القواعد الفقهية الضابطة
لتحريم التعسف في استعمال الحق بين الزوجين
في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي
(دراسة مقارنة بالقانون الكويتي)

دكتور/ دويم فلاح المويزري
دكتوراه الشريعة الإسلامية

الملخص باللغة العربية:

الحمد لله رب العالمين، خلق فسوي وقدر فهدي نحمد (سبحانه وتعالي) علم القرآن وخلق الإنسان علمه البيان ونصلي ونسلم علي الهادي البشير والسراج المنير المرسل رحمة للعالمين من أدبه ربه فأحسن تأديبه صلوات ربي وسلامه علي، القائل "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين " . أما بعد ..

لاشك أن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق بين الزوجين، فالشريعة الإسلامية تبني أحكامها علي أسس وقواعد تحقق العدالة بين الناس ورفع الحرج عنهم في أمور حياتهم، فنظرية التعسف انطلقت من فكرة الحق المقررة شرعاً للفرد والجماعة، وما يتحقق من ورائها من مصالح مشروعة، فجاءت الشريعة الإسلامية لحفظ وتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد وتوجيه استعمال الحقوق وفق ما شرعت له الشريعة الإسلامية لتحقيق العدالة والإنصاف بين الناس وخاصة في العلاقات الزوجية .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد جاء البحث الحالي يوضح نظرية التعسف في استعمال الحقوق بين الزوجين من خلال قواعد فقهية أرستها الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية وبخاصة القانون الكويتي والمؤيدة لتلك القواعد الفقهية، وقسمت هذا البحث في أربعة مباحث، تضمن المبحث الأول التعريف بمعني التعسف في الحقوق من جانبيه اللغوي والاصطلاحي، ثم جاء المبحث الثاني يوضح التأصيل الفقهي للتعسف في

استعمال الحقوق وأدلته في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وأقوال فقهاء الشريعة في هذه المسألة .

أما المبحث الثالث فقد وضحت فيه القواعد الفقهية الضابطة لحرمة التعسف في استعمال الحقوق وخاصة بين الزوجين وأدلة ذلك من الكتاب والسنة، وأخيراً جاء المبحث الرابع الذي تحدثت فيه عن معايير التعسف في استعمال الحق في مواد القانون الكويتي وعلاقتها بالقواعد الفقهية المرتبطة بمسألة التعسف في الحقوق .

الملخص باللغة الإنجليزية:

Praise be to God, Lord of the worlds. He has created, He has adjusted, He has destined, and He has guided us. We praise (Glory be to Him) the knowledge of the Qur'an and the creation of man, He has taught him the statement, and we pray and greet the guide who brings good news and the enlightening lamp sent as a mercy to the worlds. Whoever his Lord disciplined and disciplined him well, may the prayers of my Lord and his peace be upon me, who said, "Whoever God desires good, He will give him understanding of the religion." ". As for after..

There is no doubt that Islamic law preceded man-made laws in adopting the theory of arbitrariness in the use of the right between spouses. Islamic law builds its rulings on foundations and rules that achieve justice between people and relieve them of embarrassment in matters of their lives. The theory of arbitrariness started from the idea of the right legally established for the individual and the group, and what is achieved behind it. From legitimate interests, Islamic law came to preserve and realize the interests of people, ward off evil, and direct the use of rights in accordance with what Islamic law has prescribed to achieve justice and fairness among people, especially in marital relations.

Given the importance of this topic, the current research clarifies the theory of abuse in the use of rights between spouses through jurisprudential rules established by Islamic law and statutory laws, especially Kuwaiti law, which support those jurisprudential rules. This research was divided into four sections. The first section included defining the meaning of abuse in rights from Its linguistic and terminological aspects. Then the second section explains the jurisprudential rooting of abuse of rights and its evidence in the Holy Qur'an, the Noble Prophet's Sunnah, and the sayings of Sharia jurists on this issue.

As for the third section, I explained the jurisprudential rules governing the prohibition of abuse of rights, especially between spouses, and the evidence for that from the Qur'an and Sunnah. Finally, the fourth section came in which I talked about the standards of abuse in the use of rights in the articles of Kuwaiti law and their relationship to the jurisprudential rules related to the issue of abuse of rights.

المقدمة:

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

وانطلاقاً من قول المولى(ﷻ): ﴿ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾[1] وفي الآية إشارة إلي طلب المزيد من العلم، ذلك لأن العلم أفضل العبادات وهو الوسيلة لنهضة ورقي المجتمعات وتقدمها، فالعلم ينتقل من جيل إلي جيل بالتعلم والسعي والاكتشاف واكتساب الخبرات.

فإن أصدق الحديث كتاب الله، وأحسن الهدي هدي محمد (ﷺ)، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثةٍ بدعةٌ، وكل بدعةٍ ضلالةٌ، **قال (ﷺ):** " مَن يُرد الله به خيرًا يفقِّهْهُ في الدين، وإنما أنا قاسمٌ والله يعطي، ولن تزال هذه الأمة قائمةً على أمر الله، لا يضرُّهم مَن خالفهم حتى يأتي أمر الله"[2].

أما بعد،،،

فالأسرة أهم لبنة في بناء المجتمع الإسلامي، وقد اعتني التشريعي الإسلامي ببناء الأسرة، وأولي الفقهاء المسلمون علي اختلاف مذاهبهم أحكام الأسرة وخاصة علاقة الزوجية عناية خاصة وحددت ضوابط الميثاق، وما يترتب علي انتهائه من حقوق وواجبات، وأحاطت كل ذلك بسياج من المودة والسكينة.

فإذا أساء الزوج استعمال حقوقه، فيما اصطلح عليه الفقهاء المعاصرون باسم "التعسف باستعمال الحق " فسوف تختل الحياة الزوجية.

ولقد عرف الفقه الإسلامي منذ نشأته التعسف في استعمال الحقوق منذ بدايات التشريع الإسلامي، ونهي المتعبدين عن التحايل والتعدي في الحقوق والتعسف في استعمال الحق تعبير وارد إلينا عن الحقوقيين الغربيين، فيجمل بنا أن نعرفه بما أرادوا منه، ثم نتكلم عما يقابله في الفقه الإسلامي.

ونظرية التعسف في استعمال الحقوق موجودة في صميم الفقه الإسلامي وبارزة في آيات الكتاب وأحاديث السنة بأوسع من معناها في القانون وهي من المبادئ الكبري التي حفظت بها الحقوق منذ كان الإسلام.

---

(١) سورة طه، الآية (١١٤).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيراً يفقهه الدين، (١٩٧/١)، حديث رقم (٧١)، حديث حسن صحيح،

لذا كانت هذا البحث التي عنونت لها بـــ " القواعد الفقهيـــة الـــضابطة لتحـــريم التعسف في استعمال الحقوق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية والقـــانون الكـــويتي " دراسة مقارنة" من أربعة مباحث، تسبقهم مقدمة وتعقبهم خاتمة فيها أهم نتائج البحـــث وتوصياتهيليها المصادر والمراجع ثم الفهارس، وقسمته علي النحو التالي:

- المبحث الأول: معني التعسف في الحقوق في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء .
- المبحث الثاني: تأصيل التعسف في استعمال الحقوق من القـــرآن والـــسنة واقـــوال الفقهاء .
- المبحث الثالث: القواعد الفقهية الضابطة لتحريم التعسف في استعمال الحـــق بـــين الزوجين .
- المبحث الرابع: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الكويتي

وأرجو الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في تحقيق الهدف مـــن وراء البحـــث، فإنْ كان الهدف قد تحقق فمن فضل الله, وتوفيقه, وإن كانت الأخرى فالكمال لله وحـــده, وحسبي أنني من البشر أُخطئ وأُصيب, وسلوتي أني أشهد الله أنني لم أدخر وسعًا فـــي خدمة هذا البحث, وقد بذلت فيه جهد الطاقة.

فالله أسال أن يوفقني في مقصدي هذا ويسدد خطاي نحو الحق ..

إنه نعم المولى ونعم المجيب.

المبحث الأول: تعسف الحقوق لغة اصطلاحاً

التعسف لغة:

العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة والعسف في الأصل هو ان يسير المسافر في سفره بغير قصد ولا هداية ولا توخي صواب ثم نقل الى الظلم والجور.

يقال: عسف فلان فلانا عسف عسفا أي ظلمه وتعسيه إذا لم ينصفه ورجل عسوف أي ظلوم وسمي الأجير المستهان به عسيفاً لما يناله من الظلم والجور[١], فقد جاء في الحديث الذي رواه أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني أن عربيا قال: للنبي (ﷺ): ((أن ابني كان عسيفاً على هذا)) [٢] أي: أجيراً ضعيفاً.

التعسف اصطلاحا:

يجدر الإشارة هنا الى ان الفقهاء القدامى استعملوا مصطلح (التعسف) دون التعرض لتعريفة بالحد لارتباطه الوثيق بالتعريف اللغوي فاكتفوا فقط باستخدامه في مواطن التي تستدعي ذلك وهذا رد على بعض الدراسات الحديثة التي تزعم أن هذا المصطلح يرجع جذوره الى فقهاء القانون الغربين [٣]، وهذا فيه إجحاف واضح بجهود فقهائنا.

ومن هذه الاستخدامات ما قاله ابن حزم: ولتعلم ان التعسف وسوء الملكة لمن خولك الله امره من رقيق او رعية يدلان على خساسة النفس ودناءة الهمة وضعف العقل[٤].

