الطلاق بين الإباحة والمسؤولية: قراءة فقهية قانونية في ضوء نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان

د. طارق سامي العمري*

تاريخ وصول البحث: 2025/4/26م تاريخ قبول البحث: 2025/7/20م

الملخص

الأهداف: تهدف هذه الدراسة لبيان الطلاق بين الإباحة والمسؤولية (الضمان) في ضوء نظرية التعسف وقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" في الفقه الإسلامي مقرونا بالقانون المدني الأردني، من خلال بيان ضوابط استعمال الحق في ضوء نظرية التعسف والقاعدة المذكورة؛ لأنهما تجريان على الاستعمال المشروع، واستنباط نقاط الاتفاق والافتراق بينهما؛ ثم تطبيق ذلك على الطلاق.

المنهجية: من أبرز ما اعتمدت عليه الدراسة المنهج التحليلي الاستنباطي من خلال استنباط ضوابط استعمال الحق في ضوء النظرية والقاعدة، وتحليلها تحليلا علميا للوصول إلى أهداف الدراسة.

النتائج: كان من أهم نتائج الدراسة: أن استعمال الحق (الطلاق) يُقيّد بعدم تمحض قصد الإضرار بالزوجة. وأن تكون المصلحة المرجوة منه مشروعة. وأن لا يؤدي إلى اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة. وأن لا يُحدث ضررًا فاحشًا أو غير معتاد يتجاوز الأعراف والعادات المستقرة. وهو ما سار عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني فعتبرالطلاق تعسفيا إلا أن يثبت الزوج خلاف ذلك.

التوصيات: من أبرز التوصيات: تضمين النص القانوني ضوابط استعمال الحق المستنبطة من معايير التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

الكلمات المفتاحية: التعسف، القانون، الجواز، الطلاق، الضمان، ضوابط استعمال.

* دكتور.

Divorce between Permissibility and Responsibility: A Legal Fiqh Study in Light of the Theory of Abuse with the Rule "Sharia Permissibility Negates Liability

Abstract

Objectives: This study aims to clarify divorce between permissibility and responsibility (guarantee) in light of the theory of abuse and the rule "Sharia Permissibility Negates Liability" in the Fiqh, combined with Jordanian Civil Law. This study also aims to explain the restrictions for exercising rights in light of the theory of abuse and the aforementioned rule, as based on legitimate use. It also derives points of agreement and disagreement between them, applying this to divorce.

Methodology: The study applied the analytical-deductive approach, by deriving the controls for exercising rights in light of the theory and the rule, and analyzing them scientifically to achieve the study's objectives.

Results: The study revealed the following findings: The use of the right (divorce) is restricted by not being purely intended to harm the wife; the intended benefit must be legitimate; it must not lead to an imbalance between conflicting interests; and it must not cause excessive or unusual harm that exceeds established norms and customs. This is what the Jordanian Personal Status Law has followed, considering divorce arbitrary unless the husband proves otherwise.

Recommendations: The study suggested the following recommendations: Integrating the legal text controls for the exercise of rights derived from the criteria of arbitrariness and the principle that legal permissibility negates liability.

Keywords: Divorce, Fiqh, Permissibility, Abuse, Liability, Exercising rights

المقدمة:

الحمد لله نحمده تعالى ونستعين به ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، وأشهد أن الله الواحد القهار العزيز الجبار، أرسل محمدا -ﷺ- هاديا، وبشيرا، ونذيرا، ومبينا لما نزل من الحق، قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [44: النحل]، وبعد:

فإن الإسلام جاء معالجا للواقع التشريعي والتطبيقي بما يعود على الحياة بالمصلحة، قال تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾ [107:الأنبياء]، فضبط فلسفة الحقوق بما يجعلها تتناسب مع منطق الواقع، حيث لا مناقضة بين التنظير والتطبيق لروح الشريعة، ومن هنا أبدع علماء الشريعة الإسلامية من خلال التفصيل والبيان والضبط لمسار التشريع بما يحقق المصالح ويحافظ على المبادئ العام للتشريع، وفصلوا ما أشكل على العباد، وقد وضعوا القواعد الجامعة التي تسهل السير على روح الشريعة، وقام فقهاء العصر الحديث في النظر إلى النظريات التي صاغها القانون فكيفوها وأصلوها بما يحقق المرونة التي اتسم بها الفقه الإسلامي.

وقد لاحظ الباحث أن الطلاق يتردد بين الإباحة والمسؤولية مما يظهر أن ثمة علاقة تتنازع الطلاق من جهة نظرية التعسف وبين القاعدة القاضية بأن "الجواز الشرعي ينافي الضمان[1]"، ولبيان هذه العلاقة جاء هذا البحث ليظهر ماهية كل من النظرية والقاعدة المذكورة وما الحدود التي تعمل فيه النظرية والقاعدة، وأثرها، مع إظهار رأي القانون المدني الأردني من نظرية التعسف والقاعدة المذكورة، وكيف اتسق قانون الأحوال الشخصية الأردني مع المدني في تفعيل نظرية التعسف في حالة الطلاق من خلال بيان الطلاق التعسفي.

إذ إن الطلاق التعسفي يترتب عليه تعويض مالي، فهل التعويض المالي مخالف لقاعدة الجواز الشرعي منافي لضمان؟ إذ إن الزواج فيه مصلحة لا تخفى على أحد، قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وحَفَدَةً ورَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ [72: النحل]، فإذا خرجت الحياة الزوجية عن مقصدها، وتعذر استمرارها بين الزوجين إلا بتحمل ضرر يفوق ضرر إنهائها، فقد شرع الإسلام مخرجا يدفع الضرر الأشد، وهو الطلاق، قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وكَانَ اللَّهُ واسِعًا حَكِيمًا﴾ [130: النساء]؛ لذلك جاءت هذه الدراسة تبين هذه العلاقة وغيرها من التساؤلات المتعلقة بالموضوع.

مشكلة الدراسة:

تتمحور مشكلة الدراسة في الإجابة عن السؤال الرئيس الآتي: ما ضوابط استعمال الإباحة المسقطة للمسؤولية في ضوء نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الأردني؟ ويتفرع عنه الأسئلة الآتية:

1- ما حقيقة نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني؟

2- ما ضوابط استعمال الحق في ضوء معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني؟

3- ما ضوابط استعمال المباح في ضوء قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وموقعها من نظرية التعسف؟

4- هل يتعارض الطلاق التعسفي والتعويض عنه مع قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان ضوابط استعمال الإباحة المسقطة للمسؤولية في ضوء نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الأردني، ويتفرع عنه الأهداف الآتية:

1- بيان حقيقة نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

2- إظهار ضوابط استعمال الحق في ضوء معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

3- إظهار ضوابط استعمال المباح في ضوء قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وموقعها من نظرية التعسف.

4- بيان وجه المعارضة بين التعويض عن الطلاق التعسفي وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تتناول جانبًا دقيقًا من فقه النظريات القانونية والقواعد الفقهية، والذي يتمثل في فهم العلاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق، بوصفها أداة لضبط التصرف المشروع، وبين قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" التي تشكل إحدى القواعد

الفقهية في باب الضمان. وتكمن أهمية هذا الدراسة في محاولة فهم حدود المسؤولية في الحالات التي يتم فيها استعمال الحق أو المباح بصورة قد تُلحِق الضرر بالغير، وهل يبقى الجواز الشرعي مانعًا من الضمان أم أن ضوابط التعسف قد تفتح مجالًا للمساءلة؟ كما تسعى الدراسة إلى معرفة الظروف المقيدة للحق المتمثل بالجواز الشرعي وما يترتب على التعسف في استعماله من ضمان في ضوء ضوابط استعمال الحق، بما يُسهم في تطوير التطبيقات القضائية والفقهية المعاصرة، ويعزز من فهم العلاقة التكاملية بين القواعد الفقهية والنظريات القانونية المستنبطة من الفقه الإسلامي.

منهجية الدراسة: سيتبع الباحث المناهج الآتية:

1.المنهج التحليلي الاستنباطي: من خلال استنباط ضوابط استعمال الحق في ضوء النظرية والقاعدة، وإظهار نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، وتحليلها تحليلا علميا للوصول إلى هدف الدراسة.

2.المنهج المقارن: حيث تم مقارنة قاعدة الجواز الشرعي بنظرية التعسف ومقارنتها بالتشريعات القانونية. ويضاف لذلك مقارنة الآراء الفقهية المتعلقة بالطلاق التعسفي.

الدراسات السابقة:

بحدود اطلاع الباحث لم يقف على دراسة لها ذات العنوان، وبعد البحث وجد الباحث عدة دراسات سابقة لها علاقة بالموضوع، وهي على النحو الآتي:

1.رسالة ماجستير بعنوان: **(التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية)**، لعبير ربحي القدومي، نوقشت الرسالة في الجامعة الأردنية سنة (1996) وجاءت هذه الدراسة باسطة للتعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ولم تتناول الكلام عن العلاقة بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، والتي اعتنت دراستي ببيانها وبيان العلاقة من خلال ضوابط الاستعمال ونقاط الاتفاق والاختلاف، وتطبيق ذلك على الطلاق التعسفي، لا سيما المقارنة مع القانون المدني الأردني وقانون الأحوال الشخصية الأردني.

