

Received on (20-05-2022) Accepted on (21-06-2022)

<https://doi.org/10.33976/IUGISLS.30.4/2022/1>

Applications of abuse in the provisions of property and neighborhood transactions Between the Majalla and the Maliki jurisprudence

Abd Al-Rahman S. Al-Daya^{*1}

Islamic University-Gaza^{*1}

*Corresponding Author: Abdelrahman.aldaya@gmail.com

Abstract:

The right of ownership is one of the most serious rights, the most distant in scope, and the widest in content. However, this right is governed by restrictions that prevent the taxpayer from overusing his right if the act results in apparent harm to others.

These restrictions are the origin of the idea of the theory of abuse in the use of the right in Islamic law according to the jurists.

So my research came to show the extent to which the property right is used by taxpayers and to show the extent of the serious harm that restricts these rights, by extrapolating some of the jurisprudential branches stipulated in the Hanafi and Maliki schools.

I followed the inductive-analytical-comparative approach in it, and concluded in it that the jurists of the followed schools concluded that the right in Sharia is restricted, and the dispute between them is in the extent and breadth of the restriction, and I also concluded that there is a gap between the doctrine of the early Hanafis and the doctrine of Imam Malik in the judgment of the owner's disposal of his property Do we reserve his right to freely, or do we control him by not harming others?!

Keywords: Abuse, gravity of damage, property right, right of neighbourhood.

تطبيقات التعسف في أحكام الأملك والمعاملات الجوارية بين المجلة والفقه المالكي

د. عبد الرحمن سلمان الداية¹

¹جامعة الإسلامية-غزة

الملخص:

إن حق الملكية من أخطر الحقوق شأنًا، وأبعدها مدى، وأوسعها مضموناً، إلا أن هذا الحق تحكمه قيود تمنع المكلف من التغول في استعمال حقه إذا ترتب على الفعل ضرر ظاهر بالغير. وهذه القيود هي أصل استواء فكرة نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية عند الفقهاء.

فجاء بحثي هذا لبيان مدى استعمال حق الملكية للمكلفين ولبيان مدى جسامنة الضرر الذي يقيد هذه الحقوق، باستقراء بعض الفروع الفقهية المنصوص عليها في المذهبين الحنفي والماليكي. وقد اتبعت فيه المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، وخلصت فيه إلى أن فقهاء المذاهب المتباينة انتهوا إلى أن الحق في الشريعة مقيد، والخلاف بينهم في مدى التقيد واتساعه، وخلصت فيه كذلك إلى أن هناك بوناً بين مذهب متقدمي الحنفية ومذهب الإمام مالك في حكم تصرف المالك في ملكه، هل نحفظ له حقه بإطلاق، أم نضبطه بعدم الإضرار بالغير؟!

كلمات مفتاحية: التعسف، جسامنة الضرر، حق الملكية، حق الجوار.

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، وننحو بالله من شرور أنفسنا، وسنيات أعمالنا، من يهدى الله، فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، وبعد... فإنه لا غنى للإنسان عن الحياة في مجتمع يعيش فيه معسائر أفراد جنسه، وتتفاعل فيه المواهب والملكات في نجاح المصالح وحفظها من جانب الوجود وعدم سواء كانت خاصة تلك المصالح أو عامة، سواء كانت ضرورية أو حاجية أو تحسينية؛ لأن الفرد لا يستطيع أن يستقل بنفسه في نجاح مصالحه، ولا يمكن للأنانية أن تحفي مصالح عامة، فكان لا بد من التفاعل عبر علاقات وروابط تتلاقي فيها الأفكار، وينشأ منها مشاريع الجودة والإبداع في جميع مناحي الحياة.

ولا بد من وجود قانون تحكم قواعده تلك العلاقات والروابط وتبين للأفراد ما لهم وما عليهم، تتحقق في ظلها مصالح الأفراد، وطرائق التوفيق بينها، بعيداً عن طغيان بعضها على بعض، وتقديم أولاهما عند استحکام التعارض، وتذرر التوفيق.

ولا شك أن خروج الفرد بما هو مقرر له من حقوق خاصة أو عامة، وتجاوزه في استعمال تلك الحقوق عن المألوف في مجاري العادات، أو تخطيه الحدود المرسمة موضوعياً لذلك الاستعمال، هو أمر منافق على منعه في جميع القوانين، لأنه ضرب من التظلم، وقد جاء في الحديث: (يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي، وَجَعَلْتُه بِيَنَّكُمْ مُحَرَّماً فَلَا تَظَلَّمُوا) ^(١).

ولكن الأمر يبدو مختلفاً عندما يتصرف الشخص ضمن دائرة حقه من غير أي تجاوز لحدوده الموضوعية، وينشأ عن ذلك ضرر بالآخرين، فهل يجرم صاحب الحق -والحالة هذه- ويتعارض للمساءلة في قانون الشرع؟

والجواب عن ذلك هو ما تتكلف به نظرية التعسف في استعمال الحق التي سأتطرق إليها في بحثي هذا، وارتآيت أن أقسمه على النحو التالي:

أولاً: إشكالية البحث:

تمثل إشكالية البحث في تصرف الإنسان في ملكه، هل يصل إلى حد التعسف فيمنع منه، أم أن حق التصرف ثابت له في ملكه من غير منع؟، وهناك أسئلة فرعية سنجاب عنها في طيات البحث، إليك بيانها:

- هل هناك علاقة بين حق الملكية ونظرية التعسف في استعمال الحق؟
- هل استعمال الحق في الشريعة الإسلامية مقيد أو مطلق؟
- هل يترتب على انتهاك روابط الجوار فرض جزاء يصون مضمونها ويケفل احترامها؟ وهل الجزاء دنيوي أو آخر؟
- هل ترتب الضرر الفاحش على الفعل يوجب المنع أو الإمساء عند الحنفية والمالكية؟
- ما هو معيار الضرر الفاحش عند الحنفية والمالكية؟

ثانياً: أهداف البحث:

- يهدف البحث إلى بيان إقرار نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية عند فقهاء المذهب.
- ويهدف البحث إلى بيان العلاقة بين حق الملكية ونظرية التعسف في استعمال الحق شرعاً.
- ويهدف كذلك إلى بيان مذاهب فقهاء الحنفية (في مجلة الأحكام العدلية) مع مذهب فقهاء المالكية في منع مضار الجوار، وتقييد استعمال الحق بما يتواهم مع مصلحة الجميع، وبما لا يعود بالضرر على الجيران.
- ويهدف كذلك إلى بيان معيار الضرر الفاحش، وحكم ترتبيه على الفعل عند الحنفية والمالكية.
- ويهدف كذلك إلى بيان بعض الفروع الفقهية المنصوص عليها في المذهبين الحنفي والماليكي القاضية ببيان معيار جسامه الضرر الذي يقيد به الحق.

(١) مسلم، صحيحه (كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم) (2577/4).

ثالثاً: منهج البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع المبحوث توظيف المنهج الاستقرائي المقارن، فحرضت - قدر الإمكان - على استقراء الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالموضوع، وأقوال الفقهاء عامة، مع التدقير في مذهب الحنفية (في مجلة الأحكام العدلية) ومذهب المالكية، ثم سلكت المنهج التحليلي للنصوص الشرعية عندهم.

رابعاً: خطة البحث:

وقد ارتأيت تقسيم بحثي هذا إلى مقدمة ومحبثن وخاتمة.
المقدمة: وقد نقدمت بما اشتملت عليه.

المبحث الأول: مفهوم التعسف وتأصيله الشرعي وعلاقته بالمالكية
وفي مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التعسف وتأصيله الشرعي

المطلب الثاني: مفهوم الملكية لغة واصطلاحاً

المطلب الثالث: علاقة حق الملكية بمبدأ التعسف

المبحث الثاني: الأضرار المرتبة على المعاملات الجوارية عند الحنفية والممالكية
وفي مطالب:

المطلب الأول: مفهوم حق الجوار وتأصيله الشرعي وعلاقته بالتعسف

المطلب الثاني: حكم ترتيب الضرر على الفعل ومعياره عند الحنفية والممالكية

المطلب الثالث: تطبيقات معيار جسامنة الضرر عند الحنفية والممالكية

الخاتمة: وتشمل أهم النتائج والتوصيات

هذا وأدعوا الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم وأن يتقبله مني قبولاً حسناً، وأن يغفر لي ما فيه من زلات، وحسبني في ذلك نيل المقصود والغاية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الأول

مفهوم التعسف وتأصيله الشرعي وعلاقته بالملكية

المطلب الأول: مفهوم التعسف وتأصيله الشرعي:

الفرع الأول: مفهوم التعسف في اللغة:

أصله (عَسَفَ)، والعين والسین والفاء كلمات متقاربة ليست تدل على خير، إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة^(١).

وقال ابن الأثير: العَسْفُ فِي الْأَصْلِ: "أَنْ يَأْخُذَ الْمَسَافِرُ عَلَى عِنْدِ طَرِيقٍ وَلَا جَادَةً وَلَا عِلْمٍ"⁽²⁾.

والعسف الظلم والجور، يقال: عَسَفَ السُّلْطَانُ: إِذَا ظَلَمَ، وَاسْتَعْمَلَهُ الْعَرَبُ لِلتَّعبِيرِ عَنْهُ هُوَ عَلَى وَشَكِ الْمَوْتِ، فَتَقُولُ: عَسَفَ الْبَعِيرِ: إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْمَوْتِ، وَالْعَسِيفُ: الْعَبْدُ الْمُسْتَعْنَى بِهِ وَالْمُسْتَهَانُ بِهِ، وَهُوَ الَّذِي يَظْلِمُ هَائِمًا فِي الْطَّرِقَاتِ يَنْتَظِرُ أَمْرَ سَيِّدِهِ، أَوْ يَعْمَلُ لِسَدِّهِ⁽³⁾.

وقد وردت هذه الكلمة في الحديث: (إِنَّ ابْنِي كَانَ يَعْمَلُ عَسِيفًا عِنْدَ هَذَا فَزْنِي بِإِمْرَاتِهِ) ^(٤)، وفي الحديث: (اللَّهُ بَعَثَ سَرِيَّةً، فَنَهَى عَنْ قَتْلِ الْغُسَفَاءِ) ^(٥).

ولو تأملت جميع معانٍ التعسُّف لوحدها لا تدل على خبر كما نصَّ على ذلك ابن فارس، وقد نكِرت ذلك قللاً.
ويأتي العَسْف أَيضاً -معنى: أخذ الأمر بلا رؤية وتبيير، يقال: رجل عسوف، إذا لم يقصد قصد الحق^(٦).

الفرع الثاني: مفهوم التعسف في الاصطلاح:

أولاً: مفهوم التعسف عند المذاهب الأربع:

لم يرد مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين، وإنما وردت بدلاً منه كلمة (التعنت) في المعنى نفسه، كما وردت كلمة (المضارة في الحقائق).

⁽⁷⁾ وبتفقة العنت والعسف في افاده معنـى الظلم والمشقة والاذاء والاضمار بالغدر.

كما لم يتعرض الفقهاء الأوائل إلى موضوع التعسف كنظيرية متحدة ذات أركان وأسس وتطبيقات، لما اتسم به أسلوبهم من عرض الرذئفات في موضوع معين دون حممه وبطه، بل نثره وتقريره حسب مقتضيات الحال⁽⁸⁾.

هذا ونجد الفقهاء في اجتهاداتهم وفتاويهم في الفروع الفقهية قد طبقو حقيقة هذه النظرية بمنع تصرفات جائزة مشروعة إذا حادت عن الغرض الذي من أجله شرعت وأفاقت إلى ضرر، وهذا هو عين التعسف وذلك من خلال اجتهادات كل مذهب من المذاهب الفقهية.

والنک سیان بعض ما نصوا علیه فے کت THEM:

أ. في المذهب الحنفي:

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (311/4).

(2) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر (236/3).

(3) ابن منظور ، لسان العرب (245/9)؛ الفيروز آبادي ، القاموس المحيط (837/1).

(4) ابن ماجه، سننه (كتاب الحدود، باب حد الزنا) (852/2) (حديث رقم 2549)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح.

(5) أحمد، مسنده (مسند المكين)، حديث رجل عن أبيه (146/24) (الحديث رقم 15420)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح.

(6) الأزهري، تهذيب اللغة (64/245)، ابن منظور، لسان العرب (9/245)؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط (1/837)؛ الزبيدي، تاج العروس (157/24).

(7) محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي (ص 279).

(8) عبير ربحي القدوسي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (ص 17).

