني، باب التحليل، ج٦، ص٢٦، حديث رقم (١٠٧٧٧). ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٣، ص٣٩٠.

بذلك، علاوة على عدم حل المرأة لمطلقها الأول، معاملة لهم بنقيض قصدهم[١٣٦]، فثبت أن الحديث أصل في التعسف في معياره القصد غير المشروع (الباعث غير المشروع).

١- (عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ).[١٣٧]

وجه الدلالة في الحديث: جعل الشارع الحكيم الحق للآباء في رعاية أبنائهم، وتعليمهم، وتربيتهم، وتأديبهم. ففي هذا الحديث أمر من الشارع لولي أمر الصغير أو وصيه أو قيِّمه من جهة القاضي[١٣٨] بتعليمه الصلاة وهو في سن السابعة من عمره، كما أمره أن يؤدبه بأسلوب الضرب إن بلغ سن العشرة، وكان الصبي متهاونا أو غير مواظب على أدائها. وهذا الأمر من الشارع للولي هو أمر إيجاب، وبالتالي فإن لم يقم الولي بأمر أولاده بالصلاة؛ كان آثما بترك الواجب عليه. لكن حق التعليم هذا مشروط -كما نص عليه الحديث- بأن يكون الصبي أو الصبية قد بلغ العاشرة من عمره[١٣٩]، مما يدل على أن الابن الذي دون ذلك العمر لا يجوز استعمال أسلوب الضرب من أجل تعليمه وتأديبه، وإلاَّ عد الأب أو من له حق الولاية على الصغير متعسفا في استعماله لحق التأديب.

١٣٦- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج٢، ض٢١١. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص٤٨.

١٣٧- أبو داود، سنن أبي داود، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ج٢، ص٨٧، حديث رقم (٤١٧). الترمذي، سنن الترمذي، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، ج٢، ص١٧٦، حديث رقم (٣٧٢). الألباني، صحيح سنن أبي داود، ج١، ص٤٩٥. قال الألباني: **حسن صحيح**.

١٣٨- النووي، المجموع شرح المهذب، ج٣، ص١٠.

١٣٩- الصاوي، حاشية الصاوي، ج١، ص١٤٤.

هذا وقد اشترط الفقهاء علاوة على الشرط المنصوص عليه مجموعة من الشروط ينبغي الالتزام بها من قبل الولي في حال استعماله أسلوب الضرب هي:

١- أن يكون الضرب لازما؛ بحيث يستنفذ وسائل الإصلاح الممكنة.

٢- أن يكون ملائما بحيث يغلب على الظن إفضاؤه لتحقيق غايته من التأديب والتعليم.

٣- أن يكون غير مبرح؛[١٤٠] لا يترك أثرا على جسد الصبي المؤدَب أو المعلَّم.[١٤١]

وبناء على هذه الشروط فإن أخل الولي بشرط منها كان متعسفاً في استعماله لحق التأديب.

هذا، وقد بيَّن المالكية[١٤٢] خطوات التعليم للأبناء وذلك بأن يأمرهم الأب- أو من له حق الولاية على الأولاد – بالكلام ابتداء، ثم بالتهديد والتخويف بالضرب، دون شتم أو احتقار لهم، فإذا لم يحصل منهم امتثال؛ جاز للولي ضربهم على ترك الصلاة ضربا غير مبرح، وذلك عند بلوغهم سن العاشرة، أما قبل هذا السن فلا يخرج عن وعظهم ومحاورتهم وتهديدهم بالضرب دون أن يوقعه عليهم، وإلاَّ عد متعسفا في استعماله لحق التأديب والتعليم. فثبت لنا أن هذا الحديث أصل في التعسف في معياره الباعث غير المشروع.

١- عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ:سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: (إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ، وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ، سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ).[١٤٣]

١٤٠- **الضرب غير المبرح**: هو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة ولا يحد بعدد بل يختلف باختلاف حال الصبي. انظر: الصاوي، حاشية الصاوي، ج١، ص١٤٤.

١٤١- الصاوي، حاشية الصاوي، ج١، ص١٤٤. المباركفوري، تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي، ج١، ص٤٤٢. الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص٢٤٠.

١٤٢- النفراوي، الفواكه الدواني، ج١، ص١١١.

١٤٣- أبو داود، سنن أبي داود، باب في النهي عن العينة، ج٩، ص٣٢٥، حديث رقم (٣٠٠٣). الألباني، صحيح سنن أبي داود، ج٧، ص٤٦٢. الألباني، السلسلة الصحيحة، ج١، ص٩، حديث رقم (١١). قال الألباني: **حديث صحيح**

وجه الدلالة في الحديث: أن الأصل جواز البيوع؛ مادام أنها مستوفية للأركان والشروط الشرعية، ومتفقة مع ما قصده الشارع منها. لكن إذا كان البيع صوريا – كبيع العينة[١٤٤] الوارد في الحديث– وكان قصد كل من البائع والمشتري الوصول إلى صورة الربا المحرم، ولا يقصدان تبايع السلعة حقيقة، كان استعمالهما لهذا المباح (البيع) استعمالا مخالفا لما قصده الشارع من شرع العقود.

ولذا رأى جمع من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم،كابن عمر، وأنس بن مالك، وعبدالله بن عباس، وعائشة أم المؤمنين، وجمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، عدم جواز بيع العينة، وأنها محرمة بدليل الوعيد في الحديث، فهو دال على حرمة هذا البيع، وعلة تحريمه من وجوه:

الأول: أن الله تعالى حرم الربا وبيع العينة ذريعة(وسيلة) إلى الربا.

الثاني: أنه وسيلة محرمة، والقاعدة أن الوسيلة إلى الحرام حرام.

الثالث: أنها صورة مباحة في الظاهر وهي من أكبر الكبائر في الباطن، فلم يقصد المتبايعان نقل ملكية المبيع (السلعة) أصلا، وإنما قصدا حقيقة الربا.[١٤٥]

قال محمد بن الحسن: "هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعه أكلة الربا".[١٤٦]

وقال المالكية: بيع العينة هو ذريعة إلى الربا. ووجه الذريعة فيه هو أن البائع دفع مائة نقدا ليأخذ مائة وخمسين إلى أجل، وذكر السلعة والتبايع لغو.[١٤٧] 147

١٤٤- **سميت عينة** ؛لأنَّ المشتري للسلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً؛ أي نقداً حاضراً. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٤٦١.

١٤٥- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج١٦، ص٢٢١. الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ٨٨ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج٨، ٣٢١. للآبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج٧، ص٤٥٣. الشوكاني، نيل الأوطار،ج٨، ص٣٨٨.

١٤٦- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج١٦، ص٢٢١.

١٤٧- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص١١٨.

هذا وقد اشترط الفقهاء لحرمة بيع العينة شروطا:

الأول: أن يكون بين البائع والمشتري تواطؤ، بحيث لا يقصدان السلعة.

الثاني: أن يكون المؤجل أكثر من النقد الحال. أما إذا كان بمثل أو أقل مما باعها فيجوز؛ لأنه لا يكون ذريعةً إلى الربا.

الثالث: أن لا تنقص السلعة فيؤدى ذلك لإنقاص ثمنها؛ لأنَّ نقص الثمن في هذه الحالة لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا.