وقال الجويني: ويبدو ام المراد بالارتكاب هذا التعسف وركوب الطريق غير السوي.[٥]

وكذلك قال الظفري: وقد تكلفوا غاية التكلف وتعسفوا غاية التعسف.[٦]

وقال الطوفي: وفية تعسف لا يليق بالتعريفات والتعسف والعسف والاعتساف الاخذ على غير الطريق ووجه التعسف في ذلك كثرة الحذف والاضمار في الحد.[٧]

---

(١) القاموس المحيط للفيروز ابادي ص ٧٥٤ ولسان العرب لابن منظور ج٩ ص ٢٤٥ ومعجم مقايس اللغة لابن فارس ج٤ ص ٢٥٤ ومختار الصحاح للرازي ص ٤٦٧

(٢) اخرجه البخاري في صحيحه كتاب الشهادات باب الشروط التي لا تحل في الحديد ج٣ ص١٩١ (ح: ٢٧٢٤) ومسلم في صحيحه كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى ج٣ ص١٣٢٥ (ح: ١٦٩٧)

(٣) ايمان يونس الاسطل (تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه واصوله (جامعة غزة ٢٠١٣م / ١٤٣٤ه)

(٤) ابن حزم علي بن احمد (رسائل ابن حزم الاندلسي) ج١ ص٣٩٤ المتوفى ٤٥٦ه

(٥) الجويني عبدالملك بن عبدالله كتاب نهاية المطلب في دراية المطلب ص١٧٨

(٦) الظفري علي بن عقيل كتاب (الواضح في أصول الفقه) ج٤ ص٣١

(٧) الطوفي سليمان بن عبد القوي كتاب (شرح مختصر الروضة) ج١ ص١٦٠

وقال البلقيني: فربما يؤدي هذا التعسف من الدائن الى بيع المدين تلك العروض بثمن ناقص ليتمكن من سداد الدين فيكون قد تضرر بذلك.[١]

وغيرهم من علماء المسلمين القدامى حيث استعملوا لفظ التعسف عندما يكون هناك تجاوز للحد وضرر وميل عن الطريق السوي وغالبا ما استخدام في المواطن التي فيها ذم للفعل او القول وهذا يتناسب تماما مع التعريف الذي اصطلح عليه الفقهاء المحدثون وقد يؤول كلام من قال بذلك جذور مصطلح التعسف الى انه لم يظهر كنظرية متكاملة الا عند الغرب كما ان التعسف المقصود هو المرتبط باستعمال الحق عموما فيكون ذلك مقبولا نوعا ما.

ومن السابق يتبين أن التعسف في الاصطلاح كما عرفة البعض هو: ارتكاب ما لا يجوز عند المحققين وان جور بعضهم ويطلق على ارتكاب ما لا ضرورة فيه والاصل عدمه[٢].

ويلاحظ على هذا التعريف انه غير واضح لأنه مخالف لحقيقة التعسف كما سيتضح معنا فتعريف بكونه ارتكاب ما لا يجوز فانه يدخل هذا الفعل في دائرة الحرمة وهذا مناقض لحقيقته إذ أنه استخدم حق شرعي بنية الاضرار فيكون الفعل مباحا ابتداء الا انه استخدم في غير وجهه الشرعي وكذلك الأمر بالنسبة لارتكاب ما لا ضرورة فيه وان لم يرها غيرة.

وقد عرفه الدريني: بأنه مناقضة مقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا[٣].

وكذلك عرفة الزحيلي: بأنه: إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي الى ضرر بالغير[٤].

وعند الشاطبي: ان يتصرف الشخص تصرفا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له أو إباحة مأذون له فيها شرعاً مناقضاً لوضع الشارع قصداً أو مالاً وعلى وجه يلحق بغيره الضرر أو يخالف المصلحة التي قصدها الشارع من الشرع وهذا ما استخلصه الأستاذ بدر الدين عماري[٥].

(١) سراج الدين عمر بن رسلان كتاب (الفوائد الجسام على قواعد ابن عبد السلام) ص٤٧

(٢) البغوي الحسين بن مسعود كتاب (التهذيب في فقه الامام الشافعي) ج١ ص٦٣

(٣) فتحي الدريني كتاب (نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي) ص٨٠

(٤) وهبه الزحيلي كتاب (الفقه الإسلامي وادلته) ج٩ ص٧٠٦٤

(٥) نظرية التعسف في استعمال الحق عند الامام الشاطبي مبناها ومعناها بدر الدين عماري ص٢١٩

وعرف الأستاذ الزرقا التعسف بانه: هو حق مشروع بذاته ولكن استعماله غير مشروع في بعض الأصول او لبعض الغايات حيث يكون استعمال فيها منافيا لقصد الشارع في تحقيق المصالح ودرء المفاسد[1]

ويلاحظ في هذا التعريف انه طويلا والتعريف قدر الإمكان ان يكون مختصرا وجامعا ومانعاً .

والتعريف المختار هو ما عرفة الدريني: (مناقضة مقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا)

وللتعسف معياران أساسيان:

الأول: معيار شخصي أو الذاتي وهو النية أو الباعث.

الثاني: معيار موضوعي يعتمد على الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة وما يلتزم عن عمله من مفسدة وقد يكون ثمة معيار مختلط في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عن الاستعمال من ضرر فهذا معياره موضوعي يستعان به على كشف الباعث أو نية قصد الأضرار ولا خلاف أنه إذا ظهرة المناقضة فالفعل باطل[2].

في تصرف مأذون فيه شرعا:

التصرف يشمل التصرف القولي كالعقود وما ينشأ عنها من الحقوق والتزامات سواء منها ما كان نتيجة لاتفاق ارادتين كالبيع والاجارة او ينشا بإرادة منفردة كالوصية ويشمل كذلك التصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات كالأراضي والمباني وكاستعمال الرخص والاباحات كتلقي السلع على ان التصرف الشرعي القولي والفعلي قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبياً ففي التصرف الشرعي القولي الإيجابي كبيع السلاح أيام الفتنة مثلاً وبيع الحاضر للبادي وإذا ترتب عليه ضرر بالعامة اعتبر تصرفا تعسفيا والتصرف الشرعي القول السلبي كامتناع الشخص عن قبول الإيجاب اذا كان هو بموقفه قد استدرج ذلك الايجاب فحقه في الامتناع عن التعاقد مقيد بوجود أسباب تبرره والا كان استعماله تعسفيا وكامتناع التاجر عن البيع احتكارا لسلعه.

هذا ولا يقال كيف تصف التصرف وهو فعل بان كف والفعل لا يكون كفاً قلنا الكف عن الفعل فعل عند بعض الأصوليين[3].

(١) مصطفى احمد الزرقا صياغة قانونية لنظريه التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي مؤصله على نصوص الشريعة وفقهها ص٢٤

(٢) الدريني كتاب (نظرية استعمال الحق في الفقه الإسلامي) ص٩١

(٣) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٤ ص٨٥

والتصرفات الشرعية القولية هي التي يمكن أن يرتب عليها اثارها الشرعية بالإرادة ويمكن ان يمنع ترتيب الاثار عليها وذلك لأنها علل جعليه وليست بعلل عقلية فهذا النوع هو الذي يمكن الحيلولة فيه بين المعلول وعلته.

اما التصرف الفعلي الإيجابي كما في استعمال المالك عقاره لمجرد قصد الاضرار بغيره او استعماله لعقاره دون قصد منه إلى الأضرار بأحد ولكن لزم عن ذلك ضرر فاحش بجاره، فالواقع من الضرر لا يرتفع ويمكن قطع التسبب فيه حتى لا يستمر حدوثه مستقبلاً وأما التصرف الفعلي السلبي كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العامة عن هدمه بعد الاشهاد فيمكن إجبار المالك على هدمه وإذا وقع نتيجة لامتناعه وأضر بغيره ضمن وعلى هذا فالتعسف قد يكون في الامتناع القولي والفعلي.

غير ان الفعلي إذا ترتب عليه وقوع الضرر فعلا لا يمكن رفعة لان الواقع لا يرتفع وانما يمكن منع استمراره في المستقبل كما قدمنا[١].

تعريف الحق لغة واصطلاحا:

الحق لغـــة:

الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء وحقت القيامة أحاطت بالخلائق وحقت الحاجة إذا نزلت واشتدت فهي حافة أيضا وفلان حقيق بمعنى خليق وهو مأخوذ من الحق الثابت[٢].

حق الامر يحق حقا وحقوقا: صار حقا وثبت قال الأزهري: معناه وجب يجب وجوبا ومنه قولة تعالى ﴿قال الذين حق عليهم القول﴾[٣] أي ثبت الحق: صدق الحديث[٤].

تعريف الحق اصطلاحا:

الحق في الشريعة الإسلامية هو منحه من الشرع[٥].

كذلك عرفه الامام عبد العزيز البخاري: الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده[٦].

(١) الشوكاني كتاب (فتح القدير) باب القضاء

(٢) الفيومي احمد بن محمد علي الفيومي كتاب (المصباح المنير) ص٥٥

(٣) سورة القصص اية ٦٣

(٤) ابن منظور كتاب (لسان العرب) ج١ ص٦٨٠-٦٨٢

(٥) فتحي الدريني كتاب (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) ص٢٥٨ محمد نعيم يسن كتاب (نظرية الدعوى) ص٩٠ مصطفى احمد الزرقا كتاب (المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي) ص٢٠

(٦) عبد العزيز البخاري كتاب (كشف الاسرار عن أصول البزدوي) ج٤ ص١٣٤

وقال الديريني في تعريف الحق اصطلاحا هو: اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء او اقتضاء أداء من اخر تحقيقا لمصلحة معينة[١].