فإن الإمام أبو حنيفة في البداية نظر إلى الحق نظرة مطلقة معللاً ذلك بأنه ما دام الجواز مقرراً فالضمان منتفٍ، فالقاعدة عنده (الجواز الشرعي ينافي الضمان)⁽¹⁾ أي أنهأخذ بنظرية الحق المطلق، فللفرد استعمال حقه بحرية دون الالتفات إلى غاية الحق وأهدافه، وما يبدي فإن هذا الرأي محصور فقط في استعمال حق الملكية؛ لأنهم مع هذا الإطلاق فإن استعمال الحق مقيد بشرط أن يكون استعماله في حدوده الشرعية، أما إذا تعداها إلى حقوق الغير فهو معتبر، إذ في التعدي خروج عن استعمال الحق عن حدوده المعينة المنشورة⁽²⁾.

ومع كل هذا فإن المذهب الحنفي زاخر بالنصوص التي تقيد استعمال الحق إذا تولد عنه ضرر غير عادي بالغير، ومن ذلك: لو أراد بناء تندر في داره للخبز الدائم كما يكون في الكاكين أو رحا للطحن للقصارين لم يجز ذلك؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لا يمكن التحرز عنه⁽³⁾.

ب. في المذهب المالكي:

يقوم مذهب الإمام مالك على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد إذا دعت مصلحة الجماعة إلى ذلك، وبنية فكرة التعسف في استعمال الحق عنده على عدة أمور من ذلك:

لا يجوز استعمال الحق إلا لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله هذا الحق، ويتجلى تطبيقه عند الإمام مالك في ولاية الأب على مال ولده الصغير؛ لأن هذا الحق لم يعط له إلا لحماية مصلحة الولد، فإذا تكب الأب عن هذه المصلحة، وحاد عن عرض هذه الولاية عَدَ بذلك متعرضاً، ولا يتربت على عمله أي أثر⁽⁴⁾.

ومن ذلك أيضاً: أنه منع استعمال الحق إذا تولد عنه ضرر غير عادي، وذلك كما في تنظيم العلاقات الناشئة عن الجوار، فإذا أدى استعمال الحق إلى إلحاق ضرر غير عادي وجب منع صاحبه من استعماله، فقد جاء في المدونة: "رأيت لو كان لي عرصة إلى جانب دور قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماماً أو فرناً أو موضعًا لرحي فأبى عليَّ الجيران ذلك، أليكون لهم أن يمنعوني، قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما أشبه فلهم أن يمنعوك من ذلك"⁽⁵⁾.

وجاء أيضاً في المدونة: "وسائل عن رجل له أرض وحوليه زرع للناس في أرضهم فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بمشيته إلى أرضه في زرع القوم، قال: إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"⁽⁶⁾.

ج. في المذهب الشافعي:

لم تحظ فكرة التعسف في استعمال الحق قبولاً لدى الإمام الشافعي، الذي ذهب إلى القول بإطلاق الحقوق لأصحابها في استعمالهم، ولو لم يكن له نفع في ذلك بل ولو ترتب على عمله ضرر للغير⁽⁷⁾.

وذلك لكون الإمام الشافعي لا يعتمد بالقصد والنية والدافع لاستحالة معرفتها، ويقتصر على الحكم على ظواهر الأفعال والتصرفات ما دامت مستوفية لشروط المنشورة الكاملة⁽⁸⁾.

(1) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام (92/5).

(2) عبدالسلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية (ص235)؛ العربي مجیدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة (ص85)؛ محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجه الفقه الإسلامي (ص288).

(3) الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدائق (196/4).

(4) الإمام مالك، المدونة الكبرى (493/5).

(5) المرجع السابق (592/5).

(6) المرجع السابق (194/6).

(7) أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد (ص87)؛ بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي (ص91)؛ محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجه الفقه الإسلامي (ص292).

(8) الشافعي، الأم (74/3).

غير أن نظره هذا قد تجاوزه بعض علماء المذهب، وقد ذكروا قيوداً في استعمال الحق، فنجد الإمام الغزالى لم يقل بإطلاق الحقوق والحكم على الأفعال والتصرفات بحكم الظاهر دون النية والقصد والغاية، لأن الحقوق لم تعط إلا لغاية معينة وغرض سليم، وعليه يحكم على التصرف بناء على القصد والغرض منه، وعلى أساس منع تصرفات الجار في ملكه التي من شأنها إيهاد جيرانه والإضرار بهم، ونص قوله في ذلك: "ألا يضيقه في وضع الجذع على جداره، ولا في مصب الماء في ميزابه، ولا في مطرح التراب في فنائه، ولا يضيق طريقه إلى الدار.." ⁽¹⁾.

د. في المذهب الحنبلي:

على وفق ما استقر عليه الإمام الغزالى في المذهب الشافعى أخذ الإمام ابن قيم الجوزية بمبدأ نسبية الحقوق وعدم الاقتصر على ظاهر التصرف وشكله دون مراعاة الغرض والقصد منه، وجعل مشروعية التصرف واستعمال الحق متوقفاً على الغرض منه، وذلك لما سيؤول إليه إطلاق الحق من ظلم وتفويت العدالة ⁽²⁾.

بعد هذا العرض لبعض الفروع الفقهية في المذاهب المتبقية، يتضح لنا استواء فكرة التعسف في استعمال الحق عند الفقهاء على أصولها، وإن لم تك تسمى باسمها، إلا أنها استقرت وفق معايير ثابتة من خلال ما ذكرت، وهي معايير جعلتها تأسس كنظيرية متكاملة فيما بعد تقوم على ضوابط وأسس تتحصر فيما يلي:

أ. يجب استعمال الحق بحسب الغرض منه.

ب. يعتبر صاحب الحق قد تعسف في استعمال حقه:

- إذا قصد بعمله الإضرار بالغير.
- إذا لم يترتب على عمله نفع له ونشأ عنه ضرر بالغير.
- إذا نتج عنه ضرر عام للمجتمع (حالة الانتحار).
- إذا أصاب الغير من جراء العمل ضرر غير عادي ⁽³⁾.

ثانياً: مفهوم التعسف عند الفقهاء المعاصرين:

ذهب بعض المحدثين من الفقهاء المعاصرين إلى أن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب، يقول الشيخ أبو زهرة: " وأنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق ومنع التعدي على الآحاد قرر الفقهاء في هذه الحال: أن الفعل يتward عليه أمران، أحدهما: الإذن وهو ما يقوم على أصل ثبوت الحق..." ⁽⁴⁾.

وهو بهذا يصف التعدي تارة بأنه تعسف، وتارة بأنه تجاوز، وأحياناً يصنف الفعل غير المشروع أصلاً بأنه تعسف، حيث يقول الدريري: "من تعدى بالقيام بعلم ليس له، فإنه يكون متعرضاً في استعمال الحق" ⁽⁵⁾.

وكلام الشيخ هذا فيه نظر: لأن التعسف ما لا خروج فيه لصاحب الحق عن حقه المملوك. "ولكن اتسمت مبادرته لاستيفاء حقه بضرر من المخالفة وعدم الحذر، تسبب عنه ضرر الغير، وهي حالة تقديرية تختلف باختلاف الأنظار" ⁽⁶⁾.

(1) الغزالى، إحياء علوم الدين (2/233)، أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد (ص88)؛ العربي مجیدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة (ص85).

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين (3/ 164، 82).

(3) أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد (ص89)؛ ما ذكره الأستاذ فهمي أبو سنة في مقاله: نظرية التعسف في استعمال الحق، موقع الألوكة <https://www.alukah.net/sharia/0/2551>؛ العربي مجیدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة (ص88)؛ محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجه الفقه الإسلامي (ص295).

(4) أبو زهرة، أسبوع الفقه الإسلامي (ص42).

(5) الدريري، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص96).

(6) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص71).

- وعرف الأستاذ أبو سنة التعسف فقال: "التعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرفًا غير معتمد شرعاً⁽¹⁾، ويبدو واضحًا أنه جعل مناط التعسف هو التصرف غير المعتمد.

ويتجه على هذا التقرير: أن التعسف ليس مرتبطاً بغير المعتمد من التصرف، وإنما يرتبط أساساً بغاية الحق ونتيجة استعماله، ومما يدل على هذا أن التصرف قد يكون معتمداً ولكن مع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة، فيكون حينئذ تعسفًا بالنظر إلى هذه النتيجة، فالقيد الأول وهو تصرف الإنسان في حقه مسلم به، أما القيد الثاني وهو التصرف غير المعتمد فهو ما لا يسلم به، لأنه يضيق من نطاق نظرية التعسف، بدليل أن التصرف المعتمد قد يكون ممنوعاً بالنظر لماله في بعض الحالات لا لذاته⁽²⁾.

- أما الأستاذ الدريري ف قال في تعريفه: "هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل"⁽³⁾.
قلت: هذا التعريف ينطوي على نظر دقيق يؤذن بأن الحق المأذون به ما وافق فيه المالك قصد الشارع منه، وهو استيفاء المنافع من الحق على وجه معتبر أو دفع مفسدة أو تقليلها، ولم يضر بالآخرين.

ثالثاً: التعريف المختار:

ولعل تعريف الدريري أحسنها، وبيان وجه الحسن فيه من وجوه أولها: أنه بين جوهر التعسف "هو مناقضة قصد الشارع"، وعنى المناقضة أي المضادة لقصد الشارع سواء أكانت هذه المضادة مقصودة -بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار-، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو اسقاط ما أوجبه الله عليه تحابياً على أحكام الشريعة وقواعدها.

الثاني: أنه حدد نطاق التعسف فجعله محصوراً في التصرفات التي أدن فيها شرعاً، وهذه التصرفات تشمل التصرفات القولية كالعقود؛ والفعلية كاستعمال حق الملكية في العقارات، وكذا استعمال الرخص والإباحات، كنافي السلع وإحياء الموات، على أن تكون هذه التصرفات مأذونة فيها شرعاً، وإلا كان إتيانها اعتداء لا تعسفأ⁽⁴⁾. وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف.
ولعل الملحوظ الأساسي الذي اجتمعت فيه هذه التعريفات هو الاشتباه الحاصل بين التعسف والتعدي⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: التأصيل الشرعي للتعسف:

إن نظرية التعسف في استعمال الحق مسطورة في صميم الفقه الإسلامي، وبارزة في عموم آيات الكتاب، وأحاديث النبي العدنان -عليه الصلاة والسلام-، وهي من المبادئ الكبرى التي حفظت بها الحقوق حين نزول الرسالة، وإليك بيان ذلك بما يلي:
1. قال الله تعالى: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيَأْتُنَّ أَجَاءُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا» [البقرة: 231].

جاء في سبب نزول هذه الآية، أنَّ رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتَّى انقضت عِدَّتها إلا يومين أو ثلاثة راجعها ثمَّ طلقها، فعل ذلك بِها حتَّى مضت لها تسعة أشهر يُضارُّها، فأنزل الله تعالى الآية⁽⁶⁾.

(1) فهمي أبو سنة في مقاله: نظرية التعسف واستعمال الحق، موقع الألوكة: <https://www.alukah.net/sharia/0/2551>

(2) الدريري، التعسف في استعمال الحق (ص84).

(3) المرجع السابق (ص86).

(4) انظر: المرجع السابق (ص89).

(5) بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي (ص93)؛ عبر رحبي القدوسي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (21)؛ محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجه الفقه الإسلامي (ص273).

(6) الطبرى، جامع البيان (4). 182/4.

وجه الدلالة: أن الإمساك حق للزوج، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة، ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع، وهو استعماله على وجه المضارة على النحو الذي فعله ثابت بن يسار، وهذا بعينه هو إساءة استعمال الحق؛ لأنَّه استِعمالٌ حُقْقِ الإمساك: على وجْهِ غَيْرِ مَشروعٍ⁽¹⁾.

2. قال الله تعالى بعد بيان نصيب الإخوة لأم من الميراث: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ» [النساء: 12].

وجه الدلالة: أنَّ الوصية حق للمورث، وله استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بر بالورثة، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع بأن يكون إضراراً بالورثة؛ لأنَّ يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة، فالوصية مع الإضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق⁽²⁾.

3. وجاء في حديث عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لَعْنَ اللَّهِ الْمَحْلَ وَالْمَحْلُ لَهُ»⁽³⁾، وعن الأوزاعي قال: قال رسول الله ﷺ: «يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ يُسْتَحْلِ فِيهِ الرِّبَا بِالبَيْعِ»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة من الحديثين: أنَّ الزواج والبيع عمل مشروع والزواج لأجل التحليل والبيع لأجل الربا عمل غير مشروع، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهى عنه الشارع، وحكم بفساده؛ لأنَّه تعاون على الإثم، وقد قال تعالى: «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُوانِ» [المائدة: 2].