2.رسالة ماجستير بعنوان: **(متعة المطلقة والطلاق التعسفي)**، لتوفيق أبو هاشم، ونوقشت في الجامعة الأردنية سنة (1997): تناولت هذه الدراسة ما يتعلق بالمتعة مقارنة بالطلاق التعسفي والعلاقة ما بينهما، ولم تتناول الكلام عن ضوابط استعمال الحق بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، والتي اعتنت دراستي ببيانها وبيان العلاقة من خلال ضوابط الاستعمال في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

3.بحث منشور بعنوان: (**قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون**)، للأستاذ الدكتور: محمد محمود حمد طلافحه، لمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، (2006)، م2، ع4: تناول فيه حدود إعمال القاعدة وهذه نقطة اتفاق، إلا أنها لم تبين ضوابط استعمال الحق بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، والتي قد تناولتها دراستي من خلال التطبيق على الطلاق التعسفي، ولم تدخل دراستي في ماهية القاعدة وتأصيلها الشرعي، كما فعلت هذا الدراسة.

4.بحث منشور بعنوان: (**التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون**)، الدكتور أحمد شليبك، مجلة الشريعة والقانون (٢٠٠9م): تناول الباحث في هذا البحث المعيار الشخصي للتعسف في استعمال الحق، وقد بيّن فيه آراء الفقهاء والقانونين في هذا المعيار، مع ذكر بعض التطبيقات الفقهية والقانونية، وقد اتفقت مع دراستي في تناول المعيار الشخصي في صوره، إلا أن دراستي لم تبحث أقوال الفقهاء في معايير التعسف أو التأصيل الشرعي بتفصيل لأنه تم تناوله، وجاءت دراستي لبيان العلاقة بين النظرية والقاعدة من خلال ضوابط الاستعمال لكلتيهما ونقاط الاتفاق والاختلاف، وتطبيق ذلك على الطلاق التعسفي.

خطة الدراسة:

اقتضت طبيعة هذه الدراسة جعلها في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: حقيقة نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

المبحث الثاني: ضوابط استعمال الحق في ضوء معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

المبحث الثالث: ضوابط استعمال المباح في ضوء قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وموقعها من نظرية التعسف.

المبحث الرابع: الطلاق التعسفي وحكم التعويض عنه من منظور نظرية التعسف في استعمال الحق.

المبحث الاول: حقيقة نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

يُعدّ موضوع التعسف في استعمال الحق من المسائل المهمة؛ لأنه يجري على استعمال الحقوق، حيث يُعنى بضبط حدود التصرفات، ومن القواعد الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، والتي تقرر أن من قام بفعل مأذون فيه شرعًا لا يتعرض للمُساءلة القضائية، لذا سيتناول هذا المبحث تعريف التعسف في اللغة والفقه الإسلامي والقانون المدني، ثم بيان حقيقة القاعدة المذكورة.

المطلب الأول: تعريف التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

إنّ مصطلح التعسف من المصطلحات المعاصرة، وقد أثبت من كَتَب في نظرية التعسف أن ماهيتها موجودة في الفقه الإسلامي، ودلل عليها من القرآن الكريم، والسنة النبوية المشرفة، ومن فعل الصحابة، ومن الأدلة العامة؛ كالقواعد الفقهية، وأقوال العلماء في تقييد حق الملكية، والنظر في الفروع الفقهية المتنوعة وقد بُسط التأصيل الشرعي لها[2]، لذا سيتناول هذا المطلب تعريف التعسف في اللغة، والفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني، وذلك في الفرعين الآتية:

الفرع الأول: تعريف التعسف في اللغة والفقه الإسلامي.

أولا: تعريف التعسف لغةً: إن كلمة التعسف مأخوذ من الفعل عَسَفَ؛ أي أخذه بقوة[3]. عَسَفَ عن الطريق؛ أي مال وعدل. وتعاسف فلانٌ فلانا: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه. وتعسف في الكلام، أي تكلف. وتعسف فلانا: ظلمه[4] وعَسَفَ فلانة: غَصَبَهَا نَفسَهَا[5].

ثانيا: تعريف التعسف في الفقه الإسلامي: دخل مصطلح التعسف إلى الفقه الإسلامي حديثا؛ إذ ورد إلينا هذا المصطلح من القانون الغربي فتداوله فقهاء القانون وفقهاء الشريعة[6]، حيث لم يكن معهود الاستعمال بهذا الاسم، وإن كان معناه موجودا؛ فقد استخدم بمعنى التعنت تارة، وبمعنى المضارة تارة أخرى[7]، مما يعني أن "الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في الأخذ بنظرية التعسف"[8]:

وقد عرف مصطفى السباعي التعسف، فقال عنه: "هو استعمال شخص لحق بشكل يؤدي إلى ضرر بالغير"[9]. وعرفه أبو زهرة، فقال: بأنه "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"[10]. وتتبع الدريني التعسف في استعمال الحق وتوصل بعد طول نظر في الأدلة الإجمالية، والفروع الفقهية عند الأئمة الأربعة، وما آل إليه التأصيل الشرعي للنظرية، مع النظر في التعريفات المعاصرة، بأن

التعسف: "هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[11]. وهذا ما كان منطق قول الشاطبي إذ قال: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"[12].

وبناء على ذلك فإن التعسف يأتي نتيجة سوء ممارسة واستعمال ذلك الفعل الجائز، وهذا ما يميز التعسف عن التعدي؛ إذ التعدي يكون في فعل غير مشروع ابتداءً، ويلاحظ مما سبق أن التعسف يكون في عمل جائز في الأصل إلا أن المناقضة والمخالفة كانت في قصد الفعل أو في مآله وأثره[13].

الفرع الثاني: تعريف التعسف في القانون المدني الأردني.

إن معظم فقهاء القانون قالوا بإعمال النظرية في تقييد تصرف صاحب الحق[14]، مع فارق عند التفسير والتطبيق للنظرية في ضوء الثقافة المجتمعية والأعراف الضابطة للحق، والمبينة لقرائن قصد الضرر.

ولم ينص القانون الأردني على تعريف صريح لتعسف لكن قد نص على اعتبار نظرية التعسف؛ فقد جاء فيه: "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع"[15]، فقول القانون استعمال الحق هذا يبعد التعدي؛ لأن التعدي حيث لا حق أصلا، ثم جاء بعد ذلك وفسر ضوابط الاستعمال حتى يكون مشروعا -كم سيأتي بيانه- فيكون بذلك موافقا لما سبق بيانه، ويفهم أن القانون الأردني يثبت الضمان على المتعسف، بقوله: "يجب الضمان" وبطريق المخالفة فإن استعمال الحق بالطرق المشروعة ينافي الضمان. وقد صرح القانون المدني المصري في تعريف التعسف في المادة (5)، حيث جاء فيه: "بأنه استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو عندما تكون المصلحة قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي يلحق بالغير، أو عندما تكون المصلحة غير مشروعة"[16].

وما قاله الدريني في تعريفه المستنبط من أقوال وفروع الفقه الإسلامي، أدق من تعريف القانون المصري؛ لأن القانون نظر للتعسف من جهة معاييره لا من جهة ذاته، بينما الدريني نظر في حقيقة وجوهر التعسف مما يجعله صالحا لأن يشمل كل تصرف في حدود الحق وقد ثبت فيه مناقضه لقصد الشارع.

المطلب الثاني: حقيقة قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

إن القاعدة المذكورة من القواعد التي لها أهمية في ضبط الفروع الفقهية المتعلقة في ضبط المسؤولية المترتبة على مستعمل الحق وقد نص عليها في كتب الفقه الإسلامي[17]، والناظر في ظاهرها يجد أنها تتعارض مع التعسف؛ لأن الوصف التعسفي لا يكون إلا من خلال التصرف في الحق، فكان من لوازم إظهار العلاقة بينها وبين النظرية بيان المعنى الإجمالي للقاعدة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة في الفقه الإسلامي.

لقد وردت هذه القاعدة بعدة صيغ منها: ما قاله السرخسي: "والفعل في محل مباح لا يكون سبب وجوب الضمان"[18]. وما قاله ابن جزي: "كل من فَعَلَ ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن"[19]. وجاء عند الزركشي: "المتولد من مأذون فيه لا أثر له"[20]. وقال ابن مفلح في ما يفيد ذلك فقال: "ما أذن فيه لا تضمن سرايته"[21]. فهذه القاعدة "مأخوذة من المجامع، ويفهم منها أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعا ونشأ عن فعله هذا ضرر ما، فلا يكون ضامنا للخسارة الناشئة عن ذلك. مثال: لو حفر إنسان في ملكه بئرا فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئا؛ لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة، أما لو تلف الحيوان في بئر حفره شخص في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر أو في ملك الغير أو في الملك المشترك فيلزم حينئذ ضمانه؛ لأنه لا يحق لأحد أن يحفر بئرا في أرض بدون مسوغ شرعي"[22].

إذن، تقرر هذه القاعدة أن الفعل إذا كان مأذونًا فيه شرعًا، فلا يترتب على فاعله ضمان لا في ذاته ولا في ما تولد عنه ولا في سرايته. فيظهر من ظاهر ما قاله الفقهاء إن الحق المطلق عن أي قيد لا يجري عليه المُساءلة القانونية، لا سيما أن القاعدة تمنع تعسف السلطة من خلال منع تضمين مستعمل الجائز.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني الأردني من قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

سبق أن تبين أن القاعدة المذكورة جاءت نصا في الفقه الإسلامي، وقد اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالمجمل، وقد أخذ بها القانون المدني الأردني، حيث نص في المادة (61) على قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[23]، وهذا يعني أن من يستعمل حقه استعمالًا مشروعًا لا يكون مسؤولًا عن الضرر الذي قد ينتج عن هذا الاستعمال المشروع، وهذا ما أكدته المادة (66) من نفس القانون[24]، وبعبارة أخرى، إذا كان الفعل الذي قام به الشخص مشروعًا وفقًا للشرع،

فإنه لا يلتزم بتعويض الضرر الناتج عنه، إلا إذا تجاوز حدود المشروعية، والمشروعية في القانون هي ما اعتبره النص القانوني أو أحال عليه، وعليه فقد جعلها القانون مبدأ عاما من مبادئه[25].