وهذا التعريف الصحيح في الحق وهذا ما اميل اليه.

وشرح التعريف:

اختصاص: الانفراد والاستئثار وهو علاقة بين المختص به وإذا نظرنا إلى المختص بموضوع الحق أدركنا شمول التعريف لكل أنواع الحق فإن كان المختص هو الله (ﷻ) فهذه حقوق الله تعالى وان كان غيره فهي حقوق الأشخاص الحقيقية والاعتبارية.

- **يقر به الشرع:** قيد يخرج به الاختصاص الذي لا يرضاه الشرع كاختصاص الغاصب والسارق فلا بد من إقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة المشروعية.
- **سلطه على شيء:** إشارة إلى الحقوق المتعلقة بالأعيان وهو ما يعبر عنه القانونيون بالحق العيني كحق الارتفاق بالشرب.
- **أو اقتضاء أداء من الاخر:** إشارة إلى الحقوق المتعلقة بالأشخاص وهو ما بالحق الشخصي فتكون فيه العلاقة بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم[٢].
- **تحقيقا لمصلحة معينة:** إشارة الى الغاية من هذا الحق الذي ينبغي مراعاتها في استعمال الحق[٣].

الفرق بين التعسف ومجاوزة الحق:

والمقصود بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له يعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يحلق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية.

<u>ومثالاً على الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق:</u>

إذا أقام مالك بناء على أرض غيره او زرع ارض غيره اعتبر غاصبا أو معتدياً ففعله غير مشروع أصلاً لأنه لا يستند إلى الحق، ولو كان فيه نفع لغيره ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطا عالياً فسد على جاره منافذ الضوء والهواء حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد أو بعبارة آخر تعطلت بذلك المنافع المقصود من الملك وهو ما يسمى بالضرر الفاحش، فهذا المالك

(١) الديريني كتاب (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) ص٢٦٠

(٢) الديريني كتاب (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) ص٢٦٠ – ٢٦٢ بتصرف

(٣) المرجع السابق ص٢٦٠ – ٢٦٢

يعتبر متعسفاً في استعمال ملكة، لأنه وإن تصرف في حدود حق الموضوعية لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بينه وبين الجار فتصرفه في الأصل مشروع، لأنه يستند إلى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات التصرف المادي والشرعي والاستعمال والاستغلال ويأتي التعسف هو ما آل إليه تصرفه ومن أضرار فاحشه بغيره كما ذكر.

والصحيح ان كل من التعسف ومجاوزة الحق امر محظور شرعا ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما فالتعسف يعتمد في الأصل وجوده الحق وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعمال ابتداء لأن ما تفرع عن المشروع مشروع بالضرورة، وقد رأينا مما ضربنا في المثال السابق الاستعمال نفسه معيب في الباعث علية أو في ما يلزم عنه من نتيجة حتى إذا تجرد الفعل من الباعث غير الشرعي أو لم تترتب عليه النتيجة غير المشروعة عاد إلى الفعل وصفه من المشروعية وليس كذلك الفعل في مجاوزة الحق أو الاعتداء فهو غير مشروع لعيب في ذاته لعدم استناد إلى الحق أي محظور على كل حال إلا حال الضرورة او حال إباحته بسبب شرعي اخر من الأسباب المبيحه للمجاوز.

وأيضاً لا يمنع أحد من استعمال حقه إلا إذا قصد الأضرار بغيره او قصد تحقيق مصالح غير مشروعة أما المجاوزة للحق فانه يمنع ولو قصد احداث نفع كمن زرع في أرض غيره كما ذكرنا في المثال السابق على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ولو كان دون قصد أي لا يمنع إلا لهذا القدر من الضرر أما المجاوزة للحق فأنه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره وهناك فوارق بين التعسف والمجاوزة من حيث الجزاء ومنها[1].

الفرق من حيث الجزاء:

مجاوزة الحق اعتداء وظلم ويترتب عليه جزاءان دنيوي وأخروي كما إذا صحبه قصد إيقاع الضرر ووقع الضرر فعلاً مهما كان قدره.

أما الجزاء الدنيوي فيكون بإزالة آثار التعدي عيناً إن أمكن والتعويض على المضرور ولحقه من ضرر أو كليهما معا حسب الاجوال وقطع سبب الضرر حتى لا يتسمر وقوعه مستقبلاً، **وأما الأخروي** وهو الإثم والعقاب فجزاء قصد الأضرار وقد يكون الجزاء أخروياً فقط إذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد.

(١) الدريني كتاب نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (بتصرف)

أما التعسف في التصرفات القولية فإذا كان نتيجة لباعث غير مشروع لتحقيق مصلحة غير مشروعة كان يهب أمواله صوريا قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة مثلا فثمة جزاءان دنيوي بأبطال التصرف وأخروي وهو الاثم وأما التعسف في التصرفات الفعلية إذا كان نتيجة لقصد الاضرار ووقع الضرر فعلاً أزيل الضرر بالتعويض لأن الواقع لا يرفع وقطع سببه منعا لاستمراره في المستقبل.
وأخروي فقط إذا قصد الاضرار ولم يقع الضرر فعلا.

أو بعباره أخرى إذا كان التعسف بالنظر الى مال التصرف الفعلي ونتيجة دون قصد الى ذلك المال الممنوع فالجزاء دنيوي فقط يمنع مباشرة سببه وبإزالة اثار الضرر عينا او تعويضا حسب الأحوال سواء اكان الاستعمال معتاداً أم غير معتاد، وعلى هذا فالجزاء الدنيوي في التصرفات القولية يكون بإبطال التصرف إما بالتصرفات الفعلية فمن المحال إزالة الضرر عينا لأن الواقع لا يمكن رفعه ولكن يمنع استمراره في المستقبل بقطع سببه والتعويض عما وقع في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضررا فاحشاً[1].

المبحث الثاني: تأصيل التعسف في استعمال الحقوق من القرآن والسنة واقوال الفقهاء:

أن أحكام الشريعة الإسلامية مصدرها ومعيار تطبيقها (المصلحة)

كان من الطبيعي أن يهتم الفقه الإسلامي بفكرة المصلحة فيستمد منها اصوله واحكامه بحيث تعد مصدرا من مصادر الفقه الإسلامي وذلك انه يستند الى أصول تشريعية سماوية مستمدة من كتاب الله وسنة رسوله (ﷺ) ومن دلائل أخرى تقوم على هذين الأصلين الرئيسيين نص الاجماع او معنى وروحا كالمصلحة المرسلة والاستحسان الذي يجد سند بالضرورة أو بالمصلحة ومعنى الضرورة هنا الحاجة ومبدئ الذرائع الذي يعد نوعا من العمل بالمصلحة وهو مبدا اجمع عليه العلماء وان اختلفوا في مدى تطبيقه[2].

(١) المرجع السابق ص٥٠ ص٥١
(٢) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٤ ص٢٠٠ – ص٢٠١ الامام الشوكاني كتاب (تنقيح الفصول) ص٢٠٠ الشيخ ابى زهرة كتاب مالك ص٤١٧ محمد مصطفى شلبي كتاب (تعليل الاحكام) ص٣٨٢

وهذا الاستدلال عن طريق الدلائل التي تعتمد الكتاب والسنة فيقول العز بن عبد السلام: فان خفي منها شيء أي المصالح والمفاسد طلب من ادلة الشرع وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح(١).

ولاشك أن الشريعة الإسلامية هدفت إلى تحقيق العدل والمصلحة العامة إذ ينبغي على المجتهد أن يسعى إلى التعرف على كل ما يجلب المصلحة أو يدرأ المفسدة، ويقول الإمام ابن القيم: أن السياسة الشرعية ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن المفاسد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به الوحي(٢).

كما أن مبدأ العدل والذي قامت عليه البشرية الإسلامية يقتضي تقييد استعمال الحقوق الفردية، إذ تدعو الشريعة إلى الإحسان والفضل وعدم التزيد في استعمال الحقوق واقتضائها وهو ما دفع الأصوليين إلى البحث عن مؤيدات لمبدأ العدالة كمبدأ الذرائع الذي يعتبر توثيقاً لمبدأ المصلحة والعدل والاستحسان الذي أخذ به الحنفية تحريا للمصلحة والعدل ويقول ابن رشد: ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل(٣)، فمن يتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك بان هذه المصلحة لا يجوز اهمالها وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص فان فهم نفس الشرع يوجب ذلك(٤).

والعدل والمصلحة مبدأن يقتضيان النظر في مآلات الأفعال وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: أن النظر في مالات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة او مأذونا بها أو مخالفة أي متهيأ عنها، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة على المكلفين بالإقدام أو بالإحجام الا بعد نظره الى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرء، ولكن مآلا على خلاف ما قصد منه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحه تندفع به ولكن له مآلات على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة أو درء المفسدة هذه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول بالثاني لعدم المشروعية ربما أدى استدفاع

(١) العز بن عبد السلام كتاب (قواعد الاحكام في مصالح الانام) ج١ ص٨
(٢) الامام ابن القيم كتاب (الطرق الحكمية) ص١٥
(٣) محمد بن رشد كتاب (بداية المجتهد) ج٢ ص١٥٤
(٤) ابن رجب كتاب (القواعد) ج٢ ص٢٦٠ (بتصرف)

المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق جار على مقاصد الشريعة[١].