الرابع: أن يكون بيعها بنقد وشراؤها بنقد. أما إذا كان بيعها الأول بعرض فاشتراها بنقد جاز؛ لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا، ولا ربا بين الأثمان والعروض.[١٤٨]

بناء على ما تقدم يتبن لنا أن العينة إذا توطأ كل من المتبايعين على هذا البيع، وكان قصدهما عدم البيع، وإنما التوصل إلى الربا، كان هذا البيع محرما؛ لأنه مناقض لقصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع فيما قصد من العقود تعسف في استعمال الحق، لأن المتبايعبن قد قصدا التحيل على الشرع، والباعث لهما على هذا التعاقد هو الوصول إلى خلاف مراد الشارع. فثبت أن هذا الحديث أصل من معايير التعسف في معياره الباعث غير المشروع.

أما القواعد التي تتعلق بهذا المعيار فمن أهمها:

١ - قاعدة:" الأمور بمقاصدها".[١٤٩]

ومعنى هذه القاعدة: أنَّ الأعمال مرتبطة بالنيات، ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به سائر الأعمال و التصرفات.

١٤٨- ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٣٢١.

١٤٩- احمد مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٤٧ وما بعدها.

وأصل هذه القاعدة حديث النبي-صلى الله عليه وسلم-: "إنما الأعمال بالنيات".[١٥٠] الحديث. وقد بيَّنا وجه الدلالة في هذا الحديث ومدى صلته بهذا المعيار آنفا.

٢- قاعدة الحيل.

وقد عرفها الشاطبي بقوله: "وحقيقتها: تقديم عمل ظاهر الجواز؛ لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول -أي قرب نهاية الحول- فراراً من الزكاة...".[١٥١]

وقد أقام ابن القيم الدليل على إبطال الحيل بحديث النبي- صلى الله عليه وسلم-: "إنما الأعمال بالنيات".[١٥٢]

هذا، والنية من الأمور الخفية التي لا يستطيع أحد أن يطلع عليها؛ لذا نحتاج للكشف عنها إلى وسائل من القرائن والملابسات، وظروف الحال التي تحيط بكل تصرف من تصرفات المكلفين.

ولذلك اختلف الفقهاء في الاعتداد بالباعث غير المشروع- والذي يمثله هذا المعيار، وإن لم يعبر عنه صراحة - على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أنه لا يعتد بالنية أو الباعث غير المشروع ما لم يعبر عنه صراحة في العقد.

وعليه، فلا يبطل التصرف لمجرد النية غير المشروعة، لكن يأثم صاحبه ديانة. وهذا قول الحنفية والشافعية.[١٥٣]

١٥٠- البخاري، صحيح البخاري، باب بدء الوحي، ج١، ص٣، حديث رقم (١).

١٥١- الشاطبي، الموافقات، ج٤، ص١٤٥.

١٥٢- انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣، ص١٦٤.

١٥٣- انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٥٥. الزيلعي، تبين الحقائق، ج٥، ص١٢٥. الشافعي، الأم، ج٣، ص٧٤.

القول الثاني: الاعتداد بالباعث أو النية، لكن على سبيل الكراهة التحريمية للتصرف، وهذا قول للصاحبين من الحنفية.[١٥٤]

القول الثالث: يرى العمل بالنية الباطنة، ويعتد بالباعث غير المشروع عند وجود القرائن التي تدل على النية أو القصد، ولكن بشرط علم الطرف الآخر بالباعث، وهذا قول المالكية والحنابلة.[١٥٥]

وقد توسع الإمام مالك في إعمال الباعث غير المشروع، باعتبار وجود مظنة الباعث، اكتفاء بالكثرة دون الغلبة؛ وهي إفضاء هذه المعاملة في كثير من الأحوال إلى محرم؛ كالربا ولو لم تبلغ هذه الكثرة مرتبة غلبة الظن.[١٥٦]

ونرى أن القول الثالث هو الراجح؛ لاعتبار الشرع للنيات، وإقامة الأحكام عليها صحة وفساداً، ولأن اشتراط التصريح بالنية غير المشروعة في كل تصرف سيؤدي على تفويت كثير من المصالح، كما سيؤدي إلى الوقوع في المخالفات الشرعية، وعدم معاقبة مرتكبيها، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى على العقلاء.

وخلاصة القول: أن قاعدة الأمور بمقاصدها، وقاعدة الحيل القائمة على أصل النظر في مآلات الأفعال تعتبران أصلاً من أصول معيار المصلحة غير المشروعة.

المطلب الثالث: معيار انعدام المصلحة في استعمال الحق أو تفاهتها، باعتباره قرينة إلى قصد الإضرار، وأدلته في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة.

١٥٤- هذا قول محمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية، وهو متفق مع قول المالكية والحنابلة انظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٦٨. الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٠٠.

١٥٥- انظر: القرافي، الفروق، ج٣، ص٢٦٨. الحطاب، مواهب الجليل، ج٣، ص٢٦٣ وما بعدها. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣، ص٨٢.

١٥٦- انظر: الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٣٦١. الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٠٥.

وهذا المعيار مما اختلف المعاصرون بجعله معيارا مستقلاً بذاته[١٥٧]، وعلى اعتبار أنه مستقل لذاته فهو ذو طبيعة مزدوجة؛ حيث يشمل الناحيتين المادية والقصدية، لكنهما لا يجتمعان فيه في آن واحد، كما هي الحال في المعايير السابقة، بل يظهر هذا المعيار مادياً محضاً في البداية، وقصدياً محضاً في النهاية.

ويتمثل هذا المعيار: بأن لا يكون لصاحب الحق مصلحة من استعمال حقه، أو أن هنالك مصلحة؛ لكنها تافهة مقارنة بالضرر المترتب على الغير، فيمنع من ذلك؛ باعتباره قرينة على قصد الإضرار بغيره.

ومن باب أولى يجب منع صاحب الحق إذا استعمل حقه على وجه سلبي، بأن يمنع غيره من الارتفاق بملكه، خاصة إذا رتب الارتفاق بملكه نفعا لغيره أو لكليهما .

وعلية، فلو صحب قصد الإضرار قصد تحصيل منفعة، وكانت المنفعة تافهة أو قليلة، لم يكن التصرف محكوماً بهذا المعيار عند بعض المعاصرين كالدكتور الدريني، والدكتور سعيد الزهاوي[١٥٨]، وإن كان هذا التصرف يعتبر في حد ذاته إساءة لاستعمال الحق، لكن يحكمه معيار آخر هو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير، وهذا المعيار مادي لا ذاتي بحسب هذا التصور.

ويمكن الرد على ذلك: بأنَّ معيار التناسب إنما يطبق في حالة التعارض بين المصالح المتعارضة، وضآلة المصلحة في هذه الحالة أو تفاهتها لا تقاس مع ما تسببه من ضرر للغير, وعليه، فإن تفاهة المصلحة بالنسبة للغير قد تتخذ قرينة على قصد الإضرار.

إذن فالعبرة في تحقق هذا المعيار هو قصد الإضرار بالغير، ولو كان هناك نفع لصاحب الحق، فالذي يزرع أرضه شجراً بقصد حجب الضوء عن جاره، يعد متعسفا إذا قصد الإضرار به، ولو عادت عليه الأشجار بالنفع.