وبهذا يظهر أن القانون وافق الفقه الإسلامي على نفي المُساءلة القانونية على من استعمل حقه في حدود الجواز الشرعي.

المبحث الثاني: ضوابط استعمال الحق في ضوء معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

إن ما يرتبط بالفقه التطبيقي للنظرية هو معرفة حدود استعمال الحق، فالذي يتبادر إلى الذهن أن نظرية التعسف تقيد من الفعل المباح في أصله، ومن هنا كان استنباط ضوابط الحق في ضوء المعايير الموضوعة لنظرية التعسف، يساعد في فهم العلاقة بين القاعدة والنظرية، مما يسهل تطبيق ذلك على النموذج التطبيقي (الطلاق التعسفي)، وبيان ذلك في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: ضوابط استعمال الحق في ضوء معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي.

إن معايير نظرية التعسف يقصد بها تلك الضوابط التي نستطيع من خلالها معرفة توفر الوصف التعسفي في استعمال الحق[26]، وضبط المعايير يساعد في ضبط استعمال الحق وبيان حدوده، وكذلك يساعد ترتيب الجزاء المناسب في حال وقوع خلل في استعمال الحق، سواء أكان ذلك: بالمنع، أم الإجبار، أم التضمين، لذلك وجب ضبط هذه المسألة بضوابط واضحة جلية تضبط الفعل؛ لأن هذا من شأنه أن يخدم القاضي في حال النظر في المنازعات، ويمكن استنباط ضوابط الحق بناء على معياري نظرية التعسف، والتي قُسِمَت إلى قسمين أساسيين: الذاتي، والموضوعي[27]. وبيان ذلك على النحو الآتية:

الفرع الأول: ضوابط استعمال الحق في ضوء المعيار الشخصي لنظرية التعسف.

إن المعيار الشخصي: يقصد به "النظر إلى العوامل النفسية، التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه"[28]. وضبط الحق من خلال هذا المعيار لتحديد غاية صاحب الحق في تصرفه سواء أكانت الغاية مشروعة أو غير مشروعة من العسير؛ لأنه يحتاج إلى الكشف عن القصد والنية إلا إذا جاءت مصحوبة بقرينة تكشف هذه النية، ويمكن استنباط الضوابط لاستعمال الحق من ضوابط هذا المعيار:

أولًا: تمحض قصد الإضرار[29]: يتلخص المعنى العام في هذا الضابط إذا كان القصد الوحيد للشخص هو الإضرار بالغير ولا يشترك معه أي قصد آخر، ولا بأي نسبة، فيتعين فقط قصد

الإضرار بالآخرين، ولا يؤول إلى تحقيق منفعة البتة فعندئذ ينتقل هذا المعيار بمقاييسه من المعيار الشخصي إلى المعيار المادي، وذلك بنظر إلى النتيجة، فهنا انضبط استعمال الحق بعدم قصد المستعمل للحق سوى الإضرار بالغير، قال ابن رجب: "أن لا يكون [لمستعمل الحق] في ذلك [في استعماله] غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه"[30].

وبناء على ذلك فإن أول ضابط يجري على استعمال الحق في ضوء نظرية التعسف هو عدم وجود قصد الإضرار بالغير، والذي ثبت تحريمه في العديد من النصوص الشرعية، سواء من القرآن الكريم أو من السنة النبوية الشريفة، منها: قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: 12]. وقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ [البقرة: 282]. وقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[31]. وهذه الأدلة وغيرها من الأدلة تؤكد حرمة قصد الضرر عند استعمال الحق[32]، والمقصد من المعيار، منع كل الطرق والوسائل التي تؤدي إلى الإضرار، لا منع وقوعه فحسب.

أما تطبيق هذا الضابط نظريا؛ يكون بتعيين الأسباب التي دعت صاحب الحق إلى استخدام حقه، فإن كانت الدواعي لذلك لا تُذكر لتكون مقنعة، فهنا يظهر قصد الإضرار.

فاستعمال الحق دون مبرر شرعي أو مسوغ عقلي خاصة إذا ترتب عليه ضرر بالغير يعد إشارة إلى قصد الإضرار، وهو مناقض لقصد الشرع الذي جعل الحق وسيلة للمصلحة وليس للإضرار. وهذا المعنى الذي يفهم من كلام الشاطبي عندما قال: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة"[33].

ثانيًا: المصلحة غير المشروعة: قال الشاطبي: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك أن الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"[34].

وبناء على ذلك يكون من ضوابط استعمال الحق وجود مصلحة معتبرة شرعًا لصاحب الحق، وعند استعمال الحق لتحقيق أمر غير مشروع، فإن استعماله يعد باطلاً ومحرمًا؛ لأنه تصرف مناقض لمقصد الشارع؛ ولا بد لحلية الفعل أن يكون قصد المكلف منه موافقًا لقصد الشارع، وبذلك يتجنب وقوع تناقض بين القصدين.

ومثال ذلك الولاية على النفس: فقد شرعت الولاية على النفس لغاية سامية، وهي رعاية مصلحة المولى عليه، وكذلك تحقيق الخير لما فيه مصلحة له، فإن جاء استعمال هذا الحق من قبل المولى لغير هذا القصد، يكون متعسفا في ذلك، ومثاله في تزويج الصغيرة فإن زوجها من غير

رضاها كان متعسفًا في استعمال هذا الحق، كذلك عند تحديد مهرها إن كان أقل من مهر المثل يعتبر تعسفا في استخدام هذا الحق، ألا وهو الولاية[35].

والحالة ذاتها في الطلاق، فإن طلق الزوج زوجته دون مبرر أو مسوغ يكون ذلك ناقضا لمصلحة مشروعة، وهي المصلحة المتحصلة من الزواج من حفظ النسل وتوطيد العلاقات بين الناس، وقصد نقض المصلحة يعتبر قصدًا لمصلحة غير مشروعة؛ لأن الطلاق ما جاء إلا حلا للخلافات الزوجية والتي لا يمكن أن تستمر الحياة الزوجية معها. وفي حال استعمل الزوج الطلاق في غير ذلك يكون متعسفا [36].

الفرع الثاني: ضوابط استعمال الحق في ضوء المعيار الموضوعي (المادي) لنظرية التعسف.

يقصد بالمعيار الموضوعي (المادي): مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما ينتج عن ذلك من مفسدة، وذلك بطريق الموازنة[37]، وهذا المعيار يَنظُر إلى نتاجات الفعل بميزان النظرة المادية لتحقق من فعالية وسيلة استعمال الحق، ويمكن استنباط الضوابط لاستعمال الحق من ضوابط هذا المعيار:

أولًا: اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة[38]: وهذا أصل المعيار الموضوعي؛ لأن تعين المصلحة المقدمة تحتاج إلى ضوابط[39]. ويقصد بهذا الضابط أن يكون هناك مراعاة ونظر في المصلحة المتحصلة ومقارنتها بمصلحة المنع أو المقارنة بين المصلحة المراد تحصيلها والمفاسد التي تلحق بالغير. فهو التحقق من التناسب والتوازن بين المصالح المختلفة مع مراعاة النوع والمرتبة فيها، بحيث لا يكون هناك خلل بين أي جانب من الجوانب، ولا يطغى أي منها على الآخر، ولا يقدم الأقل رتبة على الأعلى رتبة؛ لأن من المعروف أن المصالح قد تشوبها بعض المفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفاته ليس معصوما. وفي حالة تعارض المصالح قدمت الأشد والتي منها مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد في حالة عدم القدرة على الجمع بينهم؛ لأن مصلحة الجماعة هي ما يحيا الفرد بها ومن خلالها، قال الشوكاني: "أن هذه الشريعة المطهرة مبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد والموازنة بين أنواع المصالح وأنواع المفاسد وتقديم الأهم منها على ما هو دونه ومن لم يفهم هذا فهو لم يفهم الشريعة كما ينبغي"[40]. ويندرج تحت هذا الضابط ضابطان عامان هما: اختلال التوازن بين مصلحتين مشتركتين، واختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة[41]. وتعيين مثل ذلك لا ينفصل عن مقاصد الشريعة والأعراف الصحيحة.

وبناء على ذلك يكون من ضوابط استعمال الحق في ضوء نظرية التعسف، عدم مخالفة مقاصد الشريعة أو الأعراف المستقرة الصحيحة.

ثانيًا: معيار الضرر الفاحش، والمراد منه:" هو كل ضرر يعطل الاستفادة من ملك، بحيث يرفع عن صاحبه صفة الملكية، بكل ما يترتب عليها من منافع وكذلك امتيازات"[42]. أما الضرر العادي أو البسيط الذي يمكن تجاوزه والتغاضي عنه والتسامح فيه فلا ضير في تجاوزه والتساهل فيه؛ لأن في منعه والتدقيق عليه تكلف في المسألة، مما يؤدي إلى تعطيل المصالح العامة في استعمال حقوق الملكية كافة، وهذا فيه مخالفة واضحة وصريحة للنصوص الواردة في الأدلة الشرعية، ومخالفة للإجماع؛ لأن حق الملكية ليس حقًا مطلقًا عن كل قيد وبنفس الوقت ليس حقًا مقيدًا عن كل تصرف[43]. وقد حددت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1199)- المستمدة من الفقه الإسلامي- الضرر الفاحش بأنه: "كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة المقصودة من العقار، أو يجلب له وهنا يكون سبب انهدامه". وقد جاءت المادة (١٢٠٠) وما يليها بأمثلة للضرر الفاحش، فمن ذلك: اتخاذ دكان حداد أو طاحون باتصال دار، إحداث فرن أو معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها؛ لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة، حجب الضوء بالكلية، إحداث المرحاض بحيث تتسرب مياهه إلى بئر معدة للشرب.