4. وعن سمرة بن جندب: أنه قال: كانت له عَصْدٌ من نَحْلٍ في حائطِ رَجْلٍ من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأدى به، ويُشَقُّ عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن ينافقه، فأبى، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن ينافقه، فأبى، قال: «فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا» أمراً رَغَبَهُ فيه، فأبى، فقال: «أَنْتَ مُضَارٌ» فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «اَذْهَبْ فَاقْلُعْ نَخْلَهُ»⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: إن في الحديث دلالة جلية واضحة في منع استعمال الحق الخاص إذا ما ترتب عليه ضرر للغير، حيث أن سمرة كان يستعمل حقه في الوصول إلى نخله، وكان في استعماله ما يؤذى الأنصاري صاحب البستان، لذا منعه رسول الله وأمره بقلع نخله، بعد أن صار إلى التوفيق في الأمر عن طريق المعارضة المادية والترغيب بالثواب الأخرى، ليصل إلى حسم الضرر حسماً مادياً بعد تعذر السبل التوفيقية، وبهذا يكون الحديث أصلاً لقاعدة منع المضارة المترتبة على استعمال الحق⁽⁶⁾.

5. وعن النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: «مَئُلُّ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا، كَمَئُلُّ قَوْمٍ اسْتَهْمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الْمَاءِ مَرُوا عَلَى فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا حَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا حَرَقًا، وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا، فَإِنْ يَتَرْكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخْذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوا وَنَجَوا جَمِيعًا»⁽⁷⁾.

(1) فتحي الدرني، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص 105).

(2) أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق، مقال في أسبوع الفقه الإسلامي، موقع الألوكة: <https://www.alukah.net/sharia/0/2551>، فتحي الدرني، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص 116).

(3) سنن ابن ماجه (كتاب النكاح، باب المحل والمحل له) (ح 1936/3)(118/3)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره.

(4) الخطابي، غريب الحديث (218/1).

(5) سنن أبي داود (كتاب الأقضية، باب من القضاء) (ح 3636)(5)(478/5)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره.

(6) العربي مجیدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة. رسالة ماجستير في كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002م، (ص 280).

(7) صحيح البخاري (كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهان فيه) (ح 2361)(2)(882).

ووجه الدلاله: أن الذين في أسفل السفينة يستعملون نصيبيهم وحقهم؛ لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه غير مشروع؛ لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شريهم، وترك إيداع الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمنعوا عنه⁽¹⁾. والأدلة في الوهابيين كثيرة للتأصيل لهذه النظرية الأصيلة شرعاً.

المطلب الثاني: مفهوم الملكية في اللغة والاصطلاح:

الفرع الأول: مفهوم الملكية في اللغة:

هي احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف فيه بانفراد⁽²⁾.

وفي القاموس المحيط: "ملك الشيء يملكه إذا احتواه وكان قادراً على الاستبداد به، يقال: ملك الشيء حازه وإنفرد بالتصرف فيه، فهو مالك، وتملك الشيء امتلاكه أو ملكه قهراً"⁽³⁾.

الفرع الثاني: مفهوم حق الملكية في الاصطلاح:

يعبر فقهاء الشريعة عن حق الملكية بالملك، ولأهمية هذا الحق وشموله عنوا بتبيينه، ولهم في ذلك تعريفات تختلف إيجازاً وإسهاباً، كما تتفاوت في إبراز الخواص المميزة لهذا الحق والجهات الملحوظة فيه.

فعرفه الكمال بن الهمام بأنه: "قدرة يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف إلا لمانع"⁽⁴⁾.

وعرفه الجرجاني بأنه: "اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه وحاجزاً عن تصرف غيره فيه"⁽⁵⁾.

وعرفه القرافي بأنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك"⁽⁶⁾.

وعرفه المقدسي الملك بأنه: "الاختصاص الحاجز"⁽⁷⁾.

ويلاحظ في معظم التعريفات السابقة المتقدمة الحررص على إدراج الشرعية في تعريف الحق، وكل ذلك إفصاح عن مصدر الحق.

المطلب الثالث: علاقة حق الملكية بمبدأ التعسف:

لكل حق حدود ذاتية خاصة به، وسلطة تبين ما يخوله صاحبه في استعماله وتكون بمجموعها مضمون الحق، ويتحدد الحق حسب حدوده ومضمونه، كما أن استعماله يتحدد أيضاً بالقيود التي تفرض على ذلك الاستعمال.

وحق الملكية هو أخطر الحقوق شأناً وأبعدها مدى وأوسعها مضموناً، كما يبدو أقربها تبادراً إلى صفة الإطلاق، لما له من أهمية كبرى في حياة الفرد وازدهار المجتمع.

وهذا الحق هو بمثابة المحور الذي تدور عليه تلك الحياة والأساس الذي يقوم عليه ذلك الازدهار، وذلك يستدعي ضمان حرية استعماله ليؤدي وظيفته على أتم وجه، والتقييد الذي يشل ذلك الاستعمال يعود بالتالي ضرره على الأفراد وعلى المجتمع⁽⁸⁾.

(1) عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة (ص68).

(2) ابن منظور، لسان العرب (10/492)؛ الرازي، مختار الصحاح (1/298).

(3) الفيروز أبادي، القاموس المحيط (1/954).

(4) ابن الهمام، فتح القيدير (5/456).

(5) الجرجاني، التعريفات (ص155).

(6) القرافي، الفروق (3/209).

(7) ذكره الأستاذ علي الخيفي في كتابه الملكية (ص21).

(8) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (ص78).

ومن هنا وجدت بعض فقهائنا قد صرخ بصفة الإطلاق في استعمال ذلك الحق⁽¹⁾، ولكن يجب ألا يسبق إلى الفهم تصور انحرام قاعدة نسبية الحقوق في الشريعة الإسلامية وعدم وجود حق مطلق فيها.

فالواقع أن حق الملكية كغيره من الحقوق يخضع لكتير من القيود التي تلطف من صرامته، وتحد من مخاطر الغلو في استعماله. والفقهاء الذين صرحوا بإطلاق استعماله يسلكون بهذه الحقيقة جملة، وأما الخلاف الواقع في مدى التقييد وأثره، والذي حدا بهم إلى النص على تلك الصفة هو ما لهذا الحق من أهمية بالغة ومدى بعيد ومضمون واسع، فأرادوا التأكيد على حمايته، والإفصاح عن بعد مداره واتساع مكناته⁽²⁾.

وحق الملكية هو أوسع الحقوق مجالاً للتعسف في استعماله، لما له من شمول وسعة في مكناته، ويظهر هذا بصفة خاصة بالنسبة لملكية العقارة وما تتضمنه من ملكية سطح العقار وأجوانه وأعمقه، وهذا هو الحظ الأوفر من المواد التي نصت مجلة الأحكام العدلية عليها، وهذا ما سأبينه مفصلاً في المطالب التالية مقارناً ذلك بمذهب المالكية فيه.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (264/6)؛ ابن الهمام، فتح القدير (414/6)؛ الماوردي، الأحكام السلطانية (ص221).

(2) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية (ص46)؛ سعيد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (ص361).

المبحث الثاني

الأضرار المرتبة على المعاملات الجوارية عند الحنفية والمالكية

المطلب الأول: مفهوم حق الجوار وتأصيله الشرعي وعلاقته بالتعسف:

الفرع الأول: مفهوم الجوار لغة:

الجوار في اللغة مأخذ من المجاورة، والجار الذي يجاورك، وجاور بني فلان أي تحرّم بجوارهم، ويطلق الجار على الشريك في العقار، والشريك في التجارة، والجار الملائق، والحليف، والناصر، والمستجير بك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مفهوم حق الجوار اصطلاحاً:

لم يستخدم الفقهاء القدامى هذا المصطلح للدلالة على الحق العيني المرتبط على العقارات، فهم يطلقون هذه التسمية على الحقوق التي يتعمّن على كل جار أن يقوم بها تجاه جاره، من بر، وعيادة، وإحسان إليه، وعدم إيذائه، إلى غير ذلك من الأمور التي تعتبر من مكارم الأخلاق⁽²⁾، فنرى مثلاً الإمام أبا داود قد بوب لهذه الحقوق في سننه بباب في حق الجوار⁽³⁾، وبوب لها الإمام النووي بباب حق الجوار⁽⁴⁾ وغيرهم كثير.

إلا أنهم بحثوا أحكام العلاقات بين العقارات المجاورة دون التعرض إلى تعريف الحق المرتبط عليها.

وقد عرف بعض المعاصرین حق الجوار بما يلي:

فقد عرّفه السنّهوري بقوله: "هو أن لا يضر الجار بجارة ضرراً فاحشاً"⁽⁵⁾.

وقد عرّفه الزحيلي بقوله: "الحق الناشيء عن تلاصق الحدود وتجاوزها، ويكون لكل من الجارين في الارتفاق بعقار جاره، على ألا يلحق به ضرراً فاحشاً"⁽⁶⁾.

ولا داعي للاستطراد هنا فهذا ليس محل بحثنا.

الفرع الثالث: حق الجوار في الشريعة الإسلامية:

نصت الشريعة الإسلامية على الوصاية بإكرام الجار والإحسان إليه، ودفع الأذى عنه في الكتاب والسنة، ومن ذلك قوله تعالى: **﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدِينِ إِحْسَاناً وَبِنِي الْقُرْبَى وَالْمُسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ﴾**⁽⁷⁾.

ومن ذلك قول النبي ﷺ من حديث أبي شريح أنه قال: (وَاللَّهُ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهُ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهُ لَا يُؤْمِنُ) قيل: وَمَنْ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قال: **الَّذِي لَا يَأْمُنُ جَازَةً بِوَاقِفَةٍ**⁽⁸⁾.

وقوله ﷺ من حديث أبي هريرة: (مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يُؤْذِنُ جَازَةً)⁽⁹⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب (4/153، 154).

(2) الكاساني، بداع الصنائع (5/127)، الزرقاني، شرح الزرقاني (4/384).

(3) أبو داود، سننه (كتاب الأدب، باب حق الجوار) (4/338).

(4) النووي، رياض الصالحين (باب حق الجار والوصاية عليه) (ص 116).

(5) السنّهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (1/34).

(6) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (5/610).

(7) سورة النساء، آية (36).

(8) البخاري، صحيحه (كتاب الأدب، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذن جاره) (8/11).

(9) البخاري، صحيحه (كتاب الأدب، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذن جاره) (8/13).

ولم تكتف الشريعة الإسلامية في النهي عن إيذاء الجار بالوازع الديني وإنما أكدته بتدخل القضاء لرفع الضرر، بل وفي بعض الأحيان يتدخل القضاء بإلزام المالك بتمكين جاره من الانقطاع بملكه، وهذا الإلزام القضائي، بل ويلزم الجار بتمكين الجار من الانقطاع بعقار جاره أو حائطه بوضع الجذوع أو السطوح عليه ونحوه، وهو ما نص عليه حديث أبي هريرة ﷺ: أن رسول الله ﷺ قال: (لا يُمْئَنُ جَارٌ جَارٌ أَنْ يَغْرِزْ خَشَبَةً فِي جَدَارِهِ) ثم يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَا لِي أَرَكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهُ لَأَرْمِنَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ⁽¹⁾.

المطلب الرابع: روابط الجوار وصلتها بمفهوم التعسف:

هل يتربت على انتهاك روابط الجوار فرض جزاء يصون مضمونها ويケفل احترامها، وإذا كان هناك جزاء فهل هو جزاء آخر أو هو جزاء دنيوي يوقع قضاة أو حسبة؟

يتبين مما تقدم أن اختلاف تلك الروابط يكون تبعاً لاختلافها من حيث توفر الإلزام فيها والحماية لها أو عدمه، أو بعبارة أخرى من حيث تتحقق أو عدم تتحقق معنى الحق بجميع مقوماته فيها أو لا.

وقد ذكرت بعض الأدلة التي يقوم عليها حق الجار إن كان حقاً إيجابياً أو سلبياً، من ذلك أن حق الجار يتيح للجار أن يغرس خشبة في جدار جاره، والفقهاء قد فصلوا القول في مسألة الإجبار القضائي، وقد ذهب فريق منهم إلى عدم جواز المنع، وأن المانع يجبر الممتنع، وهذا هو مذهب ابن حبيب من المالكية، وهو القول القديم للإمام الشافعي، وهو مذهب الإمام أحمد، وقول أصحاب الحديث⁽²⁾.

وببناء على رأيهما يمكن أن نعتبر أن للجار على جاره حقوقاً خاصة في أحوال معينة.

وفي دفع الضرر عن الجار يجب أن نميز بين حالتين:

الأولى: حالة ما إذا كان الضرر يتولد عن فعل غير مستند إلى حق ويعتبر تعدياً من كل وجه.

والثانية: ما إذا كان الفعل المضر بالجار يستند إلى حق.