١٥٧- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٣٠. محمد السيد، التعسف في استعمال الحق، ص١٣٨. سعيد الزهاوي، التعسف في استعمال الحق، ص١٩٦.

١٥٨- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٣٠. محمد السيد، التعسف في استعمال الحق، ص١٣٨. سعيد الزهاوي، التعسف في استعمال الحق، ص١٩٦.

ونرى أن يكون هذا المعيار مستقلاً؛ لأنَّ له حالات تخصه، وحتى تستوعب نظرية التعسف جميع الحالات، وخاصة أن لهذا المعيار ميزة تخصه، وهي كونه يشمل جانباً مادياً ابتداءً، وذاتياً قصدياً انتهاءً.

هذا، ولما كانت النيَّة من الأمور الباطنة التي يصعب إثباتها، كان لابد من الاستعانة بالأمور المادية الظاهرة كقرائن للكشف عن نية صاحب الحق ومن هذه القرائن:

١ - انتفاء المصلحة.

ويقصد بها: خلو التصرف من المصلحة الشرعية التي قصد الشارع تحقيقها من تشريعه للتصرف، إذ الأصل في تصرفات العقلاء عدم خلوها من المصلحة.[١٥٩]

هذا، وانتفاء المصلحة يتخذ صورتين:

الأولى: الصورة الايجابية: وهي استعمال الشخص لحقه دون مصلحة ظاهرة تعود عليه، بل في هذا الاستعمال ضرر بغيره.[١٦٠]

ومن تطبيقات هذه الصورة: أن يطلق الزوج زوجته في حال احتضاره أو في مرض الموت، فالطلاق وإن كان حقا للزوج لكن ليس له مصلحة في هذه الحالة؛ إذ هو بحاجة لزوجته لتقوم على تمريضه والعناية به، علاوة على الضرر المترتب عليها من حرمانها من الميراث، فهذه إذن قرينة على قصد الإضرار بالزوجة.[١٦١]

١٥٩- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون، ص٨٤٥.

١٦٠- محمد السيد، التعسف في استعمال الحق، ص٢٤٠.

١٦١- عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص٣١.

الثانية: الصورة السلبية: وذلك بمنع الآخرين من الإتيان بعمل أو الانتفاع بحقه دون مصلحة ظاهرة له، ودون أن يلحق به ضرر ما.[١٦٢]

ومن تطبيقات هذه الصورة: أن يمنع المرء غيره من الارتفاق بأرضه، حيث إن في هذا الارتفاق نفع لكليهما، كما جاء في قضاء عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- بإمرار خليج الضحاك بن خليفة في أرض محمد بن مسلمة. ويظهر انتفاء المصلحة بهذه الصورة السلبية من قول عمر بن الخطاب —رضي الله عنه- لمحمد بن مسلمة: (لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ. فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ).[١٦٣]

١ - تفاهة المصلحة.

ويقصد بذلك: كون المصلحة المراد تحصيلها من قبل صاحب الحق ضئيلة بحيث لا تقارن بمدى ما تلحقه بالغير من أضرار إبَّان استعماله لحقه.[١٦٤]

وهذه التفاهة قرينة على قصد صاحبها إلى الإضرار بغيره، فيمنع من تصرفه.

ويمكن التمثيل له بزراعة الجار شجرة في أرضه ملاصقة لجدار جاره، بقصد الاستظلال، أو الزينة، فأدى ذلك إلى إحداث شرخ في سور جاره، أو كسر بئره بجذورها. فإن الاستظلال بظل هذه الشجرة أو قصد الزينة يعدُّ مصلحة تافهة مقارنة بالضرر المترتب بسور الجار أو بئره، وإن كان المالك إنَّما يستعمل حقه.

٢ - اختيار صاحب الحق الوسيلة المضرة أو الأكثر ضرراً من غيرها إبَّان استعماله لحقه.

١٦٢- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٣٠.

١٦٣- مالك بن انس، الموطأ، باب القضاء في المرفق، ج٥، ص٣٩، حديث رقم (١٢٣٦). البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص١٥٧. الألباني، مختصر إرواء الغليل، ج١، ص٢٨٠، حديث رقم (١٤٢٧). قال الألباني: **حديث صحيح.**

١٦٤- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص١٨٩. محمد السيد، التعسف في استعمال الحق، ص٢٤٧ وما بعدها.

وهذه الصورة قد ذكرها الشاطبي في معرض تفصيله لحالات الضرر حيث قال: " لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد الإضرار بالغير، هل يمنع منه، فيصير غير مأذون له فيه؟...".[١٦٥]

ثم قال: "ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلا: وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل انتقل إلى وجه آخر في استجلاب المصلحة أو درء تلك المفسدة حصل له ما أراد، أو لا. فإن كان فلا إشكال في منعه منه؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الضرر، فلينتقل عنه إلى غيره، ولا ضرر عليه".[١٦٦]

وعليه، فإنه كما يلاحظ من كلام الإمام الشاطبي أن لصاحب الحق طريقتين يمكن بأيهما أن يستعمل حقه، إلاَّ أنَّ إحداهما يترتب عليها ضرر بالغير والأخرى لا ضرر منها، فإن أصر صاحب الحق على استخدام الطريقة الأضر كان ذلك قرينة واضحة على قصده الإضرار بالآخرين، وبناء على ذلك فيعامل بنقيض قصده، ويمنع من حقه؛ لأنه لا يقصد من هذه الطريق إلا الإضرار بغيره.

ويدل على اعتبار هذا المعيار آيات من كتاب الله وأحاديث من سنة رسول الله – عليه السلام – نبيِّنها على النحو الآتي:

أولاً: أدلة معيار انتفاء المصلحة في استعمال الحق أو تفاهتها في القرآن الكريم.

ويشهد لهذا المعيار أدلة في كتاب الله العزيز نذكر من هذه الأدلة ما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ

١٦٥- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، ص٢٦٥.

١٦٦- المرجع السابق، ج٢، ص٢٦٥.

يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾.[١٦٧] [البقرة:٢٣٢]

وجه الاستدلال: أن المخاطب بالنهي عن العضل[١٦٨] هم الأولياء، فقد جعل الشارع لبعض أقارب المرأة؛ كالأب والجد حق الولاية على المرأة، لكنَّ قصد الشارع من هذه الولاية تحقيق مصلحة المرأة، فإذا أساء الولي الشرعي استعمال هذا الحق، وذلك من خلال منع موليته من الزواج بمن ترغب، لا لفقدان الكفاءة أو الزواج بأقل من مهر المثل، بل لدافع غير مشروع، كإبقائها لخدمته، أو الاستفادة من راتبها، أو للمغالاة في المهور من باب التباهي بين الناس، فإنَّ عضل الولي في هذه الحالات يعدُّ تناقضاً بين الحق (حق الولاية) ومقصده (المتمثل بحماية المرأة، وتحقيق مصالحها) وهذا التناقض يعد تعسفاً ينبغي رفعه، وذلك من خلال جعل الولاية بيد القاضي، أو أحد الأولياء الثقات.

ولمسألة العضل هنا حالتان: الأولى: منع الولي المرأة من الزواج بالكفء وبمهر المثل. **والثانية:** أن يرغب الولي بتزويجها من كفء وترغب هي بكفء آخر.