وبناء على ذلك يكون من ضوابط استعمال الحق في ضوء نظرية التعسف، أن لا يترتب على الفعل ضرر فاحش أو غير معتاد بالغير.

والذي يظهر؛ أنه لا انفكاك بين معايير التعسف؛ فالذاتي لابد له من نظرة موضوعية لمعرفة قصد الإضرار، وكذلك ما إذا كان القصد الحيلة على المشروع فلابد له من النظر في القرائن، وهي نظرة موضوعية، وعليه لا انفكاك بين ضوابط الحق فكلها مطلوبة، والتصرف الذي يفقد هذه الضوابط يُعتبر تعسفيًا.

المطلب الثاني: ضوابط استعمال الحق في ضوء معايير نظرية التعسف في القانون المدني.

ظهر في ما سبق أن نظرية التعسف في الحقيقة تشكل قيدا على استعمال الحق، سواء من خلال النظرة الذاتية أو النظرة الموضوعية للحق، فهل القانون المدني بعمومه قال بذلك؟ وما موقف القانون المدني الأردني؟ هذا ما سيتناوله هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف القانون المدني من ضوابط الحق في ضوء معايير نظرية التعسف.

اختلف القانونيون في إقرار النظرية، فرفض بعضهم النظرية ككل، بناء على الفكر اللبرالي الذي يقر بأن الحق متى ثبت كان مطلقًا، وبعضهم قال بها[44]. والذين أقروا النظرية وبأنها قيد على

التصرف الجائز، اختلفوا في المعايير التي تدل على وجود الوصف التعسفي للاستعمال، فبعضهم قال بالمعيار الشخصي(الذاتي)، وبعضهم قال بالمعيار المادي (الموضوعي)[45]، ثم أوردوا المآخذ على هذين المعيارين. قال جويعد: "وفي رأينا أن العيب الذي يَعْتَوِرُ هذا المعيار أن نية وقصد الإضرار بالغير هي من الأمور الباطنية التي يصعب في الكثير من الأحيان الكشف عنها، سيما وأن النفس البشرية أمارة بالسوء، ولذا يحرص الشخص في الغالب على الكتمان وإتباع كل السبل لتبقى نيته طي الخفاء"[46]. إلا أنه يرد عليه: بأنه لابد من قرائن تحف بالحادثة، ومن أمثلتها القرائن التي تبين قصد صاحب الحق ما يلي[47]:

1.انتفاء المصلحة المشروعة، فلا تتوافق مع قصد الشارع.

2.تفاهة المصلحة؛ حيث يرجى من التصرف مصلحة إن قيست بمدى الضرر الذي يلحق بالغير أثناء الاستعمال كانت تافهة.

3. أن يكون لصاحب الحق وسيلة أخرى لا تضر الغير، أو أقل ضرر إلا أنه يستعمل الوسيلة المضرة.

4."إن استعمال الحق دون منفعة، قرينة على أن-مستعمل الحق- لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة في هذه الحال"[48].

وأورد جويعد مأخذًا على المعيار الموضوعي، فقال: "وفي رأينا أن ما يؤخذ على هذا المعيار هو الخلاف الذي يثيره أمام القضاء فيما إذا كان هذا الأثر الذي أحدثه مستعمل الحق يعتبر ضررا أم لا وفيما إذا كان هذا الضرر جسيما يستحق التعويض أم أنه يسيرا تافها لا يستلزم التعويض"[49]. ويرد على ذلك: أن العرف الصحيح يضبط ما كان ضررًا معتبرًا، وما ليس بضرر معتبر.

وبناء على ذلك فإن ضبط استعمال الحق في ضوء معايير التعسف يتباين في القانون المدني، فمنهم جعل الحق مطلقًا فلم يتصور عنده تقييد استعمال الحق، ومنهم من قال بتقييد استعماله من جهة أحد المعيارين، ومنهم من قال بتقييد استعمال الحق بالنظرية التعسف بمعياريها.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني الأردني من ضوابط الحق في ضوء معايير نظرية التعسف.

إن القانون المدني الأردني لم ينفصل عن الفقه الإسلامي، وقد استفادة من التنظير القانوني للقوانين المدنية، وقد نص على اعتبار نظرية التعسف، وعلى ضوابط تمثل المعيار الذاتي والموضوعي جامعا بين أقوال القانونين موافقا لمجلة الأحكام العدلية، فقد جاء فيه في المادة (66) من القانون المدني: "ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ. إذا توافر قصد التعدي. ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج. إذا كانت المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر. د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"[50]. وبذلك يظهر أن القانون الأردني قد أعمل كلا المعيارين كما في البند (أ) حيث يمثل القصد وهو المعيار الذاتي، وأما باقي البنود فأساسها المعيار الموضوعي. وعليه فإن القانون المدني الأردني ضبط استعمال الحق بضوابط مرتبطة بمعايير التعسف كما سبق وبينا في ضوابط استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وهي : عدم وجود قصد الإضرار بالغير، ووجود مصلحة معتبرة شرعًا لصاحب الحق، وعدم مخالفة مقاصد الشريعة أو الأعراف المستقرة الصحيحة، وأن لا يترتب على الفعل ضرر فاحش أو غير معتاد بالغير. وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية، إذ جاء في حكمها رقم (1170 لسنة2021): "وحيث إنه من المقرر في المواد (60 و 61 و 66 و 1021 و 1024) من القانون المدني، وما جرى عليه قضاء محكمة التمييز حول هذه المواد أن المشرع قد بين فيها نطاق استعمال الحق والقيود التي أوردها على تصرف المالك بملكه، فإذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالًا مشروعًا لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر، وإن كان قد استعمله استعمالاً غير مشروع وتوافر قصد التعدي لديه، أو كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة أو المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، أو إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة، أو كان الضرر فاحشاً، أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة كان ضامناً لما يترتب على استعماله لحقه من تصرف بملكه من ضرر للغير، كما يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف"[51].

المبحث الثالث: ضوابط استعمال المباح في ضوء قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وموقعها من نظرية التعسف.

إن القواعد الفقهية لها أهمية كبيرة وخاصة في ضبط الأحكام للحفاظ على مقاصد الشارع وغاياته؛ لأن الأحكام غائية لها أهداف ترمي إليها فلابد من ضبطها، لذا سيتناول هذا المبحث بيان

ضوابط استعمال المباح في ضوء القاعدة ثم بيان موقعها من نظرية التعسف وهذا في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: ضوابط استعمال المباح في ضوء القاعدة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

إن القاعدة المذكورة في ظاهرها تُطلق التصرف فيما هو جائز بحيث تنفي الضمان، أي الأثر الواقع المترتب للغير جراء استعمال الحق، إلا أنه وبرجوع إلى مصادرها وجد أن عليها استثناءات تمكن من معرفة الضوابط التي تجري على استعمال الحق في ضوئها.

الفرع الأول: ضوابط استعمال المباح في ضوء القاعدة في الفقه الإسلامي.

قد ورد على هذه القاعدة استثناءات [52]، وقيود، وقد جاء في الموسوعة الفقهية أنها مقيدة بقيدين: "أن لا يكون المباح مقيدا بشرط السلامة، فيضمن، وأن لا يكون في المباح إتلاف الآخرين وإلا كان مضمونا"[53]، وقد قال الزرقا -رحمه الله: "ينبغي أن تكون الجواز المطلق ينافي الضمان"[54]، إي أن تطبيق القاعدة لا يكون على الجائز المقيد. ويمكن استنباط ضوابط الاستعمال في ضوء القاعدة المذكورة من خلال ما جاء عند فقهاء الشريعة الإسلامية في بعض الفروع التي لها ارتباط بالقاعدة، ومن ذلك:

1.أن يكون الاستعمال ضمن حدود الجائز فمتى خرج عن الحد أصبح تعديا.

2.تقييد الوكيل بالشراء بعدم الضرر الفاحش بالأصيل، قال ابن عابدين: "ويقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير"[55]، ومعرفة ذلك يكون من خلال "مقوم من أهل الخبرة حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش بالإجماع"[56].

3. عدم الأخذ في حالة الضرورة، فمن استعمل حقا أجيز له للضرورة فإنه يضمن ما أخذ[57].

4.أن لا يكون الجواز الشرعي مقيدا بشرط السلامة[58]، وهذا يظهر جليا في المشتركات. جاء في الهداية: "والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركًا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدًا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين "[59].

5.أن لا يكون استعمال الجائز على خلاف المعتاد والمصلحة[60].

6.أن يكون الاستعمال بشكل آمن[61]، "كمن أجج نارا على سطح في يوم عاصف ضمن، ولو بغتته الريح لم يضمن"[62].

وعليه فإن استعمال الحق في ضوء القاعدة ليس مطلقا وإلا ثبتت المناقضة، فلا يستقيم أن يكون الشيء جائزا وبنفس الوقت يوجب ما يخالفه وهو الضمان، فالمضطر عندما يقضي حاجته من طعام غيره وجب عليه الضمان، وما ذلك إلا متفقا مع القاعدة وليس استثناء؛ "لأن الجواز هنا مقيد بعدم الإضرار بالغير"[63]، وقد أبيح ذلك من أجل حفظ النفس، وأيضا فإن التعسف في استعمال الحق يوجب الضمان من هذا الباب فيكون مقيدا لإطلاق القاعدة؛ لأن الضرر ممنوع فيجري على كل الكليات، وهكذا كما سيتضح ذلك في المطلب الثاني.

الفرع الثاني: ضوابط استعمال المباح في ضوء القاعدة المذكورة في القانون المدني الأردني.