ففي الحالة الأولى لا يكون للجوار أثر سوى زيادة الإثم وتشديد العقوبة الأخروية، حيث إن الفعل في هذه الحالة يمنع قضاءً بالنسبة للجار وغيره، وكذلك يستحجب أصل الإثم والعقوبة سواء انصب ضرره على جار أو غير جار.

وأما في الحالة الثانية، حيث يكون الفعل المولد للضرر مستنداً إلى حق وداخله ضمن حدود الظاهرة، فإن الأصل فيها جواز الفعل، وإن كان ذلك لا يمنع ورود الحظر على هذا الفعل ديانة أو حتى قضاء، والأساس الذي يبني عليه الحظر هو مفهوم التعسف. وأبرز الأحوال التي يقع فيها ذلك هي تلك التي يصيب الجار فيها ضرر جسيم من جراء استعماله جاره لملكه، والتي نصت عليه المجلة في بعض موادها وفروعها، وسأبحث في مطلب لاحق اختلاف الحنفية مع المالكية في ورود المنع فيها ديانة أو قضاء. ولا يكفي لتبرير هذا المنع مجرد وجود روابط الجوار، وغير مسلم تصويره كجزاء مرتب على خروج المالك عن حدود حقه وتجاوزه على حق لجاره أكسبه إياه الجوار⁽³⁾.

ذلك أن حقوق الجوار لا تأتي بتحديد فيما يجب أن يدفع من الأضرار عن الجار وما لا يجب، فضلاً عن كونها غير صريحة في شمول دائرة المنع فيها ما يتربت على استعمال الحقوق⁽⁴⁾.

فلا بد من التحديد وتأنيس المنع في هذه الأحوال، وسيبل ذلك اللجوء إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق، بتطبيق معيار يلائم العلاقات الجوارية، ويكون لروابط الجوار صلتها الوثيقة بهذا المفهوم، من حيث قيامها على الأساس الخلقي الذي يقوم عليه.

(1) البخاري، صحيحه (كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرس خشبة في جداره) (13/8).

(2) علیش، منح الجليل شرح مختصر خليل (2/158)؛ الماوردي، الأحكام السلطانية (ص221)؛ ابن قدامة، المغني (6/183).

(3) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (ص98).

(4) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية (ص129).

والواقع أن الجوار وروابطه هو ما أملأ توسيعة دائرة نظرية التعسف والأذى بالمعايير المشار إليه، والقول بالمنع القضائي للفعل الذي ينطبق عليه ذلك المعيار.

المطلب الثاني: حكم ترتيب الضرر على الفعل ومعياره عند الحنفية والمالكية:

الفرع الأول: حكم ترتيب الضرر على الفعل عند الحنفية:

إذا ترتب على الفعل ضرر للغير، فالحنفية مختلفون في منعه أو إمضاءه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو الذي رجح الأصل والقياس، وقضوا: بأنه لا يمنع أحد من التصرف في ملكه سواء كان في ذلك ضرر فاحش للغير، أو كان غير فاحش، أو لم يكن هناك ضرر البة؛ لأنه تصرف في حدود ملكه الخاص، وأخذ بهذا الرأي الإمام أبو حنيفة، وابن الهمام، وابن الشحنة⁽¹⁾.

فالإمام الكاساني اقتصر على إيراد القول بعدم المنع، وقال في ولاءة تصرف الملك في المملوك: "ولا لأحد ولاءة المنع عنه وإن كان يتضرر إلا إذا تعلق به حق الغير.. وللملك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفًا يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى.. لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل.. إلا أن الامتناع عما يؤدي الجار ديانة واجب للحديث"⁽²⁾، وبمثله قال الإمام السرخسي في ذلك⁽³⁾.

القول الثاني: وهو الذي رجح الاستحسان والاستثناء من الأصل العام، وقضى أصحابه بأن الإنسان يمنع من التصرف في ملكه إذا كان في ذلك ضرر فاحش للغير، أما إذا لم يكن الضرر فاحشاً فلا يمنع سواء كان تصرفه غير مطرقاً أو كان مضرراً ضرراً غير فاحش، وأخذ بهذا الرأي أبو يوسف، والزيلعي، ومتاخرو الحنفية، ورجحته مجلة الأحكام⁽⁴⁾.

وهذا الرأي هو الذي يتماشى مع نظرية التعسف في استعمال الحق، ومعاييرها وجزاءاتها.

القول الثالث: وذهب أصحابه إلى منع الإنسان من التصرف في ملكه إذا ترتب عليه أي ضرر مطلقاً سواء كان فاحشاً أو لا، وهو رأي ضعيف؛ لأنه يسد بباب انتفاع الإنسان بملكه، فإن فيه تصييقاً وحرجاً كبيراً؛ لكون معظم التصرفات لا تخلو عن نوع ضرر يصيب الملك المجاورين، وأن مصلحة الجيران المتبادلة تقضي بتحمل الهين من الأضرار⁽⁵⁾، وقد عزاه بعض فقهائهم بقولهم: وبه أخذ كثير من مشايخنا⁽⁶⁾.

وقال ابن عابدين في حاشيته: "وهو قول شاذ وخارج عن قواعدها، وإن لفظ مطلقاً سبق قلم"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معيار الضرر الفاحش عند الحنفية:

ولمعرفة ما إذا كان الضرر فاحشاً أو غير فاحش، فقد وضع الحنفية ضوابط يعرف بها الضرر الفاحش من غيره فقالوا:

الضرر الفاحش هو ما يؤدي إلى أحد ثلاثة أمور⁽⁸⁾:

1. إلى منع الحاجة الأصلية من الشيء، أي: يمنع المنفعة المقصودة منه كالسكنى في الدار، والزراعة في الأرضي،

وجري القطار في السكك الحديدية، وسير السيارات في الطرق المعبدة لها، والصلة في المعابد، والبيع في الحانوت، ونحو ذلك.

(1) ابن الهمام، فتح القدير (414/6)، ابن عابدين، حاشيته على الدر المختار (401/4).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (264/6).

(3) السرخسي، المبسط (21/15).

(4) الزيلعي على الكنز (196/4)، ابن الهمام، فتح القدير (415/6)، ابن عابدين، حاشيته على الدر المختار (401/4).

(5) ابن عابدين، حاشيته على الدر المختار (401/4)، سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (ص 381).

(6) الرملبي، الفتاوى الخيرية (202/2).

(7) ابن عابدين، حاشيته على الدر المختار (401/4).

(8) سليم الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية (657).

فإذا كان تصرف أحد في ملكه يؤدي إلى منع شيء مما تقدم في ملك غيره فإنه يمنع من إجراء ذلك التصرف، فليس لأحد أن يفتح في ملكه شباكاً مطلأً على مقر النسوان في ملك غيره، وليس لأحد أن يحدث في ملكه ما يسد الهواء عن بيدر لغيره أو الطاحون، وليس لأحد أن يتصرف في ملكه تصرفًا يؤدي إلى سد الضوء بالكلية عن ملك غيره، وعلى هذا القياس.

2. أو إلى وهن في البناء: فليس لأحد أن يحدث في ملكه حفرة باتصال جدار غيره لتجتمع فيها الأوساخ إذا كان ذلك يؤدي إلى تسرب الرطوبة في الجدار، فإن أحدهما وكان من الممكن درء الضرر باتخاذ بعض التدابير كتبليتها بالإسماع مثلاً يؤمن بذلك، وإن لم يكن ذلك ممكناً أو أنه لم يمتثل الأمر، يأمر القاضي بردم الحفرة، وكذلك الحكم لو حفر أحد بالوعة أو مخزناً للأوساخ في ملكه باتصال جدار لغيره.

3. أو إلى انهدام البناء: فليس لأحد أن يجمع الطين في ملكه باتصال جدار غيره بحيث يؤدي إلى تسرب الرطوبة

إليه المؤدية إلى انهدامه، فإن فعل ذلك يكفي برفع الطين، فإن لم يمتثل يأمره القاضي برفعه⁽¹⁾.

فالضرر الفاحش ما يكون سبباً للهدم، أو يوهن البناء، أو يخرج الشيء عن الانتفاع المقصود منه بالكلية، أما الضرر غير الفاحش فهو الذي لم يؤد إلى أحد هذه الأمور الثلاثة.

الفرع الثالث: مذهب الحنفية في منع مضار الجوار بناء على مواد المجلة:

وسائل مذهب الحنفية في منع الجوار بناء على مواد مجلة الأحكام العدلية، وذلك على النحو التالي:

المادة الأولى: "كلٌّ يتصرف في ملكه كيفما يشاء، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال"⁽²⁾. وهذا هو القياس العام بأن من استقل في ملكية شيء - أي لم يكن لغيره شركة فيه⁽³⁾ له أن يتصرف في ذلك الشيء المملوك - سواء كان عيناً أو منفعة - حسب إرادته ومحض اختياره، سواء كان نافعاً له أو مضرًا به، فله أن يبيع ملكه لمن يشاء بثمن باهظ، أو بثمن بخس، وله أن يهب ملكه لمن يشاء بعوض أو بغير عوض، وأن يؤجره بالأجرة التي يراها، وأن يبني في ملكه ما شاء، وأن يفعل أي تصرف من التصرفات التي يرتئها.

لكن هذا الاطلاق مقيد بما إذا تعلق به حق الغير⁽⁴⁾.

وهذا هو مبني نظرية التعسف أن يمارس المرء سلوكاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالفه حكم المشرعية التي هي مقصد الشارع⁽⁵⁾.

وهذا الضابط هو الذي يفرق بين التعسف والتعدى - مجاوزة الحق - فصحيح أن كلاً منهما أمر محظوظ شرعاً، ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تتفق اختلاف حقيقة كل منهما، فإن أول العناصر المكونة للتعدى هو مجاوزة الحق، أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي أي بدون حق، فالمعتمد إنما يعمل في دائرة عموم المشرعية، أما التعسف فإنه مجال العمل الم مشروع في ذاته والتعيب في متأله إما من القصد المناقض لقصد الشارع، أو النتيجة الضرورية المتترتبة على استعمال الحق، بدليل أن المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بقصد الإضرار أو لم يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة لزال عنه وصف التعدى، وغداً فعله سليماً مشروعاً لا غبار عليه⁽⁶⁾ فالتعسف فرع وجود الحق، أما التعدى فال فعل غير مشروع في ذاته، لعدم استناده إلى حق⁽⁶⁾.

(1) القاضي، شرح المجلة (91، 92/3)، الأناسي، شرح المجلة (4/139)، سليم الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية (657).

(2) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1192)(ص 230).

(3) إذا كان الشيء المملوك مملوكاً على وجه الاشتراك مع الغير فله أحكام خاصة تتعلق بنوع هذه الشركة وما هي.

(4) منير القاضي، شرح المجلة (3/86).

(5) الدرني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (ص 45).

(6) بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي (ص 97).

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التعسف في استعمال الحق إنما يكون على وجه ينافق مقصود الشارع من تشريعيه، ومن صور هذه المناقضة ما يلي:

أولاً: استعمال الحق - سلباً أو إيجاباً - لمجرد قصد الإضرار بالغير؛ إذ الحق لم يشرع وسيلة إلى ذلك، بل شرع لمصلحة معتبة شرعاً، وليس الإضرار بالغير مصلحة مشروعة، أو يمكن أن يكون مقصداً للشارع، فالمناقضة ظاهرة.

ثانياً: استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تناسب مطلقاً مع الضرر الناشئ عنه، والمناقضة ظاهرة أيضاً من قبل أن ما غالب ضرره على نفعه لا يشرع، لاختلال التوازن.

ثالثاً: استعمال الحق - ولو معتاداً - إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو غير مقصود؛ لأن هذا ينافق مع قواعد الشريعة الإسلامية القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه، وبإزالته بعد الواقع، بل ينافق مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو "جلب المصالح ودرء المفاسد"، وأن "درب المفاسد مقدم على جلب المصالح" إذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة⁽¹⁾.

ويمكن أن نسمى هذه الصور بمعايير التعسف في استعمال الحق ويقصد بالمعايير تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة النظرية⁽²⁾.

وقد عضَّ صاحب (درر الحكم) هذه المادة بعدة أمثلة من الفروع الفقهية التي تؤكد حكمها في البيوع بأنواعها وفي الإجارة والرهن والأمانات والإعارة والهبة وغيرها وكلها تنص على أنه يجوز للشخص أن يتصرف في ملكه كيما شاء ما لم يترتب على فعله ضرر فاحش بالغير⁽³⁾.

ومِنْ أَمْثَالَهُ ذَلِكَ :

- لكل أن يبني في ملكه ما أراد وليس لأحد منعه، وذلك لو أراد أحد مثلاً أن يبني في عرصته بناء أو حائطاً في موضع متصل بجدار داره وأراد جاره منعه ينظر:

فإذا كان صاحب العرصة سينبني حائطاً بصورة إذا هدم حائط صاحب الدار فلا ينهم حائط صاحب العرصة فليس لصاحب الدار ممانعته.