ففي الحالة الأولى: يعد الحنفية الولي عاضلا؛ إن منعها من الزواج بالكفء، وبمهر المثل، ويكفي لثبوت العضل وقوعه مرة واحدة.[١٦٩]

أما المالكية فيرون أنَّ الولي لا يعد عاضلا حتى يثبت أن المنع قد ألحق بالمرأة ضرراً، وأنَّ الضرر كان متعمداً، علاوةً على تكرار المنع مرات عدة، فإن توافرت هذه الشروط؛ عد الولي عاضلا، وكان لها أن ترفع أمرها للقاضي؛ ليرفع عنها الظلم.

١٦٧- سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

١٦٨ **العضل:** هو منع الولي موليته من الزواج بكفء رضيت به ورغب بها بما يصح مهرا. انظر: الدردير، الشرح الصغير، ج٢، ص٣٧٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٥٣. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، ص٢٢٩.

١٦٩- الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٤٧. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٨٢.

وحجة المالكية أن للولي- كالأب- من الشفقة والحنان ورعاية موليته وتحقيق مصلحتها ما لا تراه الفتاة، فيكون الدافع في الأغلب هو دفع الضرر عنها.[١٧٠]

فيما يرى الشافعية والحنابلة[١٧١] أنَّ الولي إن امتنع عن تزويجها لأن الزوج غير كفء لها لا يعد عاضلاً. أما إن امتنع لنقصان مهرها فهو عاضل؛ لأن المهر محض حقها.

وأما الحالة الثانية والمتمثلة برغبة الولي بتزوج موليته من كفء وهي ترغب بكفء آخر. فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة فعند الحنفية قولان: **الأول**: يرى أن الولي يعد عاضلاً؛ لأنه لا مبرر لتقديم الكفء من جهته مع رغبتها بكفء آخر، **والثاني**: أن الولي لا يعد عاضلا؛ لأنه لا ضرر عليها ، فالضرر مرفوع مع إرادته تزويجها من كفء آخر.[١٧٢]

أما المالكية فيرون أن رفض الولي إذا كان بقصد الإضرار بها، رفعت أمرها للسلطان، فإذا تبيَّن أن قصده الإضرار بها زوجها السلطان بمن ترغب من الأكفاء،، وكفؤُها أولى؛ لأنه أقرب لدوام العشرة.[١٧٣]

وأما الشافعية ففرقوا بين ولي الإجبار وولي الاختيار، فيرون أن لولي الإجبار الحق بجبرها على من يريده من الأكفاء؛ لأنه أعرف بمصلحتها منها، وأما ولي اختيار فليس له أن يزوجها من غير من ترغب به.[١٧٤]

وأما الحنابلة فيرون أنَّ الفتاة إذا رغبت بكفء، وأراد وليها كُفؤا غيره، قدم الذي ترغب به، فإن امتنع الولي؛ عُدَّ عاضلاً.[١٧٥]

١٧٠- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج٢، ص١٤٥. الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج٣، ص١٨٩.

١٧١- الرملي، غاية البيان، ص٢٥٠. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص١٩.

١٧٢- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٨٢.

١٧٣- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج٢، ص١٠٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٢٣٢.

١٧٤- جلال الدين المحلي، شرحه على منهاج الطالبين بهامش حاشيتا قليوبي وعميرة، ج٣، ص٢٢٥.

فالمعيار بناء على ما تقدم هو أنَّ الولي قد يمنع موليته عن الزواج بمن ترغب، لا لعدم الكفاءة أو لأن المهر أقل من مهر المثل- حتى لا تظلم نفسها أو غيرها من بنات عشيرتها- وإنما لدافع غير مشروع؛ كالتغالي بالمهور، أو إبقاءً للفتاة في خدمته، أو للاستفادة من راتبها الشهري، أو ليزوجها من كفءٍ هي لا تريده؛ لتحقيق مصالحه الشخصية، أو لعدم وجود مسوغ للرفض.

فقد جعل الشارع حق الولاية على الفتاة لتحقيق مصلحتها، فإن كان العضل لا لمصلحتها، أو لتفاهة المصلحة، أو انعدامها، كان الولي متعسفا في ولايته، لأنَّ الشرع لم يجعل الولاية على المرأة للتحكم بها ومنعها من حقها في الزواج بمن ترغب. فثبت أنَّ هذه الآية الكريمة أصل في التعسف في معياره انعدام المصلحة في استعمال الحق أو تفاهتها، قرينة على قصد الإضرار.

١- قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾.[١٧٦]

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الله تعالى جعل الطلاق بيد الرجل، لكنه أمر أن يقع هذا الطلاق وفق مراد الله، والغاية التي تحقق مراد الله من شرع الطلاق، ولهذا فإن الرجل مطالب بان يوقعه كما يريد الشرع، فإن أوقعه في حيض أو طهر جامعها فيه كان الطلاق بدعيا، وكان إيقاعه على خلاف مقتضى الشرع، ومناقضة

١٧٥- المرداوي، الإنصاف، ج٨، ص٧٥. البهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص٤٤. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، ص٢٤.

١٧٦- سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

الشارع تعسف في استعماله لحق التطليق، وهذا التوجيه للآية يصدق على معيار التعسف والمتمثل بالباعث غير المشروع.[١٧٧]

لكن يتعلق في التطليق أيضا إيقاع الطلاق دون سبب ولا مسوغ شرعي، مما يسمى بالطلاق التعسفي. فهذه الآية الكريمة تبين للزوج أن له الحق في التطليق، يوقعه مرة بعد مرة لا دفعة واحدة؛ ليتمكن من مراجعة زوجته كما فسرها أهل العلم.[١٧٨] ولذا فقد حرص الشارع على وضع العراقيل أمام المطلق؛ للتفكير وإعادة النظر قبل وقوعه بصورة متسرعة لا تحقق مراد الشارع من إيقاعه، فاشترط في التطليق أن يكون في طهر لم يجامع زوجته فيه؛ لاستقبال العدة، وأن يكون الطلاق مراحل تفصل بينها أحداث وفترات زمنية، كما شرع الرجعة لتدارك خطأ إيقاع الطلاق دون مبرر أو لمصلحة تافهة في مقابلة الأضرار الناجمة عن هذا الطلاق، سواء على الزوجة أو الأولاد أو غيرهم. كما شرع نفقة العدة؛ لإشعار الزوج أن الزوجة ما زالت مسؤولة منه، وأنها على وشك أن تَحْرُم عليه، كما اشترط بعد الطلقة الثالثة أن لا يمكَّن من الزواج بها إلا أن تنكح زوجاً غيره، وفي ذلك إثارة لحمية الزوج ورجولته.[١٧٩] وكل ذلك حتى يكون استعمال الزوج لحقه في التطليق واقعا في محله ووفق مراد الشارع، ودونما تعسف في استعماله لحقه، إما بقصد الإضرار بالزوجة وأهلها، أو لتفاهة المشكلة التي وقعت بينهما.

١٧٧- الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٤، ص٥٤٣. القرطبي، تفسير القرطبي، ج٣، ص١٢٦.

١٧٨- الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٤، ص٥٢١. القرطبي، تفسير القرطبي، ج٣، ص١٢٩. تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٨، مطبعة الحلوم، ١٣٨٦هـ، ص٣٧٩.