لقد سار القانون المدني الأردني مع ما قاله الفقه الإسلامي، حيث جعل الاستعمال الجائز مقيدا بقيود، والتي هي متوافقة مع الفقه الإسلامي، ويتضح ذلك من خلال النصوص القانونية، فقد جاء تقيد القاعدة بالاستعمال المشروع[64]، وإن استعمال المضطر لا يبطل حقوق الغير[65]. وقد فسر الاستعمال المشروع: بأنه الاستعمال الذي لا يقصد منه التعدي، وفيه مصلحة تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر، ولا يتجاوز ما جرى عليه العرف والعادة[66].

وعليه فإن القاعدة مقيدة بقيود في الفقه الإسلامي والقانون أي تلك القيود التي ترجع في تقييد الحق، حيث لا جواز إذا كان استعمال الجائز قصد منه الضرر، وهذا كما قال صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)[67]، أو كان لا يحقق مصلحته الموضوع له، قال الزحيلي: "ليس حق الملكية حقا مطلقا، وإنما هو مقيد بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإذا ترتب على استعمال الحق إحداث ضرر بالغير نتيجة إساءة استعمال هذا الحق، كان محدث الضرر مسؤولا"[68]، وهذا ما أدى إلى النظر إلى الحق بأن له طبيعة اجتماعية مشتركة[69].

المطلب الثاني: موقع نظرية التعسف من قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

سبق بيان أن القاعدة مقيدة بقيود ومستثنى منها بعض الاستثناءات[70]، وتأكد أن القيود والاستثناءات هي قيود تجري على الاستعمال، بينما نظرية التعسف هي جاءت لتقييد الاستعمال ابتداء بحيث إن اقترن الفعل بنوع من التعسف أو الضرر غير المشروع يفقد صفة الجواز، ويصبح موجبًا للضمان، وسيتضح ذلك من خلال بيان نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما، ثم خلاصة العلاقة في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: نقاط الاتفاق والاختلاف بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

أولا: نقاط الاتفاق بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، إن الاتفاق بينهما يمكن استنباطه بناء على ما سبق بيانه ودراسته، في النقاط الآتية:

1.إنهما يجريان على استعمال الحق أو الأمر المباح، وهذا ما يفرقهما عن التعدي الذي يكون ممنوعا في أصله.

2.إنهما جاءا لمنع التعسف، فالنظرية تمنع تعسف مستعمل الحق، والقاعدة تمنع من تعسف السلطة في تضمين مستعمل الحق وإلا ثبتت المناقضة.

3.كلتاهما تتعلقان بمسؤولية الشخص عما ينتج عن فعله المشروع في أصله.

ثانيا: نقاط الاختلاف بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، إن الاختلاف بينهما يمكن استنباطه بناء على ما سبق بيانه ودراسته، في النقاط الآتية:

1.المصدر التنظيري: حيث إن النظرية هي صياغة قانونية، والقاعدة هي صياغة من الفقه الإسلامي.

2.الأساس: تقوم نظرية التعسف في أساسها على تقييد استعمال الحق من حيث النتيجة والقصد، بينما القاعدة هي تنفي المناقضة بين فعل الجائز وأثره.

3.المجال: إن المجال النظرية في الأساس يجري على التعسف في استعمال الحقوق، بينما القاعدة تجري على المباحات التي تشمل أكثر من الحقوق.

4.النية: إن القصد يمثل معيار من معايير النظرية بينما هو أقل أثرا في القاعدة.

5.في أصل الاستعمال: القاعدة تأكد أن الاستعمال في أصله مطلقا، والقيود هي على سبيل الاستثناء، بينما نظرية التعسف تقييد الاستعمال ابتداء بحيث إن أصل الاستعمال مقيدا بعدم التعسف.

6.المسؤولية: إن النظرية تسمح بإقامة المسؤولية إذا تبين أن النية أو النتيجة تؤكد سوء الاستعمال أو الانحراف عن المقصود المشروع من الحق، بينما القاعدة تسير في اتجاه إعفاء مستعمل المباح من المسؤولية إذا كان فعله مشروعا في ظاهره.

الفرع الثاني: خلاصة العلاقة بين نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

قد تبين مما سبق أن النظرية والقاعدة تَرِدان على الفعل المشروع بأصله، وبناء عليه فإن فهم تمام العلاقة بينهما يكون من أيضا من خلال فهم طبيعة الحق[71]، التي بينها الدريني، فقال: "أن الله منح الحق لحكمة هي المصلحة. وأن الأصل في الحق التقييد؛ لأنه منحة فتتقيد بقيوده ابتداء. وأن حق الفرد مقيد بما يحقق المصلحة. وأن الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه (حق الفرد، حق الجماعة). وأن الفرد ذو كيان مستقل ليس مجرد آله اجتماعية. وأن الفرد كالدولة كلاهما يكتسب حقه من الله، فليس للدولة أن تمنع الفرد من حقه، فتكون رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر بغيره"[72].

وعليه فتكون النظرية مقيدة للحق والذي يترتب عليه تقييد القاعدة. ويفهم هذا التقييد في المعنى الإشاري لكلام الشاطبي، إذ قال: " ففي العادات حق لله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأن حق غير المحافظ عليه شرعا أيضا، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حق لله تعالى صرفًا في حق الغير، حتى يسقط حقه باختياره في بعض الجزئيات"[73].

وجاء في كلام المحقق على ما سبق: "أن طبيعة الحق الفردي في الإسلام ليس فرديًا خالصًا؛ بل هو حق مشترك، وتثبت له صفة مزدوجة هي الفردية والجماعية في وقت معا: أما الفردية؛ فلأن الحق ليس بذاته وظيفة، بل هو ميزة تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه؛ فحق الفرد أصلاً شخصي، وأما الجماعية؛ فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع اتخاذه وسيلة إلى الأضرار بغيره فردًا أو جماعة، قصدًا أو بدون قصد، بالنظر إلى نتائج استعماله"[74].

إذن ظهر واضحا أن القاعدة المذكورة مقيدة بعدم الإضرار بالغير، سواء كان من حيث القصد أو من حيث النتيجة؛ لأن التعسف في استعمال الحق هو في الحقيقة تجاوز الجواز الشرعي، فكان الجواز الشرعي مقيدا بعدم التعسف، ولضبط التعسف حتى يكون قيدا معتبرا على القاعدة جاءت المعايير والضوابط له على ما سبق، فإن اقترن الفعل بنوع من التعسف فإنه يفقد صفة الجواز، ويصبح موجبًا للضمان، وعليه، فإن التعسف في استعمال الحق يُعدّ استثناءً من هذه القاعدة، ويُبنى عليه آثار فقهية تتعلق بالضمان والمسؤولية، وبهذا ظهرت العلاقة بينهما.

المبحث الرابع: الطلاق التعسفي وحكم التعويض عنه وفق نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

يُظهر هذا المبحث كيفية التعامل مع القضايا التي لها أكثر من تصور، فمن رجح أن الجواز الشرعي منافي للضمان على إطلاقه أختلف عمن قيدها بعدم التعسف، ولإظهار ذلك جاء هذا المبحث في مطلبين، على النحو الآتي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.

لم يرد في الكتب الفقهية القديمة مصطلح الطلاق التعسفي، ولم يجرِ على ألسنتهم هذا اللفظ؛ إذ إن هذا اللفظ مصطلح جديد وفد إلى البلاد الإسلامية، كغيره من المصطلحات القانونية المستجدة والمستحدثة مع القوانين الأجنبية. فنشأ هذا المصطلح مع نشأة نظرية التعسف، إلا أن مضمون هذا المصطلح موجود عند فقهاء المسلمين، تحت مسميات ومصطلحات أخرى، كالطلاق الحرام[75]، وطلاق الفار أو مريض مرضا مخوف، فطلاق الفار هو ما يقوم به شخص لحرمان زوجته من الميراث فيطلقها في مرض موته، وجمهور الفقهاء على معاملته على خلاف قصده فحكموا بتوريثها[76]، فقصد الإضرار من الجائز مرفوع عن الزوجة. إذن قد حكم جمهور الفقهاء في الطلاق التعسفي كما هي الصورة في من يطلق في مرض الموت؛ لأن مرض الموت قرينة أظهرت قصد الإضرار، فالمريض أكثر ما يحتاج إلى زوجته، وتوريثها مما يرفع الضرر، لكن لا يكون هذا متصور في صورة الطلاق التعسفي في حالة حياة الزوج، فهل تتناسب العقوبة المالية بأن تكون وسيلة تدفع الضرر عن الزوجة؟ سيتبين ذلك في المطلب الثاني.

الفرع الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

إن وصف الطلاق بالتعسفي جاء "لأن الزوج هو صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق، ولأنه استخدم هذا الحق وهذه الصلاحية على خلاف مقاصد الشرع من إيقاع الطلاق في حال وجود مبرر ومسوغ شرعي لإيقاعه، وكذلك إنهاء الرابطة الزوجية"[77]. وقد عُرف بناء على قانون الأحوال الشخصية الأردني: أنه استعمال "ألفاظ الطلاق من أجل إلحاق الضرر قصدا ونية دون حاجة"[78]. وعليه فإنه من المناسب لهذه الوصف العقوبة المالية المتمثلة بالتعويض عنه الذي أقره ذات القانون.

ويفهم أن قانون الأحوال الشخصية الأردني نظر إلى الطلاق التعسفي، على أنه: "ما كان لغير سبب معقول على زوجته، حيث نص القانون في مادة (155) على أنه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفًا، كأن طلق لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد عن نفقة ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا أو يسرا، ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرًا وأقساطًا إذا كان معسرًا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى"[79].

وعليه يكون قانون الأحوال الشخصية الأردني قد عَمِل بنظرية التعسف التي أقرها القانون المدني الأردني، مما جعل التوافق بين القانونين، ويكون قد قيد الحقوق والمباحات بعدم التعسف، فنظر إلى أن إباحة الطلاق ليست مما ينافي الضمان خاصة إن قصد الزوج الإضرار أو كان استعماله للطلاق استعمالا غير معقول.