وهذا الأصل مؤداه أن كل فعل مقدمة لنتيجة أو وسيلة إلى غاية يفضي قطعاً او ظناً أو في الكثير غير الغالب[٢] إلى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرع الحق من أجلها أو راجحة عليها، ومن ثم فلا يبقى على مشروعيته لأن العبرة بالنتيجة في تكيف الفعل، وقد تحدث مناقضة لقصد الشارع ولذلك يلزم المجتهد توقياً لهذه المناقضة أن ينتظر إلى هذه المآلات فيمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء نتيجته سعياً إلى سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام[٣].

وقد ذكر الامام الشاطبي أدلة عديدة منها:

الأول: أن التكاليف الشرعية شرعت لمصالح العباد وهذه المصالح دنيوية وأخروية والمصالح الدنيوية راجعة إلى أن الأعمال مقدمات لنتائجها وهي المصالح وأسباب لمسميات هي مقصود الشارع والمسببات هي مآلات الأسباب واعتباها في جريان الأسباب من الأهمية بمكان.

الثاني: إن مألات الأعمال قد تكون مقيدة أو غير مقيدة شرعاً، فإن كانت مقيدة كان ذلك هو المطلوب وإن لم تعتبر بأن تكون الأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال كان غير صحيح، لأن التكاليف شرعت لمصالح العباد ولا مصلحة تدفع من إمكان وقوع مفسدة موازية لها أو تزيد عليها لأن ذلك على خلاف وضع الشريعة.

الثالث: أن الأدلة الشرعية يؤكدان ان مالات الأفعال معتبرة في أصل المشروعية من ذلك

قولة تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[٤].

وكذلك قولة تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [٥].

ومن أهم الأصول اعتبار المال وهو سد الذرائع وتقييد استعمال الحق بما لا يضر بالغير وقد أشار الامام الشاطبي الى انه يتفرع عن هذا الأصل عدة قواعد أهمها

(١) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٤ ص١٩٥

(٢) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٢ ص٣٥٧ ص٣٥٩ ص٣٦١ وهذا ما ذهب اليه الامام مالك في تحريم بيع العينة.

(٣) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٤ ص ١٩٥

(٤) سورة البقرة اية ٢٠

(٥) سورة البقرة ايه ١٨٧

قاعدة الذرائع والاستحسان والحيل وتقييد استعمال الحق بما لا يضر بالغير وهذه القواعد تؤيد أصل النظر في مالات الأفعال[١] .

ويقرر الامام الشاطبي ان الذريعة هي (التوسل بما هو مصلحة الى مفسدة)[٢].

وكما يعرفها القرطبي: (بانها عبارة عن امر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع)[٣]

وكذلك يقول القرافي: (سد الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعها لها فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور)[٤].

وهكذا كان يقصر الأصوليون علماء الشريعة معنى الذرائع على النوع المباح الذي يتواصل به إلى مفسدة، فالذريعة تشمل التصرفات القولية والفعلية وقد أشار اليها الامام ابن القيم اذ يقسم الذرائع (كل مباح تذرع به إلى مفسدة)[٥].

وقسم الإمام الشاطبي الذرائع الى عدة اقسام نذكر منها ثلاثة اقسام على سبيل الايجاز:

الأول: استعمال الحق إذا قصد به مصلحة شخصية وصحبها قصد الأضرار بالغير، فيجوز هنا منعه إذا لم يقصد غير الأضرار فاذا كان صاحب الحق له وسيلة أخرى لتحقيق المنفعة أو درء المفسدة فأنه يمنع بلا اشكال باعتباره قاصداً الأضرار أو قرينة الأضرار، أما إذا لم يكن له وسيلة أخرى فحقه أولى، لأن حق الجالب أو الدافع أولى ولكن بشرط أن يكون الضرر الذي سيصيب الغير مساوياً للضرر الذي سيلحق بصاحب الحق من جراء منعه من استعمال حقه، أما إذا كان استعمال صاحب الحق ضرورياً ولم يكن له يد في ضرر بغير فحق الجالب صاحب الحق أو الدافع مقدم ولكن بشرط أن يكون الضرر الذي سيلحق صاحب الحق من جراء منفعة او اقل من ذلك اما اذا كان راجحاً أو فاحشاً فيمنع صاحب الحق من استعمال حقه على ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والمالكية.

---

(١) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٤ ص٢٠١

(٢) الشاطبي كتاب (الموافقات) ج٤ ص١٩٩

(٣) القرطبي (الجامع لأحكام القران) ج٢ ص٥١

(٤) الامام شهاب القرافي كتاب (الفروق) ج٢ ص٣٢

(٥) الامام ابن القيم الجوزية كتاب (اعلام الموقعين) ج٣ ص١٢٠

ومن أدلة القرآن قولة تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾(١) .

وجه الاستدلال من الآية الكريمة:

أن الله (ﷻ) نهى أن يضار كل واحد من الوالدين صاحبه بسبب أمر إرضاع الولد، فنهى الوالد أن ينزع الولد من أمه بعد أن رضيت بإرضاعه او ان بدفعه الى غيرها بعد رضاها بالإرضاع بدافع الاضرار بها فهي أحق النساء بذلك كما نهى المرأة ان تلقي الولد إلى أبيه وقد الفها تضاره بذلك او ان تطلب اجرة أكثر مما يجب لها عليه مقابل الارضاع ان لم يقبل الرضيع غيرها(٢).

فالأب له حق الولاية على صغيره والأم لها حق التقديم في الإرضاع على غيرها متى سنحت الظروف ورضيت بالأجرة التي يرضى بها غيرها وهذا الحق ممنوح لهما لكونهما والدين وهو مظنة الشفقة والعطف على صغيرهما وإذا كان الحق قد منح لهما للمقصد السابق فانه لا يحق لهما ان يستعملاه بقصد الأضرار بالآخر، اذ في ذلك مناقضة لقصد الشارع وهو التعسف الممنوع بعينه.

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾(٣).

الدليل من هذه الآية:

هو أن الله تعالى نهى الزوج الذي طلق زوجته بأن يراجعها الأضرار بها، وذلك بأن لا تكون لديه رغبه في استدامه العلاقة الزوجية معها وإنما يراجعها لتطويل فترة العدة عليها أضرارا بها.

وقد ورد في سبب النزول في هذه الآية: أن الرجل في الجاهلية كان يطلق امرأته فإذا قرب انقضاء عدتها راجعها، ثم تركها مدة ثم يراجعها قبيل إنقضاء عدتها وهكذا ولم يكن الطلاق حينئذ قد حدد بثلاث ويقصد بذلك التطويل عدتها اضرارا بها فنهو عن ذلك(٤).

(١) سورة البقرة اية ٢٣٣

(٢) الطبري كتاب جامع البيان ج٥ ص٤٩ ولباب التأويل للخازن ج١ ص ٢٣٥

(٣) سورة البقرة ايه ٢٣١

(٤) الزمخشري كتاب الكاشف ج١ ص٣٠٥

فالمراجعة شرعت حقا لزوج بشرط اقترنها بإرادة الإصلاح والرغبة في استئناف الحياة الزوجية بالكيفية التي أرادها الله تعالى، أما استعمال الزوج لهذا الحق يقصد الأضرار بالزوجة وتعليقها دون طلاق متحقق ولا علاقة زوجية كريمة، فأنه يكون بذلك قد خالف المقصد من تشريع الرجعة ويكون بذلك متعسفا في استعمال الحق.

وقال تعالى: ﴿مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يوصىٰ بِها أَو دَينٍ غَيرَ مُضارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَليمٌ حَليمٌ﴾[1].

والدليل من هذه الآيات:

هو ما ذكره فخر الرازي في تفسيرها وقال: واعلم ان الضرر في الوصية يقع على وجوه وهي:

الأول: ان يوصي بأكثر من الثلث.

الثاني: ان يقر بكل ماله او ببعضه لأجنبي.

الثالث: ان يقر على نفسه بدين لا حقيقة له دفعا للميراث عن الورثة.

الرابع: ان يقر بان الدين الذي كان له على غيره قد استوفاه ووصل إليه. عبدالجليل

الخامس: ان يبيع شيئا بثمن بخس أو يشتري شيئا بثمن غال كل ذلك لغرض ان لا يصل المال إلى الوارثة.

السادس: ان يوصي بالثلث لا لوجه الله لكن لغرض تنقيص حقوق الورثة فهذا هو وجه الاضرار في الوصية.[2]

إن في الصور الخمسة التي ذكرها الفخر الرازي في تفسيره في الوصية هو من باب التعدي والمجاوزة اذ ان التصرف في ذاته غيرة مأذون فيه شرعا فهو ليس حقاً شرعياً للموصي إلا أن الصورة السادسة المتمثلة في الإيصاء بالثلث لا يقصد في التقرب إلى الله تعالى إنما يقصد فيه الأضرار بحق الورثة فهو داخل في نطاق التعسف في استعمال الحق فهو في أصل تصرف الشخص في ماله مشروع ولكن عدم المشروعية نابعه من القصد المخالف للمقصد الشرعي من الوصية وهو التقرب الى الله بصالح الاعمال.

(١) سورة النساء اية ١٢

(٢) فخر الرازي كتاب (مفاتيح الغيب) ج٩ ص٥٠٩

أدلة السنة:

الأول: طلق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر طلاقاً باتاً في مرض الموت ثم مات في العدة فقضى عثمان بتوريثها منه(١).