١٧٩- أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، ١٩٧٠م ، ص٢٠٢.

وعليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق مع كل هذه الاحتياطات الشرعية، و لم تفلح محاولات الصلح، وكان للزوج عذره ومبرره في تطليقه لزوجته، عدّ متصرفاً بحقه، وفق مراد الله، ولا إثم عليه، ولا يعدّ متعسفا في استعماله لحقه.

أما إذا كان إيقاعه للطلاق لمجرد زوبعة مؤقتة أو موجبة غضب آنيَّة، أو للتحكم والتجبر بالزوجة أو بأهلها، وكان الضرر المترتب على إيقاعه للطلاق أكبر بكثير من المصلحة المراد تحقيقها، أو لم يكن هناك أصلا مصلحة من إيقاع الطلاق، كان ذلك قرينة على قصده للإضرار بالزوجة والأولاد، وتعسفه في استعماله لحق التطليق، فإن الشارع لم يجعل هذا الحق مطلقا، بل جعل له ضوابط ومعايير تحدده وتقييده، وتحدد مساره، وتمنع إيقاعه بأي صورة، فالشارع إنما شرع الطلاق في حالات استفحال المشكلات الزوجية، بحيث يصبح من المستحيل دوام العشرة الزوجية بالمعروف، وأن آخر علاج لهذا الزواج هو البتر (القطع) والمتمثل بالطلاق.

وخلاصة القول: فإن الزوج إذا أوقع الطلاق وكانت المصلحة تافهة، أو لم يكن هنالك مصلحة أصلا من إيقاعه، بل مآله الضرر بالزوجة دون سبب منها، وتفريق لشمل الأسرة والأولاد، ففي هذه الحالة يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه، كما يكون للزوجة —فيما نرى ويرى كثير من الفقهاء المعاصرين[١٨٠] – الحق في المطالبة أمام القضاء بالنظر في إساءة الزوج لاستعماله لحقه، ومن ذلك طلبها التعويض عن الطلاق التعسفي الذي أوقعه الزوج دون مبرر شرعي مسوِّغ، أو دون تحقيق مصلحة جدية من إيقاعه. فثبت أنَّ هذه الآية أصل من أصول التعسف في معياره انعدام المصلحة أو تفاهتها، قرينة على قصد الإضرار بالغير.

ثانيا: أدلة معيار انتفاء المصلحة في استعمال الحق أو تفاهتها في السنة النبوية المطهرة:

١٨٠– اختلف الفقهاء المعاصرون في الطلاق التعسفي على قولين: انظر: عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ج١، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٨م، ص١١٧ وما بعدها. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، ١٩٦٧م، ص٧٠.

ويشهد لهذا المعيار أدلة في **السنة النبوية المطهرة نذكر منها:**

١- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (لَا يَمْنَعْ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ". ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ:" مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ وَاللَّهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ).[١٨١]

وجه الدلالة من الحديث: أن الشارع الحكيم أمر صاحب الجدار إذا ما احتاج جاره إلى جداره ليغرز به خشبة أن لا يمنعه من ذلك، وقد جعل الشرع ذلك من حق الجار على جاره، مع أن المالك – صاحب الجدار- له الحق في التصرف في جداره، ومنع الغير من الانتفاع به، لكن لما كان الجار بحاجة إلى الارتفاق بجدار جاره أمره الشرع بذلك، ففي هذا الحديث دلالة بمنطوقه على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشبة في جداره، وأنَّ للحاكم (القاضي) أن يجبره على ذلك، وهذا ما قال به الإمام أحمد، وابن حبيب من المالكية، والشافعي في القديم، وابن حزم.[١٨٢]

وعليه، فإن منع المالك جاره من الارتفاق بجداره حال احتياجه لذلك – مع أنه تصرف سلبي- يعدّ متعسفا في استعماله لحق الملكية، إذا لم يترتب على ذلك ضرر فاحش بجدار المالك. بل حتى لو ترتب ضرر تافه لا يتناسب البتة مع ضرر الجار المحتاج للارتفاق بجدار جاره يعدّ متعسفا أيضا؛ لأن الضرر التافه أو البسيط من الممكن إصلاحه، فالمنع في مثل هذه الحالة مع عدم الضرر أو تفاهته يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالجار.

وبناء على ذلك، فليس من حق صاحب الجدار أن يمنع جاره من الارتفاق بجداره إذا لم يترتب عليه ضرر من جراء ارتفاقه بالجدار، وحتى لو ترتب عليه ضرر تافه

١٨١- البخاري، صحيح البخاري، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، ج٨، ص٣٤٧، حديث رقم (٢٢٨٣). مسلم، صحيح مسلم، باب غرز الخشب في جدار الجار، ج٨، ص٣٢٢، حديث رقم (٣٠١٩).

١٨٢- البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٤٢. ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ص١٩١. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج٨، ص٢٤٢.

أو يسير؛ لأنَّ ارتفاق الجار بحائط جاره لا يخلو من نوع ضرر عادة عند فتح الجدار، لغرز الجذوع (في زماننا الحديد) في الحائط؛ لكنه ضرر تافه، أو يسير لا يتناسب مع ضرر الجار المحتاج لذلك.[١٨٣]

وفي زماننا يصدق هذا الأمر على من كان بينه وبين جاره حائط (سور) ويحتاج الجار أن يثقب سور جاره ليربط الحديد بالحائط من جهته، ففي هذه الحال وبناء على نص الحديث ليس للصاحب السور أن يمنع جاره من ذلك، وكذلك الحال لو أراد الارتفاق بسور جاره لتعريش أشجار العنب مثلاً فليس له منعه في ضوء هذا الحديث.

هذا، وقد اشترط الفقهاء القائلون بجواز الارتفاق بحائط جاره وما أشبه ذلك شروطا هي:

١- أن لا يقع ضرر فاحش بجدار الجار. فلو ترتب من الارتفاق بالجدار ضرر فاحش بصاحب الجدار عدَّ من كان له الحق في الارتفاق بجدار الجار متعسفا أيضاً في استعماله لحق الارتفاق، وفي هذا إعمال لحديث: "**لا ضرر ولا ضرار**"[١٨٤]؛ لأنَّه القاعدة العامة في حال توقع أو وقوع الضرر الفاحش.

٢- حاجة الجار إلى الانتفاع بحائط جاره دون وجود طريقة أخرى لحل المشكلة وتحصيل الحاجة، فلو كان هناك طريقة لذلك أو عدمت الحاجة الماسة لذلك، فليس له الحق في الارتفاق في مثل هذه الحالة.[١٨٥]

وهذا يدل على اعتبار انتفاء المصلحة المشروعة في التصرف السلبي-من خلال منع الجار من غرز خشبه في جداره، دون ترتب ضرر على صاحب الجدار- قرينة على

١٨٣- الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، ص ١٤٦ وما بعدها.

١٨٤- الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج٥، ص٤٥٤، حديث رقم (٢٣٠٥). قال الحاكم: حديث **صحيح الإسناد** على شرط مسلم و لم يخرجاه.

١٨٥- الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص٢٦٠. الدريني، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، ص١٥١.