أما إذا كان بصورة إذا هدم حائط صاحب الدار سينهم حائط صاحب العرصة فلصاحب الدار منعه؛ لأن الحائط في الصورة الأولى لا يستند على الحائط الأول. أما في الصورة الثانية فيستند عليه.

- لو أراد أحد هدم بستانه فليس لجاره منعه من ذلك بداعي أن داره أو بستانه تصبح مكشوفة.

- لكل أن يفتح كوة⁽⁴⁾ في حائطه للاستفادة من الهواء، والضياء وليس لجاره أن يمنعه من ذلك بداعي أن الكوة مشرفة على بستانه أو مزرعته؛ لأن فتح الباب والكوة هو تصرف في حائط الملك.

- لو أراد أحد إنشاء خان في عرصته وليس للجار الذي له دار قرب العرصة أن يمنعه من ذلك مع عدم وجود ضرر له، كذلك لو أراد أحد إنشاء دار في عرصته ليس لجاره منعه من ذلك عند عدم وجود الضرر بداعي أن الدار التي ستنشأ قريبة من داره فيسمع الصوت منها.

- لو أراد أحد أن ينشئ داراً في عرصته الملك، وكان ذلك غير مضر بجاره فليس للجار منعه من البناء بداعي أنه يمنع الهواء عنه.

(1) الدرني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (ص 37).

(2) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (ص 180)؛ عبر القدوسي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (ص 35).

(3) علي حيدر ، درر الحكم شرح مجلة الأحكام (3/202).

(4) بالفتح والضم مع تشديد الواو، في اللُّغَةِ بِمِعْنَى: التُّقْبَةِ فِي الْحَائِطِ. الزبيدي/ تاج العروس (39/424).

- حفر بئر بالعمق الذي يريده، مثلاً لو أراد أحد حفر بئر في عرصته فليس لجاره أن يمنعه من حفر البئر بداعي أنها تجذب ماء بئره.

وكل هذه الفروع قد تعارض فيها حقان، حق المالك في الانتفاع بملكه، وحق للجار، وهنا يقدم حق المالك على غيره. وهذه الفروع شبيهة بما ذكره الشاطبي في موافقاته من أوجه لاستعمال الحق بالنظر إلى لوازمه، وما يؤول إليه من أضرار، وهي مجال النظر في التعسف في استعمال الحق، وذكر من هذه الأوجه: "أن لا يقصد إضراراً بأحد، ولكن لزم عنه ضرر خاص، وإذا منع صاحب الحق من ممارسة حقه، لحقه ضرر من ذلك، فهو محتاج إلى فعله، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغیره، أو يسبق إلى شراء طعام، أو ما يحتاج إليه، أو إلى صيد أو حطب، أو ماء غیره، عالماً أنه إذا حازه استضرر غیره بعده، ولو أخذ من يده استضرر"⁽¹⁾.

ووأوضح من الأمثلة السابقة أنها مبنية على عدم لحوق ضرر فاحش بالغير، فإذا كان كذلك فيمنع من ذلك، وهذا هو جزء التعسف.

والجزاء المتتسب على إساءة استعمال الحق، يقسم إلى قسمين أساسين: جزاء آخروي ودنيوي.
فأما **الجزاء الآخروي** فيعتبر من السمات الخاصة بالتشريع الإسلامي وقانونه الرباني، ذلك أن المتعسف في استعمال حقه قد يفلت من العقاب الدنيوي؛ لعدم ثبوت الأدلة، أو لتحايشه على القانون، مما يحول دون نيله الجزاء العادل.
والأصل أن يكون الرادع النفسي والخوف من الجزاء الآخروي هو العامل الأول والأساسي في استعمال الشخص لحقه دون ما إساءة الآخرين، وذلك يتطلب توجيه النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الدين، واتباع أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه لما يتولد عنها من مراقبة الله في السر والعلن، والالتزام بما أمر⁽²⁾.

وأما **الجزاء الدنيوي** فهو النتيجة الحتمية لإساءة الشخص في استعمال حقه، وهو يتتنوع بتتنوع الحوادث والأشخاص وعمق الضرر.

وبوجه عام، فإن الجزاء يتخذ واحدة من الصور الثلاث التالية⁽³⁾:

1. التعويض العيني.
2. التعويض المالي.
3. الجزاء التعزيزي.

لكن يلاحظ أنه: إذا تعلق حق الغير في ملكه فليس للمالك أن يتصرف مضرًا بالغير ما لم يرض الغير بذلك.
ومثال ذلك: الأبنية التي فوقانيها ملك واحد وتحتانيها ملك آخر، فيما أن لصاحب الفوقي حفاظاً في القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقي، أي: حق الستر والتحفظ من الشمس والمطر فليس لأحدهما أن يعمل عملاً مضرًا بالآخر بدون إذنه⁽⁴⁾.

وعليه فليس الذي العلو أن يبني على العلو شيئاً أو يضع عليه جذوعاً أو يحدث كنيفاً إذا كان ذلك يضر بالسفل وإن فعل يهدم ما أحده، وكذا ليس الذي السفل أن يفتح باباً أو كوة إذا كان ذلك يضر بالعلو⁽⁵⁾.

(1) الشاطبي، الموافقات (355/2).

(2) عيسوي أحمد، نظرية التعسف (ص 117).

(3) المرجع السابق (ص 118).

(4) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام (206/3).

(5) سليم الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية (ص 654، 655).

والحاصل: أن لكل منها فعل ما لا يضر بالآخر، فالإنسان له أن يتصرف في حقه كيف شاء، لكن لما تعلق بفعله ضرر بالآخر، منع من ذلك الفعل، واعتبر متعدساً في استعمال حقه.

المادة الثانية: "لا يمنع أحد من التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير"⁽¹⁾.

هذه القاعدة مطلقة تشمل ملك الرقبة وملك المنفعة، وهذا هو الفرق بينها وبين المادة الأولى - التي ذكرتها سابقاً في بحثي هذا - وهي خاصة في حق التصرف في الملك الذي لآخر حق فيه.

أما هذه القاعدة فهي في حق التصرف في الملك الذي ليس لأحد حق التصرف فيه مطلقاً. وهو من الأصول الذي تبني عليه نظرية التعسف، بأن يتصرف الشخص تصرفًا في حدود ملكه المنصوصة له شرعاً وقانوناً وترتبط على تصرفه ضرر فاحش بالغير، فيحكم عليه إذا شرع فيه بأنه متعدس في استعمال حقه.

الفرع الرابع: مذهب المالكية في منع مضار الجوار:

لقد نصَّ في مذهب الإمام مالك على قاعدة وهي منع مضار الجوار قضاء، وتلك قاعدة راسخة في المذهب ومنقوله عن صاحبه ولا يعرف خلاف في إقرار أصلها بين فقهائهم، وورد المنع بما يضر الجار في قول مالك مروياً في المدونة الكبرى⁽²⁾.

ونقل الشيخ علیش قول ابن سلمون: من أحدث ضرراً على جاره في بناء أو غرس أو غير ذلك منع، وجعل الأصل في المنع حديث ابن عباس رضي الله عنهمَا عن النبي ﷺ أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار)⁽³⁾، وقد صرَّح بالاستناد إلى الحديث في ذلك الكثير من فقهائهم⁽⁴⁾.

وذكر العلامة الزرقاني أن في الحديث تحريم جميع أنواع الضرر إلا بدليل، لأن النكارة في سياق النفي تعم⁽⁵⁾.

وقد علق سعيد الزهاوي على ذلك فقال: "إلا أنه ينبغي أن يلاحظ شدة ملابسات الجوار وكثرة مضاره وتتنوعها، فإن ذلك يتصل باستعمال معظم مكانت حق الملكية، وإن في منع تلك المضار مطلقاً تقييداً شديداً لذلك الحق وشللاً لمكاناته، وفيه من الضرر ما يوازي أو يفوق ضرر إطلاق ذلك الحق"⁽⁶⁾.

وهذا يصلح دليلاً لتخصيص الحديث الشريف وقصر المنع على ضروب خاصة من الضرر، وقد صرَّح بذلك الحنفية كما استعرضت ذلك في مذهبهم.

وعلى هذا لا بد من حد فاصل بين ما يتحمل من مضار الجوار وما يمنع منها، وهذا التحديد موجود في مذهب المالكية بالرغم مما قد توهمه صيغ إطلاق المنع، نحو عبارة ابن سلمون المتقدمة ونحو ما أورده العلامة ابن الشاطئ، بعبارة عامة، فقد ورد في كتبهم تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام: ما يمنع باتفاق كضرر الحمام والفرن، وما لا يمنع باتفاق كإحداث فرن قرب فرن آخر يضر به في غلته فقط، وما هو مختلف في منعه⁽⁷⁾.

ومدار الأمر في تحديد ما يمنع من مضار الجوار هو جسامته الضرر، وقد صرَّحوا بأن ما كان بصفة الضرر الكبير يمنع إحداثه⁽⁸⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1197)، ص231.

(2) الإمام مالك، المدونة الكبرى (197، 196/15).

(3) سنن أبي داود (كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره) (432/3) (2341)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره.

(4) علیش، منح الجليل شرح مختصر خليل(2/158); الزرقاني، شرحه على الموطأ (32/4).

(5) الزرقاني، شرحه على الموطأ (32/4).

(6) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (ص379).

(7) التسولي، البهجة شرح التحفة (2/337).

(8) علیش، منح الجليل شرح مختصر خليل (2/305).

وحيث "لا ضرر ولا ضرار" الذي استند إليه في تقرير المنع هو أحد أساسين رئيسين تقوم عليهما نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، وظهور وصف التعدي في تسبب ضرر للجار راجع إلى خرق الالتزام المستقى من الحديث الشريف. ويجر أن يلاحظ: أنه لو بني على الحديث منع مصارف الجوار مطلقاً لواجهنا أحوال تجاوز في استعمال الحق، ولكن في تحديد ما يمنع من الضرر واعتبار جسامته الضرر يظهر دور مفهوم التعسف، ويوصف الفعل الذي يسبب للجار ضرراً فاحشاً بأنه فعل تعسفي.

الفرع الخامس: مقارنة بين مذهب الحنفية والمالكية في منع مصارف الجوار:

لقد ذكر الباحث سابقاً مذهب متقدمي الحنفية القاضي بأن المالك يتصرف في ملكه بأي تصرف أراده وشاءه سواء كان تصرفه يتعدي ضرره إلى غيره أو لا يتعدي، وعلوا ذلك بأن الملك مطلق للتصرف في الأصل. وقد يبدوا أن هذا التعليل غير منسجم مع ما تقدم من المنع في مذهب الإمام مالك، مع كونه من المتقدمين، ويصير حكم هذه المسألة يتعدد بين الإقدام والإحجام لما مر من أنه يتازعها أصلان متعارضان، أي الحفاظ على حق الملكية ومراقبة عدم الإضرار بالغير.

وأنه إذا كان في زمن السلف الصالح من الصدر الأول يعني الواقع الديني والخلفي عن اللجوء إلى المنع القضائي فإنه قد ظهر التغيير في زمن الإمام مالك، فبادر إلى تغليب الأصل الثاني، خلافاً لأنئمة الحنفية فإنهم راعوا الأصل الأول، ولم يقولوا بالمنع قضاءً حتى عظم الخطب ولمسوا التغيير في أخلاق الناس بوضوح، ورأوا الحاجة تمس إلى الذهاب إلى المنع في الحكم فقضوا بذلك وهذا مذهب متاخر لهم.

ويتبين مما تقدم أن معظم الفقهاء الذين يذهبون إلى منع مصارف الجوار قضاة يشترطون، صراحةً أو دلالةً، أن يبلغ الضرر حدّاً من الجسامنة كي يحكم بمنعه.

ومر في ذلك اشتراط الفقهاء الحنفية أن يكون الضرر بيناً أو فاحشاً، وقد عرف هؤلاء الفقهاء الضرر البين أو الفاحش بأنه ما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحاجات الأصلية، والمراد بها المنفعة الأصلية المقصودة، كالسكنى في البناء مثلاً⁽¹⁾، وهذا المعيار الذي وضعوه في تقدير جسامنة الضرر هو معيار موضوعي، المعتمد فيه آثار الفعل بالنسبة لإعداد العقار ومنافعه المخصص لها، ولم يراعوا في ذلك الاعتبارات الخاصة بكل مالك والنظر إلى حالته وظروفه الشخصية، وفيما سيأتي سأذكر صوراً مما مثلوا به للضرر الفاحش الذي يجب منعه من غيره.

