

المحاضرة الثانية:

أقسام التعسف:

تحدّث فقهاء الشريعة في ثنايا فروعهم الفقهية؛ وحتى عند دراسة قواعد المقاصد والمآل عن حالات التعسف، وحكم كل حالة في الشرع . والمتأمل لهذه الحالات التي ذكروها يجدهم قد بنوا النظر فيها على معيارين اثنين: معيار ذاتي ، و معيار موضوعي أو مادي، وعلى أساسهما فصل حالات الضرر التي تترتب على استعمال الحقوق .

والواقع أن الفقهاء في تقسيمهم هذا قد فصلوا حالات الضرر الناجمة عن التعسف في استعمال الحق مع بيان حكم كل حالة منها، ليقرروا بذلك قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق. وتضبط وجوه التعارض بينها.

ولنذكر الآن أقسام التعسف عند الفقهاء وما حواه كل قسم من الحالات مع بيان حكم كل حالة في الشرع. ثم نردف ذلك ببيان حالات التعسف كما نص عليها المشرع الجزائري، لنستخلص بعد ذلك أهم النتائج المتعلقة بهذه النظرية.

القسم الأول: التعسف باعتبار القصد وعدمه

وهذا القسم من التعسف معياره ذاتي شخصي، يتمثل في توفر القصد وعدمه، أي قصد الإضرار أو الباعث غير المشروع من حيث الوجود والعدم. وحاصل هذا القسم أن الضرر الناتج عن استعمال الحق إما أن يكون مقصودا من الشخص أو غير مقصود، وكونه غير مقصود: إما أن ينتج عنه ضرر خاص أو عام. فتحصل إذا من هذا القسم ثلاث حالات تفصيلها فيما يلي:

1: استعمال الحق بقصد الإضرار

والفرض في هذه الحالة: استعمال الحق إذا قصد به مصلحة شخصية وصحبها قصد الإضرار بالغير، كالمرخص سلعته قصد طلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بالغير. فهذه الحالة تتضمن ممارسة الحقوق والإباحات للحصول على المصلحة الشخصية مع مصاحبة قصد الإضرار بالغير. وفي هذه المسألة تفصيل:

فإذا كان للجالب أو الدافع - وهو المستعمل لحقه - وجهة أخرى يحقق بها مصلحته دون إلحاق ضرر بالغير، أي أنه لو انتقل إلى وجه آخر لجلب المصلحة أو دفع المفسدة حصل له ما أراد، فإنه - والحالة هذه - يمنع من استعمال حقه على الوجهة الأولى لقيام قرينة قصد الإضرار. لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فلينتقل عنه ولا ضرر عليه. كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد باستعمال حقه سوى الإضرار من باب أولى. وذلك لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

أما إذا لم يكن للجالب أو الدافع وجهة أخرى يحقق بها مصلحته دون الإضرار بالغير فحق الجالب أو الدافع مقدم، إلا أنه ممنوع من قصد الإضرار .

2 : ما لا يقصد فيه الإضرار وكان الإضرار اللازم عاما

والفرض في هذه الصورة أن الجالب أو الدافع - المستعمل لحقه - لم يقصد من فعله ذلك الإضرار بالغير، أي أن قصد الإضرار هنا منتف، إلا أنه يلزم عنه ضرر عام. وإذا منع من استعمال حقه استتضر هو أيضا. وفي هذه الحالة يقول الشاطبي مبينا وجه الحكم فيها: " لا يخلو أن يلزم في منعه الإضرار به بحيث لا ينجبر أولا، فإن لزم قدم حقه على الإطلاق على تنازع يضعف مدركه في مسألة الترس التي فرضها الأصوليون، وإن أمكن انجبار الإضرار ورفع جملة فاعتبار الضرر العام أولى " .

يعني أنه إذا كان الضرر اللاحق بصاحب الحق ينجبر بأن يكون في أمور مالية وذلك كانتزاع ملكية داره لتوسيع المسجد أو لتوسيع الطريق العام، فهنا - والحالة هذه - يمنع صاحب الحق من استعمال حقه ولولم يكن منه قصد إلى الإضرار بأحد؛ حتى وإن استتضر هو، لأن ضرره ينجبر بمنحه تعويضا عادلا. وهذه قاعدة جبر المضرة لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، ولا يجوز لصاحب الدار أن يعترض على نزع ملكية داره .