المطلب الثاني: جريان التعامل مع الجواز الشرعي(الطلاق) في ضوء نظرية التعسف والقاعدة.

إن الطلاق ليس ممنوعًا في الأصل، بل هو حق ثبت للزوج، وله غاية عظيمة؛ مثل تخليص البيت من النكد الدائم المرض لذوي الأسرة، وكما سبق فإن أحكام الشريعة هي التي تعطي الحق الذي هو وسيلة للمصلحة المقصودة للشرع. ومتى وقع الحق موافقا لقصد الشرع كان منافيًا لضمان. فهل الانحراف في الطلاق عن مقصده يوجب الضمان فتطبق نظرية التعسف؟ أم لا تطبق؛ لأنه وقع على أمر جائز شرعا، وهذا ما يظهره كلام العلماء في مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، وبيانه على النحو الآتي:

مسألة: التعويض عن الطلاق التعسفي:

إن مما يرفع الضرر به التعويض العادل، والذي يقصد به "تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ"[80]، فقصر الزحيلي التعويض على التعدي والخطأ وهو ما يطلق عليه الخطأ التقصيري فقط، إلا أن الزرقا وسع من فكرة التعويض العادل ليشمل التعسف، فقال عنه:"هو التزام بتعويض مالي عن الضرر للغير"[81]، والذي يقصد منه دفع الضرر بقدر الإمكان[82].

وقد اتفق العلماء على أن الضرر والإضرار من المحرمات، قال النبي -صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)[83]، وهذا من المعلوم من الدين بالضرورة، واتفقوا أن الطلاق هو حق بيد الزوج يقع على الزوجة، وبناء عليه فإن الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة من المحرمات في الشريعة،

والذي يؤدي إلى الإثم، فالطلاق هو مفسدة بذاته شرع لتحقيق مصلحة هي أقوى منه، واختلف العلماء المعاصرين في حكم تعويض المطلقة من طلقها عن الطلاق التعسفي على قولين:

أولا: القول الأول: ذهب أصحابه إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي تقييدا لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، فطبقوا نظرية التعسف عليه، وممن ظهر عنده ذلك مصطفى السباعي[84]، محمد فتحي الدريني[85]، وعبد الرحمن الصابوني[86]، وعبد الفتاح عمرو[87]. واستدلوا على ذلك بجملة من الأدلة، منها:

1.قوله ﷺ"لا ضرر ولا ضرار"[88].

إن الطلاق التعسفي يلحق الضرر بالزوجة، وهذا الضرر يتنوع إلى ضرر معنوي يتمثل في الأذى النفسي الذي تعاني منه المطلقة، وما يستتبع ذلك من الآم الفراق التي تستشعرها المطلقة، بالإضافة إلى الضرر المادي الذي يتمثل في فقدان النفقة التي هي حق للزوجة وواجب على الزوج[89]، وأن بعض الأزواج قد يسيئون استخدام حق الطلاق الذي منحهم إياه الشارع ويتعسفون في استخدامه، فناسب أن تستحق الزوجة المطلقة تعويضا عن هذا التعسف في استخدام الحق[90].

نوقش: إن الطلاق حق للزوج وهو مشروع وجائز، وما كان هذا شأنه فلا يستوجب التعويض بناء على قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[91]، أي بما أن الطلاق مشروع بالأدلة الشرعية الثابتة في القرآن والسنة، وهو حق ثابت للزوج، إذن فهو لا يوجب التعويض.

1.قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على المتعة المعطاة للمطلقة، والتي كان فيها الحكم وفق مذهبين هما الوجوب والاستحباب[92].

نوقش: بأنه لا يصح قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على المتعة، لأن التعويض عن الطلاق التعسفي سببه التصرف في حق على خلاف مقصود الشارع، وليس من باب الفضل بين الزوجين الوارد في قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾[البقرة: 237].

2.قياس سائر صور الطلاق التعسفي في استحقاق التعويض على طلاق مريض مرض الموت، حيث تم توريث الزوجة من الزوج؛ لأنه متعسف في إيقاع الطلاق، فلما كان الباعث غير مشروع والمتمثل بحرمان الزوجة من الميراث، جاءت العقوبة بخلاف مقصده وهي توريث الزوجة، والطلاق دون سبب يوجب التعويض[93].

نوقش: وقد يناقش أن ذلك من العدل؛ لأن المرض قرينة قوية بأنه لم يقصد إلا الإضرار المتمثل بحرمانها من الميراث، وسبب القوة أن المريض يحتاج إلى زوجته، ولا ينطبق في الطلاق التعسفي.

ويرد: إن هذا متفق عليه إذ يلحق به كل ما كان في معناه وله ذات العلة وهو إرادة الضرر، أو مآله الضرر، ورفع الظلم واجب؛ لأن تطليق الرجل زوجته من غير مسوغ يعد ظلمًا لها، فكان التعويض مناسبًا لردع الأزواج عن إلحاق الظلم بزوجاتهم، وهذا عين المقصود من توريث المطلقة في مرض الموت.

3. قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على الخلع، حيث إن الزوج يأخذ من زوجته مالاً مقابل أن يطلقها، ويكون هذا المال تعويضًا له، كذلك من حق الزوجة أن تأخذ من زوجها مالاً لطلاقه دون سبب مقبول لهذا الطلاق[94].

نوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ حيث البدل في الخلع جاء من باب التعويض للزوج عما أنفقه عليها، وأما التعويض عن الطلاق التعسفي للزوجة فلا مقابل له[95]، لا سيما أن التعويض لا يقتصر على الضرر المادي فحسب، بل هناك "ضررا أعم وأشمل وهو الضرر المعنوي الذي يلحق بالزوجة"[96].

ثانيا: القول الثاني المنع: وبه قال مجموعة من العلماء المعاصرين، مثل: نور الدين العتر[97]، وسامي صالح[98]، وبدران أبو العنين بدران[99]، واستدلوا على ذلك بجملة من الأدلة، منها:

1. عدم وجود نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية يقضي بالتعويض عن الطلاق التعسفي[100].

نوقش: لو أن كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية منصوص عليه بنص من القرآن والسنة لأغلق باب الاجتهاد، وكذلك يوجد الكثير من المسائل الفقهية المعاصرة المستجدة التي هي بحاجة إلى استنباط أحكاما شرعية. فهل نعطل أحكام الشريعة لأنه لا نص خاص في هذه المسائل؟ أو نسعى لاستنباط الأحكام الشرعية من خلال الأدلة الإجمالية، وبقياس المسائل ضمن النصوص والقواعد العامة للتشريع وروح التشريع.

2.إن الطلاق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، وبما أنه حق أباحه الشرع فلا مقيد له سواء بمسوغ شرعي أو بدون مسوغ، فهو استعمل حقا مباحا له شرعا، فلا يستدعي ذلك ترتب أثر على استعماله حقا مباحا له شرعا، إي أطلقوا الجواز مما يتوافق مع ظاهر قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

نوقش: لا خلاف في أن الطلاق من حق الرجل وهو جائز شرعا، لكن إذا ترتب على استعماله إلحاق ضرر بالمطلقة بلا سبب معقول، فعندئذ يستوجب التعويض؛ لأن القاعدة "الجواز الشرعي ..." مقيدة بعدم الإضرار كما سبق.

3.إن القول بالتعويض "فيه كشف لأسرار البيوت أمام المحاكم وفضح لأسرار الزوجية"[101].

نوقش: إن القول في التعويض عن الطلاق التعسفي كشف لأسرار البيوت أمام المحاكم فيه صحة، لكن ليس على العموم فالقضاء يفرق بين الزوجين للشقاق، والغيبة، والضرر، والإيلاء، واللعان، ومع ذلك أباح الإسلام ذلك وفي جميعها كشف لأسرار الحياة الزوجية[102]، وما هذا إلا أنه يرتكب أخف الضررين ويدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف، وهو ليس سببا معتبرا لإبقاء الضرر أو عدم التعويض عنه.

4."إن إلزام الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي إلزامه بالعيش مع زوجة من المحتمل ألا تتحقق معها الأهداف المرجوة من الحياة الزوجية مما يبعد عن المسار والمقصد الذي جاء الزواج ابتداء له"[103].

نوقش: إن القول بالتعويض لا يستلزم أن نحرم الطلاق على الزوج، بل ما يبتغى له أن يعيش مع من يرغب ليكون بينهم مودة ورحمة التي هي أساس العلاقة الزوجية، لكن بالمقابل أن يعوضها بعد طلاقها من باب جبر خاطرها ومساعدتها وتعويضا للضرر الذي لحقها بالطلاق[104]، لا سيما إن أحسن الطلاق فلم يوقعه بشكل تعسفي فلا ضمان عليه.

ثالثا: الرأي الراجح:

يترجح لدى الباحث القول القائل بأن التعويض عن الطلاق التعسفي صحيح، الذي يتوفر فيه ضابط من ضوابط التعسف؛ كقصد الضرر، أو لا مصلحة فيه، أو الضرر بالنظرة الموضوعية على ما سبق ذكره، وهو في الحقيقة ترجيح الأدلة التي استدل بها من قال بجريان التعسف على الطلاق؛ ولأن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي نظرية معمول بها، وقد رتب عليها الفقهاء العديد من العقوبات والأجزية، وهي تنطبق وتجري في كل الحقوق التي هي منح من الشرع؛ لتحقق وتضبط المصلحة منها، فلو كانت القاعدة التي أحتج بها المانعون على أطلاقها؛ لسبب أنكار القيود التي وردت عليها مما سبق بيانه، مما يترتب عليه إبطال لأحكام وقواعد عديدة.