(1) ابن الهمام، فتح القدير (415/6)؛ منير القاضي، شرح المجلة (91/3)؛ الأتاسي، شرح المجلة (141/4).

المطلب الثالث: تطبيقات معيار جسامنة الضرر عند الحنفية والمالكية:

الفرع الأول: ما يصيب الأبنية من أضرار المياه:

أفتى الكثير من الفقهاء من مختلف المذاهب بمنع المالك من اتخاذ ما يترب عليه من ضرر بين ما يتجلّى في سريان المياه إلى ملك الجار، وتخلخله في أبنيته، وتهينه وتصديع جدره. فأفتوا بمنع المالك من اتخاذ كنيف قرب حائط الجار، إذا ترب على اتخاذ الإضرار بذلك الحائط⁽¹⁾، ومنع اتخاذ قصبة ملاصقة لبناء الجار إذا ترب على اتخاذ ضرر بين به⁽²⁾، ومنع اتخاذ حوض قرب حائط الجار، إذا ترب على ذلك ضرر بين به⁽³⁾، والمنع من اتخاذ مصبغة، إذا كان ينجم عن ذلك ضرر بين بالجار من جراء وضع الماء في الخوابي⁽⁴⁾، وفي كل ذلك يمكن أن يمنع الضرر قبل وقوعه، ونجد هذا مصراً به في بعض تلك الفروع، فقد جاء في تبصرة الحكام أنه ليس للمالك أن يحقن ماء بقرب جدار الجار، خوفاً من أن يصل نداه إليه⁽⁵⁾.

ويلاحظ أن فريقاً من فقهاء الحنفية، بالرغم من تسلیمهم بقاعدة منع الضرر الفاحش، قد أفتوا في هذه المسألة بعدم المنع معللين بأن اتخاذ الحمام لا يضر بالجار، وما فيه من الندوة يمكن التحرز منه ببناء حائط بينه وبين الجار⁽⁶⁾، فمرجع هذا الحكم عندهم هو انتفاء وجود الضرر وليس إنكار القاعدة، إلا أن صيغة ما ذكروه تشعر باطراد الحكم بعدم المنع في هذه المسألة، وهذا مخالف لمسلکهم في النظر إلى تحقق الضرر الفاحش أو عدم تتحققه في كل حالة حسب ظروفها، ولذا نرى الإمام النسفي يصحح في مسألة الحمام: أن الضرر لو فاحشاً يمنع وإلا فلا، ووافقه في ذلك كثير من الفقهاء⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: ما يصيب الأبنية بسبب الحركات العنيفة والاهتزازات:

ورد في الكثير من كتب الحنفية أن المالك لو أراد أن يبني في داره رحى، أو يجعل فيه طاحونة، لم يجز ويمتنع منه؛ معللين بأن ذلك يضر بالجار ضرراً ظاهراً، أو فاحشاً لا يمكن التحرز عنه، وورد في بعضها التقييد بما إذا كانت الدار مجاورة لدور آخر⁽⁸⁾، وقد مثلت المادة 1200 في المجلة، للضرر الفاحش الذي يجب دفعه، بما لو اتخذ في اتصال دار طاحونةً ينجم عن دورانه وهن لبناء الجار⁽⁹⁾، ومن الفقهاء من فرق بين اتخاذ الطاحونة لحاجة البيت وبين اتخاذها للأجرة، فذكر في الحالة الأولى عدم المنع لأن الطحن يكون أحياناً فلا يتضرر به الجيران، وفي الحالة الثانية يكون دائماً فيمنع لتضرر الجيران⁽¹⁰⁾.
وظاهر في كل ذلك أن المنع وعدمه يدوران على ترتيب الضرر الفاحش أو انتقامه، وقد تقدم آنفاً التعليل بالضرر.

(1) نظام الدين البلخي وأخرون، الفتاوى الهندية، (4/480، 476)، مالك، المدونة الكبرى (14/235)، البهوتى، كشاف القناع (200/2)، وهذا وما سيأتي من الفروع على خلاف مذهب متقدمي الحنفية ومن واقفهم، فعلى ظاهر الرواية في المذهب الحنفي للمالك أن يبني في ملكه مرحاضاً وحماماً... وإن كان يهين من جراء ذلك جدار الجار، ولو طلب الجار تحويله لم يجب المالك عليه، لأن المالك مطلق للتصرف، والامتاع عما يؤذى الجار واجب ديانة (المبسوط 15/21)، بدائع الصنائع، (6/264)، فالواقع أن الالتزام بعدم إضرار الجار مسلم به لدى الفريقين وينحصر الخلاف في جزء الإخلال به، فالمتقدمون قد اقتصروا على الجزء الأخرى اعتماداً على الواقع الديني والرادرع الخلقي، بينما لمس المتأخرین الحاجة إلى فرض المنع القضائي.

(2) نظام الدين البلخي وأخرون، الفتاوى الهندية (490/5).

(3) المرجع السابق (5/486، 482).

(4) المرجع السابق (5/474، 500).

(5) ابن فرhone، تبصرة الحكام (323/4).

(6) الزيلعي على الكنز (4/196)، الفتاوى الهندية (3/445)، حاشية الطحاوي على الدر المختار (3/215 و 216)، ابن عابدين، حاشيته على الدر المختار (401/4).

(7) الفتاوى البزارية على هامش الهندية (6/419)، ابن الشحنة، لسان الحكم على هامش معين الحكم (ص 215)، ابن عابدين، حاشيته (401/4).

(8) الزيلعي على الكنز (4/196)، ابن الهمام، فتح التدبر (6/414)، حاشية الطحاوي على الدر المختار (3/215، 216)، وهذا مخالف لرأي متقدمي الحنفية وظاهر الرواية في المذهب (مبسوط السرخسي 15/21)، بدائع الصنائع (6/264).

(9) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1200) (ص 231).

(10) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (2/94).

ونكروا أيضاً أن المالك لو أراد اتخاذ مدقائق القصاريين⁽¹⁾ في داره لم يجز ويمنع، لما يسببه للجيران من ضرر فاحش⁽²⁾، ومثلت المادة 1200 في المجلة، للضرر الذي يدفع بأي وجه كان، باتخاذ دكان حداة في اتصال دار⁽³⁾.

وأفتوا بالمنع فيمن اتخذ في داره حانوتاً للحياة، وجعل فيه أنواعاً⁽⁴⁾ بجانب حيطان جاره، وحصل من ذلك وهن لبناء الجار من كثرة الدق الشديد العنيف⁽⁵⁾، وبمنع من أراد اتخاذ دائرة لدق الأرض في داره وذلك يوهن جدار الجار⁽⁶⁾، وقد ذكر الإمام الكمال بن الهمام حكاية الإجماع على منع الدق الذي يهدم الحيطان أو يوهنه⁽⁷⁾.

وفي مذهب المالكية منع إحداث ما له مضرة بالجدر، فيمنع من بناء رحى تضرر بجدار الجار، أو كير لعمل الحديد⁽⁸⁾ والمعتبر في هذا وجود الضرر أو انعدامه، وقد جاء في تبصرة الحكم أنه: لصاحب الدار أن ينصب فيها ما شاء من الصناعات ما لم يضر بحيطان جاره، فإن أضر بالجدران منع⁽⁹⁾.

الفرع الثالث: تلوث مياه الجار وإفسادها:

نصت المادة 1212 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: إذا كان لشخص بئر ماء حلو وأراد أن يبني في قرينه كنيفاً أو سياقاً مالحاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فإن ضرره يدفع، وإن كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ذلك الكنيف أو السياق يردم، كذلك إذا كان طريق ماء حلو فبني آخر عنده سياقاً مالحاً وقدره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره إلا بالردم فإنه يردم⁽¹⁰⁾.

وفي مذهب الإمام مالك: لو أحدث الشخص كنيفاً يضر ببئر جاره فإنه يمنع من ذلك⁽¹¹⁾، وورد مثله لدى الحنابلة⁽¹²⁾.

الفرع الرابع: أضرار الدخان والحرارة والرماد:

روي عن الإمام أبي يوسف فيمن اتخاذ داره حماماً وتآذى الجيران من دخانها أن لهم منه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم⁽¹³⁾، ويتبين منه أن متقدمي الحنفية ليسوا على قول واحد بعدم منع الضرار الفاحش قضاء، وكذلك هو يشير إلى أحوال تقابل الضرار، وأنه ليس للمالك أن يشكوا من ضرار يتسبب هو في مثله، ولا يخفى أن ذلك الضرار لا يعتبر فاحشاً بالنسبة له.

(1) القصار: هو الذي يُهُبِّي النسيج بعد نسجه بيله ودقه بالقصارة. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط (1050/2).

(2) الزيلي على الكنز (196/4)، ابن الهمام، فتح القدير (414/6)، الفتوى الهندية (445/3)، ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين (267/2)، وعلى ظاهر الرواية ورأي المتقدمين للمالك أن يجعل في بنائه حداً أو قصاراً، وإن كان يهُن من ذلك بناء الجار، والامتناع عن ذلك واجب ديانة لا قضاء (مبسوط السرخي (21/15)، بدائع الصنائع (264/2).

(3) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1200) (ص 231).

(4) المئواز: حَشَبَةُ الْحَائِكَ الَّتِي يَحُوْكُ عَلَيْهَا التَّوْبَ. الزبيدي، تاج العروس (44/31).

(5) ابن عابدين، تنقیح الحامدية (259/2).

(6) محمد العباسى، الفتوى المهدية (507/5).

(7) ابن الهمام، فتح القدير (414/6).

(8) مالك، المدونة الكبرى (235/14)، ابن فرحون، تبصرة الحكم (312/2).

(9) ابن فرحون، تبصرة الحكم (321/2).

(10) والمعتبر في ذلك ما يندفع به الضرار حسب الأحوال، وليس التزام مسافات فاصلة معينة. انظر: علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام (302/3).

(11) مالك، المدونة الكبرى (197/15).

(12) البهوي، كشف القناع (133/2).

(13) الزيلي على الكنز (196/4)، الفتوى الهندية (445/3)، أما على ظاهر الرواية في الفقه الحنفي فإنه للمالك أن يتخذ في ملكه حماماً أو تتواء ولا يجبر على تحويله وإنه تضرر منه جاره (مبسوط السرخي (21/15)، بدائع الصنائع (264/6)).

وقد أفتى المتأخرُون فيمن أراد أن يبني في داره المجاورة لدور تتواءً للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أنه لا يجوز، لما يسببه ذلك للجيران من ضرر فاحش لا يمكن التحرز عنه، فإنه يأتي منه الدخان الكثير⁽¹⁾، بخلاف التنور الصغير المعتمد في البيوت⁽²⁾.

وفي فقه المالكية ورد تعليم منع مصار الدخان في قول فقهاء المذهب بمنع إحداث ذي دخان إذا تضرر الجيران به، بسبب تسويد الثياب والحيطان ونحو ذلك⁽³⁾.

وعن الإمام ابن القاسم، فيمن أحدث في عرصته ما يضر بجيرانه من بناء حمام، أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة، أو كير لعمل الحديد: أن لهم منعه، وأن مالكاً قد قاله في الدخان، أما التنور فضرره خفيف⁽⁴⁾، ومن الواضح أن المراد تنور البيت، حيث نقلنا عنه آنفًا منع إحداث الفرن، ومثل تنور البيت مطبخ البيت، فقد ذكروا فيه: وأما دخان المطابخ ونحوها مما لا يستغنى عنه في المعاش ويكون في بعض الأوقات ولا يستدام أمره فلا يمنع منه⁽⁵⁾.

لفرع الخامس: ضرر الأرضية والغارب:

ورد في الفقه الحنفي ما يفيد منع المالك من هدم داره إذا ترتب عليه ضرر بالجيران⁽⁶⁾، ويشير ذلك إلى ضرر الأرضية التي لا تطاق ولا تحتمل معها السكنى، خصوصاً إذا استمرت مدة طويلة، فعلى ذلك المالك أن يتبع الوسائل التي تكفل دفع هذا الضرر وإلا منع، وجاء في المادة 1200 في المجلة: "لو أحدث رجل بيده في قرب دار آخر، وبمحاجة الغبار منه يتآذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيه، فله أن يكلفه رفع ضرره"⁽⁷⁾.

وفي الفقه المالكي ورد منع إحداث أnder⁽⁸⁾ قرب جنان أو بيت أو دكان، وأن إحداث الأندر جوار الدار ونحوها يؤدي ما تطاير منه، ويمتنع باتفاق⁽⁹⁾.

وكذلك ذكروا منع نفض الحصیر على باب الدار لتضرر الجار بغضاره⁽¹⁰⁾، والظاهر أن المراد المنع عند الاستمرار.