الزوج في هذه الحالة يكون محتاجا لزوجته ومع ذلك قام فطلقها فهو حتما يريد الاضرار بها وحرمنها من حق الميراث فهو متعسف في استعمال حقه وهذا الذي فهمه عثمان (ﷺ) من فعل عبر الرحمن بن عوف (ﷺ) لذا أمر (ﷺ) بتوريثها رفعا للضرر الذي سيلحق بزوجته.

الثاني: روى عمرو بن يحي المازني عن ابية ان رسول الله (ﷺ) قال: (لا ضرر ولا ضرار)(٢)، وفي رواية ابي سعيد الخدري (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار من ضارٌ ضره الله ومن شاق شق الله عليه)(٣) .

وفي هذا الحديث النهي عن المضارة سواء لزوج او الزوجة مثال ذلك الرجعة فنهى ان يستعمل حق المراجعة لا لغرض سوى الاضرار بزوجته المطلقة فالفعل المشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصد فاسد فاذا كانت المراجعة حقا وضعة الله تعالى في يد الزوج بمقتضى عقد الزواج ليعيد زوجته الى عصمة نكاحه بعد الطلاق الرجعي بقصد ان يستأنف حياة زوجية كريمة فاتخاذ هذا الحق وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة بتطويل العدة عليها او بالتجائها الى الاقتداء تخلصا من هذا الأضرار أمر لا يبيحه الشرع لأنه تعسف او استعمل الحق في غير ما شرع له.

ويقول ابن عباس (ﷺ): (كان الرجل يطلق امراته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها ثم يطلقها فيفعل ذلك يضارها ويعضلها(٤).

وقد ذكر ابن رجب اختلاف الفقهاء في حق الرجعة بفصد المضارة.

فالإمام مالك يرى أن من راجع امرأته قبل إنقضاء عدتها ثم طلقها من غير مسيس أنه ان قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها لم تستأنف العدة وبنت على ما مضى منها وذلك رداً لقصده اليء وإن لم يقصد بذلك استأنفت عدة جديدة.

---

(١) البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين علي البيهقي كتاب السنن الكبرى (٣٠٤–٤٥٨) وفي ذيله الجورة النقي المجلد السابع ص٣٦٣ وقال عنه اسناده متصل وبن حزم علي بن احمد بن سعيد بن حزم في كتابه المحلى بالأثار المجلد السابع ص٤٨٧ وقال عنه حديث صحيح

(٢) اخرجه مالك في الموطأ كتاب الاقضية باب القضاء في المرفق ج٢ ص٧٤٥ ح:١٤٢٩ وصححه الالباني كتاب ارواء الغليل ج٥ ص٢٣٨ ابن رجب الحنبلي كتاب جامع العلوم والحكم ص٢٦٥ الشوكاني كتاب نيل الاوطار ص٢٦١

(٣) اخرجه الدارقطني في سننه ج٣ ص٧٧ ح٢٨٨ الشوكاني كتاب نيل الاوطار ج٥ ص٢٦١

(٤) الزمخشري كتاب الكشاف ج١ ص١٤٠

وذهب عطاء وقتادة والشافعي في القديم واحمد في رواية الى انها تبنـــي مطلقـــاً وقيل تستأنف مطلقا وهو قول الكثيرين منهم أمثال الزهري والنووي وأبو حنيفة[1].

ويثبت في هذا الحديث عدم الاضرار بالزوجة وان استعمل حقه في المراجعـــة ووجه التعسف ضاهر لأنه استعمل الحق بقصد الاضرار وهو ما اعتبره العلماء ومـــنهم ابن رجب تطبيقاً لقول النبي (ﷺ) في الحديث (لا ضرر ولا ضرار).

ونخلص هنا إلى أن حق الرجعة وضعة الشارع في يـــد الـــزوج ليـــتمكن مـــن استئناف الحياة الزوجية مع زوجته المطلقة رجعيا ليتفادى ما وقع فيه مـــن تـــسرع فـــي تطليقها فيصلح الخطأ ويستأنف الحياة الزوجية فلا يصح المضاره بالزوجة فقد اســـتعمل هذا الحق في غير ما شرع له.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية الضابطة لتحريم التعسف في اســـتعمال الحـــق بـــين الزوجين.

وان كان التعسف في استعمال الحق يجد أصله في أحكام الـــشريعة الإســـلامية ويقوم على أصل النظر إلى مآلات الأفعال، ويستند الى مبدأ سد الـــذرائع والـــذي يعـــد تطبيقات لهذا الأصل إذا كان ذلك فان القول بالعودة الى فكرة المصلحة معيارا لاستعمال الحق او التعسف في استعمال يبدو واضحا لاعتماد هذه النظرية على هذه الأصول لأنهـــا تعتمد على نتائج العمل الحق وثمرته وهو المعيار الموضوعي للتعـــسف فـــي اســـتعمال الحق كما يعد قرينة أيضا على المعيار الشخصي وهو قصد الاضرار بالغير.

وغنى عن البيان أنه يسبق تطبيق هذا القواعد الشرعية أو يعاصـــرها فـــي ذات الوقت قيام القاضي بتقدير أو تقييم المصالح المتعارضة وما إذا كانت من قبيل المـــصالح الضرورية أم التحسينية أم الحاجيه وكذلك عليه أن يقيم هذه المصلحة بالنظر إلى شمولها وخصوصها وعمومها فإذا ما حدد نوع كل من هذه المصالح المتعارضة وموقع كل منها عندئذ سيجد أمامه من القواعد الشرعية التي يتعين عليه تطبيقها للوصول إلـــى رجحـــان المصلحة او عدم مشروعيتها ويسوغ له عندئذ القول بمشروعية او التعسف وســـنعرض لهذه القواعد الشرعية قاعد تلو الأخرى، ومن أهم هذه القواعد ما يلي:

(١) فتحي الديريني كتاب نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص١٠٦

القاعدة الأولى: الضرر يزال

أصل هذه القاعدة قول النبي (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار)[1]، والضرر المنهي عنه في الحديث إما أن يكون واقعا أو متوقعا فاذا كان واقعا فهو غير مشروع الإبقاء فتجب ازالته سواء كان ناشئا عن فعل غير مشروع في الأصل ام عن فعب مشروع وان كان متوقعا وجب دفعه لان دفع الضرر قبل الوقوع أولى من رفعة وازالته بعد الوقوع ولما كان دفع الضرر أو ازالته قد لا يتأتى الا بحدوث ضرر اخر فان التعارض بينهما واقع أي يتعارض الضرر المراد دفعه او ازالته مع الضرر الناشئ عنهما ولذا وضع الفقهاء احكاما لذلك فقالو: ان الضرر الذي يراد دفعه أو ازالته اما عام او خاص فان كان خاصا فأما ان يكون اشد او اخف او مماثلا ثم وضعوا لكل حال قاعدة وإن كان عام وجب دفعة وتفرعت من هذه القاعدة قواعد كثيره ومنها: (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) وكذلك (الضرر الأشد يزال بالضرر الاخف) و(اذا تعارض مفسدتان ارتكب اخفهما لدفع اشدهما) و (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح).

والواقع أن قاعدة: (الضرر يزال) تعتبر مبدا محكما تكفلت الشريعة بتطبيقه في جميع أبواب الفقه وتدور عليها احكام التعسف كما تعتبر توثيقا لمبدأ (المصلحة) في الشرع ومن فروعها:

الحجر على السفيه أو المفلس وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام: إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فان أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما لقولة تعالى: ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾[2] وان تعذر الدرء والتحصيل فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة درانا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة قال تعالى: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴾[3]، حرمها أي: الخمر والميسر لان مفسدتها أكبر من منفعتهما.

فالحجر على المفلس مفسدة في حقه ولا كنه ثبت تقديما لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر وان شئت قلت تقديما لمصلحة غرمائه على مصلحته في الاطلاق بخلاف الانفاق عليه وعلى اهله الى يوم قضاء الدين فان مصلحته بالكسوة والانفاق ومصلحة من يلزمه نفقته مقدم على مصالح غرمائه .

(١) ابن رجب كتاب (جامع العلوم والحكم) ص٢٦٥ ابن نجيم كتاب (غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر) ج١ ص١٢٠
(٢) سورة التغابن اية ١٦
(٣) سورة البقرة ايه ٢١٩

ويرى الامام العز بن عبدالسلام أن في تعدد الزوجات دفاع لضرر أشد حيث يقول: (تزوج الضرات بعقد أو عقود مفسده لما فيها من الاضرار بالزوجات لكنه جاز أن تضر كل واحده منهن بثلاث نظراً لمصالح الرجال وتحصيل لمقاصد النكاح فان خيف من الجور عليهن استحب الاقتصار واحده دفاع لما يتوقع من المفسدة الجور وحرمت الزيادة على الأربع نظراً لنساء ودفعا لمضان جور الرجال على الأزواج).

فالأصل أن الإنسان حر في التصرف بماله ولكن إذا أفلس حجر عليه لمصلحه غرمائه ولو بقي الاطلاق لترتب على ذلك ضرر بهم وهذا هو التعسف فمنع درءا لهذه المفسدة وتقييدا لحقه بما يمنع الاضرار عن غيره.

القاعدة الثانية: قاعدة الحيل

يقول الإمام الشاطبي في تعريف الحيل: وحقيقتها هي تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر الى حكم اخر فمال العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع كالواهب ماله عند راس الحول فرار من الزكاة[1].