وكذلك يدخل تحت هذه الحالة أهل الصناعات إذا امتنعوا عن بذل منافعهم وتعلقت حاجة الناس بهم، فللدولة هنا أن تجبرهم على بذل منافعهم ويعطون أجر

المثل وهذا يؤكد أن الشريعة تقدم المصلحة العامة مع رعاية المصلحة الخاصة توفيقا بينهما ما أمكن التوفيق.

3 : ما لا يقصد فيه الإضرار وكان الإضرار اللازم خاصا

والفرض في هذه الصورة أن المستعمل لحقه لم يقصد الإضرار بأحد، أي أن قصد الإضرار منتف، إلا أنه يلزم من استعمال الحق ضرر بالغير من الأفراد ومماثل للضرر اللاحق بصاحب الحق إذا منع منه، ولكن يلاحظ أن الغير الذي يلحقه الضرر لم يتقرر له حق في محل الضرر .

ففي هذه الحالة يكون المستعمل لحقه محتاج إلى استعمال حقه ولا يوجد له وسيلة أخرى يحقق بها مصلحته الخاصة، ولكنه أيضا إذا استعمل حقه يلحق ضررا خاصا بالغير. فهناك إذا طرفان متساويان من حيث الضرر، فحاجة الجالب لهذا الحق مؤكدة وإلحاق الضرر بالغير مؤكد أيضا...

ومن أمثلة هذه الحالة أن يسبق إنسان إلى شراء طعام أو إلى استئجار أرض أو دار هو يعلم أنه إذا فعل ذلك استضر غيره لحاجته إلى هذه الأشياء، وإن لم يفعل استضر هو...ومن أمثلتها أيضا أن يسبق إلى حيازة مباح كالصيد والحطب أو أن يدفع ظلما عن نفسه وهو يعلم أنه يلزم من ذلك وقوعه بغيره ..

القسم الثاني : التعسف باعتبار المآل

وفي هذا القسم ذكر الفقهاء أربع حالات بالنظر إلى للآثار المادية الناتجة عن استعمال الحق، أي جعل النظر فيها ماديا موضوعيا صرفا ، مبنيا على قاعدة سد الذرائع التي تقرر أنها تقوم على أصل النظر في مآلات الأفعال ونتائجها، أما النظر إلى القصد وعدمه فأمر ثانوي. وهذا النظر يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الأصل رهنا بمآل التعرف على المصلحة أو المفسدة، أي أن المعيار الموضوعي يتخذ من ثمرة الفعل أساسا للحكم على الفعل ببقاء المشروعية أو عدمها .

وتأسيسا على هذا حصر الفقهاء استعمال الحق في أربع حالات بالنظر إلى درجة الإفضاء إلى المفسدة وهي :

1 : ما كان أداؤه إلى المفسدة قطعيًا

والمفروض في هذه الحالة أن المستعمل لحقه لا يلحقه من منعه ضرر، لكن يفضي استعمال هذا الحق إلى أضرار بالغير، وهذا الإفضاء قطعي في جري العادة، أي أن الضرر ينتج عن فعله قطعاً، ولا يلحق الحالب أو الدافع من منعه ضرر .
والحق أن هذه المسألة يتعارض فيها أصلاً :

الأول : من ناحية عدم القصد، فإن المستعمل لحقه إنما قصد ما يجوز أن يقصد شرعاً وهو المنفعة، أي أن قصده كان موافقاً لقصد الشارع، ولم يكن يقصد الإضرار بالغير، فتصرفه من هذه الجهة باقي على أصل الإذن، وجاز له أن يستعمل حقه مطلقاً.
والثاني : من ناحية مآل استعمال الحق وهو هنا لزوم الضرر قطعاً، والقطعية تفيد العلم ، فالنظر في هذا الأصل متجه إلى إقدامه على الفعل مع علمه بلزوم مضرة الغير على الوجه القطعي عادة .

2: ما كان أداؤه إلى المفسدة نادراً:

والمفروض في هذه الحالة أن الجالب أو الدافع - أي المستعمل لحقه - غير قاصد الإضرار بأحد لكن يفضي استعمال حقه إلى مفسدة نادرة.
وهنا يرجح الفقهاء جانب الإذن ، فالفعل باق على أصله من المشروعية، لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا اعتبار بندرة المفسدة. إذ لا توجد في العادة مصلحة خالية عن المفسدة، والشارع إنما يعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة على المفسدة ، لا ندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة.

وعلى هذا: فلا يعد المستعمل لحقه في هذه الحالة مع معرفته بنسب المضرة في ذلك مقصراً في النظر، ولا قاصداً إلى وقوع الضرر، فالفعل إذن باق على أصل المشروعية.