الفرع السادس: ضرر الروائح والغازات المؤذية:

في فقه الحنفية يمنع من يريد أن يمارس الدباغة في داره إن كان يحصل من ذلك أذى للجيران على الدوام⁽¹¹⁾، وجاء في المادة 1200 مجلة: المنع من اتخاذ معصرة في اتصال دار تؤذى رائحتها صاحب الدار بحيث لا يستطيع السكنى فيها، واعتبار ذلك من الضرر الفاحش⁽¹²⁾.

وفي مذهب المالكية يمنع إحداث كل ذي رائحة كريهة إذا تضرر بها الجيران، كمدبغة ومجيرة ومذبح ومسقط ومصلق، وفتح مرحاض قرب الجار دون تغطيته، وإحداث اصطبل عند دار الجار بسبب الروائح المتتصاعدة من إفرازات الدواب⁽¹³⁾.

(1) ابن الهمام، فتح القدير (414/6); الزيلعي على الكنز (196/4); الفتاوى الهندية (445/3).

(2) حاشية الطحاوي (215/3)، ابن عابدين، حاشيته (401/4).

(3) الدردير، الشرح الكبير (369/3); حاشية الصاوي على الشرح الصغير (176/2).

(4) الإمام مالك، المدونة الكبرى (235/14); ابن فرجون، تبصرة الحكم (304/2); التسولي، البهجة شرح التحفة (336/2).

(5) التسولي، البهجة شرح التحفة (335/2).

(6) ابن الهمام، فتح القدير (412/6).

(7) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1200) (ص 231).

(8) الأندر: البَيْدَرُ وهو موضع يُجمَع فيه الحميد وبن داس، ابن منظور، لسان العرب (200/5).

(9) ابن فرجون، تبصرة الحكم (312/2); التسولي، التحفة شرح البهجة (336/2); الدردير، الشرح الكبير (369/3).

(10) المراجع السابقة، الصفحات نفسها.

(11) قاضي خان، الفتاوى الخانية (284/2).

(12) محمد العباسى، الفتاوى المهدية (465/5); علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام (202/3).

(13) ابن فرجون، تبصرة الحكم (321-310/2); التسولي، البهجة شرح التحفة (336/2).

الفرع السابع: الأصوات المزعجة:

أظهر الفقهاء تحفظاً في منع المالك مما يسبب أصواتاً مزعجة للجيران، وقلما نجدهم يصرحون بالمنع لهذا السبب، ويمكن أن نعزّز ذلك إلى اختلاف طبيعة الحياة وظروفها بما هي عليه الآن، فلم تكن الوسائل المولدة للأصوات المقلقة منتشرة انتشاراً الحالي، وما كان من تلك الوسائل والحرف لا يمارس غالباً في أوقات راحة الناس وهدوئهم، ويلاحظ أن الكثير من المسائل المتقدمة التي قال الفقهاء فيها بالمنع تصلح أيضاً أمثلة لمنع ضرر الأصوات المزعجة، نحو اتخاذ رحى وحانوت حداً أو قصارة، وأفعال الدق العنيف.

وفقهاء الحنفية وإن لم يصرحوا بمنع ضرر الأصوات، لكننا نجد منهم من أفتى بمنع اتخاذ حانوت للحدادة في سوق التجار يحصل منه ضرر عام⁽¹⁾.

والظاهر أن سبب المنع التشويش على أصحاب الحوانيت المعدة للأعمال التجارية، والتي اكتسبت إعدادها من الموقع، وأن المراد بالضرر العام ما يصيب عموم أهل السوق.

وقد اختلف الفقهاء المالكيون في منع ضرر الأصوات، وذكروا في ذلك أربعة أقوال: المنع مطلقاً، وعدم المنع مطلقاً، والمنع بالليل دون النهار، وعدم المنع إن خف ولم يكن فيه كبير مضره⁽²⁾، ومفاد القول الأخير المنع إذا كان الضرر كبيراً أو فاحشاً.

الفرع الثامن: المنع من الاستغلال وإنقاص الغلة:

ورد في الفقه الحنفي: طاحونة على نهر أراد آخر أن يضع فوقها طاحونة أخرى، وبسبب وضعها يقل ماء الطاحونة القديمة ويختل دورانها، لصاحبها أن يمنع الثاني عن النصب، وإن كان ينقص غلة الأولى نصب الثانية ليس للأول أن يمنع الثاني، كالتجار إذا اتخذ في جانب تاجر آخر حانوتاً مثل تجارة الأول، فكسرت تجارة الأول باتخاذه، ليس للأول المنع⁽³⁾.

وفي الفقه المالكي ذكروا الاتفاق على عدم منع إحداث ما ينقص الغلة، مثل أن يحدث فرزاً بالقرب من فرن الحار، أو رحى قرب رحى أخرى، أو حماماً قرب حمام آخر يضر به في غلته⁽⁴⁾، وأما إحداث رحى على نهر فوق رحى قديمة تضرها في نقصان طحن أو كثرة مؤنة أو غير ذلك ضرراً بينما ذلك ممنوع، قاله ابن القاسم، ولو لم يتبين لأهل المعرفة في ذلك ضرر قيل له: عمر فإن أضر منعناك⁽⁵⁾.

(1) فتاوى ابن نجمي، بهامش الفتوى الغيانية (ص 177).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكم (321/2)؛ التسولي، البهجة شرح التحفة (337/2).

(3) الفتوى الهندية (419/6).

(4) الخطاب، مواهب الجليل (165/5)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكم (315/2)، التسولي، التحفة شرح البهجة (337/2).

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكم (315/2).

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على نبيه الأمين، وبعد
في ختام هذا العرض، أضع بين يدي القارئ الكريم نتائج هذه الدراسة، وبعض توصياتها، وهي على النحو التالي:
أولاً: النتائج:

- إن فقهاء المذاهب المتبعة قد أقرّوا باستواء فكرة التعسف في استعمال الحق، وإن لم يكونوا قد أسموها باسمها إلا أنها أقررت عندهم وفق معايير ثابتة في مذاهبهم.
- إن التعسف في استعمال الحق يضبطه معياران: معيار ذاتي شخصي يعتد بقصد صاحب الحق من استعماله حقه، أو ما يعرف بالباعث على التصرف، فإذا ما كان الباعث على التصرف يخالف القصد من مشروعية الحق إلى تحقيق مصالح غير مشروعة تتناقض مع الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي عَذْ صاحبه متعرضاً وجباً درء تعسفة وجبراً الضرر إن ترتب عليه، ومعيار موضوعي يعتد بالضرر المترتب على التصرف المشروع دون مراعاة قصد صاحبه حيث يُعد متعرضاً إذا ما نجم عن تصرفه لحق ضرر بالغير أكبر من المصلحة المرجوة منه أو يساويها، وهو معيار يقوم على أساس من الموازنة بين المضار المترتبة والمصالح المرجوة الذي تقررت بها الشريعة الإسلامية في إقرارها للحقوق.
- حق الملكية هو أخطر الحقوق شأنًا، وأبعدها مدى، وأوسعها مضموناً، وإن بعض الفقهاء قد صرحو بإطلاق استعمال هذا الحق للمكلف، وجُلّ الفقهاء قيده.
- خلصت إلى أن فقهاء المذاهب المتبعة قد انتهوا إلى أن الحق مقيد غير مطلق، والخلاف بينهم في مدى التقيد واتساعه.
- خلصت في الدراسة إلى أن هناك بوناً بين مذهب متقدمي الحنفية القاضي بأن المالك يتصرف في ملكه بأي تصرف أراده سواء تدعى ضرره لغيره أم لا، مع مذهب الإمام مالك القاضي بالمنع، والمسألة ينزعها أصولاً متعارضان هما الحفاظ على حق الملكية، ومراعاة عدم الإضرار بالغير.

ثانياً: التوصيات:

- يوصي الباحث بضرورة بحث تطبيقات مبدأ التعسف في أحكام الأموال والمعاملات الجوارية عند فقهاء المذاهب غير الحنفية والمالكية.
- أقترح على الباحثين المتخصصين في القانون المدني أن يقوموا بدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الموضوع المبحوث، مع تسلیط الضوء على القانون الفلسطيني ذي الصلة.

المراجع والمصادر

القرآن الكريم.

- إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، دار الدعوة.
- ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، (تحقيق: طاهر أحمد الزاوي وغيره)، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م.
- الأتاسي، محمد خالد، شرح مجلة الأحكام العدلية، مكتبة حفانيه.
- أحمد، بن محمد بن حنبل، مسنن الإمام أحمد بن حنبل، ط1، (تحقيق: أحمد محمد شاكر) دار الحديث، 1995م.
- الأزهري، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، ط1، (تحقيق: محمد عوض مرعب)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.
- الباز، سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، منشورات الحلبي الحقوقية.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح أو صحيح البخاري، ط1، (تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر)، دار طوق النجاة، 1422ق.
- البزارى، محمد بن شهاب، الفتاوى البزارية أو الجامع الوجيز في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، 2009م.
- البوطي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
- التسولى، علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الأحكام)، دار الكتب العلمية، 1998م.
- التونسي، عبدالسلام، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية.
- الحرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط1، (تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م.
- الخطاب، شمس الدين محمد بن محمد، موهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، بيروت، 1992م.
- الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، 1985م.
- الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 2000م.
- الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشائع الوضعية، دار الفكر العربي، 1996م.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ط1، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره)، دار الرسالة العالمية، 2009م.
- الدردير، أحمد، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت.
- الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ط5، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد)، المكتبة العصرية، بيروت، 2001م.
- الرملي، خير الدين، الفتاوى الخيرية لنعم البرية على مذهب أبي حنيفة النعمان، المطبعة الكبرى الميرية.
- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984م.
- الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس، دار الهداية.
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدله، دار الفكر.
- الزرقاني، محمد بن عبدالباقي، شرح الزرقاني على موطأ مالك، ط1، (تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد)، مكتبة الثقافة الدينية، 2003م.
- الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1974م.

- أبو زهرة، محمد، *الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي*، دار الفكر العربي، 2008م.
- أبو زهرة، محمد، *المملکية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية*، دار الفكر العربي، 1996م.
- الزيلعي، عثمان بن علي، *تبين الحقائق شرح كنز الدقائق*، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313ھ.
- السرخسي، محمد بن أحمد، *المبسوط*، دار المعرفة، بيروت، 1993م.
- أبو سنة، فهمي، *نظريّة التّعسُف في استعمال الحق*، مقال في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، دمشق: 16-21 من شوال 1961، (غير منشور) موجود على شبكة الأنلوكة تحت الرابط التالي:
<https://www.alukah.net/sharia/0/2551>
- السنهوري، عبدالرازق، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي*، دار إحياء التراث العربي، 1997م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، *الموافقات*، ط1، (تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان)، دار ابن عفان، 1997م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، *الأم*، دار المعرفة، بيروت، 1990م.
- ابن الشحنة، أحمد بن محمد، *لسان الحكم في معرفة الأحكام*، البابي الحلبي، القاهرة، 1973م.
- الصاوي، أحمد بن محمد، *بلغة السالك لأقرب المسالك المعروفة بحاشية الصاوي على الشرح الصغير*، دار المعارف.
- الطحاوي، أحمد بن محمد، *حاشية الطحاوي على الدر المختار شرح تنوير الأ بصار في مذهب أبي حنيفة النعمان*، دار الكتب العلمية، 2017م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، *در المختار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين*، ط2، دار الفكر، بيروت، 1992م.
- العباسى، محمد حسن، *الفتاوى المهدية في الواقع المصري*، دار الكتب العلمية.
- العربي محيدى، *نظريّة التّعسُف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة*، رسالة ماجستير في كلية أصول الدين بجامعة الخروبة - الجزائر، 2002م.
- علي حيدر، *درر الحكم شرح مجلة الأحكام*، دار عالم الكتب، (2003م).
- عليش، محمد بن أحمد، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، دار الفكر، بيروت، 1989ھ.
- عماري، بدر الدين أحمد، *نظريّة التّعسُف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي - مبنها ومعناها -*، رسالة ماجستير - جامعة وهران - السانيا، 2006م.
- عيسوي أحمد، *نظريّة التّعسُف في استعمال الحق*، رسالة ماجستير جامعة عين شمس، 1963م.
- الغزالى، أبو حامد محمد بن محمد، *إحياء علوم الدين*، دار المعرفة، بيروت.
- ابن فارس، أحمد بن فارس الرازي، *معجم مقاييس اللغة*، (تحقيق: عبدالسلام هارون)، دار الفكر، 1979م.
- ابن فرhone، إبراهيم بن علي، *تبصرة الحكم في أصول الأقضية ومناهج الأحكام*، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، *القاموس المحيط*، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005م.
- قاضي خان، *فتاوی قضیخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*، دار الكتب العلمية، بيروت.
- القاضي، منير، *شرح المجلة - كتاب الإجراء*، طبعة صلاح الدين خورشيد، بغداد، 1983م.
- ابن قاضي سماونه، محمود بن إسرائيل، *جامع الفصولين*، المطبعة الأزهرية.
- ابن قدامة، موقف الدين عبدالله بن أحمد، *المغني*، مكتبة القاهرة، 1968م.
- القومي، عبير ربحي شاكر، *التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية*، دار الفكر، 2007م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، *الفرق أو أنوار البروق في أنوار الفرق*، عالم الكتب.

- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، (تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، 1986م.
- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، 1310ھ.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القرزي، سنن ابن ماجه، ط1، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون)، دار الرسالة العالمية، 2009م.
- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، 1994م.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مكتبة دار ابن قتيبة - الكويت، 2008م.
- محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، 1998م.
- المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراحل من الخلاف، ط2، دار إحياء التراث العربي.
- مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414ھ.
- النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب (مع تكميلة السكري والمطيعي)، دار الفكر، بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف، رياض الصالحين من حديث سيد المرسلين، دار ابن الجوزي، 2099م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، بيروت.

Arabic Translated References

The Holy Quran.

- Ibrahim Mustafa and others, The Mediator Lexicon, Dar Al-Da`wah.
- Ibn Al-Atheer, Al-Mubarak Bin Muhammad, The End in Gharib Hadith and Athar, (investigated by: Taher Ahmad Al-Zawi and others), Scientific Library, Beirut, 1979.
- Al-Atassi, Muhammad Khaled, Explanation of the Journal of Judicial Judgments, Haqqania Library.
 - Ahmed, Bin Muhammad Bin Hanbal, Musnad Al-Imam Ahmed Bin Hanbal, 1st Edition, (Investigated by: Ahmed Muhammad Shaker) Dar Al-Hadith, 1995 AD.
 - Al-Azhari, Muhammad bin Ahmed, Refining the Language, 1st Edition, (Investigated by: Muhammad Awad Mereb), House of Revival of Arab Heritage, Beirut, 2001 AD.
 - Al-Baz, Salim Rostom, Explanation of the Journal of Judicial Judgments, Al-Halabi Human Rights Publications.
 - Al-Bukhari, Muhammad bin Ismail, Al-Musnad Al-Sahih Mosque or Sahih Al-Bukhari, 1st Edition, (Investigated by: Muhammad Zuhair bin Nasser Al-Nasser), Dar Tuq Al-Najat, 1422ھ.
 - Al-Bazzazi, Muhammad bin Shihab, Fatwas of Al-Bazzazi or Al-Wajeez Mosque in the Doctrine of the Greatest Imam Abu Hanifa Al-Numan, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, 2009 AD.
 - Al-Bahooti, Mansour bin Younis, Scouts of the Mask on the Board of Persuasion, House of Scientific Books.
 - Al-Tasouli, Ali bin Abdul Salam, Al-Bahjah fi Sharh Al-Tahfa (Explanation of Tuhfat Al-Ahkam), Dar Al-Kutub Al-Ilmia, 1998 AD.
 - Al-Tunji, Abdel Salam, The Institution of Responsibility in Islamic Sharia, Publications of the World Islamic Call Society.
 - Al-Jarjani, Ali bin Muhammad, Definitions, 1st Edition, (Investigated by: a group of scholars under the supervision of the publisher), Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, Beirut, 1983 AD.
 - Al-Hattab, Shams Al-Din Muhammad bin Muhammad, Talents of the Galilee in Explanation

of Khalil's Brief, 3rd Edition, Dar Al-Fikr, Beirut, 1992 AD.

- Al-Hamawi, Ahmed bin Muhammad Makki, Winking Eyes of Insights in Explanation of Similarities and Isotopes, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, 1985 AD.

- Al-Khafif, Ali, The Guarantee in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Fikr Al-Arabi, 2000 AD.

- Al-Khafif, Ali, Ownership in Islamic Sharia compared to Man-made Laws, Dar Al-Fikr Al-Arabi, 1996 AD.

- Abu Dawood, Suleiman bin Al-Ash'ath Al-Sijistani, Sunan Abi Dawood, 1st Edition, (Investigated by: Shuaib Al-Arnaout and others), Dar Al-Resala Al-Alameya, 2009 AD.

- Al-Dardir, Ahmed, Al-Sharh Al-Kabeer and Hashiyat Al-Desouki, Dar Al-Fikr, Beirut.

- Al-Derini, Fathi, Theory of Abuse of Right, Al-Resala Foundation, Beirut, 1988 AD.

- Al-Razi, Muhammad bin Abi Bakr, Mukhtar Al-Sahah, 5th floor, (investigation: Youssef Sheikh Muhammad), Al-Asriya Library, Beirut, 2001 AD.

- Al-Ramli, Khair Al-Din, Charitable Fatwas for the Benefit of the Wilderness on the School of Abu Hanifa Al-Numan, Al-Kubra Al-Miriah Press.

- Al-Ramli, Shams Al-Din Muhammad bin Abi Al-Abbas Ahmed, The End of the Needy to Explain the Curriculum, Dar Al-Fikr, Beirut, 1984 AD.

- Al-Zubaidi, Muhammad bin Muhammad, The Crown of the Bride, Dar Al-Hedaya.

- Al-Zuhaili, and Wahba bin Mustafa, Islamic jurisprudence and its evidence, Dar Al-Fikr.

- Al-Zarqani, Muhammad bin Abdul-Baqi, Sharh Al-Zarqani on Muwatta Malik, 1st Edition, (Investigated by: Taha Abdul-Raouf Saad), Religious Culture Library, 2003 AD.

- Al-Zahawi, Saeed Amjad, Abuse of the Right to Property in Legitimacy and Law, Master's Thesis, Cairo University, 1974 AD.

- Abu Zahra, Muhammad, Crime and Punishment in Islamic Jurisprudence, Arab Thought House, 2008.

- Abu Zahra, Muhammad, Ownership and Contract Theory in Islamic Sharia, Dar al-Fikr al-Arabi, 1996 AD.

- Al-Zaylai, Othman bin Ali, explaining the facts, explaining the treasure of minutes, 1st edition, the Grand Amiri Press, Cairo, 1313 ç.

- Al-Sarakhsy, Muhammad bin Ahmed, Al-Mabsout, Dar Al-Marefa, Beirut, 1993.

- Abu Sunna, Fahmy, Theory of Abuse of Right, Article in Islamic Jurisprudence Week and Imam Ibn Taymiyyah Festival, Damascus: 16-21 Shawwal 1961, (unpublished) available on Alukah network under the following link:

<https://www.alukah.net/sharia/0/2551>.

- Al-Sanhouri, Abdul Razzaq, Sources of Truth in Islamic Jurisprudence - A Comparative Study in Western Jurisprudence, House of Revival of Arab Heritage, 1997 AD.

- Al-Shatby, Ibrahim bin Musa, Al Muwafaqat, 1st Edition, (Investigated by: Mashhour bin Hassan Al Salman), Dar Ibn Affan, 1997 AD.

- Al-Shafei, Muhammad bin Idris, The Mother, Dar Al-Maarifa, Beirut, 1990 AD.

- Ibn Al-Shibhah, Ahmed bin Muhammad, The Tongue of Rulers fi Knowing the Rulings, Al-Babi Al-Halabi, Cairo, 1973 AD.

- Al-Sawy, Ahmed bin Muhammad, in the language of the traveler for the closest path known as the Al-Sawy footnote on the small explanation, Dar Al-Maaref.

- Al-Tahawy, Ahmed bin Muhammad, Al-Tahawi's footnote on Al-Durr Al-Mukhtar, Explanation of Enlightening the Eyes in the School of Abu Hanifa Al-Nu'man, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, 2017.

- Ibn Abdeen, Muhammad Amin Ibn Omar, Al-Muhtar's Response to Al-Durr Al-Mukhtar or Ibn Abdeen's Footnote, 2nd Edition, Dar Al-Fikr, Beirut, 1992 AD.

- Al-Abbas, Muhammad Hassan, Mahdist Fatwas in the Egyptian Realities, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.

- Al-Arabi Majidi, The Theory of Abuse of Right and Its Impact on Family Provisions, Master's

Thesis at the Faculty of Theology at Al-Kharroba University - Algeria, 2002 AD.

•Ali Haidar, Durar Al-Hakam Explanation of the Journal of Al-Ahkam, Dar Alam Al-Kutub , (2003).

•Alish, Muhammad bin Ahmed, Manah Al-Jalil, a brief explanation of Khalil, Dar Al-Fikr, Beirut, 1989 ç.

•Ammari, Badr El-Din Ahmed, The Theory of Abuse in the Use of Right by Imam El Shatby - Its Structure and Meaning -, Master's Thesis - Oran University - El Sanya, 2006 AD.

•Issawy Ahmed, The Theory of Abuse of Right, Master's Thesis, Ain Shams University, 1963 AD.

•Al-Ghazali, Abu Hamid Muhammad bin Muhammad, The Revival of Religious Sciences, House of Knowledge, Beirut.

•Ibn Faris, Ahmed bin Faris Al-Razi, A Dictionary of Language Measures, (investigation: Abdel Salam Haroun), Dar Al-Fikr, 1979 AD.

•Ibn Farhoun, Ibrahim bin Ali, The Rulers' Insight into the Origins of the Districts and the Curricula of Rulings, Al-Azhar Colleges Library, 1986 AD.

•Al-Fayrouz Abadi, Muhammad bin Yaqoub, Al-Muheet Dictionary, 8th edition, Al-Resala Foundation, Beirut, 2005 AD.

•Qadi Khan, Fatwas of Qudikhan on the Doctrine of the Great Imam Abu Hanifa al-Nu'man, Dar al-Kutub al-Ilmiyya, Beirut.

•Al-Qadi, Munir, Sharh Al-Majalla - Book of Leasing, Salah Al-Din Khorshid Edition, Baghdad, 1983 AD.

•Ibn Qazi Samawneh, Mahmoud bin Israel, Collector of the Fosouleen, Al-Azhar Press.

•Ibn Qudamah, Muwaffaq Al-Din Abdullah bin Ahmed, Al-Mughni, Cairo Library, 1968 AD.

•Al-Qaddoumi, Abeer Rebhi Shaker, Abuse of the Right to Personal Status, Dar Al-Fikr, 2007 AD.

•Al-Qarafi, Shihab Al-Din Ahmed bin Idris, The Differences or Lights of Lightning in the Lights of Differences, The World of Books.

•Ibn al-Qayyim, Muhammad ibn Abi Bakr, Media of the Signatories on the authority of the Lord of the Worlds, 1st Edition, (Investigated by: Muhammad Abd al-Salam Ibrahim), Dar al-Kutub al-Ilmiyya, Beirut, 1991.

•Al-Kasani, Abu Bakr bin Masoud, Badaa' Al-Sana'i in the Order of the Laws, 2nd Edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya, 1986 AD.

•Committee of Scholars headed by Nizam Al-Din Al-Balkhi, Indian Fatwas, Dar Al-Fikr, 1310

•Ibn Majah, Muhammad bin Yazid Al-Qazwini, Sunan Ibn Majah, 1st Edition, (Investigated by: Shuaib Al-Arnaout and others), Dar Al-Resala Al-Alameya, 2009 AD.

•Malik bin Anas, The Great Blog, Dar al-Kutub al-Ilmiyya, 1994 AD.

•Al-Mawardi, Abu Al-Hasan Ali bin Muhammad bin Habib Al-Basri, Royal Rulings and Religious States, Dar Ibn Qutaiba Library - Kuwait, 2008 AD.

•Muhammad Siraj, Theory of Contract and Abuse of Right from the Point of View of Islamic Jurisprudence, University Press, 1998 AD.

•Al-Mardawi, Aladdin Ali Bin Suleiman, Equity in knowing the most correct of the dispute, 2nd Edition, House of Revival of Arab Heritage.

•Muslim, Abu Al-Hasan Muslim Bin Al-Hajjaj, Sahih Muslim, (Investigated by: Muhammad Fouad Abdel-Baqi), House of Revival of Arab Heritage.

•Ibn Manzoor, Muhammad Bin Makram, Lisan Al Arab, 3rd Edition, Dar Sader, Beirut, 1414 ç.

•Al-Nawawi, Yahya bin Sharaf, Al-Majmoo' Sharh Al-Muhadhab (with the complement of Al-Subki and Al-Mutai'i), Dar Al-Fikr, Beirut.

•Al-Nawawi, Yahya bin Sharaf, Riyadh Al-Salihin from the hadith of the Master of the Messengers, Dar Ibn Al-Jawzi, 2099 AD.

•Ibn al-Hamam, Kamal al-Din Muhammad ibn Abd al-Wahed, Fath al-Qadir, Dar al-Fikr, Beirut.