والاحتيال الذي يعتمد على أمرا ظاهره الجواز لتحقيق المصلحة الغير مشروعة بتحليل امر محرم او اسقاط واجب وهو عين التعسف لما فيه من مناقضة لقصد المحتال.

ويعتمد الإمام ابن القيم في ابطال الحيل على مبدأ أن الأصل في الاحكام التعليل وأنها شرعت لمصالح العباد في المعاش والمعاد فالاحتيال على تحليل المحرم أو إسقاط الواجب مناقضة لقصد الشارع وتعطيل المصالح وتحقيق للمفاسد.

وكذلك يقول الإمام ابن القيم ومما يدل على بطلان الحيل وتحريمها أن الله تعالى إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات لما تتضمن من مصالح عباده في معاشهم ومعادهم فان احتال العبد على تحليل ما حرم الله تعالى واسقاط ما فرضه سبحانه وتعطيل ما شرعه كان ساعيا في دين الله الفساد.

ويصور الإمام ابن القيم هذه المناقضة في الحيل بقوله: وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضه ظاهرة فان الشارع يسد الطريق الى المفاسد بكل ممكن والمحتال يفتح الطريق اليها بحيله فإن من يمنع الجائز خشية الوقوع في المحرم الى من يعمل الحيلة في التوصل الية[2].

(١) الإمام الشاطبي كتاب الموافقات ج٤ ص ٢٠١

(٢) الإمام ابن القيم كتاب اعلام الموقعين ج٣ ص١٤٠

ودليل ذلك ما رواه ابن مسعود (ﷺ) أن الرسول (ﷺ) قال: (ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: فهو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له[1].

ووجه الاستدلال أن الزواج من الحقوق المشروعة، ولكن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث طلقات، فإن الزوجة قد أصبحت بعد الطلقة الثالثة محرمة عليه لا تحل إلا إذا تزوجت رجلا آخر، لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ، ويشترط أن يكون الزوج قد دخل دخولا حقيقيا كما بينت السنة ذلك في قول الرسول (ﷺ) (حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك).

كما يشترط أن يكون زواجها بالرجل الثاني زواجا عاديا، أي لا يكون المقصود منه أن تحل لزوجها الأول بعد أن يطلقها الزوج الثاني .فإن كان الاتفاق على ذلك فهذا من الحيل وهذا ما نهى النبي (ﷺ)عنه ولعنه والرسول لا يلعن إنسانا على فعل أمر مباح، فعرفنا أن هذا الأمر محرم لأن الرسول لعن من يفعله، وما دام التحليل حراما فإن زواج المحلل يكون فاسدا.

وذكر ابن القيم ان الدليل على ابطال الحيل هو حديث النبي (ﷺ): (إنما الأعمال بالنيات وإن لكل أمرئ ما نوى) فيقول: أن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها وانه ليس للعبد من ضاهر قوله وعمله الا ما نواه وابطنه لا ما أعلنه وأظهره[2]. وهذا نص صريح أنه من نوى التحليل أي تحليل المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول كان محللاً.

القاعد الثالثة: قاعدة سد الذرائع .

قاعدة سد الذرائع حجة معتبرة في الأحكام الشرعية , وأصل جرى التصرف به في الكتاب والسنة وعمل به الصحابة، وأصل سد الذرائع معتبر من حيث العمل به عند المذاهب الأربعة كافة, وإن حكي الخلاف فيه[3].

قال الشاطبي: "إن سد الذرائع أصل شرعي قطعي متفق عليه في الجملة، وإن اختلف العلماء في تفاصيله, وقد عمل به السلف بناء على ما تكرر من التواتر المعنوي في نوازل متعددة دلت على عمومات معنوية، وإن كانت النوازل خاصة ولكنها كثيرة"[2].

(١) الصنعاني كتاب سبل السلام ج٣ ص١٢١ – ١٤٢

(٢)اعلام الموقعين لابن القيم، ج٣ ص١٤٢ – ١٤٣

(٣) انظر: الموافقات للشاطبي (٤/ ٦٨) و (٥/ ١٨٥) , والبحر المحيط للزركشي (٦/ ٨٢ – ٨٣).

يقول ابن القيم: سد الذرائع أحد أرباع التكليف؛ فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان؛ أحدهما: مقصود لنفسه، والثاني: وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان: أحدهما: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني: ما يكون وسيلة إلى المَفْسَدة، فصار سد الذرائع المُفْضِية إلى الحرام أحد أرباع الدين".

لذا، فإن سد الذرائع "يمثل الدور الدفاعي والوقائي بالنسبة لمقاصد الشريعة، ولا سيما أن المصلحة ينبغي أن ينظر إليها من جانبين: الوجود والعدم"، فإن جماع المقاصد وقوامها جلب المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وهذا يلتقي مع ضرورة النظر في (مآلات الأفعال).

ويقودنا هذا إلى القول بأن الأخذ بسد الذرائع يمثل سدًا لأبواب التحيل على الشرع، وحسمًا لمادة الشر والفساد، لعلم الشارع بما جبلت عليه النفوس، من خفي هواها الذي لا يزال يسري بها حتى يقودها إلى الهلكة، فسدّ الذرائع يمثل تقويمًا لمسار المكلفين ومقاصدهم، ويحملهم على أن يوافقوا قصد الشارع في تكاليفه وأحكامه، وعلى ألا يتحذلقوا على الشارع، فربما أوقعهم ذلك في الكفر أو الابتداع أو الفسوق أو العصيان[1]

ومن أهم الأدلة على اعتبار قاعدة سد الذرائع في الأحكام مايأتي:

أولا: جاء الشرع بتحريم وسائل لاشك في إباحتها لو تجردت عما أفضت إليه, وقد تتجرد فترجع إلى أصل الإباحة, وانما حرمها الشارع، لعلة إفضائها إلى محرم , ومن ذلك:

– قوله تعالى { وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ } [الأنعام: ١٠٨].

فالله (ﷻ) حرم سب آلهة الكفار مع أنه عبادة، وعلل هذا المنع بكونه ذريعة إلى سبهم له (ﷻ) فمصلحة تركهم سب الله – سبحانه – راجحة على مصلحة سبنا لآلهتهم[2] .

– تركه (ﷺ) قتل المنافقين، مع أن في قتلهم مصلحة كبيرة، وذلك لئلا يكون ذريعة إلى قول الناس: "إن محمدا يقتل أصحابه"[2] وهذا القول يوجب النفور عن الإسلام , ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل[3]

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم، ٧ (٥٧/١).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٢٦٥) , الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٧/ ٦١)

(٣) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي (٧/ ١٥٩) إعلام الموقعين (٥/ ٧).

قال النووي: "إذا تعارضت المصالح أو تعارضت مصلحة ومفسدة, وتعذر الجمع بين فعل المصلحة وترك المفسدة بدئ بالأهم؛ لأن النبي (ﷺ) أخبر أن نقض الكعبة وردها إلى ما كانت عليه من قواعد إبراهيم (ﷺ) مصلحة, ولكن تعارضه مفسدة أعظم منه, وهي خوف فتنة بعض من أسلم قريبا؛ وذلك لما كانوا يعتقدونه من فضل الكعبة فيرون تغييرها عظيما , فتركها (ﷺ)"[1] .

الأدلة على قاعدة سد الذرائع .

ودليل هذه القاعدة العظيمة من الكتاب ومن السنة: قال الله تعالى: {وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ} [الأنعام:١٠٨].

لا تسبوا الذين يدعون من دون الله والآلهة التي اتخذوها من صنم وحجر وشجر وقمر وشمس، فإن الله جل في علاه منع المسلمين من سب هذه الأشياء، مع أنك لو نظرت لوجدت أن الشرع يرغب في ذلك ويحث عليه، بل هو في بعض الأحايين يكون من الوجوب بمكان، لكن لما كانت المسبة وسيلة إلى مفسدة أعظم منعها الله جل في علاه.

ولذلك حسم الله المادة ومنع هذه الوسيلة، وقال: ((لا تسبوا الذين يدعون من دون الله))؛ لأن أتباع الآلهة ينتقمون ممن يسب هذه الآلهة بسب الله.

كذلك قول الله: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقُولُوا رَاعِنَا} [البقرة:١٠٤]؛ لأن اليهود كانوا إذا تكلموا مع النبي (ﷺ) -بأبي هو وأمي- يتكلمون بلحن القول ويقولون: راعنا، ويقصدون الرعونة، فيسبون النبي (ﷺ)، فمنع الله المسلمين عن هذه الكلمة مع أن التشابه كان في القول فقط مع الاختلاف والافتراق في المقصد، لأن المسلمين لا يقصدون سب النبي (ﷺ).

فلما تشابهت الأقوال وخشي أن تجر المشابهة في الظاهر إلى المشابهة في الباطن منعها الله جل في علاه.

ونظر ابن القيم لهذه الذريعة من وجهة أخرى، قال: وأيضا هي هذه ذريعة ووسيلة إلى أن اليهود يقولون: نفعل مثل ما يفعل المسلمون ومثل ما قال المسلمون، وتكون ذريعة لهم، ليستبيحوا هذا الكلام على النبي (ﷺ).

والدليل الثالث: قول الله تعالى: {وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ} [النور:٣١].

(١) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي (٩/ ٨٩).

فإن الله جل في علاه منع المرأة أن تضرب بالأرجل حتى لا يسمع الرجال صوت الخلخال فيفتنوا بهذه المرأة، وإن كان الأمر مباحاً ليس محرماً وليس بعورة؛ لكن هو يدل على العورات الخفية، فلما كان وسيلة لفتنة الرجال بالنساء منع منه الله.