وهذا ما يؤكده الدريني في قوله: "هذا والضرر في حد ذاته ممنوع في الفقه الإسلامي إيقاعه ووقوعه بقطع النظر عن منشئه ...، لعموم قوله عليه السلام "لا ضرر ولا ضرار" وهذا من حقائق التشريع الثابتة، بل هو أصل عام حاكم على التشريع كله، وتؤيده جزيئات وكليات كثيرة، فكل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصدا أو مآلا، أيا كان منشؤه"[105].

إضافة إلى أن الطلاق التعسفي يهدم الأسرة التي أمر الشرع المطهر بالمحافظة عليها، ثم إنه قد استقر أن كل عمل أو إجراء تعسفي يستلزم جزاء دنيويا أو أخرويا أو يكون مركبا من كليهما، وهذا متوفر في الطلاق الذي يرتب عقوبة أخروية إذا قصد الزوج إلحاق الضرر بمطلقته، كما يستلزم تعويضا ماديا عما لحق الزوجة من ضرر معنوي ومادي.

الخاتمة وتشمل أهم النتائج والتوصيات:

أولا: أهم النتائج: من خلال هذا البحث خلصت إلى النتائج الآتية:

1.نظرية التعسف هي حديثة في صياغتها، لكن جوهرها متأصل في الفقه الإسلامي. تُعرّف بأنها ممارسة الحق المشروع أصلًا بطريقة تناقض مقصد الشارع، سواء كان ذلك بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو عندما تكون المنفعة المتحققة تافها مقارنة بالضرر الذي يلحق بالآخرين. وقد تبنى القانون المدني الأردني هذه النظرية، مؤكدًا على أن استعمال الحق غير المشروع يوجب الضمان.

2. قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" هي قاعدة فقهية أصيلة تُفيد بأن الفعل المأذون فيه شرعًا لا يترتب عليه ضمان إذا نتج عنه ضرر. وقد أخذ بها القانون المدني الأردني صراحة. ومع ذلك، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل هي مقيدة بقيود عدة.

3. يتضح أن ضوابط استعمال الحق في ضوء نظرية التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني الأردني، تتمحور حول نقطتين رئيسيتين:

- يُقيّد استعمال الحق بعدم تمحض قصد الإضرار بالغير، وبأن تكون المصلحة المرجوة من الفعل مشروعة. إذا كان القصد الأساسي هو الإضرار، أو كانت المصلحة غير مشروعة، فإن الاستعمال يُعتبر تعسفيًا.

- يضبط استعمال الحق بأن لا يؤدي إلى اختلال في التوازن بين المصالح المتعارضة (أي أن لا تكون المنفعة المتحققة أقل بكثير من الضرر اللاحق بالغير)، وأن لا يُحدث ضررًا فاحشًا أو غير معتاد يتجاوز الأعراف والعادات المستقرة. وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني.

4. إن موقع نظرية التعسف من هذه القاعدة هو أنها تُعد بمثابة التقييد لها. فالتعسف في استعمال الحق هو في حقيقته تجاوز لحدود الجواز الشرعي، مما يُبطل إطلاق القاعدة ويُوجب الضمان. بمعنى آخر، الجواز الشرعي ينافي الضمان ما لم يكن هناك تعسف في استعمال هذا الجواز؛ وعندئذ، تُلغى المنافاة ويُفرض الضمان.

5. لا يتعارض الطلاق التعسفي والتعويض عنه مع قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان". فالطلاق، وإن كان حقًا مباحًا للزوج أصلاً، إلا أن استعماله تعسفيًا يفقده صفة الجواز المطلق الذي يمنع الضمان.

ثانيا: التوصيات:

1. تضمين النص القانوني ضوابط استعمال الحق المستنبطة من معايير التعسف وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، بما يسهل التطبيق على المسائل المرتبطة باستعمال الحق، ويوضح القيود الواردة على استعمال الحق بما ينسجم مع مبدأ عدم الإضرار.
2. تقييد قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" بعدم التعسف حتى لا تفهم على إطلاقها.
3. التأكيد على أن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس انتقاصًا من حق الزوج في الطلاق، بل هو تنظيم لهذا الحق بما يضمن عدم الإضرار بالطرف الآخر، ويحافظ على مقاصد الشرع في بناء الأسرة وحمايتها من العبث.

الهوامش:

.

1) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحنفي (١٢٥٢هـ/١٨٣٦ م) ، **حاشية ابن عابدين= رد المحتار على الدر المختار**، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م (ط2) ، (5/ 523).

2) وقد بني التأصيل الشرعي للنظرية على أدلة نفي الضرر في القرآن الكريم، والسنة المشرفة، وقضاء الصحابة -رضي الله عنهم، وفروع فقيه متعددة ومقارنة آراء وأقوال الفقهاء فيها، وقد تأكد تكييفها وتأصيلها من خلال: نظرية العذر والاستحسان للمصلحة عند الحنفية، وسد الذريعة عند المالكية الحنابلة، وبعض أقوال الشافعية في نفي الضرر في بعض الفروع الفقهية؛ كحبس المدين. ينظر: محمد فتحي الدريني(ت 1434هـ/ 2013)، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1397هـ-1977م، (ط2)، ص 55وما بعدها.

3) أحمد بن محمد الفيومي (ت٧٧٠هـ / ١٣٦٨م)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، بيروت، المكتبة العلمية، بدون تاريخ، ص155.

4) محمد بن مكرم بن على ابن منظور(ت ٧١١هـ/1312م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، 1414 هـ (ط3)، ج9، ص245.

5) أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري(٤٦٧هـ/ ١١٤٤م)، **أساس البلاغة**، بيروت، دار الفكر، 1399هـ(ط1)، ج1، ص420.

6) ينظر: عبد الرزاق السنهوري (ت 1391هـ/ 1971م). **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام**، مصر: دار النشر للجامعات المصرية، 1952م، (ط1)، ص696.

7) ينظر: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م (ط2)، ج6، ص464؛ والدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ص45-46.

8) بتصرف أحمد صويعي شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، (٢٠٠9م) ، مجلة الشريعة والقانون، (ع 38) ص16.

9) مصطفى السباعي (ت١٣٨٤هـ/ 1964م)، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، سوريا، مطبعة جامعة دمشق،1385هـ (ط7)، ج1، ص272.

10) محمد أحمد أبو زهرة (ت1394هـ/1974م)، **التعسف في استعمال الحق**، القاهرة، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والأدب، 1963م (د ط)، ص91.

11) الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ص54.

12) ابراهيم بن موسى بن أحمد الشاطبي(ت٧٩٠ هـ/١٣٨٨م)، **الموافقات**، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٧ م (ط1)، ج 3، ص28.

13) ينظر: الدريني، نظرية التعسف، ص63.

14) معظم القوانين المدنية أقرت بهذه النظرية ومن أوائل ذلك القانون المدني الفرنسي. ينظر: مادة 702 من القانون المدني الفرنسي، طبعة دالوز(108) لسنة 2009، ترجمة: ادوارد عيد؛ وبشير بيلاني، مرجعة: شامل باسيل. وقد تبعه معظم التشريعات العربية. ينظر: المادة 5 من القانون المدني المصري، رقم (131) لسنة 1948م، ؛ المواد 64، 66، 1025، 1027 من القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976م. وقد أنكر بعضهم النظرية. ينظر: السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام**، ص698.

15) المادة 66 فقرة 1 من القانون المدني الأردني.

16) المادة 5 من القانون المدني المصري.

17) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣ هـ/ 1090م)، **المبسوط**، مصر، مطبعة السعادة ، د.ت (د. ط)، ج9، ص63؛ محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي (ت ٧٤١هـ/ 1340م)، **القوانين الفقهية**، دون معلومات؛ ص221؛ محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت794هـ/ 1392م)، **المنثور في القواعد الفقهية**، الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م (ط2)، ج3، ص 163؛ محمد بن مفلح المقدسي (ت ٧٦٣هـ/ 1362م)، **الفروع** -مطبوع معه: (تصحيح الفروع: لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥))- تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م (ط1)، ج7، ص176.

18) السرخسي، **المبسوط**، ج9، ص63.

19) ابن جزي، **القوانين الفقهية**، ص221.

20) الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ج3، ص 163.

21) ابن مفلح، **الفروع**، ج7، ص 176.

22) علي حيدر خواجة أفندي(ت1353هـ/ 1934م)، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، (ط1)، ج1، ص 92.

23) المادة 61 من القانون المدني الأردني.

24) ينظر: المادة 66 من القانون المدني الأردني.

25) ينظر: المادة 48 من المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتبة الفنية، 1985، ط2.

26) سعيد أمجد الزهاوي، **التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون**، مصر، جامعة القاهرة، رسالة ماجستير1974، منشورة، جامعة بغداد، 1975م، ص180.

27) عبير ربحي شاكر القدومي، **التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، رسالة ماجستير، (منشورة، عمان دار الفكرة، 2007) الأردن، الجامعة الأردنية، 1996م، ص173-174.

28) محمد فتحي الدريني(ت 1434هـ/ 2013)، **النظريات الفقهية**، دمشق، جامعة دمشق، 1416هـ/ 1996م (ط4)، ص 131.

29) توفيق عيسى حامد أبو هاشم، **متعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، الأردن، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، غير منشورة، 1992م، ص97.

30) عبد الرحمن بن شهاب الدين ابن رجب (ت ٧٩٥هـ/ 1393م)، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم**، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، دمشق – بيروت، دار ابن كثير، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م، (ط1)، ص ٦٧١.

31) محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت1122هـ/١٧١٠م)، **شرح الزرقاني على موطأ مالك**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م (ط1)، ج4، ص67. ونقل الزرقاني تحسين النووي للحديث قال: "قال النووي: حديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضا".