3 : ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنياً

والفرض في هذه الحالة أن الجالب أو الدافع - أي المستعمل لحقه - لم يقصد الإضرار بأحد ولكن لزم عن فعله مفسدة ظنية .

وهذه المسألة تحتمل النظر من وجهين اثنين :

أما الأول: فمن جهة عدم القصد ، من حيث إن المستعمل لحقه لم يقصد الإضرار؛ أي كان قصده موافقا لقصد الشارع ، فإذا نظرنا إلى فعله من هذه الجهة بقي على أصله من الإباحة.

وأما الثاني : فمن جهة ظنية وقوع الضرر، أي أن المضرة يمكن أن تقع، ويمكن أن لا تقع، إلا أن وقوعها أرجح من عدمه. فهنا : يجري الظن مجرى العلم فيمنع من استعمال حقه ولا يلتفت إلى أصل الإباحة والإذن، إما من جهة التقصير في النظر المأمور به ، وإما من جهة قصد نفي الإضرار، مع جواز تخلفها وإن كان التخلف نادرا .

4: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا غالبا:

والفرض في هذه الحالة أن المستعمل لحقه لم يقصد المضرة بأحد، لكن آل استعمال حقه هنا إلى مفسدة يكثر وقوعها ، ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب ، أي لا يقطع ترتب الضرر على استعمال حقه ولا يغلب على الظن في ذلك ، فدرجة احتمال وقوع المصلحة ، واحتمال وقوع المفسدة واحدة.

والصحيح هنا أنّ صاحب الحق لا يمنع من استعمال حقه حملا على الأصل وهو الإذن ، ووجه ذلك :

أنّ صاحب الحق لا يعلم ترتب الضرر في فعله ، ولا يغلب على ظنه ذلك، فلا يتحمل تبعه الضرر الواقع ، ولا يبطل تصرفه لضرر متوقع، لأنه لا يمكن اعتبار الجالب أو الدافع هنا مقصرا في الاحتياط كما في الظن ، ولا قاصدا للضرر كما هو في العلم ، وليس من مظنه لهذا القصد تقييم حكم الرفع أو الدفع أساسها ، إذ ليس حملة على القصد إليها أولى من حملة على عدم القصد لواحد منها، وإذا كان كذلك فالسبب المأذون فيه قوي جدا وعلى ذلك يرجح جانب الإذن .

إلا أن الإمام مالك -رحمه الله- خالف في ذلك فاعتبره في سد الذرائع، "بناء على كثرة القصد وقوعا" ، أي مظنة كثرة الوقوع ، فذهب إلى أن إقامة الكثرة مقام العلم

أو غلبة الظن يستوجب الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع ، وكثرة وقوع المفسدة كافية في المنع ، وذلك لأن الباعث غير المشروع في الأمور الباطنة لا يمكن ضبطه أو التثبيت من وجوده، إلا أن هناك قرينة يمكن من خلالها أن يستدل بها عليه وهي كثرة الوقوع في الوجود أو مظنة ذلك ، ضف إلى ذلك أن الشريعة تقوم على الاحتياط في دفع الفساد والأخذ بالحزم.

وعلى هذا فإن من استعمال فيما يكثر آداؤه غالبا إلى المفسدة أي الضرر، خاصة إذا كان عاما أحوط في الدرء ولا حرج فيه ، و قد يمثل له بعدم تسجيل عقود الزواج ، وعقد بيع العقارات وسائر الأموال غير المنقولة وكلاهما مباح تركه ،لأنه ليس من شروط العقد وأركانه ، ولكن من بين ما يحدث في عصر عم فيه الفساد ، وقلّ فيه الحياء والدين أن تتزوج المرأة قبل موت زوجها الأول أو طلاقها منه بعد أن تهرب من بلدتها وموضع معارفها إلى مكان آخر لا تعرف فيه ... و أن يلجأ أصحاب العمارات إلى بيع الشقة الواحدة قبل تمامها أولا ، ولأكثر من واحد ثانيا ، ليستفيدوا من الثمن الذي يأخذونه في هذه الحالة مضاعفا مرات ومرات في إتمام مشاريعهم، ثم بعد الانتهاء وانكشاف التلاعب يدفعون ما أخذوه بغير حق نجوما مفرقة ، وغيرها من الأمثلة التي عمت بها البلوى في زمننا والتي يجب منع أصحابها من استعمال حقوقهم احتياطا في رد المفسدة و رفعا للضرر العام المتوقع .