والدليل من السنة: حديث النبي (ﷺ) في الصحيح أنه قال: (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يبع على بيع أخيه) [1]

نهى النبي (ﷺ)عن الخطبة مع أن الأصل فيها الإباحة؛ لأنها تؤدي إلى مفسدة عظيمة؛ ولأن الأصل في التشريع المودة والتلطف والتواد والتحابب بين المسلمين، فلما كانت هذه الخطبة وسيلة إلى نشر البغضاء والتحاسد والحقد بين أفراد المجتمع منع الله هذه الوسيلة حفاظاً على قلوب المسلمين.

ومن هذه الأدلة التي يستدل بها العلماء على هذه القاعدة العظيمة الإجماع السكوتي على مسألة قتل الجماعة إذا تكالبوا وقتلوا واحداً، فالقصاص من رجل لرجل، أما من الجماعة لرجل واحد فلا دليل على أن يقتلوا جميعاً، فلما عرضت المسألة على عمر (رضي الله عنه) وأرضاه فقال: لو تكالب عليه أهل صنعاء لقتلتهم به، وهذا فيه إجماع سكوتي، فاستنبط العلماء من ذلك دليلاً على سد الذريعة فقالوا: إننا لو رفضنا فلم نقتل أحداً منهم وقبلنا الدية لهذا المقتول؛ لتكالب كل جماعة يحقدون على أحد من أفراد المجتمع فيقتلونه ويدفعون الدية مقابل هذا الدم.

فسداً للذريعة وحفظاً للدماء قال عمر (رضي الله عنه)وأرضاه مقولته المذكورة، وما خالف عمر في هذه القضية أحد، فأصبح ذلك إجماعاً سكوتياً، واستدل به العلماء على هذه القاعدة العظيمة [2].

المبحث الرابع: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الكويتي

القانون المدني الكويتي، فلم يستخدم اصطلاح" التعسف"، لسعته وإبهامه

كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية- ، واستخدم عوضا عنها كلمة" استعمال الحق"، ووصف استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انحرف به صاحب الحق عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية[3].

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه (١٩/٧) رقم/٥١٤٢ ومسلم في صحيحه (١٠٣٢/٢) رقم/١٤١٢ كلاهما من طريق نافع عن ابن عمر .....به.

(٢)انظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه: لمحمد حسن عبد الغفار (١٣/٣)

(٣) انظر :المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إصدار جمعية المحامين الكويتية،.طبعة سنة ٢٠١٩ م، الباب الثاني، الفصل الثالث،المادة ٣٠ (صـــــ٣٢) .

والقانون المدني الكويتي، وضع المشروع مبدأ عاماً يحكم معيار التعسف، ثم ساق بعده التطبيقات الرئيسة لهذا المبدأ، والتي هي مستمدة من الفقه الإسلامي، كما جاء في المذكرة الإيضاحية(١) .

ولقد جاء في(المادة ٣٠) من القانون المدني الكويتي، تحت عنوان" استعمال الحق"، ما يأتي:

"يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

١ -إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

٢ -إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٣ -إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البته مع الضرر الذي يلحق بالغير.

٤ -إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضررا فاحشا غير مألوف(٢) .

وهذه الطريقة التي جاء بها القانون المدني الكويتي، هي جمع بين طريقتين من طرق التشريعات الحديثة التي اختلفت فيما بينها في تحديد المعيار الذي يقاس به التعسف(٣) .

أما الطريقة الأولى :فهي التي اكتفت بوضع مبدأ عام دون تحديد لصور التعسف، كمعيار الهدف أو الغرض الذي منح الحق من أجله.

والطريقة الثانية :هي التي يتم فيها تحديد صور التعسف من غير إبرازللمبدأ العام الذي يحكمها.

جاء في المذكرة الإيضاحية– بعد بيان اختلاف التشريعات الحديثة في تحديد المعيار الذي يقاس به التعسف:

"وإذا كانت الطريقة الأولى بتجردها ومرونتها أكثر مناسبة للعمل التشريعي حتى لا ينحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يظهر تقدم الزمان وتغير الأوضاع قصورها عن ملاحقة التطور، إلا أنه يعيبها في الوقت ذاته صعوبة تحديد الهدف أو الغرض من كل حق من الحقوق .ولذلك أرى المشروع أن يجمع بين الطريقتين، فيورد المبدأ العام الذي يحكم معيار التعسف، ثم يورد بعده التطبيقات الرئيسة للمبدأ(١).

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية،(صـــــ ٣٢).

(٢) انظر: وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الطبعة الأولى ٢٠١١ م، الجزء الثاني، القانون المدني، (١ / ٢٣).

(٣) انظر :المذكرة الإيضاحية، (صـــــ ٣١)

(٤) انظر: المذكرة الإيضاحية، (صـــــ ٣١)

معيار المصلحة غير المشروعة.

أما القانون المدني الكويتي(٤)، فبعد أن أورد المشروع المبدأ العام الذي يحكم معيار التعسف، نص في تطبيقه الرئيس الأول على هذا المعيار:

جاء في المادة (٣٠) من القانون المدني الكويتي، تحت عنوان" استعمال الحق"، ما يأتي:

"يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة[١]."

ولقد شرحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي هذا التطبيق بأنه قائم على ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته أو الغرض منه، وإلا كان استعمالاً منحرفًا، وفي ذلك فإن المصلحة لا تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها مخالفًا لحكم من أحكام القانون فحسب، بل إنها تكون غير مشروعة أيضًا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب[٢].

وقد أشار القانون المدني الكويتي لهذا المعيار، في التطبيق الثاني للتعسف، إذ جاء فيه: إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير[٣].

وقد بينت المذكرة الإيضاحية هذا المعيار بأنه: "استعمال الحق بقصد الإضراربالغير، وهو تطبيق استقر عليه الفقه الإسلامي وأخذ به التقنين الألماني (المادة ٢٢٦)، ونقلته عنه غالبية التقنينات الحديثة .والجوهري في شأنه هو توافر قصد الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه، وكما يُستخلص هذا القصد من تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق، فإنه يستخلص بالأولى من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق[٤] .

(١)انظر: وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، القانون المدني، (١ / ٣٢).
(٢)انظر :المذكرة الإيضاحية، (صـــ ٣١)
(٣)انظر: وزارة العدل مجموعة التشريعات الكويتية القانون المدني (٢٣/١).
(٤)انظر :المذكرة الإيضاحية، (صـــ ٣٣)

الخاتمـــة:

الحمد لله وحده له الفضل والمنة على توفيقه لي من أجـل هـذا البحـث عـن استعمال التعسف في الحقوق بين الزوجي، وفي ختام بحثي توصلت إلى بعـض النتـائج والتوصيات أذكر منها:

أولا: النتائج:

١- إن نظرية التعسف في استعمال الحق وليدة الشريعة الإسلامية والتي تتصف بـالعموم والشمولية، وهذه النظرية عرفت تطبيقا واسعا في جميـع الميـادين، إلا أن محـيط الأسرة يعد المجال الخصب لها .فهي لا تقتصر على الحقوق والعلاقات المالية فقـط وانما تمتد إلى باقي الحقوق والعلاقات كما هو الحال في العلاقة بين الزوجين وبـين الأب و أولاده .ومن شأن هذه النظرية الحفاظ على هذه الحقـوق والعلاقـات علـى أساس من العدل والمساواة.

٢- الطلاق في طبيعته تصرفٌ بالإرادة المنفردة؛ ينتج آثاره متى كانـت إرادة المطلّـق (الزوج) سليمة وصادرة من ذي أهلية، وهذا الحكم ثابت للزوج بإثبات الشارع لـه لا بحكم طبيعة التعاقد، فوجب أن يكون وفق القواعد والقيود التي لاقررها الشرع .

٣- التعويض عن الطلاق التعسفي منسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية سواء انبنى علـى المتعة المقررة شرعا كأثر من آثار الطلاق أو استند إلى نظرية التعسف في اسـتعمال الحق.

٤- إخضاع الطلاق لحزمة من الإجراءات تحت إشراف القضاء بشرط مراعاة الموافقـة بين ما يلزم المكلف ديانة وما يلزمه قضاء خطوة في اتجاه الحد من الطلاق التعسفي.

٥- حق الرجعة مشروع لاستئناف الحياة الزوجية، فإن استعمله الـزوج لـلإض ا رر بزوجته، إما لتطويل العدة عليها، أو ليضارها فتفتدي منه بمالها، فالكثير من الفقهـاء على أن الزوجة لا تستأنف عدة جديدة إن طلقها بعد أن أرجعها، بل تبني على العـدة الأولى، رداً على تعسفه.

٦- يجب على الزوج أن لا يمنع مطلقته من رضاع ابنها لأن ذلك حق لها، إن رغبت في رضاعه مجاناً، أو بأجرة المثل، فمنعه لها في هذه الحال فيه تعسف يمنع منه، وكذلك لا يجوز للم أ رة التعسف في حقها بالرضاع بأن تطلب أجرة وغيرها يرضع الصغير مجاناً، أو طلبت فوق أجرة المثل، لأن قصدها في ذلك المضارة، فيدفع الصغير إلى غيرها لترضعه.