قصد الإضرار به. فثبت لنا أنَّ هذا الحديث أصل في معايير التعسف الذاتية، وتحديداً في معيار انتفاء الضرر، أو تفاهته، كقرينة دالة على قصد الإضرار بالغير.

١ - عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُب أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنْ الْأَنْصَارِ، قَالَ: وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَالَ: فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَّى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى، قَالَ: فَهِبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا؛ أَمْرًا رَغَّبَهُ فِيهِ فَأَبَى فَقَالَ: أَنْتَ مُضَارٌّ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْأَنْصَارِيِّ اذْهَبْ فَاقْلَعْ نَخْلَهُ.[١٨٦]

وجه الدلالة من الحديث: أنَّ النبي -صلى الله عليه وسلم- رأى في تصرف الصحابي سَمُرة بن جندب رضي الله عنه إضراراً بأخيه الأنصاري، وإساءةً في استعماله لحقه، حيث كان من حقه الوصول إلى شجرته؛ لقطف ثمارها، لكن لما ترتب على ذلك ضرر بأخيه الأنصاري، عرض النبي الكريم صلوات ربي وسلامه عليه عدة حلول لإزالة ذلك الضرر -كما نص على ذلك الحديث الشريف- وهي أن يبعه تلك الشجرة، لكنه أبى، فعرض عليه حلاً آخر؛ وهو أن يعطيه شجرة مثلها أو أفضل منها على طرف البستان، لكنه أبى، وكان آخر هذه الحلول أن عرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يهبها له، وله مقابل ذلك كذا وكذا -أمراً رغبه النبي فيه- ومع ذلك أصر على البقاء على شجرته، فكان ذلك مع وجود طرق مختلفة لإزالة الضرر قرينة على قصده الإضرار بأخيه الأنصاري، ولذلك خاطبه النبي عليه الصلاة والسلام بقوله: "**إنما أنت مضار**".

وما كان هذا التوجيه النبوي إلاَّ بعد عرض حلول مختلفة لإزالة الضرر، فلما أصر على ذلك كان الخطاب النبوي معبراً عما في نيته؛ وهو أنه يقصد الإضرار بأخيه،

١٨٦- أبو داود، سنن أبي داود ، باب من القضاء، ج١٠، ص٤٢، حديث رقم (٣١٥٢).، البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص١٥٧. الألباني، ضعيف سنن أبي داود، ج٨، ص١٣٦، حديث رقم (٣٦٣٦). قال الألباني: **حديث ضعيف**. المباركفوري، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج٨، ص١٣١، حديث رقم (٣١٥٢). الحديث ضعيف لكن يشهد له كليات وجزئيات تدل على صحة معناه من حيث منع الضرر شرعاً، واعتبار ه تعسفاً في استعمال الحق.

ولذا كان الجزاء أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإزالة هذا الضرر، حيث قال لصاحب البستان: **اذهب فاقلع نخله**".

وفي هذا دلالة واضحة على أنَّ صاحب الحق إذا استعمال حقه على وجه يضر بغيره، وكان هناك طرق أخرى لإزالة الضرر ورفض استعمالها، كان ذلك قرينة على قصده الإضرار بالغير ، ولذا يعامل على خلاف قصده، وذلك بإزالة الضرر إذ القاعدة أنه: "**لا ضرر ولا ضرار**".[١٨٧] وهي قاعدة قاضية على جميع العمومات المتعلقة بإطلاق حرية التصرف في الحق،[١٨٨] فلما كان استعماله لحقه بهذه الصورة لا مصلحة منه، أو أنَّ الضرر المترتب على الغير أشد من ضرر صاحب الحق، كان صاحب الحق متعسفاً في استعماله لحقه. ولذا كان قضاء النبي عليه بقلع نخلته من باب السياسة الشرعية والمتمثل بوجوب دفع الضرر بأي طريقة كانت.

وفي هذا يقول ابن القيم: "وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يقلعها، وذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان في ذلك ضرر يسير [أي تفاهة المصلحة في مقابل مصلحة صاحب الأرض]، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه".[١٨٩]

والملاحظ أنَّ دفع الضرر في حالة التعسف هذه لا يعني عدم تعويض صاحب الحق، لكنه كان طريقا لإزالة الضرر مع التعويض العادل لصاحب الحق.

١٨٧- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية،، دار القلم، دمشق، ط٣، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ص١٦٥ وما بعدها.

١٨٨- من هذه العموميات المتعلقة بإطلاق حرية التصرف في الحق قوله تعالى:" إلاَّ أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم". وقوله صلى الله عليه وسلم:" لا يحل مال امرئ مسلم إلاَّ بطيب نفسه". انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص١٤٢.

١٨٩- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص٣١٠.

مما تقدم يتبين لنا أنَّ هذا الحديث هو أصل في معايير التعسف الذاتية، وخاصة في معياره تفاهة المصلحة في مقابل الضرر المترتب على استعمال الحق.

١- عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ.[١٩٠]

وجه الدلالة من الحديث: من المعلوم شرعا أنَّ الأصل في طلاق الرجل زوجته أن يكون في طهر لم يجامعها فيه، وأن لا تكون حائضا، وإلا كان الطلاق بدعياً، وكان الزوج موقعا لهذا الطلاق على خلاف مقتضى الشرع، فإن خالف الزوج الهدي النبوي فطلق زوجته دفعة واحدة كأن يقول لها : أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق طالق طالق، ولم ينو تأكيد الأولى، كان متعسفاً في إيقاعه للطلاق بهذه الصور.

هذا وقد كان المجتمع النبوي مجتمع فضيلة، فكان لا يقصد من إيقاع الطلاق بهذه الصور السابقة الذكر مخالفة الشرع، ولا الإضرار بالزوجة، ولهذا كان وقوع الطلاق الثلاثة واحدة.

فالحديث الشريف يقرر مسألة تتعلق بالتطليق بصورة حدثت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ،وخلافة أبي بكر الصديق وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنهما، ثم لما أكثر الناس في زمن عمربن الخطاب رضي الله عنه إيقاع الطلاق الثلاث، وكثر فيهم الخداع، وقل فيهم الورع، والوقوف عند حدود الله، بحيث يمتنع قبول من يدعي التأكيد للطلاق بهذه الصورة، حمل عمر رضي الله عنه هذه الصور من الطلاق على ظاهرها؛ وهو التكرار للتطليق. ولهذا ثبت عنه أن قال: "إنَّ الناس استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه".

وهذا يعني أنه لم يكن قبل إمضاء عمر له ماضيا زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وخلافة أبي بكر، فسيدنا عمر رأى الناس تتابعوا على الإكثار من التطليق بهذه الصورة، وأنَّ جمع الثلاث بلفظ واحد هو خلاف السنة، فرأى عمر أن يلزم الناس بما

١٩٠- مسلم، صحيح مسلم، باب طلاق الثلاث، ج٧، ص٤٢٣، حديث رقم (٢٦٨٩).