32) ينظر: ابن رجب، **جامع العلوم والحكم**، ص671 وما بعدها؛ محمد صدقي بن أحمد الغزي(1446هـ/ 2025م)، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة العالمية، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م، (ط4)، ص252.

33) الشاطبي، الموافقات، ج3، ص28.

34) المصدر السابق، ج3، ص 24.

35) ينظر في العلاقة بين الولاية والتعسف: إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير دراسة مقارنة، **المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية**، جامعة آل البيت (مج5، ع3) 2009م، ص84.

36) ينظر: أبو هاشم، **متعة المطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، ص 106.

37) ينظر: الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ص242.

38) القدومي، **التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ص42.

39) ينظر: الدريني، **النظريات الفقهية**، ص136.

40) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ/ 1834م)، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، دون مكان، دار ابن حزم، د ت، (ط1)، ص149.

41) ينظر: **المرجع السابق**، ص136.

42) القدومي، **التعسف في استعمال الحق**، ص42. وقد ذكر الدريني أن هذا من ضوابط اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، وهذا أدق؛ لأن تحديد الضرر الفاحش لا يبتعد عن النظر في ما يقابله، فقد يكون الضرر الفاحش يقابل ضررا فاحشا مثله أو أشد منه فإزالة بيت الجار لمنع النار من الوصول إلى كامل القرية مطلوب لأن الضرر الفاحش الذي لحق بالجار تعارض مع مصلحة الحفاظ على باقي بيوت القرية، فهذا الضابط لا ينفصل عن النظر في المصالحة المتقابلة. ينظر: الدريني، **النظريات الفقهية**، ص136.

43) ينظر: الدريني، **النظريات الفقهية**، ص137.

44) ينظر: السنهوري **الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام**، ص696.

25) ينظر: عيد جويعد، **نظرية-التعسف-في-استعمال-الحق-في-القانون-المدني-الأردني-1-2**، مقال منشور في مجلة الرأي -5-10 2011، https://alrai.com/article/461037 تاريخ الزيارة 3-5-2024.

46) المرجع السابق.

47) ينظر: الدريني، **نظرية التعسف**، ص200؛ وليندا ملكاوي، **التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية 2012** م، 1433هـ، 2013 ، دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد1، المجلد 40 ، ص144.

48) الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ص320.

49) ينظر: جويعد، **نظرية-التعسف...**، https://alrai.com/article/461037 .

50) المادة 66، فقرة 2 من القانون المدني الأردني.

51) ينظر تمييز حقوق 2020/4190 هيئة عامة تاريخ 2021/3/31، وتمييز حقوق 2018/8926 تاريخ 2019/5/20 ، وتمييز حقوق 2019/5920 تاريخ 2019/12/31 ، وتمييز حقوق 2006/768.

52) علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، ج1، ص 93.

53) ينظر: **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج28، ص 263.

54) مصطفى أحمد الزرقا (ت١٣٥٧هـ/١٩٣٨م)، **المدخل الفقهي العام**، بيروت، دار الفكر، 1968(د ط)، ج2، ص1032.

55) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج5، ص523.

56) علي حيدر، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، ج2، ص 289.

57) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج6، ص441.

58) ينظر: السرخسي، **المبسوط**، ج27، ص25.

59 علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت593هـ/١١٩٧م)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، المحقق: طلال يوسف، بيروت – لبنان، دار احياء التراث العربي (بدون ط)، ج4، ص 479.

60) ينظر: أحمد سلامة القليوبي (١٠٦٩هـ/ ١٦٥٩م) ؛ وأحمد البرلسي عميرة (٩٥٧هـ)، **حاشيتا قليوبي وعميرة**، بيروت، دار الفكر،١٤١٥هـ/١٩٩٥م (د ط) ، ج4، ص150.

61) ينظر: تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري (ت ٨٠٣هـ/ ١٤٠٢م)، **تحبير المختصر**، المحقق: د. أحمد نجيب، وحافظ خير، المغرب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م (ط1)، ج5، ص405.

62) خليل بن إسحاق بن موسى (ت ٧٧٦هـ/ ١٣٧٤م) ، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، المغرب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م (ط1)، ج8، ص340.

63) الدكتور محمد صدقي الغزي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت – لبنان، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦م (ط4)، ص364.

64) ينظر: المادة 61 من القانون المدني الأردني.

65) ينظر: المادة 63 من القانون المدني الأردني.

66) ينظر: المادة 66 من القانون المدني الأردني.

67) سبق تخريجه (حاشية رقم: 31).

68) وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ (١٤٣٦هـ/ 1915م) ، **الفقه الإسلامي وأدلته**، سوريَّة – دمشق، دار الفكر، بدون تاريخ (ط4)، ج4، ص 3229.

69) ينظر: الدريني، **النظريات الفقهية**، ص 109.

70) ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، ، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دمشق، دار الفكر، ١٤٢٧ هـ- ٢٠٠٦ م (ط1)، ج2، ص 728.

71) الحق: هو اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من أخر تحقيقا لمصلحة معينة. الدريني، **النظريات الفقهية**، ص123.

72) ينظر: الدريني، **النظريات الفقهية**، ص104- 106

73) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص 545.

74) آل سلمان، **تحقيق المو افقات لشاطبي** ، ج2، ص 545.

75) الطلاق المحرم أو البدعي: "هُوَ الطَّلَاق الْوَاقِع بعد الْمَسِيس فِي الْحيض دون سؤالها وَالْوَاقِع فِي طهر جَامعهَا فِيهِ وَلم يتَبَيَّن حملهَا فهذان أصلان". أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ/ 1111م)، **الوسيط في المذهب**، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام، 1417هـ (ط1)، ج5، ص361.

76) ينظر: محمد بن محمد البابرتي (ت٧١٤ هـ/١٣٨٤م)، **العناية شرح الهداية**، لبنان، دار الفكر، ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م، (ط1) ج٤، ص١٤٥؛ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ/ ١٨١٥ م) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، لبنان، دار الفكر، د. ت (د ط)، ج٢، ص٣٥٣؛ محمد بن أحمد الشربيني(٩٧٧هـ/١٥٧٠م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م، (ط1)، ج٤ ص٤٧٨. ج٤، ص٤٧٨؛ عبد الله بن أحمد ابن قدامة(٦٢٠هـ/١٢٢٣م)، **المغني**، تحقيق: طه الزيني وآخرين، القاهرة، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م (د ط)، ج٦، ص٣٩٥.

77) صبري عروة عكرمة، **الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة**، فلسطين، **مجلة جامعة فلسطين**، 2009، ص197.

78) محمد أحمد القضاة (ت1441هـ/ 2019م)، **الوافي في شرح قانون الأحوال الأردني** الجديد رقم 36، الأردن، وزارة الثقافة الأردنية، 1435هـ-2014 (ط2)، ص231.

79) المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 36، لسنة 2010.

80) وهبة مصطفى الزحيلي (ت 2015/1436م)، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، دمشق، دار الفكر، 1998م، ص87.

81) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج2، ص1017.

82) المرغناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ج3، ص39.

83) سبق تخريجه (حاشية رقم: 31)

84) السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ص267.

85) ظهر هذا واضحا في كتابة. ينظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

86) عبد الرحمن الصابوني (ت1441هـ/ 2019م)، **مدى حرية الزوجين في الطلاق مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية**، تقديم: محمد أبو زهرة ومصطفى السباعي ، القاهرة، دار الفكر، 1968م (ط2)، ج1، ص100.

87) عبد الفتاح عمرو(ت 1417/ 1996م)، **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**، عمان، دار النفائس، 1418هـ/ 1998م (ط1)، ص182-183.

88) سبق تخريجه (حاشية رقم: 31)

89) ينظر: ذياب زياد صبحي علي، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**، عمان، دار الينابيع، 1992م (د ط)، ص110-113.

90) ينظر: محمد فتحي الدريني(ت 1434هـ/ 2013)، **دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر**، دمشق، دار قتيبة، 1988 (ط1)، ج2، ص737.

91) محمد حسن عبد الغفار، ، **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net، تاريخ النشر بالشاملة: ١٤٣٢هـ، ج18، ص12.

92) ينظر: الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج7، ص532.

93) ينظر: السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ص57-58.

94) ينظر: محمد وهبة الزحيلي(ت1436هـ/ 2015)، **التعويض المالي عن الطلاق، دمشق**، دار المكتبي، 1418هـ/1998م (ط1)، ص 38.

95) ينظر: سامي صالح، **التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية**، الجامعة الأردنية، رسالة ماجستير غير منشورة، 1986م، ص 31.

96) الدريني، **دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر**، ج2، ص737.

97) ينظر: نور الدين عتر (ت١٤٤٢هـ/ 2020م)، **أبغض الحلال**، لبنان، دار الرسالة، 1404هـ-1984 (ط3) ، ص153.

98) ينظر: صالح، **التفريق بين الزوجين للضرر**، ص31 .

99) ينظر: بدران أبو العنين بدران(ت1404هـ/1984م)، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**، دار النهضة، 1967(ط1)، ص311. وينظر: سيد سابق(ت ١٤٢٠هـ، 2000م) ، **فقه السنة**، دار الفكر (ط1)، ج1، ص238.

100) ينظر: محمد عقله، **نظام الأسرة في الإسلام**، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، 2002م (ط3)، ص62.

101) الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق**، ج1، ص102.

102) المرجع السابق.

103) ينظر: الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق**، ج1، ص101.

104) الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص102. وينظر: محمد عقلة، **نظام الأسرة في الإسلام**، ص62.

105) الدريني، **دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر**، ج2، ص72.