٧- لم يستعمل القانون المدني الكويتي مصطلح" التعسف"، لسعته وإبهامه كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية- ، واستعمل عوضًا عنها كلمة" استعمال الحق"، ووصف استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انحرف به صاحب الحق عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية.

٨- اتخذ القانون المدني الكويتي منهجًا مغايراً في معايير التعسف، فلم يقسّمها إلى معايير "ذاتية ومادية– "التقسيم المشهور عند فقهاء الشريعة-، بل أورد المشروع مبدأً عامًا يحكم معايير التعسف، ثم ساق بعده التطبيقات الرئيسة لهذا المعيار.

٩- أن معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الكويتي موافقة للمعايير التي بيّنها فقهاء الشريعة، والاختلاف بينهما في المنهجية.

ثانياً: أهم التوصيات:

١- أن تولي التشريعات القانونية اهتماماً أكبر بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في حال كان إيقاعه كثيرا، وكان في الاكتفاء بالمتعة إجحاف بالمطلقة.

٢- إضافة بنود في القانون ترتب عقوبات على من لا يوثق طلاقه أمام القضاء، وتلزم بتسجيل الرجعة في المحكمة، حفظاً للحقوق من الضياع، ومنعاً للجحود والإنكار.

٣- مراعاة حقوق الأبناء المترتبة على الطلاق، كالرضاع والحضانة والنفقات، باعتماد التشريعات القانونية كل ما يمنع التعسف في استعمال هذا الحق ممن يولى عليهم ويتولى الإشراف عليهم ورعايتهم.

٤- وضع برامج داخل الجامعة تعالج ظاهرة الطلاق واعطائها الأهمية المطلوبة.

٥- على الأسرة القيام بدورها الحقيقي تجاه أبنائها، وعدم التهرب منه لأي سبب من الأسباب.

٦- وجوب إنشاء جسر التعاون بين الشباب وبين جهات حكومية وغير حكومية للمساهمة في تقليل حالات الطلاق في المجتمع.

٧- وأخيراً أوصي أن يؤخذ بعين الاعتبار الأضرار النفسية والاجتماعية للمطلقة طلاقا تعسفيا ومحاولة تعويضها عن هذه الأضرار وليس فقط التعويض لها عن مقدار المعيشة من المأكل والملبس .

المصادر والمراجع:

- **القرآن الكريم .**

١-الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي(ت٦٨٣هـ)،عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، القاهرة، مطبعة الحلبي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٣٥٦ هـ -١٩٣٧،

٢-الأدب المفرد، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (ت: ٢٥٦هـ) رقم الحديث ٢١٦، باب من صنع إليه معروف فليكافئه، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار البشائر الإسلامية – بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م.

٣-أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ) عدد الأجزاء: ٤، ط: دار الكتاب الإسلامي

٤-أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: لمحمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت: ١٣٩٣هـ) ط: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت – لبنان، عام النشر: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ مـ

٥-إعلام الموقعين عن رب العالمين: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١ هـ) قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، ط: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ

٦-ايمان يونس الاسطل (تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه واصوله (جامعة غزة ٢٠١٣م / ١٤٣٤ه)

٧-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) ط: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م

٨-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ) حققه: د محمد حجي وآخرون، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

٩-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، عثمان بن علي (ت٧٤٣هـ)، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.

١٠- تحرير المرأة في عصر الرسالة، عبدالحليم أبوشقة، دار القلم، الطبعة الأولي، الكويت، ١٩٩١م .
١١- التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي – دراسة فقهية مقارنة – د/خالد عبد الله أبا الصافي المطيري
١٢- تطور صورة المرأة في الشريعة، مقدمات القرن العشرون كتاب ورهانات، يوسف أحنانة، مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٠م العدد (٢٠).
١٣- التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس – رحمه الله –: لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (ت: ٣٧٨هـ) تحقيق: سيد كسروي حسن، ط: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ – ٢٠٠٧ م
١٤- التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج: د وهبة بن مصطفى الزحيلي، ط: دار الفكر المعاصر – دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤١٨ هـ
١٥- تهذيب اللغة: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت: ٣٧٠هـ) تحقيق: محمد عوض مرعب ط: دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م
١٦- تيسير العلام شرح عمدة الأحكام لأبي عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد البسام (ت: ١٤٢٣هـ) حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه وصنع فهارسه: محمد صبحي بن حسن حلاق، ط: مكتبة الصحابة، الأمارات – مكتبة التابعين، القاهرة، الطبعة: العاشرة، ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٦ م،
١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، دار الفكر،
١٨- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي،تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ –١٩٩٩ م
١٩- الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، حجازي، عماد حمدي، د.ط، ١م، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠٨.
٢٠- حقوق الإنسان في الإسلام، غسان عبدالله، مركز الدراسات والتطبيقات التربوية، القدس، ١٩٩٦م

٢١-رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) ط: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

٢٢-زهرة التفاسير: لمحمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (ت: ١٣٩٤هـ) ط: دار الفكر العربي

٢٣-سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: ١١٨٢هـ) ط: دار الحديث، عدد الأجزاء:

٢٤-السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) ط: دارابن حزم،الطبعة: الطبعة الأولى

٢٥-ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، الجندي، حسني، ط١، ١م، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣م.

٢٦-العقوبة في الفقه الإسلامي، أبو زهرة، محمد، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٦م.

٢٧-علم المقاصد الشرعية: لنور الدين بن مختار الخادمي، ط: مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م.

٢٨-العنف الأسري أسبابه وأثره علي سلوك الأطفال، لبني الفارس، جامعة القدس، فرع نابلس، ٢٠٠٠م .

٢٩-فتح المنعم شرح صحيح مسلم: للأستاذ الدكتور موسى شاهين لاشين، ط: دار الشروق، الطبعة: الأولى (لدار الشروق)، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م

٣٠-الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: للدكتور مُصطفى الخِنْ

٣١-الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجيى، ط: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة: الرابعة، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م

٣٢-القاموس الفقهي، د. سعدي أبو حبيب، دمشق، دار الفكر، ١٤٠٨هـ _ ١٩٨٨م

٣٣-القانون ومستقبل المرأة، أسمي خضر، مركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي، الطبعة الأولي، القدس، ١٩٩٨.

٣٤- الكافي في فقه الإمام أحمد: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ) ط: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

٣٥- اللباب في علوم الكتاب: لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني (ت: ٧٧٥هـ) تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ط: دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٨م، عدد الأجزاء: ٢٠

٣٦- المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز- الباب الرابع

٣٧- المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت: ٨٨٤هـ) ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

٣٨- المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت: ٨٨٤هـ) ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .

٣٩- مجموع الفتاوى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ) تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م

٤٠- المحكم والمحيط الأعظم: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ] تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م .

٤١- المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، بيروت، دار الفكر،

٤٢- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة (رضي الله عنه): لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: ٦١٦هـ) تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م .

٤٣- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إصدار جمعية المحامين الكويتية،.طبعة سنة ٢٠١٩ م، الباب الثاني، الفصل الثالث،المادة ٣٠

٤٤- المرأة المسلمة المعاصرة إعدادها ومسئوليتها، أحمد أبا بطين، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩١م .

٤٥- المرأة المسلمة في مواجهة التحديات المعاصرة، شذي سلمان الدركزلي، مكتبة روائع مجدلاوي، الطبعة الأولي، عمان، ١٩٩٧م .

٤٦- المرأة بين الفقه والقانون: لمصطفى بن حسني السباعي (ت: ١٣٨٤هـ) ط: دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت،الطبعة: السابعة، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

٤٧- المرأة بين الفقه والقانون، مصطفي السباعي، المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، دمشق، د.ت

٤٨- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م

٤٩- المسؤولية المدنية عن النشر الصحفي الإلكتروني، الحارثي، يعقوب محمد (٢٠١٠م)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

٥٠- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ١٩٦١ م، المواد ١٥٤،١٥٥،١٥٧ .

٥١- مصطفى احمد الزرقا صياغة قانونية لنظريه التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي مؤصله على نصوص الشريعة وفقهها

٥٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ -١٩٩٤م (ط١)،

٥٣- المغني لابن قدامة: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ) ط: مكتبة القاهرة، عدد الأجزاء: ١٠، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م

٥٤- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبدالكريم زيدان، مطبعة الرسالة، بيروت، ١٩٩٧م .

٥٥- المقدمات الممهدات: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) ط: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

٥٦- المقدمات الممهدات: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ) تحقيق: الدكتور محمد حجي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
٥٧- الملخص الفقهي: لصالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، ط: دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية،الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ
٥٨- الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، إبراهيم بن موسى(ت٧٩٠هـ)، ط١، ٤م، دار إحياء التراث العربي، بيروت٢٠٠١م.
٥٩- الموافقات للشاطبي ط١، دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩١م .
٦٠- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ) ط: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
٦١- الموسوعة القانونية، قانون الاحوال الشخصية الكويتي، الشرق – شارع مبارك الكبير – برج العنزي – الدور التاسع – ص ب ٢١٨٧٦ – الصفاة – الرمز البريدي ١٣٠٧٩
٦٢- نظرية التعسف في استعمال الحق عند الامام الشاطبي مبناها ومعناها بدر الدين عماري
٦٣- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، عيسوي: عيسوي أحمد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية جامعة عين شمس- مصر ١٩٦٣ م
٦٤- الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني: لمحفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، ط: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م
٦٥- وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، الطبعة الأولى ٢٠١١ م، الجزء الثاني، القانون المدني،