تلفظوا به من الطلاق بلفظ الثلاث من باب العقوبة لهم، وهذا الحكم من عمر – كما يرى أهل العلم– من باب السياسة الشرعية؛ وذلك لتحقيق مصلحة المجتمع، ومنعهم من إيقاع الطلاق بهذه الصفة؛ ليعودوا للتطليق وفق مراد الله، وسنة رسوله الكريم، فإن عاد الناس للأمر الأول، أو لم يعد هذا التدبير مؤديا للحكمة والمصلحة التي شرع من أجلها، عاد الحكم الأصلي إلى حيز التطبيق.[١٩١]

وهذا ما رآه شيخ الإسلام ابن تيمية في زمانه الذي كان خلاف زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حيث كثرة حوادث نكاح التحليل المحرم في زمانه.

ونكاح التحليل مناقض لمقصد الشرع في النكاح فلو أجرينا الثلاث ثلاثاً كما فعل عمر لأدى إلى مفسدة ؛ وهو تحليل المرأة لزوجها الأول بطلاقها بهذه الصورة.

وفي ذلك يقول ابن تيمية: ﴿ فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَحْلِيلٌ ظَاهِرٌ، وَرَأْيٌ فِي إنْفَاذِ الثَّلَاثِ زَجْرًا لَهُمْ عَنْ الْمُحَرَّمِ : فَعَلَ ذَلِكَ بِاجْتِهَادِهِ. أَمَّا إذَا كَانَ الْفَاعِلُ لَا يَسْتَحِقُّ الْعُقُوبَةَ، وَإِنْفَاذُ الثَّلَاثِ يُفْضِي إلَى وُقُوعِ التَّحْلِيلِ الْمُحَرَّمِ – بِالنَّصِّ وَإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ – وَالِاعْتِقَادِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الْمَفَاسِدِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُزَالَ مَفْسَدَةٌ حَقِيقِيَّةٌ بِمَفَاسِدَ أَغْلَظَ مِنْهَا ؛ بَلْ جَعَلَ الثَّلَاثَ وَاحِدَةً فِي مِثْلِ هَذَا الْحَالِ كَمَا كَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ أَوْلَى ﴾.[١٩٢]

مما تقدم يتبن لنا أنَّ الطلاق الثلاث بهذه الصورة هو طلاق محرم على خلاف مراد الله وسنة رسوله، ولذا فمن أوقعه بهذه الصورة عدَّ متعسفاً في استعماله لحق التطليق؛ وذلك لأنه لا فائدة مرجوة من إيقاعه بهذه الصورة واقعاً، ولو أمضيناه في زماننا –كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه– لأدى إلى هدم الأسرة أو للوقوع في

١٩١– عمر سليمان الأشقر، ماجد أبو رخية، محمد عثمان شبير، عبد الناصر أبو البصل، مسائل في الفقه المقارن، ط٤، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٣م، ص٢٢٠. عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص٢١٦.

١٩٢– ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٣٣، ص٩٣.

النكاح المحرم كما هو الحال في زمان ابن تيمية رحمه الله تعالى، ولتوصل من لهم قصد يخالف شرع الله من خلال إيقاعه ثلاثاً إلى تحليل المرأة لزوجها الأول.

ولهذا فإنَّ الفتوى في هذا الطلاق بهذه الصورة مزلة قدم، وهذا ما أشار إليه الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود حين قال: "من طلق كما أمره الله فقد بين الله له، ومن خالف فإنا لا نطيق خلافه".

وبناءً على ما تقدم فإنَّ الطلاق بهذه الصورة لا يحقق مصلحة البتة، حيث إنَّ المصلحة منعدمة بإيقاعه بهذه الصورة، ولذا فإنَّ من يوقعه إنما يخالف بذلك أمر الله وأمر رسوله، ويخالف مقصد الشرع من شرع الطلاق. فثبت لنا أنَّ انتفاء المصلحة في هذا الطلاق قرينة على استعمال حق التطليق على خلاف مقصد الشرع، كما أنها قرينة على قصد الإضرار بالزوجة والأولاد (الأسرة).

١- عنْ عُرْوَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ حَدَّثَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا النَّخْلَ فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ سَرِّحْ الْمَاءَ يَمُرُّ فَأَبَى عَلَيْهِ فَاخْتَصَمَا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلزُّبَيْرِ أَسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلْ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ فَقَالَ أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ قَالَ اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ احْبِسْ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ فَقَالَ الزُّبَيْرُ وَاللَّهِ إِنِّي لَأَحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي ذَلِكَ. ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾.[١٩٣]

وجه الدلالة من الحديث: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم حاول أن يكون هناك نوع من التسامح بين الجيران في الحقوق مما يتعلق بالأراضي المروية؛ وذلك بأن يسقي كل منهم سقيا خفيفا، ثم يرسل الماء إلى من بعده من جيرانه، وهذا من باب تجاوز العدل والحق إلى الفضل والتسامح. وقد حاول النبي الكريم عليه أفضل الصلاة وأتم

١٩٣- البخاري، صحيح البخاري، باب سَكْر الأنهار، ج٨، ص١٧٦، حديث رقم (٢١٨٧). مسلم، صحيح مسلم، باب وجوب إتباعه صلى الله عليه وسلم، ج١٢، ص٤١، حديث رقم (٤٣٤٧).

التسليم أن يدفع الضرر – ولو يسيرا- إذا لم يؤذي صاحب الحق، لكنه لما اتهم بالمحاباة بقول الرجل: ﴿ أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ ﴾. قرر النبي الكريم ما هو الحق؛ وهو الحكم العادل؛ وذلك بأن يسقي الزبير أرضه حتى يبلغ الماء الكعبين، ثم يرسل الماء إلى جاره. وهذا ما أخذ به الإمام مالك رحمه الله، ونقله البخاري في صحيحه.[١٩٤]

وفي الحديث دلالة على أن الحق في الماء لمن سبق، يأخذ الأعلى منه بقدر حقه كما قرر الشرع إلى الكعبين؛ لحديث ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ قَالَ:"قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ الْأَعْلَى فَوْقَ الْأَسْفَلِ يَسْقِي الْأَعْلَى إِلَى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهُ". [١٩٥]

كما يدل الحديث بمفهومه على أنَّ لصاحب الحق في الماء إذا أخذ من الماء أكثر مما حدد له الشرع كان متعسفا في استعماله لحقه؛ كأن يأخذ أكثر من الكعبين؛ لأن أخذه للماء أكثر مما قرره الشرع قرينة على قصد الإضرار بغيره، علاوةً على أنه لا مصلحة له في ذلك؛ لأنَّ الزرع يأخذ كفايته بما قرره الشرع، فما زاد فلا مصلحة فيه لصاحب الحق، بل هو قرينة على قصد الإضرار بجيرانه من المزارعين، وخاصة إذا كانت المياه شحيحة، أو لا تكاد تكفي لبقية الأراضي الزراعية المحيطة به. فهذا الحديث يقرر أمرا هاما وهو التكافل الاجتماعي في استثمار الأراضي الزراعية، وتنميتها بما يعود بالخير والنفع على أصحاب الأراضي، ومن ثَمَّ على المجتمع في نهاية المطاف.[١٩٦]

وبناء على ما تقدم فإنَّ من له حق سقاية أرضه ينبغي أن لا يأخذ فوق حاجته لسقي مزروعاته، وإلا كان ذلك قرينة على قصده الإضرار بجيرانه المزارعين. فثبت أن

١٩٤- مالك بن أنس، الموطأ، باب القضاء في المياه، ج٥، ص٣٣، حديث رقم (١٢٣١). البخاري، صحيح البخاري، باب شرب الأعلى إلى الكعبين، ج٨، ص١٨٠، حديث رقم (٢١٨٩).

١٩٥- ابن ماجة سنن ابن ماجة، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء، ج٧، ص٣٤٨، حديث رقم (٢٤٧٢). الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ج٥، ص٤٧٢، حديث رقم (٢٣٢٣). الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، ج٥، ص٤٨١، حديث رقم (٢٤٨١). قال الألباني: **حديث صحيح.**

١٩٦- انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص١٥٢.

هذا الحديث أصل في معايير التعسف الذاتية، وخاصة في معياره انعدام المصلحة في استعمال الحق، أو تفاهتها قرينة على قصد الإضرار بالغير.

خاتمة البحث

في ختام هذا البحث نحمد الله تعالى ونثني عليه بما هو أهله، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائه ورسله سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الأخيار الأطهار، ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

فقد توصل الباحثان إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أما النتائج فمن أهمها:

١- إنَّ معايير التعسف الذاتية معتبرة شرعاً، ويشهد لها كليات وجزئيات في كتاب الله تعالى، وسنة رسوله الكريم، وأثار من أفعال صحابة رسول الله الكرام مما يدل على وجوب اعتبارها.

٢- إنَّ معايير التعسف الذاتية قائمة على القصود والمقاصد، فلا يمكن معرفة القصود إلاَّ من خلال القرائن الدالة على قصد صاحب الحق، والتعرف على ما إذا كانت متفقة ومراد الشرع أو مخالفةً له، وعلى ضوء ذلك يترتب الحكم أو الجزاء المناسب لكل تصرف من تصرفات المكلفين.

٣- إنَّ المعايير الذاتية عبارة عن ضوابط عامة للتعسف، ولكل مسألة أو واقعة فقهية ضوابط تخصها، وفي ضوء المعايير العامة والخاصة نحكم على الوقائع والمسائل الفقهية.

٤- لهذه المعايير الذاتية دور وقائي، يتمثل بمنع التعسف من استعمال الحق قبل توقعه أوقوعه.

٥- لمعايير التعسف دور علاجي يتمثل بوضع الجزاء أو العقوبة المناسبة مع كل حالة من حالات التعسف، وبحسب طبيعتها.

٦- لمعايير التعسف دور وظيفي أو اجتماعي، يتمثل بمنع التعسف في استعمال الحق من جميع من لهم حقوق مشتركة- كما هو الحال في حق الرضاع والحضانة- لتحقيق المصالح الاجتماعية والتكافلية والتربوية.

المصـــادر والمراجـــع

- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، ١٤٠٨ هـــ-١٩٨٧م، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، ١٩٨٨م، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـــ.
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، ١٤١٥هـــ - ١٩٩٤م، جامع العلوم والحكم، دار الصحابة للتراث، طنطا، مصر.
- ابن رشد (الحفيد)، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، ١٤١٦هـــ- ١٩٩٦، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن عابدين، محمد أمين، ١٩٩٥م، حاشية رد المحتار على الدر المختار المسماة بـــ" حاشية ابن عابدين"، ط٢، دار الفكر، بيروت.
- ابن قدامة المقدسي، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، ١٤٠٥هـــ ، المغني شرح مختصر الخرقي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- ابن قيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر، ١٤١٥هـــ-١٩٩٤م، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت،ومكتبة المنار، الكويت.
- ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
-ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن بكر، ١٩٥٥م، لسان العرب، دارة صادر، بيروت.
- ابن نجيم، زين الدين إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن محمود، ١٩٧٧م، شرح فتح القدير على الهداية، ط٢، دار الفكر، بيروت.

- أبو سنه، أحمد فهمي، ١٣٠٨هـ- ١٩٦١م، التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق.
- الأشقر، عمر سليمان، ماجد أبو رخية، محمد عثمان شبير، عبد الناصر أبو البصل، ٢٠٠٣م، مسائل في الفقه المقارن، ط٤، دار النفائس، الأردن.
- الألوسي، أبو الفضل، شهاب الدين محمد، ١٩٩٢م، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،.
- الباجي، أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد، ١٣٣١هـ، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر.
- البابرتي، أكمل الدين بن محمد بن محمود، ١٣٩٧هـ -١٩٧٧م، شرح العناية على الهداية(مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام)، ط٢، دار الفكر، بيروت.
- البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط١، دار ابن كثير، بيروت، ١٤١٨هـ -١٩٩٧م.
- البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد، ١٣٠٨هـ، مجمع الضمانات، المطبعة المنبرية، القاهرة.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، ١٩٩٤م، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، ١٤١١هـ ١٩٩٠م، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت.
- حسين عامر، ١٩٦٠، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، عالم الكتب، مصر.
- الحطاب، أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المقري، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط٣، دار الفكر.
- الخرشي، أبو عبد الله محمد، حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت.
- الدريني، محمد فتحي، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٢، مؤسسة الرسالة.

- الدسوقي، شمس الدين، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
- الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، ١٩٩٢م، المحصول في علم الأصول، ط٢، مؤسسة الرسالة.
- روّاس، أمين رجا، ١٩٩٢م، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن.
- الزحيلي، وهبة، ١٩٨٤، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق.
- الزرقا، مصطفى أحمد، ١٩٨٤، مذكرة تأصيلية، جامعة الدول العربية، تونس.
- الزمخشري، محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي، ١٣٩٧هـ -١٩٧٧م، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التنزيل، دار الفكر، بيروت.
- الزهاوي، سعيد أمجد، ١٩٧٦م، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون "دراسة مقارنة"، ط١، دار الإتحاد العربي للطباعة، القاهرة.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي، ١٩٩١م، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الشافعي، ١٩٨٠م، الأم، دار الفكر.
- الشربيني، محمد الخطيب، ١٩٧٨م، مغني المحتاج على معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ١٩٧٣م، نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت.
- الصابوني، عبد الرحمن، ١٩٦٨م، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار الفكر،.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير،١٤٠٥هـ، تفسير الطبري، المسمى: "جامع البيان في تأويل القرآن"، دار الفكر، بيروت.
- العيسوي، أحمد العيسوي، ١٩٦٣م، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول.
- الغندور، احمد، ١٩٦٧م، الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر.

- فيروز آبادي الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، القاموس المحيط، ط٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- القدومي، عبير ربحي شاكر، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري،١٩٨٥م، الجامع لأحكام القرآن، ط٢، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان.
- قلعة جي، محمد رواس، حامد صادق قنيبي، ١٩٨٨م، معجم لغة الفقهاء، ط٢، دار النفائس، لبنان، ١٤٠٩هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، ١٩٨٦م، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت،.
- الكبيسي، أحمد عبيد، ١٩٧٠م، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد.
- مالك بن أنس، ١٩٧٨م، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، ١٤١٦هـ -١٩٩٠م، صحيح مسلم، دار ابن حزم، بيروت.
- النفراوي، أحمد بن غنيم، ١٩٥٥م، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ط٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- ياسين الغادي، ٢٠٠١م، التعسف في استخدام السلطة على الأبناء، دار رند للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.